

Die Abgrenzung zwischen Diebstahl und Betrug

Dr. Christian Lucas

Die Abgrenzung zwischen Diebstahl und Betrug ist in strafrechtlichen Vorlesungen und Veröffentlichungen spätestens seit der Einführung von Selbstbedienungsläden ein Dauerbrenner. Bislang habe ich allerdings erst einen Aufsatz gefunden, der sich erschöpfend mit der Frage auseinandersetzt, ob und - wenn ja - wozu diese Abgrenzung überhaupt wichtig ist.¹

Demgegenüber gab es wahrscheinlich schon immer jene Stimmen, die auch während meines Referendariats beharrlich behaupteten, spätestens mit dem Verlassen der Universität und dem Eintritt in die harte Rechtswirklichkeit sei unter anderem auch diese Frage mehr oder weniger vernachlässigbar - so lange einer der beiden Tatbestände erfüllt sei, komme es zu einer Bestrafung wegen des einen oder des anderen Delikts und die dogmatischen Feinheiten interessieren zunächst nicht weiter. Ist das so?

Oder vielleicht sollte man die Frage mit Rücksicht auf eben jene Rechtswirklichkeit besser anders stellen: Darf das so sein? Oder gibt es handfeste praktische Erwägungen, die zu einer sauberen Trennung zwischen den beiden prominenten Tatbeständen zwingen? Hillenkamp² hat m.E. eindrucksvoll nachgewiesen, dass Letzteres nicht nur zutrifft, sondern zu unterstreichen ist. Die folgende Darstellung stellt zunächst die wichtigsten Argumente in diesem Zusammenhang in geraffter Form dar. Daran schließt sich eine Antwort auf die sich als nächstes aufdrängende Frage an, wie die Abgrenzung im einzelnen funktioniert - ebenfalls in geraffter Form. Die Darstellung ist als Lernhilfe gedacht, vor allem zum schnellen Wiedereinstieg in die Materie kurz vor mündlichen Prüfungen. Wer sich mehr als nur einen Überblick verschaffen möchte, dem sei der zitierte Aufsatz von Hillenkamp empfohlen.

A. Notwendigkeit einer Abgrenzung

I. Aus Sicht des Opfers

1. Beim Diebstahl ist „Verletzter“ i.S.d. § 77 I (und damit Strafantragsberechtigter, was natürlich nur im Bagatellbereich (§ 248a) zum Tragen kommt,) nach verbreiteter Meinung neben dem Eigentümer auch der Gewahrsamsinhaber; beim Betrug (auch beim Dreiecksbetrug) hingegen ist „Verletzter“ i.S.d. § 77 I nur der Vermögensinhaber.
2. Der Bestohlene ist durch § 935 BGB dagegen geschützt, durch gutgläubigen Erwerb Dritter sein Eigentum zu verlieren; der Betrogene nicht, weil diesem die Sache nicht „abhanden gekommen“ ist: Er hat den Besitz nicht ohne oder gegen seinen Willen verloren (unstreitig auch dann nicht, wenn ein Besitzdiener mit Vertretungsmacht³ oder ein Besitzmittler (§ 935 I 2) die Sache willentlich aus der Hand gegeben haben).
3. Diebstahlversicherungen versichern nur gegen Diebstahl im strafrechtlichen Sinne. Somit entfällt auch für einen sich im Grenzbereich abspielenden, aus Laiensicht nicht von einem Diebstahl unterscheidbaren Betrug der Versicherungsschutz. Eine Ausdehnung des Versicherungsschutzes kommt nicht in Betracht, da der Versicherer den Begriff „Diebstahl“ bewusst im rechtstechnischen Sinne gebraucht, um sein Risiko zu beschränken.

¹ Hillenkamp, Der „Einkauf“ verdeckter Ware: Diebstahl oder Betrug? - BGHSt 41, 198, JuS 1997, S. 217 ff.

² a.a.O.

³ Jauernig § 935 Anm. 2 a ee; Medicus Grundwissen Rn. 259; für Besitzdiener ohne Vertretungsmacht str.

II. Aus Sicht des Täters

1. Bei fehlender Zueignungsabsicht (z.B. wenn der Täter die Sache später unbeschadet zurückgeben will⁴ oder [nach alter Rechtslage:] sie bloß einem Dritten zueignen will ohne dabei einen eigenen Vorteil im weitesten Sinne zu haben⁵) scheidet eine Bestrafung wegen Diebstahls aus; eine Bestrafung wegen Betruges (§ 263 I 1: „in der Absicht, sich oder einem Dritten [irgend]einen ... Vermögensvorteil“ -Besitz reicht aus⁶ „zu verschaffen ...“) bleibt möglich.
2. Wenn der Täter einen Anspruch auf Übereignung einer nur gattungsmäßig bestimmten Sache gegen den Eigentümer hat und sich durch die Tat eine Sache aus der Gattung beschafft, will er sich die Sache zwar i.S.d. § 242 rechtswidrig zueignen (er verletzt das Auswahlrecht des Schuldners aus § 243 I BGB), der erstrebte Vermögensvorteil i.S.d. § 263 ist hingegen als solcher nicht notwendig auch rechtswidrig. (Bei Stückschulden ist auch die Zueignung nicht rechtswidrig, weil sie der materiellen Eigentumsordnung⁷ nicht widerspricht.)
3. Wenn die Tat nicht zur Vollendung gelangt ist, hängt die Möglichkeit einer Bestrafung aus versuchtem Delikt gem. § 22 von einem unmittelbaren Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung ab. Für einen versuchten Diebstahl muss der Täter dem gemäß unmittelbar zu einer *Wegnahme* ansetzen, während beim versuchten Betrug nach einem unmittelbaren Ansetzen zur *Täuschung* zu fragen ist, was je nach Tathergang deutlich auseinanderfallen kann.
4. Die Regelbeispiele in § 243 und § 263 unterscheiden sich voneinander. Eine Waffe oder ein Werkzeug bei sich zu führen, ist außerdem nur beim Diebstahl mit höherer Strafe bedroht (§ 244 I Nr. 1).
5. Räuberischer Diebstahl gem. § 252 setzt als Vortat einen vollendeten Diebstahl voraus. Der die Beute verteidigende Dieb ist also gem. § 252 gleich einem Räuber zu bestrafen (also u.U. auch aus §§ 250, 251, wenn bei der Gewaltausübung noch Erschwerungsgründe hinzutreten), während der Betrüger wegen desselben Verhaltens nur aus §§ 223, 240 bestraft werden kann (räuberische Erpressung scheidet nach h.M. aus, weil die bloße Sicherung des durch den Betrug bereits erlangten Vermögensvorteils keinen zusätzlichen eigenständigen Schaden darstellt)⁸.

B. Abgrenzungskriterien

I. Abgrenzung Diebstahl - Sachbetrug⁹

Sowohl vollendeter Diebstahl, als auch vollendeter Sachbetrug gehen mit einem Wechsel des Gewahrsams an der Sache vom Opfer auf den Täter einher.

⁴ OLG Celle NJW 1967, 1921 verneinte dies bereits wegen einer Minderung des Verkaufswertes eines Buches.

⁵ So die Rechtslage vor dem 6. StrRRG (s. D/T, 46. Aufl., § 242 Rn. 20); inzwischen reicht bloße Drittzueignungsabsicht beim Diebstahl aus.

⁶ D/T § 263 Rn. 42.

⁷ Das ist nicht die dingliche Eigentumsordnung des BGB.

⁸ Wessels BT2 Rn. 694.

⁹ Sachbetrug und Forderungsbetrug sind bloße Fallgruppen, die an den Gegenstand anknüpfen, auf den sich die Vermögensverfügung bezieht. Ihre Unterscheidung dient nur didaktischen Zwecken und hat keine praktischen Wirkungen im Hinblick auf die Strafbarkeit.

Ob und Wann sich ein solcher Gewahrsamswechsel vollzieht, ist aus sozial-normativer Sicht zu beurteilen. Hiernach erlangt z.B. der Kunde mit dem Passieren der Supermarktkasse Gewahrsam an den Waren, die in seinem Einkaufswagen liegen, und zwar unabhängig davon, ob die Kassiererin über sie verfügt hat oder nicht.

Für die Abgrenzung zwischen Diebstahl und Sachbetrug ist bedeutsam, wie sich dieser Gewahrsamswechsel vollzogen hat: Wenn keine Opferbeteiligung gegeben ist (die Kassiererin hat im Einkaufswagen versteckte Ware nicht gesehen), kann mangels Verfügungsbewusstseins des Opfers schon keine Vermögensverfügung vorliegen und ein Betrug scheidet aus.

In diesen Fällen fehlt es idR auch schon an einer Täuschung (kein Kunde behauptet konkludent, er habe keine versteckte Ware bei sich oder ist als Garant zur Offenbarung verpflichtet, was eine Strafbarkeit aus unechtem Unterlassungsdelikt begründen könnte) und an einem Irrtum. Um einen Betrug anzunehmen, muss der Getäuschte mindestens den äußeren Vorgang der Vermögensbewegung erfassen.

II. Abgrenzung Diebstahl - Forderungsbetrug

Auch der Forderungsbetrug bedarf einer Beteiligung des Opfers. Die Abgrenzung vom Diebstahl scheint sich jedoch schwieriger zu gestalten als beim Sachbetrug, weil Verfügungsbewusstsein des Opfers im Hinblick darauf, dass es unterlassen hat, (weitere) Forderungen geltend zu machen oder eine Besitzstörung abzuwehren, hier nicht nötig ist. (Das Merkmal „Verfügungsbewusstsein“ wurde nur eingeführt, um Diebstahl leichter vom *Sachbetrug* abgrenzen zu können und kann demnach hier nicht herangezogen werden.) Einschränkend ist jedoch bereits zu berücksichtigen, dass Herausgabeansprüche im Tatzeitpunkt idR noch nicht begründet sind und mangels Vertrag auch keine Kaufpreisforderungen bestehen, die man unterlassen könnte, geltend zu machen. Es wird dem gemäß oftmals lediglich eine Verfügung durch die Nichtabwehr von Besitzstörungen ernsthaft in Betracht gezogen werden können.

Selbst wenn man eine solche Verfügung bejaht, kommt man aber nicht zu einem Betrug, so lange es an einer Täuschung und an einem Irrtum fehlt, was z.B. bei verdeckter Ware aus den genannten Gründen ausscheidet (s.o. B I).

Schließlich wird die Strafbarkeit wegen (Forderungs-)Betruges oftmals daran scheitern, dass kein Vermögensschaden vorliegt, weil vorher oder gleichzeitig ein Diebstahl vollendet ist und die bloße Nichtgeltendmachung von Herausgabeansprüchen keinen eigenständigen, personal mitgestalteten Schaden begründet. Diesen Umstand drückt das sogenannte „Exklusivitätsdogma“¹⁰ aus, das jedoch lediglich deskriptiver Natur und deshalb überflüssig ist.

¹⁰ Dieses besagt, dass sich Diebstahl und Betrug gegenseitig ausschließen.