

## Strafrecht: Das Einverständnis zum Gewahrsamsübergang

*Relevante Norm: §§ 242, 246, 263 StGB*

*Copyright by Rolf Schmidt – Mai 2002*

Jüngst hatte sich das OLG Köln (NJW 2002, 1059) wieder einmal mit der Frage zu beschäftigen, wie der Täter, der an einer **Selbstbedienungstankstelle** tankt und anschließend das Betriebsgelände **ohne zu zahlen** verläßt, strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden kann. Bekanntermaßen bestehen bei der strafrechtlichen Würdigung solcher Fälle erhebliche Probleme. Denn zum einen ist fraglich, inwieweit die *zivilrechtlichen Vorschriften über den Eigentumserwerb* den Kraftstoff nicht mehr als „fremd“ i.S.d. Diebstahlstatbestandes erscheinen lassen und zum anderen ist zweifelhaft, ob ein etwaiges *Einverständnis des Tankstellenbetreibers* zur Gewahrsamsübertragung der Annahme eines Gewahrsamsbruchs entgegensteht. Diese Rechtsfragen sollen im folgenden klausuraufbauorientiert erörtert werden. Doch zu deren Beantwortung müssen Grundbegriffe des Gewahrsams sicher beherrscht werden.

### I. Begriff des Gewahrsams

Nach der herrschenden Auffassung enthält der Begriff des Gewahrsams – wie alle strafrechtlichen Tatbestandsmerkmale – eine objektive und eine subjektive Komponente. Danach ist unter **Gewahrsam** die von einem natürlichen **Herrschaftswillen** getragene **tatsächliche Sachherrschaft** eines Menschen über eine Sache zu verstehen.<sup>1</sup>

**Beispiel:** Wer sein Portemonnaie hinten in die Hosentasche gesteckt hat, übt tatsächliche Herrschaftsgewalt aus. Wird das Portemonnaie nun von einem Taschendieb herausgezogen, ist der Gewahrsamsbruch eindeutig zu bejahen.

Sicherlich kann die von der h.M. aufgestellte Definition für derartige (unproblematische) Fälle uneingeschränkte Geltung beanspruchen. Sie muß aber zwangsläufig in solchen Fällen versagen, in denen der Berechtigte aus faktischen Gründen gerade *nicht* in der Lage ist, eine tatsächliche Sachherrschaft über die Sache auszuüben.

#### **Beispiele:**

- (1) Befindet sich ein Wohnungsinhaber auf Reisen, ist fraglich, wie er die tatsächliche Sachherrschaft über die in seiner Wohnung befindlichen Gegenstände ausüben soll.
- (2) Befindet sich ein Autofahrer zu Fuß auf einem Stadtbummel, ist fraglich, wie er die tatsächliche Sachherrschaft über seinen auf dem Parkplatz abgestellten Wagen ausüben soll.
- (3) Auch derjenige, der morgens noch schläft, hat auf die Zeitung, die draußen im Briefkasten steckt, nicht wirklich eine tatsächliche Zugriffsmöglichkeit.

Um in Fällen der vorliegenden Art gleichwohl einen Diebstahl annehmen zu können, bedient sich die h.M. eines (korrigierenden) Kunstgriffes, indem sie in Fällen, in denen der Berechtigte nicht wirklich auf die Sache zugreifen kann, auf die **Verkehrsauffassung** abstellt und – bei entsprechendem Herrschaftswillen – auch noch bei einer gewissen räumlichen **Lockerung** den Gewahrsam bejaht (sog. „**gelockerter Gewahrsam**“). Eines solchen Kunstgriffes bedarf es jedoch nicht, wenn man nicht von dem Erfordernis einer tatsächlichen Herrschaftsmacht über die Sache ausgeht, sondern

---

<sup>1</sup> BGHSt 8, 273, 274; 40, 23; Lackner/Kühl, § 242 Rn 8a; LK-Ruß, § 242 Rn 17 ff.

eine **sozial-normative** Zuordnung der Sache zur Herrschaftssphäre einer Person vornimmt („**sozial-normativer Gewahrsamsbegriff**“).<sup>2</sup>

**Stellungnahme und Hinweis für die Fallbearbeitung:** Im Ergebnis ändert sich dadurch freilich nichts. In allen o.g. **Beispielen** fand ein Gewahrsamsbruch statt. Die h.M. nimmt jeweils einen gelockerten Gewahrsam an und die Gegenauffassung gelangt aufgrund einer sozial-normativen Zuordnung ebenfalls zur Annahme eines Gewahrsams. In der **Fallbearbeitung** ist eine Streitentscheidung daher entbehrlich. Der sozial-normative Gewahrsamsbegriff ist aber aus rechtsdogmatischer Sicht vorzugswürdig, weil er – anders als die Konstruktion eines „gelockerten Gewahrsams“ – den Kerngehalt der Wegnahme nicht zum bloßen Korrektiv entwertet.

Folgt man dem auch hier vertretenen sozial-normativen Gewahrsamsbegriff, so ergibt sich für den Gewahrsam folgende Definition:

Eine Person übt **Gewahrsam** über eine Sache aus, wenn ihr die Herrschaftsmacht über die Sache **sozial-normativ** zugeordnet wird („**sozial-normativer Gewahrsamsbegriff**“).

Die bisherigen Ausführungen zur Fremdheit und zum Gewahrsam dürften verdeutlicht haben, daß der Gewahrsam streng von den (zivilrechtlichen) **Eigentumsverhältnissen** zu unterscheiden ist. Ausschließlich bei der Frage der Fremdheit kommt es auf die zivilrechtliche Rechtslage an. Die Beurteilung des Gewahrsams richtet sich dagegen ausschließlich nach der faktischen, willensgetragenen bzw. sozial-normativen Sachherrschaft. Ebenso wenig darf der zivilrechtliche Besitz (§§ 854 ff. BGB) mit dem strafrechtlichen Gewahrsamsbegriff gleichgesetzt werden. So kann der Besitzdiener (§ 855 BGB), der zivilrechtlich nicht Besitzer ist, Gewahrsam haben. Umgekehrt sind Verpächter, Vermieter und Verleiher zwar mittelbare Besitzer (§ 868 BGB), haben jedoch keinen Gewahrsam. Auch der Erbe erlangt wegen der Besitzfiktion des § 857 BGB zwar Besitz an der Erbsache, jedoch schließt dies eine Gewahrsamsbegründung nicht notwendigerweise ein. Die Fiktion, daß der Besitz auf den Erben übergeht (§ 857 BGB), sagt nichts darüber aus, ob damit Gewahrsam begründet wird. Für den Fall, daß T Alleinerbe ist, ändert sich dadurch freilich nichts. Existiert hingegen ein Miterbe, ist die antiquarische Brosche für T zwar eine fremde bewegliche Sache. Sie steht aber nicht in fremdem Gewahrsam, weil O's Gewahrsam mit ihrem Tod untergegangen war und der Miterbe seinen die tatsächliche Sachherrschaft begründenden Herrschaftswillen mangels Kenntnis noch nicht fassen konnte. Das gleiche würde bei einer sozial-normativen Betrachtungsweise gelten.

---

<sup>2</sup> So vertreten von *Wessels/Hillenkamp*, BT/2, Rn 71; *Kargl*, JuS 1996, 971, 974; *Martin*, JuS 1998, 893; *NK-Kindhäuser*, § 242 Rn 31, *SK-Samson*, 4. Aufl., § 242 Rn 20, jeweils zurückgehend auf *Welzel*, GA 1960, 257 und Lb. (11. Aufl. 1969), S. 347, 348.

## II. Bruch fremden Gewahrsams

Der fremde Gewahrsam muß durch den Täter (bzw. bei mittelbarer Täterschaft durch den Tatmittler) gebrochen werden.

Fremder Gewahrsam wird **gebrochen**, wenn er ohne oder gegen den Willen des Gewahrsamsinhabers aufgehoben wird.<sup>3</sup>

**Beispiel:** Wenn der Täter nachts in eine Villa einsteigt und die dort befindlichen maritimen Antiquitäten fortschafft, bricht er dadurch den Gewahrsam des bisherigen Gewahrsamsinhabers an den Antiquitäten. Doch in der Klausur sind die zu würdigenden Sachverhalte nicht so einfach. Dort wird die Auseinandersetzung mit folgenden Problemkreisen erwartet:

Dadurch, daß auf den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers abgestellt wird, ist das Merkmal der Wegnahme nicht erfüllt, wenn ein Einverständnis vorliegt (sog. **tatbestandsausschließendes Einverständnis**). Dieses Einverständnis muß seiner Rechtsnatur nach weder ausdrücklich noch konkludent erklärt werden; vielmehr genügt der im inneren des Berechtigten verborgene Wille.

**Hinweis für die Fallbearbeitung:** Entscheidend ist das tatsächliche Vorliegen bei *Beginn* der Tatausführung. Im Gegensatz zur rechtfertigenden Einwilligung, bei der nach der herrschenden Lehre von den subjektiven Rechtfertigungselementen der Täter mit einem entsprechenden Rechtfertigungswillen gehandelt haben muß, ist es beim tatbestandsausschließenden Einverständnis unerheblich, ob der Täter in Kenntnis des Einverständnisses handelt. Weiß er nichts von einem in Wirklichkeit vorliegenden Einverständnis, kommt ein strafbarer (untauglicher) Versuch in Betracht (vgl. §§ 242 II, 22).

Ferner sind Grenzen des Einverständnisses dort zu sehen, wo es der Gewahrsamsinhaber an die **Einhaltung bestimmte Voraussetzungen** (bzw. **Bedingungen**) knüpft.

- ⇒ So ist nach h.M. etwa der Inhaber eines **Warenautomaten** nur dann mit der Entnahme der Ware einverstanden, wenn das Gerät korrekt funktioniert und es auch ordnungsgemäß bedient wird (das Einverständnis bezieht sich sowohl auf die zivilrechtliche Übereignung und Übergabe als auch auf den strafrechtlichen Gewahrsamsübergang). Wer daher Falschgeld, Münzen mit geringerem Nennwert oder geringwertigere (ausländische) Münzen einwirft bzw. den Automaten mit mechanischen Tricks wie mit Drähten usw. manipuliert, begeht durch die Entgegennahme der auf diese Weise freigegebenen Ware einen Gewahrsamsbruch und damit einen **Diebstahl**, so daß insofern für die subsidiäre Vorschrift des § 265a kein Raum ist. Die *ratio* dieser *Lehre vom bedingten Einverständnis* schließt nach Auffassung der h.M. die Lücke, die entsteht, wenn – wie vorliegend – ein Täuschungspartner fehlt und damit ein (gegenüber § 265a im Strafmaß erheblich gesteigerter) Betrug ausscheiden muß. Bricht der Täter hingegen den Automaten mittels eines Brechwerkzeugs auf, um sich den Inhalt zuzueignen, kommt es auf genannte Problematik erst gar nicht an. Hier ist zweifelsfrei Diebstahl gegeben (die Sachbeschädigung am Automaten tritt als typische Begleitatt im Wege der Gesetzeskonkurrenz – Konsumtion – zurück).
- ⇒ Einen **Diebstahl** begeht auch derjenige, der einen **Geldspielautomaten** mittels eines mit Tesafilm beklebten Geldscheins „überlistet“.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Tröndle/Fischer, § 242 Rn 16; Sch/Sch-Eser, § 242 Rn 35; Ludwig/Lange, JuS 2000, 446, 449.

<sup>4</sup> OLG Düsseldorf NJW 2000, 158 (mit zust. Bespr. v. Biletzki, NStZ 2000, 424 und JAR 2000, 79; Martin JuS 2000, 406; Kudlich, JuS 2001, 20, 23; ablehnend Otto, JR 2000, 214 ff.).

**Beispiel:** Der nicht gerade arbeitsbegeisterte aber einfallreiche P hat wieder einmal Langeweile. Um ohne größere Mühe an Geld zu kommen, „verlängert“ er einen Geldschein mit einem Tesafilmstreifen. Den auf diese Weise präparierten Geldschein führt er sodann in einen Geldwechselautomaten ein, um ihn – sobald der Geldschein die Lichtschranke überschritten und dadurch den Wechselgeldmechanismus ausgelöst hat – mit Hilfe des Tesafilmstreifens wieder herauszuziehen. Das so ausgeworfene Geld nimmt er in Zueignungsabsicht an sich. Das Ganze wiederholt er solange, bis der Automat leer ist.

#### **Strafbarkeit wegen Entgegennahme der Münzen**

P könnte sich dadurch, daß er den Geldspielautomaten mittels eines mit Tesafilm beklebten Geldscheins dazu gebracht hat, die Münzen auszuwerfen, wegen **Computerbetrugs** gem. 263a I Alt. 2 (Verwendung unrichtiger oder unvollständiger Daten) strafbar gemacht haben. Doch nach ganz herrschender Auffassung greift diese Vorschrift nur dann, wenn der Täter den Automaten äußerlich vollkommen ordnungsgemäß bedient hat. P hat den Automaten aber gerade nicht äußerlich vollkommen ordnungsgemäß bedient, sondern diesen mit Hilfe des Tesafilmstreifens daran gehindert, den Geldschein zu vereinnahmen. Auch scheidet eine Strafbarkeit wegen **Erschleichens von Leistungen** (§ 265a) aus, sofern man mit der h.M. die Strafnorm des § 265a nur auf Leistungsautomaten anwendet.

Möglicherweise hat P aber den Tatbestand des **Diebstahls** (§ 242 I) verwirklicht. Klar dürfte sein, daß ein Geldwechselautomat nur dann ordnungsgemäß bedient wird, wenn der einzuwechselnde Geldschein nach Einführung in den Automaten auf Dauer in diesem verbleibt und der Benutzer ihn nicht wiedererlangt, nachdem er den Auszahlungsmechanismus in Gang gesetzt hat und er den Gegenwert in Münzen erhalten hat. Wenn P nun den einzuwechselnden Geldschein mit Hilfe des Tesafilmstreifens wieder herauszieht, hat er das Gerät nicht ordnungsgemäß bedient. Wenn man zudem davon ausgeht, daß auch der Betreiber eines Geldwechselautomaten nur dann mit der Übergabe und Übereignung der in dem Gerät befindlichen und in seinem Eigentum und Gewahrsam stehenden Geldstücken an den Bediener einverstanden ist, wenn dieser den Automaten ordnungsgemäß betätigt, hat P vorliegend Gewahrsam an den Geldmünzen gebrochen und durch die Entgegennahme eignen Gewahrsam begründet. Da P auch mit entsprechendem Tatbestandsvorsatz und mit der Absicht gehandelt hat, sich die Münzen zuzueignen, ist er wegen **Diebstahls** gem. § 242 strafbar.

Möglicherweise hat P auch einen **besonders schweren Fall des Diebstahls** verwirklicht. In Betracht kommt § 243 I S. 2 Nr. 2. Dazu müßten die Geldmünzen durch ein verschlossenes Behältnis oder eine andere Schutzvorrichtung gegen Wegnahme gesichert gewesen sein. Das Gehäuse eines Geldwechselautomaten dient zwar neben der Aufnahme des Wechselmechanismus auch der Sicherung des Geldes vor unbefugter Entgegennahme. § 243 schützt gem. seinem Schutzzweck aber nur vor einer Wegnahme durch (mechanische) Überwindung einer bestehenden Sicherung (etwa durch Aufbrechen oder Benutzung von Drähten o.ä.). P hat den Automaten aber nicht aufgebrochen oder mit Drähten manipuliert, sondern lediglich „ausgetrickst“ und das Geld entgegengenommen, nachdem das Gerät sie durch die dafür vorgesehene Öffnung ausgeworfen hatte. P hat das Regelbeispiel des § 243 I S. 2 Nr. 2 daher nicht erfüllt. Mit guten Gründen kann man aber aufgrund der Vergleichbarkeit des Unrechts und der Höhe des Schadens einen unbenannten besonders schweren Fall i.S.v. § 243 I S. 1 annehmen.

#### **Strafbarkeit hinsichtlich des präparierten Geldscheins**

Da P den Geldschein mit einem Tesafilmstreifen „gesichert“ hat, hat er zu keinem Zeitpunkt weder sein Eigentum noch seinen Gewahrsam daran aufgegeben. Durch das Herausziehen seines Geldscheins aus dem Automaten konnte er demzufolge

auch keinen Gewahrsam brechen (zudem war der Geldschein – wie gesehen – schon nicht fremd). Ein Diebstahl an dem präparierten Geldschein muß demnach ausscheiden.

- ⇨ Beim **Selbstbedienungstanken** kommt hinsichtlich desjenigen, der Kraftstoff in seinen Tank einfüllt und anschließend das Tankstellengelände ohne zu zahlen verläßt, *Diebstahl*, *Unterschlagung* oder *Betrug* in Betracht.

**Beispiel<sup>5</sup>**: Ohne auch nur einen Cent in der Tasche zu haben (die Kredit- und e-Karte hat man ihm schon lange gesperrt) sucht B mit seinem Lieferwagen eine SB-Tankstelle auf und befüllt dort unter konkludenter Vortäuschung einer nicht vorhandenen Zahlungsbereitschaft seinen Tank. Sodann verläßt er entsprechend seinem zuvor gefaßten Entschluß mit dem Wagen das Tankstellengelände, ohne zu bezahlen. Später, als ein anderer Kunde tanken möchte, und dies nicht funktioniert, weil die Zapfsäule noch nicht freigegeben war, fällt die Sache auf. B kann aufgrund der Auswertung des Videobandes gefaßt werden. Strafbarkeit?

#### **Strafbarkeit wegen Diebstahls**

Durch das Befüllen seines Tanks und das anschließende Verlassen des Betriebsgeländes ohne den Kraftstoff bezahlt zu haben, könnte B sich aus § 242 I strafbar gemacht haben. Dazu müßte der Kraftstoff für ihn fremd gewesen sein. Fremd ist eine Sache, wenn sie weder im Alleineigentum des Täters steht noch ~~Zerrächts~~ ~~ist~~ einmal kann festgehalten werden, daß sich an den Tanksäulen einer Selbstbedienungstankstelle regelmäßig der Hinweis befindet, der Kraftstoff verbleibe bis zur vollständigen Bezahlung im Eigentum des Tankstellenbetreibers (vgl. §§ 449 I, 929 S. 1, 158 I BGB). Mit Blick auf das Kriterium der Fremdheit bedeutet dies, daß der Kunde allenfalls Miteigentum durch Vermischung erwirbt (vgl. § 948 I i.V.m. § 947). Im Zeitpunkt des Einfüllens bleibt der Kraftstoff für ihn also fremd i.S. der Eigentumsdelikte.<sup>6</sup> Fährt er vom Hofe ohne zu bezahlen, liegt auf alle Fälle schon einmal eine **Unterschlagung** vor.<sup>7</sup> Fraglich ist hingegen, ob mit dem Einfüllen des Kraftstoffes in den eigenen Kraftstoffbehälter auch ein **Diebstahl** angenommen werden kann (der dann aufgrund der Subsidiaritätsklausel in § 246 I a.E. den Tatbestand der Unterschlagung verdrängen würde). Dazu müßte eine Wegnahme vorliegen. Wegnahme bedeutet – wie gesagt – Bruch fremden und Begründung neuen Gewahrsams. Gewahrsam wird allerdings nicht gebrochen, wenn der bisherige Gewahrsamsinhaber mit der Gewahrsamsverschiebung einverstanden ist (tatbestandsausschließendes Einverständnis). Im Fall des SB-Tankens wäre es lebensfremd anzunehmen, der Tankstellenbetreiber behalte (zumindest) Mitgewahrsam, wenn er dem Kunden erlaubt, den Kraftstoff selbständig in dessen Tank einzufüllen. Vielmehr ist davon auszugehen, daß der SB-Tankstellenbetreiber generell sein Einverständnis zur Gewahrsamsverschiebung erteilt, wenngleich er sich das Eigentum bis zur vollständigen Kaufpreiszahlung vorbehält. Der einzige Gesichtspunkt, der gegen eine Gewahrsamsübertragung sprechen könnte, wäre eine Heranziehung des von den Automatenfällen her bekannten Gedankens eines *bedingten Einverständnisses*, wonach die Übertragung des Gewahrsams von der vollständigen Bezahlung des Kaufpreises abhängen könnte. Doch nach der Struktur des automatisierten Ablaufs muß der Kraftstoff als freigegeben angesehen werden, solange nur der Tankautomat äußerlich ordnungsgemäß betätigt wird. Dies ist

<sup>5</sup> Nach OLG Köln NJW **2002**, 1059.

<sup>6</sup> Wie hier OLG Köln NJW **2002**, 1059; OLG Hamm NSTZ **1983**, 266; OLG Koblenz NSTZ-RR **1998**, 364; Sch/Sch-Eser, § 246 Rn 7; LK-Ruß, § 246 Rn 8; NK-Kindhäuser, § 242 Rn 16/49 ff.; Wesfels/Hillenkamp, BT/2, Rn 184; anders OLG Düsseldorf JR **1982**, 343; Herzberg, NJW **1984**, 896; NSTZ **1983**, 251 und JA **1980**, 385, 386 f.. Vgl. auch Streng, JuS **2002**, 454.

<sup>7</sup> So die ganz h.M.; anders Herzberg, JA **1980**, 385, 386 f.

vorliegend geschehen. Insbesondere kann es keine Rolle spielen, ob das Tankstellenpersonal die Kraftstoffentnahme im konkreten Fall wahrnimmt oder nicht. Insoweit läßt sich feststellen, daß zumindest ein Diebstahl ausscheidet. Die dann an sich gegebene Unterschlagung tritt aufgrund ihrer formellen Subsidiarität zurück, wenn bspw. ein Betrug angenommen werden kann.

#### **Strafbarkeit wegen Betrugs**

Indem B als Kunde auftrat und damit zum Ausdruck brachte, er wolle wie jeder andere (redliche) Kunde den Kraftstoff nach Erhalt bezahlen, könnte er sich wegen **Betrugs** (§ 263 I) strafbar gemacht haben. Durch das Vortäuschen nicht vorhandener Zahlungsbereitschaft erweckte er bei dem Tankstelleninhaber oder dessen Personal einen entsprechenden Irrtum mit der Folge, daß ihm – da es sich um eine Selbstbedienungstankstelle handelte – das Einfüllen gestattet wurde. Die für den Betrugtatbestand vorauszusetzende Verfügung lag vorliegend also darin, daß das Tankstellenpersonal (auch ohne den B beobachtet zu haben) mit dem Tanken einverstanden war.<sup>8</sup>

Ein entsprechender (Verfügungs-)Wille als Folge der Täuschungshandlung des Täters kann aber nur gebildet werden, wenn eben diese Handlung von dem Tankstellenbetreiber oder seinen Mitarbeitern überhaupt wahrgenommen worden ist. Bleibt der Täter dagegen – wie im vorliegenden Fall – bis zur Beendigung des Tankvorgangs unbemerkt, gewinnt seine Handlungsweise keinen Einfluß auf die Willensbildung des Tankstellenpersonals und kann schon deshalb weder zu einem Irrtum noch zu einer Vermögensverfügung in bezug auf den von ihm getankten Kraftstoff führen. Eine Strafbarkeit wegen vollendeten Betrugs scheidet damit aus.

#### **Strafbarkeit wegen versuchten Betrugs**

Möglicherweise hat sich B jedoch wegen **versuchten Betrugs** (§§ 263 II, 22) strafbar gemacht.

Die in § 263 StGB vorausgesetzte Täuschungshandlung setzt auch in der Modalität des schlüssigen Verhaltens ein zur Irreführung eines Menschen bestimmtes und damit Einwirkung auf das intellektuelle Vorstellungsbild dieses Menschen dienendes Gesamtverhalten voraus. An dem Tatentschluß zu einem solchen Verhalten fehlt es, wenn der Täter davon ausgehen darf, daß er sein Vorhaben, ohne Bezahlung zu tanken unbemerkt verwirklichen kann.

Allerdings sind kaum noch Fälle vorstellbar, in denen der Täter davon ausgehen kann, sein Verhalten werde nicht wahrgenommen. Vielmehr ist bei realitätsnaher Betrachtung unter den heutigen Verhältnissen stets mit der Möglichkeit der unmittelbaren oder durch Überwachungsanlagen vermittelten Wahrnehmung zu rechnen<sup>9</sup>. Abgesehen von Ausnahmesituationen ist daher von auszugehen, daß der Täter beim Vorfahren an der Tankstelle billigend in Kauf nimmt, er könne jederzeit bemerkt werden, und daß er für diesen Fall auf eine Irreführung des Beobachters abzielt, also mit zumindest bedingtem Täuschungsvorsatz handelt. Das gilt auch für den vorliegenden Fall. B hat durch sein Verhalten konkludent und wahrheitswidrig vorgespiegelt, den Kraftstoff nach Erhalt bezahlen zu wollen. Er hat sich somit wegen **versuchten Betrugs** strafbar gemacht. Ob das nachfolgende Wegfahren hinzutretend eine **Unterschlagung** darstellt, ist unter dem Aspekt der „wiederholten Zueignung“ bekanntlich umstritten (vgl. dazu *Rolf Schmidt/Stephanie Seidel*, StGB BT II, 5. Aufl. S. 85 f.).

**Fazit:** Wer an einer Selbstbedienungstankstelle mit von vornherein gegebener Zahlungsunwilligkeit tankt und wegfährt, ohne den Kraftstoff zu bezahlen, macht sich i.d.R **nicht** wegen **Diebstahls** (insoweit fehlt es an der Wegnahme), sondern wegen **Betrugs** strafbar. Wird das Verhalten des Täters vom Tankstellenpersonal

<sup>8</sup> Vgl. Sch/Sch-Cramer, § 263 Rn 63 b.

<sup>9</sup> OLG Köln NJW 2002, 1059, 1060; Tröndle/Fischer, § 242 Rn 24.

allerdings erst nachträglich bemerkt, fehlt es an einer auf das täuschende Verhalten des Täters zurückzuführenden Vermögensverfügung des Tankstellenpersonals. In derartigen Fällen liegt dann ein **versuchter Betrug** vor.

Anders liegt der Fall, wenn der Kunde erst **nach Beendigung des Tankvorgangs** sich entschließt, ohne zu zahlen davonzufahren. Auch hier ist **Diebstahl** zu **verneinen**, da der eingefüllte Kraftstoff aufgrund des auch hier zu bejahenden Einverständnisses seitens des Tankstellenbetreibers vom Täter nicht weggenommen worden ist. Eine Strafbarkeit kann daher nur in dem anschließenden Wegfahren gesehen werden. Folgt man der genannten Mindermeinung (*Herzberg*), die mit dem Einfüllen des Kraftstoffes in den Tank zugleich eine Übereignung des Kraftstoffes annimmt, ist zu dem hier nachfolgenden Zeitpunkt des Verlassens des Tankstellengeländes der Kraftstoff für den Täter nicht mehr fremd, mit der Folge, daß auch eine **Unterschlagung** ausscheidet (darüber, ob *Herzberg* das auch so sehen würde, wenn *er* der betroffene Tankstellenbetreiber wäre, mag spekuliert werden). Nicht nur wegen dieses inakzeptablen Ergebnisses, sondern auch aus den o.g. Gründen sollte man mit der h.M. einen Eigentumswechsel erst mit der Bezahlung des Kraftstoffes annehmen. Der Täter ist dann wegen des Wegfahrens ohne zu zahlen aus § 246 strafbar.<sup>10</sup>

---

<sup>10</sup> Vgl. auch *Streng*, JuS **2002**, 454, 455.