

Entscheidungsanmerkung

Zur Strafbarkeit des unbemerkten Tankens an Selbstbedienungstankstellen

Wer an einer Selbstbedienungstankstelle tankt und vor dem Tankvorgang bereits den Entschluss gefasst hat, den Kraftstoff nicht zu bezahlen, macht sich in der Regel nicht des Diebstahls oder der Unterschlagung, sondern des Betruges schuldig. Bei unbemerktem Tankvorgang ist wegen Versuchs zu bestrafen. (Leitsatz des Verf.)

StGB §§ 23, 263, 242, 246
StPO § 354 Abs. 1, Abs. 1a

BGH, Beschl. v. 10.1.2012 – 4 StR 632/11¹

I. Einleitung

Der Unterschlagungstatbestand gehört zu den „tückischsten“ Straftatbeständen, denn seine Reichweite ist erheblich, seine Begriffsmerkmale sind umstritten und seine Struktur ist komplex. In der Fallprüfung wird er nicht selten übersehen oder aber „überstrapaziert“. Weitere Fallstricke lauern in der Subsidiaritätsklausel. Über § 246 StGB ist nun auch das LG Essen gestolpert, wenn es in Fällen des unbemerkten Tankens an Selbstbedienungstankstellen den Angekl. wegen Unterschlagung verurteilt hat.

Interessant sind aber auch die prozessualen Hintergründe des Falls, wenn der BGH eine Berichtigung des Schuldspruches vornimmt, ohne den Rechtsfolgenausspruch zu korrigieren.

II. Sachverhalt

Nach den von der Strafkammer getroffenen Feststellungen hatte der Angekl. seinen Pkw mit amtlichen Kennzeichen versehen, die er zuvor entwendet hatte, „damit er unerkannt ohne zu bezahlen tanken konnte“.² Entsprechend dieser Absicht hat er anschließend in sechs Fällen getankt, wobei die Strafkammer zum ersten dieser Fälle ausdrücklich mitteilt, dass nicht festgestellt werden konnte, ob die in der Tankstelle allein anwesende Kassiererin „den Vorgang bemerkt hat“.³ Zugunsten des Angekl. geht der BGH davon aus, dass in allen Fällen der Tankvorgang unbemerkt blieb.

III. Die Entscheidung

Der 4. Strafsenat des BGH änderte auf die Revision des Angekl. den Schuldspruch jeweils von Unterschlagung in versuchten Betrug ab. Im Übrigen hatte sie keinen Erfolg. Der Rechtsfolgenausspruch blieb unberührt.

¹ Die Entscheidung ist unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=9939ccefb67251255b36760fba10a62c&nr=59208&pos=0&anz=1> im Internet abrufbar und abgedruckt in NSTz 2012, 324.

² Vgl. BGH NSTz 2012, 324.

³ Vgl. BGH NSTz 2012, 324.

IV. Würdigung

1. Verfahrensrechtliche Besonderheiten

Ein Blick ins Gesetz genügt, um zu erkennen, dass es eine Vorschrift allein zur Berichtigung des Schuldspruches⁴ nicht gibt. § 354 StPO hat zwar eine eigene Sachentscheidung des BGH zum Inhalt, die jedoch mit einer Aufhebung des tatrichterlichen Urteils verbunden ist. In den Fällen der bloßen Schuldspruchberichtigung bleibt das tatrichterliche Urteil aber gerade bestehen. Hinsichtlich des Rechtsfolgenausspruches wird vom BGH hypothetisch geprüft, ob die erkannte Strafe auch auf der Grundlage des geänderten rechtsfehlerfreien Schuldspruchs vom Tatgericht verhängt worden wäre. In diesen Fällen ist auch § 354 Abs. 1a StPO nicht anwendbar, weil diese Vorschrift allein Gesetzesverletzungen „bei Zumessung der Rechtsfolgen“ zum Gegenstand hat. Diese Sichtweise hatte das BVerfG⁵ im Jahr 2007 bestätigt und auch eine analoge Anwendung des § 354 Abs. 1a StPO verneint. Die Kombination von Schuldspruchberichtigung und Prüfung der Angemessenheit der verhängten Strafe führe dazu, dass die Revisionsgerichte eine umfassende Sachentscheidungskompetenz erhalten, die der Gesetzgeber so nicht gewollt habe. Von einer planwidrigen Regelungslücke als Voraussetzung für eine analoge Anwendung des § 354 Abs. 1a S. 1 StPO könne nicht ausgegangen werden. Eine an teleologischen Gesichtspunkten ausgerichtete Norminterpretation scheitere als richterliche Rechtsfortbildung daran, dass diese unzulässig in die Kompetenz des demokratisch legitimierten Gesetzgebers eingreife.⁶ Die verfassungsrechtliche Dimension dieser Entscheidung ist enorm, denn eine eigene Rechtsfolgenentscheidung eines Revisionsgerichts bei geändertem Schuldspruch verletzt das Grundrecht auf den gesetzlichen Richter, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG. Nur ein Tatgericht kann die der Schuld des Täters angemessene Strafe festlegen. Ändert sich der Schuldspruch, sind dazu Feststellungen erforderlich, die ein Revisionsgericht in der Regel nicht treffen kann.

Aus Gründen der Verfahrensvereinfachung⁷ hat sich in der Praxis⁸ die analoge Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO

⁴ Vgl. grds. zur Schuldspruchberichtigung *Temming*, in: Gercke/Julius/Temming/Zöllner u.a. (Hrsg.), Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung, 5. Aufl. 2012, § 354 Rn. 10 ff.; *Wiedner*, in: Graf (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 2. Aufl. 2012, § 354 Rn. 34 ff.; *Kuckein*, in: Hannich (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 6. Aufl. 2008, § 354 Rn. 15 ff.

⁵ BVerfG, Beschl. v. 14.6.2007 – 2 BvR 136, 1447/05 = NSTz 2007, 598 (gekürzt).

⁶ BVerfG, Beschl. v. 14.6.2007 – 2 BvR 136, 1447/05, Rn. 121.

⁷ *Meyer-Gofßner*, Strafprozessordnung, Kommentar, 55. Aufl. 2012, § 354 Rn. 12; *Temming* (Fn. 4), § 354 Rn. 10.

⁸ Vgl. bspw. BGH NJW 1993, 2188; BGH NSTz 2008, 278; BGH, Beschl. v. 11.1.2012 – 1 StR 386/11 = BeckRS 2012, 05863; BGH, Beschl. v. 17.7.2012 – 3 StR 158/12 = BeckRS 2012, 18371; OLG Köln NJW 2002, 1059; zur Lit. vgl. *Beulke*, Strafprozessrecht, 11. Aufl. 2010, Rn. 574; *Kuckein* (Fn. 4), § 354 Rn. 15 ff.; krit. *Paster/Sättele*, NSTz 2007, 609 (614 ff.).

durchgesetzt.⁹ Diese Praxis ist nicht unkritisiert geblieben,¹⁰ kann sie doch dazu führen, dass sich auch bei milderem Schuldspruch nichts an der ausgesprochenen Rechtsfolge ändert. Nicht zu übersehen ist auch, dass das Spannungsverhältnis zu dem Grundrecht auf den gesetzlichen Richter in gleicher Weise besteht wie bei § 354 Abs. 1a StPO. Die Praxis versucht dieses Problem dadurch zu entschärfen, dass die Prüfung des Strafausspruchs nicht als eigene Rechtsfolgenentscheidung ausgegeben wird. Vielmehr gehe es nur darum, ausschließen zu können, dass der Tatrichter, hätte er den Schuldspruch zutreffend gefasst, auf eine für den Angeklagten günstigere Rechtsfolge erkannt hätte, was eine Frage der Beruhensprüfung (§ 337 StPO) sei.¹¹ Das Revisionsgericht beurteilt also aus der hypothetischen Sicht des Tatrichters, ob dieser auf der Grundlage des geänderten Schuldspruchs auf dieselbe Rechtsfolge erkannt hätte.¹²

Im vorliegenden Fall dürfte die Schuldspruchänderung für das Strafmaß schon deshalb unbedeutend sein, weil der Angekl. unter anderem auch wegen mit den Tankvorgängen in Zusammenhang stehenden Urkundenfälschungen (Benutzung entwendeter KFZ-Kennzeichen zur Verschleierung der eigenen Identität) tateinheitlich (§ 52 StGB) verurteilt wurde. Der Strafraum war also aus dem § 267 StGB zu entnehmen.

2. Materiellrechtliche Probleme

Die Entscheidung betrifft die bekannte Diskussion um die strafrechtliche Einordnung des Tankens ohne Zahlungsbereitschaft an Selbstbedienungstankstellen.¹³ Vor dem Hintergrund objektiver (Tathergang) und subjektiver (Intention) Unterschiede in den Fällen, können verschiedene Fallgruppen gebildet werden. Zu unterscheiden sind in objektiver Hinsicht Konstellationen, in denen der Täter von dem Tankstelleninhaber oder dessen Mitarbeiter bemerkt oder unbemerkt tankt. In Bezug auf die Intention des Täters ist zu unterscheiden, ob er von vornherein vorhat, den Kraftstoff nicht zu bezahlen, oder ob die Zahlungsbereitschaft erst nach dem Einfüllvorgang entfällt.

Die Kombination von objektiven und subjektiven Merkmalen in den Fällen führt zu weiteren Untergruppen. In der vorliegenden Entscheidung geht es um die Fallgruppe des unbeobachteten Tankens bei von Beginn an fehlender Zahlungsbereitschaft des Täters.

a) Diebstahl gemäß § 242 StGB

Ein Diebstahl an dem Kraftstoff setzt die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache voraus. Bei der Fremdheit des Kraftstoffs kommt es auf die konkrete Ausgestaltung des Rechtsgeschäfts an der Tankstelle an, worüber nichts mitgeteilt ist. Ein Eigentumserwerb kraft Gesetzes durch Vermischung (§§ 947, 948 BGB) scheidet aus, da der bisherige Eigentümer auch Miteigentümer wird.¹⁴ Ein rechtsgeschäftlicher Eigentumserwerb (§§ 929 ff. BGB) vollzieht sich nach h.M. erst an der Kasse, wenn die Ware bezahlt wird.¹⁵ Der BGH lässt die Frage der Fremdheit ausdrücklich offen und geht im Zusammenhang mit dem Betrug und der Vermögensverfügung auf die davon abzugrenzende Wegnahme genauer ein. Interessant ist nun, dass er nicht auf das für den Abschluss einer Wegnahme genügende Einverständnis beim Einfüllvorgang abstellt, sondern aus dem äußeren Erscheinungsbild die wesentlichen Schlussfolgerungen trifft: „Aus dem äußeren Erscheinungsbild der Tathandlungen folgt bei natürlicher Betrachtungsweise, dass es sich hier um ein durch Täuschung bewirktes Geben und nicht um ein Nehmen im Sinne eines Gewahrsamsbruchs handelt. Ob mit dem Einfüllen bereits das Eigentum an dem Benzin erlangt wird, kann dabei dahingestellt bleiben.“¹⁶ Das ist ein Argumentationsmuster, das aus der Abgrenzungsdogmatik zwischen dem Raub und der räuberischen Erpressung bekannt ist.¹⁷ Es hier zu bemühen, ist überflüssig, kommt es doch nur darauf an, ob der Täter den Gewahrsam an dem Kraftstoff gebrochen hat. Den Gewahrsam zu brechen bedeutet, gegen den Willen des bisherigen Gewahrsamsinhabers zu handeln.¹⁸ Selbstverständlich ist der Tankstelleninhaber oder dessen Mitarbeiter mit dem Einfüllvorgang einverstanden. Inhalt des Geschäftsmodells einer SB-Tankstelle ist es gerade, die Kosten zu senken und den Einfüllvorgang auf die Kunden zu verlagern.

⁹ Vgl. BGH NStZ 2008, 278; OLG Köln NJW 2002, 1059; vgl. zusammenfassend Bock, JA 2011, 134 (136 f.).

¹⁰ Beulke, in: Dölling/Götting/Meier/Verrel (Hrsg.), Festschrift für Heinz Schöch zum 70. Geburtstag am 20. August 2010, 2010, S. 963; Geerds, JZ 1968, 393; Paster/Sättele, NStZ 2007, 609 (614 ff.).

¹¹ BGHSt 49, 371 (372).

¹² Krit. zu Recht Hanack, in: Rieß (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozeßordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 5, 25. Aufl. 2003, § 354 Rn. 14a; Foth, NStZ 1992, 444 (445); Hanack, StV 1993, 63 (64 f.).

¹³ Grds. dazu vgl. Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 59. Aufl. 2012, § 242 Rn. 24; Eser/Bosch, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2010, § 242 Rn. 36 f.; Vogel, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2012, § 242 Rn. 118; Schroeder, JuS 1984, 846; Chalarambakis, MDR 1985, 975; Lange/Trost, JuS 2003, 961.

¹⁴ Vgl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2012, § 5 Rn. 6; v. Heintschel-Heinegg, JA 2012, 305 (306); Hoffmann-Holland/Singelnstein/Simonis, JA 2009, 513 (516); Lange/Trost, JuS 2003, 964; Deutscher, JA 1983, 125.

¹⁵ Vgl. Rengier (Fn. 14), § 5 Rn. 6; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 33. Aufl. 2010, Rn. 184; Vogel (Fn. 13), § 246 Rn. 8; Eser/Bosch (Fn. 13), § 246 Rn. 7, § 242 Rn. 36; OLG Hamm NStZ 1983, 266; Borchert/Hellmann, NJW 1983, 2799; zu den Fällen eines Eigentumsvorbehalts vgl. Faust, JuS 2011, 929 (931).

¹⁶ BGH NStZ 2012, 324.

¹⁷ Vgl. Sinn, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, 133. Lfg., Stand: April 2012, § 249 Rn. 23 ff. m.w.N.

¹⁸ Kindhäuser, Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar, 5. Aufl. 2013, § 242 Rn. 41; ders., in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 2, 3. Aufl. 2010, § 242 Rn. 41; BGHSt 8, 273 (276).

Auch bei einer Bedientankstelle verfängt diese Abgrenzungshilfe nicht, denn entweder wird das Einverständnis in den Gewahrsamsübergang erschlichen, wenn der Tankstelleninhaber das Benzin selbst einfüllt, oder aber dessen Mitarbeiter sind ermächtigt, das Benzin einzufüllen, was zum Einverständnis und damit zur Verneinung einer Wegnahme führt. Also auch für eine Abgrenzung von Betrug und Trickdiebstahl ist eine Orientierung am äußeren Erscheinungsbild überflüssig, ja verwirrend.

b) Betrug gemäß § 263 StGB

Innerhalb des Betruges ist nun von Bedeutung, ob der Täter von vornherein vorhatte, den Kraftstoff nicht zu bezahlen, oder er erst später – nach dem Einfüllvorgang – den Entschluss dazu fasste und ob der Tankvorgang vom Tankstelleninhaber oder dessen Personal bemerkt wurde. Voraussetzung für einen Betrug ist die Täuschung einer anderen Person. Indem der Täter „als Kunde auftritt und sich wie ein solcher verhält, bringt er – jedenfalls in der Regel – durch schlüssiges Verhalten zum Ausdruck, dass er das Benzin nach dessen Erhalt bezahlen werde.“¹⁹ Im Kern geht es also um eine konkludente Täuschung.²⁰ Dies ist eine Form der Täuschung durch Tun ohne dass der Täter etwas ausdrücklich erklärt. Vielmehr erklärt der Täter durch sein Verhalten etwas, und der Inhalt dieser Erklärung wird aus dem Kommunikationszusammenhang geschlossen. In den Fällen des Selbstbedienungstankens besteht der Kommunikationszusammenhang darin, dass typischerweise Kraftstoffe an Tankstellen verkauft (§ 433 ff. BGB) werden. Wer dementsprechend Benzin in den Tank füllt, erklärt damit auch seine Zahlungsbereitschaft. Hat der Täter vor dem Einfüllvorgang bereits den Entschluss gefasst, nicht zu zahlen, erweckt er bei dem Tankstelleninhaber oder dessen Personal einen entsprechenden Irrtum. Das setzt natürlich voraus, dass er dabei vom Tankstelleninhaber oder dessen Personal bemerkt wird, denn irren können sich nur Personen, die eine Täuschungshandlung wahrgenommen haben.²¹ Die Vermögensverfügung besteht in dem Gestatten des Besitzübergangs an dem Kraftstoff und der Vermögensschaden in der Erlangung des Besitzes. Nach Bejahung aller weiteren Deliktsmerkmale liegt ein vollendeter Betrug vor. Wird der Entschluss, den Kraftstoff nicht zu bezahlen, erst nach dem Einfüllvorgang gefasst, scheidet mangels einer Täuschung ein Betrug aus. In Frage kommt dann nur noch eine Unterschlagung.²²

Im vorliegenden Fall ist der BGH zugunsten des Angekl. davon ausgegangen, dass der Tankvorgang unbemerkt blieb. Damit scheidet ein vollendeter Betrug aus und es kommt ein versuchter Betrug in Frage.

c) Unterschlagung gemäß § 246 StGB

Wie gesehen hat der BGH das Urteil des LG Essen im Schuldanspruch berichtigt, soweit der Angekl. wegen Unterschlagung verurteilt wurde. Dem ist zuzustimmen. Der Rechtsfehler liegt darin, dass das LG die Subsidiaritätsklausel des § 246 Abs. 1 a. E. StGB fehlerhaft angewendete.

Wie dargelegt, ist das unbemerkte Tanken an einer SB-Tankstelle bei fehlender anfänglicher Zahlungsbereitschaft als versuchter Betrug zu bestrafen. Eine Unterschlagung kommt daneben nicht in Frage, „wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist“. Diese Subsidiaritätsklausel wurde im Zuge des 6. Strafrechtsreformgesetzes in § 246 StGB aufgenommen, weil durch den Wegfall des Besitz- und Gewahrsamerfordernisses der Unterschlagungstatbestand einen sehr weiten Anwendungsbereich erhalten hatte.²³ Nach der Neufassung kommt es nur noch darauf an, ob sich der Täter die Sache zueignet hat. Diese Zueignung kann auch „versteckt“ in anderen Tatbeständen enthalten sein,²⁴ so dass es einer Bestrafung wegen einer Unterschlagung nicht bedarf. Der Gesetzgeber hat dies mit der Wendung „die Tat“ zum Ausdruck gebracht. Gemeint ist damit „dieselbe Tat“²⁵ im Sinne der materiellrechtlichen Tateinheit.²⁶ Entscheidend ist also, ob ein Fall sog. Gleichzeitigkeit vorliegt,²⁷ denn der Streit um die wiederholte Zueignung wird von der Subsidiaritätsklausel nicht entschieden²⁸ und bleibt weiterhin aktuell.²⁹ Diese Komplexität innerhalb der Subsidiaritätsklausel hat das LG Essen nicht aufgelöst, weshalb der BGH korrigierend eingreifen musste: „Da der Täter schon beim Einfüllen mit dem Willen handelt, sich das Benzin zuzueignen, kommt eine Bestrafung wegen Unterschlagung schon wegen deren Subsidiarität (§ 246 Abs. 1 StGB) auch dann nicht in Betracht, wenn er durch den – versuchten oder vollendeten – Betrug nur den Besitz und nicht bereits das Eigentum an diesem erlangt.“³⁰ Das bedeutet, dass die Zueignung bereits in der Erlangung des Besitzes zu sehen ist. In dem Einfüllvorgang ist die Zueignung des Kraftstoffes als Manifestation des Zueignungswillens³¹ zu sehen, gleich welcher Ansicht man zum Zueignungsbegriff folgen will.³² Die

²³ Vgl. dazu *Hohmann*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 246 Rn. 4 ff.

²⁴ Vgl. *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 15), Rn. 277; *Küper*, Strafrecht, Besonderer Teil, 8. Aufl. 2012, S. 490.

²⁵ *Eser/Bosch* (Fn. 13), § 246 Rn. 32.

²⁶ *Rengier* (Fn. 14), § 5 Rn. 29; zum Verhältnis zu den Nicht-Vermögensdelikten vgl. BGHSt 47, 243; krit. dazu *Otto*, NStZ 2003, 87.

²⁷ Zu den Gleichzeitigkeitsfällen vgl. *Murmann*, NStZ 1999, 14 (16 f.).

²⁸ Vgl. *Fischer* (Fn. 13), § 246 Rn. 15.

²⁹ Ebenso *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2010, § 246 Rn. 8 und 15.

³⁰ BGH NStZ 2012, 324; zum Ganzen BGH NJW 1983, 2827; vgl. auch BGH NStZ 2009, 694 – jeweils m.w.N.

³¹ Vgl. dazu *Wittig* (Fn. 29), § 246 Rn. 3 ff. und *Sinn*, NStZ 2002, 64.

³² Vgl. dazu den Überblick bei *Kudlich*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Fn. 21), § 246 Rn. 10 ff.

¹⁹ BGH NJW 1983, 2827; vgl. auch OLG Köln NJW 2002, 1059 f.; BGH NStZ 2012, 324.

²⁰ Vgl. dazu *Fischer* (Fn. 13), § 263 Rn. 21 ff. (33).

²¹ *Satzger*, in: Satzger/Schmitt/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 2009, § 263 Rn. 72 m.w.N.

²² *Rengier* (Fn. 14), § 5 Rn. 6; *Streng*, JuS 2002, 455; OLG Koblenz NStZ-RR 1998, 364; vgl. auch *Baier*, JA 1999, 366 f.

Zueignung ist bereits mit dem (versuchten) Betrug als beim Täter eingetretener Vermögensvorteil erfasst, was die Subsidiaritätsklausel auslöst. Eine Verurteilung wegen Unterschlagung kam also nicht in Frage.

V. Fazit

Die Entscheidung des BGH zeigt, dass auch bekannte und viel diskutierte und dokumentierte Fallgestaltungen immer wieder Anlass zur revisionsrechtlichen Korrektur geben. Die Unterschlagung hat durch den Wegfall des Besitz- und Gewahrsamerfordernisses erheblich an Reichweite gewonnen, was zum Bedeutungsgewinn der Subsidiaritätsklausel in sog. Gleichzeitigkeitsfällen³³ führt.

Das Ziel einer Revision ist nicht, dem Angekl. einen „Gewinn“ zu verschaffen, sondern Rechtsfehler aufzudecken und, soweit der BGH dazu eine Kompetenz hat, diese selbst zu beseitigen. Soweit der Schuldspruch berichtigt wird, dient dies der richtigen Rechtsanwendung, das ist natürlich nicht zu beanstanden. Soweit der BGH eine Kompetenz für sich beansprucht, den Strafausspruch vor dem Hintergrund des berichtigten Schuldspruchs zu überprüfen, gerät er in Konflikt mit dem Recht auf den gesetzlichen Richter. In der vorliegenden Konstellation können die Schwierigkeiten einzelfallbedingt überwunden werden, aber das Problem wird sich erneut stellen.

Prof. Dr. Arndt Sinn, Osnabrück

³³ Vgl. *Murmann*, NStZ 1999, 14 (16 f.).