

1. Sachverhalt¹

A mietet zusammen mit seiner Freundin B einen PKW bei der Autovermietung C. Bald darauf trennen sich A und B, weshalb A nicht länger in der Wohnung der B übernachten kann. Er entschließt sich daher kurzerhand, den gemieteten PKW als neuen Schlafplatz zu nutzen. Ob er den Wagen in diesem Zeitraum auch als Fortbewegungsmittel gebraucht, ist nicht zweifelsfrei feststellbar. Erst als seine Freundin ihn wieder bei sich aufnimmt, fährt A den Wagen zu C zurück. Der vereinbarte Rückgabetermin ist zu diesem Zeitpunkt um sechs Wochen überschritten. C stellt Strafantrag gegen A.

Das LG Aachen verurteilt A wegen unbefugten Gebrauchs eines Fahrzeugs gemäß § 248b StGB.² A legt Revision zum BGH ein.

2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Im deutschen Strafrecht wird die bloße unbefugte Gebrauchsanmaßung (**furtum usus**) grundsätzlich nicht pönalisiert.³ Sofern der Täter plant, die Sache zurückzugeben, scheidet ein Diebstahl gemäß § 242 an der fehlenden Zueig-

Juli 2015

Notquartier-Fall

Ingebrauchnahme eines PKW / Nicht-Mehr-Berechtigter / mutmaßliches Einverständnis / Gebrauchsrecht als Schutzgut

§ 248b StGB

Leitsätze der Bearbeiterinnen:

1. Die Ingebrauchnahme eines Fahrzeugs i.S.d. § 248b StGB setzt eine vorübergehende bestimmungsgemäße Nutzung voraus.
2. Erfolgt die Ingebrauchnahme zur Rückführung des Fahrzeugs an den Berechtigten, ist dies regelmäßig von dessen mutmaßlichen Willen gedeckt.

BGH, Beschluss vom 24. Juni 2014 – 2 StR 73/14; veröffentlicht in NStZ 2015, 156.

nungsabsicht.⁴ Eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung nach § 246 scheidet mangels Manifestation des Zueignungswillens ebenfalls aus.⁵ Zur Vermeidung einer Strafbarkeitslücke bezüglich der Gebrauchsanmaßung an Fahrzeugen wurde § 248b eingeführt.⁶

Bei diesem Dauerdelikt wird die unbefugte Ingebrauchnahme eines Fahrzeugs gegen den Willen des Berechtigten unter Strafe gestellt.⁷ Gilt der Tatbestand mit der Ingebrauchnahme als vollendet, so tritt die Beendigung erst mit Abschluss der unbefugten Nutzung des Fahrzeugs ein.⁸ Als **Fahrzeug** i.S.d. § 248b Abs. 1 gelten sowohl

¹ Der Sachverhalt der Entscheidung wurde leicht gekürzt und verändert, um die Hauptprobleme deutlicher hervortreten zu lassen.

² §§ ohne Kennzeichnung sind solche des StGB.

³ Vogel, in LK, StGB, 12. Aufl. ff., § 248b Rn.1.

⁴ Vgl. Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl. 2014, § 248b Rn. 1.

⁵ Vgl. Eser/Bosch, in Schönke/Schröder, 29. Aufl. 2014, § 246 Rn. 10 ff.

⁶ Rengier, Strafrecht BT I, 16. Aufl. 2014, § 6 Rn. 4.

⁷ Hohmann, in MüKo, StGB, 2. Aufl. 2011 ff., § 248b Rn. 4.

⁸ OLG Düsseldorf NStZ 1985, 413.

Kraftfahrzeuge (Legaldefinition in Abs. 4) als auch Fahrräder.

Geschützt wird nach h.M. das **Gebrauchsrecht** als vom Eigentum unabhängiges Rechtsgut.⁹ Dementsprechend ist „**Berechtigter**“ i.S.d. § 248b der Nutzungsberechtigte und nicht, wie von der a.M. vertreten,¹⁰ ausschließlich der Eigentümer. Nutzungsberechtigter ist hierbei derjenige, dem das Recht zusteht, über die Nutzung des Fahrzeugs als Fortbewegungsmittel zu bestimmen.¹¹

Die Tathandlung wird durch eine **Ingebrauchnahme** des Fahrzeugs gegen den Willen des Berechtigten verwirklicht. In Gebrauch genommen wird ein Fahrzeug nach allgemeiner Ansicht durch die – seinem bestimmungsgemäßen Zweck entsprechende – Nutzung als Fortbewegungsmittel.¹² Sofern eine unberechtigte Nutzung dieses Kriterium nicht erfüllt, liegt keine tatbestandsmäßige Handlung vor. Folgt man dieser Ansicht, so fällt das Einschalten des Radios in einem parkenden Wagen ebenso wenig unter den Tatbestand wie das bloße Anlassen des Motors.¹³

Kontrovers diskutiert wird, wie Fälle zu beurteilen sind, in denen der ursprüngliche Berechtigte das Fahrzeug nach Wegfall der Berechtigung weiter gebraucht. Der Täter stellt sich hier als „**Nicht-Mehr-Berechtigter**“ dar.

Die h.M. spricht in solchen Fällen allgemein von einem **Ingebrauchhalten**.¹⁴ Mit der Begründung, dass ein Gewahrsamsbruch nicht erforderlich

sei, stellt sie das Ingebrauchhalten der Ingebrauchnahme gleich.¹⁵

Die Gegenansicht sieht in der Gleichsetzung der beiden Begriffe einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG, da die Wortlautgrenze überschritten sei.¹⁶

Hohmann unterteilt die Fälle des Weitergebrauchens in zwei Fallgruppen.¹⁷ Die erste Fallgruppe erfasst Konstellationen, in denen der Täter bei der Ingebrauchnahme fälschlicherweise davon ausgeht, berechtigt zu sein, während der Fahrt aber seinen Irrtum bemerkt und das Fahrzeug dennoch weiter fährt. Allein hierbei könne von einem Ingebrauchhalten gesprochen werden, dessen Einbeziehung in den Tatbestand die Wortlautgrenze überschreite.

Die zweite Fallgruppe kennzeichnet sich dadurch, dass der vormals Berechtigte das Fahrzeug nach dem Wegfall der Berechtigung erneut in Gang setzt (**erneute Ingebrauchnahme**). Folglich sei in solchen Fällen die Frage, ob ein Ingebrauchhalten tatbestandsmäßig ist, bedeutungslos.¹⁸

Sofern zwischen den Beteiligten ein Vertragsverhältnis bestand, lässt sich diskutieren, ob die erneute Ingebrauchnahme vom Schutzbereich des § 248b erfasst sein sollte. Gegen eine strafrechtliche Erfassung derartiger Konstellationen spricht einer Meinung nach, dass das Zivilrecht hierfür ausreichenden Schutz biete.¹⁹ Das Strafrecht als ultima ratio sei schließlich nicht dazu da, vertragswidriges Verhalten zu pönalisieren.²⁰

Die Gegenauffassung hält eine strafrechtliche Sanktionierung dennoch für geboten, da bei § 248b auf den Willen des Berechtigten abzustellen sei,

⁹ BGH NJW 1958, 151; *Rengier*, Strafrecht BT I, (Fn. 6), § 6 Rn. 4.

¹⁰ *Eser/Bosch*, (Fn. 5), § 248b Rn. 1; *Hohmann*, in MüKo, (Fn. 7), § 248b Rn. 1.

¹¹ *Rengier*, Strafrecht BT I, (Fn. 6), § 6 Rn. 4.

¹² *Fischer*, StGB, 61. Aufl. 2014, § 248b Rn. 4; *Hohmann*, (Fn. 7), § 248b Rn. 10.

¹³ Vgl. *Rengier*, Strafrecht BT I, (Fn. 6), § 6 Rn. 5.

¹⁴ BGH NJW 1958, 151; *Fischer*, StGB, (Fn. 12), § 248b, Rn. 4.

¹⁵ BGH NJW 1958, 151; *Wessels/Hillenkamp*, BT II, 37. Aufl. 2014, Rn. 435.

¹⁶ *Vogel*, in LK, (Fn. 3), § 248b Rn. 5.

¹⁷ *Hohmann*, in MüKo, (Fn. 7), § 248b Rn. 16 f.

¹⁸ *Hohmann/Sander*, Strafrecht BT I, 3. Aufl. 2011, § 4 Rn. 9.

¹⁹ *Vogel*, in LK, (Fn. 3), § 248b Rn. 5.

²⁰ AG München NStZ 1986, 458, 459.

sodass unabhängig vom Vorliegen eines Vertragsverhältnisses der Tatbestand erfüllt sei.²¹ Zudem bestehe in der Praxis aufgrund der Regelungen in §§ 153, 153a StPO (Einstellung wegen Geringfügigkeit bzw. gegen Erfüllung von Auflagen) die Möglichkeit, solche tatbestandsmäßigen Handlungen nicht zu ahnden.²²

§ 248b setzt tatbestandsmäßig ein Handeln **gegen den Willen** des Berechtigten voraus. Ein solches Handeln liegt zweifelsfrei dann vor, wenn der Berechtigte seinen entgegenstehenden Willen ausdrücklich oder konkludent geäußert hat.²³ Ebenfalls unproblematisch sind Fälle, in denen der Berechtigte sein Einverständnis erklärt hat, sodass die Verwirklichung des Tatbestands ausgeschlossen ist (**tatbestandausschließendes Einverständnis**).²⁴ Allerdings sind auch Konstellationen denkbar, in denen der Rechtsgutsinhaber keinen Willen gebildet hat, weil er erst nachträglich von dem Angriff auf sein Rechtsgut erfährt. Es wird hierbei diskutiert, ob man nun auf den mutmaßlichen Willen des Berechtigten abstellen kann.²⁵ So ist im Rahmen der Einwilligung, bei deren Vorliegen die Rechtswidrigkeit des tatbestandlichen Handelns entfällt, ein Abstellen auf den mutmaßlichen Willen allgemein anerkannt.²⁶ Zu der Frage, ob dies auch auf Tatbestandsebene möglich sein soll, werden verschiedene Ansichten vertreten.

Parallel zur mutmaßlichen Einwilligung auf Rechtswidrigkeitsebene wird auch die Möglichkeit eines **mutmaßlichen Einverständnisses** auf Tatbestandsebene für zulässig erachtet.²⁷ Im

vorliegenden Fall müsste anhand des mutmaßlichen Willens des Geschäftsführers der C ermittelt werden, ob sie die Rückführung des PKW durch A in Kenntnis der Umstände untersagt hätte. Läge die Wiedererlangung jedoch in ihrem Interesse, wäre ein „mutmaßliches Einverständnis“ gegeben.

Gegen die befürwortende Ansicht wird vorgebracht, dass der „entgegenstehende Wille“ als Tatbestandsmerkmal faktisch vorliegen müsse und nicht gemutmaßt werden dürfe.²⁸ Ein mutmaßliches Einverständnis sei somit grundsätzlich nicht möglich.²⁹ Diese Ansicht spricht sich für eine Lösung auf der Rechtfertigungsebene aus und wendet mangels vorliegenden Einverständnisses die Figur der **mutmaßlichen Einwilligung** an.³⁰ Jedoch entstehen bei einer solchen Vorgehensweise Schwierigkeiten. Als Einwilligungssurrogat ist die mutmaßliche Einwilligung subsidiär.³¹ Daher scheitert die Rechtfertigung, wenn die vorherige Einholung der rechtfertigenden Einwilligung möglich gewesen wäre. A hätte demnach vor seiner Rückfahrt bei C anfragen müssen, ob er den Wagen zurückbringen dürfe.

Darüber hinaus wird vertreten, eine Differenzierung zwischen Einverständnis und Einwilligung sei prinzipiell überflüssig.³² Dies resultiert einer Ansicht nach aus dem grundsätzlich vorzugswürdigen Deliktsaufbau als Gesamtunrechtstatbestand, innerhalb dessen keine Unterscheidung zwischen Tatbestand und Rechtswidrigkeit erfolgt.³³ Eine andere dogmatische Herleitung ist, dass auch bei willensunabhängigen Delikten durch eine Zustimmung bereits der Tatbestand mangels Beeinträchtigung des disponiblen Rechtsguts

²¹ Vogel, in LK, (Fn. 3), § 248b Rn. 5.

²² Vogel, in LK, (Fn. 3), § 248b Rn. 5.

²³ Vgl. Ludwig/Lange, JuS 2000, 446.

²⁴ Ludwig/Lange, JuS 2000, 446.

²⁵ Vgl. Ludwig/Lange, JuS 2000, 446 ff.; Marlie, JA 2007, 112 ff.

²⁶ Rengier, Strafrecht AT, 6. Aufl. 2014, § 23 Rn. 47; Roxin, Strafrecht AT Bd. I, 4. Aufl. 2006, § 18 Rn. 3.

²⁷ Ludwig/Lange, JuS 2000, 446.

²⁸ Vgl. Marlie, JA 2007, 112, 115.

²⁹ Rengier, Strafrecht AT, (Fn. 26), § 23 Rn. 48.

³⁰ Vgl. Marlie, JA 2007, 112, 117.

³¹ Roxin, (Fn. 26), § 18 Rn. 10 ff.

³² Vgl. Marlie, JA 2007, 112.

³³ Herzberg/Hoffmann-Holland, in MüKo, (Fn. 7), § 22 Rn. 155.

nicht verwirklicht werde.³⁴ Die Figur eines mutmaßlichen Einverständnisses müsste demnach nicht konstruiert werden.

3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH hebt das Urteil des LG Aachen auf. Die bisher vom LG getroffenen Feststellungen reichen nicht aus, um die Erfüllung aller Tatbestandsmerkmale hinreichend nachzuweisen.

Zunächst führt der BGH im Allgemeinen aus, dass die Ingebrauchnahme i.S.d. § 248b stets die bestimmungsgemäße Nutzung des Fahrzeugs voraussetze. Zur Bestimmung des Berechtigten stellt er wie die h.M. nicht auf das Eigentum, sondern auf die Nutzungsberechtigung ab.

Der BGH bestätigt zudem seine frühere Rechtsprechung³⁵ und die herrschende Lehre, wonach ein Ingebrauchhalten einer Ingebrauchnahme gleichzusetzen ist. Eine Differenzierung nach den oben genannten Fallgruppen findet nicht statt.

Der BGH unterscheidet sodann zwischen den Übernachtungen im Fahrzeug und der Rückfahrt des Wagens zu der Autovermietung. Das Schlafen im Wagen stelle zwar eine unberechtigte, allerdings keine bestimmungsgemäße Nutzung dar, sodass keine Ingebrauchnahme vorliege.

Anders zu beurteilen sei die Rückführung des Wagens an den Berechtigten. Hierbei liege zwar zweifelsohne eine tatbestandsmäßige Ingebrauchnahme vor, jedoch könne der entgegenstehende Wille der Autovermietung nicht ohne weiteres vermutet werden. Bei der Rückführung komme es dem Täter regelmäßig nicht auf eine Verletzung der uneingeschränkten Verfügungsmöglichkeit des Berechtigten an, sondern vielmehr auf deren Wiedereinräumung. Hieran habe der Nutzungsberechtigte aber regelmäßig ein Interesse, sodass die Rückführung von seinem

mutmaßlichen Willen gedeckt sei. Die in einem solchen Fall notwendigen ausdrücklichen Feststellungen zu einem entgegenstehenden Willen seien trotz des Vorliegens eines Strafantrags nicht entbehrlich. Der Strafantrag erfasse eine unbefugte Nutzung in dem gesamten Zeitraum der verspäteten Rückgabe, sodass sich daraus nicht zwangsläufig auch ein Rückschluss in Bezug auf die Rückführung herleiten lasse.

Das Tatbestandsmerkmal des entgegenstehenden Willens sei in Fällen der Rückführung daher nicht erfüllt.

4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Die vorliegende Entscheidung beschäftigt sich mit dem examensrelevanten § 248b, dem in der universitären Ausbildung oft nicht genügend Aufmerksamkeit gewidmet wird. Scheitert in der Fallbearbeitung eine Strafbarkeit wegen Diebstahls oder Unterschlagung eines Fahrzeugs am Rückführungswillen des Täters, so muss nun der Blick auf § 248b fallen. Wird dieser Tatbestand vergessen, werden Punkte verschenkt. Vorsicht ist als nächstes bei dem Tatbestand der Ingebrauchnahme geboten. Dass dieses Merkmal eine bestimmungsgemäße Nutzung voraussetzt, ergibt sich nicht aus dem Gesetzestext, sondern muss gelernt werden. Sobald aber eine Fortbewegung stattfindet, liegt eine tatbestandsmäßige Handlung vor, unabhängig von der zurückgelegten Distanz.

Weiterhin befasst sich die Entscheidung mit grundlegenden dogmatischen Fragen, die bei willensbezogenen Delikten auftreten. Erforderlich ist hier stets ein Handeln gegen oder ohne den Willen des Berechtigten. Wird ein solcher Wille weder ausdrücklich noch konkludent geäußert, tritt die Problematik eines mutmaßlichen Einverständnisses auf.

5. Kritik

Im Aufbau überzeugt die Entscheidung des BGH durch die anschauliche Unter-

³⁴ Roxin, (Fn. 26), § 13 Rn. 12.

³⁵ Vgl. BGH NJW 1958, 151.

gliederung in zwei Handlungskomplexe, die die Problemschwerpunkte innerhalb des § 248b klar hervortreten lassen. Jedoch lässt die rechtliche Würdigung an manchen Stellen Fragen offen, lässt sogar Raum für Zweifel, ob dem BGH in allen Punkten gefolgt werden kann. Überzeugender wäre es, wenn sich der BGH, anstelle einer schlichten Wiederholung vergangener Rechtsprechung, kritisch mit dieser auseinandersetzen würde.

So stellt er kurz und knapp fest, dass ein Fahrzeug nur dann tatbestandsmäßig in Gebrauch genommen werde, wenn es – seinem bestimmungsgemäßen Zweck entsprechend – fortbewegt wird. Bei der Übernahme der Definition aus dem Jahre 1957 mangelt es allerdings an einer Reflexion, ob diese dem modernen Verständnis des Rechtsguts des § 248b noch gerecht wird.

Eine grammatikalische Auslegung führt nicht zwingend zu einem solchen Verständnis. Zwar argumentierte der BGH in früheren Entscheidungen, die Wortwahl des Gesetzgebers „Ingebrauchnahme“ fordere – im Gegensatz zu einer „Benutzung“ – eine bestimmungsgemäße Nutzung.³⁶ Der Sprachgebrauch legt diese Unterscheidung jedoch nicht nahe, sondern verwendet die Begriffe synonym.

Auch eine kritische Überprüfung der historischen Entwicklung des § 248b bestärkt die Zweifel hinsichtlich der Sinnhaftigkeit einer solchen Auslegung. § 248b wurde im Jahr 1932 per Notverordnung erlassen.³⁷ Der BGH führte dazu in einer Entscheidung aus dem Jahr 1957 aus: *„Die neue Bestimmung sollte abschreckend und vorbeugend wirken, der Verkehrssicherheit dienen, weil die Zahl der Verkehrsunfälle auf Schwarzfahrten unverhältnismäßig groß ist, das öffentliche Vertrauen auf die Sicherheit der auf den Straßen abgestellten Fahrzeuge stärken und sowohl die Privatrechtsordnung als sol-*

*che wie auch den einzelnen strafrechtlich schützen, der seine Rechte aus ihr herleitet“.*³⁸

Aus historischer Sicht sollte mithin sowohl die öffentliche Sicherheit als auch der Inhaber des Gebrauchsrechts geschützt werden. Ausgangspunkt war, dass sog. Schwarzfahrten durch betrunkene Jugendliche in zahlreichen Fällen zu gravierenden Verkehrsunfällen führten.³⁹

Auf den Schutz des Straßenverkehrs wird seitdem jedoch nicht mehr abgestellt, was wohl auch daran liegt, dass die Sicherheit des Straßenverkehrs bereits durch die §§ 315 ff. hinreichend gewährleistet wird. Das geschützte Rechtsgut des § 248b ist nach h.M. nun allein das Gebrauchsrecht. Jedoch wird gerade in dieses Rechtsgut durch jedwede unberechtigte Benutzung des Fahrzeugs eingegriffen. Unabhängig davon, ob ein Unberechtigter ein fremdes Fahrzeug fortbewegt, darin schläft oder lediglich darin sitzt, um Radio zu hören: Dem wahren Inhaber steht sein PKW in dieser Zeit nicht zur Fortbewegung zur Verfügung.

Dass es nicht darauf ankommen kann, ob das Fahrzeug fortbewegt wird oder nicht, wird auch durch folgende Erwägung gestützt: Selbst ein wenige Sekunden andauernder Vorgang, bei dem das Fahrzeug nur um Zentimeter fortbewegt wird, würde den Tatbestand erfüllen, ein wochenlanges Nächtigen im parkenden Fahrzeug hingegen nicht. Im Hinblick auf die Intensität der Beeinträchtigung des Gebrauchsrechts stellt dies einen Wertungswiderspruch dar. Man könnte allenfalls argumentieren, dass nur eine bestimmungsgemäße Nutzung zur Fortbewegung den PKW von seinem bisherigen Standort entfernen und so die Zugriffsmöglichkeiten des Inhabers einschränken könne. Jedoch zeigt gerade der Fall des Nicht-Mehr-Berechtigten, dass eine solche Argumentation nicht durchgreifen kann. Ein Abstellen auf die bestimmungsge-

³⁶ BGH NJW 1958, 151.

³⁷ RGBl. I S. 496.

³⁸ BGH NJW 1958, 151.

³⁹ BGH NJW 1958, 151.

mäße Nutzung könnte in anderen Fallgestaltungen außerdem zu kuriosen Ergebnissen führen: Wann wird beispielsweise ein Wohnwagen bestimmungsgemäß benutzt? Säge der BGH hier ein Schlafen als ausreichend an?

Aus teleologischer Sicht erscheint letztlich folgende Definition vorzugswürdig: In Gebrauch genommen wird ein Fahrzeug bei jeder unberechtigten Benutzung, die dem Berechtigten für einen nicht nur ganz unerheblichen Zeitraum den Zugriff auf sein Fahrzeug verwehrt.

Auch innerhalb des zweiten Tatkomplexes setzt sich der BGH nur oberflächlich mit der diskussionsbedürftigen Fallgruppe des Nicht-Mehr-Berechtigten auseinander. Indem er das Ingebrauchhalten dem Ingebrauchnehmen gleichsetzt, bezieht er den Nicht-Mehr-Berechtigten in den Anwendungsbereich des § 248b mit ein. Man kann sich allerdings fragen, ob die Erfassung des Nicht-Mehr-Berechtigten geboten ist.

Die unbefugte Benutzung von Kraftfahrzeugen stellt sich als Ausnahmetatbestand im StGB dar, welcher möglichst restriktiv gehandhabt werden sollte. Auch der Wille des historischen Gesetzgebers, der neben dem Gebrauchsrecht insbesondere auch die Sicherheit im Straßenverkehr als geschütztes Rechtsgut des § 248b festlegte, spricht nicht zwingend für die Einbeziehung des Nicht-Mehr-Berechtigten. So geht von einem zunächst berechtigten Autofahrer nach Wegfall der Berechtigung kaum ein gesteigertes Sicherheitsrisiko aus, im Gegensatz zu sog. Schwarzfahrten, die grundsätzlich den Straßenverkehr gefährden können.⁴⁰

Allerdings sollte man sich vor Augen führen, dass § 248b nach heutigem Verständnis allein das Gebrauchsrecht schützt. § 248b dient nun einmal gerade dazu, sicherzustellen, dass dem Berechtigten sein Fahrzeug jederzeit zur Verfügung steht. Es ist auch nicht ersichtlich, warum ein Autovermieter, der

von der Gebrauchsmöglichkeit seiner Fahrzeuge finanziell abhängig ist, aus dem Schutzbereich des Strafrechts herausfallen sollte.

Darüber hinaus führt der Umgang des BGH mit der Figur des mutmaßlichen Einverständnisses nicht zu den klaren Maßstäben, die man für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „gegen den Willen des Berechtigten“ benötigt hätte. So formuliert der BGH, die Ingebrauchnahme zur Rückführung „erfolgt (daher) regelmäßig nicht „gegen den Willen des Berechtigten“, sondern ist von dessen mutmaßlichem Interesse gedeckt.“⁴¹

Es erscheint äußerst zweifelhaft, ob der BGH mit diesem Urteil die umstrittene Frage nach der Möglichkeit eines mutmaßlichen Einverständnisses klären wollte. Da er aufgrund des gemutmaßten Willens den Tatbestand entfallen lässt, wendet er diese Figur – vielleicht auch unbemerkt – an. Eine mögliche Parallele zur Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung lässt er jedoch völlig außer Acht. Da A vor der Rückfahrt nicht bei C angerufen hatte, war der Weg über die mutmaßliche Einwilligung nicht möglich. Dass eine Strafbarkeit des A alleine von diesem Anruf abhängt, erscheint jedoch nicht nur lebensfremd, sondern lässt sich auch mit rechtspolitischen Wertungen nicht in Einklang bringen.

Die Entscheidung des BGH ist demnach zwar interessengerecht, allerdings hätte er bei einer Anwendung des mutmaßlichen Einverständnisses dessen Voraussetzungen klären müssen. Man hätte sich im Großen und Ganzen mehr dogmatische Klarheit gewünscht.

(Carolyn Coenen / Vera Rubow)

⁴⁰ Vgl. *Theile/Stürmer*, ZJS 2015, 123, 124.

⁴¹ BGH NStZ 2015, 156.