

Entscheidungsanmerkung

Ingebrauchnahme eines Fahrzeugs nach Ablauf der Berechtigung – Mutmaßliches Einverständnis und mutmaßliche Einwilligung

Die Ingebrauchnahme eines Fahrzeugs durch einen an sich Unberechtigten allein zum Zwecke der Rückführung ist regelmäßig von dessen mutmaßlichen Willen gedeckt und daher nicht tatbestandsmäßig im Sinne des § 248b Abs. 1 StGB.

(Amtlicher Leitsatz)

StGB § 248b

BGH, Beschl. v. 24.6.2014 – 2 StR 73/14¹

I. Einleitung

Im Zentrum der zu besprechenden Entscheidung steht § 248b StGB, der eine Ausnahme zur grundsätzlich straflosen Gebrauchsanmaßung (sog. *furtum usus*) darstellt, indem das gegen den Willen des Berechtigten erfolgende Ingebrauchnehmen eines Kraftfahrzeuges unter Strafe gestellt wird. Vom Diebstahl nach § 242 StGB unterscheidet sich das Delikt gerade auf der Enteignungsseite der Zueignungsabsicht: Zwar kommt es dem Täter darauf an, sich entsprechend der herrschenden eingeschränkten Sachwerttheorie die Sache selbst oder den in ihr verkörperten Vermögenswert zuzueignen,² jedoch fehlt es dem Täter am (Eventual-)Vorsatz hinsichtlich einer Enteignung, da die Sache an den Eigentümer zurückgelangen soll. Die Grenze zur Enteignung ist in derartigen Konstellationen erst überschritten, wenn der Gebrauch in Verbrauch umschlägt und die Sache einen deutlichen Wertverlust erfährt.³ Klausurrelevant ist die Entscheidung wegen der Grenzen zwischen Zueignung und Gebrauchsanmaßung, der Auslegung des Merkmals der Ingebrauchnahme und vor allem der Frage, ob und inwieweit der Wille des Berechtigten die Strafbarkeit beeinflusst.

Abgesehen von der Examensrelevanz ist von rechtshistorischem Interesse, dass die Strafbarkeit wegen unbefugter Ingebrauchnahme von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern auf eine in der Endphase der Weimarer Republik auf Grundlage von Art. 48 Abs. 2 WRV verabschiedeten Notverordnung des Reichspräsidenten zurückgeht.⁴ Diese stattete den

Reichspräsidenten mit quasi-diktatorischen Machtbefugnissen aus und führte dazu, dass die Weimarer Republik als Demokratie längst vor der Machtergreifung der Nationalsozialisten am 30.1.1933 am Ende war. Eigentlich hätte man vermutet, dass man in jenen chaotischen Tagen Wichtigeres zu tun gehabt hätte als in § 1 Abs. 1 der Verordnung des Reichspräsidenten gegen den unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern vom 20.10.1932 die gegen den Willen des Berechtigten erfolgende Ingebrauchnahme von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern unter Strafe zu stellen. Indes versprach man sich davon damals nicht nur die Eigentümer von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern zu schützen, sondern auch die öffentliche Sicherheit zu erhöhen, da Schwarzfahrten überproportional häufig zu Verkehrsunfällen führten und das Vertrauen auf die Sicherheit der auf Straßen abgestellten Fahrzeuge beeinträchtigten.⁵

II. Sachverhalt

Mit diesen historischen Bezügen hat der Sachverhalt der Entscheidung erst einmal wenig zu tun, der in tatsächlicher Hinsicht in einer privat offenbar turbulenten Lebensphase des Angeklagten angesiedelt ist. Der zu diesem Zeitpunkt verheiratete Angeklagte hatte mit seiner damaligen Freundin einen Volvo gemietet, wobei die Rückgabe des Fahrzeugs für den 2.3.2013 vereinbart war. In der Phase des Interregnums zwischen der am 27.2.2013 erfolgten Trennung von seiner Freundin und der Wiederaufnahme bei seiner Ehefrau am 9.4.2013 nächtigte er in dem Fahrzeug. Am Morgen des 10.4.2013 brachte er das Auto zu der Vermietung zurück, die Strafantrag stellte.

III. Rechtliche Würdigung

1. Weder die Strafbarkeit wegen Diebstahls noch die Strafbarkeit wegen (veruntreuender) Unterschlagung kam in Betracht: Der Angeklagte hatte keinen Gewahrsam gebrochen und das Fahrzeug deshalb nicht weggenommen (§ 242 StGB), die bloße Weiterbenutzung und Unterlassung der vertraglich geschuldeten Rückgabe lässt für einen objektiven Beobachter nicht den zwingenden Schluss zu, dass der Angeklagte den Volvo dem eigenen Vermögen einverleiben und sich damit zueignen wollte (§ 246 StGB).⁶

2. Damit blieb allein die Möglichkeit einer Strafbarkeit nach § 248b StGB, der eine Strafbarkeitslücke füllt, die sich bei fehlendem Enteignungselement im Hinblick auf § 242 StGB ergibt.⁷ Es handelt sich um ein Dauerdelikt, da die Rechtsgutsverletzung so lange andauert, wie der Täter das Kraftfahrzeug oder Fahrrad gegen den Willen des Berechtigten in Gebrauch hält. Berechtigter ist jeder, dem das Recht zusteht, über die Nutzung des Fahrzeugs als Fortbewegungs-

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NJW 2014, 2887 und online abrufbar unter:

<http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=e657f00a71b88f8c890815e1aa115675&nr=68834&pos=0&anz=1> (23.1.2015).

² Siehe hierzu Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 16. Aufl. 2014, § 2 Rn. 41; Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 2. Aufl. 2012, § 2 Rn. 65; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 37. Aufl. 2014, Rn. 142 ff. Aus der Rechtsprechung siehe etwa BGHSt 34, 309 (312).

³ Siehe hierzu Rengier (Fn. 2), § 2 Rn. 50; Eisele (Fn. 2), § 2 Rn. 72; Wessels/Hillenkamp (Fn. 2), Rn. 162.

⁴ RGBI. I 1932, S. 496.

⁵ Vgl. insoweit auch BGHSt 11, 47 (49); Wagner, Die Verordnung des Reichspräsidenten gegen unbefugten Gebrauch von Kraftfahrzeugen und Fahrrädern vom 20. Oktober 1932, 1932, S. 15 ff.

⁶ Zur Manifestation des Zueignungswillens siehe Rengier (Fn. 2), § 5 Rn. 24; Eisele (Fn. 2), § 6 Rn. 254; Wessels/Hillenkamp (Fn. 2), Rn. 309.

⁷ Rengier (Fn. 2), § 6 Rn. 4.

mittel zu bestimmen⁸ – im konkreten Fall war dies die Autovermietung.

Tathandlung ist das Ingebrauchnehmen, worunter gemeinhin verstanden wird, dass das Fahrzeug als Fortbewegungsmittel in Bewegung gesetzt wird.⁹ Hierfür kann das Ingangsetzen des Fahrzeugs ohne Einschaltung des Motors im Leerlauf genügen, sofern nur das Fahrzeug bewegt wird;¹⁰ umgekehrt reicht das bloße Anlassen des Motors ohne Fortbewegung nicht aus.¹¹ Im vorliegenden Fall kam es hierauf jedoch nicht an, da der Angeklagte – das Gegenteil war zumindest nicht nachweisbar – den Volvo zwischen dem 27.2.2013 und 9.4.2013 lediglich als Schlafstätte genutzt hatte. Dementsprechend stellt der BGH zu Recht klar, dass die Nutzung eines parkenden Fahrzeugs zum Schlafen keine Ingebrauchnahme darstellt.¹² § 248b StGB pönalisiert folglich nicht jeden beliebigen Gebrauch, sondern nur einen solchen, der mit der eigentlichen Funktion des Tatobjekts als Mittel der Fortbewegung korreliert. Daher lag für die Zeit bis zum 10.4.2013 kein strafrechtlich relevantes Verhalten vor.

3. Probleme ergeben sich dann, wenn der Täter das Kraftfahrzeug zunächst rechtmäßig in Gebrauch nimmt, im Fortgang aber – etwa wegen der Beendigung des Mietverhältnisses – die Berechtigung entfällt. Hier wird der Täter zum Nicht-mehr-Berechtigten, womit die Frage gestellt ist, ob die zu Fortbewegungszwecken dienende Benutzung strafrechtliche Relevanz entfaltet. Vorliegend kam als Anknüpfungspunkt allein die am 10.4.2013 erfolgende Fahrt in Betracht. Der BGH stellt in der aktuellen Entscheidung das unbefugte Ingebrauchhalten durch den Nicht-mehr-Berechtigten dem erstmaligen Ingebrauchnehmen gleich.¹³

Zwingend ist dies nicht, da bereits der Wortlaut nur auf die Ingebrauchnahme abstellt, was semantisch eher im Sinne einer erstmaligen Nutzung des Kraftfahrzeugs oder Fahrrads als Fortbewegungsmittel zu verstehen ist.¹⁴ Dafür sprechen insbesondere auch systematische Stellung und Telos der Norm. Da sowohl die Einbettung in das Umfeld von Diebstahl und Unterschlagung als auch der Normzweck Rückschlüsse auf den Eigentumsschutz zulassen, erscheint es dogmatisch verfehlt im Falle einer fortdauernden Sachherrschaft

eine erneute Ingebrauchnahme anzunehmen. Die Beeinträchtigung des Eigentums beginnt nicht bei jeder Fahrt erneut, sondern dauert über den Zeitraum des Besitzes fort. In der Vergangenheit hatte die Rechtsprechung den Willen des historischen Gesetzgebers hervorgehoben und das unbefugte Ingebrauchhalten dem unbefugten Ingebrauchnehmen gleichgestellt.¹⁵ Abgesehen davon, dass der Wille des historischen Gesetzgebers seine Grenze am eindeutigen Wortlaut einer Strafvorschrift findet,¹⁶ tragen die Erwägungen des damaligen Gesetzgebers keine Bestrafung des Nicht-mehr-Berechtigten.¹⁷ Geht es darum, dass bei sog. „Schwarzfahrten“ das Unfallrisiko erhöht sei, greift dieser Gesichtspunkt beim Nicht-mehr-Berechtigten kaum ein, da das Unfallrisiko vor und nach dem Wegfall der Berechtigung als gleich hoch einzustufen ist. Anders mag es sein, wenn Jugendliche und Betrunkene ein Kraftfahrzeug knacken, um damit erstmalig eine Spazierfahrt zu unternehmen; aber darum geht es hier gerade nicht. Das öffentliche Vertrauen auf die Sicherheit der auf Straßen abgestellten Fahrzeuge korreliert mit der hier behandelten Problematik auch nicht recht, weil dem Täter vom eigentlich Berechtigten der Gewahrsam eingeräumt wurde. Ob der Nicht-mehr-Berechtigte in gleicher Weise das allgemeine Rechtsbewusstsein erschüttert wie der das Kraftfahrzeug oder Fahrrad erstmalig in Gebrauch nehmende Täter erscheint zweifelhaft und ist weder empirisch plausibel noch bewiesen.¹⁸ Damit bleibt allein der Aspekt des Schutzes der Privatrechtsordnung beziehungsweise des Berechtigten. Der privatrechtliche Schutz würde bei einer Einbeziehung des Nicht-mehr-Berechtigten zweifellos strafrechtlich flankiert, die Frage ist aber, ob dies geboten ist.¹⁹ An sich wäre mit Blick auf den durch das Strafrecht intendierten subsidiären Rechtsgüterschutz darzulegen, weshalb der zivilrechtliche Schutz nicht ausreicht und deshalb das Strafrecht eingesetzt werden muss, was jedoch nicht geschieht. Im Grunde werden daher zivilrechtliche Vertragsverletzungen unter Strafe gestellt.²⁰ Immerhin stehen dem Berechtigten – jedenfalls dann, wenn (was die Regel sein dürfte) er Eigentümer ist –²¹ Herausgabe- und Schadensersatzansprüche zu.²² Zwar kann man argumentieren, dass der strafrechtliche Schutz über § 242 StGB erst bei wesentlichen Wertminderungen greift und somit unter Umständen ein wochenlanger – dann strafloser – Gebrauch zwischen der Nicht-mehr-berechtigten Benutzung und der Wertminderung und damit der Strafbarkeit nach

⁸ BGHSt 11, 47 (51); BGH VRS 39, 199; *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 2), Rn. 433; *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 3, 4. Aufl. 2013, § 248b Rn. 6.

⁹ BGHSt 11, 47 (49 f.). Ebenso *Fischer*, *Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar*, 62. Auflage 2015, § 248b Rn. 2; *Kindhäuser* (Fn. 8), § 248b Rn. 3; *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 29. Aufl. 2014, § 248b Rn. 4.

¹⁰ BGHSt 11, 44; *Kindhäuser* (Fn. 8), § 248b Rn. 3.

¹¹ BGH NJW 2014, 2887.

¹² BGH NJW 2014, 2887. Siehe bereits BGHSt 11, 47 (49); *Eser/Bosch* (Fn. 9), § 248b Rn. 4.

¹³ BGH NJW 2014, 2887. Vgl. bereits BGHSt 11, 47 (50); OLG Schleswig NStZ 1990, 340. Ebenso *Fischer* (Fn. 9), § 248b Rn. 4; *Kindhäuser* (Fn. 8), § 248b Rn. 6.

¹⁴ Anders aber BGHSt 11, 47 (49). Ähnlich *Rengier* (Fn. 2), § 6 Rn. 6.

¹⁵ BGHSt 11, 47 (49 f.).

¹⁶ Siehe hierzu *Rüthers/Fischer/Birk*, *Rechtstheorie*, 7. Aufl. 2013, § 22 Rn. 798 ff.

¹⁷ Siehe hierzu I. Ferner BGHSt 11, 47 (49).

¹⁸ So die latente Vermutung in BGHSt 11, 47 (49).

¹⁹ Vgl. hierzu auch die Analyse bei *Schmidhäuser*, NStZ 1990, 340 (341).

²⁰ Siehe hierzu bereits *Schmidhäuser*, NStZ 1986, 460. Dagegen OLG Schleswig NStZ 1990, 340 (341).

²¹ Zur Frage, ob § 248b StGB stets eine Eigentumsverletzung voraussetzt, siehe *Fischer* (Fn. 9), § 248b Rn. 2.

²² Anders *Rengier* (Fn. 2), § 6 Rn. 7. Ebenso BGHSt 11, 47 (51).

§ 242 StGB liegt.²³ Indes lebt Strafrecht gerade von seinen Lücken, weshalb nicht jede Phase strafloser Nutzung zwingend nach einer Strafbewehrung verlangt.²⁴

4. Indes geht der BGH nach wie vor davon aus, dass der Nicht-mehr-Berechtigte das Merkmal des Ingebrauchnehmens verwirklicht.²⁵ Daher kommt es vorliegend auf das in § 248b StGB normierte Merkmal „gegen den Willen“ an. Traditionell wird zwischen einem tatbestandsausschließenden Einverständnis und einer nach h.M. rechtfertigenden Einwilligung differenziert.²⁶ An einem Einverständnis oder einer Einwilligung fehlte es, da die Entscheidungsträger in der Autovermietung weder einen entsprechenden Willen gebildet noch erklärt hatten. Daher kommt es auf die Mutmaßlichkeit eines solchen Willens an, der in der Figur der mutmaßlichen Einwilligung allgemeine Anerkennung gefunden hat.²⁷ Weniger geläufig ist demgegenüber die Figur eines mutmaßlichen Einverständnisses,²⁸ auf die der BGH in dieser Entscheidung abhebt: „Ist die Nutzung eines Fahrzeugs als Fortbewegungsmittel – wie hier – gerade nicht auf die Verletzung der uneingeschränkten Verfügungsmöglichkeiten des Berechtigten gerichtet, sondern vielmehr auf deren Wiedereinräumung, liegt die Vermutung nahe, dass die Ingebrauchnahme des Fahrzeugs insoweit im Einverständnis des Berechtigten erfolgte. Die Rückführung eines Fahrzeugs durch einen an sich Unberechtigten erfolgt daher regelmäßig nicht ‚gegen den Willen‘ des Berechtigten, sondern ist von dessen mutmaßlichem Interesse gedeckt“.²⁹ Folge hiervon ist, dass jedenfalls bei Rückführung an den eigentlich Berechtigten schon auf Ebene des objektiven Tatbestandes kein Ingebrauchnehmen vorliegt.³⁰

Wieso der BGH auf ein mutmaßliches Einverständnis abstellt, erscheint rätselhaft. Vielleicht sah er den Weg über eine mutmaßliche Einwilligung als nicht gangbar, da diese voraussetzt, dass eine rechtfertigende Einwilligung nicht ein-

holbar ist. Der Angeklagte hätte also strenggenommen (aber lebensfremd) bei der Autovermietung anrufen und erfragen müssen, ob sie mit der Rückführung einverstanden sei. Da dies nicht geschah, könnte eine Strafbarkeit allenfalls subjektiv über die Annahme eines Irrtums ausgeschlossen werden, wofür die erstinstanzliche Entscheidung wohl keine ausreichenden Anhaltspunkte lieferte. Indes ging der Angeklagte auch nicht vom tatsächlichen Vorliegen einer Einwilligung aus, weshalb jedenfalls ein Erlaubnistatbestandsirrtum ausschied. Sofern er davon ausgegangen wäre, dass eine tatsächliche Einwilligung gar nicht eingeholt werden müsse, wäre immerhin noch ein Erlaubnisirrtum denkbar gewesen, bei dem es dann auf die Frage der (Un-)Vermeidbarkeit ankäme.

Vom Ergebnis her scheint es zugegebenermaßen fragwürdig, im konkreten Fall eine Bestrafung darauf zu stützen, dass sich der Angeklagte wegen der Subsidiarität der mutmaßlichen Einwilligung um die Einholung einer Einwilligungserklärung hätte bemühen müssen. Denkbar ist auch, die tatsächliche Einholung der Einwilligung als entbehrlich zu erachten. Hierfür könnte sprechen, dass die Rückgewähr gerade zur Beendigung der Rechtsgutsverletzung führt und die Einholung der Einwilligung zur reinen Formalie würde. Für bestimmte Konstellationen wird daher auf dieses Erfordernis verzichtet. Indes schwindet die Überzeugungskraft einer solchen Argumentation im selben Maße wie § 248b nicht nur das Gebrauchsrecht sondern auch Allgemeininteressen schützen soll. Denn dann erschöpft sich die Rückgewähr nicht in der Beendigung der Rechtsgutsverletzung, sondern verletzt nochmals die Allgemeininteressen. Überzeugend ist dies aber nicht (siehe III. 3.). Hält man die Einholung der tatsächlichen Einwilligung nicht für entbehrlich, wäre noch an die Anwendung des rechtfertigenden Notstandes nach § 34 StGB zu denken, durch die freilich die Voraussetzungen der Einwilligung nicht unterlaufen werden dürfen.³¹ Die Heranziehung des § 34 StGB scheidet jedenfalls aus, wenn der Rechtsgutshaber die Einwilligung verweigert oder dies mutmaßlich tun würde, da in einem solchen Fall dessen Selbstbestimmungsrecht missachtet würde.³² Allerdings lag eine solche Situation hier nicht vor, weshalb man auch über § 34 StGB zu einem Freispruch hätte gelangen können.

Mit der Herangehensweise des BGH war jedoch der Weg geebnet für die Frage, ob hier ein mutmaßliches Einverständnis eingreift. Auch wenn man dem Ergebnis – Straflosigkeit der Wiedereinräumung der Verfügungsmöglichkeit dienenden Fahrt – zustimmt, verdient die Problematik des mutmaßlichen Einverständnisses Aufmerksamkeit, da es nur vordergründig um die „technische“ Frage geht, ob man den mutmaßlichen Willen auf Ebene des Tatbestandes oder der Rechtswidrigkeit berücksichtigt. Im Hintergrund stehen dabei jedoch grundlegende Wertungsunterschiede, derer man sich – wie immer man sich in der Sache entscheidet – versichern sollte.

²³ In diesem Sinne *Eisele* (Fn. 2), § 6 Rn. 272; *Rengier* (Fn. 2), § 6 Rn. 7.

²⁴ In diesem Sinne auch *Schmidhäuser*, NStZ 1990, 340 (341).

²⁵ BGH NJW 2013, 2887.

²⁶ Demgegenüber wird neuerdings verstärkt die Einwilligung bereits auf der Ebene des Tatbestandes loziert, da Rechtsgüter nicht um ihrer selbst, sondern ausschließlich als Medien der Entfaltung der Persönlichkeit des Rechtsgutshabers geschützt werden, siehe hierzu *Roxin*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 4. Aufl. 2006, § 13 Rn. 11 ff.; *Rönnau*, Jura 2002, 595.

²⁷ Siehe hierzu allgemein *Mitsch*, ZJS 2012, 38; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2014, § 23 Rn. 47 ff.

²⁸ Siehe hierzu *Ludwig/Lange*, JuS 2000, 446; *Marlie*, JA 2007, 112.

²⁹ BGH NJW 2014, 2887 (2888).

³⁰ In diesem Sinne *Hohmann*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 2. Aufl. 2012, § 248b Rn. 8; *Vogel*, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 8, 12. Aufl. 2010, § 248b Rn. 9. Ähnlich OLG Düsseldorf NStZ 1985, 412 (413).

³¹ Siehe hierzu *Rengier* (Fn. 27), § 23 Rn. 5.

³² *Erb*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 2. Aufl. 2011, § 35 Rn. 33 ff.; *Müller-Dietz*, JuS 1989, 281; *Mitsch*, ZJS 2012, 38; *Rengier* (Fn. 27), § 23 Rn. 5.

Denn anders als die rechtfertigende Einwilligung, die nach (noch) h.M. auf der Ebene der Rechtswidrigkeit angesiedelt ist, ist das Einverständnis bereits auf der Ebene des objektiven Tatbestandes relevant und stellt eine Problematik des Besonderen und nicht des Allgemeinen Teils dar.³³ Es wird bedeutsam bei Straftatbeständen, die ein Handeln gegen den Willen des Berechtigten voraussetzen, was neben § 248b StGB etwa auch bei § 123 StGB (Eindringen) und § 242 StGB (Wegnahme) der Fall ist: Ist der in Bezug auf das Kraftfahrzeug oder Fahrrad Berechtigte (§ 248b StGB), der Hausrechts- (§ 123 StGB) oder Gewahrsamsinhaber (§ 242 StGB) mit der Ingebrauchnahme, dem Betreten oder mit dem Gewahrsamswechsel einverstanden, fehlt es bereits begrifflich an einer Ingebrauchnahme, einem Eindringen oder einer Wegnahme und der objektive Tatbestand liegt nicht vor. Dahinter steht die Überlegung, dass bei Vorliegen eines Einverständnisses das tatbestandlich geschützte Rechtsgut von vornherein nicht verletzt wird. Die Voraussetzungen des tatbestandsausschließenden Einverständnisses sind je nach Deliktstyp unterschiedlich, während abgesehen vom Sonderfall des § 228 StGB bei der rechtfertigenden Einwilligung ein bestimmter Katalog allgemeiner Voraussetzungen zu prüfen ist. Im Grundsatz ist das Einverständnis faktisch zu beurteilen; geht es hingegen bei dem Verzicht um eine normative Position, sollen inhaltlich die Grundsätze der rechtfertigenden Einwilligung maßgeblich sein, was gleichermaßen für § 248b StGB gelten müsste, wo sich das Handeln des Täters auf das *Gebrauchsrecht* des Berechtigten bezieht.³⁴

Ob und inwieweit in Entsprechung zur rechtfertigenden Einwilligung für das auf Tatbestandsebene angesiedelte tatbestandsausschließende Einverständnis auf den mutmaßlichen Willen abgestellt werden kann, wird kontrovers beurteilt. Während die h.M. in Bezug auf das Einverständnis auf den tatsächlich vorliegenden natürlichen Willen abstellt und deshalb einem mutmaßlichen Einverständnis eine Absage erteilt,³⁵ wird teilweise ein mutmaßliches Einverständnis anerkannt. Zur Begründung wird eine Parallele zu der aus dem Verwaltungsrecht geläufigen Unterscheidung zwischen präventiven Verboten mit Erlaubnisvorbehalt und repressiven Verboten mit Befreiungsvorbehalt gezogen:³⁶ Bei Ersteren ist das in Rede stehende Verhalten Ausdruck legitimer Betätigung der allgemeinen Handlungsfreiheit, deren Ausübung jedoch staatlicher Kontrolle bedarf (Bsp.: Fahrerlaubnis § 2 StVG). Bei Letzteren ist das in Rede stehende Verhalten kein Ausdruck legitimer Betätigung der allgemeinen Handlungsfreiheit, so dass das in Rede stehende Verhalten im Grundsatz unterbunden und allenfalls im Ausnahmefall gestattet werden soll (Bsp.: Bauen im Außenbereich § 35 BauGB).³⁷ Da das in 248b StGB umschriebene Verhalten nicht rundheraus verboten ist – die Fortbewegung in einem Kraftfahrzeug oder auf

einem Fahrrad sollen in unserer Gesellschaft prinzipiell möglich sein – wird § 248b StGB einem präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt zugeordnet und hieraus der Schluss gezogen, dass ein mutmaßliches Einverständnis anzuerkennen ist.³⁸ Konkret: Selbst wenn ein mutmaßliches Einverständnis fehlt, scheidet der Verstoß gegen § 248b StGB aus, wenn wie hier davon ausgegangen werden kann, dass der Berechtigte der Ingebrauchnahme nicht widersprochen hätte.³⁹ Auf eine erst auf Ebene der Rechtfertigung anzusiedelnde mutmaßliche Einwilligung muss (und darf!) dann gar nicht mehr abgestellt werden.

Ob diese verwaltungsrechtlichen Kategorien mit Gewinn in das Strafrecht übertragen und für die Frage des mutmaßlichen Einverständnisses herangezogen werden können, ist jedoch zweifelhaft. Hält man mit der bislang h.M. an der Differenzierung von tatbestandsausschließendem Einverständnis und rechtfertigender Einwilligung fest, kann eine solche Parallele zum Verwaltungsrecht durchaus gezogen werden, indem Straftatbestände, die explizit oder implizit ein Handeln gegen den Willen voraussetzen, als präventive Verbote mit Erlaubnisvorbehalt und Straftatbestände, bei denen dies nicht der Fall ist, als repressive Verbote mit Befreiungsvorbehalt angesehen werden. Erstere bilden das Anwendungsfeld für ein tatbestandsausschließendes Einverständnis, Letztere bilden das Anwendungsfeld für eine rechtfertigende Einwilligung. Indes bleibt unklar, welche konkreten Folgerungen aus dieser Parallele für die Anerkennung der Mutmaßlichkeit des Einverständnisses zu ziehen sind, es sei denn, man möchte einen Gleichlauf zwischen tatbestandsausschließendem Einverständnis und rechtfertigender Einwilligung herstellen.

Indes sprechen für die traditionelle Differenzierung zwischen tatbestandsausschließendem Einverständnis und rechtfertigender Einwilligung gute Gründe, die vor allem in der unterschiedlichen Funktion der Ebenen von Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit liegen. Während der Tatbestand die Summe der Merkmale enthält, die den Strafwürdigkeitsgehalt der jeweiligen Deliktsart begründen, haben Rechtfertigungsgründe eine „negative“ Bedeutung für das Unrecht und gestatten im Ausnahmefall ein an sich tatbestandsmäßiges Verhalten.⁴⁰ Fehlt es an einem geäußerten Willen des Berechtigten, kann das fragliche Verhalten erst einmal dem gesetzlichen Tatbestand zugeordnet werden und stellt ein im Grundsatz strafwürdiges Geschehen dar. Denn hier hat der Rechtsinhaber gerade nicht tatsächlich über sein Rechtsgut disponiert, womit erst einmal ein Handeln „gegen den Willen“ vorliegt. Das Merkmal „gegen den Willen“ stellt deswegen ein Tatbestandsmerkmal dar, dessen Vorliegen oder Nichtvorliegen festgestellt werden muss, nicht aber gemutmaßt werden kann.⁴¹ Anderenfalls würde man sich über den klaren und im Gesetzeswortlaut explizit zum Ausdruck kommenden Willen des Gesetzgebers hinwegsetzen.

Eine andere – dann aber eben auf Ebene der Rechtswidrigkeit – anzusiedelnde Frage besteht darin, ob eine mutmaß-

³³ Vgl. in diesem Zusammenhang auch *Ludwig/Lange*, JuS 2000, 446. Siehe auch *Rengier* (Fn. 27), § 23 Rn. 40.

³⁴ *Vogel* (Fn. 30), § 248b Rn. 9.

³⁵ Auf dieser Linie etwa *Kudlich*, JA 2014, 873 (874 f.).

³⁶ *Ludwig/Lange*, JuS 2000, 446 (447 ff.).

³⁷ *Maurer*, Allgemeines Verwaltungsrecht, 18. Aufl. 2011, § 9 Rn. 55.

³⁸ *Ludwig/Lange*, JuS 2000, 446 (447).

³⁹ *Ludwig/Lange*, JuS 2000, 446 (448 f.).

⁴⁰ *Roxin* (Fn. 26), § 10 Rn. 20.

⁴¹ *Marlie*, JA 2007, 112 (115); *Rengier* (Fn. 27), § 23 Rn. 48.

liche Einwilligung greift, die ein solches Verhalten auf Rechtfertigungsebene ausnahmsweise erlaubt.⁴² Insofern kommen an diesem Punkt – wie auch bei einer Anwendung des § 34 StGB – Abwägungsaspekte zum Tragen, indem im Konflikt zwischen dem vermuteten und aktuell fehlenden Willen des Rechtsgutsträgers dem vermuteten Willen rechtfertigende Wirkung beigemessen wird. Vor diesem Hintergrund hätte es näher gelegen, hier von einer mutmaßlichen Einwilligung auszugehen, da die Rückführung im zu unterstellenden Interesse der Autovermietung lag und auf die Einholung der tatsächlichen Einwilligung verzichtet werden konnte. Demgegenüber führt der Rekurs auf die Mutmaßlichkeit des Einverständnisses zu einer vollständigen Normativierung einer bislang vor allem faktisch beurteilten Rechtsfigur.⁴³

*Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Stud. iur. Philipp Stürmer,
Konstanz*

⁴² Ähnlich *Marlie*, JA 2007, 112 (116).

⁴³ Kritisch *Kudlich*, JA 2014, 873 (875).