

Fortgeschrittenenübungsklausur: Mehr Schein als Sein – Greenwashing und „Probefahrt“

Jan Günther, Oxford*

Die Klausur beschäftigt sich mit der anspruchsvollen Thematik des Greenwashing, die v.a. bei Täuschung und Irrtum die Beachtung gesetzlicher Wertungen aus dem Lauterkeitsrecht erfordert und zugleich das schwierige Thema der Anwendung der Zweckverfehlungslehre im Bereich synallagmatischer Verträge enthält. Daneben sind für den zweiten Tatkomplex neben sauberem Arbeiten im Hinblick auf die Koinzidenz bei der Schadensberechnung fundierte Kenntnisse des Sachenrechts erforderlich.

Sachverhalt

A ist alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der A-GmbH, die sich auf umweltfreundliche Mode spezialisiert hat, derzeit aber in akuten Zahlungsschwierigkeiten steckt. Sein Mitarbeiter M kommt daher auf die Idee, unter Aufrechterhaltung des bisherigen Preises die Produktionskosten zu senken, indem man statt der Bio-Baumwolle in Zukunft billigere Baumwolle aus konventionellen Anbau verwendet. Insbesondere soll die A-GmbH auch die Förderung der Klimaprojekte zur Kompensation ihrer Emissionen einstellen, um weitere Kosten zu sparen. A ist begeistert und setzt sofort die Vorschläge in die Tat um; den Hinweis auf die Bio-Baumwolle entfernt A von dem Etikett in der Hoffnung, es werde schon keiner merken, dass nunmehr billigeres Material verwendet wird. Den Begriff „klimaneutrales Unternehmen“ verwendet die A-GmbH nach Absprache von A und M allerdings weiterhin in ihrer Werbung. Der Verbraucher V ist Klimaschützer, braucht aber leider dennoch ein neues T-Shirt. Weil er die A-GmbH aufgrund der Werbung für ein klimafreundliches Unternehmen hält, kauft er ein T-Shirt der A-GmbH in dem von dieser betriebenen Outlet zum Preis von 50 €, obwohl es eigentlich nur 30 € wert ist (da die Nachhaltigkeit des Unternehmens den Verkehrswert des Produkts nicht messbar beeinflusst) und auch mit Bio-Baumwolle nur 32 € wert wäre.

T ist in Geldnot. Allerdings hat er auch schon einen genialen Plan, wie er an Geld kommen kann. Beim Autohändler H vereinbart er einen Termin zur Probefahrt eines Jahres-Wagens vom Modell VW Golf. Was T nicht weiß, ist, dass das Fahrzeug ein von H aufpoliertes Unfallfahrzeug ist, das so nicht mehr verkehrssicher ist und einen Wert von nur 500 € hat. H verlangt dagegen 13.000 € für das Auto; von einem Schaden erwähnt er nichts.

T fährt mit dem mit einem – allerdings ausgeschalteten – GPS-System ausgestatteten Auto sodann vom Hof. Er hat allerdings weder die Absicht, das Auto zu kaufen, noch es zurückzubringen. Stattdessen fährt er mit dem Auto zu sich nach Hause. Er besorgt einen gefälschten Fahrzeugbrief, in den er sich als Eigentümer eintragen lässt. Dann verkauft er das Auto über eine Internetplattform, wobei er die Herkunft des Autos verschweigt. Der naive V fragt wegen des Autos an und bietet 8.000 € unter Ausschluss von Gewährleistungsrechten für das Fahrzeug. T ist damit einverstanden, sodass die beiden per E-Mail einen Kaufvertrag über das Auto abschließen. Einige Tage später holt V gegen Barzah-

* Der Autor, zuletzt Stud. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtsphilosophie bei Herrn Prof. Dr. Frank Saliger an der LMU München, befindet sich derzeit für einen Studienaufenthalt an der University of Oxford. Der Fall wurde im Sommersemester 2024 in abgewandelter Form als Übungsfall im Tutorium zum Grundkurs Strafrecht gestellt.

lung das Fahrzeug bei T ab. T händigt ihm den Fahrzeugschein aus und versichert nochmals, dass mit dem Auto „alles in Ordnung“ sei; er selbst sei zwei Jahre damit gefahren.

Aufgabe

Wie haben sich A und T nach dem StGB strafbar gemacht?

§§ 267 ff. StGB sind nicht zu prüfen. Auf §§ 3, 5 UWG und Art. 6 UGP-RL wird hingewiesen.

Lösungsvorschlag

1. Tatkomplex: Greenwashing in As Outlet	143
I. Strafbarkeit des A gem. § 263 Abs. 1 StGB	143
1. Objektiver Tatbestand	143
a) Täuschung über Tatsachen	143
b) Dadurch Irrtum.....	144
c) Dadurch Vermögensverfügung	144
d) Dadurch Vermögensschaden	144
2. Subjektiver Tatbestand	146
3. Rechtswidrigkeit und Schuld	146
4. Strafverfolgungsvoraussetzungen	146
II. Ergebnis	146
2. Tatkomplex: Die Probefahrt	146
I. Strafbarkeit des T wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB	146
1. Objektiver Tatbestand	147
a) Fremde bewegliche Sache.....	147
b) Wegnahme.....	147
aa) Gewahrsamsbruch durch Nach-Hause-Fahren des Fahrzeugs.....	147
bb) Gewahrsamsbruch durch Verlassen des Geländes	148
2. Ergebnis.....	148
II. Strafbarkeit des T wegen Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1, 2 StGB	148
1. Objektiver Tatbestand	148
a) Fremde bewegliche Sache.....	148
b) Zueignung.....	148
c) Rechtswidrigkeit der Zueignung	150
d) Qualifikation des § 246 Abs. 2 StGB	150
2. Subjektiver Tatbestand	150
3. Rechtswidrigkeit und Schuld	150

4. Ergebnis.....	150
III. Strafbarkeit des T wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB.....	150
1. Objektiver Tatbestand.....	150
a) Täuschung	150
b) Dadurch Irrtum.....	151
c) Dadurch Vermögensverfügung	151
aa) Vermögensminderung.....	151
bb) Unmittelbarkeit.....	152
d) Dadurch Vermögensschaden	152
2. Subjektiver Tatbestand	152
3. Rechtswidrigkeit und Schuld	152
4. Ergebnis.....	153
IV. Konkurrenzen	153
3. Tatkomplex: Verkauf des Autos an V	153
I. Strafbarkeit des T gem. § 263 Abs. 1 StGB durch den Verkauf an V, zulasten und gegenüber V.....	153
1. Objektiver Tatbestand.....	153
a) Täuschung über Tatsachen	153
b) Dadurch Irrtum.....	154
c) Dadurch Vermögensverfügung	154
d) Dadurch Vermögensschaden	154
aa) Zahlung der 8000 €	154
bb) Durch den Vertragsschluss.....	155
2. Subjektiver Tatbestand	156
3. Ergebnis.....	156
II. Strafbarkeit des T gem. § 263 Abs. 1 StGB durch Lieferung / Annahme des Kaufpreises.....	156
III. Strafbarkeit des T gem. § 246 Abs. 1 StGB durch Verkauf / Übereignung an N.....	156
1. Objektiver Tatbestand.....	156
2. Ergebnis.....	157
Gesamtergebnis.....	157

1. Tatkomplex: Greenwashing in As Outlet

I. Strafbarkeit des A gem. § 263 Abs. 1 StGB

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung über Tatsachen

T müsste V über Tatsachen getäuscht haben. Täuschung meint jedes Einwirken auf das Vorstellungsbild eines anderen zum Zwecke der Irrtumserregung.¹ Tatsachen sind dabei konkrete innere und äußere Lebensvorgänge, die dem Beweis zugänglich sind.²

Sowohl bei der Frage der Klimaneutralität als auch dem verwendeten Material handelt es sich um Tatsachen. Der Werbeaussage, das eigene Unternehmen sei „klimaneutral“, lässt sich in Anlehnung an die Rechtsprechung zum § 5 UWG jedenfalls entnehmen, dass etwaige Emissionen, die denotwendig bei jedem Produktionsprozess entstehen, durch entsprechende Förderung von Klimaprojekten kompensiert werden.³ Eine Produktion, bei der Emissionen schon nicht entstehen, ist dagegen nicht möglich und daher durch den Begriff „klimaneutral“ auch nicht erklärt.⁴ Da dies nicht zutrifft und die A-GmbH, deren alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer der A ist, die Förderung solcher Klimaschutzprojekte eingestellt hat, wird irreführend auf das Vorstellungsbild des V eingewirkt und dieser mithin getäuscht.⁵ Dass die Werbung von der eigenen Kaufentscheidung weit weg ist, ändert am Vorliegen einer Täuschung durch A als dem Werbeverantwortlichen nichts. Vielmehr stellt sich allein die (Beweis-)Frage, ob tatsächlich die Täuschung noch kausal für die spätere Kaufentscheidung (also Vermögensverfügung) ist.⁶

Eine Täuschung könnte auch im Hinblick auf den Austausch des Materials vorliegen. Schließlich hat bislang die A-GmbH ausschließlich Bio-Baumwolle verwendet. Indes ist weder von der Aussage der Klimaneutralität auf ein solches bestimmtes Material zu schließen, noch wird konkludent durch den Verkauf ohne zusätzlichen Hinweis miterklärt, dass sich an der Materialzusammensetzung nichts geändert hat; schließlich würde dies die Akteure der Marktwirtschaft in ihren unternehmerischen Entscheidungen auch unangemessen beschränken. Ebenso scheidet eine Täuschung durch die Unterlassung eines ausdrücklichen Hinweises aufgrund der unternehmerischen Interessen, die der Annahme einer aus der vorvertraglichen Beziehung entstehenden Aufklärungspflicht gem. § 13 Abs. 1 StGB entgegenstehen, aus. Das Geschäftsrisiko trägt in einer Marktwirtschaft schließlich jeder selbst, soweit er in eine Lage versetzt ist, in der er sich hinreichend informieren kann.⁷ Die Tatsache, dass

¹ BGH NJW 2001, 2187 (2188); Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 11; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 13 Rn. 9.

² RGSt 24, 387 f.; Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 263 Rn.73; Saliger, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 12 m.w.N.

³ OLG Schleswig GRUR 2022, 1451 (1453 Rn. 27); Steuer, GRUR 2022, 1408 (1410); noch restriktiver BGH, Urte. v. 27.6.2024 – I ZR 98/23 = ESG 2024, 205 (208 Rn. 28 ff.), das grundsätzlich von einer Irreführung gem. § 5 Abs. 1 UWG ausgeht.

⁴ Schrott/Mayer, GA 2023, 615 (626).

⁵ Die Verpflichtung des neuen (durch RL 2024/825 [EU] eingefügten) Art. 6 Abs. 2 lit. d UGP-RL zur Bereitstellung wesentlicher Informationen in Bezug auf Umweltaussagen ist hier hingegen nicht relevant, da die Information nicht vorenthalten, sondern schon nicht korrekt ist.

⁶ Allerdings muss in der Täuschung schon das unmittelbare Ansetzen zur Verwirklichung des Tatbestands gem. § 22 StGB liegen, da eine Strafbarkeit nur an Handlungen ab Versuchsbeginn angeknüpft werden darf.

⁷ Vgl. BGH NJW 1994, 950 (951); Saliger, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 64.

das entsprechende Bio-Siegel nicht mehr auf dem Etikett abgedruckt ist, muss damit als ausreichend zur Abmilderung der (zwischen Verkäufer und Käufer meistens bestehenden) Informationsasymmetrie angesehen werden.

b) Dadurch Irrtum

V müsste im Hinblick auf die Klimaneutralität des Unternehmens durch die Täuschung einem Irrtum unterlegen sein. Irrtum meint jedes Auseinanderfallen des Vorstellungsbildes des Täuschungsadressaten und der Realität.⁸

Maßgeblich ist dabei beim Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB allein der konkrete Getäuschte. Auf die lauterkeitsrechtliche Beurteilung, die sich nach dem Verständnis der angesprochenen Verkehrskreise richtet (§§ 5 Abs. 1, 3 Abs. 4 UWG; Art. 6 Abs. 1 UGP-RL) kommt es dagegen nicht an, da das Strafrecht von der europarechtlichen Harmonisierung nicht betroffen ist und stets das Vermögen des konkret Betroffenen, nicht eines fiktiven Durchschnittsverbrauchers, schützen soll.⁹ Ebenso wenig kommt es auf die Eignung zur Beeinflussung einer geschäftlichen Entscheidung bei diesem Durchschnittsverbraucher an; vielmehr genügt jede später kausal und dem Täter objektiv zurechenbar getroffene Vermögensverfügung des Getäuschten. V nimmt aufgrund der Werbeaussagen des A an, dass es sich bei der A-GmbH um ein klimaneutrales Unternehmen handelt. Ein Irrtum ist daher gegeben.

c) Dadurch Vermögensverfügung

V müsste aufgrund des Irrtums über sein Vermögen verfügt haben. Vermögensverfügung meint jedes freiwillige Tun, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd beim Opfer auswirkt.¹⁰

V schließt zunächst den Kaufvertrag und bezahlt wohl unmittelbar im Anschluss an der Kasse auch den Kaufpreis, sodass eine unmittelbare Vermögensminderung ohne Weiteres vorliegt. Eine Vermögensverfügung ist somit zu bejahen.

d) Dadurch Vermögensschaden

Schließlich müsste V einen Vermögensschaden erlitten haben. Nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung meint Schaden jedes negative Vermögenssaldo, das sich beim Vergleich des Vermögens vor und nach der Vermögensverfügung unter Berücksichtigung der unmittelbar zufließenden Vorteile ergibt.¹¹

Eine Vermögensminderung tritt durch die Zahlung des Kaufpreises zunächst i.H.v. 50 € ein. Jedoch wird der Schaden insoweit wegen des erworbenen Eigentums (§ 929 S. 1 BGB) an dem T-Shirt in Höhe von dessen objektivem Verkehrswert von 30 € kompensiert. Da in Bezug auf das ausgetauschte Material (konventionelle statt Bio-Baumwolle) eine relevante Täuschungshandlung fehlt, muss allerdings der Wert in Ansatz gebracht werden, den das T-Shirt mit Bio-Baumwolle gehabt hätte, da sich in Bezug auf den durch den Materialaustausch bedingten Minderwert, nicht das pflichtwidrige Verhalten, sondern ein erlaubtes realisiert und insoweit der Pflichtwidrigkeitszusammenhang nicht

⁸ KG Berlin StV 2006, 584; statt vieler auch *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 13 Rn. 41; *Satzger*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 263 Rn. 121.

⁹ Jeweils im Ergebnis so auch *Schelzke/Bosch*, wistra 2024, 233 (235); *Schrott/Mayer*, GA 2023, 615 (630 f.).

¹⁰ BGH NJW 1963, 1068 (1069); OLG Düsseldorf NJW 1988, 922 (923); *Hoyer*, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 263 Rn. 86 m.w.N.

¹¹ BGH NStZ-RR 2021, 310 (311); *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 13 Rn. 179 ff.

erfüllt ist.¹² Der Minderwert geht insoweit ausschließlich auf ein erlaubtes Verhalten des A zurück, das diesem hier nicht zum Nachteil gereichen darf. Nach wirtschaftlicher Betrachtung verbleibt zunächst also ein Schaden i.H.v. 18 €.

Problematisch erscheint indes, dass auch bei Zutreffen der Vorstellung des V der Wert des T-Shirts nur bei eben diesen 32 € gelegen hätte, da die Klimaneutralität des Unternehmens keine (messbaren) Auswirkungen auf den Verkehrswert eines einzelnen Produkts hat. Hierin liegt eine bewusste Vermögensminderung, der insoweit kein wirtschaftlicher, sondern ein nur ideeller Gegenwert, nämlich die Klimaneutralität des Unternehmens, entsprechen sollte. Ob auch bewusste Selbstschädigungen überhaupt unter den Schutz des § 263 Abs. 1 StGB fallen sollen, ist umstritten. Eine Ansicht schließt die bewusste Selbstschädigung vom Schutz generell aus; schließlich wäre der Vermögensabfluss dann ohnehin erfolgt. § 263 Abs. 1 StGB schütze aber ausschließlich das Vermögen, nicht auch die Freiheit zur Disposition über dasselbe. Daher sei zu fordern, dass dem Opfer der selbstschädigende Charakter seiner Verfügung verborgen bleibe (sog. funktionaler Zusammenhang).¹³ Nach der sog. Zweckverfehlungslehre ersetzt dagegen der verfolgte soziale Zweck die materielle Gegenleistung, wodurch der Schutz des § 263 Abs. 1 StGB auch auf bewusste Selbstschädigungen erweitert und anerkannt wird, dass die Dispositionsfreiheit in Bezug auf das Vermögen auch insoweit schützenswert und geschützt ist, als immaterielle, nicht vermögensmäßig messbare Zwecke verfolgt werden und daher ein sozialer Zweck an die Stelle der wirtschaftlichen Kompensation tritt.¹⁴ Dispositionsschutz wird daher zwar nie selbständig, aber eben doch mit Blick auf das im Bestand geschützte Vermögen gewährt. Dies überzeugt auch im Grundsatz: Der Verfügende darf auch nicht-materielle Zwecke mit seinem Vermögen verfolgen und verdient auch insoweit den Schutz seines Vermögensbestands vor Abflüssen, den keine aus der (objektivierten) Sicht des Vermögensinhabers kompensierende Leistung entgegensteht. Freilich schützt § 263 Abs. 1 StGB stets nur den Vermögensbestand, nicht auch die mit der Zahlung verbundenen Hoffnungen und Exspektanzen. Da der verfolgte Zweck (Förderung eines klimafreundlichen Unternehmens) nicht eintritt, würde es an einer Kompensation nach der Zweckverfehlungslehre fehlen und ein Schaden i.H.v. 18 € wäre zu bejahen.

Dennoch können Bedenken im Hinblick auf die Anwendbarkeit der Zweckverfehlungslehre bestehen. Diese setzt jedenfalls voraus, dass ein Zweck verfolgt wird, der nicht seinerseits in einem Synallagma im Rahmen eines synallagmatischen Austauschvertrags steht.¹⁵ Die Förderung des klimafreundlichen Unternehmens bzw. die Klimafreundlichkeit selbst sind nicht Vertragsinhalt im Kaufvertrag zwischen den Parteien und stehen daher außerhalb der Leistungsbeziehung, begründet nach dem vom Unternehmen transferierten Image aber gerade den über dem Verkehrswert liegenden Verkaufspreis der Produkte.¹⁶ Zwar wird teilweise auch die Anwendbarkeit neben einem synallagmatischen Austauschvertrag angezweifelt, was jedoch keinen Beifall verdient. Ob schließlich V erst den Kaufvertrag mit dem objektiven Verkehrswert als Kaufpreis schließt und anschließend 18 € spendet, kann dahingehend grundsätzlich keinen Unterschied machen. Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass die Zahlung der vollen 50 € freilich eine sich aus dem Kaufvertrag in voller Höhe ergebende Verpflichtung ist; schließlich schließt V den Kaufvertrag freiwillig in dieser Höhe ab und ver-

¹² Allgemein zur Berücksichtigung der objektiven Zurechnung bei § 263 StGB siehe *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, § 263 Rn. 10; auch *Scheinfeld*, *wistra* 2008, 167 (169).

¹³ *Hoyer*, in: *SK-StGB*, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 263 Rn. 66; *Rudolphi*, in: *FS Klug*, Bd. 1, 1983, S. 315 ff.

¹⁴ Ausdrücklich *BGH NJW* 1995, 539; *Saliger*, in: *SSW-StGB*, 6. Aufl. 2024, § 263 Rn. 214 m.w.N.

¹⁵ *OLG Köln NJW* 1979, 1419 (1420); *Kasiske*, *WM* 2023, 53 (56 f.); anders *Samson*, *JA* 1978, 628.

¹⁶ Zu solchen sog. „gemischten Verträgen“ *BGH*, *Urt. v. 11.9.2003 – 5 StR 524/02 = BeckRS* 2003, 8472; *Schrott/Mayer*, *GA* 2023, 675 (687 f.); auch *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 216 f.

folgt damit auch objektiv erkennbar den Zweck der Förderung eines klimafreundlichen Unternehmens.¹⁷

Es verbleibt daher mit der Zweckverfehlungslehre ein Schaden i.H.v. 18 €. Mögliche Anfechtungsrechte (§ 123 Abs. 1 Alt. 1 BGB) und auf Loslösung vom Vertrag gerichtete Schadensersatzansprüche (§§ 280 Abs. 1, 241 Abs. 2, 311 Abs. 2 Nr. 2 BGB i.V.m. § 249 Abs. 1 BGB und § 9 Abs. 2 UWG) beseitigen den Schaden nicht, da wegen des Prozessrisikos jedenfalls eine vollständige Kompensation nicht erreicht wird.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich. Er müsste darüber hinaus mit Bereicherungsabsicht, also der Absicht, für sich oder einen Dritten einen Vermögensvorteil zu erzielen, gehandelt haben. Unter Vermögensvorteil ist jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage im Sinne einer Erhöhung des wirtschaftlichen Wertes des Vermögens zu verstehen.¹⁸ Es sollten zusätzliche (höhere) Einnahmen der A-GmbH erzielt werden. Aufgrund der anzunehmenden Trennung der Vermögensmassen von A und der A-GmbH liegt daher ein Fall der Drittbereicherungsabsicht vor; eine mögliche spätere Weiterleitung der Gewinne an A (als Gesellschafterausschüttung etc.) wäre jedenfalls keine stoffgleiche Bereicherung mehr, da sie auf einer Zwischenverfügung beruhen würde.¹⁹ Diese Drittbereicherung beruht auch auf der gleichen Verfügung wie der Schaden, nämlich der Kaufpreiszahlung durch V, und ist somit stoffgleich. Mangels vom Betrug unabhängig bestehenden fälligen und durchsetzbaren Anspruchs ist die Bereicherung auch rechtswidrig. In Bezug auf Stoffgleichheit und Rechtswidrigkeit der Bereicherung handelte A vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Strafverfolgungsvoraussetzungen

Gem. §§ 263 Abs. 4, 248a StGB wäre noch ein Strafantrag zu stellen.

II. Ergebnis

A hat sich gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

2. Tatkomplex: Die Probefahrt

I. Strafbarkeit des T wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB

T könnte sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB entweder durch das Vom-Hof-Fahren oder

¹⁷ Hier lässt sich das Gegenteil sehr gut vertreten, weil jedenfalls die Zahlungsverpflichtung durchaus formaljuristisch im Synallagma mit dem Kauf des T-Shirts steht, auch wenn (objektiv erkennbar) darüber hinausgehende Ziele verfolgt werden.

¹⁸ BGH NJW 1988, 2623; Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 13 Rn. 301.

¹⁹ Hier lassen sich im Hinblick auf die getrennten Vermögensmassen wohl die Grundsätze der sog. Mantel-Rspr. zum Recht der Vermögensabschöpfung (§ 73 Abs. 1 StGB, bei dem der Täter selbst bei verschmolzenen Vermögensmassen etwas erlangt und nicht nur der Dritte) übertragen; bspw. BGH BeckRS 2022, 24818 Rn. 9.

durch das spätere Heimfahren mit dem Fahrzeug strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

Das Auto ist ein körperlicher Gegenstand, mithin eine Sache (vgl. § 90 BGB). Es ist auch fremd, da es im Alleineigentum des H steht, sowie beweglich, weil es tatsächlich fortbewegt werden kann.

b) Wegnahme

Wegnahme meint den Bruch fremden und die Begründung neuen – nicht notwendigerweise täter-eigenen – Gewahrsams.²⁰ Gewahrsam meint die von einem natürlichen Sachherrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft, deren Reichweite sich nach der Verkehrsanschauung bestimmt.²¹

aa) Gewahrsamsbruch durch Nach-Hause-Fahren des Fahrzeugs

T könnte den Gewahrsam des H gebrochen haben, indem er das Fahrzeug einfach behalten hat und mit ihm nach Hause gefahren ist. Dafür müsste auch nach dem Verlassen des Geländes des H der H noch Gewahrsamsinhaber gewesen sein. Problematisch erscheint hieran allerdings, dass in diesem Moment T das Auto nach freiem Belieben kontrollieren kann; unmittelbare Einfluss- und Zugriffsmöglichkeiten des H bestehen nicht, da das GPS-System schon beim Verlassen des Hofes ausgeschaltet ist. Selbst die Möglichkeit der Ortung mittels eingeschalteten GPS-Systems würde allerdings nichts am fehlenden Gewahrsam ändern: Zwar kann das GPS-System dazu dienen, die Sachherrschaft zurückzugewinnen, sie begründet diese aber nicht, solange ein anderer die Sachherrschaft unmittelbar ausübt.²² Dafür spricht auch, dass eine erneute Herrschaftsausübung des H die Überwindung des T voraussetzen würde, zumal Möglichkeiten des T zur Überlistung des GPS-Systems bestehen dürften. Es leuchtet zudem nicht ein, warum die mögliche Beobachtung des Täterverhaltens mittels GPS Einfluss darauf haben soll, ob noch Gewahrsam des Fahrzeugeigentümers besteht, da schließlich anerkanntermaßen²³ die gewöhnliche Beobachtung weder eine Aufrechterhaltung des Gewahrsams beim alten Gewahrsamsinhaber begründet noch den neuen Gewahrsam beim Täter verhindert. Nach der Verkehrsanschauung ist daher die Sache dem unmittelbaren Herrschaftsbereich des T und nicht mehr des H zugeordnet, sodass es nach dem Verlassen des Geländes des H an einem Mitgewahrsam desselben fehlt. Auf die bloße räumliche Entfernung kommt es jedenfalls bei den bei einer Probefahrt anzunehmenden Entfernungen im Einzelnen nicht an.²⁴ Eine Wegnahme kommt daher durch das Nach-Hause-Fahren des Fahrzeugs nicht mehr in Betracht.

²⁰ RGSt 48, 58 (59 f.); statt vieler auch *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 87.

²¹ BGH NJW 2021, 1545; *Kudlich*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 242 Rn. 18 f.; *Otto*, Strafrecht, Bd. 2, 7. Aufl. 2005, § 40 Rn. 15.

²² Anders aber *Kretschmer*, in: *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 242 Rn. 24; *Vogel/Brodowski*, in: *LK-StGB*, Bd. 13, 13. Aufl. 2023, § 242 Rn. 80 für Frachtfahrzeugfälle.

²³ Zur Unerheblichkeit der Beobachtung für den Gewahrsamswechsel statt aller *Wittig*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.11.2024, § 242 Rn. 27 m.w.N.

²⁴ *Kretschmer*, in: *AnwaltKommentar StGB*, 3. Aufl. 2020, § 242 Rn. 24; *Schmitz*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 242 Rn. 79; a.A. OLG Köln BeckRS 2010, 12861.

bb) Gewahrsamsbruch durch Verlassen des Geländes

Durch das Verlassen des Betriebsgeländes hat T den Gewahrsam des H aufgehoben und eigenen, neuen Gewahrsam begründet. Allerdings liegt insoweit ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vor; insbesondere konnte dieses nicht unter die Bedingung der späteren Rückgabe des Fahrzeugs gestellt werden, da zur Abgrenzung des Fremdschädigungsdelikts des § 242 Abs. 1 StGB vom Selbstschädigungsdelikt des § 263 Abs. 1 StGB nur im Zeitpunkt des Einverständnisses äußerlich erkennbare Vorgänge Gegenstand einer solchen Bedingung sein können.²⁵ Eine Wegnahme liegt daher auch nicht durch das Verlassen des Hofes vor.

2. Ergebnis

Mangels Wegnahme hat sich T nicht gem. § 242 Abs. 1 StGB wegen Diebstahls strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des T wegen Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1, 2 StGB

T könnte sich dadurch, dass er mit dem Auto nach Hause gefahren ist, anstatt es zu H zurückzubringen, allerdings wegen veruntreuender Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1, 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde bewegliche Sache

Bei dem Fahrzeug handelte es sich um eine fremde bewegliche Sache.

b) Zueignung

Für die Zueignung ist nach überwiegender Auffassung die Manifestation eines Zueignungswillens nach außen hin erforderlich.²⁶ Teilweise (sog. Enteignungstheorie) wird hingegen eine tatsächlich eintretende faktische Verdrängung des Eigentümers aus seiner Herrschaftsposition verlangt.²⁷ Jüngst hat auch der BGH in diese Richtung geurteilt,²⁸ woran aber problematisch ist, dass eine Vollendung des Tatbestands dann nur noch in den seltenen Fällen des Verbrauchs, der Übereignung und der Zerstörung möglich sein wird.²⁹ Vorzugswürdig ist trotz des Gebots zur restriktiven Auslegung daher ein Festhalten am alten Maßstab, nach dem bereits die Manifestation des Zueignungswillens nach außen ausreicht.

Erforderlich ist daher zunächst ein Zueignungswille des T. Zueignungswille meint Vorsatz bzgl. der vorübergehenden Aneignung und dauerhaften Enteignung des Opfers.

Hinweis: Aneignungsabsicht ist hier nach h.M. hingegen nicht erforderlich.³⁰

²⁵ Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 2 Rn. 70 ff.; Wessels/Hillenkamp/Schuh, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 126.

²⁶ Statt vieler Wessels/Hillenkamp/Schuh, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 322.

²⁷ Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 246 Rn. 12 ff.; Kargl, ZStW 103 (1991), 136.

²⁸ BGH NJW 2024, 1050 m. Anm. Hoven.

²⁹ Jäger, JA 2024, 515.

³⁰ Siehe Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 5 Rn. 18; Tenckhoff, JuS 1980, 727.

T wollte das Auto als sein eigenes weiterverkaufen und sich dieses daher seiner Substanz nach vorübergehend in sein Vermögen einverleiben. Ebenso sollte der Eigentümer H das Auto nicht zurückerhalten, mithin faktisch aus seiner Eigentümerstellung verdrängt werden, sodass der Zueignungswille gegeben ist.

Dieser müsste sich auch nach außen manifestiert haben. Nach der weiten Manifestationstheorie genügen dafür alle Handlungen, die subjektiv von einem Zueignungswillen getragen werden.³¹ Daran wird in der Literatur kritisiert, dass allein aufgrund einer inneren Einstellung dann Handlungen pönalisiert werden, wodurch zugleich eine Abgrenzung zwischen Vorbereitung, Versuch und Vollendung unmöglich werde.³² Nach der engen Manifestationstheorie muss sich daher in der Handlung des Täters aus Sicht eines objektiven Dritten unzweideutig der Zueignungswille manifestieren.³³ Zusätzlich wird überwiegend verlangt, dass durch die Manifestationshandlung eine sachenrechtliche Herrschaftsbeziehung des Täters über die Sache hergestellt wird.³⁴ Hier kann der Streit jedoch offenbleiben, da spätestens das Behalten des Autos auch von einem objektiven Beobachter nicht anders als als Manifestation eines bestehenden Zueignungswillens verstanden werden kann; eine sachenrechtliche Herrschaftsbeziehung bestand bei der Probefahrt in Form von Besitz bzw. Gewahrsam.³⁵

Der Zueignungsbegriff wird von Teilen der Literatur allerdings noch weiter eingeschränkt. So wird vereinzelt Eigenbesitzwille verlangt,³⁶ wobei dem die Möglichkeit des Handelns für einen Dritten entgegenzuhalten ist (Drittzueignung), bei dem ebenfalls kein Eigenbesitz des Täters besteht. Da T von Beginn an plante, das Auto zu behalten und weiterzuverkaufen, war er auch Eigenbesitzer (§ 872 BGB). Andere verlangen eine objektive Verschlechterung der Zugriffsmöglichkeiten des Eigentümers als eine Art Enteignungserfolg, die die ernsthafte Gefahr des Rechtsverlusts begründen müsse.³⁷ Hieran dürfte es fehlen, da bereits vor der maßgeblichen Handlung, nämlich dem Nach-Hause-Fahren mit dem Auto, die Zugriffsmöglichkeiten des H stark beeinträchtigt sind. Die Gefahr des Rechtsverlusts besteht bereits zu diesem Zeitpunkt. Allerdings ist die Ursächlichkeit erst der maßgeblichen Handlung für die Gefahr des Rechtsverlusts nicht zu verlangen, sonst würde derjenige begünstigt, der wie hier schon zuvor (äußerlich unerkennbar) solche Absichten verfolgt. Die vereinzelt geforderte eigentümerähnliche Stellung des Täters³⁸ ist hier anzunehmen, da er, ohne ein übergeordnetes Recht zu akzeptieren, die Herrschaft über den Gegenstand und somit das Ausschluss-Nutzungsrecht (§ 903 BGB) ausübt.

Eine Zueignung liegt somit vor.

Hinweis: Durch die (erfolgreiche, siehe unten) Übereignung an V wäre hier allerdings letztlich sogar die Enteignungstheorie erfüllt, da H sogar formal-juristisch sein Eigentum an dem Auto verliert.

³¹ In dieser Richtung BGH NJW 1960, 684 (685); BayObLG NJW 1992, 1777 (1778); *Bockelmann*, JZ 1960, 621.

³² Zutreffend *Duttge/Fahnenschmidt*, ZStW 110 (1998), 884 (907 ff.); zust. auch *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 246 Rn. 11.

³³ So die h.M., siehe BGH NStZ-RR 2006, 377 f.; *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 246 Rn. 11; *Wittig*, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2024, § 246 Rn. 4 m.w.N.

³⁴ *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 246 Rn. 11 f.

³⁵ *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 246 Rn. 10.

³⁶ *Kindhäuser*, in: FS Gössel, 2002, S. 455 ff.

³⁷ *Ambos*, GA 2007, 141 f.

³⁸ *Stoffers*, Jura 1995, 117.

c) Rechtswidrigkeit der Zueignung

In Ermangelung eines fälligen und durchsetzbaren Anspruchs des T auf den Besitz am Auto ist die Zueignung auch rechtswidrig.³⁹

d) Qualifikation des § 246 Abs. 2 StGB

Die Sache könnte T anvertraut gewesen sein. Anvertraut ist eine Sache, wenn sie dem Täter nur zu bestimmten Zwecken überlassen ist, insbesondere auch nur zu dem Zweck die Sache zurückzugeben.⁴⁰ T war das Auto nur zu Zwecken der Probefahrt überlassen; anschließend war er zur Rückgabe verpflichtet. Die Qualifikation des § 246 Abs. 2 StGB ist erfüllt.

Fraglich ist aber, ob ein gesetzeswidriger Zweck, den die Beteiligten verfolgen, einem „Anvertrauen“ im Wege steht, weil dadurch die Verfolgung eines rechtswidrigen Zwecks abgesichert würde.⁴¹ Ein solcher könnte in der Vereinbarung der Probefahrt mit dem nicht verkehrssicheren Fahrzeug liegen. Zu beachten ist aber, dass nicht die Probefahrt die maßgebliche Verpflichtung des T ist, die das Anvertrauen begründet, sondern die vielmehr hiermit korrelierende Rückgabepflicht, die selbst nicht gesetzeswidrig ist. Daher steht dies der Erfüllung des § 246 Abs. 2 StGB nicht im Wege.

2. Subjektiver Tatbestand

T handelte vorsätzlich.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

T hat sich gem. § 246 Abs. 1, 2 StGB strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit des T wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB

T könnte sich wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber und zulasten des H strafbar gemacht haben, indem er mit diesem eine Probefahrt vereinbart hat.

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung

T hat H durch die Vereinbarung einer Probefahrt konkludent über die innere Tatsache getäuscht, das

³⁹ Wessels/Hillenkamp/Schuhr, *Strafrecht*, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 330; Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2024, § 246 Rn. 10.

⁴⁰ BGH NSTZ-RR 2014, 13; BGH wistra 2013, 387 (389); Küper/Zopfs, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 11. Aufl. 2022, Rn. 43 ff.; auf Gewahrsam ohne Nutzungsbefugnis beschränkend Hoyer, in: SK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 246 Rn. 44.

⁴¹ So etwa Fischer, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar*, 71. Aufl. 2024, § 246 Rn. 17; nach h.M. liegt allerdings ein Anvertrauen nur nicht vor, wenn die Überlassung den Eigentümerinteressen widerspricht, wie z.B. die Überlassung an einen Dieb, siehe RGSt 40, 222; Rengier, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 5 Rn. 62; Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.11.2024, § 246 Rn. 11.1.

Fahrzeug ernstlich zur Probe fahren zu wollen und insbesondere auch wieder zurückzubringen. Schließlich ist das Zurückbringen Teil der Vereinbarung, auch wenn es nicht ausdrücklich als Pflicht benannt wird.

b) **Dadurch Irrtum**

Ein Irrtum ist jedenfalls in Form des sachgedanklichen Mitbewusstseins anzunehmen; aufgrund der typischerweise getroffenen Rückgabevereinbarungen dürfte dahingehend aber sogar eine konkrete Vorstellung und damit auch ein konkreter Irrtum vorliegen.

c) **Dadurch Vermögensverfügung**

H müsste eine Vermögensverfügung getroffen haben. Dies erfordert eine unmittelbar aufgrund der Handlung des H eintretenden Vermögensminderung.

aa) **Vermögensminderung**

Zunächst müsste eine Vermögensminderung überhaupt eintreten. Dies könnte hier durch den Verlust der Sachherrschaft, sowohl Besitz als auch Gewahrsam, über das Auto geschehen sein. Das formal fortbestehende Eigentum des H wird ohne die Möglichkeit, die Befugnisse des § 903 BGB auch auszuüben und insbesondere über das Auto auch noch verfügen zu können, quasi wertlos, da sich der Wert vor allem in der Nutzungsmöglichkeit niederschlägt, die an den Besitz bzw. Gewahrsam geknüpft ist. Eine Vermögensminderung liegt damit durch den Verlust des Gewahrsams grundsätzlich vor.

Allerdings müsste der Gewahrsam bzw. Besitz des H an dem Auto überhaupt Teil des strafrechtlich geschützten Vermögens gewesen sein. Nach dem wirtschaftlichen Vermögensbegriff der Rechtsprechung ist dies aufgrund der Einordnung als geldwerte Vermögensposition der Fall.⁴² Teile der Literatur verlangen nach dem Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung hingegen, dass nur geldwerte Güter, die von der Rechtsordnung geschützt oder jedenfalls nicht ausdrücklich missbilligt werden, dem strafrechtlich geschützten Vermögen angehören.⁴³ Grundsätzlich wird dabei – wenig überzeugend – der dem Besitzer zukommende possessorische Besitzschutz (§§ 858 ff. BGB) trotz seiner fehlenden Wertzuweisungsfunktion (die aber beim Vermögensdelikt wesentlich sein muss, da allein das Vermögen dem Wert nach und nicht einzelne Sachen geschützt werden⁴⁴) bereits für ausreichend gehalten.⁴⁵ §§ 858 ff. BGB dienen ganz vorrangig dem Rechtsfrieden. H war allerdings wohl auch berechtigter Besitzer und daher auch petitorisch und nach § 823 Abs. 1 BGB geschützt, sodass die Rechtsgüter unter dem Schutz der Rechtsordnung standen. Allerdings wollen Teile der Rechtsprechung und Literatur nach dem Rechtsgedanken des § 817 S. 2 BGB den Schutz versagen, wenn der Berechtigte die Sache zu sittenwidrigen und verbotenen Zwecken einsetzen will,⁴⁶ wie es hier aufgrund der geplanten Veräußerung eines nicht verkehrstauglichen Fahrzeugs der Fall ist. Auch dies überzeugt allerdings nicht: Geschützt ist schließlich der Vermögensbestand, der von der vorgesehe-

⁴² BGH NStZ-RR 2018, 221 (223); BGH NJW 1975, 1234 (1235); OLG Hamburg NJW 1962, 1407 (1408); *Fahl*, JA 1995, 205.

⁴³ *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 158 m.w.N.

⁴⁴ Schließlich ist von der Rechtsordnung dann gerade nicht der Wert, sondern nur die konkrete Rechtsposition geschützt, die aber wiederum für § 263 Abs. 1 StGB als umfassender Vermögensschutz nicht maßgeblich ist.

⁴⁵ BGH NStZ 2008, 627; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 13 Rn. 163; *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 172 m.w.N.

⁴⁶ LG Regensburg NStZ-RR 2005, 312; *Hecker*, JuS 2001, 228 ff.; *Kindhäuser/Wallau*, NStZ 2003, 153 f.

nen Verwendung völlig unabhängig ist.⁴⁷ Maßgeblich kann nur sein, ob die Rechtsordnung den Besitz bzw. den Gewahrsam des Autos selbst missbilligt. § 263 StGB trifft keinerlei Aussage über die rechtmäßige Einsetzbarkeit der Sache, sodass der Grundsatz der Einheit der Rechtsordnung auch nicht erfordern kann, entsprechende Zwecke bei der Frage nach dem Schutz des Vermögens nach § 263 Abs. 1 StGB zu berücksichtigen. Da diese Auffassung folglich abzulehnen ist, ist das Auto Teil des strafrechtlich geschützten Vermögens und eine Vermögensminderung tritt ein.

bb) Unmittelbarkeit

Unmittelbar ist die Vermögensminderung nur, wenn nicht weitere Zwischenschritte des Täters erst die Vermögensminderung auslösen, also ein geldwertes Gut aus dem Vermögen des H herauslösen.⁴⁸ Durch das Merkmal der Unmittelbarkeit wird der Betrug als Selbstschädigungsdelikt von Fremdschädigungsdelikten wie dem Diebstahl abgegrenzt.⁴⁹ Wie oben (bei der Wegnahme in § 242 StGB) festgestellt, verliert H seinen Gewahrsam bereits mit dem Verlassen des Hofes durch T, das von seinem Einverständnis allerdings gedeckt war, sodass eine Wegnahme nicht vorliegt. Da T somit für die Herbeiführung der Vermögensminderung über das vom Einverständnis Gedeckte nichts mehr tun muss, stellt sich der Sachverhalt als Selbstschädigung dar und die Unmittelbarkeit der Vermögensminderung ist zu bejahen.

Hinweis: Die Anwendung des Unmittelbarkeitskriteriums sollte in der Klausur grundsätzlich immer beim Sachbetrug erfolgen; beim Forderungsbetrug ist die Anwendung dagegen umstritten. Teilweise wird hier – etwa beim Erschleichen eines Blankos, das dann ausgefüllt wird, um so an Geld zu kommen, lediglich auf allgemeine Kriterien der objektiven Zurechnung zurückgegriffen, da auch das Bedürfnis einer Abgrenzung zu § 242 StGB fehle.⁵⁰

d) Dadurch Vermögensschaden

Da der Vermögensminderung keine Kompensation gegenübersteht, ist auch ein Vermögensschaden zu bejahen. Dieser wird insbesondere durch bestehende Herausgabe- und Schadensersatzansprüche (insbesondere § 823 Abs. 1 BGB) nicht kompensiert, da diese wegen des erheblichen Durchsetzungsrisikos nicht gleichwertig sind und den Schaden daher nicht vollständig beseitigen.

2. Subjektiver Tatbestand

T handelte vorsätzlich und in der Absicht stoffgleicher und rechtswidriger Bereicherung, sodass auch der subjektive Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB erfüllt ist.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

T handelte rechtswidrig und schuldhaft.

⁴⁷ So auch die h.M.: *Neumann*, JuS 1993, 749; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 13 Rn. 168.

⁴⁸ BGH NJW 1960, 1068; BGH NJW 1962, 1211 (1212); *Saliger*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 117.

⁴⁹ *Beukelmann*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.11.2024, § 263 Rn. 32; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 13 Rn. 74.

⁵⁰ OLG Frankfurt a.M. NJW 2011, 398 (403); *Krell*, NZWiSt 2013, 377; *Stuckenberg*, ZStW 119 (2007), 899 ff.; für Gleichbehandlung dagegen *Saliger*, in: *SSW-StGB*, 6. Aufl. 2024, § 263 Rn. 118 m.w.N.

4. Ergebnis

T hat sich gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

IV. Konkurrenzen

Die formelle Subsidiarität nach § 246 Abs. 1 StGB a.E. greift im Verhältnis zu § 263 Abs. 1 StGB nicht, da der Betrug und die veruntreuende Unterschlagung das gleiche Strafmaß vorsehen.⁵¹ Allerdings ist die Unterschlagung materiell subsidiär, da bereits § 263 Abs. 1 StGB den Gewahrsamsverlust als Schaden sanktioniert.⁵²

Hinweis: Auch eine Strafbarkeit des H wegen versuchten Betrugs wäre denkbar, ist nach dem Bearbeitungsvermerk aber nicht zu prüfen. Es würde wohl auch am unmittelbaren Ansetzen fehlen, da das Ergebnis der Probefahrt und der folgenden Verhandlungen durchaus noch wesentliche Zwischenschritte darstellen.

3. Tatkomplex: Verkauf des Autos an V

I. Strafbarkeit des T gem. § 263 Abs. 1 StGB durch den Verkauf an V, zulasten und gegenüber V

A könnte sich gem. § 263 Abs. 1 StGB wegen Betrugs gegenüber und zulasten des V strafbar gemacht haben, indem er mit V den Kaufvertrag über das Auto geschlossen hat.

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung über Tatsachen

T müsste über Tatsachen getäuscht haben. In Betracht kommt als Täuschungsgegenstand die Berechtigung zum Verkauf des Autos. Zu berücksichtigen ist zwar, dass ein Kaufvertrag auch über Gegenstände geschlossen werden kann, die (noch) nicht im Eigentum des Verkäufers stehen (Beschaffungsschuld). Allerdings wird gerade bei Stückkäufen von Gebrauchtwagen grundsätzlich nach der Verkehrsanschauung miterklärt sein, dass der jeweilige Anspruch auch erfüllbar und nicht wegen Unmöglichkeit (§ 275 Abs. 1 BGB) ohnehin faktisch wertlos ist.⁵³ Sowohl die Leistungsfähigkeit als auch die Leistungsbereitschaft sind grundsätzlich beim Vertragsschluss konkludent miterklärt. Erklärt ist allerdings bei einem Stückkauf mit solch persönlichem Gepräge wie beim Gebrauchtwagenkauf nicht nur die Möglichkeit der Eigentumsübertragung, vielmehr wird vom Verkehr beim Verkauf eines Gebrauchtwagens auch auf die Berechtigung zum Verkauf geschlossen.⁵⁴ An dieser fehlt es allerdings, sodass eine konkludente Täuschung über die Tatsache der Berechtigung vorliegt.

⁵¹ Zur generellen Anwendbarkeit der Subsidiaritätsklausel auch in Fällen des Abs. 2 siehe BGH NStZ 2012, 628; statt vieler auch *Hohmann*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 64.

⁵² *Bosch*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 246 Rn. 33.

⁵³ Auch wenn freilich Ansprüche aus §§ 275 Abs. 4, 280 Abs. 1, Abs. 3, 283 BGB bestehen würden, die aber nicht das ursprüngliche Leistungsinteresse des Käufers befriedigen, sondern nur sein Äquivalenzinteresse.

⁵⁴ Eine andere Ansicht ist hier vertretbar. Man kann auch annehmen, dass der Verkauf nur die Aussage über die Erfüllungsfähig- und -willigkeit beinhaltet. Dann wäre hier schon inzident zu prüfen, ob T dem N das Fahrzeug nach §§ 929 ff. BGB übereignen kann, sodass im Ergebnis eine Täuschung nicht vorläge. Stattdessen wäre

b) Dadurch Irrtum

V müsste einem täuschungsbedingten Irrtum unterlegen sein. Konkrete Gedanken des V zur Berechtigung des T sind zwar nicht ersichtlich. Aufgrund der mit fehlender Berechtigung des Verkäufers einhergehenden juristischen Schwierigkeiten für den Käufer (u.a. Vorwürfen aus §§ 259, 261 StGB) ist allerdings davon auszugehen, dass V jedenfalls annimmt, dass „alles in Ordnung“ ist. Es liegt daher ein Fall des sachgedanklichen Mitbewusstseins vor, den die h.M. als (unterbewussten) Irrtum ausreichen lässt.⁵⁵ Hieran mag man zwar kritisieren, dass ein großer Teil der tatbestandsbeschränkenden Funktion verloren geht, wenn man solche Erweiterungen ohne konkrete Vorstellung über eine bestimmte Eigenschaft zulässt. Allerdings werden dennoch zumindest die Fälle der ignorantia facti ausgeschlossen, die bei fehlender konkreter Vorstellung über die betreffende Eigenschaft zumindest dann vorliegen sollen, wenn der Getäuschte an der Information selbst überhaupt kein wirtschaftliches Interesse hat.⁵⁶ Bei nur konkludenten Täuschungen wird es regelmäßig an einem konkreten Irrtum in Bezug auf die bestimmte Eigenschaft fehlen, sodass die Einbeziehung derselben die entsprechend weite Auslegung des Irrtums gebietet. Ein Irrtum in Form des ausreichenden sachgedanklichen Mitbewusstseins liegt daher vor.

c) Dadurch Vermögensverfügung

Als Vermögensminderung kommen sowohl der Vertragsschluss als eine schadensgleiche Vermögensgefährdung in Betracht, da die zu erwartende Vermögensminderung angesichts der vertraglichen Verpflichtung (Eingehungsbetrug) sowohl der Höhe nach bestimmt als auch höchstwahrscheinlich ist, als auch die spätere Zahlung des Kaufpreises von 8.000 € selbst (möglicher Erfüllungsbetrug). Eine Vermögensverfügung liegt jedenfalls vor.

d) Dadurch Vermögensschaden

Der Schaden ergibt sich als negatives Saldo bei einem Vergleich des Vermögens vor und nach der maßgeblichen Verfügung. Durch den Vertragsschluss bzw. die spätere Zahlung ist eine Vermögensminderung i.H.v. 8.000 € eingetreten. Diese könnte jedoch kompensiert sein.

aa) Zahlung der 8.000 €

Zunächst könnte die Vermögensminderung durch die Zahlung der 8.000 € durch die tatsächliche Erfüllung des Vertrags kompensiert sein. Dies ist der Fall, wenn V die vertraglich vereinbarte Gegenleistung erhalten, also gem. § 433 Abs. 1 S. 1 BGB die Kaufsache dem V übergeben und übereignet worden ist und auch gem. § 433 Abs. 1 S. 2 BGB mangelfrei ist.

Fraglich ist zunächst also, ob V Eigentum an dem Fahrzeug gem. §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 BGB erworben hat. Dies setzt neben der hier erfolgten Einigung und Übergabe die Verfügungsbefugnis des Verfügenden oder einen gutgläubigen Erwerb voraus. Verfügungsbefugt sind der in seiner Verfügungsmacht nicht beschränkte Rechtsinhaber oder der gesetzlich oder rechtsgeschäftlich (§ 185

dann allerdings auf die ausdrückliche Täuschung über die Eigentümereigenschaft im Fahrzeugbrief bei der Übergabe abzustellen.

⁵⁵ BGH NJW 2012, 1377 (1382 Rn. 69); BGH NSTz 2009, 506 (507); *Hefendehl*, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263 Rn. 231 ff.; *Satzger*, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 263 Rn. 125.

⁵⁶ *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, Kommentar, 71. Aufl. 2024, § 263 Rn. 58; *Saliger*, in: Matt/Renzikowski, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263 Rn. 98; *Tiedemann*, in: LK-StGB, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 263 Rn. 87.

Abs. 1 BGB) Ermächtigte.⁵⁷ T hat das Auto durch Unterschlagung in seinen Besitz gebracht, sodass hier lediglich ein gutgläubiger Erwerb gem. § 932 Abs. 1 BGB in Betracht kommt. Dieser setzt für Rechtsgeschäfte im Sinne eines Verkehrsgeschäfts neben dem guten Glauben des V in das Eigentum des T (§ 932 Abs. 2 BGB), das angesichts des vorgelegten und als Fälschung wohl nicht erkennbaren Fahrzeugbriefs hier zu bejahen ist, als Rechtsscheinsträger die Besitzverschaffungsmacht des Verfügenden voraus.⁵⁸ T war Besitzer der Sache und konnte dem V den Besitz daher einräumen. Der Tatbestand des § 932 Abs. 1 BGB ist erfüllt. Allerdings könnte der Eigentumserwerb gem. § 935 Abs. 1 S. 1 BGB ausgeschlossen sein. Abhandengekommen ist die Sache, wenn der Eigentümer seinen Besitz ohne seinen Willen verloren hat. Dies erscheint hier fraglich, weil H dem T die Möglichkeit einer Probefahrt eingeräumt hat. Denkbar ist jedoch, dass der Probefahrer nur als Besitzdiener gem. § 855 BGB anzusehen ist und erst mit dem abredewidrigen Behalten des Fahrzeugs der Besitzverlust eintritt. Allerdings besteht zwischen dem Probefahrer und dem Eigentümer kein Weisungsverhältnis wie etwa ein Arbeitsvertrag.⁵⁹ Auch eine mögliche GPS-Ortung ändert an der zivilrechtlichen Einordnung als Besitzmittlungsverhältnis (§ 868 BGB) nichts. Der Probefahrer wird daher schon durch die Probefahrt Besitzer, sodass ein Abhandenkommen nicht gegeben ist. V erwirbt daher gutgläubig Eigentum, sodass insoweit Erfüllung des Kaufvertrags eintritt und der Schaden kompensiert ist. V ist dem H auch nicht zur Herausgabe (etwa aus § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB; § 1007 BGB oder § 861 Abs. 1 BGB) oder Schadensersatz (etwa § 823 Abs. 1 BGB, der ebenfalls auf Herausgabe gerichtet wäre) verpflichtet, sodass sich auch unter diesem Gesichtspunkt nichts anderes ergibt.

Teilweise wird allerdings angenommen, auch gutgläubig erworbenes Eigentum stelle einen strafrechtlichen Schaden dar, da es „bemakelt“ sei (sog. Makeltheorie). Schließlich bestünde ein erhebliches Risiko, das Eigentum gegen Angriffe des Voreigentümers im Prozess verteidigen zu müssen.⁶⁰ Allerdings handelt es sich hierbei lediglich um ein abstraktes Schadensrisiko, das ebenso wie sittliche Überlegungen einen Schaden noch nicht begründen kann.⁶¹

Etwas anderes ergibt sich allerdings daraus, dass das Fahrzeug aufgrund eines Unfallschadens objektiv nur 500 € wert ist, was zwischen den Parteien nicht berücksichtigt war. Es verbleibt nach der Erfüllung daher ein Schaden i.H.v. 7.500 €.

bb) Durch den Vertragsschluss

Ein Schaden mit Blick auf die vollen 8.000 € könnte sich aus einer Ungleichwertigkeit des Anspruchs auf die Übergabe und Übereignung des Autos bei Vertragsabschluss ergeben. Dass es zur Erfüllung später kommt, ist für den Eingehungsbetrag wegen des Koinzidenzprinzips insoweit unbeachtlich.⁶²

Allerdings kann von einer konkreten Vermögensgefährdung dahingehend, dass die Nichterfüllung des Anspruchs überwiegend wahrscheinlich ist, nicht ausgegangen werden. Es besteht vielmehr nur ein geringes Risiko, dass T zwischenzeitlich auf Herausgabe von H in Anspruch genommen wird und daher den Vertrag mit V nicht mehr erfüllen kann. Diese Gefahr erreicht wegen ihrer geringen

⁵⁷ Oechsler, in: MüKo-BGB, Bd. 8, 9. Aufl. 2023, § 929 Rn. 44 ff. m.w.N.

⁵⁸ Prütting, Sachenrecht, 38. Aufl. 2024, Rn. 425.

⁵⁹ BGH NJW 2020, 3711 (3713 Rn. 21 ff.); Fritzsche, in: BeckOK BGB, Stand: 1.11.2024, § 855 Rn. 16.

⁶⁰ RGSt 73, 61; OLG Hamburg NJW 1956, 392.

⁶¹ BGH NStZ 2013, 37; Cramer, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, 1968, S. 127 ff.; Schlösser, NStZ 2013, 162 (163); siehe auch Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 111 m.w.N.

⁶² Klassiker dieser Fragestellung ist insbes. der Abschluss eines Arbeitsvertrags mit einem weniger qualifizierten Mitarbeiter, der dann gut arbeitet. Ein Erfüllungsbetrag scheidet aus, weil letztlich durch die gute Arbeit der Schaden kompensiert wird; ein Eingehungsbetrag bleibt aber bestehen, weil der Anspruch auf Arbeitsleistung aufgrund der objektiv zu erwartenden schlechteren Arbeit nicht gleichwertig ist.

Wahrscheinlichkeit allerdings nicht das erforderliche Maß für eine konkrete Vermögensgefahr; bloße abstrakte Risiken wie hier sind allerdings für die Annahme eines Schadens nicht ausreichend:⁶³ Sie wohnen schließlich jedem Geschäft mit einem unredlichen Geschäftspartner inne. Wegen des verfassungsrechtlichen Verschleifungsverbots aus Art. 103 Abs. 2 GG können solche – bei Täuschung nahezu immer gegebenen abstrakten Vermögensrisiken nicht für die Annahme eines Schadens ausreichen, da dadurch dem Erfordernis eines Schadenseintritts seine strafbarkeitsbeschränkende Funktion genommen würde, vielmehr wird dann ausschließlich das Handlungsunrecht pönalisiert.⁶⁴ Auch insoweit ergibt sich nur mit Blick auf die Eigenschaft als Unfallfahrzeug ein Vermögensschaden.

2. Subjektiver Tatbestand

T müsste mit Blick auf den objektiven Tatbestand vorsätzlich gehandelt haben (§ 15 StGB). Da T jedoch von der Eigenschaft als Unfallwagen nichts weiß, fehlt es ihm am Vorsatz bzgl. der den Schaden letztlich begründenden Umstände, sodass der Vorsatz letztlich zu verneinen ist.

3. Ergebnis

T hat sich nicht gem. § 263 Abs. 1 StGB durch den Vertragsschluss strafbar gemacht. Für eine Vorstellung des T, es werde ein Schaden beim V eintreten, gibt es keine Anhaltspunkte, sodass auch ein versuchter Betrug (§§ 263 Abs. 1, 2, 22, 23 Abs. 1 Alt. 2 StGB) nicht vorliegt.

II. Strafbarkeit des T gem. § 263 Abs. 1 StGB durch Lieferung/Annahme des Kaufpreises

Auch durch die ausdrückliche Täuschung über seine Eigentümerstellung an dem Auto durch Vorlage des Fahrzeugbriefs hat sich T mangels Schadens nicht gem. § 263 Abs. 1 StGB wegen Betrugs strafbar gemacht.

III. Strafbarkeit des T gem. § 246 Abs. 1 StGB durch Verkauf/Übereignung an N

Sowohl durch den Verkauf als auch die Übereignung könnte sich T gem. § 246 Abs. 1 StGB wegen Unterschlagung strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

Bei dem Auto handelte es sich um eine fremde bewegliche Sache.

Diese müsste sich T durch die Manifestation eines Zueignungswillens zugeeignet haben. Problematisch erscheint hier indessen, dass die Sache bereits Gegenstand einer Zueignung gem. § 246 Abs. 1 StGB war, als T das Auto nicht zu H zurückgebracht hat, sondern stattdessen zu sich nach Hause gefahren ist (sog. wiederholte Zueignung). Nach einer Auffassung (sog. Konkurrenzlösung) soll dennoch auch hier eine erneute Zueignung vorliegen, die lediglich im Rahmen der Konkurrenzen als mitbestrafte Nachtat zurücktritt.⁶⁵ Dafür wird insbesondere angeführt, dass hierdurch die Bestrafung

⁶³ BVerfG NJW 2012, 907 (915); BGH NJW 1966, 1975 (1976); a.A. mit Blick auf den Erwerb vom Nichtberechtigten Traub, NJW 1956, 451.

⁶⁴ BVerfG NJW 2012, 907 (915); BVerfG NJW 2010, 3209 (3215 Rn. 113) zur Untreue; Saliger, in: FS Samson, 2010, S. 455 (479 f.).

⁶⁵ Bockelmann, JZ 1960, 621; Mitsch, ZStW 111 (1999), 65 (92); Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 341 ff.

von Teilnehmern ermöglicht werde. Gegen die Annahme einer erneuten tatbestandsmäßigen Zueignung spricht allerdings die zu befürchtende Umgehung der Verjährungsregeln (§ 78a StGB).⁶⁶ Zudem führt die mögliche Teilnehmerstrafbarkeit zu Verwerfungen mit den Anschlussdelikten (v.a. §§ 259, 261 StGB).⁶⁷ Die sog. Tatbestandslösung⁶⁸ nimmt daher an, dass sich der Zueignungswille in der ersten erfolgten Zueignung erschöpft und daher kein weiteres Mal betätigt werden kann.⁶⁹ Eine Ausnahme wird teilweise wegen des zusätzlichen Unrechts und des eigenständigen Sinngehalts gemacht, wenn sich die Zweitueignung auf eine andere Person bezieht, also Drittzueignung ist.⁷⁰ Hier soll zwar dem V das Auto übereignet und damit der Substanz nach zugeeignet werden. Allerdings geht es dennoch um einen bei T eintretenden wirtschaftlichen Vorteil, der bereits in der ersten Zueignung mit angelegt ist. Vorrangig ist der hier in Bezug auf den wirtschaftlichen Wert (bzw. Kaufpreis) anzunehmende Selbstzueignungswille. Daher überzeugt der Erschöpfungsgedanke hier in gleicher Weise, weil vom ursprünglichen Zueignungswillen das spätere Verhalten bereits mitumfasst war. Eine Zueignung liegt nach der vorzugswürdigen Tatbestandslösung nicht vor.

2. Ergebnis

T hat sich nicht gem. § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Gesamtergebnis

A und T haben sich daher jeweils gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

⁶⁶ Kudlich, in: SSW-StGB, 6. Aufl. 2024, § 246 Rn. 20.

⁶⁷ Hohmann, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 246 Rn. 43; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2024, Rn. 246.

⁶⁸ BGH NStZ-RR 2017, 211 (212); BGH NStZ 2022, 611 (612); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 246 Rn. 7 m.w.N.

⁶⁹ In dieser Richtung Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 5 Rn. 54.

⁷⁰ Duttge/Sotelsek, Jura 2002, 526 (531); mit überzeugenden Argumenten dagegen Murmann, NStZ 1999, 14 (15); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 26. Aufl. 2024, § 5 Rn. 55 ff., die darauf hinweisen, dass jedenfalls die Enteignungskomponente auch hier fehlen dürfte.