

Entscheidungsanmerkung

Zum sog. Gefährdungsschaden beim gutgläubigen Kfz-Erwerb

1. Ausgehend vom juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff ist bei der Schadensbestimmung zu beachten, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auch die hohe Wahrscheinlichkeit späterer Verluste als „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ das Vermögen unmittelbar mindert. Maßgeblich ist insoweit eine angesichts aller Umstände des Einzelfalls getroffene Prognose im Zeitpunkt der Vermögensverfügung.

2. Das Prozessrisiko, nach gutgläubigem Erwerb einer Sache von dem vorherigen Eigentümer auf Herausgabe verklagt zu werden, führt regelmäßig nicht zur vollständigen Entwertung der Eigentümerposition und damit zu einer schadensgleichen Vermögensgefährdung in diesem Umfang.

3. Ein Schaden tritt trotz gutgläubigen Eigentumserwerbs ein, wenn der Erwerber keine Möglichkeit zur Durchsetzung des Eigentumsanspruchs hat, mit der Folge, dass sich das Erlangte auf eine wirtschaftlich wertlose kurzfristige Besitzposition beschränkt. (Leitsätze der Verf.).

StGB §§ 145d Abs. 1 Nr. 1, 263
GG Art. 103 Abs. 2
BGB § 932

BGH, Urt. v. 15.4.2015 – 1 StR 337/14¹

I. Sachverhalt (vereinfacht)

Der Betrug ist ein „Dauerbrenner“ unter den strafrechtlichen Prüfungsaufgaben. Probleme des Vermögensschadens bzw. der schadensgleichen Vermögensgefährdung tauchen nicht nur im Studium, sondern auch in der Praxis immer wieder auf, wie die hier vorliegende Konstellation verdeutlicht:

T ist Besitzer eines an die B-Bank sicherungsübereigneten Pkw BMW X6. Er beabsichtigt, dieses Fahrzeug in betrügerischer Weise zu verkaufen. Zu diesem Zweck entwirft er zusammen mit M folgenden Plan: Das Fahrzeug soll formal an einen eingeweihten Mittelsmann vermietet und anschließend durch einen weiteren Komplizen unter Vorlage gefälschter Fahrzeugpapiere an einen gutgläubigen Käufer im Ausland veräußert und übergeben werden. Sobald das Fahrzeug vom Käufer ins Ausland überführt ist, wollen T und M eine Anzeige wegen Unterschlagung erstatten, das Fahrzeug mittels GPS-Ortung ausfindig machen und dann mithilfe der Polizei zurückerlangen. Da auf der Grundlage des Tatplans falsche Personalien verwendet werden sollen, ginge ein Rückzah-

lungsbegehren des Käufers nach der Vorstellung von T und M ins Leere und sie könnten sich den Verkaufserlös teilen.

Wie geplant wird der BMW X6 über ein Internetportal an die in Polen lebende Geschädigte G für 42.000 € veräußert. Die Geschädigte leistet zunächst eine Anzahlung in Höhe von 1000 €. Die Veräußerung und Übergabe des Fahrzeugs an sie in München nimmt ein weiterer Komplize unter Vorspiegelung seiner Eigentümerstellung vor. Er übergibt der Geschädigten den Pkw mit von T beschafften gefälschten Fahrzeugpapieren, wobei er ihr zum Identitätsnachweis einen auf den fiktiven Namen „PI“ lautenden gefälschten slowenischen Reisepass vorlegt. Von der Geschädigten erhält er für das Fahrzeug im Gegenzug weitere 41.000 € in bar. Die Geschädigte überführt den Pkw sodann zu ihrem Wohnort in Polen.

T erstattet sodann Anzeige wegen Unterschlagung bei einer Polizeiinspektion, wobei die Polizei – wie von T und M geplant – davon ausgeht, ein Mieter habe das Fahrzeug unterschlagen. T lässt nach Ermittlungen des Standorts als vermeintlicher Geschädigter das Fahrzeug sicherstellen und wieder zurück nach Deutschland bringen.

Das LG München hat T wegen Betrugs in Tateinheit mit Urkundenfälschung und dem Vortäuschen einer Straftat zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und drei Monaten verurteilt.

II. Einführung in die Problematik

Ein weiterer lehrreicher Fall zum Gefährdungsschaden, konkretisiert am Betrugstatbestand. Dabei bietet der Fall im Prüfungszusammenhang nicht nur Gelegenheit, das juristische Können hinsichtlich des Betrugs zu präsentieren, sondern gestattet auch eine Bewährungsprobe im Umgang mit der Vortäuschung einer Straftat nach § 145d StGB.

Die hier vorliegende Besprechung konzentriert sich jedoch auf den betrugsrelevanten Teil der Entscheidung. Es geht um die Frage, unter welchen Umständen beim gutgläubigen Kfz-Erwerb ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB vorliegt.

In Fällen der Veräußerung durch einen Nichtberechtigten wird der Täter das Opfer in der Regel durch das Verkaufsangebot über die Eigentumsverhältnisse (konkudent) täuschen und einen entsprechenden Irrtum hervorrufen, es sei denn, das Opfer hat positive Kenntnis von der Nichtberechtigung. Eine Vermögensverfügung ist grundsätzlich mit der Zahlung des Kaufpreises anzunehmen. Problematisch ist jedoch, ob darüber hinaus ein Vermögensschaden vorliegt. Nach dem Prinzip der Gesamtsaldierung ist der Vermögensschaden durch einen Vergleich zwischen dem Vermögensstand vor und nach der Vermögensverfügung zu ermitteln.² Ein Schaden liegt vor, wenn die durch die Vermögensverfügung eingetretene Vermögensminderung nicht unmittelbar durch einen Vermögenszuwachs kompensiert wird, d.h. wenn der Gesamtwert der weggegebenen Vermögenspositionen höher ist als der Gesamtwert aller erlangten Vermögenspositionen.³

¹ Die Entscheidung ist abgedruckt in NStZ 2015, 514 und im Internet abrufbar unter <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&Datum=2015-4-15&nr=71397&pos=1&anz=20> (21.9.2015).

² Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2014, § 263 Rn. 99.

³ Joecks, Strafgesetzbuch, Studienkommentar, 11. Aufl. 2014, § 263 Rn. 113.

Dies wird nach ständiger Rechtsprechung nach objektiv wirtschaftlichen Gesichtspunkten ermittelt. Dabei kommt es grundsätzlich auf den Marktwert der Vermögensgegenstände an.⁴ Die zentrale Frage ist also, ob der Erwerber ein wirtschaftliches Äquivalent für die durch die Vermögensverfügung eingetretene Vermögensminderung erhält. Insoweit ist in den Fällen der Veräußerung durch einen Nichtberechtigten zunächst zu unterscheiden, ob der Erwerber gutgläubig nach § 932 Abs. 1 S. 1 BGB Eigentum erwirbt oder nicht. Trotz der Gutgläubigkeit des Erwerbers scheidet der gutgläubige Erwerb nach § 935 Abs. 1 BGB aus, wenn die Sache dem Eigentümer abhandengekommen ist. In diesem Fall erwirbt der Käufer lediglich den Besitz, aber kein Eigentum an der verkauften Sache und enthält damit keine gleichwertige Gegenleistung für den Kaufpreis.⁵ Ein Vermögensschaden ist daher anzunehmen.⁶ Aus dem gleichen Grund scheidet ein gutgläubiger Erwerb nach § 932 Abs. 2 BGB, wenn der Erwerber bösgläubig⁷ oder wenn ihm infolge grob fahrlässiger Unkenntnis unbekannt ist, dass die Sache nicht dem Veräußerer gehört.⁸ Kommt es dagegen nach §§ 929 S. 1, 932 Abs. 1 S. 1 BGB zum gutgläubigen Erwerb, so erlangt der Käufer Besitz und vollwertiges Eigentum an der Sache, erhält also gleichsam die ihm zustehende Gegenleistung und erleidet daher grundsätzlich keinen Vermögensschaden.⁹ Das Reichsgericht konstruierte für die Fälle des gutgläubigen Erwerbs jedoch einen Vermögensschaden mithilfe der heute nicht mehr vertretenen sog. „Makeltheorie“. Ausgangspunkt dieser Ansicht war die Vorstellung, dass die gutgläubig erworbene Sache zwar rechtlich vollwertiges Eigentum darstelle, aber mit einem „sittlichen Makel“ behaftet sei. Daher sei die Sache „nach gesundem Volksempfinden auch als Vermögensstück minderwertig“¹⁰. Der eigentliche Begründungsansatz des Reichsgerichts fußte jedoch auf einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Trotz des vollwertig erlangten Eigentums folge aus dem gutgläubigen Erwerb, dass der Erwerber der (abstrakten) Gefahr von Rechtsstreitigkeiten und dem Verdacht der Hehlerei ausgesetzt sei. Unter Umständen müsse er Aufwendungen zur Verteidigung des Erwerbs machen, auch könne er möglicherweise nicht uneingeschränkt mit der Sache verfahren, bis die Rechtslage endgültig geklärt sei.¹¹ Dieser ökonomisch untermauerte Teil der Schadensbegründung wurde von Rechtsprechung und Literatur in der Folge-

zeit aufgegriffen. Ein Vermögensschaden in Form einer schädigenden Vermögensgefährdung wurde jedenfalls dann angenommen, wenn ein herausgehobenes Prozessrisiko auf Inanspruchnahme durch den früheren Eigentümer bestehe.¹²

Anerkannt ist, dass der Vermögensschaden nicht nur in dem endgültigen Verlust eines Vermögenswerts bestehen kann, sondern bereits der Eintritt einer „schadensgleichen“ Vermögensgefährdung einen Vermögensschaden im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB zu begründen vermag. Unter welchen Umständen eine Gefährdung des Vermögens zur Annahme eines Vermögensschadens führen kann, ist allerdings wenig geklärt. Im Grundsatz besteht Einigkeit darüber, dass nicht jede Vermögensgefährdung mit einem Vermögensschaden gleichgestellt werden kann. Denn weder der Betrug noch die Untreue sind Gefährdungsdelikte. Vielmehr sind beide Tatbestände Verletzungsdelikte. Eine Gleichstellung der Vermögensgefährdung mit dem Vermögensschaden dehnte also den Anwendungsbereich der Strafnormen aus, wäre folglich eine verbotene Analogie zu Ungunsten des Täters und begründete somit einen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG.¹³ Allerdings nimmt das Schrifttum in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung auf der Grundlage eines juristisch-ökonomischen Vermögensbegriffes an, dass ein auf einer Vermögensposition ruhendes Gefährdungspotential deren Wert zu mindern vermag.¹⁴ So wird beispielsweise der wirtschaftliche Wert einer Forderung durch die Bonität des Schuldners bestimmt. Ist der Schuldner nicht leistungsfähig oder nicht leistungswillig, so sinkt die Bonität und mindert gleichzeitig den Wert der Forderung.¹⁵ Dies gilt unabhängig davon, ob der Schuldner die Forderung zum späteren Fälligkeitszeitpunkt erfüllen wird oder nicht. Eine solche greifbare Gefährdung ist wirtschaftlich bzw. rechnerisch betrachtet die Minderung einer Vermögensposition. Der Gefährdungsschaden ist damit faktisch eine *Berechnungsart* einer (nicht drohenden, sondern eingetretenen) Vermögensminderung.¹⁶

Aus diesem Grund hat das BVerfG in einer zur Untreue ergangenen Entscheidung im Ergebnis festgestellt, dass die schadensgleiche Vermögensgefährdung jedenfalls bei einer vorsichtigen Handhabung keinen Verstoß gegen das in Art. 103 Abs. 2 GG verankerte Analogieverbot begründet.¹⁷ Entscheidend sei dabei, dass weder eine Entgrenzung des Merkmals Schaden noch eine Verschleifung mit anderen Tatbestandsmerkmalen erfolge. Letzteres erfordert, dass zwischen den einzelnen Tatbestandsmerkmalen unterschieden werden muss und kein Merkmal durch Auslegung der anderen Tatbestandsmerkmale seinen eigenständigen Gehalt verlieren darf. Das bedeutet für den Vermögensschaden im

⁴ Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Aufl. 2014, § 263 Rn. 38.

⁵ Begemeier/Wölfel, JuS 2015, 307.

⁶ Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 2. Aufl. 2014, § 263 Rn. 652.

⁷ In diesem Fall wird regelmäßig jedenfalls ein Irrtum über die Eigentumsverhältnisse abzulehnen sein.

⁸ Kudlich, JA 2011, 790; Begemeier/Wölfel, JuS 2015, 307.

⁹ Trück, ZHW 2012, 59 (60); Hefendehl (Fn. 6), § 263 Rn. 650, 652.

¹⁰ RGSt 73, 61 (63).

¹¹ Vgl. dazu Trück, ZHW 2012, 59 m.w.N. in Fn. 11; Küper/Zopfs, Strafrecht, Besonderer Teil, Definitionen mit Erläuterungen, 9. Aufl. 2015, Rn. 634.

¹² Vgl. dazu Küper/Zopfs (Fn. 11), Rn. 634; Lackner/Kühl (Fn. 4), § 263 Rn. 43.

¹³ Sickor, JA 2011, 109 (110); vgl. auch Hefendehl (Fn. 6), § 263 Rn. 597.

¹⁴ Zieschang, in: Park (Hrsg.), Kapitalmarktstrafrecht, Handkommentar, 3. Aufl. 2013, § 263 StGB Kapitel 1 A. Rn. 64 ff.

¹⁵ Otto, Jura 1991, 494 (496).

¹⁶ Fischer, StraFo 2008, 269 (271).

¹⁷ BVerfG NJW 2010, 3209.

Sinne des § 263 StGB, dass nicht leichtfertig von einer täuschungs- und irrtumsbedingten Vermögensverfügung auf das Vorliegen eines Vermögensschadens geschlossen werden darf.¹⁸ Mit Blick auf die von Verfassungen wegen gebotene präzisierende und restriktive Auslegung des Merkmals Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB sind nach Ansicht des BVerfG außerdem Gefährdungsschäden von den Gerichten in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise konkret festzustellen und der Höhe nach zu beziffern. Insbesondere müsse die Urteilsbegründung die Schadenshöhe in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise darlegen und auf tatrichterliche Feststellungen stützen. Hierbei sind nach Ansicht des BVerfG anerkannte Bewertungsverfahren und -maßstäbe zu berücksichtigen, gegebenenfalls müsse ein Sachverständiger hinzugezogen werden.¹⁹ Der BGH hat diese Rechtsprechung des BVerfG zum Vermögensnachteil im Sinne des § 266 StGB auch für das Merkmal des Vermögensschadens nach § 263 StGB übernommen.²⁰ Gerade für den Fall eines gutgläubigen Pkw-Erwerbs hatte der 3. Strafsenat des BGH festgestellt, dass nach wirtschaftlich nachvollziehbaren Maßstäben kein bezifferbarer Vermögensschaden allein in dem Bestehen eines zivilrechtlichen Prozessrisikos liegen könne. Vielmehr sei maßgeblich, dass Parameter für die Berechnung der Höhe eines entsprechenden Schadens aus der Urteilsbegründung erkennbar seien.²¹

III. Die Entscheidung

Die auf eine Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat der 1. Strafsenat des BGH als unbegründet verworfen. Die Verurteilung des Angeklagten wegen Betrugs in Tateinheit mit Urkundenfälschung und dem Vortäuschen einer Straftat hat Bestand.

Nachdem der 1. Strafsenat des BGH festgestellt hat, dass die Voraussetzungen des Straftatbestandes des Vortäuschens einer Straftat nach § 145d Abs. 1 Nr. 1 StGB vorliegen, wendet sich das Gericht dem Betrugstatbestand zu und stellt ohne nähere Begründung eine konkludente Täuschung sowie einen Irrtum fest: „Der Angeklagte täuschte die Geschädigte darüber, dass er von vornherein keine Gegenleistung für den Kaufpreis erbringen, sondern sich das Fahrzeug nach Kaufpreiszahlung unter Einsatz einer GPS-Ortung und unter Mithilfe polnischer Polizeibeamte alsbald wieder verschaffen wollte. Gegen die geplante polizeiliche Sicherstellung sollte sie sich aufgrund der ihr übergebenen gefälschten Fahrzeugpapiere nicht wehren können. Hierüber irrte sich die Geschädigte bei der Bezahlung des Kaufpreises als Gegenleistung für die Übergabe von Fahrzeug und Fahrzeugpapieren.“²²

Im Mittelpunkt der Entscheidung stehen die Ausführungen zum Vermögensschaden. Insoweit referiert der 1. Strafsenat zunächst die bereits oben dargestellten Grundsätze zum Vermögensschaden unter Bezugnahme der Rechtsprechung

des BVerfG: „Ausgehend vom juristisch-ökonomischen Vermögensbegriff [...] ist bei der Schadensbestimmung zu beachten, dass bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise auch die hohe Wahrscheinlichkeit späterer Verluste als ‚schadensgleiche Vermögensgefährdung‘ das Vermögen unmittelbar mindert. Maßgeblich ist insoweit eine angesichts aller Umstände des Einzelfalls getroffene Prognose im Zeitpunkt der Vermögensverfügung [...].“

Im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG ist der Vermögensschaden – auch in Fällen schadensgleicher Vermögensgefährdung – der Höhe nach zu beziffern; zudem ist seine Ermittlung in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen darzulegen.²³

Das Gericht prüft sodann, ob die durch die Kaufpreiszahlung eingetretene Vermögensminderung durch den möglichen gutgläubigen Eigentumserwerb der G nach §§ 929 S. 1, 932 BGB kompensiert wurde. Der 1. Strafsenat geht zunächst davon aus, dass die Geschädigte unter den Voraussetzungen des § 932 BGB gutgläubig vom Nichtberechtigten Eigentum erworben habe, weil das Fahrzeug nicht nach § 935 BGB abhandengekommen sei. Auf die Frage einer grob fahrlässigen Unkenntnis der Eigentumsverhältnisse nach § 932 Abs. 2 BGB geht das Gericht mit keinem Wort ein. Sodann verneint der BGH die Möglichkeit der Kompensation und nimmt vielmehr an, G habe mit der Kaufabwicklung einen Schaden in Höhe des vollen Kaufpreises erlitten.²⁴ Auch wenn die Geschädigte durch die Kaufabwicklung gutgläubig Eigentum an dem BMW erworben habe, sei diese rechtlich volle Gegenleistung bei wirtschaftlicher Betrachtung wertlos, mit der Folge, dass es wirtschaftlich an einer Gegenleistung fehle.²⁵ „Maßgeblich für die (wirtschaftliche) Bewertung von Leistung und Gegenleistung ist der Zeitpunkt der Vermögensverfügung, hier also der Zahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen Übergabe des Fahrzeuges und der Fahrzeugpapiere.“²⁶ Der 1. Strafsenat betont, dass er nicht verkenne, „dass das Prozessrisiko, nach gutgläubigem Erwerb einer Sache von dem vorherigen Eigentümer auf Herausgabe verklagt zu werden, regelmäßig nicht zur vollständigen Entwertung der Eigentümerposition und damit zu einer schadensgleichen Vermögensgefährdung in diesem Umfang führt. [...]“

Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich jedoch grundsätzlich von dem drohenden Verlust des erworbenen Gegenstandes auf der Grundlage einer zu erwartenden Herausgabeklage. Denn nach dem Tatplan des [T] sollte die Geschädigte das Fahrzeug nicht erst als Folge eines Zivilprozesses verlieren, sondern auf der Grundlage einer sofortigen Sicherstellung durch Polizeibeamte. Ihr Eigentumsrecht konnte die Geschädigte im Hinblick auf die ihr unter Angabe unrichtiger Verkäuferdaten übergebenen gefälschten Fahrzeugpapiere gegenüber den von [M] und dem Angekl. [T] instrumentalisierten polnischen Polizeibeamten nicht nachweisen. Für die Möglichkeit einer erfolgreichen späteren Herausgabeklage der Geschädigten bestanden schon deshalb

¹⁸ Zum Verschleifungsverbot beim Betrug vgl. *Schlösser*, HRRS 2011, 254 (256).

¹⁹ BVerfG NJW 2010, 3209 (3220).

²⁰ BGH NSTz 2013, 37.

²¹ BGH NSTz 2013, 37.

²² BGH NSTz 2015, 514 (515).

²³ BGH NSTz 2015, 514 (515).

²⁴ BGH NSTz 2015, 514 (515).

²⁵ BGH NSTz 2015, 514 (515).

²⁶ BGH NSTz 2015, 514 (515).

keine Anhaltspunkte, weil das Fahrzeug von der Polizei nicht an die Bank, sondern an die Täter – mit ungewissem weiterem Verbleib – herausgegeben werden sollte. Einer solchen Möglichkeit kam daher zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung kein wirtschaftlicher Wert zu. Damit erlangte die Geschädigte bei wirtschaftlicher Betrachtung zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung lediglich eine für sie im Ergebnis wertlose kurzfristige Besitzposition an dem Fahrzeug für die Überführungsfahrt nach Polen.²⁷

IV. Bewertung der Entscheidung

Für das Ergebnis – eine Strafbarkeit wegen Betruges – spricht viel. Die dazu gegebene Begründung ist allerdings nicht überzeugend.

Recht apodiktisch bejaht der BGH das Vorliegen einer konkludenten Täuschung dadurch, dass T vorgegeben habe, das Fahrzeug zu stehlen und somit nicht bereit sei, eine Gegenleistung für den Kaufpreis zu erbringen. Damit behauptet das Gericht, ein Verkäufer erkläre mit dem Abschluss eines Kaufvertrages grundsätzlich schlüssig, die Kaufsache nicht nach der Kaufabwicklung stehlen zu wollen.²⁸ Aus welchem Grund der *I. Strafsenat* diesen komplizierten Weg über eine sog. Negativtatsache wählt, leuchtet nicht ein.²⁹ Hier hätte es sich vielmehr aufgedrängt, festzustellen, dass T über seine Verfügungsbefugnis hinsichtlich des Eigentums an dem BMW sowie über seine Bereitschaft, die echten Fahrzeugpapiere zu übergeben, konkludent getäuscht hat.

Darüber hinaus muss der Umstand, dass der BGH die Höhe des Schadens mit der vollen Kaufpreissumme beziffert, überraschen.

Der *Senat* lehnt einen durch ein Prozessrisiko verursachten Gefährdungsschaden der G ab. Nach überwiegender Ansicht führt ein solches Risiko nur dann zu einem Vermögensschaden des gutgläubigen Erwerbers, wenn ein Prozessverlust im Zeitpunkt der Verfügung überwiegend wahrscheinlich ist.³⁰ Das Gericht setzt im vorliegenden Fall – ohne dies jedoch explizit zu machen – voraus, dass die Geschädigte in einem möglichen Zivilprozess die Voraussetzungen des gutgläubigen Erwerbs beweisen können. Zwar kann sie zum Beweis ihrer Gutgläubigkeit die gefälschten Zulassungspapiere vorlegen. Allerdings scheidet ein gutgläubiger Erwerb aus, wenn besondere Umstände vorliegen, die Zweifel am Vorliegen der Verfügungsbefugnis des Erwerbers begründen.³¹ Im vorliegenden Fall drängt sich förmlich die Frage auf, ob die Forderung des T, das hochwertige Fahrzeug in bar zu bezahlen,³² nicht solche besonderen Umstände sind, die bei der Geschädigten Zweifel an der Berechtigung des

Veräußerers hätte aufkeimen lassen müssen. Es erscheint also nicht aussichtslos, dass der Alteigentümer wird nachweisen können, die Geschädigte habe die Eigentumslage im Sinne des § 932 Abs. 2 BGB grob fahrlässig verkannt. Ob dieses Szenario überwiegend wahrscheinlich ist, kann auf der Grundlage des dargestellten Sachverhaltes nicht entschieden werden. Aus diesem Grund hätte der BGH Anlass gehabt, den Fall zur weiteren Sachaufklärung an das Instanzengericht zurück zu verweisen. Aber selbst wenn eine erfolgreiche Herausgabeklage angesichts der Umstände überwiegend wahrscheinlich gewesen wäre, fielen eine genaue Bezifferung der Schadenshöhe vor dem Hintergrund des konkreten Prozessrisikos zugegebenermaßen schwer.

Ferner stellt sich die Frage, aus welchem Grund der BGH zur Begründung des Schadens nicht auf die fehlende Übergabe der *echten* Fahrzeugpapiere abgestellt hat.³³ Die Übergabe der echten Fahrzeugpapiere zählt zu den vertraglichen Hauptpflichten des Verkäufers.³⁴ Gefälschte Papiere stellen gegenüber den echten Fahrzeugpapieren schon deswegen eine wirtschaftlich minderwertige Leistung dar, weil dem Erwerber das Risiko auferlegt wird, in einem zivilrechtlichen Herausgabeprozess das Eigentum nicht nachweisen zu können. Aber auch hier ist die genaue Festlegung der Schadenshöhe nicht leicht zu treffen.

Aufgrund der dargelegten Schwierigkeiten, die genaue Schadenshöhe zu beziffern, wählt das Gericht offenbar den Weg, den Schaden mit Blick auf den geplanten Diebstahl zu begründen und die Schadenshöhe mit der vollen Kaufpreissumme zu beziffern. Dies vermag jedoch nicht zu überzeugen.³⁵ Damit bewertet das Gericht ein Fahrzeug, das die Geschädigte in Besitz genommen und an dem sie gutgläubig vollwertiges Eigentum erworben hat, als vollkommen wertlos, weil es ihr alsbald wieder gestohlen werden soll. Der geplante – in der Zukunft liegende Diebstahl – soll das Fahrzeug wirtschaftlich betrachtet genauso werthaltig und bzw. wertlos erscheinen lassen als habe die Geschädigte nie irgendeine Gegenleistung erhalten. Diese Annahme könnte nur dann zutreffen, wenn es im Zeitpunkt der Verfügung (der Kaufpreiszahlung) sicher ist, dass T wieder in den dauerhaften Besitz des Fahrzeugs kommt und G ihr Eigentumsrecht niemals wird durchsetzen können.³⁶

Mal abgesehen davon, dass diese Annahme schon im Grundsatz verblüfft, versäumt das Gericht, eine hinreichende Tatsachengrundlage für diese Annahme zu beschreiben. Warum ist es im Zeitpunkt der Verfügung (der Kaufpreiszahlung) sicher, dass G sich gegen die geplante polizeiliche Sicherstellung nicht wehren können? Und warum ist es unwahrscheinlich, dass G nach einer möglichen polizeilichen Sicherstellung durch die polnischen Behörden die Personalien des T ermitteln und ihr Eigentumsrecht durchsetzen wird?

²⁷ BGH NStZ 2015, 514 (515).

²⁸ *Begemeier/Wölfel*, NStZ 2015, im Erscheinen.

²⁹ Zur ausführlichen Kritik vgl. *Begemeier/Wölfel*, NStZ 2015, im Erscheinen.

³⁰ *Küper/Zopfs* (Fn. 11), Rn. 634; *Lackner/Kühl* (Fn. 4), § 263 Rn. 43.

³¹ *Kindl*, in: *Bamberger/Roth* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar, Bürgerliches Gesetzbuch*, Stand: 1.8.2015, § 932 Rn. 17.

³² Vgl. dazu *Begemeier/Wölfel*, JuS 2015, 307 (309).

³³ Vgl. dazu auch *Begemeier/Wölfel*, NStZ 2015, im Erscheinen.

³⁴ *Faust*, in: *Bamberger/Roth* (Fn. 31), § 433 Rn. 47.

³⁵ So auch *Begemeier/Wölfel*, NStZ 2015, im Erscheinen; *Hecker* (JuS 2015, 949) und *Bosch* (Jura-Kartei 2015, 1136 [§ 145d StGB]) teilen jedoch die Ansicht des BGH.

³⁶ So *Begemeier/Wölfel*, NStZ 2015, im Erscheinen.

Darüber hinaus gibt es Stimmen in der Literatur, die einen Gefährdungsschaden jedenfalls dann ablehnen, wenn erst – wie hier der geplante Diebstahl – ein weiterer Zwischenschritt des Täters die Vermögensposition endgültig entzieht.³⁷ Diese Problematik greift der BGH in der vorliegenden Entscheidung mit keinem Wort auf.

Der Fall macht deutlich, dass die Auflage des BVerfG, die Schadenshöhe genau zu beziffern, den Rechtsanwender in unwegsames Gelände schickt. Das Gericht muss für die Schadensermittlung nicht nur zahlreiche Szenarien prognostizieren und deren Eintrittswahrscheinlichkeit berechnen, sondern darüber hinaus diese Szenarien einer wirtschaftlichen Betrachtung unterziehen und sie letztlich „bepreisen“. Viel spricht dafür, dass sich der BGH dieser Quadratur des Kreises entziehen wollte und daher – rechnerisch ganz einfach – einen Schaden in der vollen Kaufpreishöhe angenommen hat. Die vom BVerfG geforderten engen Voraussetzungen zum Gefährdungsschaden erweisen sich somit für den Angeklagten in der vorliegenden Entscheidung als Pyrrhussieg.

IV. Fazit und Ausblick

Fragen zum Betrug, insbesondere zum Vermögensschaden, gehören zu den klausur- und examensrelevantesten Themen. Der *1. Strafsenat* nutzt die vorliegende Entscheidung, um die Anforderungen an die Konkretisierung der schadensgleichen Vermögensgefährdung beinahe lehrbuchmäßig zu wiederholen. Für Studierende ist die Kenntnis unabdingbar. Weniger mustergültig erscheint allerdings die Subsumtion unter den referierten Anforderungen. Der BGH versäumt es hier, die Umstände des Einzelfalls genau auszuwerten und Alternativszenarien zu berücksichtigen bzw. den Fall ggf. zur weiteren Sachverhaltsaufklärung an das Instanzengericht zurück zu verweisen.

Lehrreich ist die Entscheidung über die Betrugsproblematik hinaus, weil die Fallkonstellation – wie eingangs erwähnt – eine interessante Problematik zum Tatbestand des Vortäuschens einer Straftat nach § 145d Abs. 1 Nr. 1 StGB enthält. Der BGH hat die Voraussetzungen des § 145d Abs. 1 Nr. 1 StGB mit der Begründung angenommen, dass der Verdacht einer Unterschlagung auf eine Person gelenkt wurde, die das Fahrzeug selbst aber nicht unterschlagen hat.³⁸ Der Umstand, dass hinsichtlich des Fahrzeugs tatsächlich eine Unterschlagung zum Nachteil der Bank begangen wurde, habe einer Verurteilung nach § 145d Abs. 1 Nr. 1 StGB nicht entgegenstanden. Es kann jedoch bezweifelt werden, dass die Voraussetzungen des § 145 Abs. 1 Nr. 1 StGB vorliegen, wenn lediglich über den Täter, nicht aber über eine rechtswidrige Tat getäuscht wurde und die Tat damit kein völlig anderes Gepräge angenommen hat.³⁹

Privatdozentin Dr. Janique Brüning, Hamburg

³⁷ Gaede, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), *Anwalt-Kommentar StGB*, 2. Aufl. 2015, § 263 Rn. 124; *Begemeier/Wölfel*, *NStZ* 2015, im Erscheinen.

³⁸ BGH *NStZ* 2015, 514 (515).

³⁹ Vgl. zur Kritik auch *Bosch*, *Jura-Kartei* 2015, 1136 (§ 145d StGB) sowie *Krell/Eibach*, *StV* 2015, im Erscheinen.