

Fortgeschrittenenklausur: Fernweh

Von Wiss. Mitarbeiterin **Jennifer Hedel**, Hannover*

Nicht immer sind Sachverhalte eindeutig. Ein Beispiel, wie in der Klausursituation mit solchen Sachverhaltsungewissheiten umzugehen ist, zeigt der folgende Fall und entspricht dabei einer sehr anspruchsvollen Fortgeschrittenenklausur. Neben der Kenntnis der echten Wahlfeststellung sind zur Lösung umfassende Kenntnisse im Bereich des Vermögensstrafrechts erforderlich. Der Sachverhalt wurde im Rahmen der Großen Übung im Strafrecht an der Leibniz Universität Hannover im Sommersemester 2020 als Klausur gestellt. Pandemiebedingt bearbeiteten die Studierenden den Fall von zuhause aus, Hilfsmittel waren zugelassen, Literaturhinweise hingegen – außer bei wörtlichen Zitaten – nicht notwendig. Für die Bearbeitung standen 24 Stunden zur Verfügung. Von 223 Bearbeitungen sind 98 durchgefallen (43,95 %), der Notendurchschnitt lag bei 4,98 Punkten. 41 Bearbeitungen (18,39 %) erreichten den Prädikatsbereich (9 Punkte und darüber), die beste vergebene Note waren 15 Punkte.

Sachverhalt

A und B führen zwischen Hannover und Berlin eine Fernbeziehung. Als A knapp bei Kasse ist, bucht sie am 31.1.2020 auf der Internetseite der F-GmbH, die Busreisen in ganz Deutschland anbietet, eine Hin- und Rückfahrt nach Berlin zu einem Preis von je 74 €. Dabei gibt sie sich selbst als Fahrgast an. Unter dem Punkt „Bezahlung“ wählt sie das Lastschriftverfahren aus und trägt hierzu den Namen und die IBAN von C ein (diese Informationen hatte sie von ihm erhalten, als C ihr sein altes Handy verkauft hatte). Es kann im Nachhinein nicht aufgeklärt werden, ob die Buchung und die Einleitung des SEPA-Verfahrens von Fs Mitarbeiter M vorgenommen wird, oder ob die Buchung maschinell von einer Buchungssoftware, die die Eingaben mittels eines installierten Sicherungssystems auf Plausibilität prüft, verarbeitet wird. A erhält daraufhin eine Buchungsbestätigung samt Fahrkarten zum Ausdrucken. Das Konto des C wird sodann in Höhe von 148 € belastet. Direkt nach Erhalt der Buchungsbestätigung druckt A die Fahrkarten aus. Am 13.2.2020 ist es schließlich so weit: A zeigt beim Einsteigen in den Bus auf Aufforderung von Fahrer Y den Ausdruck ihres Tickets vor. Nachdem dieser das Ticket einer Sichtkontrolle unterzogen hat, lässt er A in den Bus einsteigen. Auch bei ihrer Rückfahrt am 15.2., bei der sie den entsprechenden Ticketausdruck vorlegt, gibt es, wie von A erwartet, keine Probleme. Als C am 16.2. seinen Online-Kontoauszug überprüft, stutzt er angesichts der Lastschrift zu Gunsten der F. Er kann sich diese nicht erklären und nutzt schließlich den „Lastschrift zurückgeben“-Button, woraufhin die Lastschrift zurückgebucht wird und die 148 € seinem Konto wieder gutgeschrieben werden.

Aufgabe

Strafbarkeit von A nach den §§ 242, 243, 263, 263a StGB? Es ist zu unterstellen, dass das SEPA-Verfahren, sobald es eingeleitet ist, automatisch abläuft.

Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: Die Buchung

I. § 242 Abs. 1 StGB

Eine Strafbarkeit der A wegen Diebstahls scheidet aus. Soweit es um die Angabe der Bankdaten von C geht, fehlt es schon an der Sachqualität sowohl der Bankdaten als auch der Geldsumme, in deren Höhe das Konto von C belastet wurde. Ein Diebstahl an den Fahrkarten scheidet ebenfalls an deren Sachqualität.

Hinweis: Die Diebstahlsstrafbarkeit scheidet hier recht offensichtlich aus und ist daher nicht zwingend zu prüfen.

II. § 263 Abs. 1 StGB

A könnte sich eines Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber M und zu Lasten von F schuldig gemacht haben, indem sie bei der Buchung der Tickets die Zahlungsdaten des C angab. Zunächst müsste sie dazu über Tatsachen getäuscht haben. Tatsachen sind Vorgänge der Gegenwart oder Vergangenheit, die dem Beweis zugänglich sind.¹ Täuschung meint das Vorspiegeln falscher Tatsachen.² Jedoch können nur Menschen getäuscht werden.³ Da unklar ist, ob die Buchung automatisch oder von M verarbeitet wurde, ist aufgrund des indubio-pro-reo-Grundsatzes zu Gunsten der A zu unterstellen, dass die Buchung maschinell verarbeitet wurde. Es liegt also keine Täuschung vor.

Hinweis: Es ist auch vertretbar, die Täuschung zu bejahen und erst beim Irrtum auf eine fehlende menschliche Bearbeitung abzustellen.

III. § 263a Abs. 1 StGB

Weiterhin könnte sich A eines Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem sie den Namen und die IBAN des C in die Buchungsmaske eingab. Hierzu bräuchte es einen Datenverarbeitungsprozess. Da unklar ist, ob die Buchung maschinell oder von M verarbeitet wurde, ist

* Die Autorin ist Wiss. Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Leibniz Universität Hannover (PD Dr. Erol Pohlreich). Ihr herzlicher Dank für die Unterstützung gilt Herrn PD Dr. Erol Pohlreich.

¹ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 67. Aufl. 2020, § 263 Rn. 6; Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 8; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 23. Aufl. 2021, § 13 Rn. 4; Wessels/Hillenkamp/Schuh, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 43. Aufl. 2020, Rn. 493.

² Hefendehl, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 61; Perron (Fn. 1), § 263 Rn. 11; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 9; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 1), Rn. 492.

³ Fischer (Fn. 1), § 263, Rn. 66; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 10; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 1), Rn. 490.

infolge des in-dubio-pro-reo-Grundsatzes zu Gunsten der A zu unterstellen, dass die Buchung von M verarbeitet wurde. Somit hat sich A mangels Datenverarbeitungsprozesses keines Computerbetruges schuldig gemacht.

IV. § 263 Abs. 1 StGB oder § 263a Abs. 1 StGB

A könnte sich aber eines Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB oder eines Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben, indem sie den Namen und die IBAN des C in die Buchungsmaske eingab.

1. Verfassungsmäßigkeit der Wahlfeststellung

Hinweis: Auch in der Klausursituation ist auf die Frage der Verfassungsmäßigkeit einer echten Wahlfeststellung einzugehen, insbesondere muss eine Auseinandersetzung mit der aktuellen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes, deren Kenntnis von Studierenden erwartet werden kann, erfolgen.

Die Verfassungsmäßigkeit der Wahlfeststellung ist umstritten.⁴ Da die bei strikter Beachtung des Grundsatzes in dubio pro reo zwingend anzunehmende Straflosigkeit in Fällen wie dem vorliegenden allenfalls durch die echte Wahlfeststellung überwunden werden kann, diese also nach teilweise vertretener Auffassung durchaus strafbarkeitsbegründend wirkt,⁵ und die echte Wahlfeststellung nicht bloß auf logischen Denkgesetzen beruht, sondern durchaus wertende Kriterien voraussetzt, für die es keinen gesetzlichen Maßstab gibt, erscheint die Zulässigkeit der echten Wahlfeststellung vor dem Hintergrund des verfassungskräftig verbürgten Gebots strafrechtlicher Gesetzesbestimmtheit und des Analogieverbots (Art. 103 Abs. 2 GG) zweifelhaft. Zudem begegnet die echte Wahlfeststellung, die die Frage, wegen welchen Delikts der Täter sich nun genau strafbar gemacht hat, offenlässt und dem Täter damit notwendigerweise zumindest zum Teil ein Verdachtsurteil auferlegt, mit Blick auf das Schuldprinzip und die Unschuldsvermutung verfassungsrechtlichen Bedenken, die auch den 2. Strafsenat des BGH zu einer Divergenzvorlage an den Großen Senat veranlassten.⁶ Im Beschluss BGHSt 62, 164 bestätigte dieser dann für die Konstellation der gesetzalternativen Verurteilung wegen (gewerbsmäßig begangenen) Diebstahls oder gewerbsmäßiger Hehlerei die Verfassungsmäßigkeit der echten Wahlfeststellung. Die hiergegen eingelegte Verfassungsbeschwerde nahm das BVerfG⁷ nicht zur Entscheidung an. Das BVerfG ordnet – ebenso wie die Anhänger der echten Wahlfeststellung – diese nicht als strafbar-

keitsbegründendes Institut, sondern als Institut zur Bewältigung verfahrensrechtlicher Erkenntnislücken ein, für die Art. 103 Abs. 2 GG nicht gilt.⁸ Dass die Strafbarkeit für die Rechtsunterworfenen hinreichend absehbar sei, sei auch in Wahlfeststellungskonstellationen durch die gesetzliche Bestimmtheit der wahldeutig zu bejahenden Tatbestände gesichert.⁹ Durch das Kriterium der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der Tatbestände werde ausgeschlossen, dass die Verurteilten mit einem Verdachtsurteil belegt würden.¹⁰ Voraussetzung der echten Wahlfeststellung ist, dass mindestens zwei Geschehensabläufe in Betracht kommen und A sich nach jeder Variante wegen verschiedener Straftatbestände strafbar gemacht hat, zwischen denen kein rechtslogisches oder normatives Stufenverhältnis besteht und bei denen kein Auffangtatbestand eingreift. Schließlich hängt die Strafbarkeit von der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit der Straftatbestände ab.

Hinweis: Die Prüfung der echten Wahlfeststellung ist sehr anspruchsvoll, zumal die gängige Ausbildungsliteratur das Thema zumeist knapp und häufig ohne ausführliche Hinweise zum Gutachtaufbau behandelt. Alternativ zum hier gewählten Aufbau wäre es zum Beispiel auch denkbar, die in Frage kommenden Geschehensvarianten jeweils durchzuprüfen und sodann eine wahldeutige Strafbarkeit nach den Grundsätzen der echten Wahlfeststellung zu erörtern.¹¹ Entscheidend ist in der Klausursituation vor allem, dass deutlich wird, dass eine strikte Beachtung von in dubio pro reo zur Straflosigkeit der A führen müsste und dass eine Konstellation der echten Wahlfeststellung vorliegt.

2. Mindestens zwei Geschehensvarianten

Da im Nachhinein nicht aufgeklärt werden kann, ob die Buchung und die Einleitung des SEPA-Verfahrens von Fs Mitarbeiter M vorgenommen wurde, oder ob die Buchung maschinell verarbeitet wurde, kommen auch nach Ausschöpfung aller Erkenntnisquellen zwei Geschehensvarianten in Betracht.

3. Jedenfalls Strafbarkeit wegen verschiedener Straftatbestände

Ferner müsste sich A in beiden Geschehensvarianten strafbar gemacht haben und zwar wegen unterschiedlicher Tatbestände.¹² Würde es sich um Geschehensvarianten handeln, die jedenfalls nach demselben Straftatbestand strafbar wären, läge

⁴ Vgl. zum Ganzen statt vieler *Freund*, in: Zöller u.a. (Hrsg.), Gesamte Strafrechtswissenschaft in internationaler Dimension, Festschrift für Jürgen Wolter zum 70. Geburtstag am 7. September 2013, Teilbd. 1, 2013, S. 35; *Pohlreich*, ZStW 128 (2016), 676; *Stucken*, ZIS 2014, 461 sowie *Wagner*, ZJS 2014, 436.

⁵ BGH NSStZ 2014, 392 (394).

⁶ BGH BeckRS 2015, 20998; BGH BeckRS 2016, 113380.

⁷ BVerfG NJW 2019, 2837.

⁸ BVerfG NJW 2019, 2837 (2838).

⁹ BVerfG NJW 2019, 2837 (2839).

¹⁰ BVerfG NJW 2019, 2837 (2840).

¹¹ Vgl. etwa *Böhlinger*, ZJS 2015, 518; *Kühl/Lange*, JuS 2010, 42.

¹² *Dannecker*, in: Cirener u.a. (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 13. Aufl. 2020, Anh. § 1 Rn. 5; *Fischer* (Fn. 1), § 1 Rn. 33.

ein Fall der unechten Wahlfeststellung vor.¹³ Sobald auch nur eine Geschehensvariante straflos ist, hätte sich A wegen des In-dubio-pro-reo-Grundsatzes nicht strafbar gemacht.

a) Strafbarkeit für den Fall der menschlichen Bearbeitung

aa) Strafbarkeit der A gem. § 263 Abs. 1 StGB

Eine menschliche Bearbeitung unterstellt, könnte sich A eines Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber M und zu Lasten von F schuldig gemacht haben, indem sie bei der Buchung der Tickets die Zahlungsdaten des C angab.

(1) Objektiver Tatbestand

(a) Täuschung über Tatsachen

Zunächst müsste sie dazu über Tatsachen getäuscht haben. Durch das Eingeben der Daten des C erklärt A schlüssig, es liege ein entsprechendes Einverständnis zum Lastschrifteinzug des C vor. Das Bestehen dieses Einverständnisses ist dem Beweis zugänglich, damit also eine Tatsache. Weil C kein Einverständnis erteilt hat, ist diese Tatsache zudem unwahr. Indem sie die Angaben des C in das Online-Formular der F einträgt, spiegelt A eine unwahre Tatsache vor, täuscht M also.

(b) Irrtum

Infolge dieser Täuschung müsste sich M geirrt haben. Irrtum meint die unrichtige Vorstellung über Tatsachen.¹⁴ M stellt sich in Folge der Täuschung vor, dass C mit dem Lastschrifteinzug einverstanden ist, irrt sich mithin über eine Tatsache.

(c) Vermögensverfügung

Infolgedessen muss M eine Vermögensverfügung getätigt haben. Vermögensverfügung meint jedes Tun, Dulden oder Unterlassen mit unmittelbar vermögensmindernder Wirkung.¹⁵ Infolge der Dateneingabe der A schließt M einen Vertrag mit A und verfügt so über das Vermögen der F. Zwar fallen der Verfügungende und die Geschädigte auseinander, allerdings ist, da F den M ermächtigt hat, Buchungen vorzunehmen und Beförderungstickets zu versenden, die Vermögensverfügung des M der F auch nach der engsten Auffassung, nämlich der Theorie von der rechtlichen Befugnis,¹⁶ zurechenbar, so dass der Streit, welche Anforderungen an die Zurechenbarkeit zu

stellen sind, hier dahinstehen kann und ein Dreiecksbetrug vorliegt.

d) Vermögensschaden

Zudem muss ein Vermögensschaden eingetreten sein. Dazu wird das Vermögen des Geschädigten vor und nach der Vermögensverfügung im Rahmen einer Gesamtsaldierung betrachtet.¹⁷ Das Vermögen des M ist durch die Vermögensverfügung nicht betroffen, möglicherweise ist allerdings bei F ein Vermögensschaden eingetreten. Diese sieht sich einem Anspruch der A auf Beförderung ausgesetzt und hat insofern eine Vermögensminderung erlitten, der keine gleichwertige Kompensation gegenübersteht. Die zunächst erfolgte Lastschrift auf Kosten des C kompensiert die Vermögensminderung nicht. Denn zum einen bestand mit diesem mangels Vertretungsmacht der A weder eine Vertragsbeziehung noch hatte C die A zur Erteilung einer Lastschriftermächtigung befugt. Überdies hatte C die Lastschrift wirksam zurückbuchen lassen. Die Vermögensminderung wurde auch nicht dadurch kompensiert, dass F gegen A einen Zahlungsanspruch erworben hatte. Selbst wenn man davon ausginge, dass ein solcher Anspruch entstanden ist, würde dieser die Vermögensminderung nicht kompensieren, weil A nicht zahlungswillig war, mithin ein Eingehungsbetrug vorliegt, bei dem das Vermögen der F im Zeitpunkt der Vermögensverfügung durch M schadensgleich gefährdet war.¹⁸ In Gefährdungsfällen genügt allerdings nicht jedwedes Risiko des Zahlungsausfalls, sondern ist wegen des aus Art. 103 Abs. 2 GG herzuleitenden Verschleifungsverbots über die schon im Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung liegende Vermögensminderung hinaus für das Vorliegen eines Vermögensschadens zu fordern, dass das Vermögen des Betroffenen bei wirtschaftlicher Betrachtung schon durch das Risiko, dem es infolge der Verfügung ausgesetzt ist, eine bezifferbare Einbuße erlitten hat.¹⁹ In casu ist der Zahlungsanspruch der F gegen A wirtschaftlich nicht so werthaltig wie das A erteilte Beförderungsticket, weil absehbar ist, dass F seinen Zahlungsanspruch gegen die zahlungsunwillige A nicht durchsetzen können, zumal F die Identität der A unbekannt und ein Regress gegen sie insofern erschwert ist. Das Risiko eines Zahlungsausfalls lässt sich in dieser Konstellation mit 100 % beziffern, so dass der Vermögensschaden 148 € beträgt.

(2) Subjektiver Tatbestand

A handelte willentlich und in Kenntnis aller objektiven Tatumstände. Zudem handelte sie in der Absicht stoffgleicher Bereicherung, weil die von ihr begehrte Bereicherung in Form einer kostenlosen Fahrkarte wie der bei F eingetretene

¹³ Dannecker (Fn. 12), Anh. § 1 Rn. 4; Fischer (Fn. 1), § 1 Rn. 39; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2020, § 57 Rn. 17.

¹⁴ Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 54; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 169; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 263 Rn. 18; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 40; Wessels/Hillenkamp/Schuhr (Fn. 1), Rn. 510.

¹⁵ Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 70; Kühl (Fn. 14), § 263 Rn. 22; Perron (Fn. 1), § 263 Rn. 55; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 63; Wessels/Hillenkamp/Schuhr (Fn. 1), Rn. 515.

¹⁶ Hefendehl (Fn. 2), § 263 Rn. 358; Kühl (Fn. 14), § 263 Rn. 29.

¹⁷ Hefendehl (Fn. 2), § 263 Rn. 531; Kühl (Fn. 14), § 263 Rn. 36; Perron (Fn. 1), § 263 Rn. 99; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 155; Wessels/Hillenkamp/Schuhr (Fn. 1), Rn. 538.

¹⁸ Perron (Fn. 1), § 263 Rn. 128, 143 f.; Wessels/Hillenkamp/Schuhr (Fn. 1), Rn. 539.

¹⁹ BVerfG NJW 2010, 3209 (3220); BVerfG NJW 2012, 907 (916); Kühl (Fn. 14), § 263 Rn. 40; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 183 ff.; Wessels/Hillenkamp/Schuhr (Fn. 1), Rn. 572.

Vermögensschaden auf derselben Vermögensverfügung beruhte und insofern stoffgleich war. Mangels fälligen und eindreifreien Anspruchs der A, die ja über keine Befugnis, C wirksam zu vertreten, verfügte, war die erstrebte Bereicherung auch rechtswidrig; A besaß entsprechenden Vorsatz.

(3) *Rechtswidrigkeit und Schuld*

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

(4) *Zwischenergebnis*

Somit hat sich A eines Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber M und zu Lasten von F schuldig gemacht.

bb) *Strafbarkeit der A gem. § 263 Abs. 1 StGB*

Zudem könnte sich A durch dieselbe Handlung eines Betruges gegenüber M und zu Lasten des C gem. § 263 Abs. 1 StGB schuldig gemacht haben.

(1) *Objektiver Tatbestand*

Durch die Eingabe der Zahlungsdaten des C täuschte A M über Tatsachen, woraufhin M sich irrte und eine Vermögensverfügung tätigte. Fraglich ist, ob bei C ein Vermögensschaden eingetreten ist und ob die Verfügung des M C zugerechnet werden kann. C hat die ungerechtfertigte Buchung rechtzeitig bemerkt, sodass der Betrag zurückgebucht und seinem Konto wieder gutgeschrieben wurde. Im Sinne einer Gesamtsaldierung lag also schlussendlich kein Vermögensschaden vor. Allerdings war das Vermögen des C für den Zeitraum, in dem er die Abbuchung noch nicht entdeckt hatte, gemindert. Dass C die Buchung bemerkte, hing aus Sicht der A von bloßem Zufall ab. Insoweit kann hier von einer schadensgleichen Vermögensgefährdung ausgegangen werden,²⁰ bei der das Risiko wiederum mit 100 % veranschlagt werden kann, so dass der Schaden sich letztlich auf 148 € beläuft. Da Verfügender und Geschädigter auseinanderfallen, ist erneut ein Dreiecksbetrug zu prüfen. Nach der Theorie vom faktischen Näheverhältnis²¹ hatte M durch die Anweisung an die Bank die Möglichkeit, auf das Konto des C zuzugreifen, und wäre die Verfügung des M C zuzurechnen. Die von den Anhängern der Befugnistheorie²² für eine Zurechnung geforderte rechtliche Befugnis, über das Vermögen des Geschädigten zu verfügen, fehlte demgegenüber. Eine Zurechnung wäre auch nach der Lagertheorie zu verneinen: Danach wäre erforderlich, dass sich der Verfügende bei wertender Gesamtbetrachtung im Lager des Vermögensinhabers befindet;²³ dies setzt voraus, dass – woran es freilich fehlt, da die Kontobelastung nicht im Interesse des C erfolgte – M der

Vermögenssphäre des C nahesteht, weil er die Wahrung von Vermögensinteressen des C zur Aufgabe hat.

(2) *Zwischenergebnis*

A hat sich keines Betruges gegenüber M und zu Lasten von C schuldig gemacht.

cc) *Strafbarkeit der A gem. §§ 263a Abs. 1 Var. 2, Var. 3, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB*

Durch dieselbe Handlung könnte sich A zudem eines Computerbetruges in mittelbarer Täterschaft zu Lasten von C schuldig gemacht haben. Wer für die §§ 263, 263a StGB ein tatbestandliches Exklusivitätsverhältnis und Betrug in Grenzfällen dann annimmt, wenn die Vermögensminderung unmittelbare Folge menschlichen Handelns ist,²⁴ muss, da die Vermögensminderung bei C nach dem oben Gesagten unmittelbar auf menschlichem Handeln beruht, einen Computerbetrug schon auf Tatbestandsebene ablehnen. Nach anderer Ansicht kann ein und dieselbe Handlung dagegen durchaus sowohl § 263 als auch § 263a StGB erfüllen, allerdings tritt § 263a StGB wegen seiner Auffangfunktion dann im Wege materieller Subsidiarität hinter § 263 StGB zurück.²⁵ Demnach würde selbst die Auffassung, die in Fällen wie dem vorliegenden einen Dreieckscomputerbetrug in mittelbarer Täterschaft bejaht, weil M undoloses Werkzeug des A ist und im Vertrauen auf eine tatsächlich bestehende Forderung gegen C die Hausbank von F mit der Einziehung des Beförderungsentgelts vom Konto des C beauftragt und hierdurch das automatisierte SEPA-Lastschriftverfahren in Gang setzt,²⁶ nicht zu einer Strafbarkeit des A wegen Computerbetrugs in mittelbarer Täterschaft gelangen.

b) *Strafbarkeit für den Fall der maschinellen Bearbeitung*

aa) *§ 263a Abs. 1 Var. 3 StGB*

Eine maschinelle Bearbeitung unterstellt, könnte sich A eines Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB zu Lasten von F schuldig gemacht haben, indem sie die IBAN des C in die Buchungsmaske eingab.

(1) *Objektiver Tatbestand*

(a) *Unbefugte Verwendung von Daten*

Die IBAN bzw. der Name des C sind codierbare Informationen und damit Daten.²⁷ Diese hat A in das Buchungssystem eingegeben und damit verwendet. Umstritten ist allerdings, wann eine Verwendung unbefugt ist.

²⁰ Vgl. BGHSt 58, 119 (127).

²¹ Kindhäuser (Fn. 14), § 263 Rn. 212, 220.

²² Hefendehl (Fn. 2), § 263 Rn. 358; Kühl (Fn. 14), § 263 Rn. 29.

²³ BGHSt 18, 221; BGH wistra 2017, 484 (485); Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 82; Perron (Fn. 1), § 263 Rn. 66; Rengier (Fn. 1), § 13 Rn. 100; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 1), Rn. 645.

²⁴ Fischer (Fn. 1), § 263a Rn. 38; Mühlbauer, in: Joecks/Miebach (Fn. 2), § 263a Rn. 125.

²⁵ Heger, in: Lackner/Kühl (Fn. 14), § 263a Rn. 27; Kindhäuser (Fn. 14), § 263a Rn. 62; Tiedemann/Valerius, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263a Rn. 17.

²⁶ Ullenboom, NZWiSt 2018, 26 (27 f.) m.w.N.

²⁷ Heger (Fn. 26), § 263a Rn. 2; Kindhäuser (Fn. 14), § 263a Rn. 10 f.; Mühlbauer (Fn. 24), § 263a Rn. 14; Rengier (Fn. 1), § 14 Rn. 4.

Eine subjektivierende Ansicht stellt dabei auf den (tatsächlichen oder mutmaßlichen) Willen des Systembetreibers ab.²⁸ F als Systembetreiber wollte nicht, dass A fremde Daten ohne Wissen des Betroffenen verwendet, sodass die Verwendung hier unbefugt wäre. Wer mit der computerspezifischen Auslegung fordert, dass im Programm angelegte Zugriffssicherungen (Pin, Passwort etc.) überwunden werden,²⁹ müsste hier einen Computerbetrug verneinen. Die Verwendung ist nach der betrugsspezifischen Auslegung dann unbefugt, wenn die Verwendung der Daten gegenüber einer natürlichen Person Täuschungscharakter hätte. Welcher Maßstab dabei an die fiktive natürliche Person anzulegen ist, ist innerhalb der Ansicht umstritten. Teilweise wird vertreten, dass eine Betrugsäquivalenz nur vorliegt, wenn die Daten vom Programm auch verarbeitet werden, da nur dann sowohl Täuschungs- als auch Irrtumsäquivalenz gegeben ist.³⁰ Somit ist nicht auf das Vorstellungsbild eines Mitarbeiters, der die Interessen der F umfassend wahrnimmt, abzustellen, sondern vielmehr auf das eines Mitarbeiters, der sich nur mit Fragen befasst, die auch der Computer prüft oder für die sich im Computerprogramm Ansätze zur Kontrolle finden.³¹ Kritiker dieser Ansicht sehen darin eine zu weitgehende Beschränkung des Anwendungsbereichs des Computerbetruges und stellen vielmehr darauf ab, welche Prüfungspflichten eine natürliche Person hätte, wenn sie anstelle des Computers die Daten verarbeiten würde.³² Wie oben geprüft, würde Mitarbeiter M, der die Daten anstelle der Buchungssoftware verarbeitet, durch die Datenverwendung getäuscht. Weil die Buchungssoftware aber auch über ein integriertes Sicherungssystem verfügt, welches die eingegebenen Daten auf Plausibilität überprüft, würde selbst ein Mitarbeiter, der sich nur mit Fragen befasst, die auch das Programm prüft, getäuscht werden,³³ sodass nach beiden Spielarten der betrugsspezifischen Auslegung eine betrugsäquivalente unbefugte Verwendung von Daten vorliegt.

Da die Ansichten zu unterschiedlichen Ergebnissen kommen, ist der Streit zu entscheiden. Gegen die subjektive Auslegung spricht, dass durch diese der Tatbestand ausufern würde und letztlich schlichte Vertragswidrigkeiten pönalisiert würden.³⁴ Auch die computerspezifische Auslegung entspricht nicht dem eigentlichen Sinn des Tatbestandes, die durch die Tatbestandsmerkmale „Täuschung“ und „Irrtum“ begründete Strafbarkeitslücken des § 263 Abs. 1 StGB bei der Nutzung von Computern, die man naturgemäß nicht täuschen kann und die sich ebenso wenig irren können, zur Deliktsbegehung

zu schließen.³⁵ Daher ist auch die computerspezifische Auslegung abzulehnen. Lediglich die betrugsspezifische Auslegung wird dem Charakter des § 263a StGB als „Auffangtatbestand“³⁶ gerecht und ist daher vorzugswürdig. Demnach liegt eine unbefugte Verwendung der Daten hier vor.

(b) *Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorganges*

Durch die Eingabe der IBAN des C hat A einen Datenverarbeitungsvorgang in Gang gesetzt und damit dessen Ergebnis beeinflusst.

(c) *Vermögensschaden*

Ein Vermögensschaden der F liegt vor (s.o.).

(2) *Subjektiver Tatbestand*

A handelte vorsätzlich und in Absicht rechtswidriger, stoffgleicher Bereicherung.

(3) *Rechtswidrigkeit und Schuld*

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

(4) *Zwischenergebnis*

A hat sich eines Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB zu Lasten von F schuldig gemacht, indem sie die IBAN des C in die Buchungsmaske eingab.

bb) § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB

Durch die gleiche Handlung könnte sich A eines Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB zu Lasten von C schuldig gemacht haben.

(1) *Tatbestand*

Mit der Auswahl des Lastschriftverfahrens und der Eingabe der IBAN und des Namens des C verwendete A unbefugt die Daten des C (s.o.). Infolgedessen beeinflusste sie auch das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorganges und C erlitt einen Schaden (s.o.). Allerdings ist hier fraglich, ob die Voraussetzungen eines Dreieckscomputerbetruges vorliegen. Aufgrund der Parallelität der Tatbestände können dabei die Voraussetzungen eines Dreiecksbetruges herangezogen werden, sodass ein Näheverhältnis zwischen Systembetreiber und Geschädigtem bestehen muss.³⁷ Hier bestand allerdings kein hinreichendes Näheverhältnis zwischen F als Systembetreiber und C (s.o.), sodass ein Dreieckscomputerbetrug hier ausscheidet.

Hinweis: Zwar kann das Ergebnis des Datenverarbeitungsvorgangs Folge eines einstufigen Ablaufs, aber auch eines

²⁸ Fischer (Fn. 1), § 263a Rn. 10; Kindhäuser (Fn. 14), § 263a Rn. 27; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 1), Rn. 613.

²⁹ Fischer (Fn. 1), § 263a Rn. 10a; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 1), Rn. 613.

³⁰ Heghmanns, ZJS 2014, 323 (327); ders., ZJS 2020, 494 (495 f.).

³¹ BGH NJW 2002, 905 (906); OLG Hamm BeckRS 2020, 9059 m. Anm. Heghmanns, ZJS 2020, 494 (495).

³² Mühlbauer (Fn. 24), § 263a Rn. 55; Rengier (Fn. 1), § 14 Rn. 22; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 1), Rn. 615.

³³ Vgl. auch obiter dictum BGH MMR 2017, 693.

³⁴ Fischer (Fn. 1), § 263a Rn. 10.

³⁵ Kindhäuser (Fn. 14), § 263a Rn. 24; Fischer (Fn. 1), § 263a Rn. 10a.

³⁶ Fischer (Fn. 1), § 263a Rn. 2; Kindhäuser (Fn. 14), § 263a Rn. 3; Heger (Fn. 26), § 263a Rn. 13; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 1), Rn. 601.

³⁷ Fischer (Fn. 1), § 263a Rn. 21; Heger (Fn. 26), § 263a Rn. 21; Perron (Fn. 1), § 263a Rn. 22.

mehrstufigen Prozesses sein, weshalb hier möglicherweise die Datenverarbeitung bei der Bank des C mitzubeachtenden wäre; dies ist aber im Ergebnis abzulehnen, denn der Verarbeitungsprozess muss vom selben Datenverarbeiter herrühren, hier also F.

c) Zwischenergebnis

Somit hat sich A in beiden Sachverhaltsalternativen strafbar gemacht, und zwar wegen unterschiedlicher Tatbestände: für den Fall der menschlichen Bearbeitung wegen Betruges, für den Fall der maschinellen Bearbeitung wegen Computerbetruges.

4. Kein rechtslogisches oder normatives Stufenverhältnis

Zwischen dem Betrug und dem Computerbetrug dürfte ferner kein rechtslogisches oder normatives Stufenverhältnis bestehen. Ein rechtslogisches Stufenverhältnis ist dann anzunehmen, wenn der eine in Betracht kommende Straftatbestand den anderen zwingend umfasst.³⁸ Bei einem normativen Stufenverhältnis unterscheiden sich die in Betracht kommenden Straftatbestände bei wertender Betrachtung in der Schwere ihres Unrechtsgehalts und schließen sich gegenseitig aus.³⁹ Da der Betrug den Computerbetrug nicht notwendig umfasst und dies sich auch umgekehrt nicht bejahen lässt, besteht kein rechtslogisches Stufenverhältnis. Auch ein normatives Stufenverhältnis ist zu verneinen, weil Betrug und Computerbetrug, wie der gemeinsame Strafrahmen verdeutlicht, nicht in einem Mehr-Weniger-Verhältnis zueinanderstehen, sondern in einem aliud-Verhältnis.

5. Rechtsethische und psychologische Vergleichbarkeit der Tatbestände

Die Delikte müssten darüber hinaus rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sein. Die rechtsethische Vergleichbarkeit setzt voraus, dass die in Frage kommenden Delikte abstrakt vergleichbar sind, also ein ähnliches Rechtsgut schützen, einen ähnlichen Schuldvorwurf enthalten und eine nach dem allgemeinen Rechtsempfinden sittlich und rechtlich vergleichbare Bewertung erfahren.⁴⁰ Sowohl der Betrug als auch der Computerbetrug schützen das Rechtsgut Vermögen⁴¹ und weisen dabei den gleichen Strafrahmen auf. In beiden Fällen handelt es sich zudem um ein Selbstschädigungsdelikt, bei dem der Täter sein Gegenüber überlistet, beim Betrug durch Täuschung eines Menschen, beim Computerbetrug durch die Manipulation eines Datenverarbeitungsprogrammes, um dadurch einen Vermögensvorteil zu Lasten eines anderen zu erlangen. Insofern sind die Delikte rechtsethisch vergleichbar.

³⁸ Dannecker (Fn. 12), Anh. § 1 Rn. 64; Schmitz, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Anh. § 1 Rn. 24.

³⁹ Dannecker (Fn. 12), Anh. § 1 Rn. 64; Schmitz (Fn. 38), Anh. § 1 Rn. 35.

⁴⁰ BGHSt 9, 390, (392 ff.); 21, 152 (153); 25, 182 (183 f.); 62, 164 (176 f.); Dannecker (Fn. 12), Anh. § 1 Rn. 136 f.; Schmitz (Fn. 38), Anh. § 1 Rn. 57.

⁴¹ Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 3, § 263a Rn. 2.

Die psychologische Vergleichbarkeit setzt eine vergleichbare seelische Beziehung des Täters zu den Delikten voraus.⁴² Dem Täter kommt es, wie gerade beschrieben, sowohl beim Betrug als auch beim Computerbetrug in erster Linie auf einen Vermögensvorteil auf Kosten eines anderen an, nicht aber darauf, ob sein Gegenüber ein Mensch oder ein Datenverarbeitungsprogramm ist. In beiden Fällen wird das Gegenüber überlistet und gewissermaßen als Werkzeug gegen sich selbst eingesetzt. Somit sind die Delikte auch psychologisch vergleichbar.

Hinweis: Dannecker geht davon aus, dass der psychologischen Vergleichbarkeit neben der rechtsethischen Vergleichbarkeit keine eigenständige Bedeutung zukommt⁴³ und auch in der Rechtsprechung wird dieses Merkmal häufig nicht ausführlich bis gar nicht geprüft.⁴⁴ Der Schwerpunkt der Bearbeitung darf daher in der Prüfung der rechtsethischen Vergleichbarkeit liegen. Nach wohl überwiegender und hier vertretener Auffassung ist das Merkmal der rechtsethischen und psychologischen Vergleichbarkeit abstrakt zu prüfen,⁴⁵ es ist aber auch vertretbar, die Prüfung auf den konkreten Fall zu beziehen.⁴⁶ Vertretbar ist es auch, mit einer Literaturauffassung anstelle des Merkmals der psychologischen und rechtsethischen Vergleichbarkeit einen gemeinsamen Unrechtskern beider Delikte zu fordern,⁴⁷ allerdings muss dann eine Auseinandersetzung mit dem oben erwähnten Beschluss des BVerfG erfolgen, wonach eine Sachverhaltsgewissheit hinsichtlich eines eindeutig feststehenden gemeinsamen Unrechtskerns für eine gesetzessalternative Verurteilung nicht genügen soll.⁴⁸

6. Zwischenergebnis

Somit hat sich A wahldeutig wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB oder Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht.

Tatkomplex 2: Die Fahrten

I. § 263 Abs. 1 StGB

A könnte sich eines Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber Y und zu Lasten F schuldig gemacht haben, indem sie bei den Fahrten die nicht bezahlten Fahrkarten vorzeigte.

⁴² BGHSt 9, 390 (392 ff.); 21, 152 (153); 25, 182 (183 f.); 62, 164 (176 f.); Dannecker (Fn. 12), Anh. § 1 Rn. 145; Schmitz (Fn. 38), Anh. § 1 Rn. 59.

⁴³ Dannecker (Fn. 12), Anh. § 1 Rn. 145.

⁴⁴ Vgl. für das Verhältnis von Betrug und Computerbetrug BGH NStZ 2008, 281; BGH NStZ 2014, 42.

⁴⁵ Vgl. etwa BGHSt 21, 152 (153 f.) sowie BGH NStZ 1985, 123.

⁴⁶ So auch Kühl/Lange, JuS 2010, 42 (48).

⁴⁷ So etwa Jakobs, GA 1971, 257 (271).

⁴⁸ BVerfG NJW 2019, 2837 (2839).

1. Tatbestand

Zunächst müsste A Y über Tatsachen getäuscht haben. Indem sie die Fahrkarte vorzeigte, erklärt sie, dass eine entsprechende Buchung vorgenommen wurde, die Karte gültig und sie somit berechtigt ist, die Fahrt in Anspruch zu nehmen, nicht aber, dass die Karte auch ordnungsgemäß bezahlt wurde. Somit hat sie keine Tatsachen entstellt und Y daher nicht getäuscht.

Hinweis: Andere Ansicht sehr gut vertretbar. Wird eine konkludente Täuschung angenommen, so ist beim Irrtum vor allem auf das Vorstellungsbild des Y und dessen sachgedankliches Mitbewusstsein abzustellen. Im Ergebnis dürfte diese Tat allerdings als Sicherungsbetrug⁴⁹ hinter der ersten Betrugstat zurücktreten.

2. Zwischenergebnis

A macht sich keines Betruges gegenüber Y und zu Lasten von F schuldig.

II. Zwischenergebnis

Im zweiten Tatkomplex bleibt A straffrei.

Gesamtergebnis

A hat sich wahldeutig wegen Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB oder Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht.

⁴⁹ Fischer (Fn. 1), § 263 Rn. 233.