

## FAMOS

(Der *F*all des *M*onats im *S*trafrecht)

**Mai 2001**

### Thermarium- Fall

*Diebstahl einer EC-Karte / Computerbetrug / Gesetzeseinheit / mitbestrafte Vortat /  
Tatmehrheit*

§§ 53, 242, 243, 263 a StGB

#### **Leitsatz des Gerichts:**

**Der Diebstahl einer Scheckkarte kann zu einem Computerbetrug (durch unberechtigtes Bewirken einer Bargeldauszahlung an einem Geldautomaten) in  
Tatmehrheit stehen.**

#### **Leitsatz der Verf.:**

**Die Strafbarkeit wegen Diebstahls tritt nicht als mitbestrafte Vortat hinter die  
Strafbarkeit wegen Computerbetrugs zurück.**

BGH, Beschluss vom 30.01.2001, abgedruckt in NJW 2001, 1508.

### **1. Sachverhalt**

Der Berliner A ist Gast in einem süddeutschen Kurort. Im Umkleideraum eines Thermariums kommt er auf die Idee, Nachschlüssel von mehreren Spindschlüsseln anzufertigen, um Wertsachen zu entwenden. Am nächsten Tag stößt er gleich mit dem ersten Nachschlüssel auf Beute. A findet eine Briefftasche, die eine von der C-Bank ausgestellte EC-Karte des B enthält. Bei näherer Untersuchung der Briefftasche entdeckt er eine Visitenkarte. A kann sein Glück kaum fassen: Auf der Visitenkarte hat B seine persönliche Geheimzahl (PIN) notiert. A merkt sich die Geheimzahl, steckt die EC-Karte ein und legt die Briefftasche zurück in den Spind. Diesen verschließt er in der Hoffnung, dass B den Verlust der Karte nicht sogleich bemerken und deshalb zu spät eine Sperrung veranlassen wird. A reist nach Berlin und hebt dort noch am selben Tag 2000,- DM an einem Geldautomaten der D-Bank ab.<sup>1</sup>

### **2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand**

Der BGH hat es leicht: Er muss „lediglich“ das Konkurrenzverhältnis zwischen dem Kartendiebstahl nach § 242 StGB und dem mit der Karte begangenen Computerbetrug (§ 263 a StGB) erörtern.<sup>2</sup> Die vom Landgericht angenommene Strafbarkeit wird jeweils kommentarlos zugrunde gelegt. In einem Nebensatz findet sich der Hinweis, dass die

<sup>1</sup> Dem Urteil des Landgerichts, das der BGH zu überprüfen hatte, lagen Serienstraftaten des Angeklagten zugrunde. Der hier geschilderte Einzelfall enthält alle für die Überlegungen des BGH maßgeblichen Tatumstände. Allerdings ist im Beschluss des BGH gelegentlich ungenau von einer „Scheckkarte“ die Rede. Tatsächlich geht es um eine EC-Karte mit PIN-Funktion.

<sup>2</sup> Dazu und zum Folgenden: BGH NJW 2001, 1508.

„Voraussetzungen des besonders schweren Falles des Diebstahls wegen des Überwindens von Schutzvorrichtungen“ vorlägen. Das war es. Subsumtion? Andere Tatbestände? – Fehlanzeige. Diese Konzentration des Revisionsgerichts auf ein Problem ist legitim. Wer jedoch einen solchen Standard-Fall eines Bankautomatenmissbrauchs durch einen nichtberechtigten Dritten gutachtlich bearbeiten muss, hat es schwerer. Wir konzentrieren uns vorerst auf die Konkurrenzproblematik und sprechen sonstige Zusammenhänge nur kurz an. Weitergehende Überlegungen zur Falllösung finden sich unter 4.

Bei der Prüfung von § 242 Abs. 1 StGB (erster Handlungsabschnitt) ist zunächst knapp festzustellen, dass A die EC-Karte, eine fremde<sup>3</sup> bewegliche Sache, weggenommen und dabei auch in Zueignungsabsicht gehandelt hat.<sup>4</sup> Näherer Prüfung bedarf, ob sich der Strafraum nach § 243 Abs. 1 Satz 1 StGB richtet. A hat zwar mit „Quasi-Vorsatz“ eine Sache gestohlen, die durch ein verschlossenes Behältnis (Beispiel einer Schutzvorrichtung) gegen Wegnahme besonders gesichert war (§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB). Ein besonders schwerer Fall wäre aber dann gem. § 243 Abs. 2 StGB ausgeschlossen, wenn es sich bei der EC-Karte objektiv um eine geringwertige Sache handeln würde. Im Schrifttum herrscht Streit. Gegen eine Geringwertigkeit wird angeführt, dass die Bedeutung der EC-Karte, die für sich keinen messbaren objektiven Verkehrswert aufweise, für den Täter in dem mit der Sachherrschaft verknüpften Wert funktioneller Möglichkeiten liege. Eine EC-Karte, so ein Gegenargument, verkörpere jedoch – im Unterschied etwa zu einem Sparbuch – unmittelbar keinen Sachwert; ihre Funktion sei die eines „Schlüssels“, der lediglich den Zugang zum Geldwert des Kontos verschaffe. Der BGH hat sich bislang nur in einer nicht veröffentlichten Entscheidung gegen eine Geringwertigkeit ausgesprochen.<sup>5</sup> Das Ergebnis zu dieser auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung ungeklärten Frage<sup>6</sup> entscheidet zudem darüber, ob es gem. § 248 a StGB eines Strafantrags bedarf.

Den Schwerpunkt des zweiten Handlungsabschnittes bildet die vom BGH apodiktisch festgestellte Strafbarkeit des A wegen Computerbetrugs. Exakt die hier relevante und zuvor in Rechtsprechung und Literatur äußerst umstrittene Standardkonstellation sollte nach dem Willen des Gesetzgebers durch die dritte Variante in Abs. 1 des 1986 eingefügten § 263 a StGB erfasst werden.<sup>7</sup> Danach macht sich strafbar, wer in Bereicherungsabsicht das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs durch unbefugte Verwendung von Daten beeinflusst und dadurch das Vermögen eines anderen beschädigt. Die Subsumtion unter § 263 a Abs. 1 dritte Var. StGB fand aus zwei Gründen Kritik. Hinsichtlich des Merkmals „unbefugt“ wurden wegen des Bestimmtheitsgebots (Art. 103 Abs. 2 GG) Bedenken geltend gemacht. Ferner wurde eingewendet, dass die Vorschrift die Existenz eines bereits in Gang gesetzten Datenverarbeitungsvorgangs voraussetze, während der unberechtigte Dritte einen solchen Vorgang doch erst durch das Einschieben der Karte und die PIN-Eingabe initiiere.

<sup>3</sup> Ob die Karte im Eigentum der C-Bank oder des B stand, hängt vom zivilrechtlichen Vertragsverhältnis im Einzelfall ab. Die Frage bedarf hier keiner Klärung, weil die Karte jedenfalls nicht dem A gehörte.

<sup>4</sup> Am Element der dauerhaften Enteignung fehlt es, wenn der Täter von vornherein vorhatte, die EC-Karte nach der Benutzung des Bankautomaten zurückzugeben; vgl. BGHSt 35, 152, 156 ff. Anhaltspunkte für einen solchen Rückgabewillen enthält der Sachverhalt jedoch nicht.

<sup>5</sup> Zum Meinungsstand: *Tröndle / Fischer*, StGB, 50. Aufl. 2001, § 243 Rn. 25 iVm § 248 a Rn. 4; ferner *Wessels / Hillenkamp*, Strafrecht BT/2, 23. Aufl. 2000, Rn. 243, 311.

<sup>6</sup> Das *BayObLG* (JR 1980, 299) hat lediglich zu einer Konstellation Stellung genommen, in der neben einer Scheckkarte und Scheckformularen auch noch der Personalausweis gestohlen worden war. Es hat einen über der Geringwertigkeitsgrenze liegenden Vermögenswert angenommen, weil mit diesen Gegenständen ohne Weiteres und mit guten Erfolgsaussichten die Begehung von Vermögensstrafataten möglich gewesen sei.

<sup>7</sup> Zur Gesetzgebungsgeschichte: *LK-Tiedemann*, StGB, 11. Aufl. 1998, § 263 a Rn. 3.

Der BGH wies diese Kritik zurück<sup>8</sup> und stützte die Strafbarkeit ausschließlich auf die „**Sondervorschrift**“<sup>9</sup> des § 263 a StGB. Der Großteil der Literatur folgte dem BGH.<sup>10</sup>

Das Konkurrenzverhältnis zwischen dem Tatbestand des Diebstahls (bei entsprechendem Lösungsweg Diebstahl in einem besonders schweren Fall) und dem Tatbestand des Computerbetrugs war bislang **noch nicht Gegenstand einer höchstrichterlichen Entscheidung**. Das **Schrifttum** nimmt ohne Begründung überwiegend an, dass der Diebstahl der EC-Karte eine **mitbestrafte Vortat** sei<sup>11</sup> – „auch bei Eingreifen der §§ 243 ff!“<sup>12</sup>.

Für diejenigen, die mit dem Begriff der mitbestraften Vortat nichts anfangen können, unternimmt FAMOS einen kurzen Ausflug ins Land der Konkurrenzen. Bekannt sind die Formen der **Gesetzeseinheit** (auch **Gesetzeskonkurrenz** genannt)<sup>13</sup>:

**Spezialität** (Ein Strafgesetz enthält ein anderes ganz und zumindest noch ein weiteres Merkmal.) / **Subsidiarität** (Ein Strafgesetz kommt nur hilfsweise zur Anwendung, nämlich dann, wenn kein anderes Strafgesetz eingreift.) / **Konsumtion** (Ein Strafgesetz erfasst den Unrechts- und Schuldgehalt eines anderen mit, weil dieses regelmäßig und typischerweise zugleich mit jenem verletzt wird.)

Voraussetzung der Gesetzeseinheit ist **in der Regel Handlungseinheit**. Schwierig wird es, wenn – wie hier – **Handlungsmehrheit** vorliegt. Dann wird die Gesetzeseinheit mit den Oberbegriffen der **mitbestraften Vortat** und der **mitbestraften Nachtat** bezeichnet. Bei allen terminologischen Unklarheiten<sup>14</sup> ist festzuhalten: Die mitbestrafte Vortat wird von der gewichtigeren Folgetat verdrängt; die mitbestrafte Nachtat tritt gegenüber der gewichtigeren Vortat zurück. Die **mitbestrafte Vortat** kann im Wege der **Subsidiarität** oder der **Konsumtion** verdrängt werden. Ein bekanntes, einfaches Beispiel: A unterschlägt den Autoschlüssel des B und stiehlt mit Hilfe dieses Schlüssels einen Tag später das Auto, welches dem B gehört. Die Strafbarkeit wegen Unterschlagung (mitbestrafte Vortat) wird im Wege der Gesetzeseinheit (Konsumtion) von der Strafbarkeit wegen Diebstahls verdrängt.

Zurück zum hier relevanten **Meinungsstand in der Literatur**: Es wird auch **Tatmehrheit** gem. § 53 StGB vertreten. Dieses Ergebnis leuchte besonders ein, „wenn der Diebstahl der Codekarte unter den erschwerenden Voraussetzungen des § 243 oder gar des § 244 erfolgte“.<sup>15</sup> Nach einer weiteren Ansicht soll **Tateinheit** (§ 52 StGB) vorliegen.<sup>16</sup>

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH entscheidet sich für **Tatmehrheit**. Der Tatbestand des Computerbetruges stehe zu dem des Diebstahls „**nicht etwa in Gesetzeskonkurrenz**“<sup>17</sup>. Gegen die Annahme einer **mitbestraften Vortat** spreche, dass „eine Verurteilung nur unter dem *einen* rechtlichen Gesichtspunkt des Computerbetrugs den **Unwert des Gesamtgeschehens** nicht abgelten“

<sup>8</sup> Vgl. BGHSt 38, 120, 121 f.

<sup>9</sup> Vgl. BGHSt 38, 120, 124.

<sup>10</sup> Exemplarisch zur Exklusivität des § 263 a StGB: *LK-Tiedemann*, aaO, § 263 a Rn. 84.

<sup>11</sup> Vgl. etwa *SK-Günther*, StGB, 5. Aufl. (Dezember 1996), § 263 a Rn. 32; *Kühl*, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2000, § 21 Rn. 67; ähnlich *Schönke/Schröder-Cramer*, StGB, 26. Aufl. 2001, § 263 a Rn. 41 b („Gesetzeskonkurrenz mit Vorrang des § 263 a“).

<sup>12</sup> So *LK-Tiedemann* (aaO, § 263 a Rn. 84), der eine mitbestrafte Vortat jedoch nur dann annimmt, „wenn und soweit der berechnigte Kontoinhaber Karteneigentümer ist und den durch die Abhebung entstehenden Verlust zu tragen hat“.

<sup>13</sup> Näher zur Terminologie unter 5.

<sup>14</sup> Zur Vertiefung der Gesetzeseinheit bei Handlungsmehrheit und zu Fallbeispielen: *Geppert*, Jura 1992, 418, 427 ff., der von einer „Spielart der ‚unechten‘ Realkonkurrenz“ spricht.

<sup>15</sup> Dazu: *Weber*, JZ 1987, 215, 217.

<sup>16</sup> Vgl. *Schulz / Tschewinka*, JA 1991, 119, 124.

<sup>17</sup> Zur Kritik an der Terminologie des BGH: u. 5.

würde. Denn die Taten richteten sich, so das Hauptargument des BGH, „gegen **verschiedene Rechtsgüter unterschiedlicher Rechtsgutsträger**“.<sup>18</sup>

Eingangs konzidiert der BGH, dass der **Diebstahl** dem Ziel gedient habe, die Voraussetzungen für die Begehung eines Computerbetrugs zu schaffen. Mit dem Diebstahl und der Kenntnis von der Geheimzahl könne bereits eine **Vermögensgefährdung** eintreten, die durch den Gebrauch der Karte weiter konkretisiert und zum Schadenseintritt vertieft werde. Zu einem **Vermögensschaden** komme es jedoch **nicht**. Denn im Unterschied zu einem Sparkassenbuch verkörpere die Scheckkarte den wirtschaftlichen Wert, auf den mit ihrer Nutzung zugegriffen werden könne, nicht selbst; „sie ‚verbriefte‘ keine Forderung“<sup>19</sup>. Der Täter verletzt, so der BGH, **zunächst das Eigentum des Karteninhabers**, soweit es diesem im Einzelfall übertragen ist, und bricht jedenfalls dessen **Gewahrsam**. Auch der bloße Gewahrsamsinhaber sei Verletzter im Sinne des Diebstahlstatbestandes. In einem Zusatz wird, wie bereits oben erwähnt, ohne Begründung ein besonders schwerer Fall bejaht.

Mit dem Computerbetrug hingegen greife der Täter **unmittelbar das Vermögen des kontoführenden Kreditinstituts** an, weil das ausgezahlte Bargeld aus dessen Vermögen „ausgefollt“ werde. Nachfolgende zivilrechtliche Vorgänge im Verhältnis zwischen Kontoinhaber und Kreditinstitut seien für den Vermögensschaden irrelevant. **Die besonderen Fallumstände** (etwaige Pflichtverletzung durch den Kontoinhaber; Auszahlung durch ein fremdes Geldinstitut) zwingen den BGH dazu, den Eintritt eines unmittelbaren Vermögensschadens näher zu begründen. Die Auszahlung durch ein fremdes Institut wird, so der BGH unter Verweis auf die bankrechtliche Literatur und eine Vereinbarung über das deutsche EC-Geldautomatensystem, dem kartenausgebenden Institut zugerechnet. Ein etwaiger Schadensersatzanspruch des Kreditinstituts gegen den pflichtwidrig handelnden Karteninhaber sei „Frage des Einzelfalles“ und ändere nichts an einem **zunächst** unmittelbar eintretenden Vermögensschaden. Überdies komme es überhaupt nicht darauf an, ob ein solcher Anspruch der Bank entstanden sei. Zur Begründung wird die Dogmatik des Vermögensschadens beim Betrug auf eine Tat gem. § 263 a Abs. 1 dritte Var. StGB übertragen. „Ein Schadensersatzanspruch ist unter den hier gegebenen Umständen regelmäßig eine unsichere Rechtsposition, die den Vermögensverlust durch die Auszahlung nicht zugleich vollends auszugleichen geeignet wäre.“<sup>20</sup>

Gegen die Konstruktion einer mitbestraften Vortat liefert der BGH noch weitere Argumente. Für eine „**konsumierende Wirkung** der Verurteilung wegen Computerbetrugs“ müsse dieser **regelmäßig und typischerweise** im Zusammenhang mit dem Kartendiebstahl geschehen. Dass davon keine Rede sein könne, zeige die nicht selten vorangehende Fälschung einer Scheckkarte. Ferner komme beiden Schritten in besonderer Weise unrechtsprägender Charakter zu, was im Schuldspruch Ausdruck finden müsse. Der BGH illustriert das mögliche **Gewicht der Ersttat** durch den Hinweis auf denkbare Diebstähle unter den Voraussetzungen des **§ 243 Abs. 1 StGB** oder des **§ 244 StGB**. Im Einzelfall könne das kriminelle Schwergewicht des Gesamtgeschehens sogar auf der Erlangung der Scheckkarte liegen. Die **Verneinung von Gesetzeseinheit**<sup>21</sup> vermeide schwierige Abgrenzungen. Der richtige Ort, das begangene Unrecht zueinander ins Verhältnis zu setzen und zu gewichten, ist nach Auffassung des BGH die Strafzumessung. „In geeigneten Fällen“ seien auch Einstellungen nach den §§ 154, 154 a StPO möglich.<sup>22</sup>

Abschließend wird die Annahme von **Tatmehrheit** im konkreten Fall als rechtlich unbedenklich bewertet. Objektiv würden sich die Ausführungshandlungen nicht überschneiden; vielmehr hätten zum Teil große Entfernungen zwischen den Tatorten der

<sup>18</sup> BGH NJW 2001, 1508, 1509 (Hervorhebungen durch FAMOS).

<sup>19</sup> BGH NJW 2001, 1508.

<sup>20</sup> Dazu und zum Folgenden: BGH NJW 2001, 1508, 1509.

<sup>21</sup> Anders als oben verwendet der BGH in diesem Zusammenhang nicht den Begriff „Gesetzeskonkurrenz“; vgl. zum Sprachgebrauch u. 5.

<sup>22</sup> Man denke in diesem Zusammenhang an Serienstraftaten; vgl. Fn. 1

Diebstähle und der folgenden Fälle des Computerbetruges gelegen. Der einheitliche Tatplan begründe für sich gesehen **keine Tateinheit**.

#### 4. Konsequenzen für Prüfung und Praxis

Weshalb sich der Fall als Prüfungsaufgabe geradezu aufdrängt, braucht nicht breit erörtert zu werden. Was bereits für die Auswahl von FAMOS Dezember 2000<sup>23</sup> sprach, gilt auch hier: Die Zeit der strafrechtlichen Bargeld-Dogmatik neigt sich dem Ende zu. Die Justizprüfungsämter reagieren auf moderne Formen der Kriminalität, die zunehmend die Praxis beschäftigen. Ins Blickfeld gerät dabei immer wieder der Tatbestand des Computerbetrugs – eine Vorschrift, die bei Studierenden erfahrungsgemäß nicht gerade zu den Lieblingsthemen gehört. Umso beliebter ist dieser Tatbestand im Examen.

Zusätzlich attraktiv wird dieser Standard-Fall, weil eine Prise Dogmatik aus dem Bereich der **Konkurrenzen** hinzukommt – gleichfalls für viele Studierende ein unsicheres Terrain. Konkurrenzen werden leider in Prüfungsarbeiten oft als lästiges Anhängsel betrachtet und entweder nur oberflächlich oder überhaupt nicht behandelt. Wer so denkt und handelt, übersieht einen Schwerpunkt, wenn diese BGH-Entscheidung mit einer **nicht gängigen Konkurrenzproblematik** als Klausuraufgabe gestellt wird.

Bereits die Prüfung der in Betracht kommenden Tatbestände hat es in sich. Aus deren Quantität resultiert die Gefahr, dass man im Ernstfall aus Zeitmangel nicht mehr zur Konkurrenzproblematik gelangt. Erforderlich ist eine vernünftige Gewichtung. Die zahlreichen Tatbestände können hier nur kurz angesprochen werden.<sup>24</sup>

Im ersten Handlungsabschnitt ist die Strafbarkeit wegen Diebstahls der EC-Karte eingehend zu prüfen. Der Schwerpunkt liegt auf der Problematik der Geringwertigkeit. Folgende Tatbestände, die bei einem entsprechenden Lösungsweg im Wege der Gesetzesinheit verdrängt werden, sollten nur ganz knapp geprüft werden: Urkundenunterdrückung (§ 274 Abs.1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB), Datenveränderung (§ 303 a StGB) und Ausspähen von Daten (§ 202 a StGB).<sup>25</sup>

Bei der Prüfung der Strafbarkeit des A im zweiten Handlungsabschnitt bietet es sich an, mit der **Sondervorschrift des § 263 a StGB** zu beginnen und dem BGH sowie der herrschenden Lehre folgend eine Strafbarkeit zu bejahen. Die vor der Einfügung des Computerbetruges hauptsächlich diskutierten Tatbestände, **Diebstahl und Unterschlagung**,<sup>26</sup> können anschließend bei einem geschickten Vorgehen kurz abgelehnt werden. Eine Strafbarkeit gem. § 242 Abs. 1 StGB kann verneint werden, weil es am Merkmal der Wegnahme fehlt. Denn wenn der Geldautomat nach dem äußerlichen Erscheinungsbild ordnungsgemäß und funktionsgerecht bedient wird, liegt kein Bruch des Gewahrsams der Bank an dem Geld vor. Setzt man diese Argumentation bei der Prüfung des § 246 Abs. 1 StGB konsequent fort, ist es gut vertretbar, wegen eines Übereignungswillens der Bank gem. § 929 BGB die Fremdheit des Geldes abzulehnen. Kürze ist auch bei der Prüfung sonstiger Vorschriften angebracht, die sämtlich nicht

<sup>23</sup> Vgl. FAMOS Dezember 2000, S. 3 f.

<sup>24</sup> Eine umfangreiche gutachtliche Lösung findet sich bei *Schulz / Tschewinka*, JA 1991, 119 ff.; vgl. auch einen Grundfall bei *Hilgendorf*, Jus 1997, 130, 133 f. (Achtung: hier Entwendung einer EC-Karte mit Rückgabewillen!).

<sup>25</sup> Eine Strafbarkeit wegen Urkundenunterdrückung ist gegeben. An der Nachteilszufügungsabsicht fehlt es nur, wenn von Anfang an ein Rückgabewille vorliegt. Hinter diese Strafbarkeit tritt eine Strafbarkeit gem. § 303 a StGB zurück. Bei der Prüfung des § 202 a StGB kann das Merkmal einer besonderen Sicherung verneint werden. Falls dieses aber angenommen wird, wird die Strafbarkeit durch § 274 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB verdrängt. Diese Vorschrift wiederum tritt hinter § 242 Abs. 1 StGB zurück.

<sup>26</sup> Vgl. zu den früheren Lösungsversuchen den Überblick bei *Wessels / Hillenkamp*, aaO, Rn. 168 ff., 608. Speziell zu den Problemen der §§ 242, 246 StGB: aaO, Rn. 170 f.

eingreifen: Betrug (§ 263 Abs. 1 StGB)<sup>27</sup>, Erschleichen von Leistungen (§ 265 a StGB)<sup>28</sup>, Missbrauch von Ausweispapieren (§ 281 StGB)<sup>29</sup>, Urkundenfälschung (§ 267 Abs. 1 StGB) und Fälschung technischer Aufzeichnungen (§ 268 Abs. 1 und Abs. 2 StGB)<sup>30</sup>.

Mit dem Vorziehen des § 263 a StGB im Prüfungsgang bewegt man sich in einem sicheren Fahrwasser. Denn der BGH, der früher noch auf den Notanker des § 246 StGB zurückgriffen hatte,<sup>31</sup> verlor nach der Anwendbarkeit des § 263 a StGB nur noch einen Satz zur Unterschlagung.<sup>32</sup> Diese büßte ihre Bedeutung im Übrigen 1998 durch das 6. Strafrechtsreformgesetz vollends ein. Denn § 246 Abs. 1 StGB in der neuen Fassung tritt als subsidiär zurück. Auch diese Gesetzesänderung spricht gegen die – gleichwohl sicher noch vertretbare – Technik, zunächst §§ 242, 246 StGB zu prüfen.<sup>33</sup>

Der Praxis bringt die Entscheidung zum einen **Rechtssicherheit**. Außerdem offeriert der BGH Leitlinien für einen **flexiblen Umgang** mit der Vortat. Die Praxis kann dem Gewicht der Vortat durch Einstellungen oder durch Strafzumessungserwägungen Rechnung tragen.

## 5. Kritik

An der ausführlich und überzeugend begründeten Entscheidung gibt es wenig zu kritisieren. Für ein spezielles Rechtsproblem werden Rechtssicherheit und – angesichts der genannten Reaktionsmöglichkeiten bei einer Vortat von geringem kriminellen Gewicht – auch Zweckmäßigkeit garantiert. Und wie steht es mit der Gerechtigkeit? Die Annahme von Tatmehrheit geht wegen der Gesamtstrafenbildung gem. § 54 StGB zu Lasten des Angeklagten, was jedoch bei einer schwerwiegenden Vortat gerechtfertigt ist.

Dass die Argumentation des BGH teilweise gekünstelt erscheint, liegt an der Materie. Die Konkurrenzen sind in vielfacher Hinsicht ein dogmatisches Kunstprodukt. Etwas Künstlicheres als etwa die ergebnisorientierte Begründung der sogenannten natürlichen Handlungseinheit bei zeitlich und räumlich weit auseinanderliegenden Handlungen<sup>34</sup> ist kaum denkbar.

Zu kritisieren ist allenfalls, dass der BGH Unsicherheit in der Begrifflichkeit offenbart. Einmal ist von **Gesetzeskonkurrenz** die Rede, einmal von **Gesetzeseinheit**. Den Vorzug verdient der Begriff der Gesetzeseinheit. Der Ausdruck „Gesetzeskonkurrenz“ ist irreführend, weil er eine Anwendung aller konkurrierenden Gesetze suggeriert.<sup>35</sup>

(Dem Text liegt ein Entwurf von H. Karitzky zugrunde.)

<sup>27</sup> Nur ein Mensch kann getäuscht werden, nicht hingegen ein Bankautomat.

<sup>28</sup> Es kann offen bleiben, ob der Geldautomaten als Leistungsautomat anzusehen ist. Jedenfalls hat sich A keine Leistung erschlichen, denn er bediente den Automaten ordnungsgemäß.

<sup>29</sup> § 281 StGB greift nicht ein, weil die EC-Karte weder ein von einer amtlichen Stelle ausgestelltes Ausweispapier (Abs. 1) noch eine Urkunde, die im Verkehr als Ausweis verwendet wird (Abs. 2), darstellt. Im Übrigen fehlt es an einem Handeln zur Täuschung im Rechtsverkehr. Wieder: Der Bankautomat kann nicht getäuscht werden.

<sup>30</sup> Diese Vorschriften (Bezugspunkt: das bei der Abhebung automatisch angefertigte Computerprotokoll) brauchen nicht unbedingt angesprochen zu werden. Sie setzen ebenfalls ein Handeln zur Täuschung im Rechtsverkehr voraus. In einer Prüfungsarbeit sollte die Ablehnung einer Strafbarkeit sofort mit dem Fehlen dieser Voraussetzung begründet werden.

<sup>31</sup> In einer zentralen Entscheidung musste der BGH nach Einfügung des § 263 a StGB in einem sog. Altfall die frühere Rechtslage zugrunde legen, weil § 246 StGB a.F. gegenüber § 263 a StGB den mildereren Strafrahmen enthielt (§ 2 Abs. 3 StGB). Bejaht wurde eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung; vgl. BGHSt 35, 152, 158 ff.

<sup>32</sup> Vgl. BGHSt 38, 120, 124 f. (obiter dictum): „Auch eine Verurteilung wegen Unterschlagung kommt nicht in Betracht.“

<sup>33</sup> So Hilgendorf, JuS 1997, 130, 133; Schulz / Tschewinka, JA 1991, 119, 121.

<sup>34</sup> Vgl. Stratenwerth, Strafrecht AT, 4. Aufl. 2000, § 17 Rn. 9 ff.

<sup>35</sup> Vgl. Ebert, Strafrecht AT, 3. Aufl. 2001, S. 219.