

Probeexamen Oktober 2023 – Lösung Klausur 6 (Strafrecht)

Tatkomplex 1: Das gefälschte Impfzertifikat

A. Strafbarkeit der A

I. Gem. § 277 I StGB wegen des Herstellens der Impfausweise

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Ausstellen eines Gesundheitszeugnisses

Gesundheitszeugnisse = Zeugnisse über vergangene, bereits durchlebte Krankheiten und von ihnen zurückgelassene Spuren sowie Zeugnisse über die Aussichten, von gewissen Krankheiten befallen oder von ihnen verschont zu werden.¹

Der Eintrag im Impfausweis bescheinigt den Status, über einen Impfschutz vor der Covid-19 Erkrankung zu verfügen, sodass er Zeugnis über die Aussicht ablegt, von der Krankheit verschont zu bleiben. Es handelt sich somit um ein Gesundheitszeugnis.²

A hat das Zeugnis auch ausgestellt, indem sie den Impfausweis mit dem Aufkleber, Stempel und Datum versehen hat.

bb) Als Unberechtigte (+)

A hat auch unter der ihr nicht zustehenden Bezeichnung als Ärztin gehandelt.

b) Subjektiver Tatbestand

Vorsatz und Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr (+)

2. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

3. Ergebnis: § 277 I StGB (+)

Das rechtsgutsverletzende Handeln der A (unberechtigtes Ausstellen von *zwei* Gesundheitszeugnissen) stellt bei natürlicher Betrachtung ein einheitliches Tun dar, sodass von einer tateinheitlichen Begehung auszugehen ist (§ 52 I Var. 2 StGB).

Hinweis: § 277 StGB wurde im Zuge der Corona-Pandemie und der dort vermehrt vorgekommenen Fälschung von Impfpässen neu gefasst. Nach der Neuregelung erfasst die Norm nur noch die Handlungsalternative des Ausstellens eines Gesundheitszeugnisses für sich selbst oder eine andere Person unter dem *richtigen* Namen des Ausstellers, aber mit unrichtiger Berufsbezeichnung und damit eine Täuschung über die Qualifikation (dazu BT-Drs. 20/15, 33, 34). Erfasst ist also lediglich die schriftliche Lüge über die eigene Qualifikation, nicht aber die Täuschung über die Identität. Letzteres kann potenziell von § 267 StGB erfasst sein.

¹ Schönke/Schröder/Heine/Schuster StGB, 30. Aufl. 2019, § 277 Rn. 2.

² Vgl. BeckOK StGB/Weidemann, 52. Ed. 2022, § 277 Rn. 4.1; dazu, dass Impfbescheinigungen Gesundheitszeugnisse sind, siehe bereits RGSt 24, 284 (286) sowie aus der neueren Rspr. etwa LG Landau BeckRS 2021, 39654 Rn. 8; LG Osnabrück BeckRS 2021, 32733 Rn. 7 ff.; LG Kaiserslautern BeckRS 2021, 41301.

II. Gem. § 267 I StGB wegen des Herstellens der Impfausweise (-)

Zwar verkörpert der Impfausweis zusammen mit der Eintragung eine Gedankenerklärung, die dazu geeignet und bestimmt ist, im Rechtsverkehr Beweis zu erbringen; außerdem ist ein Aussteller erkennbar. Es handelt sich damit um eine (zusammengesetzte) Urkunde.³

Allerdings hat A weder eine unechte Urkunde hergestellt noch eine echte Urkunde verfälscht. Eine Urkunde ist dann unecht, wenn der aus ihr erkennbare und der tatsächliche Aussteller nicht identisch sind.⁴ A hat hier unter eigenem Namen unterschrieben und daher lediglich über ihre Qualifikation getäuscht, nicht aber über ihre Identität. Eine solche schriftliche Lüge ist vom Tatbestand des § 267 I StGB nicht erfasst.⁵

Hinweis: Bis zur Neuregelung des § 277 StGB war umstritten, ob ein Rückgriff auf § 267 I StGB durch die Vorschriften der §§ 277 ff. StGB (lex specialis?) gesperrt ist.⁶ Nunmehr erfassen § 267 I und § 277 I StGB stets unterschiedliche Sachverhalte: § 267 I StGB die Täuschung über die Identität, § 277 I StGB die Täuschung über die Qualifikation, sodass sich dieses Problem nicht mehr stellt.

B. Strafbarkeit des B

Gem. §§ 277, 25 II StGB bzw. §§ 277, 27 I StGB wegen Beteiligung am Herstellen der Impfausweise

Auch wenn allein A sich als Ärztin geriert, erlaubt die Deliktsstruktur (Allgemeindelikt) grundsätzlich eine Mittäterschaft von B.

Wie ausgeprägt der Tatbeitrag des B war, ist nach dem Sachverhalt nicht eindeutig. Nach der subjektiven Theorie der Rechtsprechung⁷ dürfte eine Mittäterschaft zu bejahen sein, da B sich selbst der Impfung verweigert und A für beide die Impfpässe ausstellt. B hat somit ein erhebliches Eigeninteresse am Taterfolg. Außerdem wollen beide den Rechtsverkehr täuschen, indem sie sich in der Apotheke ein elektronisches Zertifikat erstellen lassen, um die geltenden Corona-Beschränkungen zu umgehen. Nach der herrschenden Tatherrschaftslehre ist die Situation unklar, da der Sachverhalt keine Hinweise enthält, inwiefern B der A geholfen hat, sei es bei der Ausführung oder bei der Planung. Ob er das Geschehen planvoll lenkend in den Händen hielt, kann somit kaum festgestellt werden.

Hinweis: Hier war nur wichtig, kurz anzusprechen, ob B sich wegen Beteiligung oder Mittäterschaft strafbar gemacht hat. Mit entsprechender Begründung war beides gleichermaßen vertretbar.

³ Vgl. *Pschorr StraFo* 2022, 135 (136).

⁴ *Rengier BT II*, 24. Aufl. 2023, § 33 Rn. 6.

⁵ BeckOK StGB/*Weidemann* § 267 Rn. 22.

⁶ Hier etwa *Pschorr StraFo* 2022, 135 (139).

⁷ BGHSt 18, 87 (96); BGH BeckRS 2018, 9978; NStZ 2020, 22.

Tatkomplex 2: "Corona ist krank. Die Bahn ist frei."

A. Strafbarkeit der A

I. Gem. § 263 I StGB wegen "demonstrativen" Fahrens ohne Fahrschein (-)

A hat nicht irreführend auf das Vorstellungsbild des Fahrkartenkontrolleurs eingewirkt und diesen somit nicht über Tatsachen getäuscht.⁸ Sie hat demonstrativ und bewusst die Wahrheit gesagt und auf ihr T-Shirt verwiesen, um gegen die Bahn zu demonstrieren. Selbst wenn man in dem Verweis auf das T-Shirt die (falsche) Behauptung einer berechtigten Freifahrt sehen wollte, würde eine Täuschung i.S.d. § 263 I StGB ausscheiden. Denn hiermit würde allenfalls über die rechtliche Frage „getäuscht“, ob dies nun zur Freifahrt berechtigt, nicht aber über Tatsachen.

II. Gem. § 265a I Var. 3 StGB wegen "demonstrativen" Fahrens ohne Fahrschein

A hat jedenfalls die Leistung eines Verkehrsmittels in Anspruch genommen. Wie kurz die Fahrt war, bis das erhöhte Beförderungsentgelt entrichtet wurde, spielt keine Rolle. Fraglich ist, ob A sich diese Leistung erschlichen hat.

Teilweise wird das bloße unrechtmäßige Erlangen der Beförderungsleistung für ein Erschleichen als ausreichend erachtet,⁹ sofern sie nicht offen und eindeutig ohne Fahrschein in Anspruch genommen wird.¹⁰

Andere verlangen zumindest, dass Hindernisse wie Drehkreuze etc. umgangen oder überwunden werden.¹¹ Das war hier nicht der Fall, derartige Zugangshindernisse existieren im deutschen Nah- und Fernverkehr nicht mehr.

A will mit ihrem T-Shirt mit der Aufschrift „Die Bahn ist frei.“ gegen die Preise der Bahn protestieren.

Die genannte Ausnahme (kein Erschleichen bei offenem und eindeutigen Fahren ohne Fahrschein) soll aber dann nicht gelten, wenn lediglich ein leicht übersehbarer Aufdruck gegeben ist, auf den weder das allgemeine Publikum noch das Kontrollpersonal besonders achten.¹² So liegt der Sachverhalt hier: Dass der Aufdruck leicht zu übersehen ist, zeigt sich schon daran, dass er bei B ja gerade übersehen wurde. Außerdem ist der Hinweis „Die Bahn ist frei.“ durchaus missverständlich, er kann nicht unbedingt dahingehend verstanden werden, dass A keinen Fahrschein kauft, sondern auch in dem Sinne, dass A eben schlicht protestieren möchte. Nach dieser Auffassung wäre ein „Erschleichen“ somit zu bejahen.

Die beiden Ansichten gelangen also zu unterschiedlichen Ergebnissen:

Die erste Ansicht, die bereits jedes unrechtmäßige Erlangen einer Beförderungsleistung ausreichen lässt, verkennt, dass so das Merkmal des „Erschleichens“ in dem Merkmal der „Beförderung durch ein Verkehrsmittel“ vollständig aufgeht, weshalb es keinerlei tatbestandseinschränkende Funktion mehr hat. Dieser Umstand widerspricht dem sog. „Verschleifungsverbot“, das das BVerfG in anderem Zusammenhang aufgestellt hat: Ein Tatbestandsmerkmal eines Straftatbestandes darf mit Blick auf Art.

⁸ Zu dieser Definition siehe etwa BeckOK StGB/Beukelmann § 263 Rn. 9.

⁹ OLG Stuttgart MDR 1963, 236; *Bilda* MDR 1969, 434; *Hauf* DRiZ 1995, 15 (19); *Otto* StrafR BT, 2005, § 52 Rn. 16.

¹⁰ *Rengier* BT I, 25. Aufl. 2023, § 16 Rn. 7.

¹¹ MüKo StGB/Hefendehl, 4. Aufl. 2022, § 265a Rn. 128 ff. m.w.N.

¹² *Rengier* BT I § 16 Rn. 7; OLG Köln BeckRS 2015, 16686.

103 II GG nicht so ausgelegt werden, dass es in einem anderen Merkmal vollständig aufgeht.¹³ Das ist hier nicht gewahrt.¹⁴ Ein „Erschleichen“ ist somit zu verneinen, die andere Ansicht erscheint aber vertretbar.

III. Gem. § 123 I StGB wegen Zusteigens und Mitfahrens mit dem Protest-Shirt

In Betracht kommt aber ein Hausfriedensbruch gem. § 123 I StGB. Bei dem Zug soll es sich jedenfalls um Räumlichkeiten handeln, die dem öffentlichen Verkehr dienen.¹⁵ Ein Eindringen i.S.d. § 123 I StGB verlangt aber, dass die Täterin gegen den Willen der Berechtigten – hier also der Deutschen Bahn – in das Tatobjekt gelangt.¹⁶ Der Regionalzug steht erst einmal jeder und jedem offen. Zwar könnte man ein Eindringen dann annehmen, wenn man offenkundig nicht dazu berechtigt ist, also nicht den Eindruck einer ordnungsgemäßen Benutzerin erweckt (so etwa eine Bankräuberin, die mit einer Sturmhaube und Pistole in der Hand eine Bankfiliale betritt).¹⁷ Das ist aber nicht der Fall. Wie bei § 265a StGB soeben ausgeführt, ist das T-Shirt mehrdeutig und leicht zu übersehen. A ist daher nicht gegen den Willen der DB in den Zug gelangt. Sie hat sich nicht gem. § 123 I StGB strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit des B

I. Gem. § 263 I StGB wegen Fahrens ohne Fahrschein und Kopfschütteln

B hat auf die Frage des Kontrolleurs, ob er neu zugestiegen sei, den Kopf geschüttelt, was nicht der Wahrheit entspricht. Er hat diesen daher getäuscht. Dem steht die Aufschrift auf seinem T-Shirt nicht entgegen, da sich diese erstens auf einen anderen Umstand bezieht und der Kontrolleur diese zweitens nicht wahrgenommen hat. Bei dem Kontrolleur ist auch ein entsprechender Irrtum entstanden.

Der Kontrolleur hat aber nicht über das Vermögen der Bahn verfügt. Eine Vermögensverfügung ist ein unmittelbar vermögensminderndes Handeln, Dulden oder Unterlassen.¹⁸ Ein solches liegt hier nicht vor. Denn B gibt noch während der Kontrolle zu, dass er kein Ticket habe, eine Vermögensverfügung könnte erst dann angenommen werden, wenn der Kontrolleur weitergeht und so auf das Entgelt inklusive des erhöhten Beförderungsentgeltes verzichten würde.

B hat sich daher nicht gem. § 263 I StGB strafbar gemacht.

II. Gem. §§ 263 I, II, 22, 23 I StGB wegen Fahrens ohne Fahrschein und Kopfschütteln

1. Vorprüfung: Nichteintritt des Erfolgs und Strafbarkeit des Versuchs (+)

2. Tatentschluss

B wollte den Kontrolleur durch das wahrheitswidrige Kopfschütteln auf dessen Frage täuschen und insoweit einen Irrtum hervorrufen, sodass er diesbezüglich auch Tatentschluss, mithin Vorsatz hatte. Er wollte den Kontrolleur so zur Nichteinforderung des Entgelts bewegen, um den Zug ohne Ticket nutzen und sich entsprechend bereichern zu können. Ihm war bewusst, dass ihm ein Anspruch auf unentgeltliche Beförderung nicht zustand. Er hatte somit auch einen Tatentschluss sowohl hinsichtlich

¹³ BVerfGE 126, 170 (198).

¹⁴ Dazu MüKo StGB/Hefendehl § 265a Rn. 119.

¹⁵ Vgl. BeckOK StGB/Rackow § 123 Rn. 11.1; KG NJW 2000, 2210; BayObLG NJW 1986, 2065.

¹⁶ MüKo StGB/Feilcke, 4. Aufl. 2021, § 123 Rn. 25.

¹⁷ MüKo StGB/Feilcke § 123 Rn. 33.

¹⁸ Schönke/Schröder/Perron StGB § 263 Rn. 55.

einer Vermögensverfügung (Dreiecksbetrug, auch nach der engen Befugnistheorie ohne Weiteres zuzurechnen)¹⁹ als auch hinsichtlich eines Vermögensschadens.

3. Unmittelbares Ansetzen (+)

B hat den Kontrolleur bereits getäuscht, sodass er die Schwelle zum „Jetzt geht's los“ bereits überschritten hat und keine wesentlichen Zwischenschritte mehr zur Tatbestandsverwirklichung erforderlich waren. Auch ein unmittelbares Ansetzen ist somit zu bejahen.²⁰

4. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

5. Rücktritt gem. § 24 I StGB

B könnte aber gem. § 24 I StGB strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten sein, indem er noch vor Beendigung der Kontrolle offenbarte, dass er kein Ticket habe.

B ging davon aus, dass der Kontrolleur einfach weitergehen und so über das Vermögen der Bahn verfügen würde. Der Tatbestand könnte also ohne Weiteres noch erfüllt werden, sodass der Versuch nicht fehlgeschlagen ist. Der Versuch war auch beendet, da er glaubte, bereits alles zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan zu haben (K hätte nur noch weggehen müssen).²¹ Gem. § 24 I 1 Var. 1 StGB musste er somit die Vollendung aktiv verhindern. Das hat er getan, indem er sich als ohne Fahrschein fahrend zu erkennen gab. Das müsste er gem. § 24 I StGB freiwillig getan, mithin aus autonomen Gründen gehandelt haben.²² Die Entdeckung und das Abführen der A hätte es dem B nicht unmöglich gemacht, weiterhin den Erfolg herbeizuführen. Er handelte somit aus autonomen Motiven heraus und ist strafbefreiend vom Versuch zurückgetreten.

III. Gem. § 265a I Var. 3 StGB wegen Fahrens ohne Fahrschein und Kopfschütteln

In dem Verhalten des B bei der Kontrolle (Kopfschütteln gegenüber K) ist eine Umgehung von Kontrollhindernissen zu sehen, ein Erschleichen ist auch nach der hier vertretenen, strengeren Ansicht zu bejahen. Die Tat ist auch mit der Beförderungsleistung bereits vollendet, sodass anders als beim Betrug kein Rücktritt in Betracht kommt.

Zweifelhaft erscheint aber, ob die Tat nicht wegen der in § 265a I StGB a.E. geregelten Subsidiaritätsklausel hinter den versuchten Betrug zurücktritt. Danach wird wegen Erschleichen von Leistungen nur „bestraft, wenn die Tat nicht in anderen Vorschriften mit schwererer Strafe bedroht ist.“ Dazu gehört auch der bloß versuchte Betrug.²³ Ein solcher liegt hier zwar vor, die Strafbarkeit scheiterte insoweit aber am Rücktritt des B gem. § 24 I 1 StGB. Fraglich ist, ob hier die Subsidiaritätsklausel dennoch greift. Dagegen spricht das Telos: § 265a StGB sollte ursprünglich Strafbarkeitslücken schließen, die dann entstehen, wenn eine Person nicht wegen Betrugs bestraft werden kann.²⁴ Zudem war § 265a StGB bereits vollendet, als es zum Betrugsversuch kam. Dafür, die Subsidiaritätsklausel auch hier anzuwenden, spricht aber der Wortlaut des § 265a I StGB a.E. und damit auch Art. 103 II GG: Dieser spricht nicht davon, dass § 265a I StGB dann zurücktritt, wenn die Tat nach einem anderen Delikt bestraft wird, sondern wenn sie woanders mit schwerer Strafe „bedroht“ ist. Das ist hier gerade der Fall: Der Rücktritt

¹⁹ Siehe hierzu sowie insgesamt zum Dreiecksbetrug MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 461 ff. (insb. 465 ff.).

²⁰ Zu dieser Definition der h.M. sowie zu weiteren Theorien siehe etwa *Frister AT*, 10. Aufl. 2023, § 23 Rn. 39 ff.

²¹ Zu dieser Definition siehe etwa *BeckOK StGB/Cornelius* § 324 Rn. 22.

²² *Kühl AT*, 8. Aufl. 2017, § 16 Rn. 55.

²³ MüKo StGB/Hefendehl § 265a Rn. 221.

²⁴ *BeckOK StGB/Valerius* § 265a Rn. 2.

ist keine (negative) Voraussetzung der Strafbarkeit, sondern ein außerhalb von Tatbestand, Rechtswidrigkeit und Schuld stehender Strafaufhebungsgrund.²⁵ Die Tat ist also gerade mit schwererer Strafe bedroht, sodass die Subsidiaritätsklausel nach dem Wortlaut greift.

Hinweis: Dass dieses Problem gesehen wird, konnte nicht erwartet werden. Es wird auch – soweit ersichtlich – bislang nicht diskutiert. Sofern es jemand angesprochen hat, wurde das positiv berücksichtigt, beide Wege (Anwendung der Subsidiaritätsklausel oder nicht) waren gleichermaßen vertretbar.

Tatkomplex 3: Der Einkauf mit ELEKTRIX-Gutscheinen

A. Strafbarkeit des D

I. Gem. § 266 I Var. 1 o. Var. 2 StGB durch Verschieben der Guthaben

1. Missbrauchstatbestand, § 266 I Var. 1 StGB (-)

Die Umbuchung von Geldbeträgen auf firmeneigene Gutscheinkarten ist keine rechtsgeschäftliche Handlung, durch die die Firma ELEKTRIX im Außenverhältnis verpflichtet würde. Die Gutschriften sind zwar auf den Kundenkonten abgesondert, allerdings erlischt der Anspruch der Kund:innen auf das Guthaben nicht mit der Umbuchung. Daher liegt in der Umbuchung kein Missbrauch einer Befugnis, fremde Vermögensinteressen wahrzunehmen.

Hinweis: Auch mit dem nachfolgenden Verwenden der Gutscheine wird der Missbrauchstatbestand nicht verwirklicht. Denn D kann hier zwar mithilfe der Gutscheine über das Vermögen der Firma ELEKTRIX verfügen, allerdings hat er keine Befugnis hierzu, die er missbraucht.

2. Treubruchtatbestand, § 266 I Var. 2 StGB

Für den Treubruchtatbestand gem. § 266 I Var. 2 StGB müsste dem D eine Vermögensbetreuungspflicht obliegen. Das meint die Verpflichtung zu besonderer fremdnütziger Vermögensfürsorge.²⁶ Dabei soll es darauf ankommen, dass es sich um eine Hauptpflicht von nicht nur untergeordneter Bedeutung handelt, die typischer und wesentlicher Inhalt des Treueverhältnisses ist.²⁷ Das ist hier nicht der Fall. D befand sich in einem Ausbildungsverhältnis. Zwar gehörte es zum Inhalt der Ausbildung, den Umgang mit Kundenkonten zu lernen, doch erstreckte sich die Vollmacht des D (§ 164 BGB) nicht auf das eigenmächtige Umbuchen von Geldern. Daher liegt keine Vermögensbetreuungspflicht vor.

Hinweis: Wer das vertretbar anders sieht, müsste sich sodann Gedanken um einen Vermögensnachteil machen.

3. Ergebnis: § 266 I Var. 1 o. Var. 2 StGB (-)

²⁵ Lackner/Kühl/Heger StGB, 30. Aufl. 2023, § 24 Rn. 1.

²⁶ Rengier BT I § 18 Rn. 15 f.

²⁷ BGHSt 1, 186 (189); 13, 315 (317); Lackner/Kühl/Heger StGB § 266 Rn. 11.

II. Gem. § 263a I Var. 3 StGB durch Verschieben der Guthaben

1. Objektiver Tatbestand

a) Unbefugte Datenverwendung

D hat Daten unmittelbar in den Datenverarbeitungsvorgang eingegeben und damit verwendet.²⁸ Das müsste in unbefugter Art und Weise geschehen sein. Umstritten ist, worauf es hier ankommt. Nach einer computerspezifischen Auffassung kommt es darauf an, dass der sich in der Programmgestaltung niederschlagende Wille des Berechtigten übergangen wird.²⁹ Das wäre hier nicht der Fall: D hat das System selbst nicht mittels Datenmanipulation falsch bedient. Nach einer subjektivierenden Auslegung ist ein unbefugtes Verwenden dann anzunehmen, wenn der Wille der Betreiberin missachtet wird.³⁰ D verschiebt die Geldbeträge entgegen dem Willen sowohl der Firma ELEKTRIX als auch der Kund:innen. Egal, auf wen man hier als über die Daten Verfügungsberechtigten abstellt,³¹ wäre hiernach also eine unbefugte Verwendung zu bejahen.

Wieder andere orientieren sich bei der Auslegung des Merkmals „unbefugt“ an einer betrugsspezifischen Auslegung an § 263 StGB: Es komme darauf an, ob die Handlung, würde sie einem Menschen gegenüber vorgenommen werden, als Täuschung zu klassifizieren wäre.³² Das wäre hier der Fall: D hätte einem Menschen gegenüber vorgegeben, der Geldbetrag stünde ihm zu, was nicht der Wahrheit entspricht. Denn die fiktive Person müsste dabei auch als eine solche angesehen werden, die daran interessiert ist, nur an Berechtigte das Guthaben zur Verfügung zu stellen. Allein die computerspezifische Auslegung würde demnach eine unbefugte Datenverwendung verneinen. Diese verkennt aber das Telos des § 263a StGB, der dahingehende Strafbarkeitslücken schließen sollte, dass sich ein Computer nicht irren kann. Daher ist eine Auslegung in Anlehnung an § 263 I StGB geboten.³³ Die subjektive Theorie ist zwar abzulehnen, kommt aber zum selben Ergebnis, eine unbefugte Datenverwendung liegt vor.

b) Computerverfügung³⁴ (+)

In der Ausgabe der Gutscheine liegt eine unmittelbare Verfügung über das Vermögen von ELEKTRIX. Über das Vermögen der Kund:innen wird dabei nicht verfügt. Denn diese verlieren ihren Anspruch gegen ELEKTRIX nicht dadurch, dass D deren Guthaben auf dem Kundenkonto auf Gutscheine überträgt.

c) Vermögensschaden

Mit dem Verschieben von Geldbeträgen von den Kundenkonten auf firmeneigene Gutscheinkarten bleiben die Vermögenswerte zwar grundsätzlich noch bei ELEKTRIX, sodass ein endgültiger Vermögensverlust in keinem Fall vorliegt. Allerdings könnte insoweit bereits ein sog. Gefährdungsschaden vorliegen. Das wäre dann der Fall, wenn sich die künftige Gefahr eines endgültigen Schadenseintritts derart verdichtet hat, dass sich diese Gefahr bereits als aktuell vermögensmindernd erweist.³⁵ Hierfür kommt es auf die Verfügbarkeit über den Vermögensgegenstand an. Hat sich die Hypothese dieser

²⁸ Zu dieser Definition siehe etwa *Rengier* BT I § 14 Rn. 14.

²⁹ OLG Celle wistra 1989, 355 (356); LG Freiburg NJW 1990, 2635 (2636).

³⁰ Hierzu etwa BayObLGSt 90, 88 (96); *Otto* BT, 7. Aufl. 2005, § 52 Rn. 40; *Hilgendorf* JuS 1997, 130 (132).

³¹ Wer nach der subjektivierenden Auslegung „Berechtigte:r“ sein soll, ist nicht ganz klar, vgl. etwa *Rengier* BT I § 14 Rn. 16: „Als in diesem Sinne Berechtigte kommen vor allem der Automatenbetreiber, die kontoführende Bank, der Kartenaussteller, der berechtigte Karteninhaber und der Kontoinhaber in Betracht.“

³² BeckOK StGB/*Schmidt* § 263a Rn. 23.

³³ BGHSt 47, 160 (162 f.).

³⁴ Dafür, dass es einer solchen bedarf, vgl. etwa BGH NStZ-RR 2016, 371 f.

³⁵ BGH NJW 2019, 378 (380); BeckOK StGB/*Wittig* § 266 Rn. 66.

Verfügbarkeit infolge der Vermögensverfügung (hier bei § 263a StGB der Computerverfügung) qualitativ verschlechtert, kann von einem Gefährdungsschaden ausgegangen werden. Für die Frage, ob eine Verschlechterung in diesem Sinne vorliegt, ist die Vermeidemacht der Betroffenen entscheidend.³⁶ Da das Unternehmen im Falle einer Bestellung des D eigentlich einen Anspruch auf Zahlung hätte, würde ein negativer Saldo bestehen, wenn D die Gutscheine verwendet. Denn die Ansprüche der Kund:innen bleiben nach wie vor bestehen, ELEKTRIX muss diese also weiterhin erfüllen. D hat mit den Gutscheinen die Möglichkeit, im Onlineshop Sachen zu „bezahlen“, ohne dass ELEKTRIX hiergegen etwas machen könnte, jedenfalls nicht, solange keine Kenntnis von der Manipulation besteht. ELEKTRIX kann somit den endgültigen Eintritt eines Vermögensschadens nicht verhindern, hat also diesbezüglich keine Vermeidemacht. Ein Gefährdungsschaden liegt daher vor.

Dieser ist auch hinreichend bezifferbar, da die Gutscheinkarten auf konkrete Beträge lauten.³⁷

Hinweis: Möglich erscheint es allerdings, die Bezifferbarkeit auch deshalb in Frage zu stellen, weil die Gutscheine nur eine Option sind, die man nicht nutzen muss. Man kann sie auch teilweise oder eben gar nicht nutzen. Nach dieser Ansicht träte ein Schaden erst im Moment der Einlösung der Gutscheine ein.

Hinweis: Bezüglich der Kund:innen wurde bereits eine Computerverfügung abgelehnt. Ein Vermögensschaden liegt bei diesen erst recht nicht vor. Sie haben weiterhin ihre Ansprüche auf die in Gutscheinform gewährten Nachlässe und können diese mithilfe zivilrechtlicher Instrumentarien durchsetzen. Man könnte zwar auch hier an eine Vermögensgefährdung denken. Der Sachverhalt gibt aber keine Anhaltspunkte, dass die Durchsetzungsmöglichkeit ihrer Guthaben durch die Umbuchungen maßgeblich tangiert ist. Auch wenn die Guthaben auf ihren Konten bei ELEKTRIX daher nicht mehr gutgeschrieben sind, haben sie eine Vermeidemacht im Hinblick auf den Eintritt eines endgültigen Vermögensschadens. Ein Gefährdungsschaden liegt demnach nicht vor.

2. Subjektiver Tatbestand: Vorsatz, Bereicherungsabsicht (+)

3. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

4. Ergebnis: § 263a I Var. 3 StGB (+)

Hinweis: Man hätte auch noch auf das Regelbeispiel gem. §§ 263a II i.V.m. 263 III Nr. 1 StGB eingehen können. Dafür müsste D gewerbsmäßig gehandelt haben. Der Sachverhalt enthält hier kaum Angaben. Gewerbsmäßig handelt, wer die Tat in der Absicht begeht, sich aus wiederholter Begehung eine fortlaufende Einnahmequelle von nicht unerheblicher Dauer und einigem Umfang zu verschaffen.³⁸ Zwar hat D über einen Zeitraum von sechs Monaten gehandelt. Allerdings waren es nur vergleichsweise kleine Beträge, sodass eine Gewerbsmäßigkeit wohl ausscheiden dürfte. Ferner bestand keine laufende Einnahmequelle.

III. Gem. § 268 I StGB durch Verschieben der Guthaben (-)

Jedenfalls nimmt D die Buchung unmittelbar selbst vor, sodass es an einem technischen Gerät i.S.d. § 268 II StGB fehlt, das eine Aufzeichnung selbstständig bewirkt.

³⁶ MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 900 f.

³⁷ Zu den Anforderungen, die das BVerfG im Hinblick auf Art. 103 II GG an die Bezifferbarkeit stellt, siehe BVerfGE 126, 170 (212); ausführlich dazu MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 46 ff.

³⁸ MüKo StGB/Hefendehl § 263 Rn. 1212 m.w.N.

IV. Gem. § 269 I StGB durch Verschieben der Guthaben

Allerdings hat D sich durch das Verschieben der Guthaben gem. § 269 I StGB strafbar gemacht. Würden die sich auf den Gutscheinen befindenden Daten auf Papier geschrieben vorliegen, würde es sich um eine verkörperte Gedankenerklärung, die zur Beweiserbringung im Rechtsverkehr bestimmt und geeignet ist und die ihren Aussteller erkennen lässt, mithin um eine Urkunde handeln.³⁹ Diese wäre auch unecht, da aus ihr ELEKTRIX als Aussteller hervorginge, wobei aber D die Gutscheine eigenmächtig in einer Art und Weise ausgestellt hat, die ELEKTRIX nicht zuzurechnen ist.⁴⁰

V. Gem. § 263a I Var. 3 StGB durch Verwenden der Gutscheine

Eine Strafbarkeit gem. § 263a I Var. 3 StGB durch das Verwenden der Gutscheine scheitert jedenfalls an einem (weiteren) Vermögensschaden. Denn hier realisiert sich nur das Risiko, das bereits zuvor bestand und insoweit einen Gefährdungsschaden begründete. Der Schaden wird also nicht vertieft, sondern die Verfügung bezieht sich allenfalls auf einen Vermögensteil, der ohnehin bereits nicht mehr im Vermögen von ELEKTRIX vorhanden ist.

Hinweis: Wer oben bei dem Umbuchen einen Gefährdungsschaden verneint, muss hier auf die Frage eingehen, ob im Verwenden der Gutscheine im Webshop eine unbefugte Verwendung von Daten i.S.d. § 263a I Var. 3 StGB zu sehen ist. Nach der subjektiven Auslegung wäre das zu bejahen, es widerspricht dem Willen von ELEKTRIX, dass die falsch ausgestellten Gutscheine verwendet werden. Nach der betrugsspezifischen Auslegung wäre hier problematisch, ob D mit dem Verwenden des Gutscheins konkludent nur erklärt, dass der Gutschein den Betrag hergibt, den er auch ausweist oder ob er zusätzlich auch erklärt, dass er materiell berechtigt ist, mit dem Gutschein zu bezahlen.

B. Strafbarkeit der A

Gem. § 259 I StGB wegen des Vorschlags zum Erwerb der Kopfhörer für C (-)

Eine Strafbarkeit von A wegen Hehlerei scheitert schon daran, dass hier keine Sache vorliegt, die A abzusetzen etc. gedenkt. Das Vermögen auf dem Gutschein unter den Begriff der Sache zu subsumieren, würde gegen Art. 103 II GG verstoßen.

Hinweis: Wer einen Gefährdungsschaden ablehnt und einen vollendeten Computerbetrug erst annimmt, wenn D die Gutscheine einlöst, müsste insoweit noch eine Anstiftung (§ 26 StGB) bzw. Beihilfe (§ 27 StGB) der A prüfen, als diese D dazu bewegt, die Kopfhörer zu kaufen. Bei der Anstiftung wäre zu thematisieren, ob D nicht bereits omnimodo facturus (zur Tat fest entschlossener Täter) ist, da er schon bei deren Erstellen vorhat, die Gutscheine auszugeben. Hier wäre fraglich, ob die entsprechenden Taten bereits hinreichend konkret sind.

³⁹ Zur Definition einer Urkunde siehe etwa *Rengier* BT II § 32 Rn. 1.

⁴⁰ Zur Definition der Unechtheit einer Urkunde siehe etwa *Rengier* BT II § 33 Rn. 6.

Tatkomplex 4: Nordic-Walking mit Folgen

Strafbarkeit des B

Gem. §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Var. 2, Nr. 5 StGB

1. Tatbestand

a) Objektiver Tatbestand

aa) Gesundheitsschädigung (+)

Die Infektion mit einer „nicht ganz unerheblichen Krankheit“ gilt als *Gesundheitsschädigung*.

bb) Kausalität und objektive Zurechnung

Kausalität i.S.d. *conditio-sine-qua-non* Formel⁴¹ (+)

Fraglich ist, ob der Erfolg auch objektiv zuzurechnen ist. Dafür müsste B eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen haben, die sich im konkreten Erfolg realisiert hat.⁴² B hat eine rechtlich missbilligte Gefahr geschaffen, denn er hat entgegen der behördlich angeordneten Quarantäne seine Wohnung verlassen und darüber hinaus den zulässigen Mindestabstand mehrfach unterschritten.

Die hiermit begründete Gefahr müsste sich im konkreten Erfolg realisiert haben. Dagegen scheint zu sprechen, dass bei viralen Krankheiten, die buchstäblich in der Luft liegen, eine Ansteckung beinahe überall passieren kann. Hier liegt der Fall allerdings anders: C hatte nachweisbar nur mit B Kontakt und B hat den Mindestabstand mehrfach unterschritten. Die Vorschriften über den Mindestabstand sowie zur Quarantäne dienen gerade der Verhinderung von Infektionen, sodass sich gerade dasjenige Risiko verwirklicht hat, dessen Eintritt durch die entsprechenden Regeln verhindert werden sollte. C wusste auch nichts von der tatsächlichen Gefahrenlage, sodass der Risikozusammenhang nicht wegen eigenverantwortlicher Selbstgefährdung ausgeschlossen ist.⁴³ Die rechtlich missbilligte Gefahr hat sich somit auch im Erfolg realisiert.

cc) Mittels eines gesundheitsschädlichen Stoffes, § 224 I Nr. 1 Var. 2 StGB (+)

Gesundheitsschädlicher Stoff = Stoff, der mechanisch, thermisch oder biologisch-physiologisch wirkt, ohne dass es auf den Aggregatzustand ankommt.⁴⁴ Darunter fallen auch Erreger von Krankheiten wie der Covid 19-Erreger.⁴⁵

dd) Mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung, § 224 I Nr. 5 StGB

Eine das Leben gefährdende Behandlung liegt nach h.M. vor, wenn nach den konkreten Umständen des Einzelfalles die Einwirkung generell geeignet ist, das Leben des Opfers zu gefährden, was dann nicht der Fall ist, wenn der Ausgang lediglich in „sehr seltenen“ Fällen tödlich sein kann.⁴⁶ Zu den konkreten Umständen des Einzelfalles zählt hier jedenfalls auch, dass die Sportstudentin C eine sehr trainierte

⁴¹ Hierzu etwa *Frister* AT § 9 Rn. 5 ff.

⁴² *Rengier* AT § 13 Rn. 46; *Kühl* AT § 4 Rn. 43.

⁴³ Hierzu etwa *Kühl* AT § 4 Rn. 86 ff.

⁴⁴ *Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben* StGB § 224 Rn. 2c.

⁴⁵ *Hotz* NSTZ 2020, 320 (326).

⁴⁶ *Rengier* BT II § 14 Rn. 50; BGH NSTZ-RR 2021, 109 (110): „Um die gegenüber der einfachen Körperverletzung nach § 223 I StGB höhere Strafandrohung begründen zu können, ist für die generelle Eignung der Lebensgefährdung mehr als der lediglich in „sehr seltenen“ Fällen mögliche tödliche Ausgang der Verletzungshandlung zu fordern.“

Sportlerin ist, die darüber hinaus auch noch vergleichsweise jung sein dürfte, immerhin trainierte sie für Olympia. Bei einer solchen Person dürfte ein tödlicher Ausgang einer Covid-19-Infektion äußerst selten (gewesen) sein. Das ist aber letztlich Tatfrage. In Anbetracht des Zweifelssatzes soll hier davon ausgegangen werden, dass eine solche abstrakte Lebensgefahr hier nicht vorliegt, da in der besagten Personengruppe ein tödlicher Ausgang nur sehr selten zu erwarten ist und war (a.A. genauso gut vertretbar). Wer eine konkrete Lebensgefahr verlangt,⁴⁷ muss eine solche Gefahr erst recht ablehnen.

Hinweis: Sieht man das anders, so scheitert jedenfalls der subjektive Tatbestand: B ging davon aus, dass das Virus der C als trainierter Sportlerin nichts wird anhaben können.

b) Subjektiver Tatbestand

B wusste um das Risiko, dass C sich anstecken könnte und unterschritt sogar über den Verstoß gegen die Quarantäne hinaus mehrfach den erforderlichen Mindestabstand. Er nahm eine Ansteckung jedenfalls billigend in Kauf und handelte daher zumindest bedingt vorsätzlich.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld (+)

3. Ergebnis: §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Var. 2 StGB (+)

Gesamtergebnis

A ist strafbar gem. § 277 I StGB. Je nachdem, wie man sich oben entscheidet, hat sich B gem. §§ 277 I, 25 II oder gem. §§ 277 I, 27 I StGB sowie in Tatmehrheit (§ 53 I StGB) mit §§ 223 I, 224 I Nr. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht. D ist wegen der Umbuchungen strafbar gem. §§ 263a I Var. 3 Nr. 1, 269 I, 52 I StGB. Die unterschiedlichen Umbuchungen sind bei natürlicher Betrachtung kein einheitliches Geschehen, sodass insoweit jeweils von einer Tatmehrheit (§ 53 I StGB) auszugehen ist.

Strafprozessuale Zusatzfrage

Die Testung ist ein körperlicher Eingriff, der unter den Voraussetzungen des § 81a StPO auch gegen den Willen des B angeordnet werden könnte. Gem. § 81a I 1 StPO müsste die Testung der Feststellung von Tatsachen dienen, die für das Verfahren von Bedeutung sind. Problematisch ist insoweit, dass die Anordnung und Untersuchung vom 24.12.2021 zur Testung keine verlässlichen Schlussfolgerungen über das Vorliegen eines positiven oder negativen Befundes am 19.12.2021 erlaubt. Auch unter Berücksichtigung des Zweifelssatzes dürfte ein entsprechendes positives Ergebnis daher im Prozess nicht als Beweis dafür herangezogen werden, dass B am 19.12.2021 positiv war. Die Anordnung der Testung ermöglichte somit nicht die Erlangung verfahrenserheblicher Tatsachen und war somit rechtswidrig.

Hinweis: Spezialkenntnisse wurden hier nicht erwartet. Man sollte zumindest erkannt haben, dass es hier um eine Untersuchungsanordnung i.S.d. § 81a StPO geht.

⁴⁷ NK StGB/Paeffgen/Böse/Eidam, 6. Aufl. 2023, § 224 Rn. 28.