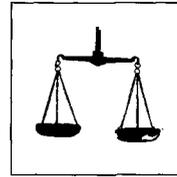


Leitsatz zu BGH, Urteil vom 22. November 1991 (2 StR 376/91)

Die Entnahme von Geld aus einem Bankautomaten mit Hilfe einer gefälschten Codekarte ist nicht als Diebstahl, sondern als Computerbetrug strafbar



## Computerbetrug mittels gefälschter Codekarte

Anmerkung zu BGH jur-pc 1/92, S. 1398 (= NJW 1992, 445)

Ulfried Neumann

Die Entscheidung verdient im Ergebnis und im wesentlichen auch in der Begründung Zustimmung:

1.  
a) Zutreffend bejaht der Senat die Anwendbarkeit des Tatbestands des Computerbetrugs (§ 263 a StGB). Die von einigen Autoren vertretene Ansicht, der Begriff der „Beeinflussung des Ergebnisses eines Datenverarbeitungsvorgangs“ setze die Existenz eines bereits in Gang gesetzten Datenverarbeitungsvorgangs voraus, wird zu Recht zurückgewiesen. Es kann in der Tat keinen Unterschied machen, ob der Täter den Datenverarbeitungsvorgang erst in Gang setzt und dann manipuliert oder ob beide Handlungen zusammenfallen. Erst recht setzt § 263 a StGB nicht voraus, daß der Datenverarbeitungsvorgang durch eine andere Person in Gang gesetzt wurde. Der Gefahr, daß bei dieser Interpretation die bloße Inbetriebnahme eines computergesteuerten Automaten unter § 263 a StGB subsumiert werden könnte, kann durch eine restriktive Interpretation der Handlungsmodalitäten des Tatbestands, insbesondere des Merkmals der „unbefugten Einwirkung“, begegnet werden<sup>1</sup>.

b) Im Ergebnis Zustimmung verdient auch die Zurückweisung der verfassungsrechtlichen Bedenken, die unter dem Gesichtspunkt der mangelnden Bestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG) gegen die Verwendung des Merkmals „unbefugt“ in § 263 a StGB gelegentlich erhoben worden sind. Fragwürdig erscheint allerdings die Begründung des Senats, § 263 a StGB werde hinsichtlich dieser Tatbestandsalternative (auch) durch die zu ihr ergangene einschlägige höchstrichterliche Rechtsprechung konturiert. Denn Art. 103 Abs. 2 GG verlangt eine hinreichende Bestimmtheit des Bereichs strafbarer Handlungen durch das Gesetz, nicht durch die zu ihm ergangene Rechtsprechung. Die auch in anderen Entscheidungen des Bundesgerichtshofs<sup>2</sup> und vom Bundesverfassungsgericht<sup>3</sup> vertretene Auffassung des Senats ist schon deshalb unbefriedigend, weil sie die Annahmen eines Zustands verfassungswidriger Unbestimmtheit des Gesetzes vor Beginn bzw. Stabilisierung der einschlägigen Rechtsprechung impliziert.

Den verfassungsrechtlichen Bedenken läßt sich aber durch eine restriktive Interpretation des Merkmals „unbefugt“ in den Alternativen der „unbefugten Verwendung von Daten“ und der „unbefugten Einwirkung“ Rechnung tragen. Danach setzt die unbefugte Verwendung von Daten voraus, daß sich die mangelnde Befugnis gerade auf die Verfügung über die fraglichen Daten bezieht<sup>4</sup>. Diese Voraussetzung ist bei der Verwendung von Daten, die – wie hier – anderen Personen zugeordnet sind, gegeben.

2.  
Bei der Prüfung des Diebstahltatbestands (§ 242 StGB) verneint der Senat überzeugend einen Gewahrsamsbruch durch Ansichnehmen der vom Geldautomaten freigegebenen Geldscheine. Allerdings ist die Bejahung einer „funktionsgerechten Bedienung“ des Automaten, in der der Senat in Übereinstimmung mit BGHSt 35, 152, 158 ff. das entscheidende Kriterium für eine Gewahrsamsübertragung sieht, nicht ganz unproblematisch, weil der Angeklagte zur Erlangung des Geldes eine gefälschte Codekarte benutzt hat. Hier wird teilweise argumentiert, nach dem Bedienungsprogramm des Automaten sollte das Abheben von

*Kein bereits in Gang gesetzter Datenverarbeitungsvorgang erforderlich*

*Keine mangelnde Bestimmtheit des Begriffs „unbefugt“*

*Gewahrsamsbruch und „funktionsgerechte Bedienung“*

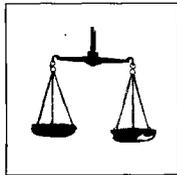
*Prof. Dr. Ulfried Neumann ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht, Rechtsphilosophie und Rechtssoziologie der Universität des Saarlandes.*

<sup>1</sup> Vgl. Neumann, JuS 1990, 535, 537.

<sup>2</sup> BGHSt 28, 312, 313; 30, 285, 287/288.

<sup>3</sup> BVerfG NJW 1987, 43, 46 m.w.Nachw.

<sup>4</sup> Dazu Schönke/Schröder/Cramer, 1991, § 263 a Rdnr. 9; zur Alternative der „unbefugten Einwirkung“ vgl. Neumann, JuS 1990, 535, 537.



*Parallelen zum Einwerfen von Falschgeld*

*Gewahrsamsbruch durch perfekte Fälschung oder fehlerhaftes Bedienungsprogramm?*

*Entscheidend: Das „normative“ Funktionsprogramm des Automaten*

*Die Gewahrsamsdisposition*

Geld nur bei Verwendung einer echten Codekarte möglich sein; folglich fehle es in diesen Fällen an einer funktionsgerechten Bedienung des Automaten und damit an einer Gewahrsamsübertragung<sup>5</sup>. Gegen diese Argumentation läßt sich nicht einwenden, daß dieses Bedienungsprogramm technisch nur mangelhaft umgesetzt und deshalb eine Bedienung eines Automaten mittels einer gefälschten Karte technisch möglich war. Denn für die Abgrenzung von Gewahrsamsbruch und Gewahrsamsübertragung kommt es auf die Struktur des Bedienungsprogramms, nicht auf die Perfektion seiner technischen Umsetzung an<sup>6</sup>. Zu Unrecht verneint der Senat hier eine Parallele zu dem Einwerfen von Falschgeld in einen Warenautomaten, die zur Begründung eines Gewahrsamsbruches bei Verwendung einer unechten Codekarte mit herangezogen wird. Denn so richtig es ist, daß es im einen Fall um die Betätigung eines mechanischen, im anderen um die Aktivierung eines elektronischen Ablaufprogramms geht: Ein Grund für eine Ungleichbehandlung unter normativen Gesichtspunkten ist nicht zu erkennen. Für die Abgrenzung von Gewahrsamsbruch und automatisierter Gewahrsamsübertragung kann es in beiden Fällen nur auf den Gesichtspunkt der funktionsgerechten Bedienung des Automaten ankommen.

Bejaht man in den Fällen des Einwerfens von Falschgeld einen Gewahrsamsbruch mit der Begründung, hier erfolge die Warenausgabe nicht aufgrund der Struktur des Bedienungsprogramms, sondern aufgrund der mangelhaften technischen Realisierung dieses Programms, dann lautet für den vorliegenden Fall die entscheidende Frage:

War die Verwendung der gefälschten Codekarte möglich, weil sie dem Bedienungsprogramm des Automaten entsprach oder aber weil dieses Bedienungsprogramm fehlerhaft umgesetzt war? Der BGH entscheidet die Frage im ersten Sinne. Maßgebend dafür ist die Überlegung, daß es nicht auf die Echtheit des Datenträgers, sondern auf die Verwendung der vorgesehenen Daten ankommt. Das ist jedenfalls für die Fälle einsichtig, in denen eine Prüfung der Echtheit der Codekarte nach dem Konstruktionsprogramm des Geldautomaten nicht erfolgen sollte, also bei Geräten ohne Sicherheitssystem. Bei diesen Geräten besteht die programmgemäße Bedienung in der Eingabe der „richtigen“ Daten mittels eines der Mechanik des Automaten entsprechenden Datenträgers. Weniger eindeutig ist das Ergebnis in den Fällen, in denen ein solches Sicherheitssystem vorhanden, aber zum Tatzeitpunkt defekt ist. Hier ließe sich einwenden, daß eine Kontrolle der Echtheit der Codekarte nach dem Konstruktionsprogramm des Automaten vorgesehen ist. Indes ist die Argumentation des BGH nicht von der Hand zu weisen, daß nach dem Ausfall des Sicherheitssystems die Überprüfung der Karte auf ihre Echtheit gerade nicht mehr zu den „einer Geldausgabe vorgeschalteten Funktionen der Automaten“ gehörte. Das hat jedenfalls dann zu gelten, wenn der Automat nach dem Ausfall dieses Systems bewußt in Betrieb gehalten wird. Ob anders zu entscheiden ist, wenn das Sicherheitssystem kurzfristig versagt oder im Einzelfall die Fälschung nicht „erkennt“, hatte der Senat nicht zu beurteilen.

Für die Bejahung dieser Frage spricht wiederum die Parallele zu der Betätigung eines Automaten mittels Falschgeld. Denn nach dem Gesagten kommt es in beiden Fällen nur auf das „normative“ Funktionsprogramm des Automaten an. Dieses Programm ist auch dann entscheidend, wenn seine technische Umsetzung nur unvollkommen gelungen ist und die Kontrolle deshalb im Einzelfall unterlaufen werden kann.

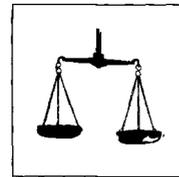
Stellt man entscheidend auf das Kriterium der funktionsgerechten Bedienung ab, dann kann es, wie der Senat zutreffend feststellt, nicht auf die Frage ankommen, ob ein Mensch an der Stelle des Automaten eine Gewahrsamsdisposition getroffen hätte. Sowenig man bei der Betätigung eines Warenautomaten mittels des Einwurfs von Falschgeld einen Gewahrsamsbruch deshalb verneinen kann, weil es an einer Wegnahme fehlt, wenn der Verkäufer, der das Falschgeld nicht erkennt, die Ware übergibt<sup>7</sup>, so wenig ist umgekehrt ein Gewahrsamsbruch bei der Betätigung eines Geldautomaten deshalb zu bejahen, weil ein Bankangestellter die Auszahlung des Geldes verweigert hätte<sup>8</sup>. Solange Mensch und Automat über unterschiedliche Prüfungs- und Entscheidungskriterien verfügen, sind Vergleiche dieser Art ohne Relevanz.

<sup>5</sup> So für die fraglichen Fälle der Benutzung einer gefälschten Codekarte, Bieber, JuS 1989, 475, 477.

<sup>6</sup> Vgl. dazu Neumann, JuS 1990, 535, 538 m. FN 38.

<sup>7</sup> Vgl. FN 6.

<sup>8</sup> So aber Arzt-Weber, BT, LH3, 2, 1986, Rn. 186.



## 3.

Nach der detaillierten und im Ergebnis wie weithin in der Begründung zutreffenden Prüfung des Diebstahlsbestands (§ 242 StGB) überrascht die lakonische Knappheit, mit der der Senat eine Strafbarkeit nach § 246 StGB verneint. Folgt man der m. E. überzeugenden Rechtsprechung des BGH zum Mißbrauch einer fremden (echten) Codekarte an Geldautomaten, dann wären im vorliegenden Fall der Benutzung einer unechten Codekarte die Voraussetzungen des § 246 StGB – blendet man § 263 a StGB zunächst aus – a fortiori zu bejahen. Denn wenn schon bei der Verwendung einer von der Bank an einen Dritten ausgegebenen echten Codekarte ein Übereignungswille der Bank hinsichtlich der vom Automaten ausgegebenen Geldscheine zu verneinen ist<sup>9</sup>, dann erst recht bei der Verwendung einer von der Bank niemals ausgegebenen unechten Karte<sup>10</sup>.

Der Senat will, wie der Hinweis auf die Fundstelle bei Lackner ergibt, die Anwendbarkeit des § 246 StGB hier deshalb verneinen, weil sich der Täter die Geldscheine schon vor der Gewahrsamerlangung, dem frühestmöglichen Zeitpunkt für eine im Sinne des § 246 StGB tatbestandsmäßigen Zueignung, durch die „Anschaffungshandlung“ des § 263 a StGB zugeeignet haben. Er erteilt damit den konkurrierenden Ansichten eine Absage, die in diesen Fällen teilweise einen Vorrang des § 246 StGB<sup>11</sup>, teilweise Tateinheit zwischen Unterschlagung (§ 246 StGB) und Computerbetrug (§ 263 a StGB)<sup>12</sup> annehmen. Geht man mit dem Senat davon aus, daß § 263 a StGB gegenüber § 242 StGB in den fraglichen Fällen lex specialis ist – wobei der Senat bei seinem Hinweis auf Entstehungsgeschichte und Systematik des Gesetzes allerdings die Konkurrenzfrage von dem Problem der tatbestandsmäßigen Voraussetzungen eines Gewahrsamsbruchs nicht klar abgrenzt –, dann käme statt dessen auch hinsichtlich des Unterschlagungsstatbestands eine Lösung auf der Konkurrenzzebene (Vorrang des § 263 a StGB)<sup>13</sup> in Betracht. Im Ergebnis verdient die Annahme einer Strafbarkeit ausschließlich nach § 263 a StGB jedenfalls Zustimmung.

*Die Prüfung von § 246 StGB*

*Anschaffungshandlung nach § 263 a StGB zeitlich vor Zueignung gem. § 246 StGB*

<sup>9</sup> BGHSt 35, 152, 161 ff.

<sup>10</sup> Umgekehrt präjudiziert die Annahme einer Übereignung des Geldes an den Täter bei Mißbrauch der Originalkarte (so Wiechers, JuS 1979, 847; Seelmann, JuS 1985, 289) noch nicht eine entsprechende Lösung bei der Verwendung einer gefälschten Karte.

<sup>11</sup> Ranft, JR 1989, 165.

<sup>12</sup> Bieber, JuS 1989, 475, 478 (zu § 242 StGB).

<sup>13</sup> Schönke/Schröder/Cramer, § 263 a Rn. 18.