

# Betrugsschaden und Versuchsbeginn bei Abo-Fallen im Internet

Von Prof. Dr. Paul Krell, Hamburg\*

## I. Ausgangspunkt: Geklärte und offene Fragen der Abo-Fallen

Strafrechtspraxis und -wissenschaft haben sich in jüngerer Zeit mit der Strafbarkeit von Betreibern so genannter Abo-Fallen befasst.<sup>1</sup> Dabei geht es um Internetseiten, auf denen Leistungen angeboten werden, die im Internet üblicherweise kostenfrei verfügbar sind. Dennoch planen die Betreiber, für ihr Angebot Geld zu verlangen. Deshalb gehen sie wie folgt vor: Die Besucher der Seite müssen sich registrieren, um auf die Inhalte zugreifen zu können; nur an versteckter Stelle erfolgt der Hinweis, dass sie dadurch ein (zumeist dreimonatiges) kostenpflichtiges Dauerschuldverhältnis eingehen. Später erhalten die Nutzer eine Rechnung (per E-Mail oder auch per Post). Zur Veranschaulichung und als Ausgangsbeispiel für die weiteren Überlegungen soll die Leitentscheidung des BGH dienen.

*Ausgangsbeispiel* (leicht abgewandelt nach BGH NJW 2014, 2595): T programmierte eine Internetseite, die einen Routenplaner zur Verfügung stellte, ein Service, den zahlreiche Seiten anbieten. Klickten die Besucher nach Angabe von Start- und Zielort auf „Route berechnen“, erschien ein Registrierungsformular. Darunter befand sich ein Feld „Route planen“. Die dazugehörige Sternchenfußnote enthielt nach einem längeren Text den Hinweis, der Preis für die dreimonatige Nutzung der Seite betrage 59,95 EUR. Auf Monitoren mit einer geringen Auflösung war die gesamte Sternchenfußnote nicht sichtbar. Die registrierten Nutzer erhielten alsbald eine Rechnung und zahlten das Entgelt in Höhe von 59,95 EUR.<sup>2</sup>

Im Zentrum der strafrechtlichen Bewertung stehen der Betrugstatbestand (§ 263 StGB)<sup>3</sup> und die Frage, ob die Nutzer trotz des versteckten Hinweises auf die Entgeltlichkeit getäuscht wurden.<sup>4</sup> Darum soll es hier nicht gehen. In der

Routenplaner-Entscheidung werden dagegen zwei weitere Aspekte nur gestreift, auf die es nach Ansicht des *Senats* nicht ankam, die es aber gleichwohl verdienen, näher betrachtet zu werden: Wann beginnt der Abo-Fallen-Betrug – und wann ist er vollendet? Es lohnt sich, diese beiden Punkte im Zusammenhang zu erörtern, weil sich zum Versuchsbeginn nur dann abschließend etwas sagen lässt, wenn Klarheit über den Vollendungszeitpunkt besteht. Gleichzeitig führt ein späterer Vollendungszeitpunkt dazu, dass frühere Handlungen vom Erfolg zeitlich weiter entfernt sind und potenziell auch die Zahl eventuell erheblicher Zwischenschritte steigt.

Beides zeigt sich schon an der Routenplaner-Entscheidung. Über eine Vollendungsstrafbarkeit musste der BGH nicht entscheiden: Schon das LG hatte lediglich einen versuchten Betrug angenommen, da es sich offenbar nicht von einem Irrtum bei den Täuschungsadressaten überzeugen konnte.<sup>5</sup> Zum Tatentschluss hat der BGH ausgeführt, dass der Angekl. (jedenfalls) mit Zahlungen gerechnet hätte und insofern einen Schaden herbeiführen wollte. Deshalb komme es nicht darauf an, ob ein Schaden schon zu einem früheren Zeitpunkt eintreten könne.<sup>6</sup> Zum Versuchsbeginn heißt es, der Angekl. habe unmittelbar angesetzt, „indem er das Angebot für ein kostenpflichtiges Routenplanerabonnement auf der von ihm verantwortlich gestalteten Internetseite eingestellt“ habe.<sup>7</sup> Das verwundert in dieser Pauschalität, weil zwischen diesem Zeitpunkt und der Zahlung, an die der BGH anknüpft, nicht nur einige Zeit, sondern auch der eine oder andere Schritt lag: Nutzer mussten sich auf der Seite umsehen, sich dort registrieren und eine Rechnung erhalten. Warum das keine wesentlichen Zwischenschritte sein sollen, ist nicht auf Anhieb ersichtlich.<sup>8</sup> Je früher nun der Schaden eintritt, desto geringer ist die Anzahl der Zwischenschritte, sodass sich *prima facie* auch der Versuchsbeginn nach vorne verschieben dürfte.

---

\* Der *Verf.* ist Inhaber einer Juniorprofessur für Strafrecht an der Bucerius Law School in Hamburg.

<sup>1</sup> Vgl. zum Begriff und den typischen Vorgehensweisen etwa *Wimmer*, in: *Wabnitz/Janovsky* (Hrsg.), *Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts*, 4. Aufl. 2014, 7. Kap. Rn. 5 ff.

<sup>2</sup> Der Entscheidung des BGH lag eine Kombination aus dem Ausgangsbeispiel und Beispiel 2 zugrunde: 261 Nutzer hatten sich auf der Seite angemeldet, aber nur zehn von ihnen hatten auch gezahlt.

<sup>3</sup> Eine Strafbarkeit wegen unerlaubter Werbung (§ 16 UWG) lässt sich in der Regel nicht begründen, weil es an der Absicht fehlt, den Anschein eines besonders günstigen Angebots zu erwecken (näher *Brammsen/Apel*, *WRP* 2011, 1254 [1256 ff.]).

<sup>4</sup> Siehe zu dieser Diskussion *Eisele*, *NStZ* 2010, 193 (194 ff.); *Krack*, *ZIS* 2014, 536 (538 ff.); monographisch *Klisa*, *Betrug trotz wahrer Erklärung am Beispiel von Abo-Fallen im Internet und Ping-Anrufen*, 2017. Krit. zur üblichen Kennzeichnung dieser Fallgruppe als Täuschung mit wahren Aussagen *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen* (Hrsg.), 5. Aufl. 2017, § 263 Rn. 104. Darüber hinaus ist umstritten,

---

ob und inwiefern die Richtlinie über unlautere Geschäftspraktiken 2005/29/EG eine einschränkende unionsrechtskonforme Auslegung des Irrtumsmerkmals fordert. Der BGH verneinte das prinzipiell und hat dafür einige Kritik erfahren (vgl. die krit. Bespr. von *Hecker*, *JuS* 2014, 1043, und die Anm. von *N. Müller*, *NZWiSt* 2014, 393; *Rönnau/Wegner*, *JZ* 2014, 1060. Weitere Nachw. bei *Dannecker*, in: *Graf/Jäger/Wittig* [Hrsg.], *Wirtschafts- und Steuerstrafrecht*, 2. Aufl. 2015, § 263 Rn. 8).

<sup>5</sup> Vgl. BGH BeckRS 2014, 14294 Rn. 10 (insofern in NJW 2014, 2595 nicht abgedruckt), wo es – leicht missverständlich – heißt, „es sei nicht nachzuweisen, dass tatsächlich Nutzer der Seite getäuscht worden seien.“

<sup>6</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2598).

<sup>7</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2599).

<sup>8</sup> Der *Senat* hätte es sich freilich auch hier leichtmachen können, weil alle diese Zwischenschritte abgeschlossen waren und es deshalb überhaupt nicht darauf ankam, ob der Angekl. schon zu einem derart frühen Zeitpunkt angesetzt hatte.

In anderen Szenarien kann der Vollendungszeitpunkt auch nicht einfach offenbleiben. Das verdeutlicht eine Abwandlung des Ausgangsbeispiels.

*Beispiel 2:* Die Nutzer melden sich irrtumsbedingt an und erhalten daraufhin Rechnungen. Davon sind sie ebenso überrascht wie entrüstet, verweigern deshalb ausnahmslos die Zahlung und erstatten stattdessen Strafanzeige gegen T.

In Fällen dieser Art ist entscheidend, ob bereits die Registrierung – die übliche Bezeichnung „Anmeldung“ ist unglücklich, weil Anmeldung üblicherweise den Log-In-Vorgang bei einem bestehenden Nutzerkonto meint – einen Vermögensschaden verursacht. Noch völlig ungeklärt ist die Frage nach dem Versuchsbeginn. Doch auch sie kann leicht praktisch werden,<sup>9</sup> wenn es an einem Irrtum und/oder an einem Vermögensschaden fehlt. Dazu zwei weitere Beispiele:

*Beispiel 3:* T programmiert eine Abo-Falle. Einige Nutzer sehen sich die Seite an, aber erkennen den Täuschungsversuch sofort und erstatten Strafanzeige. Niemand meldet sich an.

*Beispiel 4:* Als der Webservice-Anbieter die Inhalte der Seite prüft, schaltet er sie ab, noch bevor sich irgendjemand auf diese verirrt.

Hier kommt es entscheidend darauf an, ob es sich jeweils schon um einen Betrugsversuch oder noch um eine straflose Vorbereitung handelt.

Weil es nach den bisherigen Überlegungen naheliegt, dass der Versuchsbeginn vom Vollendungszeitpunkt abhängt, ist Letzterer zunächst zu untersuchen (II.). Erst dann kann der Blick zum Versuchsbeginn wandern (III.). Abschließend werden die Beziehungen und Wechselwirkungen von Vollendungszeitpunkt, Versuchsbeginn sowie Versuchs- und Schadensdogmatik aufgezeigt (IV.).

### II. Zum Betrugsschaden bei Abo-Fallen

Für den Schaden ist zunächst die zivilrechtliche Beurteilung von Abo-Fallen bedeutsam: Ist der Vertrag wirksam, so handelt es sich unproblematisch um einen Eingehungsbetrug.<sup>10</sup> Ist er es nicht, scheidet auch ein Eingehungsschaden aus, weil dieser nach allgemeinem Verständnis einen Vertragsschluss voraussetzt.<sup>11</sup> Das heißt indes nicht, dass nicht gleichwohl ein Gefährdungsschaden in Betracht kommt.

Die zivilrechtliche Lage hat sich allerdings zwischenzeitlich geändert. Am 1.8.2012 ist das Gesetz zur Änderung des Bürgerlichen Gesetzbuchs zum besseren Schutz der Verbraucherinnen und Verbraucher vor Kostenfallen im elektronischen Geschäftsverkehr und zur Änderung des Wohnungsei-

<sup>9</sup> Siehe auch *Kliegel*, JR 2013, 389 (400).

<sup>10</sup> So tendenziell *Kliegel*, JR 2013, 389 (399), der den Schaden aber noch davon abhängig machen will, ob der Vertrag frei widerrufbar (dann kein Schaden) oder nur anfechtbar ist (dann Schaden).

<sup>11</sup> Siehe etwa BGH NStZ 2016, 674 (675); *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 41. Aufl. 2018, Rn. 539. Über dieses Problem geht *Hatz*, JA 2012, 186 (188 f.), beim Schaden einfach hinweg, obwohl er bei der Vermögensverfügung noch die Auffassung vertritt, es müsse kein Anspruch entstehen.

gentumsgesetzes in Kraft getreten.<sup>12</sup> Herzstück der Regelung war § 312g BGB, der infolge einer weiteren Reform im Verbraucherschutzrecht am 13.6.2014 zu § 312j BGB geworden ist. Die Vorschrift enthält in Abs. 3 die so genannte Button-Lösung, wonach bei Verbraucherverträgen im elektronischen Verkehr Verbraucher ausdrücklich bestätigen müssen, dass sie zahlungspflichtig bestellen. Der „Button“, auf den die Nutzer zur Bestellung klicken, muss also einen Hinweis auf die Zahlungspflicht enthalten.<sup>13</sup> Verletzt der Unternehmer die Pflicht aus § 312j Abs. 3 BGB, kommt gem. § 312j Abs. 4 BGB kein Vertrag zustande.

Zuvor ist das – was aus strafrechtlicher Sicht für Altfälle bedeutsam bleibt – bei Abo-Fallen umstritten gewesen. Zum Teil wurde ein Vertragsschluss mit der Erwägung verneint, es fehle nach dem objektiven Empfängerhorizont am Rechtsbindungswillen.<sup>14</sup> Manche gingen von einem offenen Dissens aus und verneinten daher gem. § 155 BGB einen Vertragsschluss.<sup>15</sup> Andere nahmen Nichtigkeit wegen Sittenwidrigkeit gem. § 138 Abs. 1 BGB an. Vereinzelt Stimmen hielten den Vertrag dagegen für wirksam.<sup>16</sup> Auch der Gesetzgeber nahm an, dass schon in Altfällen in der Regel kein Vertrag zustande gekommen sei; praktisch helfe das aber wenig, wenn und weil die Verbraucher von einem Vertragsschluss ausgingen.<sup>17</sup> Von diesem Standpunkt aus ist § 312j Abs. 4 BGB damit für die meisten Fälle deklaratorisch, soll aber den Vorzug aufweisen, „auch juristischen Laien eine hinreichend sichere Beurteilung [zu] ermöglichen“.<sup>18</sup> Insofern geht der Gesetzgeber zwar davon aus, dass sich das Problem der Abo-Fallen auch durch die Neuregelung nicht erledigen wird, weil sich die Seitenbetreiber kaum an die neue Regelung halten werden, sondern entweder auf Umgehungsstrategien setzen oder einfach weiter so vorgehen werden wie bisher.<sup>19</sup> Jedenfalls steht nach neuem Recht nun aber außer Frage, dass bei Abo-Fallen kein wirksamer Vertrag zustande kommt.

Diese Rechtslage hat nun Auswirkungen auf die strafrechtliche Bewertung des Schadens bei Abo-Fallen und damit

<sup>12</sup> BGBl. I 2012, S. 1084.

<sup>13</sup> Die Regelung dürfte der schon zuvor herrschenden Ansicht zusätzliche Überzeugungskraft verleihen, wonach bei Abo-Fallen eine konkludente Täuschung anzunehmen ist, weil insofern auch die gesetzlich vorgesehene Risikoverteilung maßgeblich ist – und § 312j BGB insofern eine klare Regelung trifft (zutr. *Kliegel*, JR 2013, 389 [398]; *Wimmer* [Fn. 1], Kap. 7 Rn. 11).

<sup>14</sup> So *Buchmann/Majer/Hertfelder/Vögelein*, NJW 2009, 3189 (3190); *Kliegel*, JR 2013, 389 (390 f.); *Kredig/Uffmann*, ZRP 2011, 36; *Raue*, MMR 2012, 438 (439).

<sup>15</sup> So LG Mannheim MMR 2010, 241; LG Berlin MMR 2012, 95.

<sup>16</sup> So z.B. *Alexander*, NJW 2012, 1985 (1986). Z.T. wurde allerdings ein *unentgeltlicher* Vertrag angenommen (*Ellbogen/Saerbeck*, CR 2009, 131 [132 ff.]). Dann scheidet ein Eingehungsschaden aus, doch kommt selbstverständlich ein Erfüllungsbetrug in Betracht.

<sup>17</sup> Vgl. BT-Drs. 17/7745, S. 6.

<sup>18</sup> BT-Drs. 17/7745, S. 6.

<sup>19</sup> Siehe auch *Kliegel*, JR 2013, 389 (393).

für den Vollendungszeitpunkt. In der Routenplaner-Entscheidung hat der 2. *Strafsenat* den genauen Schadenszeitpunkt offengelassen:

„Unabhängig davon, ob – wovon das LG ausgegangen ist – bereits das Eingehen der (vermeintlichen) Verbindlichkeit einen Vermögensschaden begründet hätte, war der Vorsatz des Angekl. darauf gerichtet, unter Umgehung eines möglichen Widerrufsrechts die täuschungsbedingt eingegangene Verpflichtung durchzusetzen und den im Bestellvorgang eines ‚praktisch wertlosen‘ Routenplaners angelegten Schaden zu realisieren. Infolge der Zahlung des Abonnementpreises wäre nicht nur eine Vermögensgefährdung, sondern bereits ein Erfüllungsschaden eingetreten.“<sup>20</sup>

Auf Basis dieser Überlegungen ist es allerdings merkwürdig, wenn der *Senat* letztlich auf einen individuellen Schadensanschlag abstellt, wo er doch selbst bemerkt, die Routenplaner seien „praktisch wertlos“ gewesen.<sup>21</sup> Kritisiert wurde ferner, dass das Gericht für die Täuschung auf die Angaben auf der Internetseite abstellt, den Schaden dann aber in der Zahlung sieht, weil dazwischen unter Umständen eine weitere Täuschung und ein weiterer Irrtum liegen.<sup>22</sup>

In Beispiel 2 muss man jedenfalls – nach neuem Recht und unter der Prämisse, dass die übrigen Tatbestandsmerkmale des Betrugs erfüllt sind – fragen, ob auch bei unwirksamem Vertrag ein Schaden eintritt. Einige bejahen das aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtung.<sup>23</sup> Entscheidend und ausreichend sei die Möglichkeit, das Opfer werde die Unwirksamkeit verkennen und deshalb auf die vermeintliche Forderung leisten. Dagegen spricht aber, dass die wirtschaftliche Lage des vermeintlichen Vertragspartners zunächst einmal unverändert bleibt. Die Möglichkeit, dass auf die vermeintliche Schuld geleistet wird, ist nicht mehr als die *Gefahr einer Vermögensverfügung*.<sup>24</sup> Diese kann aber für einen Schaden noch nicht ausreichen.<sup>25</sup> Das gilt umso mehr

seit der Grundsatzentscheidung des BVerfG, wonach der Gefährdungsschaden restriktiv zu handhaben ist.<sup>26</sup> Ungeachtet aller Einzelfragen sollte gelten, dass eine Zukunftsprognose allein die Annahme eines Schadens nicht trägt, solange sie nicht „normativ eingehegt“ ist.<sup>27</sup> Deshalb ist die Schadensbegründung stets problematisch, wenn sie *ausschließlich* auf der Erwägung beruht, ein bestimmtes Ereignis werde mit einer hinreichenden Wahrscheinlichkeit eintreten. Insofern macht es einen prinzipiellen Unterschied, ob der Täter schon eine Verbindlichkeit eingeht, weil dann bereits ein normativer Anknüpfungspunkt vorhanden ist.<sup>28</sup> Dagegen fehlt es an einem Schaden, solange das Vermögen gegenwärtig noch nicht gemindert ist und allein die Möglichkeit besteht, dass es zukünftig gemindert wird, mag dies auch wahrscheinlich sein.<sup>29</sup>

Deshalb ist es auch nicht überzeugend, wenn *Hefendehl* in Fällen unwirksamer Verträge auf Basis einer am Bilanzrecht orientierten Sichtweise einen Gefährdungsschaden mit der Erwägung bejaht, das Opfer glaube an eine Verbindlichkeit und müsse daher Rückstellungen bilden, weil so das einschränkende Potenzial dieses Ansatzes in sein Gegenteil verkehrt zu werden droht.<sup>30</sup> Bei den Abo-Fällen geht allerdings auch *Hefendehl* von einer hinreichenden Vermeidbarkeit des Opfers aus und verneint daher einen Vermögensschaden durch den vermeintlichen Vertragsschluss.<sup>31</sup>

Wenn die Registrierung demnach keinen Schadenseintritt begründet, bleibt nur die Möglichkeit, auf die spätere Zahlung abzustellen, die sodann zu einem Erfüllungsschaden führt.

---

JR 2013, 389 (399), sowie tendenziell *Eisele*, NStZ 2010, 193 (197 f.).

<sup>26</sup> Vgl. zunächst BVerfGE 126, 170 (211 f.) zur Untreue, sodann BVerfGE 130, 1 (46 ff.) zum Betrug.

<sup>27</sup> So treffend *Gaede*, in: Leipold/Tsambikakis/Zöller (Hrsg.), AnwaltKommentar, Strafgesetzbuch, 2. Aufl. 2015, § 263 Rn. 123.

<sup>28</sup> Deswegen ist es z.B. mit der hier vertretenen Ansicht prinzipiell vereinbar, einen Schaden mit der naheliegenden Möglichkeit zu begründen, der Verkäufer eines Pkw habe von Anfang an vorgehabt, diesen später von der Polizei beschlagnahmen zu lassen (BGH NStZ 2015, 514; dazu *Begemeier/Wölfel*, NStZ 2016, 129). Denn dort hat der Käufer bereits verfügt und man kann dann in der Gesamtsaldierung auf Wahrscheinlichkeiten abstellen, die den Wert der Gegenleistung betreffen. Wer sich bei einer Abo-Falle anmeldet, verfügt aber noch nicht, es sei denn, der irrige Glauben an eine rechtsverbindliche Verpflichtung reichte dafür aus.

<sup>29</sup> Deshalb sind sub specie Gefährdungsschaden diejenigen Fälle besonders zweifelhaft, in denen sich jemand ausschließlich eine Zugriffsmöglichkeit auf fremdes Vermögen verschafft, ohne diese jedoch zu realisieren (vgl. *Krell*, NZWiSt 2013, 371 [375]).

<sup>30</sup> *Hefendehl* (Fn. 23), S. 344; zur Kritik siehe bereits *Krell*, Untreue durch Stellenbesetzungen, 2015, S. 160.

<sup>31</sup> *Hefendehl* (Fn. 22), § 263 Rn. 813.

<sup>20</sup> BGH NJW 2014, 2595 (2598).

<sup>21</sup> Krit. auch *Krack*, ZIS 2014, 536 (544).

<sup>22</sup> Auch dazu *Krack*, ZIS 2014, 536 (543 f.), mit Überlegungen zu alternativen Begründungsansätzen. Siehe ferner *Hefendehl*, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 263 Rn. 814.

<sup>23</sup> OLG Köln MDR 1974, 157; *Hefendehl*, Vermögensgefährdung und Exspektanzen, 1994, S. 343 ff.; *Perron*, in: Schöнке/Schröder, Kommentar, Strafgesetzbuch, 30. Aufl. 2019, § 263 Rn. 56; *Wahl*, Die Schadensbestimmung beim Eingehungs- und Erfüllungsbetrug, 2007, S. 117 ff.; speziell für Abo-Fällen auch *Buchmann/Majer/Hertfelder/Vögelein*, NJW 2009, 3189 (3193); *Hatz*, JA 2012, 186 (188); wohl auch *Brammsen/Apel*, WRP 2011, 1254 (1256).

<sup>24</sup> Zutr. *Puppe*, MDR 1973, 12 (13).

<sup>25</sup> *Cramer*, Vermögensbegriff und Vermögensschaden im Strafrecht, 1968, S. 148; *Klein*, Das Verhältnis von Eingehungs- und Erfüllungsbetrug, 2003, S. 120; *Riemann*, Vermögensgefährdung und Vermögensschaden, 1989, S. 89 ff.; für Abo-Fällen ebenso *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 66. Aufl. 2019, § 263 Rn. 176a; *Kölbel*, in: Achenbach/Ransiek/ Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 4. Aufl. 2015, 5. Teil Kap. 1 Rn. 202; i.E. auch *Kliegel*,

### III. Der Versuchsbeginn bei Abo-Fallen

Sofern aber der Erfolg später eintritt, liegt es prima facie nahe, dass sich auch der Versuchsbeginn verschieben könnte: Das wird besonders deutlich anhand der Leitlinien der Rspr., wonach jemand unmittelbar ansetzt, wenn er oder sie Handlungen vornimmt, die in ungestörtem Fortgang ohne wesentliche Zwischenakte unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen oder in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen sollen.<sup>32</sup> Denn die spätere Zahlung ist der Registrierung zeitlich (unter Umständen: deutlich) nachgelagert. Zudem drängt sich der Einwand auf, der Rechnungsversand sei ein wesentlicher Zwischenschritt. In den Beispielen 3 und insbesondere 4, in denen sich überhaupt niemand registriert, ist der tatbestandliche Erfolg noch ein gutes Stück entfernt.

Der 2. *Strafsenat* formuliert zum Versuchsbeginn nur ebenso apodiktisch wie weitgehend: „Kein Zweifel [!] besteht daran, dass der Angekl. zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar angesetzt hat (§ 22 StGB), indem er das Angebot für ein kostenpflichtiges Routenplanerabonnement auf der von ihm verantwortlich gestalteten Internetseite eingestellt hat, ohne die Kostenpflichtigkeit hinreichend kenntlich zu machen.“<sup>33</sup> Andere Stellungnahmen behaupten nicht nur pauschal das Gegenteil, sondern verlagern den Versuchsbeginn deutlich weiter nach hinten: „Mit der Bereitstellung der Seite und der Nutzung des Angebots durch einen Verbraucher befindet sich der Seitenbetreiber noch im Stadium der Tatvorbereitung.“<sup>34</sup>

Angesichts dieser beiden Extrempositionen erscheint es sinnvoll, zunächst einmal verschiedene Zeitpunkte abzuschichten, die für den Versuchsbeginn relevant sein könnten. Dies sind jedenfalls: erstens die Inbetriebnahme der Homepage (Beispiel 4), zweitens der Besuch der Seite durch Nutzer (Beispiel 3), drittens die Registrierung (also der vermeintliche Vertragsschluss), viertens der Versand der Rechnung und fünftens deren Zugang.

#### 1. Täuschung und Teilverwirklichung

Der frühestmögliche Zeitpunkt für das unmittelbare Ansetzen ist demnach die Inbetriebnahme der Internetseite durch den Betreiber. Dazu heißt es zumeist, in der Verschleierung der Kostenpflichtigkeit liege die maßgebliche Täuschungshandlung.<sup>35</sup> Wenn das richtig wäre, so hätte der Seitenbetreiber bereits die tatbestandliche Handlung vorgenommen.

<sup>32</sup> BGHSt 48, 34 (35 f.); BGH NStZ 2013, 156 (157).

<sup>33</sup> So BGH NJW 2014, 2595 (2599).

<sup>34</sup> So *Kliegel*, JR 2013, 389 (399). Die Ausführungen sind an dieser Stelle zwar möglicherweise missverständlich, weil er dort von der Vollendung abgrenzt; auf S. 400 wird für den Versuchsbeginn dann aber ausdrücklich auch der Rechnungsversand gefordert.

<sup>35</sup> So z.B. *Buchmann/Majer/Hertfelder/Vögelein*, NJW 2009, 3189 (3193); *Kölbel* (Fn. 25), 5. Teil Kap. 1 Rn. 201. Spätestens nach neuem Recht ist eine solche Formulierung wohl nicht ganz treffend, weil eine Kostenpflicht nun ja eindeutig nicht mehr besteht.

#### a) Zur Teilverwirklichungsregel

Das ist deshalb wichtig, weil insbesondere das ältere Schrifttum und auch die Gesetzesbegründung zu § 22 StGB davon ausgingen, ein unmittelbares Ansetzen sei jedenfalls dann zu bejahen, wenn jemand bereits ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht, insbesondere die Tathandlung schon vorgenommen hat.<sup>36</sup> Noch 1982 befand das OLG Bamberg zum Versuchsbeginn beim (Prozess-)Betrug: „Hat der Täter ein Merkmal des Tatbestandes verwirklicht, liegt immer eine Versuchstat vor, ohne daß es auf die besondere Problematik des § 22 StGB ankommt.“<sup>37</sup> Nun war allerdings zu diesem Zeitpunkt schon zweifelhaft geworden, ob ein solches Teilverwirklichungsdogma in allen Fällen zu sachgerechten Ergebnissen führt. Am Anfang der Entwicklung steht eine Untersuchung aus dem Jahre 1972, in der *Roxin* die Frage nach dem Versuchsbeginn beim beendeten Versuch stellte und dabei geradezu beiläufig bemerkte, auf Basis seines Befundes müsse die „scheinbar so axiomatische Prämisse, daß die Durchführung der Täterhandlung unter allen Umständen einen (beendeten) Versuch darstellt, als erschüttert gelten“.<sup>38</sup>

Gut ein Jahrzehnt später hat *Burkhardt* eine Entscheidung des OLG Karlsruhe zum Anlass genommen, das Teilverwirklichungsdogma in Frage zu stellen.<sup>39</sup> Der Fall ist deshalb besonders interessant, weil es ebenfalls um den Versuchsbeginn beim Betrug ging: Die Angeklagte sprach auf der Straße eine Passantin an und behauptete, mit ihr verwandt zu sein. Dadurch und durch weitere Täuschungshandlungen, zu denen es nicht mehr kam, wollte die Angeklagte die Passantin veranlassen, ihr ein Darlehen zu gewähren. Das LG hatte sich auf die Teilverwirklichung gestützt und einen versuchten Betrug bejaht: Die Angeklagte habe schließlich schon getäuscht. Das OLG akzeptierte zwar die Prämisse der *Kammer*, lehnte aber deren Schlussfolgerung ab: Weil noch weitere Täuschungshandlungen erforderlich gewesen seien, handle es sich bei der bereits erfolgten Täuschung um keine tatbestandsmäßige. Diese Begründung ist angreifbar, weil sich nicht ohne weiteres erklärt, weshalb die Vorspiegelung eines Verwandtschaftsverhältnisses keine tatbestandliche Täuschung sein soll.<sup>40</sup> Da für das OLG insofern entscheidend war, dass die Angeklagte noch weitere Handlungen vornehmen musste, um ihr Ziel zu erreichen, ist die Begründung

<sup>36</sup> BT-Drs. 5/4095, S. 11; *Kühl*, JuS 1980, 650; weitere Nachw. bei *Küper*, JZ 1992, 338 (342).

<sup>37</sup> OLG Bamberg NStZ 1982, 247 – *Hervorhebung* nur hier. Siehe nun aber BGH wistra 2017, 390 (397 f.).

<sup>38</sup> *Roxin*, in: Schroeder/Zipf (Hrsg.), Festschrift für Reinhart Maurach zum 70. Geburtstag, 1972, S. 213 (218); wegweisend für die anschließende Diskussion ferner *Stree*, in: Baumann/Tiedemann (Hrsg.), Einheit und Vielfalt des Strafrechts: Festschrift für Karl Peters zum 70. Geburtstag, 1974, S. 179 ff.

<sup>39</sup> Vgl. *Burkhardt*, JuS 1983, 427, zu OLG Karlsruhe NJW 1982, 59.

<sup>40</sup> Wie das OLG aber bis heute etwa *Kühl*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 8. Aufl. 2017, § 15 Rn. 55; tendenziell auch *Jeschek/Weigend*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 1996, S. 520 f.

wohl auch zirkulär: Ein Versuch scheide aus, weil noch keine tatbestandliche Täuschung vorgenommen wurde; eine tatbestandliche Täuschung fehle, weil noch weitere Handlungen vorzunehmen waren.<sup>41</sup> Burkhardt zeigt auf, dass stattdessen das Dogma, das er für ein Relikt aus Zeiten der formalobjektiven Theorie hält, unzutreffend ist. Insofern verweist er auch auf eine „längst vergessene Entscheidung“ des BayObLG (wiederum zum Betrug) aus dem Jahre 1908, die dem Fall des OLG Karlsruhe strukturell ähnelte.<sup>42</sup> Das BayObLG hatte dort ausdrücklich eine Ausnahme von der Teilverwirklichungsregel zugelassen. Burkhardt pflichtet dem bei und kommt zu dem Ergebnis, dass ein unmittelbares Ansetzen zur Verwirklichung *aller Tatbestandsmerkmale* erforderlich sei.<sup>43</sup> Diese Untersuchung hat ein Umdenken eingeleitet.<sup>44</sup>

Auch der BGH hat in der Folge Ausnahmen von der Teilverwirklichungsregel zugelassen.<sup>45</sup> Selbst wenn also die Teilverwirklichungsregel in vielen Fällen zum richtigen Ergebnis führen mag und sie deshalb oft eine Indizwirkung hat, ist die Zahl der Fallkonstellationen, in denen sie in die Irre führt,

<sup>41</sup> Ähnlich Burkhardt, JuS 1983, 427 (429 m. Fn. 29).

<sup>42</sup> BayObLGSt 9, 65. Dort hatte ein entlassener Häftling die Familie eines Mithäftlings aufgesucht und vorgegeben, für diesen ein Gnadengesuch einzureichen, was jedoch 15 bis 80 Mark kosten werde. Später erklärte er, das Gnadengesuch nun zum Bürgermeisteramt tragen zu wollen. Dabei verlangte er noch kein Geld, erklärte jedoch, das werde er zu einem späteren Zeitpunkt noch tun.

<sup>43</sup> Burkhardt, JuS 1983, 427 (429) – *Hervorhebung* im Original. Zust. Maurach/Gössel/Zipf, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 8. Aufl. 2014, § 40 Rn. 45 m.N.

<sup>44</sup> Übereinstimmend Küper, JZ 1992, 338 (343 f.).

<sup>45</sup> BGHSt 31, 178 (181 f.) m. Bespr. Bloy, JR 1974, 123; Lenckner, NSTZ 1983, 408; Maaß, JuS 1984, 25. BGHSt 37, 294 lag dann aber wieder auf der Linie des OLG Karlsruhe. Der zugrundeliegende Sachverhalt war ausgesprochen undurchsichtig, weil die Feststellungen einiges im Dunkeln ließen. Insbesondere konnte der genaue Tatplan nicht aufgeklärt werden. Entscheidend war Folgendes: Der Angeklagte täuschte Mitarbeiter eines Reisebüros darüber, dass er gedenke, in einer Filiale Geld abzuholen, das er in einer anderen Filiale einzahlen werde. Dies entsprach einem Service, den das Reisebüro anbot. – Der 2. Strafsenat formulierte in dieser Entscheidung – im Ansatz etwas zurückhaltender als das OLG Karlsruhe und auf einer Linie mit dem 1. Senat –, wenn jemand bereits „Merkmale des Straftatbestands erfüllt“ habe, so sei „die Grenze zum Versuch in der Regel bereits überschritten“. Im Übrigen entspricht die Argumentation aber der des OLG Karlsruhe: Eine tatbestandmäßige Täuschung liege nicht vor, weil noch weitere Täuschungen erforderlich gewesen seien. Das ist ein Rückfall gegenüber der Entscheidung des 1. Senats, den Küper zum Anlass genommen hat, einen weiteren grundlegenden Angriff auf das Teilverwirklichungsdogma vorzunehmen; dabei erhebt er grundlegende Bedenken gegen den Ansatz, die Täuschungshandlung einschränkend auszulegen, um das Dogma zu retten (Küper, JZ 1992, 338 [insbes. 344 ff.]).

doch so hoch, dass diese Regel inzwischen als überbewertet gilt.<sup>46</sup>

Unabhängig davon, wie man zu der Teilverwirklichungsregel generell steht, dürfte jedenfalls feststehen: Die größten Schwierigkeiten bereitet sie in Betrugsfällen. Diese Fälle haben, wie die Beispiele aus der Rspr. gezeigt haben, üblicherweise dieselbe Struktur: Die Vermögensverfügung des Opfers soll durch eine „zeitlich gestreckte“ Sequenz von Täuschungshandlungen (und Irrtümern)<sup>47</sup> erreicht werden. Dass in diesen Fällen ein Versuchsbeginn umso zweifelhafter ist, je mehr Zeit zwischen diesen Täuschungen liegen soll und je wichtiger die spätere(n) Täuschung(en) für den letztlich zur Verfügung führenden Irrtum sein soll(en), dürfte anerkannt sein. Schon deshalb kann es allenfalls mit Blick auf den konkreten Einzelfall richtig sein, wenn der 2. Strafsenat in der Routenplaner-Entscheidung behauptet, der Versuch beginne „zweifellos“, sobald die Website ins Netz eingestellt werde.

#### b) Einwirkung als Täuschungserfolg?

Nun unterscheiden sich Abo-Fallen von allen bisher erwähnten Fällen noch in einem Punkt, der in den oben herausgestellten unterschiedlichen Anknüpfungspunkten für den Versuchsbeginn schon anklang: Bei all diesen Entscheidungen werden bereits Menschen getäuscht. Das ist bei Abo-Fallen nicht zwingend so: Die potentiellen Opfer müssen die Internetseite zunächst selbst aufrufen. Das ist deshalb hervorzuheben, weil die wohl meisten Täuschungsdefinitionen eine irreführende Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines Menschen verlangen.<sup>48</sup> Nun wirkt aber der Betreiber einer Internetseite noch nicht auf das Vorstellungsbild eines Menschen ein, solange er die Seite nur ins Netz stellt. Damit stellt sich die kaum einmal thematisierte Frage, ob die herrschende Definition der Täuschung wirklich so gemeint ist, dass die täuschende Erklärung zugehen muss. Wenn das so wäre, käme man bei Abo-Fallen in dem Beispiel 4 paradoxerweise zu dem Ergebnis des OLG Karlsruhe – keine tatbestandmäßige Täuschung –, ohne dafür jedoch auf dessen zweifelhafte enge Auslegung des Täuschungsmerkmals zurückgreifen zu müssen (sondern auf Basis einer anderweitig einschränkenden Auslegung). Zu einer Kollision mit der Teilverwirklichungsregel käme es dann gar nicht.

Andere Täuschungsdefinitionen sind nicht so formuliert, als sei der Zugang der Erklärung erforderlich: Danach soll es z.B. ausreichen, wenn das Verhalten einer Einwirkung auf

<sup>46</sup> Vgl. etwa Hillenkamp, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 1, 12. Aufl. 2007, § 22 Rn. 93 ff.; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 110 ff., 120.

<sup>47</sup> Küper, JZ 1992, 338 (344).

<sup>48</sup> So etwa BGHSt 47, 1 (3); BGH NJW 2014, 2595 (2596); Duttge, in: Dölling/Duttge/König/Rössner (Hrsg.), Kommentar, Gesamtes Strafrecht, 4. Aufl. 2017, § 263 Rn. 8; Hoyer, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 9. Aufl. 2019, § 263 Rn. 24; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 20. Aufl. 2018, § 13 Rn. 9; wohl auch Perron (Fn. 23), § 263 Rn. 6.

das Vorstellungsbild dienen soll.<sup>49</sup> Ein solches Verständnis hätte jedenfalls den Vorzug, Täuschung und Irrtum klar abzugrenzen, weil eine Täuschung dann nicht mehr erfordert als die Vornahme einer Handlung, die einen Irrtum erregen soll. Das Merkmal Täuschung würde somit allein die Tathandlung beschreiben, der Irrtum würde den erforderlichen „(Zwischen-)Erfolg“<sup>50</sup> markieren. Auf den ersten Blick widerspricht eine solche Sicht aber dem allgemeinen Sprachempfinden, weil eine Täuschung begrifflich vorauszusetzen scheint, dass sie ihren Adressaten erreicht. Aber einmal davon abgesehen, dass die Täuschung im Gesetzeswortlaut überhaupt nicht auftaucht: Das allgemeine Sprachempfinden kann zur Definition der Täuschung nur sehr eingeschränkt herangezogen werden, weil es auch voraussetzt, dass die Täuschung erfolgreich ist. Heißt es, jemand sei „getäuscht worden“ oder habe sich „täuschen lassen“, wird das stets so gemeint sein, dass diese Person die falschen Angaben geglaubt habe. Eine solche Deutung ist aber offensichtlich unvereinbar mit der gesetzlichen Konzeption des Betrugstatbestandes, weil sie dem Irrtum keine eigenständige Bedeutung beilegt.<sup>51</sup> Und der Begriff „vorspiegeln“, den das Gesetz verwendet, dürfte eher als – wie auch immer geartete – Entäußerung zu verstehen sein, die begrifflich keinen Zugang voraussetzt.

### 2. Abo-Fallen als Distanzfall?

Da die Teilverwirklichungsregel damit nicht weiterführt, muss der Versuchsbeginn nach allgemeinen Kriterien ermittelt werden. Wie schon der Name Abo-„Falle“ nahelegt, drängt sich auf den ersten Blick eine Parallele zu anderen Konstellationen auf, in denen der Täter dem Opfer eine Falle stellt. Für diese so genannten Distanzfälle hat sich eine Sonderdogmatik entwickelt, die eine gewisse – und wohl nicht ganz zufällige – strukturelle Ähnlichkeit zum Streit um den Versuchsbeginn bei der mittelbaren Täterschaft aufweist.<sup>52</sup> Diese Parallele für die Abo-Fallen fruchtbar zu machen, liegt auch insofern nahe, als der Betrug vielfach als Selbstschädigung in mittelbarer Täterschaft charakterisiert wird.<sup>53</sup> Die Distanzfälle sollen voraussetzen, dass die Grundkonstellation eines beendeten Versuchs (eines Einzeltäters) gegeben ist, der Täter also alles aus seiner Sicht Erforderliche getan hat, die Gefährdung aber nicht unmittelbar, sondern erst nach einer unter Umständen wesentlichen Zeitspanne eintreten

soll.<sup>54</sup> Das ist zumindest missverständlich: Der Hinweis auf den beendeten Versuch suggeriert nämlich, dass es sich schon um einen Versuch handelt, was in den einschlägigen Fällen ja gerade fraglich ist.<sup>55</sup> Es wird aber offensichtlich, dass eine Parallele zu den Distanzfällen nur dann besteht, wenn aus Sicht des Täters keine weiteren Täuschungen mehr erforderlich sind. Das ist jedenfalls dann der Fall, wenn schon mit der Registrierung ein Schaden eintritt. Nach hier vertretener Ansicht ist das spätestens seit der Einführung des § 312j Abs. 4 BGB zu verneinen.

Für die Gegenmeinung, die schon im Zeitpunkt der Registrierung einen Schaden annimmt, sowie in Altfällen, wenn man den Vertrag für wirksam hält, ist dagegen genau das Grundproblem der so genannten Distanzfälle einschlägig: Der Seitenbetreiber hat alles aus seiner Sicht zur Tatbestandsverwirklichung Erforderliche getan; es muss nur noch ein Opfer die Seite besuchen und sich dort (vermeintlich) kostenpflichtig registrieren. Selbst wenn die Parallele damit bei Abo-Fallen mangels Schadens schon bei der Registrierung eher selten praktisch relevant wird, ist sie aufschlussreich, weil sie bei zahlreichen anderen betrügerischen Verhaltensweisen im Internet einschlägig ist. Um nur ein Beispiel zu nennen: Der Seitenbetreiber bietet minderwertige Ware zum Verkauf an. Hier ist mit der Bestellung ein Eingehungsbetrug vollendet. Aber beginnt sein Versuch auch schon, wenn der Betreiber die Seite ins Netz stellt?

#### a) Tathandlung als relevanter Zeitpunkt des Versuchsbeginns

Die früher herrschende Ansicht hat in Distanzfällen den Versuchsbeginn immer schon dann angenommen, wenn der Täter die Tathandlung vornimmt. Danach würde der Betreiber unmittelbar ansetzen, wenn er die Seite ins Netz stellt. Es ist nicht zu übersehen, dass diese Ansicht noch stark vom Teilverwirklichungsgedanken geprägt ist. Deshalb hat ja auch die Kritik an ihr maßgeblich dazu beigetragen, dass das Dogma ins Wanken geriet.<sup>56</sup> Gegen die ehemals herrschende Ansicht wird vor allem eingewandt, dass sie auch Fälle erfasst, in denen der Täter das Geschehen noch wie bei einem unbeeendeten Versuch beherrsche. Das sei unbillig und führe zu zufälligen Ergebnissen: Vergiftet etwa der Ehemann die Suppe auf dem Herd, um seine Frau zu töten, so hinge seine Strafbarkeit davon ab, ob sie sich ihre Mahlzeit üblicherweise selbst hole oder ihr Gatte das Essen serviere.<sup>57</sup>

#### b) Eintritt des Opfers in den Wirkungsbereich

Eine andere Ansicht verlangt demgegenüber, dass sich das Opfer in den Wirkungsbereich des Tatmittels begibt.<sup>58</sup> Bei Abo-Fallen könnte diese Auffassung den Versuch frühestens

<sup>49</sup> Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 263 Rn. 6.

<sup>50</sup> So Frisch, in: Kaufmann (Hrsg.), Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. Geburtstag am 7. Dezember 1978, 1979, S. 647 (650).

<sup>51</sup> Es muss aber nach der gesetzlichen Konzeption einen Irrtum ohne Täuschung ebenso geben wie eine Täuschung ohne Irrtum. Vgl. dazu Hoyer (Fn. 48), § 263 Rn. 23.

<sup>52</sup> Diese Parallele betont deutlich BGHSt 43, 177 (180).

<sup>53</sup> Vgl. dazu Kindhäuser, in: Schulz/Vormbaum (Hrsg.), Festschrift für Günter Bemann zum 70. Geburtstag am 15. Dezember 1997, 1997, S. 339. A.A. Gaede (Fn. 27), § 263 Rn. 65 m.N.

<sup>54</sup> Vgl. Roxin (Fn. 46), § 29 Rn. 192; ebenso Jakobs, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 2. Aufl. 1991, 25/71.

<sup>55</sup> Kühl (Fn. 40), § 15 Rn. 85b.

<sup>56</sup> Vgl. Roxin (Fn. 46), § 29 Rn. 119 sowie bereits oben bei Fn. 38.

<sup>57</sup> Beispiel (frei) nach Roxin (Fn. 46), § 29 Rn. 205 ff.

<sup>58</sup> Z.B. Maurach/Gössel/Zipf (Fn. 43), § 40 Rn. 59; Otto, JA 1980, 644.

in dem Moment bejahen, in dem sich Nutzer auf der Seite umsehen. Die Kritik an dieser Ansicht ist in erster Linie eine kriminalpolitische: Es sei schlechterdings ungerecht, den Täter nur deshalb straffrei zu lassen, weil sein Tatmittel das Opfer nicht erreicht. Für einen Erpresserbrief mache es unter Wertungsgesichtspunkten keinen Unterschied, ob er auf dem Postweg verloren gehe oder ob das Opfer ihn zwar erhalte, aber nicht öffne oder ihn ignoriere.<sup>59</sup> Dagegen spricht jedoch, dass ein mutmaßlich „unerträgliches“ Ergebnis allein noch nicht die erforderliche Begründung des unmittelbaren Ansetzens entbehrlich macht: Entweder der Täter setzt unmittelbar an oder es handelt sich um eine Vorbereitungshandlung, mag deren Straflosigkeit auch „unerträglich“ sein.<sup>60</sup> Hinzu kommt, dass die Annahme einer bloßen Vorbereitungshandlung kriminalpolitisch nicht so unerträglich wäre, wie die Kritik suggeriert. Das zeigen schon die angeführten Beispiele: Warum sollte es etwa unerträglich sein, beim verlorengegangenen Brief keinen Versuch anzunehmen, während es nahezu einhelliger Ansicht entspricht, dass ein Versuch ausscheidet, wenn das Opfer, das überfallen werden soll, nicht erscheint? Oder, am Beispiel der Abo-Fallen: Warum soll der Betrieb einer Seite bereits versuchtes Betrugsunrecht sein, wenn diese Seite keinerlei Beachtung findet?

Die Kritik an der Ansicht, die auf das unmittelbare Ansetzen des Opfers abstellt, betont ferner, das Gesetz stelle für den Versuchsbeginn nun einmal auf ein unmittelbares Ansetzen des Täters ab.<sup>61</sup> Soweit in den Distanzfällen jedoch der Täter das Opferverhalten in seinen Tatplan integriert, spricht nichts gegen eine solche Konstruktion, wonach der Täter *durch das Opfer* ansetzt.<sup>62</sup> Insbesondere führt sie – entgegen *Roxin* – nicht dazu, dass es „dann fast keine unmittelbare, sondern nur noch mittelbare Täterschaft“ gäbe.<sup>63</sup> Zum einen wird nämlich bei den Distanzfällen überhaupt nicht von einer mittelbaren Täterschaft ausgegangen, sondern nur eine Parallele betont. Soweit *Roxin* ferner einwendet, auch „bei einem Diebstahl muß das Opfer sich in die Nähe des Täters begeben, sein Haus verlassen usw.“,<sup>64</sup> so sind dies außerdem durchweg keine Handlungen, die eine Parallele zur mittelbaren Täterschaft nahelegen. Dieses Beispiel belegt vielmehr den Unterschied zwischen beiden Konstellationen: Bei den Distanzfällen hat der Handelnde alles seinerseits Erforderliche getan, sodass allein das Opfer die Tat vollendet; zwar muss sich das Opfer auch im Normalfall auf eine bestimmte Weise verhalten, doch hier muss der Täter die Tathandlung noch vornehmen.

#### c) „Alternativ-Formel“

*Roxin* selbst hat eine vermittelnde so genannte „Alternativ-Formel“ entwickelt, der sich große Teile des Schrifttums

angeschlossen haben.<sup>65</sup> Danach gibt es zwei maßgebliche Kriterien und der Versuch beginnt, sobald eines von ihnen erfüllt ist. Zum einen setze jemand unmittelbar an, wenn der Täter alles aus seiner Sicht Erforderliche getan *und* den Geschehensablauf aus dem eigenen Herrschaftsbereich entlassen hat, zum anderen dann, „wenn das Opfer in der Weise unmittelbar gefährdet wird, daß in engem zeitlichen Zusammenhang mit der Tatbestandsverwirklichung auf seine Sphäre eingewirkt wird.“<sup>66</sup> Fraglich ist zunächst, ob infolge des ersten Kriteriums der Versuch schon beginnt, wenn die Website ins Netz gestellt wird. Das wird nicht zuletzt von den Umständen des Einzelfalls abhängen: Hat der Täter die Seite selbst programmiert und kann er sie jederzeit aus dem Netz nehmen oder hat er sie programmieren lassen und muss sich somit erst an Dritte wenden? In der zweiten Variante liegt die Annahme eines unmittelbaren Ansetzens jedenfalls nahe. In der ersten Variante fällt die Subsumtion schwerer. Man kann einerseits sagen, der Seitenbetreiber halte den Geschehensablauf solange in der Hand, wie er die Seite noch problemlos sofort aus dem Netz nehmen könnte. Überzeugender dürfte aber die gegenteilige Annahme sein: Immerhin macht der Betreiber die Seite auf einen Schlag der Netzöffentlichkeit zugänglich und es liegt außerhalb seiner Kontrolle, ob sie sofort besucht wird.

#### d) Die Rechtsprechung des BGH

Der BGH hat es bisher vermieden, sich einer Auffassung anzuschließen. Stattdessen hat der *1. Senat* im viel beachteten Bärwurz-Fall (auch: Passauer Giftfalle) eine weitere Differenzierung eingeführt, die allerdings der Auffassung nahesteht, wonach es auf das Opferverhalten ankommen soll. Maßgeblich sei insofern der Tatplan, weshalb der Versuch beginne, wenn für den Täter feststehe, das Opfer werde in engem Zusammenhang mit dem Abschluss der Täterhandlung erscheinen und die Vollendung daher (in der Tätervorstellung) „mit Sicherheit in absehbarer Zeit“ eintreten. Dagegen befinde sich noch im Vorbereitungsstadium, wer „ein Erscheinen des Opfers im Wirkungskreis des Tatmittels [...] für lediglich möglich, aber noch ungewiß oder gar für wenig wahrscheinlich“ halte.<sup>67</sup> Diese Ansicht hat den Vorzug, dass sie die vielfach geforderte „Tatbestandsnähe“ eher gewährleistet.<sup>68</sup> Gleichzeitig entgeht sie der Kritik an der Alternativ-Formel, diese sei geeignet, den Versuchsbeginn bedenklich

<sup>59</sup> So *Roxin* (Fn. 46), § 29 Rn. 201.

<sup>60</sup> *Hillenkamp* (Fn. 46), § 22 Rn. 134, 137.

<sup>61</sup> *Roxin*, JuS 1979, 1 (10).

<sup>62</sup> Siehe auch *Hillenkamp* (Fn. 46), Rn. 140.

<sup>63</sup> So aber *Roxin* (Fn. 46), § 29 Rn. 198.

<sup>64</sup> *Roxin* (Fn. 46), § 29 Rn. 198.

<sup>65</sup> Grundlegend *Roxin* (Fn. 38); zust. etwa *Wessels/Beulke/Satzger*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 48. Aufl. 2018, Rn. 857; *B. Heinrich*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 5. Aufl. 2016, Rn. 736; *Baumann/Weber/Mitsch/Eisele*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 12. Aufl. 2016, § 22 Rn. 69; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 10. Aufl. 2018, § 34 Rn. 51.

<sup>66</sup> *Roxin* (Fn. 46), § 29 Rn. 195.

<sup>67</sup> BGHSt 43, 177 (181).

<sup>68</sup> Zust. auch *Hillenkamp* (Fn. 46), § 22 Rn. 141; *Stratenwerth/Kuhlen*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 6. Aufl. 2011, § 12 Rn. 106; ähnlich – zumindest die zeitliche Komponente betreffend – auch *Jakobs* (Fn. 54), 25/73. Abl. *Roxin* (Fn. 46), § 29 Rn. 219 ff.

weit nach vorne zu verlagern.<sup>69</sup> Erinnerung sei nur an das Extrembeispiel eines Bombenlegers, der seinen scharfen Sprengsatz zwar bereits am Zielort versteckt hat, dessen Zeitzünder aber erst in Tagen, Wochen oder Monaten abläuft.<sup>70</sup>

Man kann also festhalten: Nicht nach allen Ansichten beginnt der Betrugsversuch bei Abo-Fallen in dem Moment, indem die Seite mit täuschenden Angaben ins Netz gestellt wird. Für die engere Auffassung ist es erforderlich, dass sich Nutzer die Seite ansehen. Nach der differenzierenden Ansicht des BGH kommt es auf die Umstände des Einzelfalls an. Auch deshalb ist die pauschale Aussage des BGH in der Routenplaner-Entscheidung überraschend. Praktisch mag in vielen Fällen der Versuch derart früh beginnen, weil die Betreiber von Abo-Fallen vielfach durchaus sicher davon ausgehen werden, dass sich alsbald zahlreiche Nutzer auf der Seite umsehen (und sich dies bestätigt). Aber auch das muss nicht immer so sein.

### *e) Die Unbestimmbarkeit und die offene Zahl der Opfer als zusätzliches Problem*

Es stellt sich im Übrigen noch ein weiteres Problem, das hier nur angedeutet werden kann: In den Distanzfällen richtet sich der Tatentschluss üblicherweise<sup>71</sup> auf ein bestimmtes Opfer, jedenfalls aber auf die Person, die zum Beispiel das mit einer Bombe versehene Auto zuerst benutzt. Das Opfer ist also eine – mehr oder weniger – bestimmte Person. Wer eine Internetseite ins Netz stellt, hat dagegen keinerlei Vorstellung davon, wer diese Seite nutzen wird. Es ist ihm nicht nur egal, er kann es überhaupt nicht wissen. Zu diesem Problem hat kürzlich *Herzberg* in ganz anderem Zusammenhang – nämlich zum Tötungsvorsatz bei illegalen Autorennen – festgestellt, die „Landkarte der Strafrechtswissenschaft“ weise einen „weißen Fleck“ auf: „Aber wir sind ganz und gar hilflos in unserem Urteil, wenn die Vorstellung des Täters offen ist: Er hat als Mordopfer weder bestimmte Personen noch eine begrenzte Gruppe vor Augen, und er macht sich auch kein (genaues) Bild, den Tod wie vieler Menschen er vielleicht verursachen wird. Schon die Anklage (allein oder auch) wegen Mordversuchs darf die Quantität aber eigentlich nicht offenlassen, denn für das kriminelle Unrecht macht es einen bedeutenden Unterschied, ob zu einem vollendeten Totschlag tateinheitlich Totschlagsversuche hinzukommen, und ebenso zum Beispiel, ob bei vollständigem Fehlschlag dem Täter zehn oder hundert Mordversuche anzulasten sind.“<sup>72</sup>

<sup>69</sup> Siehe zu dieser Kritik etwa *Hillenkamp* (Fn. 46), § 22 Rn. 133 ff. m.N.

<sup>70</sup> Vgl. *Jakobs* (Fn. 54), 25/73.

<sup>71</sup> Aber nicht zwingend. Beispiel: Der Täter platziert eine Bombe in einer U-Bahn-Station.

<sup>72</sup> *Herzberg*, JZ 2018, 122 (128). *Eisele* (JZ 2018, 549 [554]) will auch hier mit der Dogmatik der Distanzfälle arbeiten. Während das in den Autorenn-Fällen auch praktisch weiterführen mag, bliebe die massenweise Begehung von Betrugs-taten aber problematisch, weil sich schwerlich alle Nutzer feststellen lassen, die in den Wirkungsbereich der Abo-Falle geraten sind.

### *f) Zwischenfazit*

Kommt es auf der Internetseite bereits zu einem wirksamen Vertragsschluss – oder soll auch trotz Unwirksamkeit ein Schaden durch den vermeintlichen Vertragsschluss in Betracht kommen –, so ist der Versuchsbeginn nach den Grundsätzen zu bestimmen, die zu den so genannten Distanzfällen entwickelt wurden. Damit verträgt sich die eher pauschale Annahme des BGH zum Versuchsbeginn bei den Abo-Fallen kaum.

### *3. Versuchsbeginn bei Zahlung als schadensrelevantem Zeitpunkt*

Kommt dagegen kein Vertrag zustande und sieht man in dem vermeintlichen Vertragsschluss noch keinen Schaden, liegen die Dinge scheinbar anders. Der Betreiber hat dann offenbar noch nicht alles Erforderliche getan – er muss ja erneut täuschen –, sodass auf den ersten Blick auch die Parallele zu den eben diskutierten Konstellationen entfällt. Diese Annahme wäre jedoch voreilig, weil es entscheidend auf die Funktionsweise der jeweiligen Internetseite ankommt.

#### *a) Automatischer Rechnungsversand*

Häufig dürfte schon im Zuge der Registrierung automatisch eine E-Mail mit einer Rechnung an neu angemeldete Nutzer verschickt werden. Dann unterscheidet sich aber die Situation kaum von der zuvor erörterten Konstellation und es liegt deshalb nahe, dass der Versuch auch hier schon beginnt, wenn die Seite ins Netz gestellt wird (und die Seite so programmiert ist, dass der Rechnungsversand automatisch erfolgt). Der Betreiber hat nämlich auch dann schon alles aus seiner Sicht Erforderliche getan.

#### *b) Eigenhändiger Rechnungsversand*

Etwas anderes gilt aber, wenn der Betreiber eigenhändig Rechnungen an die Opfer versendet. In diesem Fall muss er noch weitere Handlungen vornehmen und hat damit noch nicht alles Erforderliche getan, sodass der Versuchsbeginn nach allgemeinen Kriterien zu bestimmen ist. Entscheidend ist also im konkreten Einzelfall der vorgestellte zeitliche Ablauf und wieviel Bedeutung nach der Tätervorstellung der Rechnung beikommt.

Eine andere Frage ist es, ob der Betreiber eine Täuschung im Sinne von § 263 Abs. 1 StGB vornimmt, wenn er die Rechnung versendet.<sup>73</sup> Denn damit behauptet er zunächst einmal nur, einen Anspruch gegenüber dem Opfer zu haben. Das ist zwar wegen § 312j Abs. 4 BGB unzutreffend, aber im Ausgangspunkt eine Rechtsbehauptung und keine Täuschung über Tatsachen. In vielen Fällen, in denen Ansprüche geltend gemacht werden, kommt man zwar gleichwohl zur Annahme einer tatbestandlichen Täuschung, weil ein Tatsachenkern konkludent miterklärt wird.<sup>74</sup> Gerade das ist nun aber zwei-

<sup>73</sup> Bejahend *Ellbogen/Saerbeck*, CR 2009, 131 (134); ohne eindeutige Festlegung *Eisele*, NSTZ 2010, 193 (198); offengelassen auch bei *Krack*, ZIS 2014, 536 (544).

<sup>74</sup> Vgl. dazu OLG Köln NSTZ 2014, 327 (329); OLG Celle NSTZ-RR 2012, 111 (112); *Dannecker* (Fn. 4), § 263 Rn. 25,

felhaft, weil als Tatsachekern nur miterklärt wird, das Opfer habe sich auf der Seite angemeldet, was aber zutrifft. Es sprechen deshalb gute Gründe dafür, dass die Rechnung einzig und allein eine Rechtsbehauptung enthält. Das zwingt nun nicht dazu, den Versuchsbeginn weiter nach vorne zu verlagern. Unter Wertungsgesichtspunkten muss es keinen Unterschied machen, ob die noch erforderlichen Handlungen Täuschungen sind. Bemerkenswert ist es aber deshalb, weil man daraus ein weiteres Argument gegen die Lösung des OLG Karlsruhe und ein starres Teilverwirklichungsdogma herleiten kann. Diese Argumentation fällt nämlich in sich zusammen, wenn die noch erforderlichen Handlungen ausnahmsweise nicht als Täuschung qualifiziert werden können, will man nicht den Versuchsbeginn von solchen Zufälligkeiten abhängig machen.

#### IV. Der Zusammenhang zwischen Vollendungszeitpunkt, Schadens- und Versuchsdogmatik

Die bisherigen Überlegungen haben die (eher banale) Ausgangsthese bestätigt, dass ein früherer Vollendungszeitpunkt tendenziell auch zu einem früheren Versuchsbeginn führt – und umgekehrt. Ausnahmen bestätigen auch hier die Regel: Sofern eine Parallele zu den Distanzfällen vorliegt, kann der Versuch trotz späten Schadenseintritts verhältnismäßig früh beginnen. Die Überlegungen zum Einfluss des Schadens auf den Versuchsbeginn sind auch deshalb von Interesse, weil ein geläufiger Einwand gegen einen zu weit verstandenen Gefährdungsschaden darin liegt, dass dadurch Versuchsunrecht als Vollendungsunrecht bestraft würde.<sup>75</sup> Auch wenn das in Extremfällen möglicherweise zutreffen kann, erscheint dieser Einwand doch vielfach zirkulär, weil ein früherer Vollendungszeitpunkt, sofern er legitim begründet ist, einfach nur den Versuchsbeginn gleichsam mit nach vorne schiebt.<sup>76</sup> Da sich eine Parallele zu den so genannten Distanzfällen nur bei einem bestimmten Vollendungszeitpunkt ergibt, beeinflusst letzterer außerdem die Versuchsdogmatik. Und schließlich fällt auf, dass auch inhaltlich beim Versuchsbeginn und beim Gefährdungsschaden sehr ähnliche Überlegungen maßgeblich sind. Hier wie dort geht es entscheidend um den weiteren Verlauf und die Bedeutung noch ausstehender Zwischenschritte. Auch werden diese Zwischenschritte mit einem ähnlichen Ansatz bewertet: Wesentlich ist ein Zwischenschritt einer geläufigen Präzisierung zufolge, wenn eine unmittelbare Gefahr der Tatbestandsverwirklichung besteht,<sup>77</sup> wofür es auch auf Wahrscheinlichkeiten ankommen dürfte. Beim Gefährdungsschaden verfährt man oft entsprechend, wobei dort – wie das Beispiel des unwirksamen Vertrages zeigt – umstritten ist, ob eine bloße Wahrscheinlichkeit ausreicht oder noch normative Kriterien erfüllt sein müssen. Besonders deutlich tritt diese Parallele in der Ansicht zutage,

dass ein Gefährdungsschaden nach dem Unmittelbarkeitsprinzip zu bestimmen sei und insbesondere fehle, wenn der endgültige Vermögensverlust „noch von weiteren relevant eigenmächtigen Handlungen des Täters, des Opfers oder Dritter abhängt“.<sup>78</sup>

#### V. Fazit

Jedenfalls auf Basis des § 312j Abs. 4 BGB erscheint höchst zweifelhaft, ob mit der vermeintlich kostenpflichtigen Registrierung bei Abo-Fällen bereits ein Betrugsschaden eintritt. Überzeugender ist es, einen solchen erst bei der Zahlung anzunehmen. Das macht auch für den Versuchsbeginn einen Unterschied: Sieht man den Schaden schon in der Registrierung, rückt damit nicht nur der Versuchsbeginn weiter nach vorne; es liegt dann auch nahe, sich an der Versuchsdogmatik für die so genannten Distanzfälle zu orientieren. Eine solche Parallele kann man aber auch dann ziehen, wenn der Schaden erst in der Zahlung liegt, solange die Rechnung automatisch an die Opfer geschickt wird. Werden dagegen die Rechnungen eigenhändig verschickt, dürfte auch erst in diesem Zeitpunkt der Versuch beginnen.

---

35; Gaede (Fn. 27), § 263 Rn. 19; Kindhäuser (Fn. 4), § 263 Rn. 89; Seier, ZStW 102 (1990), 563 (568).

<sup>75</sup> Dieser Einwand wird zumeist für die Untreue erhoben, weil dort eine Versuchsstrafbarkeit fehlt. Vgl. auf der Betrugsebene etwa Kölbel (Fn. 25), 5. Teil Kap. 1 Rn. 117.

<sup>76</sup> Siehe dazu schon Krell, NZWiSt 2013, 370 (372).

<sup>77</sup> Vgl. Hillenkamp (Fn. 46), § 22 Rn. 85.

---

<sup>78</sup> So insbesondere Saliger, in: Matt/Renzikowski (Hrsg.), Kommentar, Strafgesetzbuch, 2011, § 263 Rn. 229.