

StrafR Fallbearbeitung

Emilia Wehlitz* und apl. Prof. Dr. Peter Rackow†

WG-Alltag

Fallbearbeitung im Strafrecht für Fortgeschrittene

Nachfolgender Fall wurde im WS 2022/23 in der Fortgeschrittenenübung im Strafrecht an der Georg-August-Universität Göttingen als erste Klausur von apl. Prof. Dr. Peter Rackow gestellt. Im Kern geht es um die Konstellation des kontaktlosen Bezahls mit fremder EC-Karte, die noch nicht abschließend geklärt ist. Die Bearbeiter:innen mussten demgemäß mit Delikten, die als gesteigert schwierig empfunden werden (§§ 263a, 269, 274 StGB), und dem Störgefühl der (diesseits eines begründbaren Rückgriffs auf die Urkundenunterdrückung) ernstlich im Raum stehenden Strafflosigkeit umgehen.¹ Zudem beinhaltet der Sachverhalt einen zweiten Teil, der mit den Beleidigungsdelikten einen ganz anderen Bereich betrifft, sodass nach Bewältigung der Zentralproblematik noch einmal »umgeschaltet« werden musste. Angesichts dessen rangiert die Klausuraufgabe im oberen Fünftel des Fortgeschrittenenübungs-Schwierigkeitsspektrums, was sich in den Ergebnissen deutlich widerspiegelt: So lag die Misserfolgsquote bei 42,57 % und die Durchschnittsnote bei 4,36 Punkten.² Dem durchaus hohen Niveau der Aufgabenstellung sollen hier auch die etwas umfangreicheren Fundstellen zum Zweck des weiterführenden Selbststudiums durch die GRZ-Leser:innen Rechnung tragen. Was die vorliegende Bearbeitung anbelangt, so stellt sich diese (trotz durchaus gegebener Angriffsflächen) vor dem Hintergrund des Schwierigkeitsgrades der Klausuraufgabe und insbesondere in der Zusammenschau mit den Prüfungsleistungen anderer Studierender als eine erheblich über den durchschnittlichen Anforderungen liegende Leistung dar.

* Emilia Wehlitz ist Studentin der Rechtswissenschaften im 4. Semester an der Georg-August-Universität Göttingen.

† Peter Rackow ist apl. Professor am Göttinger Institut für Kriminalwissenschaften.

¹ Vgl. OLG Hamm, NStZ 2020, 673 m. Anm. v. Christoph/Dorn-Haag, Praxiskommentar, NStZ 2020, 676; Heghmanns, Kontaktloses Bezahlen mit EC-Karte ohne PIN-Abfrage, ZJS 2020, 494; Kudlich, PIN? Brauche ich nicht ..., JA 2020, 710; Ladiges, Girocard-Missbrauch im »Point-of-sale« Verfahren ohne PIN-Eingabe, WuB 2020, 600. Das OLG Hamm ist zu einem »überraschenden« (so Heghmanns, ZJS 2020, 494, 494) Schuldspruch nach § 274 I Nr. 2 StGB gelangt, wobei die Bejahung der subjektiven Tatseite mit Besonderheiten des konkreten Falles zusammenhängt (vgl. u. Haupttext zu Fn. 51). Das AG Paderborn hatte zunächst einen Computerbetrug gesehen, während das LG Paderborn dann in der Berufungsinstanz zu § 263 StGB gelangt war.

² In der zweiten Klausur (Schwerpunkt: Verkehrsdelikte) lag die Misserfolgsquote bei 32,63 % (Durchschnittspunktzahl: 4,87 Punkte), in der dritten Klausur (Zentralproblem Raub – räuberische Erpressung) haben dann 88,68 % der Teilnehmer:innen bestanden (Durchschnittsergebnis: 7,12 Punkte).

SACHVERHALT

Jurastudentin J hat beobachtet, dass ihr (teilweise etwas schusseliger) Mitbewohner M ständig diverse Privatsachen in der gemeinschaftlich genutzten WG-Küche herumliegen lässt – u.a. auch seine EC-Karte der Sparkasse Göttingen. Eines Samstagmorgens, M war lange unterwegs, ist früh am Morgen in die WG zurückgekehrt und schläft jetzt seinen Rausch aus, findet J wieder einmal u.a. die EC-Karte des M in der Küche. Da sie sich darüber geärgert hat, infolge der geräuschintensiven Rückkehr des M mitten in der Nacht wachgeworden zu sein, beschließt sie, ihm eine Lektion zu erteilen (und gleichzeitig ein bisschen Geld zu sparen).

Sie nimmt daher die EC-Karte des M an sich, geht in den dm-Drogeriemarkt und kauft für 24,99 € verschiedene Sachen für sich ein. An der mit dem Kassierer K besetzten Kasse bezahlt sie kontaktlos mit der EC-Karte des M. J weiß, dass beim kontaktlosen Bezahlen bis maximal 25,00 € die PIN der genutzten Karte, die sie nicht kennt, nicht abgefragt wird. Sie weiß zudem aus einer Schwerpunktbereichsveranstaltung zum Bankrecht, dass bei kontaktloser Bezahlung mittels Near-field-communications Technologie (NFC) nur geprüft wird, ob die Karte gesperrt ist und der Kauf sich im täglichen Verfügungsrahmen hält. Ist dies der Fall, erlangt die Stelle, gegenüber der die Karte genutzt wird (also hier der dm-Drogeriemarkt) unmittelbar eine einredefreie Forderung gegen die kartenausgebende Stelle und ist also wirtschaftlich abgesichert. Da diese Voraussetzungen gegeben sind, wird J von K reibungslos abgefertigt und legt die Karte später unbemerkt in die WG-Küche zurück.

Als M den nächsten Kontoauszug bekommt, ahnt er, was vorgefallen ist, weil er in seinem ganzen Leben noch nie in einem dm-Drogeriemarkt war. Er ruft daher die WG zusammen, die aus ihm, der J, der X und dem Z besteht, berichtet von seinen Feststellungen und erklärt, dass er sehr enttäuscht sei, weil alle anscheinend mit einer Person unter einem Dach leben müssen, die stiehlt. J fühlt sich hierdurch bereits deshalb beleidigt, weil sich ihr Vorgehen aus ihrer Sicht (zumindest) nicht unter § 242 StGB als Diebstahl erfassen lässt, zumal sie die EC-Karte ja zurückgelegt hat, und erwägt, wegen der Äußerung des M ggf. Strafantrag wegen aller in Betracht kommender Delikte bei der Staatsanwaltschaft zu stellen.

Strafbarkeit der Beteiligten nach StGB? Ggf. erforderliche Anträge sind als gestellt zu behandeln. Nicht zu prüfen sind §§ 202a, 266b und 303a StGB.

GLIEDERUNG**Teil 1: Erlangung der EC-Karte**

- A. Strafbarkeit der J nach § 242 I
 - I. Tatbestand
 - 1. Objektiver Tatbestand
 - 2. Subjektiver Tatbestand
 - II. Ergebnis
- B. Strafbarkeit der J nach § 246 I
- C. Strafbarkeit der J nach § 263 I
- D. Gesamtergebnis

Teil 2: Verwendung der Karte

- A. Strafbarkeit der J nach § 263 I gegenüber K zu Lasten des Marktinhabers
- B. Strafbarkeit der J nach § 263a I
 - I. Tatbestand
 - 1. Objektiver Tatbestand
 - II. Ergebnis
- C. Strafbarkeit der J nach §§ 269 I, 270
 - I. Tatbestand
 - 1. Objektiver Tatbestand
 - II. Ergebnis
- D. Strafbarkeit der J nach § 274 I Nr. 2
 - I. Tatbestand
 - 1. Objektiver Tatbestand
 - 2. Subjektiver Tatbestand
 - II. Rechtswidrigkeit und Schuld
 - III. Ergebnis
- E. Strafbarkeit der J nach § 123 I
 - I. Tatbestand
 - II. Ergebnis
- F. Gesamtergebnis

Teil 3: Die Äußerung des M

- A. Strafbarkeit des M nach § 185
 - I. Tatbestand
 - 1. Objektiver Tatbestand
 - II. Ergebnis

Gesamtergebnis**Abschließende Bemerkungen****GUTACHTEN****TEIL 1: ERLANGUNG DER EC-KARTE****A. Strafbarkeit der J nach § 242 I³**

J könnte sich wegen Diebstahls gem. § 242 I strafbar gemacht haben, indem sie die EC-Karte des M an sich nahm.

I. Tatbestand**1. Objektiver Tatbestand**

J müsste eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben. Die EC-Karte ist ein tatsächlich fortbewegbarer, körperlicher Gegenstand, der zum Tatzeitpunkt zumindest nicht im Alleineigentum des J stand, mithin eine fremde bewegliche Sache. Diese müsste J weggenommen haben. Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendig tätereigenen Gewahrsams.⁴ Gewahrsam ist die tatsächliche willensgetragene Sachherrschaft, welche nach der allgemeinen Verkehrsauffassung bestimmt wird.⁵ Ursprünglicher Gewahrsamsinhaber war der M, welcher die EC-Karte in der WG-Küche liegen gelassen hatte. Die WG-Küche wird nicht von M allein genutzt. Mithin ist sie nicht die alleinige Gewahrsamssphäre des M, da dort jeder seine eigenen Gegenstände oder auch Lebensmittel aufbewahrt. Dennoch steht auf der EC-Karte der Name des berechtigten Karteninhabers, sodass die EC-Karte im Gewahrsam des M stand.

Die Argumentation mit dem auf der EC-Karte eingetragenen Namen des M erscheint etwas unpräzise. Aus dem Namensaufdruck wird nämlich zunächst nur ersichtlich, dass M die Karte durch die Sparkasse überlassen worden ist.⁶ Dies spielt für den Gewahrsam im Moment des Zugreifens der J aber lediglich mittelbar eine Rolle: A hatte (zumal als berechtigter Karteninhaber) vor dem »Zurücklassen« der Karte in der WG-Küche offensichtlich den Gewahrsam an ihr inne. Der entscheidende Gesichtspunkt dürfte dann der folgende sein: Selbst wenn das »Zurücklassen« als ein *Verlieren* (und kein bloßes *Verlassen*) bewertet wird, stellt die gemeinsam genutzte WG-Küche für den M keine fremde Gewahrsamssphäre dar. Infolgedessen dürfte dann allenfalls ein Mitgewahrsam der anderen Mitbewohner:innen der WG entstanden sein.⁷ Hierauf wird dann aber auch richtigerweise abgestellt:

³ Alle §§ ohne Gesetzesbezeichnung sind solche des StGB.

⁴ Schönke/Schröder/Bosch, Strafrecht, 80. Aufl. (2019), § 242 Rn. 22; Dölling/Duttge/Rössner/König/Duttge, Gesamtes Strafrecht, 5. Aufl. (2022), § 242 Rn. 18; MüKoStGB/Schmitz, Münchener Kommentar zum StGB, Bd. 4, 4. Aufl. (2021), § 242 Rn. 49 (»Grunddefinition«); Rengier, BT I, 24. Aufl. (2022), § 242 Rn. 22.

⁵ Fischer, StGB, 70. Aufl. (2023), § 242 Rn. 11; Dölling/Duttge/Rössner/König/Duttge (Fn. 4), § 242 Rn. 19.

⁶ Vgl. zur Eigentumsfrage ergänzend OLG Hamm, JuS 2011, 755 (756).

⁷ Vgl. auch Renniecke, BGH, Beschl. v. 14.4.2020 – 5 StR 10/20, ZJS 2020, 499, 500 f.

Dass M die EC-Karte aus Schusseligkeit liegen gelassen hat, ändert nichts an der Gewahrsamsposition, da sie sich in der eigenen Wohnung auffinden lässt und nicht in der Öffentlichkeit verloren gegangen ist. Ebenfalls kann unberücksichtigt bleiben, dass M zum Tatzeitpunkt schlief. Insofern kann auf einen sog. latenten Herrschaftswillen⁸ abgestellt werden, sodass der Gewahrsam des M an der EC-Karte fortbesteht. Indem J die Karte an sich nahm hat sie fremden Gewahrsam gebrochen und anschließend neu begründet. Dabei ist zu beachten, dass nach der herrschenden Apprehensionstheorie bei kleinen, handlichen Gegenständen der Gewahrsam schon früher neu begründet werden kann.⁹ Da sich die Karte in der Hand unauffällig verbergen ließ, hat J schon beim Ergreifen neuen Gewahrsam begründet, sog. Gewahrsamsenklaue. Dies geschah zumindest ohne den Willen des M. J hat eine fremde bewegliche Sache weggenommen.

Wohl vertretbar nimmt die Bearbeiterin einen Gewahrsamswechsel bereits durch das *Ergreifen* der Karte in der für J (auch) fremden Gewahrsamssphäre an.¹⁰ Gerade auch mit Blick auf den Umfang der Klausuraufgabe, wäre hier gegebenenfalls einfach darauf abzustellen gewesen, dass die J spätestens mit dem Verlassen des WG-Gemeinschaftsbereichs beziehungsweise dem Verbringen der Karte in das eigene Zimmer »als Sphäre eines ungehinderten Zugriffs bei gleichzeitiger Ausschließung des ursprünglich Berechtigten Gewahrsam begründet« haben dürfte.¹¹

2. Subjektiver Tatbestand

J handelte vorsätzlich bezüglich der Wegnahme einer fremden beweglichen Sache. Ferner müsste die Zueignungsabsicht als überschießende Innentendenz vorliegen. Zueignungsabsicht erfordert die Absicht vorübergehender Aneignung plus Vorsatz dauernder Enteignung der Sache selbst oder des in der Sache verkörperten Sachwerts.¹² J verwendete die Karte zum Bezahlen. Dafür musste sie sich zwingend eine eigentümerähnliche Stellung anmaßen.¹³ Aneignungsabsicht liegt vor. Fraglich ist jedoch, ob J den M dauerhaft enteignen wollte, da er die Karte später wieder zurücklegte. Insofern handelte J mit Rückführungswillen und wollte die EC-Karte nur für den Gebrauch verwenden. Fraglich ist ferner, ob man sich eine EC-Karte überhaupt in das eigene Tätervermögen einverleiben kann. Anders als bei Sparbüchern liegt bei EC-Karten keine Enteignung vor, wenn der Täter sich den spezifischen Wert nicht aneignen

wollte.¹⁴ Insofern handelte J nicht mit dem erforderlichen Enteignungsvorsatz. Der subjektive Tatbestand ist nicht erfüllt.

Die Bearbeiterin gelangt im Ergebnis überzeugend zur Verneinung des Enteignungsvorsatzes, wobei indes genauer hätte gesagt werden sollen, dass es aufgrund des »Rückführungswillens« am Enteignungsvorsatz *bzgl. der Sachsubstanz* fehlt und der Karte durch ihre Benutzung als »eine Art Automaten Schlüssel« auch *kein funktionsspezifischer Sachwert entzogen werden soll*.

II. Ergebnis

J hat sich nicht gem. § 242 I strafbar gemacht.

B. Strafbarkeit der J nach § 246 I

Eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung scheidet ebenfalls aus den oben genannten Gründen aus. Es bleibt daher bei einer bloßen Gebrauchsanmaßung.

Dies trifft zu. Ob § 246 StGB erst auf der Ebene des subjektiven Tatbestands infolge des zu § 242 StGB festgestellten Fehlens des Enteignungsvorsatzes/-willens scheidet¹⁵ oder ob es richtiger ist, bereits (objektivtatbestandlich) die Manifestation eines Zueignungswillens zu verneinen, wenn es (mit dem Enteignungsvorsatz/-willen) an einem konstitutiven Element des Bezugsgegenstands der Manifestation fehlt,¹⁶ ist eine (jedenfalls hier) ergebnisirrelevante, akademische Frage, an der sich Bearbeiter:innen zumal dann nicht verkämpfen sollten, wenn eine umfangreichere Aufgabenstellung bewältigt werden muss.

C. Strafbarkeit der J nach § 263 I

Eine Betrugsstrafbarkeit scheidet aus, da keinerlei Täuschungshandlung ersichtlich ist. Zudem kannte J die PIN der EC-Karte nicht.

Der Gedanke, einen Betrug mit Blick auf das Fehlen einer kommunikativen Einwirkung auszuschließen, macht insoweit Sinn als die J durch die Wegnahme der EC-Karte jedenfalls dann einen Irrtum des M verursacht haben könnte, falls dieser die Karte in der WG-Küche vergessen hat.¹⁷ Gleichwohl war der Ansatz gerade angesichts des Umfangs der Klausur nicht zwingend erforderlich.

⁸ BGHSt 4, 210, (211); *Poller/Härtl*, Übungsklausur – Strafrecht: »Klassische« Probleme der §§ 242 ff. StGB, JuS 2004, 1075 (1075).

⁹ Dölling/Duttge/Rössner/König/Duttge (Fn. 4), § 242 Rn. 27 (»heute vorherrschende Apprehensionstheorie«); vgl. auch MüKoStGB/Schmitz (Fn. 4), § 242 Rn. 84.

¹⁰ Vgl. BGHSt 23, 254 (255); Lackner/Kühl/Heger/Heger, 30. Aufl. (2023), StGB § 242 Rn. 16; *Rengier* (Fn. 4), § 2 Rn. 47; MüKoStGB/Schmitz (Fn. 4), § 242 Rn. 73 u. 84.

¹¹ Vgl. *Kudlich*, Die Wegnahme in der Fallbearbeitung, JA 2017, 428 (431).

¹² Schönke/Schröder/Bosch (Fn. 4), § 242 Rn. 47; *Rengier* (Fn. 4), § 2 Rn. 89 ff.

¹³ Lackner/Kühl/Heger/Heger (Fn. 10), § 242 Rn. 21; *Rengier* (Fn. 4), § 2 Rn. 137.

¹⁴ Vgl. etwa *Jäger*, Examensrepetitorium Strafrecht Besonderer Teil, 9. Aufl. (2023), Rn. 807 (»nur eine Art Automaten Schlüssel«); auch schon OLG Hamburg, NJW 1987, 336 (336) zur Wegnahme einer »Eurocheque-Karte« zwecks unbefugter Nutzung an einem Geldautomaten.

¹⁵ Vgl. *Kindhäuser/Böse*, Strafrecht Besonderer Teil II, 11. Aufl. (2020), § 6 Rn. 8.

¹⁶ *Rengier* (Fn. 4), § 5 Rn. 5.

¹⁷ Vgl. *Rengier* (Fn. 4), § 13 Rn. 10.

D. Gesamtergebnis

J ist straflos.

TEIL 2: VERWENDUNG DER KARTE

A. Strafbarkeit der J nach § 263 I gegenüber K zu Lasten des Marktinhabers

J könnte sich wegen Betrugs gem. § 263 I strafbar gemacht haben, indem sie ihren Einkauf mit der Karte des M bezahlte. Jedoch täuschte J den K nicht über Tatsachen, sodass er keinem korrespondierenden Irrtum unterlag.

Im Ergebnis zutreffend, doch fehlt hier (die dann aber im Weiteren im Rahmen des § 263a StGB gelieferte) sachliche Begründung für die Ablehnung eines auf Täuschung beruhenden Irrtums.

Mithin scheidet eine Strafbarkeit gem. § 263 I gegenüber K und zu Lasten des Marktinhabers aus.

B. Strafbarkeit der J nach § 263a I

J könnte sich jedoch wegen Computerbetrugs gem. § 263a I strafbar gemacht haben, indem sie den Zahlungsvorgang mit der EC-Karte des M autorisierte.

Die Konkretisierung (»[...]«, indem sie den Zahlungsvorgang mit der EC-Karte des M *autorisierte*) kann missverstanden werden, zumal es infolge des Vorgehens der J zwar zu einer »elektronischen Autorisierung durch die kartenausgebende Bank« gekommen ist,¹⁸ jedoch kein »autorisierter« Zahlungsvorgang im Sinne der §§ 675j ff. BGB vorliegt. Es wäre angesichts dessen jedenfalls stilistisch abgesicherter gewesen, das Verhalten der J an der Kasse (vergleichbar dem Einstieg in die Betrugsprüfung) in einer untechnischen, alltagssprachlichen Weise zu umschreiben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

J müsste durch die Verwendung unbefugter Daten das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs derart beeinflussen haben, dass der Datenverarbeitungsvorgang zu einer vermögensrelevanten Disposition und schließlich zu einem Vermögensschaden führt.

Gemeint ist mit der »Verwendung unbefugter Daten« *offensichtlich* die unbefugte Datenverwendung nach § 263a I StGB. Eine Tathandlungsalternative des Verwendens unbefugter Daten gibt es nicht und die Wertung »unbefugt« stellt sich schon vom Sprachlichen her als Attribut einer (eventuell) tatbestandlich-rechtswidrigen Handlung dar.¹⁹

Derartige *erkennbare* Missgriffe werden richtigerweise mit Augenmaß behandelt.

Daten sind alle codierten oder codierbaren Informationen, unabhängig von ihrem Verarbeitungsgrad.²⁰ Datenverarbeitung sind technische Vorgänge, bei denen durch die Aufnahme von Daten und ihrer Verknüpfung nach Programmen Arbeitsergebnisse erzielt werden.²¹ Die auf der EC-Karte gespeicherten Informationen sind Daten. J hat das Programm des Lesegeräts weder verändert noch gelöscht, sodass die unrichtige Gestaltung des Programms nicht erfüllt ist (Var. 1). J könnte unrichtige oder unvollständige Daten verwendet haben (Var. 2). Verwendet werden Daten, wenn sie in den Datenverarbeitungsvorgang eingegeben werden.²² Jedoch wird diese Tatvariante computerspezifisch ausgelegt und erfasst gerade nicht den nichtberechtigten Gebrauch einer EC-Karte.²³

Es ist zielführend, dass die Bearbeitung zügig den Weg zu § 263a I Var. 3 StGB sucht, die im Mittelpunkt der meisten einschlägigen Fälle steht. Soweit es um den Ausschluss der zweiten Alternative geht, lässt sich knapp darauf verweisen, dass Fälle, in denen Daten unberechtigterweise verwendet werden, ausschließlich unter die auf gerade diese Konstellationen zugeschnittene dritte Variante fallen (sollen) und die zweite Variante daher »computerspezifisch« auf solche (unrichtigen/unvollständigen) Daten zu beschränken ist, auf die der Computer programmgemäß reagiert.²⁴ Dies ist hier offensichtlich nicht der Fall, weil eine etwaige »Befugnis« der J zum Einsatz der Karte des M kein Gegenstand des Datenverarbeitungsvorgangs an der Kasse des dm-Marktes ist.²⁵

J könnte unbefugt Daten verwendet haben (Var. 3). Insofern ist die Auslegung des Merkmals »unbefugt« umstritten.²⁶ Nach einer subjektivierenden Auslegung wäre zu fragen, ob die Verwendung dem Willen des Berechtigten widerspricht.²⁷

lung bzw. der *handelnden Person*, wobei zum Teil die Rechtswidrigkeit, zum Teil die Wertungsebene der Tatbestandsmäßigkeit angesprochen ist (vgl. *Roxin/Greco*, Strafrecht Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 30). – So auch hier (§ 263a I Alt. 3 StGB): Geschichte eine Verwendung von Daten *nicht* unbefugt, ist gegen sie (nämlich) *von vornherein* schwerlich etwas einzuwenden.

²⁰ *Rengier* (Fn. 4), § 14 Rn. 4; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Strafrecht Besonderer Teil 2, 45. Aufl. (2022), Rn. 638.

²¹ LKStGB/*Tiedemann/Valerius*, Strafgesetzbuch Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. (2012), § 263a Rn. 22; MüKoStGB/*Hefendehl/Noll*, 4. Aufl. (2022), § 263a Rn. 25.

²² *Schönke/Schröder/Perron* (Fn. 4), § 263a Rn. 6; vgl. auch *Rengier* (Fn. 4), § 14 Rn. 14 zu dem sich der (sich hier nicht auswirkenden) Frage, ob weitergehend jede Nutzung von Daten als Verwendung betrachtet werden sollte, oder ob diejenigen Fälle, in denen Daten nicht in den Verarbeitungsvorgang eingegeben werden, allenfalls nach § 263a I Var. 4 StGB erfassbar sind (h.M.).

²³ Vgl. LK-StGB/*Tiedemann/Valerius* (Fn. 21), § 263a Rn. 35.

²⁴ Vgl. etwa LKStGB/*Tiedemann/Valerius* (Fn. 21), § 263a Rn. 35.

²⁵ Vgl. auch *Dölling/Duttge/Rössner/König/Duttge* (Fn. 4), § 263a Rn. 8.

²⁶ Vgl. etwa *Dölling/Duttge/Rössner/König/Duttge* (Fn. 4), § 263a Rn. 13; *Rengier* (Fn. 4), § 14 Rn. 15 ff.

²⁷ *Kindhäuser/Böse* (Fn. 15), § 28 Rn. 23.

¹⁸ Vgl. OLG Hamm, NStZ 2020, 673 (674) m.w.N.

¹⁹ Der Begriff »unbefugt« bezeichnet im StGB eine Qualität der Hand-

Nach dieser Ansicht wäre die Verwendung unbefugt, da M mit der Verwendung seiner Karte nicht einverstanden war. Er hat sie der J auch nicht freiwillig überlassen. Nach einer computerspezifischen Auslegung muss sich die unbefugte Verwendung im Datenverarbeitungsvorgang niederschlagen haben und durch die Einwirkung der J umgangen worden sein.²⁸ Nach dieser Ansicht war die Verwendung nicht unbefugt, da sie lediglich die Karte auflegte und daher nicht auf das Programm einwirkte.

Die Behandlung der (randständigen) computerspezifischen Auslegung gerät hier etwas unklar: Entscheidend ist, dass beim kontaktlosen Bezahlen noch nicht einmal eine PIN eingegeben werden muss, sodass sich nicht einmal argumentieren lässt, dass sich im Erfordernis der PIN-Eingabe ein der Datenverwendung entgegenstehender Wille der systembetreibenden Stelle niederschlagen hat.

Nach einer dritten betrugspezifischen Auslegung müsste das Verhalten der J gegenüber einer fiktiven Person, Täuschungscharakter haben.²⁹ Die Maßstäbe zu den Anforderungen an diese fiktive Person sind nicht eindeutig, sodass in diesen Fällen eine wertende Gesamtbetrachtung vorgenommen wird.³⁰

Es hätte deutlicher gesagt werden sollen, dass innerhalb der inzwischen (deutlich) vorherrschenden betrugspezifischen Auslegung ungeklärt ist, ob es bei der fiktiven Vergleichsperson um eine solche gehen sollte, welche die Interessen der systembetreibenden Stelle »umfassend wahrzunehmen hat« oder um eine Person, die so gedacht wird, dass sie »sich nur mit den Fragen befasst, die auch der Computer prüft bzw. für die sich im Computerprogramm Ansätze zur Kontrolle finden«. ³¹ Zunehmend findet sich dann in der Tat die Position, dass diese Perspektivfrage nicht sinnvoll generalisierend-schematisch zu beantworten ist.³²

Zu fragen ist, ob das Verhalten der J gegenüber einer fiktiven Kassiererin, Täuschungscharakter hätte. Insofern ist näher auf die Verwendung von EC-Karten durch einen Nichtberechtigten einzugehen. Bei der Verwendung von Girocards in Supermärkten wird beim Auflegen der Karte eine Abfrage an das jeweilige Bankinstitut gestellt. Geprüft wird, ob die Karte gesperrt ist und ob der Kauf sich im Verfügungsrahmen hält. Der Verfügungsrahmen sollte

28 Die Unbefugtheit wird also daran festgemacht, dass der Zugang zu einem Datenverarbeitungsvorgang mittels »einer Identifikationsnummer, eines Passworts oder raffinierterer elektronischer Kontrolldaten« geschützt ist (vgl. *Achenbach*, Strukturen des § 263a StGB, in: FS-Gössel (2002), 483, (494)); (krit.) Überblick auch zu weiteren Spielarten der computerspezifischen Auslegung etwa bei *Rengier* (Fn. 4), § 14 Rn. 17 f.

29 Vgl. etwa *Arzt/Weber/Heinrich*, Strafrecht Besonderer Teil, 4. Aufl. (2021), § 21 Rn. 32; *Rengier* (Fn. 4), § 14 Rn. 20 jew. m.w.N.

30 MüKoStGB/*Hefendehl/Noll* (Fn. 21), § 263a Rn. 82.

31 OLG Hamm NStZ 2020, 673, 675 m.w.N.; eingehend *Wachter*, Zur betrugsäquivalenten Auslegung beim Computerbetrug, NStZ 2018, 241.

32 Etwa MüKoStGB/*Hefendehl/Noll* (Fn. 21), § 263a Rn. 83: Täuschungsäquivalenz bedürfe »einer einzelfallbezogenen Konkretisierung«; normativierend auch *Wachter* (Fn. 31), NStZ 2018, 241 (245 ff.).

einen Wert von 25 Euro nicht überschreiten, da es sonst zu einer Abfrage der PIN kommt.³³ Wenn das Lesegerät diese Daten überprüft hat, erfolgt die Zahlung. Dadurch erhält der Supermarkt eine Zahlungsgarantie in Form einer einredefreien Forderung gegen die kartenausgebende Bank.³⁴ Anders ist dies jedoch beim elektronischen Lastschriftverfahren, wo das Ausfallrisiko beim jeweiligen Händler bleibt und die Zahlungsfähigkeit nicht überprüft wird. Bei der Verwendung der EC-Karte durch eine nichtberechtigte Person muss die Bank Aufwendungsersatz an die geschädigte Person leisten, vgl. § 675u BGB. Insofern bleibt es in jedem Fall bei einer wirtschaftlichen Absicherung des Supermarkts. Fraglich ist daher, ob sich die K überhaupt über die Berechtigung des Kartennutzers Gedanken machen muss. Im Ergebnis ist dies wohl zu verneinen, da der Supermarkt durch die Autorisierung die einredefreie Forderung gegen das Bankinstitut geltend machen kann.³⁵ Damit hätte die Handlung der J gegenüber einer menschlich hinzugedachten Kassiererin keinen Täuschungscharakter.

Umso mehr fehlt es an einer unbefugten Datenverwendung, wenn im Sinne der von der Rspr. vorgezogenen engeren Spielart der betrugspezifischen Auslegung,³⁶ die fiktive Vergleichsperson an den Möglichkeiten des Computers orientiert wird. Beim kontaktlosen Bezahlen wird nämlich – im Unterschied zu den bekannten Geldautomatenkonstellationen oder der EC-Kartenverwendung im Rahmen des »normalen« Point-of-sale Verfahrens – eben nicht einmal die PIN abgefragt.³⁷ Stilistisch ist anzumerken, dass Sie im *Gutachten* auf Relativierungen wie »wohl« oder »dürfte« etc., auch wenn das manchmal schwer fällt und solche Wendungen in Kommentaren, Lehrbüchern, Anmerkungen und Aufsätzen begegnen (und dort dann regelmäßig einen Argumentationsspielraum aufzeigen sollen), konsequent verzichten müssen.

Die aufgeführten Meinungen gelangen zu unterschiedlichen Ergebnissen, sodass ein Streitentscheid erforderlich ist. Gegen die subjektivierende Auslegung spricht, dass sie sehr weit gefasst ist und zu einer alle Vertragswidrigkeiten einbeziehenden Computeruntreue führt. Für die betrugspezifische Auslegung spricht vor allem die Entstehungsgeschichte des § 263a, welcher Strafbarkeitslücken schließen soll, die dadurch entstehen, dass die Täuschung nicht gegenüber einem Menschen stattfindet. Die betrugspezifische Auslegung orientiert sich daher an § 263. Für diese Auslegung spricht auch die Systematik der Norm nach dem all-

33 OLG Hamm, NStZ 2020, 673, 673 f.; MüKoStGB/*Hefendehl/Noll* (Fn. 21), § 263a Rn. 109; vgl. auch *Altenhain*, Der strafbare Mißbrauch kartengestützter elektronischer Zahlungssysteme, JZ 1997, 752 (757 f.); ausführlich und sehr instruktiv zu den technischen Abläufen und vorstrafrechtlichen Rahmenbedingungen des kontaktlosen Zahlens *Göhler*, Kontaktlos bezahlen mit der Girocard - (k)eine Herausforderung für das Strafrecht?, JR 2021, 6 (7 ff.).

34 *Göhler* (Fn. 33), JR 2021, 6 (8).

35 Vgl. *Göhler* (Fn. 33), JR 2021, 6 (18); *Jäger* (Fn. 14), Rn. 807; SK-StGB/*Hoyer*, 9. Aufl. (2017), § 263 Rn. 79 mit Blick auf § 263.

36 Vgl. *Ladiges* (Fn. 1), WUB 2020, 600 (604); *Christoph/Dorn-Haag* (Fn. 1), NStZ 2020, 676 (676) m.w.N.

37 Vgl. OLG Hamm, NStZ 2020, 673 (674 f.).

gemeinen Betrugstatbestand. Im Ergebnis liegt daher keine unbefugte Verwendung von Daten (Var. 3) vor. Aus denselben Gründen ist auch die sonstige Einwirkung auf den Ablauf (Var. 4) nicht einschlägig.

Richtigerweise wird zwecks hinreichender Konturierung des bedenklich weiten Auffangtatbestands des § 263a I Var. 4 StGB in der Tat zu verlangen sein, dass auch die sonstige unbefugte Einwirkung *täuschungsähnlichen* Charakter hat.³⁸

II. Ergebnis

J hat sich nicht gem. § 263a I strafbar gemacht.

C. Strafbarkeit der J nach §§ 269 I, 270

J könnte sich jedoch wegen des Fälschens beweisheblicher Daten gem. §§ 269 I, 270 strafbar gemacht haben.

Richtigerweise ist, was oftmals bei einschlägigen Fällen vergessen wird, § 270 StGB mit in den Obersatz aufgenommen worden.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

J könnte beweishebliche Daten so gespeichert oder verändert haben, dass bei ihrer visuellen Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde iSv. § 267 vorläge.³⁹

Die fraglichen Daten müssen also *bis auf ihre visuelle Wahrnehmbarkeit* alle Merkmale des Urkundenbegriffs aufweisen.

Beweishebliche Daten sind solche, die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden, vgl. § 202a II.

Hier liegt insoweit eine Undeutlichkeit, die sich indes (jedenfalls im gegebenen Fall) nicht auswirkt, als unklar ist, inwieweit (wie bei § 202a II StGB) von vornherein nur nicht visuell wahrnehmbare Daten in Betracht kommen.⁴⁰

Beweisheblich sind Daten, wenn sie über ein Rechtsverhältnis Beweis erbringen.⁴¹ In Betracht kommen die auf der

EC-Karte gespeicherten Informationen, welche durch die Transaktion überschrieben werden. J könnte die beweisheblichen Daten gespeichert haben. Durch die Transaktion wurden die Daten der EC-Karte mit dem neuen Einkauf überschrieben. Mithin wurden diese Daten gespeichert. Ferner müsste eine hypothetische Urkunde vorliegen. Eine Urkunde ist jede verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und ihren Aussteller erkennen lässt.⁴² Die überschriebenen Daten sind hinreichend verkörpert und enthalten auch die erforderliche Beweisbestimmung und Beweiseignung für den Rechtsverkehr.

Auf die Frage, ob *beweisheblich* nur solche Daten sind, »deren Einsatz die Verwendung von Urkunden ersetzt«,⁴³ kommt es nicht an, weil dies ersichtlich der Fall ist.

Zweifel bestehen jedoch an der Garantiefunktion, da der Aussteller nicht erkennbar ist. Die Karte wurde von einer nichtberechtigten Person verwendet, sodass nicht erkennbar ist, von wem die Gedankenerklärung herrührt.⁴⁴ Mithin fehlt es an der hypothetischen Urkundeneigenschaft.

Dies liegt ganz auf der durch das OLG Hamm zum kontaktlosen Bezahlen beschrifteten Linie. Zwischenzeitlich sind in der Literatur allerdings Stimmen laut geworden, die die Garantiefunktion mit der Begründung bejahen wollen, dass in den Fällen des kontaktlosen Bezahls mit fremder Karte eine vermeintlich durch die berechtigte Person, der die EC-Karte überlassen worden ist, ausgestellte Datenurkunde annehmen wollen.⁴⁵ Es bleibt abzuwarten, wie sich die Rechtsprechung zu der Konstellation des kontaktlosen Bezahls mit fremder EC-Karte im Weiteren entwickeln wird.

II. Ergebnis

Eine Strafbarkeit der J gem. §§ 269 I, 270 scheidet aus.

D. Strafbarkeit der J nach § 274 I Nr. 2

J könnte sich jedoch wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 I Nr. 2 strafbar gemacht haben.

³⁸ KG, NStZ-RR 2015, 111, 112; MüKoStGB/Hefendehl/Noll (Fn. 21), § 263a Rn. 144; Dölling/Duttge/Rössner/König/Duttge (Fn. 4), § 263a Rn. 23.

³⁹ OLG Hamm, NStZ 2020, 673 (675); Fischer StGB (Fn. 5), § 269 Rn. 5; Lackner/Kühl/Heger/Heger (Fn. 10), § 269 Rn. 2; Rengier, BT II, 23. Aufl. (2022), § 35 Rn. 2.

⁴⁰ Vgl. etwa einerseits Lackner/Kühl/Heger/Heger (Fn. 10), § 269 Rn. 2 (»tatbestandlich nur visuell nicht unmittelbar wahrnehmbare Daten (§ 202a II) erfasst«); andererseits MüKoStGB/Erb, 4. Aufl. (2022), § 269 Rn. 14 (»keine Verweisung auf § 202a II ... und eine einheitliche Auslegung des Datenbegriffs im Hinblick auf die völlig unterschiedlichen Schutzrichtungen beider Normen nicht geboten«).

⁴¹ Vgl. insow. anschaulich Lackner/Kühl/Heger/Heger (Fn. 11), § 269 Rn. 4: »Daten sind beweisheblich, wenn sie nach ihrem Informa-

tionsgehalt Gedankenerklärungen sind, die – abgesehen von ihrer visuellen Wahrnehmbarkeit – sämtliche Urkundenmerkmale erfüllen« – also eben auch die Beweisfunktion. Ebenso MüKoStGB/Erb (Fn. 40), § 269 Rn. 14.

⁴² Schönke/Schröder/Heine/Schuster (Fn. 4), § 267 Rn. 2; Rengier (Fn. 39), § 32 Rn. 1.

⁴³ Vgl. etwa einerseits BT-Drs. 10/5058, S. 34; Fischer (Fn. 5), § 269 Rn. 4, andererseits MüKoStGB/Erb (Fn. 42), § 269 Rn. 14 (»eigenständige strafbarkeitsbegrenzende Wirkung kommt dem Merkmal bei § 269 ... nicht zu«).

⁴⁴ OLG Hamm, NStZ 2020, 673, 675; ebenso Göhler, (Fn. 33), JR 2021, 6 (20 f.).

⁴⁵ Christoph/Dorn-Haag (Fn. 1), NStZ 2020, 676 (677); Kulhanek, »Digitales Urkundenstrafrecht«, wistra 2021, 220 (224); dem OLG Hamm zust. dagegen Ladiges (Fn. 1), WUB 2020, 601 (604).

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

J müsste beweiserhebliche Daten gelöscht haben. Die Daten auf der EC-Karte des M sind beweiserheblich. Ferner dürfte J nicht oder nicht ausschließlich über sie verfügen. Hierbei ist nicht auf die Eigentumsverhältnisse, sondern auf das Beweisführungsrecht abzustellen.⁴⁶ Verfügungsberechtigt ist entweder M oder die kartenausgebende Bank und zumindest nicht die J. Mithin dürfte J nicht über diese Daten verfügen.⁴⁷ Als Tathandlung kommt das Löschen in Betracht. Indem J die EC-Karte auflegte, wurden die Daten mit den neuen Transaktionsdaten der Zahlung überschrieben,⁴⁸ sodass es zu einer anderen Dateninformation kam. Mithin hat J beweiserhebliche Daten gelöscht.

2. Subjektiver Tatbestand

J müsste vorsätzlich und mit Nachteilszufügungsabsicht gehandelt haben. Fraglich ist zwar, ob J wusste, dass sie durch die Verwendung der EC-Karte beweiserhebliche Daten überschrieb, jedoch konnte sie nach einer Parallelwertung der Laiensphäre den Unrechtsgehalt ihrer Handlung überblicken, sodass Vorsatz gegeben ist. Ein Nachteil ist die Beeinträchtigung fremder Interessen. J war zwar bewusst, dass durch ihre Handlung Interessen beeinträchtigt werden, beabsichtigte dies aber als notwendiges Zwischenziel.⁴⁹

Die Bearbeiterin liegt mit dieser Argumentation, die indes in der Darstellung klarer hätte entfaltet werden sollen,⁵⁰ auf der Linie des OLG Hamm, das es mit einem Angeklagten zu tun hatte, der (nach den Feststellungen des LG Paderborn) mit einer fremden Karte kontaktlos eingekauft hatte, um gezielt »darauf hinzuweisen, wie unsicher das Bezahlsystem ‚NFC‘ sei«. ⁵¹ Hier nun gab der Sachverhalt den Bearbeiter:innen der Klausur deutliche Hinweise zu dem technisch-(bank)rechtlichen Hintergrundwissen der J an die Hand.

⁴⁶ OLG Hamm, NStZ 2020, 673 (676); Schönke/Schröder/Heine/Schuster (Fn. 4), § 274 Rn. 5.

⁴⁷ Vgl. OLG Hamm, NStZ 2020, 673 (676) (»... Recht stand dem Angekl. als Nichtberechtigtem nicht zu, sondern vielmehr dem Zeugen A als berechtigtem Karteninhaber bzw. der Sp. als kartenausgebendem Kreditinstitut«).

⁴⁸ Vgl. hier auch erneut OLG Hamm, NStZ 2020, 673 (675) offenlassend, ob es um Daten geht, »die im Computer der Autorisierungszentrale bzw. auf dem Chip der EC-Karte gespeichert werden«.

⁴⁹ OLG Hamm, NStZ 2020, 673 (676).

⁵⁰ Insbesondere wäre klarzustellen gewesen, dass es um einen Nachteil im Zusammenhang mit der Beeinträchtigung des tatbestandlich geschützten Beweisführungsrechts gehen muss (vgl. Rengier (Fn. 39), § 36 Rn. 12); vgl. insow. aber auch Heghmanns (Fn. 1), ZJS 2020, 494 (497), der die Entscheidung des OLG Hamm hinsichtlich der Nachteilszufügungsabsicht als »auffällig abstrakt« kritisiert und die Benennbarkeit eines Nachteils, der dann Gegenstand der entsprechenden Absicht des § 274 I Nr. 2 sein könnte, in Frage stellt.

⁵¹ OLG Hamm, NStZ 2020, 673 (676).

II. Rechtswidrigkeit und Schuld

J handelte rechtswidrig und schuldhaft.

III. Ergebnis

J hat sich durch das Verwenden der EC-Karte wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 I Nr. 2 strafbar gemacht.

E. Strafbarkeit der J nach § 123 I

Durch das Betreten des dm-Marktes könnte sich J wegen Hausfriedensbruchs gem. § 123 I strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

Insofern waren die deliktischen Absichten der J nicht äußerlich erkennbar, sodass das Betreten des Drogeriemarktes einem generalisierten Einverständnis im öffentlichen Publikumsverkehr unterlag.

Die problemorientiert knappe Behandlung des § 123 StGB ist angemessen!

II. Ergebnis

J hat sich nicht gem. § 123 I strafbar gemacht.

F. Gesamtergebnis

J hat sich gem. § 274 I Nr. 2 strafbar gemacht.

TEIL 3: DIE ÄUSSERUNG DES M

A. Strafbarkeit des M nach § 185

M könnte sich durch seine Äußerung wegen Beleidigung gem. § 185 strafbar gemacht haben.

I. Tatbestand

1. Objektiver Tatbestand

M müsste eine Beleidigung geäußert haben. Eine Beleidigung ist jede Kundgabe von Nicht- oder Missachtung. M äußert gegenüber seinen Mitbewohnern J, X und Z, dass in der WG gestohlen wird. Fraglich ist, ob diese Äußerung als eine Beleidigung aufgefasst werden kann. Insofern ist auf die Verkehrsanschauung abzustellen. M äußert aus seiner Enttäuschung eine Vermutung und tätigt keine verbalen Unannehmlichkeiten gegenüber einer anderen Person. Mithin kann die Äußerung des M von J nicht als Beleidigung bei der Staatsanwaltschaft geltend gemacht werden.

II. Ergebnis

M hat sich nicht gem. § 185 strafbar gemacht.

Gesamtergebnis

J ist im ersten Teil straflos. Im zweiten Teil hat sich J gem. § 274 I Nr. 2 strafbar gemacht. Im dritten Teil ist M straflos.

Die Arbeit bricht im zweiten Teil – möglicherweise aus Zeitgründen – leider ein. Insbesondere wird nicht mehr gesehen, dass der M eine *Tatsachenbehauptung* gegenüber (auch) Dritten geäußert haben dürfte,⁵² sodass Anlass bestand, die §§ 186, 187 StGB zu erörtern, wobei insbesondere an die Rechtsfigur der kollektiv verdeckten Individualisierung zu denken war.⁵³

Abschließende Bemerkungen

Im Gesamtbild der vorgelegten Bearbeitungen sprang ins Auge, dass die Aufgabe nicht nur nach ihren Inhalten, sondern auch von ihrem Umfang her ersichtlich erhebliche Schwierigkeiten bereitete, was möglicherweise auch damit zu erklären ist, dass Bearbeiter:innen, die sich im WS 2022/23 im dritten oder vierten Semester befunden haben, pandemiebedingt leider zwangsläufig über eingeschränkte Erfahrungen mit Klausuren des herkömmlichen Formats verfügen. Um die Aufgabe zu bewältigen, war es jedenfalls erforderlich, problemorientierten Gutachtenstil zu verwenden. Die hier nun vorgestellte Arbeit sticht heraus, weil sie (zumindest) im für den Fall zentralen ersten Teil sämtliche relevanten Probleme anspricht und (vertretbar) löst, während auffällig viele andere Bearbeitungen in angreifbarer Weise auf § 263a StGB hinausargumentierten. Gleichwohl versteht sich, dass die Benotung als eine bereits erheblich über den durchschnittlichen Anforderungen liegende Leistung eine Momentaufnahme aus der ÜfV 2022/23 darstellt und eine Bewertung insbesondere unter Zugrundelegung von Examensmaßstäben natürlich deutlich kritischer ausfallen würde.

⁵² Vgl. Rengier (Fn. 39), § 29 Rn. 3 ff., insbes. 5.

⁵³ Vgl. allg. Rengier (Fn. 39), § 28 Rn. 14 f.