

Examensübungsklausur: Die lieben Mitbewohner

Dr. Alexander Bechtel, Tübingen*

Die Klausur wurde im Sommersemester 2023 im Examensklausurenkurs der Juristischen Fakultät der Eberhard Karls Universität Tübingen gestellt. Der Notendurchschnitt von insgesamt 85 Bearbeitungen lag bei 5,78 Punkten. Die Durchfallquote betrug 24,71 %. Die Klausur behandelt neben „klassischen“ Fragestellungen aus bekannten Deliktsbereichen (Freiheits- und Beleidigungsdelikte) auch weniger vertraute Probleme, so namentlich den sog. elektronischen Taschendiebstahl, der erst in jüngerer Vergangenheit als (weitere) Erscheinungsform des missbräuchlichen Umgangs mit fremden Zahlungskarten Beachtung gefunden hat. Daneben findet aber auch eine gängige, aus zahlreichen Lehrbüchern bekannte Form des Kartenmissbrauchs Berücksichtigung, die freilich – in Parallele zum sog. elektronischen Taschendiebstahl – nicht nur auf ihre vermögensstrafrechtliche, sondern auch auf ihre urkundenstrafrechtliche Relevanz zu prüfen ist. Die strafprozessuale Aufgabenstellung verlangt eine Auseinandersetzung mit den Voraussetzungen der Durchsicht eines „räumlich getrennten Speichermediums“ i.S.d. § 110 Abs. 3 S. 2 StPO vor dem Hintergrund eines im Ausland belegenen Speicherorts.

Sachverhalt 1

A und sein Mitbewohner B haben regelmäßig Streit. Um B eine Lektion zu erteilen, wartet A ab, bis B einmal wieder in den Kellerräumen in seiner alten Plattensammlung stöbert. A begibt sich zum Keller und macht sich daran, die schwere Brandschutztür, welche den einzigen Zugang zu den Kellerräumen darstellt, zu schließen. Dabei weiß er, dass B keinen Schlüssel mit sich führt und so die Tür nicht von innen öffnen kann, wenn er – A – sie von außen abschließt. A will B für ca. eine Stunde im Keller „schmoren“ lassen, bevor er – A – die Tür wieder öffnet. Als B Geräusche vernimmt und nach einem kurzen Blick ums Eck erkennt, dass A im Begriff ist, die Kellertür – bereits mit einem Schlüssel in der Hand – zu schließen, sprintet er zum Ausgang, um noch hinauszugelangen. Gerade als er den Ausgang erreicht, drückt A, der B nicht hatte kommen sehen, die Türe schwungvoll zu, wodurch B mit der linken Schulter gegen die gerade ins Schloss fallende Tür kracht und vom Aufprall benommen zu Boden geht. A registriert erst jetzt, dass B versucht haben muss, im letzten Moment zu entwischen, denkt sich aber, dass es B gerade recht geschehe, sich dabei auch noch weh getan zu haben. Da A davon ausgeht, dass B höchstens eine harmlose, keinesfalls behandlungsbedürftige Prellung erlitten hat, verschließt er die Tür mithilfe seines Schlüssels und befreit B – wie von Anfang an geplant – nach einer Stunde. B hat infolge des Aufpralls gegen die Tür tatsächlich einen komplizierten Trümmerbruch an der Schulter erlitten, wodurch er nicht nur mehrere Monate an der Ausübung seines Berufes gehindert ist, sondern sich auch langwierigen Rehabilitationsmaßnahmen unterziehen muss, um Arm und Schulter wieder schmerzfrei bewegen zu können.

A plagt ein schlechtes Gewissens wegen Bs Verletzung, weshalb er zu Bs Geburtstag eine Überraschungsparty plant. Da A aber aktuell knapp bei Kasse ist, muss er zuvor das notwendige Kleingeld organisieren. Wie gut, dass heutzutage jedermann mobile Kartenlesegeräte im Internet erstehen kann, sofern er beim Terminal-Anbieter eine Kontoverbindung hinterlegt. As Gerät ist mit der NFC-

* Der Autor ist Akad. Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Europäisches Strafrecht (Prof. Dr. Jörg Eisele) an der Eberhard Karls Universität Tübingen.

Technologie (Near Field Communication) ausgestattet, welche es erlaubt, das Bezahlen mittels EC- oder Kreditkarte im sog. Point-of-Sale-Verfahren (POS) kontaktlos – durch schlichtes Vorhalten der Karte – abzuwickeln. Technisch wird mittels eines vom Lesegerät erzeugten elektromagnetischen Wechselfelds eine Übertragung von auf der Karte gespeicherten Daten an das Autorisierungszentrum des Kreditinstituts ermöglicht. Konkret geht es um die enthaltenen Kundendaten, den Abbuchungsbetrag sowie Datum und Uhrzeit der Transaktion. Sämtliche Daten werden im Autorisierungszentrum gespeichert. Geprüft wird, ob der Verfügungsrahmen eingehalten, die Karte nicht gesperrt und – soweit zuvor abgefragt – die PIN zutreffend eingegeben wurde. Sind die Daten korrekt und ist der Verfügungsrahmen gewahrt, wird die Zahlung autorisiert. Das kartenausstellende Institut übernimmt dabei gegenüber dem Zahlungsempfänger ein Zahlungsverprechen. All diese Vorgänge sind dem technikaffinen A bekannt. Auch ist A bekannt, dass es bei sog. Kleinstbeträgen – Beträgen unter 25 € – regelmäßig keiner PIN-Eingabe zur Abwicklung des Zahlungsvorganges bedarf. Erst nach fünf Zahlungen ohne PIN-Eingabe wird auch bei Kleinstbeträgen wieder eine Authentifizierung durch PIN-Eingabe notwendig. Im Autorisierungszentrum erfolgt nach jeder Kartennutzung eine Anpassung der Anzahl der kontaktlosen Zahlvorgänge seit der letzten PIN-Abfrage wie auch eine Anpassung des Verfügungsrahmens. A begibt sich mit seinem Lesegerät in einen voll besetzten Linienbus, stellt sich mit seinem in der Hand verborgenen Gerät unauffällig neben andere Fahrgäste und hält das Gerät, auf dem er zuvor einen Abbuchungsbetrag von 24,99 € eingegeben hat, dicht an die Hosentaschen der Fahrgäste, in denen er – zutreffend – Geldbörse mitsamt EC-Karten vermutet. So verfährt er bei den Fahrgästen X, Y und Z, deren Konten jeweils in Höhe des eingegebenen Betrages belastet werden, während A Gutschriften in entsprechender Höhe erhält.

Nachdem A dieses Vorgehen zu mühsam wird und der Geburtstag näher rückt, entscheidet er sich, für die noch notwendigen Einkäufe die EC-Karte des C zu „leihen“. C wohnt ebenfalls mit A und B zusammen, sodass A weiß, dass C seine wichtigen Dokumente, so auch seine Geldkarten, allesamt in seiner Sockenschublade aufbewahrt. Zudem hat er C bereits heimlich beim Abheben von Bargeld beobachtet und sich dabei dessen PIN eingeprägt. A entnimmt die Karte aus der Schublade in Cs Zimmer und begibt sich zum Supermarkt, wobei ihm bewusst ist, dass dort zur Abwicklung des elektronischen Zahlungsverkehrs das – ihm ja bestens bekannte – POS-Verfahren Anwendung findet. A hält an der Kasse die EC-Karte Cs an das Terminal und gibt die PIN ein, woraufhin die Transaktionsdaten an das Autorisierungszentrum übermittelt werden und die Einhaltung des Verfügungsrahmens und die Übereinstimmung der PIN geprüft wird. Als die Zahlung autorisiert wird, verlässt A mit Lebensmitteln im Wert von 200 € den Laden. Die Karte legt er, wie von Anfang an beabsichtigt, zurück in die Schublade des ahnungslosen C. Das Konto des C wird in Höhe des Betrages von 200 € belastet.

Mit den Partyvorbereitungen kann sich A auch von seinem übrigen Kummer ablenken: Seit seine Partnerin und er sich vor einigen Jahren getrennt haben, führen sie vor verschiedenen Gerichten zahlreiche rechtliche Auseinandersetzungen um das Umgangsrecht mit der gemeinsamen Tochter. Auf seinem öffentlich zugänglichen Internetblog, der jedenfalls von Verwandten und Bekannten regelmäßig aufgerufen wird, verfasst A immer wieder auch Einträge zu diesen Verfahren. Anlässlich einer für ihn nachteiligen Berufungsentscheidung verfasst A nunmehr einen Eintrag, in welchem er über den Ausgang des Verfahrens berichtet, die an der Entscheidung beteiligten Richter namentlich benennt, Fotos von ihnen ins Netz stellt und sie zudem als „asoziale Justizverbrecher“, „Provinzverbrecher“ und „Kindesentfremder“ bezeichnet.

Aufgabe

Begutachten Sie in einem alle aufgeworfenen Rechtsfragen berücksichtigenden Gutachten die Strafbarkeit des A nach dem Strafgesetzbuch. Nicht zu prüfen sind die §§ 126a, 202a–202d, 265a, 303a

StGB. Erforderliche Strafanträge gelten als gestellt.

Bearbeitungshinweis

Gehen Sie bei der Bearbeitung davon aus, dass Kreditinstitute gesetzlich dazu verpflichtet sind, nicht vom Berechtigten autorisierte Buchungen unverzüglich rückgängig zu machen.

Sachverhalt 2

A hat wegen einer wenig erfolgreich verlaufenen Episode als selbstständiger Betreiber einer Imbissbude zusätzlich noch Ärger mit der Steuerfahndungs- und Strafsachenstelle des Finanzamts, die beim zuständigen Ermittlungsrichter einen Durchsuchungsbeschluss erwirkt hat. Im Rahmen der Durchsuchung der Räumlichkeiten des A stellen die Beamten, die allesamt Ermittlungspersonen der Staatsanwaltschaft sind, u.a. den Laptop des A sicher, auf dem sie Beweismittel – insbesondere in Form von Geschäftsunterlagen – vermuten. A teilt den Beamten schon während der Durchsuchung mit, dass er seine Unterlagen bei einem externen Clouddienstleister gespeichert habe, dessen Server sich aber im Ausland befänden. Beide Mitteilungen entsprechen der Wahrheit. Überdies sei der Zugriff auf diese Datenbestände nur unter Eingabe eines Passworts möglich, welches er natürlich für sich behalten werde. Die Beamten erwidern, dass sie in jedem Falle zur Durchsicht der über den Laptop abrufbaren Datenbestände berechtigt seien und auch über die technischen Hilfsmittel verfügten, an das Passwort zu gelangen. A bleibt gleichwohl bei seiner Weigerung. Einen Tag nach der Durchsuchung greifen die Beamten unter Einsatz forensischer Software, welche auf dem Gerät gespeicherte Zugangsdaten gezielt auslesen und an der „passenden“ Stelle einfügen kann, tatsächlich vom Laptop des A auf die Datenbestände zu. Sie halten es dabei für möglich, dass der Speicherort – wie von A behauptet – im Ausland liegt, sehen aber keinen Anlass, allein deshalb weitere Ermittlungen zum Speicherort anzustellen und auf ein aufwendiges und häufig im Sande verlaufendes Rechtshilfeverfahren umzusteigen. Schon am darauf folgenden Tag erhält A seinen Laptop zurück.

Aufgabe

A hält das Vorgehen der Beamten für evident rechtswidrig und wendet sich an Rechtsanwalt R mit der Frage, ob er mit dieser Einschätzung richtig liege. Zudem möchte er wissen, welche Rechtsschutzmöglichkeiten für ihn jetzt noch bestehen. Geben Sie die erbetene Auskunft.

Bearbeitungshinweis

Die Cybercrime-Konvention (völkerrechtliches Abkommen zur Bekämpfung von Cybercrime) sieht eine grenzüberschreitende Sichtungsbefugnis mit Blick auf nicht öffentlich zugängliche Daten nicht vor.

Lösungsvorschlag

Aufgabe 1	1344
Tatkomplex 1: Im Keller	1344
I. Strafbarkeit des A gem. § 239 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB	1344
1. Tatbestandsmäßigkeit	1344

a) Grundtatbestand, § 239 Abs. 1 StGB	1344
b) Schwere Folge, § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB	1345
aa) Schwere Gesundheitsschädigung	1345
bb) Zurechenbarkeit des Folgeneintritts	1345
(1) Allgemeine Zurechnungskriterien	1345
(2) Deliktsspezifischer Gefahrverwirklichungszusammenhang	1346
(3) Fahrlässigkeit	1347
cc) Zwischenergebnis	1348
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1348
3. Ergebnis	1348
II. Strafbarkeit des A gem. § 229 StGB	1348
III. Strafbarkeit des A gem. §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB	1348
IV. Strafbarkeit des A gem. §§ 229, 13 Abs. 1 StGB	1348
V. Strafbarkeit des A gem. § 221 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB	1349
VI. Ergebnis für Tatkomplex 1	1349
Tatkomplex 2: Party-Planungen Teil 1	1349
I. Strafbarkeit des A gem. § 263a Abs. 1 StGB	1349
1. Tatbestandsmäßigkeit	1350
a) Objektiver Tatbestand	1350
aa) Computerspezifische Auslegung	1350
bb) Subjektivierende Auslegung	1350
cc) Betrugsspezifische Auslegung	1350
dd) Stellungnahme	1351
b) Zwischenergebnis	1352
2. Ergebnis	1352
II. Strafbarkeit des A gem. § 269 Abs. 1 StGB	1353
1. Tatbestandsmäßigkeit	1353
a) Objektiver Tatbestand	1353
b) Zwischenergebnis	1354
2. Ergebnis	1354
III. Strafbarkeit des A gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB	1355
1. Tatbestandsmäßigkeit	1355
a) Objektiver Tatbestand	1355
b) Subjektiver Tatbestand	1355
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1356

3. Ergebnis	1356
IV. Ergebnis für Tatkomplex 2	1356
Tatkomplex 3: Party-Planungen Teil 2	1356
I. Strafbarkeit des A gem. § 242 Abs. 1 StGB	1356
1. Tatbestandsmäßigkeit	1356
a) Objektiver Tatbestand.....	1356
b) Subjektiver Tatbestand	1356
2. Ergebnis	1357
II. Strafbarkeit des A gem. § 246 Abs. 1 StGB	1357
III. Strafbarkeit des A gem. § 266b Abs. 1 StGB	1357
IV. Strafbarkeit des A gem. § 263 Abs. 1 StGB	1358
1. Tatbestandsmäßigkeit	1358
2. Ergebnis	1358
V. Strafbarkeit des A gem. § 263a Abs. 1 StGB	1358
1. Tatbestandsmäßigkeit	1358
a) Objektiver Tatbestand.....	1358
b) Subjektiver Tatbestand	1360
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1360
3. Ergebnis	1360
VI. Strafbarkeit des A gem. § 269 Abs. 1 StGB	1360
1. Tatbestandsmäßigkeit	1360
a) Objektiver Tatbestand.....	1360
b) Subjektiver Tatbestand	1361
2. Rechtswidrigkeit und Schuld	1361
3. Ergebnis	1361
VII. Strafbarkeit des A gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB	1361
VIII. Ergebnis für Tatkomplex 3	1361
Tatkomplex 4: Immer Ärger mit der Justiz	1361
I. Strafbarkeit des A gem. §§ 185, 193 StGB	1361
1. Tatbestandsmäßigkeit	1362
a) Objektiver Tatbestand.....	1362
aa) Kundgabe einer ehrenrührigen Äußerung	1362
bb) Kenntniserlangung	1363
b) Subjektiver Tatbestand	1363

2. Rechtswidrigkeit.....	1363
a) Keine Schmähkritik	1363
b) Abwägung.....	1363
3. Schuld	1364
II. Ergebnis.....	1364
Gesamtergebnis	1365
Aufgabe 2	1365
I. Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme	1365
1. Mitnahme des Geräts.....	1365
2. „Knacken“ des Passworts	1366
3. Zugriff auf Speicherort im Ausland	1366
4. Denkbare Rechtsfolgen	1367
II. Rechtsbehelfe	1367

Aufgabe 1

Tatkomplex 1: Im Keller

I. Strafbarkeit des A gem. § 239 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB

A könnte sich durch das Abschließen der Kellertür für die Dauer von einer Stunde wegen Freiheitsberaubung gem. § 239 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Grundtatbestand, § 239 Abs. 1 StGB

A hat durch das Verschließen der Kellertür die Fortbewegungsfreiheit des B, welcher den Keller auf keinem anderen Wege verlassen konnte, vollständig aufgehoben und damit B – durch Einsperren¹ – der Freiheit beraubt. A handelte insoweit auch vorsätzlich.

Hinweis: Auf die umstrittene Frage nach dem Schutzgut der Vorschrift (potentielle oder aktuelle Fortbewegungsfreiheit) kommt es nicht an, da B in seiner aktuellen Fortbewegungsfreiheit beeinträchtigt ist. Da A den B auch für die Dauer von einer Stunde im Keller „schmoren“ lässt, ist der Bereich

¹ In der vollständigen Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit liegt der *Taterfolg* (vgl. auch *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 239 Rn. 4), welcher hier ersichtlich durch das *Tatmittel* des Einsperrens – verstanden als Verhinderung des Verlassens eines Raumes durch äußere Vorrichtungen (vgl. nur *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 239 Rn. 3) – bewirkt wird.

einer nur bagatellarischen Beeinträchtigung unzweifelhaft überschritten, sodass Ausführungen zur notwendigen Beeinträchtigungsdauer entbehrlich sind.

b) Schwere Folge, § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB

A könnte durch sein Tun zudem die Erfolgsqualifikation des § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB verwirklicht haben. Dazu müsste A durch die Tat oder eine während der Tat begangene Handlung eine schwere Gesundheitsschädigung des B verursacht haben.

aa) Schwere Gesundheitsschädigung

Der Begriff der „schweren Gesundheitsschädigung“ reicht weiter als der Kreis der in § 226 StGB genannten Folgen. Erfasst werden – neben den Folgen aus § 226 StGB – insbesondere auch das Verfallen in eine ernste Krankheit sowie eine erhebliche Beeinträchtigung der Arbeitskraft oder Leistungsfähigkeit. Von einer schweren Gesundheitsschädigung ist ferner dann auszugehen, wenn die Wiederherstellung der Gesundheit umfangreiche Rehabilitationsmaßnahmen erfordert.² B konnte infolge des erlittenen Trümmerbruchs in der Schulter über mehrere Monate nicht seinem Beruf nachgehen und war zudem auf langwierige Reha-Maßnahmen angewiesen, um wieder einen Zustand der Schmerzfreiheit zu erreichen. Entsprechend ist der eingetretene Verletzungszustand als schwere Gesundheitsschädigung im Sinne der Vorschrift einzustufen.

bb) Zurechenbarkeit des Folgeneintritts

Die schwere Folge müsste auch „durch die Tat oder eine während der Tat begangene Handlung“ herbeigeführt worden sein.

(1) Allgemeine Zurechnungskriterien

Die Zurechenbarkeit des Folgeneintritts zum Handeln des A könnte zunächst deshalb zweifelhaft sein, weil B sich die schwere Verletzung beim Versuch, die Kellerräume doch noch zu verlassen, zuzog. Darin könnte eine eigenverantwortliche Selbstgefährdung zu erblicken sein, welche – nach allgemeinen Regeln – zurechnungsunterbrechend wirkt.³ Dabei ist freilich zu sehen, dass sich B mit der Gefahr des (ggf. länger andauernden) Eingesperrtseins konfrontiert sah und dieser – auf ein (vorsätzliches) Verhalten des A zurückgehenden – Gefahr durch seinen Fluchtversuch entgehen wollte. A hat das Fluchtverhalten des B, welches für sich genommen auch nicht grob unvernünftig war, mit seiner (vorsätzlichen) Gefahrschaffung damit *herausgefordert*. In diesen Fällen fehlt es aber an der *Eigenverantwortlichkeit* der Selbstgefährdung, sodass die eingetretenen (Verletzungs-)Folgen das Werk des Täters bleiben, es sich mithin *nicht* um einen Fall eigenverantwortlicher Selbstgefährdung handelt.⁴

Hinweis 1: Während das Fehlen einer eigenverantwortlichen Selbstgefährdung vorstehend primär unter Heranziehung des Gesichtspunkts der *Herausforderung* zu (selbst-)gefährdendem Verhalten

² Vgl. zum Ganzen *Wieck-Noodt*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239 Rn. 46.

³ Vgl. *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 13 Rn. 77 ff.

⁴ I.E. übereinstimmend *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 10 Rn. 137; *Rengier*, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 52 Rn. 55 f. i.V.m. § 13 Rn. 80.

begründet wird⁵, kann alternativ auch darauf abgestellt werden, dass B sich – hätte er die Verletzung zum Erhalt der eigenen Freiheit einem Dritten zugefügt – auf § 35 StGB (entschuldigender Notstand) berufen könnte, woraus wiederum auf fehlende Eigenverantwortlichkeit geschlossen werden kann.⁶ *Hinweis 2:* Alternativ könnte man schließlich argumentieren, dass der Folgeintritt hier weniger Resultat eines (gefahrbehafteten) Fluchtverhaltens denn eines (fahrlässigen) Handelns des A ist, wonach es auf das „Mitwirken“ des B von vornherein nicht ankommt und es – dogmatisch betrachtet – am Gesichtspunkt der *Selbstgefährdung* fehlt.

(2) Deliktsspezifischer Gefahrverwirklichungszusammenhang

Zudem müsste sich in der schweren Folge eine spezifisch der Verwirklichung des Grunddelikts inwohnende Gefahr realisiert haben (sog. deliktsspezifische Gefahrverwirklichungszusammenhang). Nur auf diese Weise lässt sich der besondere Unrechtsgehalt erfolgsqualifizierter Delikte (mit einem entsprechend angehobenen Strafraum) abbilden.⁷ Anknüpfungspunkt dieses Zusammenhangs kann i.R.d. § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB „die Tat oder eine während der Tat begangene Handlung“ sein. Da der Trümmerbruch bereits durch das (schwungvolle) Zudrücken der Türe, mithin durch die auf die Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit gerichtete Tathandlung herbeigeführt wurde, müsste auch (und bereits) die Tathandlung vom Begriff der „Tat“ i.S.d. § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB erfasst sein.

Hinweis: Die (zweite) Variante der „während der Tat begangenen Handlung“ kommt dagegen von vornherein nicht in Betracht, da diese an Handlungen anknüpft, welche nach Vollendung des (Dauer-) Delikts der Freiheitsberaubung, mithin nach Aufhebung der Fortbewegungsfreiheit vorgenommen werden.

Ob bereits (gefahrbehaftete) Tathandlungen tauglicher Anknüpfungspunkt der Erfolgsqualifikation des § 239 Abs. 3 Nr. 2 Var. 1 StGB („durch die Tat“) sind, ist umstritten. So wird mitunter gefordert, dass die schwere Folge Ausfluss der Gefährlichkeit des Zustands aufgehobener Fortbewegungsfreiheit sein müsse.⁸ Damit wären (nur) Folgen wie das Verdursten, Verhungern oder Ersticken erfasst, nicht aber Folgen, die bereits auf der Vornahme der tatbestandlichen Handlung beruhen. Für eine Anknüpfung auch an die Handlungsgefährlichkeit spricht allerdings die historische Entwicklung der Vorschrift, die bis zum Sechsten Strafrechtsreformgesetz⁹ (1998) im Wortlaut noch die schwere Verletzung „des der Freiheit Beraubten“ in Bezug nahm, wonach – denknotwendig – das Delikt im Zeitpunkt der Folgenbewirkung bereits vollendet sein musste. Nachdem nun nur noch vom „Opfer“ die Rede ist, erscheinen auch Handlungen erfasst, welche erst auf die Aufhebung der Fortbewegungs-

⁵ So für entsprechend gelagerte Fälle auch *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 10 Rn. 137.

⁶ In diese Richtung wohl *Rengier*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 15. Aufl. 2023, § 52 Rn. 55 f. i.V.m. § 13 Rn. 80.

⁷ *Eisele*, in: Baumann/Weber/Mitsch/Eisele, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 13. Aufl. 2021, § 13 Rn. 17; *Fischer*, *Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen*, 70. Aufl. 2023, § 18 Rn. 2; *Roxin/Greco*, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 108; *Sternberg-Lieben/Schuster*, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 18 Rn. 1.

⁸ *Hardtung*, *Versuch und Rücktritt bei den Teilvorsatzdelikten des § 11 Abs. 2 StGB*, 2002, S. 95 f.; *Wieck-Noodt*, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 239 Rn. 49; vgl. auch *Hilgendorf*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, 4. Aufl. 2021, § 9 Rn. 33.

⁹ BGBl. I 1998, S. 164.

freiheit gerichtet sind.¹⁰ In systematischer Hinsicht spricht für die generelle Einbeziehung der Handlungsgefährlichkeit auch der Umstand, dass § 239 Abs. 3 Nr. 2 Var. 2 StGB („durch eine während der Tat begangene Handlung“) diese für den Fall der Vornahme gefährlicher Handlungen nach Deliktvollendung ausdrücklich einbezieht.¹¹ Schließlich ist zu sehen, dass die von § 239 Abs. 1 StGB genannten Tathandlungen (Einsperren bzw. Freiheitsberaubung auf andere Weise) von vornherein ein großes Spektrum möglicher Begehungsformen abdecken – vom „harmlosen“ Herumdrehen des Schlüssels im Schloss bis zum brutalen Knebeln oder dem Zuschlagen einer schweren Tür, Luke usw. Damit sind eben auch besonders gefahrträchtige Handlungen umfasst, was für deren Einbeziehung in den Kreis tauglicher Anknüpfungspunkte spricht. Kurzum: Auch das mit der Vornahme der Tathandlung (unmittelbar) verbundene Verletzungspotential ist Ausdruck der spezifischen Gefährlichkeit einer Freiheitsberaubung und damit tauglicher Anknüpfungspunkt der Erfolgsqualifikation.¹² Danach realisiert sich in der schweren Folge (Trümmerbruch) auch eine deliktsspezifische Gefahr, wonach der deliktsspezifische Gefahrverwirklichungszusammenhang zu bejahen ist.

Soweit im Rahmen der allgemeinen Zurechnungsprüfung eine – den Zurechnungszusammenhang infolge fehlender Eigenverantwortlichkeit freilich nicht unterbrechende – Mitwirkung des B angenommen wurde, ist weiter zu sehen, dass der Eintritt von Verletzungen infolge eines Fluchtverhaltens des (bereits) der Freiheit beraubten bzw. sich mit der Situation drohender Freiheitsentziehung konfrontiert sehenden Opfers als deliktstypisch einzustufen ist; auch risikobehaftetes Fluchtverhalten erweist sich regelmäßig als Ausdruck des natürlichen Freiheitsstreben eines jeden Menschen.¹³

Hinweis: Nachdem es – nach Vornahme der gefahrbehafteten Tathandlung – noch zur Vollendung des (Dauer-)Delikts kommt, geht es nicht um die Frage, inwieweit der *erfolgsqualifizierte Versuch* (§§ 239 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2, 22, 23 Abs. 1 StGB) mit Strafe bedroht ist. Die obige Argumentation wäre freilich bei einem Ausbleiben der Vollendung identisch zu führen, da es jeweils um die Frage der Einbeziehung auch und bereits der *Handlungsgefährlichkeit* geht. Beim erfolgsqualifizierten Versuch wäre neben der (deliktsspezifisch zu behandelnden) Frage nach der Einbeziehung der Handlungsgefährlichkeit überdies die Frage in den Blick zu nehmen, inwieweit die Vorgaben des Allgemeinen Teils (namentlich §§ 18, 11 Abs. 2, 22 StGB) eine Konstruierbarkeit des erfolgsqualifizierten Versuchs – strafbar als Versuch der Erfolgsqualifikation – erlauben.

(3) Fahrlässigkeit

Gem. § 18 StGB müsste A hinsichtlich der Bewirkung der Folge wenigstens fahrlässig gehandelt haben. Die insoweit notwendige Sorgfaltspflichtverletzung kann bereits in der (vorsätzlichen) Verwirklichung des Grunddelikts gesehen werden. Hinzutreten muss freilich noch die Vorhersehbarkeit des Folgeneintritts, was – gemessen an dem (allgemein bekannten) Freiheitsstreben eines jeden (gesunden) Menschen – hier ebenfalls keine Schwierigkeiten bereitet.¹⁴ Dass sich A im Nachhinein

¹⁰ Kühl, in: FS Gössel, 2002, S. 191 (207); Heger, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 239 Rn. 9.

¹¹ Kühl, JuS 2007, 742 (750); Puppe, Erfolgszurechnung, 2000, S. 249; wohl auch Kuhli, JuS 2020, 289 (295).

¹² So ausdrücklich auch Murmann, in: LK-StGB, Bd. 2, 13. Aufl. 2021, Vor § 22 Rn. 121; Roxin, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 2, 2003, § 29 Rn. 335; vgl. ferner Roxin/Greco, Strafrecht, Allgemeiner Teil, Bd. 1, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 118 („Gewaltanwendungen bei der Gefangensetzung“).

¹³ Vgl. etwa BGH NStZ 2022, 291 (292 – dort freilich bezogen auf die Vorhersehbarkeit); ferner Valerius, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 239 Rn. 20; Schluckebier, in: LK-StGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2023, § 239 Rn. 45.

¹⁴ Vgl. abermals BGH NStZ 2022, 291 (292); ferner Schluckebier, in: LK-StGB, Bd. 12, 13. Aufl. 2023, § 239 Rn. 45.

denkt, es geschehe B gerade recht, dass dieser sich weh getan habe, vermag einen Vorsatz im Handlungszeitpunkt nicht zu begründen (dolus subsequens), sodass es bei fahrlässigem Handeln bleibt.

cc) Zwischenergebnis

A hat (auch) die Erfolgsqualifikation des § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB tatbestandlich verwirklicht.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

Für A greifen weder Rechtfertigungs- noch Schuldausschließungsgründe (i.w.S.).

3. Ergebnis

A hat sich durch sein Verhalten gem. § 239 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

Hinweis: Im Übrigen hat A den B durch das Zuschließen der Türe auch mit „Gewalt“ i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB genötigt, den Aufenthalt in den Kellerräumen zu (er-)dulden bzw. das Verlassen der Kellerräume zu unterlassen (der Nötigungserfolg kann wahlweise in einer Duldung oder Unterlassung gesehen werden). Nachdem der Einsatz von Gewalt i.S.d. § 240 Abs. 1 StGB aber lediglich der Verwirklichung der Freiheitsberaubung dient, tritt § 240 Abs. 1 StGB hinter § 239 StGB zurück.¹⁵

II. Strafbarkeit des A gem. § 229 StGB

Der durch das Zuschlagen der Tür zugleich verwirklichte § 229 StGB erlangt gegenüber § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB keine eigenständige Bedeutung.

Hinweis: Soweit der deliktsspezifische Gefahrverwirklichungszusammenhang – vertretbar – verneint wird (dazu oben I. 1. b) bb) (2)), wodurch § 239 Abs. 3 Nr. 2 StGB nicht einschlägig ist, erlangt § 229 StGB eigenständige Bedeutung und tritt in Tateinheit zu § 239 Abs. 1 StGB.

III. Strafbarkeit des A gem. §§ 223 Abs. 1, 13 Abs. 1 StGB

Dass sich Bs Gesundheitszustand im Verlauf seines einstündigen Eingesperrtseins weiter verschlechterte, ergibt sich aus den Angaben im Sachverhalt nicht. Freilich kann schon das Unterlassen einer möglichen Schmerzlinderung (z.B. durch Hinzurufen eines Arztes) eine Körperverletzung durch Unterlassen begründen.¹⁶ Allerdings ging A davon aus, dass B nur eine harmlose, nicht behandlungsbedürftige Prellung erlitten habe, sodass es am notwendigen Vorsatz fehlt.

IV. Strafbarkeit des A gem. §§ 229, 13 Abs. 1 StGB

Zwar handelte A hinsichtlich einer unterlassenen Schmerzlinderung nicht vorsätzlich. In Betracht kommt jedoch weiter eine fahrlässige Körperverletzung durch Unterlassen. A traf infolge seines

¹⁵ Vgl. *Eisele*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 240 Rn. 41; *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. Aufl. 2023, § 239 Rn. 18; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 22 Rn. 27.

¹⁶ Vgl. OLG Düsseldorf NSTZ 1989, 269.

vorangegangenen Tuns eine Garantenstellung aus Ingerenz und er unterließ es (jedenfalls für den Zeitraum von einer Stunde), entweder selbst ärztliche Hilfe herbeizurufen oder aber die Türe zu öffnen, sodass sich B hätte um seine Verletzungen kümmern können. Sodann müsste im Rahmen der (Quasi-)Kausalität festgestellt werden, dass ein sofortiges Herbeiholen von Hilfe bzw. ein Öffnen der Türe eine (frühere) Schmerzlinderung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit ermöglicht hätte. Davon kann – eingedenk der Existenz von schnell verfügbaren Schmerzmitteln – ausgegangen werden. Die A insoweit vorzuwerfende Sorgfaltspflichtverletzung ergibt sich daraus, dass sich ein vernünftiger und besonnener „Normalmensch“ in der Situation des Täters nach der Wahrnehmung des Aufpralls Gewissheit über die tatsächliche Verletzungssituation (auf der anderen Seite der Türe) verschafft hätte.

Danach ist eine Strafbarkeit des A gem. §§ 229, 13 Abs. 1 StGB zu bejahen.

V. Strafbarkeit des A gem. § 221 Abs. 1 Nr. 1 oder Nr. 2 StGB

Sowohl § 221 Abs. 1 Nr. 1 StGB als auch § 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB (dieser als echtes Unterlassungsdelikt) setzen voraus, dass der Täter das Opfer durch das jeweilige Verhalten (in eine hilflose Lage versetzen bzw. in einer solchen im Stich lassen) in die Gefahr des Todes oder einer schweren Gesundheitsschädigung bringt.¹⁷ Die schwere Gesundheitsschädigung ist aber bereits mit dem Zuschlagen der Kellertür eingetreten, beruht mithin nicht auf dem Zustand der (vorsätzlich herbeigeführten) Hilflosigkeit. Anders ausgedrückt: Hilflosigkeit und (Gefahr der) Gesundheitsschädigung stehen nicht in dem von § 221 Abs. 1 StGB vorausgesetzten Zusammenhang.

VI. Ergebnis für Tatkomplex 1

A hat sich durch das Abschließen der Kellertür gem. § 239 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB, durch die (fahrlässig) unterlassene Schmerzlinderung gem. §§ 229, 13 Abs. 1 StGB strafbar gemacht. Vertretbar ist es, von Tatmehrheit zwischen den Delikten auszugehen, genauso können die §§ 229, 13 Abs. 1 StGB – eingedenk der Identität der Geschädigten, der Übereinstimmung der verletzten Rechtsgüter sowie des Fehlens eines über die Haupttat hinausgehenden Schadens – aber auch als mitbestrafte Nachtat eingestuft werden.¹⁸

Tatkomplex 2: Party-Planungen Teil 1

I. Strafbarkeit des A gem. § 263a Abs. 1 StGB

A könnte sich durch die Eingabe eines Abbuchungsbetrages von 24,99 € und das Halten des Kartenlesegeräts an die Hosentaschen von X, Y und Z wegen Computerbetruges (in drei Fällen) gem. § 263a Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

¹⁷ Eschelbach, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 221 Rn. 24.

¹⁸ Zu den Voraussetzungen einer Einstufung als mitbestrafte Nachtat vgl. BGH NSTZ 2009, 38; Rengier, Strafrecht, Allgemeiner Teil, 15. Aufl. 2023, § 56 Rn. 45.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

Nachdem A das Kartenlesegerät zwar heimlich, jedoch ohne manipulative Einwirkung auf den Programmablauf in die Nähe der EC-Karten verbrachte und damit eine äußerlich ordnungsgemäße Bedienung gegeben ist, kommt allein eine unbefugte Verwendung von Daten i.S.d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB in Betracht. Immerhin nutzte er die mit NFC-Technologie ausgestatteten EC-Karten ohne Wissen der Inhaber, um so Abbuchungen auf sein Konto zu veranlassen. Dass A hier das Gerät zur Karte und nicht – wie aus zahlreichen anderen Konstellationen bekannt – die Karte zum Gerät führt, ändert mit Blick auf die ratio legis (Schließung von Strafbarkeitslücken im elektronischen Bezahlverkehr) nichts an der Anwendbarkeit der Vorschrift.¹⁹ Die Auslegung des Merkmals „unbefugt“ i.R.d. § 263a Abs. 1 StGB ist allerdings umstritten. Im Wesentlichen existieren insoweit drei Auffassungen:

aa) Computerspezifische Auslegung

Die computerspezifische Auslegung existiert in verschiedenen Spielarten: Während manche Vertreter dieser Auffassung (nur) verlangen, dass sich der einer Datenverwendung entgegenstehende Wille des Betreibers in der Programmgestaltung niedergeschlagen hat (Notwendigkeit der Eingabe von Geheimnummer oder Passwort), setzen andere Stimmen eine manipulative Einwirkung auf den Datenverarbeitungsprozess selbst voraus.²⁰ Nachdem die Programmgestaltung aber besondere Sicherungsmechanismen bei Beträgen unter 25 € überhaupt nicht vorsieht und A den Datenverarbeitungsprozess so ablaufen lässt, wie es technisch vorgesehen ist, scheidet die Annahme unbefugter Verwendung nach Maßgabe der computerspezifischen Auslegung in jedem Falle aus.

bb) Subjektivierende Auslegung

Die sog. subjektivierende Auslegung fragt danach, ob die Nutzung entgegen dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des über die Daten Verfügungsberechtigten erfolgt.²¹ Mit Blick auf die Verwendung der EC-Karte ist aber C Verfügungsberechtigter – sowohl hinsichtlich der unmittelbar auf der Karte gespeicherten (Kunden-)Daten als auch hinsichtlich der bei Nutzung der Karte zur Entstehung gelangenden Daten (Uhrzeit, Summe usw.). Nach Maßgabe der subjektivierenden Auslegung liegt danach eine unbefugte Verwendung von Daten vor.

cc) Betrugsspezifische Auslegung

Die von der h.M. zugrunde gelegte betrugsspezifische Auslegung bejaht eine „unbefugte“ Verwendung für den Fall, dass ein an die Stelle des Computers gedachter (fiktiver) Mensch durch das Verhalten des Täters getäuscht würde.²² Auch in der hiesigen Konstellation ist demnach zu fragen, ob die

¹⁹ Treffend *Christoph/Dorn-Haag*, NStZ 2020, 697 (700).

²⁰ Vgl. den Überblick zu den im Rahmen der computerspezifischen Auslegung vertretenen Auffassungen bei *Eisele*, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 677a (m.w.N.); *Rengier*, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 17 (m.w.N.).

²¹ Dafür etwa BayObLG JR 1994, 289 (291); *Hilgendorf*, in: SSW-StGB, 5. Aufl. 2021, § 263a Rn. 10, 14, 16 f.; *Kindhäuser/Hoven*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 263a Rn. 27; *Scheffler/Dressel*, NJW 2000, 2645.

²² BGHSt 47, 160 (162 f.); OLG Hamm NStZ 2020, 673 (674); *Eisele*, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 677b; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 263a Rn. 13; *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 21 Rn. 32; *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263a Rn. 9; *Rengier*, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 19.

Nutzung der EC-Karten unter Einsatz der NFC-Technologie durch A gegenüber einer (gedachten) Person Täuschungscharakter hätte.

(1) Dabei ist wiederum umstritten, *welchen gedanklichen Prüfmaßstab* die (gedachte) Person anlegt. Denkbar ist es zunächst, eine Deckungsgleichheit von technischem und menschlichem Prüfmaßstab anzunehmen, wonach die fiktive Person auf diejenigen Prüfvorgänge beschränkt ist, welche auch dem Computer möglich sind.²³ Danach wird man in der Nutzung der EC-Karten durch A kein betrugsäquivalentes Verhalten sehen können, nachdem das Programm bei Beträgen unter 25 € auf eine Identifikation durch PIN-Eingabe verzichtet, mithin eine Prüfung der Nutzungsberechtigung gerade nicht stattfindet und somit auch nicht vom gedanklichen Prüfprogramm einer Vergleichsperson erfasst wäre.²⁴ Es liegt danach keine unbefugte Datenverwendung i.S.d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB vor.

(2) Die Gegenansicht verlangt, den (gedanklichen) Prüfumfang der fiktiven Vergleichsperson auf all diejenigen Umstände zu erstrecken, welche *zur Grundlage des konkreten Rechtsgeschäfts* gehören und auch *nach der Verkehrsanschauung als selbstverständlich* vorhanden vorausgesetzt werden.²⁵ Danach ist Bestandteil des Vorstellungsbildes einer fiktiven Vergleichsperson im – hier nicht gegebenen – elektronischen Lastschriftverfahren etwa die (vom Programm nicht geprüfte) Bonität des Schuldners.²⁶ Man könnte nun argumentieren, die Vorstellung des menschlichen Gegenübers erstrecke sich bei der EC-Karten-Nutzung immer auch auf die *Berechtigung* des Kartennutzers. Nachdem diese Berechtigung hier fehlt, läge in der (heimlichen) EC-Karten-Nutzung eine unbefugte Datenverwendung i.S.d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB.²⁷ Näherliegend ist es demgegenüber, eingedenk der *Besonderheiten des kontaktlosen Bezahls von Kleinbeträgen* ein gedankliches Mitbewusstsein hinsichtlich der Berechtigung des Kartenverwenders zu verneinen. So gehört zu den Besonderheiten der kontaktlosen Bezahlung von Kleinbeträgen gerade der Umstand, dass – im Interesse eines zügigen Zahlungsverkehrs – auf jedwede Identifizierung verzichtet wird und so die Berechtigung des Kartennutzers *nach der Verkehrsanschauung gerade nicht als selbstverständlich vorhanden vorausgesetzt* werden kann. Danach liegt auch nach dieser Betrachtungsweise keine unbefugte Datenverwendung i.S.d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB vor.

(3) Nach beiden Strömungen innerhalb der betrugsspezifischen Auslegung fehlt es an einer unbefugten Datenverwendung i.S.d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB.

dd) Stellungnahme

Nachdem die Auffassungen zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, bedarf es einer Stellungnahme:

Gegen die – eine unbefugte Verwendung neugierende – computerspezifische Auslegung spricht nicht nur, dass die Anforderungen an das Täterverhalten bzw. die Programmausgestaltung schon innerhalb der Vertreter dieser Auffassung höchst umstritten sind und in der Folge einigermaßen kon-

²³ BGHSt 47, 160 (163); OLG Rostock wistra 2020, 122 (125); OLG Hamm NStZ 2020, 673 (674 f.); *Altenhain*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263a Rn. 12.

²⁴ Ausdrücklich für das kontaktlose Bezahlen im POS-Verfahren OLG Hamm NStZ 2020, 673 (675); *Eisele*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius*, Handbuch des Strafrechts, Bd. 6, 2022, § 63 Rn. 137; *Heghmanns*, ZJS 2020, 494 (496).

²⁵ Vgl. BGH NJW 2013, 1017 (1018); *Schmidt*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.8.2023, § 263a Rn. 23; *Wachter*, JR 2020, 443 (444).

²⁶ Vgl. *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. Aufl. 2023, § 263a Rn. 11; *Schmidt*, wistra 2020, 125 (126); *Wachter*, JR 2020, 443 (444).

²⁷ In diese Richtung *Schmidt*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.8.2023, § 263a Rn. 29; *Christoph/Dorn-Haag*, NStZ 2020, 697 (703).

turlos bleiben, sondern auch die fehlende Nähe zur Vorschrift des § 263 StGB: diese schützt vor einem *täuschungsbedingten Vermögensverlust*, was i.R.d. § 263a StGB nur dann hinreichend abgebildet wird, wenn eine Täuschungsäquivalenz im Sinne einer fiktiven *menschlichen Fehlvorstellung* gefordert wird.²⁸

Gegen die – eine unbefugte Verwendung bejahende – subjektivierende Auslegung spricht, dass sie sich dagegen ganz dem (mutmaßlichen) Willen des Berechtigten verschreibt. Damit löst sie sich freilich gänzlich vom tatsächlichen Geschehen, indem sie (bereits) jede Vertragswidrigkeit pönalisiert, ohne zu fragen, ob das vom Täter gezeigte Verhalten auch den Charakter eines (i.S.d. § 263 StGB) betrügerischen Angriffs auf Vermögenswerte des Berechtigten hat.²⁹

Mit Blick auf die betrugsäquivalente Auslegung kann eine Entscheidung zwischen den beiden (Unter-)Auffassungen, welche den Umfang des gedanklichen Prüfprogramms der (gedachten) Vergleichsperson unterschiedlich bestimmen, dahinstehen, da im Falle des kontaktlosen Zahlens von Kleinstbeträgen nach beiden Auffassungen ein unbefugtes Verwenden von Daten i.S.d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB *zu verneinen* ist.

Hinweis: Es ist freilich nicht unvertretbar, das gedankliche Prüfprogramm des (gedachten) Vergleichsmenschen auch auf die Nutzungsberechtigung zu erstrecken (siehe oben I. 1. a) cc) (2)). Dann wäre eine unbefugte Verwendung (wie auch die übrigen Voraussetzungen des § 263a Abs. 1 StGB) zu bejahen. Eingedenk der mit Blick auf nicht autorisierte Abbuchungen bestehenden Rückerstattungspflicht der Banken (vgl. Bearbeitungsvermerk) wird man im Übrigen die (jeweilige) Bank als Geschädigte ansehen müssen (dazu unten in Tatkomplex 3 V. 1. a) cc)).

b) Zwischenergebnis

In Ermangelung einer betrugsäquivalenten Handlung scheidet eine Strafbarkeit nach § 263a Abs. 1 StGB bereits im objektiven Tatbestand aus.

Hinweis: Soweit Bearbeiter zusätzlich § 263a Abs. 1 Var. 4 StGB (sonst unbefugte Einwirkung auf den Ablauf) prüfen, ist auch diese Variante nicht einschlägig: A lässt den Vorgang der kontaktlosen EC-Karten Zahlung technisch ordnungsgemäß ablaufen und nutzt auch nicht etwa einen (bereits vorhandenen) Programmfehler aus, nachdem der Verzicht auf eine PIN-Eingabe bewusst vorgesehen ist.³⁰

2. Ergebnis

A hat sich durch sein Verhalten nicht wegen Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

²⁸ Gegen die computerspezifische Auslegung *Eisele*, *Strafrecht*, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 677a; *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 21 Rn. 32; *Rengier*, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 17.

²⁹ *Heinrich*, in: *Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf*, *Strafrecht*, Besonderer Teil, 4. Aufl. 2021, § 21 Rn. 32; *Rengier*, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 16.

³⁰ Vgl. auch *Schrott*, *JuS* 2022, 138 (140).

II. Strafbarkeit des A gem. § 269 Abs. 1 StGB

A könnte sich durch die Eingabe eines Abbuchungsbetrages von 24,99 € und das Halten des Kartenlesegeräts an die Hosentaschen von X, Y und Z wegen Fälschung beweisbarer Daten (in drei Fällen) gem. § 269 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

A könnte durch Nutzung der EC-Karten beweisbare Daten so gespeichert oder verändert haben, dass bei deren Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde vorliegen würde.

Hinweis: Nachdem die Eingabe oder Veränderung von Daten im Bereich der technischen Informationsverarbeitung regelmäßig nicht die Entstehung bzw. Veränderung einer visuell wahrnehmbaren verkörperten Gedankenerklärung zur Folge hat, schließt § 269 StGB insoweit eine von § 267 StGB belassene Lücke.

Durch (heimliche) Nutzung der EC-Karten unter Einsatz der NFC-Technologie bewirkt A eine Übertragung der Transaktionsdaten (insb. Kundendaten, Abbuchungsbetrag sowie Datum und Uhrzeit der Transaktion) an das Autorisierungszentrum der (jeweiligen) Bank, wo sie gespeichert werden. Die Beweisbarkeit der Daten ergibt sich schon daraus, dass diese geeignet sind, die (vermeintliche) Anweisung der Zahlung durch den Verfügungsberechtigten nachzuweisen.³¹ Mithin liegt – bei vorgestellter Verkörperung der Daten – eine menschliche Gedankenerklärung (Anweisung zur Belastung des Kontos zugunsten des Zahlungsempfängers) vor (Perpetuierungsfunktion), welche zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist (Beweisfunktion). Daneben müsste die Erklärung aber auch ihren Aussteller erkennen lassen (Garantiefunktion).

aa) Dies kann für den Fall bezweifelt werden, dass die Kartennutzung – wie hier – *ohne PIN-Eingabe* möglich ist, mithin nicht ohne weiteres davon ausgegangen werden kann, dass die Transaktion auch vom Berechtigten (und nicht von irgendeiner anderen Person) vorgenommen wurde. Die fehlende Notwendigkeit der PIN-Eingabe stünde damit der Erkennbarkeit des Ausstellers generell entgegen. In der Folge fehlte es an einem Wesensmerkmal der (digitalen) Urkunde und damit an einer Strafbarkeit des unberechtigten Nutzers nach § 269 Abs. 1 StGB, welcher durch sein Tun eben keine unechte (digitale) Urkunde herstellte.³²

Hinweis: Vereinzelt wird das obige Ergebnis (Verneinung des § 269 Abs. 1 StGB) unter abweichender Argumentation erzielt: So wird die Auffassung vertreten, die durch die Kartennutzung ausgelöste Speicherung des Datensatzes sei primär dem „Betreiber der Datenverarbeitungsanlage“ (mithin dem kartenausstellenden Institut bzw. dem beauftragten Unternehmen) zuzurechnen, der durch seine Programmgestaltung allein über den Inhalt der (Daten-)Erklärung bestimme. Danach geht aus der (Daten-)Urkunde der Betreiber der Datenverarbeitungsanlage als Aussteller hervor, wonach (auch) die Garantiefunktion erfüllt ist. Da dann aber nach außen hervortretender und tatsächlicher Ausstel-

³¹ Schrott, JuS 2022, 138 (140).

³² So OLG Hamm NStZ 2020, 673 (675); Eisele, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 6, 2022, § 63 Rn. 139; Schrott, JuS 2022, 138 (140 f.).

ler übereinstimmen, handelt es sich um eine echte (Daten-)Urkunde, wonach § 269 Abs. 1 StGB im Ergebnis zu verneinen ist.³³

bb) Demgegenüber lässt sich argumentieren, dass sich die Ausstellereigenschaft des Berechtigten daraus ergibt, dass dieser sich den Erklärungsinhalt im Rechtsverkehr zurechnen lassen muss: Die konto- und personengebundene EC-Karte darf grundsätzlich nur von dem auf ihr bezeichneten Inhaber verwendet werden, welchen (nach den AGB der Banken) besondere Sorgfaltspflichten bei der Aufbewahrung der Karte treffen. Das bedeutet: Nach außen erscheint stets der Karteninhaber als Anweisender, wonach auch die Garantiefunktion der (digitalen) Urkunde erfüllt ist. Nachdem in Wahrheit aber ein Dritter die Karte genutzt hat, fallen der tatsächlich Anweisende und der in Erscheinung tretende Anweisende auseinander, womit eine unechte (digitale) Urkunde i.S.d. § 269 Abs. 1 StGB hergestellt wurde.³⁴

cc) Nachdem die Auffassungen zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, bedarf es einer Stellungnahme: Gegen die Annahme, dass eine (äußerliche) Zuordnung zum Berechtigten auch bei Bezahlvorgängen ohne PIN-Eingabe erfolge (dazu zuvor bb)), spricht die starke Authentifizierungsfunktion der PIN, die gerade sicherstellen soll, dass die Karte nur vom berechtigten Nutzer eingesetzt wird.³⁵ Dem unmittelbaren Besitz an der Karte kann nicht annähernd eine vergleichbare Identifikationswirkung zugeschrieben werden. Im Gegenteil: Beim kontaktlosen Zahlen von Kleinstbeträgen wird – im Interesse eines raschen Zahlungsverkehrs – bewusst auf die Identitätskontrolle verzichtet, was einer (äußerlichen) Zuordnung der Anweisung zum Berechtigten entgegensteht.³⁶ Danach fehlt es an einer Erkennbarkeit des Ausstellers und damit an der Garantiefunktion der digitalen Urkunde.

Hinweis: Eine andere Auffassung ist – unter Fruchtbarmachung der unter bb) genannten Gesichtspunkte – freilich ebenfalls vertretbar. Danach wäre i.E. eine Strafbarkeit nach § 269 Abs. 1 StGB zu bejahen.

b) Zwischenergebnis

In Ermangelung der Urkundeneigenschaft der von A bewirkten Datenerfassung im Autorisierungszentrum ist bereits der objektive Tatbestand des § 269 Abs. 1 StGB nicht erfüllt.

2. Ergebnis

A hat sich durch die Eingabe eines Abbuchungsbetrages von 24,99 € und das Halten des Kartenlesegeräts an die Hosentaschen von X, Y und Z nicht wegen Fälschung beweisbarer Daten (in drei Fällen) gem. § 269 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

³³ Heghmanns, ZJS 2020, 494 (496 f.).

³⁴ So Christoph/Dorn-Haag, NSTz 2020, 697 (699); Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 35 Rn. 9.

³⁵ Eisele, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 6, 2022, § 63 Rn. 139; Schrott, JuS 2022, 138 (140 f.).

³⁶ Eisele, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius, Handbuch des Strafrechts, Bd. 6, 2022, § 63 Rn. 139; Schrott, JuS 2022, 138 (140 f.).

III. Strafbarkeit des A gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB

A könnte sich durch die Eingabe eines Abbuchungsbetrages von 24,99 € und das Halten des Kartenlesegeräts an die Hosentaschen von X, Y und Z wegen Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

A könnte durch die infolge der Kartennutzung bewirkte Anpassung der Anzahl der kontaktlosen Zahlvorgänge seit der letzten PIN-Abfrage wie auch die Anpassung des Verfügungsrahmens im Autorisierungszentrum beweis erhebliche Daten i.S.d. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB verändert haben.

aa) Nach dem Verweis auf § 202a Abs. 2 StGB werden Daten erfasst, welche elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden. Um solche Daten handelt es sich. Die Beweiserheblichkeit der Daten ergibt sich daraus, dass sie die Überprüfung der Einhaltung des Verfügungsrahmens wie auch die Entscheidung über die Möglichkeit der kontaktlosen Zahlung ohne PIN-Eingabe ermöglichen, mithin für die Autorisierung weiterer Bezahlvorgänge mit der EC-Karte relevant sind.³⁷

bb) Umstritten ist sodann, ob die von § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfassten Daten eine *urkundengleiche Beweisfunktion* besitzen müssen, ob mithin – wie i.R.d. § 269 Abs. 1 StGB – bei visueller Wahrnehmbarkeit der Daten auch der Aussteller zu erkennen sein müsste.³⁸ Die Frage kann für den Fall dahinstehen, dass Urkundengleichheit ohnehin zu bejahen ist. Dabei ist zu sehen, dass die Anpassung der Angaben zum Verfügungsrahmen und zur Anzahl der verbleibenden kontaktlosen Bezahlvorgänge (automatisch) *durch das Automatisierungszentrum* erfolgt, mithin dieses (bzw. das dahinterstehende Kreditinstitut) als Aussteller der Angaben erscheint. Danach liegt Urkundengleichheit vor und die Streitfrage kann dahinstehen.³⁹

cc) Die Verfügungsbefugnis über die Daten liegt zudem beim kartenausstellenden Kreditinstitut, welchem das alleinige Beweisführungsrecht mit Blick auf die im Automatisierungszentrum gespeicherten Angaben bezüglich Verfügungsrahmen und verbleibender Anzahl kontaktloser Bezahlvorgänge zukommt.

dd) Durch die Nutzung der Karte(n) hat A eine Veränderung der Angaben zu Verfügungsrahmen und der verbleibenden Anzahl kontaktloser Bezahlvorgänge bewirkt, mithin die Modalität des Veränderns i.S.d. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllt.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) Der technikaffine A handelte in Kenntnis sämtlicher Vorgänge im Autorisierungszentrum, mithin vorsätzlich.

bb) Zudem müsste A mit Nachteilzufügungsabsicht gehandelt haben. Insoweit genügt nach h.M. sicheres Wissen (im Sinne von *dolus directus* 2. Grades) dahingehend, dass die Tat notwendigerweise einen Nachteil zur Folge haben wird.⁴⁰ Ein Nachteil kann in jeder Beeinträchtigung des Beweisfüh-

³⁷ Schrott, JuS 2022, 138 (141).

³⁸ Instruktiv zur Streitfrage *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 274 Rn. 8.

³⁹ Vgl. auch OLG Hamm NStZ 2020, 673 (675 f.); Schrott, JuS 2022, 138 (141 f.).

⁴⁰ BGH NJW 1953, 1924; BGH NStZ 2010, 332 (333); OLG Hamm NStZ 2020, 673 (676); OLG Hamm NStZ 2021, 430; Fischer, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. Aufl. 2023, § 274 Rn. 9a; a.A. Erb, in: MüKo-StGB, Bd. 5,

rungsrechts eines Dritten liegen.⁴¹ Auch hier gilt: A wusste um die Folgen einer jeden Kartennutzung und damit auch um die mit der Anpassung der Angaben einhergehenden Beeinträchtigung eines fremden Beweisführungsrechts.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

A hat sich gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

IV. Ergebnis für Tatkomplex 2

A hat sich gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB strafbar gemacht.

Tatkomplex 3: Party-Planungen Teil 2

I. Strafbarkeit des A gem. § 242 Abs. 1 StGB

A könnte sich durch die Entnahme der EC-Karte aus der Sockenschublade des C wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

A müsste eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben. Die EC-Karte stand nicht im Eigentum des A und war für diesen damit fremd. Unter einer Wegnahme ist der Bruch fremden und die Begründung neuen, nicht notwendigerweise tätereigenen Gewahrsams zu verstehen.⁴² Gewahrsam setzt wiederum die tatsächliche Sachherrschaft, getragen von einem natürlichen Herrschaftswillen, voraus.⁴³ Die tatsächliche Sachherrschaft an der in der Sockenschublade befindlichen EC-Karte lag bei C, dem auch ein natürlicher Herrschaftswille bezüglich sämtlicher Gegenstände in seinem Zimmer zu attestieren ist. Durch die Entnahme und Mitnahme der EC-Karte hat A (spätestens mit Verlassen der Wohnung) eigene Sachherrschaft an der Karte begründet und zugleich den zuvor bestehenden Gewahrsam des C, der mit der Entnahme und Mitnahme *nicht einverstanden* war, gebrochen.

b) Subjektiver Tatbestand

aa) A müsste mit Vorsatz hinsichtlich sämtlicher objektiver Tatbestandsmerkmale sowie mit Zueignungsabsicht gehandelt haben. Während A in Kenntnis der den objektiven Tatbestand begründenden

4. Aufl. 2022, § 274 Rn. 18 ff. („zielgerichtetes Wollen“); *Puppe/Schumann*, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 274 Rn. 12 (Eventualvorsatz).

⁴¹ BGH NStZ 2010, 332 (333); *Fischer*, Strafgesetzbuch mit Nebengesetzen, 70. Aufl. 2023, § 274 Rn. 9a; *Heger*, in: Lackner/Kühl/Heger, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2023, § 274 Rn. 7.

⁴² *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 25 (m.w.N.).

⁴³ *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 26 (m.w.N.).

den Umständen und damit vorsätzlich handelte, stellt sich die Frage, ob er auch mit Zueignungsabsicht handelte. Er müsste folglich mit *dolus directus* 1. Grades hinsichtlich der vorübergehenden Aneignung sowie jedenfalls mit Eventualvorsatz hinsichtlich der dauernden Verdrängung des Eigentümers aus seiner Position gehandelt haben.⁴⁴ Nachdem A die Karte von Anfang an wieder in die Sockenschublade zurücklegen wollte, erweist sich das Vorliegen von (Eventual-)Vorsatz hinsichtlich der dauernden Verdrängung des Eigentümers aus seiner Position (Enteignungsvorsatz) als problematisch. So ist bei Vorhandensein eines sog. Rückführungswillens im Wegnahmezeitpunkt die Zueignungsabsicht – in Ermangelung eines Enteignungsvorsatzes – zu verneinen.⁴⁵ Mit Blick auf die Sachsubstanz (die Karte in ihrer Körperlichkeit) fehlt es mithin an der Zueignungsabsicht.

bb) Weiter ist zu fragen, ob der EC-Karte durch ihre Nutzung ein spezifischer Sachwert entzogen werden sollte, wonach Zueignungsabsicht bezogen auf diesen Sachwert zu bejahen sein könnte.⁴⁶ Allerdings ist zu sehen, dass die EC-Karte selbst – anders als etwa ein Sparbuch – keinen Sachwert verkörpert, sondern lediglich den Zugriff auf das jeweilige Konto (zum Zwecke der Abhebung von Geld oder dem bargeldlosen Zahlen im POS-Verfahren) ermöglicht (sog. Schlüssel- oder Türöffner-Funktion).⁴⁷ Folglich fehlt es auch am Vorliegen von Zueignungsabsicht hinsichtlich eines etwaigen Sachwertes.

cc) In Ermangelung des Vorliegens von Zueignungsabsicht ist der subjektive Tatbestand des § 242 Abs. 1 StGB zu verneinen.

2. Ergebnis

A hat sich durch die Entnahme der EC-Karte aus der Sockenschublade des C nicht wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

II. Strafbarkeit des A gem. § 246 Abs. 1 StGB

Eine Strafbarkeit wegen Unterschlagung gem. § 246 Abs. 1 StGB scheidet daran, dass es an einer Zueignung fehlt. Im bloßen Mitnehmen und Gebrauchen der Karte lässt sich noch keine Manifestation des Zueignungswillens nach außen erblicken.⁴⁸ Darin kann eben auch eine bloße Gebrauchsannaheerung gesehen werden, die mit Blick auf den Gegenstand der (vorübergehenden) Wegnahme (EC-Karte) aber nicht mit Strafe bedroht ist (anders als bei Fahrzeugen, vgl. § 248b StGB).

III. Strafbarkeit des A gem. § 266b Abs. 1 StGB

Eine Strafbarkeit des A gem. § 266b Abs. 1 StGB wegen Scheck- oder Kreditkartenmissbrauchs scheidet schon daran, dass tauglicher Täter einzig der *berechtigte Karteninhaber* ist⁴⁹, was auf A, der sich die Karte im Wege verbotener Eigenmacht aneignete, nicht zutrifft.

⁴⁴ Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 65.

⁴⁵ Kindhäuser/Hoven, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 242 Rn. 93; Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 242 Rn. 33.

⁴⁶ Zur Sachwerttheorie Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 65 f.; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 2 Rn. 102 f.

⁴⁷ Eisele, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 66.

⁴⁸ Zum Erfordernis der Manifestation des Willens nach außen vgl. nur Wittig, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 246 Rn. 4.

⁴⁹ Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 266b Rn. 7; Radtke, in: MüKo-StGB, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 266b Rn. 4.

IV. Strafbarkeit des A gem. § 263 Abs. 1 StGB

A könnte sich durch Nutzung der EC-Karte zur Bezahlung seines Einkaufs im Supermarkt wegen (Dreiecks-)Betruges gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

A könnte den Kassierer an der Supermarktkasse konkludent über seine Berechtigung, die EC-Karte zu nutzen, getäuscht haben. Dabei ist indes zu beachten, dass bei einer Bezahlung im POS-System eine Zahlung durch das kartenausstellende Institut (bei äußerlich ordnungsgemäßer Nutzung der Karte) garantiert wird. Damit bestimmt für den jeweiligen Händler und die in seinem Lager stehenden Kassierer keinerlei Veranlassung, sich Gedanken über die Berechtigung zu machen – nicht einmal im Wege eines sachgedanklichen Mitbewusstseins. In der Folge fehlt es jedenfalls an einem Irrtum aufseiten des Händlers.⁵⁰

2. Ergebnis

A hat sich durch die Nutzung der EC-Karte nicht gem. § 263 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

V. Strafbarkeit des A gem. § 263a Abs. 1 StGB

A könnte sich durch die Nutzung der EC-Karte des C im POS-Verfahren im Supermarkt wegen Computerbetruges gem. § 263a Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

In Betracht kommt – eingedenk der äußerlich ordnungsgemäßen Nutzung der Karte – wiederum nur eine Strafbarkeit in Anknüpfung an § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB (unbefugte Verwendung).

aa) Die Auslegung des Merkmals der Unbefugtheit ist umstritten, wobei sich die betrugsspezifische Auslegung als vorzugswürdig erweist (siehe oben in Tatkomplex 2 I. 1. a) dd)). Fraglich ist demnach, ob ein *an die Stelle des Programmes gedachter Mensch* durch Vorlage von Karte und PIN durch A getäuscht würde.

(1) Hier lässt sich nun argumentieren, dass durch die Vorlage von Karte und PIN gegenüber einem gedachten Bankangestellten (jedenfalls konkludent) zum Ausdruck gebracht wird, der zur Nutzung berechtigte Karteninhaber zu sein. Da dies in Wahrheit nicht der Fall ist, läge eine Täuschung und damit eine unbefugte Verwendung i.S.d. § 263a Abs. 1 Var 3 StGB vor.⁵¹

(2) Demgegenüber wird angeführt, dass der gedachte Bankangestellte in diesen Fällen gar nicht als Vergleichsperson herangezogen werden dürfe, da die Bezahlung ja *in Anwesenheit eines Verkäufers* erfolge, welcher sich über die Berechtigung des Kartennutzers schon deshalb keine Gedanken mache, weil die Zahlung – bei zutreffender PIN-Eingabe und Einhaltung des Verfügungsrahmens –

⁵⁰ OLG Hamm NStZ 2020, 673 f.; *Heghmanns*, ZJS 2020, 494 (495); allgemein *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 13 Rn. 49.

⁵¹ *Altenhain*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafrecht, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263a Rn. 16; *Hefendehl/Noll*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263a Rn. 108; *Perron*, in: *Schönke/Schröder*, Strafrecht, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 263a Rn. 13 i.V.m. Rn. 10; *Schmidt*, in: *BeckOK StGB*, Stand: 1.8.2023, § 263a Rn. 29.

vom kartenausstellenden Kreditinstitut garantiert werde (siehe oben IV.). Für einen (Dreiecks-)Computerbetrug zu Lasten der Bank sei entsprechend auf das *Vorstellungsbild des (nicht getäuschten) Verkäufers* abzustellen, wonach es – in Ermangelung der Betrugsäquivalenz – an einem unbefugten Verwenden i.S.d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB fehlt.⁵²

(3) Nachdem die beiden Auffassungen zu unterschiedlichen Ergebnissen gelangen, bedarf es einer Stellungnahme: Wenngleich gegen die Annahme von Betrugsäquivalenz geltend gemacht werden kann, dass § 263a StGB nicht die Aufgabe zukommt, den Strafbarkeitsbereich auch für den Fall eines anwesenden Täuschungsadressaten (Verkäufer) zu erweitern⁵³, spricht für die Annahme von Betrugsäquivalenz der Umstand, dass durch den Einsatz der (fremden) EC-Karte beim Händler *unmittelbar mit dem Computersystem der Bank* kommuniziert wird, mithin der (fiktive) Bankangestellte durchaus die zutreffende Vergleichsperson ist.⁵⁴ Nachdem diese durch Vorlage von Karte und PIN über die Berechtigung getäuscht wird (vgl. aa) (1)), handelt es sich bei der Nutzung der fremden – durch verbotene Eigenmacht erlangten – EC-Karte im POS-Verfahren unter PIN-Eingabe um eine unbefugte Datenverwendung i.S.d. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB.

Hinweis: A.A. (keine Betrugsäquivalenz, da einzig Vorstellungsbild des anwesenden Verkäufers relevant) ist freilich ebenfalls vertretbar (oben (2)). Danach wäre § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB zu verneinen.

bb) Durch As Verhalten müsste das Ergebnis eines Datenverarbeitungsvorgangs beeinflusst worden sein. Darin liegt das Äquivalent zur Vermögensverfügung i.R.d. § 263 StGB. Der Zahlungsvorgang wird – nach Prüfung von PIN und Verfügungsrahmen – autorisiert.

cc) Schließlich müsste – als unmittelbare Folge der Beeinflussung – ein Vermögensschaden eingetreten sein. Nachdem die Bank des C die nicht autorisierte Belastungsbuchung unverzüglich rückzuerstatten verpflichtet ist (vgl. Bearbeitungsvermerk)⁵⁵, liegt der Vermögensschaden (i.H.v. 200 €) letztlich bei der Bank.

Hinweis: Zusätzlich kann, da das Konto zunächst belastet wird, auch an einen (Dreiecks-)Computerbetrug zulasten des Kontoinhabers gedacht werden. Insoweit wird man wohl – eingedenk der Rückerstattungspflicht – „nur“ von einem Gefährdungsschaden ausgehen können, nachdem der Kontoinhaber immerhin das Risiko trägt, die nicht autorisierte Buchung zu bemerken und die Rückerstattung – ggf. gegen den Vorwurf sorgfaltswidrigen Umgangs mit EC-Karte und PIN – durchzusetzen.⁵⁶ Streng genommen wäre der (Dreiecks-)Computerbetrug zulasten des Kontoinhabers im Rahmen einer eigenständigen Prüfung zu erörtern. Sollte dieser – vertretbar – bejaht werden, stellt sich die Frage, ob er i.E. von eigenständiger Bedeutung gegenüber dem Computerbetrug zulasten der Bank ist. Vertretbar ist hier Vieles, so etwa das Vorliegen gleichartiger Idealkonkurrenz i.S.d. § 52 Abs. 1 Var. 2 StGB.⁵⁷

⁵² Dafür *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil II, 6. Aufl. 2021, Rn. 681; *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 45.

⁵³ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 45.

⁵⁴ *Altenhain*, in: *Matt/Renzikowski*, Strafgesetzbuch, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 263a Rn. 16 m. Fn. 67.

⁵⁵ Zu den zivilrechtlichen Hintergründen vgl. *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 30; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 692; ferner *Fest/Simon*, JuS 2009, 798 (801).

⁵⁶ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 30; *Wessels/Hillenkamp/Schuhr*, Besonderer Teil 2, 46. Aufl. 2023, Rn. 692.

⁵⁷ *Rengier*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 25. Aufl. 2023, § 14 Rn. 31.

b) Subjektiver Tatbestand

A handelte in Kenntnis der Funktionsweise des POS-Verfahrens und damit vorsätzlich sowie mit Bereicherungsabsicht. Insbesondere fehlt es auch nicht an der Stoffgleichheit des angestrebten Vorteils zum verursachten Schaden: Zwar ist es richtig, dass die erhaltene Ware nicht mit dem eingetretenen Vermögensschaden (bei Bank und/oder Kontoinhaber) deckungsgleich ist. Doch liegt das insoweit notwendige – vermögensstrafrechtlich relevante – Zwischenziel in dem durch die Kartennutzung bewirkten Zahlungsverprechen, welches den (Bargeld-)Bezahlvorgang ersetzt und dem eingetretenen Schaden entspricht.⁵⁸

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

A hat sich gem. § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB strafbar gemacht.

VI. Strafbarkeit des A gem. § 269 Abs. 1 StGB

A könnte sich durch die Nutzung von EC-Karte und PIN des C im POS-Verfahren wegen Fälschung beweisheblicher Daten gem. § 269 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

A könnte durch Nutzung der EC-Karte des C beweishebliche Daten so gespeichert oder verändert haben, dass bei deren Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde vorliegen würde.

Durch die (heimliche) Nutzung der EC-Karte des C bei der Bezahlung seines Einkaufs im POS-Verfahren bewirkte A eine Übertragung der Transaktionsdaten (insb. Kundendaten, Abbuchungsbetrag sowie Datum und Uhrzeit der Transaktion) an das Autorisierungszentrum der Bank des C, wo sie gespeichert wurden. Die Beweiserheblichkeit der Daten ergibt sich daraus, dass diese geeignet sind, die (vermeintliche) Anweisung der Zahlung durch den Verfügungsberechtigten nachzuweisen.⁵⁹ Mit hin liegt – bei vorgestellter Verkörperung der Daten – eine menschliche Gedankenerklärung (Anweisung zur Belastung des Kontos zugunsten des Zahlungsempfängers) vor (Perpetuierungsfunktion), welche zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist (Beweisfunktion). Daneben müsste die Erklärung aber auch ihren Aussteller erkennen lassen (Garantiefunktion). Dies ist hier – anders als beim kontaktlosen Bezahlen von Kleinstbeträgen ohne PIN-Eingabe (Tatkomplex 2 II. 1. a)) – nach allen Auffassungen zu bejahen, da durch die PIN-Eingabe eine *Authentifizierung stattfindet*, welche den Kontoinhaber nach außen als Anweisenden erscheinen lässt. In der Folge liegt – bei vorgestellter Wahrnehmbarkeit – eine Urkunde vor. Dies ist, da in Wahrheit aber ein Nichtberechtigter die Anweisung bewirkt hat, auch unechte, sodass der objektive Tatbestand des § 269 Abs. 1 StGB erfüllt ist.

⁵⁸ Vgl. nur *Hefendehl/Noll*, in: *MüKo-StGB*, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 263a Rn. 185.

⁵⁹ *Schrott*, *JuS* 2022, 138 (140).

b) Subjektiver Tatbestand

Im subjektiven Tatbestand genügt bedingter Vorsatz. Hinzu tritt – in Parallele zu § 267 StGB – das Erfordernis eines Handelns zur Täuschung im Rechtsverkehr, wofür die h.M. Wissentlichkeit (im Sinne von *dolus directus* 2. Grades) genügen lässt, der Täter also zumindest wissen muss, dass er ein rechtlich erhebliches Verhalten erreicht oder auf das Rechtsleben einwirkt. Gem. § 270 StGB steht der Täuschung im Rechtsverkehr die fälschliche Beeinflussung einer Datenverarbeitung im Rechtsverkehr gleich. Nachdem A Kenntnis von der Funktionsweise des POS-Verfahrens hat, ist ihm bekannt, dass infolge seiner (unberechtigten) Kartennutzung fälschlicherweise eine Zahlungsanweisung durch C im Autorisierungszentrum vermerkt wird. Damit handelte A auch zur Täuschung im Rechtsverkehr.

2. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

3. Ergebnis

A hat sich gem. § 269 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

VII. Strafbarkeit des A gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB

In Übereinstimmung mit dem oben Gesagten (siehe oben Tatkomplex 2 III. 1. a)) ist der Tatbestand des § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB auch mit Blick auf die Nutzung der EC-Karte des C zu bejahen: Infolge der im Autorisierungszentrum bewirkten Veränderung der Angaben zum verbleibendem Verfügungsrahmen (die Anzahl der Einkäufe ohne PIN-Abfrage ist eingedenk des Zahlungsbetrages nicht betroffen) verändert A (urkundengleiche) Daten i.S.d. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB.

Dabei ist zu sehen, dass § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB gegenüber § 269 Abs. 1 StGB im Wege der Konsumtion zurücktritt.⁶⁰

VIII. Ergebnis für Tatkomplex 3

A hat sich gem. §§ 263a Abs. 1 Var. 3, 269 Abs. 1, 52 Abs. 1 StGB strafbar gemacht.

Tatkomplex 4: Immer Ärger mit der Justiz

I. Strafbarkeit des A gem. §§ 185, 193 StGB

A könnte sich durch die Bezeichnung der an der für ihn nachteiligen Berufungsentscheidung beteiligten Richter als „asoziale Justizverbrecher“, „Provinzverbrecher“ und „Kindesentfremder“ wegen Beleidigung gem. § 185 StGB strafbar gemacht haben.

⁶⁰ Puppe/Schumann, in: NK-StGB, Bd. 4, 6. Aufl. 2023, § 269 Rn. 38; Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 24. Aufl. 2023, § 36 Rn. 21.

1. Tatbestandsmäßigkeit

a) Objektiver Tatbestand

aa) Kundgabe einer ehrenrührigen Äußerung

(1) Ein Angriff auf die Ehre setzt voraus, dass der Betroffene in seinem Wert, der ihm kraft seiner Personenwürde und seines sittlich-sozialen Verhaltens zukommt (sog. normativer Ehrbegriff), herabgesetzt wird. Konkret müssen ihm Mängel zugeschrieben werden, die jedenfalls geeignet sind, seinen Geltungswert herabzusetzen.

(2) Dabei ist zunächst eine Abgrenzung von Werturteilen und Tatsachenbehauptungen vorzunehmen, unterfallen doch Werturteile einzig dem Anwendungsbereich des § 185 StGB, während Tatsachenbehauptungen, sofern sie (auch) zur Kenntnis Dritter gelangen (was bei einer Veröffentlichung im Internet der Fall ist), (auch) den Anwendungsbereich der §§ 186, 187 StGB eröffnen.

Hinweis: Eine ehrenrührige Tatsachenbehauptung kann mit Blick auf den Betroffenen eine Beleidigung, mit Blick auf die Kenntnisnahme durch Dritte aber eine Üble Nachrede oder Verleumdung begründen.

Eine Tatsachenbehauptung zeichnet sich dadurch aus, dass ihr Inhalt dem Beweis zugänglich ist⁶¹, während bei einem Werturteil die (Un-)Richtigkeit des Geäußerten eine Sache der persönlichen Überzeugung ist (subjektive Stellungnahme).⁶² Enthält eine Äußerung beide Elemente, ist zu ermitteln, welches Element nach Sinn und Kontext überwiegt.⁶³ Auch unter Einbeziehung des Kontexts der Äußerung (Verfahren um Umgangsrecht) verleiht A mit der Bezeichnung der Richter als „asoziale Justizverbrecher“, „Provinzverbrecher“ sowie „Kindesentfremder“ seiner persönlichen Überzeugung Ausdruck, die Richter sorgten – in geradezu verbrecherischer und damit besonders verachtenswerter Weise – dafür, dass Eltern bzw. Elternteile von ihren Kindern entfremdet würden. Dabei unterstellt er ihnen nicht etwa eine konkrete Rechtsbeugung, sondern würdigt sie pauschal als diejenigen Personen herab, welche unnachsichtig einen Umgang von Eltern bzw. Elternteilen mit ihren Kindern unterbinden. Dass es A darum geht, seine persönliche Einschätzung zur Berufsausübung der Richter, nicht aber den – der Überprüfung zugänglichen – Vorwurf der Rechtsbeugung mitzuteilen, ergibt sich auch durch den stark wertenden Zusatz „asozial“.

(3) Danach liegt ein Werturteil vor. Dieses ist, da es den Vorwurf des rücksichtslosen Auseinanderreißens von Elternteilen und Kindern beinhaltet, auch geeignet, die Betroffenen in ihrem (sozialen) Geltungswert herabzusetzen.

(4) Die stets notwendige Kundgabe des Werturteils liegt hier mit der Veröffentlichung des Beitrags auf dem Internetblog des A vor.

⁶¹ Eisele, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, Rn. 568; Eisele/Schittenhelm, in: Schönke/Schröder, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 186 Rn. 3; Valerius, in: BeckOK StGB, Stand: 1.8.2023, § 186 Rn. 2; jew. m.w.N.

⁶² Eisele, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, Rn. 572; Regge/Pegel, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 4. Aufl. 2021, § 186 Rn. 6.

⁶³ Eisele, *Strafrecht*, Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, Rn. 578; Gaede, in: Matt/Renzikowski, *Strafgesetzbuch*, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 186 Rn. 4; jew. m.w.N.

bb) Kenntniserlangung

Zumindest eine andere Person muss Kenntnis von der (ehrenrührigen) Äußerung erlangt haben. Geht man bei einer Veröffentlichung im Internet nicht generell von einer Kenntnisnahme durch mindestens eine andere Person aus, liegt eine Kenntnisnahme jedenfalls durch die den Blog regelmäßig aufrufenden Verwandten und Bekannten As vor.

b) Subjektiver Tatbestand

A handelte auch vorsätzlich, insbesondere war ihm bewusst, dass die auf seinem Blog veröffentlichten Inhalte zur Kenntnis Dritter gelangen würden.

2. Rechtswidrigkeit

Mit seiner Kritik an der Berufsausübung der Richter könnte für A freilich der spezifische Rechtfertigungsgrund des § 193 StGB eröffnet sein.

Hinweis: Bearbeiter müssen nicht zwischen den einzelnen Fallgruppen des § 193 StGB (tadelnde Urteile über Leistungen; Ausführung oder Verteidigung von Rechten; Wahrnehmung berechtigter Interessen) unterscheiden, nachdem diese auch in der Praxis verschwimmen und häufig auf den gemeinsamen Gesichtspunkt der „Wahrnehmung berechtigter Interessen“ zurückgeführt werden.⁶⁴ Wenn Bearbeiter sich freilich für eine der Fallgruppen entscheiden, ist dies keinesfalls zu beanstanden (so kann etwa auch eine richterliche Entscheidung vertretbar als „wissenschaftliche Leistung“ eingestuft und die Kritik daran damit als „tadelndes Urteil“ im Sinne der ersten Fallgruppe begriffen werden). Wichtig ist, dass das Vorliegen von Schmähkritik ausgeschlossen und eine Abwägung unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls durchgeführt wird.

a) Keine Schmähkritik

Eine weitere Abwägung zwischen Ehrschutz und Meinungsfreiheit i.R.d. § 193 StGB wäre für den Fall entbehrlich, dass es sich bei der Äußerung um eine Form der Schmähkritik – d.h. eine jeden sachlichen Bezug vermessen lassende, allein der Diffamierung der Person dienende Äußerung⁶⁵ – handelt. Nachdem die Äußerung im Kontext mehrerer Beiträge zu den von A geführten Verfahren um das Umgangsrecht mit seiner Tochter steht, ist ein sachlicher Bezug vorhanden und auch nach außen erkennbar, sodass es sich zwar um ein herabsetzendes Werturteil, nicht aber um eine Form der Schmähkritik handelt.

b) Abwägung

Das Bundesverfassungsgericht räumt der Meinungsfreiheit (Art. 5 Abs. 1 S. 1 Var. 1 GG) einen besonders hohen Rang ein, sofern es sich bei der Äußerung um eine Form der – für das Grundrecht der

⁶⁴ Vgl. dazu auch *Eisele/Schittenhelm*, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 193 Rn. 4.

⁶⁵ BVerfG NJW 2012, 3712 (3713); *Eisele*, Strafrecht, Besonderer Teil I, 6. Aufl. 2021, Rn. 646; krit. gegenüber der derzeitigen Handhabung der Figur der Schmähkritik, da „sich für fast jede Äußerung in beliebiger Situation irgendein Sachbezug herstellen [lässt]“, Metz, JR 2021, 83 (84).

Meinungsfreiheit konstitutiven – Machtkritik handelt.⁶⁶ Danach muss es Bürgern möglich sein, Amtsträger auch in anklagender und personalisierter Weise für deren Art der Machtausübung angreifen zu können, ohne deshalb sogleich einschneidende Sanktionen befürchten zu müssen.⁶⁷ Das bedeutet im Umkehrschluss nicht, dass Amtsträger jedwede Art der Diffamierung hinzunehmen haben. Vielmehr ist einzelfallbezogen – unter Berücksichtigung der konkreten Position des Amtsträgers, des Äußerungsanlasses, der Wirkung und Verbreitung der Äußerung, des Betroffenseins der Privatsphäre des Amtsträgers usw. – eine Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Ehrschutz vorzunehmen.⁶⁸

Danach ist festzustellen, dass A zwar insoweit Machtkritik übt, als er auf den Umstand hinweist, dass die konkret getroffene Entscheidung in seinen Augen unzutreffend ist und die Gefahr der „Kindesentfremdung“ bestehe, worin zugleich eine über den Einzelfall hinausreichende Kritik an der Regelung des Umgangsrechts gesehen werden kann. Doch übt er diese Kritik nicht nur erst nach dem (vorläufigen) Ende der rechtlichen Auseinandersetzung, womit die Äußerung nicht mehr als Ausdruck des „Kampfs ums Recht“ gesehen werden kann. Auch erzeugt er durch die Einstellung der Fotos der namentlich benannten Richter eine regelrechte Prangerwirkung, durch welche die Richter in den Fokus der Öffentlichkeit geraten und dabei ihre persönliche wie auch berufliche Integrität in Frage gestellt sehen. Die so erzeugte Breitenwirkung steht mit Blick auf Richter, die – anders als etwa hochrangige Politiker – normalerweise nicht (namentlich und bildlich) in der Öffentlichkeit stehen, in keinem Verhältnis zur geäußerten Machtkritik.

Demnach scheidet eine Rechtfertigung nach Maßgabe des § 193 StGB aus.

Hinweis: Sofern – vertretbar – bereits tatbestandlich zwischen den einzelnen Bezeichnungen differenziert wird, mag die Bezeichnung als „Kindesentfremder“ gegenüber der Titulierung der beteiligten Richter als „asoziale Justizverbrecher“ und „Provinzverbrecher“ als weniger schwerwiegend betrachtet werden, nachdem insoweit – bei größtmöglichem Wohlwollen – weniger eine persönliche Anprangerung als eine Kritik an den Regelungen des Umgangsrechts ausgemacht werden kann. Für eine Einstufung auch der Bezeichnung als „Kindesentfremder“ als strafbare Beleidigung spricht freilich auch bei getrennter Betrachtungsweise, dass durch die namentliche Benennung der Richter und die Einstellung der Fotos eine öffentliche Prangerwirkung entsteht, die bei „normalen“ Amtsträgern gerade nicht als mit dem Berufsbild einhergehendes Risiko abgetan werden kann.

3. Schuld

Schuldausschließungsgründe sind nicht ersichtlich.

II. Ergebnis

A hat sich durch die von ihm getätigten Äußerungen gem. § 185 StGB strafbar gemacht. Da die Äußerungen auf dem Internetblog des A veröffentlicht wurden, handelt es sich zudem um eine öffentliche Begehung mit der Folge einer Anhebung des Strafrahmens.

⁶⁶ BVerfG NJW 2020, 2622 (2626).

⁶⁷ BVerfG NJW 2020, 2622 (2626).

⁶⁸ BVerfG NJW 2020, 2622 (2626 f.).

Gesamtergebnis

Die Tatkomplexe stehen im Verhältnis der Tatmehrheit, wonach sich für A folgendes Gesamtergebnis ergibt:

§§ 239 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2, 229, 13 Abs. 1, 52 Abs. 1⁶⁹; 274 Abs. 1 Nr. 2; 263a Abs. 1 Var. 3, 269 Abs. 1, 52 Abs. 1; 185; 53 Abs. 1 StGB.

Aufgabe 2

I. Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme

Das Vorgehen der Beamten könnte von § 110 Abs. 3 S. 2 StPO gedeckt sein. Danach ist es den Durchsuchungsbeamten erlaubt, im Rahmen der Durchsicht auf „räumlich getrennte Speichermedien“ zuzugreifen, sofern der Zugriff von einem beim Betroffenen aufgefunden „elektronischem Speichermedium“ aus möglich ist. Die sog. Online-Durchsicht soll gerade den Zugriff auf externe Speicherplätze, z.B. in Gestalt von Clouds, ermöglichen. Grundsätzlich kommt § 110 Abs. 3 S. 2 StPO daher als Ermächtigungsnorm in Betracht, wobei sich mehrere Fragen stellen:

1. Mitnahme des Geräts

Fraglich ist zunächst, ob die Beamten berechtigt waren, den Laptop – zum Zwecke der Durchsicht – mitzunehmen. Ebenso wie (umfangreiche) Bestände an Papieren zum Zwecke der Durchsicht von den Beamten mitgenommen werden können, gilt dies für die in § 110 Abs. 3 S. 1 StPO ausdrücklich gleichgestellten elektronischen Speichermedien. Kurzum: Auch Hardware kann von den Ermittlungspersonen vorübergehend mitgenommen werden, soweit sich ein solches Vorgehen nicht als unverhältnismäßig erweist.⁷⁰ Unter Berücksichtigung der nur kurzen externen Durchsichtszeit (zwei Tage) erweist sich dieses Vorgehen wohl noch als verhältnismäßig.

Hinweis: Nicht unvertretbar ist es, auf die heutzutage gegebene Möglichkeit der „Spiegelung“ umfangreicher Datenbestände zu verweisen, wie sie im Rahmen der Durchsicht von elektronischen Speichermedien durch die Ermittlungspersonen auch regelmäßig vorgenommen wird. Daraus kann gefolgert werden, dass eine solche Spiegelung bei nur einem Laptop ohne weiteres möglich gewesen wäre. Auch kann gegen die Verhältnismäßigkeit der Mitnahme angeführt werden, dass sich die Beamten infolgedessen eine (technisch aufwendige) „Versiegelung“ der Datenbestände zum Zwecke der Beweissicherung (durch Erstellung eines [neuen] Passworts⁷¹) gerade *nicht* erspart haben, nachdem bei in der Cloud gespeicherten Daten stets auch ein Zugriff von einem Drittgerät möglich ist, es mithin in jedem Falle einer „Versiegelung“ bedarf.

⁶⁹ Sofern die §§ 229, 13 Abs. 1 StGB – gut vertretbar – als mitbestrafte Nachtat eingestuft werden, bleibt es im ersten Tatkomplex bei einer Strafbarkeit gem. § 239 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 2 StGB.

⁷⁰ BGH NStZ 2003, 670 (671); *Schlothauer*, in: Münchener Anwaltshandbuch, Strafverteidigung, 3. Aufl. 2022, § 3 Rn. 111.

⁷¹ Dazu *Park*, Durchsuchung und Beschlagnahme, 5. Aufl. 2022, § 4 Rn. 893.

2. „Knacken“ des Passworts

Fraglich ist sodann, ob die Beamten die Passwörter unter Einsatz forensischer Software schlicht „knacken“ durften. Insoweit ist ein Vergleich zu einer analogen Durchsuchung (und Durchsicht) zu ziehen: Soweit Beamte hier auf Zugangshindernisse stoßen (z.B. verschlossene Schublade, Schrank etc.), ist es ihnen selbstverständlich nicht untersagt, diese selbsttätig zu öffnen, sofern der Betroffene einer Aufforderung zum Öffnen nicht nachkommt und keine irreparablen Beschädigungen eintreten.⁷² Dies gilt auch für mitgenommene Gegenstände (und Datenbestände), sofern der Betroffene damit rechnen muss, dass die Beamten auf deren Inhalt (bzw. erreichbare Inhalte) zugreifen werden. So liegt es aber hier: A hatte die Möglichkeit, das Passwort selbst einzugeben oder jedenfalls an die Beamten weiterzugeben, weigerte sich aber. Zugleich war ihm – auch und insbesondere nach dem Gespräch mit den Beamten – klar, dass diese den Zugriff versuchen würden. Aus dem Einsatz forensischer Software zur Ermöglichung des Zugriffs auf passwortgeschützte Datenbestände ergibt sich daher *nicht* die Rechtswidrigkeit der Maßnahme.

3. Zugriff auf Speicherort im Ausland

A gibt bereits im Rahmen der Durchsuchung zu bedenken, dass die beim Clouddienstleister gespeicherten Daten auf Servern im Ausland liegen. Fraglich ist danach, ob § 110 Abs. 3 S. 2 StPO auch einen Zugriff auf Daten ermöglicht, die ihren Speicherort im Ausland haben.

a) Hier ließe sich argumentieren, dass der Wortlaut des § 110 Abs. 3 S. 2 StPO eine Beschränkung der Durchsicht auf Datenbestände mit inländischem Speicherort nicht erkennen lässt, sondern einzig die *Zugriffsmöglichkeit* vom sichergestellten Gerät aus zur Voraussetzung erhebt.⁷³ Im Übrigen kann darauf verwiesen werden, dass die Feststellung, ob und – falls ja: wo – die Daten im Ausland gespeichert sind, mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden sein kann und so einer effektiven Beweissicherung entgegensteht.⁷⁴

b) Demgegenüber ist zu sehen, dass die Ausübung hoheitlicher Gewalt notwendig an den Hoheitsbereich des jeweiligen Staates gekoppelt ist, mithin ein Zugriff auf im Ausland gespeicherte Daten in den Souveränitätsbereich eines anderen Staates übergreift.⁷⁵ Vor diesem Hintergrund ist auch der Abschluss völkerrechtlicher Verträge wie der Cybercrime-Konvention zu sehen, welche eine Zugriffsmöglichkeit für den hier gegebenen Fall aber gerade nicht vorsieht (vgl. Bearbeitungsvermerk). Das bedeutet im Umkehrschluss, dass am Rechtshilfeersuchen (und einer vorherigen Bestimmung des Speicherorts) kein Weg vorbeiführt.⁷⁶

c) Danach erweist sich das Vorgehen der Ermittlungsbeamten als rechtswidrig (a.A. vertretbar).

⁷² Vgl. auch *Zerbes/El-Ghazi*, NStZ 2015, 425 (431); *Obenhaus*, NJW 2010, 651 (653).

⁷³ Vgl. LG Koblenz NZWiSt 2022, 160 (161); LG Berlin wistra 2023, 433 (436 f.); *Wicker*, MMR 2013, 765 (769); ferner *Köhler*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 66. Aufl. 2023, § 110 Rn. 7b.

⁷⁴ Vgl. LG Koblenz NZWiSt 2022, 160 (161 f.).

⁷⁵ *Bechtel*, NZWiSt 2022, 162 (165 Fn. 28); vgl. auch *Park*, NStZ 2023, 646 (652).

⁷⁶ *Blebschmitt*, MMR 2018, 361 (364); *Gaede*, StV 2009, 96 (101 f.); *Gercke*, CR 2010, 345 (347); *ders.*, in: *Gercke/Temming/Zöller*, Strafprozessordnung, Heidelberger Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 110 Rn. 29; *Hauschild*, in: *MüKo-StPO*, Bd. 1, 2. Aufl. 2023, § 110 Rn. 18; *Park*, NStZ 2023, 646 (652); *Tsambikakis*, in: *Löwe-Rosenberg, StPO, Kommentar*, Bd. 3/1, 27. Aufl. 2019, § 110 Rn. 9; *Meinicke*, *Der strafprozessuale Zugriff auf Inhaltsdaten in der Cloud*, 2020, D. V. 2. a) bb) (b); *Zerbes/El-Ghazi*, NStZ 2015, 425 (430 f.); dezidiert gegen diesen Umkehrschluss unlängst LG Berlin wistra 2023, 433 (437 f.).

4. Denkbare Rechtsfolgen

Mit Blick auf die Rechtsfolgen der – nach hier vertretener Auffassung – rechtswidrigen Durchsicht (vgl. oben 3. c)) kann zunächst daran gedacht werden, den Rechtskreis des Betroffenen als nicht tangiert zu betrachten, nachdem ein Übergriff in den Souveränitätsbereich *eines anderen Staates* zu attestieren ist. Gleichwohl kann im einkalkulierten Zugriff auf einen Speicherort im Ausland die *willkürliche Missachtung von Verfahrensrecht* und damit ein Verstoß gegen das *Recht des Beschuldigten auf ein faires Verfahren* gesehen werden, wonach eine taugliche Grundlage für ein Beweisverwertungsverbot gegeben ist.⁷⁷

II. Rechtsbehelfe

1. A hat zunächst die Möglichkeit, *in entsprechender Anwendung* des § 98 Abs. 2 S. 2 StPO eine gerichtliche Entscheidung dahingehend zu beantragen, dass die Art und Weise der Durchführung der (Online-)Sichtung rechtswidrig war.⁷⁸

2. Sollte die daraufhin ergehende Entscheidung die Art und Weise für rechtmäßig erklären, verbleibt für A die Möglichkeit, sich gegen eben diese Entscheidung mit der Beschwerde (§§ 304 ff. StPO) zu wenden.

⁷⁷ Bechtel, NZWiSt 2022, 162 (166); Gercke, in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, Heidelberger Kommentar, 7. Aufl. 2023, § 110 Rn. 31.

⁷⁸ Hegmann, in: BeckOK StPO, Stand: 1.10.2023, § 110 Rn. 13.