

Fortgeschrittenenhausarbeit: Große und kleine Finanzgeschäfte

Von Akad. Rat a.Z. Dr. **Stephan Christoph**, Augsburg*

Der Sachverhalt war Teil einer Hausarbeit, die in der Übung im Strafrecht für Fortgeschrittene im Wintersemester 2021/22 an der Universität Augsburg gestellt wurde. Die hier behandelten Problemfragen weisen insgesamt einen gehobenen Schwierigkeitsgrad auf.

Sachverhalt

Die H-AG ist ein junges Finanzunternehmen, das sich auf Hard- und Softwarelösungen für Geldtransaktionen spezialisiert hat. Das Unternehmen war im Geschäftsjahr 2021 recht umtriebiger. Gleichwohl sind die Gewinne hinter den Erwartungen der Vorstände A, B und C zurückgeblieben. Sie befürchten, dass die schwachen Zahlen zu einem Reputationsverlust des Unternehmens in den Medien führen könnten. Kurz vor Ende des Geschäftsjahres am 31.12. sollen deshalb durch ein übereilt anberaumtes Geschäft mit der X-Bank die Geschäftszahlen aufpoliert werden. Das Geschäftsvolumen beläuft sich auf einen dreistelligen Millionenbetrag. Zur Vornahme eines solchen Geschäfts sind die Vorstände grundsätzlich auch befugt, sofern die entsprechenden Beschlüsse einstimmig getroffen werden. Das hochkomplexe Vertragswerk in seiner Gesamtheit ist ihnen nicht bekannt. Die wenigen ihnen vorliegenden Dokumente sind zudem lückenhaft. Auch ist eine Prüfung des Gesamtvertrags durch die Rechtsabteilung noch nicht abgeschlossen. Zudem enthält das anvisierte Geschäft ganz erhebliche Kostenrisiken. Dies alles ist den Vorständen auch bewusst. Insbesondere die finanziellen Risiken nehmen sie aber billigend in Kauf, um die angestrebten Umsatzsteigerungen zugunsten der H-AG zu erreichen. Da die Zeit drängt, stimmen A, B und C dem Geschäftsabschluss nach nur drei Tagen am 20.12.2021 im Umlaufverfahren ohne vorherige Beratung zu. Kurze Zeit später stellt sich heraus, dass das Geschäft sich für die Aufbesserung der Bilanzzahlen überhaupt nicht eignet, sondern sich zu einem immensen Minusgeschäft entwickelt. Dies hätten die Vorstände bei gewissenhafter Prüfung aller Vertragsunterlagen auch erkennen können. Um Schlimmeres zu verhindern, kündigt die H-AG gegenüber der X-Bank den Vertrag vorzeitig. Am Ende kommt es trotzdem zu einem Verlust i.H.v. 1 Mio. €.

In der Folge werden A, B und C fristlos entlassen. Während B und C schnell wieder eine Anstellung finden, rutscht A in die Arbeitslosigkeit ab. Als er wieder einmal einen Nachmittag vor dem Fernseher verbringt, stolpert er über eine Reportage, die sein Interesse weckt. Darin wird eine neue Masche von Taschendieben beschrieben. Diese würden sich über das Internet handliche ec-Kartenterminals bestellen, die für kontaktlose Zahlungen geeignet sind. Im Rahmen des Zahlungsvorgangs erfolgt dabei zwischen Karte und Terminal ein elektronischer Datenaustausch auf kurze Distanz über

Funk. In Fußgängerzonen und Straßenbahnen würden die Täter solche Lesegeräte nah an Kleidungsstücke und Taschen ahnungsloser Personen halten, um unbemerkt Geldbeträge von der Karte abzubuchen. Während des Bezahlvorgangs liest das Kartenterminal die im Chip enthaltenen Kartendaten aus und speichert diese zusammen mit dem Abbuchungsbetrag sowie Datum und Uhrzeit der Transaktion ab. Um eine Gutschrift auf sein Konto zu erhalten, muss der Täter seine „Umsätze“ anschließend durch eine entsprechende Funktion des Kartenlesegeräts über den zuständigen Zahlungsdienstleister in den Zahlungsverkehr einleiten (sog. Kassenschnitt), der wiederum die entsprechenden Zahlungsanweisungen an die jeweiligen kartenausgebenden Banken weiterleitet. Erst dann werden die entsprechenden Beträge auf dem Konto des Täters gutgeschrieben. Beim Kunden selbst wird auf dem Speicherchip der ec-Karte das dort gespeicherte maximale tägliche Verfügungslimit um den abgebuchten Betrag verringert. Da ec-Kartenzahlungen bis 50 € ohne Eingabe einer PIN möglich sind, können die Diebe auf diese Weise an nicht unerhebliche Geldsummen gelangen, ohne dass die Betroffenen davon etwas mitbekommen.

A beschließt, dieses „Geschäftsmodell“ selbst auszuprobieren, um künftig seinen Lebensunterhalt aufzubessern. Da die H-AG seinerzeit entsprechende Terminals vertrieb, weiß A über deren Funktionsweise und die technischen Hintergründe bestens Bescheid. A bestellt sich über das Internet ein ec-Terminal und setzt sein Vorhaben nach dessen Auslieferung in die Tat um. Er begibt sich in die Augsburger Innenstadt. An einer Fußgängerampel beobachtet A, wie O ihre Geldbörse in der Handtasche verstaut. A tippt einen Betrag von 50 € in das Terminal ein und aktiviert dieses. Dann stellt er sich dicht neben O und hält sein Lesegerät an deren Handtasche. Ein leiser Signalton, den O nicht bemerkt, zeigt ihm an, dass die Abbuchung erfolgreich war. A führt umgehend den sog. Kassenschnitt durch. Die vom Konto der O abgebuchten 50 € werden sogleich auf sein Konto gutgeschrieben.

Aufgabenstellung

Haben sich A, B und C nach dem StGB strafbar gemacht? Sämtliche im Sachverhalt aufgeworfene Problemfragen sind (ggf. hilfsgutachtlich) zu prüfen. §§ 202a, 202b und 303a StGB sind nicht zu prüfen. Auf § 93 AktG wird hingewiesen.

Lösungsvorschlag

Tatkomplex 1: Geschäft der H-AG (Strafbarkeit der A, B und C)

Hinweis: Der Sachverhalt ist angelehnt an die HSH-Nordbank-Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2016 (BGH, Urt. v. 12.10.2016 – 5 StR 134/15). Durch den Verweis auf § 93 AktG sollten auch Bearbeiterinnen und Bearbeiter, die mit dieser Entscheidung nicht vertraut sind, eine Hilfestellung für die Falllösung erhalten.

* Der Verf. ist Habilitand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie und Sanktionenrecht (Prof. Dr. Johannes Kaspar) an der Universität Augsburg. Für wertvolle Unterstützung bei der Aufbereitung dieses Textes zur Publikation sei Herrn Stud. iur. Luca Schiliró herzlich gedankt.

I. Untreue in Mittäterschaft, §§ 266 Abs. 1 Var. 1, Abs. 2, 263 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB

A, B und C könnten sich wegen Untreue in Mittäterschaft in einem besonders schweren Fall gem. §§ 266 Abs. 1 Var. 1, Abs. 2, 263 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem sie dem Geschäftsabschluss mit der X-Bank zustimmten.

*1. Objektiver Tatbestand**a) Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis*

Dazu müssten A, B und C gegenüber der H-AG Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnisse zugekommen sein.

Entsprechende Befugnisse liegen vor, wenn der Treuenehmer zivil- oder öffentlich-rechtlich wirksam Geschäfte für fremdes Vermögen tätigen kann.¹ Eine solche Rechtsmacht ergibt sich für Vorstände einer AG aus §§ 78 ff. AktG, welche die Vertretung der Gesellschaft durch die Mitglieder des Vorstands regeln.

Damit lagen Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnisse auf Seiten von A, B und C vor.

b) Vermögensbetreuungspflicht

Umstritten ist, ob zur Erfüllung des objektiven Tatbestands – ähnlich wie bei § 266 Abs. 1 Var. 2 StGB – zusätzlich das Bestehen einer besonderen Vermögensbetreuungspflicht erforderlich ist.² Eine Entscheidung dieses Streits könnte sich allerdings erübrigen, wenn ohnehin auf Seiten der A, B und C eine solche Pflicht zu bejahen ist.

Hierbei zählt nicht jedwede Vermögenssorge in den Kreis der Pflichten gem. § 266 StGB. Nach h.M. muss Gegenstand der Vermögensbetreuungspflicht die Geschäftsbesorgung für einen anderen in einer nicht ganz unbedeutenden Angelegenheit mit einem Aufgabenkreis von einigem Gewicht und einem gewissen Grad an Verantwortlichkeit sein.³ Anders ausgedrückt muss die Vermögensbetreuungspflicht Hauptpflicht oder jedenfalls wesentlicher Inhalt des in Frage stehenden Treueverhältnisses sein und sie muss dem Betreffenden Spielräume für eigenverantwortliche Entscheidungen geben. Die Tätigkeit muss sich also durch eine gewisse Selbstständigkeit des Handelnden auszeichnen.⁴

Geschäftsführer und Vorstände eines Unternehmens, hier einer AG, zählen klassischerweise zum tauglichen Personen-

kreis einer Untreue⁵, da es gerade ihre Aufgabe ist, die Belange der Gesellschaft vor allem auch in finanzieller Hinsicht zu vertreten. Bezüglich des Erfordernisses der Verantwortlichkeit und Selbstständigkeit lässt sich auf § 76 Abs. 1 AktG verweisen, wonach der Vorstand unter eigener Verantwortung die Gesellschaft zu leiten hat.

Vermögensbetreuungspflichten lagen mithin vor. Damit erübrigt sich auch ein Streitentscheid über deren Erforderlichkeit.

c) Missbrauch einer Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis

A, B und C müssten ihre Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnisse missbraucht haben.

Ein solcher Missbrauch liegt vor, wenn der Täter sein rechtliches Dürfen im Innenverhältnis im Rahmen des rechtlichen Könnens (nach außen) pflichtwidrig überschreitet.⁶

Ausweislich des Sachverhalts waren die Vorstände im Innenverhältnis zur Vornahme von Geschäften, wie dem hier in Rede stehenden mit der X-Bank, prinzipiell befugt. Allerdings fragt sich, ob eine Überschreitung des Dürfens aufgrund einer pflichtwidrigen Eingehung eines Risikogeschäfts anzunehmen ist.

Zur Frage, wann die Vornahme eines solchen Geschäfts als pflichtwidrig einzustufen ist, verhält sich § 266 StGB selbst nicht, daher muss zur weiteren Konkretisierung auf außerstrafrechtliche gesetzliche Tatbestände oder auf vertragliche Vereinbarungen zwischen den Parteien zurückgegriffen werden.⁷

aa) Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsführers, § 93 Abs. 1 S. 1 AktG

Die Pflichten der Vorstände einer AG ergeben sich insbesondere aus dem Aktiengesetz (AktG). Gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG, haben die Vorstände bei ihrer Geschäftsführung die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden. Die Anforderungen an die Sorgfaltspflicht bemessen sich dabei nicht nach einem einheitlichen festen Maßstab, sondern nach der Art und Größe des Unternehmens, der Zahl der Beschäftigten, der Konjunkturlage, den Zeitverhältnissen sowie den besonderen Aufgaben des einzelnen Mitglieds.⁸ Es gibt keinen einheitlichen Geschäftsleitertyp. Der Inhalt der Pflichten der Vorstände A, B und C werden auch im AktG somit nur vage geregelt.

¹ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil I, 24. Aufl. 2022, § 18 Rn. 6; vgl. auch Dierlamm/Becker, in: Erb/Schäfer (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 4. Aufl. 2022, § 266 Rn. 35.

² Kindhäuser/Böse, Strafrecht, Besonderer Teil II, 11. Aufl. 2020, § 35 Rn. 3 ff.; Heger, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 266 Rn. 4; Hilgendorf/Valerius, Strafrecht, Besonderer Teil II, 2. Aufl. 2021, § 11 Rn. 5; Rengier (Fn. 1), § 18 Rn. 14.

³ BGHSt 13, 315 (317); Wessels/Hillenkamp/Schuhr, Strafrecht, Besonderer Teil 2, 44. Aufl. 2021, Rn. 815.

⁴ Saliger, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 5. Aufl. 2021, § 266 Rn. 10; Rengier (Fn. 1), § 18 Rn. 17.

⁵ Rengier (Fn. 1), § 18 Rn. 18, 22.

⁶ Kindhäuser/Böse (Fn. 2), § 35 Rn. 11; Kindhäuser, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, Bd. 3, 5. Aufl. 2017, § 266 Rn. 86.

⁷ Perron, in: Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar, 30. Aufl. 2019, § 266 Rn. 20; Jahn/Ziemann, ZIS 2016, 552 (553); Murmann, Jura 2010, 561 (563 ff.).

⁸ Vgl. auch BGHZ 129, 30 (34); Hölter/Hölter, in: Hölter/Weber (Hrsg.), Aktiengesetz, Kommentar, 4. Aufl. 2022, § 93 Rn. 24.

bb) Business Judgement Rule, § 93 Abs. 1 S. 2 AktG

Für eine gewisse Konturierung des Sorgfaltsmaßstabs sorgt die Vorschrift des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG. Hiernach soll eine Pflichtverletzung des Vorstands jedenfalls dann nicht vorliegen, wenn das Vorstandsmitglied bei einer unternehmerischen Entscheidung vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Information zum Wohle der Gesellschaft zu handeln.

(1) Zunächst muss eine unternehmerische Entscheidung vorliegen.

Diese kennzeichnet sich durch die bewusste Auswahl einer unternehmerischen Handlungsmöglichkeit von besonderer wirtschaftlicher Tragweite aus mehreren Alternativen.⁹ Sie bezeichnet also einerseits eine bewusste Aktivität oder ein bewusstes Unterlassen nach außen. Andererseits kennzeichnet sie das zur Verfügung stehen verschiedener Handlungsmöglichkeiten. Nicht unter § 93 Abs. 1 S. 2 AktG fallen also gesetzliche, satzungsmäßige oder anstellungsvertragliche Pflichten, bei denen keine tatbestandlichen Beurteilungsspielräume bestehen, sowie Maßnahmen, die nicht auf einer bewussten Entscheidung beruhen (z.B. das unbewusste fahrlässige Verstreichenlassen von Geschäftschancen oder Fristen).¹⁰

A, B und C waren zum Geschäftsabschluss mit der X-Bank nicht verpflichtet. Art und Inhalt des Geschäfts sowie das Ob eines Vertragsabschlusses lagen vielmehr in deren Ermessen und hätten von ihnen noch weiter gestalterisch beeinflusst werden können. Der konkrete Abschluss stellte also die bewusste Auswahl einer bestimmten unternehmerischen Geschäftsmöglichkeit aus mehreren denkbaren Alternativen dar, die auch von erheblicher wirtschaftlicher Tragweite gewesen ist.

Eine unternehmerische Entscheidung i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 2 AktG liegt vor.

(2) Die Vorstandsmitglieder mussten zudem vernünftigerweise annehmen dürfen, die unternehmerische Entscheidung auf Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Gesellschaft getroffen zu haben.¹¹

Insbesondere die Frage nach der angemessenen Information ist fraglich. Der Vorstand ist prinzipiell verpflichtet, alle ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen auszuschöpfen. Welche Intensität der Informationsbeschaffung im Sinne der Norm „angemessen“ ist, soll anhand des Zeitvorlaufs, des Gewichts und der Art der zu treffenden Entscheidung sowie unter Berücksichtigung anerkannter betriebswirtschaftlicher Verhaltensmaßstäbe zu beurteilen sein.¹² Es wird also keine stets allumfassende Informationsbeschaffung verlangt, sondern

es kommt auf die besonderen Umstände des Einzelfalls an.¹³

Es ist zunächst festzustellen, dass das Vorgehen der Vorstände A, B und C ganz eklatante Mängel aufweist. So fehlte es an einer Kenntnisnahme des vollständigen Vertragswerks ebenso wie an einem gegenseitigen Austausch der Vorstandsmitglieder und einer vollständigen Prüfung durch die Rechtsabteilung. Hier dürften die Informationslücken also so schwerwiegend sein, dass man von einer Entscheidung auf angemessener Tatsachenbasis kaum mehr sprechen kann. Für die Vorstände könnte allenfalls der erhebliche Zeitdruck sprechen, unter dem die Entscheidungen getroffen werden mussten. Angesichts dessen könnte man argumentieren, dass umfassendere Erkundigungen und eine vollständige Sichtung aller relevanten Vertragsunterlagen bis zum Stichtag (31.12.) schlicht nicht mehr möglich waren. Allerdings belief sich das Geschäftspaket auf einen dreistelligen Millionenbetrag mit erheblichen Risiken. Allein das Gewicht des anvisierten Geschäftsabschlusses hätte eine möglichst umfangreiche Informierung der Vorstände erforderlich gemacht. Hinzu kommt, dass die Vorstände das Geschäft lediglich zur kosmetischen „Aufhübschung“ der Bilanz kurz vor Jahresabschluss, also ohne besonderen finanziellen Druck, vorgenommen haben. Ob man den eigentlich unnötig hervorgerufenen Zeitdruck als Argument zugunsten der Vorstände ins Feld führen kann, ist zweifelhaft.

Damit durften die Vorstände nicht annehmen, auf Grundlage angemessener Informationen zu handeln.

(3) § 93 Abs. 1 S. 2 AktG ist zu verneinen.

cc) Evidenz der Pflichtverletzung

Damit steht zunächst lediglich fest, dass eine Pflichtverletzung gem. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG in Betracht kommt (beachte den Wortlaut des § 93 Abs. 1 S. 2 AktG: „Eine Pflichtverletzung liegt *nicht* vor, wenn [...]“). Nicht gesagt ist dagegen, ob diese auch tatsächlich vorliegt und ob diese auch strafrechtlich relevant ist.

In der gesellschaftsrechtlichen Literatur wird vertreten, dass ein Verstoß gegen Informationspflichten im Sinne der Business Judgement Rule allein noch keine Pflichtverletzung i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG darstellt, sondern dass eine solche lediglich indiziert wird.¹⁴ Eine Verletzung sei vielmehr nur dann zu bejahen, wenn ein schlechthin unvertretbares Vorstandshandeln vorliege; der Leitungsfehler muss auch für einen Außenstehenden derart evident sein, dass sich das Vorliegen eines Fehlers förmlich aufdrängt.¹⁵

A, B und C haben in besonders eklatanter Weise ihre Informationspflichten missachtet. Das Geschäft wurde praktisch ohne hinreichende inhaltliche Prüfung und völlig überstürzt „durchgewunken“. Dies mag bei Geschäften mit geringem Volumen noch vertretbar erscheinen, bei Abschlüssen in dreistelliger Millionenhöhe ist das Vorstandshandeln von A,

⁹ Spindler, in: Goette/Habersack/Kalss (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2, 5. Aufl. 2019, § 93 Rn. 48; vgl. auch Esser, NZWiSt 2018, 201 (202).

¹⁰ Spindler (Fn. 9), § 93 Rn. 51; vgl. zum Merkmal der „unternehmerischen Entscheidung“ weiterführend Koch, in: Koch, Aktiengesetz, Kommentar, 16. Aufl. 2022, § 93 Rn. 35 ff.

¹¹ Vgl. dazu erg. Eibach/Scholz, ZStW 133 (2021), 685 (698 ff.).

¹² BT-Drs. 15/5092, S. 12; Fleischer, in: Spindler/Stilz (Hrsg.), Beck'scher Online-Großkommentar AktG, Stand: 1.7.2022, § 93 Rn. 92.

¹³ Vgl. auch BGH NJW 2017, 578 (580); Grigoleit/Tomasic, in: Grigoleit (Hrsg.), Aktiengesetz, Kommentar, 2. Aufl. 2020, § 93 Rn. 48.

¹⁴ Spindler (Fn. 9), § 93 Rn. 47.

¹⁵ BGH NJW 2017, 578 (580).

B und C als evident fehlerhaft und schlechterdings unvertretbar einzustufen.

Damit liegt auf gesellschaftsrechtlicher Ebene eine Pflichtverletzung i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG vor.

dd) Strafrechtliche Relevanz der Pflichtverletzung

Hinweis: Die nachfolgenden Ausführungen zur „gravierenden Pflichtverletzung“ geben das gesamte Ausmaß der Diskussion in Literatur und Rechtsprechung nur in grössten Zügen wieder. Auch von den Bearbeiterinnen und Bearbeitern waren keine tiefergehenden dogmatischen Überlegungen gefordert, wichtig war nur, dass die Rechtsprechungsentwicklung kurz skizziert und zumindest knapp die Erforderlichkeit einer zusätzlichen strafrechtsautonomen Prüfungsebene andiskutiert wurde.

Fraglich ist, ob diese Pflichtverletzung auch eine Strafbarkeit nach § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB auszulösen vermag. Zwar gilt grundsätzlich, dass jedes zivilrechtlich erlaubte Verhalten auch aus strafrechtlicher Perspektive erlaubt sein muss. Doch folgt umgekehrt nicht aus jedem zivilrechtlich beachtlichen Fehlverhalten auch eine (Untreue-)Strafbarkeit. Dies hat seine Ursache nicht nur im ultima-ratio-Prinzip und dem fragmentarischen Charakter des Strafrechts, sondern ist auch aufgrund einer gebotenen restriktiven Handhabung des sehr weitreichenden Untreuetatbestands sinnvoll. Insofern gilt der Grundsatz der asymmetrischen Akzessorität des Untreuestrafrechts zum Zivil- und öffentlichen Recht.¹⁶

Aus den genannten Gründen wurde bislang, quasi als zusätzliche strafrechtsautonome Hürde, neben einer Pflichtverletzung auf zivil- bzw. gesellschaftsrechtlicher Ebene zusätzlich das Vorliegen einer gravierenden Pflichtverletzung für die Bejahung des Untreuetatbestands gefordert.¹⁷ Erstmals erwähnt wurde das Merkmal in einem Urteil des *1. Strafsenats* des BGH aus dem Jahr 2001, wo es um die Beurteilung der Pflichtwidrigkeit einer Kreditvergabe ging.¹⁸ Hier stellte der *Senat* fest, dass eine untreuetaugliche Pflichtverletzung vorlag, da die Entscheidungsträger ihre bankenübliche Informations- und Prüfungspflicht hinsichtlich der wirtschaftlichen Verhältnisse des Kreditnehmers gravierend verletzt hatten. Was allerdings genau das Merkmal „gravierend“ inhaltlich

ausmachte, wurde nicht geklärt.¹⁹

In der sog. „Sponsoring“- oder „SSV Reutlingen“-Entscheidung des BGH²⁰ konkretisierte der *1. Strafsenat* wenig später dann die Anforderungen an die Prüfung der Gravität: So müsse auf Basis einer Gesamtschau, insbesondere gesellschaftsrechtlicher Kriterien, das Vorliegen einer gravierenden Pflichtverletzung festgestellt werden. Zu diesen Kriterien zählt etwa die Nähe zum Unternehmensgegenstand, die Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage, die fehlende innerbetriebliche Transparenz oder die Verfolgung sachwidriger Motive. Jedenfalls dann, wenn sämtliche dieser Kriterien erfüllt seien, seien die äußeren Grenzen des unternehmerischen Ermessens überschritten und es liege eine gravierende Pflichtverletzung vor.²¹ In der „Kinowelt“-Entscheidung²² wurde das Kriterium der Gravität wiederum aufgegriffen. Hier führte der BGH aus:

„[Dem] Vorstand [ist] bei seinen [...] Entscheidungen ein weiter Ermessensspielraum zuzubilligen. Werden hingegen die – weit zu ziehenden – äußersten Grenzen unternehmerischer Entscheidungsfreiheit überschritten und wird damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt, so liegt eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor, die so gravierend ist, dass sie zugleich eine Pflichtwidrigkeit i.S. von § 266 StGB begründet.“²³

Über das Kriterium der gravierenden Pflichtverletzung als erforderliche Voraussetzung für die Untreuestrafbarkeit herrschte innerhalb der Rspr. keineswegs Einigkeit.²⁴ Das BVerfG erkannte es allerdings im Jahr 2010 als tatbestandsbegrenzendes Merkmal der Untreue an.²⁵

Dennoch rückte der *5. Strafsenat* des BGH in seiner „HSH-Nordbank“-Entscheidung²⁶ im Bereich der unternehmerischen Entscheidungen vom Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung ab. Zwar sei es zutreffend, dass die Anwendung des Untreuetatbestands auf „klare und deutliche“ Fälle pflichtwidrigen Handelns zu beschränken sei und dass sich gravierende Pflichtverletzungen nur dann bejahen ließen, wenn die Pflichtverletzung evident ist. Allerdings liege bei einem Verstoß gegen § 93 Abs. 1 S. 1 AktG stets eine „gravierende“ bzw. „evidente“ Pflichtverletzung im Sinne der oben genannten Rspr. vor.²⁷ Seien die in § 93 Abs. 1 AktG

¹⁶ Zum Ganzen *Esser*, NZWiSt 2018, 201 (204); *Jahn/Ziemann*, ZIS 2016, 552 (553); *Wittig*, in: v. Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar StGB, Stand: 1.5.2022, § 266 Rn. 20. Vgl. auch *Kubiciel*, JZ 2017, 585 (587), der mit Blick auf § 266 StGB insgesamt von einem „asynchron-akzessorischen Tatbestand“ spricht.

¹⁷ Lesenswert zum Merkmal der gravierenden Pflichtverletzung *Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 ff.

¹⁸ BGH NJW 2002, 1211 (1214 f.). Dazu sowie zu weiteren Entwicklung der Rspr. vgl. auch *Eibach/Scholz*, ZStW 133 (2021), 685 (688 ff.); *Knieler*, HRRS 2020, 401 (402 f.); *Saliger* (Fn. 4), § 266 Rn. 47; *ders.*, in: Nietsch (Hrsg.), Compliance und soziale Verantwortung im Unternehmen, 2019, S. 85 (91 ff.); *Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 (320 ff.).

¹⁹ *Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 (322).

²⁰ BGH NJW 2002, 1585.

²¹ BGH NJW 2002, 1585 (1587); *Knieler*, HRRS 2020, 401 (402).

²² BGH NJW 2006, 453; siehe dazu auch *Kutzner*, NJW 2006, 3541.

²³ BGH NJW 2006, 453 (454 f.); vgl. auch *Saliger* (Fn. 18), S. 93.

²⁴ Vgl. etwa das Mannesmann-Urteil des *3. Strafsenats*, BGH NJW 2006, 522 (526 f.); dazu wiederum *Knieler*, HRRS 2020, 401 (402); *Saliger* (Fn. 18), S. 94.

²⁵ BVerfG NJW 2010, 3209 (3215).

²⁶ BGH NJW 2017, 578.

²⁷ Krit. dazu *Eibach/Scholz*, ZStW 133 (2021), 685 (702 ff.).

normierten äußersten Grenzen unternehmerischen Ermessens überschritten und sei damit eine Hauptpflicht gegenüber dem zu betreuenden Unternehmen verletzt worden, so liege eine Verletzung gesellschaftsrechtlicher Pflichten vor, die (gleichsam „automatisch“) so gravierend sei, dass sie zugleich eine Pflichtwidrigkeit i.S.v. § 266 StGB begründe. Angesichts des durch § 93 Abs. 1 AktG eingeräumten weiten unternehmerischen Entscheidungsspielraums sei für eine gesonderte Prüfung der Pflichtverletzung als „gravierend“ bzw. „evident“ kein Raum.²⁸ Mit seinem Urteil scheint sich der BGH von der gravierenden Pflichtverletzung als strafrechtsautonomer Prüfungsebene somit zu verabschieden.²⁹

Folgt man dieser Tendenz, so wären A, B und C aufgrund der Verletzung des § 93 Abs. 1 S. 1 AktG aus § 266 StGB zu bestrafen.

Tatsächlich fragt sich, ob angesichts der strengen Vorgaben, die bereits das Gesellschaftsrecht für die Annahme einer Pflichtverletzung i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG vorsieht, noch Raum für eine gesonderte strafrechtliche Bewertungsebene bleibt. Denn bereits das Gesellschaftsrecht gelangt zu einer zweistufigen Prüfung und fordert neben einer Verletzung der Grenzen der Business Judgement Rule zusätzlich einen evidenten Pflichtenverstoß. Insofern scheint sich das Gesellschaftsrecht an die bislang geltenden strafrechtlichen Prämissen angenähert und zusätzliche Restriktionen überflüssig gemacht zu haben. Selbst wenn man von der Notwendigkeit eines zusätzlichen strafrechtlichen Filters ausgeht, müsste man sich fragen, ob diesem angesichts der strengen Vorgaben des Gesellschaftsrechts überhaupt ein Anwendungsbereich bliebe.³⁰

Tatsächlich sollte entgegen der Auffassung des BGH von einer Pflichtverletzung i.S.d. § 93 Abs. 1 S. 1 AktG i.V.m. der Business Judgement Rule nicht automatisch auf eine untreuerelevante Pflichtverletzung geschlossen werden. Nicht nur der ultima-ratio-Grundsatz legt eine Verengung des Untreuetatbestands auf schwerwiegende Verfehlungen nahe³¹, auch das Leitbild des § 266 StGB spricht für eine zusätzliche strafrechtsautonome Wertungsstufe. Denn die Untreue bestraft nicht einfach nur Verstöße gegen zivilrechtliche Vorschriften, sondern der Strafgrund der Untreue besteht gerade in der Sanktionierung einer Ausnutzung interner Macht durch den Täter und einer Verletzung des besonderen Vertrauensverhältnisses zu seinem Opfer.³² Nicht jeder Verstoß gegen § 93

Abs. 1 S. 1 AktG trifft diese Konstellation.³³ Daher bleibt einer denkbaren strafrechtlichen Wertungsstufe noch ein Anwendungsbereich. In Betracht kommt dies insbesondere bei an sich altruistisch motivierten Taten, wenn der Täter zwar zum Wohle der Gesellschaft, jedoch auf unsicherer Tatsachenbasis handelt und dabei betriebswirtschaftlich schwerwiegende Fehler begeht, die sich aber qualitativ nicht als Missbrauch interner Macht und Vertrauensbruch gegenüber dem Opfer darstellen.³⁴

Unter dieser Prämisse wäre zu überlegen, ob das Fehlverhalten von A, B und C den Charakter eines Machtmissbrauchs und eines Vertrauensbruchs gegenüber der AG hat. Dies dürfte besonders dann in Betracht kommen, wenn deren Verhalten in besonderem Maße den wirtschaftlichen Interessen der AG zuwiderliefen, so dass man nicht mehr von einer im materiellen Unternehmensinteresse liegenden Entscheidung sprechen kann.³⁵ Vordergründig wollten die Vorstände der Gesellschaft und deren Ansehen durch eine Aufbesserung der Geschäftszahlen nutzen und handelten damit augenscheinlich in deren Interesse. Man könnte also vertreten, dass trotz des evident pflichtwidrigen Verhaltens die Strafbarkeitsschwelle noch nicht überschritten wurde. Die besondere Leichtfertigkeit, die eigentlich unnötig hervorgerufene Drucksituation und das äußerst nachlässige Vorgehen bei der Informationsbeschaffung lassen hier aber ebenso den Schluss zu, dass die Vorstände ihre Macht im Ergebnis doch, „gleich einem Spieler“, in eklatanter und vertrauensschädigender Weise missbraucht und sich damit außerhalb des unternehmerischen Interesses bewegt haben. Für die weitere Prüfung wird hier der letztgenannten Argumentation gefolgt und vom Vorliegen einer gravierenden Pflichtverletzung ausgegangen (a.A. aber freilich vertretbar).

ee) Mittäterschaft

A, B und C handelten aufgrund eines gemeinsamen Tatentschlusses und wirkten bei der Entscheidungsfindung arbeitsmäßig zusammen, so dass eine Mittäterschaft gem. § 25 Abs. 2 StGB zu bejahen ist.

Hinweis: Durch die Erwähnung des Einstimmigkeitserfordernisses für den Geschäftsabschluss mit der X-Bank im Sachverhalt sollte verhindert werden, dass sich die Studierenden Gedanken zur Kausalität bei Gremienentscheidungen machen.

²⁸ BGH NJW 2017, 578 (579).

²⁹ Vgl. *Esser*, NZWiSt 2018, 201 (207). In eine ähnliche Richtung tendierte bereits der 3. Strafsenat in seiner Nürnbergring-Entscheidung, siehe BGH NJW 2016, 2585 (2591 f.); *Becker*, NStZ 2017, 232 (233); *Knieler*, HRRS 2020, 401 (403). Das Erfordernis einer „evidenten“ oder „gravierenden“ Pflichtverletzung ist weiterhin umstritten, vgl. zum Streitstand *Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 (332 ff.).

³⁰ Vgl. auch *Becker*, NStZ 2017, 232 (233); *Rönnau/Becker*, JR 2017, 204 (209).

³¹ Vgl. *Wagner*, ZIS 2012, 28 (33).

³² Vgl. *Seier/Lindemann*, in: Achenbach/Ransiek/Rönnau (Hrsg.), Handbuch Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2019, 5. Teil Kap. 2 Rn. 10.

³³ Umgekehrt umfasst § 93 AktG auch die Verletzung von Pflichten, die nicht dem Vermögensschutz dienen, vgl. *Kubiciel*, JZ 2017, 585 (587).

³⁴ Vgl. auch *Wagner*, ZStW 131 (2019), 319 (358), der an das Bestehen untreuenspezifischer Interessenkonflikte anknüpfen möchte und eine Strafbarkeit insbesondere dann in Erwägung zieht, wenn der Treupflichtige nicht bloß den Interessen des Vermögensinhabers zuwiderhandelt, sondern darüber hinaus explizit andere Interessen (eigene oder die eines Dritten) verfolgt, da der Strafgrund des Untreuetatbestands vor allem auf derlei Konfliktlagen abziele.

³⁵ Vgl. *Saliger* (Fn. 4), § 266 Rn. 50; *Kubiciel*, JZ 2017, 585 (588).

ff) Zwischenergebnis

Ein Missbrauch der Verfügungs- und Verpflichtungsbefugnisse durch A, B und C gem. § 266 Abs. 1 Var. 1 StGB liegt mithin vor.

d) Vermögensnachteil

Durch das Geschäft mit der X-Bank entstand der H-AG ein Verlust i.H.v. 1 Mio. €. Ein Vermögensnachteil liegt vor.

2. Subjektiver Tatbestand

A, B und C verletzen wissentlich und willentlich ihre Vorstandspflichten und nahmen dabei auch einen Vermögensnachteil der H-AG billigend in Kauf. Sie handelten somit vorsätzlich.

Hinweis: Auf die in der „Kantner“-Entscheidung des BGH³⁶ festgelegten erhöhten Anforderungen an den bedingten Vorsatz kommt es nicht an, da es nicht „nur“ um einen Gefährdungsschaden geht.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A, B und C handelten rechtswidrig und schuldhaft.

4. Besonders schwerer Fall, §§ 266 Abs. 2, 263 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 2 StGB

A, B und C könnten das Regelbeispiel der §§ 266 Abs. 2, 263 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 2 StGB erfüllt haben. Dazu müssten sie einen Vermögensverlust großen Ausmaßes herbeigeführt haben. Die Schwelle hierfür liegt nach allgemeiner Auffassung bei 50.000 €. A, B und C verursachten einen Vermögensnachteil i.H.v. 1 Mio. €. Ein Vermögensverlust großen Ausmaßes ist damit gegeben.

A, B und C haben das Regelbeispiel der §§ 266 Abs. 2, 263 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 2 StGB erfüllt.

II. Ergebnis

A, B und C haben sich wegen Untreue in Mittäterschaft in einem besonders schweren Fall gem. §§ 266 Abs. 1 Var. 1, Abs. 2, 263 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB strafbar gemacht.

Tatkomplex 2: In der Innenstadt (Strafbarkeit des A)

I. Computerbetrug, § 263a StGB

A könnte sich wegen Computerbetrugs gem. § 263a Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er mit dem ec-Terminal 50 € vom Konto der O abgebucht hat.

1. Objektiver Tatbestand

a) Unbefugte Verwendung von Daten, § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB

Dazu müsste er unbefugt Daten verwendet haben.

A hat die Kartendaten der O mithilfe seines ec-Terminals ausgelesen und über den Kassenschnitt in den Zahlungsverkehr eingeleitet. Damit hat er Daten verwendet.

Fraglich ist, ob dies unbefugt geschah. Wann die Unbefugtheit der Datenverwendung gegeben sein soll, ist allerdings umstritten.

Nach einer eher subjektiv ausgerichteten Ansicht liegt eine unbefugte Datenverwendung immer dann vor, wenn die jeweilige Datenverwendung dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des über die Daten Verfügungsberechtigten widerspricht.³⁸ A hat im konkreten Fall die Kartendaten ohne das Wissen der O ausgelesen. Dies läuft ihrem mutmaßlichen Willen zuwider, so dass die subjektive Auffassung zur Unbefugtheit der Datenverwendung gelangen würde.

Eine computerspezifische Sichtweise verlangt für den Tatbestand des § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB, dass der Täter irregulär auf den Datenverarbeitungsprozess eingewirkt hat. Dies kann in Form einer Datenmanipulation oder in Form einer unzulässigen Bedienung eines Programms geschehen.³⁹ Da der A das ec-Kartenterminal ordnungsgemäß bediente und auf die dabei ablaufenden Datenübermittlungsprozesse nicht manipulierend einwirkte, würde nach dieser Sichtweise der Tatbestand zu verneinen sein.

Eine weitere, eher computerspezifische Ansicht, stellt darauf ab, ob im Programmablauf die Befugnis zur Verwendung der Daten – bspw. in Form einer Passwortabfrage – selbst überprüft wird. Wird dann unberechtigt ein Zugangscodex o.ä. im Programm eingegeben, soll die Unbefugtheit der Datenverwendung zu bejahen sein.⁴⁰ Da aber aufgrund der Abbuchung von 50 € die Abfrage einer PIN unterbleibt und auch sonst die Berechtigung des A zur Nutzung der Kartendaten oder zur Abbuchung des Geldes nirgendwo überprüft wird, käme auch diese Sichtweise zu einer Verneinung des § 263a StGB.

Die h.M. interpretiert § 263a StGB aufgrund seiner Nähe zu § 263 StGB betrugsspezifisch. Sie fragt danach, ob die jeweilige Verwendung der fremden Daten gegenüber einem Menschen als eine (konkludente) Vorspiegelung der Verwendungsbefugnis zu deuten wäre.⁴¹ Es wäre also zu fragen, ob ein fiktiver Bankangestellter, dem die vermeintliche Zahlungsanweisung der O samt deren ec-Karte durch den A vorgelegt würde, über die Berechtigung des A getäuscht würde. Hierzu führt das OLG Hamm in einem jüngst entschiedenen Verfahren wie folgt aus:

„[Es fehlt] bei den hier vorliegenden kontaktlosen Einsätzen einer ec-Karte [...], bei denen die PIN bei der Bezahlung gerade nicht abgefragt wird, an der Betrugsähnlich-

³⁶ BGH NJW 2007, 1760.

³⁷ Hefendehl, in: Erb/Schäfer (Fn. 1), § 263 Rn. 1224.

³⁸ Wittig, Wirtschaftsstrafrecht, 5. Aufl. 2020, § 15 Rn. 16; Hefendehl/Noll, in: Erb/Schäfer (Fn. 1), § 263a Rn. 76; Kindhäuser (Fn. 6), § 263a Rn. 27.

³⁹ Arloth, CR 1996, 359 (364); Neumann, StV 1996, 375.

⁴⁰ Achenbach, JR 1994, 293 (295); ders., in: Dölling/Erb (Hrsg.), Festschrift für Karl Heinz Gössel zum 70. Geburtstag, 2002, S. 481 (494).

⁴¹ Hefendehl/Noll (Fn. 38), § 263a Rn. 78; Kindhäuser (Fn. 6), § 263a Rn. 25; Wittig (Fn. 38), § 15 Rn. 16.

keit. Denn anders als in den Fällen, in denen der Bankcomputer die PIN vom Kartenverwender abfragt, wird hierbei die Berechtigung desjenigen, der den elektronischen Zahlungsvorgang durch Vorhalten der Karte vor das Lesegerät auslöst, gerade nicht durch Anwendung einer starken Kundenauthentifizierung [...] überprüft. Stattdessen überprüft der Computer der Sparkasse als kartenausgebendem Kreditinstitut in der Autorisierungszentrale lediglich, ob die Karte in keine Sperrdatei eingetragen ist, der Verfügungsrahmen nicht überschritten wird und ob die Voraussetzungen für das Absehen von der PIN-Abfrage [...] gegeben sind. Bereits bei Vorliegen dieser Voraussetzungen erteilt der Bankcomputer eine elektronische Autorisierung der Zahlung, die dem Händler übermittelt wird. Gegenüber einem an die Stelle des Bankcomputers in der Autorisierungszentrale tretenden Bankangestellten würden also auch nur die Einhaltung des Verfügungsrahmens, die Nicht-Eintragung in eine Sperrdatei und das Vorliegen der Voraussetzungen für das Absehen von der starken Kundenauthentifizierung erklärt. Nicht erklärt würde hingegen, dass die Voraussetzungen zur vollen Überprüfung der materiellen Berechtigung zur Kartennutzung vorliegen. Damit aber würde ein fiktiver menschlicher Bankangestellter an Stelle des Bankcomputers auch keinem dahingehenden Irrtum bezüglich der Berechtigung unterliegen, womit es an der für die Unbefugtheit erforderlichen Betrugsähnlichkeit fehlt.⁴²

Hiergegen wird eingewandt, in der Verwendung einer unberechtigt erlangten fremden ec-Karte liege auch dann eine konkludente Täuschung über die Nutzungsberechtigung, wenn die Zahlungsabwicklung ohne Abfrage der PIN erfolgt. Dass durch die Kartennutzung im Wege der kontaktlosen Zahlung die Berechtigung zur Verwendung der Karte konkludent erklärt wird, könne nicht aus normativen Gründen in Abrede gestellt werden.⁴³ Der Verzicht auf die PIN sei an Voraussetzungen gebunden, die der Täter im Vorhinein nicht sicher erkennen könne (z.B. wird eine Sicherheitsabfrage nach jeder fünften Abbuchung durchgeführt, meist wird der Täter aber die Anzahl der vorangegangenen Verfügungen nicht kennen). Die PIN-Abfrage hänge folglich mehr oder minder vom Zufall ab. Daher werde bei Nutzung der Karte konkludent miterklärt, dass der Täter Berechtigter sei und die Berechtigung ggf. auch nachweisen könne.⁴⁴

Dies überzeugt nicht. Auf die Frage der Nutzungsberechtigung kommt es beim *konkreten* Bezahlvorgang ggf. überhaupt nicht an, sofern mangels PIN-Abfrage eine solche nicht geprüft werden muss. Neben der prinzipiellen Frage, inwiefern konkludente Erklärungen überhaupt Relevanz i.R.d. § 263a StGB entfalten können, da sie von einer Maschine nicht erkannt und verstanden werden, wäre also zu klären,

warum die Berechtigung trotz des bewussten und gewollten Verzichts auf deren Prüfung beim konkreten Bezahlvorgang gleichwohl vom Kartennutzer *stets* miterklärt werden sollte.⁴⁵ Mit der Ausgestaltung des kontaktlosen Bezahlverfahrens, bei dem eine PIN-Abfrage nach allseitigem Einverständnis nur unter bestimmten Voraussetzungen erfolgen soll, haben die betreffenden Parteien klargemacht, dass die Frage der Berechtigung aus Sicherheitsgründen nur in den hierfür vorgesehenen Fällen Bedeutung erlangen soll. Jedenfalls im Bereich der Kleinstbetragszahlungen soll die Abfrage der Nutzungsberechtigung dabei die Ausnahme und nicht die Regel sein. Dies muss bei der Frage nach dem konkludent Erklärten berücksichtigt werden. Die „Miterklärung“ der Berechtigung abstrakt mit einem gewissen Zufallsmoment zu begründen, ist ein interessanter Ansatz; den Inhalt als ein generelles „Ich darf und ich kann es notfalls beweisen“ zu deuten, ist aber (auch mit Blick auf die Verkehrsanschauung) eine eher gewollte Fiktion unter Ausnutzung des schwammigen Vehikels der konkludenten Täuschung. Es liegt näher, von einer behaupteten Berechtigung erst dann auszugehen, wenn das ec-Terminal im Rahmen einer PIN-Abfrage auch explizit danach gefragt hat. Selbst wenn man aber von einer entsprechenden schlüssigen Erklärung ausgehen möchte, würde es jedenfalls an einem Irrtum bei einem fiktiven Angestellten fehlen, da sich dieser weder über die Berechtigung noch über die Fähigkeit zu deren Nachweis (auch nicht im Wege eines etwaigen sachgedanklichen Mitbewusstseins) irgendwelche Gedanken macht. Auf eine Authentifizierung wurde im konkreten Fall ja gerade zugunsten einer schnellen Zahlungsabwicklung verzichtet. Gegenüber einem Menschen wäre § 263 StGB mithin zu verneinen; würde man nunmehr § 263a StGB bejahen, so würde man den Gleichlauf beider Tatbestände, der von der betrugspezifischen Auslegung angestrebt wird, verlassen.

Insgesamt ist eine Betrugsäquivalenz damit zu verneinen.

Somit würde lediglich die subjektive Betrachtungsweise zu einer Strafbarkeit des A gelangen. Indes spricht gegen diese Auffassung, dass sie den Tatbestand extrem weit ausdehnt. Da § 263a StGB Lücken des § 263 StGB in technologischer Hinsicht schließen soll, spricht dies eher für eine an § 263 StGB orientierte Tatbestandsauslegung, auch um die (ausufernde) Einbeziehung solcher Fälle unter den Computerbetrug zu verhindern, die – wären sie gegenüber einem Menschen geschehen – nicht strafbar gewesen wären.⁴⁶ Ein unbefugtes Verwenden von Daten ist somit zu verneinen.

b) Zwischenergebnis

Der objektive Tatbestand des § 263a Abs. 1 Var. 3 StGB ist nicht erfüllt.

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen Computerbetrugs gem. § 263a StGB strafbar gemacht.

⁴² OLG Hamm BeckRS 2020, 9059 Rn. 22. I.E. ebenso *Christoph/Dorn-Haag*, NSTZ 2020, 676 f.; *dies.*, NSTZ 2020, 697 (700 ff.); *Göhler*, JR 2021, 6 (17 f.); *Heghmanns*, ZJS 2020, 494 (495 f.).

⁴³ *Schmidt*, in: v. Heintschel-Heinegg (Fn. 16), § 263a Rn. 29.

⁴⁴ *Puschke/Haas*, RdZ 2022, 4 (8 f.).

⁴⁵ Vgl. erg. *Hefendehl/Noll* (Fn. 38), § 263a Rn. 109.

⁴⁶ Vgl. *Rengier* (Fn. 1), § 14 Rn. 16.

II. Scheck- und Kreditkartenmissbrauch, § 266b StGB

Eine Strafbarkeit wegen Scheck- und Kreditkartenmissbrauchs gem. § 266b StGB scheidet aus, da die Norm nur Missbräuche durch den berechtigten Karteninhaber umfasst⁴⁷ und der A damit als tauglicher Täter von vornherein ausscheidet.

III. Fälschung beweisheblicher Daten, §§ 269 Abs. 1, Abs. 3, 270, 267 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 1 StGB bzgl. des Auslesens der Kartendaten und der Einleitung der Daten in den Zahlungsverkehr

Indem A mithilfe des ec-Kartenlesegeräts die Kontodaten der O auslas und in den Zahlungsverkehr einleitete, könnte er sich einer Fälschung beweisheblicher Daten in einem besonders schweren Fall gem. §§ 269 Abs. 1, Abs. 3, 270, 267 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 1 StGB schuldig gemacht haben.

*1. Objektiver Tatbestand**a) Tatobjekt: Beweishebliche Daten*

Dazu müsste es sich bei den ausgelesenen Informationen um Daten handeln, die auch beweisheblich sind.

Daten sind Informationen, die Gegenstand eines Datenverarbeitungsvorgangs sein können und die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert oder übermittelt werden.⁴⁸ Bei den auf dem Magnetstreifen oder Chip einer ec-Karte hinterlegten Informationen handelt es sich um Daten i.S.d. § 269 Abs. 1 StGB.

Diese müssten auch beweisheblich sein. Dies ist der Fall, wenn die Daten dazu bestimmt sind, bei ihrer Verarbeitung im Rechtsverkehr als Beweisdaten für rechtlich erheblichen Tatsachen benutzt zu werden.⁴⁹ Die Kartendaten einer ec-Karte dienen im Zahlungsverkehr dazu, die Zahlungsanweisung an eine Bank einem bestimmten Kunden bzw. einem bestimmten Konto zuzuordnen. Für die Abwicklung von Kartenzahlungen handelt es sich somit um Daten, die auch beweisheblich sind.

Ein taugliches Tatobjekt liegt also vor.

b) Tathandlung: Speichern, Verändern, Gebrauchen

A könnte die Daten gespeichert haben. Speichern ist das Erfassen der Daten zum Zwecke der weiteren Verarbeitung.⁵⁰ Die Kartendaten werden durch das ec-Terminal ausgelesen und gemeinsam mit den übrigen Zahlungsdaten (Ort, Zeit, Geldbetrag) im Lesegerät hinterlegt, um sie später in den Zahlungsverkehr einleiten zu können. Ein Speichern liegt somit vor.

Des Weiteren könnte A die gespeicherten Daten gebraucht haben. Ein Gebrauchen liegt in jedem Zugänglichmachen der Daten an Dritte.⁵¹ Hier hat A die Daten in den Zahlungsverkehr eingeleitet und so den entsprechenden Zahlungsdienst-

leister und schließlich auch der Bank des Karteninhabers zugänglich gemacht.

Damit liegt auch ein Gebrauchen der gespeicherten Daten vor.

c) Hypothetische unechte/verfälschte Urkunde

Die (gebrauchten) Daten müssten schließlich so gespeichert worden sein, dass bei ihrer Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde vorliegen würde.⁵²

Die ausgelesenen Kartendaten könnten in Verbindung mit den übrigen Zahlungsdaten eine hypothetische unechte Urkunde darstellen. Insbesondere müsste es sich um eine Gedankenerklärung handeln, die im Rechtsverkehr zum Beweis geeignet und bestimmt ist und die einen Aussteller erkennen lässt.⁵³ Unecht wäre diese Urkunde, wenn der aus ihr hervortretende Aussteller nicht mit dem tatsächlichen übereinstimmt.⁵⁴

Zur Beweiserheblichkeit wurde bereits Stellung bezogen, so dass lediglich fraglich ist, ob sich aus den übermittelten Daten ein Aussteller erkennen lässt und wem ggf. die betreffende Gedankenerklärung als Aussteller zuzurechnen ist.

aa) Gedankenerklärung und deren Zuordnung

Zunächst ist zu klären, welche Gedankenerklärung mit den gespeicherten Daten transportiert wird und wem diese Gedankenerklärung ggf. zugeordnet werden kann.

Teilweise wird vertreten, dass die Transaktionsdaten den Überweisungsauftrag des Karteninhabers an das kartenausgebende Kreditinstitut „verkörpern“.⁵⁵ Die Gedankenerklärung (also die Anweisung an die Bank) würde somit vom Karteninhaber als Aussteller herrühren.

Nach anderer Ansicht sei im Falle des § 269 StGB die Gedankenerklärung stets dem Betreiber der Datenverarbeitungsanlage zuzurechnen. Im Falle der Nutzung eines POS-Terminals werde erklärt, mit der Karte Nr. X sei am Datum Y zur Uhrzeit Z im Markt A an der Kasse Z ein Rechnungsbeitrag i.H.v. N € kontaktlos zur Zahlung angewiesen worden. Für diese Sichtweise spreche, dass der Dateninput nicht nur vom Karteninhaber herrühre, vielmehr ziehe das Kartenterminal zusätzlich Daten aus dem Kassensystem eines Terminalinhabers heran, so dass der Dateninput aus mehreren Quellen stammt. Welche Daten genau herangezogen werden, bestimme aber letztlich der Betreiber des Lesegeräts, so dass diesem die Erklärung auch zuzurechnen sei.⁵⁶

Dieser Ansicht ist jedoch zu widersprechen. Zwischen Karteninhaber und Kartenausgeber (der Bank) entsteht mit Ausgabe der ec-Karte ein Dauerschuldverhältnis in Form eines entgeltlichen Geschäftsbesorgungsvertrages nach den

⁴⁷ Rengier (Fn. 1), § 19 Rn. 3.

⁴⁸ Vgl. Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil II, 23. Aufl. 2022, § 35 Rn. 1.

⁴⁹ Vgl. Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 269 Rn. 9.

⁵⁰ Siehe erg. Heine/Schuster (Fn. 49), § 269 Rn. 16.

⁵¹ Vgl. Erb, in: Erb/Schäfer (Fn. 1), § 269 Rn. 38.

⁵² Heine/Schuster (Fn. 49), § 269 Rn. 18.

⁵³ Vgl. Erb (Fn. 51), § 267 Rn. 25.

⁵⁴ Wessels/Hettinger/Engländer, Strafrecht, Besonderer Teil 1, 44. Aufl. 2021, Rn. 808.

⁵⁵ Vgl. Rossa, CR 1997, 219 (226); Christoph/Dorn-Haag, NSTZ 2020, 697 (699).

⁵⁶ Vgl. zum Ganzen Heghmanns, ZJS 2020, 494 (496 f.); dagegen und i.E. wie hier Puschke/Haas, RdZ 2022, 4 (10).

§§ 675, 631 BGB.⁵⁷ In der Eingabe der Karte (und der PIN) in das ec-Terminal liegen einzelne Weisungen des Karteninhabers, die durch den Zahlungsdienstleister an den Kartenausgeber übermittelt werden. Zivilrechtlich gesehen liegt in der Nutzung der Karte am Lesegerät also die Anweisung an die Bank, den geforderten Betrag durch Abbuchung vom Konto des Kontoinhabers zu begleichen.⁵⁸ Gerade auf diese Anweisung kommt es der Bank auch an, da ohne eine entsprechende Autorisierung durch den Kontoinhaber eine Abbuchung von dessen Konto nicht erfolgen darf.⁵⁹ Zwar gibt die Bank mit Meldung der Zahlungsanweisung gegenüber dem Terminalinhaber ein abstraktes Schuldversprechen (§ 780 BGB) dahingehend ab, den geforderten Betrag in jedem Falle zu begleichen⁶⁰, jedoch dient dieses Versprechen lediglich als zusätzliche Absicherung der Funktionstüchtigkeit des POS-Zahlungssystems und ändert nichts daran, dass durch den Datentransfer primär eine Zahlungsanweisung, also eine Gedankenerklärung des Karteninhabers, transportiert wird.⁶¹ Terminalinhaber und Zahlungsdienstleister fungieren allenfalls als Boten ohne eigene Erklärungen zu übermitteln.⁶² Würde man der Gegenansicht folgen und in der Datenverarbeitung die Erklärung des Betreibers der Datenverarbeitungsanlage sehen, dass ein Kunde eine Zahlung angewiesen habe, so fragt sich, wem gegenüber im Zeitpunkt der Zahlung dann die eigentliche Anweisungserklärung des Karteninhabers erfolgt sein soll. Denn eine direkte Erklärung gegenüber der Bank unter Nutzung der Zahlungshard- und -software scheint ja gerade nicht vorzuliegen. Dass die Bank bereits auf die Behauptung, es sei durch einen Kunden eine Anweisung erfolgt, leistet, erscheint eher zweifelhaft.

Somit liegt in der Nutzung des Zahlungssystems eine Gedankenerklärung, die O zuzuordnen ist (a.A. vertretbar).

bb) Erkennbarkeit eines Ausstellers

Fraglich ist nun aber, ob sich durch den Verzicht auf die Eingabe einer PIN ein Aussteller der hypothetischen Urkunde ermitteln lässt.

Dies wird teilweise verneint. Hierzu führt das OLG Hamm aus:

„Zwar werden bei dem Einsatz einer ec-Karte im POS-Verfahren am Kartenlesegerät die Transaktionsdaten (z.B. Kontonummer und Gültigkeitsdatum der ec-Karte) als Gedankenerklärung in das Autorisierungssystem eingelesen. Allerdings ist in Bezug auf die Transaktionsdaten bei den

hier vorliegenden kontaktlosen Zahlungen mittels ec-Karte ohne PIN-Abfrage die Garantiefunktion des Urkundenbegriffs nicht erfüllt. [...] Die Eingabe der PIN ermöglicht herkömmlicherweise die Identifikation des Anweisenden zum Zeitpunkt der Erteilung des Auftrags am Kartenlesegerät. Weil die PIN ausschließlich dem berechtigten Karteninhaber von dem kartenausgebenden Kreditinstitut unter Auferlegung einer Geheimhaltungspflicht mitgeteilt wird, erlaubt sie den Rückschluss, dass derjenige, der die Karte unter Verwendung der PIN im POS-Verfahren einsetzt, auch der berechtigte Karteninhaber ist. Sie bewirkt also eine Zuordnung der Gedankenerklärung zu dem berechtigten Karteninhaber als (vermeintlichem) Aussteller. Bei den hier vorliegenden kontaktlosen Bezahlvorgängen ohne PIN-Abfrage fehlt es dagegen an einer vergleichbaren Identifikationsmöglichkeit des Anweisenden. Denn der für die Anweisung hier allein erforderliche unmittelbare Besitz an der ec-Karte garantiert gerade nicht genauso wie die gleichzeitige Abfrage der herkömmlicherweise nur dem Berechtigten bekannten PIN, dass derjenige, der die Karte einsetzt, auch der berechtigte Karteninhaber ist. Die Eingabe der Transaktionsdaten ist damit nicht in einer von dem Urkundenbegriff vorausgesetzten Weise einer Person eindeutig zuzuordnen.“⁶³

Diese Argumentation überzeugt wiederum nicht.⁶⁴ Über die Daten, die im Rahmen des Bezahlvorgangs übermittelt werden, lässt sich jedenfalls für die Bank nachvollziehen, welche Karte an einem bestimmten Terminal genutzt wurde und zu wem bzw. zu welchem Konto diese Karte gehört. Derlei Informationen wären für die Zuordnung der Gedankenerklärung zu einer bestimmten Person nur dann gänzlich nutzlos, wenn die ec-Karte von jedem beliebigen Dritten genutzt werden dürfte und mehr oder weniger frei zirkulieren könnte. Eine sichere Zuordnung der Erklärung zum berechtigten Karteninhaber als (vermeintlichem) Urheber wäre dann richtigerweise nicht möglich. In diesem Falle wäre der Gegenauffassung zuzustimmen. Allerdings ist zu beachten, dass zwischen ec-Karte und Karteninhaber eine enge Verbindung besteht. In den vom Bankenverband zur Verfügung gestellten Musterbedingungen für die Girocard heißt es, dass die betreffende Karte für das auf ihr angegebene Konto gilt und dass sie nur auf den Namen des Kontoinhabers oder eines Dritten ausgestellt werden kann, welchem der Kontoinhaber Kontovollmacht erteilt hat. Die Zahlungskarte ist folglich konto- und vor allem personengebunden und darf daher nur von der auf ihr bezeichneten Person verwendet werden; die Zuordnung der Karte zu ihrem Inhaber oder ihrer Inhaberin ist eine höchstpersönliche.⁶⁵ Zudem obliegt es laut den betreffenden

⁵⁷ Graf v. Westphalen, in: Erman, Kommentar zum BGB, 16. Aufl. 2020, § 675f Rn. 126.

⁵⁸ Sprau, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 80. Aufl. 2021, § 675f Rn. 52, 60/61.

⁵⁹ §§ 675j, 675u BGB.

⁶⁰ Fischer, in: Hau/Poseck (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar BGB, Stand: 1.5.2022, § 675 Rn. 74.

⁶¹ Vgl. Haertlein, in: Drescher/Fleischer/Schmidt (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Bd. 6, 4. Aufl. 2019, Teil 1 E. Rn. 246.

⁶² Casper, in: Säcker u.a. (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 6, 8. Aufl. 2020, § 675f Rn. 21.

⁶³ OLG Hamm BeckRS 2020, 9059 Rn. 27 ff.; so auch Göhler, JR 2021, 6 (20); Eisele, in: Hilgendorf/Kudlich/Valerius (Hrsg.), Handbuch des Strafrechts, Bd. 6, 2022, § 63 Rn. 139.

⁶⁴ Vgl. zum Folgenden Christoph/Dorn-Haag, NSTZ 2020, 673 (677) m.w.N.; zust. Kulhanek, wistra 2021, 220 (224); insofern ebenfalls zweifelnd Heghmanns, ZJS 2020, 494 (496).

⁶⁵ Vgl. zum Ganzen Haertlein (Fn. 61), Teil 1 E. Rn. 26, 48, m.w.N.

Banken-AGB dem jeweiligen Karteninhaber, die Karte mit besonderer Sorgfalt aufzubewahren, um zu verhindern, dass sie abhandenkommt oder missbräuchlich verwendet wird.⁶⁶ Verletzt er diese Pflicht, kann er sich gegenüber dem Kreditinstitut ersatzpflichtig machen (vgl. § 675v BGB). Aus allem kann herausgelesen werden, dass die Nutzung der ec-Karte im Prinzip ausschließlich durch den dazu berechtigten Karteninhaber selbst erfolgen soll. Somit kann beim Einsatz der ec-Karte nach allgemeiner Verkehrsanschauung eine hinreichend gesicherte Zurechnung der Gedankenerklärung zum berechtigten Karteninhaber auch ohne gesonderte Authentifizierung durch PIN-Eingabe erfolgen. Der Garantiefunktion wird daher genügt. Eine Quasiurkunde liegt damit vor.

cc) Unechtheit der Quasiurkunde

Da die hypothetische Urkunde von A stammt und nicht von O als vermeintliche Ausstellerin, ist diese unecht.

d) Zwischenergebnis

A hat somit beweiserehebliche Daten gefälscht.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Tatvorsatz

A wollte gerade die betreffenden Daten mithilfe des ec-Terminals auslesen und in den Zahlungsverkehr einleiten. Auch wusste er um die Beweiserheblichkeit der Daten, damit handelte er vorsätzlich.

b) Zur Täuschung im Rechtsverkehr

Zudem hatte er die Absicht, der Bank der O die Erteilung einer Zahlungsanweisung vorzuspiegeln. Damit hatte er auch die erforderliche Absicht zur Täuschung im Rechtsverkehr. Dass hier aufgrund der automatischen Datenübermittlung keine natürlichen Personen in die Abläufe involviert waren und somit nicht getäuscht werden konnten, ist unerheblich, da § 270 StGB die fälschliche Beeinflussung einer Datenverarbeitung einer Täuschung im Rechtsverkehr gleichstellt.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Strafzumessung, §§ 269 Abs. 3, 267 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 1 StGB

Schließlich könnte ein besonders schwerer Fall der Fälschung beweisereheblicher Daten gem. §§ 269 Abs. 3, 267 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 1 StGB in Betracht kommen. A könnte bei seiner Tat gewerbsmäßig gehandelt haben. Gewerbsmäßig handelt, wer sich aus der wiederholten Begehung von Urkundendelikten eine fortlaufende Einnahmequelle von einigem Umfang und nicht unerheblicher Dauer verschaffen möchte.⁶⁷ Da A auch künftig in ähnlicher Weise an Geldmittel gelangen

möchte, um seinen Lebensunterhalt aufzubessern, könnte eine Gewerbsmäßigkeit zu bejahen sein.

Teilweise wird jedoch die Indizwirkung des Regelbeispiels bei lediglich einer Tatausführung verneint. Die Gewerbsmäßigkeit sei kein rein subjektives Merkmal, sondern charakterisiere die Tat auch objektiv. Daher müsse sich der jeweilige Diebstahl als Realisierung eines auf fortlaufende Einkünfte bezogenen Planungszusammenhangs darstellen, der objektiv die Begehung mehrerer Taten voraussetzt.⁶⁸ Jedoch interpretiert die wohl h.M. das Tatbestandsmerkmal vor allem subjektiv, so dass beim Vorliegen entsprechender Absichten bereits die erste Tat das Regelbeispiel auslösen kann.⁶⁹

Folgt man der h.M. so liegt das Regelbeispiel vor. Damit hat A das Regelbeispiel der §§ 269 Abs. 3, 267 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 1 StGB erfüllt (a.A. aber vertretbar).

5. Ergebnis

A hat sich einer Fälschung beweisereheblicher Daten gem. §§ 269 Abs. 1, Abs. 3, 270, 267 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 1 StGB schuldig gemacht.

IV. Fälschung beweisereheblicher Daten, § 269 Abs. 1 StGB bzgl. der Überschreibung des Verfügungsrahmens

Eine Fälschung beweisereheblicher Daten i.S.d. § 269 Abs. 1 StGB könnte auch in der Überschreibung des Verfügungsrahmens auf der Karte der O zu sehen sein. Dagegen spricht allerdings, dass es sich bei diesem Vorgang quasi um eine Rückantwort des Systems bzw. des Chips auf die angebliche Zahlungsanweisung handelt, durch die vermerkt wird, dass sich der ursprüngliche Verfügungsrahmen im Zuge der angewiesenen Transaktion vermindert hat. Diese Erklärung ist jedoch nicht dem Karteninhaber, sondern dem Systembetreiber bzw. der kartenausgebenden Bank zuzurechnen, eine fiktive Urkunde wäre damit echt. Eine Strafbarkeit aus § 269 Abs. 1 StGB scheidet daher aus.

V. Urkundenunterdrückung, § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Indem der ursprüngliche Verfügungsrahmen überschrieben wurde, könnte sich A einer Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB schuldig gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Beweiserehebliche Daten

Die Daten hinsichtlich des Verfügungsrahmens müssten beweiserehebliche Daten sein. Gem. § 202a Abs. 2 StGB, auf den § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB verweist, sind dabei nur solche Daten erfasst, die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden.⁷⁰ Der Verfügungsrahmen wird auf dem Chip bzw. dem Magnetstreifen der Karte gespeichert, so dass Daten i.S.d.

⁶⁸ Vgl. Kindhäuser (Fn. 6), § 243 Rn. 27.

⁶⁹ BGH NStZ 1995, 85; Bosch, in: Schönke/Schröder (Fn. 7), § 243 Rn. 31; Kudlich, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Fn. 4), § 243 Rn. 22.

⁷⁰ Heine/Schuster (Fn. 49), § 274 Rn. 22c.

⁶⁶ Haertlein (Fn. 61), Teil 1 E. Rn. 87.

⁶⁷ Puppe/Schumann, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 6), § 267 Rn. 115.

§§ 274 Abs. 1 Nr. 2, 202a Abs. 2 StGB vorliegen.⁷¹ Diese dienen dem Kunden, vor allem aber der Bank zum Nachweis verbleibender Verfügungsbefugnisse über das Kontoguthaben.⁷² Damit sind die Daten auch beweiserheblich.

b) Fehlende Verfügungsbefugnis

A dürfte auch nicht zur Verfügung über die Daten befugt gewesen sein. Das Erfordernis des „Verfügendürfens“ in § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist ebenso zu verstehen wie das „Gehören“ i.S.d. Abs. 1 Nr. 1, daher kommt es nicht darauf an, wem die Daten als Eigentum „gehören“, sondern wer mithilfe der Daten beweisführungsbefugt ist.⁷³ Die Informationen über den Verfügungsrahmen „gehören“ in diesem Sinne nicht dem A, weshalb er auch nicht über diese verfügen durfte.

c) Löschen oder Verändern

Die Daten müsste A gelöscht, unterdrückt, unbrauchbar gemacht oder verändert haben. Je nachdem, ob man davon ausgeht, dass im Zuge der Transaktion der ursprüngliche Verfügungsrahmen gelöscht und durch den angepassten Betrag ersetzt wurde, oder ob man davon ausgeht, dass die Verfügung zusätzlich auf der Karte gespeichert wird, ist die Handlungsvariante des „Löschen“ oder des „Verändern“ hier gegeben.⁷⁴ Jedenfalls liegt eine taugliche Tathandlung vor.

2. Subjektiver Tatbestand

a) Tatvorsatz

A wusste, dass es sich bei den Daten bzgl. des Verfügungsrahmens um beweiserhebliche Daten handelte. Zudem wusste er, dass er nicht befugt war, über diese Daten zu verfügen. Aufgrund seines beruflichen Wissens war ihm auch klar, dass die betreffenden Daten gelöscht bzw. geändert werden würden. Er handelte insgesamt mithin vorsätzlich.

b) Nachteilszfügungsabsicht

Schließlich müsste A auch mit Nachteilszfügungsabsicht gehandelt haben. Diese ist gegeben, wenn dem Täter mindestens bewusst war (*dolus directus II*), dass er durch sein Verhalten einen Nachteil beim Tatopfer hervorruft.⁷⁵ Nachteil ist dabei jede (nicht notwendig vermögensrechtliche) Beeinträchtigung eines fremden Beweisführungsrechts.⁷⁶ Durch die Löschung bzw. Veränderung des ursprünglichen Verfügungsrahmens werden die diesbzgl. bestehenden Beweisführungsrechte der O beeinträchtigt, so dass ein Nachteil zu bejahen ist. Da A die technischen Abläufe und auch die Hintergründe elektronischer Kartenzahlungen bekannt waren, musste er auch gewusst haben, dass sein Verhalten zwangsläufig zu einer Beeinträchtigung fremder Beweisführungsinteressen führt.

⁷¹ Vgl. OLG Hamm BeckRS 2020, 9059 Rn. 37.

⁷² Vgl. wiederum OLG Hamm BeckRS 2020, 9059 Rn. 37.

⁷³ Heine/Schuster (Fn. 49), § 274 Rn. 22d.

⁷⁴ Altenhain, JZ 1997, 752 (757 Fn. 56); i.E. ebenso OLG Hamm BeckRS 2020, 9059 Rn. 39.

⁷⁵ Puppe/Schumann (Fn. 67), § 274 Rn. 12.

⁷⁶ BGHSt 29, 192 (196); Erb (Fn. 51), § 274 Rn. 16; Heger (Fn. 2), § 274 Rn. 7.

Daher handelte er mit Nachteilszfügungsabsicht⁷⁷ (a.A. hier bei entsprechender Begründung sehr gut vertretbar).

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich einer Urkundenunterdrückung gem. § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB schuldig gemacht.

VI. Ergebnis

Folgt man der hier vertretenen Lösung, so hat sich A wegen Fälschung beweiserheblicher Daten in einem besonders schweren Fall in Tateinheit mit einer Urkundenunterdrückung strafbar gemacht. Er ist mithin gem. §§ 269 Abs. 1, Abs. 3, 270, 267 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 1 StGB – § 52 StGB – § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB zu bestrafen.

Gesamtergebnis

Die Taten des A in den einzelnen Tatkomplexen stehen zueinander im Verhältnis der Tatmehrheit. A hat sich folglich gem. §§ 266 Abs. 1 Var. 1, 263 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB – § 53 StGB – §§ 269 Abs. 1, Abs. 3, 270, 267 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 1, 274 Abs. 1 Nr. 2, 52 StGB strafbar gemacht. B und C sind gem. §§ 266 Abs. 1 Var. 2, 263 Abs. 3 S. 1, S. 2 Nr. 2, 25 Abs. 2 StGB zu bestrafen.

⁷⁷ A.A. Heghmanns, ZJS 2020, 494 (497). Skeptisch bzgl. einer Nachteilszfügungsabsicht auch Puschke/Haas, RdZ 2022, 4 (10).