

(Original-)Examensklausur: Selbst bedienen: gern – aber selbst zahlen?

Von Wiss. Mitarbeiterin Dr. **Scarlett Jansen**, Bonn*

Dieser Sachverhalt wurde im September 2017 in der Staatlichen Pflichtfachprüfung in Nordrhein-Westfalen als Klausur gestellt. Den Schwerpunkt der Aufgabenstellung bildeten die Prüfungen des Betrugs in verschiedenen Konstellationen sowie die Urkundendelikte.¹

Sachverhalt

V betreibt ein Restaurant für italienische Speisen. Das Geschäftskonzept des V sieht vor, dass man Getränke und Speisen an verschiedenen Stellen im Restaurant bestellen und nach der Zubereitung dort abholen kann. Die Bestellung geschieht bei Mitarbeitern des V unter Zuhilfenahme einer – nicht personalisierten – Chipkarte, die jeder Gast beim Eingang in das Restaurant erhält. Diese Chipkarte muss bei der Bestellung auf einen Scanner gelegt werden, über den vom Personal die Bezeichnung der bestellten Ware und ihr Preis auf die Chipkarte gebucht werden. Die Bezahlung erfolgt beim Verlassen des Restaurants an der am Ausgang befindlichen Kasse. Dort wird die von den Kunden vorgelegte Chipkarte ausgelesen und eine Rechnung über den verbuchten Betrag ausgedruckt, der an den Kassierer zu zahlen ist. Die Chipkarte wird sodann von Mitarbeitern des V einbehalten, die Daten werden nach Abschluss des Bezahlvorgangs gelöscht, damit die Karte danach einem anderen Gast ausgehändigt werden kann. Über dieses Verfahren der Bestellung und Bezahlung wird jeder Gast beim Betreten des Restaurants aufgeklärt.

Am 5.9.2017 sucht A das Restaurant des V auf. Auch er erhält beim Betreten des Restaurants eine solche Chipkarte und bestellt einen Kaffee für 1,80 € an der Bar. Der Betrag wird auf die Chipkarte des A gebucht. Daraufhin setzt er sich an einen Tisch neben die Familie des ihm unbekanntenen P, da keine anderen Plätze frei sind. Während die Familie des P, die ihre auf der Chipkarte des P verbuchten Speisen schon verzehrt hat, munter plaudert, nimmt A – von P und dessen Familie unbemerkt – die dem P ausgehändigte und vor diesem auf dem Tisch liegende Chipkarte, steckt sie in die Hosentasche und geht zu einer Bestellstation. Dort bestellt er bei Koch K ein Nudelgericht und legt die Chipkarte des P vor, auf die der – für die Verbuchung zuständige – K mit dem Scanner den Preis von 10 € einbucht. Nachdem er das anschließend von K hergestellte Nudelgericht von K entgegengenommen hat, geht A zurück zu seinem Platz neben P und legt die Chipkarte, wie von Anfang an geplant, unauffällig und von P unbemerkt zurück. Kurz darauf verlässt die Familie des P das Restaurant. P legt seine Chipkarte an der Kasse dem hierfür von V beauftragten und bevollmächtigten Kassierer B vor. B liest die Chipkarte mit einem Lesegerät aus. Auf Anforderung des B verrechnet das Kassensystem des V

die auf der Chipkarte gebuchten Beträge und druckt eine entsprechende Rechnung aus, die B an P überreicht. P zahlt den Rechnungsbetrag. Wie von A erwartet, fällt P nicht auf, dass er – P – 10 € mehr zahlt, als er und seine Familie verzehrt haben. Kurz darauf verlässt auch A das Lokal. Er legt seine Chipkarte an der Kasse vor und zahlt bei B den darauf verbuchten Betrag von 1,80 €.

Bearbeitervermerk

Wie hat sich A nach dem StGB strafbar gemacht? Ggf. erforderliche Strafanträge sind gestellt.

Lösungsvorschlag

A. Das Einstecken der Chipkarte des P

I. Diebstahl, § 242 Abs. 1 StGB durch Einstecken der Chipkarte des P

A könnte sich wegen Diebstahls gem. § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Chipkarte des P an sich nahm.

1. Objektiver Tatbestand

a) Fremde, bewegliche Sache

Die Chipkarte, bei der es sich um eine Sache handelt, befindet sich im Eigentum des V und ist daher fremd und ein taugliches Tatobjekt.

b) Wegnahme

A müsste die Chipkarte weggenommen haben. Eine Wegnahme setzt den Bruch fremden und die Begründung neuen Gewahrsams voraus.² Gewahrsam ist die auf einem Herrschaftswillen begründete tatsächliche Herrschaft über die Sache unter Berücksichtigung der Verkehrssitte.³ P hatte hinsichtlich der Karte sowohl Gewahrsamswillen als auch die tatsächliche Herrschaft, als sie neben ihm auf dem Tisch lag. Darüber hinaus hat V innerhalb seines Restaurants einen generellen Gewahrsamswillen.⁴ Indem A die Chipkarte ein-

² BGHSt 16, 271 (272 ff.); 20, 194 (195); *Kindhäuser*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, (Hrsg.), *Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch*, Bd. 2, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 27; *Wessels/Hillenkamp/Schuh*, *Strafrecht, Besonderer Teil*, Bd. 2, 41. Aufl. 2018, Rn. 82.

³ BGHSt 20, 194 (195 f.); BGH NStZ 1981, 435 f.; BGH NJW 1985, 1911; *Eser/Bosch*, in: *Schönke/Schröder, Strafgesetzbuch, Kommentar*, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 23; *Kindhäuser* (Fn. 2), § 242 Rn. 28.

⁴ Hinsichtlich des Verhältnisses der Gewahrsamssphären von V und P sind verschiedene Lösungen denkbar (Alleingewahrsam oder übergeordneter Mitgewahrsam von P oder gleichrangiger Mitgewahrsam von V und P). In jedem Fall hat A fremden Gewahrsam gebrochen. Nicht vertretbar ist es, Alleingewahrsam des V mit der Folge anzunehmen, dass es innerhalb des Lokals nicht zu einem Gewahrsamswechsel durch P

* Die Autorin bedankt sich bei Herrn Professor Dr. *Torsten Verrel* für die Unterstützung und für wertvolle Hinweise bei der Erstellung der Klausur.

¹ Die Klausur fiel unterdurchschnittlich aus, wobei die Durchfallquote leicht erhöht war.

gesteckt hat, hat er den Gewahrsam des P gegen dessen Willen aufgehoben. Das Einstecken begründet auch eine Gewahrsamsenkave innerhalb der Gewahrsamssphäre des V, in der allein A unbeschränkter Zugriff hat.⁵ Dessen Gewahrsam wird damit ebenfalls gebrochen. Zugleich hat A neuen Gewahrsam begründet. Eine Wegnahme liegt daher vor.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich hinsichtlich der objektiven Tatbestandsmerkmale. Problematisch im Rahmen der weiterhin erforderlichen Zueignungsabsicht ist jedoch der (bedingte) Vorsatz hinsichtlich einer dauerhaften Enteignung, denn A hatte vor, die Chipkarte an P und damit letztlich an den Eigentümer V wieder zurückgelangen zu lassen. Damit wollte er dem Berechtigten die Sachsubstanz, die er sich allerdings vorübergehend angeeignet hat, nicht dauerhaft entziehen. Nach der Vereinigungstheorie, der herrschenden Meinung, kommt es auf den Sachwert oder die Sachsubstanz als möglichen Gegenstand der Zueignung an.⁶ Auch danach liegt keine dauerhafte Enteignung vor. Indem A die Chipkarte zur Bestellung verwenden will, entzieht er ihr keinen im Moment der Wegnahme vorhandenen (spezifischen) Sachwert. Anders als bei einem Sparbuch⁷ verkörpert die Chipkarte kein Guthaben. Sie ist auch nicht, wie etwa eine Telefonkarte, mit einem bestimmten Wert aufgeladen, sondern dient allein dazu, die Bestellung zu erleichtern, den Verzehrumfang nachzuhalten und an der Kasse die Abrechnung der konsumierten Waren zu ermöglichen. Sie ist damit gewissermaßen eine elektronische Form des Bierdeckels, auf dem Striche die Anzahl der bestellten Getränke anzeigen. Selbst unter Zugrundelegung eines sehr weiten Sachwertbegriffs dürfte die von A geplante weitere Belastung der Chipkarte nicht als eine Entziehung des zuvor auf ihr verbuchten geringeren Belastungsbetrags zu begreifen sein. Es handelt sich mithin um eine schlichte Gebrauchsmaßnahme, so dass sich A mangels Zueignungsabsicht durch das Einstecken der Chipkarte nicht nach § 242 Abs. 1 StGB strafbar gemacht hat.

II. Unterschlagung, § 246 Abs. 1 StGB, durch dieselbe Handlung

A hat sich mangels Zueignung auch nicht wegen Unterschlagung strafbar gemacht.⁸

oder V kommen konnte. Dies würde die durch P oder A geschaffene enge körperliche Beziehung außer Acht lassen.

⁵ BGHSt 16, 271 (273 ff.); Kindhäuser (Fn. 2), § 242 Rn. 39.

⁶ RGSt 61, 228 (233); BGHSt 4, 236 (238); 24, 115 (119); Eser/Bosch (Fn. 3), § 242 Rn. 49; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, Kommentar, 29. Aufl. 2018, § 242 Rn. 22.

⁷ Hierzu: Eser/Bosch (Fn. 3), § 242 Rn. 50; Kühl (Fn. 6), § 242 Rn. 23.

⁸ Die Prüfung des § 246 Abs. 1 StGB wurde nicht erwartet.

III. Urkundenunterdrückung, § 274 Abs. 1 StGB, durch dieselbe Handlung

A könnte sich wegen Urkundenunterdrückung nach § 274 Abs. 1 Nr. 1 StGB strafbar gemacht haben, indem er die Chipkarte mitnahm.

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatobjekt

Die Chipkarte müsste ein taugliches Tatobjekt darstellen.

aa) Urkunde

Eine Urkunde ist eine verkörperte Gedankenerklärung, die einen Aussteller erkennen lässt und zum Beweis geeignet und bestimmt ist.⁹ Die h.M. verlangt, dass die Gedankenerklärung, die in der Chipkarte enthalten sein könnte, jedenfalls optisch wahrnehmbar sein muss.¹⁰ Die bloße Einsehbarkeit am Scanner reicht dafür nicht aus.¹¹

bb) Technische Aufzeichnung

Eine technische Aufzeichnung setzt keine optische Wahrnehmbarkeit voraus,¹² verlangt aber nach § 268 Abs. 2 StGB, dass es sich um die Darstellung u.a. von Daten handeln muss, die durch ein Gerät wenigstens zum Teil selbsttätig bewirkt worden ist. Selbsttätig ist die Aufzeichnung bewirkt, wenn ein automatisierter Vorgang einen Aufzeichnungsinhalt mit neuem Informationsgehalt hervorbringt.¹³ Die auf der Chipkarte verbuchten Bestellungen des P sind nicht das Ergebnis eines solchen Vorgangs. Vielmehr setzt der Scanner lediglich die vom Personal an der Ausgabestation eingegebenen Bestelldaten ohne eine weitere Rechenleistung wie etwa bei Rechenmaschinen oder Registrierkassen¹⁴ in eine entsprechende Verbuchung auf der Chipkarte um. Eine „Klassifikationsleistung“¹⁵ nimmt das Gerät dadurch nicht vor.

cc) Beweiserhebliche Daten

Es könnte aber ein Fall der Unterdrückung von beweiserheblichen Daten nach § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB vorliegen. Durch Verweis auf § 202a Abs. 2 StGB werden Daten erfasst, die

⁹ BGHSt 4, 284 (286); 13, 235 (238); Heger, in: Lackner/Kühl (Fn. 6), § 267 Rn. 2; Heine/Schuster, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 267 Rn. 2.

¹⁰ Erb, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 5, 3. Aufl. 2019, § 267 Rn. 23; Puppe, in: Kindhäuser/Neumann/Paefffgen (Fn. 2), § 267 Rn. 51.

¹¹ Rengier, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 2, 19. Aufl. 2018, § 32 Rn. 3.

¹² Rengier (Fn. 11), § 34 Rn. 3.

¹³ Heger (Fn. 9), § 268 Rn. 4; Heine/Schuster (Fn. 9), § 268 Rn. 16; einschränkend: Puppe (Fn. 10), § 268 Rn. 19 f.

¹⁴ Vgl. Heine/Schuster (Fn. 9), § 268 Rn. 16; Zieschang, in: Lauffhütte/Rissing van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/2, 12. Aufl. 2009, § 268 Rn. 16.

¹⁵ Erb (Fn. 10), § 268 Rn. 16.

elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden, ohne dass es auf eine besondere Sicherung im Sinne von § 202a Abs. 1 StGB oder ihre hypothetische Urkundsqualität ankommt. Der Begriff der beweisheblichen Daten im Sinne von § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB ist also ein anderer als derjenige des § 269 StGB, welcher an die hypothetische Urkundsqualität anknüpft und nicht auf § 202a StGB verweist.¹⁶ Im Rahmen von § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB sind sämtliche beweisheblichen Daten erfasst; Beweiserheblichkeit bedeutet insbesondere, dass die fraglichen Daten dazu bestimmt sind, im Rechtsverkehr als Beweisdaten für rechtlich erhebliche Tatsachen zu dienen.¹⁷ Auf der Chipkarte des P ist in nicht unmittelbar wahrnehmbarer Form gespeichert, welche Bestellungen bislang auf die Karte gebucht wurden. Diese Daten sind bei der Vorlage der Chipkarte an der Kasse auch beweisheblich, denn es ist dem Bestellsystem im Restaurant des V immanent, dass ein Nachhalten der in Anspruch genommenen Leistungen nur über die Chipkarte möglich ist. Die Daten dienen damit dem Beweis über rechtserhebliche Tatsachen, nämlich den Umfang der Zahlungspflicht des jeweiligen Kunden. Weiterhin darf A über diese Daten des P auch nicht verfügen, da allein P und V berechtigt sind, damit Beweis zu führen. Ein taugliches Tatobjekt liegt daher vor.¹⁸

b) Tathandlung: Unterdrücken

Zweifelhaft ist jedoch, ob A die zu diesem Zeitpunkt allein in Betracht kommende Tathandlung des Unterdrückens vorgenommen hat. Zwar reicht für das Unterdrücken auch ein vorübergehendes Vorenthalten aus,¹⁹ doch setzt ein Unterdrücken voraus, dass die Urkunde der Benutzung zu Beweis Zwecken entzogen wird.²⁰ A hindert P durch die vorübergehende Entwendung der Chipkarte nicht an deren Benutzung zu Beweis Zwecken, zu der es ohnehin erst später an der Kasse und nach Rückgabe der Chipkarte an P kommt, vielmehr hat er infolge der Besitzerlangung an der Chipkarte allein eine einzige Bestellung durchgeführt. Der objektive Tatbestand ist daher nicht erfüllt.²¹

¹⁶ Heine/Schuster (Fn. 9), § 274 Rn. 22c.

¹⁷ Fischer, Strafgesetzbuch und Nebengesetze, Kommentar, 66. Aufl. 2019, § 274 Rn. 7, § 269 Rn. 4.

¹⁸ Die Frage der Beweiserheblichkeit kann auch abweichend bewertet werden. Vgl. zu der Problematik der Beweiserheblichkeit und „hypothetischer Urkundsqualität“ der Daten bei § 269 StGB ausführlich unter C. IV. 1.

¹⁹ Rengier (Fn. 11), § 36 Rn. 7.

²⁰ OLG Düsseldorf NJW 1989, 115 f.

²¹ Eine andere Ansicht dürfte mit der Begründung vertretbar sein, dass insoweit das Wissen des A reicht, P die Verwendung der Chipkarte in einer auch nur potentiellen Beweissituation zeitweise unmöglich gemacht zu haben. Vertretbar wäre es auch, die auf das Unterdrücken bezogene Nachteilszueignungsabsicht zu verneinen.

2. Ergebnis

A hat sich folglich nicht wegen Urkundenunterdrückung strafbar gemacht.

IV. Datenveränderung, § 303a Abs. 1 StGB, durch dieselbe Handlung

A könnte sich jedoch wegen Datenveränderung in der Form des Unterdrückens strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Tatobjekt: Daten

Auf der von A ergriffenen Chipkarte sind Daten im Sinne von § 202a Abs. 2 StGB gespeichert (vgl. bereits oben). Es ist auch das im Wege einer verfassungskonformen Auslegung in § 303a StGB hineingelesene Erfordernis erfüllt, dass es sich um Daten handeln muss, an denen eine andere Person als der Täter ein unmittelbares rechtlich geschütztes Interesse im Sinne einer eigentümerähnlichen Datenverfügungsbefugnis hat.²² P hat ein Interesse an der richtigen Verbuchung der Bestellungen auf seiner Chipkarte. Als schuldrechtlich Nutzungsberechtigter der Chipkarte ist er neben dem Eigentümer V zur Datennutzung befugt.²³

b) Tathandlung: Unterdrücken

A müsste die Daten jedoch unterdrückt haben. Insoweit ist fraglich, ob für das Unterdrücken im Sinne von § 303a StGB ein nur kurzfristiges Vorenthalten ausreicht. Dies wird von einer verbreiteten Auffassung mit dem Hinweis darauf bejaht, dass andernfalls der Tatbestand der Datenunterdrückung in eine Datenzueignung umgedeutet werden würde.²⁴ Dem ist jedoch entgegen zu halten, dass § 303a StGB nicht dem Abschnitt „Diebstahl und Unterschlagung“, sondern dem Abschnitt „Sachbeschädigung“ unterfällt; angesichts des gegenüber den Zueignungsdelikten eigenständigen, andersartigen Deliktcharakters lässt sich aus deren Gegenüberstellung nichts für die Auslegung des Tatbestandsmerkmals „Unterdrücken“ herleiten.²⁵ Insbesondere ist aber zu berücksichtigen, dass der Tatbestand des § 303a StGB vom Gesetzgeber insgesamt sehr weit gefasst wurde und daher restriktiv interpretiert werden sollte.²⁶ Die nur wenige Minuten andauernde Vorenthaltung der Chipkarte stellt daher kein Unterdrücken im Sinne von § 303a StGB dar.²⁷

²² Stree/Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 3), § 303a Rn. 3; vgl. Heger (Fn. 9), § 303a Rn. 4; Wieck-Noodt, in: Joecks/Miebach (Fn. 10), § 303a Rn. 9.

²³ Stree/Hecker (Fn. 22), § 303a Rn. 3; Wieck-Noodt (Fn. 22), § 303a Rn. 10.

²⁴ Zaczyk, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Fn. 2), § 303a Rn. 8 m.w.N.; vgl. ferner die Skizzierung der Auseinandersetzung bei OLG Frankfurt StV 2007, 244, (248 f.).

²⁵ OLG Frankfurt StV 2007, 244, (248 f.).

²⁶ Hierzu und zum Folgenden OLG Frankfurt StV 2007, 244, (248 f.).

²⁷ Eine andere Ansicht ist vertretbar. Alle weiteren Voraussetzungen des § 303a StGB wären erfüllt. Hinter einer ggf. bejahten Strafbarkeit nach § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB träte

2. Ergebnis

A ist nicht strafbar nach § 303a Abs. 1 StGB.

V. Ausspähen von Daten, § 202a Abs. 1 StGB, durch dieselbe Handlung

A könnte sich durch dieselbe Handlung wegen Ausspähens von Daten strafbar gemacht haben.

1. Tatobjekt

Auf der Chipkarte befinden sich Daten. Diese sind jedoch nicht gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert. Damit liegt kein taugliches Tatobjekt vor.

2. Ergebnis

Das Einstecken der Chipkarte erfüllt nicht den Tatbestand des Ausspähens von Daten.

B. Bestellung des Nudelgerichts unter Belastung der Chipkarte des P

I. Betrug, § 263 Abs. 1 StGB, gegenüber K zu Lasten des P durch Bestellung des Nudelgerichts

A könnte sich wegen Betrugs gegenüber K und zu Lasten des P strafbar gemacht haben, indem er bei der Bestellung die Chipkarte des P verwendete.

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung über Tatsachen

A müsste über Tatsachen getäuscht haben. Eine Täuschung ist ein Verhalten, das der Irreführung und damit der Einwirkung auf das Vorstellungsbild eines anderen dient.²⁸ Tatsachen sind konkrete vergangene oder gegenwärtige Geschehnisse oder Zustände der Außenwelt und des menschlichen Innenlebens, die einem Beweis zugänglich sind.²⁹ Das System des Restaurantbetreibers V beruht darauf, dass jeder Gast eine Chipkarte beim Betreten des Lokals erhält und während des Aufenthalts die Bestellungen mit dieser Chipkarte ausführt. Nach der auf dieses Geschäftsmodell bezogenen Verkehrsanschauung³⁰ spiegelt A vor, dass er berechtigt ist, mit der vorgelegten Chipkarte bestellen zu dürfen. Diese Berechtigung ist eine Tatsache. Das Vorzeigen der Chipkarte gegenüber K bei der Bestellung enthält damit die konkludente Erklärung, dass dies entweder die eigene Chipkarte sei, die A bei Betreten des Restaurants erhalten hat oder dass er vom

Empfänger der Chipkarte zur Bestellung mit dieser Chipkarte ermächtigt wurde.³¹ Mithin hat er über Tatsachen getäuscht.

b) Irrtum

K unterliegt einem entsprechenden Irrtum, indem er die Berechtigung des A als selbstverständlich ansieht. Es genügt insoweit für einen Irrtum, dass ein sachgedankliches Mitbewusstsein vorliegt; es ist nicht erforderlich, dass über die Tatsache aktiv reflektiert wird.³²

c) Vermögensverfügung

Als auf diesem Irrtum beruhende Vermögensverfügung, also ein Handeln, Dulden oder Unterlassen, das sich unmittelbar vermögensmindernd auswirkt,³³ kommt die durch K vorgenommene Belastung der Chipkarte des P mit dem Betrag von 10 € in Betracht. Erörterungsbedürftig ist sowohl die unmittelbare Vermögensminderung als auch und insbesondere das für einen Dreiecksbetrug erforderliche Näheverhältnis zwischen dem verfügenden K und dem möglicherweise geschädigten P.

aa) Unmittelbarkeit der Vermögensminderung

Eine Vermögensminderung bei P könnte bereits durch die Belastung der Chipkarte eintreten. Die Buchung auf der Chipkarte dient der Erfassung von Bestellungen des Gastes, an den sie ausgegeben wurde. Durch die Belastung der Chipkarte ist P der konkreten Gefahr der Geltendmachung und Durchsetzung des vermeintlichen Anspruchs auf Bezahlung des Nudelgerichts durch V ausgesetzt. Es liegt daher ein möglicher Fall der schadensgleichen Vermögensgefährdung vor. Dem entgegenstehen könnte, dass das bloße Risiko, von V (unberechtigt) in Anspruch genommen zu werden, noch nicht ausreichen könnte, um das Vermögen hinreichend konkret zu gefährden.³⁴ Der Abfluss des Vermögens realisiert sich erst endgültig bei der Bezahlung an der Kasse. Allerdings ist zu beachten, dass bereits zum Zeitpunkt der Buchung auf die Karte des P das naheliegende Risiko begründet wird, dass P von V in Anspruch genommen wird. Denn ohne Vorlage einer Karte kann P das Restaurant des V nicht verlassen. Das Erfordernis der Unmittelbarkeit der Vermögensminderung verlangt, dass die Vermögensminderung, die hier in der Belastung der Chipkarte des P bestehen könnte, vom Getäuschten selbst vorgenommen wird, es also keiner weiteren Täterhandlungen mehr bedarf, um die Vermögensminderung herbeizuführen.

§ 303a StGB im Wege der Subsidiarität zurück, vgl. *Wolff*, in: *Laufhütte/Rissing van Saan/Tiedemann* (Hrsg.), *Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar*, Bd. 10, 12. Aufl. 2009, § 303a Rn. 45.

²⁸ BGH NJW 2001, 2187, 2188; *Kühl* (Fn. 6), § 263 Rn. 6; *Perron*, in: *Schönke/Schröder* (Fn. 3), § 263 Rn. 11.

²⁹ *Hefendehl*, in: *Joecks/Miebach* (Fn. 10), § 263 Rn. 75; *Perron* (Fn. 28), § 263 Rn. 8.

³⁰ Vgl. *Rengier*, *Strafrecht Besonderer Teil*, Bd. 1, 20. Aufl. 2018, § 13 Rn. 11.

³¹ Insofern verkennt *Kohler*, *Jura* 2011, 468 (471), dass auch bei verschiedenen Bestellmodalitäten bei einem Verzehrkartensystem eine konkludente Täuschung in Betracht kommt. Denn dass der Besteller von einem anderen ermächtigt werden kann, die Karte mitzubeneutzen, stellt eine Berechtigung dar, über die sich das Personal Gedanken machen wird.

³² *Hefendehl* (Fn. 29), § 252 Rn. 231; siehe BGH NJW 2016, 3383, Rn. 27.

³³ BGHSt 14, 170; *Kühl* (Fn. 6), § 263 Rn. 22; *Rengier* (Fn. 30), § 13 Rn. 63.

³⁴ Vgl. BGH NSTZ 2013, 37.

führen.³⁵ Die Unmittelbarkeit dient damit insbesondere der Abgrenzung zum (Trick-)Diebstahl, also zu einer dem täuschungsbedingten Opferverhalten erst nachfolgenden Wegnahme des Täters. Vorliegend musste A die Chipkarte zwar nach der Nutzung noch an P zurückgeben, darin liegt aber kein weiterer deliktsnaher Zwischenschritt, den der Täter vornehmen müsste, sondern die Wiederherstellung der rechtmäßigen Gewahrsamsverhältnisse.³⁶

bb) Dreiecksbetrug

Wegen der Personenverschiedenheit vom Verfügenden K und dem potentiell Geschädigten P ist zu klären, ob die Verfügung des K dem P zuzurechnen ist und damit ein Dreiecksbetrug vorliegt. Welche Voraussetzungen dafür erfüllt sein müssen, ist umstritten.

(1) Ermächtigungstheorie

Nach der Ermächtigungstheorie kommt es darauf an, ob der Verfügende durch den Geschädigten wirksam bevollmächtigt wurde³⁷ oder sich der verfügende Dritte wenigstens für befugt hält.³⁸ Eine auf die Person des P bezogene Befugnis des K lag weder objektiv noch nach dessen Vorstellung vor. Daher ist nach dieser Ansicht kein Dreiecksbetrug gegeben.

(2) Lagertheorie

Nach der von der Rechtsprechung und einem Teil der Literatur vertretenen Lagertheorie muss vor der Tat ein wenigstens faktisches Näheverhältnis zwischen Verfügendem und Gewahrsamsinhaber bestanden haben.³⁹ Diese in erster Linie für den Sachbetrug und seine Abgrenzung zum Diebstahl in mittelbarer Täterschaft entwickelten Grundsätze gelten danach grundsätzlich auch im vorliegenden Fall des Forderungsbetrugs.⁴⁰ Nicht ausreichend sei die rein faktische Möglichkeit des Verfügenden, auf fremdes Vermögen zuzugreifen.⁴¹ Ein Näheverhältnis kann insoweit mit der Erwägung bejaht werden, dass P sich durch Betreten des Restaurants und die Entgegennahme der Chipkarte mit dem Abrechnungssystem des V einverstanden erklärt hat. Er hat damit den Köchen im Restaurant grundsätzlich die Möglichkeit einge-

räumt, auf der ihm ausgehändigten Chipkarte Bestellungen zu verbuchen und die Chipkarte damit zu belasten. Diese Beziehung bestand auch schon vor der Täuschung, nämlich seit Betreten des Restaurants durch P und seinem Einverständnis mit dem Zahlungssystem. Dabei bleibt jedoch außer Betracht, dass mit der bloßen Buchung noch keine Forderung gegen P begründet wird. So findet sich auch unter den Vertretern der Lagertheorie die Ansicht, dass sich im Fall des Forderungsbetrugs aus dem Gesetz die Möglichkeit ergeben müsse, eine fremde Forderung wirksam zu beeinflussen.⁴² Dies ist hier aber nicht der Fall. K kann durch die bloße Buchung auf der von A unbefugt verwendeten Chipkarte des P keine Zahlungsverpflichtung des P aus Vertrag begründen. Insoweit muss zwischen der Nachweisfunktion der Chipkarte und dem Vertragsschluss unterschieden werden, der durch die Bestellung zwischen dem Besteller und dem durch die Köche vertretenen V gem. §§ 650, 433 BGB zustande kommt. Auch im Parallellfall des Bierdeckels, der mit Strichen versehen wird, wird durch einen Strich kein Anspruch begründet, sondern durch den im Zusammenhang mit dem Bestellvorgang erfolgreichem Vertragsschluss. Darüber hinaus besteht durch das Betreten des Gastraums und die Entgegennahme der Chipkarte noch keine faktische Möglichkeit des K, im Einzelfall die Chipkarte zu belasten. Dazu muss die Chipkarte vielmehr zusätzlich dem K vorgelegt werden. Dies erfolgte erst nach einer Wegnahme der Chipkarte durch einen anderen, den A. Damit fehlt es nach der Lagertheorie an dem erforderlichen Näheverhältnis.⁴³

(3) Zwischenergebnis

Hiernach fehlt es an einer tatbestandsmäßigen Vermögensverfügung.

2. Ergebnis

Der Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB wird zu Lasten des P durch die Bestellung des Nudelgerichts nicht verwirklicht.⁴⁴

³⁵ Rengier (Fn. 30), § 13 Rn. 67.

³⁶ A.A. vertretbar. Das Problem kann auch im Rahmen der Schadensprüfung angesprochen werden; zum entsprechenden Aufbauproblem vgl. Rengier (Fn. 30), § 13 Rn. 72 ff. Dazu gelangt man allerdings nur dann, wenn die Voraussetzungen des Dreiecksbetrugs vorliegen (dazu sogleich).

³⁷ Amelung, GA 1977, 1 (14 f.); Otto, ZStW 79 (1967), 59 (84 f.).

³⁸ Otto, ZStW (1967), 59 (84 f.).

³⁹ BGH NJW 1963, 1068 (1069); OLG Düsseldorf NJW 1994, 3366 (3367); Perron (Fn. 28), § 263 Rn. 66 f.; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 2), Rn. 645.

⁴⁰ OLG Celle NJW 1994, 142 (143 ff.); vgl. aber auch zur Ablehnung des Näheerfordernisses beim Forderungsbetrug: Fock/Gerhold, JA 2010, 511 (513).

⁴¹ Perron (Fn. 28), § 263 Rn. 66; Wessels/Hillenkamp/Schuh (Fn. 2), Rn. 645.

⁴² Tiedemann, in: Laufhütte/Rissing van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, Bd. 9/1, 12. Aufl. 2012, § 263 Rn. 117; Maurach/Schröder/Maiwald, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 10. Aufl. 2009, § 41 Rn. 81.

⁴³ A.A. wegen der nicht einheitlichen Kriterien der Lagertheorie beim Forderungsbetrug vertretbar.

⁴⁴ Soweit eine tatbestandsmäßige Vermögensverfügung vertretbar bejaht wird, wäre die Prüfung mit dem Merkmal des Vermögensschadens fortzusetzen und dabei – sofern dies noch nicht im Rahmen der Vermögensminderung angesprochen wurde – auf die Frage der schadensgleichen Vermögensgefährdung einzugehen. Eine Schadenskompensation hat offensichtlich nicht stattgefunden. A handelte vorsätzlich und in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung. Diese liegt darin, dass dem Schaden des P, nämlich der Gefahr, der Geltendmachung einer Forderung von 10 € ausgesetzt zu sein, der Vorteil des A entspricht, für das bestellte und verzehrte Nudelgericht nicht in Anspruch genommen zu werden. Der Schaden des P ist somit die Kehrseite des durch A erlangten Vorteils, da Vorteil und Schaden auf derselben

II. Betrug, § 263 Abs. 1 StGB, gegenüber K zu Lasten des V durch dieselbe Handlung

Durch die Bestellung mit der Chipkarte des P könnte A einen Betrug gegenüber K und zu Lasten des V begangen haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung und Irrtum

A täuschte K konkludent darüber, dass er berechtigter und zahlungswilliger Chipkarteninhaber ist oder jedenfalls vom berechtigten und zahlungswilligen Chipkarteninhaber zur Bestellung ermächtigt ist. K unterliegt einem entsprechenden Irrtum (siehe bereits oben C. I. 1.).

b) Vermögensverfügung und -schaden

Durch die Bestellung schließt K in Vertretung des V mit A einen Werklieferungsvertrag nach §§ 650, 433 BGB über das Nudelgericht ab. Anschließend übereignet er das Nudelgericht gem. § 929 S. 1 BGB an A und hat damit eine unmittelbar vermögensmindernde Verfügung vorgenommen. Dazu wurde K von V ermächtigt, so dass selbst nach der engen Befugnistheorie die Voraussetzungen eines Dreiecksbetrugs vorliegen. V müsste ein Schaden entstanden sein, es dürfte also der Vermögensminderung keine gleichwertige Kompensation gegenüberstehen. Als Kompensation der durch die Zubereitung und Übereignung des Nudelgerichts eingetretenen Vermögensminderung kommt zunächst ein Anspruch gegen P in Betracht. Gegen P ist jedoch durch die Bestellung des A kein Anspruch aus Vertrag gem. §§ 650, 433 Abs. 2 BGB begründet worden, da A den P nicht wirksam vertreten hat. Allein aus der faktischen Möglichkeit, die Chipkarte vorzulegen und zu belasten, folgt keine Vertretungsmacht nach § 164 BGB des A im Verhältnis zu P.⁴⁵ Dass P einige Zeit später auf den vermeintlich gegen ihn gerichteten Anspruch zahlt, ist für den tatbestandlichen Vermögensschaden ohne Belang, denn für die Schadensfeststellung ist nur der Zeitpunkt der Vermögensverfügung maßgeblich.⁴⁶ Des Weiteren kommt als Kompensation der Zahlungsanspruch gegen A aus §§ 650, 433 Abs. 2 BGB in Betracht. Problematisch ist jedoch, dass A nicht zahlen will und Schwierigkeiten bei der Durchsetzung zu erwarten sind. Es handelt sich damit um eine Konstellation des Eingehungsbetrugs, bei der eine konkrete Vermögensgefährdung vorliegen kann,⁴⁷ denn der An-

Verfügung beruhen. (vgl. LG Kiel NStZ 2008, 219 [221]). Dies liegt auch darin begründet, dass K ohne die Buchung auf eine Chipkarte keinen Kaufvertrag abschließen und das Nudelgericht nicht aushändigen würde.

⁴⁵ Mangels Zurechenbarkeit des Rechtsscheins ist auch eine Anscheinsvollmacht nicht vertretbar.

⁴⁶ BGHSt 53, 199; BGH NStZ 2016, 674 (675).

⁴⁷ Zur Vermögensgefährdung beim Eingehungsbetrag: *Hefendehl* (Fn. 29), § 263 Rn. 751. Insoweit ist ein schon im Zeitpunkt der Vermögensverfügung eingetretener bezifferbarer Schaden notwendig, was in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise im Urteil zum Ausdruck kommen muss, vgl. BVerfGE 130, 1 (47) im Anschluss an BVerfGE 126, 170 (211, 223 ff.) (zur Untreue); vgl. zur Schadensberechnung etwa: BGHSt 58,

spruch gegen A ist wegen der damit verbundenen Schwierigkeiten nicht entsprechend werthaltig. Es besteht die konkrete Gefahr, dass der Anspruch des V gegen A nicht erfüllt wird. In diesem Ausfallrisiko liegt der Schaden,⁴⁸ der angesichts der Buchung auf der Karte des P und der damit verbundenen Schwierigkeiten der Verfolgung des Anspruchs gegen A sogar mit 100 % angesetzt werden könnte. Mithin ist dem V ein Schaden in Form einer Vermögensgefährdung entstanden.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich. Er müsste in der Absicht stoffgleicher und rechtswidriger Bereicherung gehandelt haben. Die erstrebte Bereicherung des A liegt in dem Eigentum am Nudelgericht und entspricht der Kehrseite des Schadens. Damit liegt Stoffgleichheit vor.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich durch die Bestellung daher wegen eines Dreiecksbetrugs zu Lasten des V strafbar gemacht. Der nach § 263 Abs. 4 StGB i.V.m. § 248a StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt.

III. Fälschung technischer Aufzeichnungen in mittelbarer Täterschaft, §§ 268 Abs. 1 Nr. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB, durch dieselbe Handlung⁴⁹

Indem A die Chipkarte des P durch K auf den Scanner legen ließ, ist kein selbständiger Aufzeichnungsvorgang bewirkt worden. Die Verbuchung von Bestellungen durch das Einschannen an der Essensausgabe ist kein selbsttätig bewirkter Aufzeichnungsvorgang (siehe oben A. III. 1. a) bb). Zudem hätte A auch keine unechte Aufzeichnung hergestellt, da die von K vorgenommene Buchung auf der Chipkarte das Ergebnis eines völlig ungestörten Aufzeichnungsvorgangs ist. A hat sich somit nicht gem. §§ 268 Abs. 1 Nr. 1 Var. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB wegen Fälschung technischer Aufzeichnungen in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht.

IV. Fälschung beweisheblicher Daten in mittelbarer Täterschaft, §§ 269 Abs. 1 Var. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB, durch dieselbe Handlung

A könnte sich durch die Bestellung mit der Chipkarte des P wegen Fälschung beweisheblicher Daten in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht haben.

205 (208); BGH NStZ 2016, 674 (675); BGH NStZ 2018, 538 f.

⁴⁸ *Perron* (Fn. 28), § 263 Rn. 128.

⁴⁹ Hinweis: Diese Prüfung dient vorliegend der Vollständigkeit einer Musterlösung, ist jedoch in der Klausur entbehrlich.

1. Objektiver Tatbestand

a) Daten

Es müsste sich bei den auf der Chipkarte verbuchten Informationen um beweis erhebliche Daten handeln. § 269 StGB verweist nicht auf § 202a Abs. 2 StGB. Als Daten im Sinne von § 269 StGB gelten alle Informationen, die in einer primär für die maschinelle Verarbeitung bestimmten Form codiert sind und im Falle ihrer Visualisierung die Qualität einer unechten oder verfälschten Urkunde haben.⁵⁰ Das Einscannen, das als Speichern im Sinne der 1. Var. angesehen werden kann, führt zu einer Buchung des Nudelgerichts sowie des entsprechenden Betrags von 10 € auf der Chipkarte des P. Der Aussteller des beweis erheblichen Ergebnisses ist V als derjenige, der die Infrastrukturen für seine Zwecke verwendet.⁵¹ Zieht man wiederum den Vergleich zum Bierdeckel, ist parallel dazu der Wirt nach der Geistigkeitstheorie Aussteller des Bierdeckels.⁵²

b) Beweiserheblichkeit der Daten

Fraglich ist jedoch, ob ein Datenprodukt auf der Chipkarte entstanden ist, das beweis erheblich ist. Daran könnte man zweifeln, da auf der Chipkarte nicht gespeichert ist, welchem Gast sie zugeordnet ist. Hier könnte man wiederum einen Vergleich zum Bierdeckel ziehen, dessen Urkundsqualität umstritten ist. Nach einer Ansicht kann eine hinreichend feste Beziehung zum Gast bei Bierdeckeln angenommen werden aufgrund Geschäftsgebrauchs und Verkehrssitte,⁵³ obwohl der Name des Gasts nicht auf dem Bierdeckel ausgewiesen ist und der Bierdeckel nicht mit dem Gast fest verbunden ist. Der Fall der von V ausgegebenen Chipkarten ist insofern vergleichbar, da die Verbindung zum Gast mit der Verkehrssitte begründet werden könnte, so dass die Chipkarte durch Aushändigung am Eingang des Restaurants dem jeweiligen Gast zugeordnet wird.

Nach einer anderen Ansicht fehlt eine ausreichende Verbindung zwischen dem Bierdeckel und dem Gast.⁵⁴ Auch die Chipkarte enthält kein Datenprodukt, das aus sich heraus mit P in Verbindung steht, so dass die gespeicherten Daten nicht rechtserheblich und nicht insoweit zum Beweis geeignet sind, was P bestellt hat. Die Chipkarte enthält lediglich die Erklärung, dass bestimmte Bestellungen auf die Chipkarte gebucht wurden, nicht jedoch, wer diese Bestellungen getätigt hat.

Für diese Ansicht spricht insbesondere, dass die Verbindung zwischen Gast und Bierdeckel oder Chipkarte derart locker ist, dass ein Beweis nicht geführt werden kann. Chipkarte und Bierdeckel sehen grundsätzlich bei jedem Gast gleich aus. Bei der Chipkarte ist die Austauschbarkeit gegenüber dem Bierdeckel sogar noch eindeutiger, da das Glas des Gastes regelmäßig auf den Bierdeckel gestellt wird. Mittels

⁵⁰ Erb (Fn. 10), § 269 Rn. 13 ff.

⁵¹ Heine/Schuster (Fn. 9), § 269 Rn. 12.

⁵² Erb (Fn. 10), § 267 Rn. 24; Rengier (Fn. 11), § 32 Rn. 11.

⁵³ Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht, Besonderer Teil, Bd. 1, 16. Aufl. 2015, Rn. 687.

⁵⁴ Böse, NSTZ 2005, 370 (371), dort Fn. 15; Erb (Fn. 10), § 267 Rn. 24; Puppe (Fn. 10), § 267 Rn. 52.

der gespeicherten Daten ist es hingegen überhaupt nicht erkennbar, welchem Gast die Chipkarte zugeordnet ist. Folglich handelt es sich nicht um beweis erhebliche Daten im Sinne des § 269 StGB.⁵⁵ Es liegt auch kein Verfälschen, also die unbefugte nachträgliche Änderung des Beweis inhalts, vor.

2. Ergebnis

Folglich hat A sich nicht gemäß §§ 269 Abs. 1 Var. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

V. Urkundenunterdrückung in mittelbarer Täterschaft, §§ 274 Abs. 1 Nr. 2, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB, durch dieselbe Handlung

A könnte sich jedoch einer Urkundenunterdrückung in mittelbarer Täterschaft in der Variante der Veränderung beweis erheblicher Daten nach §§ 274 Abs. 1 Nr. 2, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht haben.

1. Objektiver Tatbestand

a) Beweiserhebliche Daten

Es handelt sich bei den auf der Chipkarte des P gespeicherten Buchungen um Daten nach § 202a Abs. 2 StGB, über die A nicht verfügen darf. Diese sind auch beweis erheblich.⁵⁶

b) Veränderung durch K

A hat diese jedenfalls nicht selbst verändert. Es kommt jedoch eine mittelbare Täterschaft nach § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB in Betracht, indem A den K dazu veranlasst, auf der Chipkarte des P auch seine Bestellung zu verbuchen. Ein direkter Verursachungsbeitrag des A liegt in der Hingabe der Chipkarte des P, damit K diese einscannet. A hatte auch die Tatherrschaft inne, indem er gegenüber K hinsichtlich der fehlenden Berechtigung überlegenes Tatwissen hat. K unterliegt

⁵⁵ Selbst wenn man der weiten Ansicht folgt, scheidet die Strafbarkeit nach § 269 StGB aber wiederum daran, dass A durch K keine Datenspeicherung vornehmen ließ, die im Fall ihrer unmittelbaren Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde wäre. Sie wäre unecht, wenn sie nicht vom Aussteller stammt. K vertritt jedoch den V und ist von ihm ermächtigt, die Bestellungen der Kunden auf die Chipkarte zu buchen. Die Daten stammen also vom Aussteller, so dass keine unechte Urkunde vorliegt. Es liegt auch kein Verfälschen, also die unbefugte nachträgliche Änderung des Beweis inhalts, vor. Selbst wenn man eine Verfälschung durch den Aussteller für möglich erachtet (Heger [Fn. 9], § 267 Rn. 21; dagegen: Heine/Schuster [Fn. 9], § 267 Rn. 68; Puppe [Fn. 10], § 269 Rn. 28), ist dies erst dann der Fall, wenn der Aussteller die alleinige Verfügungsgewalt über die Daten verloren hat (Heger [Fn. 9], § 269 Rn. 9). Jedenfalls handelt es sich jedoch bei der Buchung auf die Karte des P, wenn man eine ausreichende Verbindung annähme (s.o.), lediglich um eine der „schriftlichen Lüge“ vergleichbare Fallkonstellation, da nicht die Identität des Ausstellers falsch ist und § 267 StGB und dementsprechend auch § 269 StGB nur den Echtheitsschutz gewährleistet.

⁵⁶ A.A. vertretbar, siehe oben B. IV. 1. b).

einem Irrtum über die Berechtigung des A hinsichtlich der Erlaubnis zur Benutzung der Chipkarte (siehe oben B. I. 1.), sodass er insofern ein deliktstitutives Defizit in Form eines Tatbestandsirrtums nach § 16 Abs. 1 StGB hat. Er irrt darüber, dass es sich um solche Daten handelt, an denen ein anderer, nämlich P, ein rechtlich erhebliches Interesse hat. Durch die Buchung des Nudelgerichts des A auf die Chipkarte werden die gespeicherten Daten erweitert. Damit liegt ein unter die Tatvariante des Veränderns fallendes inhaltliches Umgestalten gespeicherter Daten vor.⁵⁷

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich und auch mit der Absicht, P einen Nachteil in der Gestalt zuzufügen, dass er als vermeintlicher Besteller des Nudelgerichts einer entsprechenden Zahlungsforderung des V ausgesetzt ist.

3. Rechtswidrigkeit, Schuld

A handelte rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich somit gem. §§ 274 Abs. 1 Nr. 2, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

VI. §§ 303a Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB

Der ebenfalls in der Variante des Veränderns erfüllte Tatbestand des § 303a StGB tritt hinter § 274 StGB zurück.⁵⁸

VII. § 266b Abs. 1 StGB

Eine Strafbarkeit nach § 266b Abs. 1 StGB scheidet aus, da die von V ausgestellte Chipkarte keine Zahlungs-, sondern lediglich eine „Bierdeckel“-Funktion hat.

C. Übergabe des Gerichts und Verzehr durch A

I. §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB⁵⁹

A könnte sich wegen Diebstahls in mittelbarer Täterschaft nach §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht haben, indem K ihm das Nudelgericht gab.

1. Objektiver Tatbestand

Dazu müsste er eine fremde bewegliche Sache weggenommen haben. Fremd ist eine Sache, wenn sie nicht herrenlos oder im Alleineigentum des Täters steht.⁶⁰ Auszugehen ist dabei von einer Akzessorietät zum Zivilrecht.⁶¹ Mit der

Übergabe und damit dem Besitzwechsel des Nudelgerichts gab K auch ein Übereignungsangebot an A ab, das dieser durch die Entgegennahme annahm. Es findet in diesem Moment also ein Eigentumsübergang gem. § 929 S. 1 BGB statt.⁶² Die Einigung in dessen Rahmen könnte zwar wegen arglistiger Täuschung des A anfechtbar sein gem. § 123 BGB, ist aber jedenfalls zunächst wirksam. Daher ist A mit der Entgegennahme Eigentümer des Nudelgerichts geworden. Mangels Fremdheit scheidet ein Diebstahl somit aus.

2. Ergebnis

A hat sich nicht durch die Entgegennahme nach §§ 242 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.⁶³

II. § 246 Abs. 1 StGB

A hat sich durch den Verzehr des Nudelgerichts nicht nach § 246 Abs. 1 StGB strafbar gemacht, da es nach § 929 S. 1 BGB an ihn übereignet worden ist und daher keine fremde Sache mehr darstellt.

D. Fordern der Zahlung von P durch B

I. Betrug in mittelbarer Täterschaft, §§ 263 Abs. 1, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB, durch Zahlung durch P

A könnte sich wegen Betrugs in mittelbarer Täterschaft gegenüber und zu Lasten des P strafbar gemacht haben, indem B von P den auf der Chipkarte verbuchten Betrag einschließlich der 10 € für das Nudelgericht forderte.

1. Objektiver Tatbestand

a) Täuschung durch B

A selbst täuscht zu diesem Zeitpunkt nicht. Ihm könnte jedoch die von B ohne Täuschungsbewusstsein vorgenommene Zahlungsaufforderung nach § 25 Abs. 1 Var. 2 StGB zuzurechnen sein. In dieser Zahlungsaufforderung liegt eine unzutreffende Erklärung über die von P bzw. nach § 164 BGB mit Ermächtigung des P bestellten Speisen und damit die Höhe der Zahlungsverpflichtung von P aus §§ 650, 433 Abs. 2 BGB. Jedenfalls in Verbindung mit der konkludenten Behauptung über die von bzw. mit Billigung des P bestellten Speisen kann in der Zahlungsaufforderung eine tatbestandliche Täuschung gesehen werden. Zwar hat A zu der Zahlungsaufforderung des B anders als bei der oben geprüften Datenveränderung durch K keinen Verursachungsbeitrag in Form einer direkten Einwirkung auf das Werkzeug geleistet.

⁵⁷ Vgl. Fischer (Fn. 17), § 274 Rn. 8 sowie zum insoweit identischen § 303a StGB: Wieck-Noodt (Fn. 22), § 303a Rn. 15.

⁵⁸ Stree/Hecker (Fn. 22), § 303a Rn. 14; Wieck-Noodt (Fn. 22), § 303a Rn. 23.

⁵⁹ Hinweis: Diese Prüfung dient vorliegend der Vollständigkeit einer Musterlösung, ist jedoch in der Klausur entbehrlich.

⁶⁰ Eser/Bosch (Fn. 3), § 242 Rn. 12.

⁶¹ Schmitz, in: Joecks/Miebach (Hrsg.), Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 4, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 33.

⁶² Vgl. dazu, dass es bei rechtsgeschäftlichem Übergang des Eigentums auf den Täter an der Fremdheit der Sache fehlt auch Mitsch, Strafrecht Besonderer Teil, Bd. 2, S. 154.

⁶³ Auch wenn man hier zum Zeitpunkt der Entgegennahme noch eine Fremdheit der Sache annähme, wäre jedenfalls aufgrund tatbestandsausschließenden Einverständnisses durch freiwillige Übertragung des Gewahrsams eine Wegnahme abzulehnen, da die Verfügung des K dem V zuzurechnen ist. Es wäre auch vertretbar, §§ 242, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB mit dem Hinweis auf die Exklusivität zum Dreiecksbetrug direkt zu verneinen.

Durch die in mittelbarer Täterschaft erfolgten Veränderungen der Daten auf der von P vorgelegten Chipkarte hat A aber die Grundlage für die Fehlvorstellung des B und seine darauf beruhende Zahlungsaufforderung geschaffen. Damit hat A sowohl den Strafbarkeitsmangel des Werkzeugs herbeigeführt als auch überlegenes Wissen. Er weiß, dass P das Nudelgericht nicht bestellt hat und daher der Forderungsbetrag zu hoch ist. Damit liegen die Voraussetzungen für eine mittelbare Täterschaft vor. A hat mithin durch B getäuscht.

b) Irrtum

P irrt über die Höhe seiner Zahlungsverpflichtung. Auch wenn er keine bewusste Vorstellung davon hat, was er für den erhöhten Gesamtbetrag verzehrt hat und sich keine konkreten Gedanken darüber macht, ob verlangter Preis und tatsächlicher Bestellumfang übereinstimmen, hat er doch das sachgedankliche Mitbewusstsein, dass der Preis ordnungsgemäß ist und unterliegt folglich einem Irrtum.

c) Vermögensverfügung und Vermögensschaden

P verfügt über sein Vermögen, indem er den verlangten Betrag i.H.v. 10 € an der Kasse zahlt. Dadurch erleidet er auch einen Schaden, da keine Kompensation eintritt. Durch die Zahlung wird insbesondere kein Zahlungsanspruch des V in dieser Höhe nach § 362 BGB erfüllt. Als Kompensation kann auch nicht ein etwaiger Schadensersatzanspruch gegen A aus §§ 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB oder ein Bereicherungsanspruch gegen V aus § 812 Abs. 1 S. 1 Var. 1 BGB angesehen werden.⁶⁴ Dass bereits ein Vermögensschaden bzw. eine Vermögensgefährdung des V bejaht wurde (siehe oben B. II. 1. b), steht der Annahme eines Schadens des P nicht entgegen, obwohl A insgesamt nur ein Nudelgericht erlangt hat. Dies ist damit zu erklären, dass die vorliegende schadensbegründende Zahlung des P hinsichtlich des Betrugs zu Lasten des V in Hinblick auf die Kompensation nicht berücksichtigt werden kann, da sie zeitlich später erfolgt und nicht auf der Verfügung beruht. So besteht bei V am Ende faktisch kein negativer Saldo. Da dies jedoch auf der rechtsgrundlosen Zahlung eines Dritten beruht, die zeitlich später erfolgt, ist der Nachteil zu Lasten des V dennoch gegeben. Der Schaden des V und der des P sind unabhängig voneinander zu beurteilen.

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich, denn ihm war bewusst, dass durch die Nutzung der Chipkarte bei der Bestellung der Betrag auf die Chipkarte gebucht wird und der Kassierer von P dadurch den erhöhten Betrag verlangen wird. A erwartete auch, dass P den geforderten Betrag zahlen und damit eine selbstschädigende Vermögensverfügung vornehmen wird. A müsste ferner in der Absicht rechtswidriger und stoffgleicher Bereicherung gehandelt haben. Stoffgleichheit setzt voraus, dass der erstrebte Vorteil die Kehrseite des Schadens ist, der Vorteil

also zu Lasten des geschädigten Vermögens geht.⁶⁵ Daran könnte man vorliegend zweifeln, da die schadensstiftende Verfügung des P, nämlich die rechtsgrundlose Zahlung von 10 € zunächst zu einem Vermögensvorteil bei V führt, der den Anspruch gegen A behält und dennoch 10 € von P erhalten hat. Das Geld, das P zahlt, fließt dem A nicht direkt zu. Die Absicht stoffgleicher Selbstbereicherung liegt nicht vor. Insofern ist dieser Fall mit den Provisionsvertreterfällen vergleichbar, in denen ein Provisionsvertreter Aufträge durch Täuschung erlangt, um Provision zu erlangen. Die Provision wird aus dem Vermögen des Geschäftsherrn erlangt und rührt nicht unmittelbar aus dem Schaden des getäuschten Kunden, so dass in diesen Fällen keine Stoffgleichheit vorliegt.⁶⁶ Auch im vorliegenden Fall liegt die erstrebte Bereicherung in der wahrscheinlichen Nichtgeltendmachung einer Forderung durch einen anderen Bereicherten. Durch die Zahlung der 10,00 € erlischt der Anspruch des V gegen A durch Erfüllung nach § 362 Abs. 1 BGB nicht, so dass durch die Zahlung nicht unmittelbar auf das Vermögen des A eingewirkt wird und eine unmittelbare Bereicherung nicht daraus folgen kann.

In Betracht kommt weiterhin eine Drittbereicherungsabsicht, wie sie auch in den Provisionsvertreterfällen angenommen wird.⁶⁷ Eine Bereicherungsabsicht zugunsten eines Dritten wird dabei auch dann schon angenommen, wenn der Vorteil des Dritten nur notwendiges Zwischenziel zur Erlangung des vom Täter erstrebten Vorteils ist.⁶⁸ Dass V die 10 € von P erhält, könnte die Wahrscheinlichkeit senken, dass V gegen A seinen Anspruch geltend macht. Dagegen spricht aber, dass die Zahlung von P nicht notwendige Voraussetzung für die Nichtgeltendmachung ist – anders als in den Provisionsvertreterfällen, bei denen die Auszahlung der Provision zwingend den Abschluss der Verträge voraussetzt. Da aus Sicht des V keine Verbindungen zwischen P und A bestehen, wird ohnehin kein Zusammenhang zwischen der Zahlung durch P und der Bestellung des A hergestellt werden können. Daher ist der Vorteil des V kein notwendiges Zwischenziel des A. Damit fehlt es an der Absicht der Drittbereicherung.⁶⁹

3. Ergebnis

A hat sich folglich nicht wegen Betrugs in mittelbarer Täterschaft gegenüber und zu Lasten von P strafbar gemacht.

⁶⁴ Kühl (Fn. 6), § 263 Rn. 36a; Perron (Fn. 28), § 263 Rn. 120.

⁶⁵ Rengier (Fn. 30), § 13 Rn. 249.

⁶⁶ BGH NJW 1991, 684 (685); BGH NStZ 2003, 264; Perron (Fn. 28), § 263 Rn. 169.

⁶⁷ Perron (Fn. 28), § 263 Rn. 169.

⁶⁸ BGH NJW 1991, 684 (685); Perron (Fn. 28), § 263 Rn. 169.

⁶⁹ A.A. vertretbar, wenn man auf eine faktische Bereicherung abstellt, weil A bei realistischer Betrachtung nicht mehr damit rechnen muss, von V wegen des Verzehrs des Nudelgerichts in Anspruch genommen zu werden. Aus einer solchen faktisch-wirtschaftlicher Sicht hat A sich das Nudelgericht von P bezahlen lassen.

II. §§ 268 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB

A könnte sich wegen Fälschung technischer Aufzeichnungen in mittelbarer Täterschaft strafbar gemacht haben, indem B die Chipkarte des P einscannete und die Rechnung ausdrucken ließ.

1. Objektiver Tatbestand

Eine technische Aufzeichnung könnte hier in der für P ausgedruckten Rechnung liegen. Anders als bei der Buchung wird durch das Auslesen der Chipkarte an der Kasse insofern ein zum Teil selbständiger Aufzeichnungsvorgang bewirkt, als es zu einer Addition der Bestellungen und damit der Berechnung des Gesamtzahlungsbetrags kommt.⁷⁰ Die Rechnung ist eine Aufzeichnung von Werten und lässt den Gegenstand der Aufzeichnung, nämlich die Bestellungen und den Rechnungsbetrag erkennen. Sie ist außerdem zum Beweis der Bestellungen des Kunden bestimmt, der die Chipkarte vorlegt. Diese Aufzeichnung ist jedoch wiederum nicht unecht, da sie nicht das Ergebnis einer störenden Einwirkung auf den automatischen Herstellungsvorgang ist. Die Manipulation erfolgte hier nicht durch einen Eingriff in die technische Berechnung des Zahlungsbetrags, sondern durch eine von § 268 StGB nicht erfasste „Input-Manipulation“.⁷¹

2. Ergebnis

A hat sich nicht wegen §§ 268 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 3, 25 Abs. 1 Var. 2 StGB strafbar gemacht.

E. Vorlage der Chipkarte an der Kasse durch A**I. Betrug, § 263 Abs. 1 StGB, durch Vorlage der Chipkarte an der Kasse**

A könnte sich wegen Betrugs gem. § 263 Abs. 1 StGB gegenüber B zu Lasten des V strafbar gemacht haben, indem er B seine mit nur 1,80 € belastete Chipkarte vorlegte.

*1. Objektiver Tatbestand**a) Täuschung über Tatsachen und Irrtum*

Nach der Verkehrsanschauung hat die Vorlage der Chipkarte an der Kasse den Erklärungswert, dass die eingebuchten Bestellungen auf der Chipkarte vollständig sind und A nicht noch weitere Speisen bestellt hat. Damit hat A konkludent über den Umfang seiner Bestellungen getäuscht. B unterlag einem entsprechenden Irrtum.

b) Vermögensverfügung

Infolge dieses Irrtums verzichtete B auf die Geltendmachung des weiter gehenden Zahlungsanspruchs von 10 € aus §§ 650, 433 Abs. 2 BGB. Dieser Anspruch des V gegen A ist durch dessen Bestellung des Nudelgerichts entstanden. Dabei ist unerheblich, dass die Bestellung auf die falsche Chipkarte gebucht wurde, denn diese dient insofern nur der Rechnungsstellung. Der Anspruch ist nicht durch die Zahlung des P

⁷⁰ Vgl. *Zieschang* (Fn. 14), § 268 Rn. 16.

⁷¹ Siehe *Heine/Schuster* (Fn. 9), § 268 Rn. 47; *Puppe* (Fn. 10), § 268 Rn. 37 f.

nach § 362 Abs. 1 BGB untergegangen, da P nicht die fremde Schuld des A tilgen wollte und ein solcher Wille auch nach einem objektiven Empfängerhorizont diesem Verhalten nicht beigemessen werden kann. Die Schuld besteht fort.⁷² Das bei B fehlende Verfügungsbewusstsein ist im vorliegenden Fall des Forderungsbetrugs unschädlich.⁷³ B ist von V zur Geltendmachung von Forderungen als Kassierer befugt, so dass selbst nach der engen Befugnistheorie die Voraussetzungen einer Zurechnung der Handlung des B an V vorliegen und damit ein Dreiecksbetrug gegeben ist.

c) Vermögensschaden

V müsste ein Schaden entstanden sein. In Betracht kommt hier eine Kompensation durch die Zahlung des P. Diese Zahlung geht jedoch nicht auf die Vermögensverfügung zurück, die in der Nichtgeltendmachung der Forderung des A liegt. Bei einer Saldierung der Vermögenswerte kann sie nicht berücksichtigt werden, weil der Vermögenszufluss nicht auf dieser Verfügung beruht.⁷⁴ Die Vermögensverfügung muss Vor- und Nachteil zugleich erzeugen, damit der Vermögenszufluss berücksichtigungsfähig ist.⁷⁵ In Betracht kommt, den Schaden mit der Begründung zu verneinen, dass es sich um eine bloße Sicherung des bereits durch die Übereignung des Nudelgerichts eingetretenen Schadens handelt. Der Sicherungsbetrug könnte dementsprechend schon den Tatbestand ausschließen.⁷⁶ Dagegen spricht jedoch, dass dieser Schaden solange noch nicht endgültig ist, wie eine Einwirkungsmöglichkeit auf A besteht. Ein vollständiger wirtschaftlicher Verlust ist erst eingetreten, als A das Lokal beanstandungslos verlassen durfte. Folglich hat V einen Vermögensschaden erlitten. Eine Zusammenführung beider Betrugshandlungen erfolgt erst auf Konkurrenzebene (siehe sogleich F.).

2. Subjektiver Tatbestand

A handelte vorsätzlich und mit der Absicht rechtswidriger Bereicherung. Sein erstrebter Vorteil, den Zahlungsanspruch des V nicht erfüllen zu müssen, ist die Kehrseite des Schadens, so dass Stoffgleichheit besteht.

3. Rechtswidrigkeit und Schuld

A handelte auch rechtswidrig und schuldhaft.

4. Ergebnis

A hat sich gemäß § 263 Abs. 1 StGB eines Betrugs gegenüber B und zu Lasten des V strafbar gemacht. Der nach § 263

⁷² *Grüneberg*, in: Palandt, Kommentar zum BGB, 78. Aufl. 2019, § 267 BGB Rn. 3.

⁷³ BGH NJW 1960, 1068 (1069); *Perron* (Fn. 28), § 263 Rn. 60; a.A. vertretbar, vgl. dazu etwa *Hefendehl* (Fn. 29), § 263 Rn. 307 ff., 328 ff.

⁷⁴ BGH NStZ 1999, 353 (354); vgl. *Hefendehl* (Fn. 29), § 263 Rn. 541.

⁷⁵ BGH NStZ 1999, 353 (354).

⁷⁶ *Wessels/Hillenkamp/Schuh* (Fn. 2), Rn. 599; *Otto*, Strafrecht, Die einzelnen Delikte, 7. Aufl. 2005, § 51 Rn. 152.

Abs. 4 StGB i.V.m. § 248a StGB erforderliche Strafantrag ist gestellt.

F. Gesamtergebnis und Konkurrenzen

A hat durch zwei verschiedene Handlungen (Bestellung des Nudelgerichts; Vorlage der eigenen Chipkarte) § 263 StGB insgesamt zwei Mal zu Lasten von V verwirklicht. Die durch die Vorlage der Chipkarte verwirklichte Betrugstat stellt sich als mitbestrafte Nachtat⁷⁷ der durch die Bestellung des Nudelgerichts mit der Chipkarte des P begründeten Betrugstat dar, auf der das Schwergewicht der zu Lasten des V verwirklichten Betrugstaten liegt. Das mit der Betrugshandlung gegenüber K tateinheitlich erfüllte Delikt des § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB bleibt wegen der Unrechtsverschiedenheit daneben bestehen.⁷⁸

⁷⁷ BGH GA 1961, 83; BGH GA 1957, 409 (410); *Krey/Hellmann/Heinrich* (Fn. 53), Rn. 678; *Kühl* (Fn. 6), § 263 Rn. 69.

⁷⁸ Sofern die Bearbeiter bereits die Wegnahme der Chipkarte als Urkundsdelikt nach § 274 Abs. 1 Nr. 2 StGB oder nur nach § 303a StGB durch Unterdrückung ansehen, dürfte es sich im Hinblick auf die von Anfang an geplante nachfolgende Veränderung um den Bestandteil eines einheitlichen Urkundsdeliktes handeln, so dass diese Taten nicht in Tatmehrheit zu dem durch die Verwendung der Chipkarte verwirklichten Betrug stehen.