

Österreichische

JURISTEN ZEITUNG

ÖJZ

Chefredakteur Gerhard Hopf

Redaktion Robert Fucik, Kurt Kirchbacher, Hans Peter Lehofer

Evidenzblatt Christoph Brenn, Richard Hargassner, Herbert Painsi,

Eckart Ratz, Martina Weixelbraun-Mohr, Jörg Ziegelbauer

Anmerkungen Andreas Konecny, Martin Spitzer

November 2022

21

1073 – 1120

Aktuelles

**Das Ende der Wiener Zeitung und der Anfang
eines EU-Medienrechts** ➔ 1073

Beiträge

**Zum Bezahlen an Bankomatkassen mit
einer fremden Karte** Klaus Schwaighofer ➔ 1085

Neues zum gutgläubigen Erwerb vom Scheinerben
Vincent M. Nordmeyer ➔ 1077

Evidenzblatt

Verkürzung über die Hälfte und „Weiterfresserschaden“
Peter Bydlinski ➔ 1092

Einverleibung eines Leibrentenvertrags ➔ 1096

Aussageverweigerung ➔ 1104

VfGH

Entscheidungen des VfGH – März-Session 2022
Helmut Hörtenhuber und Stefanie Dörnhöfer ➔ 1113

Zum Bezahlen an Bankomatkassen mit einer fremden Karte

Betrug oder betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch?

Der Beitrag geht der Frage nach, wie die unbefugte Verwendung einer fremden Bankomat-, Debit- oder Kreditkarte zum Bezahlen eines Wareneinkaufs strafrechtlich zu beurteilen ist, und setzt sich dabei kritisch mit zwei Entscheidungen des OGH auseinander.

Von Klaus Schwaighofer

Inhaltsübersicht:

- A. Einleitung
- B. Kontaktloses/nicht kontaktloses Bezahlen
 - 1. Gängige Definitionen
 - 2. Terminologie des OGH
- C. Zur Anwendbarkeit des § 148a StGB (Betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch)
 - 1. Dateneingabe
 - 2. Zu den weiteren Tatbestandsmerkmalen
 - 3. Neuerungen durch BGBI I 2021/201
- D. Strafbarkeit wegen Betrugs nach §§ 146f StGB?
 - 1. Zur Täuschung
 - 2. Zur selbstschädigenden Handlung des Getäuschten
- E. Konkurrenzfragen zur Entfremdung unbarer Zahlungsmittel nach § 241e Abs 1 StGB
- F. Zusammenfassung

A. Einleitung

Die jüngst ergangene Entscheidung des OGH 12 Os 140/21 m vom 28. 4. 2022 enthält interessante Ausführungen zur Frage, wie die **unbefugte Verwendung einer fremden Bankomatkarte für einen Wareneinkauf** rechtlich zu beurteilen ist:¹⁾ Der OGH vertritt die Ansicht, dass die unbefugte Benützung einer fremden Bankomatkarte zur **kontaktlosen** Bezahlung an einer Bankomat-kassa nach **§ 148a StGB** zu beurteilen sei, und verweist dazu auf einige Aussagen im Schrifttum.²⁾ Wenn **nicht kontaktlos** bezahlt wird, sondern die (entfremdete) Bankomatkarte mit der (konkludenten) Behauptung, darüber verfügungsberechtigt zu sein, verwendet wird, um den Getäuschten zur Überlassung von Waren zu verleiten, komme hingegen Strafbarkeit wegen **Betrugs nach §§ 146, 147 Abs 1 Z 1 zweiter Fall StGB** in Betracht.³⁾

Der folgende Beitrag diskutiert die in derartigen Fällen in Betracht kommenden Subsumtionsmöglichkeiten und die Unterscheidung zwischen kontaktlosem und nicht kontaktlosem unbefugtem Gebrauch fremder Bankomatkarten.

B. Kontaktloses/nicht kontaktloses Bezahlen

1. Gängige Definitionen

Kontaktloses Bezahlen nennt man eine – zunehmend an Bedeutung gewinnende – Zahlungsfunktion, bei der

Zahlungen abgewickelt werden, ohne dass eine Karte in ein Gerät gesteckt werden muss. Weit verbreitet ist die Abwicklung über **NFC** (Near Field Communication; auch „PayPass-Funktion“ genannt⁴⁾). Die meisten Zahlungskarten, aber auch moderne Smartphones, unterstützen diese Funktion.⁵⁾ Die **Datenübertragung erfolgt über Funk**, wobei der Abstand zwischen Karte bzw Handy und NFC-tauglichem Gerät maximal 4 cm betragen darf. Ein Kontakt zwischen Karte und Gerät ist nicht erforderlich, weshalb man von kontaktlosem Bezahlen spricht.⁶⁾ Dass mitunter eine Berührung zwischen Karte und Gerät stattfindet und allenfalls noch ein PIN-Code eingegeben werden muss, um die Zahlung abzuschließen, ändert nichts daran, dass es sich definitionsgemäß um kontaktloses Bezahlen handelt.

Zur Beschleunigung des Bezahlvorgangs braucht bei kleineren Beträgen kein PIN-Code eingegeben zu werden, und es muss auch keine „OK“-Taste gedrückt werden. Vor Corona konnte man ohne PIN-Eingabe bis zu fünf Mal Zahlungen in Höhe von maximal € 25,- vornehmen. Bei der sechsten Verwendung war wieder eine Code-Eingabe notwendig, um im Fall des Abhandenkommens der Karte den Eintritt eines größeren Schadens durch den leicht mög-

1) Ein eigenes Thema, das in diesem Beitrag nicht behandelt wird, ist die Strafbarkeit der Verwendung einer fremden Bankomatkarte zur Geldbehebung an einem Bankomaten: nach der Rsp des OGH ein Diebstahl durch Einbruch nach §§ 127, 129 Abs 1 Z 3 StGB (OGH 15 Os 29/16b JBl 2017, 132 mit krit Anm von *Salimi*), nach überwiegender Meinung im Schrifttum jedoch ein betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch nach § 148a StGB (s dazu etwa *Bernreiter*, Bankomatkartenmissbrauch, JAP 2018/2019, 13; *Kienapfel/Schmoller* Studienbuch Strafrecht Besonderer Teil II² [2017] § 127 Rz 102, jeweils mit zahlreichen Nachw).

2) *Kirchbacher/Sadoghi* in *WK² StGB* § 148a Rz 31; *Komenda/Macl* in *SbgK* § 148a Rz 109; *McAllister*, Strafrechtliche Auswirkungen der neuen „PayPass“-Funktion von Kredit- und Bankomatkarten, JBl 2014, 225f.

3) OGH 28. 4. 2022, 12 Os 140/21 m H auf OGH 4. 7. 2017, 11 Os 45/17b.

4) *McAllister*, JBl 2014, 225f.

5) Wikipedia, https://de.wikipedia.org/wiki/Kontaktloses_Bezahlen (Stand 12. 9. 2022).

6) Die NFC-Funktion auf einer Bankomat-, Kredit- oder Debitkarte bewirkt im Übrigen (anders als bei einem aufgeladenen Cash-Chip auf der Karte, den es aber ohnehin praktisch nicht mehr gibt: s etwa *Salimi* in *SbgK* § 127 Rz 68) nicht, dass sie neben ihrer Eigenschaft als unbares Zahlungsmittel gem § 74 Abs 1 Z 10 StGB auch zu einem Wertträger und damit diebstahltauglich wird. NFC ermöglicht nur den Zugriff auf ein Konto. Erst im Zeitpunkt des Bezahlers wird die betreffende Summe vom Konto abgebucht und auf ein anderes Konto übertragen.

ÖJZ 2022/154

§§ 146, 147 Abs 1 Z 1, §§ 148a, 241e Abs 1 StGB

OGH 28. 4. 2022, 12 Os 140/21 m; 4. 7. 2017, 11 Os 45/17b

kontaktloses Bezahlen;

unbares Zahlungsmittel; Bankomatkarte;

Kreditkarte;

Debitkarte;

NFC-Technologie;

PayPass-Funktion;

Betrug;

betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch

lichen Missbrauch zu verhindern. Für die Dauer der Corona-Krise wurde der Maximalbetrag ohne PIN-Eingabe auf € 50,- erhöht; bei den meisten Karten muss bei Überschreitung von € 125,- jedoch wieder ein PIN eingegeben werden.

Kein kontaktloses Bezahlen liegt vor, wenn eine Bankomat-, Debit-⁷⁾ oder Kreditkarte **in ein Gerät gesteckt** oder durch ein Gerät gezogen werden muss, um die Datenübertragung durch Auslesen der auf einem Chip oder Magnetstreifen gespeicherten Daten zu bewirken: Die zu bezahlende Summe wird vom Verkaufspersonal in den Bankomatterminal (POS-Terminal) eingegeben oder übertragen, der Kunde steckt die Karte in das Gerät, gibt den PIN ein und autorisiert den Zahlungsvorgang durch Drücken der grünen „OK“-Taste. Diese Bezahlmethode ist nach wie vor weit verbreitet. Wie beim kontaktlosen Bezahlen wird die Karte dabei vom Benutzer nicht aus der Hand gegeben, der Benutzer führt den Bezahlvorgang mithilfe der Karte am Terminal selbst aus und bewirkt die Abbuchung vom Konto des Kartenberechtigten. Die Karte (bzw die Verfügungsbechtigung) wird vom Verkaufspersonal nicht überprüft. Entscheidend ist für das Verkaufspersonal, dass das Bezahlen funktioniert und der erfolgreiche Bezahlvorgang bestätigt wird.

Bei **Kreditkarten** kommt auch noch die „**klassische**“ Bezahlmethode zum Einsatz, die früher allgemein üblich war: Dem Verkäufer oder Kassier wird die Karte übergeben, er steckt sie in sein Gerät ein oder zieht sie durch sein Gerät durch, worauf ein Beleg mit der zu bezahlenden Summe ausgedruckt wird, den der Karteninhaber unterschreiben muss. Die **Unterschrift** dient der Überprüfung der Berechtigung zur Verwendung der Karte: Die Unterschrift auf dem Beleg sollte mit der Unterschrift auf der Karte abgeglichen werden. In der Praxis unterbleibt diese Kontrolle allerdings häufig: Meist gibt der Verkäufer oder Kassierer dem Käufer die Karte gleichzeitig mit dem ausgedruckten Beleg wieder zurück, ohne die Unterschrift zu überprüfen, was aufgrund der vorzeitigen Retournierung der Karte auch gar nicht mehr möglich ist.

Eine weitere, neue Bezahlmethode sind **Selbstbedienungskassen**, auch SCO-Kassen (self-checkout) bezeichnet. Sie finden vor allem bei Handelsketten, aber auch Betriebskantinen zunehmend Verwendung, um das Bezahlverfahren (durch Einsparung von Personal) noch effizienter zu gestalten: Die Kunden scannen die ausgewählten Waren selbst ein und bezahlen den ermittelten Gesamtpreis an einem speziellen Terminal mit Karte. Es gibt kein Verkaufspersonal, das das bargeldlose Bezahlen einleitet (weil an Selbstbedienungskassen nur diese Form der Bezahlung möglich ist) oder nach Feststellung des erfolgreichen Bezahlvorgangs die gekauften Waren „freigibt“. Meist befindet sich zwar Personal in der Nähe, aber nur um bei allfälligen Bedienungsproblemen oder Störungen Hilfe zu leisten. Der Bezahlvorgang kann an diesen Kassen kontaktlos mit NFC (und allenfalls erforderlicher PIN-Eingabe) oder nicht kontaktlos durch Einstecken der Karte und Eingabe des PIN-Codes abgewickelt werden.

2. Terminologie des OGH

Liest man die zu dieser Thematik vorhandenen Entscheidungen des OGH genauer, stellt sich die Frage, ob auch der OGH die Begriffe kontaktloses bzw nicht kontaktloses Bezahlen im oben dargelegten, gängigen Sinn versteht: In der E 12 Os 140/21 m hält der OGH fest, dass die unbefugte Benutzung einer fremden Bankomatkarte zur **kontaktlosen Bezahlung** an einer Bankomatkassa nach § 148a StGB zu beurteilen wäre, und verweist dazu auf *Kirchbacher/Sadoghi*,⁸⁾ *Komenda/Madl*⁹⁾ und (als „instruktiv“ auf *McAllister*.¹⁰⁾ Hingegen komme Strafbarkeit nach §§ 146, 147 Abs 1 Z 1 zweiter Fall StGB in Betracht, wenn **nicht kontaktlos** bezahlt werde, sondern das entfremdete unbare Zahlungsmittel (hier: Bankomatkarte) mit der (konkludenten) Behauptung, darüber verfügungsberechtigt zu sein, im Zahlungsverkehr verwendet werde, um den Getäuschten zur Überlassung von Waren zu verleiten. Dazu verweist der OGH auf die E 11 Os 45/17b,¹¹⁾ in der er im Hinblick auf die „Einleitungsphase“, nämlich der Zustimmung des Verkäufers zur Bezahlung mit Bankomatkarte, den Gebrauch der entfremdeten Bankomatkarte unter §§ 146, 147 Abs 1 Z 1 zweiter Fall StGB subsumiert hat.

Der OGH scheint demnach die (durch Täuschung erlangte) **Zustimmung zur Bezahlung mit der Bankomatkarte als wesentliches Definitionsmerkmal des nicht kontaktlosen Bezahlers** anzusehen. Aber der Umstand, ob die Karte eingesteckt wird oder nicht, hat mit der Erlangung der Zustimmung des Verkaufspersonals zur Bankomatkartenzahlung rein gar nichts zu tun. Wenn Verkaufspersonal anwesend ist, hat der Kunde die Wahl zwischen Barzahlung oder bargeldloser Bezahlung mit Karte. Teilt er dem Kassierer (ausdrücklich oder durch eine Geste, zB Zeigen einer Karte) seinen Wunsch nach bargeldloser Bezahlung mit, drückt dieser eine bestimmte Taste an seinem Kassenscomputer und bewirkt dadurch, dass die zu bezahlende Summe am Bankomatkassenterminal angezeigt wird und der Kunde den Bezahlvorgang mit Karte vornehmen kann. Wie er das macht – ob durch Einstecken der Karte oder kontaktlos durch Nutzung von NFC –, bleibt dem Kunden überlassen. Für das Verkaufspersonal ist allein entscheidend, dass auf seinem Bildschirm der erfolgreiche Bezahlvorgang bestätigt wird.

Für die Subsumtion durch den **OGH** dürfte **entscheidend** sein, welche **Feststellungen** das erkennende Gericht getroffen hat: Wenn es festgestellt hat, dass das Verkaufspersonal zum Akzeptieren der Bezahlung mit der (fremden) Bankomatkarte verleitet wurde, wird ein Betrug angenommen; wenn keine solche Feststellung getroffen wurde, wird die Verwendung einer fremden Bankomatkarte unter § 148a StGB subsumiert. Mit kontaktlosem oder nicht kontaktlosem Bezahlen hat das allerdings nichts zu tun, weshalb der

7) Bankomatkarten werden seit einiger Zeit als Debitkarten bezeichnet. Im Folgenden wird meist nur der geläufigere Begriff Bankomatkarte verwendet.

8) In WK² StGB § 148a Rz 31.

9) In SbgK § 148a Rz 109.

10) JBl 2014, 226.

11) Sowie *Schroll* in WK² StGB § 241 e Rz 25.

Verweis auf *McAllister*¹²⁾ (als „instruktiv“), die in der gängigen Definition nur das Bezahlen mit NFC („Pay-Pass“) als kontaktloses Bezahlen ansieht, verwirrend ist. Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass auch die vom OGH zitierten Autoren *Kirchbacher/Sadoghi*¹³⁾ nicht von kontaktlosem Bezahlen sprechen, sondern die unbefugte Benützung fremder Bankomatkarten zur Bezahlung an einer Bankomat-Kasse generell als Fall des § 148a StGB ansehen.

C. Zur Anwendbarkeit des § 148a StGB (Betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch)

1. Dateneingabe

Nach § 148a StGB macht sich ua strafbar, wer durch Eingabe von Daten den Ablauf eines elektronischen Datenverarbeitungsprozesses beeinflusst. Die Eingabe von Daten kann dadurch erfolgen, dass Ziffern oder Zahlen (insb ein PIN-Code) in ein Gerät eingetippt werden. Es liegt aber auch eine Dateneingabe vor, wenn bloß bewirkt wird, dass Daten, die auf der Karte (auf einem Chip oder Magnetstreifen) gespeichert sind, von einem Gerät ausgelesen werden können: also etwa durch Einstecken einer Karte oder Durchziehen durch ein Lesegerät. Auch **beim kontaktlosen Bezahlen werden Daten** – bei NFC per Funk – **übertragen**, selbst wenn keine PIN-Eingabe erforderlich ist. Ob es sich um eine Bankomat-, Debit- oder Kreditkarte (ohne Leistung einer Unterschrift) handelt, spielt keine Rolle.

In all diesen Fällen werden die „richtigen“ Daten eingegeben – andernfalls funktioniert der Bezahlvorgang nicht –, allerdings unbefugt. Auch eine solche Dateneingabe („Input-Manipulation“) wird nach hA von § 148a StGB erfasst. Entscheidend ist, dass durch die Eingabe von Daten ein technischer Ablauf (die Datenverarbeitung; s unten C.2.) in Gang gesetzt wird; auf den technischen Ablauf selbst braucht nicht eingewirkt zu werden.¹⁴⁾

2. Zu den weiteren Tatbestandsmerkmalen

Die Dateneingabe bzw Datenübertragung bewirkt, dass das **Ergebnis** einer automationsunterstützten Datenverarbeitung **beeinflusst** wird: Das Ergebnis, die Abbuchung der Summe vom Konto des Kontoinhabers, ist „falsch“, weil diese Transaktion von ihm nicht gewollt war und von der materiellen Rechtslage abweicht. Dieser vom Täter durchgeführte Bezahlvorgang führt beim Kontoinhaber einen **Vermögensschaden** herbei.¹⁵⁾ Am **Vorsatz** auf diese Tatbestandselemente und am erweiterten Vorsatz auf unrechtmäßige Bereicherung gibt es im Allgemeinen keinen Zweifel, sodass der Tatbestand des betrügerischen Datenverarbeitungsmissbrauchs nach § 148a StGB verwirklicht wird.

3. Neuerungen durch BGBl I 2021/201

Seit der Neufassung des § 148a StGB durch das BGBl I 2021/201 ist zu beachten, dass der neue **§ 148a Abs 3 StGB** für den Fall einer **unrechtmäßigen Dateneingabe** eine deutlich erhöhte Strafdrohung von Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren (und damit ver-

bunden die einzelrichterliche Zuständigkeit) vorsieht. Die Verwendung einer *fremden* Bankomat- oder Kreditkarte ist in aller Regel unrechtmäßig, sodass in derartigen Fällen nunmehr § 148a Abs 3 StGB zur Anwendung kommt.¹⁶⁾ Eine **rechtmäßige Eingabe von Daten** – und damit Strafbarkeit nur nach **§ 148a Abs 1 StGB** – liegt nur bei Verwendung der eigenen Karte oder bei Verwendung einer fremden Karte im Auftrag oder mit Zustimmung des Karteninhabers vor.

D. Strafbarkeit wegen Betrugs nach §§ 146f StGB?

1. Zur Täuschung

Der OGH vertritt wie erwähnt in den beiden angeführten Entscheidungen¹⁷⁾ die Auffassung, dass **das kontaktlose Bezahlen** mit einer fremden Bankomatkarte **unter § 148a StGB zu subsumieren** sei. Bei einer **nicht kontaktlosen Verwendung** eines entfremdeten unbaren Zahlungsmittels im unbaren Zahlungsverkehr werde hingegen im Hinblick auf die „Einleitungsphase“, nämlich die **(erschlichene) Zustimmung des Verkäufers zur Bezahlung** mit der Bankomatkarte, der Betrugstatbestand nach §§ 146, 147 Abs 1 Z 1 zweiter Fall StGB verwirklicht.¹⁸⁾ Die vom Schrifttum auch für diesen Fall überwiegend angenommene Subsumtion unter § 148a StGB¹⁹⁾ wird abgelehnt.

Der OGH sieht – sofern das erkennende Gericht eine derartige Feststellung getroffen hat – in der Verwendung der fremden Bankomatkarte an der Bankomat-Kasse eine **konkludente Täuschung** des Verkäufers über die Verfügungsberechtigung über die Karte.²⁰⁾ Dies gilt aber anscheinend nicht, wenn der Kunde kontaktlos bezahlt hat (s dazu oben B.2.). Nach Ansicht des OGH wird, wie das für § 146 StGB erforderlich ist, auch bewirkt, dass durch die (erschlichene) Zustimmung des Verkäufers ein Vermögensschaden eintritt: Der Betrug ist ja ein Selbstschädigungsdelikt, dh dass der Getäuschte die (diesen oder einen Dritten) schädigende Vermögensverfügung vornehmen muss (dazu näher unten D.2.). →

12) JBl 2014, 226.

13) In WK² StGB § 148a Rz 31.

14) *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, Strafrecht Besonderer Teil I⁷ (2020) 220f; *Birkbauer/Lehmkuhl/Tipold*, Strafrecht Besonderer Teil I⁵ (2020) § 148a Rz 8; *Bertel/Schwaighofer/Venier*, Strafrecht Besonderer Teil I¹⁵ (2020) § 148a Rz 1f; *Komenda/Madl* in SbgK § 148a Rz 68f; *Kirchbacher/Sadoghi* in WK² StGB § 148a Rz 18, 31; *Kienapfel*, Strafrecht Besonderer Teil II² (1988) § 148a Rz 18; *McAllister*, JBl 2014, 226f; s auch ErläutRV 1099 BlgNR 27. GP 5; *Rebisant*, Kontroversen im österreichischen Strafrecht (2011) 62.

15) *McAllister*, JBl 2014, 226; *Bergauer*, Das materielle Computerstrafrecht (2016) 361; *Kirchbacher/Sadoghi* in WK² StGB § 148a Rz 11; *Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker*, IT-Strafrecht (2018) Rz 2.333f.

16) ErläutRV 1099 BlgNR 27. GP 5; *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari*, StGB¹⁴ (2022) § 148a Rz 3/1.

17) OGH 28. 4. 2022, 12 Os 140/21m, 4. 7. 2017, 11 Os 45/17b; ebenso *Fabrizy/Michel-Kwapinski/Oshidari*, StGB¹⁴ § 148a Rz 3.

18) Ebenso *Schroll* in WK² StGB § 241e Rz 25; *Kert* in SbgK § 146 Rz 81.

19) *Kirchbacher/Sadoghi* in WK² StGB § 148a Rz 31; *Kienapfel* BT I² § 148a Rz 24; *Komenda/Madl* in SbgK § 148a Rz 106ff; *Bertel/Schwaighofer/Venier*, BT I¹⁵ § 148a Rz 2; *Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker*, IT-Strafrecht Rz 2.333f; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I⁷ 220.

20) *Kert* in SbgK § 146 Rz 81; nach *Komenda/Madl* in SbgK § 148a Rz 109 lasse sich eine Täuschung noch argumentieren.

Diese Differenzierung zwischen kontaktlosem und nicht kontaktlosem Bezahlen ist allerdings nicht nachvollziehbar; der Unterschied hinsichtlich der angenommenen konkludenten Täuschung wird vom OGH auch nicht erklärt. Auch beim kontaktlosen Bezahlen ist (ausgenommen bei Selbstbedienungskassen) üblicherweise ein Verkäufer anwesend, der aufgrund des Wunschs des Käufers nach bargeldloser Bezahlung die Bankomatkartenzahlung einleitet und dadurch bewirkt, dass die zu bezahlende Summe am Bankomatkassenterminal angezeigt wird und zur Bezahlung freigegeben ist. Wenn der OGH in der nicht kontaktlosen Verwendung der Karte die konkludente Behauptung (Erklärung) der Berechtigung zur Kartenverwendung und daher eine Täuschung sieht, falls diese „Behauptung“ nicht der Wahrheit entspricht, dann müsste das gleichermaßen auch für das kontaktlose Bezahlen gelten und die Handlung konsequenterweise ebenfalls unter § 146 StGB subsumiert werden. In beiden Fällen ermöglicht das Verkaufspersonal dem Täter, den Bezahlvorgang mit dieser Karte vorzunehmen und in weiterer Folge die gekauften Waren an sich zu nehmen.

Die Auffassung, die in der Verwendung einer fremden Karte eine (konkludente) Täuschung über die Verfügungsbefugnis sieht, ist jedoch abzulehnen. Die vor allem von *Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker*²¹⁾ und *McAllister*²²⁾ dagegen vorgebrachten Argumente überzeugen: Zwar ist bei den geschilderten Bezahlvorgängen – im Gegensatz zum Bezahlen an Selbstbedienungskassen – Verkaufspersonal anwesend, das den Bezahlvorgang einleitet. Aber die Verwendung der Karte hat im Geschäftsverkehr nach der maßgeblichen allgemeinen Verkehrsauffassung²³⁾ keinen Erklärungswert hinsichtlich der Befugnis zur Kartenverwendung. Der Kassier hat beim Bezahlvorgang an Bankomatkassen durch den Kunden weder die Verpflichtung noch die Aufgabe, die Verfügungsberechtigung zu prüfen.²⁴⁾ Eine (zeitaufwändige) Prüfpflicht anzunehmen, wäre auch völlig realitätsfern. Im Allgemeinen kann das Verkaufspersonal gar nicht erkennen, welche Karte der Kunde verwendet. Die Karte wird dem Verkaufspersonal ja nicht ausgehändigt, der Kunde selbst agiert mit der Karte am Terminal, der (seit Corona) oft noch durch eine Glasscheibe vom Verkaufspersonal getrennt ist. Damit fehlt es an einer kausalen Täuschung eines Menschen, wie sie für den Betrug notwendig ist.²⁵⁾

Anders ist die Situation bei der „klassischen“ Verwendung der Kreditkarte, bei der die Karte dem Verkaufspersonal übergeben wird, das sie in das Lesegerät einführt, worauf in weiterer Folge ein Beleg ausgedruckt wird, der vom Karteninhaber unterschrieben werden muss. Bei dieser Verwendungsart besteht eine Prüfpflicht, auch wenn sie in der Praxis vielfach nicht ernst genommen wird: Die Unterschrift soll den Abgleich mit der auf der Karte befindlichen Unterschrift ermöglichen. Durch das Übergeben des Belegs mit einer nachgemachten Unterschrift wird der Verkäufer über die Berechtigung zur Verwendung der Karte getäuscht;²⁶⁾ bei fehlender Übereinstimmung dürfte die Karte für den Zahlungsvorgang nicht akzeptiert werden. Die Situation ist ähnlich wie beim unbefugten Ab-

heben von einem fremden Sparbuch: Die Vorlage eines Sparbuchs und das Einsetzen des Lösungsworts und (umso mehr) das Nachmachen der Unterschrift auf dem Auszahlungsbeleg beinhalten die konkludente Erklärung, zur Abhebung berechtigt zu sein.²⁷⁾ Die Bank hat die Verpflichtung (durch das Lösungswort bzw. einen Identitätsnachweis) zu prüfen, ob die Person zur Abhebung berechtigt ist. Wenn das Lösungswort nicht stimmt oder die Person nicht legitimiert ist, muss die Bank die Abhebung verweigern. Gleiches gilt, wenn zwar das richtige Lösungswort eingesetzt wird, aber der Bankmitarbeiter aus bestimmten Gründen dennoch Zweifel an der Abhebungsbefugnis hat.²⁸⁾ Im Ergebnis ist also festzuhalten, dass weder bei der kontaktlosen noch bei der nicht kontaktlosen Verwendung einer fremden Bankomat- oder Kreditkarte (aber ohne Unterschrift) eine Täuschung vorliegt.

2. Zur selbstschädigenden Handlung des Getäuschten

Selbst wenn man – wie der OGH und einzelne Autoren – eine Täuschung annimmt, wäre ein Betrug dennoch zu verneinen. Denn der Betrug ist ein Selbstschädigungsdelikt, wie dies auch vom OGH in der E 12 Os 110/21 z betont wird: Der Täter muss durch seine Täuschungshandlung bewirken, dass die getäuschte Person eine Handlung, Duldung oder Unterlassung setzt, die den Schaden herbeiführt.

Ein Betrug ist zu verneinen, weil die angeblich getäuschte Person (Verkäufer, Kassier) nicht selbst die schädigende Handlung setzt. Es ist der Täter, der den Bezahlvorgang durch die Dateneingabe auslöst. Er und nicht der Verkäufer bewirkt die Abbuchung vom fremden Konto, die den Vermögensschaden herbeiführt. Das bloße Zulassen (Ermöglichen) der Verwendung der Bankomatkarte führt noch keinen Scha-

21) IT-Strafrecht Rz 2.333.

22) JBl 2014, 226f.

23) *Birkbauer/Lehmkuhl/Tipold*, BT I⁵ § 146 Rz 11; *Kienapfel/Schmoller*, StudB BT II² § 146 Rz 52.

24) Die Vertragsunternehmen sind freilich berechtigt, anhand der Kartendaten zu prüfen, ob die Karte einsetzbar und gültig ist und ob eine Sperrung vorliegt: s etwa Bank Austria Kundenrichtlinien für Debitkarten Pkt 1.7.8.

25) *Reindl-Krauskopf/Salimi/Stricker*, IT-Strafrecht Rz 2.333; *McAllister*, JBl 2014, 226; *Birkbauer* in PK-StGB § 148a Rz 10; *Bertel/Schwaighofer/Venier*, BT I¹⁵ § 148a Rz 2.

26) *McAllister*, JBl 2014, 227; *Kienapfel/Schmoller*, StudB BT II² § 146 Rz 58; *Leukauf/Steininger/Flora*, StGB⁴ § 146 Rz 17; *Kert* in SbgK § 146 Rz 80; *Kirchbacher/Sadoghi* in WK² StGB § 146 Rz 21; *Bertel/Schwaighofer/Venier*, BT I¹⁵ § 146 Rz 7; *Birkbauer* in PK-StGB § 148a Rz 10 FN 14.

27) *Kienapfel/Schmoller*, StudB BT II² § 146 Rz 64; *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I⁷ 208; RIS-Justiz RS0093543; RS0094549.

28) Dies gilt generell für Typ-2-Sparbücher gem § 32 Abs 4 Z 2 BWG (Großbetragssparbücher mit einem Einlagenstand von mindestens € 15.000,- und Namensspargbücher). Bei Typ-1-Sparbüchern nach § 32 Abs 4 Z 1 BWG (Kleinbetragssparbücher mit einem Einlagenstand unter € 15.000,-) besteht bei der Bank keine Auszahlungspflicht, sondern nur ein Auszahlungsrecht gegenüber dem Vorleger und Inhaber des Sparbuchs, wenn er zwar das korrekte Lösungswort kennt, aber seine materielle Berechtigung nicht nachweisen kann: vgl *Hinterhofer* in *Kert/Kodek*, Handbuch Wirtschaftsstrafrecht² (2022) Rz 3.59f; *Harrich* in *Laurer/Schütz/Kammel/Ratka*, BWG⁴ §§ 31–32 Rz 14f, jeweils mwN. Siehe auch OGH 8. 5. 1984, 10 Os 78/84: Die Bank ist jedenfalls berechtigt, die Auszahlung bei Bedenken zu verweigern. Wenn einem Bankmitarbeiter grobe Fahrlässigkeit bei der Auszahlung anzulasten ist, wird die Bank sogar schadenersatzpflichtig.

den herbei, sondern eröffnet dem Täter nur die Gelegenheit, die schädigende Handlung durch Eingabe der Kartendaten und Autorisierung der Zahlung selbst zu setzen.²⁹⁾ Darin liegt der Unterschied zur traditionellen Bezahlung mit Kreditkarte, bei der eine Unterschrift geleistet werden muss: In diesem Fall löst das Verkaufspersonal aufgrund der Täuschung über die Verfügungsberechtigung der Karte den Bezahlvorgang aus, der zum Schaden führt. Nicht anders ist es bei der Abhebung von einem fremden Sparbuch unter Vortäuschung der Verfügungsberechtigung: Der Schaden wird vom Bankangestellten durch die Auszahlung des Geldes herbeigeführt. Nach Ansicht von *Kert*³⁰⁾ und wohl auch des OGH besteht die vom Getäuschten gesetzte schädigende Handlung (auch) in der Herausgabe der Waren. Aber der Schaden ist schon vorher durch den Bezahlvorgang am Bankomatterminal (Abbuchung vom Konto des Kartenberechtigten) eingetreten, die Ausfolgung der gekauften Waren oder das Zulassen des An-sich-Nehmens führt keinen (weiteren) Schaden mehr herbei.³¹⁾

E. Konkurrenzfragen zur Entfremdung unbarer Zahlungsmittel nach § 241 e Abs 1 StGB

Abschließend sollen noch kurz einige Konkurrenzfragen zwischen Betrug bzw. Betrügerischem Datenverarbeitungsmissbrauch und der Entfremdung unbarer Zahlungsmittel angesprochen werden. Denn in den meisten Fällen gelangt der Täter auf rechtswidrige Weise (insb. durch Wegnahme) in den Besitz einer fremden Bankomat- oder Kreditkarte.

Wenn sich der Täter die Karte auf eine solche Weise verschafft und dabei den zumindest bedingten Vorsatz hat, sich oder einen Dritten durch ihre Verwendung im Rechtsverkehr unrechtmäßig zu bereichern, macht er sich nach § 241 e Abs 1 Satz 1 StGB strafbar. Kommt es in weiterer Folge zur Verwendung der fremden Karte für einen Wareneinkauf, stellt sich die Frage nach der Konkurrenz zwischen § 241 e Abs 1 StGB und dem Tatbestand, der anschließend durch die Verwendung der Karte erfüllt wird.

Sofern die Verwendung als Betrug nach §§ 146, 147 Abs 1 Z 1 zweiter Fall StGB strafbar ist (bei Verwendung einer fremden Kreditkarte und Leistung einer Unterschrift), wird die vorangegangene Entfremdung des unbaren Zahlungsmittels gem § 241 e Abs 1 StGB nach einhelliger Auffassung verdrängt, da die Betrugsqualifikation nach § 147 Abs 1 Z 1 StGB ua an die Verwendung eines entfremdeten unbaren Zahlungsmittels anknüpft.³²⁾

Ist die Verwendung der Karte hingegen als betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch zu qualifizieren, dann konkurrieren § 241 e Abs 1 StGB und § 148 a Abs 3 StGB. Dieses Ergebnis ist seit der Erhöhung der Strafdrohung für die unrechtmäßige Dateneingabe in § 148 a Abs 3 StGB³³⁾ auf Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren unvermeidlich. Die Entfremdung der Karte (§ 241 e Abs 1 StGB) kann auch nicht als straflose Vortat gewertet werden, weil die Begehungsweisen des § 148 a StGB ein solches Handeln nicht voraussetzen.

Bis zum 31. 12. 2021 waren alle Tathandlungen des § 148 a StGB, wenn man von der Wert- und Gewerbsmäßigkeitqualifikation absieht, generell nur nach § 148 a Abs 1 StGB mit Freiheitsstrafe bis zu sechs Monaten oder Geldstrafe bis zu 360 Tagessätzen strafbar. Im Hinblick auf den von § 241 e Abs 1 StGB geforderten Vorsatz (im Zeitpunkt des Verschaffens) auf unrechtmäßige Bereicherung durch Verwendung des unbaren Zahlungsmittels im Rechtsverkehr konnte eine Verdrängung des § 148 a Abs 1 StGB (als vorbestrafte Nachtat) argumentiert werden.³⁴⁾ Diese Ansicht ist jedoch im Hinblick auf die Versechsfachung der Strafdrohung nicht mehr haltbar.

F. Zusammenfassung

Der OGH nimmt bei der nicht kontaktlosen Verwendung einer fremden Bankomatkarte (durch Einstecken der Karte) einen (nach § 147 Abs 1 Z 1 StGB qualifizierten) Betrug an, wenn die Zustimmung des Verkäufers zur Verwendung der Karte (durch die konkludente Behauptung der Verfügungsbefugnis) erlangt wird, um den Getäuschten zur Überlassung von Waren zu verleiten. Voraussetzung dafür ist, dass das erkennende Gericht eine täuschungsbedingte Verleitung des Verkäufers oder Kassiers festgestellt hat. Dies wird vom OGH zwar nicht ausdrücklich gesagt, ergibt sich aber schlüssig aus seinen Entscheidungen.

In Ermangelung einer Prüfkompetenz des Verkaufspersonals kann jedoch von keiner Täuschung durch schlüssiges Verhalten gesprochen werden. Außerdem fehlt es an der für den Betrug notwendigen Selbstschädigung durch die Handlung des Getäuschten. Der Schaden – die Abbuchung vom Konto des Kartenberechtigten – wird nämlich vom Täter durch den von ihm getätigten Bezahlvorgang herbeigeführt. Daher ist sowohl beim kontaktlosen als auch beim nicht kontaktlosen Bezahlen ein betrügerischer Datenverarbeitungsmissbrauch nach § 148 a StGB anzunehmen.

Die vom OGH vorgenommene Differenzierung zwischen kontaktlosem und nicht kontaktlosem Bezahlen ist nicht nachvollziehbar. Das kontaktlose Bezahlen mit einer fremden Bankomatkarte mithilfe der NFC-Technologie ist nach Ansicht des OGH nämlich unter § 148 a StGB zu subsumieren, obwohl die Situa-

29) Siehe auch *Kert* in SbgK § 146 Rz 170, 267; *Bertel/Schwaighofer/Venier*, BT I¹⁵ § 146 Rz 18; teilweise aM die Rsp: 14 Os 166/13p; *Kirchbacher/Sadoghi* in WK² § 146 Rz 95.

30) In SbgK § 146 Rz 80; ebenso *Schroll* in WK² StGB § 241 e Rz 25.

31) So überzeugend *Komenda/Madl* in SbgK § 148 a Rz 109.

32) RIS-Justiz RS0119780 [T 1]; RS0120530 [T 1, T 3, T 4]; *Kienapfel/Schmoller*, StudB BT III² § 241 e Rz 42 und 62; *dies*, StudB BT II² § 146 Rz 265; *Kert* in SbgK § 146 Rz 423 sowie § 147 Rz 230; *Schroll* in WK² StGB § 241 e Rz 27; *Oshidari* in SbgK § 241 e Rz 53; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht Besonderer Teil II⁶ (2016) § 241 e Rz 24; *Leukauf/Steininger/Tipold*, StGB⁴ § 241 e Rz 6 (stillschweigende Subsidiarität); *Fuchs/Reindl-Krauskopf*, BT I⁷ 159 und 217; *Bertel/Schwaighofer*, Strafrecht Besonderer Teil II¹⁵ (2022) § 241 e Rz 8; *Leukauf/Steininger/Flora*, StGB⁴ § 146 Rz 49a mit Verweis auf Rz 48 (Spezialität).

33) BGBl I 2021/201.

34) *Bertel/Schwaighofer/Venier*, BT I¹⁵ § 148 a Rz 1; *Bertel/Schwaighofer*, Strafrecht BT II¹⁴ § 241 e Rz 8; anders die hA (echte Konkurrenz): OGH 30. 8. 2012, 13 Os 63/12g; *Hinterhofer/Rosbaud*, Strafrecht Besonderer Teil II⁶ (2016) § 241 e Rz 25; *Schroll* in WK² StGB § 241 e Rz 32/1.

tion genau die gleiche ist wie beim nicht kontaktlosen Bezahlen: Der Kunde gibt dem Verkaufspersonal zu erkennen, dass er mit Karte zahlen will, und führt dann

selbst die Zahlung am Terminal durch – statt durch Einstecken der Karte durch bloßes nahes Hinhalten an das Gerät und allenfalls Eingabe des PIN.



→ **In Kürze**

Sowohl das kontaktlose als auch das nicht kontaktlose Bezahlen an Bankomatkassen mit einer fremden Bankomatkarte verwirklicht den Tatbestand des betrügerischen Datenverarbeitungsmissbrauchs nach § 148a StGB. Die vom OGH vorgenommene Subsumtion der nicht kontaktlosen Verwendung fremder Bankomatkarten unter den Betrugstatbestand ist nach Ansicht des Autors verfehlt.

→ **Zum Thema**

Über den Autor:

Univ.-Prof. Dr. Klaus Schwaighofer lehrt am Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie der Universität Innsbruck.

Kontaktadresse: Innrain 52, 6020 Innsbruck.
Tel: 0512 507-80810, Fax: 0512 507-80999,

E-Mail: klaus.schwaighofer@uibk.ac.at

Internet: www.uibk.ac.at/strafrecht/mitglieder/schwaighofer.html

Vom selben Autor erschienen:

Bertel/Schwaighofer/Venier, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil I¹⁵ (2020); *Bertel/Schwaighofer*, Österreichisches Strafrecht Besonderer Teil II¹⁵ (2022); Kommentierung der §§ 99–107 c StGB und der §§ 27–40 SMG für den Wiener Kommentar zum StGB²; Der Sachverständigenbeweis im Strafverfahren (2014); Die kontradiktorische Vernehmung – Erwägungen aus strafrechtlicher und aussagepsychologischer Sicht (gemeinsam mit *Giacomuzzi*, 2019).