

Verwaltung selbst — durch schrittweise Offenlegung einzelner Möglichkeiten und der dadurch eröffneten Verzweigungen für die Beteiligten transparenter gemacht werden und zugleich „Abwägung“ als ein neues, auf das Modellieren mit und in multipolaren Interessengeflechten eingestelltes Verfahren des Entwerfens von Entscheidungsprozessen (und nicht nur punktueller Entscheidungen) institutionalisiert werden.<sup>63</sup>

Damit ist eine Fülle von Problemen aufgeworfen, die im Ratimen der vorliegenden Skizze nicht befriedigend gelöst werden können — vielleicht auch ihrerseits erst durch Experimentieren konturiert werden müßten. Auf die Prüfung der immanenten Stimmigkeit des evolutionären Stufenmodells soll hier ganz verzichtet werden, weil das Konzept ohnehin weit über die verfügbaren technologischen Möglichkeiten hinausgreift. Festzuhalten ist aber die Notwendigkeit der gesellschaftlich expliziten Selbstbeschreibung der Funktion des Rechtssystems, wenn ES in die Rechtsprechung und Verwaltung eingebaut werden sollen. ES wären dann als eine Erscheinungsform der durch steigende Selbstmodifikations- und damit Selbstreflexionsfähigkeit der Gesellschaft geschaffenen Komplexitätsstufe rechtlichen Entscheidens zu werten und zu akzeptieren.

Bei der Konzeption komplexer ES werden sich allerdings große Schwierigkeiten zwangsläufig einstellen: Schon beim Aufbau relativ einfacher Systeme ergeben sich Kommunikationsprobleme zwischen knowledge engineer und Fachexperten. Diese hängen zunächst mit der unterschiedlichen Sichtweise zusammen. Der erstere ist eher am — ohnehin schon schwierigen —

Problem der Implementation, der juristische Experte (im Idealfall) eher an Alternativenreichtum interessiert.<sup>64</sup> Die oben erwähnte höhere Komplexitätsstufe wird technologisch äußerst anspruchsvoll und letztlich nur dann zu erreichen sein, wenn es gelingt, das Phänomen des Parallel-Prozessierens in ES einzubauen und damit erst die Gewährleistung erforderlicher Varietät und Durchlässigkeit für emergente Selbstorganisationsprozesse denkbar erscheint.<sup>65</sup> Ob diese höhere Stufe der Selbstkonstruktionsfähigkeit des Rechtssystems durch ES je erreicht werden kann, ist nicht nur aus technologischen Gründen zweifelhaft. Die rechtstheoretische Herausforderung der ES besteht aber schon jetzt in der Notwendigkeit der Reflexion auf Möglichkeitsbedingungen der Selbstbeschreibung des Rechtssystems und ihrer historischen Evolution.<sup>66</sup>

<sup>63</sup> vgl. dazu W. L. Cats-Baril/G.P. Huber, Decision Support Systems for ill Structured Problems, in: Decision Sciences 1987, 350ff.; G. P. Huber, Issues in the Design of Group Decision Support Systems, in: Management Information Systems Quarterly 1984, 195; W. H. Dutton, Decision Making in the Information Age: Computer Models and Public Policy, in: Progress in Communication Science 5 (1984), 111ff.; ders./K. L. Kraemer, Modeling as Negotiating, Norwood/ N. J. 1985, S. 8; allen zit. Autoren gemeinsam ist die Akzentuierung der Gruppen als „Modellkonstrukteure“.

<sup>64</sup> vgl. R. F. Shangraw, Knowledge Acquisition, Expert Systems, and Public Management, in: Soc. Sci. Micro-Computer Rev. 1987, 163ff.

<sup>65</sup> vgl. McClelland u. a., a.a.O. (Fn. 26), S. 9

<sup>66</sup> vgl. zu Implikationen für das Demokratieprinzip Ladeur, a.a.O. (Fn. 1)

## Datenunterdrückung gemäß § 274 I Nr. 2 StGB — ein Kabinetttstückchen?

Gisela Meyer

Im Rahmen des 2. WiKG wurden auch die Urkundendelikte den neuen Techniken angepaßt bzw. dahingehend erweitert. Dieses gesetzgeberische Anliegen wirft vordergründig keine Bedenken auf, sondern ist im Gegenteil begrüßenswert, um auch die hier vorhandene Regelungslücke zu schließen, die aus der Definition der Urkunde resultiert. Leider aber bewahrheitete sich im Hinblick auf § 274 I Nr. 2 StGB wieder einmal die These, daß zwischen Theorie und Praxis ein weiter Weg liegt. Die tatbestandliche Umsetzung ist nicht als gelungen zu bezeichnen. Geht es um die konkrete Anwendung der Strafvorschrift, so werden mehr Fragen als Antworten aufgeworfen.<sup>1</sup>

### I. Was soll der § 274 I Nr. 2 StGB regeln und was regelt er wirklich?

Beachtet man die systematische Einordnung der Datenunterdrückung in den § 274 StGB, so kann die Erweiterung des Paragraphen eigentlich nur den Zweck verfolgt haben, daß im Computer (auf Datenträger) gespeicherte Urkunden, die mangels visueller Wahrnehmbarkeit — denn hierfür reicht die bloße Einsehbarkeit per Terminal nicht aus<sup>2</sup> — ebenfalls in ihrem

<sup>1</sup> Haft NSZ 1987, 6.

<sup>2</sup> BT-Drucks. 10/5058, S. 33; a.A. Schweizerisches Bundesgericht CR 1987, 38 (39).

Bestand für den Beweisverkehr geschützt werden. Der Wortlaut an sich drückt aber etwas anderes aus.

**1. Daten i. S. v. § 274 I Nr. 2 StGB**

*a) Das Problem*

Geschützt werden in § 274 I Nr. 2 StGB nicht auf Datenträger bzw. im Computer gespeicherte Urkunden, sondern explizit Daten, und zwar solche, „die elektronisch, magnetisch oder sonst nicht unmittelbar wahrnehmbar gespeichert sind oder übermittelt werden“ (§ 202a II StGB). Definiert man Daten als maschinell verarbeitbare Angaben über Sachverhalte<sup>3</sup>, so drängt sich unweigerlich die Frage auf, was Daten i. S. v. § 274 I Nr. 2 StGB noch mit Urkunden (= jede verkörperte Gedankenerklärung, die zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist und ihren Aussteller erkennen läßt<sup>4</sup>) i. S. v. § 274 I Nr. 1 StGB gemeinsam haben. Auf die entscheidende Garantiefunktion ist in der Neuregelung verzichtet worden. Ein gesetzgeberisches Versehen oder Absicht? Und wenn letzteres, wie kann dann die systematische Stellung der Datenunterdrückung unter das Kapitel „Urkundendelikte“ noch gerechtfertigt werden?

*b) Blick auf die Entstehung des § 274 I Nr. 2 StGB*

Der § 274 I Nr. 2 StGB führte während der mehrere Jahre dauernden Gesetzesberatung (1978–1986) ein Schattendasein bezüglich der Datenfälschung (§ 269 StGB). Die Datenunterdrückung wurde lediglich als Folgeanweisung behandelt. Das war auch so lange akzeptabel, wie § 269 und § 274 I Nr. 2 StGB noch vom selben Datenbegriff ausgingen.

§ 269 StGB stellte — gemäß den früheren Entwürfen<sup>5</sup> — die Fälschung nur solcher Daten unter Strafe, die „elektronisch, magnetisch oder sonst nicht sichtbar oder unmittelbar lesbar gespeichert“ und „dazu bestimmt sind, bei einer Verarbeitung im Rechtsverkehr als Beweisdaten für rechtlich erhebliche Tatsachen benutzt zu werden“. § 274 I Nr. 2 StGB verwies auf diesen Datenbegriff. Die Bedenken, die letztendlich auch zu der heutigen Fassung des § 269 StGB führten, waren aber begründet. Man hatte nämlich ausgehend von diesem Datenverständnis keinen Bezugspunkt mehr zum Urkundenbegriff. Man mußte sich also entscheiden, etwas Neues — und dann wirklich losgelöst von alten Vorschriften — zu regeln, also in den Daten ein neues Schutzgut zu erblicken<sup>6</sup> oder eine alte Regelung zu vervollständigen. Letzteres konnte aber nur bedeuten, daß nur solche Daten vor Fälschung gesichert werden, die bei ihrer schriftlichen Fixierung eine Urkunde darstellen würden. Diesem Argument trägt die jetzige Fassung des § 269 StGB Rechnung („... daß bei ihrer Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde vorliegen würde“). Hierdurch rückt die für eine Urkunde charakteristische Garantiefunktion wieder stärker in den Vordergrund.<sup>7</sup>

§ 274 I Nr. 2 StGB verzichtet im Gegensatz zu § 269 StGB auf diesen hypothetischen Urkundencharakter der Daten. Der Gesetzgeber ist also den Weg der blo-

ßen Erweiterung des Schutzes vor Fälschen und Unterdrücken auch auf „Computerurkunden“ nicht konsequent gegangen. Er wollte kein neues Rechtsgut schaffen, sondern nur ein altes in einer neuen technischen Form mit einbeziehen, was übrigens durch eine einfache Ergänzung der §§ 267 und 274 I Nr. 1 StGB, daß bei Computerurkunden auf eine optisch visuelle Wahrnehmbarkeit verzichtet wird,<sup>8</sup> denkbar und machbar gewesen wäre. (Diese Lösung wurde aber mit dem Hinweis, man hätte dann eine wenig anschauliche Tatbestandsumschreibung, abgelehnt.<sup>9</sup>)

Stattdessen wurde mit § 269 StGB ein neuer Tatbestand geschaffen, der das eigentlich einfache Anliegen verklausuliert wiedergibt, so daß das Gesetz zu Ungeheimheiten führen muß. Das Dilemma an dieser Korrektur bestehender Gesetze ist, daß § 274 I Nr. 2 StGB in seiner jetzigen Form nicht Daten mit Urkundencharakter, also wie in § 269 StGB ein altes Rechtsgut schützt, sondern ein neues, nämlich Daten (bzw. ein einzelnes Datum) und das unter der Überschrift der Urkundenunterdrückung. Ergebnis wäre konsequenterweise, daß der Schutz vor Unterdrückung weitgehender ist als der vor Fälschung. Diese Ungleichbehandlung entbehrt jeder Rechtfertigung.

Stillschweigend doch von einem Verweis — wie im Entwurf noch bis zum 19. 02. 1986 — auf § 269 StGB auszugehen, geht hier wohl zu weit, auch wenn man auf diese Weise die Diskrepanz zwischen den §§ 269 und 274 I Nr. StGB schnell ad acta legen könnte.<sup>10</sup> Gegen die Verwendung unterschiedlicher Datenbegriffe geäußerte Bedenken<sup>11</sup> wurden vom Gesetzgeber unberücksichtigt gelassen, eine diesbezügliche Oberflächlichkeit ist nicht gänzlich auszuschließen.<sup>12</sup>

Kann man aber allein aus der Einordnung in die Urkundentatbestände im Wege der Auslegung den Schluß ziehen, daß wohl doch — entgegen dem Gesetzestext — nur Urkunden, die datenmäßig erfaßt sind, in ihrem Bestand geschützt sein sollen? Die neuen Regelungen des 2. WiKG sollten ja gerade klarstellend sein und ein Zurechtbigen von Tatbeständen erübrigen. Es wäre einfacher gewesen, statt des § 202a II StGB den § 269 StGB in die Klammer in § 274 I Nr. 2 StGB zu setzen. Wenn in § 269 StGB auf eine Definition von Daten verzichtet werden kann — hier soll das zumindest problemlos über die Auslegung zu erreichen sein<sup>13</sup> — warum dann nicht auch in § 274 I Nr. 2 StGB?

<sup>3</sup> Grob, S. 1.

<sup>4</sup> Wessels BT 1, S. 158.

<sup>5</sup> BT-Drucks. 9/2008; 10/119; 10/318.

<sup>6</sup> So Forderung bei Sieber, RA-Prot. 10/26, S. 176.

<sup>7</sup> So auch Begründung in BT-Drucks. 10/5058, S. 34 (war von Haft bei Anhörung vor dem RA gefordert worden, RA-Prot. 10/26, S. 168).

<sup>8</sup> Vgl. Haft, RA-Prot.-Anlage 10/26, S. 208; vgl. Schweizerisches Bundesgericht CR 1987, S. 38, das diesen Weg gegangen ist.

<sup>9</sup> BT-Drucks. 10/5058, S. 33.

<sup>10</sup> So die Lösung von Lackner, siehe § 274 Anm. 2.

<sup>11</sup> Helmrich in RA-Prot. 10/69, S. 12.

<sup>12</sup> So meinen Lenckner/Winkelbauer CR 1986, 824 (827).

<sup>13</sup> BT-Drucks. 10/5058, S. 34; a.A. D/T § 269 RN 3..

Auch diese Überlegung führt wieder zu dem Schluß, daß § 269 StGB Urkunden, § 274 I Nr. 2 StGB hingegen Daten schützt. Ist dem so, ist die systematische Einordnung des § 274 I Nr. 2 StGB aber grundlegend falsch.

## 2. Beweiserheblichkeit

### a) Begriff

An keiner Stelle im Gesetz wird gesagt, wie der Begriff „beweiserheblich“ zu definieren ist. Wiederum ist zur Klärung ein Rückgriff auf die Entstehungsgeschichte des 2. WiKG unvermeidbar. „Beweiserheblich“ ist (bzw. soll sein) nämlich nur die Kurzformel<sup>14</sup> für die umständliche Formulierung, die der ursprüngliche Entwurf (des § 269 StGB, auf den § 274 I Nr. 2 StGB verwies) vorsah. „Beweiserhebliche Daten“ sind demnach solche, die „bei einer Verarbeitung im Rechtsverkehr als Beweisdaten für rechtlich erhebliche Tatsachen benutzt werden“.<sup>15</sup>

### b) Unterschied zwischen Urkunden und beweiserheblichen Daten

Merkmal einer Urkunde ist, daß sie zum Beweis im Rechtsverkehr geeignet und bestimmt ist. Könnte man also über die Eigenschaft der Beweiserheblichkeit der Daten zu einem fingierten Urkundenbegriff kommen und auf diese Weise Ungereimtheiten des § 274 I Nr. 2 StGB bereinigen? Das wäre eine denkbare Lösung, wenn nicht wiederum der Wortlaut des § 269 StGB dieser Interpretation entgegenstehen würde. Dieser erwähnt nämlich sowohl die Beweiserheblichkeit der Daten als auch den hypothetischen Urkundencharakter explizit, und zwar so verknüpft, daß beide Merkmale für die Einschlägigkeit des Paragraphen vorliegen müssen.

Das Kriterium „beweiserheblich“ in dem Sinne als „konturlos“ zu bezeichnen,<sup>16</sup> daß es keine eigenständige Bedeutung hat, sondern nur im Zusammenhang mit dem hypothetischen Urkundenbegriff zu sehen ist und diesen praktisch in § 274 I Nr. 2 StGB ersetzt, ist keine brauchbare Lösung. Diesen Schluß ließe zwar auch die Überschrift des § 269 StGB zu; sie ist aber ebenso schlecht gewählt, da sie den Datenbegriff des § 269 StGB nur teilweise wiedergibt.

So bleibt es im Grunde genommen bei dem Ergebnis, daß eines der beiden Merkmale in § 269 StGB überflüssig ist, und zwar das der Beweiserheblichkeit, denn dieses Merkmal erfüllt eine Urkunde von vornherein.<sup>17</sup>

Somit ist zwar der Schluß zulässig, daß jede datenmäßig erfaßte Urkunde ein beweiserhebliches Datum ist. Der Umkehrschluß „Jedes beweiserhebliche Datum (Daten) ist eine Urkunde“, ist aber nicht erlaubt. Denn hierbei würde auf die urkundentypische Ausstellererkennbarkeit für „Computerurkunden“ gänzlich verzichtet. Somit hätte man zwei verschiedene Urkundenbegriffe — kein tragbares Ergebnis.

Über das Charakteristikum der Beweiserheblichkeit läßt sich das Problem des Datenbegriffs in § 274 I Nr. 2

StGB nicht lösen, auch nicht dann, wenn man von § 269 StGB einmal ganz absehen würde, um auf diese Weise „beweiserhebliche Daten“ i.S.d. § 274 I Nr. 2 StGB als andere Bezeichnung für „urkundengleiche Daten“ anzusehen. Auch eine solche isolierte Betrachtung würde im Endeffekt wieder nur ein Zurechtbiegen darstellen. Über die den Aufbau der Norm übergehende ergebnisorientierte Tatsache, daß „beweiserheblich“ i.S.d. § 274 I Nr. 2 StGB gleichbedeutend mit „beweiserheblich“ i.S.d. § 269 StGB ist<sup>18</sup> und keinen Urkundencharakter impliziert, würde man sich im Wege dieser großzügigen Interpretation hinwegsetzen. Es führt kein Weg daran vorbei, daß der Wortlaut des § 274 I Nr. 2 StGB auf eine zwingende Ausstellererkennbarkeit verzichtet und insoweit auch die „beweiserheblichen Daten“ keine Urkundenqualität besitzen müssen.

Die Neuregelung hat also unweigerlich eine Ausweitung des Strafrechts auf die Unterdrückung einfacher, als Daten gespeicherter Erklärungen mit sich gebracht, da unter das Merkmal „beweiserheblich“ praktisch alle Daten zu subsumieren sind, die überhaupt irgendeinen rechtlich bedeutsamen Inhalt haben.

Scheinbar meinte der Gesetzgeber tatsächlich, sich mit „beweiserheblich“ den Verweis auf § 269 StGB in § 274 I Nr. 2 StGB ersparen zu können, obwohl er genau für § 269 StGB dieses Merkmal als unzureichend kritisierte. Will man sich nicht desungeachtet über Definitionslücken hinwegsetzen, so ist nur ein Schluß zulässig: Der neue § 274 I Nr. 2 StGB ist kein Urkundendelikt mehr, sondern ist dogmatisch als bloßer Einschub in § 274 StGB im Sinne einer Folgeänderung nicht korrekt.

### c) Relevanz

Die Frage nach der Relevanz des Merkmals „beweiserheblich“ angesichts der Feststellung, daß es kaum einschränkende Funktion hat, ist insofern nicht von der Hand zu weisen, als es eines der ausdrücklichen Unterscheidungsmerkmale zu § 303a StGB darstellt. Berücksichtigt man das stark voneinander abweichende Strafmaß (§ 303a: weniger als zwei Jahre, § 274 I Nr. 2 StGB: weniger als fünf Jahre), so fragt man sich nach der Legitimität dieser Diskrepanz. Beweiserhebliche Daten, die mangels Garantiefunktion nicht zwingend materiellen Urkundencharakter haben müssen, erscheinen dem Gesetzgeber wesentlich schützenswerter als einfache Daten, die für den jeweiligen Verwender gleich große Bedeutung haben können.<sup>20</sup> Einwände, diese Argumentation würde unerlaubterweise zu sehr auf den Schutz vor großen finanziellen Schäden abstel-

<sup>14</sup> BT-Drucks. 10/5058, S. 34.

<sup>15</sup> BT-Drucks. 10/318, S. 5.

<sup>16</sup> Lackner § 274 Anm. 2.

<sup>17</sup> dieses wurde auch erkannt, die konsequente Streichung aber leider unterlassen, BT-Drucks. 10/5058, S. 34.

<sup>18</sup> BT-Drucks. 10/5058, S. 34: „... es ist wie dort zu verstehen ...“.

<sup>19</sup> BT-Drucks. 10/5058, S. 34, 35.

<sup>20</sup> dieser Vorwurf auch bei Oertel, RA-Prot. 10/26, S. 184.

len — was nicht Sinn und Zweck von Strafrechtsnormen sein soll — kommen bezüglich der neuen Datenstrafbestände schon deshalb nicht zum Tragen, da diese im Rahmen des 2. WiKG gerade auch deswegen eingeführt wurden, weil Computerdelikte zumeist auf einen extrem hohen Schaden hinauslaufen können.<sup>21</sup>

### 3. Der Täter

Täter im Rahmen des § 274 I Nr. 2 StGB kann nur der sein, der über die Daten nicht oder nicht ausschließlich verfügen darf.

#### a) Vergleich zu „gehören“ in § 274 I Nr. 1 StGB

„Gehören“ i. S. v. § 274 I Nr. 1 StGB stellt nicht auf das Eigentum ab; es reicht aus, daß ein anderer dazu berechtigt ist, die Urkunde als Beweismittel zu gebrauchen. Die Beweisbestimmung kann auch nachträglich durch einen Dritten getroffen werden.<sup>22</sup>

#### b) „Verfügen“ als Entsprechung zu „gehören“

Folgt man der Definition, die die Rechtsprechung für „gehören“ verwendet, so ist mit „gehören“ das alleinige Verfügungsrecht gemeint.<sup>23</sup> „Verfügen“ i. S. d. § 274 I Nr. 2 StGB ist folglich gleichbedeutend mit „gehören“ in § 274 I Nr. 1 StGB. Warum werden dann aber überhaupt zwei verschiedene Begriffe benutzt? Daß der Begriff „verfügen“ gerade besonders treffend für die Rechtsbeziehung zu Daten sein soll, ist wenig anschaulich. Stellt man auf seine zivilrechtliche Bedeutung ab, so ist er sogar regelrecht falsch angewendet, denn der Begriff stammt aus dem Sachenrecht<sup>24</sup> und Daten sind keine Sachen, da es am Merkmal der Körperlichkeit fehlt.<sup>25</sup> Als besonders gelungen kann man die Formulierung daher nicht bezeichnen. Man hätte also genauso gut bzw. eigentlich besser beim Wort „gehören“ bleiben sollen, dann wäre wenigstens sofort auf den ersten Blick klar gewesen, daß das gleiche wie in § 274 I Nr. 1 StGB gemeint ist.

Auf dieses Tatbestandsmerkmal gänzlich zu verzichten und es durch „unbefugt“ oder „rechtswidrig“ zu ersetzen, bringt insoweit keine Vorteile, als ersterer Begriff ungenau ist<sup>26</sup> und die Rechtswidrigkeit einer Datenunterdrückung<sup>27</sup> sich u. a. aus der Verletzung des Verfügungsrechts des Speichernden ergibt.<sup>28</sup> Dieses Merkmal soll i. R. d. § 303a StGB darüberhinaus aber auch dann gegeben sein, wenn die Interessen des vom Inhalt der Daten Betroffenen verletzt sind<sup>29</sup> (vgl. § 41 BDSG).

### 4. Vorsatz und Nachteilsabsicht in § 274 I StGB

Der Täter muß in der Absicht handeln, einem anderen einen Nachteil zuzufügen. Nachteil i. S. d. § 274 I StGB ist jede Beeinträchtigung fremder Beweisführungsrechte.<sup>30</sup> Der Nachteil braucht weder einzutreten noch vermögensrechtlicher Natur sein, auch müssen Benachteiligter und Verfügungsberechtigter nicht identisch sein.<sup>31</sup> Für die Absicht der Nachteilszufü-

gung genügt nach heute h. M.<sup>32</sup> dolus directus 2. Grades.<sup>33</sup> Bei der Absicht i. S. d. § 274 I StGB handelt es sich also gerade nicht um die „Absicht“ als Vorsatzform dolus directus 1. Grades. Das Handeln muß also nicht auf den Nachteil abzielen, auf seiten des Täters genügt das Bewußtsein, daß der Nachteil notwendige Folge der Tat ist.<sup>34</sup>

Daß dieses Bewußtsein vorhanden sein wird, davon kann man für den Regelfall ausgehen,<sup>35</sup> vor allem auch, wenn man bedenkt, daß der Vorsatz (dolus eventualis genügt) nur zu bejahen ist, wenn die Handlung an den Daten in ihrer Eigenschaft als Beweismittel vorgenommen wird.<sup>36</sup>

Insoweit wird also bereits bezüglich des Vorsatzes und nicht erst bei der zusätzlichen Nachteilsabsicht auf eine Beeinträchtigung des Gebrauchs der Daten zum Beweis abgestellt.<sup>37</sup> Sieht man von einem fahrlässigen Verhalten ab, wird die Nachteilsabsicht also grundsätzlich beim Täter schon mit Bejahung des Vorsatzes vorliegen. Könnte man aus diesem Blickwinkel heraus auf die für den Tatbestand des § 274 I StGB als tatbezogenes Merkmal<sup>38</sup> explizit geforderte Nachteilsabsicht nicht vielleicht ganz verzichten, da es sowieso nur eine zweitrangige, untergeordnete Bedeutung hat? Stellt man den Vorsatz in den Vordergrund, so ist diese Frage zu bejahen. Ob die Nachteilsabsicht letztendlich ein überflüssiges Tatbestandsmerkmal ist, ist allerdings kein spezifisches Problem des § 274 I Nr. 2 StGB, in § 274 I Nr. 1 (und Nr. 3) StGB liegt derselbe Wortlaut vor. Insofern ist wenigstens im Hinblick auf dieses Kriterium eine erfreuliche Parallelität zwischen Daten- und Urkundenunterdrückung gegeben.

Insgesamt ist die Frage der Bedeutung der Nachteilsabsicht für die Abgrenzung von § 274 I Nr. 2 StGB zu § 303a StGB interessant. Augenscheinlich kommt es für die Differenzierung neben der Beweiserheblichkeit auf die ausdrücklich genannte Nachteilsabsicht an. Richtigerweise liegt aber der Unterschied beim Vor-

<sup>21</sup> krit. dazu auch Haft, NStZ 1987, S. 6.

<sup>22</sup> Vgl. im Ganzen dazu: Lackner § 274 Anm. 1.a); D/T § 274 RN 2; Wessels BT 1, S. 159.

<sup>23</sup> RG HRR 1938, 491.

<sup>24</sup> von „Sache“ spricht auch RG HRR 1938, 491.

<sup>25</sup> Lenckner/Winkelbauer CR 1986, 824 (828); zumindest umstritten, siehe Oertel RA-Prot. 10/26, S. 184.

<sup>26</sup> Siehe auch Kritik bei Haft, RA-Prot.-Anlage, S. 210.

<sup>27</sup> Diese Formulierung wird in § 303a StGB gebraucht.

<sup>28</sup> BT-Drucks. 10/5058, S. 34; Lackner § 303a Anm. 4; D/T § 303a RN 9.

<sup>29</sup> Möhrenschrager, wistra 1986, 128 (141); a. A.: Haft NStZ 1987, 6 (10).

<sup>30</sup> BGHSt 29, 192.

<sup>31</sup> Siehe D/T § 274 RN 6.

<sup>32</sup> a. A.: RGSt 59, 13 (18).

<sup>33</sup> Lackner § 274 Anm. 2; vgl. noch für § 274 I Nr. 1: Sch/Sch-Cramer § 274 RN 15 (m. w. N.); LK-Tröndle § 274 RN 21.

<sup>34</sup> D/T § 274 RN 4.

<sup>35</sup> So argumentieren auch Lenckner/Winkelbauer CR 1986, 824 (827).

<sup>36</sup> Lackner § 274 Anm. 1b).

<sup>37</sup> D/T § 274 RN 6; Lackner § 274 Anm. 1 b).

<sup>38</sup> Sch/Schn-Cramer § 274 RN 14 (für § 274 I Nr. 1 StGB).

satz, der sich in § 274 I Nr. 2 StGB gerade auf die Eigenschaft als Beweisdaten bezieht. Der Vorsatz (bzw. die Absicht) ist das eigentliche Unterscheidungsmerkmal zu § 303a StGB. Beweiserheblich sind nämlich fast alle Daten. Geschützt wird aber in § 274 I Nr. 2 StGB nur der Bestandsschutz für den Beweisverkehr, während der übrige Bestandsschutz (Vermögen!) nur über § 303a StGB gewährleistet wird.

## 5. Tathandlungen

Die scheinbar auf Lückenlosigkeit bedachte Aufzählung der verschiedenen Begehungsmodalitäten in § 274 I Nr. 2 StGB ist insofern nicht besonders glücklich, als sich die Handlungen zumindest in Teilbereichen überschneiden. Fraglich ist, ob ein Weniger, wie es auch die ersten Entwürfe<sup>39</sup> vorsahen, die sich auf das „Löschen“ und „Unterdrücken“ beschränkten, hier nicht ein Mehr in bezug auf eine klare Subsumierung und Vollständigkeit bedeutet hätte.

Eine genaue Abgrenzung ist häufig im Rahmen des § 274 I Nr. 2 StGB nicht möglich. Daß es letztendlich für die Strafzumessung bedeutungslos ist, welcher Tat handlung im konkreten Fall der Vorzug zu geben ist, kann kein Rechtfertigungsargument für eine unsaubere, sich vielfach überschneidende Tatbestandsbeschreibung sein. Zudem gibt es Abgrenzungsschwierigkeiten bei den Konkurrenzverhältnissen, vor allem zwischen § 274 I Nr. 2 StGB und dem Fälschungstatbestand in § 269 StGB.

### a) Löschen

„Löschen“ bedeutet Unkenntlichmachen gespeicherter Daten,<sup>40</sup> es entspricht dem „Vernichten“ einer Urkunde in § 274 I Nr. 1 StGB.<sup>41</sup>

Werden nur einzelne Daten und nicht gleich ganze Sätze gelöscht, so geht die Gesamtinformation im strengen Sinne nicht verloren, genau genommen liegt sie jetzt nur verändert vor. Könnte man diesbezüglich nicht von einem „Verfälschen“ von Daten sprechen? Verlangt man für den Tatbestand des „Veränderns“ nicht nur ein Löschen alter Daten, sondern eine Ersetzung dieser durch einen neuen positiven Wert, also andere Daten,<sup>42</sup> so ist eine Datenfälschung zu verneinen.

Stellt man aber auf den Begriff des „Veränderns“ i. S. v. § 2 II Nr. 3 BDSG ab, so ist damit jedes inhaltliche Umgestalten gespeicherter Daten gemeint,<sup>43</sup> also z. B. durch Teillöschung,<sup>44</sup> denn auch hierdurch erstellt man einen neuen Dateninhalt. Werden also nur einzelne Daten gelöscht, so liegt sowohl ein „Löschen“ als auch ein „Verändern“ i. S. v. § 274 I Nr. 2 StGB vor.

### b) Unterdrücken

Ein „Unterdrücken“ ist gegeben, wenn die Daten (bzw. die Urkunde in § 274 I Nr. 1 StGB) dem Berechtigten der Benutzung zu Beweis Zwecken vorübergehend oder dauernd entzogen werden.<sup>45</sup>

Beispiele für eine „Unterdrückung“ von Daten könnten sein:

- (1) Daten werden erst gar nicht eingegeben
- (2) Löschen als klassische Form des Unterdrückens
- (3) Verstecken des Datenträgers
- (4) Unvollständige Übermittlung
- (5) Datenabfrage wird im Programm nicht vorgesehen
- (6) Daten unauffindbar wegen Neuadressierung

Ausgehend von der Definition wären alle diese Möglichkeiten unter dem Begriff „Datenunterdrückung“ subsumierbar. Tatsächlich aber wird die Bezeichnung des „Unterdrückens“, die eigentlich einen zusammenfassenden Oberbegriff darstellen könnte, viel enger gefaßt und erforderte insoweit auch die ausdrückliche Aufnahme weiterer Tathandlungen in § 274 I Nr. 2 StGB.

#### aa) Ist Löschen kein Unterdrücken?

Die Tatsache, daß das „Löschen“ explizit in § 274 I Nr. 2 StGB erwähnt wird, widerspricht der Auslegung, Löschen als die typische Form des Unterdrückens<sup>46</sup> zu verstehen, obwohl dies auf der Grundlage der abstrakten Begriffsbestimmung nicht nur möglich wäre, sondern sich regelrecht anböte.

„Unterdrücken“ meint folglich nur den Fall, in dem die Daten nicht durch Löschen vernichtet, sondern dem Berechtigten lediglich vorenthalten werden.<sup>47</sup>

Anders als in § 274 I Nr. 1 StGB, wo „vernichten“, „beschädigen“ und „unterdrücken“ klarer voneinander abzugrenzen sind, ist das in § 274 I Nr. 2 StGB — was in der „Materie“ der Sache begründet ist — nicht so einfach möglich. Denn Unterdrücken von beweisheblichen Daten wird wohl selten durch Verstecken von Datenträgern praktiziert werden. Der häufigste Fall des Unterdrückens wird wohl der durch Löschen sein. Zudem stellt jedes Löschen ein Unterdrücken dar, da die Daten nicht mehr dem Beweisverkehr dienen können. Die Aufnahme des Löschens als eigene Tatmodalität in § 274 I Nr. 2 StGB ist also letztendlich überflüssig.

#### bb) Unterlassene Dateneingabe

Gemäß der Einengung des Datenbegriffs in § 274 I Nr. 2 StGB (durch den Verweis auf § 202a II StGB), wonach Daten nur solche sind, die entweder gespeichert sind oder übermittelt werden, wird der Fall der unterlassenen Dateneingabe nicht von der Datenunterdrückung i. S. d. § 274 I Nr. 2 StGB erfaßt.<sup>48</sup> Hier ist

<sup>39</sup> BT-Drucks. 9/2008, S. 5; 10/119, S. 4; 10/318, S. 5.

<sup>40</sup> Vgl. § 2 II Nr. 4 BDSG.

<sup>41</sup> D/T § 274 RN 5 c).

<sup>42</sup> Schlüchter, S. 74; Möhrenschrager, wistra 1986, 128 (141).

<sup>43</sup> D/T § 303a RN 8; Lackner § 303a Anm. 3.

<sup>44</sup> Lackner § 303a Anm. 3.

<sup>45</sup> D/T § 274 RN 5; Lackner § 274 Anm. 1.a).

<sup>46</sup> So aber Argumentation in BT-Drucks. 10/318, S. 35.

<sup>47</sup> So auch Def. bei Lenckner/Winkelbauer CR 1986, 824 (829); so für § 274 I Nr. 1 StGB: LK-Tröndle § 274 RN 16.

<sup>48</sup> Umkehrschluß aus Erläuterung zu § 269 in BT-Drucks. 10/5058, S. 34.

eine Strafbarkeit auch nicht über § 303a StGB (dieser bezieht sich ebenfalls auf Daten i. S. v. § 202a II StGB) zu erreichen. Nur über § 269 StGB kann man zu einem strafbaren Verhalten kommen, wenn nämlich die urkundengleichen Daten (also nicht alle beweisheblichen Daten) so gespeichert werden, daß „bei ihrer Wahrnehmung eine unechte oder verfälschte Urkunde vorliegen würde“ (§ 269 I StGB).

cc) Daten unauffindbar wegen Neuadressierung

Der Fall, daß Daten durch Neuadressierung unauffindbar sind, soll nicht nur eine Unterdrückung, sondern auch eine Dateuveränderung sein.<sup>49</sup> Damit käme es aber wiederum neben Überschneidungen in § 274 I Nr. 2 StGB selbst auch zu Konkurrenzproblemen gegenüber § 269 I StGB, wenn das beweishebliche Datum zugleich hypodietischen Urkundencharakter besitzt. Würde man dieser weitgehenden Interpretation von „Verändern“ folgen, so würde man inkonsequenterweise an dieser Stelle auf das Kriterium des ausgetauschten Erklärungsinhalts verzichten.<sup>50</sup> Deshalb ist dieser Fall der Unterdrückung vorbehalten.

c) Verändern

„Verändern“ ist das inhaltliche Umgestalten der gespeicherten Daten.<sup>51</sup>

Die — entgegen früheren Entwürfen — zusätzliche Aufnahme dieser Handlung in den Tatbestand des § 274 I Nr. 2 StGB (übrigens im Zuge der Neuschaffung des § 303a StGB) hat in bezug auf die Datenfälschung, die ja eigentlich abschließend in § 269 StGB geregelt sein sollte, weitreichende Folgen.<sup>52</sup> Durch § 274 I Nr. 2 StGB wird jetzt auch die Fälschung i. S. v. Verändern beweisheblicher Daten ohne Urkundencharakter erfaßt. Die Einschränkung in § 269 I StGB verliert hier also völlig ihren Sinn, denn das in § 274 I StGB „einschränkend“ geforderte Absichtsmoment wird regelmäßig vorliegen.

Auch werden auf diese Weise die Fälle der sogenannten „schriftlichen Lügen“ erfaßt, die gerade von der Strafbarkeit in § 269 StGB durch den hinzugefügten hypothetischen Urkundenvergleich ausgeschlossen werden sollten.

d) Unbrauchbar machen

Definiert wird „unbrauchbar machen“ als eine Beeinträchtigung der Gebrauchsfähigkeit von Daten, so daß sie ihren Zweck nicht mehr ordnungsgemäß erfüllen können.<sup>53</sup> Entscheidend ist hier also der Schutz des Zwecks der Daten, und das ist in § 274 I Nr. 2 StGB die Beweiserheblichkeit.

Diese Zweckgerichtetheit wird aber schon vom subjektiven Tatbestand im Rahmen des Vorsatzes bzw. der Absicht erfaßt. „Unbrauchbar machen“ verlangt darüber hinausgehend, daß die Beweiserheblichkeit auch tatsächlich beeinträchtigt wird.

Die eigentliche Tathandlung ist nicht näher lie-, sondern durch „machen“ nur umschrieben. Wie aber

macht man Daten unbrauchbar? Als Beispiele könnte man Löschen oder zusätzliches Einfügen von Daten nennen.<sup>54</sup> Ist Löschen nun eine Qualifikation oder eine schlechte Form des Unbrauchbarmachens? Durch jedes Löschen werden die Daten unbrauchbar, sie gehen für den Beweisverkehr unwiederbringlich verloren.

Das Einfügen neuer Daten ist auch ein Verändern, denn hierdurch werden gespeicherte Daten umgestaltet. Dieser Fall ist von der Systematik her eher dem Fälschungstatbestand (§ 269 StGB) als der Unterdrückung (§ 274 I Nr. 2 StGB) zuzuordnen,<sup>55</sup> denn es werden ja keine Daten dem Beweisverkehr entzogen. Fraglich ist nur, inwieweit die vorhandenen Daten noch ihren ursprünglichen Aussagegehalt behalten. Es ist also auf die Richtigkeit des Inhalts abzustellen. Insoweit liegt eine Erweiterung der Fälschung (§ 269 I StGB) vor.

Wird „unbrauchbar machen“ i. R. d. § 274 I Nr. 2 StGB überhaupt einschlägig? Entweder man verlangt im Tatbestand einen bestimmten Vorsatz (bzw. Absicht) und nennt entsprechende Tathandlungen oder man umschreibt das Ganze mit dem Begriff „unbrauchbar machen“, beides aber ist zuviel des Guten.

e) Ergebnis

Der Aufzählung der verschiedenen Tathandlungen in § 274 I Nr. 2 StGB merkt man an, daß vorsichtshalber alle denkbaren Begehungsmodalitäten mit aufgenommen wurden, um Strafbarkeitslücken auch im Hinblick auf künftige technische Entwicklungen auf jeden Fall zu berücksichtigen. Dieses ist solange nicht problematisch, als es nur darauf hinausläuft, daß Überflüssiges geregelt wird, obwohl dies die Gestaltung eines Tatbestands qualitativ nicht aufwertet.

Sind aber auf diese Weise Erweiterungen anderer Tatbestände zu befürchten, ist eine solche Vorgehensweise bedenklich. Die weitreichenden Konsequenzen der Abänderung des § 274 I Nr. 2 StGB — im Vergleich mit den ersten Entwürfen — sind wohl nicht vollständig überblickt worden:

**II. Zusammenfassung der Konkurrenzprobleme:**

**1. Tathandlungen des § 274 I Nr. 2 StGB**

Das „Konkurrenzproblem“ innerhalb des § 274 I Nr. 2 StGB wird dadurch gelöst, daß zwischen den einzelnen Tathandlungen Wahlfeststellung möglich ist.<sup>56</sup>

<sup>49</sup> So Möhrenschrager, wistra 1986, 128 (135).

<sup>50</sup> Siehe auch Erläuterungen unter 5.a) und c).

<sup>51</sup> § 2 II Nr. 3 BDSG; D/T § 274 RN 5c)

<sup>52</sup> Zur Gesamtproblematik: Lenckner/Winkelbauer CR 1986, 824 (827).

<sup>53</sup> Lackner § 274 Anm. 3; zu eng: D/T § 303a RN 7, der nur auf verändern abstellt.

<sup>54</sup> Bsp. bei Lenckner/Winkelbauer CR 1986, 824 (829); D/T § 303a RN 7.

<sup>55</sup> So auch Möhrenschrager, wistra 1986, 128 (141). So für § 274 I Nr. 1 StGB: Schilling, S. 30.

<sup>56</sup> D/T § 274 RN 8; RGSt, 40, 114 (115); so i. E.: Schlüchter, S. 73.

## 2. §§ 274 I Nr. 2, 303a StGB

Gegenüber der einfachen Datenunterdrückung, geregelt in § 303a StGB, ist § 274 I Nr. 2 StGB *lex specialis*.<sup>57</sup> In § 274 I Nr. 2 StGB ist vielleicht die kriminelle Absicht — Störung des Beweisverkehrs — strafwürdiger als der bloße Bestandsschutz. Ob deswegen zwei Regelungen für fast identische Tatbestände benötigt wurden, ist zumindest zweifelhaft.

Daß § 303a StGB Antragsdelikt ist (§ 303c StGB) und § 274 I Nr. 2 StGB nicht, ist insofern von geringer Bedeutung, als es gerade bei der Spezies Computerdelikte wohl häufig von einer Anzeige abhängen wird, daß eine solche Tat verfolgt wird. Die Wahrscheinlichkeit, daß die Tat unentdeckt bleibt, ist relativ hoch; daß sie Außenstehenden auffällt, ist noch mehr vom Zufall abhängig.

Auch in bezug auf § 303a StGB liegt die Vermutung nahe, daß durch die nachträgliche Einfügung in den Entwurf Überschneidungen nicht mehr korrigiert wurden.

## 3. §§ 274 I Nr. 2, 269 I StGB

Konkurrenzfragen ergeben sich dort, wo „Computerurkunden“ verändert werden. Hier ist sowohl der § 269 I 2. Alternative als auch der § 274 I Nr. 2 StGB tatbestandlich erfüllt.

Zu diesem Problem gibt es eine Fülle von möglichen Lösungsansätzen, richtig ist letzten Endes keiner. Keine der Theorien kann überzeugen. Das liegt vor allem in der fehlenden Systematik der Paragraphen begründet.

Die Spezialität des § 274 I Nr. 2 StGB gegenüber § 269 I StGB könnte man mit dem bei ersterem zusätzlich geforderten Absichtsmoment begründen.<sup>58</sup> Da dieses aber grundsätzlich vorliegen wird, würde § 269 I StGB praktisch immer in diesen Fällen hinter § 274 I Nr. 2 StGB zurücktreten. Das wäre ein unbefriedigendes Ergebnis. Man könnte mit dieser Begründung nämlich ebenso auch entgegengesetzt argumentieren. Danach müßte immer § 269 I StGB vorgehen,<sup>59</sup> weil er eben ansonsten nie einschlägig wäre. Würde man Tateinheit bejahen,<sup>60</sup> umginge man auf diese Weise das Problem. Es kann aber nicht Sinn der Gesetze sein, daß in vielen Fällen der Unterdrückung von Daten gleichzeitig eine Fälschung gegeben ist. Diese „doppelte Tat-

bestandserfüllung“ durch eine Handlung, die bezüglich der §§ 274 I Nr. 2 und 269 I StGB eher die Regel als die Ausnahme sein wird, kann nicht Ziel einer Gesetzgebung sein.

Gerade auch im Hinblick auf die Frage der Konkurrenzen fallen die Vorteile einer möglichen tatbestandlichen Zusammenfassung der §§ 269 und 274 I Nr. 2 StGB ins Auge.<sup>61</sup>

## 4. § 41 BDSG

§ 274 I Nr. 2 StGB kommt in Tateinheit mit § 41 BDSG in Betracht,<sup>62</sup> soweit es um die Unterdrückung personenbezogener Daten — das sind alle mit einer natürlichen Person verknüpfbaren Angaben<sup>63</sup> — geht. Urkunden beschreiben zur Person gehörende Sachverhalte, die Unterdrückung von „Computerurkunden“ steht also per se in Tateinheit mit § 41 I 1. Alt. BDSG. Auch bei den meisten anderen beweisheblichen Daten wird eine Verbindung der Information mit natürlichen Personen bestehen. Somit wird Tateinheit zwischen § 274 I Nr. 2 StGB und § 41 I 1. Alt. BDSG fast immer vorliegen, wiederum also vielfache Überschneidungen.

## 5. § 268 StGB

Die Frage, welche Daten „technische Aufzeichnungen“ i. S. v. § 268 II StGB und somit schon durch § 274 I Nr. 1 StGB geschützt sind, kann dank der mißlungenen Formulierung des § 268 StGB bis heute niemand genau beantworten.<sup>64</sup> (Streit z. B. um Tonbänder.<sup>65</sup>) Sicher ist, daß nicht alle beweisheblichen Daten vom Schutz der §§ 268 II, 274 I Nr. 1 StGB erfaßt werden. Diese Lücke ist durch § 274 I Nr. 2 StGB nun geschlossen worden. Wie weit sich Konkurrenzen ergeben, ist ein Buch mit mehr als „sieben Siegeln“.

<sup>57</sup> Lackner § 274 Anm. 5; D/T § 274 RN 8.

<sup>58</sup> Siehe Möhrenschrager, *wistra* 1986, 128 (136).

<sup>59</sup> So i. E.: Schlüchter, S. 104; Lackner Anm. 5 zu § 274.

<sup>60</sup> D/T § 274 RN 8.

<sup>61</sup> So Vorschlag von Sieber, RA-Prot. 10/26, S. 176.

<sup>62</sup> Lackner § 274 Anm. 5.

<sup>63</sup> Thome, S. 37.

<sup>64</sup> Vgl. Möhrenschrager, *wistra* 1986, 128 (136).

<sup>65</sup> Soh/Soh-Cramer § 274 RN 7: Tonbänder sind technische Aufzeichnungen i. S. d. § 268 II; a.A.: LK-Tröndle § 274 RN 10.

Aktuelle Fälle aus dem Bereich der Computerkriminalität (und relevante Literatur) werden im elektronischen Newsletter „Informatik und Recht“ (NUA: 45612133061) dokumentiert. Hinweise und Einsendungen sind jederzeit willkommen.