



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 StR 419/10

vom

17. Februar 2011

Nachschlagewerk: ja

BGHSt: ja

Veröffentlichung: ja

StGB § 30 Abs. 2, §§ 52, 53

Die Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses richtet sich auch bei der Verabredung mehrerer Verbrechen für jeden Tatbeteiligten allein nach dessen Tathandlung(en) im Sinne des § 30 Abs. 2 StGB und nicht danach, in welchem konkurrenzrechtlichen Verhältnis die verabredeten Taten im Falle ihrer Verwirklichung gestanden hätten.

BGH, Urteil vom 17. Februar 2011 - 3 StR 419/10 - LG Düsseldorf

in der Strafsache

gegen

1.

2.

3.

wegen gewerbs- und bandenmäßiger Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 17. Februar 2011, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Becker,

die Richter am Bundesgerichtshof
Pfister,
von Lienen,
Hubert,
Dr. Schäfer
als beisitzende Richter,

Staatsanwalt (GL)
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 19. Juli 2010 wird
 - a) die Strafverfolgung auf Antrag des Generalbundesanwalts in den Fällen II. 2. a) bis c) der Urteilsgründe auf den Vorwurf der Verabredung der gewerbs- und bandenmäßigen Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion beschränkt;
 - b) das vorbezeichnete Urteil im Schuldspruch dahin geändert, dass die Angeklagten jeweils der gewerbs- und bandenmäßigen Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion in Tateinheit mit Beihilfe zum Computerbetrug sowie der Verabredung der gewerbs- und bandenmäßigen Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion in drei tateinheitlichen Fällen schuldig sind;
 - c) das vorbezeichnete Urteil im gesamten Strafausspruch aufgehoben; jedoch bleiben die zugehörigen Feststellungen aufrechterhalten.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die weitergehenden Revisionen werden verworfen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten der gewerbs- und bandenmäßigen Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion in Tateinheit mit Ausspähen von Daten und Beihilfe zum Computerbetrug (Fall II. 1. der Urteilsgründe) sowie der versuchten gewerbs- und bandenmäßigen Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion in drei Fällen (Fälle II. 2. a) bis c) der Urteilsgründe) schuldig gesprochen. Es hat gegen den Angeklagten B. eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und elf Monaten sowie gegen die Angeklagten N. und P. jeweils eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sieben Monaten verhängt. Die hiergegen gerichteten Revisionen der Angeklagten, mit denen sie die Verletzung sachlichen Rechts rügen, haben in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen sind sie aus den Gründen der jeweiligen Antragsschrift des Generalbundesanwalts unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

- 2 Nach den Feststellungen hatte der Angeklagte B. in Rumänien Kontakt zu Personen, die arbeitsteilig sog. Skimming betrieben. Von diesen wurde er angesprochen, ob er und Bekannte bereit seien, für ein Entgelt in Deutschland an Geldautomaten Lesegeräte und Mobiltelefone mit Funkkameras anzubringen, zu kontrollieren sowie nach einiger Zeit wieder zu entfernen, um auf diese Weise illegal Daten von EC-Karten zu erlangen, die sodann auf leeren Kartenrohlingen (sog. White Plastics) abgespeichert werden sollten. Er ging mit den von ihm kontaktierten Angeklagten N. und P. auf das Angebot ein; alle drei lebten in wirtschaftlich bescheidenen Verhältnissen und wollten auf die ihnen angetragene Art Geld verdienen. Im Januar 2010 reisten die Angeklagten nach Deutschland und erhielten in Dortmund die zur Tatbegehung erforderliche Ausrüstung sowie die Adressen mehrerer Bankinstitute. Die ihnen zu einem Teil vorab gezahlte, im Übrigen versprochene Entlohnung hätte in ih-

rer Heimat für mehrere Monate zum Leben gereicht. Am frühen Morgen des 17. Januar 2010 montierte der Angeklagte B. die Skimming-Apparatur unter Mithilfe des Angeklagten N. an dem Geldautomaten einer Filiale der D. Bank AG in Duisburg; der Angeklagte P. blieb vor der Eingangstür und sicherte das Tun ab. Nachdem die Angeklagten den Geldautomaten einmal überprüft hatten, entfernten sie gegen Abend desselben Tages die angebrachten Geräte wieder. Mit Hilfe der auf diese Weise erlangten Daten wurden zumindest drei sog. White-Plastics für Maestro-Karten hergestellt; mit diesen hoben unbekannte Dritte an den beiden nächsten Tagen in Bukarest und Rom ca. 3.600 € Bargeld ab (Fall II. 1. der Urteilsgründe). In identischer Vorgehensweise manipulierten die Angeklagten am 19. Januar 2010 einen weiteren und am 23. Januar 2010 zwei weitere Geldautomaten. Die Manipulationen wurden jedoch jeweils entdeckt, bevor die Angeklagten die Daten erlangen und zur Herstellung der Falsifikate weitergeben konnten (Fälle II. 2. a) bis c) der Urteilsgründe).

3 I. Die rechtliche Würdigung dieses Geschehens durch das Landgericht hält sachlichrechtlicher Überprüfung nicht in vollem Umfang stand.

4 1. Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts wird allerdings die Wertung der Strafkammer, die Angeklagten hätten sich im Fall II. 1. der Urteilsgründe wegen mittäterschaftlicher gewerbs- und bandenmäßiger Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (§ 152a Abs. 1 Nr. 1, § 152b Abs. 1, 2 und 4, § 25 Abs. 2 StGB) strafbar gemacht, von den Feststellungen getragen; diese belegen nicht lediglich jeweils eine Beihilfe zu dem genannten Delikt. Der Senat hat bislang in vergleichbaren Fällen die Annahme von Mittäterschaft durch die Tatgerichte gebilligt (vgl. etwa den insoweit nach § 349 Abs. 2 StPO ergangenen Beschluss vom 27. April 2010 - 3 StR 95/10). Dem widersprechende Entscheidungen der anderen Strafsenate des Bundesgerichtshofs sind nicht ersichtlich. Der vorliegende Fall gibt keinen Anlass für eine andere Betrachtung;

er weist auch keine Besonderheiten auf, die zu einem entgegenstehenden Ergebnis führen könnten. Im Einzelnen gilt:

- 5 a) Mittäter nach § 25 Abs. 2 StGB ist, wer nicht nur fremdes Tun fördert, sondern einen eigenen Beitrag derart in eine gemeinschaftliche Tat einfügt, dass dieser als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils erscheint. Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte können der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft sein; Durchführung und Ausgang der Tat müssen somit zumindest aus der subjektiven Sicht des Tatbeteiligten maßgeblich auch von seinem Willen abhängen. Dabei deutet eine ganz untergeordnete Tätigkeit schon objektiv darauf hin, dass der Beteiligte nur Gehilfe ist (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Beschluss vom 23. Dezember 2009 - StB 51/09, NStZ 2010, 445, 447). Die Annahme von Mittäterschaft erfordert allerdings nicht in jedem Fall eine Mitwirkung am Kerngeschehen; sie kann vielmehr auch durch eine nicht ganz untergeordnete Beteiligung an Vorbereitungshandlungen begründet werden, sofern der Tatbeitrag sich nicht als bloße Förderung fremden Tuns, sondern als Teil der Tätigkeit aller darstellt (BGH, Urteile vom 26. April 1990 - 4 StR 143/90, BGHR StGB § 25 Abs. 2 Tatherrschaft 4; vom 7. Mai 1996 - 1 StR 168/96, BGHR StGB § 25 Abs. 2 Mittäter 26).
- 6 b) Gemessen an diesen Maßstäben ist die Annahme von Mittäterschaft durch das Landgericht nicht zu beanstanden. Das Landgericht hat die wesentlichen, für und gegen die Mittäterschaft sprechenden Gesichtspunkte erwogen und ohne Rechtsfehler gewichtet. Dabei ist von Belang, dass die Angeklagten zwar an der unmittelbaren Verwertung der von ihnen beschafften Daten zur

Herstellung der Kartendoubletten nicht beteiligt waren. Ihre Mitwirkung beschränkte sich vielmehr auf das Ausspähen und Weiterleiten der Daten und damit auf Handlungen im Vorfeld der eigentlichen Tatbestandsverwirklichung. Mit diesen leisteten sie jedoch - eingebunden in die Gesamtorganisation - einen besonders erheblichen objektiven Tatbeitrag; denn das Beschaffen der Daten war die unverzichtbare Voraussetzung für das weitere deliktische Vorgehen. Ohne die ausgespähten Daten hätten keine Doubletten hergestellt werden können. Anhaltspunkte dafür, dass die Beteiligten subjektiv den Beitrag der Angeklagten geringer einschätzten, lassen sich den Feststellungen nicht entnehmen. Nicht wesentlich für eine Beihilfe spricht auch, dass den Angeklagten - die in Deutschland nicht über nennenswerte Ortskenntnisse verfügten - die einzelnen Banken vorgegeben wurden. Ins Gewicht fällt vielmehr, dass sie vor Ort bezüglich des gesamten Ausspähens der Daten beim Einbau, der Kontrolle sowie dem Abbau der erforderlichen Geräte auf sich allein gestellt waren und damit über einen längeren Zeitraum jedenfalls teilweise durchaus komplexe, besondere Kenntnisse und Fähigkeiten erfordernde Handlungen zu verrichten hatten, die zudem für sie mit einem im Vergleich zu den übrigen Beteiligten besonderen Entdeckungsrisiko verbunden waren. Auch das Tatinteresse der Angeklagten war hoch; denn der Umfang der ihnen zum Teil gezahlten und im Übrigen versprochenen Entlohnung mag zwar nach herkömmlichen mitteleuropäischen Maßstäben eher gering erscheinen; das Entgelt hätte den Angeklagten jedoch in ihrer Heimat für mehrere Monate zum Leben genügt.

7 Der Angeklagte P. , der die Bankfiliale nicht betrat, sondern den Tatort und das Umfeld von außen beobachtete, um die Angeklagten B. und N. erforderlichenfalls warnen zu können, handelte ebenfalls als Mittäter. Das Landgericht hat insoweit ohne Rechtsfehler darauf abgestellt, dass der im Wege der Arbeitsteilung vorgenommene Tatbeitrag des Angeklagten P. als gewichtig einzuordnen ist. Die Absicherung durch ihn war eine wesentliche

Voraussetzung dafür, dass die übrigen Angeklagten ihre längere Zeit in Anspruch nehmenden, aufgrund der Art der Tätigkeit sowie der räumlichen Situation mit einem hohen Risiko verbundenen Handlungen vornehmen konnten, ohne insbesondere beim Ein- und Ausbau der Apparatur jederzeit befürchten zu müssen, entdeckt zu werden. Der Angeklagte P. war nach der getroffenen Vereinbarung folgerichtig an der Entlohnung zu einem gleichen Anteil beteiligt wie die Angeklagten B. und N. ; sein Interesse an der Tat war deshalb entsprechend hoch.

8 2. Die tateinheitliche Verurteilung wegen Ausspäbens von Daten (§ 202a StGB) im Fall II. 1. der Urteilsgründe kann nicht bestehen bleiben. Nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfüllt das Auslesen der auf dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte (EC-Karte) gespeicherten Daten mittels eines am Einzugslesegerät eines Geldautomaten angebrachten weiteren Lesegeräts nicht den Tatbestand des § 202a Abs. 1 StGB (BGH, Beschlüsse vom 14. Januar 2010 - 4 StR 93/09, NStZ 2010, 275; vom 6. Juli 2010 - 4 StR 555/09, BGHR StGB § 202a Ausspähen 1). Der Senat hat auf Anfrage des 4. Strafsenats (BGH, Beschluss vom 18. März 2010 - 4 StR 555/09, NStZ 2010, 509) seine frühere entgegenstehende Rechtsprechung (BGH, Urteil vom 10. Mai 2005 - 3 StR 425/04, NStZ 2005, 566) aufgegeben (BGH, Beschluss vom 6. Mai 2010 - 3 ARs 7/10).

9 3. Die Feststellungen in den Fällen II. 2. a) bis c) der Urteilsgründe belegen lediglich die Verabredung der gewerbs- und bandenmäßigen Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion in drei tateinheitlichen Fällen, nicht aber die versuchte Begehung des Delikts in drei Fällen; denn mit ihren jeweils gescheiterten Bemühungen, in den Besitz der Daten zu gelangen, setzten die Angeklagten noch nicht unmittelbar zur Verwirklichung des Tatbestands an.

- 10 a) Ein derartiges unmittelbares Ansetzen liegt nur bei solchen Handlungen vor, die nach der Vorstellung des Täters in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen oder mit ihr in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum "Jetzt geht es los" überschreitet, es eines weiteren Willensimpulses nicht mehr bedarf und er objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Erfüllung des Tatbestandes übergeht, wobei auf die strukturellen Besonderheiten der jeweiligen Tatbestände Bedacht zu nehmen ist (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Urteil vom 7. November 2007 - 5 StR 371/07, NSTZ 2008, 409, 410).
- 11 b) Danach ist das Stadium des Versuchs des gewerbs- und bandenmäßigen Nachmachens von Zahlungskarten mit Garantiefunktion erst dann erreicht, wenn der Täter vorsätzlich und in der tatbestandsmäßigen Absicht mit der Fälschungshandlung selbst beginnt. Das Anbringen einer Skimming-Apparatur an einem Geldautomaten in der Absicht, durch diese Daten zu erlangen, die später zur Herstellung von Kartendubletten verwendet werden sollen, stellt demgegenüber lediglich eine Vorbereitungshandlung zur Fälschung von Zahlungskarten dar (BGH, Urteil vom 13. Januar 2010 - 2 StR 439/09, NJW 2010, 623; Beschluss vom 14. September 2010 - 5 StR 336/10, NJW-Spezial 2010, 664).
- 12 c) Diese könnte allenfalls durch § 152a Abs. 5, § 152b Abs. 5, § 149 StGB gesondert unter Strafe gestellt sein. Der Senat hat indes auf Antrag des Generalbundesanwalts den Vorwurf der Vorbereitung der Fälschung von Zahlungskarten, Schecks und Wechseln gemäß den § 154 Abs. 2, § 154a Abs. 2 StPO von der Strafverfolgung ausgenommen. Deshalb kann offen bleiben, ob die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 149 Abs. 1 StGB tatsächlich vorliegen und ob der Rechtsprechung des 2. Strafsenats (BGH, Urteil vom 13. Ja-

nuar 2010 - 2 StR 439/09, NJW 2010, 623, 624) und Teilen der Literatur (MünchKomm-StGB Erb, § 149 Rn. 10) gefolgt werden kann, wonach dieses Delikt gegenüber der Verabredung nach § 30 Abs. 2, § 152a Abs. 1 Nr. 1, § 152b Abs. 1, 2 und 4 StGB zurücktritt (vgl. etwa Fischer, StGB, 58. Aufl., § 30 Rn. 18 einerseits: Zurücktreten des § 30 gegenüber § 149; § 149 Rn. 12 andererseits: Idealkonkurrenz möglich).

13 d) Nach den Feststellungen haben die Angeklagten allerdings die Voraussetzungen der Verabredung der gewerbs- und bandenmäßigen Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion nach § 30 Abs. 2, § 152a Abs. 1 Nr. 1, § 152b Abs. 1, 2 und 4 StGB verwirklicht, indem sie eine von ihrem ernstlichen Willen getragene Vereinbarung trafen, an der Verwirklichung bestimmter Verbrechen mittäterschaftlich mitzuwirken.

14 Dabei liegt hier eine Verabredung der gewerbs- und bandenmäßigen Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion in drei tateinheitlichen Fällen vor; denn die Angeklagten haben nach den Feststellungen lediglich eine Verabredung getroffen, mithin nur eine Tathandlung begangen. Demgegenüber kommt es in diesem Zusammenhang nicht darauf an, dass diese Verabredung sich auf die Begehung mehrerer - im Falle ihrer Verwirklichung in Tatmehrheit stehender - Verbrechen bezog. Die Beurteilung des Konkurrenzverhältnisses zwischen verschiedenen Straftaten richtet sich - auch bei der Mitwirkung mehrerer Tatbeteiligter - für jeden Beteiligten allein danach, welche Tathandlungen er im Hinblick auf die jeweilige Tat vorgenommen hat; dies gilt unabhängig davon, ob die einzelne Tat nur verabredet, versucht oder vollendet worden ist, und in welcher Form der jeweilige Tatbeteiligte an ihr mitgewirkt hat.

15 So ist im Falle der Mittäterschaft der Umfang des Tatbeitrags bzw. der Tatbeiträge jedes Mittäters maßgeblich. Erbringt er im Vorfeld oder während

des Laufs einer Deliktserie Tatbeiträge, durch die alle oder je mehrere Einzeldelikte seiner Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, so sind ihm die je gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden (BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 - 3 StR 344/03, NJW 2004, 2840, 2841; Beschlüsse vom 29. April 2008 - 4 StR 125/08, NStZ-RR 2008, 275; vom 19. August 2010 - 3 StR 221/10). Fördert der Gehilfe durch eine Beihilfehandlung mehrere rechtlich selbstständige Haupttaten eines oder mehrerer Haupttäter, so ist nur eine Beihilfe im Rechtssinne gegeben (BGH, Beschluss vom 4. März 2008 - 5 StR 594/07, NStZ-RR 2008, 168, 169). Auch bei der Anstiftung kommt es für die Frage der Konkurrenz auf die Einheitlichkeit der Handlung des Anstifters an; deshalb ist die Anstiftung mehrerer Personen zu jeweils selbstständigen Delikten als tateinheitlich zu werten, wenn sie durch dieselbe Handlung begangen wird (Fischer, StGB, 58. Aufl., § 26 Rn. 19).

16 Es besteht kein Anlass, von diesen Grundsätzen bei der Verabredung von Verbrechen nach § 30 Abs. 2 StGB abzuweichen. Dadurch, dass die Angeklagten durch die in der Verabredung liegende einheitliche Handlung die Begehung mehrerer - nach den Feststellungen jedenfalls dreier - Verbrechen vereinbart haben, haben sie das Delikt nach § 30 Abs. 2 StGB in gleichartiger Idealkonkurrenz verwirklicht. Der Senat hat dies zur gebotenen Klarstellung in der Urteilsformel kenntlich gemacht (Meyer-Goßner, StPO, 53. Aufl., § 260 Rn. 26).

17 Der Senat ist an dieser Entscheidung nicht durch die Rechtsprechung des 2. Strafsenats gehindert. Zwar soll sich nach dessen Ansicht bei der Verabredung von Verbrechen nach § 30 Abs. 2 StGB die Beurteilung der Konkurrenzen nach dem Verhältnis der vereinbarten und später zu begehenden Taten, hier demnach der Verbrechen der gewerbs- und bandenmäßigen Fälschung

von Zahlungskarten mit Garantiefunktion, richten (BGH, Urteil vom 13. Januar 2010 - 2 StR 439/09, NJW 2010, 623, 624; zweifelnd Fischer aaO § 30 Rn. 16). Diese Rechtsauffassung trägt indes das genannte Urteil nicht; denn der 2. Strafsenat ist im konkreten Fall nach dem Grundsatz in dubio pro reo ebenfalls von einer tateinheitlichen Begehung der in Aussicht genommenen Verbrechen nach § 152b Abs. 2 StGB ausgegangen und damit zu demselben Ergebnis gelangt, das sich ergeben hätte, wenn er auf die Einheitlichkeit der Verabredung und damit der Tathandlung abgestellt hätte.

18 II. Es ist auszuschließen, dass ein neues Tatgericht weitergehende Feststellungen treffen kann. Der Senat ändert deshalb den jeweiligen Schuldspruch in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO ab. Dem steht § 265 StPO nicht entgegen; die geständigen Angeklagten hätten sich gegen den geänderten Schuldvorwurf nicht wirksamer als geschehen verteidigen können.

19 III. Der Wegfall der tateinheitlichen Verurteilung wegen Ausspähens von Daten im Fall II. 1. der Urteilsgründe sowie die Umstellung des Schuldspruchs in den Fällen II. 2. a) bis c) der Urteilsgründe bedingen die Aufhebung der Ein-

zel- und der Gesamtstrafen. Die zum jeweiligen Strafausspruch rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen werden hiervon nicht berührt; sie können deshalb bestehen bleiben. Das neue Tatgericht ist nicht gehindert, insoweit ergänzende Feststellungen zu treffen, die zu den bisherigen nicht in Widerspruch stehen.

Becker

Pfister

von Lienen

Hubert

Schäfer