



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

5 StR 479/18

vom 23. Januar 2019

in der Strafsache

gegen

wegen Geldwäsche u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 23. Januar 2019, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof Dr. Mutzbauer,

die Richter am Bundesgerichtshof

Prof. Dr. König,

Dr. Berger,

Prof. Dr. Mosbacher,

Köhler

als beisitzende Richter,

Staatsanwalt

als Vertreter des Generalbundesanwalts,

Rechtsanwalt

als Verteidiger,

Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft wird gemäß § 154a Abs. 2 StPO die Verfolgung bezüglich der Tat zu B.II der Urteilsgründe auf den Vorwurf der Geldwäsche und versuchten Geldwäsche beschränkt.
2. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Dresden vom 14. März 2018, soweit es ihn betrifft,
 - a) im Schuldspruch bezüglich Tat B.II der Urteilsgründe dahingehend geändert, dass der Angeklagte der Geldwäsche in elf tateinheitlichen Fällen und hierzu tateinheitlich der versuchten Geldwäsche in 60 weiteren Fällen schuldig ist, und
 - b) im Strafausspruch aufgehoben.

Die weitergehende Revision wird verworfen.

3. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das vorbenannte Urteil, soweit es diesen Angeklagten betrifft, aufgehoben
 - a) im Fall B.III der Urteilsgründe, einschließlich der Feststellungen zum Betrugsschaden und zum diesbezüglichen Vorsatz,

- b) im Ausspruch über die Gesamtfreiheitsstrafe sowie
 - c) bezüglich der Anordnung der Einziehung des Wertes von Taterträgen, soweit die Einziehung weiterer 84.153,82 Euro unterblieben ist.
4. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

- Von Rechts wegen -

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten der „Geldwäsche in Tateinheit mit Erbringen von Finanzdienstleistungen ohne Erlaubnis in elf tateinheitlichen Fällen sowie tateinheitlich weiteren 60 Fällen der versuchten Geldwäsche in Tateinheit mit Erbringen von Finanzdienstleistungen ohne Erlaubnis sowie in Tateinheit der gewerbsmäßigen unerlaubten Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke und Beihilfe zur banden- und gewerbsmäßigen Kennzeichenverletzung in 19.779 tateinheitlichen Fällen“ schuldig gesprochen, gegen ihn eine Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und vier Monaten verhängt sowie die Einziehung von 170.947,10 Euro als Wertersatz angeordnet. Hiergegen richtet sich die umfassende, auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten, während die Staatsanwaltschaft mit ihrer ebenfalls auf die Sachrüge ge-

stützten Revision zu Lasten des Angeklagten die fehlerhafte Anwendung der Einziehungsvorschriften, die Annahme einer Beihilfe statt Mittäterschaft bei der Kennzeichenverletzung und das Unterlassen einer Verurteilung wegen Betrugsversuches in diesem Tatkomplex beanstandet. Das vom Generalbundesanwalt vertretene Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft hat im Anfechtungsumfang weitgehend Erfolg, während die Revision des Angeklagten – nach teilweiser Beschränkung der Verfolgung – zu seinen Gunsten zur Aufhebung des Strafausspruchs führt.

I.

- 2
1. Nach den Feststellungen des Landgerichts arbeitete der russischstämmige Angeklagte mit dem nicht revidierenden, ebenfalls aus Russland stammenden Mitangeklagten Pa. seit 2001 in verschiedenen Internetprojekten zusammen, die jedenfalls seit 2009 im Wesentlichen illegaler Natur waren. Während ihres ersten Aufenthalts in Deutschland gründeten beide 2003 die T. L. GmbH mit Sitz in Deutschland, deren zunächst faktischer und später eingetragener Geschäftsführer Pa. war. Dieser war „Kopf und Leiter“ aller Projekte. Er leistete unter anderem die wesentlichen Programmierarbeiten, war für die Entwicklung und Überwachung der einzelnen Projekte sowie für die Aufgabenverteilung und die Finanzen einschließlich der Verteilung der durch die illegalen Projekte eingeworbenen Gelder verantwortlich. Dem Angeklagten P. oblag als Stellvertreter des Pa. insbesondere die Oberaufsicht über den technischen Bereich und die Anleitung der für die verschiedenen Projekte angeworbenen Personen. Als Hauptprogrammierer kümmerte er sich auch um die Wartung, Fortentwicklung und Organisation der wesentlichen Datenbanken, die Pa. programmiert hatte. Zudem war er der maßgebliche Berater von Pa. und tauschte sich nahezu täglich per Chat mit ihm über Grund- und De-

tailfragen der Projekte aus. Beide arbeiteten über das Internet zusammen, der Angeklagte P. von seinem Wohnort in N., Pa. vorwiegend von F. aus. Dabei kommunizierten die Angeklagten und die weiteren in die Projekte eingebundenen Personen unter Pseudonymen über ein vom Angeklagten P. verwaltetes System von IP-Adressen, die als Kommunikationsschnittstellen die Rückverfolgung der Datenflüsse zur IP-Adresse des eigentlichen Absenders verhinderten (sogenannte Proxys).

3 Die Daten der verschiedenen Projekte waren auf zahlreichen Servern in verschiedenen Ländern abgelegt, die von Pa. unter falschen Identitäten angemietet worden waren. Zur Abwicklung der finanziellen Transaktionen wurden gleichfalls unter falschen Identitäten eingerichtete oder von Dritten gekaufte Paypal-Konten und über Strohleute gehaltene Offshore-Firmen genutzt, deren Konten Pa. über Zugangsdaten und Kreditkarten nutzte.

4 2. Vor diesem organisatorischen Hintergrund kam es zu folgenden Taten:

5 a) Tat B.II: Hauptprojekt der beiden Angeklagten war ein seit Oktober 2009 weitgehend automatisiertes System zur Entgegennahme und Verwertung von aus Straftaten erlangten sogenannten Paysafe-Codes (auch als Paysafe-Cards bezeichnet). Dabei handelt es sich um von der Paysafe-Gruppe ausgegebene elektronische Zahlungsmittel nach dem Prepaid-Prinzip, nämlich um 16-stellige PIN-Codes, die unter anderem bei Tankstellen, Postämtern, Tabakläden oder Supermärkten in über 40 Ländern zum Nennwert von vorgegebenen Guthaben zwischen 10 und 100 Euro (oder der jeweiligen Landeswährung) erworben werden können. Die PIN-Codes repräsentieren die erworbenen Guthaben und können vom Erwerber online bei vertraglich an die Paysafe-Gruppe gebundenen Unternehmen (sogenannte Merchants) für die Zahlung

von Beträgen bis 1.000 Euro genutzt werden. Die Firma Paysafe, ein lizenziertes und registriertes E-Geld-Institut (§ 1 Abs. 2 ZAG; vgl. auch § 1a ZAG aF), garantiert ihren Merchants die Umwandlung der entgegengenommenen Paysafe-Codes in normale Währung und den Erwerbern der Codes – gegen Vorlage des Kaufbeleges – den Rücktausch eines nicht verbrauchten Guthabens.

6 Insbesondere im Bereich der Telekommunikation, aber auch beim Warenverkehr ist die Bezahlung mit Paysafe-Codes fest etabliert, im kommerziellen Bereich der Online-Spiele sowie ähnlichen Internetgeschäften sogar das wesentliche Zahlungsmittel. Die Bezahlung mittels Paysafe-Code erfolgt vollständig anonym. Der Weiterverkauf ist durch Allgemeine Geschäftsbedingungen untersagt.

7 Pa. richtete zum geschäftsmäßigen Erwerb und der späteren Verwertung von Paysafe-Codes eine eigene Internetseite ein. Hierüber konnten Kunden in beliebiger Zahl Paysafe-Codes gegen Auszahlung des Verwertungserlöses abzüglich einer Gebühr (im Normalfall 40 %) einliefern. Voraussetzung war lediglich die anonyme Registrierung mit einer E-Mail-Adresse und die Angabe eines Zahlungsweges. Das Online-Portal wurde zunächst vom gesondert verfolgten K. betreut. Nachdem die Daten anfänglich noch manuell gespeichert wurden, entwickelte Pa. später für größere Kunden ein internetbasiertes automatisiertes Datenbank- und Verwertungssystem; auch hierbei wirkte der Angeklagte P. wesentlich durch Programmierarbeiten mit. Die Auszahlung an die Kunden erfolgte zur Verschleierung des Zahlungsflusses über Konten der von Pa. genutzten Offshore-Firmen, über ein anonym nutzbares russisches elektronisches Zahlungssystem, über mit falschen Identitäten eingerichtete Paypal-Konten sowie teilweise nach Barabhebungen durch den Postversand von Bargeld.

8 Die von den Kunden „eingelieferten“ Paysafe-Codes stammten in den ausgerichteten elf vollendeten Fällen aus folgenden Straftaten:

9 Im ersten Fall aus dem gewerbsmäßigen Betrieb eines illegalen „Cardsharing-Portals“ für den deutschsprachigen Markt, bei dem gezielt Verschlüsselungstechnik von Pay-TV-Anbietern umgangen wurde (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 28. August 2018 – 5 StR 325/18), im zweiten Fall aus banden- und gewerbsmäßigen Betrugstaten in Form von Phishing-Anrufen aus türkischen Call-Centern bei bundesweiten Verkaufsstellen von Paysafe-Codes (insbesondere Tankstellen) zur Erlangung derselben, im dritten Fall aus gewerbsmäßig begangenen betrügerischen „Gewinnversprechen“ zum Nachteil vorwiegend älterer Personen in Deutschland, im vierten Fall aus dem gewerbsmäßigen Betrieb eines Internet-Portals, über das von deutschen Staatsbürgern auch von Deutschland aus urheberrechtlich geschützte ebooks zum illegalen Download angeboten wurden, im fünften Fall aus einer von Deutschland aus illegal und gewerbsmäßig betriebenen „Online-Wechselstube“, bei der vollständig anonym aus gewerbsmäßigen Betrugs- und Erpressungstaten sowie geschäftsmäßig betriebenen Urheber- und Markenrechtsverletzungen erlangte Paysafe-Codes in Bitcoins getauscht werden konnten, in den Fällen 6 sowie 8 bis 11 aus der gewerbsmäßigen Verletzung von Urheberrechten durch das – in den Fällen 6, 8, 9 und 11 sicher von Deutschland aus unterbreitete – illegale Angebot von geschützten Online-Spielen auf deutschsprachigen Webseiten und im Fall 7 aus gewerbsmäßiger Erpressung mittels Schadsoftware. In den übrigen verfahrensgegenständlichen Fällen 12 bis 71 ist das Verfahren auf den rechtlichen Gesichtspunkt des Versuchs beschränkt worden.

10 Alle Beteiligten gingen insgesamt davon aus, dass – allenfalls abgesehen von hier nicht relevanten Gelegenheitslieferungen – die Paysafe-Codes aus

Straftaten wie insbesondere Erpressungshandlungen mittels sogenannter „Trojaner“ oder dem Betrieb unter Verletzung von Urheberrechten durchgeführter illegaler Online-Spiele stammten, die zur Erlangung auf Dauer angelegter Einnahmequellen in nicht unerheblichem Umfang begangen wurden. Für die Verwertung aus solchen Straftaten erlangter Gewinne war ihr Portal aufgrund der vollständigen Anonymität ideal. Ihnen war bewusst, dass es sich dabei um „professionelle Geldwäsche“ handelt. Die Angeklagten nahmen zudem von Anfang an billigend in Kauf, dass die Entgegennahme und Verwertung von Paysafe-Codes gegen Entgelt zur Beschaffung von Liquidität des Einlieferers erlaubnispflichtige Finanzdienstleistungen sein könnten.

11 Zwischen Oktober 2009 und November 2015 wurden auf diese Weise über 71 Benutzeraccounts 492.418 Paysafe-Codes im Nominalwert von 20.616.409,11 Euro eingeliefert und bei deren Verwertung ein Erlös von mindestens 13.358.629,13 Euro erzielt. Pa. behielt hiervon 6.226.589,40 Euro als Gewinn. Der Angeklagte P. erhielt von Pa. für seine Tätigkeiten ein offiziell von der T. L. GmbH gezahltes Gehalt (von Januar 2011 bis November 2015 insgesamt 84.153,82 Euro) sowie monatliche Bonuszahlungen, die sich an der Höhe der Verwertungserlöse aus den Paysafe-Codes orientierten (insgesamt umgerechnet 170.947,10 Euro). Mit ihren Tätigkeiten wollten sich die Angeklagten eine fortlaufende erhebliche Einnahmequelle zur Finanzierung ihres Lebensunterhalts erschließen.

12 b) Tat B.III: Darüber hinaus vertrieb Pa. unter Mitwirkung des Angeklagten P., der insoweit insbesondere als „technischer Oberaufseher“ tätig war, und des gesondert verfolgten G. über verschiedene Verkaufsportale im Internet (Webshops) unter bewusster Verletzung von Urheber- und Markenrechten geschützte Betriebs- und Anwendungsprogramme der Microsoft

Corporation ohne deren Einwilligung. Den Kunden wurden die Programme mit erheblichen Nachlässen von meist um die 50 % auf den üblichen Preis unter der Vorspiegelung verkauft, es handele sich um rechtmäßig nutzbare Programmversionen. Zunächst wurde nach vorheriger Bezahlung der Download der Programme ermöglicht. Hierfür wurde den Kunden per E-Mail der Zugang zum Download-Bereich des Webshops ermöglicht, so dass sie das auf dem Server des Webshops als sogenannte „ISO-Datei“ gespeicherte Programm nebst Installationsanleitung herunterladen konnten. Bei diesen im Internet grundsätzlich frei verfügbaren ISO-Dateien handelte es sich um ein „Speicherabbild“, also eine 1 : 1-Kopie des Originalprogramms, die auf einem Datenträger gespeichert für die dauerhafte Nutzung mit Hilfe eines entsprechenden Lizenzschlüssels aktiviert werden musste. Zugleich wurden deshalb per E-Mail Produkt-Aktivierungs-Schlüssel übermittelt, mit denen die Kunden die Programme freischalten konnten. Dabei wurde den Kunden vorgespiegelt, dass die von Pa. von seinem Wohnsitz in F. vor allem aus illegalen chinesischen Quellen stammenden Produkt-Aktivierungs-Schlüssel eine rechtmäßig erworbene Lizenz repräsentierten, die wirksam auf die Erwerber übertragen werde und daher gegenüber Microsoft als der Inhaberin der Urheberrechte zur Nutzung des geschützten Programms berechtigte; tatsächlich war dies nicht der Fall. Die Webshops erweckten in ihrer professionellen Gestaltung bewusst den Anschein, als seien die Betreiber offizielle Vertragspartner von Microsoft („Microsoft Partner Network“). Ohne Einwilligung von Microsoft wurden darauf unter anderem die geschützten Marken „Microsoft Office“, „Microsoft“ und „Windows“ sowie das geschützte Microsoft-Logo verwendet. All dies wussten die Angeklagten und der gesondert verfolgte G. oder nahmen es wenigstens billigend in Kauf.

Zäsuren hinsichtlich einzelner „Befüller“ seinen Tatbeitrag kontinuierlich geleistet habe. Die Strafe für diese Tat (drei Jahre Freiheitsstrafe) hat das Landgericht dem Strafraumen des § 261 Abs. 4 Satz 1 StGB entnommen, diejenige für die zweite Tat (ein Jahr und vier Monate Freiheitsstrafe) dem nicht gemäß § 27 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafraumen von § 143 Abs. 2 MarkenG.

16 Als vom Angeklagten P. im Sinne von § 73 Abs. 1 StGB erlangt hat das Landgericht zum einen die ihm als Bonuszahlungen im ersten Tatkomplex zugeflossenen Beträge angesehen, zum anderen die im Tatzeitraum für seine Gesamttätigkeit, die im Wesentlichen die verfahrensgegenständlichen Straftaten betraf, erhaltenen Gehaltsauszahlungen. Letztere hat die Strafkammer aber nach eigenem Bekunden versehentlich bei der Fassung des Urteilstenors vergessen.

II.

17 Die Revision des Angeklagten erzielt den aus dem Tenor ersichtlichen Teilerfolg.

18 1. Die auf rechtsfehlerfreier Beweiswürdigung beruhenden Feststellungen tragen die Schuldsprüche, soweit der Senat die Verfolgung nicht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft nach § 154a Abs. 2 StPO beschränkt hat.

19 a) Im ersten Tatkomplex haben sich die Angeklagten in elf vollendeten Fällen der mittäterschaftlichen Geldwäsche nach § 261 Abs. 1 Nr. 4a und b, Abs. 2 Nr. 1 StGB schuldig gemacht, indem sie sich die Paysafe-Codes und damit aus Katalogtaten herrührende Vermögenswerte verschafft haben. Die

Feststellungen zu den Vortaten sind hinreichend konkret (vgl. zu den Anforderungen BGH, Urteil vom 15. August 2018 – 5 StR 100/18 mwN). Die Vortaten wurden entweder in Deutschland begangen (vgl. § 9 Abs. 1 StGB) oder waren – wie dies im Fall 7 in Betracht kommen könnte – als reine Auslandstaten auch am Tatort mit Strafe bedroht (vgl. § 261 Abs. 8 StGB). In den von der Strafkammer auf den rechtlichen Gesichtspunkt des Versuchs gemäß § 154a Abs. 2 StPO beschränkten Fällen hatten die Angeklagten jedenfalls die Vorstellung, dass die erlangten Paysafe-Codes jeweils aus gewerbsmäßigen Vermögensstraftaten oder ebensolchen Urheberrechtsverletzungen herrührten und nahmen dies billigend in Kauf. Soweit das Landgericht die Tatbeiträge des Angeklagten P. als tateinheitlich verwirklicht angesehen hat, begegnet dies keinen Bedenken.

20 b) Allerdings belegen die Feststellungen der Strafkammer nicht die Voraussetzungen des zusätzlich tateinheitlich angenommenen Erbringens von Finanzdienstleistungen ohne Erlaubnis gemäß § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG. Entgegen der Auffassung des Landgerichts handelt es sich bei den Paysafe-Codes nicht um Rechnungseinheiten im Sinne von § 1 Abs. 11 Satz 1 Nr. 7 KWG und damit auch nicht um Finanzinstrumente (vgl. zu den Voraussetzungen Klöhn/Parhofer, ZIP 2018, 2093, 2095 ff.; Lehmann, NJW 2018, 3736 f.; Patz, MMR 2018, 830, 831 f.; vgl. auch KG, NJW 2018, 3734). Damit konnten die Angeklagten durch Annahme der Paysafe-Codes und Auszahlung des einlösbaren Wertes abzüglich einer Provision auch keinen genehmigungspflichtigen Eigenhandel im Sinne von § 1 Abs. 1a Nr. 4 Buchst. c KWG betreiben (vgl. zu Finanzkommissionsgeschäften näher Schäfer in Boos/Fischer/Schulte-Mattler, KWG – CRR-VO, 5. Aufl., § 1 Rn. 69 ff. mwN).

21 Vielmehr stellen derartige Prepaid-Codes als eine Form von E-Geld zunächst Zahlungsmittel dar. E-Geld ist jeder elektronisch gespeicherte monetäre Wert in Form einer Forderung an den Emittenten, der gegen Zahlung eines Geldbetrages ausgestellt wird, um damit Zahlungsvorgänge im Sinne des § 675f Abs. 4 Satz 1 BGB durchzuführen, und der auch von anderen natürlichen oder juristischen Personen als dem Emittenten angenommen wird (§ 1 Abs. 2 Satz 3 ZAG). Dies ist bei den Paysafe-Codes der Fall (vgl. zur Paysafe-Card als E-Geld auch Allgemeinverfügung der BaFin vom 15. Januar 2014 – GW 3-K-5004-127581-2013/0001). Den Umgang mit derartigen Zahlungsmitteln regelt für die vorliegende Konstellation vorrangig das Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (ZAG). Eine Strafbarkeit des Angeklagten P. käme deshalb – wie in Anklage und Eröffnungsbeschluss ursprünglich angenommen – nach § 31 ZAG aF (vgl. auch § 63 ZAG nF) in Betracht. Allerdings hat der Senat entschieden, dass sich die genannte Strafnorm im Tatzeitraum lediglich an Unternehmen richtet, womit eine Strafbarkeit des Angeklagten als Täter ausscheiden könnte (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Oktober 2015 – 5 StR 189/15, StV 2017, 114 m. Anm. Achtelik; siehe auch Weiß, wistra 2016, 160; Lösing, WuB 2016, 379; Venn, ZWH 2016, 206). Ob an dieser Rechtsauffassung festzuhalten ist, bedarf vorliegend keiner Entscheidung, weil der Senat diesen Tatvorwurf aus prozessökonomischen Gründen von der Verfolgung ausgenommen hat.

22 c) Im zweiten Tatkomplex haben die Angeklagten durch Übersendung der Produktschlüssel und Links zum Herunterladen der Software Computerprogramme im Sinne von § 69c Nr. 3 UrhG verbreitet (vgl. OLG München, Urteil vom 1. Juni 2017 – 29 U 2554/16 Rn. 178 ff. mwN) und sich damit mangels Einwilligung des Rechteinhabers und sonstiger Berechtigung nach § 106 Abs. 1 UrhG strafbar gemacht. Eine Erschöpfung des Verbreitungsrechts in den ver-

fahrensgegenständlichen Fällen ist nicht festgestellt und lag angesichts der Herkunft der Produktschlüssel aus illegalen chinesischen Quellen auch nicht nahe. Die Erschöpfung tritt nach § 69c Nr. 3 Satz 2 UrhG ein, wenn das Vervielfältigungsstück eines Computerprogramms mit Zustimmung des Rechtsinhabers im Gebiet der Europäischen Union oder eines anderen Vertragsstaates des Abkommens über den Europäischen Wirtschaftsraum im Wege der Veräußerung in Verkehr gebracht wird (vgl. hierzu näher auch BGH, Urteil vom 17. Juli 2013 – I ZR 129/08, NJW-RR 2014, 360 – „UsedSoft II“). Dies ist nicht der Fall, wenn das Computerprogramm außerhalb der Gemeinschaft verkauft wird (vgl. näher OLG München aaO Rn. 165 f. mwN). Deshalb kann dahinstehen, ob ein unerlaubtes Vervielfältigen im Sinne von § 106 Abs. 1 UrhG erst vorliegt, wenn der Kunde das Programm nach Download auf seinem Rechner mit dem Produktschlüssel aktiviert (vgl. BGH, Beschluss vom 13. September 2017 – 4 StR 88/17 Rn. 17 mwN).

23 Die Frage, ob die Angeklagten die geschützten Computerprogramme zusätzlich auch im Sinne von § 69c Nr. 4 UrhG öffentlich zugänglich gemacht haben (vgl. zu den Voraussetzungen OLG München aaO), bedarf ebenfalls keiner Entscheidung. Aufgrund des gewerbsmäßigen Handelns der Angeklagten ist die Qualifikation des § 108a UrhG erfüllt.

24 d) Zugleich haben sich die Angeklagten durch die im geschäftlichen Verkehr erfolgte Benutzung von mit den eingetragenen Marken der Firma Microsoft identischen Zeichen ohne Zustimmung des Markeninhabers wegen Verstoßes gegen § 14 Abs. 2 Nr. 1 und 2 MarkenG nach § 143 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 MarkenG bzw. bei Gemeinschaftsmarken wegen Verstoßes gegen Art. 9 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 des Rates vom 26. Februar 2009 über die Gemeinschaftsmarke nach § 143a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 i.V.m. § 143

Abs. 2 MarkenG strafbar gemacht (vgl. auch BGH, Beschluss vom 13. September 2017 – 4 StR 88/17 Rn. 18). Dass der Angeklagte insofern lediglich wegen Beihilfe verurteilt wurde, beschwert ihn nicht. Durch das Inkrafttreten des Markenrechtsmodernisierungsgesetzes vom 11. Dezember 2018 (BGBl. I S. 2357) ist keine im Sinne von § 354a StPO relevante Änderung der Strafbarkeit zu Gunsten des Angeklagten eingetreten.

25 2. Die Strafzumessung weist hingegen Rechtsfehler zu Lasten des Angeklagten auf.

26 a) Die für Fall B.II der Urteilsgründe verhängte Strafe könnte zwar – für sich gesehen – auch nach der vorgenommenen Verfolgungsbeschränkung bestehen bleiben. Denn bei der Strafraumenwahl und der Strafzumessung hat das Landgericht die von ihm angenommene zusätzliche tateinheitliche Verwirklichung von § 54 Abs. 1 Nr. 2 KWG – ebenso wie beim Mitangeklagten Pa. – nicht ausdrücklich strafschärfend berücksichtigt.

27 b) Allerdings ist die Strafraumenwahl hinsichtlich beider Tatkomplexe mit einem anderen Rechtsfehler behaftet, der zur Aufhebung der Einzelstrafen und damit der Gesamtstrafe führt. Denn die Strafkammer geht bei ihren Ausführungen zur Nichtanwendung von § 46b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB von einem falschen rechtlichen Maßstab aus.

28 aa) Die Strafmilderungsmöglichkeit nach § 46b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB kommt in Betracht, wenn der Täter wesentlich zur Aufklärung beigetragen hat, wobei sich sein Aufklärungsbeitrag in Fällen, in denen er – wie hier – an der Tat beteiligt war, über seinen eigenen Tatbeitrag hinaus erstrecken muss (§ 46b Abs. 1 Satz 3 StGB). Wesentliche Aufklärungshilfe liegt vor, wenn die Tat ohne

den Aufklärungsbeitrag nicht oder nicht im gegebenen Umfang aufgeklärt worden wäre, die Aussage des Täters jedenfalls aber eine sicherere Grundlage für die Aburteilung des Tatbeteiligten schafft, indem sie den Strafverfolgungsbehörden die erforderliche Überzeugung vermittelt, dass ihre bisherigen Erkenntnisse zutreffen (vgl. BGH, Urteil vom 2. November 2017 – 3 StR 301/17; Beschluss vom 15. März 2016 – 5 StR 26/16 mwN).

29 Indem die Strafkammer alleine darauf abstellt, die Taten seien zum Zeitpunkt der geleisteten Aufklärungshilfe „dem Grunde nach“ auch im Hinblick auf die Beteiligung des Angeklagten Pa. und des früheren Mitangeklagten O. bekannt gewesen, weshalb „aus formellen Gründen“ die Anwendung von § 46b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB ausscheide, verfehlt sie diesen rechtlichen Maßstab. Denn dabei bleibt unberücksichtigt, dass auch die Schaffung einer sichereren Grundlage für den Nachweis der betreffenden Taten als Aufklärungserfolg ausreichen kann (vgl. auch BGH, Beschluss vom 22. August 1995 – 4 StR 422/95, NStZ-RR 1996, 48).

30 bb) Der Senat kann nicht ausschließen, dass das Urteil auf diesem Rechtsfehler beruht. Den Urteilsgründen lassen sich Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass der Angeklagte einen derartigen wesentlichen Beitrag zur Überführung des Mitangeklagten geleistet hat. Nach den Feststellungen stellte der Angeklagte P. bei seiner Verhaftung noch vor Ort den Ermittlungsbehörden Passwörter und andere Informationen zur Verfügung, die es diesen ermöglichten, die auf dem beim Zugriff offen vorgefundenen Computer befindlichen und über den Server erlangbaren umfangreichen Daten nicht nur zu sichern, sondern im Anschluss ohne Weiteres auswerten zu können, „was die Aufklärung des Falles erheblich erleichtert und drastisch beschleunigt hat.“ Damit liegt nicht fern, dass die Angaben des Angeklagten wesentliche Aufklä-

rungshilfe gewesen sind. Das Landgericht hat die Aufklärungshilfe zwar bei der Strafzumessung ausdrücklich berücksichtigt. Der Senat kann aber nicht ausschließen, dass sie bei zutreffender Rechtsanwendung zu einem anderen Strafraumen und damit einer niedrigeren Strafe gekommen wäre.

31 c) Hinzu kommt, dass die Strafkammer im Fall B.III der Urteilsgründe die verhängte Einzelstrafe dem Strafraumen des § 143 Abs. 2 MarkenG (drei Monate bis fünf Jahre) entnommen hat, obwohl es ausweislich des Urteilstenors den Angeklagten P. in diesem Fall nur wegen Beihilfe zur banden- und gewerbsmäßigen Kennzeichenverletzung verurteilt hat; es hätte deshalb diesen Strafraumen nach §§ 27, 49 Abs. 1 StGB mildern bzw. die Strafe dem Strafraumen des taterschaftlich tateinheitlich verwirklichten § 108a UrhG entnehmen müssen, der keine erhöhte Mindeststrafe ausweist.

32 d) Nicht rechtsfehlerhaft ist entgegen der Auffassung der Revision, dass die Strafkammer bei Bildung der Gesamtfreiheitsstrafe keinen Härteausgleich wegen Nichteinbeziehung einer zwischenzeitlich bezahlten Geldstrafe in Höhe von 30 Tagessätzen zu je 30 Euro gewährt hat. Denn die Nichtbildung einer Gesamtfreiheitsstrafe aus dieser und der hiesigen Verurteilung begründet keine den Angeklagten benachteiligende Härte (vgl. BGH, Urteile vom 8. November 2018 – 4 StR 269/18 und vom 5. November 2013 – 1 StR 387/13, insoweit nicht abgedruckt in StraFo 2014, 30).

33 3. Die Feststellungen sind rechtsfehlerfrei getroffen und können bestehen bleiben, da lediglich Wertungsfehler vorliegen (vgl. § 353 Abs. 2 StPO); sie können um solche ergänzt werden, die den bisherigen nicht widersprechen.

III.

34 Die zu Ungunsten des Angeklagten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft hat mit der Sachrüge im Anfechtungsumfang Erfolg.

35 1. Die Revision ist ausweislich ihrer Begründung (vgl. zu deren Relevanz insbesondere bei Revision der Staatsanwaltschaft BGH, Urteil vom 26. April 2017 – 2 StR 47/17, NStZ-RR 2017, 201 mwN) auf den Schuldspruch im Fall B.III der Urteilsgründe sowie auf die fehlerhafte Anwendung von §§ 73, 73c StGB beschränkt.

36 2. Der Schuldspruch im Fall B.III der Urteilsgründe hält rechtlicher Überprüfung in mehrfacher Hinsicht nicht stand.

37 a) Zu Recht bemängelt die Staatsanwaltschaft zunächst, dass die Strafkammer den Angeklagten insoweit nicht wegen (gegebenenfalls gewerbs- und bandenmäßigen) Betruges verurteilt hat. Nach den Feststellungen des Landgerichts waren die „Kunden“ der Angeklagten nach dem „Kauf“ der angebotenen Software nicht berechtigt, diese zu installieren und zu nutzen, weil sie damit gegen das – nicht erschöpfte – Vervielfältigungsrecht von Microsoft verstoßen hätten (vgl. OLG München aaO Rn. 159 ff. mwN). Die Berechtigung zur Nutzung des Computerprogramms leitet sich mangels Einverständnis des Urhebers insbesondere nicht aus dem übersandten Produktschlüssel ab; dieser ist vielmehr – einem Fahrzeugschlüssel vergleichbar – lediglich ein technisches Mittel, um das erworbene Computerprogramm dauerhaft zu nutzen (vgl. OLG München aaO Rn. 175 mwN).

38 War die Nutzung der erworbenen Computerprogramme aber rechtlich verboten, sind die Kunden in Höhe des vollen Kaufpreises geschädigt (vgl. auch BGH, Beschluss vom 13. September 2017 – 4 StR 88/17 Rn. 25). Bei wirtschaftlicher Betrachtung kommt der bloß faktischen Ermöglichung einer unrechtmäßigen Nutzung – wie in Fällen des Verkaufs gestohlener Ware, an der kein gutgläubiger Erwerb möglich ist – kein die Kaufpreiszahlung kompensierender Gegenwert zu (vgl. BGH, Beschlüsse vom 8. Juni 2011 – 3 StR 115/11 Rn. 6 und vom 13. September 2017 – 4 StR 88/17 Rn. 25). Auf das im vorliegenden Fall festgestellte geringe Risiko, vom Nutzungsberechtigten auf Unterlassung in Anspruch genommen zu werden, und die entsprechende Vorstellung der Angeklagten davon kommt es deshalb nicht an.

39 b) Ebenso rechtsfehlerhaft ist, dass der Angeklagte P. trotz – tragfähiger – Annahme von Mittäterschaft in den Urteilsgründen nach dem Urteilstenor nur wegen Beihilfe zur gewerbs- und bandenmäßigen Kennzeichenverletzung verurteilt worden ist.

40 3. Dies entzieht der für diesen Fall verhängten Einzel- und damit der Gesamtfreiheitsstrafe die Grundlage.

41 4. Wie das Landgericht in den Urteilsgründen bereits näher ausgeführt hat, ist auch die Entscheidung über die Einziehung des Wertes von Taterträgen mit Rechtsfehlern zu Gunsten des Angeklagten behaftet. Nach den Urteilsfeststellungen erhielt er sein Gehalt von der T. L. GmbH in Höhe von 84.153,82 Euro zwischen Januar 2011 und Oktober 2015 für seine Gesamttätigkeit, die im Wesentlichen die verfahrensgegenständlichen Taten betraf. Diese „für die Taten“ erlangten Vorteile unterliegen grundsätzlich der Einziehung oder der Einziehung des Wertes von Taterträgen. Gegebenenfalls kann auch – etwa

durch Annahme eines prozentualen Sicherheitsabschlags – nach § 73d Abs. 2 StGB geschätzt werden, in welcher Höhe das Gehalt eine Entlohnung gerade für die verfahrensgegenständlichen Taten darstellte.

42 5. Die Feststellungen sind mit Ausnahme derjenigen zum Betrugsschaden und zum diesbezüglichen Vorsatz rechtsfehlerfrei getroffen und können deshalb überwiegend bestehen bleiben (vgl. § 353 Abs. 2 StPO). Sie können um solche ergänzt werden, die den bisherigen nicht widersprechen.

IV.

43 1. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat darauf hin, dass eine Erhöhung der Gesamtfreiheitsstrafe unter Verwertung des Geständnisses des Angeklagten P. nur bis zu der Obergrenze der vom Tatgericht getroffenen Verständigung, also bis zu vier Jahren und drei Monaten Freiheitsstrafe, in Betracht kommt (vgl. BGH, Urteil vom 1. Dezember 2016 – 3 StR 331/16, NStZ 2017, 373 mwN).

44 Im vorliegenden Fall vermag der Senat zudem auszuschließen, dass die neu zur Verhandlung berufene Strafkammer angesichts des Tatbildes und der im zweiten Tatkomplex eher untergeordneten mittäterschaftlichen Mitwirkung des Angeklagten bei zusätzlicher Annahme eines gewerbs- und bandenmäßigen Betruges in Fall B.III der Urteilsgründe zu einer vier Jahre und drei Monate übersteigenden Gesamtfreiheitsstrafe kommen wird und nimmt deshalb die zur Teilrechtskraft eines Schuldspruches (unter Verwertung des Geständnisses des Angeklagten) führende Revisionsbeschränkung der Staatsanwaltschaft hin. Die im Rahmen der Verständigung in Aussicht gestellte Gesamtfreiheitsstrafe löst

sich weder nach unten noch nach oben von ihrer Funktion, gerechter Schuld-
ausgleich zu sein.

45 2. Bezüglich der Feststellung eines Irrtums der Software-Käufer über den
Erwerb eines Nutzungsrechts im Fall B.III der Urteilsgründe weist der Senat
darauf hin, dass angesichts des professionellen und vertragliche Bindungen an
Microsoft vortäuschenden Vertriebs ein Irrtum der Käufer über einen rechtsgül-
tigen Nutzungserwerb bei einer festgestellten Zahlung von immerhin 50 % des
üblichen Kaufpreises überaus nahe liegt. Insoweit wird die Strafkammer – so-
fern nicht aus prozessökonomischen Gründen eine Beschränkung nach § 154a
Abs. 2 StPO auf die übrigen Straftatbestände oder auf den Gesichtspunkt des
Betrugsversuchs erfolgt – auf die von der Rechtsprechung in derartigen Fällen
des Massenbetruges entwickelten Grundsätze zurückgreifen können, wonach
etwa die Vernehmung weniger Zeugen ausreichen kann, wenn dem Tatvorwurf
– wie hier – zahlreiche Einzelfälle zugrunde liegen (vgl. BGH, Beschluss vom
13. September 2017 – 4 StR 88/17, NStZ 2019, 40, Rn. 13 f.; vgl. auch BGH,
Beschlüsse vom 4. September 2014 – 1 StR 314/14, NStZ 2015, 98 und vom
16. August 2018 – 5 StR 348/18, wistra 2018, 518).

Mutzbauer

König

Berger

Mosbacher

Köhler