



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StR 246/16

vom
16. November 2016
in der Strafsache
gegen

wegen Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 16. November 2016 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Aachen vom 24. Februar 2016 hinsichtlich des Falles 23 der Urteilsgründe sowie im Gesamtstrafenausspruch jeweils mit den Feststellungen aufgehoben.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
3. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion in Tateinheit mit Computerbetrug in 34 tateinheitlichen Fällen, gefährlicher Körperverletzung, Betruges in 21 Fällen und Diebstahls zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verurteilt und ihn ihm Übrigen freigesprochen. Außerdem hat es eine Anrechnungsentscheidung hinsichtlich im Ausland erlittener Auslieferungshaft getroffen. Die auf die Verletzung sachlichen Rechts gestützte Revision des Angeklag-

ten hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist sie offensichtlich unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

I.

2

Die Verurteilung des Angeklagten in den Fällen 1-22 und 24 der Urteilsgründe begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Insoweit besteht auch kein Verfahrenshindernis deshalb, weil diese Taten nicht Gegenstand des Europäischen Haftbefehls vom 25. Juni 2015 gewesen sind, aufgrund dessen der Angeklagte von Italien nach Deutschland ausgeliefert worden ist. Ein Nachtragsersuchen wurde zwar bisher nicht gestellt. Auch hat der Angeklagte – soweit ersichtlich – nicht gemäß § 83h Abs. 2 Nr. 5 Alt. 2 IRG auf den Grundsatz der Spezialität verzichtet. Doch begründet ein damit vorliegender Verstoß gegen § 83h Abs. 1 Nr. 1 IRG kein Verfahrens-, sondern lediglich ein Vollstreckungshindernis (vgl. EuGH, Urteil vom 1. Dezember 2008 – C-388/08, NStZ 2010, 35, 39 m. Anm. Heine; BGH, Beschlüsse vom 25. Juni 2014 – 1 StR 218/14, vom 25. September 2012 – 1 StR 442/12, vom 9. Februar 2012 – 1 StR 148/11, BGHSt 57, 138, 142, und vom 27. Juli 2011 – 4 StR 303/11, NStZ 2012, 100 f.). Soweit der Entscheidung des Senats vom 15. April 2015 – 2 StR 529/14 – etwas Anderes zu entnehmen ist, hält er daran nicht weiter fest.

II.

3

Dagegen begegnet die Verurteilung im Fall 23 der Urteilsgründe durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

4

1. Nach den Feststellungen verabredete sich im Oktober 2010 eine Gruppe von bislang überwiegend nicht identifizierten Personen mit mehrheitlich rumänischer Abstammung, in großem Stil und auf Dauer angelegt sowie bei wechselnder Tatbeteiligung im Wege des sog. Skimmingverfahrens die auf EC-

sowie Kreditkarten gespeicherten Bankdaten nebst dazugehörigen Geheimzahlen auszuspähen, um mittels der so gewonnenen Datensätze und unter Verwendung von Kartenrohlingen mit Magnetstreifen gefälschte Kartendoubletten herzustellen und hiermit zeitnah unbefugte Geldabhebungen zu Lasten der betreffenden Kunden vorzunehmen. Der Angeklagte, dem die Beteiligung an mehreren Taten der Bande vorgeworfen worden war, wurde lediglich wegen einer einzigen Tat verurteilt; eine Einbindung des Angeklagten in die Bandenabrede hat das Landgericht nicht feststellen können.

5 Hinsichtlich des abgeurteilten Tatgeschehens vom 23. Oktober 2010 ist die Strafkammer davon ausgegangen, dass der Angeklagte morgens zusammen mit dem gesondert Verfolgten A. in der Filiale der Commerzbank G. am dortigen Geldautomaten Ausspäheinrichtungen angebracht hat, um das Ausspähen der Daten, deren spätere Auslesung sowie die Speicherung auf Kartenrohlingen und den Einsatz dieser Doubletten an Geldautomaten im Ausland zu Lasten der betreffenden Bankkunden durch Beteiligte der Tätergruppierung zu ermöglichen. Dabei kam es ihm darauf an, sich – jedenfalls aber den übrigen an der Tat beteiligten Personen – einen geldwerten Vorteil zu verschaffen, wobei nicht festgestellt ist, ob und in welcher konkreten Höhe der Angeklagte selbst einen Anteil von dem später durch andere Beteiligte im Ausland abgehobenen Geld erhalten hat.

6 2. Diese Feststellungen tragen nicht die Verurteilung wegen Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion in Tateinheit mit Computerbetrug in 34 tateinheitlichen Fällen.

7 a) Die Wertung des Landgerichts, der Angeklagte habe sich wegen mittäterschaftlicher Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion zu verantworten, ist nicht hinreichend mit Tatsachen belegt. Die Beteiligung des Ange-

klagen liegt in dem Anbringen der Spähvorrichtung (und der Weiterleitung der darin erfassten Daten). Dies sind im Vorfeld der eigentlichen tatbestandsmäßigen Handlungen liegende Vorbereitungshandlungen (BGHSt 56, 170, 171), bei denen die Annahme von Mittäterschaft zwar nicht ausgeschlossen ist, weil Mittäterschaft nicht in jedem Fall eine Mitwirkung am Kerngeschehen voraussetzt. Erforderlich ist aber jedenfalls eine nicht ganz untergeordnete Beteiligung an Vorbereitungshandlungen, sofern der Tatbeitrag sich nicht als bloße Förderung fremden Tuns, sondern als Teil der Tätigkeit aller darstellt (BGHR StGB § 25 Abs. 2 Tatherrschaft 4; NStZ 1996, 434 = BGHR StGB § 25 Abs. 2 Mittäter 26). Mittäter nach § 25 Abs. 2 StGB ist insoweit, 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, NJW 2011, 2375; insoweit in BGHSt 56, 170 nicht abgedruckt).

- 8 Das Landgericht hat die Annahme von Mittäterschaft allein damit begründet, der Angeklagte habe einen sehr wesentlichen Tatbeitrag geleistet, weshalb von Tatherrschaft auszugehen sei. Diese Würdigung greift zu kurz. Wesentliche, gegen die Annahme von Mittäterschaft sprechende Umstände bleiben unerörtert. Der Angeklagte war – anders als in Entscheidungen, die von Mittäterschaft ausgegangen sind (vgl. BGH, NJW 2011, 2375; NStZ 2012,

626) – nicht in die Banden- und Organisationsstruktur eingebunden. Er war vielmehr lediglich an einer einzigen Tat beteiligt. In welchem Verhältnis er dabei zu den übrigen, unbekannt gebliebenen Mittätern gestanden hat, lässt sich den Urteilsgründen nicht entnehmen; es wird lediglich mitgeteilt, der Angeklagte habe gegenüber dem gesondert Verfolgten A. , der mit ihm zusammen die Ausspähvorrichtungen in der Bank angebracht habe, keine übergeordnete Rolle – wie dieser behauptet habe – eingenommen. Im Dunkeln bleibt auch, wer die Bank als Tatobjekt ausgesucht und wer die Späheinrichtungen zur Verfügung gestellt hatte. Ebenso bleibt offen, welches finanzielle Interesse der Angeklagte an der Tatbegehung hatte. Konkrete Feststellungen dazu konnte die Kammer nicht treffen, obwohl sie davon ausgegangen ist, dass der Angeklagte ohne jede Gegenleistung nicht tätig geworden wäre. Möglich ist danach nicht nur, dass er etwa an den Abhebungen im Ausland prozentual beteiligt worden ist, was eher für Mittäterschaft sprechen könnte. Denkbar ist – vor allem mit Blick darauf, dass der gesondert verfolgte A. einen festen Geldbetrag von 250 € für jeden manipulierten Geldautomaten erhalten hat – aber auch, dass er wie dieser unabhängig vom späteren Ertrag der Karteneinsätze im Ausland "fix" entlohnt worden ist. In einem solchen Fall hätte sich das Landgericht aber mit der nahe liegenden Frage auseinandersetzen müssen, ob der Angeklagte sich letztlich allein auf das Sammeln von Kundendaten (und ihren Weiterverkauf) beschränkt hat, ohne sich als notwendigen Bestandteil einer ihm ansonsten fremden Täterorganisation anzusehen (vgl. BGH, NStZ 2016, 338, 339).

- 9 b) Auch die Verurteilung wegen täterschaftlichen Computerbetrugs in 34 tateinheitlichen Fällen hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Strafkammer hat die Annahme von Mittäterschaft auf eine Zurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB gestützt, ohne dies näher zu begründen. Dies begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Auch insoweit wäre es erforderlich gewesen, in die vor-

zunehmende Gesamtwürdigung zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme die Umstände erkennbar einzubeziehen, die für eine bloße Beihilfe des Angeklagten an diesen Taten sprechen. Nach den Feststellungen liegt es nahe, dass der Angeklagte keine Kenntnisse von den konkreten Abläufen beim Einsatz der Karten an den Geldautomaten im Ausland hatte. Es ist nicht festgestellt, dass der Angeklagte nach Weitergabe der ausgespähten Daten die Abhebungen (nach Ort, Zeit und ihrer Höhe) in irgendeiner Weise beeinflussen konnte. Schließlich lässt sich den Urteilsgründen nicht entnehmen, dass sich sein Interesse an der Tat (mit Blick auf eine Beteiligung hieran) auf den durch den Computerbetrug erlangten Vermögensvorteil richtete; das Landgericht lässt offen, in welcher Weise der Angeklagte finanziell von der Tatbegehung profitiert hat (vgl. Senat, NStZ 2012, 626; ZWH 2012, 360).

10 c) Die Sache bedarf insoweit neuer Verhandlung und Entscheidung. Der Senat kann – jedenfalls hinsichtlich der Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion – nicht ausschließen, dass in der neuen Hauptverhandlung Feststellungen getroffen werden können, die die Annahme von Mittäterschaft tragen.

11 3. Die Aufhebung des Schuldspruchs im Fall 23 der Urteilsgründe entzieht dem Gesamtstrafenausspruch seine Grundlage. Vorsorglich weist der Senat darauf hin, dass die in den Fällen 1-22 und 24 der Urteilsgründe festgesetzten Einzelstrafen angesichts des durch die Nichtbeachtung des auslieferungs-

rechtlichen Spezialitätsgrundsatzes entstehenden Verfahrenshindernisses nicht Bestandteil einer Gesamtstrafe sein können (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Oktober 2016 – 3 StR 245/16).

Appl

Krehl

Eschelbach

Zeng

Bartel