



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 StR 69/07

vom

18. Juli 2007

in der Strafsache

gegen

wegen Diebstahls u. a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 18. Juli 2007,
an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Rissing-van Saan,

Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Bode,
Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Otten,
Richter am Bundesgerichtshof
Rothfuß,
Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Appl,

Staatsanwalt
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

- I. Auf die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 10. November 2006 wird
1. das Verfahren nach § 154 Abs. 2 StPO vorläufig eingestellt, soweit der Angeklagte wegen Betruges verurteilt wurde durch
 - Einreichung eines Verrechnungsschecks über 20.730,90 € - adressiert an die C. GmbH - am 1. Oktober 2005 (Fall 94 der Anklage) und
 - Einreichung des Schecks über 7.327,40 € - adressiert an die K. GmbH - am 9. Dezember 2005 (Fall 95 der Anklage);insoweit fallen die Kosten des Verfahrens und die dem Angeklagten entstandenen notwendigen Auslagen der Staatskasse zur Last;
 2. das vorgenannte Urteil im Schuldspruch mit den Feststellungen aufgehoben, soweit der Angeklagte verurteilt worden ist wegen Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung durch
 - Einreichung des "Orderschecks" über 1.909,24 € (O. , Fall 111 der Anklage),
 - Einreichung des Schecks über 14.624,98 € (P. , Fall 112 der Anklage);
 3. das Urteil im Schuldspruch weiter dahin geändert, dass
 - in vier Fällen des Diebstahls die Verurteilung wegen tateinheitlich begangener Verletzung des Briefgeheimnisses und

- bei der versuchten Abhebung von dem Sparbuch E. die Verurteilung wegen tateinheitlich begangenen versuchten Betruges entfällt;
 - 4. in dem als Computerbetrug abgeurteilten Fall der Geldabhebung vom 30. September 2005 in Höhe von 250 € wird eine Einzelfreiheitsstrafe von sieben Monaten festgesetzt;
 - 5. das Urteil aufgehoben
 - a) im Ausspruch über die Einzelstrafe, soweit der Angeklagte wegen Urkundenfälschung in Tateinheit mit Missbrauch von Ausweispapieren (versuchte Abhebung vom Sparbuch E.) verurteilt ist;
 - b) im Gesamtstrafenausspruch.
- II. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die verbleibenden Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts Frankfurt am Main zurückverwiesen.
- III. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird verworfen.

Von Rechts wegen

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten des "schweren Diebstahls in Tateinheit mit Verletzung des Briefgeheimnisses in fünf Fällen, des schweren Betruges in 19 Fällen (wobei es in einem Fall beim Versuch blieb), in zwei Fällen tateinheitlich mit Urkundenfälschung, in dem Versuchsfall tateinheitlich mit Urkundenfälschung und Ausweissmissbrauch, ferner des schweren Computerbetrugs in 15 Fällen" für schuldig befunden. Es hat den Angeklagten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt.

2 Der Angeklagte wendet sich mit der allgemein erhobenen Sachrüge gegen seine Verurteilung. Seine Revision hat teilweise Erfolg.

I.

3 Nach den Feststellungen des Landgerichts verschaffte sich der Angeklagte ab August bis zum 14. Dezember 2005 mindestens fünfmal Zugang zum Postverteilteraum eines Postamtes in Frankfurt am Main. In mindestens zwei dieser Fälle öffnete er das Türschloss mit einem gebogenen Draht. Dort liegende Postsendungen nahm er stapelweise mit nach Hause und öffnete sie zum Teil. Dabei fielen ihm u. a. Bank- und Kreditkarten, Schecks, Schreiben mit PIN-Nummern etc. - nach denen er gezielt suchte - in die Hände. Die Schecks löste der Angeklagte überwiegend auf Konten zweier Geschädigter (F. und G.) ein, über deren EC-Karten nebst zugehörigen PIN-Nummern er aufgrund der Diebstähle ebenfalls verfügte. Von den Konten der beiden Geschädigten hob der Angeklagte mittels der EC-Karten 15-mal Geldbeträge zwischen 200 und 2.000 € ab. Mittels einer erbeuteten Mastercard tätigte der Angeklagte in 14 Fällen Einkäufe im Wert zwischen 44 € und 899 €. Schließlich versuchte der

Angeklagte in einem Fall vergeblich von einem erbeuteten Mietkautionssparbuch unter Vorlage einer gefälschten Vollmacht und eines fremden Passes Geld abzuheben.

II.

4 1. Auf Antrag des Generalbundesanwalts stellt der Senat das Verfahren in den Anklagefällen 94 (Einreichung eines Verrechnungsschecks über 20.730,90 € - adressiert an die C. GmbH - am 1. Oktober 2005) und 95 (Einreichung des Schecks über 7.327,40 € - adressiert an die K. GmbH - am 9. Dezember 2005) gemäß § 154 Abs. 2 StPO vorläufig ein. Durch die Einstellung entfällt der Schuld- und Strafausspruch für diese beiden Fälle des Betruges.

5 2. Soweit der Angeklagte jeweils wegen Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung hinsichtlich der Einlösung des "Orderschecks" über 1.909,24 € der Firma O. und der Einlösung des "Schecks" über 14.624,98 € der Firma P. verurteilt worden ist, tragen die bisherigen Feststellungen die Verurteilung nicht.

6 Es fehlen hinreichende Feststellungen, um welche Art von Schecks es sich in diesen Fällen handelte. Hätte es sich um Inhaberschecks gehandelt, könnte es bereits an einer für die Vermögensverfügung relevanten Täuschungshandlung gefehlt haben, da der Einreicher eines Inhaberschecks regelmäßig schon durch dessen Besitz legitimiert wird (vgl. BayObLG NJW 1999, 1648, 1649).

7 Bei dem Scheck der Firma O. lag nach den Feststellungen der Strafkammer zwar ein "Orderscheck" vor. Es fehlt aber auch hier an der Fest-

stellung, ob es sich um einen Inhaberscheck gehandelt hat oder nicht, was auch bei einem Orderscheck der Fall sein kann (vgl. Art. 5 Abs. 2 ScheckG und BayObLG NJW 1999, 1648, 1649).

8 Dass der Angeklagte die Schecks jeweils auf der Rückseite mit dem Vermerk der Weitergabe an einen Dr. J. versehen hat, spricht zwar indiziell gegen das Vorliegen eines Inhaberschecks. Die Feststellungen erlauben aber nicht die Annahme eines vollständigen Indossaments, da im Urteil nicht mitgeteilt wird, ob der Vermerk unterschrieben und die nach Artikel 16 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 ScheckG erforderliche Unterschrift vom Angeklagten unter falschem Namen geleistet wurde. Angesichts dessen begegnet auch die Verurteilung wegen jeweils tateinheitlich begangener Urkundenfälschung durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

9 3. Soweit der Angeklagte wegen Diebstahls in Tateinheit mit Verletzung des Briefgeheimnisses in fünf Fällen verurteilt worden ist, hat der Schuldspruch wegen Verletzung des Briefgeheimnisses nur in einem Fall Bestand.

10 a) Dass die Strafkammer die 93 entwendeten Briefsendungen nicht im Einzelnen den fünf Diebstahlstaten zugeordnet hat, ist hier rechtlich nicht zu beanstanden. Der Angeklagte hat eingeräumt, in mindestens fünf Fällen Briefsendungen aus dem Postverteilteraum entwendet zu haben. Ein Freispruch kommt danach nicht in Betracht, auch wenn er diese Taten innerhalb des Tatzeitraums nicht näher nach Tatzeit und Beute konkretisieren konnte. Wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift zutreffend ausführt, lassen sich jedoch anhand einzelner Gegenstände, bei denen der Zeitpunkt der Entwendung auf wenige Tage oder eine Woche eingegrenzt werden kann, fünf voneinander getrennte, sich nicht überschneidende Zeiträume feststellen, während derer der Angeklagte Briefsendungen aus dem Postamt wegnahm und denen

sich ein Teil der entwendeten Briefsendungen anhand der Urteilsfeststellungen jeweils eindeutig zuordnen lässt. Es handelt sich hierbei um die Zeiträume zwischen dem 8. und dem 19. September 2005 (Fall 1), zwischen dem 11. und dem 17. November 2005 (Fall 6), zwischen dem 19. und dem 25. November 2005 (Fall 2), zwischen dem 1. und 9. Dezember 2005 (Fall 3) sowie zwischen dem 10. und dem 14. Dezember 2005 (Fälle 15, 16, 18, 52, 74, 75, 78, 80, 82, 87, 91).

11 Soweit die Entwendung der übrigen Briefsendungen nach den Feststellungen des Landgerichts zum Tatzeitraum mehreren der fünf Einzeltaten zugeordnet werden könnten, liegt der Sache nach eine Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage vor. Eine Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage ist dann gegeben, wenn der Richter davon überzeugt ist, dass einer der mehreren möglichen Geschehensabläufe mit Sicherheit gegeben ist, die Unsicherheit darüber, welcher es ist, allein in der gedanklichen Vorstellung liegt, dass es auch der andere von ihnen sein könnte (BGHSt 12, 386, 388 f.; Schoreit in KK 5. Aufl. § 261 Rdn. 73). Das ist hier der Fall. Die Strafkammer geht aufgrund des Geständnisses des Angeklagten von fünf Diebstahlstaten aus. Die einzelnen entwendeten Briefsendungen müssen sich dementsprechend zwangsläufig einer dieser Taten zuordnen lassen, wobei nicht aufklärbar ist, welcher Diebstahlstat genau.

12 Die alternativ möglichen Verhaltensweisen des Angeklagten sind auch rechtsethisch und psychologisch gleichwertig (vgl. dazu BGHSt 1, 275, 276; 25, 182, 184). Die Strafkammer hat - das zeigt die gleichmäßige Festsetzung von Einzelstrafen von zehn Monaten - ersichtlich auch der jeweils entwendeten Zahl von Briefsendungen bzw. ihrem Inhalt keine Bedeutung für die Strafhöhe beimessen. Das hält sich im vorliegenden Fall im Rahmen des tatrichterlichen Ermessens, da der Angeklagte verschlossene Briefsendungen entwendete, de-

ren Inhalt und deren Werthaltigkeit er nicht kannte. Ob er also bei jeder Tat größere oder kleinere Vermögenswerte durch den Diebstahl einer mehr oder minder großen Zahl von Postsendungen an sich brachte, konnte der Angeklagte zum Tatzeitpunkt noch nicht wissen. Somit ist sicher ausgeschlossen, dass sich diese Handhabung zum Nachteil des Angeklagten ausgewirkt haben könnte.

13 b) Die tateinheitliche Verurteilung wegen einer Verletzung des Briefgeheimnisses hat nur in einem Fall Bestand. Der nach § 205 Abs. 1 StGB erforderliche Strafantrag wurde, wie der Generalbundesanwalt zutreffend ausführt, wirksam nur seitens des Unternehmens G. bezüglich der an den Geschädigten R. übersandten Kreditkarte sowie seitens der Privatkunden AG & Co. KGaA hinsichtlich einer an ihren Kunden St. abgesandten Monatsabrechnung (Fälle 5 und 10 der Anklage) gestellt. Diese beiden Briefsendungen wurden aber nicht ausschließbar bei einer einzigen Diebstahlstat entwendet. Die für den Fall 5 als möglich festgestellte Tatzeit (7. September bis 11. November 2005 [erster Einkauf]) kann zu den Tatzeiträumen 1 oder 2 gehören, die für den Fall 10 (15. November bis 14. Dezember 2005) zu den Tatzeiträumen 2, 3, 4 oder 5. Damit kann die Tatzeit für beide Fälle in dem Tatzeitraum 2 (11. bis 17. November 2005) zusammentreffen. Zu Gunsten des Angeklagten ist daher davon auszugehen, dass die Verletzung des Briefgeheimnisses nur bei einer Tat tateinheitlich verwirklicht wurde. Der Senat hat den Schuldspruch entsprechend berichtigt.

14 c) Da auszuschließen ist, dass die Strafkammer bei zutreffender rechtlicher Beurteilung niedrigere Einzelstrafen verhängt hätte, können diese bestehen bleiben. Die Strafkammer hat die tateinheitliche Verwirklichung zweier Straftatbestände nicht strafscharfend berücksichtigt.

- 15 4. Die Verurteilung des Angeklagten wegen versuchten Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung und Missbrauch von Ausweispapieren im Hinblick auf die versuchte Abhebung von 3.500 € von einem entwendeten Sparbuch unter Vorlage des ebenfalls entwendeten echten Personalausweises des Dr. J. , hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.
- 16 Der hier in der Vorlage des Sparbuches und des fremden Ausweispapiers liegende Betrugsversuch ist eine mitbestrafte Nachtat zu dem vorhergehenden Diebstahl durch welchen der Angeklagte das Sparbuch erlangt hat (vgl. BGH StV 1992, 272; NSTZ 1993, 591).
- 17 Die mitbestrafte Nachtat ist eine selbständige, den Tatbestand eines Strafgesetzes erfüllende rechtswidrige und schuldhafte Handlung, durch die der Täter den Erfolg der Vortat oder die durch diese erlangte Position sichert, ausnutzt oder verwertet. Sie bleibt straflos, wenn die Bewertung des konkreten Sachverhalts ergibt, dass dieser nachfolgenden, an sich strafbaren Handlung wegen ihres inneren - funktionalen - Zusammenhangs mit der (Vor-) Haupttat kein eigener Unwertgehalt zukommt, so dass auch kein Bedürfnis besteht, sie neben der Haupttat selbständig zu bestrafen (Rissing-van Saan in LK 12. Aufl. Vor § 52 Rdn. 151). Voraussetzung für die Straflosigkeit der Nachtat ist, dass die Geschädigten der beiden Straftaten identisch sind, die Nachtat kein neues Rechtsgut verletzt und der Schaden qualitativ nicht über das durch die Haupttat verursachte Maß hinaus erweitert wird (BGHSt 5, 295, 297; 6, 67, 68; Rissing-van Saan aaO Vor § 52 Rdn. 153).
- 18 Hier hat der Angeklagte nur versucht, den im Sparbuch verkörperten, bereits durch die Diebstahlstat erlangten, Wert zum Nachteil des gleichen Geschädigten zu realisieren. Die Verurteilung wegen Urkundenfälschung in Tateinheit mit Missbrauch von Ausweispapieren kann demgegenüber bestehen

bleiben (vgl. BGH wistra 1999,108). Der Angeklagte hat das fremde Ausweispapier zum Zwecke der Identitätstäuschung verwendet.

19 Insoweit war der Schuldspruch entsprechend zu korrigieren und der Einzelstrafenausspruch aufzuheben. Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Strafkammer bei zutreffender rechtlicher Würdigung eine niedrigere Einzelstrafe als "12 Monate" verhängt hätte, da sie gerade in dieser Tat straferschwerend eine "erhöhte kriminelle Energie" gegeben sieht.

20 5. Die Verurteilung wegen Computerbetruges in 15 Fällen begegnet keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

21 a) Bei den Fällen des Computerbetruges handelt es sich hier nicht um mitbestrafte Nachtaten zu etwaigen vorangegangenen betrügerischen Scheckeinlösungen auf die Konten F. und G. . Das wäre nach den oben genannten Grundsätzen nur dann der Fall, wenn durch die Abhebungen derselbe Geschädigte betroffen wäre wie durch die (ggf. betrügerische) Einlösung der Schecks und der Schaden qualitativ nicht über das hier durch die Scheckeinlösungen verursachte Maß ausgeweitet wurde. Das lässt sich unter den gegebenen Umständen aber nicht mehr zuverlässig feststellen, so dass die Grundsätze der Postpendenzfeststellung zur Anwendung kommen. Ist ungewiss, ob der Angeklagte sich bereits (auch) im Rahmen einer etwaigen Vortat strafbar gemacht hat, dann kann die Tatbestandsmäßigkeit des Nachtatverhaltens auch nicht entfallen. Es behält seine ursprüngliche Bedeutung (BGHSt 35, 86, 90; BGHR StGB § 1/Wahlfeststellung Postpendenz 5; BGH, Beschl. vom 20. Oktober 1999 - 5 StR 492/99; Rissing-van Saan LK aaO Vor § 52 Rdn. 162) - im vorliegenden Fall als strafbarer Computerbetrug.

22 aa) Sicher feststellbar ist hier, dass durch die unberechtigte Abhebung von Geldautomaten, den betroffenen Geldinstituten ein Schaden entstanden ist.

Das durch den Geldautomaten ausgezahlte Bargeld wird aus dem Vermögen des Geldinstituts ausgefolgt (BGH NStZ 2001, 316; vgl. auch BGHSt 38, 120, 122). Die auszahlende Bank hat grundsätzlich gegenüber dem Kontoinhaber, auf dessen Konto ohne seinen Auftrag oder sonstigen Rechtsgrund Belastungsbuchungen vorgenommen werden, keinen Aufwendungsersatzanspruch nach den §§ 670, 675 Abs. 1 BGB; denn die Auszahlung ist nicht aufgrund wirksamer Weisung des Berechtigten (im Sinne von § 665 BGB) sondern durch das Handeln eines Unbefugten erfolgt (BGH NStZ 2001, 316; NJW 2001, 286 f.). Geschädigt ist - entgegen der Ansicht des Landgerichts - nicht der Kontoinhaber, sondern die Bank. Der bei der auszahlenden Bank eingetretene Vermögensschaden wird auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer saldierenden Betrachtungsweise durch einen unmittelbar durch die in Rede stehenden Vermögensverfügung herbeigeführten Ersatzanspruch gegen den Kontoinhaber kompensiert (vgl. hierzu BGH NStZ 2001, 316, 317). Ein etwaiger Schadensersatzanspruch der auszahlenden Bank gegen die Kontoinhaber F. und G., die aufgrund des Diebstahls des Angeklagten nie in den Besitz von EC-Karten und PIN-Nummern gelangt sind, erscheint schon mangels eines vorwerfbaren Verhaltens der Kontoinhaber ausgeschlossen. Er wäre im Übrigen aber auch regelmäßig keine Kompensation im oben genannten Sinne (vgl. BGH NStZ 2001, 316, 317). Anderweitige, unmittelbar durch die Vermögensverfügung herbeigeführte Ansprüche der auszahlenden Bank gegen die Kontoinhaber, die zu einer solchen Kompensation geeignet wären, sind ebenfalls nicht ersichtlich. Der Umstand, dass das Vermögen der Kontoinhaber zunächst durch die unberechtigten Scheckgutschriften gemehrt wurde, ändert daran nichts, da insoweit andere - mit der Automatenabhebung nicht zusammenhängende - Rückabwicklungsverhältnisse bestehen.

bb) Im vorliegenden Fall ist hingegen ungeklärt, wer durch die unberechtigten vorangegangenen Scheckeinlösungen geschädigt wurde. Die Einlösung

von "Schecks im Gesamtwert von 20.442,40 €" auf das Konto F. - die Basis der Abhebungen an Geldautomaten von diesem Konto war - ist von der Strafkammer zu Recht nicht als Betrug abgeurteilt worden, da dieser Komplex nicht angeklagt war. Soweit den Abhebungen an Geldautomaten vom Konto G. die Einlösung des an die Firma K. GmbH adressierten Schecks über 7.327,40 € zu Grunde lag (insoweit hat der Senat das Verfahren nach § 154 Abs. 2 StPO vorläufig eingestellt), ist ebenfalls nicht aufgeklärt, dass Scheckeinlösung und Geldabhebungen zum Nachteil desselben Geschädigten gingen. Der Umstand, dass der Scheck bei der R. S. eingelöst wurde, die Abhebungen aber an Geldautomaten in Frankfurt am Main getätigt wurden, spricht dagegen, dass hier dasselbe Geldinstitut geschädigt wurde.

24 b) Soweit die Strafkammer es versäumt hat, für die Abhebung vom Konto F. am 30. September 2005 in Höhe von 250 € eine Einzelstrafe festzusetzen, holt der Senat dies nach (vgl. BGH, Beschl. vom 14. September 2004 - 1 StR 44/04). Es liegt ersichtlich ein Fassungsversehen vor. Aus den Einzelstrafen für die übrigen Fälle des Computerbetruges wird erkennbar, dass die Strafkammer für diesen Fall, in dem der Schaden unter 1000 € lag, eine Einzelstrafe von sieben Monate verhängt hätte. Der Senat schließt aus, dass in diesem Fall eine niedrigere Einzelstrafe in Betracht gekommen wäre.

25 6. Die Aburteilung der Einkäufe mit der gestohlenen Mastercard des Geschädigten R. als Betrug in 14 Fällen begegnet ebenfalls keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

26 a) Zutreffend ist die tatmehrheitliche Aburteilung der Einkäufe mit der Mastercard als Betrug in 14 Fällen. Die Verwendung der Mastercard stellt insbesondere keine mitbestrafte Nachtat zum vorangehenden Diebstahl dar. Mit

der Entwendung der Mastercard und der Zueignung durch den Täter tritt noch kein Vermögensschaden ein, weil diese den Wert, auf den mit ihrer Nutzung zurückgegriffen werden kann, nicht selbst verkörpert; sie verbrieft keine Forderung (vgl. BGH NStZ 2001, 316 - zur Scheckkarte -). Diesbezüglich kann für eine Kreditkarte nichts anderes gelten, als für eine Scheckkarte. Der Vermögensschaden des Einzelhändlers oder des Kreditkartenunternehmens tritt erst durch die missbräuchliche Verwendung der Mastercard ein.

27 b) Dass die Strafkammer trotz erheblich variierender Schadenssummen jeweils auf Einzelfreiheitsstrafen von zehn Monaten erkannt hat, beschwert den Angeklagten nicht. Die Einzelstrafen halten sich im unteren Bereich des für gewerbsmäßigen Betrug nach § 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB geltenden Strafraumens von sechs Monaten bis zu zehn Jahren.

28 7. Aufgrund des veränderten Schuldspruchs und des Fortfalls mehrerer Einzelstrafen kann der Ausspruch über die Gesamtstrafe keinen Bestand haben.

29 Soweit der Senat das Urteil im Einzel- und Gesamtstrafauspruch aufgehoben hat, konnten die zugehörigen Feststellungen bestehen bleiben. Ergänzende Feststellungen sind möglich.

30 8. Für den neu zu fassenden Schuldspruch weist der Senat schließlich darauf hin, dass es einer Aufnahme der Verwirklichung eines besonders schweren Falls des Diebstahls, des Betruges oder des Computerbetruges in den Urteilstenor nicht bedarf (vgl. Meyer-Goßner, StPO 50. Aufl. § 260 Rdn. 25).

Rissing-van Saan

Bode

Otten

Rothfuß

Appl