



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

4 StR 623/07

vom
12. Februar 2008
in der Strafsache
gegen

Veröffentlichung: ja
BGHSt: nein
BGHR: ja

StGB §§ 263, 263 a

Der Täter, der sich unbefugt Gelder von fremden Konten verschafft, indem er Überweisungsträger der betreffenden Konten fälscht, erfüllt – wenn die Überweisungsträger nur in automatisierter Weise auf ihre Echtheit überprüft werden – den Tatbestand des Computerbetruges. Lässt sich der Ablauf der Überweisung bei der bezogenen Bank nicht mehr aufklären, kommt regelmäßig eine wahlweise Verurteilung wegen Betruges oder Computerbetruges in Betracht.

BGH, Beschluss vom 12. Februar 2008 – 4 StR 623/07 – LG Rostock

wegen Betruges u.a.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 12. Februar 2008 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Rostock vom 19. Juni 2007
 - a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte
 - des Betruges in drei Fällen (Fälle II. 19, 42, 43)
 - des Betruges oder Computerbetruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung in zwei Fällen (Fälle II. 3, 4/5)
 - des versuchten Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung (Fall II. 6)
 - des Betruges oder Computerbetruges in 25 Fällen (Fälle II. 10, 9/14, 7/8/16, 11/12/13/15/17, 21 bis 39, 60, 61)
 - des Missbrauchs einer Kreditkarte in zehn Fällen (Fälle II. 44/45, 46, 47, 48, 49/50, 51, 52/53, 54 bis 56)
 - der Anstiftung zum tateinheitlich mit Urkundenfälschung begangenen Betrug oder Computerbetrug in zwei tateinheitlichen Fällen (Fälle II. 1/2)
 - der Beihilfe zum Betrug (Fall II. 40)
 - des Betruges in Tateinheit mit Missbrauch von Berufsbezeichnungen (Fall II. 59)
 - des Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung und Missbrauch von Berufsbezeichnungen (Fall II. 57)

- des Missbrauchs von Berufsbezeichnungen in sechs Fällen (Fälle II. 62 bis 67)
- der Anstiftung zur Amtsanmaßung (Fall II. 20)
- des Computerbetruges (Fall II. 18)
- der Urkundenfälschung (Fall II. 58) sowie
- des Diebstahls in Tateinheit mit Amtsanmaßung (Fall II. 41)

schuldig ist,

- b) im gesamten Strafausspruch 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 weiter gehende Revision wird verworfen.

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten des Betruges in 35 Fällen, des Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung in zehn Fällen, des versuchten Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung in sieben Fällen, des Missbrauchs von Berufsbezeichnungen in sechs Fällen, der Anstiftung zum tateinheitlich mit Urkundenfälschung begangenen Betrug in zwei Fällen, der Beihilfe zum Betrug, des Betruges in Tateinheit mit Missbrauch von Berufsbezeichnungen, des Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung und Missbrauch von Berufsbezeichnungen, der Anstiftung zur Amtsanmaßung, des Computerbetruges, der Urkun-

denfälschung und des Diebstahls in Tateinheit mit Amtsanmaßung für schuldig befunden und ihn danach unter Freispruch im Übrigen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und elf Monaten verurteilt. Hiergegen wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision, mit der er das Verfahren beanstandet und die Verletzung sachlichen Rechts rügt. Das Rechtsmittel führt auf die Sachrüge zu der aus der Beschlussformel ersichtlichen Schuldspruchänderung und zur Aufhebung des gesamten Strafausspruchs; im Übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

- 2 1. Der Schuldspruch bedarf der Änderung dahin, dass der Angeklagte in den Fällen II. 44 bis 56 des Missbrauchs einer Kreditkarte (§ 266 b StGB) in 10 Fällen schuldig ist. Die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte habe sich insoweit jeweils des - gewerbsmäßig begangenen - Betruges gemäß § 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB schuldig gemacht, trifft nicht zu.

- 3 a) Nach den Feststellungen beantragte der Angeklagte unter missbräuchlicher Verwendung der Daten eines Dr. Mathias J. schriftlich eine DEA Payback Visa Karte, worauf ihm eine entsprechende Karte der Landesbank Baden-Württemberg zugesandt wurde. Diese Kreditkarte wurde vom Angeklagten "in betrügerischer Absicht" als Zahlungsmittel zum Einkauf von Waren bzw. zur Begleichung von Dienstleistungen eingesetzt. Dadurch entstand "der kartenausgebenden Bank ... ein entsprechender Schaden" (UA 37).

- 4 b) Nach diesen Feststellungen hat sich der Angeklagte wegen Betruges (in Tateinheit mit Urkundenfälschung) "lediglich" durch die Erlangung der Kreditkarte unter Vorspiegelung falscher Tatsachen und Verwendung unrichtiger Personalien schuldig gemacht (vgl. BGHSt 33, 244, 245 f.), den das Landgericht jedoch nicht ausgeurteilt hat. Dagegen hat der Angeklagte durch den

Gebrauch der Kreditkarte die ihm durch deren Überlassung eingeräumte Möglichkeit, den Aussteller zu einer Zahlung zu veranlassen, missbraucht und dadurch den Tatbestand des § 266 b StGB erfüllt (BGH NSTZ 1993, 283).

- 5 c) Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend. Der Grundsatz der Spezialität bleibt gewahrt, denn er schließt eine Verurteilung wegen desselben Sachverhalts, hinsichtlich dessen die Auslieferung bewilligt worden ist, unter einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt nicht aus (st. Rspr.; vgl. Fischer StGB 55. Aufl. vor §§ 3-7 Rdn. 22 m.N.). Auch § 265 StPO steht der Schuldspruchänderung durch den Senat nicht entgegen, denn der geständige Angeklagte hätte sich gegen den geänderten Schuldspruch nicht wirksamer als geschehen verteidigen können.
- 6 Zugleich ändert der Senat den Schuldspruch dahin, dass der Angeklagte insoweit des Missbrauchs einer Kreditkarte statt in 13 Fällen lediglich in zehn Fällen schuldig ist. Denn nach den Feststellungen hat der Angeklagte in den Fällen II. 44/45, 49/50 sowie 52/53 die Visa Karte bei dem jeweils selben Vertragsunternehmen jeweils "zur Begleichung von zwei Forderungen" eingesetzt, sodass insoweit zu Gunsten des Angeklagten von natürlicher Handlungseinheit und damit rechtlich jeweils nur einer Tat auszugehen ist.
- 7 2. Die rechtliche Würdigung im angefochtenen Urteil hält der Nachprüfung auch nicht stand, soweit das Landgericht den Angeklagten in den Fällen II. 1 und 2 der Anstiftung zum tateinheitlich mit Urkundenfälschung begangenen Betrug und in den Fällen II. 3 bis 5, 7 bis 10, 13 sowie 21 bis 39, 60 und 61 des - ebenfalls gewerbsmäßig begangenen - vollendeten Betruges nach § 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB für schuldig befunden hat.

- 8 a) Nach den Feststellungen zu den Fällen II. 1 bis 17 verschaffte sich der Angeklagte jeweils Geld von fremden Konten, indem er entweder einen Dritten veranlasste, Überweisungsbelege der betreffenden Konten der Geschädigten zu fälschen und die Gelder über Drittkonten auf sein eigenes Privatkonto zu leiten (Fälle II. 1 und 2) oder die Fälschungen und betrügerischen Überweisungen selbst vornahm. In den Fällen II. 3 bis 5, 7 bis 10 und 13 wurden die Überweisungen ausgeführt. In diesen als jeweils vollendeter Betrug ausgeurteilten Einzelfällen könnte der Senat die Annahme von Betrug im Sinne von § 263 Abs. 1 StGB nicht ohne Weiteres bestätigen.
- 9 aa) Das Landgericht hat zu der Art und Weise der Abwicklung der Überweisungen keine Feststellungen getroffen, obwohl es für die Subsumtion unter den Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB darauf ankam.
- 10 Nach den Feststellungen bleibt unklar, im Hinblick auf welche konkreten Umstände Bankbedienstete täuschungsbedingt einer Fehlvorstellung erlegen sein sollen, zumal offensichtlich eine Vernehmung der Bankbediensteten nicht erfolgt ist (Senat NStZ 2000, 375, 376). Vielmehr liegt in diesen Fällen nahe, dass die betreffenden Banken die Überweisungsträger, soweit die Überweisungen ausgeführt worden sind, lediglich in automatisierter Weise geprüft haben, ohne dass die Fälschung auffiel und ohne dass ein Mitarbeiter des jeweiligen Kreditinstituts noch eine persönliche Kontrolle durchgeführt hat. Dann aber fehlte es für eine Strafbarkeit wegen Betruges an einer Täuschung und Irrtumserregung. Vielmehr hätte der Angeklagte unter diesen Umständen den Tatbestand des Computerbetruges (§ 263 a Abs. 1 StGB) nach der betrugsspezifischen Auslegung (vgl. Fischer aaO § 263 a Rdn. 11 m.N.) in der Tatvariante des unbefugten Verwendens von Daten erfüllt.

- 11 Wie bekannt ist, werden bei den Banken angesichts der massenhaften Abwicklung von Überweisungen gängige Belegerfassungssysteme verwendet, in denen auch die Unterschriften digitalisiert und in Datenbanken gespeichert werden. Diese Technik erlaubt es, anstelle des personal- und kostenintensiven visuellen, d.h. durch einen Mitarbeiter selbst vorgenommenen Vergleichs von Unterschriften Überweisungsformulare unterhalb bestimmter Beträge regelmäßig nicht mehr individuell, sondern nur noch maschinell auf ihre Echtheit zu prüfen, weshalb Täter darauf spekulieren können, dass gefälschte Überweisungen im Rahmen des normalen Geschäftsbetriebes nicht entdeckt werden. Zwar kann ein Mitarbeiter des Kreditinstituts die Referenzunterschrift mit der Unterschrift des Beleges vergleichen. Faktisch wird sich dies aber auf Zweifelsfälle beschränken, in denen dann die Überweisungsträger von einer automatischen Weiterverarbeitung ausgeschlossen werden.
- 12 Der Senat schließt schon mit Blick auf den Zeitablauf aus, dass sich die Frage der Abwicklung noch aufklären lässt. Bei Unaufklärbarkeit des tatsächlichen Ablaufs ist aber die Wahlfeststellung zwischen Betrug und Computerbetrug zulässig (vgl. Fischer aaO § 263 a Rdn. 23 a.E.). Insoweit ist zur subjektiven Tatseite ohne weiteres davon auszugehen, dass der Täter in solchen Fällen jedenfalls bedingt sowohl die Täuschung und Irrtumserregung eines Bankbediensteten erreichen als auch - für den Fall einer automatisierten Prüfung - den Datenverarbeitungsvorgang „unbefugt“ beeinflussen will und sich deshalb sein Vorsatz auf beide Tatbestände erstreckt (vgl. dazu Goeckenjan JA 2006, 758 ff.).
- 13 bb) In den Fällen II. 6, 11, 12 sowie 14 bis 17, in denen die betrügerischen Überweisungen nicht ausgeführt worden sind, geht der Senat davon aus, dass hier die Ausführung deshalb unterblieben ist, weil das Belegerfassungs-

system jeweils einen Zweifelsfall angezeigt hat und deshalb ein Mitarbeiter des jeweiligen Kreditinstituts persönlich mit der Überprüfung befasst worden ist. In diesen Fällen ist es deshalb auch zu einer Täuschungshandlung gegenüber einer natürlichen Person gekommen, weshalb das Landgericht insoweit im Ergebnis zu Recht von versuchtem Betrug ausgegangen ist.

- 14 cc) Jedoch bedarf der Schuldspruch in den Fällen II. 1 bis 17 insgesamt auch hinsichtlich des Konkurrenzverhältnisses der Einzelfälle der Änderung. Wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift zutreffend ausgeführt hat, sind die Fälle II. 1 und 2 der Urteilsgründe nur eine einheitliche Anstiftung zum Betrug oder zum Computerbetrug und zur Urkundenfälschung. In den weiteren Fällen hat das Landgericht nicht erkennbar bedacht, dass in den Fällen, in denen der Angeklagte nach den Feststellungen jeweils am selben Tag bei dem selben Bankinstitut mehrere gefälschte Überweisungsträger eingereicht hat, eine natürliche Handlungseinheit und damit jeweils auch nur eine Tat im Rechtssinne in Betracht kommt (vgl. BGH NStZ 2006, 100; Senat, Beschluss vom 15. Januar 2008 - 4 StR 648/07). Die Frage ist nach dem Zweifelsgrundsatz zu lösen. Danach ist unter Berücksichtigung der „ohne Datum“ erfassten Überweisungsträger (Fälle II. 8 und 12) davon auszugehen, dass die Fälle 4 und 5 – insoweit in Tateinheit mit Urkundenfälschung –, die Fälle 7, 8 und 16, die Fälle 9 und 14 sowie die Fälle 11, 12, 13, 15 und 17 jeweils nur eine - vollendete - Tat des Betruges oder des Computerbetruges darstellen. Dahinter tritt die Versuchsstrafbarkeit der Einzelfälle, in denen die Überweisungen nicht ausgeführt worden sind, jeweils als subsidiär zurück (vgl. BGH NStZ-RR 2005, 201 f.; Fischer aaO vor § 52 Rdn. 41).

- 15 Der Senat kann den Schuldspruch in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO insoweit selbst ändern. Auch hier stehen dem der Spezialitätsgrundsatz und § 265 StPO nicht entgegen.
- 16 b) Nach den gleichen Grundsätzen, wie vorstehend unter a) zu den Fällen II. 1 bis 17 ausgeführt, ist der Schuldspruch auch in den Fällen II. 21 bis 39 sowie 60 und 61 der Urteilsgründe dahin zu ändern, dass der Angeklagte insoweit jeweils des Betruges oder des Computerbetruges schuldig ist.
- 17 aa) Nach den Feststellungen beschaffte sich der Angeklagte in diesen Fällen eine Reihe von Kreditkartendaten mit zugehörigen Personaldaten der Kreditkarteninhaber und legte eine Vielzahl von E-Mail-Konten an. Unter Angabe von verschiedenen Personalien, E-Mail-Adressen und Kreditkartendaten beantragte er „per Internet“ (UA 28) bei den geschädigten Firmen Telefonguthaben, worauf diese Firmen die entsprechenden Vorwahlnummern, die vor den eigentlichen Zielwahlnummern zur Inanspruchnahme der Telefonguthaben benötigt werden, an die von dem Angeklagten angegebenen E-Mail-Adressen versandten. Der Angeklagte nutzte diese Daten jeweils zum Abtelefonieren der Guthaben selbst oder gab sie an Dritte weiter.
- 18 bb) Auch in diesen Fällen, die das Landgericht jeweils als - gewerbsmäßig begangenen - Betrug (§ 263 StGB) gewertet hat, kommt in Betracht, dass der Vorgang und die Abwicklung automatisch ohne unmittelbare Prüfung durch eine natürliche Person erfolgten (vgl. zum Onlinebanking Fischer aaO § 263 a Rdn. 11 und 16). Daher ist nach den oben ausgeführten Grundsätzen auch in diesen Fällen die Verurteilung auf wahldeutiger Grundlage wegen Betruges oder Computerbetruges veranlasst.

19 3. Der Senat hebt den gesamten Strafausspruch auf.

20 In den Fällen II. 44 bis 56 ist die Aufhebung der Einzelstrafaussprüche schon durch die Schuldspruchänderung zwingend veranlasst, weil der anzuwendende Strafraumen des § 266 b Abs. 1 StGB deutlich milder als der von dem Landgericht angewandte Strafraumen des § 263 Abs. 3 StGB ist. Zur Aufhebung zwingt des weiteren die Schuldspruchänderung in den Fällen, in denen das Landgericht im Rahmen der Fälle II. 1 bis 17 der Urteilsgründe das Konkurrenzverhältnis nicht zutreffend bewertet hat.

21 Darüber hinaus begegnet jedenfalls die allgemein bei allen Taten zu Lasten des Angeklagten berücksichtigte Erwägung rechtlichen Bedenken, der Angeklagte habe "keinerlei Reue" gezeigt, sein Geständnis sei nicht durch Reue und den Willen zur Wiedergutmachung getragen, er habe nur zum Ausdruck gebracht, das Verfahren abkürzen zu wollen, um möglichst bald ein Leben in Freiheit verbringen zu können, sein Wille, sich bei den Opfern zu entschuldigen oder gar Wiedergutmachung zu leisten, habe er nicht andeutungsweise zum Ausdruck gebracht (UA 50; vgl. Fischer aaO § 46 Rdn. 50 f. m.N.).

22 Dem neuen Tatrichter soll danach Gelegenheit gegeben werden, über die - wenn auch vergleichsweise milden - Einzelstrafen insgesamt neu zu befinden. Die Aufhebung der Einzelstrafen zieht auch die Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs nach sich.

23 Für das weitere Verfahren weist der Senat mit Blick auf die Ausführungen in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts zur im angefochtenen Urteil unterbliebenen Kompensation der im Urteil festgestellten Verfahrensverzögerung von etwa sechs Monaten (UA 50 a.E.) vorsorglich darauf hin, dass nach

der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen des Bundesgerichtshofs vom 17. Januar 2008 - GSSt 1/07 - abweichend von der bisherigen Rechtsprechung eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung nicht mehr im Rahmen der Strafzumessung Berücksichtigung findet und deshalb ein Abschlag von der an sich verwirkten schuldangemessenen Strafe nicht mehr veranlasst ist. Vielmehr ist danach in der Urteilsformel auszusprechen, dass zur Entschädigung für die überlange Verfahrensdauer ein bezifferter Teil der verhängten Strafe als vollstreckt gilt. Ob die vergleichsweise geringfügige Verfahrensverzögerung hier mit Blick auf die insgesamt milde Gesamtstrafe für den Angeklagten noch hinzunehmen ist, ohne dass es über die Feststellung der Verfahrensverzögerung als solche hinaus einer Entschädigung in Form einer Anrechnung bedarf, hat der neue Tatrichter unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles zu entscheiden (vgl. S. 28 f. des Beschlussabdrucks der Entscheidung des Großen Senats für Strafsachen).

Tepperwien

Maatz

Athing

Ernemann

Sost-Scheible