



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

4 StR 88/17

vom
13. September 2017
in der Strafsache
gegen

- 1.
- 2.

wegen Beihilfe zum Betrug u.a.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und der Beschwerdeführer am 13. September 2017 gemäß § 349 Abs. 2 StPO beschlossen:

Die Revisionen der Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Halle vom 20. April 2016 werden verworfen. Jedoch wird der Tenor des vorbezeichneten Urteils dahin berichtigt, dass die Angeklagten der Beihilfe zum Betrug in Tateinheit mit Beihilfe zur unerlaubten Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke und strafbaren Kennzeichenverletzung schuldig sind.

Jeder Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels und die der Nebenklägerin im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten jeweils wegen Beihilfe zum Betrug in Tateinheit mit Beihilfe zur unerlaubten „Verwendung“ urheberrechtlich geschützter Werke und strafbaren Kennzeichenverletzung schuldig gesprochen. Die Angeklagte C. hat es zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und den Angeklagten M. zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten verurteilt. Gegen ihre Verurteilung wenden sich die Angeklagten jeweils mit der Rüge der Verletzung formellen und materiellen Rechts. Die Rechtsmittel haben keinen Erfolg (§ 349 Abs. 2 StPO).

I.

- 2 1. Nach den Feststellungen des Landgerichts vertrieben die Angeklagten in der Zeit vom 6. November 2012 bis zum 8. April 2014 unter Führung des früheren Mitangeklagten Ca. in arbeitsteiligem Zusammenwirken gefälschte Software-Komponenten als Originalprodukte der Firma Microsoft (sog. Original Equipment Manufacturer-Software [OEM-Software]) für Windows-Anwendungen über einen geschäftsmäßig betriebenen Online-Handel unter verschiedenen Firmennamen. Ca. erhielt die gefälschte Software zum einen auf DVDs aus der Ukraine, zum anderen bezog er nur die Produktschlüssel (sog. Produkt-Keys) für entsprechende Software-Bestandteile aus China, wo sie zuvor aus einem Werk des Unternehmens Microsoft auf nicht näher festgestellte Weise entwendet worden waren. Indem er diese unter Mitwirkung der Angeklagten über seinen Online-Handel bewarb und vertrieb, machte er sich die urheberrechtliche Rechtslage zunutze, wonach OEM-Software nicht nur mit einem zugehörigen Hardware-System an die jeweiligen PC-Hersteller, sondern im Wege der sog. Zweitverwertung als gebrauchte Originalsoftware auch unabhängig von Hardware-Komponenten – zu deutlich geringeren Preisen – direkt an PC-Nutzer veräußert werden kann. Die optische Gestaltung der von Ca. mit Hilfe der beiden Angeklagten beworbenen Produkte vermittelte daher entsprechend dem zuvor gefassten Tatentschluss den für die Kaufentscheidung maßgeblichen Eindruck, es handele sich um Originalsoftware mit gängigen Produktbezeichnungen und Kennzeichen der Firma Microsoft. Tatsächlich handelte es sich jedoch um Fälschungen bzw. Plagiate, mit deren Einziehung auf Betreiben der Firma Microsoft die Erwerber, die jeweils einen Kaufpreis von mindestens 19,90 € im Voraus zahlten, jederzeit rechnen mussten. Teilweise erfolgte nach Leistung der Vorkasse auch gar keine Lieferung, was ebenfalls vom Tatplan umfasst war. Beide Angeklagten nahmen als Vertraute des frühe-

ren Mitangeklagten Ca. bei der Tatausführung Leitungsfunktionen wahr. Die Angeklagte C. organisierte, ausgestattet mit einer Generalvollmacht, die kaufmännischen Abläufe, der Angeklagte M. war u.a. Ansprechpartner für alle technischen Angelegenheiten.

3 2. Das Landgericht ist davon ausgegangen, dass im Tatzeitraum in insgesamt 132.512 Fällen gefälschte Software – DVDs und Produkt-Keys – an unterschiedliche Kunden veräußert wurde. Es hat die Strafverfolgung gemäß § 154a Abs. 2 StPO auf 26 Kunden bzw. Verkaufsfälle beschränkt, die ausgedehnten Verkaufsfälle, bei denen es jeweils von einem Mindestschaden von 19,90 € ausgegangen ist, aber jeweils straferschwerend berücksichtigt.

II.

4 1. Die Verfahrensrügen versagen.

5 Insoweit bemerkt der Senat in Ergänzung zu den Ausführungen des Generalbundesanwalts in seinen Antragsschriften vom 13. März 2017:

6 a) Die von beiden Angeklagten gegen die Berufsrichter der Strafkammer gerichtete erhobene Rüge der Verletzung von § 338 Nr. 3 StPO durch Zurückweisung des Befangenheitsantrags im Zusammenhang mit der unterbliebenen Information der Verfahrensbeteiligten darüber, dass der frühere Mitangeklagte und Haupttäter Ca. von seiner ursprünglichen, geständigen Einlassung abgerückt war, ist zulässig erhoben (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Der Darlegung von Einzelheiten zum Zustandekommen der Verständigung mit dem früheren Mitangeklagten Ca. in der Revisionsrechtfertigung bedurfte es insoweit nicht. Unter Berücksichtigung der Zielrichtung der Rüge ist für die revisionsgerichtliche Prüfung allein der Umstand von Belang, dass sich Ca. durch Schreiben

seines Verteidigers an die Strafkammer von seiner zunächst geständigen Einlassung noch während des Laufs der Hauptverhandlung gegen die Angeklagten distanziert hatte.

7 Die Rüge hat jedoch in der Sache keinen Erfolg. Mit Blick auf die dienstlichen Stellungnahmen der Mitglieder der Strafkammer, wonach über eine Einführung des Verteidigerschreibens des früheren Mitangeklagten Ca. in die Hauptverhandlung beraten, eine solche also ernsthaft in Betracht gezogen wurde, bestand aus Sicht eines vernünftigen Angeklagten kein Anlass, an der Unvoreingenommenheit der abgelehnten Richter zu zweifeln. Anhaltspunkte dafür, dass den Angeklagten das betreffende Schreiben willkürlich verschwiegen wurde, tragen die Beschwerdeführer selbst nicht vor.

8 b) Die auf die Verletzung der §§ 261, 250 und § 249 Abs. 2 StPO gestützte Rüge des Angeklagten M. , wonach diesem eine Liste mit den für das Selbstleseverfahren bestimmten Urkunden nicht ausgehändigt worden sei, genügt nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO.

9 Auf etwaige Fehler bei der Durchführung des Selbstleseverfahrens kann – wie auch auf solche bei dessen Anordnung – eine Verfahrensrüge nur dann gestützt werden, wenn zuvor ein Gerichtsbeschluss herbeigeführt wurde. Geht es, wie hier, um die vom Vorsitzenden zu bestimmende Art der Durchführung des Verfahrens nach § 249 Abs. 2 StPO, ist eine solche Entscheidung des erkennenden Gerichts gemäß § 238 Abs. 2 StPO herbeizuführen (BGH, Beschlüsse vom 14. Dezember 2010 – 1 StR 422/10, StV 2011, 458; vom 9. November 2017 – 1 StR 554/16). Dazu, dass aus diesem Grund ein Widerspruch erfolgte bzw. ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung gestellt wurde, fehlt der erforderliche Revisionsvortrag. Dass keine Gelegenheit zur Kenntnisnahme der betreffenden Urkunden bestand, ergibt der Revisionsvortrag im Übrigen nicht.

10 2. Die Nachprüfung des angefochtenen Urteils auf Grund der von der
Angeklagten C. näher ausgeführten und vom Angeklagten M. all-
gemein erhobenen Rüge der Verletzung sachlichen Rechts hat jedenfalls kei-
nen durchgreifenden Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten ergeben.

11 a) Der Schuldspruch ist im Ergebnis aus Rechtsgründen nicht zu bean-
standen.

12 aa) Das Landgericht hat insbesondere die Anforderungen an die beweis-
rechtliche Grundlage der Feststellung eines täuschungsbedingten Irrtums der
Haupttat des Betruges (§ 263 Abs. 1 StGB), zu der die Angeklagten Beihilfe
geleistet haben, nicht verkannt.

13 (1) In den Urteilsgründen ist grundsätzlich festzustellen und darzulegen,
welche irrigen Vorstellungen die Person hatte, die die für eine Betrugsstrafbar-
keit maßgebliche Verfügung trifft. Zwar ist es danach, insbesondere in komplex
gelagerten Fällen, regelmäßig erforderlich, die irrende Person zu ermitteln und
in der Hauptverhandlung über ihr tatrelevantes Vorstellungsbild zu vernehmen
(vgl. BGH, Urteil vom 5. Dezember 2002 – 3 StR 161/02, NJW 2003, 1198,
1199 f.). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt dies jedoch vor
allem im Bereich gleichförmiger, massenhafter oder routinemäßiger Geschäfte,
die von selbstverständlichen Erwartungen geprägt sind, nicht ausnahmslos.
Liegen dem Tatvorwurf – wie im vorliegenden Fall – zahlreiche Einzelfälle zu
Grunde, kann die Vernehmung weniger Zeugen ausreichen; wenn deren Anga-
ben das Vorliegen eines Irrtums (in den sie betreffenden Fällen) belegen, kann
auf die Erregung eines Irrtums auch bei anderen Verfügenden geschlossen
werden (vgl. Senatsurteil vom 22. Mai 2014 – 4 StR 430/13, NJW 2014, 2132,
2133 mwN).

- 14 (2) Gemessen daran beruht die auf die Vernehmung von drei Zeugen gestützte Überzeugung des Landgerichts von einem täuschungsbedingtem Irrtum sämtlicher Kunden, die Computersoftware von dem gesondert verfolgten Haupttäter Ca. erwarben, auf einer noch tragfähigen Beweisgrundlage. Dem Gesamtzusammenhang der in den Urteilsgründen wiedergegebenen Aussage des Zeugen V. , den die Strafkammer – „exemplarisch für andere“ – als Kunden vernommen hat, ist zu entnehmen, dass dieser – irrtümlich – davon ausging, Originalsoftware zu erwerben. Dabei hat es das Landgericht indes nicht belassen. Ergänzend wird die Aussage eines weiteren Kunden, des Zeugen K. , herangezogen, der die Software nach dem Kauf auf Echtheit überprüfen ließ, da er (nachträglich) befürchtete, er habe eine Fälschung erworben. Dass durch die Beschaffenheit der Software die Eigenschaft eines Originalprodukts vorgetäuscht werden sollte, konnte die Strafkammer ferner auf die Angaben des Zollbeamten H. stützen, der einen zielgerichteten Testkauf über den von den Angeklagten zusammen mit dem gesondert verfolgten Ca. betriebenen Online-Handel tätigte. Die vernommenen Zeugen gehörten zwar sämtlich nicht zu den 26 Kunden, auf die der Gegenstand der Urteilsfindung beschränkt worden ist; aus Rechtsgründen mindert dies aber nicht deren Bedeutung für die Beweiswürdigung insgesamt. Auch unter Berücksichtigung der Vielzahl der Verkaufsfälle hat das Landgericht dem aus § 261 StPO folgenden Erfordernis, sich eine objektive Grundlage für seine Überzeugungsbildung zu verschaffen und diese im Urteil darzulegen, noch hinreichend genügt.
- 15 bb) Auch hinsichtlich der vom Landgericht angenommenen (tateinheitlichen) Beihilfe zur unerlaubten Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke (§ 106 Abs. 1 UrhG) hält der Schuldspruch im Ergebnis rechtlicher Nachprüfung stand.

- 16 (1) Der Schuldspruch wegen unerlaubter Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke im Sinne des § 106 Abs. 1 UrhG wird jedenfalls in der Tatmodalität des Verbreitens schon allein von den Feststellungen zu den an die Kunden veräußerten gefälschten DVDs getragen.
- 17 (2) Da der Schuldspruch wegen unerlaubter Verwertung danach schon mit Blick auf die veräußerten DVDs keinen durchgreifenden Bedenken begegnet, kann der Senat offen lassen, ob der Tatbestand der unerlaubten Verwertung im Sinne des § 106 Abs. 1 UrhG in den Tatvarianten des Verbreitens bzw. des Vervielfältigens durch den Haupttäter Ca. auch in den Fällen erfüllt ist, in denen den – getäuschten – Kunden lediglich ein Produktschlüssel übersandt wurde, der es diesen ermöglichte, die betreffende Software aus dem Internet herunterzuladen, ohne dass ein anschließender Download festgestellt worden ist. Nach der insoweit maßgeblichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs greift der Kunde bei einer derartigen Fallgestaltung regelmäßig erst durch den Download in das Vervielfältigungsrecht des Rechteinhabers ein (vgl. dazu BGH, Urteil vom 19. März 2015 – I ZR 4/14, NJW 2015, 3576, 3578). Ob schon die – hier festgestellte – bloße Gestattung der Vervielfältigung durch Überlassen des Produktschlüssels für sich genommen die Tatbestandsvoraussetzungen des § 106 Abs. 1 UrhG erfüllt, ist danach zweifelhaft.
- 18 cc) Gegen die Annahme des Landgerichts, auch die Voraussetzungen einer strafbaren Kennzeichenverletzung im Sinne von § 143 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 14 Abs. 2 Nr. 2 MarkenG seien erfüllt, ist aus Rechtsgründen ebenfalls nichts zu erinnern. Dass die Strafkammer insoweit lediglich auf den „Vertrieb von Fälschungen“ und damit auf die veräußerten DVDs abstellt, nicht aber auf das Inverkehrbringen der Produktschlüssel als markenrechtlichen Verstoß im Sinne der §§ 14 Abs. 2 Nr. 1 bzw. Nr. 2 und Nr. 3, Abs. 5 und 6, 19 Abs. 1 und 3

MarkenG (vgl. dazu OLG München, GRUR-RR 2017, 136, 137), beschwert die Angeklagten nicht.

19 b) Die sachlich-rechtliche Nachprüfung der Strafaussprüche ergibt ebenfalls keinen durchgreifenden Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten.

20 aa) Da das Landgericht sämtliche Veräußerungsfälle rechtsfehlerfrei unter dem Gesichtspunkt des Betruges und der strafbaren Kennzeichenverletzung gewürdigt hat und die weit überwiegende Zahl dieser Fälle (Veräußerung der DVDs) die rechtliche Bewertung der Haupttat als unerlaubte Verwertung urheberrechtlich geschützter Werke tragen, kann der Senat ausschließen, dass die Strafkammer unter Berücksichtigung des hinsichtlich der Fälle des Verkaufs von Produktschlüsseln möglicherweise geringeren Schuldumfangs gegen die Angeklagten als Gehilfen des gesondert verfolgten Haupttäters Ca. niedrigere Strafen verhängt hätte.

21 bb) Dass das Landgericht bei der Zumessung der Strafen maßgeblich auf einen „hohen Gesamtschaden“ abgestellt hat, begegnet auch unter Berücksichtigung der vorgenommenen Verfahrensbeschränkung keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Zwar kann im Fall eines hohen Gesamtschadens, der sich aus einer sehr großen Zahl von Kleinschäden zusammensetzt, die Möglichkeit einer Beschränkung des Verfahrensstoffs nach §§ 154, 154a StPO mit Blick auf die rechtsfehlerfreie Erfassung des Schuldumfangs beschränkt sein, wenn keine Taten mit höheren Einzelschäden vorliegen (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Februar 2013 – 1 StR 263/12, NJW 2013, 1545, 1546). Eine nähere Bestimmung der Grenzen, die dem Tatrichter bei einer derartigen „quantitativen Verfahrensreduktion“ gesetzt sind, braucht der Senat aus Anlass des vorliegenden Falles indes nicht vorzunehmen. Die Erwägung zum Nachteil der Angeklagten, es sei ein hoher Gesamtschaden entstanden, wird jedenfalls

in einer Gesamtschau des Schadensumfangs in den ausgeurteilten und den gemäß § 154a Abs. 2 StPO ausgeschiedenen Fällen von den Feststellungen getragen. Schon bei den Fällen, die Gegenstand der Verurteilung sind, hat die Strafkammer zwei für sich genommen hohe Einzel-Schadensbeträge in Höhe von jeweils über 4.000 € festgestellt; auch der Gesamtschaden in Höhe von über 10.000 € ist nicht unerheblich. Die Strafzumessungserwägungen belegen in ihrem Gesamtzusammenhang, dass dem Landgericht das Gewicht und der jeweilige Schuldumfang des ausgeschiedenen und des ausgeurteilten Verfahrensstoffs nicht aus dem Blick geraten ist; ein Wertungsfehler ist daher auch insoweit nicht zu besorgen.

22 cc) Auch die strafschärfende Berücksichtigung der gemäß § 154a Abs. 2 StPO ausgeschiedenen Verkaufsfälle hält rechtlicher Nachprüfung stand.

23 (1) Die Berücksichtigung von nach §§ 154, 154a StPO eingestellten bzw. ausgeschiedenen Taten ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zulässig, wenn diese prozessordnungsgemäß so bestimmt festgestellt sind, dass sie ihrem wesentlichen Unrechtsgehalt nach bewertet werden können und eine Berücksichtigung des bloßen Verdachts weiterer Straftaten ausgeschlossen werden kann (BGH, Beschlüsse vom 20. August 2014 – 3 StR 315/14, StV 2015, 552; vom 18. März 2015 – 2 StR 54/15, BGHR StGB § 46 Abs. 2 Vorleben 33; vgl. auch BGH, Beschluss vom 19. November 2013 – 4 StR 448/13, NJW 2014, 645 f.). Diesen Anforderungen genügt das angefochtene Urteil.

24 (2) Das Landgericht hat sich rechtsfehlerfrei die hinreichende Überzeugung auch von den nach § 154a Abs. 2 StPO ausgeschiedenen Verkaufsfällen verschafft und diese in den Urteilsgründen hinreichend dargelegt. Der ausgeschiedene Verfahrensstoff war ausweislich der Urteilsgründe Gegenstand der

Hauptverhandlung, die Verteidigungsmöglichkeiten der Angeklagten mithin gewahrt. Die Zahl der betreffenden Einzelfälle ist dabei ebenso festgestellt wie der Tatzeitraum, die jeweils genutzten Online-Firmen sowie die Zahl der getäuschten Kunden.

25 Entsprechendes gilt für die Feststellung der Schadenshöhe. In Fällen einer Tatserie ist es, insbesondere bei Vermögensdelikten, zur Bestimmung des Schuldumfangs zulässig, unter Beachtung des Zweifelssatzes eine Schätzung vorzunehmen (BGH, Urteile vom 6. Dezember 1994 – 5 StR 305/94, BGHSt 40, 374, 377; vom 11. August 2010 – 1 StR 199/10). Durch die Annahme des Landgerichts, jedem Erwerber sei hier ein Mindestschaden von 19,90 € entstanden, werden die Angeklagten unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt beschwert. Auch das Verteidigungsinteresse der Angeklagten wurde gewahrt. Die gemäß § 154a Abs. 2 StPO ausgeschiedenen Fälle waren Gegenstand der Beweisaufnahme; auf die strafschärfende Berücksichtigung dieses Teils des Verfahrensstoffs wurden die Angeklagten von der Strafkammer hingewiesen.

26 dd) Die Verfahrensbeschränkung nach § 154a Abs. 2 StPO wirkt sich auch nicht deshalb rechtsfehlerhaft auf die verhängten Strafen aus, weil das Landgericht in den gemäß § 154a Abs. 2 StPO ausgeschiedenen Verkaufsfällen jeweils von einem Mindestschaden von 19,90 € ausgegangen ist, es insofern aber an den gemäß § 248a StGB erforderlichen Verfahrensvoraussetzungen fehlen würde. Zum einen handelt es sich bei dem vom Landgericht herangezogenen Betrag von 19,90 € für jeden einzelnen Verkaufsfall um eine Mindestannahme; aus den Urteilsfeststellungen ergibt sich, dass die Geringfügigkeitsgrenze in einer erheblichen Zahl der Fälle überschritten wurde. Zum anderen können Taten, deren Verfolgung ein Verfahrenshindernis entgegensteht, straferschwerend berücksichtigt werden, wenn auch mit geringerem Gewicht

(st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 22. Februar 2001 – 4 StR 421/00, NJW 2001, 1874, 1876; Beschluss vom 23. August 2016 – 2 StR 124/16, JurionRS 2016, 26140).

III.

27 Die Berichtigung der Urteilsformel war geboten, weil dem Landgericht ein offensichtliches Fassungsversehen unterlaufen ist.

Sost-Scheible

Cierniak

Franke

Bender

Quentin