



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

1 StR 297/03

vom

16. Dezember 2003

in der Strafsache

gegen

wegen Fälschung von Zahlungskarten

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 16. Dezember 2003, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Nack

und die Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Wahl,
Dr. Boetticher,
Dr. Kolz,
Hebenstreit,

Staatsanwältin
als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Traunstein vom 6. März 2003 mit den Feststellungen aufgehoben,
 - a) soweit der Angeklagte in den Fällen II. 1. bis 5. der Urteilsgründe verurteilt worden ist;
 - b) soweit der Angeklagte im Fall VI. 2. der Urteilsgründe freigesprochen worden ist.

Die weitergehende Revision der Staatsanwaltschaft wird verworfen.

2. Auf die Revision des Angeklagten wird das vorbezeichnete Urteil mit den Feststellungen aufgehoben, soweit der Angeklagte in den Fällen II. 1. bis 6. der Urteilsgründe verurteilt worden ist. Im Fall II. 6. der Urteilsgründe wird der Angeklagte freigesprochen; insoweit fallen die Kosten des Verfahrens einschließlich der notwendigen Auslagen des Angeklagten der Staatskasse zur Last.
3. Im Umfang der Aufhebungen - mit Ausnahme des Freispruchs im Fall II. 6. - wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die verbleibenden Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Beihilfe zur Fälschung von Zahlungskarten in sechs Fällen, sowie wegen "versuchter Beihilfe" zur Fälschung von Zahlungskarten zu der Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Von weiteren Vorwürfen der Beteiligung an der Fälschung von Zahlungskarten und vom Vorwurf der versuchten Anstiftung zur Fälschung von Zahlungskarten hat das Landgericht den Angeklagten freigesprochen. Von der beantragten Einziehung des beim Angeklagten sichergestellten Geldbetrags hat die Kammer abgesehen.

Die Revision der Staatsanwaltschaft rügt die Verletzung materiellen Rechts. Sie beanstandet insbesondere die Verurteilung wegen "versuchter Beihilfe" zur Fälschung von Zahlungskarten und meint, der Angeklagte hätte statt dessen wegen Vorbereitung der Fälschung von Zahlungskarten gemäß § 152a Abs. 5 StGB i.V.m. § 149 Abs. 1 Nr. 1 StGB verurteilt werden müssen. Sie wendet sich weiter gegen den Freispruch des Angeklagten vom Vorwurf der Anstiftung zur Fälschung von Zahlungskarten sowie dagegen, daß der Angeklagte wegen seiner Beteiligung an der Fälschung von Zahlungskarten nicht als Mittäter, nicht als Mitglied einer Bande und nicht wegen gewerbsmäßigen Handelns verurteilt wurde. Die Freisprüche des Angeklagten unter VI. 1. und 2. sind - wie der maßgeblichen Begründung des Rechtsmittels (vgl. BGHR StPO § 344 Abs. 1 Antrag 3) zu entnehmen ist - vom Revisionsangriff ausgenommen. Hinsichtlich des Freispruchs unter VI. 1. ist das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft damit wirksam beschränkt. Soweit die Strafkammer unter VI. 2. freigesprochen hat, kommt eine Beschränkung aus Rechtsgründen nicht in Betracht. Der Angeklagte erstrebt mit der nicht ausgeführten Rüge der Verletzung for-

mellen Rechts und mit der allgemeinen Sachrüge die Aufhebung seiner Verurteilung.

I.

Nach den Feststellungen des Landgerichts lebte der Angeklagte seit 1997/98 in Südafrika. Im September 2001 gab er seine Arbeitsstelle als Computerfachmann bei einem Blumenimporteur in Johannesburg auf und unternahm in der Folgezeit wiederholt Reisen nach Europa, um sich eine selbständige Existenz als Blumenimporteur aufzubauen. Gelebt habe er von seinen Ersparnissen und von einem nebenbei betriebenen internationalen - von den Niederlanden nach Spanien - Gebrauchtwagenhandel.

Während dieser Zeit - von Herbst 2001 bis zu seiner Inhaftierung im Juli 2002 - besorgte der Angeklagte für zwei Südafrikaner namens S. und A. - "möglicherweise hat der Angeklagte keine weitergehende Kenntnis über ihre Identität" - auf Kreditkarten gespeicherte Datensätze. Mit diesen Datensätzen fertigten - wie der Angeklagte dies erwartet hatte - S. und A. oder andere unbekannte Personen entsprechende Kreditkarten, mit deren Hilfe dann in Spanien und Südafrika - durch wen ist unbekannt - Einkäufe getätigt und Dienstleistungen erlangt wurden. Andererseits teilt die Strafkammer im Rahmen der Strafzumessungserwägungen mit, daß der Angeklagte seinen Auftraggebern eine erhebliche Anzahl von Datensätzen geliefert habe, "was in der Folge zu einem erheblichen wirtschaftlichen Schaden hätte führen können".

Hierzu stellte die Strafkammer im einzelnen fest:

Zur unbefugten Kopie der Datensätze hatten S. und A. dem Angeklagten zwei mit einer Speichereinrichtung versehene Magnetkartenlesegeräte (Skimmer) ausgehändigt. Diese gab der Angeklagte an den Kellner D.-H. weiter. Vermittelt wurde dies durch den Zeugen M. - einem Landsmann des Angeklagten -, in dessen zur gelegentlichen Übernachtung bulgarischer "Autohändler" freigehaltener Zweitwohnung in B. - auch der Angeklagte bei seinen Besuchen in Deutschland unterkam, weiter. Der Zeuge H. hatte sich dem Angeklagten gegenüber bereit erklärt, Datensätze von Kreditkarten zu beschaffen. Ihm gelang der Zugriff zum Teil über weitere Personen, etwa der Zeugin Hu. , seinerzeit Kellnerin der Mi. AG. Sobald einige Datensätze ausgelesen und auf dem Lesegerät gespeichert waren, besuchte der Angeklagte den Zeugen H. in dessen Wohnung in R. . Dort überspielte der Angeklagte die Kreditkartendaten mit Hilfe eines Laptops auf Disketten. Diese Disketten händigte er dann S. bzw. A. teils in Spanien, teils in Südafrika aus, und zwar mindestens sechsmal "zu unterschiedlichen Zeiten und Gelegenheiten". Die sechs Disketten enthielten Datensätze von insgesamt 45 Kreditkarten. Diese Vorgänge sind in der Begründung des landgerichtlichen Urteils unter II. 1. bis 4. dargestellt.

Daß - wie angeklagt - 47 Datensätze gespeichert und dementsprechend 47 Kreditkarten gefälscht wurden, sah die Strafkammer als nicht erwiesen an. Hinsichtlich der Kopie zweier Datensätze hat das Landgericht deshalb, da hinsichtlich jedes Kopiervorgangs tatmehrheitliche Tatbegehung (als Mittäter) angeklagt war, im angefochtenen Urteil unter VI. 2. freigesprochen.

Zwei weitere Datensätze - Urteil unter II. 5. - erhob der Angeklagte um den Jahreswechsel 2001/2002 selbst, als er den Zeugen M. , Kellner in der

Gaststätte "Kartoffelkäfer" in Sch. , dort besuchte. Er hatte eines der Kartenlesegeräte bei sich und demonstrierte dem Zeugen M. anhand der Kreditkarten zweier Gäste, die ihre Karten dem Zeugen kurzfristig zur Bezahlung ausgehändigt hatten, den Kopiervorgang, indem er - der Angeklagte - die Karten durch das Kartenlesegerät zog. "Mit den beiden auf diese Weise gewonnenen Datensätzen verfuhr der Angeklagte wie vorstehend dargestellt auf dem gleichen subjektiven Hintergrund." Wie die Urteilsgründe ergaben, wurden diese beiden Datensätze ebenfalls auf einer der genannten Disketten gespeichert. Die Weitergabe dieser Datensätze ist daher Teil einer der sechs vom Landgericht festgestellten Beihilfehandlungen.

Nach der Demonstration des Kopiervorgangs bot der Angeklagte M. vergeblich an, gegen Bezahlung Datensätze von Kreditkarten zu speichern. "Von irgendeinem nachhaltigen, intensiven Versuch einer Willensbeeinflussung, der eine versuchte Anstiftung zur Fälschung von Zahlkarten darstellen könnte, hat der Zeuge M. nichts berichtet." Mit dieser Begründung sprach die Strafkammer den Angeklagten auch in diesem Punkt frei (Urteil VI. 3.).

23 weitere Datensätze, die zuletzt auf einem der Kartenlesegeräte, das der Angeklagte dem Zeugen H. übergeben hatte, von diesem - oder durch weitere von ihm beauftragte Personen - gespeichert worden waren, konnte der Angeklagte entgegen seiner Absicht nicht mehr auf Diskette übertragen und nicht mehr weitergeben. Das Gerät wurde bei der Festnahme des Zeugen H. sichergestellt. Dies liegt der Verurteilung wegen "versuchter Beihilfe" zur Fälschung von Zahlungskarten zugrunde (Urteil II. 6.).

Den Vorwurf, der Angeklagte habe bereits von Januar bis September sechs Kreditkartendaten übernommen und damit selbst gefälschte Zahlungskarten hergestellt und eingesetzt, sah die Strafkammer als nicht erwiesen an und hat deshalb insoweit aus tatsächlichen Gründen freigesprochen (Urteil VI. 1.). Dies ist infolge der Beschränkung der Revision der Staatsanwaltschaft rechtskräftig.

Nach den Feststellungen des Landgerichts erhielt der Angeklagte 50,- \$ pro Kartensatz, mußte davon aber den Zeugen H. und andere Beschaffer der Datensätze für deren "Vermittlungstätigkeit" bezahlen. "Insgesamt blieben für den Angeklagten selbst etwa 500,- € übrig." Mögliche sonstige Unkosten des Angeklagten sind dabei noch nicht berücksichtigt. Der Angeklagte ist "durch die Durchführung der notwendigen Fahrten in Vorlage getreten, um aus der Tätigkeit Gewinn zu erzielen, auch wenn der tatsächlich erzielte Gewinn nicht sonderlich hoch war".

II.

1. Zur Revision des Angeklagten:

a) Auf seine Revision war das Urteil des Landgerichts aufzuheben und der Angeklagte freizusprechen, soweit er wegen "versuchter Beihilfe" zur Fälschung von Zahlungskarten verurteilt wurde.

Wie die Strafkammer bei der Abfassung der Urteilsgründe selbst bemerkt hat, ist der Versuch der Beihilfe - hier zur Fälschung von Zahlungskarten - nicht strafbar. Die Übergabe des Kartenlesegerätes an den Zeugen H. -

zur Einsammlung der 23 Datensätze stellt sich - entgegen der Auffassung der Staatsanwaltschaft - aus den vom Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift vom 27. August 2003 und in der Hauptverhandlung im einzelnen dargelegten Gründen - aber auch nicht als Vorbereitung der Fälschung von Zahlungskarten gemäß § 152a Abs. 5 i.V.m. § 149 Abs. 1 StGB dar. Bei dem mit Speicherelementen versehenen Kreditkartenlesegerät handelt es sich um keinen Gegenstand im Sinne von § 149 Abs. 1 StGB.

Darauf, ob es sich bei den elektronisch gespeicherten Datensätzen bzw. der - möglicherweise programmierten - Auslese- und der Speichermöglichkeit überhaupt um "Computerprogramme" im Sinne von § 149 Abs. 1 Nr. 1 StGB oder um "andere Bestandteile" im Sinne von § 149 Abs. 1 Nr. 3 StGB handelt, kommt es schon deshalb nicht an, weil das Merkmal "Computerprogramme" und die Nr. 3 des Abs. 1 erst mit dem Gesetz vom 22. August 2002 (BGBl I S. 3387) mit Wirkung vom 30. August 2003 - also erst nach der Tat - in die Norm eingefügt worden ist.

Auch das Merkmal der "ähnlichen Vorrichtungen" im Sinne von § 149 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist nicht erfüllt. Das Kartenlesegerät diente nicht unmittelbar der Fälschung von Zahlungskarten. Es war nämlich nicht, wie vom Gesetz gefordert, seiner Art nach zur Begehung der Tat - der Vorbereitung der Kartenfälschung - geeignet, weil damit die gefälschten Kreditkarten nicht hergestellt wurden. Die Übergabe oder das Sichverschaffen dieses Geräts - Datensätze waren noch nicht gespeichert - bereitete lediglich die in § 149 StGB i.V.m. § 152 Abs. 5 StGB unter Strafe gestellten Vorbereitungshandlungen zur Zahlungskartenfälschung vor. Zur Tatbestandsverwirklichung wurde daher noch nicht unmittelbar angesetzt.

Da auch aufgrund einer neuen Hauptverhandlung zu diesem Vorgang Feststellungen, die eine Verurteilung tragen könnten, nicht zu erwarten sind, hat der Senat entsprechend auch dem Antrag des Generalbundesanwalts insoweit freigesprochen.

b) Die Revision des Angeklagten hat auch Erfolg, soweit er wegen Beihilfe zur Fälschung von Zahlungskarten in sechs Fällen verurteilt wurde. Das Urteil leidet insoweit schon an durchgreifenden Darstellungsmängeln. Die Feststellungen zum Einsatz der gefälschten Kreditkarten sind widersprüchlich und unvollständig. Während die Strafkammer einerseits feststellt, daß unter Einsatz aller 47 kopierter Datensätze gefälschte Kreditkarten Einkäufe und Dienstleistungen bezahlt wurden (UA S. 7), spricht sie an anderer Stelle (UA S. 16) nur von der Weitergabe der Datensätze, was in der Folge zu einem erheblichen wirtschaftlichen Schaden hätte führen können. Danach stünde nicht einmal fest, daß es zu den Haupttaten, den 47 Fälschungen der Kreditkarten, geschweige denn deren Einsatz, überhaupt gekommen ist. Vor diesem Hintergrund kann aber insbesondere auch dem Gesamtinhalt der Urteilsgründe nicht mehr mit hinreichender Deutlichkeit entnommen werden, daß es sich bei den von der Strafkammer nicht näher beschriebenen Kreditkarten um solche handelte, die es ermöglichen, den Aussteller im Zahlungsverkehr zu einer garantierten Zahlung zu veranlassen, und durch Ausgestaltung oder Codierung besonders gegen Nachahmung gesichert sind (§ 152a Abs. 4 StGB; zu geplanten Gesetzesänderungen vgl. BT-Drucks. 15/1720).

Auf die Frage, ob die Strafkammer den Tatbeitrag des Angeklagten zu Recht als Beihilfe und nicht als Mittäterschaft bewertete, kommt es deshalb hier

nicht mehr an. Insoweit wird auf die zutreffenden Ausführungen des Generalbundesanwalts verwiesen. Für sich betrachtet ist die weitgehend der tatrichterlichen Beurteilung obliegende und insoweit der revisionsgerichtlichen Überprüfung entzogene Bewertung der Strafkammer - Beihilfe - auf Grund der bisherigen Feststellungen rechtsfehlerfrei, trotz der zentralen Stellung des Angeklagten im Kreditkartenfälscherring.

2. Zur Revision der Staatsanwaltschaft:

a) Die Staatsanwaltschaft beanstandet hinsichtlich der Verurteilung wegen Beihilfe zur Fälschung von Zahlungskarten in sechs Fällen durch die Weitergabe der sechs Disketten mit insgesamt 47 Datensätzen zu Recht die nicht genügende Auseinandersetzung des Landgerichts mit dem Qualifikationsstatbestand des § 152a Abs. 2 StGB. Dies führt insoweit zur Aufhebung der Verurteilungen zum Nachteil des Angeklagten. Darauf, daß das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft auch zu Gunsten des Angeklagten wirkt (§ 301 StPO), kommt es nicht an, da das Urteil insoweit schon auf die Revision des Angeklagten aufzuheben war (vgl. BGH NStZ-RR 2003, 188 [189]).

Das Vorliegen der Voraussetzungen gewerbsmäßigen Handelns des Angeklagten (§ 152a Abs. 2, 1. Alt. StGB) wird von der Strafkammer nicht geprüft, obgleich sie im Rahmen der Strafzumessung ausführt, der Angeklagte "sei wirtschaftlich in Vorlage getreten, um aus der Tätigkeit Gewinn zu erzielen".

Die rechtliche Bewertung der Strafkammer, der Angeklagte habe nicht als Mitglied einer Bande im Sinne des § 152a Abs. 2 2. Alt. StGB gehandelt, da

er nicht in die Bandenabrede eingebunden gewesen sei, hält schon auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen rechtlicher Prüfung nicht stand. "Der Begriff der Bande setzt den Zusammenschluß von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstypus zu begehen. Ein 'gefestigter Bandenwille' oder ein 'Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse' ist nicht erforderlich" (BGHSt - GS - 46, 321). "Mitglied einer Bande kann auch derjenige sein, dem nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfenstellung darstellen" (BGH NStZ 2002, 318). Die Bandenabrede muß nicht ausdrücklich getroffen werden; vielmehr genügt jede Form auch stillschweigender Vereinbarung, die aus dem konkret feststellbaren wiederholten deliktischen Zusammenwirken mehrerer Personen hergeleitet werden kann (BGH NStZ 2002, 318 [319]). Dies gilt auch für § 152a Abs. 2 2. Alt. StGB. Hiervon ausgehend wird die nunmehr zur Verhandlung und Entscheidung berufene Strafkammer das Zusammenspiel der Tatbeteiligten aufgrund ihrer Feststellungen neu zu bewerten haben.

Von der Aufhebung umfaßt ist auch der - konsequente, da tatmehrheitlich angeklagt - Freispruch hinsichtlich der laut Anklage beiden weiteren vom Zeugen H. erlangten und nach den bisherigen Feststellungen tateinheitlich mit anderen Kopien auf einer Diskette weitergegebenen Datensätze.

b) Die Revision der Staatsanwaltschaft ist unbegründet, soweit der Angeklagte vom Vorwurf der versuchten Anstiftung des Zeugen M. zur Fälschung von Zahlungskarten freigesprochen wurde. Zwar trägt die vom Landgericht vorgenommene Begründung den Freispruch nicht, denn - wie der Gene-

ralbundesanwalt zutreffend ausgeführt hat - stellt die insoweit festgestellte Vorgehensweise des Angeklagten eine (versuchte) Anstiftungshandlung im Sinne von §§ 26, 30 StGB dar. Einer bestimmten Form nachhaltiger oder massiver Einwirkung bedarf es hierzu nicht. Die Tat des Angeklagten ist jedoch nur als versuchte Anstiftung zur Beihilfe zu bewerten. Dies ist jedoch von § 30 Abs. 1 StGB nicht erfaßt und damit nicht strafbar (BGHSt 7, 234 [237]; Tröndle/Fischer StGB 51. Aufl. § 30 Rdn. 8).

3. Abschließend weist der Senat auf folgendes hin:

Der Tatrichter ist nicht gezwungen, eine vor dem Hintergrund sonstiger Feststellungen wenig plausible Einlassung als unwiderlegbar hinzunehmen, nur weil die Behauptung nicht unmittelbar als unzutreffend festgestellt werden kann. Der Zweifelssatz erfordert auch nicht, daß das Gericht von der dem Angeklagten günstigsten Fallgestaltung auch dann ausgeht, wenn hierfür keine Anhaltspunkte bestehen (st. Rspr., vgl. BGH NJW 2002, 2188, 2189 m.w.N.).

Die Strafkammer hat zwar zu Recht von der Einziehung (§ 74 StGB) des beim Angeklagten sichergestellten Geldes abgesehen, da es sich dabei um keine *producta* oder *instrumenta sceleris* handelt. Nach den bisherigen Feststellungen erhielt der Angeklagte jedoch 50,- \$ für jeden kopierten Datensatz. Damit kommt die Anordnung des Verfalls bzw. des Verfalls von Wertersatz (§§ 73 ff. StGB) in Betracht. Dies wird - im Falle erneuter Verurteilung - der neue Tatrichter - ausgehend vom Bruttoprinzip zwingend zu prüfen und zu erörtern haben (vgl. BGH NStZ 1994, 123; BGH NJW 2002, 3339 [3340] m.w.N.),

auch wenn einer Verfallsanordnung möglicherweise § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB entgegensteht. Die Höhe des Erlangten kann geschätzt werden (vgl. § 73b StGB). Anhaltspunkte könnten die mit den gefälschten Kreditkarten getätigten Umsätze sein, soweit sie im Rahmen der Ermittlungen konkret festgestellt worden sind.

Nack

Wahl

Boetticher

Kolz

Hebenstreit