

Geschäftsnummer:

2 Ss 269/15
16 Ds 151 Js 103354/12
AG Nürtingen
151 Js 103354/12
StA Stuttgart



Oberlandesgericht Stuttgart

- 2. Strafsenat -

EINGEGANGEN AM 23. MRZ. 2016

Im Namen des Volkes

Urteil

in der Strafsache gegen

wegen Verstoßes gegen das Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz

Der 2. Strafsenat des Oberlandesgerichts Stuttgart hat in der Revisionshauptverhandlung vom 18. März 2016, an der teilgenommen haben:

Vors. Richter am OLG	Hettich
- als Vorsitzender -	
Richter am OLG	Mangold
Richterin am AG	Dawidowsky
- als beisitzende Richter -	

Oberstaatsanwältin	Unkel
- als Vertreterin der Generalstaatsanwaltschaft -	

Rechtsanwalt	Steiner
- als Verteidiger -	

Rechtsanwalt	Keck
- als Bevollmächtigter der Nebenbeteiligten -	

Justizangestellte	Peper
Justizsekretärin	Bausch
- als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle -	

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Amtsgerichts Nürtingen vom 11. März 2015 mit den Feststellungen

a u f g e h o b e n ,

soweit der Angeklagte von den Tatvorwürfen Nr. 2 und 4 der Anklage vom 20. September 2013 freigesprochen wurde und soweit hinsichtlich dieser beiden Taten die Anordnung von Wertersatzverfall gegen die Verfallsbeteiligte und den Angeklagten unterblieben ist.

2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Abteilung des Amtsgerichts Nürtingen

zurückverwiesen.

Gründe:

I.

Das Amtsgericht - Strafrichter - Nürtingen hat den Angeklagten vom Vorwurf des - in zwei Fällen (Taten Nr. 1 und 3 der Anklage der Staatsanwaltschaft Stuttgart vom 20. September 2013) fahrlässigen und in weiteren zwei Fällen (Taten Nr. 2 und 4 der Anklage vom 20. September 2013) vorsätzlichen - unerlaubten Erbringens von Zahlungsdiensten nach § 31 Abs. 1 und 2 ZAG freigesprochen. Gegen den Freispruch in den Fällen Nr. 2 und 4 wendet sich die Staatsanwaltschaft Stuttgart mit ihrer auf die Verletzung sachlichen Rechts gestützten Sprungrevision. Das von der Generalstaatsanwaltschaft vertretene Rechtsmittel hat Erfolg.

II.

Nach den Feststellungen des Amtsgerichts ist der Angeklagte alleiniger Geschäftsführer der Verfallsbeteiligten, der [REDACTED] GmbH mit Sitz in N [REDACTED]. Diese betreibt in W [REDACTED] und in N [REDACTED] jeweils eine Spielhalle. In beiden Spielhallen unterhielt die GmbH einen Geldautomaten, in W [REDACTED] von November 2009 bis Dezember 2012 und in N [REDACTED] von März 2010 bis Dezember 2012. Die Automaten wurden jeweils durch Mitarbeiter der Verfallsbeteiligten mit Bargeld bestückt. Das in die Automaten eingebaute Cash-Terminal stellte durch Einführung der GiroCard des Nutzers, die Eingabe der PIN und die Auswahl eines Bargeldausgabebetrages eine Verbindung zwischen dem Geldwechselgerät und dem Konto des Nutzers her und gab den gewünschten Betrag aus. Der abgehobene Betrag wurde dem Konto des Nutzers belastet und dem

Geschäftskonto der Verfallsbeteiligten gutgeschrieben. Über eine Erlaubnis der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (BaFin) gemäß § 8 Abs. 1 Satz 1 ZAG verfügte die [REDACTED] GmbH nicht.

In der Zeit von November 2009 bis April 2011 hatte der Angeklagte keine Kenntnis davon, dass für den Betrieb der beiden Geldautomaten eine Erlaubnis der BaFin erforderlich war. Er kümmerte sich bei der Inbetriebnahme der Geldautomaten aber auch nicht um die hierfür bestehenden rechtlichen Voraussetzungen (Tat Nr. 1).

Im April 2011 erhielt der Angeklagte Kenntnis davon, dass die [REDACTED] für den Betrieb der beiden Geldautomaten eine Erlaubnis der BaFin benötigt. Ihm war auch bekannt, dass die GmbH über eine solche Erlaubnis nicht verfügte. Gleichwohl entschloss er sich, den Kunden die Geldautomaten weiterhin ohne eine solche Erlaubnis zur Verfügung zu stellen. In der Zeit von Mai 2011 bis Dezember 2012 hoben die Nutzer in insgesamt 19.704 Abhebevorgängen insgesamt 1.096.290 Euro ab (Tat Nr. 2).

Der Angeklagte betreibt außerdem in Nürtingen in der Rechtsform des Einzelunternehmers die Spielhalle F [REDACTED]. Auch in dieser Spielhalle stellte er seinen Kunden ab November 2009 einen Geldautomaten zur Verfügung, obwohl er nicht im Besitz einer Erlaubnis der BaFin war.

In der Zeit von November 2009 bis April 2011 war ihm noch nicht bekannt, dass er eine solche Erlaubnis benötigte. Er kümmerte sich allerdings auch nicht um die gesetzlichen Anforderungen für den Betrieb eines solchen Geldautomaten (Tat Nr. 3).

Ab April 2011 wusste der Angeklagte um das Erfordernis einer Erlaubnis der BaFin und ihm war auch bekannt, dass er über eine solche Erlaubnis nicht verfügte. Dennoch stellte er den Geldautomaten seinen Kunden in der Zeit von Mai 2011 bis Dezember 2012 weiter zur Verfügung. Die Kunden hoben in diesem Zeitraum in insgesamt 9.233 Abhebungsvorgängen insgesamt 507.800 Euro ab, die im Anschluss auf das Geschäftskonto des Angeklagten erstattet wurden (Tat Nr. 4).

Das Amtsgericht hat den Angeklagten aus rechtlichen Gründen von allen vier Tatvorwürfen freigesprochen. Weder der Angeklagte noch die Verfallsbeteiligte seien als Zahlungsinstitut im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG anzusehen. Eine richtlinienkonforme Auslegung dieser Vorschrift ergebe, dass hierunter nur solche Zah-

lungsdienstleister zu rechnen seien, deren Haupttätigkeit in der Erbringung von Zahlungsdiensten bestehe; in den Unternehmen der Verfallsbeteiligten und des Angeklagten habe der Betrieb von Geldautomaten dagegen gegenüber dem eigentlichen Spielgeschäft nur eine Nebentätigkeit dargestellt. Der bloße Betrieb eines EC-Cash-Terminals habe zudem keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb vorausgesetzt und sei schließlich auch von der Ausnahmegesetzvorschrift des § 1 Abs. 10 Nr. 14 ZAG erfasst.

III.

Die Revision der Staatsanwaltschaft ist begründet. Die rechtlichen Erwägungen des Amtsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung nicht stand. Das Amtsgericht hat den Anwendungsbereich des § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG ebenso wie den der Ausnahmegesetzvorschrift des § 1 Abs. 10 Nr. 14 ZAG verkannt.

1.

Zu Unrecht ist das Amtsgericht zum Ergebnis gelangt, dass weder der Angeklagte noch die [REDACTED] GmbH als Zahlungsinstitut im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG zu qualifizieren seien und sie keiner Erlaubnis nach § 8 Abs. 1 Satz 1 ZAG bedürften, weil ihre eigentliche Geschäftstätigkeit im Betrieb von Spielhallen bestanden habe.

Dass der Betrieb der Geldautomaten nicht die Haupttätigkeit der Verfallsbeteiligten und des Angeklagten darstellte, steht der Anwendung von § 8 Abs. 1 Nr. 1, § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG nicht entgegen.

Wie der Bundesgerichtshof in seinem - nach der amtsgerichtlichen Entscheidung ergangenen - Beschluss vom 11. Juni 2015 (1 StR 368/14 - juris Rn. 81 ff.) im Einzelnen ausgeführt hat, lässt sich aus dem Gebot einer richtlinienkonformen Auslegung des Zahlungsdiensteaufsichtsgesetzes eine solche Einschränkung nicht herleiten. Vielmehr erfasst auch die dem Gesetz zugrunde liegende Richtlinie 2007/64/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 13. November 2007 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt (Zahlungsdiensterichtlinie) hybride Unternehmen als Zahlungsinstitute, wie sich aus Art. 7 Abs. 2 Satz 2, Art. 10 Abs. 5 und Art. 16 Abs. 1 a) und c) der Richtlinie ergibt. Der Erwägungsgrund (6) der

Richtlinie ist vom deutschen Gesetzgeber durch den Zahlungsdienste-Negativkatalog des § 1 Abs. 10 ZAG und die in den § 8 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG enthaltene Einschränkung umgesetzt worden, wonach nur solche Zahlungsinstitute dem Erlaubnisvorbehalt unterworfen sind, die die Zahlungsdienste gewerbsmäßig oder in einem Umfang erbringen, dass sie einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordern (BGH a.a.O., Rn. 90 ff.). Einer weiteren einschränkenden Auslegung der § 8 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG bedarf es mithin nicht.

2.

Auch die Annahme des Amtsgerichts, dass der Betrieb der EC-Cash-Terminals einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert habe, begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

Ein kaufmännisch eingerichteter Geschäftsbetrieb ist erforderlich, wenn Art oder Umfang der Tätigkeit eine kaufmännische Buch- oder Kassenführung, eine geordnete Aufbewahrung der eingegangenen und abgesandten Geschäftskorrespondenz sowie die regelmäßige Aufstellung einer Bilanz, die Beschäftigung von Personal sowie dessen geordnete Beaufsichtigung verlangen (Schwennicke in Casper/Terlau, ZAG, § 1 Rn. 15). Vorliegend legen schon die Vielzahl der an den Geldautomaten durchgeführten Transaktionen und die hierbei angefallenen Gesamtumsätze sehr nahe, dass diese Voraussetzungen erfüllt sind. Wie das Amtsgericht festgestellt hat, wurden an den Geldautomaten der [REDACTED] GmbH in der Zeit von Mai 2011 bis Dezember 2012 in insgesamt 19.704 Abhebevorgängen insgesamt 1.096.290 Euro abgehoben. An dem Geldautomaten in Nürtingen kam es zu 9.233 Abhebungsvorgängen über einen Gesamtbetrag von 507.800 Euro. Jedenfalls im Fall Nr. 2 wurden die Geldautomaten jeweils von Mitarbeitern der [REDACTED] GmbH mit Bargeld bestückt. Die Auszahlung des Bargeldes erfolgte erst, nachdem über das Cash-Terminal eine „Verbindung zwischen dem Geldwechselgerät und dem Konto des Nutzers“ hergestellt worden war. Der abgehobene Geldbetrag wurde dem Konto des Nutzers belastet und den Geschäftskonten der Verfallsbeteiligten oder des Angeklagten gutgeschrieben. Dieser festgestellte komplexe Ablauf der Bargeldauszahlung unter Einschaltung der kontoführenden Banken der Kunden lässt darauf schließen, dass der Abwicklung der Zahlungsvorgänge vielschichtige Vertragsgestaltungen zugrunde lagen,

die es ebenfalls nahelegen, dass Zahlungsdienste in einem Umfang erbracht wurden, der einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert (vgl. hierzu BGH 1 StR 368/14 - juris Rn. 94). Nähere Feststellungen hierzu hat das Amtsgericht bislang noch nicht getroffen.

Darüber hinaus enthält das Urteil auch keine Feststellungen dazu, ob der Angeklagte oder die [REDACTED] GmbH aus den Geldabhebungen wirtschaftlichen Gewinn erzielen, indem sie ihren Kunden etwa für die Abhebungen Gebühren in Rechnung stellten, so dass auch das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG erfüllt sein könnte (vgl. dazu BGH a.a.O. Rn. 96 f.).

3.

Die Ausnahmenvorschrift des § 1 Abs. 10 Nr. 14 ZAG ist entgegen der Auffassung des Amtsgerichts ebenfalls nicht einschlägig.

Nach herrschender Meinung erfasst diese Vorschrift lediglich Dienstleister, die Geldautomaten für Dritte, also insbesondere im Namen und auf Rechnung eines kartenausgebenden Instituts, aufstellen und mit Bargeld bestücken (Findeisen in Ellenberger/Findeisen/Nobbe, Kommentar zum Zahlungsverkehrsrecht, 2. Auflage, § 1 ZAG Rn. 568; BaFin Merkblatt - Hinweise zum Zahlungsdiensteaufsichtsgesetz (Stand: Dezember 2011), Hinweis 3 n; Weiß wistra 2014, 249, 253; ebenso ersichtlich auch BGH, Beschluss vom 11. Juni 2015 - 1 StR 368/14, der die Strafbarkeit nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 ZAG bejaht, ohne § 1 Abs. 10 Nr. 14 ZAG zu thematisieren; wohl auch Schwennicke a.a.O., § 1 Rn. 167 - „selbständige Zahlstelle des ... Kontoemittenten“; aA Casper in Casper/Terlau, ZAG, § 1 Rn. 103). Für diese Auslegung spricht der Wortlaut des § 1 Abs. 10 Nr. 14 ZAG, wonach Dienstleister privilegiert sein sollen, bei denen „für einen oder mehrere Kartenemittenten...“ Bargeld abgehoben wird. Dieselbe Formulierung findet sich so auch wörtlich in der dem Gesetz zugrunde liegenden Zahlungsdiensterichtlinie (Art. 3 lit. o). Dass nur derjenige Dienstleister von der Ausnahmenvorschrift erfasst sein soll, der im Namen oder Auftrag eines Dritten handelt, wird - worauf Weiß zurecht hinweist (a.a.O., S. 253) - noch deutlicher aus der englischsprachigen Fassung der Zahlungsdiensterichtlinie. Hiernach gilt die Ausnahme für „providers ... acting on behalf of one or more card issuers“.

Auch die neu in Kraft getretene Richtlinie (EU) 2015/2366 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 25. November 2015 über Zahlungsdienste im Binnenmarkt führt zu keiner anderen Auslegung des § 1 Abs. 10 Nr. 14 ZAG (vgl. hierzu grundsätzlich BGH NJW 1998, 2208, 2211; Nettesheim in Grabitz/Hilf/Nettesheim, Das Recht der Europäischen Union, 57. EL, Art. 288 AEUV Rn. 133). Zwar wurde die Ausnahmvorschrift in Art. 3 lit. o) durch die Richtlinie vom 25. November 2015 neu gefasst. Inhaltliche Änderungen, die für die vorliegende Frage maßgeblich sein könnten, ergeben sich hieraus aber nicht. Vielmehr soll die Ausnahmvorschrift auch nach der neuen Fassung für Bargeldabhebungsdienste gelten, die von Dienstleistern über Geldausgabeautomaten „für einen oder mehrere Kartenemittenten“ angeboten werden. Die englischsprachige Fassung sieht wie bisher eine Privilegierung für „...providers, acting on behalf of one or more card issuers...“ vor. Anlass, § 1 Abs. 10 Nr. 14 ZAG nun auch auf den völlig eigenständigen Betrieb eines Geldautomaten anzuwenden, gibt die neue Richtlinie mithin nicht. Da der Angeklagte und die [REDACTED] GmbH die Geldautomaten nach den amtsgerichtlichen Feststellungen nicht für Kartenemittenten betrieben, kann ihnen die Ausnahmvorschrift des § 1 Abs. 10 Nr. 14 ZAG daher nicht zugutekommen.

4.

Der Freispruch des Angeklagten bezüglich der Taten Nr. 2 und 4 erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig.

Zwar wäre aufgrund der bisherigen amtsgerichtlichen Feststellungen eine Strafbarkeit des Angeklagten hinsichtlich der Tat Nr. 4 zu verneinen. Denn hiernach betrieb der Angeklagte die Spielhalle in [REDACTED] als Einzelunternehmer. Normadressaten der § 8 Abs. 1 Satz 1, § 1 Abs. 1 Nr. 5 ZAG sind indes nur juristische Personen oder Personenhandelsgesellschaften, die der Kategorie der Zahlungsinstitute zuzuordnen sind. Natürliche Personen, die Zahlungsdienste im Sinne des § 1 Abs. 2 ZAG erbringen, unterliegen dagegen nicht der Strafbarkeit nach § 31 Abs. 1 Nr. 2 ZAG (BGH NSTZ-RR 2016, 15 - juris Rn. 5 - 6).

Der Senat vermag aufgrund der sehr knapp gehaltenen Beweiswürdigung des Amtsgerichts indes nicht abschließend zu beurteilen, ob zu diesem Punkt noch abweichende Feststellungen getroffen werden können. Auch wenn sich hierfür aus

den bisherigen Feststellungen keine Anhaltspunkte ergeben, ist nicht auszuschließen, dass aufgrund einer neuen Beweisaufnahme auch der Betrieb in [REDACTED] [REDACTED] einer juristischen Person wie etwa der [REDACTED] GmbH zuzurechnen sein könnte.

Das Urteil war daher auch insoweit aufzuheben.

Hettich
- Hettich -
Vors. Richter am OLG

Mangold
- Mangold -
Richter am OLG

Dawidowsky
- Dawidowsky -
Richterin am AG



Ausgefertigt:

Stuttgart, den 22.03.2016

Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle des Oberlandesgerichts

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Peper'.

Peper
Justizangestellte