



5 StR 90/08

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

vom 1. April 2008
in der Strafsache
gegen

wegen Betrugs

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 1. April 2008 beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Potsdam vom 1. August 2007 gemäß § 349 Abs. 4 StPO
 - a) im Schuldspruch dahin abgeändert, dass der Angeklagte des Betrugs in drei Fällen schuldig ist, und
 - b) im gesamten Strafausspruch aufgehoben.
2. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen.
3. 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.

G r ü n d e

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen „gewerbsmäßigen“ Betrugs in 16 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und zwei Monaten verurteilt und daneben gegen ihn ein Berufsverbot ausgesprochen. Die auf die Sachrüge und Verfahrensrügen gestützte Revision des Angeklagten gegen dieses Urteil hat den aus dem Tenor ersichtlichen Teilerfolg. Im Übrigen ist sein Rechtsmittel aus den Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

2 1. Die Annahme von Tatmehrheit in den Fällen 1 bis 14 der Urteilsgründe hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der Senat ändert die Verurteilung insoweit auf Tateinheit ab. Es ist auszuschließen, dass der Angeklagte sich gegen die Änderung des Konkurrenzverhältnisses wirksamer als geschehen hätte verteidigen können.

3 Nach den Feststellungen führte der Angeklagte die Vermittlungsgeschäfte mit den geschädigten Verkäufern von Personenkraftwagen bzw. in den Fällen 3 und 10 der Urteilsgründe mit den geschädigten Käufern nicht selbst durch, sondern überließ dies innerhalb der von ihm zweimal umbenannten Gesellschaft den von ihm angestellten und angewiesenen gutgläubigen Tatmittlern (§ 263 Abs. 1 StGB i.V.m. § 25 Abs. 1 zweite Variante StGB). Die Feststellungen belegen keinen eigenständigen, nur jeweils einen der Einzelfälle fördernden Tatbeitrag des Angeklagten. Sofern er in Einzelfällen die betrügerisch erlangten Bargelder aus der Firmenkasse entnahm, geschah dies erst nach Tatbeendigung. Damit erschöpften sich die Tatbeiträge des Angeklagten im Aufbau und in der Aufrechterhaltung eines auf Straftaten ausgerichteten Geschäftsbetriebs und sind damit als – uneigentliches – Organisationsdelikt zu einer einheitlichen Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammenzufassen (vgl. BGHSt 49, 177, 184; BGHR StGB § 263 Täterschaft 1; BGH NStZ 1996, 296 f.).

4 2. Regelbeispiele sind nicht in der Urteilsformel aufzunehmen. Die Kennzeichnung als „gewerbsmäßig“ hat daher zu entfallen (vgl. auch unten 3b).

5 3. Der Strafausspruch hat keinen Bestand.

6 a) Die Zusammenziehung der genannten 14 Fälle zu einer Tat ließe für sich genommen den Schuldumfang unberührt (vgl. BGHR StGB § 263 Täterschaft 1; BGH NStZ 1996, 296 f.; BGH, Beschluss vom 9. Januar 2008 – 5 StR 572/07, Rdn. 5). Gleiches gilt in diesem Fallkomplex im Hinblick auf

das vom Landgericht zutreffend angenommene Regelbeispiel der Gewerbsmäßigkeit. Der Angeklagte beherrschte die GmbH und entzog ihr mittels überhöhter Mietzahlungen und weiterer Scheingeschäfte die zuvor betrügerisch erlangten Kaufpreisgelder (UA S. 15 ff). Vereinnahmt der Angeklagte für eine von ihm beherrschte GmbH Gelder, dann reicht es für die Gewerbsmäßigkeit aus, wenn er sich aus diesen Zahlungen bedient (BGHR StGB § 261 Strafzumessung 2; BGH wistra 2008, 104).

7 Gleichwohl sind sämtliche – angesichts der Schadensbeträge in den Einzelfällen als empfindlich zu bewertenden – Einzelstrafen und die Gesamtstrafe aufzuheben. Dies ist schon deshalb geboten, weil das Landgericht der Strafzumessung einen durch die 16 Betrugstaten verursachten Schaden in Höhe von rund 232.000 Euro zugrundegelegt hat. Tatsächlich errechnet sich jedoch aus den festgestellten Schadensbeträgen in den Einzelfällen eine Summe von rund 157.000 Euro. Der Senat vermag nicht auszuschließen, dass das Landgericht den zu hoch angesetzten Gesamtschadensbetrag auch bei Verhängung der Einzelstrafen in den Blick genommen hat.

8 b) Hinzu kommt insbesondere, dass die Gewerbsmäßigkeit der Betrugstaten in den Fällen 15 und 16 der Urteilsgründe, für welche das Landgericht allein wegen der Schadenshöhe die höchsten Einzelstrafen verhängt hat, nicht belegt ist (vgl. dazu BGH wistra 2008, 104; 1999, 465; 1994, 230, 232; BGH, Urteil vom 21. Juni 2007 – 5 StR 532/06, Rdn. 27).

9 c) Der Senat hält die bisher getroffenen Feststellungen aufrecht. Er schließt aus, dass sich in einem neuen Rechtsgang in den Fällen 15 und 16 der Urteilsgründe Feststellungen zur Gewerbsmäßigkeit treffen lassen. Das Berufsverbot bleibt unberührt.

10 4. Damit sind drei Einzelstrafen und die Gesamtstrafe unter Berücksichtigung des Verschlechterungsverbots (§ 358 Abs. 2 Satz 1 StPO) neu festzusetzen. Dabei gilt hinsichtlich des ersten Fallkomplexes (Fälle 1 bis 14

der Urteilsgründe), dass die Höhe der bisherigen, nunmehr entfallenen Einzelstrafen überschritten werden darf. Allerdings darf die Summe der bisherigen Einzelstrafen aus den Fällen 1 bis 14 der Urteilsgründe bei der Bemessung der neu festzusetzenden Einzelstrafe nicht überschritten werden (vgl. BGHR StPO § 358 Abs. 2 Nachteil 12). Der neue Tatrichter kann zu den aufrechterhaltenen Feststellungen nicht im Widerspruch stehende weitere Feststellungen treffen.

Basdorf Gerhardt Raum
Brause Schaal