



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

2 StR 59/13

vom  
4. Juni 2013  
in der Strafsache  
gegen

wegen Betruges u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 4. Juni 2013 gemäß § 349 Abs. 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Marburg vom 12. November 2012 mit den Feststellungen aufgehoben.
2. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

1            Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betrugs in Tateinheit mit Urkundenfälschung in 27 Fällen, Betrugs in vier Fällen und veruntreuender Unterschlagung in 18 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und 11 Monaten verurteilt. Dem Urteil lag eine Verfahrensabsprache zu Grunde. Die Revision des Angeklagten hat mit der Sachrüge Erfolg.

I.

2            1. Das Landgericht hat im Wesentlichen folgende Feststellungen getroffen:

- 3            Der gesondert Verfolgte C.    betrieb von 1996 bis 2010 unter der Firma T.    Autohandel & Service ein Einzelunternehmen in F.    . Anfang 2005 beteiligte sich der Angeklagte an dem Unternehmen und brachte dabei fünfzehn Fahrzeuge sowie darlehensfinanziert 60.000,- Euro in das Unternehmen ein. Hauptaufgabe des Angeklagten war der Einkauf von Gebrauchtwagen und der Auslandshandel; am 20. Juli 2005 erhielt er eine Generalvollmacht. Zur Finanzierung des Fahrzeugeinkaufs hatte die Firma mit mehreren Banken Finanzierungsrahmenverträge abgeschlossen, auf Basis derer Darlehen in Höhe der sich aus den jeweiligen schriftlichen Kaufverträgen ergebenden Einkaufspreise gewährt und Fahrzeuge an die finanzierende Bank zur Sicherheit übereignet wurden.
- 4            Ab 2008 sanken Umsatz und Gewinn des Unternehmens drastisch, so dass es zu einem Liquiditätsengpass kam. Darüber hinaus drohten erhebliche Umsatzsteuernachforderungen der Finanzverwaltung. In der zweiten Jahreshälfte 2008 wurden zudem immer mehr Abschlagszahlungen im Rahmen der geschlossenen Finanzierungsverträge fällig. Der bestehende Kontokorrentkredit bei der F.    bank in Höhe von 50.000,- Euro war bereits überzogen und sollte auf Aufforderung der Bank zurückgeführt werden. In dieser Situation fassten der Angeklagte und der gesondert Verfolgte C.    den Entschluss, die einkaufsfinanzierende Bank mit Hilfe gefälschter Kaufverträge über den Wert der zu erwerbenden, später sicherungsübereigneten Fahrzeuge zu täuschen und so an überhöhte Darlehenssummen zu gelangen. Teilweise beantragten sie auch Finanzierungen für Kfz, die sie bereits zuvor entweder ohne Kfz-Brief (bzw. ohne die seit Oktober 2005 ausgegebene EU Zulassungsbescheinigung Typ II) oder aber unter Vorlage eines Ersatz-Kfz-Briefs, den sie sich mit Hilfe eines Mitarbeiters der Zulassungsbehörde verschafften, weiterverkauft hatten. Einen weiteren Teil der sicherungsübereigneten Kfz veräußerten sie in der Folgezeit, teilweise auch mit Hilfe von Ersatz-Kfz-Briefen, ohne Kenntnis der finan-

zierenden Bank. Die durch Täuschung abgeschlossenen Finanzierungen konnten in der Folge sämtlich nicht bedient werden. Im September 2010 wurde über das Vermögen des gesondert Verfolgten C. das Insolvenzverfahren eröffnet.

5            2. Die Fälle, in denen die finanzierende Bank mit Hilfe "gefälschter Kaufverträge" über das Vorhandensein bzw. den Wert der anschließend sicherungsübereigneten Fahrzeuge getäuscht wurde und auf Grund dessen der Firma T. ein Darlehen gewährte (Fälle 1, 4, 7, 9, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 19, 21, 23, 24, 25, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 36, 37, 38, 39, 41 und 43), wertete die Strafkammer rechtlich jeweils als Betrug in Tateinheit mit Urkundenfälschung. Ferner hat es den Angeklagten in zwei Fällen der Darlehensfinanzierung, in denen kein gefälschter Kaufvertrag vorgelegt wurde (Fälle 10 und 35), sowie in zwei Fällen, in denen Leasingfahrzeuge an Dritte verkauft wurden (Fälle 48 und 49), jeweils wegen Betruges verurteilt. Schließlich hat die Strafkammer den Weiterkauf von sicherungsübereigneten Kfz (Fälle 2, 3, 5, 6, 8, 15, 18, 20, 22, 26, 29, 34, 40, 42, 44, 45, 46 und 47) in 18 Fällen als veruntreuende Unterschlagung (§ 246 Abs. 2 StGB) gewertet.

## II.

6            Die Revision des Angeklagten ist in allen Fällen mit der Sachrüge begründet.

7            1. In den Fällen 1, 4, 7, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 16, 17, 19, 21, 23, 24, 25, 27, 28, 30, 31, 32, 33, 35, 36, 37, 38, 39, 41 und 43 der Urteilsgründe sind die Feststellungen hinsichtlich des entstandenen Vermögensschadens unzureichend und tragen eine Verurteilung wegen Betruges nicht.

8 a) Ein Vermögensschaden i.S.d. § 263 Abs. 1 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts seines Vermögens führt (Prinzip der Gesamtsaldierung). Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und nach der Verfügung. Ob die Hingabe eines Darlehens einen Vermögensschaden bewirkt, ist daher durch einen für den Zeitpunkt der Darlehenshingabe anzustellenden Wertvergleich mit dem Rückzahlungsanspruch des Darlehensgläubigers zu ermitteln. Die Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs wird dabei durch die Bonität des Schuldners und den Wert der bestellten Sicherheiten bestimmt. Ein Schaden entsteht daher nur, wenn die vorgepiegelte Rückzahlungsmöglichkeit nicht besteht und auch gegebene Sicherheiten wertlos oder minderwertig sind. Auch bei einer eingeschränkten oder fehlenden finanziellen Leistungsfähigkeit des Schuldners entsteht demnach kein Schaden, wenn und soweit der getäuschte Gläubiger über werthaltige Sicherheiten verfügt, die sein Ausfallrisiko abdecken und - ohne dass der Schuldner dies vereiteln kann - mit unerheblichem zeitlichen und finanziellen Aufwand realisierbar sind (vgl. insgesamt Senat, Beschluss vom 29. Januar 2013 - 2 StR 422/12 juris Rn 15 mwN). Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts muss der Vermögensschaden, von einfach gelagerten und eindeutigen Fällen - etwa bei einem ohne weiteres greifbaren Mindestschaden - abgesehen, der Höhe nach beziffert und dies in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen dargelegt werden (vgl. BVerfGE 130, 1, 47 mwN).

9 b) Diesen Maßstäben wird das angefochtene Urteil nicht gerecht, da Feststellungen zu Art und Höhe des eingetretenen Schadens fehlen. Entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts kann auch dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe nicht entnommen werden, dass das Landgericht die Differenz zwischen der Höhe der Einkaufsfinanzierung und der Höhe des tatsächlich von

dem Angeklagten und dem gesondert Verfolgten C. gezahlten Einkaufspreises als Betrugsschaden angesetzt hat. Dies wäre zwar unter den (nach den Feststellungen naheliegenden) Prämissen, dass die Bonität der Firma T. mit Null anzusetzen ist und der tatsächliche Einkaufspreis der sicherungsübergebenen Fahrzeuge jedenfalls im Regelfall ihren Wert als Sicherheit realistisch widerspiegelt, der rechtlich zutreffende Ausgangspunkt.

10 Indes belegen die getroffenen Feststellungen in mehreren Fällen gleichwohl nicht den Eintritt eines Vermögensschadens, da entweder schon der Einkaufspreis nicht festgestellt ist (Fälle 12, 28, 43) oder aber der Einkaufspreis (und damit der Wert der Sicherheit) die Höhe des Darlehens übersteigt (Fälle 19, 25, 33). Weiter beträgt im Fall 14 die Differenz zwischen dem Einkaufspreis des Fahrzeugs (3.100,- Euro) und der Darlehenshöhe (3.280,- Euro) gerade einmal 180,- Euro; eine Täuschung über die Werthaltigkeit der Sicherheit liegt bei dieser geringen Differenz nicht ohne weiteres auf der Hand. Im Fall 9 wird überdies die Höhe des gewährten Darlehens nicht festgestellt und im Fall 41 bleibt offen, ob das beantragte Darlehen überhaupt ausgezahlt wurde. Die Fassung der Urteilsgründe lässt von daher besorgen, dass das Landgericht - möglicherweise auf Grund der getroffenen Absprache - die Frage des Vermögensschadens insgesamt und damit auch hinsichtlich der Feststellungen zu den weiteren Fällen aus dem Blick verloren hat. Dafür spricht auch, dass das Landgericht für jede der Taten unterschiedslos eine Einzelfreiheitsstrafe von sieben Monaten verhängt hat, obwohl sich nach der dargestellten Berechnungsweise kein Schaden bzw. Schadenshöhen zwischen 180,- Euro und 40.000,- Euro ergeben würden. Die insgesamt lückenhaften Feststellungen entziehen daher auch in den übrigen Fällen nicht nur dem Strafausspruch, sondern bereits dem Schuldspruch die Grundlage.

- 11 c) Bei dieser Sachlage hebt der Senat den Schuldspruch in allen genannten Fällen mit den zugehörigen Feststellungen auf, um dem neuen Tatrichter Gelegenheit zu geben, die Frage des Vermögensschadens ohne Bindung an bisherige Feststellungen entscheiden zu können (vgl. Senat, Urteil vom 3. März 2000 - 2 StR 388/99, BGHR StPO, § 353 Aufhebung 2; BGH, Beschluss vom 20. Juni 1996 - 4 StR 680/95, StV 1996, 584, 585; Kuckein in KK, StPO, 6. Aufl., § 353 Rn. 13).
- 12 d) Die Aufhebung der Schuldsprüche wegen Betruges führt auch zur Urteilsaufhebung, soweit der Angeklagte tateinheitlich wegen Urkundenfälschung verurteilt wurde (vgl. nur BGH, Beschluss vom 13. September 2011 - 3 StR 231/11, NJW 2012, 323, 328 mwN, insoweit in BGHSt 57, 14 nicht abgedruckt), wobei aber auch insoweit durchgreifende rechtliche Bedenken bestehen.
- 13 aa) Eine Urkunde ist unecht, wenn sie nicht von demjenigen stammt, der aus ihr als Aussteller hervorgeht, wenn also der Anschein erweckt wird, ihr Aussteller sei eine andere Person als diejenige, von der sie herrührt. Entscheidend ist dabei die Täuschung über die Identität des Ausstellers, nicht über seinen Namen (std. Rspr.; vgl. nur Senat, Urteil vom 29. Juni 1994 - 2 StR 160/94, BGHSt 40, 203, 204 mwN). Ein unwahrer Inhalt berührt dagegen die Echtheit der Urkunde nicht; sog. schriftliche Lügen werden von § 267 Abs. 1 StGB nicht erfasst (std. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 24. Januar 2013 - 3 StR 398/12, Rn. 7 juris; Fischer, StGB, 60. Aufl., § 267 Rn. 29 mwN).
- 14 bb) Diese tatbestandlichen Voraussetzungen einer Urkundenfälschung nach § 267 Abs. 1 StGB sind durch die Feststellungen nicht belegt. Die Strafkammer hat insoweit nur festgestellt, dass die finanzierenden Banken "mittels gefälschter Kaufverträge über die Werthaltigkeit der sicherungsübereigneten Kraftfahrzeuge" getäuscht wurden. Nähere Einzelheiten werden nicht mitgeteilt;

den Feststellungen zu Fall 21 lässt sich nicht einmal die Verwendung eines gefälschten Kaufvertrages entnehmen. Im Rahmen der Wiedergabe des Geständnisses des Angeklagten wird zwar mitgeteilt, dass der gesondert Verfolgte C. für die Unterschrift auf Verkäuferseite auf den von dem Angeklagten vorbereiteten Kaufverträgen gesorgt habe. C. habe dabei "öfters" ausländische Geschäftspartner, die gerade vor Ort gewesen seien, gebeten, die Verträge zu unterzeichnen (UA S. 22). Aber auch dies belegt nicht hinreichend, dass insoweit über die Identität des Ausstellers getäuscht wurde, etwa indem die ausländischen Geschäftspartner mit dem Namen der ursprünglichen Verkäufer unterschrieben, so dass der Kaufvertrag den Eindruck erweckte, von diesen zu stammen, zumal unklar bleibt, auf welche konkreten Fälle sich diese Ausführungen beziehen. Dies gilt umso mehr, als in den Fällen 30, 37 und 41 der Name des tatsächlichen Verkäufers jeweils ein anderer ist als der Name, der sich aus dem der Bank vorgelegten Kaufvertrag ergibt. Nach alledem kann der Senat nicht ausschließen, dass in allen Fällen nur eine schriftliche Lüge vorlag.

15            2. Die zu den Fällen 48 und 49 der Urteilsgründe getroffenen Feststellungen tragen ebenfalls nicht den Schuldspruch wegen Betruges.

16            a) Im Fall 48 hat die Strafkammer nicht erkennbar die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs des Kraftfahrzeugs durch die Geschädigte bedacht. Nach den insoweit getroffenen Feststellungen verkaufte und übergab der Angeklagte 2009 an die Geschädigte einen BMW X6 für insgesamt 61.000,- Euro, wobei er verschwieg, dass es sich dabei um ein auf seine Mutter zugelassenes Leasingfahrzeug handelte. Zur Frage, ob die Geschädigte Eigentum an dem Fahrzeug erlangt hat (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 8. Juni 2011 - 3 StR 115/11, NStZ 2013, 37 f.), verhält sich das Urteil nicht. Feststellungen zur Schadenshöhe hat das Landgericht nicht getroffen. Der Senat kann angesichts der lückenhaften Feststellungen jedenfalls nicht ausschließen, dass kein Vermögensschaden



eingetreten ist. Der Schuldspruch kann auch nicht deswegen bestehen bleiben, weil bei der Käuferin im Falle eines gutgläubigen Eigentümererwerbs jedenfalls wegen eines bestehenden zivilrechtlichen Prozessrisikos ein Vermögensschaden eingetreten wäre. Denn ein solches Prozessrisiko scheidet nach den Maßgaben der neueren verfassungsrechtlichen Rechtsprechung als Grundlage eines Vermögensschadens aus (vgl. BGH aaO). Der Senat hebt daher den Schuldspruch mit den zugehörigen Feststellungen auf.

17            b) Nach den Feststellungen zu Fall 49 veräußerten der Angeklagten und der gesondert verfolgte C. an den Geschädigten S. für 28.600,- Euro ein geleastes Audi A8. Der Geschädigte zahlte den Kaufpreis. Entgegen der Vereinbarung mit ihm lösten der Angeklagte und der gesondert verfolgte C. jedoch die noch offene Restleasingzahlung nicht ab, sondern verwendeten das Geld, wie von vornherein beabsichtigt, für eigene Zwecke. Nach etwa zwei Monaten erstattete der Geschädigte Strafanzeige, woraufhin das Fahrzeug doch noch abgelöst und ihm mit Kfz-Brief "übergeben" wurde. Feststellungen zur Schadenshöhe hat das Landgericht auch hier nicht getroffen.

18            Soweit das Landgericht zum Ausdruck bringen wollte, dass der Angeklagte und der gesondert Verfolgte C. den Geschädigten über ihre Bereitschaft, die noch offene Restleasingzahlung abzulösen und Eigentum an dem Fahrzeug zu übertragen, täuschten, läge zwar ein Eingehungsbetrug nahe. Bei diesem würde sich der Schaden mit der Erbringung der versprochenen Leistung des Tatopfers nach der Differenz zwischen deren wirtschaftlichem Wert und dem Wert der Gegenleistung bemessen, die hier auf Grund fehlender Leistungswilligkeit als wirtschaftlich völlig wertlos anzusehen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 7. Dezember 2010 - 3 StR 433/10, StV 2011, 726, 727 mwN). In- des kann angesichts der rudimentären Feststellungen auch hier nicht überprüft werden, von welchen rechtlichen Maßstäben das Landgericht insoweit ausge-

gangen ist. Der Senat hebt daher aus den oben unter II.1. geschilderten Erwägungen den Schuldspruch mit den zugehörigen Feststellungen auf, um dem neuen Tatrichter die Möglichkeit zu umfassender eigener und widerspruchsfreier Sachverhaltsfeststellung zu geben.

19           3. Schließlich hält auch der Schuldspruch wegen veruntreuender Unterschlagung in den Fällen 2, 3, 5, 6, 8, 15, 18, 20, 22, 26, 29, 34, 40, 42, 44, 45, 46 und 47 rechtlicher Überprüfung nicht stand, da die Feststellungen ein "Anvertrautsein" im Sinne des § 246 Abs. 2 StGB nicht hinreichend belegen.

20           a) Anvertraut sind Sachen, deren Besitz oder Gewahrsam dem Täter in dem Vertrauen eingeräumt worden ist, er werde die Gewalt über sie nur im Sinne des Einräumenden ausüben. Hierfür genügt es, dass er Besitz oder Gewahrsam an einer Sache kraft eines Rechtsgeschäfts mit der Verpflichtung erlangt hat, sie zurückzugeben oder zu einem bestimmten Zweck zu verwenden (vgl. schon BGH, Urteil vom 17. Oktober 1961 - 1 StR 382/61, BGHSt 16, 280, 282 mwN). Hierbei handelt es sich um ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB, das nur bei demjenigen Täter oder Teilnehmer zur Strafschärfung führt, bei dem es vorliegt (vgl. BGH, Beschluss vom 27. September 1994 - 1 StR 526/94, StV 1995, 84). Vertragspartner der Bank war nach den Feststellungen die Einzelfirma T. des gesondert Verfolgten C. , für die der Angeklagte nur in Generalvollmacht handelte. Dass dem Angeklagten selbst die Fahrzeuge anvertraut worden waren, versteht sich bei dieser Sachlage nicht von selbst und bedarf jedenfalls näherer Erörterungen.

21           b) Die Sache bedarf auch insoweit neuer Verhandlung und Entscheidung. Der Senat kann nicht ausschließen, dass in einer neuen Hauptverhandlung noch Feststellungen getroffen werden können, die eine Verurteilung wegen veruntreuender Unterschlagung oder auch wegen Betruges zum Nachteil der

jeweiligen Käufer rechtfertigen mit der Folge, dass möglicherweise die Subsidiaritätsklausel des § 246 Abs. 1 StGB eingreifen würde. Die in der Anklageschrift - deren Inhalt vom Revisionsgericht von Amts wegen zur Kenntnis zu nehmen ist - mitgeteilte Beschränkung der Strafverfolgung auf die anklagegegenständlichen Taten und Gesetzesverletzungen durch die Staatsanwaltschaft ist in dieser pauschalen Form und ohne nähere Darlegung von Inhalt und Umfang nicht geeignet, die umfassende Kognitionspflicht des Gerichts - zumal auf formell subsidiäre Tatbestände - zu beschränken (vgl. BGH, Urteil vom 24. März 1993 - 3 StR 485/92, BGHR StPO, § 154a Beschränkung 2; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 56. Aufl., § 154a Rn. 7).

22            4. Abschließend weist der Senat darauf hin, dass es eines Mindestmaßes an Sorgfalt bei der Abfassung der Urteilsgründe auch dann bedarf, wenn das Urteil auf einer in der Hauptverhandlung getroffenen Absprache beruht (Senat, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 StR 222/10, NStZ-RR 2010, 336).

Becker

Fischer

Appl

Eschelbach

Ott