



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

1 StR 444/19

vom
23. Oktober 2019
in der Strafsache
gegen

wegen Betruges u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts – zu 1.b) und 2. auf dessen Antrag – am 23. Oktober 2019 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts München I vom 17. April 2019 mit den jeweils zugehörigen Feststellungen aufgehoben
 - a) hinsichtlich der in den Fällen A.II.2.a. bis e. der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafen und der Gesamtstrafe;
 - b) im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen.
2. Die weitergehende Revision wird 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.

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betruges in acht Fällen und wegen sexueller Belästigung zu der Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten verurteilt. Zudem hat es die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 28.080 € gegen den Angeklagten angeordnet.

2 Die gegen das Urteil gerichtete, auf die Rüge der Verletzung materiellen
Rechts gestützte Revision des Angeklagten hat in dem aus der Beschlussfor-
mel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne von
§ 349 Abs. 2 StPO.

I.

3 Das Landgericht hat in den Fällen A.II.1.a. und b. und A.II.2.a. bis e. der
Urteilsgründe folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

4 Der Angeklagte entschloss sich vor dem 26. Januar 2018 dazu, durch
Aufbau einer Scheinkulisse den Anschein zu erwecken, dass eine – tatsächlich
nicht existente – Familie A. einen Nachtclub in M. errichten und ihn als
Leiter des Chauffeurdienstes sowie seine Lebensgefährtin, die rechtskräftig
vom Vorwurf des Betruges freigesprochene Mitangeklagte F. , als Geschäfts-
führerin dieses Nachtclubs einsetzen wolle. Sein Handeln diene dabei zum ei-
nen dem Zweck, seiner gesundheitlich beeinträchtigten Lebensgefährtin eine
berufliche Aufgabe – die Geschäftsführung des vermeintlichen Nachtclubs – zu
geben, und zum anderen dem Ziel, selbst in Kontakt zu jungen Frauen zu
kommen, um diese unter dem Deckmantel eines mit dem vermeintlichen
Nachtclub eingegangenen Vertragsverhältnisses dazu zu veranlassen, in seiner
Wohnung leichtbekleidet Dienstleistungen zu erbringen beziehungsweise sich
zur Herstellung von erotischen und pornographischen Aufnahmen zur Verfü-
gung zu stellen. Zur Schaffung der Scheinkulisse richtete der Angeklagte einen
E-Mail-Account unter dem Namen „J. A. “ ein und versandte hierüber
unter dem genannten
Pseudonym oder der Scheinidentität „Al. A. “ zahlreiche E-Mails an seine
Lebensgefährtin, die Weisungen zu angeblich zur Errichtung des Nachtclubs
erforderlichen Maßnahmen enthielten. Entsprechend den Weisungen in den

von ihm versandten E-Mails akquirierte F. im Glauben an die vom Angeklagten errichtete Scheinkulisse – ebenso wie der Angeklagte selbst – verschiedene Frauen für eine Tätigkeit in dem angeblich neu zu errichtenden Nachtclub, wobei der Angeklagte von vornherein nicht beabsichtigte, die vereinbarten – von ihm mangels entsprechender finanzieller Mittel ohnehin nicht aufzubringenden – Entgelte zu bezahlen. Im Einzelnen:

- 5 1. Aufgrund der vom Angeklagten unter dem Pseudonym „J. A.“ erteilten Weisungen schloss F. einen auf den 19. Februar bzw. 1. März 2018 datierten Arbeitsvertrag für den vermeintlichen „Nachtclub“ mit der Geschädigten D. über die Erbringung von Leistungen in Form von „Bar- und Thekentätigkeit, Putztätigkeiten, Terminierungen u.s.w.“ gegen ein monatliches Nettogehalt von 2.450 € in der Probezeit. Auf Aufforderung von F., die insoweit den vom Angeklagten per E-Mail erteilten Weisungen entsprach, erbrachte die Geschädigte D. im März 2018 in Vorbereitung auf die für April 2018 angekündigte Eröffnung des Nachtclubs im Vertrauen auf die Zahlungsfähigkeit und -willigkeit der vermeintlichen Vertragspartnerin Leistungen der vereinbarten Art in der Wohnung des Angeklagten und seiner Lebensgefährtin F., ohne dass sie das versprochene Entgelt erhielt (Fall A.II.1.a. der Urteilsgründe).
- 6 2. Gemäß den vom Angeklagten unter dem Namen „J. A.“ per E-Mail erteilten Weisungen schloss F. im März 2018 einen weiteren Arbeitsvertrag für den vermeintlichen „Nachtclub“ mit der Geschädigten von H., die hiernach gegen ein monatliches Nettoentgelt von 3.400 € in der Probezeit die Aufgaben der ersten Bardame sowie Bar- und Thekentätigkeiten, Putztätigkeiten und Terminierungen übernehmen sollte. Auch die Zeugin von H. wurde von F., die insoweit wiederum den per E-Mail unter dem Pseudonym vom Angeklagten erteilten Weisungen folgte, im Zeitraum vom 15. März bis 6. April

2018 zur Erbringung von Tätigkeiten wie der Erstellung von Dienst- und Partyplänen, der Teilnahme an Vorstellungsgesprächen, dem Testen von Getränken sowie zum Tanzen und Strippen in der gemeinsamen Wohnung veranlasst. Das vereinbarte Entgelt in Höhe von (umgelegt auf die erbrachten Arbeitstage) 2.530 € wurde auch der Geschädigten von H. vorgefasster Absicht des Angeklagten entsprechend nicht ausgezahlt (Fall A.II.1.b. der Urteilsgründe).

7 3. Weiter schloss der Angeklagte mit der Geschädigten D. zwischen dem 19. Februar und dem 7. März 2018 einen Vertrag, durch den sich die Geschädigte verpflichtete, sich für ein Entgelt von 700 € für die Anfertigung erotischer Dessous-Bilder zur Verfügung zu stellen. Der Angeklagte gab dabei wahrheitswidrig vor, die Bilder seien von der (zahlungsfähigen und -willigen) Familie A. in Auftrag gegeben und sollten als Werbung für den neuen Nachtclub eingesetzt werden. Im Vertrauen auf die Angaben des Angeklagten erbrachte die Geschädigte die vereinbarte Leistung, ohne die versprochene Zahlung zu erhalten (Fall A.II.2.a. der Urteilsgründe).

8 4. Mit auf den 7. März 2018 datiertem Vertrag versprach der Angeklagte der Geschädigten D. eine Vergütung von 3.500 € für die Fertigung von erotischen Lichtbildern beim vaginalem Geschlechtsverkehr, wobei er wiederum wahrheitswidrig vorgab, dass die Bilder für die (fiktive) Familie A. gefertigt würden, deren Fähigkeit und Bereitschaft bestehe, das vereinbarte Entgelt zu bezahlen. Im Vertrauen auf die Behauptungen des Angeklagten vollzog die Zeugin D. mit dem Angeklagten in der Folge zunächst Oralverkehr und dann ungeschützten vaginalen Geschlechtsverkehr bis zum Samenerguss des Angeklagten, wobei dieser Lichtbilder fertigte. Die versprochene Bezahlung blieb auch hier aus (Fall A.II.2.b. der Urteilsgründe).

9

5. Am 15. oder 16. März 2018 versprach der Angeklagte der Geschädigten D. mittels einer E-Mail unter dem Namen „J. A.“, dass diese 10.000 € für pornographische Bilder beim Analverkehr erhalten solle, und spiegelte dabei wiederum vor, bei dem Auftraggeber handele es sich um die (fiktive) Familie A., die bereit und in der Lage sei, das vereinbarte Entgelt zu zahlen. Im Vertrauen auf die Angaben des Angeklagten vollzog die Geschädigte D.

am 22. März 2018 ungeschützten vaginalen und analen Geschlechtsverkehr mit dem Angeklagten bis zu dessen Samenerguss und ließ hierbei die Anfertigung von Lichtbildern durch ihn zu. Das vereinbarte Entgelt erhielt die Geschädigte wiederum nicht (Fall A.II.2.c. der Urteilsgründe).

10 6. Am 19. März 2018 kontaktierte der Angeklagte die Geschädigte C. über WhatsApp und unterbreitete ihr das Angebot, dass ihr 2.400 € für die Fertigung von 14 pornographischen Bildern beim Geschlechtsverkehr gezahlt würden, wobei er auch hier vorgab, dass die Lichtbilder im Auftrag der (zahlungsfähigen und -willigen) Familie A. für den „Nachtclub“ gefertigt würden. Die Zeugin C. willigte im Vertrauen auf die Behauptungen des Angeklagten ein und vollzog mit ihm am 22. und am 26. März 2018 jeweils einvernehmlich ungeschützten vaginalen Geschlechtsverkehr bis zum Samenerguss des Angeklagten, wobei dieser Lichtbilder anfertigte. Das vereinbarte Entgelt wurde wiederum nicht bezahlt (zwei Taten unter Fall A.II.2.d. der Urteilsgründe).

11 7. Schließlich kontaktierte der Angeklagte am 28. März 2018 die Geschädigte Y. über WhatsApp und unterbreitete ihr das Angebot, ein Entgelt für Lichtbilder beim analen Geschlechtsverkehr mit ihm zu zahlen. Die Zeugin lehnte das Angebot ab, willigte aber im Vertrauen auf die vom Angeklagten vorgegaukelte Zahlungsfähigkeit und -willigkeit in die Anfertigung von pornographischen Bildern beim vaginalen Geschlechtsverkehr mit diesem gegen ein Entgelt

von 4.100 € ein. Am Folgetag vollzog die Geschädigte Y. im Vertrauen auf die Angaben des Angeklagten mit diesem den ungeschützten vaginalen Geschlechtsverkehr bis zu dessen Samenerguss und ließ dabei die Aufnahme von Lichtbildern zu. Auch hier blieb die Zahlung des vereinbarten Entgelts aus (Fall A.II.2.e. der Urteilsgründe).

12 Den durch das Verhalten des Angeklagten in den Fällen A.II.1.a. und b. sowie 2.a. bis e. der Urteilsgründe verursachten und der Strafzumessung zugrunde gelegten Schaden der Geschädigten D., von H., C. und Y. hat das Landgericht jeweils in dem Betrag der versprochenen, aber nicht geleisteten Vergütung gesehen. In Höhe dieser Beträge hat es auch die Einziehung des Wertes von Taterträgen gegen den Angeklagten angeordnet.

II.

13 Der Ausspruch über die in den Fällen A.II.2.a. bis e. der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafen und über die Gesamtstrafe sowie die Anordnung der Einziehung des Wertes von Taterträgen unterliegen der Aufhebung. Im Übrigen hat die revisionsgerichtliche Nachprüfung keinen den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler ergeben.

14 1. Die Bemessung der Einzelstrafen in den Fällen A.II.2.a. bis e. der Urteilsgründe erweist sich als rechtsfehlerhaft, weil das Landgericht bei der Bestimmung der vom Angeklagten verursachten Schäden einen unrichtigen Maßstab angelegt hat und daher nicht ausgeschlossen werden kann, dass es zu seinen Lasten von einem unzutreffenden Schuldumfang ausgegangen ist.

15 a) Ein Schaden im Sinne von § 263 StGB tritt ein, wenn eine Vermögensverfügung – hier die Erbringung von Dienstleistungen durch die Geschädigten (vgl. BGH, Urteil vom 2. Februar 2016 – 1 StR 435/15, BGHSt 61, 149

Rn. 23; vgl. auch Dannecker, NStZ 2016, 318, 323 mwN) – unmittelbar zu einer nicht durch gleichzeitigen Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts des Vermögens des Verfügenden führt. Maßgeblich ist dabei der Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also der Vergleich der Vermögenslage unmittelbar vor und nach der Verfügung (Prinzip der Gesamtsaldierung, st. Rspr.; vgl. BGH, Beschlüsse vom 25. Juli 2018 – 2 StR 353/16 Rn. 12; vom 18. Februar 2009 – 1 StR 731/08, BGHSt 53, 199 Rn. 10 ff. und vom 14. April 2011 – 2 StR 616/10 Rn. 12; Raum, Festschrift für Fischer, 479, 484 f.; Dannecker, NStZ 2016, 318, 319).

16 aa) War – wie hier – die verfügende Person zunächst durch Täuschung zum Abschluss eines Vertrages verleitet worden und erbringt diese später die versprochene Leistung, so bemisst sich die Höhe des Vermögensschadens nach deren vollem wirtschaftlichen Wert, wenn die versprochene Gegenleistung ausbleibt (BGH, Urteil vom 2. Februar 2016 – 1 StR 435/15, BGHSt 61, 149 Rn. 28).

17 Bei Austauschverträgen kommt insoweit der von den Parteien mit ihrer Leistungsvereinbarung zum Ausdruck gebrachten Wertvorstellung hohes Gewicht bei der Bestimmung der Höhe des Vermögensverlustes des Verfügenden zu, wenn er die Gegenleistung für die von ihm täuschungsbedingt erbrachte Leistung nicht oder nicht vollständig erhalten hat. Das Tatgericht ist deshalb grundsätzlich nicht gehalten, den wirtschaftlichen Wert einer Dienstleistung oder einer Sache durch Sachverständigengutachten zu bestimmen, wenn hierüber eine Einigung zwischen den Vertragsparteien erfolgt ist (sog. intersubjektive Wertsetzung; vgl. BGH, Urteil vom 20. März 2013 – 5 StR 344/12, BGHSt 58, 205 Rn. 19). Dies gilt im besonderen Maße in den Fällen, in denen eine Leistung erschlichen wird, für die ein funktionierender Markt besteht (BGH, Urteile vom 2. Februar 2016 – 1 StR 435/15, BGHSt 61, 149 Rn. 31 ff. und vom

20. März 2013 – 5 StR 344/12, BGHSt 58, 205 Rn. 19; siehe allerdings auch BGH, Beschluss vom 2. September 2015 – 5 StR 186/15 Rn. 7 mwN). Denn bei Bestehen eines funktionierenden Marktes für die täuschungsbedingt versprochene und erbrachte Leistung ist regelmäßig davon auszugehen, dass das von den Vertragsparteien privatautonom bestimmte Entgelt und die hierin liegende „intersubjektive Wertsetzung“ der Parteien dem objektiven wirtschaftlichen Verkehrs- oder Marktwert der vertragsprägenden Leistung in etwa entspricht, so dass sich der anhand der individuellen Wertbestimmung der Parteien ermittelte Betrag und der unabhängig von der konkreten Preisvereinbarung der Parteien ermittelte objektive Marktwert der Leistung typischerweise als äquivalent erweisen (BGH, Urteile vom 2. Februar 2016 – 1 StR 435/15, BGHSt 61, 149 Rn. 33 und vom 20. März 2013 – 5 StR 344/12, BGHSt 58, 205 Rn. 19).

- 18 bb) Bestehen allerdings Anhaltspunkte dafür, dass der von den Vertragsparteien vereinbarte Preis nicht den objektiven wirtschaftlichen Wert der vertragsprägenden Leistung abbildet, kann die subjektive Wertsetzung nicht ohne Weiteres Grundlage der Bestimmung des Wertes der erschlichenen Leistung und damit des Vermögensschadens sein (vgl. hierzu Dannecker, NStZ 2016, 318, 327; Raum, Festschrift für Fischer, 479, 487; vgl. auch BGH, Beschluss vom 2. September 2015 – 5 StR 186/15 Rn. 6 f. mwN). Eine an dem vereinbarten Preis orientierte Bestimmung der Höhe des Vermögensschadens kommt insbesondere dann nicht in Betracht, wenn ein – gemessen an dem von der Parteivereinbarung unabhängigen Marktwert – auffälliges Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung vorliegt (siehe bereits BGH, Urteil vom 2. Februar 2016 – 1 StR 435/15, BGHSt 61, 149 Rn. 33; Beschluss vom 18. Juli 1961 – 1 StR 606/60, BGHSt 16, 220, 224; in der Sache auch BGH, Urteil vom 20. März 2013 – 5 StR 344/12, BGHSt 58, 205 Rn. 19 am Ende).

cc) In Fällen, in denen der Täter über seine – tatsächlich nicht bestehende – Zahlungsfähigkeit oder -willigkeit täuscht, er also von vornherein nicht bereit ist, die vereinbarte Gegenleistung zu erbringen, ist zudem zu beachten, dass dem nicht ernst gemeinten Zahlungsverprechen nicht immer eine Aussagekraft darüber zukommt, dass die Höhe des vereinbarten Entgelts dem objektiven Marktwert der Leistung entspricht. Dies liegt dann nahe, wenn aus den Umständen erkennbar wird, dass der Täter um der Gegenleistung willen letztlich jeden Preis bietet, weil er diesen Preis nicht zahlen kann oder wird (vgl. BGH, Beschluss vom 19. August 2015 – 1 StR 334/15 Rn. 5; Raum, Festschrift für Fischer, 479, 486 f.; Albrecht, NStZ 2014, 17, 19; vgl. auch Dannecker, NStZ 2016, 318, 320).

20

b) Diesen Maßgaben hat das Landgericht bei der Bestimmung der durch die Betrugshandlungen des Angeklagten in den Fällen A.II.2.a. bis e. der Urteilsgründe verursachten Schäden nicht Rechnung getragen. Es hat vielmehr ohne hinreichende Auseinandersetzung mit dem wirtschaftlichen Schadensbegriff und den Grenzen der intersubjektiven Wertsetzung unkritisch den Betrag der jeweils vereinbarten Vergütung als Betrugsschaden angesehen und ist auf die Frage des Wertes der von den Geschädigten jeweils erbrachten Leistung und das jeweilige Verhältnis von vereinbarter Leistung und Gegenleistung nicht eingegangen. Hierzu hätte in den Fällen A.II.2.a. bis e. der Urteilsgründe – anders als in den Fällen A.II.1.a. und b., in denen sich die versprochene Vergütung im Blick auf die zu erbringende Gegenleistung im Rahmen des Unauffälligen hielt – ersichtlich Anlass bestanden, weil der Angeklagte für die hier von den Geschädigten vereinbarungsgemäß erbrachten Leistungen – auch an der in den Fällen A.II.1.a. und b. als Monatsgehalt vereinbarten Vergütung und dem mit den jeweiligen Tätigkeiten verbundenen Aufwand und Einsatz der Geschädigten gemessen – auffällig hohe Beträge als Vergütung versprochen hatte, aufgrund deren sich die Frage aufdrängt, ob die vereinbarten Entgelte tatsäch-

lich den objektiven wirtschaftlichen Wert der von den Geschädigten hierfür jeweils versprochenen und erbrachten Leistung in etwa abbilden. Zugleich liegt nahe, dass der Angeklagte die Zahlungsverprechen für sexuelle Dienstleistungen in der sicheren Erwartung abgegeben hat, diese Versprechen schon wegen seiner Zahlungsunfähigkeit nicht zu erfüllen. Deshalb hätte sich die Strafkammer mit den üblicherweise für vergleichbare Leistungen gezahlten Vergütungen als Maßstab für den Wert der von den Geschädigten erbrachten Leistungen auseinandersetzen müssen.

21 c) Die Schuldsprüche sind von dem Rechtsfehler nicht berührt und haben daher Bestand. Insbesondere kann ausgeschlossen werden, dass die von den Geschädigten im Vertrauen auf die Zahlungsfähigkeit und -willigkeit des jeweiligen (vermeintlichen) Vertragspartners erbrachten Leistungen ohne jeden wirtschaftlichen Wert waren und damit keinerlei Schaden durch die einzelnen Betrugshandlungen des Angeklagten entstanden ist.

22 d) Die Aufhebung der in den Fällen A.II.2.a. bis e. der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafen zieht den Wegfall der Gesamtfreiheitsstrafe nach sich.

23 Die Feststellungen zur jeweiligen konkreten Schadenshöhe sind von dem zur Aufhebung führenden Rechtsfehler betroffen und unterliegen daher ebenfalls der Aufhebung (§ 353 Abs. 2 StPO). Das neue Tatgericht wird zur Höhe der Betrugsschäden in den Fällen A.II.2.a. bis e. der Urteilsgründe neue Feststellungen zu treffen haben. Eine Schätzung des Schadens, für die es ausreichender Anknüpfungstatsachen bedarf, kommt dabei nach allgemeinen Grundsätzen erst in Betracht, wenn die genaue Feststellung der jeweiligen Schadenshöhe durch die Beweisaufnahme (gegebenenfalls Vernehmung der Geschädigten als Zeuginnen zu ihren üblichen „Tarifen“ für vergleichbare Leistungen, Einholung eines Sachverständigengutachtens) nicht erfolgen kann

(BGH, Beschlüsse vom 25. Juli 2018 – 2 StR 353/16 Rn. 12; vom 23. Februar 1982 – 5 StR 685/81 Rn. 4, BGHSt 30, 388, 390; vom 18. Februar 2009 – 1 StR 731/08, BGHSt 53, 199 Rn. 14 und vom 14. April 2011 – 2 StR 616/10 Rn. 12).

24 2. Auch die Einziehungsentscheidung hat keinen Bestand. Insoweit verschließt sich der Senat dem Antrag des Generalbundesanwalts nicht und hebt die Einziehungsentscheidung umfassend auf, damit das neue Tatgericht das vom Angeklagten Erlangte neu bestimmen kann.

Raum		Cirener		Bär
	Leplow		Pernice	

Vorinstanz:

München I, LG, 17.04.2019 - 467 Js 135092/18 10 KLS