



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

3 StR 323/19

vom  
26. November 2019  
in der Strafsache  
gegen

wegen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts - zu 2. auf dessen Antrag - am 26. November 2019 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 354 Abs. 1 analog StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 17. Januar 2019, soweit es ihn betrifft,
  - a) im Schuldspruch dahin geändert, dass er der Beihilfe zum gewerbsmäßigen Bandenbetrug schuldig ist,
  - b) im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

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.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt und deren Vollstre-

ckung zur Bewährung ausgesetzt. Außerdem hat es gegen ihn die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 9.000 € als Gesamtschuldner mit den nicht revidierenden Mitangeklagten D. und M. angeordnet. Die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist das Rechtsmittel un begründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

2           1. Der Schuldspruch hält rechtlicher Überprüfung nicht in jeder Hinsicht stand. Das Landgericht ist zwar ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass dem Angeklagten eine Beteiligung am gewerbsmäßigen Bandenbetrug (§ 263 Abs. 5 StGB) zur Last fällt. Die Annahme von Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) stößt jedoch auf durchgreifende rechtliche Bedenken.

3           a) Nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen gehörte der Angeklagte einer Bande an, deren Mitglieder sich im Jahr 2010 zusammengeschlossen hatten, um sich durch arbeitsteiligen und fortgesetzten betrügerischen Verkauf von Wertpapieren jeweils eine dauerhafte Einnahmequelle zu verschaffen. Einige Bandenmitglieder waren als "Telefonverkäufer" tätig. Sie riefen potentielle Kunden an, traten als Mitarbeiter einer "G. " (G. )                                   auf                                   und                                   empfahlen den Kauf sog. vorbörslicher Aktien einer "O.

" (O. ), obwohl eine Lieferung solcher Aktien weder möglich noch beabsichtigt war. Dabei spiegelten sie den Kunden vor, dass der - von der G. begleitete - Börsengang der O. bevorstehe und dass die O. Kapital einsammele, um sich an Firmen zu beteiligen, die in kanadischen Ölsandgebieten Rohöl gewännen. Sowohl bei den Telefonaten als auch in einem den Kunden später übersandten Anschreiben wurde auf Internetseiten der O. und der G. verwiesen, aus denen sich u.a. ergab, dass "die G. " eine "erfolgreiche private Investmentbank mit langjähriger Erfahrung" sei und dass eine Investition in

Aktien der O. ausweislich eines "MarketWatch New York Sonderreports" mit dem Titel "Analyse: Erdölförderung/Verbrauch/Verfügbarkeit" ein "Kurspotential von mehreren hundert Prozent in den nächsten 12 Monaten" berge.

4 Die Idee zu dem Betrugssystem hatte der Mitangeklagte D. entwickelt. Er hatte auch die zur Realisierung des Vorhabens notwendige Infrastruktur geschaffen und den Mitangeklagten M. angeworben, der sich um den Aufbau des Vertriebs kümmerte. Die Telefonverkäufer arbeiteten in einem sog. Opening-Büro und in einem sog. Loading-Büro. Die im Opening-Büro tätigen Telefonverkäufer nahmen erste Kontakte zu potentiellen Kunden auf, die Telefonverkäufer im Loading-Büro hatten die Aufgabe, bereits angeworbene Kunden zum Kauf weiterer Aktien zu veranlassen. Die Telefonverkäufer begannen ihre Tätigkeit im April 2010. Spätestens ab Mai 2011 waren sowohl sie als auch die Internetauftritte von O. und G. nicht mehr erreichbar.

5 Der Angeklagte arbeitete von November 2010 bis April 2011 im sog. Backoffice des von dem gesondert verfolgten K. geleiteten Opening-Büros. Seine Tätigkeit bestand darin, denjenigen Anlegern, die gegenüber den Telefonverkäufern Interesse an einer Zeichnung der O. -Aktien signalisiert hatten, Informationsmaterial zuzusenden, das K. erstellt hatte. Falls die Kunden dann tatsächlich Aktien der O. erwerben wollten, hatte der Angeklagte ferner die Aufgabe, ihnen ebenfalls von K. vorgefertigte Zeichnungsscheine und Anschreiben mit den Kontodaten zu übersenden, auf welche die Anleger ihre Zahlungen leisten sollten. Zu diesem Zweck stand ihm ein Computer zur Verfügung, auf dem nahezu sämtliche Schreiben hinterlegt waren, die K. zur Information der Anleger und zur Durchführung eines Kaufs entworfen hatte. Der Angeklagte nahm überdies Telefonate von Anlegern entgegen. Weil er selbst nicht in den Telefonverkauf eingebunden war, notierte er in diesen Fällen lediglich entweder

Rückrufdaten oder gab das Telefon an den jeweils zuständigen Telefonverkäufer weiter. Für seine Tätigkeit erhielt er ein monatliches Fixgehalt von 1.500 €. Das Gehalt wurde ihm von M. ausgezahlt, der die zur Bezahlung der Vertriebsmitarbeiter verwendeten eingenommenen Gelder seinerseits von D. erhalten hatte.

6            b) Die Feststellungen tragen die Annahme einer mittäterschaftlichen Beteiligung des Angeklagten an dem gewerbsmäßigen Bandenbetrug nicht. Dazu gilt:

7            Bei Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, ist Mittäter im Sinne von § 25 Abs. 2 StGB, wer einen eigenen Tatbeitrag leistet und diesen so in die Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Die Frage, ob sich bei mehreren Tatbeteiligten das Handeln eines von ihnen als Mittäterschaft im Sinne von § 25 Abs. 2 StGB darstellt, ist vom Tatgericht aufgrund einer wertenden Gesamtbeurteilung aller festgestellten Umstände des Einzelfalls zu prüfen; maßgebliche Kriterien sind der Grad des eigenen Interesses an der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu, so dass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Betroffenen abhängen müssen (st. Rspr.; vgl. etwa BGH, Beschlüsse vom 30. Juni 2016 - 3 StR 221/16, NStZ 2017, 296, 297; vom 8. Juni 2017 - 1 StR 188/17, juris Rn. 3; vom 13. September 2017 - 2 StR 161/17, NStZ-RR 2018, 40; vom 27. November 2018 - 5 StR 604/18, NStZ-RR 2019, 73; vom 26. März 2019 - 4 StR 381/18, NStZ-RR 2019, 203, 204; vom 6. August 2019 - 3 StR 189/19, juris Rn. 4 f.).

8

Daran gemessen begegnet die Annahme mittäterschaftlichen Handelns des Angeklagten auch dann durchgreifenden Bedenken, wenn dem Tatgericht bei der vorzunehmenden Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe ein Beurteilungsspielraum zugestanden wird, der nur einer begrenzten revisionsrechtlichen Kontrolle unterliegen soll (vgl. etwa BGH, Beschlüsse vom 30. Juni 2016 - 3 StR 221/16, NStZ 2017, 296, 297; vom 8. Dezember 2015 - 3 StR 439/15, StV 2016, 648, 649); denn ein solcher Spielraum wäre hier überschritten.

9            Der Angeklagte hatte zwar ein erhebliches Interesse am Erfolg der betrügerischen Geschäfte. Innerhalb des Bandengefüges nahm er jedoch nur eine untergeordnete Stellung ein. Er übte eine Bürotätigkeit aus, die sich darin erschöpfte, den von den Telefonverkäufern angeworbenen Kunden Unterlagen (Informationsmaterial, Zeichnungsscheine und Anschreiben) zu übersenden, die allesamt von dem Büroleiter K. vorgefertigt waren, sowie gelegentlich Anrufe von Kunden entgegenzunehmen und Rückrufdaten zu notieren oder das Telefon an den zuständigen Telefonverkäufer weiterzureichen. Er selbst war hingegen nicht in den für die Anbahnung der Geschäfte wesentlichen Telefonverkauf eingebunden. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Angeklagte eigene, für die Tatbegehung bedeutsame Entscheidungen traf oder anderweitig maßgeblichen Einfluss auf die Tatausführung hatte. Das Verhältnis seiner Tatbeiträge zu den eigentlichen tatbestandsverwirklichenden Ausführungshandlungen stellt sich danach nicht als arbeitsteiliges Mitwirken, sondern als bloßes Fördern fremden Handelns dar. Das kommt auch darin zum Ausdruck, dass der Angeklagte nur ein monatliches Fixgehalt von 1.500 € erhielt, während den Telefonverkäufern eine Provision in Höhe von 20 % der von ihnen unmittelbar generierten Umsätze zustand.

10            c) Danach tragen die Feststellungen lediglich eine Verurteilung des Angeklagten wegen Beihilfe (§ 27 Abs. 1 StGB) zum gewerbsmäßigen Bandenbe-

trug. Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend (§ 354 Abs. 1 StPO analog), weil weitergehende Feststellungen in einer neuen Hauptverhandlung nicht zu erwarten sind. § 265 Abs. 1 StPO steht dem nicht entgegen, weil sich der - geständige - Angeklagte gegen die Annahme von Beihilfe nicht anders als geschehen hätte verteidigen können und er durch die entsprechende Änderung des Schuldspruchs hier überdies nicht beschwert ist.

11            2. Die Änderung des Schuldspruchs führt zur Aufhebung des Strafausspruchs. Die insoweit nunmehr zur Entscheidung berufene Strafkammer wird Gelegenheit haben, nähere Feststellungen zur für die Strafzumessung bedeutsamen Höhe des dem Angeklagten zuzurechnenden Vermögensschadens zu treffen. Die bisherigen Ausführungen des Landgerichts, wonach dem Angeklagten aufgrund seiner Tätigkeit "53 Fälle" und "Schadensbeträge von insgesamt 943.150 €" zur Last fallen, sind aus sich heraus nicht nachvollziehbar.

12            3. Die gegen den Angeklagten ausgesprochene Einziehungsanordnung erweist sich demgegenüber als rechtsfehlerfrei und kann deshalb bestehen bleiben.

Schäfer

Gericke

Tiemann

Berg

Erbguth