



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

1 StR 113/19

vom

16. Januar 2020

in der Strafsache

gegen

1.

2.

wegen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Hauptverhandlung vom 14. November 2019 in der Sitzung am 16. Januar 2020, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof

Dr. Raum,

die Richterin am Bundesgerichtshof

Dr. Fischer,

die Richter am Bundesgerichtshof

Dr. Bär,

Dr. Leplow

und die Richterin am Bundesgerichtshof

Dr. Pernice,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof

– in der Verhandlung vom 14. November 2019 –,

Staatsanwaltschaft beim Bundesgerichtshof

– bei der Verkündung am 16. Januar 2020 –

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwältin

– in der Verhandlung

vom 14. November 2019 –,

Rechtsanwalt

– in der Verhandlung

vom 14. November 2019 –,

Rechtsanwalt – in der Verhandlung  
vom 14. November 2019 –  
als Verteidiger des Angeklagten S. ,

der Angeklagte Sc. persönlich,

Rechtsanwältin – in der Verhandlung  
vom 14. November 2019 –,  
Rechtsanwalt  
als Verteidiger des Angeklagten Sc. ,

Regierungsdirektor  
als Vertreter des Finanzamts für Steuerstrafsachen und  
Steuerfahndung Düsseldorf – in der Verhandlung vom 14. November 2019 –,

Justizhauptsekretärin – in der Verhandlung vom 14. November 2019 –,  
Justizangestellte – bei der Verkündung am 16. Januar 2020 –  
als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Kleve vom 7. August 2018 mit den jeweils zugehörigen Feststellungen aufgehoben
  - a) in den Fällen B. V. 3. C. 1. bis C. 404. der Urteilsgründe (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt in 404 Fällen),
  - b) in den Einzelstrafaussprüchen in den Fällen B. V. 2. 36. bis 100. der Urteilsgründe (Verkürzung von Lohnsteuern in 65 Fällen) und
  - c) in den Aussprüchen über die Gesamtstrafen.
2. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das vorgenannte Urteil
  - a) im Schuldspruch im Fall B. IV. der Urteilsgründe dahin geändert, dass die Angeklagten des gewerbsmäßigen Bandenbetrugs in Tateinheit mit Wucher schuldig sind,
  - b) in den Einzelstrafaussprüchen im Fall B. IV. der Urteilsgründe und in den Aussprüchen über die Gesamtstrafen mit den jeweils zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
3. Die weitergehenden Revisionen der Angeklagten werden verworfen.
4. Im Umfang der Aufhebung wird das Urteil zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der

Rechtsmittel, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

1 Das Landgericht hat die Angeklagten wegen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs, wegen Steuerhinterziehung in 100 Fällen sowie wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt in 404 Fällen verurteilt, und zwar den Angeklag-  
ten S. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und sechs Monaten sowie den Angeklagten Sc. zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und neun Monaten. Die hiergegen gerichteten, jeweils auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revisionen der Angeklagten haben den aus dem Tenor ersichtlichen Teilerfolg. Die vom Generalbundesanwalt vertretenen Revisionen der Staatsanwaltschaft, die auf den Fall des gewerbsmäßigen Bandenbetrugs und die Aussprüche über die Gesamtstrafe beschränkt sind, führen mit der Sachrüge zur Abänderung des Schuldspruchs sowie zur Aufhebung der zugehörigen Strafen und der Gesamtstrafenaussprüche.

A.

2 Das Landgericht hat Folgendes festgestellt und gewertet:

I.

3

Auf Betreiben des Angeklagten S. , der wegen vergleichbarer Taten bereits verurteilt worden war, wurde die " D.

GmbH" (im Folgenden: D. ) gegründet, deren Gesellschafterin die H. AG mit Sitz in Z. (Schweiz) war. S. warb den Angeklagten Sc. als Geschäftsführer der D. an. Die Angeklagten kamen überein, bei Erbringen von Schlüsselnotwerkleistungen der D. deutlich über dem Üblichen liegende Entgelte zukommen zu lassen. Auf diese Weise konnte Sc. im Tatzeitraum von Februar 2008 bis August 2016 ein monatliches Gehalt in Höhe von 20.000 € verdienen und darüber hinaus eine Umsatzbeteiligung in Höhe von 1,3 Mio. € erzielen. S. , der die grundlegenden Unternehmensentscheidungen traf und auch ansonsten das "letzte Wort" hatte, vereinbarte ebenfalls erhebliche Gelder aus der D. .

## II.

4

1. Die Angeklagten wussten um den schlechten Ruf der Schlüsselnotdienstbranche; sie rechneten damit, dass potentielle Kunden ausschließlich ortsansässige Unternehmen beauftragen wollten, die es sich nur erlauben konnten, ortsüblich und angemessen abzurechnen, und für den Fall von Schlechtleistungen für Nachbesserungen erreichbar waren. Daher kamen die Angeklagten auf die Idee, bundesweit in Telefonbüchern nicht existente Schlüssel dienstfirmen mit örtlichen Anschriften und dazu passenden Telefonnummern eintragen zu lassen. Mitunter ließen die Angeklagten auf einem Branchenblatt in den "Gelben Seiten" bis zu 60 verschiedene Rufnummern fiktiver Unternehmen abdrucken; beim Wählen dieser Nummern wurden die Anrufer, die sich ausgesperrt hatten, zum Callcenter der D. in G. geschaltet, ohne dies zu bemerken. Die Angeklag-

ten wiesen die angestellten Telefonisten an, sich bei Entgegennahme des Anrufs nur mit "Schlüsseldienst" zu melden und auf Nachfrage wahrheitswidrig zu bestätigen, dass das Unternehmen vor Ort ansässig sei. Bezüglich der Kosten des Schlüsselnotdiensteinsatzes nannten die eingeweihten Mitarbeiter allenfalls die Pauschale für An- und Abfahrt; den endgültigen Preis könne der Monteur erst vor Ort bestimmen. Die durch eine Umsatzbeteiligung motivierten Telefonisten sollten möglichst die Monteure mit den besten Umsatzzahlen, die sie aus einer elektronischen Datenliste ersehen konnten, entsenden.

- 5 Die Monteure verwendeten von der D. zur Verfügung gestellte "Auftrags-/Rechnungsformulare", auf denen die Bankverbindung der D. angegeben war, ohne dass diese Zuordnung für die Kunden erkennbar gewesen wäre. Die Monteure setzten nämlich als handelnde Schlüsseldienstunternehmen eigene Einzelunternehmen oder eine andere von S. initiierte GmbH ein, die indes nicht werbend tätig war. In manchen Fällen gaben die Monteure willkürlich andere Firmen an. Indes erweckten sie beim Eintreffen vor Ort den Eindruck, sie würden für das angerufene Unternehmen arbeiten; vielfach bestätigten sie dies ausdrücklich und ließen die nichtsahnenden Kunden das Formular zweimal, nämlich zur "Auftragsbestätigung" und als "Abnahmeprotokoll", womit die Abrechnung akzeptiert werden sollte, unterschreiben. Dabei trugen die Monteure die Einzelpositionen erst nach Öffnen der Türen in die Formulare ein. Sofern manche Besteller sich nachträglich übervorteilt fühlten und den zu viel gezahlten Werklohn zurückforderten, mussten sie die aus den Formularen ersichtlichen Einzelunternehmen gerichtlich in Anspruch nehmen, weil sie nicht erkannt hatten, dass die D. ihr Vertragspartner war. In diesen Rechtsstreitigkeiten vertraten von der D.

be-

auftragte Rechtsanwälte die Monteure.

- 6           a) In 40 Einzelfällen im Tatzeitraum vom 28. Februar 2008 bis 2. August 2016 gingen die Kunden, die sich ausgesperrt hatten, irrtümlich davon aus, dass der erschienene Monteur zum ortsansässigen Schlüsselnotdienstunternehmen gehörte, mit welchem sie zuvor telefoniert hatten, und ortsüblich sowie angemessen abrechnen würde. Tatsächlich überstiegen die berechneten Pauschalen die nach Wochentag und Uhrzeit gestaffelten Preisempfehlungen des Bundesverbandes Metall - Vereinigung Deutscher Metallhandwerke vom 1. August 2011 erheblich. Das eingesetzte Material stellten die Monteure mit einem Aufschlag von bis zu über 100 % in Rechnung. In Unkenntnis der nicht vereinbarten Aufschläge zahlten die Kunden die Rechnungsbeträge und erlitten nach den Berechnungen des Landgerichts Schäden in Höhe des tatsächlich gezahlten Werklohns abzüglich des sich aus den genannten Preisempfehlungen ergebenden ortsüblichen und angemessenen Entgelts, im Einzelfall bis zu 1.177 € (Fall 23).
- 7           b) In weiteren neun Einzelfällen verweigerten die Kunden die Zahlung bzw. nahmen die Besteller nicht ausschließbar überhöhte Entgelte in Kauf, um wieder in ihre Wohnung zu gelangen.
- 8           c) Bezüglich weiterer 885 Einzelfälle hat das Landgericht mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft die Strafverfolgung innerhalb des uneigentlichen Organisationsdelikts auf versuchten Betrug beschränkt (§ 154a Abs. 2, 1 Satz 1 Nr. 1 StPO).

9



2. Nach den schriftlichen Vereinbarungen mit der D. sollte der jeweilige Monteur als "selbstständiger Kaufmann und/oder Handwerker" mit dem von der D. "vermittelten Endkunden vor Ort im Namen seines Betriebes und auf Rechnung seines Betriebes einen Werkvertrag" abschließen. Tatsächlich bestimmte der Angeklagte S., der regelmäßig der Zeugin K. Anweisungen in Buchhaltungsfragen erteilte, die Einsatzorte der Monteure; zumindest 55 Personen setzte er bundesweit in bis zu sechs Städten ein. Von den vereinbarten Werklöhnen hatte der Monteur wenigstens 50 % an die D. abzuführen. Für andere Unternehmen durften die Monteure nicht tätig sein. Um die Arbeitgeberstellung der D. zu verschleiern, mussten die Monteure mit dem anderen von S. installierten Unternehmen ebenfalls einen Vermittlungsvertrag abschließen, ohne diesen jemals umzusetzen; mit diesen weiteren Vertragschlüssen wollten die Angeklagten den Eindruck erwecken, dass alle Monteure noch mit einer anderen GmbH zusammenarbeiteten und tatsächlich selbständig waren.

- 10 a) Die Monteure, die spätestens auf Veranlassung der Angeklagten ein Gewerbe anmeldeten, waren nach deren Anweisungen selbst verantwortlich, die in den Werklohnrechnungen ausgewiesenen Umsatzsteuern gegenüber den Finanzämtern anzumelden. Die Angeklagten ließen die D. Provisionsrechnungen an die Monteure ausstellen. Die hierin ausgewiesenen Umsatzsteuern gab Sc. in Absprache mit S. in den Umsatzsteuerjahreserklärungen der D. der Jahre 2008 bis 2013 an, nicht aber die gesamten in einer sogenannten "Tourendatenbank" erfassten Ausgangsumsätze aus den erbrachten Schlüsselnotwerkleistungen, obwohl die Angeklagten wussten, dass allein die D. im

Ver-

hältnis zu den Kunden das leistende Unternehmen war. Ebenso fehlten mindestens 50 % der Werklöhne in den Umsatzsteuervoranmeldungen für den Zeitraum von Januar 2014 bis Mai 2016. Insgesamt verkürzten die Angeklagten in 35 Fällen 5.657.276 € an Umsatzsteuern. Zu ihren Gunsten ist das Landgericht davon ausgegangen, dass die Monteure stets die Umsatzsteuerbeträge aus den

Werklohnrechnungen erklärten und abführten.

- 11                    b) Obwohl die Angeklagten erkannten, dass zumindest die erwähnten 55 Monteure Arbeitnehmer waren, nahmen sie deren Löhne nicht in die im Zeitraum vom 10. März 2011 bis 11. Juli 2016 von Sc. für die D. abgegebenen Lohnsteueranmeldungen auf; hierdurch verkürzten sie in 65 Fällen gemäß der gemeinsamen Absprache 624.677 € an Lohnsteuern.

- 12                    c) In gleicher Weise führte der Angeklagte Sc. für die D. gemäß der mit S. getroffenen Abrede im Zeitraum von März 2008 bis Juli 2016 die auf die an die 55 Arbeitnehmer gezahlten Löhne entfallenden Sozialversicherungsbeiträge nicht an die jeweils zuständigen Sozialversicherungsträger ab; dadurch ersparten die Angeklagten der D. weitere Ausgaben in Höhe von rund 1,9 Mio. €.

B.

- 13                    Die Revisionen haben im unterschiedlichen Umfang Erfolg.

## I. Revisionen der Angeklagten

14 Die Revisionen der Angeklagten sind teilweise begründet.

15 1. Die Verurteilung wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a Abs. 1, 2 Nr. 1, 2, § 25 Abs. 2 StGB) hält der sachlichrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Berechnung der Höhe der nicht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge leidet jedenfalls unter den nachfolgend zu beanstandenden Rechtsfehlern, die in ihrer Gesamtheit dazu führen, dass auch der Schuldspruch in den Fällen B. V. 3. C. 1. bis C. 404. der Aufhebung unterliegt (§ 353 Abs. 1 StPO).

16 a) Den offensichtlich von der Deutschen Rentenversicherung erstellten Berechnungstabellen ist zu entnehmen, dass das Nettoentgelt bei Hochrechnen auf den Bruttolohn (§ 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV) stets auch um Kirchensteuer erhöht wurde. Dies widerspricht den Ausführungen auf UA S. 245, wonach Kirchensteuern nicht in die Bemessungsgrundlage zu Lasten der Angeklagten einfließen sollten, weil das Landgericht nicht festgestellt hat, dass alle 55 Monteure kirchensteuerpflichtig waren.

17 b) Der Hochrechnungsfaktor, der in der Regel zwischen 1,5 und 1,6 beträgt (BGH, Beschluss vom 5. Juli 2018 – 1 StR 111/18 Rn. 18 f.), wird nicht mitgeteilt. Aus dem Vergleich der jeweiligen Netto- und Bruttoentgelte in den Tabellen ergeben sich wesentlich darüber liegende Faktoren (vgl. BGH, Beschluss vom 24. September 2019 – 1 StR 346/18 Rn. 41). Da dies nicht erläutert wird, ist ein durchgreifender Erörterungsfehler gegeben.

18 c) Letztendlich ist nicht bei allen 55 Monteuren belegt, dass diese durchgängig vollzeitbeschäftigt waren. So sind die mitgeteilten Sozialversicherungsbei-

träge teilweise – etwa in den Fällen C. 190., C. 223.-227., C. 244. und C. 349. – derart gering, dass monatliche Arbeitsentgelte von 400 € (bis 31. Dezember 2012) bzw. von 450 € naheliegen (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV). Dann wären insoweit nur Arbeitgeberanteile in die Berechnung einzustellen (vgl. dazu BGH, Beschlüsse vom 4. September 2013 – 1 StR 94/13 Rn. 17 und vom 6. Februar 2013 – 1 StR 577/12 Rn. 36), und zwar als Pauschalbetrag in Höhe von 13 % zur Krankenversicherung (§ 249b Satz 1 SGB V) und von 15 % zur Rentenversicherung (§ 172 Abs. 3 Satz 1 SGB VI); die Vorschrift des § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV fände insoweit keine Anwendung (vgl. BGH, Urteil vom 11. August 2010 – 1 StR 199/10 Rn. 24).

19           d) Es ist nicht auszuschließen, dass sich in manchen Fällen ohne die aufgezeigten Rechtsfehler keine vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge ergeben und mithin der Schuldspruch betroffen ist (vgl. zudem zum pauschalen Zugrundelegen der Lohnsteuerklasse VI mit einem Eingangsteuersatz von 14 %, auch wenn die Arbeitnehmer bekannt waren und Lohnsteuerkarten vorlagen [vgl. § 39c EStG]: BGH, Beschluss vom 24. September 2019 – 1 StR 346/18 Rn. 36 f.; vgl. aber auch Beschluss vom 8. August 2012 – 1 StR 296/12 unter 2.). Der Senat hebt sämtliche Feststellungen auf, um dem neuen Tatgericht eine insgesamt stimmige Bemessung des Schuldumfangs zu ermöglichen.

20           2. Die Verurteilung wegen der Hinterziehung von Lohnsteuern in 65 Fällen (§ 370 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2, § 150 Abs. 1 Satz 3, § 168 Satz 1 AO, § 41a EStG, § 25 Abs. 2, § 53 StGB) unterliegt in den Einzelstrafaussprüchen der Aufhebung.

21           a) Der Schuldspruch hält indes der sachlichrechtlichen Nachprüfung stand.

- 22           aa) Für die Prüfung, wer Arbeitnehmer ist, finden im Wesentlichen die gleichen Grundsätze, wie sie bei Bestimmung eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses (§ 7 Abs. 1 SGB IV) gelten, Anwendung (§ 1 Abs. 2 LStDV; BFH, Urteile vom 14. Juni 1985 – VI R 150-152/82 Rn. 15-37, BFHE 144, 225, 227 ff. [Werbedamen]; vom 18. Juni 2015 – VI R 77/12 Rn. 12, BFHE 259, 132 und vom 18. Januar 1991 – VI R 122/87 Rn. 27, BFHE 163, 365; FG Hamburg, Urteil vom 27. August 1991 – I 301/87 R. 26 f. [Schlüssel-dienstmonteure]).
- 23           (1) Das Landgericht hat alle für und gegen eine Arbeitnehmereigen-schaft sprechenden Umstände rechtsfehlerfrei gegeneinander abgewogen und ist nach Würdigung des Gesamtbilds nachvollziehbar zum Ergebnis gelangt, dass zumindest 55 der 252 eingesetzten Monteure trotz des gegenteilig lauten-den Vertrags als Arbeitnehmer einzustufen sind, wie der Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführt hat. Namentlich dem Umstand, dass die D.    und für sie insbesondere  
der Angeklagte S.    den Einsatzort bestimmten, durfte das Landgericht ausschlaggebendes Gewicht beimessen; das gleiche gilt für die Arbeitszeit.
- 24           (2) Der Vorsatz der Angeklagten wird insbesondere durch ihre Ver-schleierungsbemühungen, zum Schein eine weitere GmbH als Vermittlerin auf-treten zu lassen, belegt (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Juni 2015 – 1 StR 76/15, BGHR StGB § 266a Arbeitgeber 5 Rn. 12 f.); das von den Angeklagten gewähl-te  
Geschäftsmodell war von vornherein auf Umgehung der sozialversicherungs-rechtlichen und lohnsteuerlichen Pflichten ausgelegt (vgl. BGH, Beschluss vom 24. September 2019 – 1 StR 346/18 Rn. 20-26).
- 25

bb) Auch bezüglich des Angeklagten S. stehen die 65 Fälle der Lohnsteuerhinterziehung zueinander in Tatmehrheit (§ 53 Abs. 1 StGB).

26 (1) Bei Zusammenarbeit mehrerer Beteiligten innerhalb einer Tatserie bestimmt sich die Zahl der rechtlichen Handlungen im Sinne von § 53 Abs. 1 StGB für jeden Täter grundsätzlich nach der Anzahl seiner eigenen Handlungen zur Verwirklichung der Einzeldelikte. Leistet der Täter zu einzelnen Taten selbst nicht unmittelbar einen individuellen Tatbeitrag, sondern erschöpft sich seine Mitwirkung daran im Aufbau und in der Aufrechterhaltung des auf die Straftaten ausgerichteten "Geschäftsbetriebs", sind diese Taten als – uneigentliches – Organisationsdelikt zu einer einheitlichen Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammenzufassen (st. Rspr.; BGH, Urteile vom 17. Juni 2004 – 3 StR 344/03 Rn. 21, BGHSt 49, 177, 183 f. und vom 24. Oktober 2018 – 5 StR 477/17 Rn. 24; Beschlüsse vom 6. Dezember 2018 – 1 StR 186/18 Rn. 5; vom 31. Juli 2018 – 3 StR 620/17 Rn. 22; vom 29. November 2017 – 5 StR 335/17 Rn. 7 und vom 3. März 2016 – 4 StR 134/15 Rn. 12).

27 (2) Dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe ist noch zu entnehmen, dass der Angeklagte S. regelmäßig Fragen der Buchhaltung entschied (UA S. 196). Damit leistete er monatlich Tatbeiträge, die sich individuell über die Buchhaltung auf jede Lohnsteueranmeldung auswirkten.

28 b) Die Aufhebung der Verurteilungen wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt mitsamt den Feststellungen bedingt die Aufhebung der Einzelstrafaussprüche in den Lohnsteuerhinterziehungsfällen. Zwar gilt die Fiktion des § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV im Steuerrecht nicht; damit sind Bemessungsgrundlage für die Lohnsteuerhinterziehungen die tatsächlich an die 55 Monteure ausgezahlten Schwarzlöhne (vgl. BGH, Urteile vom 2. Dezember 2008



beauftragten Werkunternehmer nur zu ortsüblichen Preisen abrechnen. Inso-  
weit gilt bei verschiedenen zivilrechtlichen Austauschverträgen:

- 32 (1) Das Fordern und Vereinbaren eines bestimmten, gegebenenfalls  
auch überhöhten Preises umfasst nicht ohne Weiteres die schlüssige Erklärung,  
die Leistung sei ihren Preis auch wert. Mit Rücksicht auf das Prinzip der Ver-  
tragsfreiheit ist grundsätzlich kein Raum für die Annahme konkludenter Erklä-  
rungen über die Angemessenheit und Üblichkeit des Preises; es ist vielmehr  
Sache des Vertragspartners, abzuwägen und zu entscheiden, ob er das gefor-  
derte Entgelt aufwenden will. So besteht für den Verkäufer bis zur Grenze der  
Sittenwidrigkeit und des Wuchers grundsätzlich auch keine Pflicht zum Offenle-  
gen des Werts des Kaufobjekts, selbst wenn dieser erheblich unter dem ver-  
langten Preis liegt. Im Regelfall muss der Verkäufer den Käufer auch nicht auf  
ein für diesen ungünstiges Geschäft hinweisen, sondern darf davon ausgehen,  
dass sich sein künftiger Vertragspartner im eigenen Interesse selbst über Art  
und Umfang seiner Vertragspflichten Klarheit verschafft hat (BGH, Urteil vom  
20. Mai 2015  
– 5 StR 547/14 Rn. 14; Beschlüsse vom 14. April 2011 – 1 StR 458/10 Rn. 16;  
vom 29. Juli 2009 – 2 StR 91/09 Rn. 11 und vom 16. Juni 1989 – 2 StR 252/89  
Rn. 13 f., BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 6; OLG Stuttgart, Beschluss  
vom 24. Mai 1985 – 1 Ss [25] 292/85, NStZ 1985, 503; Lackner/Werle, NStZ  
1985, 503, 504; vgl. aber auch zur Annahme eines Betrugs, wenn eine indivi-  
duelle Kaufpreisvereinbarung fehlt und der Verkäufer [schlüssig] erklärt, der  
Preis entspreche einem tax- oder listenmäßig festgelegten Betrag: BGH, Be-  
schluss vom 29. Juli 2009 – 2 StR 91/09 Rn. 11; Urteile vom 10. Dezember  
2014  
– 5 StR 405/13, BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschung 38 Rn. 11 ff. und



5 StR 136/14 Rn. 28; RG, Urteil vom 22. Januar 1909 – IV R 989/08, RGSt 42, 147, 149 ff.).

33 (2) Anderes als bei derart vom Verkäufer vorgegebenen oder aber auch ausgehandelten Kaufpreisen gilt indes, wenn die Parteien die Höhe der Gegenleistung für einen Vertragsabschluss mit allen wesentlichen Bestandteilen nicht ausdrücklich vereinbaren müssen, sondern etwa nach § 612 Abs. 2 BGB beim Dienstvertrag, nach § 653 Abs. 2 BGB beim Maklervertrag oder nach § 632 Abs. 2 BGB beim Werkvertrag eine taxmäßige oder übliche Vergütung als vereinbart gilt (vgl. BGH, Urteil vom 2. November 1951 – 4 StR 27/51, BB 1952, 13: überhöhte Abrechnung von "Rollgeldern" durch einen "bahnamtlichen" Spediteur gegenüber Frachtgutempfängern unter Verstoß gegen von der Bundesbahn festgesetzte Tarife; OLG Köln, Urteil vom 22. November 2016 – 1 RVs 210/16 Rn. 14; OLG Stuttgart, Beschluss vom 24. Mai 1985 – 1 Ss [25] 292/85, NStZ 1985, 503; Lackner/Werle, NStZ 1985, 503, 505; NK-StGB/Kindhäuser, 5. Aufl., § 263 Rn. 131; Schauer, Grenzen der Preisgestaltungsfreiheit im Strafrecht, S. 120 f.; vgl. auch Bechtel, JR 2019, 503; BeckOK StGB/Schmidt, 45. Ed., § 291 Rn. 48; vgl. zur Abrechnung überhöhter Reinigungsentgelte durch eine Anstalt des öffentlichen Rechts: BGH, Beschluss vom 9. Juni 2009 – 5 StR 394/08, BGHR StGB § 263 Abs. 1 Irrtum 17 Rn. 16 f.). Rechnet der Werkunternehmer nach Leistungserbringung ab, erklärt er konkludent, das geforderte Entgelt entspreche dem als vereinbart geltenden Üblichen; tatsächlich weicht er jedoch vorliegend von den stillschweigend einbezogenen üblichen Sätzen zu Lasten des Bestellers ab. Üblich ist die Vergütung, die zur Zeit des Vertragsschlusses nach allgemeiner Auffassung der beteiligten Kreise am Ort der Werkleistung gewährt zu werden pflegt, wobei Vergleichsmaßstab Leistungen gleicher Art, Güte und Umfang sind sowie die Anerkennung der Üblichkeit gleiche Verhältnisse in zahlreichen Einzelfällen voraussetzt (BGH, Urtei-

le vom 26. Oktober 2010 – VII ZR 239/98 Rn. 14, BGHR BGB § 632 Abs. 2 Vergütung, übliche 1; vom 19. November 2013 – VI ZR 363/12 Rn. 12 und vom 9. Dezember 2014 – VI ZR 138/14 Rn. 17). Allerdings muss eine gewisse Schwankungsbreite bei der Festlegung des Ortsüblichen berücksichtigt werden, sodass erst eine deutliche Erhöhung betrugsrelevant ist (vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 31. März 2008 – 1 Ws 167/07 Rn. 6 f.; LK/Tiedemann, StGB, 12. Aufl., § 263 Rn. 35: "auf der Grenze zum Doppelten").

34           bb) Die sich über die Ortsüblichkeit der Preise irrenden Besteller zahlten täuschungsbedingt mehr, als sie vertraglich schuldeten; in Höhe der Überzahlung leisteten sie das Entgelt ohne Rechtsgrund und erlitten insoweit einen Vermögensschaden (vgl. BGH, Urteil vom 2. November 1951 – 4 StR 27/51, BB 1952, 13; OLG Köln, Urteil vom 22. November 2016 – 1 RVs 210/16 Rn. 14; Lackner/Werle, NStZ 1985, 503, 505 [auch zum Betrug beim Einfordern einer überhöhten Gegenleistung auf der Grundlage eines nach § 138 Abs. 2 BGB wegen Wuchers unwirksamen Vertrages]; vgl. auch BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2018 – 3 StR 270/18 Rn. 10; Urteil vom 10. Oktober 2012 – 2 StR 591/11 Rn. 30 [zur Untreue]; a.A., ohne auf die Unterscheidung zwischen Vertragsschluss und Abrechnung nach Werkleistung einzugehen: OLG München, Beschluss vom 7. September 2009 – 5St RR 246/09 Rn. 8, 12, 15; S/S/Perron, StGB, 30. Aufl., § 263 Rn. 17c).

35           (1) Aus mehreren der 40 Vollendungsfällen ist eine Steigerung der Sätze aus den Preisempfehlungen des Bundesverbandes Metall-Vereinigung Deut-

scher Metallhandwerke vom 1. August 2011 um mehr als das Doppelte bis zu 254 % (Fall 17) ersichtlich. Dies entspricht der Anweisung der Angeklagten, am besten die Monteure mit den stärksten Umsatzzahlen zu entsenden, und der weiteren Vorgabe S. 199, man solle "möglichst alles mitnehmen, was der Kunde habe" (UA S. 199).

36 (2) Der Vergleich mit den Preisempfehlungen des Bundesverbandes Metall lässt keinen Rechtsfehler erkennen; denn insbesondere sind dort die üblichen Sätze für einen 24-Stunden-Dienst enthalten. Der Vergleichsmaßstab ist zutreffend gewählt.

37 b) Auch die Verurteilung wegen der Abgabe unvollständiger Umsatzsteuerjahreserklärungen (§ 18 Abs. 3 Satz 1 UStG) und Umsatzsteuervoranmeldungen (§ 18 Abs. 1, 2 Satz 1 UStG) in 35 Fällen (§ 370 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2, § 150 Abs. 1 Satz 3, § 168 Satz 1 AO) weist keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten auf.

38 aa) Die D. 1 schuldet die Umsatzsteuer auf alle Ausgangsumsätze aus den Schlüsselnotwerkverträgen (§ 2 Abs. 1 Satz 1 UStG).

39 (1) Regelmäßig ergibt sich aus den abgeschlossenen zivilrechtlichen Vereinbarungen, wer bei einem Umsatz als Leistender und damit als Unternehmer sowie Schuldner der Umsatzsteuer anzusehen ist. Dies ist in der Regel derjenige, der die Lieferungen oder sonstigen Leistungen im Sinne des § 1 Abs. 1 UStG im eigenen Namen gegenüber einem anderen selbst oder durch einen Beauftragten ausführt. Ob eine Leistung dem Handelnden oder einem anderen zuzurechnen ist, hängt deshalb grundsätzlich davon ab, ob der Handelnde gegenüber dem Leistungsempfänger im eigenen Namen oder berechtigterweise

im Namen eines anderen bei Ausführung entgeltlicher Leistungen aufgetreten ist (BFH, Beschlüsse vom 31. Januar 2002 – V B 108/01 Rn. 19, BFHE 198, 208, 212 und vom 2. Januar 2018 – XI B 81/17 Rn. 18; Urteile vom 12. Mai 2011 – V R 25/10 Rn. 16; vom 7. Juli 2005 – V R 60/03 Rn. 20 und vom 26. Juni 2003 – V R 22/02 Rn. 20; BGH, Beschluss vom 5. Februar 2014 – 1 StR 422/13 Rn. 19). Schuldner der Umsatzsteuer aus einem Leistungsaustausch ist grundsätzlich derjenige, der als leistender Unternehmer nach außen aufgetreten ist. Dies ist derjenige, der aus dem Rechtsgeschäft mit dem Leistungsempfänger berechtigt und verpflichtet ist; ohne Bedeutung ist insoweit, ob er seine Leistungsverpflichtung höchstpersönlich ausführt oder durch einen anderen, etwa einen Subunternehmer, ausführen lässt und inwiefern ihm der wirtschaftliche Erfolg des Geschäfts verbleibt (BFH, Beschluss vom 31. Januar 2002 – V B 108/01 Rn. 21, BFHE 198, 208, 213; Urteile vom 7. Juli 2005 – V R 60/03 Rn. 21 und vom 26. Juni 2003 – V R 22/02 Rn. 21).

40 (2) Die D. war Vertragspartnerin der Kunden und damit leistende Unternehmerin (§ 2 Abs. 1, § 1 Abs. 1 UStG). Soweit die Monteure keine Arbeitnehmer waren, setzte die D. sie als Subunternehmer ein.

41 (a) Die Kunden einigten sich mit der D. bereits am Telefon über alle wesentlichen Vertragsbestandteile (§§ 145 ff. BGB), nämlich über den geschuldeten Erfolg gegen Entgelt: Öffnen einer bestimmten Tür zu den ortsüblichen Sätzen (§ 632 Abs. 2 BGB). Nach außen erklärten die Kunden, wie nach dem objektiven Empfängerhorizont (§§ 133, 157 BGB) zu bestimmen ist, das Unternehmen zu beauftragen, das sie anriefen. Der nicht zum Ausdruck gekommene

Vorbehalt der Telefonisten, Werkleistungen angeblich nur vermitteln zu wollen, ist unbeachtlich (§ 116 Satz 1 BGB).

42 (b) Diese mit der D. zustande gekommenen Werkverträge änderten die Kunden und der vor Ort eingetroffene Monteur nicht ab, insbesondere nicht bezüglich des beauftragten Unternehmens. Entsprechende Willenserklärungen zur Änderung des Vertragspartners gaben die Beteiligten nicht ab (UA S. 31, 220). Eine (stillschweigende) Vertragsänderung wurde auch nicht durch Verwenden und Unterzeichnen des Auftragsformulars vor Ausführung der Werkleistung herbeigeführt. Hierfür fehlte den Kunden erkennbar das Erklärungsbewusstsein, weil das Eintragen eines Preises aus Sicht des objektiven Empfängers als bloße Konkretisierung des ortsüblichen Preises zu verstehen war und die Kunden davon ausgingen, allein mit der D. zu kontrahieren. Nach außen trat in diesem Sinne allein die D. auf, weil die Monteure erklärten, im Namen des angerufenen Unternehmens zu handeln. Damit kommt es auf die gegenteiligen Firmenangaben in den Auftrags- und Rechnungsformularen sowie die Gewerbebeanmeldungen und Umsatzsteuererklärungen der Monteure nicht mehr an (vgl. dazu BFH, Beschluss vom 2. Januar 2018 – XI B 81/17 Rn. 19).

43 (c) Es handelt sich deswegen auch nicht um Strohmengeschäfte, die dadurch gekennzeichnet sind, dass der Strohmänn im eigenen Namen, aber auf fremde Rechnung handelt (dazu BFH, Beschluss vom 31. Januar 2002 – V B 108/01 Rn. 21, BFHE 198, 208, 213; Urteile vom 12. Mai 2011 – V R 25/10 Rn. 20; vom 7. Juli 2005 – V R 60/03 Rn. 21 und vom 26. Juni 2003 – V R 22/02 Rn. 21; BGH, Beschlüsse vom 5. Februar 2014 – 1 StR 422/13 Rn. 20 und vom 8. Juli 2014 – 1 StR 29/14 Rn. 10).

44           bb) Die von den Monteuren abgegebenen Umsatzsteuererklärungen ändern nichts daran, dass im Steuerschuldverhältnis zur D.   Umsatzsteuern verkürzt wurden. Diese Erklärungen sind nicht "gegenzurechnen". Dies ist keine Frage des Kompensationsverbots (§ 370 Abs. 4 Satz 3 AO).

45           (1) Steuern sind nach § 370 Abs. 4 Satz 1 AO namentlich dann verkürzt, wenn sie nicht, nicht in voller Höhe oder nicht rechtzeitig festgesetzt werden. Eine Steuer ist nach § 370 Abs. 4 Satz 3 AO auch dann hinterzogen, wenn die Steuer, auf die sich die Tat bezieht, aus anderen Gründen hätte ermäßigt oder der Steuervorteil aus anderen Gründen hätte beansprucht werden können. Demnach dürfen aufgrund des Kompensationsverbots nur solche Steuerermäßigungen versagt werden, die der Steuerpflichtige aus "anderen Gründen" hätte beanspruchen können. Das Tatbestandsmerkmal "andere Gründe" konkretisiert durch seine Bezugnahme auf § 370 Abs. 4 Satz 1 und 2 AO den Begriff der Steuerverkürzung und wirkt sich demnach auch auf den Umfang des geschützten Rechtsguts der Steuerhinterziehung aus. Rechtsgut der Steuerhinterziehung ist die Sicherung des staatlichen Steueranspruchs, das heißt des rechtzeitigen und vollständigen Steueraufkommens. Um zu verhindern, dass der staatliche Steueranspruch verletzt wird, stellt § 370 Abs. 1 AO Verhaltensweisen unter Strafe, mit denen den Finanzbehörden die zur Feststellung der Anspruchshöhe notwendigen Tatsachen (Besteuerungsgrundlagen) entweder falsch erklärt oder pflichtwidrig vorenthalten werden. Maßgeblich für das Verständnis des Kompensationsverbots ist sein innerer Bezug zur Tatbestandsverwirklichung. Demnach sind dem Täter nur derartige Steuervorteile anzurechnen, die sich aus der unrichtigen Erklärung selbst ergeben oder die – im Falle des Unterlassens – ihm bei richtigen Angaben zugestanden hätten. Dies gilt jedenfalls, wenn diese mit den verschleierte steuererhöhenden Tatsachen in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang stehen und dem Täter ohne weite-

res von Rechts wegen zugestanden hätten (st. Rspr.; BGH, Urteil vom 13. September 2018 – 1 StR 642/17, BGHSt 63, 203 Rn. 16; Beschlüsse vom 13. September 2010 – 1 StR 220/09 Rn. 75 und vom 17. April 2008 – 5 StR 547/07 Rn. 23).

46 (2) Die D. war Umsatzsteuerschuldnerin. In diesem Steuerschuldverhältnis wurden die Umsatzsteuern zu niedrig festgesetzt. Ob bei einer Gesamtbetrachtung der Steuerausfall durch (ungerechtfertigte) Leistungen aus anderen Steuerschuldverhältnissen ausgeglichen wird, ist jedenfalls für den Schuldanspruch unerheblich.

47 cc) Der Tatvorsatz der Angeklagten ist ebenfalls rechtsfehlerfrei (vgl. insbesondere UA S. 224 f.) festgestellt.

48 (1) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gehört zum Vorsatz der Steuerhinterziehung, dass der Täter den Steueranspruch dem Grunde und der Höhe nach kennt oder zumindest für möglich hält sowie ihn auch verkürzen will bzw. die Verkürzung billigend in Kauf nimmt; bedingter Vorsatz genügt. Nimmt der Steuerpflichtige irrtümlich an, dass ein Steueranspruch nicht entstanden ist, liegt nach dieser Rechtsprechung ein Tatumstandsirrtum vor, der den Vorsatz ausschließt (§ 16 Abs. 1 Satz 1 StGB; st. Rspr.; BGH, Urteile vom 10. Juli 2019 – 1 StR 265/18 Rn. 30; vom 24. Januar 2018 – 1 StR 331/17 Rn. 14 und vom 8. September 2011 – 1 StR 38/11, BGHR StGB § 16 Abs. 1 Umstand 5 Rn. 21 f.). Bezugspunkt des Vorstellungsbildes des Steuerpflichtigen ist damit die unterbliebene vollständige Titulierung des Steueranspruchs und nicht etwa ein endgültiger Steuerausfall.

49 (2) Wie bei der Lohnsteuerhinterziehung (B. I. 2. a) aa) [2]) belegen die mit der anderen GmbH abgeschlossenen Scheinverträge (§ 117 BGB), dass die Angeklagten um die zutreffende Einordnung der Vertragsverhältnisse wussten. Ihre Absicht, die Vertragspartnerschaft der D. zu verschleiern, begründet auch das für die Umsatzsteuer maßgebliche Vorstellungsbild. Die Angeklagten wussten zudem, dass die D. bei diesem vorgeschobenen Provisionsmodell nicht selbst die von ihr vereinnahmten Umsatzsteuerbeträge vollständig an den Fiskus abführte, sondern dies anderen überließ.

50 dd) Innerhalb der Strafzumessung hat das Landgericht den Strafraumen für besonders schwere Fälle (§ 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 [großes Ausmaß] und Nr. 5 [bandenmäßig] AO) unter anderem mit der Erwägung abgelehnt, dass dem Steuerfiskus wegen der Erklärungen der Monteure und des Abführens der Umsatzsteuer im Ergebnis kein nennenswerter Umsatzsteuerschaden entstand. Auch bei der Strafzumessung im engeren Sinne hat es dies strafmildernd gewertet. Damit ist unter diesem Gesichtspunkt kein Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten zu besorgen.

51 4. Die Aufhebung der Verurteilung in den 404 Fällen unter B. V. 3. und der Einzelstrafaussprüche in den 65 Fällen der Lohnsteuerhinterziehung unter B. V. 2. bedingt die Aufhebung der Aussprüche über die Gesamtfreiheitsstrafe zugunsten der Angeklagten. Indes ist auszuschließen, dass die Strafzumessung in den vorgenannten 469 Fällen die Straffindung in den gewichtigeren Fällen der Umsatzsteuerhinterziehung und des gewerbsmäßigen Bandenbetrugs beeinflusst hat.

## II. Revisionen der Staatsanwaltschaft



Die Revisionen der Staatsanwaltschaft sind begründet. Die Feststellungen tragen die tateinheitliche Verurteilung wegen des angeklagten Straftatbestands des Wuchers nach § 291 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB.

53           1. Nach § 291 Abs. 1 Satz 1 Variante 1 Nr. 3 StGB macht sich strafbar, wer die Zwangslage eines anderen dadurch ausbeutet, dass er sich oder einem Dritten für eine sonstige Leistung Vermögensvorteile versprechen oder gewähren lässt, die in einem auffälligen Missverhältnis zur Leistung stehen.

54           a) Die Tatbestandsmerkmale sind erfüllt.

55           aa) Bereits das Ausgesperrtsein aus der eigenen Wohnung begründet regelmäßig eine Zwangslage im Sinne dieser Vorschrift, ohne dass weitere besonders bedrängende Umstände hinzutreten müssten.

56           (1) Das Eingangstatbestandsmerkmal der "Zwangslage" setzt – anders als der durch ihn ersetzte Begriff der "Notlage" (§ 302a Abs. 1 StGB aF; Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität vom 29. Juli 1976 [BGBl I 1976 S. 2034 ff.]), der sich als "zu eng erwiesen" habe (BT-Drucks. 7/3441 S. 40) – nach dem Willen des Gesetzgebers keine Existenzbedrohung voraus. Der weiter gefasste Wortlaut soll auch Konstellationen erfassen, in denen "nicht eine wirtschaftliche Bedrängnis, sondern Umstände anderer Art ein zwingendes Sach- oder Geldbedürfnis entstehen lassen", und damit "strafwürdig erscheinende Verhaltensweisen, die darauf gerichtet sind, die Schwächen anderer Personen wirtschaftlich auszubeuten, genügend wirksam ... bekämpfen" (BT-Drucks. 7/3441 S. 20, 40). Der Gesetzgeber hat eine effektivere Anwendung des althergebrachten Wuchertatbestandes beabsichtigt, der sich bisher "als wenig praktikabel erwiesen habe" (BT-Drucks. 7/3441 S. 20), und offensichtlich den über § 138 Abs. 2 BGB gewährleisteten zivilrechtlichen Schutz des

schwächeren Vertragspartners nicht für ausreichend erachtet. Folgerichtig ist nach der Gesetzessystematik das Erfassen einer existentiellen finanziellen Bedrohung dem Regelbeispiel der "wirtschaftlichen Not" (§ 291 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB) mit der Indizwirkung für den – im Vergleich zum Ausgangstatbestand deutlich – erhöhten Strafraum eines besonders schweren Falles von sechs Monaten bis zehn Jahre Freiheitsstrafe (§ 291 Abs. 3 Satz 1 StGB) vorbehalten (BT-Drucks. 7/3441 S. 40 f. zu § 302a Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 StGB aF).

57 Freilich ist unter Beachtung des ultima-ratio-Prinzips des Strafrechts und der Eigenverantwortlichkeit des Einzelnen innerhalb der Marktfreiheit zu verhindern, dass jedes Ergreifen einer gewinnträchtigen Geschäftschance bei Erbringen eines handwerklichen Notdienstes pönalisiert wird. Den weiter gefassten Anwendungsbereich des Wuchers muss das Tatbestandsmerkmal des "auffälligen Missverhältnisses zwischen den (in der Regel entgeltlichen) Vermögensvorteilen und der Leistung" begrenzen (vgl. BT-Drucks. 7/3441 S. 41: Einschränkung durch das Erzielen eines "ungewöhnlich hohen Gewinns"; Bechtel, JR 2019, 503, 507), das allerdings seinerseits einer präzisierenden Auslegung bedarf (vgl. Tagungsberichte der Sachverständigenkommission zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität Band VI, S. 106 f.: In "dem Konflikt zwischen exakter Tatbestandsfassung und seiner flexiblen Anwendbarkeit auf den Einzelfall" müsse "die Entscheidung zugunsten des zuletzt erwähnten Gesichtspunktes fallen". ... "Im Bereich des Wuchers sei in besonderem Maße alles eine Frage der Verhältnisse des Einzelfalles, für dessen zutreffende Würdigung Regelbeispiele nur hinderlich sein könnten.").

58 (2) Der ausgesperrte Wohnungsnutzer befindet sich nahezu stets in einer misslichen Ausnahmesituation, die ihn wegen der Eilbedürftigkeit an der

ihm sonst möglichen Auswahl eines Handwerkers hindert und zumeist den "Nächstbesten" beauftragen lässt. Mit diesem wird er regelmäßig den Werklohn nicht aushandeln können; vielmehr ist er dessen Preisbestimmung "ausgesetzt". Bereits das Ausgesperrtsein bringt den Wohnungsnutzer in eine Schwächesituation, die der Handwerker "ausbeuten" kann. Diese Unterlegenheit muss nicht durch weitere – nach den Umständen des Einzelfalls zu beurteilende – Gefahrenmomente (wie etwa einen eingeschalteten Herd, einen zurückgelassenen Säugling, Kälte) verschärft werden (a.A. OLG Köln, Urteil vom 22. November 2016 – 1 RVs 210/16 Rn. 12; Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 7. November 2019 – [2] 53 Ss 119/19 [44/19] Rn. 13; SSW-StGB/Saliger, 4. Aufl., § 291 Rn. 8; die Entscheidung des OLG Köln referierend MüKoStGB/Panaris, 3. Aufl., § 291 Rn. 14; Lackner/Kühl/Heger, StGB, 29. Aufl., § 291 Rn. 8; S/S/Heine/Hecker, StGB, 30. Aufl., § 291 Rn. 23; wie hier LG Bonn, Urteil vom 5. Mai 2006 – 37 M 2/06 Rn. 64; BeckOK StGB/Schmidt, 45. Ed., § 291 Rn. 24; Bechtel, JR 2019, 503, 504 ff., zugleich kritisch zum einschränkenden Auslegen der Zwangslage durch Heranziehen des Merkmals des Ausbeutens). Solches wäre bereits als Not zu werten, die nach der Gesetzesänderung nicht mehr erforderlich ist. Ebenso wenig kommt es darauf an, dass das Ausgesperrtsein keine wirtschaftliche Bedrängnis ist.

59 bb) Die Angeklagten beuteten diese Zwangslage aus.

60 (1) Das "Ausbeuten" ist als Ausnutzen oder bewusstes Missbrauchen auszulegen. Auch wenn der Begriff des "Ausnutzens" nur bei der sogenannten "Additionsklausel" in § 291 Abs. 1 Satz 2 StGB verwendet wird, wollte der Gesetzgeber dem "Ausbeuten" keinen weiteren Bedeutungsgehalt beimessen (Göhler, Protokoll der 88. Sitzung des Sonderausschusses für die Strafrechtsre-

form des Deutschen Bundestages vom 17. Mai 1976, S. 2802: Der Begriff des Ausbeutens formuliere das Unrecht "plastischer".). Demnach genügt es, wenn das Ausnutzen der Schwächesituation (mit)ursächlich für das Vereinnahmen des überhöhten Werklohns ist; ein darüberhinausgehender funktionaler Zusammenhang zwischen der Zwangslage und der drastischen Überbewertung der Leistung des Wucherers ist nicht erforderlich (vgl. MüKoStGB/Panaris, aaO Rn. 20; a.A. Kindhäuser, NStZ 1994, 105, 109).

61 (2) Da Mitursächlichkeit ausreicht, kommt es nicht darauf an, ob sich der Übervorteilte – was den Wuchertatbestand in der Variante der Zwangslage kennzeichnet – der Unangemessenheit seiner Gegenleistung bewusst ist, aber wegen seiner Schwächesituation und der dadurch bedingten erheblichen Einschränkung seiner (zivilrechtlichen) Entscheidungsfreiheit keine Handlungsalternative sieht (vgl. dazu Lackner/Werle, NStZ 1985, 503, 504; Schauer, aaO S. 112; Bechtel, JR 2019, 503, 506; Scheffler, GA 1992, 1, 7 f.). Mithin steht dem Kausalzusammenhang nicht entgegen, dass die Kunden hier nicht "kopflös" handelten (vgl. Franz, IBR 2017, 406), sondern "besonnen" auf der Beauftragung eines ortsansässigen Handwerkers bestanden.

62 (3) Die Kausalität wird nicht dadurch unterbrochen, dass zum Zeitpunkt der Zahlungen die Türen geöffnet waren; denn die Monteure machten die Werklohnforderungen auf der Grundlage der unter Zwang abgeschlossenen Schlüsselnotwerkverträge geltend (vgl. OLG Köln, Urteil vom 22. November 2016 – 1 RVs 210/16 Rn. 11; Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 7. November 2019 – [2] 53 Ss 119/19 [44/19] Rn. 12).

63 cc) Ein auffälliges Missverhältnis zwischen Werkleistung und Gegenleistung ist hier gegeben, weil – wie beim gewerbsmäßigen Bandenbetrug ausgeführt (B. I. 3. a) bb)) – der Werklohn den üblichen Marktpreis regelmäßig um

mehr als das Doppelte überstieg (vgl. dazu LG Bonn, Urteil vom 5. Mai 2006 – 37 M 2/06 Rn. 63; Bechtel, JR 2019, 503, 507; zum Missverhältnis beim "Lohnwucher" BGH, Urteil vom 22. April 1997 – 1 StR 701/96 Rn. 1, 22-28, BGHSt 43, 53, 54, 59 f.). Den Preisempfehlungen des Bundesverbandes Metall-Vereinigung Deutscher Metallhandwerke vom 1. August 2011 sind ein "funktionierender Markt" (Bernsmann, GA 1981, 141, 152) bzw. "ausgeglichene Marktverhältnisse" (Bernsmann, aaO S. 154) auch bezüglich der Nachtzeiten, der Wochenenden und der Feiertage zu entnehmen.

64            b) Betrug und Wucher stehen in der hier zu beurteilenden Tatvariante des Ausnutzens einer Zwangslage in Tateinheit (§ 52 Abs. 1 Alternative 1 StGB).

65            aa) Werden durch dieselbe Handlung mehrere Gesetze verletzt, ist grundsätzlich von Tateinheit gemäß § 52 Abs. 1 Alternative 1 StGB auszugehen (BGH, Beschlüsse vom 21. August 2019 – 3 StR 7/19 Rn. 8 und vom 27. November 2018 – 2 StR 481/17 Rn. 18). Auf diese Weise wird der Klarstellungsfunktion Rechnung getragen, indem die verletzten Normen im Schuldpruch des Urteils zum Ausdruck kommen (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Oktober 1992 – GSSt 1/92 Rn. 33, BGHSt 39, 100, 109; Urteil vom 30. März 1995 – 4 StR 768/94 Rn. 13, BGHSt 41, 113, 116). Die Ausnahme von diesem Grundsatz bilden die Fallgruppen der Gesetzeseinheit. Diese verbindet der Gedanke, dass ein Verhalten zwar mehrere Strafvorschriften erfüllt, jedoch zur Erfassung des Unrechtsgehalts der Tat bereits die Anwendung eines Tatbestands ausreicht (LK/Rissing-van Saan, StGB, 12. Aufl., Vor § 52 Rn. 89). Von maßgeblicher Bedeutung für diese Wertung sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Rechtsgüter, gegen die sich der Angriff des Täters richtet,

und die Tatbestände, die das Gesetz zu ihrem Schutz aufstellt. Die Verletzung des durch den einen Straftatbestand geschützten Rechtsguts muss eine – wenn auch nicht notwendige, so doch regelmäßige – Erscheinungsform der Verwirklichung des anderen Tatbestands sein (BGH, Beschlüsse vom 20. Oktober 1992 – GSSt 1/92 Rn. 34 f., BGHSt 39, 100, 109 und vom 21. August 2019 – 3 StR 7/19 Rn. 9; Urteil vom 16. April 2014 – 2 StR 608/13, BGHR StGB § 225 Konkurrenzen 4 Rn. 17).

66 In diesem Sinne liegt etwa Gesetzeseinheit in Form der (materiellen) Subsidiarität vor, wenn zwischen mehreren verwirklichten Tatbeständen, die dasselbe Rechtsgut schützen, ein "normatives Einschluss- oder Stufenverhältnis" besteht, welches das als Auffangtatbestand fungierende Gesetz hinter dem primär anzuwendenden zurücktreten lässt (BGH, Beschluss vom 21. August 2019 – 3 StR 7/19 Rn. 9; LK/Rissing-van Saan, StGB, 12. Aufl., Vor § 52 Rn. 125). Dabei resultiert das Einschluss- oder Stufenverhältnis daraus, dass die Tatbestände verschiedene Stadien oder unterschiedlich intensive Arten des Angriffs auf dieses Rechtsgut erfassen, wie es etwa bei Gefährdungs- und Verletzungsdelikten der Fall ist (BGH, Beschluss vom 21. August 2019 – 3 StR 7/19 Rn. 9; LK/Rissing-van Saan, StGB, 12. Aufl., Vor § 52 Rn. 129).

67 bb) An diesen Grundsätzen gemessen ist im Ergebnis in der hier gegebenen Fallkonstellation – in Übereinstimmung mit dem Grundsatz der Klarstellung – Tateinheit anzunehmen.

68 (1) Der Unrechtsgehalt beider Delikte ist nicht gänzlich deckungsgleich, auch wenn sie jeweils das Vermögen des Übervorteilten schützen (im Ergebnis ebenso NK-StGB/Kindhäuser, 5. Aufl., § 291 Rn. 56; BeckOK StGB/Schmidt, 45. Ed., § 291 Rn. 48). Das Ausgeliefertsein gibt neben der Irrtumslage dieser

Sachverhaltskonstellation ihr Gepräge. Zum Erfassen der gegenüber dem Betrug anderen Angriffsart ist die tateinheitliche Verurteilung wegen Wuchers geboten, auch wenn sich – wie hier – die Betrugshandlungen in der Täuschung über die Ortsüblichkeit der abgerechneten Preise erschöpfen und der Handwerker nicht zusätzlich über vermögensrelevante Positionen wie etwa nicht erbrachte Werkleistungen oder deren Erforderlichkeit täuscht (dazu LG Bonn, Urteil vom 5. Mai 2006 – 37 M 2/06 Rn. 61).

69 (2) Der Annahme von Tateinheit steht nicht entgegen, dass der Wucher in der Tatbestandsalternative des "Versprechenlassens" bereits eine Vermögensgefährdung erfasst, die nur Durchgangsstadium sein könnte. Denn wegen der Wirksamkeit der Werkverträge (§ 632 Abs. 2 BGB) ist die erste Tatbestandsalternative des § 291 Abs. 1 StGB nicht einschlägig; das "Gewährenlassen" beinhaltet hingegen regelmäßig den Austausch von Leistung und Gegenleistung und damit eine Vermögensverletzung (vgl. Scheffler, GA 1992, 1, 5 mwN).

70 (3) Es besteht hier kein Bedürfnis, der Vorschrift des § 291 StGB mit seiner geringeren Strafandrohung eine Sperrwirkung beizumessen (vgl. Lackner/Werle, NStZ 1985, 503, 505; Lackner/Kühl/Heger, aaO § 291 Rn. 12). Da sich die Angriffsarten unterscheiden (zum einen anknüpfend an die Irrtumslage, zum anderen an die Zwangslage), enthält der Wucher auch keinen Privilegierungstatbestand für den Bewucherer; er sperrt damit nicht – anders als etwa die Vorschriften über die Gebühren- bzw. Abgabenüberhebung nach §§ 352, 353 StGB (dazu BGH, Urteile vom 6. November 1951 – 2 StR 178/51 Rn. 4 f., BGHSt 2, 35, 36 f.; vom 6. September 2009 – 5 StR 64/06 Rn. 18 und vom 26. Januar 1956 – 3 StR 398/55 Rn. 9; Beschlüsse vom 9. Juni 2009 –

5 StR 394/08, BGHR StGB § 352 Abs. 1 Konkurrenzen 1 Rn. 10, 12 und § 353 Abs. 1 Konkurrenzen 1 sowie vom 20. März 2018 – 3 StR 84/18 Rn. 4) – als spezielleres Gesetz den Betrug. Keineswegs geht regelmäßig mit dem Ausnutzen der Zwangslage ein Irrtum einher; der Betrug ist damit auch nicht mitbestrafte Begleittat (Konsumtion; dazu zuletzt BGH, Beschluss vom 21. August 2019 – 3 StR 7/19 Rn. 10 mwN; a.A. Schauer, aaO S. 246 ff., 253).

71 2. Infolge der Änderung des Schuldspruchs im Fall B. IV. der Urteilsgründe können die zugehörigen Einzelstrafen keinen Bestand haben. Die Aufhebung der Einsatzfreiheitsstrafen zieht jeweils die Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs auch zu Lasten der Angeklagten nach sich.

Raum

Fischer

RiBGH Dr. Bär  
ist erkrankt und  
deshalb an der  
Unterschrifts-  
leistung gehindert.  
Raum

Leplow

Pernice

Vorinstanz:

Kleve in Moers, LG, 07.08.2018 - 203 Js 146/09 3/17 190 KLs