



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

5 StR 185/18

(alt: 5 StR 162/16)

vom
23. Oktober 2018
in der Strafsache
gegen

1.

2.

3.

4.

wegen Betruges u.a.

ECLI:DE:BGH:2018:231018B5STR185.18.0

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung der Beschwerdeführer am 23. Oktober 2018 gemäß § 349 Abs. 2 StPO beschlossen:

Die Revisionen der Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Berlin vom 29. November 2017 werden als unbegründet verworfen, da die Nachprüfung des Urteils auf Grund der Revisionsrechtfertigungen keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten ergeben hat.

Jeder Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Ergänzend zur Antragsschrift des Generalbundesanwalts bemerkt der Senat zur Anordnung der Einziehung des Wertes des Tatertrages (§§ 73, 73c StGB):

1. Das Landgericht hat zu Recht die §§ 73 ff. StGB in der Fassung des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872) angewendet.

a) Zwar wurden die der Einziehung des Wertes des Tatertrages nach §§ 73, 73c StGB zugrunde liegenden Betrugstaten vor dem Inkrafttreten der neuen Regelungen am 1. Juli 2017 (vgl. Art. 8 des Gesetzes vom 13. April 2017, BGBl. I S. 894) begangen. Abweichend von § 2 Abs. 5 StGB sind gemäß Art. 316h Satz 1 EGStGB aber auch dann die §§ 73 ff. StGB in der neuen Fassung anzuwenden, wenn – wie im vorliegenden Fall – erst nach dem Inkrafttre-

ten des Gesetzes über die Einziehung des Tatertrages oder des Wertes des Tatertrages entschieden wird (vgl. BGH, Beschluss vom 22. März 2018 – 3 StR 42/18, NStZ 2018, 400).

b) Dem steht nicht entgegen, dass dem nun angegriffenen Urteil vom 29. November 2017 eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs vorausging, mit dem das erste tatrichterliche Urteil in dieser Sache vom 30. Juli 2015 auf die Revision der Staatsanwaltschaft u.a. insoweit aufgehoben worden war, als die damals zuständige Strafkammer des Landgerichts Feststellungen nach § 111i Abs. 2 StPO unterlassen hatte (vgl. dazu BGH, Urteil vom 25. Oktober 2016 – 5 StR 162/16, wistra 2017, 143). Denn die ausnahmsweise Fortgeltung des alten Rechts ergibt sich weder aus den Übergangsvorschriften des Art. 316h Satz 2 EGStGB oder des § 14 EGStPO noch aus dem Rückwirkungs- oder dem Verschlechterungsverbot.

aa) Art. 316h Satz 2 EGStGB ist auf eine Entscheidung nach § 111i Abs. 2 Satz 1 StPO aF nicht anwendbar.

(1) § 111i Abs. 2 Satz 1 StPO aF war trotz seines materiell-rechtlichen Gehalts (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 4. Dezember 2014 – 4 StR 60/14, BGHSt 60, 75, 80) Teil des Strafprozessrechts und unterfällt daher schon systematisch nicht dem EGStGB. Dieser Zuordnung zum Strafverfahrensrecht folgend hat der Reformgesetzgeber daher mit § 14 EGStPO eine gesonderte Übergangsregelung für Feststellungen nach § 111i Abs. 2 Satz 1 StPO aF getroffen.

(2) Eine Anwendbarkeit von Art. 316h Satz 2 EGStGB auf Entscheidungen nach § 111i Abs. 2 Satz 1 StPO aF stünde zudem nicht im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers, da dann kein eigenständiger Anwendungsbereich für die Übergangsregelung des § 14 EGStPO verbliebe. § 14 EGStPO muss daher

als spezielle Übergangsvorschrift für Entscheidungen nach § 111i Abs. 2 Satz 1 StPO aF Vorrang vor Art. 316h Satz 2 EGStGB haben.

(3) Die gemäß § 111i Abs. 2 Satz 1 StPO aF zu treffende Entscheidung ist keine „Entscheidung über die Anordnung des Verfalls oder des Verfalls von Wertersatz“ im Sinne des Art. 316h Satz 2 EGStGB.

Dies ergibt sich bereits aus dem Wortlaut des § 111i Abs. 2 Satz 1 StPO aF. Danach hatte das Gericht im Rahmen des ihm eingeräumten Ermessens eine Entscheidung über die in der Vorschrift bezeichnete Feststellung im Urteil zu treffen, nicht aber eine Entscheidung über die Anordnung des Verfalls oder des Verfalls von Wertersatz.

Sie ist aber auch der Sache nach keine Entscheidung im Sinne des Art. 316h Satz 2 StGB. Im Falle einer ausdrücklichen Entscheidung folgt dies bereits aus der Entscheidungsformel selbst, da dann die Feststellung des Ausschlusses des Verfalls (§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB aF) tenoriert ist und nicht die Anordnung des Verfalls (§ 73 Abs. 1 Satz 1 StGB aF) oder des Verfalls von Wertersatz (§ 73 Abs. 1 Satz 1, § 73a Satz 1 StGB aF). Hat das Gericht hingegen keine Feststellung im Sinne des § 111i Abs. 2 Satz 1 StPO aF getroffen, unterscheidet sich die Urteilsformel rein äußerlich zwar nicht von dem Fall, dass das Gericht keine Maßnahme nach § 73 Abs. 1 Satz 1, § 73a StGB angeordnet hat (vgl. zur Nichtanordnung als Entscheidung im Sinne des Art. 316h Satz 2 EGStGB BT-Drucks. 18/11640, S. 84; BGH, Urteil vom 29. März 2018 – 4 StR 568/17, NStZ 2018, 459), weil es die tatbestandlichen Voraussetzungen für nicht gegeben erachtet oder nach § 73c StGB aF von der Anordnung abgesehen hat (vgl. BGH, Urteil vom 29. November 2017 – 2 StR 271/17, unter missverständlichem Hinweis auf § 14 EGStPO). Die Nichtanordnung des Verfalls oder des Wertersatzverfalls beruht aber in den Fällen des § 111i Abs. 2 Satz 1 StPO aF auch in

dieser Konstellation nicht auf einer „Entscheidung“ des Gerichts in dem Sinn, dass es die tatbestandlichen Voraussetzungen der § 73 Abs. 1 Satz 1, § 73a StGB aF verneint oder die des § 73c StGB aF bejaht hat, sondern auf dem von § 73 Abs. 1 Satz 2 StPO aF gesetzlich angeordneten Ausschluss des Verfalls. Dass im Rahmen der Ermessensentscheidung nach § 111i Abs. 2 Satz 1 StPO inzident die tatbestandlichen Voraussetzungen für eine Verfallsanordnung geprüft werden mussten, ändert daran nichts. Insofern kann es auch dahinstehen, ob eine unbegründete, stillschweigende Nichtanordnung des Verfalls oder des Verfalls von Wertersatz eine „Entscheidung“ im Sinne des Art. 316h Satz 2 EGStGB sein kann (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 29. März 2018 – 4 StR 568/17, aaO).

bb) Die Fortgeltung des früheren Rechts ergibt sich nicht aus § 14 EGStPO, da die tatbestandlichen Voraussetzungen der Regelung nicht vorliegen.

Die Übergangsvorschrift des § 14 EGStPO setzt voraus, dass bis zum Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung am 1. Juli 2017 in einem Urteil oder Strafbefehl gemäß § 111i Abs. 2 Satz 1 StPO aF festgestellt worden ist, dass (lediglich) deshalb nicht auf Verfall erkannt wird, weil der Anordnung Ansprüche eines Verletzten im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB aF entgegenstehen. Die Regelung ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Feststellung nach § 111i Abs. 2 Satz 1 StPO aF die Voraussetzung für die sogenannte Rückgewinnungshilfe und den Auffangrechtserwerb des Staates nach § 111i Abs. 5 StPO aF darstellte (vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 2014 – 4 StR 60/14, BGHSt 60, 75, 80). Als Ausnahme von dem allgemeinen Grundsatz des Strafverfahrensrechts, wonach neue strafprozessuale Regelungen auch für bereits anhängige Verfahren gelten (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Februar 1969 – 4 StR 357/68, BGHSt 22, 321, 325;

KK-Gericke, StPO, 7. Aufl., § 354a Rn. 5; OLG Hamm StraFo 2018, 63, 64), ordnet sie daher die Fortgeltung des früheren Rechts an, um die rechtlichen Grundlagen für die beiden Konzepte (§ 111i Abs. 2 bis 5 StPO aF) zu erhalten und damit Regelungslücken zu vermeiden (BT-Drucks. 18/9525, S. 98; Meyer-Goßner/Schmitt, EGStPO, 61. Aufl., § 14 Rn. 1). § 14 EGStPO knüpft deshalb an die – hier nicht gegebene – Feststellung des gesetzlichen Ausschlusses der Verfallsanordnung an und nicht – insofern anders als Art. 316h Satz 2 StGB – an die Entscheidung über die Feststellung nach § 111i Abs. 2 Satz 1 StPO aF. Denn auch nur insoweit ist die Fortgeltung der früheren (prozessualen) Regelungen erforderlich, um das nach altem Recht begonnene Verfahren ohne Brüche zu Ende führen zu können.

cc) Der in Art. 316h Satz 1 EGStGB normierte Ausschluss von § 2 Abs. 5 StGB verstößt nicht gegen das Rückwirkungsverbot (Art. 103 Abs. 2 GG, Art. 7 Abs. 1 Satz 2 MRK), weil die vom Landgericht angeordnete Einziehung des Wertes des Tatertrages nach §§ 73, 73c StGB keinen Strafcharakter hat (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Februar 2018 – 5 StR 600/17, NStZ 2018, 366, 367; Beschluss vom 22. März 2018 – 3 StR 42/18, NStZ 2018, 400). Das Verschlechterungsverbot steht der Anordnung nicht entgegen, weil das erste landgerichtliche Urteil in dieser Sache auch hinsichtlich der unterbliebenen Feststellung nach § 111i Abs. 2 Satz 1 StPO aF auf die zu Ungunsten der Angeklagten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft aufgehoben wurde (§ 358 Abs. 2 StPO).

2. Die vom Landgericht gegen die Angeklagten als Gesamtschuldner angeordnete Einziehung des Wertes des Tatertrages in Höhe von 349.500 Euro (§ 73 Abs. 1, § 73c StGB) weist keinen diese beschwerenden Rechtsfehler auf.

a) Der Wertersatz einziehung liegen im Wesentlichen folgende Feststellungen zugrunde:

Dem gemeinsamen Tatplan entsprechend setzten die Angeklagten bei der betrügerischen Erlangung der verfahrensgegenständlichen Darlehen und Kontokorrentkredite verschiedene Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH) ein, die in den Fällen 1 und 2 die Angeklagten G. und L. und im Fall 3 die Angeklagten L. und H. „vorgehalten“ hatten. Als vermeintliche Gesellschafter und Geschäftsführer der jeweiligen GmbH setzten sie Dritte ein, die allerdings keinen Einfluss auf die Gesellschaften hatten. Vielmehr wurden ausschließlich die Angeklagten für diese tätig. Um den Eindruck tatsächlicher wirtschaftlicher Aktivitäten und Liquidität der Gesellschaften zu vermitteln, legten sie der geschädigten B. gefälschte Dokumente wie Betriebswirtschaftliche Auswertungen, Selbstauskünfte und Jahresabschlussberichte vor.

Infolge der Täuschungshandlungen gaben die zuständigen Mitarbeiter der B. die Darlehen und Kontokorrentkredite irrtumsbedingt frei, so dass die jeweiligen Geldbeträge in Höhe von insgesamt 450.000 Euro nach ihrer Gutschrift auf den Girokonten der Gesellschaften „zur freien Verfügung“ standen. Jeweils nur wenige Tage später ließen sich – teilweise nach Zwischenüberweisungen – der Angeklagte L. (Fall 1), der Angeklagte H. „im Beisein“ des Angeklagten K. (Fall 2) und der Angeklagte G. (Fall 3) insgesamt 387.000 Euro von den gutgeschriebenen Darlehen und Krediten auszahlen, um das Bargeld anschließend abredgemäß unter sich und dem gesondert verfolgten Sparkassenmitarbeiter Ki. aufzuteilen. Feststellungen zur konkreten Aufteilung der Geldbeträge konnte das Landge-

richt nicht treffen. Der B. verblieb ein Schaden von 395.000 Euro, der mittlerweile in Höhe von 37.500 Euro wiedergutmacht ist.

b) Die Anordnung der Einziehung des Wertes des Tatertrages nach § 73 Abs. 1, § 73c Satz 1 StGB weist keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten auf.

aa) Diese haben „durch“ rechtswidrige (Betrugs-)Taten die an ihre Gesellschaften ausgereichten Darlehen und Kontokorrentkredite mit deren Gutschrift auf den Geschäftsgirokonten und Freigabe „zur freien Verfügung“ erlangt.

(1) Erlangt im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB hat der Täter oder Teilnehmer einen Vermögenswert, wenn dieser ihm durch die Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaufs so zugeflossen ist, dass er die tatsächliche Verfügungsgewalt über ihn ausüben kann (vgl. BGH, Urteil vom 30. Mai 2008 – 1 StR 166/07, BGHSt 52, 227, 246). Bei mehreren Tatbeteiligten genügt eine tatsächliche oder wirtschaftliche Mitverfügungsgewalt über den Vermögenswert. Dies ist der Fall, wenn sie im Sinne eines tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses ungehinderten Zugriff auf den Vermögensgegenstand nehmen können (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juli 2018 – 5 StR 645/17, NStZ-RR 2018, 278, 279).

Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt. Jeder der Angeklagten war tatsächlich in der Lage, für die zur Tatbegehung eingesetzten Gesellschaften in Form von Kontoeröffnungen, bei Notarterminen, der Einreichung von Schriftstücken bei der B. und ähnlichem tätig zu werden. Zudem war jeder von Ihnen zumindest in einem Fall an der Abhebung oder Zwischenüberweisung der Darlehen und Kontokorrentkredite von dem jeweiligen Gesellschaftskonto beteiligt. Sie hatten mithin ungehinderten Zugriff auf die der jeweiligen GmbH gewährten Darlehen und Kontokorrentkredite und damit jeweils wirtschaftliche

Mitverfügungsgewalt über die Vermögenswerte, die den von ihnen „vorgehaltenen“ Gesellschaften durch die Betrugstaten zugeflossen sind.

Dies wird auch nicht dadurch in Frage gestellt, dass die Angeklagten die Taterträge in Gestalt der als Buchgeld ausgereichten Darlehen und Kontokorrentkredite nach den jeweiligen Barabhebungen untereinander aufgeteilt haben. Denn aufgrund der gebotenen gegenständlichen (tatsächlichen) Betrachtungsweise ist es unerheblich, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang die Beteiligten eine durch die Tat gewonnene (Mit-)Verfügungsmacht später aufgegeben haben und der zunächst erzielte Vermögenszuwachs durch Mittelabflüsse bei der Beuteteilung gemindert wurde. Eine Mehrfachabschöpfung folgt daraus nicht, weil – was das Landgericht bedacht hat – in diesen Fällen von einer gesamtschuldnerischen Haftung auszugehen ist (vgl. BGH, Urteil vom 24. Mai 2018 – 5 StR 623/17 und 5 StR 624/17).

(2) Dem steht nicht entgegen, dass die strafrechtswidrige Vermögensmehrung nicht unmittelbar bei den Angeklagten selbst, sondern bei der jeweils für die Tatbegehung eingesetzten GmbH eingetreten ist.

Es kann offenbleiben, ob angesichts der Ersetzung des Tatbestandsmerkmals „aus“ und der damit einhergehenden Ablehnung des von der Rechtsprechung zu § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB aF entwickelten Unmittelbarkeitskriteriums (vgl. BT-Drucks. 18/9525, S. 56) der zeitliche Zusammenhang zwischen dem Vermögenszufluss bei der juristischen Person und der Weiterleitung des Vermögenswertes an den oder die für diese handelnden Tatbeteiligten im neuen Recht weiter zu fassen ist als bisher. Denn die Vermögenswerte wären auch nach früherem Recht von den Angeklagten „erlangt“ worden. Zwar ist regelmäßig davon auszugehen, dass eine GmbH als juristische Person über eine eigene Vermögensmasse verfügt, die vom Privatvermögen des Täters zu unter-

scheiden ist. Grundsätzlich erlangt ein Tatbeteiligter daher nicht ohne weiteres die der juristischen Person durch die rechtswidrige Tat zugeflossenen Vermögenswerte, auch wenn er legale Zugriffsmöglichkeiten auf das Vermögen der GmbH hat. Etwas anderes gilt aber, wenn der Täter die juristische Person nur als formalen Mantel nutzt, so dass er zwischen seiner eigenen Vermögenssphäre und derjenigen der Gesellschaft nicht trennt, oder jeder durch die rechtswidrige Tat begründete Vermögenszufluss bei der juristischen Person sogleich an den oder die Tatbeteiligten weitergeleitet wird. In diesen Fällen hat der Täter oder Teilnehmer zugleich mit dem Vermögenszufluss bei der juristischen Person den betreffenden Vermögenswert selbst im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB erlangt (vgl. BVerfG, NJW 2005, 3630, 3631; BGH, Urteile vom 30. Mai 2008 – 1 StR 166/07, BGHSt 52, 227, 256; vom 29. November 2018 – 2 StR 271/17 Rn. 15). Ist dessen gegenständliche Einziehung nicht (mehr) möglich, so haftet er gemäß § 73c StGB für dessen Wert.

So liegt der Fall hier. Die jeweiligen Gesellschaften waren für die Tatbegehung „vorgehalten“ worden. Wirtschaftliche Aktivitäten entfalteten sie nicht. Sie dienten den Angeklagten mithin jeweils lediglich als formaler Mantel für die Betrugstaten. Zudem ließen sich die Angeklagten die den Gesellschaften gewährten Darlehen und Kontokorrentkredite jeweils nur wenige Tage später („sogleich“) auszahlen, um die entsprechenden Bargeldebeträge abredgemäß untereinander aufzuteilen. Damit sind den Angeklagten die betrügerisch erlangten Darlehen und Kontokorrentkredite mit der Gutschrift auf den Girokonten der von ihnen „vorgehaltenen“ Gesellschaften „zur freien Verfügung“ – und damit mit der Vollendung der jeweiligen Betrugstaten (vgl. BGH, Urteil vom 3. Juni 1960 – 4 StR 121/60, BGHSt 15, 24, 26; Beschluss vom 10. Januar 1995 – 1 StR 582/94, NStZ 1995, 232) – zugeflossen.

Dass das Landgericht die jeweiligen Barauszahlungen als das durch die Tat erlangte Etwas im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB angesetzt hat, beschwert die Angeklagten nicht, weil diese niedriger waren als die den Gesellschaften gewährten Darlehen und Kontokorrentkredite.

bb) Die Schadenswiedergutmachung in Höhe von 37.500 Euro hat das Landgericht zu Recht in Abzug gebracht, weil die Einziehung des Wertes des Tatertrages (§§ 73, 73c StGB) insoweit gemäß § 73e Abs. 1 StGB ausgeschlossen war.

Mutzbauer

Sander

Berger

Mosbacher

Köhler