



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 StR 579/15

vom

10. August 2016

in der Strafsache

gegen

1.

2.

wegen Betrugs u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Verhandlung vom 18. Mai 2016 in der Sitzung am 10. April 2016, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Fischer,

die Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Appl,
Prof. Dr. Krehl,
Dr. Eschelbach,
Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Bartel,

Staatsanwalt beim Bundesgerichtshof
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt _____ in der Verhandlung
als Verteidiger des Angeklagten P. ,

Rechtsanwalt _____ in der Verhandlung
als Verteidiger des Angeklagten B. _____ ,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Erfurt vom 19. August 2015 mit den Feststellungen aufgehoben, soweit es den Angeklagten P. betrifft.
2. Auf die Revision des Angeklagten P. wird das vorgenannte Urteil, soweit es ihn betrifft, mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben
 - a) soweit er in den Fällen II.1, 5, 7, 9, 10 und 12 verurteilt wurde,
 - b) im Strafausspruch.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
4. Die weitergehende Revision des Angeklagten P. wird verworfen.
5. Die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das vorgenannte Urteil wird verworfen, soweit es die Freisprechung des Angeklagten B. betrifft.

Die insoweit entstandenen Kosten des Rechtsmittels und die dem Angeklagten B. hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen fallen der Staatskasse zur Last.

Von Rechts wegen

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten P. wegen Betrugs in zwölf Fällen und versuchten Betrugs zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die Angeklagten A., B. und H. hat es freigesprochen. Von einer Entscheidung über den Adhäsionsantrag der Firma Av. C. GmbH hat es abgesehen. Gegen dieses Urteil richten sich die Revision des Angeklagten P. und die zum Nachteil der Angeklagten P. und B. eingelegten Revisionen der Staatsanwaltschaft. Die Rechtsmittel haben den aus der Urteilsformel ersichtlichen Erfolg; im Übrigen sind sie unbegründet.

A.

2 Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

3 I. Der Angeklagte P. war im August 2012 aus der Haft entlassen worden und stand unter Führungsaufsicht. Ein weiteres Strafverfahren gegen ihn war beim Amtsgericht Erfurt anhängig. Vor diesem Hintergrund fuhr er nach Rumänien und suchte einen früheren Mitgefangenen auf, der ihn beherbergte. „Der Bekannten- bzw. Freundeskreis des Angeklagten P. verdiente u.a. damit Geld, dass Baumaschinen und Transportfahrzeuge in Deutschland angemietet, dann nach Rumänien gebracht und dort verkauft wurden. Der Angeklagte P. erklärte sich bereit, bei diesen Geschäften mitzumachen, da ihm ein Lohn von jeweils 3.000 Euro für jede Fahrt nach Deutschland versprochen wurde. P. fuhr mit einem Transporter nach Deutschland, mietete dort Baumaschinen an und brachte sie nach Rumänien, wo sie versteigert bzw. gleich zum Käufer gebracht wurden“. Einzelheiten dazu konnte das Landgericht nicht feststellen.

4 Ende Oktober oder Anfang November 2013 fuhr der Angeklagte P. mit seinen Bekannten S. , Ar. und V. nach M. in Rumänien. Von dort fuhren sie ins Gebirge und begaben sich zu einer Hütte. Dort kniete ein gefesselter und genebelter Mann, den S. in Anwesenheit des Angeklagten P. durch Kopfschuss tötete. Dann fuhr der Angeklagte P. mit seinen Bekannten zurück nach M. . In den folgenden Tagen erklärte er, dass er „aussteigen“ wolle. Darauf wurde ihm gedroht, dass mit ihm dann das Gleiche geschehen werde wie mit dem Getöteten. Zeitweise wurde der Angeklagte P. auch eingesperrt. In der Zwischenzeit war gegen ihn beim Amtsgericht Erfurt ein Haftbefehl ergangen. Am 27. November 2013 stellte er sich der deutschen Polizei und behauptete, dass er einer „Hinrichtung“ beigewohnt habe und zum Anmieten von Transportern und Baumaschinen gezwungen werde. Die Ermittlungen zum Mord in Rumänien brachten kein Ergebnis.

5 II. Der Angeklagte P. wurde durch das Amtsgericht Erfurt am 23. Januar 2014 von der Untersuchungshaft verschont. Danach beging er die abgeurteilten Taten.

6 1. Der Angeklagte P. nahm Kontakt mit dem früheren Mitangeklagten W. auf. Er erklärte diesem, dass er einen Fahrer benötige, weil er keine Fahrerlaubnis habe. W. solle einen Transporter fahren und werde dafür 300 Euro erhalten. Am 3. Februar 2014 begaben sich P. und W. zur Av. G. GmbH & Co. KG in Erfurt, wo W. im eigenen Namen auf Geheiß des Angeklagten P. einen Mietvertrag über einen Transporter im Wert von 35.000 Euro abschloss und das Fahrzeug erhielt (Fall II.1. der Urteilsgründe).

7 2. Sodann fuhren P. und W. zur Firma L. in Erfurt. Dort mietete der Angeklagte P. selbst einen Anhänger und einen Bagger im Ge-

samtwert von 40.000 Euro. Mit dem Transporter, dem Anhänger und dem Bagger fuhren P. und W. über Österreich nach Italien. In der Nähe von Mailand dirigierte P. seinen Fahrer zu einer Baustelle, wo er den Bagger an einen Unbekannten übergab. Am Folgetag wurden der Transporter und der Anhänger mit Holz beladen, das nach Rumänien transportiert werden sollte. Auf Anweisung des Angeklagten P. fuhr W. über Slowenien und Ungarn nach Rumänien. Dort übergab P. das Fahrzeug nebst Anhänger und Ladung an unbekannte Abnehmer (Fall II.2. der Urteilsgründe).

8 P. und W. fuhren mit einem Bus nach Deutschland zurück. W. erhielt die versprochenen 300 Euro nicht. P. wurde festgenommen. Bei der Vorführung vor den Ermittlungsrichter erklärte er, dass er am 6. Februar 2014 nach Rumänien entführt worden sei. Am 27. Februar 2014 wurde er vom Amtsgericht Erfurt zu einer Geldstrafe verurteilt und aus der Untersuchungshaft entlassen.

9 3. Der Angeklagte P. nahm sodann Kontakt mit dem unter Betreuung stehenden A. auf und erklärte, dieser solle einen Transporter fahren, wofür er 400 Euro erhalte. Am 7. April 2014 begab sich der Angeklagte P. zusammen mit A. zur Autovermietung Sp. in Erfurt. P. führte die Vertragsverhandlungen und schloss einen Mietvertrag über einen Transporter im Zeitwert von 12.000 Euro und einen Anhänger im Wert von 3.000 Euro ab. Als Fahrer wurde A. im Vertrag genannt. P. zahlte dem Vermieter eine Kaution. Darauf wurden ihm das Fahrzeug und der Anhänger übergeben (Fall II.3. der Urteilsgründe).

10 4. A. fuhr auf Geheiß des Angeklagten P. mit dem Transporter zur Firma R. in Tüttleben. Dort mietete P. einen Minibagger im Wert von 20.000 Euro. Dann fuhren A. und P. nach Rumänien, wo sie von einem

Unbekannten erwartet wurden. P. erklärte A. wahrheitswidrig, dass der Bagger dort für Bauarbeiten benötigt und anschließend mit dem Transporter und dem Anhänger nach Deutschland zurückgebracht werde. Tatsächlich wurden die Mietsachen, wie es dem Tatplan des Angeklagten P. entsprach, in Rumänien verkauft. A. erhielt den versprochenen Lohn für seine Fahrerdienste nicht (Fall II.4. der Urteilsgründe).

11 5. Im April 2014 lernte der Angeklagte P. den Angeklagten B. kennen. Diesem sagte er, dass er einen Fahrer benötige; B. solle einen Transporter ins Ausland fahren und dafür 500 Euro erhalten. Am 22. April 2014 begaben sich die Angeklagten P. und B. zur Firma He. in Erfurt. Dort mietete B. einen Transporter im Wert von 30.000 Euro und zahlte dem Vermieter eine Kautions von 450 Euro, die er von P. erhalten hatte; im Gegenzug wurde das Fahrzeug an den Angeklagten B. übergeben (Fall II.5. der Urteilsgründe).

12 6. Mit dem Transporter fuhren die Angeklagten B. und P. nach Weimar zur Firma Sc. . Dort mietete P. einen Anhänger und einen Bagger im Gesamtwert von 25.000 Euro. Dann fuhr B. auf Anweisung des Angeklagten P. nach Bad Reichenhall, wo sie einen von P. als „Chef“ bezeichneten Unbekannten trafen. Nach einem Gespräch mit diesem erklärte P. dem Angeklagten B. wahrheitswidrig, sie sollten den Transporter zurücklassen, damit er nicht zu viele Kilometer „mache“. Mit einem anderen Fahrzeug sollte der Bagger nach Rumänien gebracht werden. Dem Angeklagten B. , der den Äußerungen Glauben schenkte, wurde vom „Chef“ ein anderes Transportfahrzeug übergeben. Auch wurde ihm versprochen, dass er für die zusätzliche Fahrt nach Rumänien weitere 300 Euro zu dem versprochenen Lohn von 500 Euro erhalten werde. P. und B. fuhren nach Rumänien, wo sie in einem Hotel übernachteten. Während ihres dort-

gen Aufenthalts wurden der Transporter, der Anhänger und der Bagger von Unbekannten abgeholt (Fall II.6. der Urteilsgründe).

13 7. Mit einem anderen Transporter fuhren P. und B. auf Anweisung des „Chefs“ nach München, wo Unbekannte diesen Transporter übernahmen. Die Angeklagten P. und B. wurden nach Regensburg gefahren. P. erklärte B. , dass sie dort noch einen Transporter anmieten müssten, um den Bagger in Rumänien abzuholen. B. mietete daher auf Anweisung des Angeklagten P. , der angeblich „noch etwas anderes zu erledigen“ hatte, bei der Firma Av. C. GmbH einen Transporter im Wert von 30.000 Euro (Fall. II.7. der Urteilsgründe).

14 8. Mit diesem Transporter fuhren P. und B. nach Garching, wo P. einen Minibagger und einen Anhänger im Gesamtwert von 26.000 Euro mietete. Dann fuhren sie nach Rumänien, wo das Fahrzeug nebst Anhänger und Bagger an Unbekannte übergeben wurden. B. verlangte seinen Lohn, wurde aber von P. vertröstet und versetzt. Den Lohn erhielt B. nicht (Fall II.8. der Urteilsgründe).

15 9. Am 24. Juni 2014 nahm der Angeklagte P. unter dem Aliasnamen St. Wa. mit dem früheren Mitangeklagten H. Kontakt auf und erklärte diesem, dass er einen Fahrer benötige. H. solle eine Auslandsfahrt durchführen, wofür er 300 Euro erhalten werde. H. wurde dazu von P. in Begleitung eines Rumänen abgeholt. Sie fuhren mit einem Pkw zur Autovermietung He. in Potsdam-Babelsberg. Dort bat P. den Angeklagten H. , einen Transporter anzumieten, während er sich selbst unter dem Vorwand, es mache keinen guten Eindruck, wenn ein Mietinteressent zusammen mit einem Rumänen erscheine, nicht in das Ladenlokal des Autovermieters begab. Der anschließende Versuch des Angeklagten P. , bei einem anderen Vermieter

einen Bagger zu mieten, schlug fehl, so dass es bei der Anmietung des Transporters durch H. blieb. Der Rumäne fuhr mit P. in seinem Pkw nach Rumänien, während H. ihnen mit dem Transporter folgte. Am 27. Juni 2014 forderte der Angeklagte P. von H. in Rumänien die Herausgabe des Transporters. Dieser wurde misstrauisch und setzte ein Schreiben auf, wonach „St. Wa.“ bestätigte, dass er, H., nur einen Auftrag erledigt habe und nicht für die Folgen hafte. Darauf übergab H. dem Angeklagten P. den Transporter, mit dem dieser verschwand. H. wurde mit einem anderen Fahrzeug nach Deutschland zurückgebracht. Den versprochenen Lohn für seine Fahrdienste erhielt er nicht (Fall II.9. der Urteilsgründe).

16 10. Am 21. Juli 2014 rief der Angeklagte P. unter dem Aliasnamen „St.“ den Zeugen Str. an und besprach mit diesem eine Auslandsfahrt, die Str. für 500 Euro durchführen sollte. Zusammen mit einem Unbekannten holte der Angeklagte P. den Zeugen Str. ab und sagte, er solle ein Fahrzeug anmieten, weil er, P., noch etwas zu erledigen habe. P. händigte Str. 650 Euro für Kautions und Anzahlung aus. Dann mietete Str. auf Geheiß des Angeklagten P. bei der Firma P. GmbH in Erfurt einen Transporter im Wert von 21.000 Euro an, mit dem er nach Schkeuditz fuhr (Fall II.10. der Urteilsgründe).

17 11. In Schkeuditz mietete P. einen Minibagger und einen Anhänger im Gesamtwert von 24.000 Euro. Damit fuhr Str. im Auftrag des Angeklagten P. nach Rumänien. Dort nahm P., der getrennt mit einem rumänischen Pkw dorthin gefahren war, den Transporter an sich. Er versetzte den Zeugen Str., dem er auch den versprochenen Lohn vorenthielt (Fall II.11. der Urteilsgründe).

18 12. Der Angeklagte P. nahm am 29. September 2014 mit dem Zeugen Be. Kontakt auf. Unter einem Vorwand veranlasste er Be. dazu, nach

Berlin zu fahren. Dort mietete der Zeuge Be. am 30. September 2014 auf Geheiß des Angeklagten P. bei der Firma Le. GmbH einen Transporter im Wert von 10.000 Euro (Fall II.12. der Urteilsgründe).

19 13. Bei der Firma Bo. in Berlin mietete der Angeklagte P. selbst einen Minibagger und einen Anhänger, nachdem sich Be. geweigert hatte, auch diesen Mietvertrag in seinem Namen abzuschließen (Fall II.13. der Urteilsgründe).

20 Be. war misstrauisch und schloss den Transporter ab. Er verließ danach das Firmengelände der Firma Bo., um die Polizei zu verständigen. P. bemerkte dies und flüchtete zusammen mit dem Rumänen mit dem Pkw des Zeugen Be., den beide aber nach kurzer Fahrstrecke zurückließen.

21 III. Die Strafkammer ist davon ausgegangen, dass es sich bei den Taten um eine „Form der organisierten Kriminalität“ gehandelt habe. Sie nahm die Einlassung des Angeklagten P. dazu, dass er eine Hinrichtung miterlebt habe, über die es keine sonstigen Erkenntnisse gab, als unwiderlegt hin. Seine Angaben zu einer späteren Entführung aus Deutschland nach Rumänien glaubte die Strafkammer dagegen nicht. Soweit er in Deutschland in Begleitung eines Rumänen erschienen sei, habe er sich mit diesem freundschaftlich unterhalten. Zu angeblichen Entführungen habe er widersprüchliche Angaben gemacht, die zum Teil mit den festgestellten Abläufen unvereinbar seien.

22 Die Einlassung des Angeklagten B., dass dieser bis zuletzt keinen Betrugs- oder Unterschlagungsvorsatz gehabt habe, hielt das Landgericht für unwiderlegt. Die Schilderung der Abläufe, wonach der Angeklagte P. seinen seriös wirkenden „Chef“ vorgestellt und stets auf dessen Geheiß gehandelt

habe, sei dem Angeklagten B. plausibel erschienen. Zwar habe dieser sich in der Folgezeit als Fahrzeugmieter unvorsichtig verhalten. Jedoch sei er intellektuell „unterdurchschnittlich ausgestattet“ und habe in seinem Leben wiederholt Dinge getan, deren Sinn er nicht verstanden habe. Auch die Tatsache, dass ihm gegen Übergabe des Mietfahrzeugs sofort ein anderer Transporter zur Verfügung gestellt worden sei, habe für ihn einen geschäftsmäßigen Anschein des Gesamtgeschehens erweckt.

23 IV. Bei der rechtlichen Würdigung hat das Landgericht angenommen, es liege in allen Fällen ein Betrug durch den Angeklagten P. zum Nachteil der Vermieter, im Fall 13. ein fehlgeschlagener Versuch des Betrugs vor. Soweit er gutgläubige Dritte bei der Anmietung eingeschaltet habe, sei er mittelbarer Täter des Betrugs gewesen (§§ 263, 25 Abs. 1 - 2. Var. - StGB). Er habe Tatherrschaft durch ein gegenüber den eingeschalteten Vorderleuten überlegenes Wissen um den fehlenden Rückgabewillen und durch seine Präsenz gehabt.

24 Bei der Begehung der Taten sei er jeweils nicht nach § 35 Abs. 1 Satz 1 StGB entschuldigt gewesen. Unbeschadet der in Rumänien gegen ihn geäußerten Drohungen habe für ihn keine Dauergefahr bestanden. Zudem hätte er staatliche Hilfe erbitten können. Schließlich habe er die Gefahr durch die Hinterleute selbst verschuldet (§ 35 Abs. 1 Satz 2 StGB).

25 V. Bei der Strafzumessung ist das Landgericht in allen Fällen von dem gemäß § 35 Abs. 2 Satz 2 in Verbindung mit § 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafrahmen des § 263 Abs. 1 StGB ausgegangen. Es habe kein besonders schwerer oder qualifizierter Fall des Betrugs vorgelegen. Zulasten des Angeklagten P. wirke es sich nur bei der Strafzumessung im engeren Sinne aus, „dass die Taten einer gewerbsmäßigen Begehung recht nahe kamen“. Ferner seien „die Taten einer bandenmäßigen Begehung recht nahe“ gekommen.

B.

- 26 I. Die Revision des Angeklagten P. deckt keinen Rechtsfehler zu seinem Nachteil im Schuldspruch zu den Fällen II.2 bis 4, 6, 8, 11 und 13 auf, bei denen er selbst Mietverträge abgeschlossen hat. Insoweit hat er als eigenhändig handelnder Täter (§ 25 Abs. 1 - 1. Var. - StGB) bei den Vermietern einen Irrtum über seine Bereitschaft zur Zahlung des Mietzinses und zur Rückgabe der Mietsache nach Ablauf der Mietzeit hervorgerufen und diese zu einer Vermögensverfügung durch den Abschluss des Mietvertrags und Herausgabe des Fahrzeugs veranlasst und diesen hierdurch einen Vermögensschaden zugefügt. Dies erfüllt den Tatbestand des Betruges gemäß § 263 Abs. 1 StGB (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Februar 1997 – 3 StR 28/97, BGHR StGB § 263 Abs. 1 Täuschungshandlung 1).
- 27 Der subjektive Tatbestand des Betrugs und die Rechtswidrigkeit des Handelns sind nach den Feststellungen gegeben. Der Angeklagte P. hat auch schuldhaft gehandelt. Unbeschadet der Frage, ob das Landgericht eine Dauer Gefahr im Sinne des § 35 Abs. 1 Satz 1 StGB (vgl. BGH, Urteil vom 25. März 2003 – 1 StR 483/02, BGHSt 48, 255, 259) zutreffend verneint hat, ist es jedenfalls rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass der Angeklagte P. die Gefahr selbst verschuldet habe (§ 35 Abs. 2 Satz 1 StGB).
- 28 II. Durchgreifenden rechtlichen Bedenken begegnet die Annahme des Landgerichts, dass der Angeklagte P. in mittelbarer Täterschaft gemäß § 25 Abs. 1 - 2. Var. - StGB Betrugstaten begangen habe, soweit er in den Fällen II.1, 5, 7, 9, 10 und 12 gutgläubige Dritte dazu veranlasst hat, im eigenen Namen Mietverträge über Transportfahrzeuge abzuschließen.

29 1. Die Feststellungen belegen insoweit nicht, dass die betroffenen Vermieter über einen vertragswesentlichen Umstand getäuscht wurden. Die von dem Angeklagten P. eingeschalteten Vorderleute waren zur Zeit des Vertragsabschlusses gutgläubig und wollten die vertraglich geschuldeten Leistungen als Vertragspartner der Vermieter erbringen, einschließlich der Rückgabe der Fahrzeuge nach Ablauf der Mietzeit. Darauf, dass sie selbst nicht in der Lage waren, den Mietzins zu zahlen, aber davon ausgingen, der Angeklagte P. werde ihnen die dafür erforderlichen Geldmittel zur Verfügung stellen, hat das Landgericht nicht abgestellt. Vielmehr hat es ausschließlich darauf abgehoben, dass eine Täuschung über den Willen zur Rückgabe der Fahrzeuge nach Ablauf der Mietzeit erfolgt sei. Da jedoch die Mieter gutgläubig waren, sie selbst alleinige Vertragspartner der Vermieter wurden und zunächst den Besitz an den Fahrzeugen erhielten, lag keine Täuschung der Vermieter über den Rückgabewillen vor. Andere vertragswesentliche Umstände, die auch aus der Sicht der Fahrzeugmieter nicht eingehalten werden sollten, wie etwa die Durchführung von Fahrten in bestimmte Länder oder die Überlassung der Fahrzeuge an Nichtvertragspartner, hat die Strafkammer nicht festgestellt.

30 2. Ferner ergibt sich aus den Feststellungen des Landgerichts nicht, dass die Fahrzeugvermieter infolge eines Irrtums jeweils eine vermögensschädigende Verfügung im Sinne des Betrugstatbestands zugunsten des Angeklagten P. getroffen haben. Eine Vermögensverfügung im Sinne des Betrugstatbestands setzt voraus, dass sie *unmittelbar* mindernd in das Vermögen des Geschädigten eingreift. Daran fehlt es, wenn der Getäuschte dem Täter lediglich die tatsächliche Möglichkeit gibt, den Vermögensschaden durch weitere selbständige deliktische Schritte herbeizuführen (vgl. BGH, Beschluss vom 29. Juni 2005 – 4 StR 559/04, BGHSt 50, 174, 178). Diese Konstellation liegt auch vor, wenn der Hintermann einen gutgläubigen Dritten dazu veranlasst, eine Sache zunächst in dessen eigenen - vertragsgemäßen - Gewahrsam zu bringen, ohne

dass von vornherein aus der Sicht des Dritten vorgesehen war, die Sache an den Hintermann abzuliefern.

31 Der Angeklagte P. hat durch den Vertragsschluss der Vorderleute und durch die Übergabe der Fahrzeuge an diese nur eine bessere Möglichkeit zum späteren Zugriff darauf erlangt. Diesen Zugriff hat er gesondert durch Wegnahme des Transporters, durch Überlassung des Fahrzeugs an Unbekannte oder durch Herbeiführung der Herausgabe an ihn unter einem Vorwand genommen. Zuvor waren die von ihm eingeschalteten Mieter vertragsgemäß Inhaber des unmittelbaren Besitzes geworden.

32 3. Wäre mangels weiter gehender Feststellungen in den Fällen II.1, 5, 7, 9, 10 und 12 nicht von einem Eingehungsbetrug auszugehen, könnte in den anschließenden Handlungen des Angeklagten P. zur Erlangung des Besitzes an den Fahrzeugen für sich oder die Hintermänner in Rumänien - je nach den Umständen des Einzelfalls - Diebstahl, Betrug zum Nachteil des Mieters oder Unterschlagung zu sehen sein. Das wird der neue Tatrichter genauer als bisher zu prüfen haben.

33 III. Im Übrigen kann die Strafzumessung keinen Bestand haben.

34 Das Landgericht hat nicht erläutert, warum es nicht von einer gewerbsmäßigen oder bandenmäßigen Begehung der Taten durch den Angeklagten P. ausgegangen ist. Das beschwert ihn zunächst nicht. Danach bleibt aber auch unklar, inwieweit die Tatbegehung bei den verbleibenden Betrugstaten zum Nachteil der Vermieter einer banden- und gewerbsmäßigen Begehungsweise „recht nahe“ gekommen sein soll, was das Landgericht als Strafschärfungsgrund bewertet hat.

C.

35 Die zum Nachteil des Angeklagten P. eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft ist begründet, soweit sie sich gegen den begrenzten Umfang seiner Verurteilung wendet. Die oben genannten Rechtsfehler des angefochtenen Urteils zum Nachteil des Angeklagten P. , die nach § 301 StPO auch auf die Revision der Staatsanwaltschaft zu beanstanden wären, gehen in der Aufhebung des Urteils aufgrund der Revision der Staatsanwaltschaft auf. Soweit deren Revision auch die Freisprechung des Angeklagten B. angreift, ist das Rechtsmittel unbegründet.

36 I. Das angefochtene Urteil weist Erörterungsmängel hinsichtlich der Verurteilung des Angeklagten P. zu dessen Gunsten auf.

37 1. Qualifiziert ist ein Betrug, wenn er sowohl bandenmäßig als auch gewerbsmäßig begangen wurde (§ 263 Abs. 5 StGB); liegt nur eines dieser Merkmale vor, handelt es sich um ein Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall des Betrugs (§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB). Das Landgericht hat nicht erläutert, warum die Handlungen des Angeklagten P. diesen Merkmalen „recht nahe gekommen“ sein sollen, ohne sie zu erfüllen. Das erschließt sich auch nicht aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe.

38 a) Gewerbsmäßigkeit liegt vor, wenn der Täter in der Absicht handelt, sich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen. Liegt diese Absicht vor, ist bereits die erste Tat als gewerbsmäßig begangen einzustufen (vgl. BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 – 3 StR 344/03, BGHSt 49, 177, 181). Darauf, ob die Ansicht realisiert wird, kommt es nicht an.

39 Nach den Feststellungen des Landgerichts hatte der Angeklagte P. sich dazu bereit erklärt, sich an den betrügerischen Geschäften der Hinterleute in Rumänien gegen Zahlung eines Entgelts von 3.000 Euro für jede Fahrt nach Deutschland zu beteiligen. Den Urteilsgründen ist nicht zu entnehmen, dass die Entgeltabrede und eine entsprechende Gewinnerwartung des Angeklagten P. später entfallen sind. Das Landgericht hat vielmehr angenommen, dass die Annahme fern liege, er habe die abgeurteilten Taten begangen, ohne selbst einen Anteil am Erlös des Verkaufs der Mietsachen zu erwarten. Dann aber liegt gewerbsmäßiges Handeln nahe. Den Urteilsgründen ist nicht zu entnehmen, warum das Landgericht sie verneint hat.

40 b) Die Taten können nach den Feststellungen des Landgerichts vom Angeklagten P. auch bandenmäßig begangen worden sein.

41 aa) Bandenmäßig im Sinne des § 263 Abs. 5 StGB handelt, wer den Betrug als Mitglied einer Bande begeht, die sich zur fortgesetzten Begehung von Straftaten nach den §§ 263 bis 264 oder 267 bis 269 StGB verbunden hat. Eine Bande ist gegeben, wenn sich mindestens drei Personen mit dem Willen zusammengeschlossen haben, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten der genannten Art zu begehen. Ein gefestigter Bandenwille oder ein Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse ist nicht erforderlich (vgl. BGH, Urteil vom 16. November 2006 – 3 StR 204/06, NStZ 2007, 269).

42 Allerdings hat die bloße Verbindung zu einer Bande nicht zur Folge, dass jeder Betrug dem Täter als bandenmäßig begangene Straftat anzulasten ist. Vielmehr ist nach allgemeinen Kriterien festzustellen, ob sich Bandenmitglieder hieran als Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt oder keinen Beitrag dazu geleistet haben (vgl. BGH, Beschluss vom 14. November 2012 – 3 StR 403/12). Eine Bandentat liegt allerdings schon vor, wenn an einem Eingehungsbetrug

nur ein Bandenmitglied bei der Täuschungshandlung mitgewirkt hat, während andere Bandenmitglieder ihre Tatbeiträge im Hintergrund geleistet haben (vgl. BGH, Beschluss vom 22. März 2001 – GSSt 1/00, BGHSt 46, 321, 332 ff.). Die für das Qualifikationsmerkmal bestimmende Organisationsgefahr besteht selbst dann, wenn nach einem Eingehungsbetrug durch ein Bandenmitglied andere Bandenmitglieder für die Verwertung der betrügerisch erlangten Sache Sorge tragen sollen und dies vorab als ihr Tatbeitrag vorgesehen war. Der Qualifikationsstatbestand des § 263 Abs. 5 StGB setzt nicht voraus, dass mehrere Beteiligte bereits bei der Täuschung eines anderen unmittelbar mitwirken (vgl. Fischer, StGB, 63. Aufl., § 263 Rn. 211).

43 bb) Nach diesem Maßstab liegt eine bandenmäßige Begehung der festgestellten Betrugstaten des Angeklagten P. nahe. Das Landgericht ist von „organisierter Kriminalität“ ausgegangen, ohne zu erläutern, warum keine bandenmäßige Begehung von Betrugstaten vorliegen soll.

44 (1) Nach den getroffenen Feststellungen kommt in Betracht, dass der Angeklagte P. einer Bandenabrede in seinem „Bekanntens- bzw. Freundeskreis“ beigetreten war. Diese ist in der Folgezeit nicht entfallen. Die nach dem Erlebnis der Tötung eines Menschen abgegebene Erklärung des Angeklagten P., er wolle „aussteigen“, hat er nach den weiter erlittenen Repressalien offenbar nicht aufrechterhalten.

45 Im Übrigen bestehen durchgreifende Bedenken gegen die Beweiswürdigung des Landgerichts, die zu der Feststellung geführt hat, er habe die „Hinrichtung“ eines Unbekannten miterlebt und sei später unter Bezugnahme darauf bedroht und eingesperrt worden, damit er seinen Entschluss „auszusteigen“ zurücknehme. Diese Einlassung hat das Landgericht hingenommen, weil es - anders als bei den Entführungsbehauptungen - keinen Gegenbeweis mit an-

deren Beweismitteln führen konnte. Es war jedoch nicht ohne weiteres dazu gezwungen, eine Einlassung hinzunehmen, für deren Richtigkeit es keinen Anhaltspunkt gibt. Es hat zudem versäumt, diese Behauptung des Angeklagten P. einer Plausibilitätskontrolle zu unterziehen.

46 Nach den getroffenen Feststellungen ist kein Grund dafür erkennbar, warum der Mörder den Angeklagten P. bereits als Zeugen seiner Tat hinzuziehen sollte, bevor dieser erklärte, er wolle „aussteigen“. Warum sich trotz Namensnennung der an der Hinrichtung angeblich beteiligten Personen und der Tatortbeschreibung keine Hinweise darauf ergeben haben, dass eine solche Hinrichtung tatsächlich erfolgt ist, hat das Landgericht nicht erläutert.

47 (2) Nach den Tatumständen ist es naheliegend, dass die Taten des Angeklagten P. jeweils Bandentaten waren. Zwar hat das Landgericht zum Verkauf der Fahrzeuge, Anhänger und Bagger in Rumänien keine Einzelheiten feststellen können. Das ist jedoch weder für die Feststellung einer Bandenabrede noch einer Bandentat zwingend erforderlich. Vorauszusetzen ist nur, dass die Zugehörigkeit von mindestens drei Personen zur Bande und die Mitwirkung von Bandenmitgliedern als Täter oder Beteiligte an der jeweiligen Tat feststeht (vgl. BGH, Beschluss vom 22. März 2001 – GSSt 1/00, BGHSt 46, 321, 328 ff.). Ein Bandenmitglied muss die weiteren Bandenmitglieder nicht persönlich kennen. Den Urteilsfeststellungen ist nicht zu entnehmen, dass es dem Landgericht nicht möglich war, eine ausreichende Mindestzahl von Bandenmitgliedern und deren Mitwirkung an den einzelnen Taten festzustellen.

48 2. Das Landgericht hat ferner seine Kognitionspflicht aus § 264 Abs. 2 StPO verletzt, weil es nicht erörtert hat, ob die vom Angeklagten P. angeworbenen Fahrer um den versprochenen Lohn betrogen wurden. Dies liegt nach

dem Gesamtgeschehen nahe, da keiner der Fahrer den versprochenen Lohn erhalten hat.

49 Die gegebenenfalls im Sinne von § 53 Abs. 1 StGB rechtlich selbständigen Handlungen des jeweiligen Eingehungsbetrugs zum Nachteil der Fahrer sind zwar in der Anklageschrift nicht ausdrücklich genannt. Sie betreffen aber jeweils denselben Lebenssachverhalt und damit dieselben Taten im prozessualen Sinn.

50 II. Die Freisprechung des Angeklagten B. vom Vorwurf der Beteiligung an dem Eingehungsbetrug oder der Anschlussunterschlagung in den Fällen II.5. bis II.8. der Urteilsgründe ist rechtlich nicht zu beanstanden.

51 Die Beweiswürdigung des Landgerichts weist insoweit keinen Rechtsfehler auf. Weder hat das Landgericht überspannte Anforderungen an die Überzeugungsbildung gestellt, noch lässt seine Beweiswürdigung Lücken oder Verstöße gegen Denkgesetze oder Erfahrungssätze erkennen. Es hat nicht übersehen, dass für den Angeklagten B. verschiedene Umstände auffällig waren. Das Landgericht hat jedoch Gegengründe berücksichtigt, wie die anfängliche Plausibilität der Äußerungen des Angeklagten P. gegenüber dem Angeklagten B. und die scheinbare Seriosität des ihm vorgestellten „Chefs“. Wenn das Landgericht schließlich im Hinblick auf die begrenzten intellektuellen Fähigkeiten des Angeklagten B. davon ausgegangen ist,

dass dieser nicht ausschließbar bis zuletzt gutgläubig gewesen ist, liegt nur eine rechtsfehlerfreie Anwendung des Zweifelssatzes zugunsten des Angeklagten B. vor.

Fischer

Appl

Krehl

Eschelbach

Bartel