



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 447/18

vom
14. November 2018
in der Strafsache
gegen

wegen Betruges u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung des Beschwerdeführers am 14. November 2018 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 354 Abs. 1 analog StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Lüneburg vom 26. Juni 2018, soweit es den Angeklagten betrifft, in der Einziehungsentscheidung dahin geändert, dass die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 530.810,50 € angeordnet wird.
2. Die weitergehende Revision wird verworfen.
3. Der Angeklagte hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

1. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betrugs in zwölf Fällen, davon in fünf Fällen in Tateinheit mit Urkundenfälschung, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und vier Monaten verurteilt sowie die Einziehung des Wertes des Erlangten in Höhe von 534.186,72 € angeordnet. Die hiergegen gerichtete, auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten führt nur zu einer Minderung des Einziehungsbetrages. Im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).
2. 1. Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

3 a) Der einkommens- und vermögenslose Angeklagte betrieb erfolglos mehrere Gesellschaften auf dem Gebiet des Speditionsgewerbes. Der Mitangeklagte F. , dessen Revision gegen das genannte Urteil der Senat mit Beschluss vom heutigen Tage verworfen hat, ließ sich vom Angeklagten dafür gewinnen, alleiniger Gesellschafter der stillgelegten T. GmbH und Geschäftsführer dieser Firma zu werden. Tatsächlich führte die Geschäfte der Angeklagte, der die T. GmbH mit ihrem unauffälligen Eintrag bei der Creditreform als Mantel benötigte, um unter dieser Firma Mietkauf- und Leasingverträge über Fahrzeuge sowie Sattelzugmaschinen und -auflieger abzuschließen. Bei zwölf Verträgen täuschte er die Vermieter- und Leasingfirmen über die Zahlungsfähigkeit der GmbH sowie über die Zahlungswilligkeit. Wie von vornherein beabsichtigt, entrichtete der Angeklagte im Namen der GmbH nur die Anzahlungen sowie die ersten monatlichen Miet- und Leasingraten. Tatsächlich überführte der Angeklagte die Fahrzeuge, Maschinen und Auflieger nicht in das Firmenvermögen, sondern wollte sie in ein von ihm betriebenes deutsch-russisches Transportunternehmen einbringen. Er wollte Speditionsaufträge abwickeln, um aus den Erlösen unmittelbar seinen Lebensunterhalt zu bestreiten. Seinem Tatplan entsprechend gab der Angeklagte die Fahrzeuge, Maschinen und Sattelaufleger nach Kündigung durch die Vermietungs- und Leasingfirmen nicht an diese zurück, sondern verbrachte sie unauffindbar nach Russland. Nur bei der Tat 6 gelangte die Leasingfirma im April 2017 wieder in den Besitz des Sattelauflegers, nachdem der Angeklagte die Raten ab September 2016 schuldig geblieben war.

4 Nach Vollendung der Taten im Zeitraum vom 20. Oktober 2015 bis Ende Juni 2016 stellten zwei Krankenkassen am 14. Juli 2016 bzw. 30. August 2016 Insolvenzanträge gegen die T. GmbH. Am 26. Januar 2017 wurde die Eröffnung des Insolvenzverfahrens durch

Beschluss des Amtsgerichts Lüneburg mangels Masse abgelehnt. Der vorläufige Insolvenzgutachter konnte nicht auf die vom Angeklagten ins Ausland verbrachten Fahrzeuge, Maschinen und Sattelaufleger zugreifen. Über das Vermögen des Angeklagten wurde am 14. September 2016 durch das Amtsgericht Chemnitz das Insolvenzverfahren vor allem wegen seiner Schulden aus einer zuvor betriebenen Gesellschaft eröffnet.

5 b) Das Landgericht hat nach § 73 Abs. 1, § 73c Satz 1, § 73e Abs. 1 StGB die Einziehung des Wertes von Taterträgen wie folgt bestimmt: Es hat auf den Marktwert der Fahrzeuge, Sattelzugmaschinen und -aufleger zum Zeitpunkt der jeweiligen Übergabe an den Angeklagten abgestellt und davon die geleisteten Anzahlungen und Raten abgezogen.

6 2. Der Schuld- und Strafausspruch begegnet keinen rechtlichen Bedenken, wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift zutreffend dargelegt hat. Zur Einziehungsentscheidung gilt:

7 a) Die Feststellungen belegen, dass der Angeklagte und nicht die T. GmbH die Verfügungsgewalt über die Fahrzeuge, Maschinen und Sattelaufleger erlangte (§ 73 Abs. 1 StGB).

8 aa) Nach § 73 Abs. 1 StGB ist jeder Vermögenswert abzuschöpfen, den der Tatbeteiligte "durch" die rechtswidrige Tat erlangt hat, also alles, was in irgendeiner Phase des Tatablaus in seine Verfügungsgewalt übergegangen und ihm so aus der Tat unmittelbar messbar zugutegekommen ist (BT-Drucks. 18/9525, S. 62; BGH, Urteil vom 8. Februar 2018 - 3 StR 560/17, NJW 2018, 2141, 2142; Köhler, NStZ 2017, 497, 503). Der tatsächliche Vorgang ist maßgeblich (BT-Drucks. 18/9525, S. 62).

- 9 Die zur Verfallsanordnung gegen den Täter oder zu Lasten eines Dritten (§ 73 Abs. 3 StGB aF) entwickelten Grundsätze sind zur Abgrenzung der Abschöpfung des Erlangten beim Täter (§ 73 StGB nF) von der Dritteinziehung (§ 73b StGB nF) weiterhin maßgeblich (BGH, Beschlüsse vom 31. Juli 2018 - 3 StR 620/17, juris Rn. 26; vom 23. Oktober 2018 - 5 StR 185/18, juris):
- 10 Wenn der Täter als Beauftragter, Vertreter oder Organ einer juristischen Person handelte, kann nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden, dass er die Verfügungsgewalt erlangte. Regelmäßig ist davon auszugehen, dass die juristische Person über eine eigene Vermögensmasse verfügt, die von dem Privatvermögen des Beauftragten, Vertreters oder Organs zu trennen ist. Der Zufluss in das Gesellschaftsvermögen einer Kapitalgesellschaft stellt daher trotz Zugriffsmöglichkeit nicht ohne weiteres zugleich einen privaten Vermögensvorteil der zur Geschäftsführung berufenen Personen dar. In solchen Fällen ist die Dritteinziehung bei der Gesellschaft vorrangig. Die Gesellschaft ist damit als Einziehungsbetroffene am Verfahren zu beteiligen oder es ist ein selbstständiges Einziehungsverfahren gegen sie zu führen.
- 11 Zur Begründung einer Einziehungsanordnung gegen den als Organ handelnden Täter bedarf es einer über die faktische Verfügungsgewalt hinausgehenden Feststellung, ob dieser selbst etwas erlangte, was zu einer Änderung seiner Vermögensbilanz führte. Eine tatsächliche oder rechtliche Vermutung spricht dafür nicht. Vielmehr bedarf es einer Darlegung der besonderen, den Zugriff auf das Vermögen des Täters rechtfertigenden Umstände. Sie können etwa darin liegen, dass der Täter die Gesellschaft nur als einen formalen Mantel seiner Tat nutzte, eine Trennung zwischen dem eigenen Vermögen und derjenigen der Gesellschaft aber nicht vornahm, oder darin, dass jeder aus der Tat folgende Vermögenszufluss an die Gesellschaft sogleich an den Täter weiterge-

leitet wird. Wird der Vermögensvorteil hingegen von der Gesellschaft vereinnahmt, so kann nicht ohne weiteres vorausgesetzt werden, dass der wirtschaftliche Wert der Geschäftsanteile im Privatvermögen des Täters mit jeder Zahlung oder jeder zurückgewiesenen Forderung steigt oder sich der Zufluss auf die Höhe einer späteren Entnahme aus dem Gesellschaftsvermögen auswirkt. In solchen Fällen sind die Einziehungsanordnungen und die sie sichernden Maßnahmen gegen die Gesellschaft zu richten (vgl. zu § 73 Abs. 1, § 73b StGB nF: BGH, Beschluss vom 31. Juli 2018 - 3 StR 620/17, juris Rn. 26; zu § 73 Abs. 3 StGB aF: BVerfG, Beschlüsse vom 3. Mai 2005 - 2 BvR 1378/04, BVerfGK 5, 217, 221 f.; vom 17. Juli 2008 - 2 BvR 2182/06, WM 2008, 1588, 1589; vom 14. Juni 2004 - 2 BvR 1136/03, StV 2004, 409, 411; BGH, Urteil vom 30. Mai 2008 - 1 StR 166/07, BGHSt 52, 227, 256; Beschluss vom 7. September 2016 - 2 StR 352/15, BGHR StGB § 73 Erlangtes 22).

- 12 bb) An diesen Grundsätzen gemessen hat das Landgericht die Verfügungsgewalt des Angeklagten über die betrügerisch erlangten Gegenstände (§ 263 Abs. 1 StGB) rechtsfehlerfrei festgestellt. Er trennte nicht zwischen Firmen- und Privatvermögen, sondern verfuhr mit den Fahrzeugen, Sattelzugmaschinen und -aufliegern nach Belieben. Desgleichen wollte er die Entgelte aus Transportaufträgen ohne Rücksicht darauf, ob dies nach der Vermögenslage der GmbH zu rechtfertigen war, vereinnahmen. Er benötigte nur die Firma der GmbH mitsamt ihrem unauffälligen Eintrag bei der Creditreform, um diese als zivilrechtlichen Vertragspartner der Vermietungs- und Leasingfirmen auftreten lassen zu können. In Umsetzung seines Tatplans hatte der Angeklagte die Gegenstände aus Deutschland verbracht, bevor der vorläufige Insolvenzgutachter darauf zugreifen konnte.

- 13 Ob bei einer abweichenden Betrachtung die Strafvorschriften einer Untreue zu Lasten der T. GmbH (§ 266 Abs. 1 StGB) unter dem Gesichtspunkt einer faktischen Geschäftsführung bzw. eines Bankrotts (§ 283 Abs. 1 Nr. 1 Variante 1 StGB) eine Einziehung mit dem (nahezu) gleichen Ergebnis tragen würden, bedarf nach alledem nicht der Entscheidung.
- 14 b) Die Eröffnung des Privatinsolvenzverfahrens über das Vermögen des Angeklagten steht der Einziehungsanordnung nicht entgegen. Dabei ist von folgenden Grundsätzen auszugehen:
- 15 aa) Der dem Staat zustehende Einziehungsanspruch ist eine strafrechtliche Forderung eigener Art. Entsprechend ihrer "quasi-bereicherungsrechtlichen Rechtsnatur" soll sie mit dem Erlangen durch den Betroffenen (originär) entstehen und zugleich fällig werden (BT-Drucks. 18/11640, S. 86). Mit der Wertersatzeinziehungsanordnung nach § 73c Satz 1 StGB wird der Zahlungsanspruch des Staates gegen den Betroffenen tituliert (vgl. Fischer, StGB, 66. Aufl., § 73c Rn. 9; Köhler, NStZ 2017, 497, 499).
- 16 bb) Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens führt nicht dazu, dass der Insolvenzverwalter, auf welchen die Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis über das Schuldnervermögen übergeht (§ 80 Abs. 1 InsO), am Strafverfahren zu beteiligen und die Einziehungsanordnung gegen ihn als Partei kraft Amtes zu richten wäre. Denn bei der Einziehung handelt es sich wie bei dem Verfall nach alter Rechtslage um eine strafrechtliche Nebenfolge (§ 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB), die dem strafrechtlichen Erkenntnis vorbehalten bleiben muss (BGH, Urteil vom 2. Dezember 2005 - 5 StR 119/05, BGHSt 50, 299, 312). Die Einziehung ist eine regelmäßig anzuordnende hoheitliche Eingriffsmaßnahme zur Abschöpfung der dem Täter zugeflossenen Erträge und damit der Durchsetzung von zivil-

rechtlichen Schadensersatzansprüchen im Gleichordnungsverhältnis zwischen Privatleuten im Zivilprozess nicht vergleichbar. Die Einziehung ist mithin ungeachtet der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Betroffenen anzuordnen (vgl. zum Verfall von Wertersatz nach alter Rechtslage: BGH, Urteile vom 2. Dezember 2005 - 5 StR 119/05, BGHSt 50, 299, 312; vom 30. Mai 2008 - 1 StR 166/07, BGHSt 52, 227, 253; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl., Vor §§ 111b - 111p Rn. 44; MüKoStPO/Bittmann, Vor §§ 111b - 111p Rn. 8; zum aufschiebend bedingt entstandenen Zahlungsanspruch des Staates im Wege des Auffangrechtserwerbs bei der Rückgewinnungshilfe nach § 111i Abs. 2, Abs. 5 Satz 1 StPO aF: BGH, Urteil vom 4. Dezember 2014 - 4 StR 60/14, BGHSt 60, 75, 81 ff.; Beschluss vom 12. März 2015 - 2 StR 322/14, wistra 2015, 309).

- 17 cc) Dies gilt unabhängig davon, ob der Staat als Insolvenzgläubiger oder als anderer Gläubiger, etwa als Neugläubiger, zu behandeln ist (zur Abgrenzung vgl. etwa BGH, Beschluss vom 6. Februar 2014 - IX ZB 57/12, NJW-RR 2014, 1079; danach kommt es darauf an, ob der anspruchsbegründende Tatbestand vor der Verfahrenseröffnung abgeschlossen ist, mag sich die Forderung des Gläubigers daraus auch erst nach Beginn des Insolvenzverfahrens ergeben). Zwar müssen zum vollendeten Straftatbestand, aufgrund dessen die Geschädigten mit ihren Schadensersatzansprüchen (aus Vertrag [§ 280 Abs. 1 BGB] und aus Delikt [§ 823 Abs. 1 BGB; § 823 Abs. 2 BGB iVm § 263 Abs. 1 StGB; § 826 BGB]) als Altgläubiger anzusehen sind, der Strafprozess und die Einziehungsanordnung hinzutreten (vgl. zum zivilprozessualen Kostenersatzanspruch [§ 91 ZPO] BGH, Beschluss vom 6. Februar 2014 - IX ZB 57/12, NJW-RR 2014, 1079, 1080). Der Staat erwirbt den Wertersatz-einziehungsanspruch, der neben die Forderungen der Geschädigten tritt, originär, nicht abgeleitet. Gleichwohl ist mit dem Erlangen der Verfügungsge-

walt durch den Täter oder den sonst von der Einziehung Betroffenen der anspruchsbegründende Sachverhalt bereits abgeschlossen, auch wenn die Voraussetzungen des § 73c Satz 1 StGB erst später eintreten. Dies könnte nahelegen, den Staat regelmäßig als Altgläubiger zu behandeln. Dies bedarf indes hier nicht der Entscheidung. Denn mit der Titulierung des Zahlungsanspruchs kraft der Einziehungsanordnung ist noch nicht darüber entschieden, ob der Staat die wie eine Geldstrafe zu vollstreckende Wertersatzeinziehungsforderung (§ 459g Abs. 2, §§ 459, 459c Abs. 1, 2 StPO) auch erfolgreich betreiben kann.

- 18 (1) Als Altgläubiger unterfiele der Staat dem allgemeinen Vollstreckungsverbot nach § 89 Abs. 1 InsO; seine Wertersatzeinziehungsforderung wäre im Insolvenzverfahren nach § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO nachrangig zu bedienen (BGH, Urteil vom 11. Mai 2010 - IX ZR 138/09, NZI 2010, 607 ff.). Indes wäre eine Vollstreckung nach Beendigung des Insolvenzverfahrens (§ 201 Abs. 1 InsO) auch bei erteilter Restschuldbefreiung möglich, weil davon Ansprüche aus vorsätzlicher unerlaubter Handlung ebenso wenig wie solche aus strafrechtlichen Nebenfolgen erfasst werden (§ 302 Nr. 1 InsO; § 302 Nr. 2 iVm § 39 Abs. 1 Nr. 3 InsO).
- 19 (2) Als Neugläubiger könnte der Staat beispielsweise während des Insolvenzverfahrens in den nach § 850f ZPO erweitert pfändbaren Teil von Bezügen des Schuldners vollstrecken (§ 89 Abs. 2 Satz 2 InsO).
- 20 (3) Im Übrigen gelten bei der Vollstreckung der Wertersatzeinziehungsforderung die Vorschriften gemäß § 459h Abs. 2 Satz 2, § 111i StPO.

- 21 c) Da der Angeklagte die Fahrzeuge, Maschinen und Sattelaufleger unauffindbar ins Ausland verbrachte, hat das Landgericht zutreffend eine Wertersatzeinziehungsentscheidung nach § 73c Satz 1 StGB getroffen (BGH, Beschluss vom 21. August 2018 - 2 StR 311/18, juris Rn. 9; Fischer, StGB, 66. Aufl., § 73c Rn. 7).
- 22 d) In der Höhe ist übereinstimmend mit dem Antrag des Generalbundesanwalts der Einziehungsbetrag geringfügig zu korrigieren.
- 23 Gegen die Bestimmung der tatsächlichen Werte der Fahrzeuge, Maschinen und Sattelaufleger nach ihrem Marktwert zum Zeitpunkt der Übergabe an den Angeklagten, der den Besitz an ihnen erlangte (§ 854 Abs. 1 BGB), ist nichts zu erinnern. Dass das Landgericht die Anzahlungen und Raten als Schadenswiedergutmachungsbeträge vom Marktwert ungeachtet möglicher Gewinnanteile abzog (§ 73e Abs. 1 StGB), birgt jedenfalls keinen Rechtsfehler zu Lasten des Angeklagten. Indes ergibt die Addition der Beträge aus den Fällen 1 bis 5 und 7 bis 12 einen Betrag in Höhe von 528.748,66 €. Hinzuzurechnen sind die Beträge der monatlichen Leasingraten aus der Tat 6, die sich der Angeklagte trotz Nutzung der Sattelzugmaschine im Zeitraum von September 2015 bis einschließlich März 2016 ersparte.

24 3. Der geringfügige Teilerfolg der Revision rechtfertigt nicht die Anwendung des § 473 Abs. 4 StPO.

Schäfer

Gericke

Tiemann

Hoch

Leplow