



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

1 StR 354/11

vom
20. Oktober 2011
in der Strafsache
gegen

wegen Betruges u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 20. Oktober 2011 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Der Antrag des Angeklagten auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Anbringung weiterer Verfahrensrügen wird verworfen.
2. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Augsburg vom 22. Dezember 2010 mit den Feststellungen aufgehoben
 - a) soweit der Angeklagte wegen „falscher Angaben in Tateinheit mit falschen Angaben“ verurteilt wurde und
 - b) im Ausspruch über die Einzelstrafen sowie im Gesamtstrafenausspruch.
3. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird als unbegründet verworfen.
4. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen „falscher Angaben in Tateinheit mit falschen Angaben in Tatmehrheit mit vorsätzlichem Bankrott in Tatmehrheit mit gewerbsmäßigem Betrug in 14 sachlich zusammentreffenden Fällen in Tatmehrheit mit vorsätzlichem Fahren ohne Fahrerlaubnis“ zu fünf Jahren und sechs Monaten Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt. Es hat ferner hinsichtlich eines Betrages von 67.830 € festgestellt, dass nur deshalb nicht auf Verfall von Wertersatz erkannt werde, weil Ansprüche der Verletzten entgegenstehen, und es hat die Verwaltungsbehörde angewiesen, dem Angeklagten für die Dauer von zwei Jahren keine neue Fahrerlaubnis zu erteilen.

2 Die hiergegen gerichtete, auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten hat im tenorierten Umfang Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO), im Übrigen ist sie unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

I.

3 Der Antrag des Angeklagten auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Anbringung weiterer Verfahrensrügen, der auf ein zerrüttetes Vertrauensverhältnis zum Pflichtverteidiger gestützt wird, ist unbegründet. Der Antrag auf Entpflichtung des Pflichtverteidigers und auf Bestellung eines neuen Pflichtverteidigers wurde vom dafür zuständigen Landgericht abgelehnt. Gründe, die darüber hinaus eine Wiedereinsetzung rechtfertigen könnten, sind weder vorge-tragen noch ersichtlich.

II.

4 Die auf die Sachrüge gebotene Nachprüfung des Urteils führt zu dessen Aufhebung, soweit der Angeklagte wegen falscher Angaben verurteilt wurde, sowie im Ausspruch über die Einzelstrafen- und die Gesamtstrafe.

5 1. Die Urteilsfeststellungen sind hinsichtlich der falschen Angaben beim Registergericht über die Einzahlung des Stammkapitals (§§ 82 Abs. 1 Nr. 1, 8 Abs. 2 GmbHG) unklar und widersprüchlich.

6 Die Strafkammer führt aus, der Angeklagte habe sich dahin eingelassen, einen zunächst auf ein Firmenkonto einbezahlten Betrag in Höhe von 25.000 € wieder abgehoben und „bar in die Firmenkasse getan“ (UA S. 48 = UA S. 57) zu haben. „Das Geld“ sei sodann „für Auslagen“ und später zur Begleichung von Rechnungen verwendet worden (UA S. 48). Für das Revisionsgericht ist auch aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe nicht ersichtlich, ob das Landgericht dieser Einlassung des Angeklagten, er habe das taggleich wieder abgehobene Stammkapital bar einbezahlt, Glauben geschenkt hat oder nicht. Das Urteil enthält Formulierungen, die dafür sprechen könnten, aber auch solche, die dagegen sprechen.

7 Wenn die Kammer ausführt, vom Angeklagten seien am gleichen Tag 29.000 € wieder abgehoben worden, "so dass die Stammeinlage der A. GmbH nicht mehr vorhanden war" (UA S. 5, 25, 161 sinngemäß) so könnte dies dafür sprechen, dass sie ihm die Bareinzahlung nicht geglaubt hat, zumal sie feststellt, der Angeklagte habe gewusst, dass seine Angaben (nach § 8 Abs. 2 GmbHG) falsch waren (UA S. 5). Dies könnte darauf hindeuten, dass die Kammer den bei der Bank einbezahlten und bescheinigten Geldbetrag als reines "Vorzeigegeld" (vgl. Dannecker in BeckOK-GmbHG, § 82 Rn. 102b

mwN) betrachtete. Letztlich fehlt aber eine dahingehende klare Feststellung und eine entsprechende Begründung.

8 Andererseits könnten die Formulierungen, der Angeklagte hat "selbst eingeräumt" (UA S. 57, 48), dass er den Betrag in Höhe von 25.000 € nach Bescheinigung durch die Bank wieder abgehoben und den Betrag bar in die Firmenkasse getan habe, "auch wenn er Ziff. 1 eigentlich bestreiten wollte" (UA S. 57), dafür sprechen, dass die Kammer ihm Teil 2 - die Bareinzahlung - geglaubt hat.

9 Tat sie dies aber, wäre eine Verurteilung wegen falscher Angaben i.S.v. § 82 GmbHG rechtsfehlerhaft. Zutreffend weist der Generalbundesanwalt darauf hin, dass für die gemäß § 7 Abs. 2 GmbHG „einzuzahlende“ Stammeinlage deren effektive Einbringung in das Vermögen der in Gründung befindlichen Gesellschaft erforderlich ist. Dementsprechend muss sich die Versicherung gemäß § 8 GmbHG darauf erstrecken, dass sich die geleisteten Einlagen endgültig in der freien Verfügung der Geschäftsführer befinden. Dies ist bei Bareinlagen der Fall, wenn der Geschäftsführer tatsächlich und rechtlich in der Lage ist, die eingezahlten Mittel als Bar- oder als Buchgeld uneingeschränkt für die Gesellschaft zu verwenden (Schaub in MüKomm-GmbHG, § 8 Rn. 40 mwN; vgl. auch BGH, Beschluss vom 29. September 2004 - 5 StR 357/04; BGH, Beschluss vom 30. November 1995 - 1 StR 358/95).

10 Allerdings ist die Strafkammer nicht gehalten, Angaben eines Angeklagten als unwiderlegt hinzunehmen, wenn hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte für die Richtigkeit dieser Angaben fehlen (st. Rspr.; z.B. BGH, Beschluss vom 16. November 2010 - 1 StR 502/10). Das ist hier der Fall. Der Angeklagte hat die Notwendigkeit einer solch hohen Summe an Bargeld in keiner Weise begründet. Bargeldverkehr ist im Geschäftsleben unter Kaufleuten eher fernlie-

gend. Eine konkrete Verwendung hat er nicht dargetan, Rechnungen hat er nicht spezifiziert. Seine pauschalen Behauptungen zur Verwendung werden durch nichts belegt.

11 Die unklaren und widersprüchlichen Feststellungen führen hinsichtlich der Verurteilung wegen falscher Angaben zur Aufhebung des Schuld- und des Strafausspruchs mit den zugehörigen Feststellungen (vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 2008 - 1 StR 327/08 mwN). Im Übrigen ist darauf hinzuweisen, dass beim Zusammentreffen mehrerer falscher Angaben in einer Erklärung nur von einer strafbaren Handlung auszugehen ist.

12 2. Die Strafzumessung begegnet rechtlichen Bedenken.

13 Die Ausführungen in den Urteilsgründen, zu Lasten des überwiegend bestreitenden Angeklagten sei dessen fehlende "Einsicht darin, dass er Fehler gemacht hat" zu berücksichtigen (UA S. 178), lassen besorgen, dass prozessual zulässiges Verteidigungsverhalten zu Unrecht strafscharfend berücksichtigt wurde (vgl. BGH, Beschluss vom 4. August 2010 - 3 StR 192/10; BGH, Beschluss vom 9. Mai 2007 - 1 StR 199/07 jew. mwN). Zwar kann ein Verhalten des Täters nach der Tat strafscharfend wirken, wenn es trotz der ihm zustehenden Verteidigungsfreiheit auf Rechtsfeindschaft, seine Gefährlichkeit oder die Gefahr künftiger Rechtsbrüche hinweist oder andere mit der Tat zusammenhängende ungünstige Schlüsse auf seine Persönlichkeit zulässt (vgl. BGH, Urteil vom 25. März 1981 - 3 StR 61/81; BGH, Urteil vom 24. Juli 1985 - 3 StR 127/85) oder wenn die Grenzen angemessener Verteidigung eindeutig überschritten sind und das Vorbringen des Angeklagten eine selbständige Rechtsgutsverletzung enthält (vgl. BGH, Urteil vom 8. April 2004 - 4 StR 576/03; zum Ganzen auch Stree/Kinzig in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl.,

§ 46 Rn. 41 mwN; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 4. Aufl., Rn. 378 ff.). Dafür ist hier jedoch nichts dargetan oder ersichtlich.

14 Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Einzelstrafausprüche auf diesem Rechtsfehler beruhen. Zwar erweisen sich die verhängten Einzelstrafen angesichts des festgestellten Tatbildes und der festgestellten Tatumstände nicht als unangemessen hoch und es ist auch nicht zu besorgen, dass sie sich nach oben von ihrer Bestimmung gelöst haben, gerechter Schuldausgleich zu sein. Es begegnet insbesondere keinen Bedenken, dass gegen den Angeklagten für das ihm zur Last gelegte Vergehen des Bankrotts gemäß § 283 Abs. 1 Nr. 5 und Abs. 6 StGB, der Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder Geldstrafe vorsieht, lediglich eine Freiheitsstrafe von neun Monaten verhängt wurde. Durch § 283 StGB sollen die Interessen der aktuellen Gläubiger an einer vollständigen oder möglichst hohen Befriedigung ihrer vermögensrechtlichen Ansprüche geschützt werden (vgl. BGH, Urteil vom 22. Februar 2001 - 4 StR 421/00, hierzu BVerfG, Beschluss vom 28. August 2003 - 2 BvR 704/01; zu weitergehenden - umstrittenen - Zielen vgl. Tiedemann in Leipziger Kommentar, StGB, 11. Aufl., vor § 283 Rn. 11; Stree in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., vor § 283 Rn. 2). Schon dies kann - wie bei anderen vermögensschützenden Normen - die Verhängung von Freiheitsstrafen rechtfertigen, die nicht notwendig im unteren Bereich angesiedelt sind. Der Senat kann hier nicht mit Sicherheit ausschließen, dass die Einzelstrafen ohne die rechtsfehlerhafte Strafzumessungserwägung - mag dies auch nicht nahe liegen - niedriger ausgefallen wären. Diese sind daher mit den zugrundeliegenden Feststellungen aufzuheben.

15 3. Die Aufhebung der Einzelstrafen zieht auch die Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs nach sich.

III.

16 Darüber hinaus erweist sich die Revision des Angeklagten als unbegründet. Auf die zutreffenden Ausführungen des Generalbundesanwalts in seiner Antragsschrift vom 9. August 2011, die auch durch das weitere Revisionsvorbbringen nicht entkräftet werden, nimmt der Senat Bezug.

17 Der weiteren Ausführungen bedarf es lediglich hinsichtlich der Verurteilung des Angeklagten wegen Bankrotts gemäß § 283 Abs. 1 Nr. 5 Abs. 6 StGB i.V.m. § 238 HGB. Eine Strafbarkeit nach § 283 Abs. 1 Nr. 5 oder Nr. 7b StGB entfällt bei rechtlicher oder tatsächlicher Unmöglichkeit zur Buchführung oder Bilanzerstellung. Eine solche Unmöglichkeit wird etwa dann angenommen, wenn sich der Täter zur Erstellung einer Bilanz oder zu ihrer Vorbereitung der Hilfe eines Steuerberaters bedienen muss und er die erforderlichen Kosten nicht aufbringen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 30. Januar 2003 - 3 StR 437/02; BGH, Beschluss vom 5. November 1997 - 2 StR 462/97). Der Senat muss vorliegend nicht entscheiden, ob an dieser Rechtsprechung uneingeschränkt festzuhalten ist, oder ob nicht vielmehr - um den gerade für Fälle eingetretener „Zahlungsknappheit“ geschaffenen § 283 Abs. 1 Nr. 5 und Nr. 7 StGB nicht leerlaufen zu lassen - ein Geschäftsführer, der ein Unternehmen betreibt, so rechtzeitig Vorsorge zu treffen hat, dass das Führen der Bücher und Erstellen der Bilanzen gerade auch in der Krise, bei der dem Führen ordnungsgemäßer Bücher besondere Bedeutung zukommt, gewährleistet ist (vgl. zu § 266a StGB auch BGH, Beschluss vom 11. August 2011 - 1 StR 295/11). Denn hier liegt es nach den Feststellungen des Landgerichts nahe, dass der zum „Einzelhandels- bzw. Großhandelskaufmann“ (UA S. 18) ausgebildete Angeklagte, selbst in der Lage war, eine den Anforderungen des § 238 HGB entsprechende Buchhaltung zu erstellen. Er war seit vielen Jahren mit unter-

schiedlichen Unternehmen überwiegend im Immobiliengeschäft tätig (UA S. 19) und übernahm nunmehr auch die Geschäftsführung der in Rede stehenden Gesellschaft A. GmbH (in Gründung). Deren Anzahl von Geschäftsvorfällen war für ihn überschaubar. Eines Eingehens auf die zitierte Rechtsprechung bedurfte es daher nicht. Überdies bietet derjenige, der ein Handelsgewerbe betreibt oder als Organ eine ins Handelsregister einzutragende juristische Person leitet und daher gemäß § 238 HGB (gegebenenfalls i.V.m. § 241a HGB) buchführungspflichtig ist (vgl. Baumbach/Hopt, Handelsgesetzbuch, 34. Aufl., § 238 Rn. 7 ff.), regelmäßig die Gewähr dafür, zur Führung der Bücher (und Erstellung der Bilanzen) auch selbst in der Lage zu sein.

Nack

Rothfuß

Hebenstreit

Elf

Graf