



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 323/11

vom
10. November 2011
in der Strafsache
gegen

1.

2.

3.

wegen Betruges

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung der Beschwerdeführer und des Generalbundesanwalts - zu 1.a) und 2. auf dessen Antrag - am 10. November 2011 gemäß § 154 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2, § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten M. M. und U. M. gegen das Urteil des Landgerichts Mönchengladbach vom 7. April 2011 wird

a) das Verfahren eingestellt, soweit die Angeklagte U. M. im Fall II.6.e) der Urteilsgründe wegen "gewerbsmäßigen Betruges" verurteilt worden ist; im Umfang der Einstellung fallen die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen der Angeklagten der Staatskasse zur Last;

b) das vorbezeichnete Urteil im Schuldspruch

- betreffend die Angeklagte M. M. dahin abgeändert und neu gefasst, dass diese Angeklagte des Betruges in fünf Fällen und des versuchten Betruges schuldig ist;

- betreffend die Angeklagte U. M. dahin neu gefasst, dass diese Angeklagte des Betruges in sechs Fällen, des versuchten Betruges in drei Fällen sowie der Beihilfe zum versuchten Betrug schuldig ist;

c) in den Strafaussprüchen mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben,

- hinsichtlich der Angeklagten M. M. in den Fällen II.6.c) und II.7.b) der Urteilsgründe sowie im Gesamtstrafenausspruch;

- hinsichtlich der Angeklagten U. M. in den Fällen II.5., II.6.b), II.6.c), II.7.b) und II.7.d) sowie im Gesamtstrafenausspruch.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel der Angeklagten M. M. und U. M. , an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die Revision des Angeklagten H. M. sowie die weitergehenden Revisionen der Angeklagten M. M. und U. M. werden verworfen; jedoch wird der Schuldspruch betreffend den Angeklagten H. M. dahin neu gefasst, dass dieser Angeklagte des Betruges in zwei Fällen schuldig ist.

3. Der Beschwerdeführer H. M. hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten wie folgt verurteilt:
- 2 - die Angeklagte M. M. wegen "gewerbsmäßigen Betruges in sechs Fällen, davon in zwei Fällen versucht", zur Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten,
- 3 - die Angeklagte U. M. wegen "gewerbsmäßigen Betruges in zehn Fällen, davon in drei Fällen versucht", sowie wegen Beihilfe zum versuchten Betrug zur Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und drei Monaten,
- 4 - den Angeklagten H. M. wegen "gewerbsmäßigen Betruges in zwei Fällen" zur Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und drei Monaten.
- 5 Außerdem hat es ausgesprochen, dass "im Hinblick auf die überlange Verfahrensdauer" (richtig: rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung) neun Monate Freiheitsstrafe (Angeklagte M. M.) bzw. sieben Monate Freiheitsstrafe (Angeklagte H. M. und U. M.) als vollstreckt gelten.
- 6 Gegen ihre Verurteilungen wenden sich die Angeklagten mit ihren Revisionen, mit denen sie die Verletzung sachlichen Rechts rügen. Die Angeklagten M. M. und U. M. beanstanden zusätzlich das Verfahren.
- 7 1. Auf Antrag des Generalbundesanwalts hat der Senat das Verfahren gemäß § 154 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StPO eingestellt, soweit die Angeklagte U. M. im Fall II.6.e) der Urteilsgründe wegen "gewerbsmäßigen Betruges"

verurteilt worden ist. Dies führt zur entsprechenden Änderung des Schuldspruchs und zum Wegfall der insoweit verhängten Einzelstrafe.

8 2. Im verbleibenden Umfang hat die Überprüfung des Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigungen zum jeweiligen Schuldspruch aus den Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts keinen durchgreifenden Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten ergeben. Jedoch war der die Angeklagte M. M. betreffende Schuldspruch zum Fall II.7.b) der Urteilsgründe gemäß § 354 Abs. 1 StPO zu berichtigen; denn nach den getroffenen Feststellungen liegt insoweit nicht nur ein versuchter, sondern ein vollendeter Betrug vor. Außerdem war hinsichtlich aller Angeklagten die Urteilsformel neu zu fassen, weil das Vorliegen des gesetzlichen Regelbeispiels der Gewerbsmäßigkeit (§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB) in diese nicht aufzunehmen ist (Meyer-Goßner, StPO, 54. Aufl., § 260 Rn. 25).

9 3. Der gegen den Angeklagten H. M. ergangene Strafausspruch weist - wie der Generalbundesanwalt im Einzelnen zutreffend ausgeführt hat - im Ergebnis keinen den Angeklagten belastenden Rechtsfehler auf. Jedoch war der Strafausspruch hinsichtlich der Angeklagten M. M. in den Fällen II.6.c) und II.7.b) der Urteilsgründe und hinsichtlich der Angeklagten U. M. in den Fällen II.5., II.6.b), II.6.c), II.7.b) und II.7.d) der Urteilsgründe aufzuheben. Dies hat bei diesen beiden Angeklagten auch die Aufhebung der jeweils verhängten Gesamtstrafe zur Folge.

10 a) In den Fällen II.6.c) und II.7.b) der Urteilsgründe hat das Landgericht bei der Angeklagten M. M. gewerbsmäßiges betrügerisches Handeln angenommen (§ 263 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB) und ist deshalb vom erhöhten Strafraumen des § 263 Abs. 3 Satz 1 StGB ausgegangen. Dies hält

rechtlicher Überprüfung nicht stand. Gewerbsmäßig handelt ein Täter, der sich aus wiederholter Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang verschaffen möchte. Gewerbsmäßigkeit setzt stets eigenütziges Handeln voraus (BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 - 3 StR 344/03, BGHR StGB § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Gewerbsmäßig 1; Fischer, StGB, 58. Aufl., Vor § 52 Rn. 62) und damit einen vom Täter erstrebten Zufluss von Vermögensvorteilen an sich selbst. Durch die Urteilsfeststellungen ist nicht belegt, dass die Angeklagte M. M. in den genannten Fällen an den Betrugshandlungen mitwirkte, um selbst die Leistungen der getäuschten Haftpflichtversicherungen ganz oder teilweise zu erhalten. Das Landgericht hat lediglich die Einlassung der Angeklagten U. M. als nicht widerlegt angesehen, sie habe die von den Haftpflichtversicherungen gezahlten Leistungen an die Angeklagten M. M. und H. M. weitergeleitet. Ob nach der Überzeugung des Landgerichts die Weiterleitung absprachegemäß vorgesehen war und später tatsächlich vorgenommen worden ist, lässt sich den Urteilsgründen dagegen nicht entnehmen.

- 11 b) In den Fällen II.6.b), II.6.c), II.7.b) und II.7.d) der Urteilsgründe ist die Strafkammer zum Nachteil der Angeklagten U. M. ebenfalls rechtsfehlerhaft vom Strafraum des § 263 Abs. 3 Satz 1 StGB ausgegangen. Die Feststellungen belegen in diesen Fällen das Regelbeispiel des gewerbsmäßigen Handelns nicht. Wie oben bereits ausgeführt, verhalten sich die Urteilsgründe nicht dazu, wem die Schadensersatzleistungen der getäuschten Haftpflichtversicherungen absprachegemäß zufließen sollten und tatsächlich zugeflossen sind. Wenn die Weiterleitung der Versicherungsleistungen durch die Angeklagte U. M. an die Angeklagten M. M. und H.

M. von vorneherein beabsichtigt gewesen sein sollte, scheidet die Annahme von Gewerbsmäßigkeit in ihrer Person aus.

12 c) Soweit die Angeklagte U. M. im Fall II.5. der Urteilsgründe wegen Beihilfe zum versuchten Betrug verurteilt worden ist, hat das Landgericht den Strafraumen des § 263 Abs. 1 StGB zwar gemäß § 27 Abs. 2 Satz 2, § 49 Abs. 1 StGB gemildert, aber nicht geprüft, ob der gemilderte Strafraumen wegen des Versuchs ein zweites Mal nach der Ermessensvorschrift des § 23 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB zu verschieben ist.

Becker

Pfister

von Lienen

Hubert

Schäfer