



5 StR 380/11

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

vom 5. Juli 2012
in der Strafsache
gegen

wegen Betruges u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 5. Juli 2012 beschlossen:

1. Auf die Revision der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Lübeck vom 10. Mai 2011 nach § 349 Abs. 4 StPO aufgehoben
 - a) im Schuldspruch in den Fällen II.3 bis II.5 der Urteilsgründe;
 - b) im Gesamtstrafauspruch.
2. Die weitergehende Revision wird gemäß § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

G r ü n d e

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagte wegen Betrugs in vier Fällen, davon in zwei Fällen in Tateinheit mit Urkundenfälschung, und wegen Untreue unter Einbeziehung einer Geldstrafe zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt. Die auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision der Angeklagten hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Erfolg; im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

2 1. Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen.

3 a) Die Angeklagte betrieb ab Anfang 2005 als Alleingesellschafterin und Geschäftsführerin der „S “ in Lübeck ein Reisebüro. Die Gesellschaft war bereits Ende 2005 überschuldet. Im September 2006 beantragte die Angeklagte bei einem Finanzierungsinstitut einen gewerblichen Kredit über 25.000 €, der ihr aufgrund unzutreffender Angaben in der Gewinn- und Verlustrechnung zum 31. Dezember 2005 und in der vorläufigen betriebs-wirtschaftlichen Auswertung zum 30. September 2006 bewilligt und auf das Geschäftskonto der GmbH valutiert wurde. Im Oktober 2007 stellte die Angeklagte Insolvenzantrag über das Vermögen der GmbH, woraufhin deren Geschäftskonto vom Finanzierungsinstitut gekündigt wurde. Der Kredit wurde nicht zurückbezahlt. Es kam der Angeklagten bei Beantragung des Kredits darauf an, die Gesellschaft noch länger betreiben und so von ihrem Geschäftsführergehalt leben zu können (Tat II.1: Betrug).

4 b) Im September 2007 ließ die Angeklagte durch eine Mitarbeiterin für die GmbH einen Reisebus für 4.900 € anmieten, um eine Reiseveranstaltung durchzuführen. Nach Überlassen des Busses zahlte die Gesellschaft den vereinbarten „Fahrpreis“ nicht (Tat II.2: Betrug).

5 c) Im August 2007 gründete die Angeklagte die „S. “, deren Alleingesellschafterin und Geschäftsführerin sie war. Die Gesellschaft hatte keine eigene Kontoverbindung; ein unter dem Namen der Angeklagten und dem Namen „L. “ eröffnetes Konto diente als Geschäftskonto. Die GmbH war bereits zum 10. Dezember 2007 zahlungsunfähig.

6 Für die GmbH bestand zunächst bei einem Versicherungsunternehmen eine Reiseversicherung gemäß § 651k BGB. Für jede Reise wurde ein eigener Versicherungsschein mit einer individuellen Nummer ausgegeben,

den der Reisekunde erhalten sollte. Um trotz Zahlungsunfähigkeit und Überschuldung der GmbH Reisen an Interessenten anbieten und die Reisepreise als Anzahlung und Schlusszahlung vereinnahmen zu können, wies die Angeklagte ihre Mitarbeiter an, von Originalsicherungsscheinen, die für die frühere „S. “ ausgegeben und seit März 2008 ungültig waren, jeweils eine Farbkopie, die dem Original „zum Verwechseln ähnlich“ sah, auf der Rückseite der Kundenrechnung zu erstellen und das Original einzubehalten. Bei vier Reiseveranstaltungen ab November 2008 (Anlagefälle 16, 17, 18 und 21) ließ die Angeklagte nach Zahlung des Reisepreises die Reisen stornieren, zwei weitere Reiseveranstaltungen fanden statt (Anlagefälle 19 und 20).

7 Das Landgericht hat die Angeklagte aufgrund der generellen Anweisung ihrer Mitarbeiter, wie sie vorzugehen hätten, wegen einer einheitlichen Tat des Betruges und der Urkundenfälschung verurteilt. In den Fällen 19 und 20 der Anklageschrift ist das Verfahren in der Hauptverhandlung auf den Vorwurf der Urkundenfälschung gemäß § 154a StPO beschränkt worden (Tat II.3).

8 d) Des Weiteren hat das Landgericht eine einheitliche, in Tatmehrheit (§ 53 StGB) zu Ziffer 1 c) stehende Untreue zum Nachteil der GmbH angenommen (Fall II.4: § 266 StGB), weil die Angeklagte – nach Stellung eines Eigeninsolvenzantrages für die GmbH am 24. April 2009 – veranlasste, dass die Reisekunden die Restzahlungen des Reisepreises nicht auf das auf ihren Namen geführte Geschäftskonto der GmbH, sondern auf ein neu von der Angeklagten eingerichtetes Privatkonto einbezahlten (Anlagefälle 18, 19 und 21).

9 e) Am 22. April 2009 gründete die Angeklagte die „D. “, die am 22. Dezember 2009 in eine GmbH umgewandelt wurde. Entsprechend ihrer früheren Vorgehensweise bot die Angeklagte Reisen an, um für diese Gesellschaften an Vorauszahlungen der Kunden zu gelangen. Bei allen vier

Reiseveranstaltungen (Anlagefälle 41 bis 44) fand die Reise nicht statt; in den Anlagefällen 41 und 44 war eine Farbkopie eines ungültigen Originalreisesicherungsscheins auf der Rückseite der Kundenrechnung auf Veranlassung der Angeklagten erstellt worden.

10 Das Landgericht hat aufgrund der generellen Anweisungslage eine einheitliche Tat des Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung angenommen (bei Anlagefällen 42 und 43 gemäß § 154a StPO beschränkt auf Betrug).

11 2. Die Verurteilung wegen Urkundenfälschung in den Fällen II.3 und II.5 der Urteilsgründe hält sachlich-rechtlicher Prüfung nicht stand.

12 a) Die Angeklagte hat keine unechte oder verfälschte Urkunde herstellen lassen oder von dieser Gebrauch gemacht. Urkunden im Sinne von § 267 Abs. 1 StGB sind verkörperte Erklärungen, die ihrem gedanklichen Inhalt nach geeignet und bestimmt sind, für ein Rechtsverhältnis Beweis zu erbringen, und die ihren Aussteller erkennen lassen (BGH, Urteile vom 19. Februar 1953 – 3 StR 896/52, BGHSt 4, 60, 61, und vom 11. Mai 1971 – 1 StR 387/70, BGHSt 24, 140, 141). Soweit die Angeklagte lediglich den – ungültigen – Reisesicherungsschein eines Versicherungsunternehmens als Farbkopie auf die Rückseite der Kundenrechnung hat erstellen lassen, liegt eine Urkundenfälschung nicht vor. Es müsste darüber hinaus eine vom Landgericht nicht festgestellte Veränderung des Originalversicherungsscheins vorgenommen worden sein; erst dann kann eine Reproduktion durch eine Farbkopie den Anschein einer von einem Aussteller herrührenden Gedankenäußerung vermitteln, dass die Möglichkeit einer Verwechslung mit dem Original nicht ausgeschlossen werden kann (BGH, Beschluss vom 27. Januar 2010 – 5 StR 488/09, NStZ 2010, 703; BayObLG NJW 1989, 2553, 2554).

13 b) Der Senat hebt daher die Verurteilungen in den Fällen II.3 und II.5 der Urteilsgründe auf; er kann nicht ausschließen, dass Feststellungen noch getroffen werden können, die den Tatbestand der Urkundenfälschung begründen könnten. Die Aufhebung erstreckt sich auch auf die tateinheitliche Verurteilung wegen des an sich rechtsfehlerfrei festgestellten Betruges zum Nachteil der Reisekunden. Insgesamt – dies gilt gleichermaßen für die nachstehende Beanstandung (unten 2) – können die getroffenen Feststellungen bestehen bleiben, weil lediglich Subsumtionsfehler vorliegen; weitergehende Feststellungen sind möglich, soweit sie den bisherigen nicht widersprechen. Das neue Tatgericht könnte die Urkundenfälschungsvorwürfe nach § 154a StPO ausscheiden; dann besteht ohne weiteres eine tragfähige Grundlage für eine Verurteilung wegen Betruges in zwei Fällen.

14 3. Auch die Verurteilung wegen Untreue (II.4 der Urteilsgründe) hat keinen Bestand. Der Untreuetatbestand ist schon deshalb nicht erfüllt, weil der GmbH kein Vermögensnachteil dadurch zugefügt worden ist, dass die von der Angeklagten zum Nachteil der Kunden ertrogenen Restzahlungen auf den Reisepreis (Anlagefälle 18, 19 und 21) nicht auf das von der Angeklagten für die GmbH geführte „Geschäftskonto“, sondern auf ihr Privatkonto einbezahlt worden sind. Die Gelder hätten der GmbH – soweit die Reiseleistungen nicht erbracht wurden – ohnehin nicht als Vermögenswert zugestanden. Es spielte daher keine Rolle, auf welches Konto der Angeklagten die Zahlungen nach Stellung des Insolvenzantrages für die GmbH eingingen. Dies gilt ebenso für den Anklagefall 19, auch wenn in diesem Fall die Reise stattgefunden hat und insofern der GmbH der entrichtete Reisepreis zustand. Denn aufgrund der vorausgegangenen Absicht, den Reisepreis betrügerisch zu erlangen, kann eine Untreuehandlung zum Nachteil der GmbH nicht in der Umleitung des Zahlungseingangs auf ein anderes Privatkonto der Angeklagten gesehen werden, sondern darin, dass sie es unterlassen hat, der GmbH nach Durchführung der Reise den entrichteten Reisepreis zur Verfügung zu

stellen. Feststellungen hierzu sind vom Landgericht jedoch nicht getroffen worden. Es wird sich für das neue Tatgericht empfehlen, in diesem Anklagepunkt nach §§ 154, 154a StPO zu verfahren.

Basdorf

Raum

Schaal

König

Bellay