



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

4 StR 226/21

vom
16. August 2022
in der Strafsache
gegen

1.

2.

wegen Betrugs

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung der Beschwerdeführer am 16. August 2022 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten S. wird das Urteil des Landgerichts Hagen vom 19. Februar 2021, soweit es ihn betrifft,
 - a) im Schuldspruch dahin abgeändert, dass er des Betrugs in 52 Fällen schuldig ist;
 - b) im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen aufgehoben.

Die weiter gehende Revision wird verworfen.

2. Auf die Revision des Angeklagten W. wird das vorbezeichnete Urteil, soweit es ihn betrifft, im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen aufgehoben.
3. Im Umfang der Aufhebungen wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel der Angeklagten, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten S. wegen „gemeinschaftlichen“ Betrugs in 96 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt; den Angeklagten W. hat es wegen „gemeinschaftlichen“ Betrugs in 96 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt. Ferner hat das Landgericht eine Einziehungsentscheidung unter Anordnung gesamtschuldnerischer Haftung getroffen. Die unbeschränkt eingelegte und mit der Sachrüge geführte Revision des Angeklagten S. sowie die – wirksam – auf den Einziehungsausspruch beschränkte Revision des Angeklagten W. erzielen den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Erfolg; im Übrigen erweist sich die Revision des Angeklagten S. als unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

- 2 1. Die Revision des Angeklagten S. führt in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO zu einer Änderung des Schuldspruchs; der Angeklagte ist nicht des Betrugs in 96 Fällen, sondern des Betrugs in 52 Fällen schuldig.

- 3 a) Die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte S. habe in den verfahrensgegenständlichen Fällen, in denen er so genannte „Luftrezepte“ an einem Tag in zwei getrennten Stapeln zur Abrechnung an die Geschädigte übergab, die diese sodann unter zwei verschiedenen Betriebsnummern abrechnete, jeweils im Verhältnis der Tatmehrheit (§ 53 StGB) zueinander stehende Taten des Betrugs begangen, hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand; insoweit liegt jeweils nur eine Tat im Rechtssinne vor. Denn die Übergabe erfolgte jeweils zeitgleich, so dass hinsichtlich der an einem Tag vorgenommenen Einreichungen jedenfalls eine natürliche Handlungseinheit und damit nur eine Tat im Rechtssinne gegeben ist

(st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 27. September 2017 – 4 StR 235/17; Beschluss vom 23. Juni 2016 – 4 StR 75/16, NStZ-RR 2016, 281; Beschluss vom 11. September 2014 – 4 StR 207/14, wistra 2015, 17 mwN). Es liegt daher hinsichtlich der Taten 7 und 8, 9 und 10, 11 und 12, 13 und 14, 15 und 16, 17 und 18, 19 und 20, 23 und 24, 25 bis 27, 28 und 29, 30 und 31, 32 und 33, 34 und 35, 36 und 37, 38 und 39, 40 und 41, 42 und 43, 44 und 45, 46 und 47, 48 und 49, 50 und 51, 52 und 53, 54 und 55, 56 und 57, 58 und 59, 60 und 61, 62 und 63, 64 und 65, 66 und 67, 68 und 69, 70 und 71, 72 und 73, 74 und 75, 76 und 77, 78 und 79, 80 und 81, 82 und 83, 84 und 85, 87 und 88, 89 und 90, 91 und 92, 93 und 94 sowie 95 und 96 jeweils nur eine Tat im Rechtssinne vor.

4 b) Der Senat ändert den Schuldspruch in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO ab. § 265 StPO steht der Schuldspruchänderung nicht entgegen, da sich der – vollumfänglich geständige – Angeklagte nicht anders als geschehen hätte verteidigen können. Dies führt zum Wegfall der 44 Einzelstrafen in den Fällen 8, 10, 12, 14, 16, 18, 20, 24, 26 und 27, 29, 31, 33, 35, 37, 39, 41, 43, 44, 47, 48, 50, 53, 54, 57, 59, 61, 63, 64, 66, 69, 70, 72, 74, 76, 78, 80, 82, 84, 87, 89, 91, 93 und 95.

5 Einer Aufhebung der Gesamtstrafe bedarf es nicht. Der in der Gesamtfreiheitsstrafe zum Ausdruck kommende Unrechts- und Schuldgehalt der Taten wird durch die bloße Änderung der Konkurrenzverhältnisse im Allgemeinen nicht vermindert (vgl. BGH, Beschluss vom 15. September 2021 – 5 StR 135/21 Rn. 15; Beschluss vom 22. Dezember 2011 – 4 StR 514/11, wistra 2012, 146, 147). Der Senat schließt angesichts von Anzahl und Höhe der verbleibenden 52 Einzelstrafen aus, dass das Landgericht bei zutreffender konkurrenzrechtlicher Bewertung der Taten auf eine niedrigere Gesamtfreiheitsstrafe erkannt hätte.

6 2. Die Revisionen beider Angeklagter führen zur Aufhebung der Einziehungsentscheidung. Die Feststellungen ergeben nicht, dass die Angeklagten durch die verfahrensgegenständlichen Taten Mitverfügungsgewalt über eine Geldsumme in Höhe von insgesamt 1.077.892,88 € erlangt haben.

7 Insoweit hat der Generalbundesanwalt in seinen Zuschriften jeweils ausgeführt:

„Das Landgericht hat für die Frage, ob der Angeklagte für oder durch die Tat etwas erlangt hat, nicht zwischen dessen Privatvermögen und dem Vermögen der Gesellschaft bürgerlichen Rechts unterschieden (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 16. September 2020 – 1 StR 275/20, NZWiSt 2021, 110, 112 f.).

Nach den Urteilsfeststellungen standen der „Care Life GbR“ die (vermeintlichen) Erstattungsansprüche zu, an sie wurde das Geld von den Rechenzentren gezahlt. Der Gesellschaft bürgerlichen Rechts kommt eine eigene Rechtsfähigkeit zu (vgl. BGH, Urteil vom 29. Januar 2001 - II ZR 331/00, BGHZ 146, 341); sie ist daher als Drittbegünstigte anzusehen (vgl. Fischer, StGB, 68. Aufl., § 73b, Rn 4). Eine Vermögensmehrung bei einem Drittbegünstigten schließt jedoch grundsätzlich eine gegen den handelnden Täter anzuordnende Einziehung aus. Das gilt auch dann, wenn der Täter die Möglichkeit hat, auf das Vermögen des Drittbegünstigten zuzugreifen. Eine Einziehungsanordnung gegen den für eine Gesellschaft handelnden Täter kommt aber dann in Betracht, wenn er diese nur als formalen Mantel nutzt und eine Trennung zwischen Täter- und Gesellschaftsvermögen tatsächlich nicht existiert oder wenn jeder aus der Tat folgende Vermögenszufluss bei der Gesellschaft sogleich an den Täter weitergeleitet wird (vgl. BGH, Beschluss vom 31. Juli 2018 – 3 StR 620/17 in BGHR StGB § 73 Erlangtes 26 mwN). Zwar hat der Angeklagte die Gesellschaft nicht als formalen Mantel genutzt; es handelte sich nicht nur um scheinbar getrennte Vermögensmassen (vgl. Senat, Beschluss vom 17. Januar 2019 – 4 StR 486/18, NZWiSt 2019, 321, 323 f.), denn der Angeklagte nahm grundsätzlich eine Trennung zwischen den Vermögensmassen vor. Zunächst wurden die Einnahmen auch zur

„Sanierung des Unternehmens“ genutzt. Ab April 2016 fanden aber zeitnahe Privatentnahmen der beiden Gesellschafter statt (UA S. 40 ff.).

Da es nach den Urteilsausführungen zu den Privatentnahmen nicht ausgeschlossen erscheint, dass derartige Feststellungen getroffen werden können, die eine Einziehungsanordnung (auch) unmittelbar gegen den Angeklagten zulassen, wird über die Frage der Einziehung erneut zu entscheiden sein.“

8 Diesen Ausführungen tritt der Senat bei.

9 Die Anordnung der Einziehung des Wertes von Taterträgen setzt voraus, dass der hiervon Betroffene den Vermögenswert tatsächlich erlangte. Erforderlich ist insoweit die tatsächliche Verfügungsgewalt oder – bei Mittätern – zumindest wirtschaftliche Mitverfügungsgewalt. Die Vermögensmehrung bei einem Drittbegünstigten eröffnet den Anwendungsbereich der §§ 73 Abs. 1, 73c StGB nF zum Nachteil der handelnden Täter hingegen nicht (vgl. BGH, Urteil vom 28. November 2019 – 3 StR 294/19, BGHSt 64, 234, 238). Handelt der Täter – wie hier – für eine rechtsfähige Personengesellschaft, die als Rechtssubjekt über eine eigene Vermögensmasse verfügt, kann nicht ohne weiteres angenommen werden, dass der Täter – auch in Fällen einer (legalen) Zugriffsmöglichkeit – eigene Verfügungsgewalt über das Erlangte hat. Die Anordnung der Einziehung von Taterträgen bzw. des Wertes von Taterträgen setzt daher die konkrete Feststellung voraus, dass er selbst etwas erlangte. Wird jeder aus der Tat folgende Vermögensfluss an die Gesellschaft sogleich an den bzw. die Täter weitergeleitet, so kann unmittelbare Verfügungsgewalt zu bejahen sein (vgl. BGH, Urteil vom 28. November 2019 – 3 StR 294/19, BGHSt 64, 234, 239).

10 Gemessen hieran ergeben die Feststellungen keine Mitverfügungsgewalt der beiden Angeklagten an den von den Geschädigten über den gesamten Tatzeitraum betrügerisch erlangten Geldbeträgen. Den Urteilsgründen kann auch unter Berücksichtigung ihres Zusammenhangs nicht entnommen werden, ob und – gegebenenfalls – in welcher Höhe die betrügerisch erlangten und auf dem Geschäftskonto der L. eingegangenen Gelder zeitnah an die beiden Angeklagten weitergeleitet worden sind. Danach überwiesen die Geschädigten im verfahrensgegenständlichen Zeitraum von Januar 2015 bis zum 22. Dezember 2017 insgesamt 1.077.892,88 € auf das Geschäftskonto der Firma L. . Zwar ist in den Urteilsgründen unter anderem festgestellt, dass das Geschäftskonto der Firma L. im Zeitraum von April 2016 bis Dezember 2017 „im Zusammenhang mit Umbau- und Renovierungsarbeiten am Privathaus des Angeklagten S. in Höhe von insgesamt 217.273,85 € belastet“ worden ist und das Geschäftskonto der Firma im Zeitraum von April 2016 bis zum Dezember 2017 insgesamt in einem Gesamtumfang von 464.231,54 € „durch erkennbar nicht unternehmensbezogene Aufwendungen belastet“ wurde, von denen der „weitaus größere Teil“ dem Angeklagten S. zuzuschreiben sei. Diesen Feststellungen kann jedoch nicht hinreichend klar entnommen werden, dass und gegebenenfalls in welcher Höhe an welchen der Angeklagten die betrügerisch erlangten Gelder zeitnah weitergeleitet worden sind.

11 3. Die Sache bedarf daher im Umfang der Aufhebung neuer Verhandlung
und Entscheidung.

Quentin

Bartel

Maatsch

Scheuß

Weinland

Vorinstanz:

Landgericht Hagen, 19.02.2021 – 71 KLS 7/20 - 300 Js 812/17