

Nachschlagewerk: ja

BGHSt : nein

Veröffentlichung : ja

StGB § 263 Abs. 1, § 266a Abs. 1

1. Ein Vermögensschaden kann bei einem Eingehungsbetrug auch dann vorliegen, wenn - wie vom Täter gewollt - das Opfer vorleistet und damit eine Sicherung für die Realisierung des eigenen Anspruchs aufgibt.
2. Der Grundsatz der Massesicherung (§ 64 Abs. 2 GmbHG) berührt nicht die Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB, wenn ein Verantwortlicher, der bei Insolvenzreife die fehlende Sanierungsmöglichkeit erkennt, das Unternehmen weiter führt, ohne einen Insolvenzantrag zu stellen (im Anschluss an BGHSt 47, 318; 48, 307).

BGH, Beschluss vom 9. August 2005

- 5 StR 67/05
LG Neuruppin -



5 StR 67/05
(alt: 5 StR 16/02)

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

vom 9. August 2005
in der Strafsache
gegen

1.

2.

wegen Betruges u. a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 9. August 2005 beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Neuruppin vom 30. August 2004 gemäß § 349 Abs. 4 StPO wie folgt abgeändert:
 - a) Hinsichtlich beider Angeklagter wird das Verfahren gemäß § 154 Abs. 2 StPO eingestellt, soweit diesen tatmehrheitlich begangene Vergehen des Vorenthal- tens von Arbeitsentgelt, des Verstoßes gegen das Be- rufsverbot sowie der Beihilfe zum Verstoß gegen das Berufsverbot zur Last liegen; insoweit trägt die Staats- kasse die Kosten des Verfahrens und die hierauf ent- fallenen notwendigen Auslagen der Angeklagten.
 - b) Im Übrigen wird hinsichtlich beider Angeklagter das Verfahren gemäß § 154a Abs. 2 StPO auf die Vorwür- fe des Betrugs sowie der falschen Angaben zum Zwe- cke der Eintragung einer GmbH beschränkt. Es sind damit verurteilt:
 - aa) der Angeklagte W B wegen Betrugs in elf Fällen, wegen versuchten Betrugs und wegen falscher Angaben zum Zwecke der Eintra- gung einer GmbH in zwei Fällen,
 - bb) die Angeklagte K B wegen Betrugs und wegen falscher Angaben zum Zwecke der Eintra- gung einer GmbH in zwei Fällen.

- c) Gegen die Angeklagten werden gemäß § 354 Abs. 1a Satz 2 StPO folgende Gesamtstrafen festgesetzt:
- aa) gegen den Angeklagten W B eine Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten;
 - bb) gegen die Angeklagte K B eine Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wird.
2. Die weitergehenden Revisionen der Angeklagten werden gemäß § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen.
3. Die Angeklagten tragen die verbleibenden Kosten ihrer Revisionen, jedoch wird die Gebühr um ein Viertel ermäßigt. Je ein Viertel der im Revisionsverfahren entstandenen gerichtlichen Auslagen und notwendigen Auslagen der Angeklagten fallen der Staatskasse zur Last.

G r ü n d e

Das Landgericht hat die Angeklagten – nachdem der Senat das vorherige Urteil aufgehoben hatte (BGHSt 47, 318) – bei teilweise geänderten Schuldsprüchen zu wiederum denselben Gesamtstrafen verurteilt. Gegen den Angeklagten W B hat das Landgericht wegen Betrugs in elf Fällen und versuchten Betrugs, jeweils in Tateinheit mit einem Verstoß gegen das Berufsverbot, sowie wegen Vorenthaltens von Arbeitsentgelt in fünf Fällen und wegen falscher Angaben zum Zwecke der Eintragung einer GmbH in zwei Fällen eine Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verhängt.

Seine Ehefrau, die Angeklagte K B , hat es wegen Betrugs in Tateinheit mit Beihilfe zum Verstoß gegen das Berufsverbot, wegen Vorenthaltens von Arbeitsentgelt in fünf Fällen sowie wegen falscher Angaben zum Zwecke der Eintragung einer GmbH in zwei Fällen mit einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten belegt und deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt. Die Rechtsmittel der Angeklagten haben in dem aus dem Beschlusstenor ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen sind sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

1. Soweit das Landgericht die Angeklagten wegen Verstoßes gegen das Berufsverbot verurteilt hat, hat der Senat diese Vorwürfe gemäß §§ 154, 154a StPO mit Zustimmung des Generalbundesanwalts von der Verfolgung ausgenommen.

a) Der Senat hatte das Urteil des Landgerichts im ersten Durchgang hinsichtlich der tatmehrheitlich ausgeurteilten Schuldsprüche wegen Verstoßes gegen das Berufsverbot bzw. der Beihilfe hierzu und wegen falscher Angaben zum Zwecke der Eintragung einer GmbH aufrechterhalten und insoweit nur die Einzelstrafen wegfallen lassen.

Das Landgericht hat nunmehr in dem angefochtenen Urteil die Auffassung vertreten, dass der Verstoß gegen das Berufsverbot (bzw. die Beihilfe hierzu) jeweils in Tateinheit zu sämtlichen Betrugshandlungen stehe, weil diese im Zusammenhang mit der verbotenen Berufstätigkeit des Angeklagten W B s zu sehen seien (zum Konkurrenzverhältnis vgl. Horstkotte in LK 11. Aufl. § 145c Rdn. 27).

b) Diese Begründung des Landgerichts begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Es spricht zwar einiges dafür, dass – wie das Landgericht meint – der Verstoß gegen das Berufsverbot und die jeweiligen Betrugshandlungen im Verhältnis der Tateinheit zueinander stehen. Das Landgericht war indes nach § 358 Abs. 1 StPO an die zugrunde liegende Aufhe-

bungsansicht gebunden und damit im Blick auf die rechtskräftig bestätigten Schuldsprüche aus Rechtsgründen gehindert, eine andere Beurteilung der Konkurrenzverhältnisse vorzunehmen. Wäre das Revisionsgericht zu der Auffassung gelangt, der Verstoß gegen das Berufsverbot und die Betrugshandlungen stünden im Verhältnis der Tateinheit, dann hätte der selbständige Schuldspruch nicht bestehen bleiben können (vgl. BGH NStZ 1997, 276; Kuckein in KK 5. Aufl. § 353 Rdn. 10). Mit der Aufrechterhaltung der selbständigen Schuldsprüche nach § 145c StGB hat das Revisionsgericht damit auch die tatmehrheitliche Verurteilung durch das Erstgericht für das neue Tatgericht bindend festgelegt, selbst wenn sich dies nicht explizit aus den Entscheidungsgründen ergibt.

Der Widerspruch zur ersten Revisionsentscheidung wird im Übrigen auch deshalb deutlich, weil – da bislang eine entsprechende Beschränkung nach § 154 StPO nicht ersichtlich ist – weiterhin rechtskräftige Schuldsprüche wegen Verstoßes gegen das Berufsverbot (bzw. Beihilfe hierzu) fortbestehen, die dadurch, dass das Landgericht nunmehr im Hinblick auf die Betrugshandlungen einen jeweils tateinheitlichen Verstoß gegen das Berufsverbot angenommen hat, nicht in Wegfall geraten sind.

c) Der Senat stellt deshalb das Verfahren betreffend der letztgenannten rechtskräftigen Schuldsprüche auf Antrag des Generalbundesanwalts nach § 154 Abs. 2 StPO ein. Bezüglich der tateinheitlich ausgeurteilten Verstöße gegen das Berufsverbot beschränkt der Senat mit Zustimmung des Generalbundesanwalts nach § 154a Abs. 2 StPO die Schuldsprüche auf die tateinheitlich ausgeurteilten Betrugshandlungen (zur Auswirkung auf die Strafaussprüche s. unten 3).

2. Soweit die Angeklagten wegen Vorenthaltens von Arbeitsentgelt gemäß § 266a StGB verurteilt wurden, stellt der Senat das Verfahren auf Antrag des Generalbundesanwalts nach § 154 Abs. 2 StPO ein.

a) Die Urteilsgründe sind insofern nicht frei von Rechtsfehlern. Der Senat hat unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in seinem Zurückverweisungsbeschluss darauf hingewiesen, dass bei Verurteilungen neben der Anzahl der Beschäftigten auch deren Beschäftigungszeiten, das zu zahlende Arbeitsentgelt und die Höhe der Beitragssätze der Sozialversicherungsträger in den Urteilsgründen darzustellen sind (BGH NJW 2002, 2480, 2483, insoweit nicht in BGHSt 47, 318 abgedruckt; vgl. BGHR StGB § 266a Sozialabgaben 4). In den Gründen des angefochtenen Urteils finden sich weder Feststellungen zur Höhe des Arbeitsentgelts noch zu den maßgeblichen Beitragssätzen. Daher ist der Senat nicht in der Lage zu überprüfen, ob das Landgericht die geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge zutreffend bestimmt hat.

Die Frage, in welcher Höhe die Sozialversicherungsabgaben geschuldet sind, ist weitestgehend nicht dem Zeugenbeweis zugänglich, sondern unter Anwendung von Rechtsnormen zu klären. Deshalb konnte das Landgericht die Höhe der geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge nicht durch die Einvernahme des Zeugen D einführen (vgl. zur vergleichbaren Problematik im Steuerstrafrecht BGHR AO § 370 Abs. 1 Berechnungsdarstellung 9, 10).

b) Der Senat zieht die Einstellung nach § 154 Abs. 2 StPO einer Zurückverweisung in diesen Fällen vor. Neben dem geringeren Gewicht der Taten (die Einzelstrafen betragen jeweils drei Monate Freiheitsstrafe für W B und 20 Tagessätze für K B) und der weiteren Verfahrensverzögerung durch eine neuerliche Zurückverweisung spielt insoweit auch der Umstand eine Rolle, dass der II. Zivilsenat mit Urteil vom 18. April 2005 – II ZR 61/03 – (BGH DStR 2005, 978) entschieden hat, dass den Sozialversicherungsbeiträgen im Sinne des § 266a Abs. 1 StGB kein Vorrang zukomme und der Grundsatz der Massesicherung (§ 64 Abs. 2 GmbHG) es dem Geschäftsführer nicht gestatte, in der Phase der Insolvenzreife noch Zahlungen aus der Masse zu leisten. Nach dem Gesamtzusammenhang der

Feststellungen drängt sich hier eine Insolvenzsituation auf. Zwar liegt bei der gegebenen Sachverhaltsgestaltung keine Abweichung im Sinne des § 132 Abs. 2 GVG vor, weil sich die Erwägungen des II. Zivilsenats in einem nicht tragenden Hinweis finden. Gleichwohl verbleibt eine Differenz gegenüber der vom II. Zivilsenat geäußerten und in einem Leitsatz niedergelegten Rechtsauffassung.

Im Blick auf die Ausführungen des II. Zivilsenats stellt der Senat klar, dass sein dogmatischer Ausgangspunkt, wonach die Sozialabgaben im Sinne des § 266a StGB vorrangig zu erfüllende Verbindlichkeiten sind, sich nicht auf deren Privilegierung nach § 61 Abs. 1 Nr. 1 lit. a KO gestützt hat. Vorrangigkeit in diesem Zusammenhang besagt, dass die Erfüllung anderer Verbindlichkeiten für den Verantwortlichen keinen Rechtfertigungsgrund in Bezug auf eine Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB bilden kann, wenn dadurch die Mittel für die Bezahlung der Arbeitnehmerbeiträge verbraucht werden. Für den Verantwortlichen ergibt sich demnach die Pflicht zur vorrangigen Erfüllung dieser Verbindlichkeiten aus ihrer Strafbewehrung (BGHSt 47, 318, 321; 48, 307, 311), welche die besondere Bedeutung dieser Zahlungspflicht innerhalb des Sozialsystems kennzeichnet. Deshalb ist der vom II. Zivilsenat angesprochene Paradigmenwechsel durch die Einführung der Insolvenzordnung, die eine vergleichbare Privilegierung der Sozialversicherungsbeiträge im Insolvenzverfahren nicht – mehr – vorsieht, für die Rechtsprechung des Senats ohne Belang. An dieser Rechtsprechung möchte der Senat – vor allem im Blick auf den anders in einer möglichen Krisensituation eines Unternehmens effektiv nicht zu wahrenden Schutzzweck des § 266a StGB – festhalten. Die Auffassung wird im Übrigen auch in der Literatur geteilt (Lenckner/Perron in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 266a Rdn. 10; Kindhäuser, StGB 2. Aufl. § 266a Rdn. 13; Lackner/Kühl, StGB 25. Aufl. § 266a Rdn. 10; Köhler in Wabnitz/Janovsky, Handbuch des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts 2. Aufl. S. 450 f.; a.A.: Tröndle/Fischer, StGB 52. Aufl. § 266a Rdn. 17; Altmeppen in Roth/Altmeppen, GmbHG 5. Aufl. § 43 Rdn. 53; Radtke NStZ 2004, 562, 563 f.; Rönnau NJW 2004, 976).

Eine Kollision mit den Wertungsmaßstäben des Insolvenzrechts scheidet schon deshalb aus, weil dieses nur für das Insolvenzverfahren selbst gilt, nicht aber ein Rangverhältnis außerhalb der dort geregelten Materie zu begründen vermag. Daher kann für die nach den Tatbestandsmerkmalen des § 266a StGB vorzunehmende Beurteilung eines Geschehens, das sich vor der etwaigen späteren Einleitung eines Insolvenzverfahrens zuge tragen hat, aus den besonderen Vorschriften der Insolvenzordnung nichts hergeleitet werden. Dies gilt insbesondere für Krisensituationen im Vorfeld der Insolvenzreife, wenn noch nicht einmal sicher davon ausgegangen werden kann, dass es überhaupt zur Einleitung eines Insolvenzverfahrens kommt. Der Senat findet auch in der Entstehungsgeschichte der Insolvenzordnung keinen Beleg, der für eine Ausdehnung der dort niedergelegten Grundsätze sprechen und der von ihm vorgenommenen Auslegung des § 266a StGB entgegenstehen könnte.

Kommt eine Anfechtung der Zahlung von Sozialversicherungsbeiträgen nach § 129 InsO in Betracht, kann dies allerdings zivilrechtlich den gemäß § 823 Abs. 2 BGB zu ersetzenden Schaden entfallen lassen (vgl. BGH NJW 2001, 967, 969; BGH DStR 2005, 978). Auf die strafbewehrte Pflicht zur Abführung der Beiträge hat dies indes keinen Einfluss. Wie der Senat bereits ausgeführt hat, soll der Straftatbestand des § 266a StGB sicherstellen, dass der Arbeitgeber in der sich abzeichnenden Krisensituation gerade die Ansprüche der Sozialversicherungsträger, an deren Erfüllung er kein Eigeninteresse hat, bedient (BGHSt 48, 307, 312). Dieser Schutzzweck des § 266a StGB würde unterlaufen, wollte man im Blick auf etwaige Anfechtungsmöglichkeiten eines (aus verschiedenen Gründen) vielleicht gar nicht zur Eröffnung gelangenden Insolvenzverfahrens die strafbewehrte Pflicht zur Abführung der Sozialversicherungsbeiträge faktisch außer Kraft setzen.

Eine solche Einschränkung zöge insbesondere beweisrechtlich nicht hinzunehmende Unklarheiten nach sich, weil häufig der Einwand nicht zu widerlegen wäre, die Abführung sei im Hinblick auf eine mögliche Insolvenz

unterblieben. Damit wäre eine mit dem Pönalisierungszweck des § 266a StGB kaum zu vereinbarende Abschwächung des Gebots zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge verbunden, zumal da der Schuldner insbesondere im Blick auf die Krisensituation verpflichtet ist, die Abführung der Arbeitnehmerbeiträge zu gewährleisten (BGHSt 47, 318, 320; BGHZ 134, 304). Eine solche Pflicht wäre sinnlos, wenn der Geschäftsführer den für die Krisensituation bereitgehaltenen Betrag nicht mehr für die Erfüllung seiner sozialversicherungsrechtlichen Beitragspflichten einsetzen dürfte.

Der Senat vermag auch der Auffassung nicht zu folgen, dass der sich aus § 64 Abs. 2 GmbHG ergebende Grundsatz der Massesicherung die strafbewehrte Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge zeitlich unbegrenzt aufheben soll. Wird das Unternehmen insolvenzreif, obliegt es der Geschäftsführung, spätestens innerhalb von drei Wochen Insolvenzantrag zu stellen (§ 64 Abs. 1 GmbHG). Nur innerhalb dieses Zeitraums ist die Pflicht zur Abführung der Arbeitnehmerbeiträge suspendiert. Lässt der Geschäftsführer trotz fortbestehender Insolvenzreife diese Frist verstreichen, ist im Hinblick auf die Strafvorschrift des § 266a Abs. 1 StGB der Rechtfertigungsgrund entfallen, der sich aus der innerhalb der Insolvenzantragsfrist vorzunehmenden Prüfung der Sanierungsfähigkeit ergibt. Nach diesem Zeitpunkt hat er dann aus den ihm zur Verfügung stehenden Mitteln vorrangig die Beiträge im Sinne des § 266a Abs. 1 StGB zu erbringen (BGHSt 48, 307, 313). Derjenige Verantwortliche, der bei gegebener Insolvenzreife erkennt, dass für das Unternehmen keine Sanierungsmöglichkeit mehr besteht, und trotzdem keinen Insolvenzantrag stellt, kann sich jedenfalls in strafrechtlicher Hinsicht nicht auf den Grundsatz der Massesicherung (§ 64 Abs. 2 GmbHG) berufen, wenn er das Unternehmen dennoch weiter führt. Ihm ist nämlich ohne weiteres möglich, sich aus dieser (nur scheinbaren) Konfliktlage dadurch zu befreien, dass er seiner Pflicht aus § 64 Abs. 1 GmbHG nachkommt und den gebotenen Insolvenzantrag stellt (vgl. Gross/Schork NZI 2004, 358, 362).

Entgegen der Auffassung des II. Zivilsenats kollidieren nicht zwei (gleichwertige) zivilrechtliche Ansprüche (§ 64 Abs. 2 GmbHG einerseits und § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 266a Abs. 1 StGB andererseits). Es mag schon zweifelhaft sein, ob eine etwaige zivilrechtliche Ersatzpflicht nach § 64 Abs. 2 GmbHG nicht durch die strafbewehrte Pflicht nach § 266a Abs. 1 StGB überlagert wird und dies bei dem Geschäftsführer, der diesem strafrechtlichen Normbefehl folgt, das für die Ersatzpflicht notwendige Verschulden entfallen ließe. Selbst die Annahme einer Ersatzpflicht nach § 64 Abs. 2 GmbHG stünde einer Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB nicht entgegen. Eine unabwendbare Pflichtenkollision ist hier nämlich schon deshalb nicht gegeben, weil sich der Geschäftsführer diesen widerstreitenden Pflichten jederzeit entziehen könnte, indem er einen Insolvenzantrag stellt. Hat aber der Täter selbst vorwerfbar die Pflichtenkollision herbeigeführt, kann er hieraus keinen Rechtfertigungsgrund ableiten (Tröndle/Fischer, StGB 52. Aufl. § 34 Rdn. 15).

Der Senat hält auch für die Fälle, in denen der Geschäftsführer unter Missachtung der Insolvenzantragspflicht das Unternehmen fortführt, daran fest, dass für die weiterbeschäftigten Arbeitnehmer insoweit auch vorrangig die Beiträge im Sinne des § 266a Abs. 1 StGB abzuführen sind. Ein Verstoß gegen diese Pflicht führt zu einer Strafbarkeit nach § 266a Abs. 1 StGB (zustimmend: Lackner/Kühl, StGB 25. Aufl. § 266a Rdn. 10; Flitsch BB 2004, 351; Gross/Schork NZI 2004, 358; Bittmann wistra 2004, 327; Karsten NJ 2004, 231; ablehnend: Tröndle/Fischer, StGB 52. Aufl. § 266a Rdn. 15; Rönnau NJW 2004, 976; Radtke NStZ 2004, 562; Berger/Herbst EWiR 2004, 453; Altmeyen in Roth/Altmeyen, GmbHG 5. Aufl. § 43 Rdn. 53).

3. Bezüglich des Rechtsfolgenausspruchs ergeben sich die aus der Anwendung der §§ 154, 154a StPO notwendigen Korrekturen, die der Senat, um eine neuerliche Zurückverweisung der Sache zu vermeiden, nach § 354 Abs. 1a Satz 2 StPO auf Antrag des Generalbundesanwalts selbst vornimmt.

Er reduziert zunächst die Einzelstrafen hinsichtlich beider Angeklagter wegen der verbleibenden Betrugsfälle jeweils um einen Monat. Die maßvolle Ermäßigung ergibt sich aus dem vergleichsweise geringen Gewicht der vom Landgericht tateinheitlich mitabgeurteilten Vergehen nach § 145c StGB.

Danach verbleiben wegen der abgeurteilten Betrugstaten gegen den Angeklagten W B folgende Einzelfreiheitsstrafen: zwei Jahre und elf Monate, dreimal ein Jahr und fünf Monate, ein Jahr und ein Monat, zweimal sieben Monate, viermal fünf Monate sowie zwei Monate. Hinsichtlich der beiden Vergehen wegen unrichtiger Angaben zum Zwecke der Gründung einer GmbH verbleibt es bei den vom Landgericht angesetzten Einzelfreiheitsstrafen von jeweils drei Monaten.

Bei der Angeklagten K B wird hinsichtlich des Vergehens des Betrugs eine Einzelfreiheitsstrafe von einem Jahr und fünf Monaten festgesetzt. Bezüglich der Vergehen der falschen Angaben zum Zwecke der Eintragung einer GmbH verbleibt es bei den beiden vom Landgericht verhängten Geldstrafen von zweimal je 40 Tagessätzen (zu einem Euro).

Bei der selbständigen Festsetzung der Gesamtstrafen auf Antrag des Generalbundesanwalts ist neben dem bisherigen Zeitablauf auch auf den engen situativen und zeitlichen Zusammenhang der Einzeltaten Bedacht genommen und jeweils nur eine sehr maßvolle Erhöhung der Einsatzstrafen vorgenommen worden. Der Senat setzt antragsgemäß gegen den Angeklagten W B eine Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten und gegen die Angeklagte K B eine solche von einem Jahr und sechs Monaten – bei Aussetzung der Vollstreckung zur Bewährung – fest.

4. Die Revisionen sind im Übrigen aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. Ergänzend bemerkt der Senat folgendes:

a) Entgegen der Auffassung der Verteidigung hat das Landgericht im Hinblick auf den Fall des Rohbauherstellers N GmbH rechtsfehlerfrei einen Betrug gemäß § 263 StGB angenommen.

aa) In dem Vertragsschluss liegt die Täuschungshandlung. Der Angeklagte verfügte nach den Feststellungen nicht über die erforderlichen Mittel, die Durchführung der Bauvorhaben sicherzustellen. Ihm kam es – auch um den Lebensunterhalt seiner Familie bestreiten zu können – darauf an, zwar die Vergütung des Bauherrn zu vereinnahmen, seinerseits die Gelder für die Werklohnansprüche seiner Subunternehmer jedoch nicht oder nur in Teilen auszubezahlen. Dies schließt das Landgericht ohne Rechtsverstoß einmal aus der desolaten wirtschaftlichen Situation des Angeklagten und der von ihm kontrollierten Unternehmen, zum anderen aber auch aus seiner immer gleichen Vorgehensweise, die darauf angelegt war, die vorleistungspflichtigen Subunternehmer nicht entsprechend ihrer geleisteten Arbeiten zu bezahlen. Indem der Angeklagte trotz bestehender Zahlungsunwilligkeit den Verantwortlichen der N GmbH gegenüber bei Vertragsschluss Zahlungsbereitschaft vorgespiegelt hat, hat er eine Täuschungshandlung im Sinne des § 263 StGB begangen.

bb) Durch diese Täuschungshandlung ist auch eine Vermögensschädigung der N GmbH eingetreten, die letztlich mit über 300.000 DM fälliger Werklohnansprüche ausgefallen ist. Der Annahme eines Schadens steht nicht entgegen, dass der Angeklagte insoweit seine Ansprüche gegen den Bauherrn an die N GmbH abgetreten hat. Nach der vom Landgericht vorgenommenen – revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüfbaren (vgl. BGH NJW 2004, 2248, 2250, insoweit in BGHSt 49, 147 nicht abgedruckt) – Auslegung der Abtretungsvereinbarung blieb es dem Angeklagten überlassen, die Abtretung dem Bauherrn anzuzeigen. Dies schloss zwar die Möglichkeit nicht aus, dass die N GmbH als Zessionarin die Abtretung ihrerseits anzeigte, um so eine befreiende Leistung (§ 409 Abs. 1 Satz 1 BGB) an das Unternehmen des Angeklagten zu verhindern.

Allerdings sollte – dies liegt im Sicherungszweck dieser Abrede begründet – die Abtretung zunächst verdeckt bleiben. Durch die Abtretungserklärung erlangte nämlich die N GmbH in Gestalt des Bauherrn lediglich einen weiteren Anspruchsverpflichteten, ohne die vorrangige Leistungsbeziehung zwischen ihr und der vom Angeklagten vertretenen Generalübernehmerin aufzuheben.

Da der Bauherr keine Kenntnis von der Abtretung hatte, konnte der Angeklagte für den Bauherrn schuldbefreiend die Vergütung vereinnahmen, ohne seinerseits den vorleistungspflichtigen Subunternehmer zu befriedigen. Diese bereits im Vertragsschluss angelegte Gefährdung hat sich zu Lasten der N GmbH zu einem Vermögensnachteil entwickelt. Zwar liegt selbst bei bestehender Zahlungsunwilligkeit des Täters dann keine schadensgleiche Vermögensgefährdung vor, wenn der Getäuschte noch anderweitig gesichert ist (vgl. BGHSt 34, 199, 202 ff.; BGH NStZ-RR 2001, 329). Dies war jedoch nur solange der Fall, als der N GmbH noch das anderweitige Sicherungsmittel, nämlich die Ansprüche aus abgetretenem Recht gegen den Bauherrn, zustanden (vgl. BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 46, 49). Ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB entsteht erst, wenn das Opfer die Sicherung für seinen eigenen wirtschaftlich gefährdeten Anspruch aufgibt (vgl. Cramer in Schönke/Schröder, StGB 26. Aufl. § 263 Rdn. 132). Dies hat die N GmbH getan, indem sie leistete, obwohl die Zahlungen des Bauherrn bereits schuldbefreiend an den Betrieb des Angeklagten geflossen sind. Damit ist die bloße – isoliert betrachtet noch nicht schadensgleiche – Vermögensgefährdung durch die dann ungesicherte Vorleistung der N GmbH zu einem tatsächlichen Vermögensschaden erstarkt.

Dieses Ziel wollte der nach den Feststellungen des Landgerichts zahlungsunwillige Angeklagte erreichen. Sein Tatplan erfasste gerade auch den Fall (vgl. BGH NStZ 1998, 85), dass der Subunternehmer – durch anfängliche Zahlungen in Sicherheit gewogen – dann immer weiter vorleistete und

schließlich, weil der Bauherr von ihm unbemerkt bereits gezahlt hatte, seine Sicherheiten preisgab. Da der Angeklagte bereits mit dem Vertragsschluss die Ursachenkette in Gang gesetzt hat, die nach dem Gesamtzusammenhang der Feststellungen darauf angelegt war, die Werklohnansprüche der N GmbH jedenfalls teilweise nicht zu erfüllen, beseitigt der Umstand, dass er in der Folge möglicherweise durch weitere – strafrechtlich unselbständige – Handlungen den Erfolgseintritt gefördert hat, die unmittelbare Verknüpfung zwischen Täuschung, Verfügung und Schadenseintritt nicht.

b) Die Annahme des Regelbeispiels nach § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB im Fall A begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Das Landgericht hat, indem es auf die Schlussrechnung von (brutto) über 110.000 DM abgestellt hat, übersehen, dass unter Vermögensverlust im Sinne des Regelbeispiels des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB nur der tatsächlich eingetretene Schaden fällt (BGHSt 48, 354, 356). Deshalb hätte das Landgericht die in dem Schlussrechnungsbetrag enthaltene Umsatzsteuer nicht berücksichtigen dürfen, weil diese für das geschädigte Unternehmen einen lediglich durchlaufenden Posten darstellt. Da bei Abzug der Umsatzsteuer die Mindestgrenze von 50.000 € (BGHSt 48, 360) nicht erreicht wird, ist das Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB nicht erfüllt.

Im Hinblick auf die gravierenden straf erhöhenden Gesichtspunkte, die das Landgericht rechtsfehlerfrei aufgeführt hat, ist indes auszuschließen, dass in diesem Fall eine niedrigere Einzelstrafe in Betracht gekommen wäre als die vom Senat reduzierte Freiheitsstrafe von einem Jahr und fünf Monaten.

c) Nicht frei von Bedenken sind weiterhin die Feststellungen zur Schadenshöhe im Fall der als Subunternehmerin eingesetzten L GmbH. Aufgrund der hinsichtlich der Bestimmung der Schadenshöhe allerdings nicht ganz eindeutigen Urteilsgründe ist zu besorgen, dass vom Landgericht bei der Bestimmung der Schadenshöhe auch der Betrag eingestellt wurde, der

sich aus einer Schlussrechnung nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B der L

GmbH ergibt. Nach § 8 Nr. 1 Abs. 2 VOB/B steht dem Werkunternehmer im Falle einer Kündigung durch den Auftraggeber die vereinbarte Vergütung abzüglich ersparter Aufwendungen zu. Da dieser Anspruch dem Auftragnehmer auch den zu erwartenden Gewinn aus dem Werkvertrag sichern soll, ist er für die Bestimmung des Betrugsschadens nicht geeignet, weil das bloße Ausbleiben einer Vermögensmehrung keinen Schaden im Sinne des § 263 StGB begründen kann (BGHSt 16, 220, 223; BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 8, 64). Die auf sieben Monate reduzierte Einzelfreiheitsstrafe bleibt hiervon jedoch unberührt, weil sich die geringe Strafe ohne weiteres allein aus dem niedrigeren Gefährdungsschaden rechtfertigen würde.

Basdorf	Häger	Gerhardt
Raum		Schaal