



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 StR 41/06

vom

11. Mai 2006

in der Strafsache

gegen

wegen Betruges u. a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 11. Mai 2006,
an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Tolksdorf,

die Richter am Bundesgerichtshof
Winkler,
von Lienen,
Becker,
Hubert
als beisitzende Richter,

Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landgerichts Hildesheim vom 29. April 2005 wird verworfen.

Die Kosten des Rechtsmittels und die dem Angeklagten hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen fallen der Staatskasse zur Last.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betruges in acht Fällen und wegen Nötigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Von der Anordnung des Verfalls von Wertersatz hat es entgegen dem Antrag der Staatsanwaltschaft abgesehen. Allein hiergegen wendet sich deren Revision, mit der sie die Verletzung materiellen Rechts rügt. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.
- 2 Das Landgericht hat die Anordnung des Verfalls von Wertersatz (§ 73 a Satz 1 StGB) gemäß § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB für ausgeschlossen gehalten, weil den Geschädigten aufgrund der Taten des Angeklagten Ersatzansprüche gegen diesen erwachsen seien, deren Erfüllung dem Angeklagten den Wert des Erlangten entziehen würde. Allein die Existenz dieser Ansprüche schließe den Wertersatzverfall aus; ob mit ihrer Geltendmachung tatsächlich zu rechnen sei und ob sie möglicherweise bereits verjährt seien, habe demgegenüber keine Bedeutung. Dabei sei auch zu beachten, dass außer den durch die Betrugstaten unmittelbar geschädigten Vertragspartnern des Angeklagten auch deren

- zum Teil bisher möglicherweise unbekanntem - Geldgebern Schadensersatzansprüche gegen den Angeklagten entstanden sein könnten; deshalb sei nicht auszuschließen, "dass weitere Ansprüche gegen den Angeklagten mit noch nicht absehbarer Begründung geltend gemacht werden". Dies lässt im Ergebnis keinen durchgreifenden Rechtsfehler zum Vorteil des Angeklagten erkennen.

- 3
1. Ist dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch gegen den Täter oder Teilnehmer erwachsen, dessen Erfüllung diesem den Wert des aus der Tat Erlangten entziehen würde, so ist die Anordnung des Verfalls und des Wertersatzverfalls (Schmidt in LK 11. Aufl. § 73 a Rdn. 3; Eser in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 73 a Rdn. 6) gemäß § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB grundsätzlich allein schon durch die Existenz dieser Forderung ausgeschlossen, ohne dass es darauf ankommt, ob der Verletzte bekannt ist, er den Täter oder Teilnehmer tatsächlich in Anspruch nimmt oder hiermit zumindest noch zu rechnen ist (s. etwa BGH NStZ 1984, 409 f.; 1996, 332; 2001, 257; NStZ-RR 2004, 242, 244; 2006, 138; BGHR StGB § 73 Anspruch 1 und 2 sowie Tatbeute 1). Soweit demgegenüber teilweise vertreten wird, der Ausschlussstatbestand des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB finde jedenfalls dann keine Anwendung, wenn der (bekannte) Verletzte, obwohl er von dem laufenden Verfahren unter Sicherstellung von zumindest Teilen der Tatbeute weiß, über einen längeren Zeitraum keine Anstalten trifft, seine Ansprüche gegen den Täter geltend zu machen (OLG München NStZ 2004, 443, 444; Kiethe/Hohmann, NStZ 2003, 505, 510; Tröndle/Fischer, StGB 53. Aufl. § 73 Rdn. 11 a), kann dem nicht gefolgt werden. Diese Ansicht kann sich zwar auf den allgemeinen Zweck der gesetzlichen Verfallsvorschriften stützen, dem Täter oder Teilnehmer möglichst den Erlös aus der Tat zu entziehen. Sie überschreitet jedoch die eindeutigen Grenzen des Wortlauts des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB und gerät zudem in Widerspruch zu dem Regelungsziel der Vorschrift, eine Konkurrenz zwischen staatlichen Verfallsansprüchen und zivilrechtlichen Ersatzforderungen des Geschädigten zu

vermeiden. Zu diesem Zweck hat der Gesetzgeber bewusst eine Lücke bei der strafrechtlichen Abschöpfung von Taterlösen auch in den Fällen in Kauf genommen, in denen der Verletzte seinen Ersatzanspruch nicht geltend macht und damit nach Einschätzung des Gerichts auch nicht mehr zu rechnen ist. Dem lagen insbesondere auch Überlegungen der Verfahrensvereinfachung zugrunde; denn bei einer Abschöpfung von Taterlösen ohne Rücksicht auf bestehende Ersatzansprüche des Verletzten hätte eine Regelung über das Rechtsverhältnis zwischen diesem und dem den Erlös an sich ziehenden Staat für den Fall getroffen werden müssen, dass jener nachträglich seine Ansprüche doch noch verfolgt. Hierin wurde eine unnötige Erschwerung des Rechtsgangs gesehen (vgl. die Begründung zum Entwurf eines StGB 1962, BTDrucks. IV/650 S. 241; Protokolle des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform, 5. Wahlperiode, Bd. 1 S. 542 ff., 993 ff. sowie dessen Bericht, BTDrucks. V/4095 S. 39 f.; die dortigen, im Gesetzgebungsverfahren nicht umgesetzten Erwägungen über eine verfahrensrechtliche Regelung, die ermöglichen sollte, dass sichergestellte Taterlöse dem Staat zufallen, wenn der über die Sicherstellung informierte Geschädigte innerhalb einer bestimmten Frist seinen Ersatzanspruch nicht geltend macht, sind erst jetzt mit dem Entwurf eines Gesetzes zur Stärkung der Rückgewinnungshilfe und der Vermögensabschöpfung bei Straftaten vom 30. Dezember 2005 - BRDrucks. 940/05 - wieder aufgegriffen worden).

- 4 Hieraus folgt, dass der Geschädigte nicht gehalten ist, seine Vollstreckungsmöglichkeiten gegen den Täter vor Beeinträchtigungen durch staatliche Zugriffe auf dessen Vermögen dadurch zu sichern, dass er seinen Ersatzanspruch gegen den Angeklagten vor dem Zeitpunkt geltend macht, in dem sein Abwarten der Durchsetzung seiner Forderung zivilrechtlich die Grundlage entzieht (s. unten 2. und 3.). Vielmehr steht es ihm, wie jedem Gläubiger, frei, etwa im Hinblick auf von ihm erwartete Prozess- oder Kostenrisiken mit der Inanspruchnahme des Täters abzuwarten, bis er die rechtlich gesicherte Möglich-

keit sieht, seinen Anspruch gerichtlich und dann erforderlichenfalls auch erfolgreich im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen. Gerade eine vorherige strafrechtliche Verurteilung des Täters kann dabei die zivilrechtliche Durchsetzung des Ersatzanspruchs des Geschädigten erleichtern. Dieser mag daher im Einzelfall sogar ein besonderes Interesse daran haben, vor Beendigung des Strafverfahrens noch nichts zur Durchsetzung seiner Forderung gegen den Täter zu unternehmen. Vor diesem Hintergrund verbietet sich eine Auslegung des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB, wonach allein schon das bisherige tatsächliche Unterbleiben und die fehlende Erwartung künftiger Geltendmachung von Ersatzansprüchen durch den Geschädigten die Verfallsanordnung gegen den Täter ermöglicht.

- 5 Danach hat das Landgericht mit Recht in allen Fällen, in denen dem Angeklagten Erlöse aus seiner Tat zugeflossen sind und daher die Anordnung des Verfalls von Wertersatz in Betracht kam, § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB grundsätzlich unabhängig davon für anwendbar gehalten, ob der oder die Geschädigten schon seit längerem um ihre Ersatzansprüche gegen den Angeklagten und gegebenenfalls von dem gegen ihn gemäß § 111 b Abs. 2, § 111 d StPO ausgebrachten dinglichen Arrest wussten und dennoch nichts zur Durchsetzung ihrer Forderungen gegen ihn unternommen haben. Entgegen der Stellungnahme des Generalstaatsanwalts beim Oberlandesgericht Celle ist es auch nicht zu beanstanden, dass das Landgericht die in Betracht kommenden Ersatzansprüche zivilrechtlich nicht näher spezifiziert hat. Es versteht sich von selbst, dass durch die Taten des Angeklagten Ersatzansprüche der Geschädigten gemäß § 823 Abs. 2 BGB, § 263 StGB und § 826 BGB gegen ihn begründet wurden. Es bedurfte daher nicht der Feststellung, ob die betrügerischen Geschäftsbesorgungsverträge gemäß § 123 BGB wegen arglistiger Täuschung angefochten worden waren und damit auch bereicherungsrechtliche Ansprüche entstanden sind.

6 2. Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts erweist sich die Entscheidung des Landgerichts auch nicht deswegen als rechtsfehlerhaft, weil es in den Fällen II. 8. b (G. /D.) und II. 8. d (S.) nicht geprüft hat, ob die Anordnung des Verfalls von Wertersatz trotz § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB deswegen möglich ist, weil die Geschädigten auf ihre Ersatzforderungen - konkludent - verzichtet haben. Allerdings trifft es zu, dass unabhängig vom Zustandekommen eines wirksamen Erlassvertrages zwischen dem Verletzten und dem Angeklagten § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB der Anordnung des Verfalls (von Wertersatz) dann nicht entgegensteht, wenn der Verletzte ausdrücklich auf seine Ersatzforderung verzichtet und in Übereinstimmung mit dieser Erklärung keine Ansprüche gegen den Angeklagten geltend gemacht hat und geltend macht; denn in diesem Fall kann davon ausgegangen werden, dass weder dem Verletzten durch die Anordnung des Verfalls eine Ersatzmöglichkeit entzogen wird noch umgekehrt dem Angeklagten eine doppelte Inanspruchnahme droht (BGH NStZ -RR 2004, 54, 55; OLG München NStZ 2004, 443, 444). Diese Annahme findet ihre Berechtigung darin, dass in einem solchen Fall die Ersatzforderung zwar nicht durch einen Erlassvertrag (§ 397 BGB) erloschen ist, dennoch aber eine erfolgreiche Durchsetzung der Forderung aus Rechtsgründen ausgeschlossen werden kann und nicht lediglich aus tatsächlichen Gründen nicht (mehr) zu erwarten steht. Denn würde der Verletzte trotz ausdrücklichen Verzichts auf die der Geltendmachung der ihm bekannten Ersatzforderung nachträglich doch die Durchsetzung seines Anspruchs gegen den Angeklagten betreiben, so stünde dem unter dem Gesichtspunkt widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) gemäß § 242 BGB trotz der Anspruchsentstehung aus einem deliktischen Verhalten (s. dazu aber auch OLG Köln VersR 1996, 239, 240) der Verwirkungseinwand entgegen, der als rechtsvernichtende Einwendung in einem eventuellen Zivilrechtsstreit von Amts wegen zu berücksichtigen wäre (vgl. BGH NJW 1966, 343, 345). Der Angeklagte könn-

te sich daher allein durch Vortrag der entsprechenden Tatsachen und deren Beleg (etwa auch durch das Strafurteil, in dem der Verzicht des Verletzten festgestellt und deswegen auf Verfall erkannt worden ist) gegen seine doppelte Inanspruchnahme schützen, während er sich andererseits auf diese Weise den Taterlös sichern könnte, wenn trotz des Verzichts des Verletzten von der Verfallsanordnung abgesehen werden müsste. § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB findet daher in einer solchen Konstellation nach dem Sinn der Vorschrift keine Anwendung. Dies ist auch mit deren Wortlaut zu vereinbaren; denn es scheidet nach der Rechtslage aus, dass es noch zu einer Erfüllung der Ersatzforderung des Verletzten kommen könnte.

7 Es kann offen bleiben, ob und gegebenenfalls unter welchen Umständen auch ein konkludenter Forderungsverzicht mit der Folge der Anspruchsverwirkung zur Nichtanwendbarkeit des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB führen kann; denn entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts belegen die getroffenen Feststellungen (Fall II. 8. b) und die im Urteil wiedergegebene Aussage des Geschädigten S. im Fall II. 8. d einen derartigen Forderungsverzicht mit Verwirkungsfolge nicht. Dass der Zeuge D. , der seine Ersatzforderung im Konkursverfahren über das Vermögen des Angeklagten angemeldet hatte, keine Klage auf deren Feststellung zur Konkurstabelle erhoben hat, nachdem die Forderung vom Konkursverwalter vorläufig bestritten worden war, reicht hierfür ebenso wenig aus wie die selbstkritische Äußerung des Geschädigten S. , er betrachte das fehlgeschlagene Investment als eine Art Lehrgeld.

8 3. Das Landgericht hat die Anordnung des Verfalls von Wertersatz durch § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB auch dann für ausgeschlossen gehalten, wenn die Ersatzforderungen der jeweiligen Geschädigten bereits verjährt sein sollten (ebenso - ohne nähere Begründung - OLG Zweibrücken StV 2003, 160, 162). Dies trifft nicht zu. Auch im Falle der Verjährung des Ersatzanspruchs findet

§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB keine Anwendung. Es gelten insoweit dieselben Überlegungen, die für den Fall der Anspruchsverwirkung durch ausdrücklichen Forderungsverzicht dargelegt worden sind. Der alleinige Unterschied besteht darin, dass es sich bei der Verjährung der Forderung nicht um eine im Zivilrechtsstreit von Amts wegen zu beachtende rechtsvernichtende Einwendung, sondern um ein Leistungsverweigerungsrecht handelt (§ 214 Abs. 1 BGB nF), das der Schuldner im Prozess als Einrede geltend machen muss. Dies rechtfertigt indessen keine unterschiedliche Behandlung. Maßgeblich ist vielmehr, dass der Angeklagte es durch Vortrag und notfalls Beleg der verjährungsbegründenden Tatsachen nebst Erhebung der entsprechenden Einrede rechtlich in der Hand hat, eine doppelte Inanspruchnahme durch Staat und Verletzten zu verhindern und es mit dem Zweck der Verfallsvorschriften - Abschöpfung des Taterlöses - unvereinbar wäre, in diesem Fall über die Anwendung des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB dem Angeklagten sehenden Auges die Möglichkeit zu eröffnen, sich die aus der Tat verschafften Vorteile zu sichern.

9 Auf diesem Rechtsfehler des Landgerichts beruht das Urteil indessen nicht; denn die getroffenen Feststellungen belegen, daß keiner der in Betracht kommenden Ersatzansprüche der Geschädigten bereits verjährt ist. Die frühest abgeurteilte Betrugstat hat der Angeklagte im Jahr 1997 begangen. Der deliktsrechtliche Anspruch des Geschädigten auf Herausgabe des vom Angeklagten hieraus Erlangten verjährt erst nach zehn Jahren, frühestens mit Ablauf des 31. Dezember 2011 (§ 195, § 852 Abs. 3 BGB aF, § 852 Satz 1 und 2 BGB nF, Art. 229 § 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 EGBGB). Dabei haftet der Angeklagte aufgrund der Rechtsfolgenverweisung des § 852 Abs. 3 BGB aF, § 852 Satz 1 BGB nF (vgl. BGHZ 71, 86) gemäß § 819 Abs. 1, § 818 Abs. 4 BGB verschärft und könnte sich daher auch nicht auf den Wegfall der Bereicherung berufen.

10 Die Entscheidung des Landgerichts ist daher im Ergebnis nicht zu beanstanden.

Tolksdorf

Becker

Winkler

von Lienen

RiBGH Hubert ist infolge Urlaubs an der Unterzeichnung gehindert.

Tolksdorf