



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 StR 181/08

vom

14. August 2008

in der Strafsache

gegen

wegen Betruges

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Verhandlung vom 10. Juli 2008 in der Sitzung am 14. August 2008, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Becker,

die Richter am Bundesgerichtshof

Dr. Miebach,
Pfister,
von Lienen,

die Richterin am Bundesgerichtshof
Sost-Scheible,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof
- in der Verhandlung vom 10. Juli 2008 -,

Staatsanwalt
- bei der Verkündung am 14. August 2008 -
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger,

Justizangestellte
- in der Verhandlung vom 10. Juli 2008 -,

Justizamtsinspektor
- bei der Verkündung am 14. August 2008 -
als Urkundsbeamte der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Die Revisionen der Angeklagten und der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landgerichts Osnabrück vom 1. November 2007 werden verworfen.

Die Angeklagte trägt die Kosten ihres Rechtsmittels. Die Staatskasse hat die Kosten der Revision der Staatsanwaltschaft und die der Angeklagten dadurch entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagte wegen Betruges in zwölf Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt und die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung ausgesetzt. Gegen dieses Urteil wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihrer zu Ungunsten der Angeklagten eingelegten und auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkten Revision, die vom Generalbundesanwalt vertreten wird. Sie beanstandet in sachlich-rechtlicher Hinsicht die Ablehnung gewerbsmäßigen Handelns der Angeklagten und wendet sich gegen die Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung. Die Angeklagte macht mit ihrer Revision die Verletzung formellen und materiellen Rechts geltend.
- 2 Die Rechtsmittel haben keinen Erfolg.
- 3 I. Nach den Feststellungen befindet sich die Angeklagte seit dem Jahr 1991 in erheblichen finanziellen Schwierigkeiten. Im Jahr 1999 gab sie die ei-

desstattliche Versicherung ab. Der Erwerb eines Anwesens, auf dem sie ein Gestüt betrieb, scheiterte, weil sie den Kaufpreis in Höhe von 1,7 Millionen DM nicht finanzieren konnte. Das Grundstück musste sie im März 2000 räumen.

4 Daraufhin pachtete die Angeklagte im September 2000 von der Zeugin M. das "Rittergut O. ", das sich in einem baulich desolaten Zustand befand. Es war von vorneherein geplant, dass die Angeklagte das Gut zu einem Preis erwerben sollte, der die Grundstücksbelastungen in Höhe von 6,8 Millionen € abdeckte. Da die Angeklagte über keine nennenswerten Barmittel, Einkünfte oder sonstiges Vermögen verfügte, wurde ihr der Pachtzins gestundet, der später mit dem Kaufpreis verrechnet werden sollte. Im August 2002 schloss die Angeklagte mit der Eigentümerin einen notariellen Kaufvertrag über den Erwerb des Ritterguts für 6,8 Millionen €.

5 Bereits im Jahr 2001 hatte ein Kreditvermittler der Angeklagten angeboten, mittels eines "selbsttilgenden Kredits" den Erwerb des Anwesens zu finanzieren. Das Konzept sah vor, auf "den internationalen Geldmärkten" einen Kredit in Höhe des doppelten Kaufpreises zu niedrigen Zinsen aufzunehmen. Mit einem Teil des Kreditbetrags sollte der Kaufpreis für das Rittergut finanziert, der andere Teil sollte hoch verzinst so angelegt werden, dass mit der erzielten Rendite der gesamte Kredit bedient werden konnte. Im August 2001 erteilte die U. -Bank der Angeklagten eine Zusage für eine Zwischenfinanzierung über 25 Millionen US-Dollar, verlangte jedoch für die Auszahlung des Kredits die Vorlage einer Bankgarantie. Diese konnte die Angeklagte trotz intensiver Bemühungen nicht erlangen. Die von ihr bei Dritten geborgten 500.000 US-Dollar oder Euro (das Urteil ist insoweit nicht eindeutig), die sie an zwei eingeschaltete Rechtsanwälte zur Beschaffung der Bankgarantie weiterleitete, wurden von diesen veruntreut. Der Kreditvermittler hielt die Angeklagte, auch unter Vorlage

gefälschter Bestätigungsschreiben über die bevorstehende Gewährung des Kredits, über längere Zeit hin. Zu einer Auszahlung des Kredits kam es nicht.

6 Vor diesem Hintergrund schloss die Angeklagte in der Zeit zwischen Dezember 2000 und März 2004 im wesentlichen zum Zwecke des Umbaus und der Renovierung des Gutes 11 Werk- bzw. Dienstverträge und in einem Fall einen Kaufvertrag mit verschiedenen Vertragspartnern ab, wobei sie jeweils den Anschein erweckte, die zu erbringenden Leistungen bezahlen zu können. Dabei nahm sie zumindest billigend in Kauf, ihren Zahlungsverpflichtungen nicht nachkommen zu können. Bei Nachfragen zu ihrer Zahlungsfähigkeit, gab sie ihren Vertragspartnern gegenüber u. a. etwa wahrheitswidrig an, Geldbeträge in Millionenhöhe aus einer Erbschaft oder aus frei werdenden Festgeldern zu erwarten. Die für die Leistungen in Rechnung gestellten Beträge zwischen 350 und 19.000 € bezahlte sie nicht oder nicht vollständig, so dass ihren Vertragspartnern ein Schaden in Höhe von insgesamt etwa 100.000 € entstand.

7 II. Revision der Angeklagten.

8 1. Die Verfahrensrüge, mit der die Angeklagte beanstandet, das Landgericht habe durch die Zurückweisung eines Beweisbegehrens gegen § 244 Abs. 3 Satz 2, Abs. 6 StPO verstoßen, dringt im Ergebnis nicht durch.

9 a) Der Verteidiger hat in der Hauptverhandlung beantragt, den "Sachbearbeiter" des Finanzamts zum Beweis dafür zu vernehmen, dass die Angeklagte "im angeklagten Zeitraum insgesamt 939.475 € aus eigenen Mitteln für den Unterhalt und den Betrieb des Ritterguts ausgegeben", namentlich Krankenkassenbeiträge und Lohnsteuern beglichen und Handwerkerrechnungen in bar bezahlt habe. Die entsprechenden Summen seien durch Steuer- und Umsatzsteuerprüfungen rechtskräftig festgestellt worden. Von einer vollständigen Zahlungsunfähigkeit der Angeklagten könne deshalb nicht ausgegangen werden.

10 Die beantragte Beweiserhebung hat das Landgericht mit der Begründung abgelehnt, es fehle an der erforderlichen Konnexität zwischen Beweistatsache und Beweismittel. Der Sachbearbeiter des Finanzamts prüfe lediglich die steuerrechtliche Relevanz der ihm vorgelegten Unterlagen und befasse sich nicht mit den Hintergründen von Geldflüssen. Auch der "von ihm" gefertigte Steuerbescheid sage nichts über die Bewegungen auf den Konten der Angeklagten aus.

11 b) Hiergegen wendet sich die Revision letztlich ohne Erfolg.

12 Ein Verstoß gegen § 244 Abs. 6 StPO liegt - unabhängig davon, ob es sich bei dem Beweisbegehren um einen Beweisantrag handelte oder nicht - schon deswegen nicht vor, weil das Landgericht über das Begehren im Beschlusswege entschieden hat.

13 Jedenfalls auf der Grundlage der Auslegung des Antrags, wie sie das Landgericht vorgenommen hat (Vernehmung des "Steuerfestsetzungsbeamten"), ist es nicht zu beanstanden, dass es dem Begehren den Charakter eines Beweisantrags abgesprochen hat. Dabei kann dahinstehen, ob mit dem Begriff der "Konnexität" ein eigenständiges konstitutives Element eines Beweisantrags benannt oder lediglich die notwendige Konkretisierung der Beweistatsache umschrieben wird. In der ersten Entscheidung des Bundesgerichtshofs, die den Begriff der Konnexität gebraucht, wird dieser allein in dem letztgenannten Sinne verwendet (BGHSt 40, 3, 6). Danach genügt es namentlich beim Antrag auf Zeugenbeweis nicht, nur das Beweisziel zu benennen; vielmehr sind in der Beweisbehauptung exakt die Tatsachen zu bezeichnen, die Gegenstand der eigenen Wahrnehmung des Zeugen gewesen sein sollen, da ansonsten die Ablehnungsgründe des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO auf das Beweisbegehren nicht sinnvoll und exakt angewendet werden können (vgl. BGHSt 39, 251, 253 f.).

Erst in späteren Judikaten ist ihm allmählich ein darüber hinausgehendes Verständnis beigelegt und daraus das Erfordernis abgeleitet worden, der Antrag müsse im Einzelfall noch zusätzliche Umstände darlegen, aus denen sich ergebe, "warum" der Zeuge die in sein Wissen gestellte Beobachtung gemacht haben könne; andernfalls ermangele dem Begehren die Qualität eines Beweisantrags (BGHSt 43, 321, 329 ff.; BGH NStZ 1998, 97; 1999, 522; 2000, 437, 438; 2001, 604, 605; NStZ-RR 2001, 43, 44; sehr weitgehend zuletzt BGH, Urt. vom 10. Juni 2008 - 5 StR 38/08; vgl. Fezer in FS für Meyer-Goßner S. 636: "Konnexität im weiteren Sinn"; offengelassen von BGH NStZ 2006, 585, 586).

14 Auf diese Fragen kommt es hier indessen nicht an; denn das Landgericht hat dem Begriff der Konnexität kein weitergehendes Verständnis als das in BGHSt 40, 3, 6 umschriebene beigelegt. Aus seinem Ablehnungsbeschluss wird deutlich, dass ihm im Kern nicht ersichtlich war, was zu den im Antrag behaupteten Tatsachen letztlich der eigenen Wahrnehmung des Veranlagungsbeamten unterlegen haben soll, und es sich daher an einer sinnvollen Prüfung des Antrags am Maßstab des § 244 Abs. 3 Satz 2 StPO gehindert sah.

15 Dies hat die Revision - zumindest in der schriftlichen Rechtsmittelbeurteilung - auch nicht näher beanstandet. Sie hat vielmehr gerügt, der Antrag sei tatsächlich nicht auf die Vernehmung des zuständigen Veranlagungsbeamten, sondern auf diejenige des für die Außenprüfung zuständigen Finanzbeamten gerichtet gewesen. Dieser verfüge kraft Gesetzes - was das Landgericht verkannt habe - über weitergehende Prüfungsbefugnisse und Erkenntnismöglichkeiten als der Veranlagungsbeamte, sei insbesondere nicht auf die Prüfung der ihm vorgelegten Unterlagen beschränkt und deshalb in der Lage, zu den unter Beweis gestellten Tatsachen Angaben zu machen. Hiermit kann die Angeklagte in der Revision indessen nicht mehr gehört werden.

16

Es mag zwar zutreffen, dass dem im Rahmen einer Außenprüfung tätigen Finanzbeamten grundsätzlich weitergehende Erkenntnismöglichkeiten zur Ermittlung der steuerlich relevanten Umstände zur Verfügung stehen als dem für die steuerliche Veranlagung zuständigen Beamten (vgl. Dreßler in Pump/Leibner, AO § 194 Rdn. 2 a, § 199 Rdn. 23). Ob vor diesem Hintergrund allein durch die eindeutige Benennung des zuständigen Außenprüfers als Zeugen bei sinnreicher Auslegung des weiteren Inhalts des Antrags die Beweis-tatsache im notwendigen Umfang (genauer Inhalt der Wahrnehmung des Außenprüfers) konkretisiert und dem Begehren daher der Charakter eines Be-weisantrags verliehen worden wäre, bedarf jedoch keiner Entscheidung. Denn der Antrag ist insoweit jedenfalls nicht derart klar, dass die Auslegung des Landgerichts, es solle der Veranlagungsbeamte vernommen werden, als von vornherein unverständlich und damit offensichtlich rechtsfehlerhaft zu qualifizieren wäre. Die eigentliche Beweisbehauptung, die Angeklagte habe "aus eigenen Mitteln" insgesamt 939.475,00 € ausgegeben, benennt ersichtlich nur ein Beweisziel; denn diese Umstände waren offenkundig nicht Gegenstand unmittelbarer Wahrnehmung eines Finanzbeamten. Auch war der zu vernehmende Zeuge nicht über Namen oder Funktionsbezeichnung individualisiert ("Zeugnis des Sachbearbeiters des Finanzamts Os. "). Die notwendige Konkretisierung von Beweisbehauptung und Beweismittel war daher nur durch eine Auslegung des Begehrens unter Heranziehung der Antragsbegründung zu gewinnen. Aber auch aus dieser ergibt sich zumindest nicht eindeutig, dass der zuständige Außenprüfer vernommen werden sollte. Eine entsprechende Zuständigkeitsbezeichnung befindet sich im Antrag an keiner Stelle. Zwar ist dort von "Steuerprüfungen inklusive Umsatzsteuersonderprüfungen" die Rede, was auf die Benennung des Außenprüfers hindeuten könnte. Andererseits wird aber auch auf die rechtskräftige Feststellung entsprechender Summen bzw. Zahlun-

gen hingewiesen; derartige, der Bestandskraft fähige Feststellungen trifft aber gerade nicht der Außenprüfer, sondern der den Prüfungsbericht auswertende Veranlagungsbeamte (vgl. Dreßler aaO § 202 Rdn. 2, 14). Vor diesem Hintergrund ist es daher jedenfalls nicht unverständlich, dass das Landgericht den Antrag dahin verstanden hat, es solle der Veranlagungsbeamte vernommen werden, wobei nicht hinreichend präzisiert sei, was dessen eigene unmittelbare Wahrnehmung zu den behaupteten Zahlungen der Angeklagten und der Herkunft der dafür eingesetzten Gelder sein soll.

17 Bei dieser Sachlage hätte es dem Antragsteller, dem durch den Inhalt des Ablehnungsbeschlusses die Auslegung des Antrags durch das Landgericht offenbar geworden ist, obliegen, noch in der Hauptverhandlung das - vermeintliche - Missverständnis aufzuklären und durch einen entsprechenden Hinweis oder einen neuen Beweisantrag den von ihm benannten Zeugen sowie dessen genaue Wahrnehmung zu den aus seiner Sicht beweisrelevanten Umständen zu konkretisieren; denn jedenfalls dann, wenn die unzutreffende Auslegung eines Beweisantrags auch auf dessen missverständlicher Formulierung durch den Antragsteller beruht (vgl. BGH StV 2008, 227, 228), ist dieser gehalten, das Missverständnis des Gerichts noch in der Hauptverhandlung auszuräumen (vgl. BGH NStZ 2003, 381, 382; wistra 2007, 259, 260; BGHR StPO § 244 Abs. 3 Rügerecht 2; § 244 Abs. 6 Beweisantrag 3, 30, 42). Unterlässt er dies, so ist es ihm verwehrt, die unzutreffende Auslegung des Beweisantrags und dessen darauf beruhende rechtsfehlerhafte Ablehnung mit der Revision zu beanstanden. So liegt es hier.

18 c) Der Senat kann darüber hinaus auch ausschließen, dass das Urteil auf der unterbliebenen Beweiserhebung beruht.

19 Die Angeklagte hat eingeräumt, nicht über ausreichende Geldmittel verfügt zu haben, um einen für den Kauf und die Renovierung des Rittergutes erforderlichen Kredit bedienen zu können. Deshalb sei ihr das Konzept des "selbsttilgenden Kredits" als die einzige Möglichkeit erschienen, das Vorhaben zu finanzieren. Selbst wenn die Beweiserhebung das im Antrag benannte Beweisziel bestätigt hätte, kann in Anbetracht dieser Einlassung der Angeklagten ausgeschlossen werden, dass das Landgericht vor dem Hintergrund des Ergebnisses der weiteren Beweisaufnahme (insbesondere Täuschung ihrer Vertragspartner und Gläubiger über die ihr zu Gebote stehenden Finanzquellen) zu der Überzeugung gelangt wäre, die Angeklagte habe ernsthaft darauf vertraut, auch ohne Auskehrung des "selbsttilgenden Kredits" alle von ihr in Bezug auf das Rittergut eingegangenen Verbindlichkeiten in vollem Umfang begleichen zu können.

20 2. Auch in sachlich-rechtlicher Hinsicht weist das Urteil keinen Rechtsfehler zum Nachteil der Angeklagten auf.

21 III. Revision der Staatsanwaltschaft.

22 Der Revision der Staatsanwaltschaft bleibt der Erfolg ebenfalls versagt.

23 1. Die Begründung, mit welcher die Strafkammer das Vorliegen besonders schwerer Fälle des Betrugs nach § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB abgelehnt hat, hält im Ergebnis rechtlicher Prüfung stand. Das Landgericht hat die Anwendung des Regelbeispiels der Gewerbsmäßigkeit "nicht für angezeigt" gehalten, da nicht mit der erforderlichen Sicherheit habe festgestellt werden können, dass die Angeklagte beabsichtigt habe, ihren Lebensunterhalt alleine oder überwiegend aus der Begehung von Straftaten zu bestreiten, sondern die Taten nur begangen habe, um für sich, ihre Mutter und die Pferde eine "bewohnbare Unterkunft" zu erlangen.

- 24 Der Revision ist zuzugeben, dass diese Begründung Anlass gibt zu besorgen, das Landgericht könnte die an das Vorliegen von Gewerbsmäßigkeit zu stellenden Anforderungen überspannt und verkannt haben, dass das Gewinnstreben des gewerbsmäßig handelnden Täters nicht darauf gerichtet sein muss, seinen Lebensunterhalt "allein" oder "überwiegend" durch die Begehung von Straftaten zu bestreiten (vgl. BGH NStZ 2004, 265, 266).
- 25 Indes lassen die Ausführungen des Urteils noch hinreichend deutlich erkennen, dass die Strafkammer die Verwirklichung des Regelbeispiels nicht etwa - wie die Revision meint - aufgrund der Anwendung eines rechtlich unzutreffenden Maßstabs von vorneherein abgelehnt hat, sondern im Grundsatz von gewerbsmäßigem Handeln der Angeklagten ausgegangen ist, jedoch im Rahmen des ihr zustehenden Ermessens von der Annahme einer Regelwirkung im Sinne des § 263 Abs. 3 StGB abgesehen hat. Der einschränkenden, auf die Ausübung von Ermessen hinweisenden Formulierung, die Strafkammer halte die Anwendung des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB "nicht für angezeigt", hätte es nicht bedurft, wenn das Landgericht bereits die Voraussetzungen der Gewerbsmäßigkeit für nicht gegeben erachtet hätte.
- 26 Die Ermessensentscheidung des Landgerichts ist tragfähig begründet. Die Indizwirkung eines Regelbeispiels kann durch besondere strafmildernde Umstände entkräftet werden, die für sich allein oder in ihrer Gesamtheit so schwer wiegen, dass die Anwendung des Strafrahmens für besonders schwere Fälle unangemessen erscheint (BGH NStZ 2004, 265, 266 m. w. N.). Als einen solchen besonders strafmildernden Umstand hat das Landgericht gewertet, dass die Angeklagte die Dienst- und Werkleistungen nur deshalb in Auftrag gab, um für sich, ihre Mutter und ihre Tiere eine "bewohnbare Unterkunft" zu schaffen, mit anderen Worten also nur deshalb betrügerisch handelte, um dringende und lebensnotwendige Bedürfnisse zu befriedigen.

- 27 Hiergegen ist rechtlich nichts zu erinnern. Die Erwägung widerspricht insbesondere nicht den getroffenen Feststellungen zu Art und Umfang der erbrachten Leistungen. Soweit die Beschwerdeführerin die Begründung des Landgerichts in tatsächlicher Hinsicht als unzutreffend erachtet, beruft sie sich auf urteilsfremdes und deshalb im Revisionsverfahren unbeachtliches Vorbringen. Dass die Strafkammer im Rahmen der von ihr vorzunehmenden Gesamtwürdigung frühere Verurteilungen der Angeklagten zu Geldstrafen außer Acht gelassen hat, kann der Senat ausschließen.
- 28 2. Auch die Entscheidung über die Strafaussetzung zur Bewährung weist keinen durchgreifenden Rechtsfehler auf.
- 29 Nach dem eingeschränkten revisionsrechtlichen Prüfungsmaßstab hat die Annahme besonderer Umstände im Sinne des § 56 Abs. 2 StGB Bestand. Soweit die Strafkammer dabei maßgeblich darauf abgestellt hat, der Schuldgehalt der Taten wiege durch die zumindest vage bestehende Hoffnung der Angeklagten auf Auszahlung des "selbsttilgenden Kredits" weniger schwer, ist dies vor dem Hintergrund der festgestellten Bemühungen der Angeklagten um den Kredit und der Tatsache, dass sie in diesem Zusammenhang letztlich selbst Opfer eines Betrugs geworden ist, aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden. Dass die Strafkammer bei ihrer Entscheidung die vom Generalbundesanwalt aufgeführten Umstände außer Acht gelassen hat, kann der Senat ausschließen.

30 Die Voraussetzungen des § 56 Abs. 3 StGB hat das Landgericht ebenfalls mit rechtsfehlerfreien Erwägungen verneint.

Becker

Miebach

Pfister

von Lienen

Sost-Scheible