



5 StR 11/09

BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

vom 11. Februar 2009
in der Strafsache
gegen

wegen Betruges u. a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 11. Februar 2009 beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 18. August 2008 gemäß § 349 Abs. 4 StPO im gesamten Strafausspruch aufgehoben.
2. Die weitergehende Revision wird nach § 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 Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

G r ü n d e

1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betruges in vier Fällen, wegen versuchten Betruges und wegen (veruntreuender) Unterschlagung in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und vier Monaten (nicht maßgeblich: Urteilsgründe sechs Jahre) verurteilt. Die Revision des Angeklagten hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg.

2 1. Das Landgericht hat im Wesentlichen folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

3 a) Der Angeklagte stellte dem ehemaligen Mitangeklagten S. die erforderlichen Mittel zur Verfügung, um am 23. Juni 2005 die in Bochum ansässige H. GmbH zu übernehmen. S. agierte nahezu

ohne wirtschaftliche Erfahrung oder Geschäftswissen als Strohmangeschäftsführer für den Angeklagten.

- 4 b) Nach Planung und auf Weisung des Angeklagten schloss S. am 30. Juni und 27. Juli 2005 mit Mineralölvertriebsfirmen Verträge über die Nutzung von Tankkarten, die nach intensivem Einsatz ohne beabsichtigten Ausgleich der kreditierten Forderungen bei diesen Unternehmen zu Schäden in Höhe von 15.500 und 36.000 Euro führten. Der Angeklagte ist hierfür wegen zweier gewerbsmäßig begangener Betrugstaten zu Freiheitsstrafen von einem Jahr und drei Monaten und zwei Jahren und drei Monaten verurteilt worden (Fälle 1 und 8).
- 5 c) Am 7. und 8. Juli 2005 veranlasste der Angeklagte den S. zum Abschluss von Kfz-Leasingverträgen (VW Multivan und Mercedes Benz 220 CDI) und ließ die auf die H. GmbH zugelassenen Fahrzeuge anschließend verwerten (Fälle 2 und 3). Das Landgericht erkannte hierfür wegen gewerbsmäßigen Betruges im Fall 2 auf eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren und drei Monaten und im Fall 3 (angenommener Wert des Pkw knapp 26.000 Euro) unter weiterer Anwendung von § 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB auf eine Freiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten.
- 6 d) Vorgänger des S. hatten für die GmbH drei Pkw geleast (BMW X5, Audi A6, VW Touareg), die der Angeklagte unter der Geschäftsführung des S. am 9. und 13. Juli 2005 in die Ukraine ausführen und verwerten ließ. Hierfür ist der Angeklagte wegen veruntreuender Unterschlagung zu Freiheitsstrafen von zwei Jahren und acht Monaten und zweimal drei Jahren verurteilt worden (Fälle 4, 6 und 7).
- 7 e) Auf Weisung des Angeklagten beantragte S. am 12. Juli 2005 für die GmbH den Abschluss eines Leasingvertrages über eine 59.000 Euro teure Computeranlage, die ohne Zahlung unbefugt verwertet werden sollte. Zu einem Vertragsschluss kam es indes nicht. Der Angeklagte

wurde hierfür wegen versuchten gewerbsmäßigen Betruges zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und zehn Monaten verurteilt (Fall 5).

8 2. Die an BGHSt 52, 78 ff. ausgerichtete Verfahrensrüge versagt. Zwar hat das Landgericht nicht beweismäßig erwogen, dass der ehemalige Mitangeklagte und im weiteren Verfahren gegen den Angeklagten als Belastungszeuge vernommene S. in der Hauptverhandlung geständig gewesen ist, nachdem ihm eine Strafobergrenze – Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren – in Aussicht gestellt worden war. Die Rüge ist jedoch wegen unvollständigen Vortrags schon unzulässig (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO).

9 Die Revision hat nicht vorgetragen, dass S. bereits in seiner polizeilichen Beschuldigtenvernehmung am 21. März 2007 (Sachakte Bd. 15 Bl. 14 – 20) umfangreiche Angaben zur Sache gemacht hat, die in der Anklageschrift dahingehend gewürdigt worden sind, dass „Ross und Reiter genannt“ worden seien (Sachakte Bd. 17 Bl. 56), und dass sich dieser Beschuldigte bereit erklärt hat, „weitere sachdienliche Angaben zu machen“ (Sachakte Bd. 15 Bl. 20). Hinzu tritt, dass sich S. bereits am ersten Verhandlungstag ohne jegliche Einschränkung zur Sachaussage bereit erklärt hat, das Landgericht die Einlassung dieses Angeklagten aber nicht entgegen genommen hat (Protokollband S. 2). Die Kenntnis dieser Umstände wäre für das Revisionsgericht indes von Nöten gewesen, da sie geeignet gewesen sind, die aus der besonderen Aussagemotivation – Geständnis nach Bekanntgabe einer als hinnehmbar erscheinenden Strafobergrenze – erwachsende Gefahr einer Falschbelastung (vgl. BGHSt 52, 78, 83) derart zu relativieren, dass die Vereinbarung im Rahmen der Beweiswürdigung nicht unerlässlich zu erwähnen war.

10 3. Die Sachrüge ist unbegründet, soweit sie sich gegen den Schuldspruch richtet. Der Senat entnimmt dem Zusammenhang der Urteilsgründe eine jeweilige Steuerung des auf Betrug (Fälle 1 bis 3, 5 und 8) und verun-

treuende Unterschlagung (Fälle 4, 6 und 7) ausgerichteten Tatgeschehens durch den Angeklagten.

11 Die von der H. GmbH geleasteten drei Pkw (Fälle 4, 6 und 7) waren auch dem Angeklagten anvertraut im Sinn des § 246 Abs. 2 StGB (vgl. BGHR StGB § 28 Abs. 2 Merkmal 2). Die Leasingverträge begründeten – nicht anders als Mietverträge (BGHSt 9, 90) oder Sicherungsübereignungen (BGH wistra 2007, 18, 21) – besondere, auf den Erhalt und die Rückführung des Eigentums ausgerichtete Verhaltenspflichten des Leasingnehmers (vgl. Eser in Schönke/Schröder, StGB 27. Aufl. § 246 Rdn. 29; Fischer, StGB 56. Aufl. § 246 Rdn. 16). Diese sind auf den Angeklagten übergegangen, nachdem er die H. GmbH faktisch erworben und geführt hatte (vgl. BGHR GmbH-Gesetz § 64 Abs. 1 Antragspflicht 3; BGHR StGB § 266 Abs. 1 Vermögensbetreuungspflicht 25; BGH NJW 2008, 2451).

12 4. Indes hält der Strafausspruch der sachlichrechtlichen Überprüfung nicht stand.

13 a) Im Fall 3 hat das Landgericht einen Vermögensverlust großen Ausmaßes gemäß § 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB (bei nur knapp 26.000 Euro) bejaht und dabei übersehen, dass diese Grenze erst ab 50.000 Euro erreicht wird (BGHSt 48, 360).

14 b) Die Bestimmung der Strafen in den Unterschlagungsfällen (4, 6 und 7) widerspricht den bei den Kfz-Betrugsfällen (2 und 3) angewandten Maßstäben. Es liegt auf der Hand, dass der Angeklagte hierdurch benachteiligt worden ist.

15 In den Betrugsfällen hat das Landgericht die Strafe zu Recht dem Regelbeispiel des § 263 Abs. 3 Nr. 1 StGB, mithin aus einem Strafraumen von sechs Monaten bis zehn Jahren entnommen und bei einem angenommenen Schaden von rund 45.000 Euro im Fall 2 auf eine Freiheitsstrafe von zwei

Jahren und drei Monaten erkannt. In den Unterschlagungsfällen hatte das Landgericht indes von dem weitaus milderem Strafraum des § 246 Abs. 2 StGB auszugehen, der von Geldstrafe bis zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren reicht. Bei der vom Landgericht ersichtlich als wesentlicher Strafzumessungsfaktor herangezogenen Schadenshöhe ist im Vergleich der Fälle 2 (Schaden 45.000 Euro; Strafe zwei Jahre und drei Monate) und 4 (Schaden 23.000 Euro; Strafe zwei Jahre und acht Monate) die Festsetzung der höheren Strafe aus dem weitaus geringeren Strafraum bei dem nur mit einer Geldstrafe vorbestraften Angeklagten ohne jede weitere Begründung nicht nachvollziehbar. Das Gleiche hat für die ebenfalls dem milderem Strafraum entnommenen Strafen in den Fällen 6 und 7 (je drei Jahre Freiheitsstrafe bei 53.000 Euro und 60.000 Euro Schaden) zu gelten.

16 c) Darüber hinaus besorgt der Senat, dass das Landgericht in den Unterschlagungsfällen (4, 6 und 7) von einem zu großen Schadensumfang ausgegangen ist. Aus den Urteilsgründen ergibt sich lediglich, dass Vertreter der Leasinggesellschaften die angenommenen Schadenssummen bekundet hätten. Daraus wird indes nicht deutlich, dass das Landgericht von den maßgeblichen Wiederbeschaffungswerten der Fahrzeuge im Zeitpunkt der Unterschlagungshandlungen ausgegangen ist und nicht – zum Nachteil des Angeklagten – auch auf rückständige Raten oder einen entgangenen Gewinn in Form eines Zinsausfallschadens abgestellt hat (vgl. BGH wistra 2007, 18, 21).

17 5. Angesichts der insgesamt nicht übermäßig sorgfältigen Fassung des Urteils, namentlich zur Strafzumessung, gibt der Senat dem neuen Tatgericht Gelegenheit, sämtliche Strafen neu und im Verhältnis zueinander widerspruchsfrei zu bestimmen. Der Aufhebung von Feststellungen bedarf es dabei nicht. Die fehlenden Feststellungen zu den Wiederbeschaffungswerten der Fahrzeuge in den Unterschlagungsfällen werden zu ergänzen sein. Im Übrigen sind neue Feststellungen nur zulässig, wenn sie den nunmehr bestandskräftigen nicht widersprechen. Bei der Bildung der neuen Gesamtstra-

fe wird auf das mittlerweile rechtskräftig gewordene Urteil des Landgerichts Berlin vom 11. April 2008 und den Strafbefehl des Amtsgerichts Tiergarten in Berlin vom 26. Juli 2005 Bedacht zu nehmen sein.

Basdorf Brause Schneider
 Dölp König