



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

3 StR 309/11

vom  
25. Oktober 2011  
in der Strafsache  
gegen

wegen Betruges u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts - zu 2. auf dessen Antrag - am 25. Oktober 2011 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Duisburg vom 14. April 2011 im Strafausspruch aufgehoben; jedoch bleiben die zugehörigen Feststellungen aufrechterhalten.

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.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

#### Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betruges und wegen Beihilfe zur Untreue in fünf Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten verurteilt sowie bestimmt, dass von dieser neun Monate wegen "überlanger Verfahrensdauer" als vollstreckt gelten. Die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten führt zur Aufhebung des Strafausspruchs; im Übrigen ist sie aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

- 2           1. In den Fällen, in denen das Landgericht den Angeklagten wegen Beihilfe zur Untreue verurteilt hat, ist es - rechtsfehlerfrei - jeweils von einem besonders schweren Fall nach § 266 Abs. 2, § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB ausgegangen. Es hat den Strafraumen des § 263 Abs. 3 StGB sodann gemäß § 27 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB gemildert. Eine weitere Strafraumenverschiebung nach § 28 Abs. 1, § 49 Abs. 1 StGB hat es nicht in Betracht gezogen. Dies begegnet durchgreifenden sachlichrechtlichen Bedenken.
- 3           Die Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB ist ein strafbarkeitsbegründendes besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 1 StGB. Bei einem Gehilfen, der - wie der Angeklagte - im Zeitpunkt der Gehilfenhandlung nicht selbst in einem Treueverhältnis zu der Geschädigten stand, ist eine Strafmilderung nach § 28 Abs. 1, § 49 Abs. 1 StGB neben der Milderung nach § 27 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB zu erörtern, es sei denn, das Tatgericht hätte allein wegen Fehlens des Treueverhältnisses Beihilfe statt Täterschaft angenommen (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 22. April 1988 - 2 StR 111/88, BGHR StGB § 28 Abs. 1 Merkmal 2; Beschluss vom 1. März 2005 - 2 StR 507/04, NStZ-RR 2006, 109; Beschluss vom 26. November 2008 - 5 StR 440/08, NStZ-RR 2009, 102).
- 4           Den Urteilsgründen ist nicht zu entnehmen, ob das Landgericht den Tatbeitrag des Angeklagten an sich nur als den eines Gehilfen gewertet oder ob es den Angeklagten nur deshalb als Gehilfen angesehen hat, weil er nicht in einem Treueverhältnis zu der Geschädigten stand. Im Rahmen der Ausführungen des Landgerichts zur Strafzumessung findet § 28 Abs. 1 StGB keine Erwähnung. Die Ausführungen der Strafkammer im Rahmen der rechtlichen Würdigung sind für die Strafzumessung unergiebig. Allein der Umstand, dass das Landgericht den § 28 Abs. 1 StGB bei der rechtlichen Bewertung des festge-

stellten Sachverhalts - ohne jede weitere Erläuterung - in seine Paragraphenkette aufgenommen hat, belegt nicht, dass es die Norm bei der Strafzumessung bedacht hat und sich der Möglichkeit einer weiteren Milderung des Strafrahmens bewusst gewesen ist.

5            2. Soweit der Angeklagte wegen Betruges verurteilt worden ist, verstoßen die Strafzumessungserwägungen der Strafkammer gegen § 46 Abs. 3 StGB. Diese hat zu Lasten des Angeklagten berücksichtigt, die Tat sei durch "eigennützige Bereicherungsabsicht" geprägt gewesen. Die Absicht, sich oder einem anderen einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, ist indes bereits Teil des subjektiven Tatbestands des § 263 Abs. 1 StGB; sie durfte deshalb bei der Strafzumessung nicht zum Nachteil des Angeklagten gewertet werden.

6            3. Der Senat kann nicht ausschließen, dass die Einzelstrafen, auf die das Landgericht erkannt hat, auf den aufgezeigten Rechtsfehlern beruhen. Er hält eine Entscheidung nach § 354 Abs. 1a Satz 1 StPO nicht für angezeigt. Aufgrund des Wegfalls der Einzelstrafen hat auch die Gesamtstrafe keinen Bestand. Die Strafzumessungstatsachen, die das Landgericht festgestellt hat, werden allerdings von den dargelegten Rechtsfehlern nicht berührt; sie können deshalb bestehen bleiben. Ergänzende Feststellungen, die den bisherigen nicht widersprechen, sind zulässig.

- 7                    4. Die Kompensationsentscheidung wird von der Aufhebung des Strafausspruchs nicht erfasst (BGH, Urteil vom 27. August 2009 - 3 StR 250/09, BGHSt 54, 135). Der Angeklagte ist durch die rechtsfehlerhaft überhöhte Kompensation - neun Monate Freiheitsstrafe bei einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung von zwei Jahren und fünf Monaten - nicht beschwert.

Becker

von Lienen

Hubert

Schäfer

Menges