



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

2 StR 446/11

vom

3. Mai 2012

in der Strafsache

gegen

1.

2.

wegen Betruges u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und der Beschwerdeführer am 3. Mai 2012 gemäß §§ 349 Abs. 2 und 4, 357 StPO beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten I.        und Iv.        wird das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 6. Mai 2011, auch soweit die Mitangeklagten E.        und R.        betroffen sind, mit den Feststellungen (mit Ausnahme im Fall II.4) aufgehoben
  - a) im Schuldspruch hinsichtlich des Angeklagten Iv.        im Fall II.4 der Urteilsgründe; die Verurteilung entfällt,
  - b) im Schuldspruch hinsichtlich der Angeklagten I.        , Iv.        und E.        in den Fällen II.9, 14 und 15 der Urteilsgründe,
  - c) im Schuldspruch hinsichtlich der Angeklagten I.        , Iv.        und R.        in den Fällen II.12, 17 und 28 der Urteilsgründe,
  - d) im Schuldspruch hinsichtlich des Angeklagten Iv.        im Fall II.20, 23 und 25 der Urteilsgründe,
  - e) im Schuldspruch hinsichtlich der Angeklagten I.        und R.        im Fall II.30 der Urteilsgründe,
  - f) im Gesamtstrafenausspruch sowie im Ausspruch über die Kompensationsentscheidung hinsichtlich der Angeklagten I.        , Iv.        , E.        und R.        .

2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
3. Die weitergehenden Revisionen werden verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten I. wegen Urkundenfälschung in 25 Fällen, davon in acht Fällen in Tateinheit mit Betrug, in sechs Fällen in Tateinheit mit versuchtem Betrug sowie in sechs Fällen in Tateinheit mit Computerbetrug und Anstiftung zur Untreue zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Den Angeklagten Iv. hat die Strafkammer wegen Urkundenfälschung in 27 Fällen, davon in zehn Fällen in Tateinheit mit Beihilfe zum Betrug, in sechs Fällen in Tateinheit mit Beihilfe zum versuchten Betrug, in sechs Fällen in Tateinheit mit Beihilfe zur Untreue und zum Computerbetrug sowie wegen Beihilfe zur Urkundenfälschung in Tateinheit mit Beihilfe zum versuchten Betrug zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten verurteilt. Den nicht revidierenden Mitangeklagten E. hat das Landgericht wegen Urkundenfälschung in vier Fällen, davon in drei Fällen in Tateinheit mit Untreue und mit Computerbetrug sowie in einem Fall in Tateinheit mit Betrug, den ebenfalls nicht revidierenden Mitangeklagten R. wegen Urkundenfälschung in fünf Fällen, davon in drei Fällen in Tateinheit mit Untreue und mit Computerbetrug sowie in zwei Fällen in Tateinheit mit Betrug zu Gesamtfreiheitsstrafen von zehn Monaten bzw. einem Jahr und vier Monaten verurteilt, die es zur Bewährung ausgesetzt hat. Außerdem hat es hinsichtlich aller Angeklagten eine Kompensationsentscheidung wegen überlanger

Verfahrensdauer getroffen. Die auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision der Angeklagten hat in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg. Im Übrigen ist sie offensichtlich unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

2            1. Die Verurteilung des Angeklagten Iv.            wegen Beihilfe zur Urkundenfälschung in Tateinheit mit Beihilfe zum versuchten Betrug im Fall II.4 der Urteilsgründe hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der wiederholte Gebrauch der vom Angeklagten gefälschten Dokumente, die bereits zur Tatbegehung im Fall II.3 verwendet worden waren, stellt nach der Verurteilung in diesem Fall kein gesondert verfolgbares Tatunrecht dar. Stellt ein Täter - wie der Angeklagte Iv.            im Fall II.3 der Urteilsgründe - eine unechte Urkunde her und macht sich damit wegen Urkundenfälschung strafbar, kommt eine strafbare Teilnahme des Fälschers an dem von einem anderen vorgenommenen Gebrauchmachen derselben Urkunde nicht in Betracht; insoweit liegt eine deliktische Einheit vor, in der die Beihilfehandlung aufgeht (vgl. BGH, Beschluss vom 30. Oktober 2008 - 3 StR 156/08, insoweit in BGHSt 53, 34 nicht abgedruckt). Soweit der Angeklagte im Übrigen durch das Herstellen der unechten Urkunde Beihilfe zum (versuchten) Betrug in den Fällen II.3 und 4 leistet, ist nur eine Beihilfe im Rechtssinne gegeben. Die Verurteilung im Fall II.4 hat deshalb zu entfallen. Eines Freispruchs bedarf es insoweit - wie vom Generalbundesanwalt beantragt - allerdings nicht (vgl. BGH, NStZ 2009, 347).

3            2. Soweit die Angeklagten I.            und Iv.            in den Fällen II.9, 14 und 15 bzw. II.12, 17 und 28 wegen Anstiftung bzw. Beihilfe zur Untreue der Mitangeklagten E.            bzw. R.            verurteilt worden sind, begegnet dies durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Nach den Feststellungen des Landgerichts ist nicht dargetan, dass die Mitangeklagten E.            und R.            eine nach § 266

StGB strafbare Untreue begangen haben, an denen sich die Angeklagten I. und Iv. beteiligt haben könnten.

4 Strafbare Untreue setzt auch in der Variante des Missbrauchstatbestandes voraus, dass den Täter eine sog. Vermögensbetreuungspflicht trifft, die aber weder bei einem bloßen Bezug zu fremden Vermögensinteressen noch bei einer allgemeinen vertraglichen Nebenpflicht, auf die Vermögensinteressen des Vertragspartners Rücksicht zu nehmen, gegeben ist. Vielmehr wird verlangt, dass den Täter eine inhaltlich besonders herausgehobene Pflicht zur Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen trifft (vgl. BGHSt 1, 186, 188 f.; Fischer, StGB, 59. Aufl., § 266 Rn. 35). Die Rechtsprechung entscheidet im Wege einer Gesamtbetrachtung, ob es sich bei den einer Person übertragenen Aufgaben um Angelegenheiten handelt, denen die Bedeutung der Wahrnehmung von Vermögensinteressen zukommt. Von maßgeblicher Bedeutung ist dabei in erster Linie, ob die fremdnützige Vermögensfürsorge den Hauptgegenstand der Rechtsbeziehung bildet und ob dem Verpflichteten bei deren Wahrnehmung ein gewisser Spielraum, eine gewisse Bewegungsfreiheit oder Selbstständigkeit, mit anderen Worten die Möglichkeit zur verantwortlichen Entscheidung innerhalb eines gewissen Ermessensspielraums verbleibt (st. Rspr.; vgl. BGHSt 3, 289, 294; 4, 170, 172; 13, 315, 317).

5 Die danach erforderliche Gesamtbetrachtung führt auf der Grundlage der vom Landgericht getroffenen Feststellungen zur Verneinung einer für § 266 StGB erforderlichen Vermögensbetreuungspflicht (vgl. BGH, NStZ 1983, 455 zu einem Sortenkassierer mit Kontrollbefugnis des Kassenbestandes; dagegen BGH, wistra 1989, 60 zum Kassierer mit weitergehender Kontrollbefugnis). Zwar bildete die fremdnützige Vermögenssorge der bei der Postbank beschäftigten Mitangeklagten E. und R. den Hauptgegenstand ihres Tätigkeitsfeldes als Kreditsachbearbeiter bzw. Verkäufer anderer Postbankprodukte

wie u.a. Versicherungen. Jedenfalls im Rahmen ihrer Kreditbearbeitung aber fehlte es den Mitangeklagten an der für die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht erforderlichen Möglichkeit zur eigenverantwortlichen Entscheidung innerhalb eines gewissen Ermessensspielraums, weil die zu erfüllenden Pflichten in allen Einzelheiten vorgegeben waren und eine Dispositionsbefugnis nicht bestand (vgl. BGH, NStZ 1982, 201; NStZ 1983, 455; s. auch BGH, StV 1987, 535). Zur Tatzeit bestand die Prüfung einer Kreditanfrage bei der Postbank regelmäßig darin, dass die persönlichen Angaben des potentiellen Kreditnehmers sowie der Kreditwunsch durch den Kreditberater in ein automatisiertes Programm eingegeben wurden, wobei es häufig ausreichte, lediglich einen Ausweis und zwei Gehaltsbescheinigungen vorzulegen. Das Programm errechnete selbständig, ob der potentielle Kreditnehmer den Kreditbetrag würde zurückzahlen können, wobei zur Bonitätsprüfung die in den Gehaltsabrechnungen enthaltenen Daten und eine automatisierte Schufa-Anfrage diente. Weiter zeigte das Programm den maximal möglichen Kreditbetrag an; insoweit waren die Kreditmitarbeiter von der Postbank angehalten, nach einer eventuellen Aufstockung des ursprünglichen Kreditwunschs zu fragen. Das Ergebnis der Prüfung wurde nach Eingabe der Daten in einem Ampelsystem dargestellt. Bei einem sog. "Grünfall" wurde der gewünschte Kredit sofort programmgestützt genehmigt und das Geld umgehend automatisiert zur Auszahlung angewiesen. Eine weitere Prüfung war nicht vorgesehen. Bei einem sog. "Gelbfall" kam es nicht zu einer sofortigen Darlehenszusage. Vielmehr waren die für die Kreditbearbeitung erforderlichen Unterlagen in ein besonderes Büro der Postbank einzuschicken, in dem dortige Mitarbeiter den Kreditwunsch nochmals individuell prüften. Bei einem sog. "Rotfall" wurde der Kreditwunsch vor Ort sofort abgelehnt; zu einer weiteren Prüfung kam es nicht (UA S. 14).

6                    Entsprechend diesen Aufgaben und Befugnissen war kein Raum für ein eigenverantwortliches, selbständiges Handeln der Postbankkreditberater im

unmittelbaren Zusammenhang mit der Kreditvergabe gegeben. Die programmgestützte und allein von den dortigen Vorgaben abhängige Kreditvergabe war auf eine zügige Vergabe möglichst vieler Kredite in möglichst kurzer Zeit, "bestenfalls binnen weniger Minuten", gerichtet. Eine individuelle Beratung des Kreditsuchenden war ebenso wenig vorgesehen wie ein Entscheidungsspielraum des Kreditberaters, dessen Tätigkeit sich insoweit auf die Eingabe der erforderlichen Daten in das System beschränkte. Dass er womöglich in sog. "Grünfällen" den Darlehensvertrag im Auftrag der Bank unterzeichnete, ändert an dieser Einschätzung nichts; denn insoweit handelte es sich um den bloßen Vollzug einer bereits getroffenen Entscheidung, die im Übrigen bereits zu einer automatisierten Auszahlung des Geldes geführt hatte.

7

Auch im Vorfeld der eigentlichen Kreditgewährung sind ausreichende Anhaltspunkte für eine gewisse Eigenverantwortlichkeit der Mitangeklagten E. und R. nicht zu erkennen. Die einzelnen Kreditsachbearbeiter waren in aller Regel nicht besonders zur Überprüfung der eingereichten Unterlagen geschult (UA S. 15), so dass auch nicht davon ausgegangen werden kann, dass ihnen eine besondere (strafbewehrte) Pflicht zur Prüfung der ihnen vorgelegten Unterlagen auferlegt worden ist. Ihre Tätigkeit beschränkte sich insoweit maßgeblich darauf, die ihnen übergebenen Gehaltsbescheinigungen entgegenzunehmen und die sich daraus ergebenden, für die Kreditbearbeitung erforderlichen Daten in das System einzugeben. Soweit der Generalbundesanwalt in diesem Zusammenhang davon ausgeht, die Postbankmitarbeiter seien die "einzige Kontrollinstanz" gewesen, die anhand eines eigenen Eindrucks von der Person des Darlehensinteressenten und aufgrund einer Prüfung der vorgelegten Unterlagen entschieden hätten, ob die mit den vorgelegten Unterlagen behauptete Bonität tatsächlich vorgelegen habe, und darauf die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht stützt, findet dies in den (bisherigen) Urteilsfeststellungen keine Stütze.

- 8 Dass die Kreditbearbeiter zu Beginn einer Kreditanfrage gehalten waren, die Kreditsuchenden auf die Voraussetzungen einer möglichen Kreditgewährung und die Notwendigkeit der Vorlage gewisser Bescheinigungen und Unterlagen hinzuweisen, begründet im Übrigen auch kein eigenverantwortliches Handeln. Denn auch dies folgte den bindenden Vorgaben der Postbank, ohne dass gewisse Handlungsspielräume für die Kreditbearbeiter erkennbar wären (vgl. BGH, NStZ 1983, 455).
- 9 Das Fehlen der Vermögensbetreuungspflicht bei den Mitangeklagten E. und R. führt zur Aufhebung der Verurteilung der Angeklagten I. und Iv., auch soweit sie in diesen Fällen rechtsfehlerfrei wegen tateinheitlich verwirklichter Urkundenfälschung und Computerbetruges verurteilt worden sind. Die Aufhebung erstreckt sich insoweit gemäß § 357 StPO auch auf die nicht revidierenden Mitangeklagten E. und R.. Da es nicht ausgeschlossen erscheint, dass noch Feststellungen zum Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht getroffen werden können, verweist der Senat die Sache an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurück.
- 10 3. Die Verurteilung des Angeklagten Iv. in den Fällen II.20, 23 und 25 der Urteilsgründe, jeweils wegen Beihilfe zum Betrug, sowie des Angeklagten I. im Fall II.30 der Urteilsgründe wegen Betruges hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Das Landgericht hat in diesen Fällen die Annahme eines (Gefährdungs-)Schadens nicht rechtsfehlerfrei begründet (UA S. 76).
- 11 Die Annahme eines (Gefährdungs-)Schadens und damit eines vollendeten Betruges auch im Zusammenhang mit einer Kreditvergabe verlangt nach neuerer Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG, NJW 2012, 907, 916) die konkrete Feststellung eines Vermögensschadens, bezogen auf den Zeitpunkt der Darlehensauskehrung, wobei dieser Schaden in aller Regel



der Höhe nach konkret zu beziffern ist und sich aus der Differenz zwischen der ausgekehrten Darlehenssumme und dem - nach bilanzrechtlichen Maßstäben zu bewertenden - tatsächlichen Wert des Rückzahlungsanspruches des Darlehensgebers zum Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also zum Zeitpunkt der Darlehensauszahlung, bestimmt (vgl. zum Kreditbetrug BGH, NStZ-RR 2005, 374 f.). Dabei ist davon auszugehen, dass die Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruches des Darlehensgebers durch die Bonität des Schuldners, gegebenenfalls aber auch durch die Güte einer eventuellen Sicherheit bestimmt ist. Ist der Darlehensnehmer von vornherein zahlungsunwillig oder zahlungsunfähig, ist der Wert des mit Abschluss des Darlehensvertrages entstandenen Rückzahlungsanspruches des Darlehensgebers mit Null zu bewerten, ein Schaden also in Höhe des versprochenen und ausgezahlten Darlehens entstanden. Besteht dagegen auch nur die Bereitschaft zu teilweiser Tilgung des Darlehensanspruches, kann nicht von einer völligen Wertlosigkeit des Rückzahlungsanspruches ausgegangen werden (vgl. BGH, NStZ 2010, 329, 330).

12            Gemessen daran begegnet die Annahme eines Gefährdungsschadens in den Fällen II.20, 23, 25 und 30 durchgreifenden rechtlichen Bedenken, während in den übrigen Fällen von Kreditvergabe angesichts jeweils festgestellter Zahlungsunfähigkeit und - unwilligkeit entsprechend den Ausführungen des Generalbundesanwalts von einem Schaden in Höhe der gesamten Darlehenssumme ausgegangen werden kann.

13            Das Landgericht hat abweichend von den übrigen Fällen in den Fällen II.23, 25 und 30 der Urteilsgründe keine Feststellungen zum (Gefährdungs-)Schaden getroffen. Auch aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe lässt sich nicht entnehmen, ob und in welcher Höhe mit der Darlehensauskehrung ein Vermögensschaden entstanden ist. Im Fall II.23 teilt das Landgericht zwar mit, dass der Kredit "aufgrund der vermeintlichen Bonität der Kre-

ditnehmerin" ausgezahlt worden sei (UA S. 50). Ob dieser aber bei Mitteilung der tatsächlichen Einkommens- und Vermögensverhältnisse nicht bewilligt worden wäre und ob der von der kreditgewährenden Bank erlangte Rückzahlungsanspruch nach den dargelegten Maßstäben minderwertig ist, lässt sich den Urteilsgründen nicht entnehmen. Dies gilt auch im Fall II.25, in dem die Besonderheit hinzukommt, dass der Darlehensnehmer immerhin eineinhalb Jahre lang die vereinbarten Darlehensraten entrichtete (UA S. 52). Was dies für die Werthaltigkeit des Rückzahlungsanspruchs bedeutet, ergibt sich aus den Urteilsgründen nicht. Hinsichtlich des Falles II.30 der Urteilsgründe teilt das Urteil zwar mit, die Angeklagten I. und R. hätten gewusst, dass die Darlehensnehmerin den Kredit möglicherweise nicht vollständig zurückzahlen würde, setzt sich aber nicht mit dem Umstand auseinander, dass der im Laufe des Jahres 2008 ausgezahlte Kredit bis zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung (offensichtlich) beanstandungsfrei bedient worden ist (UA S. 60). Ob angesichts dessen überhaupt ein konkreter Gefährdungsschaden angenommen werden kann, lässt sich auf der Grundlage der mitgeteilten Informationen nicht abschließend beurteilen. Letztlich gilt dies auch im Fall II.20 der Urteilsgründe, auch wenn die Strafkammer insoweit mitteilt, eine Rückführung des ausgezahlten Darlehens von 10.000 € sei dem Darlehensnehmer weder möglich gewesen noch habe er dies beabsichtigt (UA S. 46). Diese an sich für die Annahme einer vollständigen Wertlosigkeit des Rückzahlungsanspruchs ausreichende Feststellung steht im Widerspruch zu dem weiteren Hinweis des Landgerichts, in diesem Vertragsverhältnis stünden zum 31. März 2011 insgesamt 8.514,64 € offen (UA S. 47). Daraus ergibt sich nämlich, dass tatsächlich doch Tilgungsleistungen durch den Darlehensnehmer auf den ursprünglichen Darlehensbetrag von 10.000 € erbracht worden sind. Was daraus für den Wert des Rückzahlungsanspruchs folgt, wird das Landgericht nunmehr zu prüfen haben.

14 Die Aufhebung der Schuldsprüche wegen Betruges bzw. Beihilfe zum Betrug erfasst auch die an sich rechtsfehlerfreien Verurteilungen wegen Urkundenfälschung. Sie erstreckt sich im Fall II.30 der Urteilsgründe auch auf den nicht revidierenden Mitangeklagten R. .

15 4. Mit der Aufhebung der Schuldsprüche in den genannten Fällen geraten die jeweiligen Einzelstrafen in Wegfall. Dies zieht bei allen Angeklagten die Aufhebung des jeweiligen Gesamtstrafenausspruchs nach sich.

Ernemann

Berger

Krehl

Eschelbach

Ott