



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 StR 344/14

vom

24. März 2016

in der Strafsache

gegen

wegen Betrugs

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Verhandlung am 16. März 2016 in der Sitzung vom 24. März 2016, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Fischer,

die Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Krehl,
Dr. Eschelbach,
Zeng,
die Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Bartel,

Bundesanwältin beim Bundesgerichtshof in der Verhandlung
am 16. März 2016,
Staatsanwalt beim Bundesgerichtshof bei der Verkündung am
24. März 2016
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwältin in der Verhandlung
am 16. März 2016,
Rechtsanwalt in der Verhandlung
am 16. März 2016,
Rechtsanwalt in der Verhandlung
am 16. März 2016
als Verteidiger,

Justizangestellte in der Verhandlung am 16. März 2016,
Justizangestellte bei der Verkündung am 24. März 2016
als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 5. März 2014 im Strafausspruch aufgehoben.
2. 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.
3. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Von Rechts wegen

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betrugs in 42 Fällen, davon in 18 Fällen wegen tateinheitlich begangenen zweifachen Betrugs, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt und eine Kompensationsentscheidung getroffen. Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit Verfahrensbeanstandungen und der Sachrüge. Das Rechtsmittel hat in dem aus der Urteilsformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist es unbegründet.

I.

2 1. Nach den Feststellungen vertrieb der Angeklagte über seine Firma P. GmbH (künftig: P.), deren Geschäftsführer er war, analoge Werbebeamer, deren Verkehrswert je nach Gerätetyp zwischen ca. 1.800 €

und 2.700 € betrug. Um die nur schwer verkäuflichen Produkte besser vermarkten zu können, hatte der Angeklagte am 15. März 2005 für die P. einen Kooperationsvertrag mit der Firma G.

(im Folgenden: G.) abgeschlossen. Danach war die Firma des Angeklagten berechtigt, für die G. Leasingverträge zu vermitteln und zu diesem Zweck schriftliche Leasinganträge potentieller Leasingnehmer einzureichen. Nach den Bestimmungen des Kooperationsvertrags hatte die Firma P. dafür einzustehen, dass mit den Leasingnehmern keine von den Bestimmungen des Leasingvertrags abweichenden mündlichen oder schriftlichen Vereinbarungen getroffen werden. Die G. verpflichtete sich bei erfolgreicher Vermittlung eines Leasingvertrags dazu, die Werbebeamer von der Firma P. zu erwerben und den Kaufpreis in Höhe von – je nach Modell – etwa 8.000 € an sie zu zahlen.

3

Um eine möglichst hohe Anzahl von Leasingverträgen vermitteln und eine entsprechende Anzahl von Werbebeamern an die G. verkaufen zu können, setzte der Angeklagte Mitarbeiter seiner Firma ein, die er zuvor geschult hatte und die seinen Vorgaben entsprechend die Anwerbung von Kunden übernahmen. Die Mitarbeiter suchten gezielt und ohne vorherige Anmeldung Kleingewerbetreibende auf und erklärten diesen, sie könnten die Werbebeamer nebst Zubehör für einen Komplettpreis von etwa 8.000 € über einen Zeitraum von 48 Monaten bei einer monatlichen Leasingrate von 199 € leasen; nach Ablauf eines Jahres bestehe die Möglichkeit, von einer so genannten „Rückkauf-Option“ Gebrauch zu machen und das Gerät zu einem festgelegten Preis von in der Regel etwa 5.600 € an die P. zurückzugeben. Daneben miete die P.

einen der acht Bildplätze des Werbebeamers zum Zwecke der Eigenwerbung an und zahle während des über 48 Monate laufenden Leasingvertrags eine Gesamtmiete von 2.040 €. Die Miete werde jeweils im Voraus gezahlt, und

zwar in Höhe von 50 % bei Inbetriebnahme des Beamers und zu weiteren 50 % nach Ablauf von sechs Monaten. Zur Erläuterung der entstehenden Kosten legten die Vermittler den Kunden eine so genannte Konditionenübersicht vor, wonach sich die anfallenden Kosten im ersten Jahr bei Ausübung der „Rückkauf-Option“ unter Berücksichtigung der Mietzahlungen auf nur 29 € belaufen sollten. In einer von den Kunden im Vertrauen auf die Erklärungen der Vermittler unterschriebenen Vereinbarung, dem so genannten „P. -Vertrag“, vermerkten die Vermittler als Zahlungsweise handschriftlich die Option „Leasingvermittlung gewünscht“.

- 4 Dem Tatplan des Angeklagten entsprechend wiesen die Vermittler die Kunden bei Abschluss des P. -Vertrags nicht darauf hin, dass die Ausübung der „Rückkauf-Option“ gegenüber der Firma P. nicht von der Verpflichtung befreit, die Leasingraten weiterzuzahlen. Die Kunden wurden außerdem nicht darauf hingewiesen, dass die Ausübung der „Rückkauf-Option“ den Nachweis des Eigentums voraussetzte; ein Hinweis auf dieses Erfordernis war lediglich in den auf der Rückseite des P. -Vertrags abgedruckten Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthalten, wonach der Kunde bei „Inanspruchnahme der „Rückkauf-Option“ [...] der P. Marketing GmbH gegenüber den Nachweis zu erbringen“ habe, „dass sich die zur Zurückgabe anstehenden Vertragswaren in seinem Eigentum befinden“. Um Eigentümer des Beamers zu werden, mussten die Leasingnehmer den Beamer daher zunächst von der Leasinggesellschaft, der G. , erwerben. Die Ausübung der „Rückkauf-Option“ und die Rückgabe des Werbebeamers an die P. hatte darüber hinaus zur Folge, dass die P. berechtigt war, die als Vorschuss für die gesamte vierjährige Vertragslaufzeit gezahlte Miete in Höhe von 75 % zurückzufordern und mit der Auszahlung des Rückkaufpreises zu verrechnen. Auch hierauf wiesen die Vermittler die Kunden nicht hin. Anlässlich des Abschlusses des P. -

Vertrags machten die Vermittler die Leasingnehmer auch nicht auf die in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen enthaltene Bestimmung aufmerksam, wonach die Ausübung der „Rückkauf-Option“ frühestens ab dem 9. Monat nach Vertragsschluss und spätestens sechs Wochen vor Ablauf der Optionsfrist gegenüber der P. GmbH schriftlich und per Einschreiben anzuzeigen war und die Optionsfrist ein Jahr nach Vertragsabschluss endete.

- 5 Aufgrund des von den Kunden unterschriebenen P. -Vertrags stellte der Angeklagte für jeden Kunden eine Leasinganfrage bei der G. , ohne dabei jedoch auf die mit den Kunden vereinbarte „Rückkauf-Option“ hinzuweisen. Nachdem die G. positiv über die Anfrage entschieden hatte, übersandte der Angeklagte den Leasingvertrag an den jeweiligen Kunden oder ließ den Vertrag von einem Vertriebsmitarbeiter dem Kunden persönlich zur Unterschrift vorlegen. Nach den Bestimmungen des Leasingvertrags hatten die Kunden bei einer Vertragslaufzeit von vier Jahren an die G. monatliche Leasingraten von in der Regel 199 € zu zahlen. Die mit der Firma P. vereinbarte „Rückkauf-Option“ war ebensowenig Gegenstand des mit der G. abgeschlossenen Leasingvertrags wie der vierjährige Mietvertrag über einen der Bildplätze des Beamers. Die Leasingnehmer, die auf die mündlichen Zusagen der Vermittler vertrauten, unterschrieben den Leasingvertrag. Dabei erkannte ein Teil der Leasingnehmer nicht, dass es sich dabei um einen eigenständigen Leasingvertrag mit der G. handelte. Alle Leasingnehmer gingen zudem davon aus, sie könnten die „Rückkauf-Option“ gegenüber der Firma P. ausüben, ohne dass ihnen weitere Kosten entstünden. Tatsächlich waren die Leasingnehmer jedoch verpflichtet, einen Betrag in Höhe von etwa 99 % des Geldwerts der nach einem Jahr noch offenen Leasingforderungen an die G. zu zahlen, wenn sie das Eigentum an dem Gerät erwerben wollten, um von der „Rückkauf-Option“ gegenüber der P. Gebrauch zu machen.

6 Den von den Kunden unterzeichneten Leasingvertrag reichte der Angeklagte bei der G. ein, die anschließend den Kaufpreis für den Beamer an die P. zahlte. Die Mitarbeiter der G., die die Auszahlungen freigaben, hatten dabei jeweils keine Kenntnis von der mit den Leasingnehmern vereinbarten „Rückkauf-Option“; sie gingen entsprechend den Bestimmungen des Kooperationsvertrags vielmehr davon aus, dass mit den Leasingnehmern keine mit dem Leasingvertrag in Widerspruch stehenden Nebenabreden getroffen worden waren.

7 2. Das Landgericht hat die Taten als Betrug zum Nachteil der Leasingnehmer sowie als Betrug zum Nachteil der G. gewertet.

8 Der G. sei durch die im Kooperationsvertrag enthaltene Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises an die P. ein Vermögensschaden entstanden. Der Wert des der G. zustehenden und gegen die Leasingnehmer gerichteten Anspruchs auf Zahlung der Leasingraten über einen Zeitraum von 48 Monaten übersteige zwar die Höhe des an die P. zu zahlenden Kaufpreises für die Werbebeamer. Der Anspruch auf Zahlung der Leasingraten sei aber nur im ersten Jahr bis zur Ausübung der „Rückkauf-Option“ durch die Leasingnehmer werthaltig gewesen; aufgrund bestehender Gegenrechte der Leasingnehmer und des damit verbundenen signifikanten Ausfallrisikos seien die Leasingforderungen dagegen für die letzten drei Jahre wirtschaftlich wertlos. Das Landgericht hat den Wert der Leasingforderungen daher mit 25 % des Nominalwerts angesetzt und unter Berücksichtigung eines geringfügigen Restwerts der Werbebeamer nach Ablauf des Leasingvertrags einen Gefährdungsschaden von in der Regel etwa 5.500 € angenommen.

9 Daneben sei den Leasingnehmern durch Abschluss des von der P. vermittelten Leasingvertrages mit der G. und der daraus folgenden

Verpflichtung zur Zahlung der Leasingraten über einen Zeitraum von zumindest zwölf Monaten ebenfalls ein Vermögensschaden entstanden. Die Leasingnehmer hätten zwar Gegenleistungen in Form der Nutzungsmöglichkeit des Beamers, des Anspruchs auf Zahlung des Rückkaufpreises und auf Zahlung des Mietzinsanspruchs erhalten. Aufgrund der bei Ausübung der „Rückkauf-Option“ entstehenden Kosten für den Erwerb des Gerätes von der G. und des anteilig gekürzten Mietzinsanspruchs errechne sich aber jeweils ein Negativsaldo, der auf Seiten der Leasingnehmer einen Gefährdungsschaden in Höhe von etwa 3.100 € begründe.

- 10 Soweit das Landgericht nicht sicher festzustellen vermochte, dass ein Leasingnehmer bei Abschluss des Leasingvertrags im Vertrauen auf die Zusagen der Vermittler davon ausgegangen ist, er könne die „Rückkauf-Option“ ohne zusätzliche Kosten ausüben, hat es die Tatvorwürfe gemäß § 154a Abs. 2 StPO auf den Betrug zum Nachteil der G. beschränkt. In gleicher Weise hat es eine Beschränkung auf die Betrugstaten zum Nachteil der G. vorgenommen, wenn auf Seiten des Leasingnehmers kein bleibender Schaden entstanden ist, weil dieser die Zahlung der Leasingraten frühzeitig eingestellt hatte. Soweit der G. durch die Zahlung der Leasingraten im Ergebnis kein bleibender Schaden entstanden ist, hat das Landgericht gemäß § 154a Abs. 2 StPO eine Beschränkung auf die Betrugstaten zum Nachteil der Leasingnehmer vorgenommen. Im Ergebnis ist das Landgericht daher von fünf Fällen des Betrugs zum Nachteil der Leasingnehmer, 19 Fällen des Betrugs zum Nachteil der G. und 18 Fällen des Betrugs sowohl zum Nachteil der Leasingnehmer als auch der G. ausgegangen.

II.

11 Die Revision des Angeklagten führt aufgrund der Sachrüge zur Auf-
hebung des Strafausspruchs; im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet.

12 1. Die Besetzungsrüge (§ 338 Nr. 1b StPO) ist unbegründet.

13 a) Der Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:

14 Die zur Entscheidung des Verfahrens berufene 9. Große Strafkammer
war nach dem Geschäftsverteilungsplan des Landgerichts Bonn für das Ge-
schäftsjahr 2013 neben dem Vorsitzenden und dem stellvertretenden Vorsit-
zenden mit Richter am Landgericht Dr. W. als Beisitzer besetzt. Mit Präsi-
diumsbeschluss vom 20. September 2013 wurde unter anderem bestimmt, dass
Richter am Landgericht Dr. W. mit Wirkung zum 1. Oktober 2013 zur
23. Zivilkammer wechsele und bis zum Abschluss eines einzelnen laufenden
Verfahrens formal Mitglied der 9. Großen Strafkammer bleibe. An der am
1. Oktober 2013 beginnenden Hauptverhandlung nahm daher Richter am
Landgericht Wu. als Beisitzer teil, welcher durch den Präsidiumsbeschluss
zum Nachfolger bestimmt wurde.

15 Nach Bekanntgabe der Gerichtsbesetzung zu Beginn der Hauptverhand-
lung am 1. Oktober 2013 und nach Einsichtnahme in den Präsidiumsbeschluss
vom 20. September 2013 rügte der Angeklagte die Besetzung der Richterbank,
weil der Präsidiumsbeschluss vom 20. September 2013 gegen § 21e Abs. 3
Satz 1 GVG verstoße. Er enthalte keine Begründung für den Beisitzerwechsel
zwischen der 23. Zivilkammer und der 9. Großen Strafkammer; ein kausaler
Zusammenhang zu dem Änderungsbedarf der durch das wegen Mutterschutzes
und Elternzeit absehbare Ausscheiden einer Beisitzerin der 25. Zivilkammer

ausgelöst werde, sei weder dargetan noch sonst ersichtlich. Es fehle daher an zwingenden sachlichen Gründen für den im laufenden Geschäftsjahr erfolgenden Richterwechsel.

16 Aufgrund dieses Besetzungseinwands fasste das Präsidium des Landgerichts Bonn am 7. Oktober 2013 einen weiteren Beschluss, in dem es die unterjährige Änderung des Geschäftsverteilungsplans damit begründete, dass ein Fall dauernder Verhinderung vorliege, nachdem eine bisher in der 25. Zivilkammer tätige Beisitzerin zum November 2013 aufgrund Mutterschutzes und anschließender Elternzeit ausscheide. Die Geschäftslage der mit rund 600 laufenden Verfahren erheblich belasteten 25. Zivilkammer dulde keine Vakanz. Da die Tätigkeit in der für Arzthaftungssachen zuständigen Kammer besondere fachliche und soziale Fähigkeiten erfordere, habe das Präsidium als Nachfolgerin die besonders erfahrene und langjährig als stellvertretende Vorsitzende in der 23. Zivilkammer tätige Richterin am Landgericht Gr. bestimmt. Durch deren Wechsel in die 25. Zivilkammer sei der stellvertretende Vorsitz in der 23. Zivilkammer zu besetzen gewesen, für den das Präsidium den bisher in der 9. Strafkammer tätigen Richter am Landgericht Dr. W. als besonders geeignet angesehen habe; zur Sicherung der Kontinuität der Rechtsprechung und unter Berücksichtigung der speziellen Zuständigkeit der 23. Zivilkammer habe es das Präsidium für erforderlich erachtet, den Wechsel bereits zum 1. Oktober 2013 vorzunehmen, um eine Einarbeitung des neuen stellvertretenden Vorsitzenden zu ermöglichen. Dadurch sei schließlich eine Umbesetzung der 9. Großen Strafkammer bereits zum 1. Oktober 2013 veranlasst gewesen, weil die besonders starke Belastung der 9. Großen Strafkammer ebenfalls keine Vakanz zugelassen habe. Durch die Zuweisung des für die Tätigkeit in einer Wirtschaftsstrafkammer besonders geeigneten Richters am Landgericht Wu. und die damit bewirkte kurzfristige Überbesetzung der sich an der Grenze zur

Überlastung bewegenden 9. Großen Strafkammer habe die zügige Verhandlung weiterer Sachen begünstigt und damit dem in Strafsachen geltenden Beschleunigungsgebot Rechnung getragen werden sollen, zumal Richter am Landgericht Dr. W. durch die Abfassung eines Urteils in einer Umfangs- sache mit einem Teil seiner Arbeitskraft gebunden gewesen sei. Darüber hinaus sei auch berücksichtigt worden, dass ein Proberichter allein in der 23. Zivil- kammer sinnvoll eingesetzt werden könne und auch deshalb ein eingearbeiteter stellvertretender Vorsitzender in der 23. Zivilkammer erforderlich gewesen sei, welcher dem Proberichter als „Ansprechpartner“ zur Verfügung stehe.

17 b) Die Besetzungsrüge hat keinen Erfolg. Das Tatgericht war infolge der Änderung des Geschäftsverteilungsplans durch den Präsidiumsbeschluss vom 20. September 2013 vorschriftsgemäß besetzt.

18 aa) Zwar enthielt der Präsidiumsbeschluss vom 20. September 2013 nicht die von Rechts wegen erforderliche Dokumentation der für die Änderung des Geschäftsverteilungsplans maßgeblichen Gründe (vgl. hierzu BGH, Urteil vom 9. April 2009 - 3 StR 376/08, NJW 2010, 625, 626). Eine fehlende Dokumentation kann jedoch bis zum Zeitpunkt des Beschlusses, mit dem gemäß § 222b Abs. 2 StPO über den Besetzungseinwand entschieden wird, nachgeholt werden (BVerfG, Beschluss vom 18. März 2009 - 2 BvR 229/09, NJW 2009, 1734, 1735; BGH, Beschluss vom 9. April 2009 - 3 StR 376/08, BGHSt 53, 268, 276 f.; BGH, Urteil vom 21. Mai 2015 - 4 StR 577/14, NStZ-RR 2015, 288, 289). Dies ist hier durch den Beschluss des Präsidiums vom 7. Oktober 2013, in welchem das Präsidium die Erwägungen für die unterjährige Änderung des Geschäftsverteilungsplans niedergelegt hat, rechtzeitig geschehen.

19 bb) Die unterjährige, weitreichende Änderung des Geschäftsverteilungs- plans war mit § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG noch zu vereinbaren. Nach dieser als

Ausnahmevorschrift eng auszulegenden Norm darf der Geschäftsverteilungsplan im Laufe des Geschäftsjahres geändert werden, wenn dies wegen Überlastung oder ungenügender Auslastung eines Richters oder Spruchkörpers oder infolge Wechsels oder dauernder Verhinderung einzelner Richter unerlässlich ist. Nachträgliche, auf die Vorschrift des § 21e Abs. 3 GVG gestützte Änderungen der Geschäftsverteilung unterliegen dabei im Revisionsverfahren einer umfassenden inhaltlichen Rechtmäßigkeitskontrolle (vgl. BVerfG, Beschluss vom 16. Februar 2005 - 2 BvR 581/03, NJW 2005, 2689, 2690; BGH, Urteil vom 21. Mai 2015 - 4 StR 577/14, NStZ-RR 2015, 288).

20 Die Annahme des Präsidiums, es liege infolge des am 13. November 2013 beginnenden Mutterschutzes einer Richterin und der anschließenden Elternzeit ein Fall dauernder Verhinderung im Sinne des § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG vor, der in Ansehung der besonderen Belastung eine Vakanz nicht gestattet, ist nicht zu beanstanden. Eine dauernde Verhinderung liegt vor, wenn ein Richter – wie hier – aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen für längere oder der Dauer nach ungewisse Zeit verhindert ist (BGH, Urteil vom 9. Oktober 2002 - 5 StR 42/02, NJW 2003, 150, 154 [länger als 3 Monate]). Angesichts der Belastungssituation der von dem Ausfall betroffenen 25. Zivilkammer konnte der erforderliche Ausgleich auch nicht bis zum Ende des Geschäftsjahres zurückgestellt werden (vgl. zu dieser Voraussetzung Kissel/Mayer, GVG, 8. Aufl., § 21e Rn. 112).

21 Bei der gemäß § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG zulässigen Änderung der Geschäftsverteilung während des laufenden Geschäftsjahres durfte das Präsidium alle Umstände berücksichtigen, die der Gewährleistung einer geordneten Rechtspflege dienen (BGH, Beschluss vom 19. April 2000 - 3 StR 32/00, BGHR GVG § 21e Abs. 3 Änderung 4). Das Präsidium durfte namentlich be-

sondere Belastungen der Spruchkörper und besondere Kenntnisse und Fähigkeiten der in Frage kommenden Richter in seine Erwägungen einbeziehen (BGH, Urteil vom 12. April 1978 - 3 StR 58/78, BGHSt 27, 397, 398) und war nicht auf die Umbesetzung des unmittelbar von der Überlastung betroffenen Spruchkörpers beschränkt (SK-StPO/Velten, 4. Aufl., § 21e GVG Rn. 41). Ebenso war es zulässig, bei der Änderung der Geschäftsverteilung zu berücksichtigen, dass durch einen Wechsel eines Beisitzers der 9. Großen Strafkammer die zügige Bearbeitung anhängiger Sachen begünstigt und auf diese Weise dem Beschleunigungsgebot Rechnung getragen werden konnte (vgl. BVerfG, Beschluss vom 18. März 2009 - 2 BvR 229/09, NJW 2009, 1734 f.). Schließlich begegnet es keinen Bedenken, dass das Präsidium die Zuweisung eines Proberichters zur 25. Zivilkammer und zur 9. Großen Strafkammer nicht in Betracht gezogen hat. Um den Belangen einer geordneten Rechtspflege Rechnung zu tragen, kann das Präsidium auch auf die erforderliche Ausbildung des richterlichen Nachwuchses Rücksicht nehmen (BGH, Urteil vom 12. April 1978 - 3 StR 58/78, BGHSt 27, 397, 398 f.; vgl. auch KK-Gericke, StPO, 7. Aufl., § 338 Rn. 30), sofern sich die Änderung der Geschäftsverteilung nicht ausschließlich auf diese Erwägung stützt (vgl. BGH, Beschluss vom 5. August 1976 - 5 StR 314/76, BGHSt 26, 382, 383). Die ergänzende Berücksichtigung dieses Umstandes im Präsidiumsbeschluss vom 7. Oktober 2013 war daher zulässig.

22 Der Beschluss des Präsidiums vom 20. September 2013 führte auch nicht zu einer Änderung der Geschäftsverteilung, mit der ein Richter einem Spruchkörper in unzulässiger Weise nur für ein bestimmtes Verfahren zugewiesen worden ist (vgl. Senatsurteil vom 21. Mai 1963 - 2 StR 84/63, BGHSt 18, 386, 387 ff.; vgl. auch KK-Gericke, StPO, 7. Aufl., § 388 Rn. 37). Die Zuweisung des Richters am Landgericht Wu. zur 9. Großen Strafkammer erfolgte nicht

nur mit Blick auf das vorliegende Verfahren, sondern betraf auch alle weiteren bei der Strafkammer anhängigen und künftig eingehenden Strafsachen.

23 2. Der Schuldspruch weist keinen den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler auf.

24 a) Die Feststellungen tragen die Verurteilung des Angeklagten wegen Betrugs zum Nachteil der G. .

25 aa) Die Vorlage der Leasingverträge gegenüber den zuständigen Mitarbeitern der G. enthielt die schlüssige Erklärung des Angeklagten, die vermittelten Verträge entsprächen den Vereinbarungen des abgeschlossenen Kooperationsvertrags und enthielten keine mit den Leasingnehmern getroffene Nebenabreden, die der Durchführung des Leasingvertrags entgegenstehen. Gegenstand schlüssiger Erklärungen können auch Negativtatsachen sein (BGH, Urteil vom 15. Dezember 2006 - 5 StR 181/06, BGHSt 51, 165, 171). Hierzu zählen insbesondere Umstände, die als Geschäftsgrundlage zur Voraussetzung des Vertragsschlusses gemacht worden sind (vgl. Fischer, StGB, 63. Aufl., § 263 Rn. 22a; Perron in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 263 Rn. 16e; NK-Kindhäuser, 4. Aufl., § 263 Rn. 132). Eine solche Negativtatsache war hier die der Durchführung des Leasingvertrags zuwiderlaufende Vereinbarung einer „Rückkauf-Option“, die der Angeklagte nicht offengelegt hat. Die G. ging davon aus, dass die von dem Angeklagten eingereichten Leasingverträge jeweils die Vorgaben des bestehenden Kooperationsvertrags erfüllten. Auch die Annahme des Leasingvertrags durch die G. erfolgte nach Maßgabe des Kooperationsvertrags; dieser war damit Geschäftsgrundlage für die Zusammenarbeit zwischen der Firma P. GmbH und der G. .

sprüche erwachsen sind, die geeignet waren, die durch die Verpflichtung zur Zahlung des Kaufpreises für den Beamer eingetretene Vermögensminderung auszugleichen.

30 Es begegnet keinen rechtlichen Bedenken, dass das Landgericht den Wert der Leasingforderung der G. trotz einer Vertragsdauer von vier Jahren lediglich mit 25 % des Nominalwerts angesetzt hat, indem es nur die Leasingforderungen für das erste Jahr in voller Höhe berücksichtigt und den Ansprüchen der G. für den Rest der Vertragsdauer aufgrund des signifikanten Ausfallrisikos keinen wirtschaftlichen Wert beigemessen hat.

31 Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass bei der Bestimmung des Geldwerts einer Forderung ein bestehendes Ausfallrisiko zu einer Abwertung des Nominalwerts der Forderung führen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 13. April 2012 - 5 StR 442/11, NStZ 2012, 698, 699; Senat, Beschluss vom 29. Januar 2013 - 2 StR 422/12, NStZ 2013, 711, 712; vgl. auch BVerfG aaO, BVerfGE 126, 170, 225 ff.). Dabei können alle Umstände berücksichtigt werden, die eine Realisierung der Forderung zweifelhaft erscheinen lassen. Insbesondere die fehlende materiell-rechtliche Begründetheit und die sich daraus ergebende mangelnde Durchsetzbarkeit der Forderung sind für die Bewertung des Ausfallrisikos von Bedeutung (vgl. BGH, Beschluss vom 19. August 2015 - 1 StR 334/15, StraFo 2016, 34, 35).

32 Dass das Landgericht angenommen hat, angesichts der erfolgten Vereinbarung einer „Rückkauf-Option“ durch die für die Firma P. tätigen Vermittler, die den Bestimmungen des Leasingvertrags widersprach, sei die Durchsetzbarkeit des Anspruchs auf Zahlung der Leasingraten jedenfalls nach Ablauf des ersten Jahres aufgrund bestehender Gegenrechte der Leasingnehmer (§ 123, § 280 BGB) in einer Weise gefährdet gewesen, die es rechtfertige,

die Forderung ab diesem Zeitpunkt als wirtschaftlich wertlos einzustufen, begegnet keinen Bedenken. Denn es hat rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die begründete Gefahr bestand, dass sich die Leasingnehmer auf die „Rückkauf-Option“ berufen und zudem die Zahlung der Leasingraten für die letzten drei Jahre der Vertragslaufzeit verweigern könnten.

33 Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann ein zur Unwirksamkeit des Leasingvertrags führendes Anfechtungsrecht (§ 123, § 142 Abs. 1 BGB) und ein auf Freistellung von der Verpflichtung zur Zahlung der Leasingraten gerichteter Schadensersatzanspruch des Leasingnehmers bestehen (§ 280 BGB i.V.m. § 241 Abs. 2, § 249, § 311 Abs. 2 BGB), wenn ein Vermittler mit Wissen und Willen des Leasinggebers (Vor-)Verhandlungen mit dem Leasingnehmer über den Abschluss eines Leasingvertrages führt und dabei schuldhaft den Leasingvertrag betreffende Aufklärungs- oder Hinweispflichten gegenüber dem Leasingnehmer verletzt. Diese Gegenrechte können dem Anspruch des Leasinggebers auf Zahlung der Leasingraten entgegenstehen, da sich der Leasinggeber die fehlerhafte Information des Vermittlers, der als Erfüllungsgehilfe nicht Dritter im Sinne des § 123 Abs. 2 Satz 1 BGB ist, gemäß § 278 BGB zurechnen lassen muss (vgl. BGH, Beschluss vom 26. August 2014 - VIII ZR 335/13, juris Rn. 11, 15; vgl. auch Urteil vom 30. März 2011 - VIII ZR 94/10, NJW 2011, 2874, 2875; Urteil vom 18. September 2013 - VIII ZR 281/12, NJW-RR 2014, 622, 624). Eine Zurechnung kann insbesondere dann erfolgen, wenn sich der Leasinggeber – wie hier – zum Abschluss des Leasingvertrags der Hilfe des Vermittlers bedient und diesem Leasingformulare überlässt (vgl. BGH, Urteil vom 18. September 2013 - VIII ZR 281/12, NJW-RR 2014, 622, 624). Dass die Firma P. nach den Bestimmungen des Kooperationsvertrags nicht berechtigt war, „im oder für Namen der G. zu handeln und [...] nicht deren Erfüllungs- bzw. Verrichtungsgehilfe [ist]“, steht einer Zurechnung

nicht entgegen. Von der Verantwortlichkeit einer falschen Auskunftserteilung kann sich ein Leasinggeber in den Allgemeinen Geschäftsbedingungen nicht freizeichnen (vgl. BGH, Beschluss vom 26. August 2014 - VIII ZR 335/13, juris Rn. 15). Vor diesem Hintergrund begegnet die Annahme, dass die Durchsetzbarkeit des Anspruchs der G. auf Zahlung der Leasingraten von vornherein gefährdet war, keinen Bedenken.

34 Darüber hinaus hat das Landgericht die Forderungsabwertung auch individuell damit begründet, dass es der G. in keinem einzigen Fall gelungen ist, gegen einen Leasingnehmer „ein obsiegendes obergerichtliches Urteil zu erstreiten“ (UA S. 391/394) und sie die Forderungen intern frühzeitig abgeschrieben hat (UA S. 392). Für die Bestimmung des wirtschaftlichen Werts einer Forderung ist auch von Bedeutung, inwieweit eine Forderung später tatsächlich durchgesetzt werden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 19. August 2015 - 1 StR 334/15, StraFo 2016, 34, 35).

35 Dass sich einige Leasingnehmer nicht auf Gegenrechte berufen und die Leasingraten über das erste Jahr hinaus weiter gezahlt haben, ändert nichts am Eintritt eines Gefährdungsschadens zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses. Die tatsächlich erfolgten Zahlungen führten lediglich zu einem geringeren Erfüllungsschaden auf Seiten der G., den das Landgericht im Rahmen der Strafzumessung berücksichtigt hat.

36 Da die G. zwar das Eigentum an den Beamern erworben hatte, aufgrund der Besitzübergabe an die Leasingnehmer ihr Eigentum aber erst nach der Rückgabe des Beamers verwerten konnte, hat das Landgericht den Verkehrswert der Beamer erst nach Ende der Vertragslaufzeit als Vermögenszuwachs zugunsten der G. berücksichtigt. Das sachverständig beratene Landgericht ist dabei mit tragfähiger Begründung von einem „linearen Wertever-

lust ohne Restwert innerhalb der 48-monatigen Leasingzeit ausgegangen“ (UA S. 388).

37 dd) Der Angeklagte nahm die fehlende Durchsetzbarkeit der Leasingforderungen und damit den Eintritt eines Vermögensschadens auf Seiten der G. billigend in Kauf. Zugleich handelte er in Drittbereicherungsabsicht zugunsten der von ihm geführten Firma P. , an die der Kaufpreis für den Beamer zu zahlen war.

38 b) Darüber hinaus hat sich der Angeklagte wegen Betrugs zum Nachteil der Leasingnehmer strafbar gemacht.

39 aa) Nach den Feststellungen spiegelten die von dem Angeklagten eingesetzten und geschulten Vermittler den Kleingewerbetreibenden bei Abschluss des „P. -Vertrages“ vor, den Beamer nach Ablauf eines Jahres aufgrund der vereinbarten „Rückkauf-Option“ unproblematisch und ohne zusätzliche Kosten an die P. zurückgeben zu können und im Gegenzug den festgelegten Rückkaufswert ausgezahlt zu erhalten. Zugleich wurden die Leasingnehmer über die bei Ausübung der „Rückkauf-Option“ erfolgende Kürzung des Mietzinsanspruchs um 75 % getäuscht. In den der Verurteilung zugrunde liegenden Fällen entstand aufgrund dessen bei den Leasingnehmern jeweils eine entsprechende Fehlvorstellung.

40 Der Annahme einer Täuschungshandlung steht nicht entgegen, dass es für die Leasingnehmer bei sorgfältiger Lektüre der Allgemeinen Geschäftsbedingungen des P. -Vertrags und des mit der G. abgeschlossenen Leasingvertrags erkennbar war, dass die vorzeitige Rückgabe des Beamers zu einer Kürzung des Mietzinsanspruchs führte und die Ausübung der „Rückkauf-Option“ den vorherigen Erwerb des Beamers voraussetzte, deren Eigentümerin

die G. war. Die Erkennbarkeit einer Täuschung schließt weder die Täuschungshandlung noch eine irrtumsbedingte Fehlvorstellung aus (Senat, Urteil vom 5. März 2014 - 2 StR 616/12, NJW 2014, 2595, 2596 mwN). Dies gilt auch, soweit die Täuschung – wie hier – gegenüber einem Unternehmer erfolgt (Senat, Urteil vom 28. Mai 2014 - 2 StR 437/13, wistra 2014, 439, 441). Es besteht kein Anlass, im vorliegenden Fall von diesen Grundsätzen abzuweichen. Ein Fall, in dem die Täuschung ohne Weiteres erkennbar ist und fraglich erscheint, ob die Vermögensverfügung auf einer rechtlich relevanten Fehlvorstellung beruhen kann (vgl. hierzu Fischer, StGB, 63. Aufl., § 263 Rn. 56), liegt hier nicht vor.

41 bb) Durch den Abschluss des Leasingvertrags mit der G. ist den Leasingnehmern ein Vermögensschaden entstanden. Diesen hat das Landgericht zutreffend aus der Differenz zwischen der vertraglichen Zahlungsverpflichtung des Leasingnehmers (Leasingforderung für vier Jahre) und dem Wert der infolge des abgeschlossenen Leasingvertrags erlangten Gegenleistungen errechnet.

42 Bei der Berechnung des Gefährdungsschadens ist das Landgericht zugunsten des Angeklagten von der Ausübung der „Rückkauf-Option“ durch den Leasingnehmer ausgegangen, da sich in diesem Fall trotz der Kosten für den Erwerb des Beamers aufgrund der lediglich für ein Jahr zu zahlenden Leasingraten ein geringerer Schaden errechnet. Ohne Rechtsfehler hat das Landgericht dabei auf Seiten der Leasingnehmer 25 % des Geldwerts der auf vier Jahre angelegten Leasingforderung sowie den für den Erwerb des Beamers an die G. zu zahlenden Geldbetrag als Negativposten im Rahmen der Gesamtsaldierung angesetzt. Als infolge des abgeschlossenen Leasingvertrags entstandenen Vermögenszuwachs hat es den im P. -Vertrag festgelegten Rück-

kaufpreis zugunsten des Leasingnehmers berücksichtigt und des Weiteren den gegen die Firma P. GmbH gerichteten Mietzinsanspruch in den Wertvergleich einbezogen, die Forderung aufgrund der Verpflichtung zur Rückgabe des Beamers nach einem Jahr aber folgerichtig nur in Höhe von 25 % ihres Werts berücksichtigt. Ferner hat das Landgericht die Möglichkeit zur Nutzung des Beamers als Wertzuwachs auf Seiten des Leasingnehmers in die Berechnung des Vermögensschadens einbezogen. Im Hinblick darauf, dass der Leasingnehmer den Beamer nach Ausübung der „Rückkauf-Option“ an die Firma P. GmbH zurückzugeben hatte und den Beamer daher nur für die Dauer eines Jahres nutzen konnte, hat es den Nutzwert anteilig gekürzt und lediglich in Höhe von 25 % in die Saldierung eingestellt. Den wirtschaftlichen Wert der Nutzungsmöglichkeit des Werbebeamers hat die Strafkammer im Ausgangspunkt zutreffend nach dem Verkehrswert des Beamers bestimmt.

43 Als rechtsfehlerhaft erweist sich jedoch die Bewertung nach dem objektiven Verkaufspreis des Beamers, den die sachverständig beratene Strafkammer – je nach Modell – mit einem Betrag zwischen etwa 1.800 € bis 2.700 € angesetzt hat. Da die Werbebeamer jeweils als Leasingobjekte vertrieben worden sind, hätte das Landgericht den Verkehrswert nicht nach dem objektiven Verkaufswert, sondern anhand des objektiven Leasingwerts bestimmen müssen, der den Verkaufswert erfahrungsgemäß übersteigt.

44 Der Senat kann indes ausschließen, dass der Angeklagte durch diesen Rechtsfehler beschwert ist. Ein abweichender, über dem Verkaufswert liegender Leasingpreis hätte zwar im Rahmen der Gesamtsaldierung zugunsten der Leasingnehmer berücksichtigt werden müssen und gegebenenfalls zu einem niedrigeren Gefährdungsschaden geführt. Indem das Landgericht den ermittelten Verkehrswert um einen Sicherheitsaufschlag von 30 % erhöht hat (UA

S. 341), hat sich die fehlerhafte Berechnung hier jedoch nicht zum Nachteil des Angeklagten ausgewirkt.

45 cc) Der Angeklagte, der wusste, dass die Leasingnehmer (faktisch) gezwungen waren, im Falle der Ausübung der „Rückkauf-Option“ eine Ablösesumme an die G. zu zahlen, nahm die Schädigung der Leasingnehmer billigend in Kauf.

46 dd) Auch die erforderliche Absicht rechtswidriger Bereicherung eines Dritten lag vor. Die Täuschung des Angeklagten zielte auf eine Bereicherung der G. ab. Der Erfüllung des Betrugstatbestands steht nicht entgegen, dass es dem Angeklagten primär darauf ankam, die G. nach Annahme des Leasingvertrags zur Zahlung des Kaufpreises an die von ihm geführte Firma P.

GmbH zu veranlassen; denn hierfür war der Abschluss des Leasingvertrags notwendige Voraussetzung. Die Bereicherungsabsicht muss nicht das ausschließliche Motiv oder das letztendliche Ziel der Tathandlung sein; es genügt vielmehr, dass der Täter die Bereicherung (eines Dritten) als notwendigen Zwischenerfolg für einen dahinter liegenden weiteren Zweck erstrebt (vgl. Perron in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 263 Rn. 176; Hefendehl in: Münchener Kommentar zum StGB, 2. Aufl., § 263 Rn. 792).

47 c) Nach den Feststellungen leistete der Angeklagte in jedem Einzelfall einen eigenständigen, die konkrete Tat fördernden Beitrag, indem er die Leasinganträge selbst an die G. weiterleitete (UA S. 39/378 f.). Anders als in Fällen, in denen sich der Tatbeitrag auf die Organisation und Aufrechterhaltung eines auf Betrug angelegten Geschäftsbetriebs beschränkt, liegt daher kein uneigentliches Organisationsdelikt vor (vgl. Senatsbeschluss vom 29. Juli 2009 - 2 StR 91/09, NStZ 2010, 88, 89; BGH, Beschluss vom 9. November 2011 - 4 StR 252/11, juris Rn. 12). Die konkurrenzrechtliche Bewertung des Landge-

richts, das in 18 Fällen jeweils von einer tateinheitlichen Verwirklichung der Betrugstaten ausgegangen ist, durch die der Angeklagte sowohl die G. als auch die Leasingnehmer geschädigt hat, lässt ebenfalls keinen den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler erkennen.

48 3. Der Strafausspruch hat hingegen keinen Bestand.

49 Das Landgericht hat zugunsten des Angeklagten berücksichtigt, dass „die angeklagten Taten ca. 9 Jahre zurückliegen“ und darüber hinaus ausgeführt, es habe die konventionswidrige Verfahrensverzögerung „gesondert im Rahmen eines Vollstreckungsabschlages“ berücksichtigt (UA S. 548). Dies lässt besorgen, dass es der Verfahrensdauer im Rahmen der Strafzumessung keine eigenständige Bedeutung beigemessen hat. Eine überdurchschnittlich lange Verfahrensdauer ist indes ungeachtet eines geringeren Strafbedürfnisses aufgrund des zeitlichen Abstands zwischen Tatbegehung und Urteil (vgl. Stree/Kinzig in: Schönke/Schröder, StGB, 29. Aufl., § 46 Rn. 57, 57a) und eines gewährten Vollstreckungsabschlages bei der Strafzumessung zu berücksichtigen (vgl. BGH, Beschluss vom 17. Januar 2008 - GSSt 1/07, BGHSt 52, 124, 142; Beschluss vom 16. Juni 2009 - 3 StR 173/09, StV 2009, 638, 639) und stellt einen bestimmenden Strafzumessungsgrund im Sinne des § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO dar (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Mai 2008 - 3 StR 157/08, juris Rn. 7).

50 Der Senat kann nicht ausschließen, dass sich der aufgezeigte Rechtsfehler sowohl auf die Höhe der Einzelstrafen als auch auf die verhängte Gesamtfreiheitsstrafe ausgewirkt hat. Da es sich um einen reinen Wertungsfehler handelt, bedarf es keiner Aufhebung von Feststellungen (vgl. KK-Gericke, StPO, 7. Aufl., § 353 Rn. 23). Ergänzende Feststellungen, die den bestehenden nicht widersprechen dürfen, sind möglich.

51 Unberührt von der Entscheidung des Senats bleibt der Ausspruch des Landgerichts zur Kompensation der rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung (BGH, Urteil vom 27. August 2009 - 3 StR 250/09, BGHSt 54, 135, 138; Beschluss vom 8. Januar 2013 - 1 StR 641/12, juris Rn. 6). Der neue Trichter wird aber zu prüfen haben, ob die Kompensation im Hinblick auf die nach Erlass des erstinstanzlichen Urteils verstrichene Zeit zu erhöhen sein wird.

Fischer

Krehl

Eschelbach

Zeng

Bartel