



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

5 StR 205/19

vom
15. August 2019
in der Strafsache
gegen

wegen Betruges u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 15. August 2019 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO sowie entsprechend § 354 Abs. 1 StPO beschlossen:

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Braunschweig vom 13. August 2018

1. mitsamt den zugrundeliegenden Feststellungen aufgehoben in den Fällen C.I, C.IV und C.VI der Urteilsgründe,
2. im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte in den Fällen C.II.1 bis 8 und C.III.1 bis 4 der Urteilsgründe des Betruges in zwei Fällen schuldig ist,
3. im Ausspruch über die Einzelstrafen in den Fällen C.II.1 bis 8 und C.III.1 bis 4 der Urteilsgründe, über die Gesamtstrafe und die Anordnung der Einziehung des Wertes von Taterträgen, soweit diese den Betrag von 23.264,22 Euro übersteigt, aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Die weitergehende Revision des Angeklagten wird verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen vorsätzlicher Insolvenzverschleppung, Betruges in zwanzig Fällen, Untreue in drei Fällen und Anstiftung zur Untreue in zwei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und vier Monaten verurteilt, hiervon zwei Monate als vollstreckt erklärt und eine Einziehungsentscheidung getroffen. Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit seinem auf Verfahrensrügen und die Sachrüge gestützten Rechtsmittel. Das Rechtsmittel hat in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen hat die Überprüfung des Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben (§ 349 Abs. 2 StPO).
- 2 1. Die Verfahrensrügen haben aus den zutreffenden Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts keinen Erfolg.
- 3 2. Die Schuldsprüche in den Fällen C.I, C.IV und C.VI halten revisionsrechtlicher Überprüfung nicht stand.
- 4 a) Zur Insolvenzverschleppung (Fall C.I): Der Angeklagte war nach den Feststellungen des Landgerichts zu Fall C.I „spätestens seit dem 31.08.2009 faktischer Vorstand der F. AG“. Diese war „spätestens am 15. Mai 2009 nicht mehr in der Lage ihre fälligen Zahlungsverpflichtungen zu begleichen.“ Seine Annahme von Zahlungsunfähigkeit des Unternehmens hat das Landgericht maßgeblich darauf gestützt, dass auf dessen Geschäftskonten schon ab Anfang des Jahres 2009 „keine nennenswerten Zahlungseingänge aus einem operativen Geschäft“, sowie zahlreiche Rücklastschriften zu verzeichnen waren und zwei Kreditanträge wegen Zweifeln der Bank an der Sol-

venz des
F. AG abgelehnt wurden.

5 aa) Dies trägt bereits die Feststellung der Zahlungsunfähigkeit der
F. AG nicht. Das Landgericht hat keine aussagekräftige stichtags-
bezogene Gegenüberstellung der fälligen Verbindlichkeiten der Gesellschaft
und der zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig zu beschaffenden Mittel
vorgenommen.

6 In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist zwar anerkannt, dass
das Tatgericht seine Überzeugung von der Zahlungsunfähigkeit im Sinne des
§ 17 Abs. 2 InsO auch aufgrund wirtschaftskriminalistischer Beweisanzeichen
bilden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 21. August 2013 – 1 StR 665/12, NStZ
2014, 107, 108). Auch diese müssen aber die Feststellung tragen, dass die Ka-
pitalgesellschaft bezogen auf einen bestimmten Stichtag nicht in der Lage ist,
ihre fälligen Zahlungspflichten zu erfüllen. Dies ist bei den durch das Landge-
richt festgestellten Indizien nicht der Fall. Denn das Landgericht hat nicht er-
kennbar bedacht, dass die vor Abschluss der Leasingverträge durch die Lea-
singgeber durchgeführten Bonitätsprüfungen jeweils die Kreditwürdigkeit der
F. AG auch nach dem 15. Mai 2009 ergeben hatten (UA S. 23, 31,
38, 78).

7 bb) Mangels Vorliegens eines Überschuldungsstatus' ist auch nicht
überprüfbar, ob das Vermögen der F. AG ihre Schulden gedeckt
hat.

8 b) Zum Betrug in Zusammenhang mit Provisionszahlungen (Fall C.IV):
Nach den Feststellungen zu Fall C.IV spiegelte der anderweitig Verfolgte
L. aufgrund eines gemeinsamen, zuvor in sämtlichen Einzelheiten durch

den Angeklagten ersonnenen Tatplans bei Abschluss von zwei Leasingverträgen am 23. September 2009 gegenüber der Lieferantin, der A. GmbH, als Empfangsbevollmächtigter der V. GmbH (Leasinggeberin) vor, die F. AG würde ihren Zahlungsverpflichtungen aus den Verträgen nachkommen. Der Angeklagte hatte mit Mitarbeitern der Lieferantin zuvor ausgehandelt, dass ein der F. AG einzuräumender Preisnachlass an ihn in Form einer Provision gezahlt werde. Diese sollte als Teil des über die Leasinggesellschaft zu finanzierenden Betrages finanziert werden. Die Lieferantin zahlte daraufhin einen Provisionsbetrag von 8.297,50 Euro an ein Unternehmen des Angeklagten.

9 aa) Der Schuldspruch unterliegt durchgreifenden rechtlichen Bedenken, da die Feststellungen eine irrtumsbedingte Vermögensverfügung der Lieferantin nicht belegen. Das Landgericht hat zwar festgestellt, dass die Leasinganfragen durch die Lieferantin nicht weitergeleitet worden wären, wenn deren Mitarbeiter Kenntnis von der Absicht der Verantwortlichen der F. AG gehabt hätten. Dass die Mitarbeiter sich aber bei der Vereinbarung der Provisionszahlungen Gedanken über die Zahlungsbereitschaft der Verantwortlichen der F. AG gemacht haben, hat das Landgericht nicht festgestellt. Dies versteht sich auch nicht von selbst, weil nach der Abrede zwischen dem Angeklagten und dem Mitarbeiter der Lieferantin die Provision als Teil des über die Leasinggesellschaft zu finanzierenden Betrages finanziert werden sollte (UA S. 76), so dass im Rahmen des leasingtypischen Dreiecksverhältnisses aufgrund des Nebeneinanders von Kauf- und Leasingvertrag ein Ausfallrisiko für die Lieferantin nicht bestanden hat.

10 bb) Auch für den Fall, dass der nicht um den Preisnachlass verminderte Kaufpreis nicht durch die Leasinggeberin über die Leasingraten auf die

F. AG umgelegt wurde, kommt eine eigenständige Betrugstat zu deren Lasten durch Verschweigen des Provisionsanteils im zu finanzierenden Kaufpreis nicht in Betracht. Denn es würde sich bei den auf die Leasinggeberin umgelegten Provisionszahlungen lediglich um einen in die Gesamtsaldierung in den Fällen C.II.6 und 7 einzustellenden Schadensposten handeln.

11 c) Zur Anstiftung zur Untreue (Fall C.VI): Nach dem 28. Oktober 2010 erwarb der Zeuge D. die Geschäftsanteile der Zeugin Lo. an der E

GmbH treuhänderisch für den Angeklagten. Der Zeuge D. wurde am 11. November 2010 als formeller Geschäftsführer des Unternehmens in das Handelsregister eingetragen. Jeweils auf Veranlassung des Angeklagten hob der Zeuge D. am 3. Dezember 2010 8.500 Euro sowie am 16. Dezember 2010 10.000 Euro vom Geschäftskonto der E. GmbH ab und händigte diesem das Geld aus.

12 Der Generalbundesanwalt hat hierzu zutreffend ausgeführt:

„Es kann dahinstehen, ob der Angeklagte aufgrund seiner beherrschenden Stellung selbst oder ob nur der Zeuge D. als ordnungsgemäß bestellter Geschäftsführer der E. GmbH dieser gegenüber eine Vermögensbetreuungspflicht hatte. Jedenfalls ist im Aushändigen der vom Bankkonto der Gesellschaft abgehobenen Bargelddbeträge an den Angeklagten durch den Zeugen D. keine Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht zu sehen:

Einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung können im Einverständnis ihrer Gesellschafter grundsätzlich Vermögenswerte entzogen werden, weil sie gegenüber ihren Gesellschaftern keinen Anspruch auf ihren ungeschmälernten Bestand hat. Ein Einverständnis der Gesellschafter ist allerdings unwirksam und die Vermögensverfügung des Geschäftsführers deshalb miss-

bräuchlich, wenn unter Verstoß gegen Gesellschaftsrecht die wirtschaftliche Existenz der Gesellschaft gefährdet wird, etwa durch Beeinträchtigung des Stammkapitals entgegen § 30 GmbHG, durch Herbeiführung oder Vertiefung einer Überschuldung, durch Gefährdungen der Liquidität oder durch Entziehung der Produktionsgrundlagen (vgl. zum Ganzen nur BGH, Beschlüsse vom 15. September 2011 – 3 StR 118/11, NZWiSt 2012, 62; vom 19. Februar 2013 – 5 StR 427/12, NStZ-RR 2013, 345, 346, m.w.N.).

Der Zeuge D. war Gesellschafter der E. GmbH; er hielt die Geschäftsanteile treuhänderisch für den Angeklagten (UA S. 49). Sowohl der Angeklagte als auch der Zeuge, der die Berechtigung des Angeklagten zum Erhalt der Zahlungen nicht hinterfragte und dem die Gesellschaft gleichgültig war, waren mit dem Vermögensentzug einverstanden. Zur wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft, die allein das Einverständnis missbräuchlich erscheinen lassen und zur Pflichtwidrigkeit führen könnte, ist indes nichts festgestellt.“

13 3. Die Verurteilung des Angeklagten wegen Betruges in zwanzig Fällen (C.II.1 bis 8 und C.III.1 bis 4) hält rechtlicher Überprüfung im Wesentlichen nicht stand. Die jeweiligen Einzelstrafaussprüche unterliegen der Aufhebung.

14 a) Nach den Feststellungen zu den Fällen C.II.1 bis 8 und C.III.1 bis 4 schlossen die anderweitig Verfolgten L. und D. für die F.

AG insgesamt neunzehn längerfristige Leasingverträge, wobei sie bei Vertragsschluss jeweils beabsichtigten, dass die F. AG keine oder nur einzelne Leasingraten entrichten werde. Die Leasinggegenstände wurden durch die Leasinggeber von einem Lieferanten erworben und in allen Fällen an die F. AG ausgeliefert; mit einer Ausnahme (Fall C.II.5) gelangten sie auch an den jeweiligen Leasinggeber zurück. Der Angeklagte hatte im Vorfeld das den Taten zugrundeliegende systematische Vorgehen ersonnen.

b) Das Landgericht hat in allen Fällen als Vermögensschaden die durch die F. AG nicht gezahlten Leasingraten zugrunde gelegt. Es hat damit nicht bedacht, dass für die zur Schadensbestimmung erforderliche Gesamtsaldierung bei dem Abschluss eines Leasingvertrags der Geldwert des vom Leasinggeber erworbenen Anspruchs auf die vom Leasingnehmer zu leistenden vertraglich vereinbarten Leasingraten unter Berücksichtigung des jeweiligen Ausfallrisikos zu bewerten und mit dem Geldwert der eingegangenen Verpflichtung durch den Leasinggeber zu vergleichen ist (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2018 – 2 StR 291/18). Das verbleibende Eigentum an einem Leasingfahrzeug darf bei der Berechnung des Vermögensschadens nur dann unberücksichtigt bleiben, wenn der Leasingnehmer von Anfang an beabsichtigt, dem Leasinggeber das Fahrzeug gänzlich zu entziehen und das Eigentum dadurch aus dessen Vermögen herauszunehmen (BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2017 – 4 StR 66/17, NStZ-RR 2018, 109, 110). Letzteres ist nicht festgestellt.

16 Da aufgrund des Tatplans des Angeklagten, die Leasingraten allenfalls anfänglich zu entrichten, sowie der infolge der Nutzung der Fahrzeuge bei natürlicher Betrachtung eingetretenen Abnutzung ausgeschlossen werden kann, dass den einzelnen Leasinggebern kein Schaden entstanden ist, haben die Schuldsprüche Bestand (vgl. auch BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2011 – 4 StR 346/11, NStZ 2012, 276).

17 c) Sie sind allerdings entsprechend der Beschlussformel zu ändern, da die konkurrenzrechtliche Bewertung nicht frei von Rechtsfehlern ist. Die Täuschungen über die Bereitschaft zur Zahlung der Leasingraten wurden nach den Feststellungen in keinem Fall durch den Angeklagten, sondern durch die anderweitig Verfolgten L. und D. verübt. Der Tatbeitrag des Angeklagten bestand darin, im Vorfeld ein System zur betrügerischen Erlangung von

Leasinggegenständen und Provisionszahlungen entwickelt zu haben, in welches er L. und D. jeweils einband. Das Defizit seines Handelns im Ausführungsstadium wird durch seinen planvollen Beitrag im Vorbereitungsstadium aufgewogen. Zugleich sind ihm hierdurch die gleichzeitig geförderten einzelnen

Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen (st. Rspr., vgl. BGH, Urteil vom 24. Oktober 2018 – 5 StR 477/17; Beschluss vom 29. April 2008 – 4 StR 125/08, NStZ-RR 2008, 275 mwN).

18 Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend § 354 Abs. 1 StPO. § 265 StPO steht nicht entgegen; es ist ausgeschlossen, dass der Angeklagte sich wirksamer als geschehen hätte verteidigen können.

19 d) Die diesbezüglichen Einzelstrafen unterliegen bereits aufgrund der fehlerhaften Bestimmung des jeweils eingetretenen Vermögensschadens als wesentlichem Strafzumessungsaspekt der Aufhebung. Die Feststellungen können bestehen bleiben und dürfen um ihnen nicht widersprechende ergänzt werden.

20 4. Die Aufhebung der vorgenannten Einzelstrafen und der Schuldsprüche in den Fällen C.I, C.IV und C.VI entzieht auch der Gesamtstrafe die Grundlage.

21 5. Die Anordnung der Einziehung des Wertes von Taterträgen kann wegen der Aufhebung der Schuldsprüche in den Fällen C.IV und C.VI nur insoweit bestehen bleiben, als die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 23.264,22 Euro angeordnet ist. Diesen Betrag hat der Angeklagte durch die drei rechtsfehlerfrei festgestellten Untreuetaten in den Fällen C.V.1 bis 3 erlangt.

Sander

Schneider

König

Berger

Mosbacher