

**HRRS-Nummer:** HRRS 2011 Nr. 1138

**Bearbeiter:** Karsten Gaede

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2011 Nr. 1138, Rn. X

---

### BGH 1 StR 343/11 - Beschluss vom 7. September 2011 (LG Augsburg)

**Betrug (besonders schwerer Fall bei der Gewerbsmäßigkeit: Zahlungen an einen beherrschten Verein; Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten für eine große Anzahl von Menschen; Spendenbetrug); Strafzumessung (Vorwurf der legitimer Strafverteidigung); Untreue (Vermögensnachteil durch persönlichen Schadenseinschlag; Vermögensverlust großen Ausmaßes; zumutbare andere Verwertungsmöglichkeit).**

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 266 StGB

#### Leitsätze des Bearbeiters

1. Gewerbsmäßigkeit liegt vor, wenn der Täter in der Absicht handelt, sich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen. Hierfür reicht aus, dass sich der Täter mittelbare Vorteile aus den Tathandlungen verspricht, etwa wenn die Vermögensvorteile an einen von ihm beherrschten Verein fließen; insoweit ist erforderlich, dass der Täter ohne weiteres auf diese Vorteile zugreifen kann. Eines tatsächlichen Zugriffs bedarf es hierfür allerdings nicht. Maßgeblich und ausreichend ist vielmehr eine dahingehende Absicht.

2. Liegt ein derartiges Gewinnstreben vor, ist schon die erste der ins Auge gefassten Tathandlungen als gewerbsmäßig anzusehen (st. Rspr.).

3. Jedenfalls 123 Personen stellen eine große Anzahl von Menschen im Sinne des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB dar. Auch bei diesem Regelbeispiel kann eine bestehende Absicht bereits die erste Tat zu einem besonders schweren Fall werden lassen.

#### Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Augsburg vom 12. Januar 2011 im Strafausspruch aufgehoben. Die weitergehende Revision wird als unbegründet verworfen.

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.

#### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Betruges in 123 Fällen und wegen Untreue zu vier Jahren Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt sowie hinsichtlich zweier Beträge festgestellt, dass nur deswegen nicht auf (erweiterten) Verfall erkannt werde, weil Ansprüche Geschädigter (§ 73 Abs. 1 Satz 2 StGB und § 73d Abs. 1 Satz 3 StGB) entgegenstehen. Seine hiergegen gerichtete, auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision hat im tenorierten Umfang Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO), im Übrigen ist sie unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO). 1

Der Schuldspruch und die Feststellungen nach § 111i StPO begegnen aus den vom Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift vom 1. August 2011 zutreffend dargelegten Gründen keinen revisionsgerichtlichen Bedenken. Indes können die verhängten Einzelstrafen und damit der Gesamtspruch keinen Bestand haben. Der näheren Erörterung bedarf insofern Folgendes: 2

1. Hinsichtlich der Straftaten des Betruges hat die Strafkammer zutreffend jeweils den für besonders schwere Fälle erhöhten Strafrahmen des § 263 Abs. 3 StGB zugrunde gelegt (a); die Erwägungen zur konkreten Strafhöhenbestimmung weisen jedoch Rechtsfehler auf (b). 3

a) Die Annahme besonders schwerer Fälle des Betruges i.S.d. § 263 Abs. 3 StGB wird von den Feststellungen getragen und ist rechtfehlerfrei. 4

aa) Nach den Feststellungen war der Angeklagte alleiniger Vorstand des Bundes für Kinderhilfe e.V. (BfK) mit Sitz in Augsburg, für den er zahlende Spender mit "nicht vollumfassend die Realität" widerspiegelnden (UA S. 50) Behauptungen werben ließ, die vor allem dahin gingen, der BfK vermittle Patenschaften für hilfsbedürftige Kinder in der Dritten Welt. Für einen monatlichen Beitrag von 30 € könne eine solche Patenschaft, für einen Betrag von 15 € monatlich eine Teilpatenschaft übernommen werden. Derart geworbene "Paten" zahlten im Vertrauen auf die Richtigkeit der Angaben entsprechende Beträge auf Konten des BfK. Tatsächlich war lediglich ein minimaler Geldfluss an soziale Projekte in Thailand feststellbar, überwiegend wurde das Geld - soweit nicht für Verwaltungsaufwendungen verbraucht - auf einem Konto des BfK belassen. Der Angeklagte handelte, um "dem BfK durch die Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle zu verschaffen und sodann mit dem eingenommenen Geld nach eigenem Gutdünken zu verfahren" (UA S. 11 = UA S. 54). 5

bb) Dies belegt die Annahme gewerbsmäßigen Handelns (§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB). Gewerbsmäßigkeit liegt vor, wenn der Täter in der Absicht handelt, sich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang zu verschaffen. Hierfür reicht aus, dass sich der Täter mittelbare Vorteile aus den Tathandlungen verspricht, etwa wenn die Vermögensvorteile - wie hier - an einen von ihm beherrschten Verein fließen; insoweit ist erforderlich, dass der Täter ohne weiteres auf diese Vorteile zugreifen kann (BGH, Beschluss vom 26. Mai 2009 - 4 StR 10/09; BGH, Beschluss vom 5. Juni 2008 - 1 StR 126/08). Eines tatsächlichen Zugriffs bedarf es hierfür allerdings nicht, auch wenn ein solcher angesichts der festgestellten Barabhebungen von Konten des BfK naheliegt; die diesbezügliche Einlassung des Angeklagten, er habe 45.000 € an ihm namentlich nicht näher bekannte Damen in Thailand übergeben, hat die Strafkammer als unzutreffende Schutzbehauptung gewertet (UA S. 195 ff.). Maßgeblich und ausreichend ist vielmehr eine dahingehende Absicht. Diese hat die Strafkammer rechtsfehlerfrei festgestellt, dass nämlich der Angeklagte handelte, um mit dem gesammelten Geld, auf das er jederzeit und unmittelbar Zugriff nehmen konnte, "nach eigenem Gutdünken zu verfahren" (UA S. 54). Liegt ein derartiges Gewinnstreben vor, ist schon die erste der ins Auge gefassten Tathandlungen als gewerbsmäßig anzusehen (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 11. September 2003 - 4 StR 193/03). Die Strafkammer hat auch bedacht, dass die Indizwirkung des Regelbeispiels durch besondere strafmildernde Umstände entkräftet werden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Mai 2011 - 1 StR 116/11 mwN), und dies rechtsfehlerfrei verneint (UA S. 207). 6

cc) Die Feststellungen belegen überdies, dass der Angeklagte in der Absicht handelte, eine große Anzahl von Menschen - nämlich sogar in mehr als den 123 festgestellten Einzelfällen - in die Gefahr des Verlustes von Vermögenswerten zu bringen (§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StGB), ohne dass hierzu abschließender Klärung bedarf, wann eine große Zahl von Menschen vorliegt (zum Meinungsstand vgl. z.B. Cramer/Perron in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 263 Rn. 188d). Denn jedenfalls bei der hier gegebenen Anzahl ist dieses Merkmal erfüllt. Besteht diese Absicht, so kann schon die erste Tat als besonders schwerer Fall eingestuft werden (BGH, Beschluss vom 9. November 2000 - 3 StR 371/00). 7

b) Soweit die Strafkammer jedoch für das Finden einer Strafe innerhalb des rechtsfehlerfrei bestimmten Strafrahmens zu Lasten des Angeklagten berücksichtigt hat, dass er "im Verlaufe des über fünf Monate dauernden Prozesses keinerlei Einsicht" hat erkennen lassen, dass "er möglicherweise in fehlerhafter Weise agiert" hat, und bis zum Schluss darauf beharrte, "alles besser zu wissen und nichts falsch gemacht zu haben" (UA S. 208), lässt dies besorgen - worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hingewiesen hat -, dass prozessual zulässiges Verteidigungsverhalten zu Unrecht strafscharfend berücksichtigt wurde (vgl. BGH, Beschluss vom 4. August 2010 - 3 StR 192/10; BGH, Beschluss vom 9. Mai 2007 - 1 StR 199/07 jew. mwN). Zwar kann ein Verhalten des Täters nach der Tat strafscharfend wirken, wenn es trotz der ihm zustehenden Verteidigungsfreiheit auf Rechtsfeindschaft, seine Gefährlichkeit oder die Gefahr künftiger Rechtsbrüche hinweist oder andere mit der Tat zusammenhängende ungünstige Schlüsse auf seine Persönlichkeit zulässt (vgl. BGH, Urteil vom 25. März 1981 - 3 StR 61/81; BGH, Urteil vom 24. Juli 1985 - 3 StR 127/85) oder wenn die Grenzen angemessener Verteidigung eindeutig überschritten sind und das Vorbringen des Angeklagten eine selbständige Rechtsgutsverletzung enthält (vgl. BGH, Urteil vom 8. April 2004 - 4 StR 576/03; zum Ganzen auch Stree/Kinzig in Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl., § 46 Rn. 41 mwN; Schäfer/Sander/ van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 4. Aufl., Rn. 378 ff.). Dafür ist hier jedoch nichts dargetan oder ersichtlich. Schon aus diesem Grund können die Einzelstrafen von je zehn Monaten für die 123 Fälle des Betruges keinen Bestand haben. Der Senat kann nicht mit der erforderlichen Gewissheit ausschließen, dass diese bei rechtsfehlerfreier Strafzumessung niedriger ausgefallen wären, wenngleich die Verhängung noch geringerer Einzelstrafen angesichts des festgestellten Tatbildes und der Verwirklichung von zwei Regelbeispielen des § 263 Abs. 3 StGB (vgl. hierzu Schäfer/Sander/van Gemmeren, aaO, Rn. 401) wenig nahe liegend erscheint. 8

2. Auch die hinsichtlich der ausgeurteilten Untreue verhängte Einzelstrafe begegnet aus den vom Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift dargelegten Gründen rechtlichen Bedenken. 9

Zwar belegen die Feststellungen, wonach der Angeklagte für den BfK als dessen Vereinsvorstand eine von ihm zuvor privat ersteigerte, überwiegend marode und unbewohnbare sowie für Zwecke des Vereins ungeeignete Immobilie erwarb, die Annahme eines vom Angeklagten pflichtwidrig herbeigeführten Vermögensschadens jedenfalls unter dem Gesichtspunkt des persönlichen Schadenseinschlags (vgl. dazu auch BGH, Beschluss vom 14. April 2011 - 1 StR 458/10 mwN). Sie tragen indes nicht die Einschätzung des Landgerichts, der Angeklagte habe einen Vermögensschaden großen Ausmaßes herbeigeführt (§§ 266 Abs. 2, 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB). 10

Nach den Urteilsgründen ersteigerte der Angeklagte die Immobilie im Februar 2008 für 175.000 € und veräußerte sie im Dezember 2008 für 230.000 € an den BfK, wobei der Wert eines dem Angeklagten zusätzlich eingeräumten, lebenslangen Wohn- und Nutzungsrechtes an Teilen des Gebäudes mit rund 45.000 € in Ansatz gebracht wurde. Zugleich teilt die Strafkammer mit, dass ein - im Auftrag des Angeklagten erstelltes - Gutachten den Wert der veräußerten Immobilie mit 350.000 € beziffert habe. Die Strafkammer setzt sich mit diesem Gutachten nicht näher auseinander, etwa mit der naheliegenden Frage, ob es sich um ein unbeachtliches Gefälligkeitsgutachten gehandelt haben könnte (vgl. BGH, Urteil vom 3. April 2008 - 3 StR 394/07). Auch Feststellungen zur Frage einer zumutbaren Verwertbarkeit der Immobilie enthält das Urteil nicht. Damit bleibt die auch ansonsten für die Strafzumessung als verschuldete Auswirkung der Tat (§ 46 Abs. 2 StGB) bestimmende (vgl. BGH, Beschluss vom 14. April 2011 - 1 StR 458/10 mwN) Höhe des dem geschädigten Verein tatsächlich verbleibenden Schadens unklar. 11

3. Die Aufhebung der Einzelstrafen zieht die Aufhebung des Gesamtstrafauspruchs nach sich. Einer Aufhebung der von den Rechtsfehlern insgesamt nicht betroffenen Feststellungen bedarf es nicht. Das neue Tatgericht wird ergänzende, zu den bisherigen nicht in Widerspruch stehende Feststellungen (zum Beispiel zu Verwertbarkeit oder Wert der dem BfK gegen Zahlung übertragenen Immobilie) treffen können. 12

4. Die Abfassung der Urteilsgründe gibt überdies Anlass zu dem Hinweis, dass es sich ab einem gewissen Umfang zwar empfiehlt, die abgeurteilten Taten in einer Art Vorspann zusammenzufassen, dieser aber nicht geeignet ist, die Übersichtlichkeit zu erhöhen, wenn er nur um wenige Seiten kürzer ist, als die nachfolgende Darstellung der zu den einzelnen Taten getroffenen Feststellungen oder mit diesen über ganze Absätze hinweg wortgleich ist. Die schriftlichen Urteilsgründe sollen auch nicht in der Art eines Protokolls die Einlassung des Angeklagten oder eines jeden einzelnen Zeugen referieren, zumal wenn sich diese - wie hier - hinsichtlich ihres entscheidungserheblichen Aussageinhalts unschwer zusammenfassen lassen. Denn die Urteilsgründe sollen dem Leser ermöglichen, die die Entscheidung tragenden Feststellungen ohne aufwändige eigene Bemühungen zu erkennen. Dementsprechend soll die Beweiswürdigung lediglich belegen, warum bedeutsame tatsächliche Umstände so wie geschehen festgestellt wurden. Nur soweit hierfür erforderlich, sind Angaben des Angeklagten, Zeugen aussagen und sonst angefallene Erkenntnisse heranzuziehen (vgl. BGH, Beschluss vom 13. September 2010 - 1 StR 423/10 mwN). 13