

HRRS-Nummer: HRRS 2019 Nr. 538

Bearbeiter: Christoph Henckel/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2019 Nr. 538, Rn. X

BGH 1 StR 186/18 - Beschluss vom 6. Dezember 2018 (LG Arnsberg)

Hinweispflicht des Gerichts auf mögliche Einziehungsentscheidung (förmliche Erteilung: keine Ersetzung durch Erwähnung durch anderen Verfahrensbeteiligten); Mittäterschaft (Konkurrenzen bei Tatbeiträgen im Vorbereitungsstadium).

§ 3265 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1 StPO; § 25 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

Leitsätze des Bearbeiters

1. Den nach § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO erforderlichen Hinweis auf eine mögliche Einziehungsentscheidung ist vom Vorsitzenden förmlich zu erteilen, da § 265 Abs. 2 StPO nunmehr ausdrücklich auf die in § 265 Abs. 1 StPO normierte besondere Hinweispflicht verweist. Die zur alten Rechtslage vertretene Auffassung, im Falle einer analogen Heranziehung von § 265 StPO genüge für die Erteilung des Hinweises eine konkludente Information aus dem Gang der Hauptverhandlung heraus, ist überholt (vgl. BGH StV 2018, 796). Dass der betreffende Gesichtspunkt in der Hauptverhandlung von einem anderen Verfahrensbeteiligten als dem Gericht zur Sprache gebracht wird, reicht danach nicht aus.

2. Sind mehrere Personen an einer Deliktsserie beteiligt, so ist bei der Bewertung des Konkurrenzverhältnisses für jeden Täter oder Teilnehmer gesondert zu prüfen und zu entscheiden, ob die einzelnen Straftaten der Serie in seiner Person tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen. Maßgeblich ist hierbei der Umfang des Tatbeitrages bzw. der Tatbeiträge des Beteiligten. Erfüllt er hinsichtlich aller oder einzelner Taten der Serie sämtliche Tatbestandsmerkmale in eigener Person oder leistet er für alle oder einige Einzeltaten zumindest einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten, soweit nicht natürliche Handlungseinheit vorliegt, als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Erbringt er dagegen im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktsserie Tatbeiträge, durch die alle oder je mehrere Einzeldelikte der Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, so sind ihm die je gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den jeweiligen einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ob die anderen Beteiligten die einzelnen Delikte nach obigen Grundsätzen gegebenenfalls tatmehrheitlich begangen haben, ist demgegenüber ohne Bedeutung (st. Rspr.).

3. Erschöpfen sich die Tatbeiträge im Aufbau und der Aufrechterhaltung des auf die Straftaten ausgerichteten „Geschäftsbetriebes“, sind diese Tathandlungen als - uneigentliches - Organisationsdelikt zu einer einheitlichen Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammenzufassen (vgl. BGH NSTz 2015, 334 mwN). Für die konkurrenzrechtliche Beurteilung der Taten des Täters oder Teilnehmers kommt es dabei nicht darauf an, ob die anderen Beteiligten, die die tatbestandlichen Ausführungshandlungen vornehmen, (Mit-)Täter oder Gehilfen sind oder ob es sich um gutgläubige Werkzeuge handelt.

Entscheidungenstenor

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Arnsberg vom 29. November 2017,
 - a) soweit es den Angeklagten Z. betrifft,
 - aa) im Schuldspruch dahin abgeändert, dass er wegen Betruges (in acht tateinheitlichen Fällen) und wegen Steuerhinterziehung in 25 Fällen verurteilt ist;
 - bb) im gesamten Strafausspruch aufgehoben;
 - b) soweit es den Angeklagten S. betrifft, im Ausspruch über die Einziehung von Wertersatz mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
2. Die weitergehenden Revisionen der Angeklagten werden als unbegründet verworfen.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten Z. wegen Betruges in acht Fällen und wegen Steuerhinterziehung in 25 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt. Den Angeklagten S. hat es wegen Betruges in 16 Fällen und wegen Steuerhinterziehung in 25 Fällen unter Auflösung einer Gesamtfreiheitsstrafe aus einer anderen rechtskräftigen Verurteilung und Einbeziehung der dort verhängten Einzelstrafen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt und ihn im Übrigen freigesprochen. Von den verhängten Gesamtfreiheitsstrafen hat das Landgericht jeweils zwei Monate als vollstreckt erklärt. Außerdem hat es die Einziehung des Wertes von Taterträgen gegen den Angeklagten Z. in Höhe von 187.051,44 € und gegen den Angeklagten S. in Höhe von 28.500 € angeordnet.

Hiergegen wenden sich die Angeklagten mit ihren auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revisionen; der Angeklagte S. rügt auch die Verletzung formellen Rechts. Der Angeklagte Z. erzielt mit der Sachrüge, der Angeklagte S. mit einer Verfahrensrüge den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); im Übrigen sind die Rechtsmittel unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

I. Revision des Angeklagten Z.

Die Revision des Angeklagten Z. ist teilweise begründet.

1. Das Landgericht hat das Konkurrenzverhältnis der Tatbeiträge des Angeklagten Z. zum Betrugsgeschehen unzutreffend beurteilt und ist rechtsfehlerhaft von acht im Verhältnis der Tatmehrheit zueinander stehenden Fällen des Betruges ausgegangen. Zudem hält die Strafzumessung des Landgerichts revisionsgerichtlicher Prüfung nicht stand.

a) Die Urteilsfeststellungen tragen die Verurteilung des Angeklagten wegen mehrerer tatmehrheitlich zueinander stehender Fälle des Betruges (Fälle 4a) bis h) der Urteilsgründe) nicht. Diesbezüglich hat der Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift vom 11. Juni 2018 ausgeführt:

„1. Sind mehrere Personen an einer Deliktsserie beteiligt, so ist bei der Bewertung des Konkurrenzverhältnisses für jeden Täter oder Teilnehmer gesondert zu prüfen und zu entscheiden, ob die einzelnen Straftaten der Serie in seiner Person tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen. Maßgeblich ist hierbei der Umfang des Tatbeitrages bzw. der Tatbeiträge des Beteiligten. Erfüllt er hinsichtlich aller oder einzelner Taten der Serie sämtliche Tatbestandsmerkmale in eigener Person oder leistet er für alle oder einige Einzeltaten zumindest einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten, soweit nicht natürliche Handlungseinheit vorliegt, als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Erbringt er dagegen im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktsserie Tatbeiträge, durch die alle oder je mehrere Einzeldelikte der Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, so sind ihm die je gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den jeweiligen einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden (BGH, Beschluss vom 20. September 2016 - 3 StR 302/16). Ob die anderen Beteiligten die einzelnen Delikte nach obigen Grundsätzen gegebenenfalls tatmehrheitlich begangen haben, ist demgegenüber ohne Bedeutung (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 17. Juni 2004 - 3 StR 344/03, BGHSt 49, 177, 182 f.; Beschlüsse vom 7. Dezember 2010 - 3 StR 434/10, juris Rn. 7; vom 18. Oktober 2011 - 4 StR 346/11, juris Rn. 3). Erschöpfen sich die Tatbeiträge im Aufbau und der Aufrechterhaltung des auf die Straftaten ausgerichteten „Geschäftsbetriebes“, sind diese Tathandlungen als - uneigentliches - Organisationsdelikt zu einer einheitlichen Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammenzufassen (BGH, Beschlüsse vom 14. Oktober 2014 - 3 StR 365/14, NSTZ 2015, 334 mwN; vom 23. Juli 2015 - 3 StR 518/14, NSTZ-RR 2015, 341 f.). Für die konkurrenzrechtliche Beurteilung der Taten des Täters oder Teilnehmers kommt es dabei nicht darauf an, ob die anderen Beteiligten, die die tatbestandlichen Ausführungshandlungen vornehmen, (Mit-)Täter oder Gehilfen sind oder ob es sich um gutgläubige Werkzeuge handelt (vgl. Fischer, StGB, 63. Aufl., § 263 Rn. 203; S/S-Sternberg-Lieben/Bosch, StGB, 29. Aufl., § 52 Rn. 20 f.).

Fehlt es an einer solchen individuellen Tatförderung, erbringt der Täter aber im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktsserie Tatbeiträge, durch die alle oder je mehrere Einzelakte seiner Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch einen einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne von § 52 StGB verknüpft werden (BGH NJW 2004, 2840; BGH, Beschluss vom 29. April 2008 - 4 StR 125/08).

2. Die Urteilsgründe belegen keine individuellen, die einzelnen Taten der Betrugsserie fördernden Tatbeiträge des Angeklagten. Vielmehr beschränkte sich der Tatbeitrag des Angeklagten auf die Mitwirkung an der Entwicklung des gemeinsamen Tatplans, der Fassung des Tatentschlusses, sowie darauf, dass er die aufgrund dieses Tatplans durch den Mitangeklagten bzw. die Mitarbeiter im Einzelnen bei den Kunden geweckten oder aufrecht erhaltenen Vorstellungen mittrug. Zusätzlich wurde er über die Vertragsabschlüsse laufend informiert. Die Kenntnis von den jeweiligen Vertragsabschlüssen, die Ermutigung der Mitarbeiter zum Abschluss neuer Verträge und die Anweisung,

diverse Kosten aus Mitteln der M. GmbH zu bezahlen (UA S. 11), dienten als organisatorischer Tatbeitrag (nur) der Realisierung eines einheitlichen Tatplans.

Da sich der Tatbeitrag des Angeklagten in diesen Fällen mithin auf seine allgemeine Mitwirkung beschränkte, sind diese Einzelfaten zu einer selbständigen Betrugstat in acht rechtlich zusammentreffenden Fällen zusammenzufassen.“ 10

Dem tritt der Senat bei. Da auszuschließen ist, dass ein neuer Tatrichter weitere Feststellungen treffen könnte, die eine tatmehrheitliche Begehung der Betrugstaten durch den Angeklagten Z. belegen, ändert er den Schuldspruch selbst in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO ab. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, weil sich der Angeklagte nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können. 11

Bereits die Änderung des Schuldspruchs zieht den Wegfall der für die Betrugstaten verhängten Einzelstrafen und der Gesamtfreiheitsstrafe nach sich. 12

b) Die Zumessungserwägungen des Landgerichts sind aber darüber hinaus insgesamt rechtsfehlerhaft und führen auch zur Aufhebung der für die Steuerhinterziehungen verhängten Einzelstrafen. Indem das Landgericht darauf abstellt, dass der Angeklagte „die Taten mit einem Machtwort (hätte) verhindern können oder in Kenntnis des sich immer weiter vergrößernden Gesamtschadens jederzeit einen Schlussstrich (hätte) ziehen können“ (UA S. 58), legt es ihm unter Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot im Sinne des § 46 Abs. 3 StGB straferschwerend zur Last, die Taten überhaupt begangen zu haben (vgl. BGH, Beschlüsse vom 25. September 2018 - 4 StR 325/18 Rn. 5, NStZ-RR 2019, 8; vom 19. Juli 2018 - 5 StR 301/18 Rn. 5; vom 10. Mai 2016 - 1 StR 669/15 Rn. 6, StV 2017, 34, 35 und vom 9. Dezember 2014 - 3 StR 502/14 Rn. 3, NStZ-RR 2015, 71, 72). 13

2. Der Senat hebt deshalb den Strafausspruch insgesamt auf. Die zugrunde liegenden Feststellungen sind von dem aufgezeigten Wertungsfehler nicht betroffen und werden daher von der Aufhebung nicht umfasst. Das neue Tatgericht kann ergänzende Feststellungen treffen, soweit sie zu den bisherigen nicht in Widerspruch stehen. 14

II. Revision des Angeklagten S. 15

Die Revision des Angeklagten S. hat mit der Verfahrensrüge, er hätte gemäß § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO auf die Möglichkeit der Anordnung einer Einziehung des Wertes von Taterträgen hingewiesen werden müssen, den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg. Die weiteren Verfahrensrügen und die Sachrüge bleiben aus den in der Antragsschrift des Generalbundesanwalts vom 11. Juni 2018 näher ausgeführten Gründen ohne Erfolg. 16

1. Der genannten Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde: 17

In der vom Landgericht ohne wesentliche Veränderungen zugelassenen Anklage wurde nicht auf die Möglichkeit einer Einziehung des Wertes von Taterträgen hingewiesen. Einen entsprechenden Hinweis erteilte der Vorsitzende auch nicht im Rahmen der Hauptverhandlung. Nachdem die Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft in der Hauptverhandlung eine Einziehungsentscheidung über einen Betrag von 733.747,17 € beantragt hatte, hat das Landgericht die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 28.500 € gegen den Angeklagten S. angeordnet. 18

2. Diese Verfahrensweise beanstandet die Revision zu Recht. 19

a) Die Rüge ist - entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts - zulässig erhoben (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Zum notwendigen Revisionsvorbringen gehört bei der Rüge einer Verletzung von § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO die Mitteilung, welchen Inhalt die zugelassene Anklage insoweit gehabt hat, und die Angabe, dass der Angeklagte ohne den erforderlichen Hinweis anders verurteilt worden ist (vgl. BGH, Beschluss vom 23. April 2002 - 3 StR 505/01, StV 2002, 588, 589). Ausführungen zu etwaigen informellen Hinweisen aus dem Gang der Hauptverhandlung sind dagegen nicht erforderlich, da es darauf nach der Neufassung des Gesetzes nicht mehr ankommt (BeckOK/Eschelbach, StPO, 31. Ed., § 265 Rn. 78). 20

b) Die Verfahrensrüge ist auch begründet, weil der gerügte Verstoß gegen § 265 Abs. 2 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 StPO in der Fassung des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17. August 2017 (BGBl. I S. 3202, 3210), in Kraft getreten zum 24. August 2017, vorliegt. 21

aa) Nach dieser Vorschrift ist das Gericht u.a. zu einem Hinweis verpflichtet, wenn sich vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände ergeben, welche die Anordnung einer Maßnahme rechtfertigen. Dies erfasst gemäß § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB auch die Einziehung gemäß §§ 73 ff. StGB, über deren mögliche Anordnung der Angeklagte mithin zwingend zu belehren ist (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 27. Juni 2018 - 2 OLG 6 Ss 28/18, NJW 2018, 2505 Rn. 7 m. zust. Anm. Habetha ebenda S. 2506; OLG Hamburg, Beschluss vom 5. April 2018 - 1 Rev 7/18 Rn. 18; 22

Dass - wie vorliegend - die der Einziehungsentscheidung zugrunde liegenden Tatsachen zwar schon vor der Hauptverhandlung bekannt waren, das Gericht deren Bedeutung aber erst während der Hauptverhandlung erkannt hat, ist für die Anwendbarkeit von § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO ohne Belang (vgl. noch zur alten Rechtslage BGH, Urteil vom 12. März 1963 - 1 StR 54/63, BGHSt 18, 288, 289). 23

bb) Den danach erforderlichen Hinweis auf eine mögliche Einziehungsentscheidung hätte der Vorsitzende förmlich erteilen müssen, da § 265 Abs. 2 StPO nunmehr ausdrücklich auf die in § 265 Abs. 1 StPO normierte besondere Hinweispflicht verweist (vgl. zu § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO BGH, Beschluss vom 14. Juni 2018 - 3 StR 206/18, StV 2018, 796 Rn. 15). Der Hinweis wird nicht durch den entsprechenden Antrag der Sitzungsvertreterin der Staatsanwaltschaft im Schlussvortrag ersetzt (OLG Koblenz aaO Rn. 8; Habetha aaO). Bei der Erweiterung der Hinweispflichten durch die Neufassung des § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO hat sich der Gesetzgeber von dem Gedanken leiten lassen, dass die Anordnung anderer Maßnahmen als einer Maßregel der Besserung und Sicherung oder die Verhängung einer Nebenstrafe oder Nebenfolge in ihren Konsequenzen für den Angeklagten und sein Verteidigungsverhalten erheblich sein könne, so dass auch insofern eine Hinweispflicht geboten erscheine (BT-Drucks. 18/11277, S. 37). Dies diene vor dem Hintergrund des Rechts des Angeklagten auf rechtliches Gehör nach Art. 103 Abs. 1 GG und des rechtsstaatlichen Grundsatzes des fairen Verfahrens der Sicherung einer sachgemäßen Verteidigung des Angeklagten (BT-Drucks. 18/11277, S. 37; vgl. auch BGH, Beschlüsse vom 14. Juni 2018 - 3 StR 206/18 aaO Rn. 14; vom 12. Januar 2011 - 1 StR 582/10, BGHSt 56, 121 Rn. 8 und vom 8. Mai 1980 - 4 StR 172/80, BGHSt 29, 274, 278). 24

Durch die genannte Gesetzesänderung ist die zur alten Rechtslage vertretene Auffassung, im Falle einer analogen Heranziehung von § 265 StPO genüge für die Erteilung des Hinweises eine konkludente Information aus dem Gang der Hauptverhandlung heraus (vgl. etwa BGH, Urteile vom 20. November 2014 - 4 StR 234/14, NStZ 2015, 233, 234 und vom 15. September 1999 - 2 StR 530/98, NStZ 2000, 48), überholt (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Juni 2018 - 3 StR 206/18 aaO Rn. 15; Habetha aaO; SSW/Rosenau, StPO, 3. Aufl., § 265 Rn. 23; BeckOK/Eschelbach, StPO, 31. Ed., § 265 Rn. 51). Dass der betreffende Gesichtspunkt in der Hauptverhandlung von einem anderen Verfahrensbeteiligten als dem Gericht zur Sprache gebracht wird, reicht danach nicht aus. 25

c) Die Anordnung der vermögensrechtlichen Nebenfolgen beruht auf dem dargestellten Verfahrensfehler (§ 337 Abs. 1 StPO). Die Möglichkeit einer anderen Verteidigung braucht nicht nahe zu liegen; es genügt, dass sie nicht mit Sicherheit auszuschließen ist (vgl. BGH, Beschluss vom 16. Februar 1989 - 1 StR 24/89, BGHR StPO § 265 Abs. 1 Hinweispflicht 5). Dies ist vorliegend der Fall. Die Anordnung der Einziehung des Wertes von Taterträgen hat weitere Voraussetzungen als die Begehung einer rechtswidrigen Tat, so dass nicht bereits alle wesentlichen rechtlichen Aspekte des Urteilsspruchs in der Anklage enthalten waren (vgl. MK/Norouzi, StPO, 1. Aufl., § 265 Rn. 75 mwN). Auch ist nicht ersichtlich, dass der Angeklagte S. und sein Verteidiger unabhängig von dem fehlenden Hinweis erschöpfend zu einer möglichen Einziehungsentscheidung Stellung genommen hätten (vgl. MK/Norouzi aaO; LR/Stuckenberg, StPO, 26. Aufl., § 265 Rn. 120 jeweils mwN). 26