

HRRS-Nummer: HRRS 2011 Nr. 535

Bearbeiter: Karsten Gaede

Zitiervorschlag: BGH HRRS 2011 Nr. 535, Rn. X

BGH 4 StR 74/11 - Beschluss vom 15. März 2011 (LG Bielefeld)

Feststellungsvoraussetzungen für einen bandenmäßigen und gewerbsmäßigen Betrug.

§ 263 Abs. 5 StGB; § 261 StPO

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten F. wird das Urteil des Landgerichts Bielefeld vom 7. September 2010, soweit es ihn betrifft, dahin abgeändert, dass der Angeklagte des banden- und gewerbsmäßigen Betrugs in sechs Fällen und des Betrugs in acht Fällen, wobei es in einem Fall beim Versuch blieb, schuldig ist und er im Fall 9 der Urteilsgründe zu einer Einzelstrafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe verurteilt wird.

2. Auf die Revision des Angeklagten S. wird das vorbezeichnete Urteil, soweit es ihn betrifft, dahin abgeändert, dass der Angeklagte des banden- und gewerbsmäßigen Betrugs in sechs Fällen und des Betrugs in sieben Fällen schuldig ist und er im Fall 9 der Urteilsgründe zu einer Einzelstrafe von sechs Monaten Freiheitsstrafe und im Fall 10 der Urteilsgründe zu einer Einzelstrafe von einem Jahr Freiheitsstrafe verurteilt wird.

3. Die weiter gehenden Revisionen der Angeklagten werden verworfen.

4. Jeder Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten F. wegen banden- und gewerbsmäßigen Betrugs in sieben Fällen und wegen Betrugs in sieben Fällen, wobei es in einem Fall beim Versuch blieb, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten und den Angeklagten S. wegen banden- und gewerbsmäßigen Betrugs in sieben Fällen und wegen Betrugs in sechs Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Mit ihren hiergegen eingelegten Revisionen rügen die Angeklagten die Verletzung materiellen Rechts. 1

Die Rechtsmittel haben in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen sind sie unbegründet 2 im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

1. Im Fall 9 der Urteilsgründe tragen die Feststellungen nicht die Annahme eines banden- und gewerbsmäßigen Betrugs. Zur Frage der Bande hat das Landgericht folgende Feststellungen getroffen: Die beiden Angeklagten F. und S. waren Ende 2008/Anfang 2009 übereingekommen, Nutzfahrzeuge, die ihnen nicht gehörten, zum Kauf anzubieten und ohne Gegenleistung Kaufpreiszahlungen zu vereinnahmen, um bestehende Schulden zu begleichen und sich einen höheren Lebensstandard leisten zu können. Mitte des Jahres 2009 sprachen sie den gesondert Verfolgten Sz. an, selbst oder durch Dritte, sogenannter "Finanzagenten", ein Konto für die Überweisung von Kaufpreiszahlungen zur Verfügung zu stellen. Im Oktober 2009 kamen sie mit dem Mitangeklagten W. überein, als Fluchtwagenfahrer und als Vermittler von "Finanzagenten" mitzuwirken. Das Landgericht hat in den Fällen, in denen außer den Angeklagten F. und S. Sz. und ein von ihm angeworbener "Finanzagent" oder der Angeklagte W. mitgewirkt haben, banden- und gewerbsmäßigen Betrug bejaht; in den übrigen Fällen hat es - mit Ausnahme von Fall 9 der Urteilsgründe - (gewerbsmäßigen) Betrug angenommen. 3

Im Fall 9 der Urteilsgründe hat das Landgericht ebenfalls einen banden- und gewerbsmäßigen Betrug ausgeurteilt. In diesem Fall hatte außer den Angeklagten F. und S. nur der von einem dieser beiden Angeklagten für solche "Geschäfte" angeworbene "Finanzagent" Fr. mitgewirkt. Die Feststellungen enthalten jedoch keine Angaben dazu, inwieweit Fr. über die Mitwirkung mehrerer Täter bei den Geschäften informiert war, er also den Willen hatte, sich mit mindestens zwei anderen zur künftigen Begehung von Taten zu verbinden. Dies kann auch nicht dem Gesamtzusammenhang der 4

Urteilsgründe entnommen werden, zumal eine weitere Mitwirkung des Fr. an den Betrugstaten der Angeklagten nicht festgestellt ist. In den Fällen 13, 15 und 16 der Urteilsgründe, in denen andere, nicht von Sz. angeworbene "Finanzagenten" mitgewirkt haben, hat das Landgericht auch nur (gewerbsmäßigen) Betrug ausgeurteilt.

Der Senat hat deshalb im Fall 9 der Urteilsgründe den Schuldspruch in Betrug geändert, da ausgeschlossen werden 5
kann, dass im Rahmen einer neuen Hauptverhandlung weitere Feststellungen getroffen werden können, die eine Verurteilung wegen einer Bandentat rechtfertigen würden. § 265 StPO steht der Änderung der Schuldsprüche nicht entgegen, da sich die geständigen Angeklagten gegen den geringeren Vorwurf nicht wirksamer als geschehen hätten verteidigen können.

Zugleich setzt der Senat die im Fall 9 verhängten Einzelstrafen für beide Angeklagte jeweils auf Freiheitsstrafe von 6
sechs Monaten fest; dies entspricht der Untergrenze des Strafrahmens des § 263 Abs. 3 Satz 1 StGB. Die Erwägungen, mit denen das Landgericht die Verneinung der Regelwirkung des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB in den Fällen 1 bis 3, 7, 8, 12, 13 und 15 abgelehnt hat, gelten auch für den Fall 9.

Die vom Landgericht gegen die Angeklagten verhängten Gesamtfreiheitsstrafen bleiben von der Herabsetzung der 7
Einzelfreiheitsstrafen im Fall 9 der Urteilsgründe unberührt. Der Senat schließt ausgehend von den rechtsfehlerfrei gebildeten Einsatzstrafen von jeweils zwei Jahren neun Monaten Freiheitsstrafe und den weiteren verbleibenden Einzelstrafen aus, dass das Landgericht bei Zugrundelegung der niedrigeren Einzelstrafen im Fall 9 auf geringere Gesamtfreiheitsstrafen erkannt hätte.

2. Im Fall 10 der Urteilsgründe war die fehlende Festsetzung der Einzelstrafe für den Angeklagten S. vom Senat 8
nachzuholen. In entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO hat der Senat auf Antrag des Generalbundesanwalts die Mindeststrafe des § 263 Abs. 5 StGB verhängt. Der Generalbundesanwalt hat in seiner Antragsschrift vom 16. Februar 2011 zutreffend darauf hingewiesen, dass die Strafkammer einen minder schweren Fall nicht angenommen hat. Das Verbot der Schlechterstellung (§ 358 Abs. 2 StPO) steht der Nachholung der Festsetzung nicht entgegen (BGH, Beschluss vom 14. Januar 1998 - 2 StR 606/97, BGHR StPO § 354 Abs. 1 Strafausspruch 10 m.w.N.).