

HRRS-Nummer: HRRS 2018 Nr. 1200

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2018 Nr. 1200, Rn. X

**BGH 5 StR 477/17 - Urteil vom 24. Oktober 2018 (LG Braunschweig)**

**Betrug (konkludente Täuschung; Fehlen eindeutiger Urteilsfeststellungen zum Täuschungsgegenstand; Vertragsauslegung; Empfängerhorizont; Rückvergütung; Innenprovision; „Kick Back“; Täuschung durch Unterlassen; Gewerbsmäßigkeit bei lediglich mittelbarem Vorteilszufluss); einheitliche Tat beim uneigentlichen Organisationsdelikt (Aufbau und der Aufrechterhaltung eines auf Straftaten ausgerichteten „Geschäftsbetriebes“).**

§ 263 StGB; § 52 StGB; § 133 BGB; § 157 BGB

Leitsätze des Bearbeiters

1. Soweit der Inhalt eines Vertrages - als möglicher Gegenstand einer konkludenten Täuschung - nicht eindeutig im Wortlaut der von den Parteien abgegebenen Erklärungen zum Ausdruck kommt, ist er vom Tatgericht im Rahmen einer vom Revisionsgericht nur eingeschränkt zu überprüfenden Auslegung (§§ 133, 157 BGB) zu ermitteln und in den Urteilsgründen darzustellen.
2. Empfängt der Angeklagte von einem Dritten eine Leistung, über die er den potenziell Getäuschten (vgl. § 263 StGB), der mit diesem Dritten einen Vertrag abschließt, nicht aufklärt, legt dies die Existenz einer Innenprovisions- oder Rückvergütungsvereinbarung („Kick Back“) zwischen dem Dritten und dem Angeklagten nahe. Für die Annahme einer konkludenten Täuschung über das Nichtvorliegen einer solchen Vereinbarung bedarf es indes stets einer aus den Äußerungen und dem Verhalten des Angeklagten schlüssig sich ergebenden Erklärung, dass eine entsprechende Vereinbarung nicht besteht.
3. Erschöpfen sich die Tathandlungen eines Angeklagten im Aufbau und der Aufrechterhaltung eines auf die Begehung von Straftaten (hier solchen des Betruges) ausgerichteten „Geschäftsbetriebes“, so sind diese Tathandlungen als - uneigentliches - Organisationsdelikt zu einer einheitlichen Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammenzufassen. Für die konkurrenzrechtliche Beurteilung der Taten d 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.

Entscheidungstenor

Auf die Revision der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Braunschweig vom 9. Juni 2017 mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das vorgenannte Urteil im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

Die weitergehende Revision wird verworfen.

Im Umfang der Aufhebungen wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagte wegen Betruges in 265 Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 120 Tagesätzen zu je 50 € verurteilt. Gegen dieses Urteil wenden sich die Angeklagte und die Staatsanwaltschaft mit ihren auf die Verletzung sachlichen Rechts gestützten Revisionen. Die Angeklagte beanstandet zudem das Verfahren. Das Rechtsmittel der Angeklagten hat mit der 1 Sachrüge Erfolg. Die Revision der Staatsanwaltschaft führt - insoweit wird sie auch vom Generalbundesanwalt vertreten - zur Aufhebung des Strafausspruchs.

I.

1. Das Landgericht hat im Wesentlichen festgestellt: 2

Die Angeklagte betreibt in Salzgitter als Einzelunternehmerin ein Bestattungshaus. Seit Dezember 2007 stand das 3

Unternehmen in Geschäftsbeziehungen mit dem Krematorium Stendal. Je Einäscherung entrichtete das Bestattungshaus zunächst einen Betrag von 190 € an das Krematorium und erwarb zudem für die Einäscherungen vom Krematorium bei Bedarf sogenannte Rohsärge zu einem Preis zwischen 45 und 50 € je Stück. Seit September 2008 wurden Einäscherung und Rohsarg-Erwerb in einer „Einäscherungspauschale“ in Höhe von 265,37 € zusammengefasst, von denen 75 € auf die Lieferung eines Rohsarges und der Restbetrag auf die Einäscherung entfielen. Auf Wunsch des Bestattungshauses sollte in den Rechnungen weiterhin nur „Einäscherung“ stehen. Das Krematorium lieferte pro Sterbefall einen Rohsarg an das Bestattungshaus und stellte diesem bei Überführung des Leichnams zusätzlich 228 € in Rechnung. Auf Initiative der Angeklagten, die sämtliche Absprachen zwischen Bestattungshaus und Krematorium kannte und als eigene wollte, stellte das Krematorium jedenfalls ab dem Jahr 2012 Einäscherung und Überführung unmittelbar den Hinterbliebenen in Rechnung.

Im Zeitraum von Januar 2012 bis Mitte 2014 schloss das Bestattungshaus in Trauergesprächen in 265 Fällen - teils durch die Angeklagte selbst, teils durch Mitarbeiter - Verträge über Feuerbestattungen ab. Darin wurde als eigene Leistung des Bestattungshauses die Bereitstellung eines Sarges für die Einäscherung mit Angabe der für das Sargmodell anfallenden Kosten zwischen 435 und 595 € vereinbart. In der „unverbindlichen Vorausberechnung“ der Kosten im Rahmen des Trauergesprächs wurde als gesondert vom Krematorium Stendal in Rechnung zu stellende Leistung die Einäscherung zum Preis von 265,37 € und gegebenenfalls eine Überführung für 228 € aufgeführt. 4

Die Hinterbliebenen beantragten „die Durchführung der Einäscherung“ (UA S. 5) auf einem an das Krematorium gerichteten Formular, ohne dass es zu einem direkten Kontakt zum Krematorium kam, worauf die Einäscherung vorgenommen und - gegebenenfalls zuzüglich der Überführung - vom Krematorium unter dem Rechnungsposten „Einäscherung“ (UA S. 6) in Rechnung gestellt und von den Hinterbliebenen bezahlt wurde. Diese wussten nicht, dass das Krematorium in die Pauschale einen Betrag von 75 € für die Lieferung eines Einäscherungssarges „einrechnete“ (UA S. 6). Hierüber wurden die Hinterbliebenen im Trauergespräch auch nicht aufgeklärt, weswegen sie davon ausgingen, dass sie dem Krematorium gegenüber lediglich Kosten für die Einäscherung (sowie gegebenenfalls Überführungskosten) schuldeten. Seitens des Bestattungshauses wurde den Hinterbliebenen eine Rechnung gestellt, die auch die Kosten für das gewählte Sargmodell enthielt; diese Rechnungen wurden ebenfalls bezahlt. 5

Das Landgericht hat festgestellt, dass die Hinterbliebenen 75 € weniger an das Krematorium bezahlt hätten, wenn ihnen bekannt gewesen wäre, dass dieses in die Einäscherungspauschale einen Betrag von 75 € für die Lieferung eines Bestattungssarges an das Bestattungshaus je Sterbefall einrechnete. 6

2. Die Überzeugung, dass die Hinterbliebenen irrtumsbedingt verfügt hätten, hat die Strafkammer insbesondere auf die Aussagen von vier Hinterbliebenen gestützt und ist im Übrigen davon ausgegangen, die Vernehmung der weiteren Hinterbliebenen hätte dasselbe Ergebnis erbracht. 7

3. Das Landgericht hat den Tatbestand des Betruges für erfüllt erachtet. Die Angeklagte habe die Hinterbliebenen getäuscht, indem sie konkludent vorgespiegelt habe, sie schuldeten allein dem Bestattungshaus - und nicht (auch) dem Krematorium - Kosten „für die Bereitstellung des gewählten Sarges zur Einäscherung“. Dadurch sei es nicht Teil des Vorstellungsbildes der Hinterbliebenen geworden, dass „das Krematorium dem Bestattungshaus auf ihre Kosten Särge liefern würde“, die „vom Krematorium insoweit berechneten Kosten“ seien in der Einäscherungspauschale „nicht sichtbar versteckt“ gewesen (UA S. 29). Deshalb hätten die Hinterbliebenen auf die Rechnung des Krematoriums hin „einen Betrag in Höhe von 75 € zuviel“ gezahlt und in dieser Höhe einen Vermögensschaden erlitten. 8

## II.

1. Die Revision der Angeklagten hat mit der Sachrüge Erfolg; auf die erhobenen Verfahrensbeanstandungen kommt es daher nicht mehr an. Die Feststellungen des Landgerichts belegen nicht die Verwirklichung der Voraussetzungen des Betrugstatbestandes. 9

a) Entgegen der Auffassung des Landgerichts ergibt sich aus den Feststellungen keine konkludente Täuschung dergestalt, dass die Angeklagte - auch über deren Angestellte - den Hinterbliebenen wahrheitswidrig vorgespiegelt habe, ihnen stünde aus dem Vertrag mit dem Krematorium die Lieferung eines Einäscherungssarges nicht zu. Denn ob die Lieferung eines Einäscherungssarges jeweils Gegenstand des Vertrages zwischen Krematorium und den Hinterbliebenen war, lässt sich den Urteilsgründen nicht eindeutige entnehmen. 10

Das Landgericht hat zutreffend angenommen, die im Verhältnis zwischen Bestattungshaus und Krematorium zunächst vereinbarte „Einäscherungspauschale“ beinhalte als Leistung des Krematoriums sowohl die Lieferung eines Einäscherungssarges als auch die Einäscherung selbst. Dies war nach den Feststellungen Gegenstand der ausdrücklichen beiderseitigen vertraglichen Vereinbarung in Fortführung der bereits zuvor geübten Geschäftspraxis. 11

Den Inhalt der vertraglichen Vereinbarung zwischen Krematorium und Hinterbliebenen hat das Landgericht dagegen 12

nur unzureichend beschrieben. Er ist durch Auslegung der gegenseitigen Willenserklärungen zu bestimmen (§§ 133, 157 BGB). Eine solche Auslegung ist Aufgabe des Tatgerichts und nur einer eingeschränkten revisionsgerichtlichen Überprüfung zugänglich (vgl. BGH, Urteile vom 4. September 2014 - 1 StR 75/14 und vom 29. August 2007 - 5 StR 103/07). Indes hat das Landgericht versäumt, eine solche Auslegung vorzunehmen; dies erweist sich als durchgreifend rechtsfehlerhaft. Denn der durch die Hinterbliebenen an das Krematorium gerichtete Antrag beinhaltete nach deren im Wortlaut der Erklärung eindeutig zum Ausdruck kommenden Vorstellung (UA S. 5) und nach dem Empfängerhorizont (vgl. BGH, Urteile vom 24. Februar 1988 - VIII ZR 145/87, BGHZ 103, 275, 280; vom 17. Juli 1997 - I ZR 40/95, NJW 1997, 3087, 3088; MüKoBGB/Busche, 7. Aufl., § 133 Rn. 28; Palandt/Ellenberger, 77. Aufl., § 133 Rn. 9 f.) nur die Einäscherung. Dagegen bleibt unklar, ob die Annahme des Antrags durch das Krematorium, die in dessen Tätigwerden zum Ausdruck kam, auch die Lieferung eines Sarges umfasste oder ob es sich bei den Kosten für den Sarg lediglich um einen Posten in der internen Kalkulation handelte. Damit ist aber in Bezug auf die Lieferung eines Bestattungssarges schon die Grundlage einer Täuschung - nämlich der tatsächliche Erklärungsgehalt - nicht belegt.

b) Auch belegen die Feststellungen keine (konkludente) Täuschung dahin, dass den Hinterbliebenen im Trauergespräch vorgespiegelt wurde, es bestehe keine Provisions- oder „Rückvergütungsvereinbarung“ zwischen dem Bestattungshaus und dem Krematorium. Das Landgericht hat zwar festgestellt, dass vom Krematorium je Sterbefall ein Rohsarg an das Bestattungshaus geliefert wurde - dies würde im Grundsatz eine konkludente Vereinbarung einer Provision oder Rückvergütung nahelegen (vgl. aber UA S. 18, 20, 21) - und dass die Hinterbliebenen über diesen Umstand nicht aufgeklärt wurden. Allerdings ist nicht festgestellt, dass sich aus den Äußerungen und dem Verhalten der Angeklagten gegenüber den Hinterbliebenen schlüssig die Erklärung ergab, eine Provisions- oder Rückvergütungsvereinbarung mit dem Krematorium bestehe nicht (vgl. BGH, Urteil vom 15. Dezember 2006 - 5 StR 181/06, BGHSt 51, 165, 169 ff. mwN).

c) Eine Garantenpflicht zur Offenbarung des Umstands, dass seitens des Krematoriums je Sterbefall unentgeltlich ein Einäscherungssarg an das Bestattungshaus geliefert wurde, bestand nach den bisher getroffenen Feststellungen nicht. Eine gesetzliche Pflicht zu einer solchen Offenbarung, wie sie beispielsweise in § 70 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 WpHG für Wertpapierdienstleister im Verhältnis zu ihren Kunden bestimmt ist, bestand für die Angeklagte nicht. Der Senat kann dem Urteil wegen der auch insoweit fehlenden Feststellungen nicht selbst entnehmen, ob zwischen dem Krematorium und den Hinterbliebenen ein besonderes Vertrauensverhältnis bestand, das die Wahrung ihrer Vermögensinteressen umfasste und zu einer Offenbarungspflicht aus Treu und Glaube führte (vgl. BGH, Urteil vom 16. November 1993 - 4 StR 648/93, BGHSt 39, 392, 400; LKStGB/Tiedemann, 12. Aufl., 263 Rn. 61 ff.).

d) Schließlich ist auch nicht festgestellt, dass die Angeklagte die Hinterbliebenen in der Weise getäuscht hat, dass sie vorspiegelte, die Einäscherung der Verstorbenen werde in vom Bestattungshaus gestellten, höherwertigen Särgen vorgenommen, während die Verstorbenen tatsächlich in den - qualitativ minderwertigen - Rohsärgen eingeäschert wurden.

2. Die zu Ungunsten der Angeklagten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft führt zur Aufhebung des Strafausspruchs. Darauf, dass deren Rechtsmittel im Übrigen auch zugunsten der Angeklagten wirkt (§ 301 StPO), kommt es nach dem Erfolg der Revision der Angeklagten nicht mehr an (vgl. BGH, Urteil vom 25. Oktober 2016 - 5 StR 255/16 Rn. 18 mwN).

a) Das Landgericht hat von seinem Standpunkt aus mit nicht tragfähiger Begründung die Verwirklichung des Regelbeispiels des gewerbsmäßigen Betruges abgelehnt. Zwar setzt Gewerbsmäßigkeit im Sinne von § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB grundsätzlich eigennütziges Handeln und damit tätereigene Einnahmen voraus. Anders verhält es sich jedoch, wenn betrügerisch erlangte Vorteile dem Täter mittelbar zufließen - so etwa betrügerisch für den Arbeitgeber erlangte Betriebseinnahmen, wenn diese dem Täter über das Gehalt oder die Beteiligung an Betriebsgewinnen zu Gute kommen (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2007 - 5 StR 543/07, NStZ 2008, 282).

Entsprechend liegt es hier. Nach den Feststellungen erlangte die Angeklagte in der Weise Vorteile aus den zugunsten des Krematoriums begangenen Betrugstaten, dass ihr Bestattungshaus für jede Einäscherung von diesem einen Rohsarg im Wert von 75 € erhielt. Damit profitierte die Angeklagte mittelbar von ihren fremdhütigen Betrugstaten.

b) Die von der Strafkammer hilfsweise angeführten Gesichtspunkte rechtfertigen ein Absehen von der Regelwirkung des § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB nicht. Das Landgericht hat hier namentlich den hohen Gesamtschaden von insgesamt knapp 20.000 € und die zeitliche Ausdehnung der Tatserie über mehr als zwei Jahre nicht erkennbar in den Blick genommen.

c) Der Rechtsfehler führt zur Aufhebung der Einzelstrafen; dies zieht die Aufhebung der Gesamtstrafe nach sich.

III.

Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

21

1. Sollte das neu zur Entscheidung berufene Tatgericht feststellen, dass die Angeklagte irrtümlich davon ausging, dass der Vertrag zwischen den Hinterbliebenen und dem Krematorium die Lieferung eines Einäscherungsarges umfasste, sie die Hinterbliebenen hierüber aber gleichwohl täuschen wollte, wird es eine Strafbarkeit wegen (untauglichen) versuchten Betruges zu erwägen haben. In diesem Fall wäre auch zu prüfen, ob sich der etwaige Tatentschluss wie im angefochtenen Urteil angenommen darauf bezog, die Hinterbliebenen dazu zu bringen, die „Einäscherungspauschale“ vollständig zu bezahlen oder ob es der Angeklagten gegebenenfalls darum ging, selbst den Hinterbliebenen auf diese Weise einen Einäscherungsarg zu verkaufen und dadurch einen Vermögensvorteil für sich erzielen zu können. 22

Auch wird das neue Tatgericht die Wiedereinbeziehung der im Ermittlungsverfahren ausgeschiedenen Tatteile zu erwägen haben. 23

2. Die Angeklagte ist wegen Betruges in 265 Fällen verurteilt worden. Den Feststellungen ist jedoch zu entnehmen, dass sie die Trauergespräche nur zu einem Teil selbst geführt, im Übrigen aber die Angestellten M., K. oder W. damit beauftragt hat (UA S. 5 f.). Haben sich die Tatbeiträge der Angeklagten insoweit im Aufbau und der Aufrechterhaltung des auf die Straftaten ausgerichteten „Geschäftsbetriebes“ erschöpft, so wären die Tathandlungen als - uneigentliches - Organisationsdelikt zu einer einheitlichen Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammenzufassen (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Beschlüsse vom 14. Oktober 2014 - 3 StR 365/14, NStZ 2015, 334; vom 23. Juli 2015 - 3 StR 518/14, NStZ-RR 2015, 341 f.; jeweils 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 (vgl. BGH, Beschluss vom 20. September 2016 - 3 StR 302/16, wistra 2017, 231, 232 mwN). 24

3. Es ist rechtlich nicht zu beanstanden, wenn sich das Gericht in Massenbetrugsfällen wie dem vorliegenden die Überzeugung vom Vorliegen betrugsrelevanter Fehlvorstellungen der Betrugsoffer aufgrund äußerer Umstände und allgemeiner Erfahrungssätze, auch in Verbindung mit Aussagen ausgewählter Zeugen verschafft. Der Umfang der vom Tatgericht zu treffenden Aufklärungsmaßnahmen bestimmt sich danach, inwieweit nach den 23 Umständen des Einzelfalls normativ geprägte Vorstellungsbilder gegeben sind (vgl. BGH, Beschluss vom 16. August 2018 - 5 StR 348/18 mwN). 25