



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

3 StR 529/12

vom  
4. April 2013  
in der Strafsache  
gegen

wegen banden- und gewerbsmäßigen Betrugs u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts - zu 1. b) und 2. auf dessen Antrag - am 4. April 2013 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 354 Abs. 1 StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Wuppertal vom 2. Juli 2012
  - a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte wegen banden- und gewerbsmäßigen Computerbetrugs in sieben Fällen, wegen banden- und gewerbsmäßigen Computerbetrugs in Tateinheit mit banden- und gewerbsmäßiger Urkundenfälschung sowie wegen banden- und gewerbsmäßiger Urkundenfälschung in sieben Fällen verurteilt wird;
  - b) im Ausspruch über die Einzelstrafe für die im Fall II. 10.c) der Urteilsgründe begangene banden- und gewerbsmäßige Urkundenfälschung aufgehoben;
  - c) mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit festgestellt worden ist, dass der Angeklagte aus einer rechtswidrigen Tat weitere 29.700 € erlangt hat und die Kammer nur deshalb nicht auf den erweiterten Verfall erkannt hat, weil der Anordnung Ansprüche Verletzter entgegenstehen; die Feststellung entfällt.
2. Die weitergehende Revision wird verworfen.
3. Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen banden- und gewerbsmäßigen Betrugs in acht Fällen sowie wegen banden- und gewerbsmäßiger Urkundenfälschung in acht Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt. Es hat festgestellt, dass der Angeklagte aus den abgeurteilten Taten insgesamt 17.961 € erlangt hat und die Kammer nur deshalb nicht auf den Verfall von Wertersatz erkannt hat, weil der Anordnung Ansprüche Verletzter entgegenstehen. Es hat weiter festgestellt, dass der Angeklagte aus einer rechtswidrigen Tat weitere 29.700 € erlangt hat und die Kammer nur deshalb nicht auf den erweiterten Verfall (von Wertersatz) erkannt hat, weil der Anordnung Ansprüche Verletzter entgegenstehen.
- 2 Die auf die allgemeine Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten hat den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist sie unbegründet.
- 3 1. Der Schuldspruch bedarf in mehrfacher Hinsicht der Korrektur:
- 4 a) Nach den Feststellungen und der rechtlichen Würdigung des Landgerichts hat sich der Angeklagte in allen Betrugsfällen des banden- und gewerbsmäßig begangenen Computerbetrugs (§ 263a StGB) schuldig gemacht. Der Senat ändert deshalb den Schuldspruch entsprechend.
- 5 b) Während die Feststellungen zu II. 9.b) der Urteilsgründe (auf UA S. 117 irrtümlich als Fall II. 9.c) bezeichnet) neben dem banden- und gewerbsmäßigen Computerbetrug eine durch eine gesonderte Handlung begangene, banden- und gewerbsmäßige Urkundenfälschung hinsichtlich des Passes " Y. " ausweisen, stellt im Fall II. 10.c) der Urteilsgründe die banden- und gewerbsmäßige Urkundenfälschung einen Tatbeitrag des Angeklagten zu dem

ausgeurteilten banden- und gewerbsmäßigen Computerbetrug dar und steht deshalb zu diesem in Tateinheit.

6 Der Senat ändert auch insoweit den Schuldspruch. Er belässt es bei der vom Landgericht für die Tat allein im Hinblick auf den banden- und gewerbsmäßigen Computerbetrug verhängten Einzelstrafe. Die für die banden- und gewerbsmäßige Urkundenfälschung in diesem Fall verhängte Einzelstrafe von einem Jahr muss hingegen entfallen. Angesichts der Einsatzstrafe von fünf Jahren und den verbliebenen weiteren Einzelstrafen von u.a. zweimal vier Jahren und sechs Monaten, dreimal vier Jahren und drei Monaten sowie einmal vier Jahren schließt der Senat aus, dass das Landgericht ohne die weggefallene Einzelstrafe auf eine geringere Gesamtfreiheitsstrafe als sieben Jahre erkannt hätte.

7 2. Die Feststellung gemäß § 111i Abs. 2 StPO in Verbindung mit § 73d StGB, die sich auf sichergestellte 29.700 € aus einer nicht abgeurteilten, rechtswidrigen Tat bezieht, hält rechtlicher Prüfung nicht stand. Der Generalbundesanwalt hat hierzu ausgeführt:

"Einer Anwendbarkeit des § 73d StGB steht der Umstand entgegen, dass der Beschwerdeführer dieses Geld aus einer angeklagten Tat erlangt hat. Wegen dieses Anklagevorwurfs ist das Verfahren noch beim Landgericht anhängig. Entgegen der Auffassung der Strafkammer, die die Tat in der Konkretisierung der Anklageschrift für nicht hinreichend aufgeführt hielt (UA S. 108), war insoweit ordnungsgemäß Anklage (Anklagepunkt 13, AS 13) erhoben worden. Zwar erscheint - was der Strafkammer zuzugeben ist - der Anklagesatz insoweit widersprüchlich, als bei der abstrakten Schilderung der gesetzlichen Merkmale des Computerbetrugs - fälschlicherweise - lediglich 16 Fälle (unter Angabe der jeweiligen Fallakten-Nummern aus den Sachakten) genannt (Sachakte Bd. VI, Bl. 2100, 2103), bei der anschließenden konkreten Tatschilderung aber 17 Fälle des Computerbetrugs - einschließlich des Sachverhalts aus Fallakte Nr. 51 als Anklagepunkt 13 (Sachakte Bd. VI, Bl. 2110, 2111) - beschrieben werden. Unter diesem Anklagepunkt wird die Tat so

präzise mit Zeit und Ort als historisches Ereignis in einer Weise geschildert, dass an der Konkretisierung und Individualisierung des geschichtlichen Vorgangs keine Zweifel bestehen. Deshalb liegt ersichtlich auch bezüglich dieser Tat ein Verfolgungswille der Staatsanwaltschaft vor. Anhaltspunkte, aufgrund derer unklar gewesen sein könnte, über welchen Sachverhalt das Gericht nach dem Willen der Staatsanwaltschaft urteilen soll, sind nicht vorhanden. Demzufolge berührt der vorgenannte Zählfehler die Wirksamkeit der Anklage nicht (vgl. BGH, Beschluss vom 15. Juni 2011 - 2 StR 206/11 -, der konkludent von einer Wirksamkeit der Anklage ausgeht). Die Anklage wurde unverändert zur Hauptverhandlung zugelassen (vgl. Sachakte Bd. VIII, Bl. 2381 f.); dass der Zählfehler auf diese Art und Weise in den Eröffnungsbeschluss 'übernommen' wurde, macht diesen ebenfalls nicht unwirksam. Am 1. Hauptverhandlungstag erging nach Verlesung der Anklageschrift und des Eröffnungsbeschlusses der rechtliche Hinweis, dass der Sachverhalt aus Fallakte 51 'nach vorläufiger Würdigung der Kammer weder angeklagt, noch eröffnet und auch nicht zur Hauptverhandlung zugelassen worden sein könnte' (vgl. Protokollband, Bl. 5), eine Einstellung des Anklagevorwurfs Nr. 13 erfolgte - auch im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung - nicht. Die Strafkammer hätte deshalb - was sie jedoch rechtsirrig unterlassen hat - auch über diese Tat entscheiden müssen (und in der Folge Feststellungen nach § 73 StGB, § 111i Abs. 2 StPO treffen können). Das Verfahren ist - soweit es den Anklagevorwurf Nr. 13 betrifft - beim Landgericht anhängig geblieben (BGHSt 46, 130, 138). Eine Entscheidungsbefugnis des Revisionsgerichts in Bezug auf diesen noch in erster Instanz anhängigen Verfahrensteil besteht nicht (BGH aaO). Aufgrund der Herkunft der sichergestellten 29.700,- € aus dieser noch bei der Strafkammer anhängigen Tat kommt eine Anordnung nach § 111i Abs. 2 StPO iVm § 73d StGB nicht in Betracht, denn im Verhältnis zum Verfall nach § 73 StGB tritt der erweiterte Verfall nach § 73d StGB zurück. Dabei ergibt sich der Vorrang des § 73 StGB sowohl aus dem Wortlaut des § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB durch die dortige Formulierung 'auch dann' (LK-Schmidt, StGB, 12. Aufl. § 73d Rn 11 mwN) als auch aus dem Sinn und Zweck des erweiterten Verfalls, dem nach der gesetzgeberischen Intention eine Auffangfunktion zukommen soll (BT-Drs 11/6623 S. 6; BGH NStZ-RR 2003, 75). An diesem Rangverhältnis hat auch die Einführung des § 73d Abs. 1 Satz 3 StGB am 1. Januar 2007 nichts geändert. Zwar wurde der Vorrang des § 73 StGB auch mit dem Gesichtspunkt begründet, der erweiterte Verfall werde - so die ursprüngliche Rechtslage - durch bestehende Ersatzansprüche von Tatverletzten nicht ausgeschlossen, weswegen eine Verfallsanordnung deren Ansprüche beeinträchtigen könne, jedoch folgt - auch wenn der genannte Gesichtspunkt

nunmehr keine Rolle mehr spielt [vgl. Senat in BGHR StGB § 73d Anwendungsbereich 3 (Gründe)] - wegen des Verweisungserfordernisses des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB und der dort vorgesehenen Beweiserleichterungen aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (weiterhin), dass das Gericht unter Ausschöpfung aller prozessual zulässigen Mittel zunächst zu prüfen hat, ob die Voraussetzungen der §§ 73, 73a StGB gegeben sind (BGH NStZ-RR 2003, 75f; 2010, 255f; Fischer, StGB, 60. Aufl. § 73 Rn 5). Der Tatrichter hat demnach nicht etwa die Wahl zwischen §§ 73, 73a und § 73d StGB (Fischer aaO). Dies gilt insbesondere, wenn er sich von der eindeutigen Zurechnung erlangter Gegenstände zu einer bestimmten rechtswidrigen Tat (UA S. 50 bis 53) überzeugt hat. Ist diese Tat - wie vorliegend - wirksam angeklagt, kann eine Verfallsanordnung nur auf §§ 73, 73a StGB gestützt werden, weil andernfalls das vom Gesetzgeber statuierte Rangverhältnis zwischen §§ 73, 73a StGB einerseits und § 73d StGB andererseits unterlaufen würde. Auch eine am Gesetzeszweck des § 73d StGB orientierte Betrachtung - gewinnorientierte Straftaten zu verhindern - gebietet keine abweichende Beurteilung, weil nicht zu befürchten ist, dass der Beschwerdeführer andernfalls das rechtswidrig Erlangte behalten dürfte [vgl. Senat in BGHR StGB § 73d Anwendungsbereich 3 (Gründe)]. Vielmehr kann die Strafkammer in ihrer Entscheidung über den noch bei ihr anhängigen Anklagevorwurf über das aus dieser Tat Erlangte befinden."

- 9                    3. Der Erfolg der Revision ist nicht so erheblich, dass es unbillig wäre, den Angeklagten mit den gesamten Kosten seines Rechtsmittels zu belasten (§ 473 Abs. 4 StPO).

Schäfer

Pfister

Mayer

Gericke

Spaniol