



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

5 StR 327/21

vom  
26. Oktober 2021  
in der Strafsache  
gegen

wegen gewerbsmäßigen Bandenbetruges u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 26. Oktober 2021 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Kiel vom 4. Juni 2021 im Ausspruch über die Einziehung aufgehoben, soweit gegen den Angeklagten die erweiterte Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 50.000 Euro angeordnet worden ist.

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.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

#### Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gewerbsmäßigen Bandenbetruges in vier Fällen und wegen versuchten gewerbsmäßigen Bandenbetruges zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt. Daneben hat es die Einziehung des Wertes von Taterträgen von 105.481,92 Euro sowie die erweiterte Einziehung des Wertes von Taterträgen von 50.000 Euro angeordnet. Die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten erzielt den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg (§ 349 Abs. 4 StPO); im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.

2 Die erweiterte Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 50.000 Euro nach § 73a Abs. 1, § 73c StGB begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

3 Zwar hat sich das Landgericht rechtsfehlerfrei davon überzeugt, dass der auch insoweit geständige Angeklagte tatsächliche Verfügungsgewalt über einen Bargeldbetrag in vorgenannter Höhe hatte, den er am 12. Dezember 2018 bei dem Opfer einer Betrugsstraftat nach dem Muster des „Polizistentricks“ abgeholt hatte. Feststellungen dazu, wie lange er seine Verfügungsgewalt ausübte und was aus dem Bargeldbetrag wurde, hat es jedoch nicht getroffen. Insoweit hat es aus dem Blick verloren, dass eine erweiterte Einziehung des Wertes von Taterträgen nach § 73a Abs. 1, § 73c StGB nur hinsichtlich solcher durch andere rechtswidrige Taten erlangter Gegenstände in Betracht kommt, die zum Zeitpunkt der Begehung einer Anknüpfungstat im Sinne des § 73a Abs. 1 StGB gegenständlich bei dem betroffenen Täter oder Teilnehmer vorhanden waren (vgl. BGH, Beschlüsse vom 4. März 2021 – 5 StR 447/20, wistra 2021, 318; vom 19. August 2021 – 5 StR 238/21 mwN). Hier hat der Angeklagte, der nach der Tatplanung die von ihm bei den Betrugsopfern abgeholten Gelder alsbald jeweils seinen Hinterleuten abzuliefern hatte, seine beiden nachfolgenden Anknüpfungstaten erst im Januar und Februar 2019 begangen.

4 Das Urteil beruht auch auf diesem Rechtsfehler (§ 337 Abs. 1 StPO). Eine Einziehung des Wertes von Taterträgen nach §§ 73, 73c StGB, die Vorrang gegenüber der erweiterten Einziehung nach §§ 73a, 73c StGB hat (vgl. BGH, Urteil vom 7. Juli 2011 – 3 StR 144/11; Beschluss vom 23. Mai 2012 – 4 StR 76/12, NStZ-RR 2012, 312; Fischer, StGB, 68. Aufl., § 73a Rn. 5 mwN), kam hier nicht in Betracht. Zwar hat das Landgericht eine konkrete Tat festgestellt, aus der die vom Angeklagten erlangten 50.000 Euro stammten. Bei einer Einziehung nach

§§ 73, 73c StGB muss die Tat jedoch Gegenstand der Verurteilung sein, weshalb auf eine Tat, die – wie im vorliegenden Fall nach § 154 Abs. 1 StPO – eingestellt worden und daher nicht mehr Gegenstand des Strafverfahrens war, eine Einziehung nicht gestützt werden kann (st. Rspr., vgl. BGH, Beschlüsse vom 1. August 2018 – 1 StR 326/18, wistra 2019, 97; vom 8. November 2018 – 4 StR 297/18; NStZ 2019, 271; MüKo-StGB/Joecks/Meißner, 4. Aufl., § 73 Rn. 23 mwN). Für eine selbständige Einziehung nach § 76a Abs. 1 und 3 StGB fehlt es schon an der Verfahrensvoraussetzung eines Antrags der Staatsanwaltschaft nach § 435 Abs. 1 StPO (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Dezember 2018 – 1 StR 407/18, NStZ-RR 2019, 153, 154).

- 5 Die Anordnung der Einziehung bedarf daher im Umfang ihrer Aufhebung neuer Verhandlung und Entscheidung. Die Feststellungen können bestehen bleiben (§ 353 Abs. 2 StPO). Das neue Tatgericht kann ergänzende Feststellungen treffen, die den bisherigen nicht widersprechen.

Cirener

Berger

Gericke

Köhler

Resch

Vorinstanz:

Landgericht Kiel, 04.06.2021 - 10 KLS 593 Js 4805/19