



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

3 StR 283/18

vom

4. Oktober 2018

in der Strafsache

gegen

wegen versuchten Betrugs u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom
4. Oktober 2018, an der teilgenommen haben:

Richter am Bundesgerichtshof
Gericke
als Vorsitzender,

Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Spaniol,
die Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Tiemann,
Dr. Berg,
Dr. Leplow
als beisitzende Richter,

Staatsanwältin
als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger,

Justizamtsinspektor
als Urkundsbeamter der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Mönchengladbach vom 7. November 2017
 - a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte der Fälschung beweisbarer Daten in Tateinheit mit versuchtem Betrug in neun Fällen schuldig ist,
 - b) im Strafausspruch zu Fall II. 2. der Urteilsgründe aufgehoben; die verhängte Einzelfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten entfällt.

Die weitergehende Revision des Angeklagten wird verworfen.

2. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das vorgenannte Urteil in der Einziehungsentscheidung dahin geändert, dass gegen den Angeklagten die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 20.400 € als Gesamtschuldner angeordnet wird.
3. Der Angeklagte hat die Kosten der Rechtsmittel zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Fälschung beweisbarer Daten in Tateinheit mit versuchtem Betrug in zehn Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt. Daneben hat es gegen den Angeklagten "die Einziehung eines Geldbetrages von 15.300 €" angeordnet. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts beanstandet, bleibt überwiegend erfolglos. Hingegen hat das auf die Sachrüge gestützte Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft, mit dem allein das Unterbleiben einer weitergehenden Einziehungsanordnung angegriffen wird, Erfolg.

I.

2 Das Landgericht hat Folgendes festgestellt und gewertet:

3 1. Im Zeitraum von August 2016 bis Februar 2017 wirkte der Angeklagte an einer Tatserie zum Erschleichen von Bankkrediten mit:

4 Der gesondert verfolgte T. war Ansprechpartner für kreditunwürdige Personen, die nur mit Hilfe gefälschter Einkommensauskünfte Bankdarlehen erlangen konnten. T. erhielt von den späteren Kreditnehmern die für die Antragstellung erforderlichen Unterlagen über ihre persönlichen Daten (u.a. Personal- und Sozialversicherungsausweis). Diese übergab er in den Fällen II. 1. bis II. 4. der Urteilsgründe dem Angeklagten, der seinerseits die Dokumente an einen unbekanntem Dritten (Fälle II. 1. bis II. 3.) bzw. an den

nichtrevidierenden Mitangeklagten Ta. (Fall II. 4.) weiterreichte. Auch in den Fällen II. 5. bis II. 10. war der Angeklagte, der eine "schadensgleiche Vermögensgefährdung" bei den Banken für möglich hielt und billigend in Kauf nahm, als Mittelsmann eingeschaltet. Die unbekannt Person bzw. Ta. (in den Fällen II. 4. bis II. 10.) erstellten mittels der Software "Photoshop" Lohnbescheinigungen und Kontoauszüge über unzutreffende monatliche Einkünfte und versandten diese gemäß dem gemeinsamen Tatplan als elektronische Dateien an die Banken. In den Fällen II. 1. bis II. 4. ließ der Dritte bzw. Ta. die vorausgefüllten Kreditanträge über den Angeklagten dem Mittäter T. zukommen, der sie an die Darlehensnehmer weitergab. Die über die Lohneinkünfte getäuschten Bankangestellten bewilligten in den ersten vier Fällen die Kredite und schrieben die Valuta den jeweiligen Bankkonten gut. Die Antragsteller hoben den Betrag in bar ab und übergaben davon T. jeweils 30 % der Kreditsumme als zwischen den Vermittlern zu verteilenden Provisionsanteil. Dem Angeklagten sollten 20 % des jeweiligen Auszahlungsbetrages zustehen. Insgesamt vereinnahmte er über T. 20.400 €, von denen er 3.700 € an den unbekannt Einreicher und 1.400 € an Ta. weitergab.

5 In den letzten sechs Fällen zweifelten die Bankangestellten - teilweise bereits bei der Vorprüfung - an der Authentizität der Kreditanträge und lehnten die Bewilligung ab.

6 2. Das Landgericht hat in den Urteilsgründen mit im Schlussantrag erteilter Zustimmung der Staatsanwaltschaft die Tatvorwürfe des vollendeten Betrugs von der Strafverfolgung ausgenommen und diese auf versuchten Betrug (§ 263 Abs. 1, 2, §§ 22, 25 Abs. 2 StGB) beschränkt (§ 154a Abs. 2, Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO). Es hat in allen Fällen die Einziehung des Wertes von

Taterträgen nach § 73 Abs. 1, § 73c Satz 1 StGB nF nur in Höhe des dem Angeklagten verbliebenen Anteils angeordnet.

II. Revision des Angeklagten

7 Die Revision des Angeklagten führt mit der Sachrüge zur Änderung des
Schuldspruchs und zum Wegfall einer Einzelstrafe. Im Übrigen ist sein Rechts-
mittel aus den Gründen der Antragsschrift des Generalbundesanwalts unbe-
gründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

8 1. Zu den Verfahrensrügen ergänzt der Senat:

9 Die Rüge, mit welcher der Angeklagte beanstandet, am vierten Haupt-
verhandlungstag, dem 24. Oktober 2017, sei entgegen § 338 Nr. 5 i.V.m.
§ 230 Abs. 1 bzw. §§ 140, 145 StPO in seiner Abwesenheit und der seiner
Verteidiger verhandelt worden, dringt nicht durch.

10 a) Dieser Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:

11 aa) Die Anklage legte dem Angeklagten gewerbsmäßigen Bandenbetrug
(§ 263 Abs. 5 StGB) sowie gewerbs- und bandenmäßige Urkundenfälschung
(§ 267 Abs. 4 StGB) zur Last. Nachdem sich u.a. der Angeklagte und T. ,
gegen den zu diesem Zeitpunkt noch in demselben Verfahren verhandelt
wurde, geständig zu den geschilderten Betrugsvorwürfen eingelassen hatten,
beantragten die beiden Verteidiger, sie und den Angeklagten von der Wahr-
nehmung des nächsten Verhandlungstermins am 24. Oktober 2017 nach
§ 231c StPO zu beurlauben. Diesem Antrag entsprach die Kammer mit

Beschluss vom 17. Oktober 2017, in welchem sie ankündigte, am nächsten Termin allein die Tatkomplexe "Führerscheine" und "Falschgeld" (vgl. dazu das Urteil vom heutigen Tage in der Sache 3 StR 251/18) verhandeln zu wollen. Bezüglich dieser Fälle war der Beschwerdeführer nicht angeklagt. Am 24. Oktober 2017 ließ sich T. zu den Vorwürfen der Urkundenfälschung in vier Fällen aus dem Tatkomplex "Führerscheine" geständig ein; zudem wurde ein Käufer eines lettischen Führerscheins als Zeuge vernommen, der - abweichend von T. s Einlassung - bekundete, er sei nicht von einer "Totalfälschung", sondern von der - wenngleich rechtswidrigen - Mitwirkung eines lettischen Verkehrsbeamten ausgegangen. Nach Abtrennung wurde gegen T. an anderen Tagen weiterverhandelt. In der Beweiswürdigung des gegen T. ergangenen Urteils hat das Landgericht dessen Einlassung in dem - sich freilich weder auf den Schuld- noch Strafausspruch auswirkenden - Nebenpunkt, auch die Käufer seien von Totalfälschungen ausgegangen, mit der Aussage des genannten Zeugen als widerlegt angesehen.

12 bb) Der Beschwerdeführer macht u.a. geltend, der Verfahrensteil vom 24. Oktober 2017 habe die Überzeugungsbildung des Landgerichts beeinflusst, inwieweit der geständigen Einlassung des Mitangeklagten T. zu folgen sei, und sich damit auf seine Verurteilung ausgewirkt. Denn das Landgericht habe die Verurteilung in den zehn Fällen aus dem Betrugskomplex auch darauf gestützt, dass das Geständnis des Angeklagten mit T. s Geständnis, welches aber nur als Einheit zu bewerten sei, übereinstimme. Hätten seine Verteidiger die Verhandlung am 24. Oktober 2017 verfolgt, hätten sie T. s Geständnis hinterfragt.

13 b) Die Verfahrensrüge ist unbegründet. Der Beschluss vom 17. Oktober 2017 über die Beurlaubung ist wirksam (§ 231c StPO). Das Land-

gericht hat nur den angekündigten Verfahrensstoff verhandelt und damit seine Zusage eingehalten. Der Angeklagte ist auch nicht von dem am 24. Oktober 2017 verhandelten Verfahrensteil betroffen.

14 aa) Insoweit ist von folgenden Grundsätzen auszugehen:

15 (1) Zur Verfahrenserleichterung kann das Tatgericht in eng begrenzten Ausnahmefällen dem Angeklagten und/oder seinem Verteidiger nach seinem zurückhaltend auszuübenden Ermessen nach äußerst sorgfältiger Abwägung gestatten, einem Verhandlungsteil fernzubleiben. Dabei muss es vorsichtig vorausschauen, ob tatsächlich auszuschließen ist, dass nicht doch Verfahrensstoff verhandelt wird, der - wenn auch nur mittelbar - sich auf den den beurlaubten Angeklagten betreffenden Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch auswirken kann (LR/Becker, StPO, 26. Aufl., § 231c Rn. 1, 5, 11). Auf den Inbegriff des Hauptverhandlungsteils, welchem der Angeklagte entschuldigt ferngeblieben ist, darf das Urteil gegen diesen nicht gestützt werden (§ 261 StPO). Ergibt sich während der Verhandlung, dass entgegen der Prognose der Inhalt dieses Verhandlungsteils doch den beurlaubten Angeklagten betreffen kann, ist die Verhandlung gegebenenfalls zu unterbrechen; jedenfalls ist dieser Verhandlungsteil zu wiederholen (LR/Becker, aaO Rn. 21). Ob indes der Angeklagte und sein Verteidiger jenseits des zumindest mittelbaren Betroffenseins sich der Erkenntnis neuer Verteidigungsmöglichkeiten durch den Verhandlungsteil begeben, haben sie zu entscheiden; deswegen sind nach § 231c Satz 1 StPO entsprechende Anträge zwingende Befreiungsvoraussetzungen (LR/Becker, aaO Rn. 3, 6). Es muss zweifelsfrei feststehen, dass sich die Frage, die in dem betreffenden Verfahrensabschnitt verhandelt werden soll, unter Berücksichtigung aller verfahrensbedeutsamen Umstände, namentlich der Beweislage, als deutlich abgrenzbarer, den abwesenden Angeklagten nicht betreffender Ver-

handlungsgegenstand darstellt, sodass sich das Ergebnis des in Rede stehenden Verhandlungsteils - wie immer es ausfällt - nicht auf ihn auswirkt (vgl. zur vorübergehenden Abtrennung eines Verfahrens BGH, Urteil vom 5. Oktober 1983 - 2 StR 298/83, BGHSt 32, 100, 102).

16 (2) Nach diesen Grundsätzen wird eine Befreiung in der Regel in Betracht kommen, wenn im betreffenden Verhandlungsabschnitt eine andere prozessuale Tat, welche dem beurlaubten Angeklagten nicht zur Last gelegt wird, verhandelt wird (siehe nur BGH, Urteil vom 5. Oktober 1983 - 2 StR 298/83, aaO S. 101 f.). Anders wird es indes liegen, wenn zwischen den verschiedenen Taten ein Zusammenhang besteht und eine für diesen Zusammenhang relevante Tatsache aufgeklärt werden soll (BGH, Urteil vom 5. Oktober 1983 - 2 StR 298/83, aaO S. 101 f.). Solches ist etwa bei einem gemeinsamen Grundsachverhalt (LR/Becker, aaO Rn. 5), insbesondere beim Vorwurf von Bandentaten (dazu nur BGH, Beschlüsse vom 30. Juli 2009 - 3 StR 562/08, BGHR StPO § 231c Betroffensein 2; vom 6. August 2008 - 3 StR 547/08, NStZ 2010, 289, 290), anzunehmen. Will das Tatgericht die Überführung des schweigenden oder bestreitenden Angeklagten vornehmlich auf die Belastung durch den Mitangeklagten stützen und vernimmt es zur Beurteilung der Glaubhaftigkeit von dessen Einlassung und dessen Glaubwürdigkeit Zeugen, ist der abwesende Angeklagte betroffen, auch wenn die Zeugen zu anderen ihm nicht vorgeworfenen Taten aussagen (BGH, Beschluss vom 11. Dezember 1984 - 1 StR 609/84, juris Rn. 26 f.). Allein der Umstand, dass der befreite Angeklagte vollgeständig ist, schließt nicht aus, dass sein Verteidigungsinteresse durch den betreffenden Verfahrensteil berührt sein kann (BGH, Beschluss vom 16. Februar 2012 - 3 StR 462/11, BGHR StPO § 231c Betroffensein 4).

17 bb) An diesen Grundsätzen gemessen ist der Angeklagte auch nicht
"potentiell" betroffen.

18 (1) Seine Beteiligung an den anderen prozessualen Taten der
Geldfälschung (§ 146 StGB) und der Urkundenfälschung durch Verkauf der
Führerscheine (§ 267 Abs. 1 Variante 3 StGB) stand nicht in Rede, erst recht
nicht als Bandenmitglied. Aber auch soweit der Hauptverhandlungsteil die Beur-
teilung von T. s Einlassung betraf, ist nach dem hier gegebenen Verfah-
rensablauf eine Auswirkung ausgeschlossen. Denn das Landgericht hat seine
Überzeugungsbildung von der Beteiligung des Angeklagten in den Betrugsfällen
nur auf einen Ausschnitt aus T. s Einlassung gestützt, nämlich nur soweit
sie den Betrugskomplex betraf. Dies ergibt sich bereits unmittelbar aus den
Formulierungen des Landgerichts in der Beweiswürdigung. Es hat das
den Angeklagten betreffende Verfahren für entscheidungsreif gehalten,
wenngleich es sich zu einer abschließenden Würdigung von T. s Einlassung
bezüglich aller diesem zur Last gelegten Taten nicht imstande gesehen hat.
Deswegen hat das Tatgericht das Verfahren gegen T. zur Aufklärung des
Tatkomplexes "Führerscheine" fortgeführt. Indes hat es an der Beteiligung des
Angeklagten an den Betrugstaten keine Zweifel gehabt; dies hat es als gesi-
chertes Beweisergebnis erachtet, unabhängig davon wie sich die weitere
Beweislage in den anderen beiden Tatkomplexen "Führerscheine" und "Falsch-
geld" darstellen würde (zu einer solchen Konstellation vgl. BGH, Urteil vom
5. Oktober 1983 - 2 StR 298/83, aaO S. 103).

19 (2) Ob dem Angeklagten und seinen Verteidigern durch ihr Fernbleiben
weitere Verteidigungsmöglichkeiten entgangen sind, unterfällt, wie ausgeführt,
nicht dem Betroffensein im Sinne des § 231c StPO. Ein solch weiter Anwen-
dungsbereich kommt diesem Tatbestandsmerkmal nicht zu. Mithin kommt es

nicht darauf an, ob und in welchem Umfang der Angeklagte sein Verteidigungsverhalten erfolgsversprechender hätte einrichten lassen können, wenn seine Verteidiger die Beweisaufnahme zum Tatkomplex "Führerscheine" verfolgt hätten. Der Angeklagte und seine Verteidiger hatten es mit einem entsprechenden Beurlaubungsantrag in der Hand, ob sie an sämtlichen Verhandlungsteilen teilnehmen wollten oder nicht.

20 2. Die Verurteilung wegen in Mittäterschaft begangenen versuchten Betrugs (§ 263 Abs. 1, 2, §§ 22, 25 Abs. 2 StGB) in Tateinheit mit Fälschung beweiserheblicher Daten (§ 269 StGB) hält mit Ausnahme der Änderung der Konkurrenzen bezüglich zweier Fälle der rechtlichen Nachprüfung stand:

21 a) Die - wenngleich noch nicht durchgreifend bedenklich - knappen Feststellungen belegen sämtliche Elemente des subjektiven Tatbestandes, insbesondere den Vorsatz bezüglich des Vermögensschadens. Dass das Landgericht den Angeklagten nicht wegen vollendeten Betrugs verurteilt, sondern sich der Bezifferung der dem Grunde nach festgestellten (Mindest-)Vermögensschäden durch die Verfahrensbeschränkung nach § 154a StPO entzogen hat, beschwert ihn nicht. Ebenso wenig verhilft es der Sachrüge zum Erfolg, dass das Landgericht - was von Amts wegen zur Kenntnis zu nehmen ist - die Beschränkung der Strafverfolgung nicht durch gesonderten Beschluss, sondern im Urteil ausgesprochen (dazu BGH, Urteile vom 27. Juni 1984 - 3 StR 176/84, NStZ 1984, 468, 469; vom 5. Dezember 1995 - 1 StR 140/95, BGHR StPO § 154a Beschränkung 4) sowie erst in den Urteilsgründen die erforderliche und im Schlussvortrag erteilte Zustimmung der Staatsanwaltschaft dokumentiert hat (§ 154a Abs. 1 Satz 3 StPO). Im Einzelnen:

22

aa) Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB ist die Vermögensminderung infolge der Täuschung, also der Unterschied zwischen dem Wert des Vermögens vor und nach der täuschungsbedingten Vermögensverfügung. Durch das Auszahlen des Darlehens hatte die Bank bereits ihre Hauptleistungspflicht (§ 488 Abs. 1 Satz 1 BGB) erfüllt (Erfüllungsstadium); daher sind die Grundsätze eines Eingehungsbetrugs durch Abschluss eines Vertrags, bei welchem für den Vermögensvergleich maßgeblich auf den jeweiligen Wert der beiderseitigen Vertragspflichten abzustellen ist, nur bedingt anwendbar. Dem Auszahlungsbetrag zu seinem nominellen Geldwert ist der Wert des dadurch erlangten Rückzahlungsanspruchs (§ 488 Abs. 1 Satz 2 BGB) gegenüberzustellen. Ein etwaiger Wert dieser Forderung bestimmt sich - wie auch sonst beim Vermögensvergleich - nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise und ist nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (Beschlüsse vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/09 u.a., BVerfGE 126, 170, 229; vom 7. Dezember 2011 - 2 BvR 2500/09 u.a., BVerfGE 130, 1, 47 f.) konkret festzustellen und zu beziffern. Es ist grundsätzlich zu ermitteln, was die Rückzahlungsforderung am Markt wert ist. Maßgeblich sind in erster Linie die Zahlungsfähigkeit und -willigkeit des Schuldners sowie der Wert gegebenenfalls gestellter Sicherheiten. Bankübliche Bewertungsansätze für die Wertberichtigung können im Ausgangspunkt berücksichtigt werden (BGH, Urteil vom 26. November 2015 - 3 StR 247/15, wistra 2016, 228, 229 mwN). Dabei darf allerdings nicht außer Acht gelassen werden, dass das handelsbilanzielle Vorsichtsprinzip (§ 252 Abs. 1 Nr. 4 HGB) die Vorschriften der § 340e Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1, § 253 Abs. 4 HGB zur Bewertung von Darlehensrückzahlungsforderungen des Umlaufvermögens bestimmt; dies dient dem Grundsatz der Kapitalerhaltung und damit dem Gläubigerschutz. Mithin können die handelsbilanziellen Abschreibungen nicht stets "eins zu eins" für die strafrechtliche Bestimmung des (tatsächlich realisierten) Minderwerts übernommen

werden (vgl. Becker, HRRS 2009, 334, 337 ff.; ders., JR 2012, 82, 83; Hefendehl, wistra 2012, 325, 328 f.; Wessing/Krawczyk, NZG 2010, 1121, 1124).

23 Weiter ist in den Blick zu nehmen, dass eine Darlehensrückzahlungsforderung stets mit einem Ausfallrisiko behaftet ist. Das übliche, jeder Darlehenshingabe innewohnende Risiko wird regelmäßig in den Bedingungen des jeweiligen Vertrags berücksichtigt sein: Die Bank wird den Minderwert eines ungesicherten Rückzahlungsanspruchs durch Vereinbarung eines Risikozuschlags bei der Höhe des Zinssatzes auszugleichen versuchen. Im Ergebnis ist damit der Umfang des erhöhten Ausfallrisikos, das die Bank in Unkenntnis der schlechten Einkommensverhältnisse unbewusst eingeht, mit dem Umfang des marktüblichen Ausfallrisikos, das anzunehmen gewesen wäre, wenn die Angaben des Täters zu den risikobestimmenden Faktoren zutreffend gewesen wären, zu vergleichen. Dadurch, dass das "normale" Ausfallrisiko auf die beschriebene Art und Weise eingepreist ist, begegnet es dabei indes regelmäßig keinen Bedenken, den Rückzahlungsanspruch bei einem nicht durch Täuschung erschlichenen Kreditvertrag mit 100 % des ausgereichten Darlehensbetrages zu bewerten (BGH, Urteil vom 26. November 2015 - 3 StR 247/15, wistra 2016, 228, 229 f. mwN).

24 bb) An diesen Vorgaben gemessen hat das Landgericht noch ausreichende Feststellungen zum Vorstellungsbild des Angeklagten hinsichtlich der Vermögenslagen bei den Banken getroffen. Zwar fehlen konkrete Feststellungen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen der neun Darlehensnehmer, zu den Vertragsbedingungen einschließlich der Zinsen sowie zu etwaigen Tilgungs- und Zinsleistungen, obgleich solche zu treffen dem Tatgericht unschwer hätte möglich sein müssen. Dass die Solvenz der Antragsteller

derart erheblich beeinträchtigt war, dass dies auch nach der Vorstellung des Angeklagten zu deutlichen Minderwerten der Rückzahlungsansprüche führte, hat das Landgericht indes rechtsfehlerfrei aus der Art und Weise der Krediterschleichungen geschlossen: Bei ausreichender Zahlungsfähigkeit hätte es der Fälschungen nicht bedurft; nur über 70 % der Valuta verfügten die Darlehensnehmer. Auch die beachtliche Höhe der Vermittlungsprovisionen, die die strafrechtlich bedeutsame Unredlichkeit des Geschäftsgebarens indiziert, durfte das Landgericht in die Gesamtbetrachtung einstellen. Da der Angeklagte von alldem Kenntnis hatte, waren keine weiteren Feststellungen zur inneren Tatseite mehr nötig. Denn aufgrund der genannten Umstände lag es zum jeweiligen Zeitpunkt der Ausreichung der Valuta auf der Hand, dass die Kreditnehmer die Darlehen nicht vertragsgemäß bedienen konnten. Dass damit auch die Bezifferung eines tatsächlich eingetretenen Schadens möglich gewesen wäre, beschwert den Angeklagten - wie dargelegt - nicht.

25 cc) Soweit das Landgericht in den Strafzumessungserwägungen zugunsten des Angeklagten ohne nähere Feststellungen davon ausgegangen ist, "dass die beteiligten Banken auf verschiedenen Wegen gegen Verluste aus solchen 'faulen' Krediten abgesichert" waren, steht auch dies dem subjektiven Tatbestand nicht entgegen. Von den Darlehensnehmern gestellte Sicherheiten hat das Landgericht nicht festgestellt; eine Aufklärungsrüge hat der Angeklagte nicht erhoben. Sollten sich die Banken durch eigene Verträge mit Versicherungsunternehmen gegen den Ausfall ihrer Darlehensrückzahlungsforderungen abgesichert haben, führen solche Versicherungsleistungen nicht zur Schadenskompensation (LK/Tiedemann, StGB, 12. Aufl., § 263 Rn. 167; Fischer, StGB, 65. Aufl., § 263 Rn. 155). Denn bei der Gesamtsaldierung bleiben solche Vermögensmehrungen außer Betracht, die nicht aus der Verfügung resultieren, sondern auf einem anderen rechtlich selbständigen Grund wie etwa einem

Versicherungsschutz beruhen (BGH, Urteil vom 4. März 1999 - 5 StR 355/98, BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 54). Ohnehin wusste der Angeklagte nichts von solchen Sicherungsinstrumenten.

26 b) Von den versuchten Betrugstaten ist der Angeklagte nicht strafbefreiend zurückgetreten (§ 24 Abs. 2 StGB). Dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe ist zu entnehmen, dass die Betrugsversuche in den Fällen II. 5. bis II. 10. fehlschlagen, wenngleich ausdrückliche Feststellungen zum Vorstellungsbild des Angeklagten nach der letzten Ausführungshandlung (zum sogenannten "Rücktrittshorizont") fehlen. Der Angeklagte und seine Mittäter hatten ersichtlich keine Möglichkeit, die Kreditanträge nachzubessern, und mussten daher die ablehnenden Entscheidungen hinnehmen.

27 c) Die Annahme von Tatmehrheit (§ 53 StGB) bezüglich der Fälle II. 1.1. und 1.2. hält indes der sachlichrechtlichen Nachprüfung nicht stand.

28 aa) Nach den Feststellungen versandte der unbekannte Dritte die Kreditanfragen des gesondert verfolgten G. nebst gefälschten Einkommensauskünften am 19. Oktober 2016. Die versuchten Betrugstaten zu Lasten der Bank of Scotland und der Deutsche Postbank AG sind damit in der Ausführungshandlung identisch. Dann ist aber bereits deswegen für den im Hintergrund handelnden Angeklagten nur von einer Tat in zwei rechtlich zusammenstreichenden Fällen auszugehen (§ 52 Abs. 1 Alternative 2 StGB). Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend ab (§ 354 Abs. 1 StPO analog).

29 bb) Der Senat schließt aus, dass sich der geständige Angeklagte nach Erteilen eines rechtlichen Hinweises auf die Annahme von Tateinheit (§ 265

Abs. 1 StPO) anders als geschehen hätte verteidigen können; außerdem ist er hier durch die entsprechende Änderung des Schuldspruchs nicht beschwert.

30 cc) Die Änderung des Konkurrenzverhältnisses zieht den Wegfall der im Fall II. 1.2. verhängten Einzelfreiheitsstrafe nach sich. Dies lässt indes den Gesamtstrafauspruch unberührt. Der Senat schließt aus, dass das Landgericht bei einer Einsatzfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten sowie verbleibenden Einzelfreiheitsstrafen von einem Jahr und sechs Monaten, einem Jahr und drei Monaten, fünfmal einem Jahr und von neun Monaten sowie unverändert bleibendem Schuldumfang auf eine niedrigere Gesamtfreiheitsstrafe erkannt hätte.

III. Revision der Staatsanwaltschaft

31 Gegen das Unterbleiben einer weitergehenden Einziehung wendet sich die Staatsanwaltschaft zu Recht.

32 1. Die Beschränkung des Rechtsmittels auf die unterbliebene Anordnung einer weitergehenden Einziehung ist wirksam (BGH, Urteil vom 8. Februar 2018 - 3 StR 560/17, NJW 2018, 2141 Rn. 4 mwN).

33 2. Die Einziehungsentscheidung hält zu Lasten des Angeklagten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Bei Bestimmung des Umfangs des Erlangten nach § 73 Abs. 1 StGB ist nicht abzuziehen, was der Angeklagte gemäß den Abreden an gesondert Verfolgte weitergab.

34

a) Nach § 73 Abs. 1 StGB ist jeder Vermögenswert abzuschöpfen, den der Tatbeteiligte "durch" die rechtswidrige Tat erlangt hat, also alles, was in irgendeiner Phase des Tatablaufs in seine Verfügungsgewalt übergegangen und ihm so aus der Tat unmittelbar messbar zugutegekommen ist. Es ist nicht abzuziehen, was der Tatbeteiligte, der zunächst die uneingeschränkte alleinige tatsächliche Verfügungsmacht über die Tatbeute hatte, später bei deren Aufteilung an seine Komplizen oder Dritte weitergab (BGH, Urteil vom 12. Juli 2018 - 3 StR 144/18, NStZ-RR 2018, 335, 336 mit weiteren umfangreichen Nachweisen).

35 b) Nach den Feststellungen erlangte der Angeklagte jeweils zunächst Verfügungsmacht über die Bargelder in Höhe von 20 % des jeweils ausgezahlten Kreditbetrages. Damit ist die Einziehungsanordnung auf diesen Provisionsanteil zu erstrecken; dass der Angeklagte jeweils 5 % der Kreditsumme vereinbarungsgemäß an den unbekanntem Dritten bzw. Ta. ausreichte, ist unerheblich. Er kann sich nicht auf Entreicherung (vgl. § 818 Abs. 3 BGB) berufen. Sollte man den vor der Krediterschleichung zugunsten des jeweiligen Einreichers vereinbarten Provisionsanteil als Aufwendung im Sinne des § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB werten, dann unterfiele er dem Abzugsverbot des § 73d Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 StGB. Etwaige Unbilligkeiten sind nach neuer Rechtslage allein bei der Vollstreckung zu berücksichtigen (§ 459g Abs. 5 Satz 1 StPO).

36 c) Da die Bargeldscheine als solche entweder nicht mehr oder jedenfalls nicht mehr identifizierbar im Vermögen des Angeklagten vorhanden sind, ist nach § 73c Satz 1 StGB der Wert der Taterträge einzuziehen.

37 d) Nach dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe ist eine nennenswerte Schadenswiedergutmachung, die einer Einziehung des Wertes

der Provisionsgelder entgegenstehen würde (§ 73e Abs. 1 StGB), auszuschließen. Es ist insbesondere nicht ersichtlich, dass die Darlehensnehmer die Kreditraten regelmäßig in einem solchen Umfang mit der Folge zahlten, dass die Schadensersatzansprüche der Banken (etwa aus § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 Abs. 1 StGB/§ 826 BGB) im Wege der Schadenswiedergutmachung vollständig oder zumindest zu mehr als 70 % erfüllt wurden. Im Außenverhältnis gegenüber den Banken haftet der Angeklagte für sämtliche entstandene Schäden (§ 840 Abs. 1, §§ 421 ff., §§ 249 ff. BGB), und zwar bis zur vollständigen Schadenswiedergutmachung (§ 421 Satz 2 BGB). Seine Haftung ist nicht etwa auf die ihm zugeflossenen Provisionsanteile beschränkt.

38 3. Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen lassen die Urteilsergänzung zu (§ 354 Abs. 1 StPO analog; BGH, Urteil vom 28. August 2018 - 1 StR 103/18, NStZ-RR 2018, 335).

39 Dabei hat der Senat die gesamtschuldnerische Haftung (§§ 421 ff. BGB) im Tenor zum Ausdruck gebracht, um das mehrfache Einziehen der rechtswidrig erlangten Beträge zu verhindern. Dass in den Fällen II. 1. bis II. 3. der Urteilsgründe der Mittäter bislang nicht identifiziert wurde, steht der Kennzeichnung der Gesamtschuldnerschaft nicht entgegen (BGH, Beschluss vom 18. Juli 2018 - 2 StR 245/18, juris Rn. 10 mwN).

Damit haftet der Angeklagte als Gesamtschuldner mit T. in Höhe von 20.400 € (Fälle II. 1. bis II. 4. der Urteilsgründe), wobei sich die Schuldspruchänderung nicht auf das erlangte Etwas auswirkt, mit dem unbekanntem Einreicher in Höhe von 3.700 € (Fälle II. 1. bis II. 3. der Urteilsgründe), mit Ta. in Höhe von 1.400 € (Fall II. 4. der Urteilsgründe), mit G. in Höhe von 11.600 € (wiederum ungeachtet der Änderung der Konkurrenzverhältnisse), mit dem gesondert verfolgten N. in Höhe von 3.200 € (Fall II. 3. der Urteilsgründe) sowie mit dem gesondert verfolgten M. in Höhe von 5.600 € (Fall II. 4. der Urteilsgründe).

Gericke

Spaniol

Tiemann

Berg

Leplow