



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 381/21

vom
21. Dezember 2021
in der Strafsache
gegen

- 1.
- 2.

wegen gewerbsmäßigen Bandenbetruges

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung der Beschwerdeführer am 21. Dezember 2021 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 354 Abs. 1 analog StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Osnabrück vom 13. April 2021 in den Aussprüchen über die erweiterte Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 166.525 € betreffend den Angeklagten E. D. und in Höhe von 178.870 € betreffend die Angeklagte B. D. aufgehoben; diese entfallen.
2. Die weitergehenden Revisionen werden verworfen.
3. Die Revisionsgebühren werden hinsichtlich des Angeklagten E. D. um 4/5, hinsichtlich der Angeklagten B. D. um 9/10 ermäßigt. 4/5 der Auslagen der Staatskasse im Revisionsverfahren betreffend den Angeklagten E. D. und der insofern diesem Angeklagten entstandenen notwendigen Auslagen sowie 9/10 der Auslagen der Staatskasse im Revisionsverfahren betreffend die Angeklagte B. D. und der insofern dieser Angeklagten entstandenen notwendigen Auslagen fallen der Staatskasse zur Last. Im Übrigen hat jeder Beschwerdeführer die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten wegen gewerbsmäßigen Bandenbetruges in einer Vielzahl von Fällen zu Gesamtfreiheitsstrafen verurteilt und sicher-gestellte Tatmittel eingezogen. Ferner hat die Strafkammer gegen den Ange-

klagten E. D. die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 32.082 € und die erweiterte Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 166.525 €, jeweils als Gesamtschuldner, sowie gegen die Angeklagte B. D. , jeweils als Gesamtschuldnerin, die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 16.410 € und die erweiterte Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 178.870 € angeordnet.

2 Mit ihren auf die Sachbeschwerde gestützten Revisionen wenden sich die Angeklagten jeweils gegen die Anordnung der Einziehung und der erweiterten Einziehung des Wertes von Taterträgen. Die Rechtsmittel haben in Bezug auf die Anordnungen der erweiterten Einziehung des Wertes von Taterträgen Erfolg; im Übrigen sind sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

I.

3 Das Landgericht hat im Wesentlichen folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

4 Die Angeklagten wirkten gewerbsmäßig an den Aktivitäten einer Bande mit, deren Vorgehensweise dahin ging, betrügerisch Aufladecodes für Prepaid-SIM-Karten zu erlangen, diese einzulösen und die unter Verwendung der Cash-Codes mit einem entsprechenden Guthaben aufgeladenen SIM-Karten gewinnbringend zu verkaufen.

5 1. Hierzu riefen Mitglieder der Bande von der Türkei aus per Telefon Angestellte von Supermärkten, Tankstellen und Kiosken an, gaben sich als Bedienstete eines Telekommunikationsunternehmens oder der Unternehmenszentrale des angerufenen Geschäfts aus und überredeten die Angerufenen mit der

wahrheitswidrigen Behauptung, es gebe technische Probleme, dazu, am Kassenterminal Cash-Codes zur Aufladung von Guthaben auf Prepaid-SIM-Karten zu generieren und ihnen diese Aufladenummern am Telefon zu übermitteln. Etwaige Bedenken der Angestellten wurden zerstreut, indem die Anrufe technisch durch "Call ID Spoofing" so ausgeführt wurden, dass im Display der Telefone der Angerufenen eine diesen bekannte Rufnummer der Zentrale ihres Unternehmens oder eines Telekommunikationsanbieters angezeigt wurde.

6 Die erlangten Aufladecodes wurden an sogenannte "Einlöser" übermittelt. Deren Aufgabe war es, die Cash-Codes unter Verwendung von Mobiltelefonen und einer Vielzahl von Prepaid-SIM-Karten einzulösen, also Prepaid-SIM-Karten mit dem Nennbetrag der erlangten Codes aufzuladen. Die von Mittelsmännern den "Einlösern" zur Verfügung gestellten SIM-Karten wurden nach deren Aufladung bei diesen wieder abgeholt und letztlich veräußert.

7 2. Die beiden Angeklagten waren im Zeitraum August 2015 bis Dezember 2015 als "Einlöser" tätig. An den insgesamt 112 von der Anklage umfassten Betrugsstaten wirkten sie dergestalt mit, dass sie unter Verwendung von Aufladecodes, die durch diese Taten erlangt und ihnen per Telegram-Chat übermittelt wurden, SIM-Karten, die ihnen ein Mittelsmann übergeben hatte, mit dem Verkaufspreis der Codes entsprechenden Guthaben aufluden. Der Angeklagte E. D. generierte so SIM-Karten-Guthaben in Höhe von insgesamt 32.082 €, die Angeklagte B. D. SIM-Karten-Guthaben in Höhe von insgesamt 16.410 €. Die in Höhe dieser Beträge nunmehr werthaltigen SIM-Karten gaben die Angeklagten bei regelmäßigen Treffen ihrem Mittelsmann zurück; im Gegenzug erhielten sie von diesem als Entlohnung Bargeld in Höhe von zehn bis 15 Cent pro aufgeladener SIM-Karte.

8 Das Landgericht hat die Taten der Angeklagten jeweils als gewerbsmäßigen Bandenbetrug gemäß § 263 Abs. 1 und 5 StGB gewertet.

9 3. Darüber hinaus hat das Landgericht festgestellt, dass die Angeklagten eine Vielzahl weiterer Aufladecodes einlösten, die durch andere, nicht verfahrensgegenständliche und nicht im Einzelnen festgestellte Betrugstaten erlangt worden waren. Durch diese Einlösungen generierte der Angeklagte E. D. weitere SIM-Karten-Guthaben in Höhe von insgesamt 166.525 €, die Angeklagte B. D. zusätzliche SIM-Karten-Guthaben in Höhe von insgesamt 178.870 €. Auch die so aufgeladenen weiteren Prepaid-SIM-Karten gaben die Angeklagten nach kurzer Zeit an ihren Mittelsmann weiter.

II.

10 1. Die Revisionen sind beschränkt auf die Anordnungen der Einziehung und der erweiterten Einziehung des Wertes von Taterträgen eingelegt worden; diese Beschränkungen sind wirksam (vgl. BGH, Urteile vom 6. März 2019 - 5 StR 543/18, juris Rn. 8; vom 27. September 2018 - 4 StR 78/18, NStZ-RR 2019, 22; vom 15. Mai 2018 - 1 StR 651/17, NStZ-RR 2018, 241; vom 8. Februar 2018 - 3 StR 560/17, BGHR StPO § 344 Abs. 1 Beschränkung 25 Rn. 4; vom 17. Juni 2010 - 4 StR 126/10, BGHSt 55, 174, 175 f.; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl., § 344 Rn. 7 i.V.m. § 318 Rn. 22a).

11 2. Die Anordnungen der Einziehung des Wertes von Taterträgen gemäß § 73 Abs. 1, § 73c Satz 1 StGB i.V.m. § 316h Satz 1 EGStGB betreffend den Angeklagten E. D. in Höhe eines Betrages von 32.082 € und betreffend die Angeklagte B. D. in Höhe eines Betrages von 16.410 € lassen keinen Rechtsfehler erkennen.

- 12 a) Die Angeklagten erlangten durch die Einlösung von Prepaid-Aufladecodes, die durch die verfahrensgegenständlichen Taten beschafft wurden, und die daraus resultierenden Guthaben auf Prepaid-SIM-Karten, die sich in ihrem Besitz befanden und über die sie zumindest einige Tage lang jeweils die Verfügungsgewalt hatten, selbst Taterträge in Höhe der genannten Summen.
- 13 Beim Erlangen im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB handelt es sich um einen tatsächlichen Vorgang. Durch die Tat erlangt wird ein Vermögenswert, wenn er dem Täter oder Teilnehmer unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes in irgendeiner Phase des Tatablaus derart zufließt, dass er seiner faktischen Verfügungsgewalt unterliegt. Auf zivilrechtliche Besitz- oder Eigentumsverhältnisse kommt es dabei nicht an (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 26. Mai 2021 - 3 StR 58/21, juris Rn. 9; Urteile vom 15. Juli 2020 - 2 StR 46/20, NStZ 2021, 221 Rn. 14; vom 9. Oktober 2019 - 1 StR 170/19, BGHR StGB § 73 Erlangtes 30 Rn. 11; vom 7. März 2019 - 5 StR 569/18, NStZ 2019, 272 Rn. 6; vom 27. September 2018 - 4 StR 78/18, NStZ-RR 2019, 22; vom 24. Mai 2018 - 5 StR 623/17 u.a., juris Rn. 8; vom 2. Juli 2015 - 3 StR 157/15, BGHR StGB § 73 Erlangtes 16 Rn. 13; vom 28. Oktober 2010 - 4 StR 215/10, BGHSt 56, 39 Rn. 19; BT-Drucks. 18/9525 S. 62). Faktische Verfügungsgewalt liegt jedenfalls dann vor, wenn der Tatbeteiligte im Sinne eines rein tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses ungehinderten Zugriff auf den betreffenden Vermögensgegenstand nehmen kann (BGH, Beschluss vom 26. Mai 2021 - 3 StR 58/21, juris Rn. 9; Urteile vom 15. Juli 2020 - 2 StR 46/20, NStZ 2021, 221 Rn. 14; vom 9. Oktober 2019 - 1 StR 170/19, BGHR StGB § 73 Erlangtes 30 Rn. 11).
- 14 Diese Voraussetzungen sind vorliegend gegeben. Denn die Angeklagten hatten rein tatsächlich die Möglichkeit, über die von ihnen mit Guthaben in Höhe von 32.082 € beziehungsweise 16.410 € aufgeladenen und damit in dieser Höhe

werthaltigen SIM-Karten bis zu deren Rückgabe an ihren Mittelsmann zu verfügen.

15 b) Die Taterträge wurden zudem - was für eine Einziehungsentscheidung nach § 73 Abs. 1, § 73c Satz 1 StGB erforderlich ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 19. August 2020 - 3 StR 219/20, juris Rn. 6; vom 8. November 2018 - 4 StR 297/18, NStZ 2019, 271 Rn. 8) - gerade aus den Taten erlangt, wegen derer die Angeklagten verurteilt worden sind.

16 c) Rechtlich unerheblich ist insofern, dass die Angeklagten die SIM-Karten einige Tage nach deren Aufladung verabredungsgemäß an einen Mittelsmann der Gruppierung zurückgaben und als Entlohnung für ihre Mitwirkung an den Betrugstaten jeweils nur ein verhältnismäßig geringes Entgelt erhielten (vgl. BGH, Urteile vom 13. November 2019 - 5 StR 343/19, juris Rn. 13; vom 6. März 2019 - 5 StR 543/18, juris Rn. 12; vom 21. November 2018 - 2 StR 262/18, NStZ 2019, 221 Rn. 7; vom 24. Mai 2018 - 5 StR 623/17 u.a., juris Rn. 8). Eine Ausnahmekonstellation des bloß "transitorischen" Besitzes (vgl. insofern BGH, Beschluss vom 21. August 2018 - 2 StR 311/18, NStZ 2019, 20 f.; Urteil vom 7. Juni 2018 - 4 StR 63/18, BGHR StGB § 73c Abs. 1 Erlangtes 1) ist hier nicht gegeben.

17 d) Da die gegenständliche Einziehung der erlangten Guthaben (§ 73 Abs. 1 StGB) aufgrund der Weggabe der aufgeladenen SIM-Karten nicht mehr möglich ist, unterliegen gemäß § 73c Satz 1 StGB dem Wert der Taterträge entsprechende Geldbeträge der Einziehung.

18 3. Dagegen haben die Anordnungen der erweiterten Einziehung des Wertes von Taterträgen gemäß § 73a Abs. 1, § 73c Satz 1 StGB i.V.m. § 316h Satz 1 EGStGB keinen Bestand; diese sind durchgreifend rechtsfehlerhaft.

- 19 a) Die Anwendung des § 73a Abs. 1 StGB, auch in Verbindung mit § 73c Satz 1 StGB, setzt voraus, dass die Herkunft der Einziehungsgegenstände aus rechtswidrigen Taten feststeht, aber eine sichere Zuordnung zu konkreten oder zumindest konkretisierbaren einzelnen Taten nach Ausschöpfung aller Beweismittel ausgeschlossen ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 19. August 2020 - 3 StR 219/20, juris Rn. 7; vom 8. November 2018 - 4 StR 297/18, NStZ 2019, 271 Rn. 8). Sofern die betreffenden Gegenstände einzelnen rechtswidrigen Herkunftstaten zugeordnet werden können oder könnten, und sei es erst nach weiteren Ermittlungen oder Beweiserhebungen, scheidet eine erweiterte Einziehung von Taterträgen (§ 73a Abs. 1 StGB) beziehungsweise des Wertes von Taterträgen (§ 73c StGB) aus. Vielmehr ist dann eine Einziehung von Taterträgen nach § 73 Abs. 1 StGB beziehungsweise des Wertes von Taterträgen nach § 73c Satz 1 StGB einem (gesonderten) Verfahren wegen dieser anderen Straftaten vorbehalten. § 73a Abs. 1 StGB ist mithin subsidiär gegenüber § 73 Abs. 1 StGB (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschlüsse vom 30. Juni 2021 - 3 StR 153/21, juris Rn. 6; vom 26. Mai 2021 - 3 StR 58/21, juris Rn. 6; vom 4. Mai 2021 - 3 StR 67/21, juris Rn. 3; vom 26. Mai 2020 - 2 StR 44/20, juris Rn. 10; vom 9. Januar 2020 - 4 StR 345/19, juris Rn. 13; vom 13. November 2019 - 3 StR 249/19, juris Rn. 3; vom 16. Juli 2019 - 2 StR 268/19, BGHR StGB § 73a Abs. 1 Einziehung 2 Rn. 8; vom 4. April 2018 - 3 StR 63/18, juris Rn. 6; Fischer, StGB, 69. Aufl., § 73a Rn. 5).
- 20 b) Den Urteilsgründen lässt sich entnehmen, dass eine Konkretisierung der Betrugstaten, durch welche die weiteren Aufladecodes erlangt wurden, die von den Angeklagten eingelöst wurden und mittels derer sie weitere SIM-Kartenguthaben in Höhe von 166.525 € beziehungsweise 178.870 € generierten, möglich war. Es hätten über die Telekommunikationsanbieter, denen die betreffenden Cash-Codes zuzuordnen waren, die Verkaufsstellen in Erfahrung gebracht werden können, bei denen die betreffenden Aufladenummern telefonisch erfragt wur-

den. Damit kommt eine erweiterte Einziehung des Wertes von Taterträgen nach § 73a Abs. 1, § 73c StGB hinsichtlich der vorgenannten Geldbeträge im vorliegenden Verfahren aus Rechtsgründen nicht in Betracht.

- 21 c) Die Anordnungen der erweiterten Einziehung des Wertes von Taterträgen haben daher in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO zu entfallen.

III.

- 22 Die Kostenentscheidung folgt aus § 473 Abs. 4 StPO. Angesichts des überwiegenden Teilerfolgs der Revisionen wäre es unbillig, die Beschwerdeführer mit den gesamten Kosten ihrer Rechtsmittel und den gesamten ihnen im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen eigenen Auslagen zu belasten.

- 23 Bei der Frage, ob ein Teilerfolg dazu führt, die Rechtsmittelkosten ganz oder zum Teil der Staatskasse aufzuerlegen, kommt es im Wesentlichen auf das Maß des erreichten Erfolges sowie darauf an, ob der Angeklagte die angefochtene Entscheidung hingenommen hätte, wenn sie entsprechend der neuen Entscheidung gelautet hätte (vgl. BGH, Beschlüsse vom 26. Mai 2021 - 5 StR 458/20, NStZ-RR 2021, 229, 230; vom 25. Februar 2021 - 1 StR 423/20, NJW 2021, 1829 Rn. 7; vom 21. September 1988 - 3 StR 349/88, BGHR StPO § 473 Abs. 4 Quotelung 4; vom 21. Oktober 1986 - 4 StR 553/86, NStZ 1987, 86). Hier ist der Umfang der Wertersatzeinziehungen durch den Wegfall der Anordnungen der erweiterten Einziehung des Wertes von Taterträgen derart reduziert, dass es der Billigkeit entspricht, die Rechtsmittelkosten in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang der Staatskasse aufzuerlegen.

24 Ob der Vorgehensweise des 1. Strafsenats (BGH, Beschluss vom 25. Februar 2021 - 1 StR 423/20, NJW 2021, 1829 Rn. 6 ff.; s. auch BGH, Beschlüsse vom 21. Oktober 2021 - 1 StR 252/21, juris Rn. 3; vom 11. August 2021 - 1 StR 253/21, juris Rn. 9; vom 10. August 2021 - 1 StR 399/20, juris Rn. 42; vom 25. März 2021 - 1 StR 28/21, juris Rn. 13; vom 9. März 2021 - 1 StR 487/20, juris Rn. 4), bei Verringerung eines Einziehungsbetrages durch das Revisionsgericht im Rahmen der Entscheidung über eine unbeschränkt eingelegte Revision eine gesonderte Entscheidung über die lediglich die Einziehung betreffenden Kosten und notwendigen Auslagen des Angeklagten zu treffen, zu folgen ist (insofern kritisch BGH, Beschluss vom 26. Mai 2021 - 5 StR 458/20, NStZ-RR 2021, 229, 230), kann offenbleiben. Denn hier sind die Revisionen, wie dargetan, beschränkt auf die Anordnungen der Einziehung und erweiterten Einziehung des Wertes von Taterträgen eingelegt worden (vgl. BGH, Beschluss vom 5. Mai 2021 - 1 StR 502/20, juris Rn. 10).

25 Eine Änderung der Kostengrundentscheidung des erstinstanzlichen Urteils wegen der Reduktion der Einziehungsbeträge in entsprechender Anwendung des § 465 Abs. 2 StPO (vgl. BGH, Beschluss vom 25. Februar 2021 - 1 StR 423/20, NJW 2021, 1829 Rn. 10 ff.; s. auch BGH, Beschlüsse vom 21. Oktober 2021 - 1 StR 252/21, juris Rn. 2; vom 13. Oktober 2021 - 4 StR 270/21, juris Rn. 2; vom 11. August 2021 - 1 StR 253/21, juris Rn. 9; vom 10. August 2021

- 1 StR 399/20, juris Rn. 42; vom 5. Mai 2021 - 1 StR 502/20, juris Rn. 10; vom 25. März 2021 - 1 StR 28/21, juris Rn. 13; vom 9. März 2021 - 1 StR 487/20, juris Rn. 3) ist jedenfalls unter Billigkeitsgesichtspunkten nicht veranlasst.

VRiBGH Prof. Dr. Schäfer
ist erkrankt und deshalb ge-
hindert zu unterschreiben.

Paul

Berg

Paul

Erbguth

Kreicker

Vorinstanz:

Landgericht Osnabrück, 13.04.2021 - 12 KLS/1240 Js 14226/15 - 4/20