

HRRS-Nummer: HRRS 2019 Nr. 1232

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2019 Nr. 1232, Rn. X

BGH 3 StR 221/18 - Beschluss vom 21. August 2019 (LG Kleve)

Vermögensschaden beim Anstellungsbetrug (Eingehungsbetrug; Gefährdungsschaden; Beamtenstellung; persönliche und fachliche Eignung; private Anstellungsverhältnisse; Leistungserbringung; besondere Vertrauenswürdigkeit); Übernahme der Sache durch das Gericht höherer Ordnung vor der Berufungshauptverhandlung (Prozessökonomie; keine Willkür; gesetzlicher Richter); Zulässigkeit der mit der allgemeinen Sachrüge erhobenen Revision ohne ausdrücklichen Revisionsantrag.

§ 263 StGB; § 225a StPO; § 269 StPO; § 323 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 2 StPO; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Leitsätze des Bearbeiters

1. Nach den bisher in der Rechtsprechung des BGH geltenden Grundsätzen zum sog. Anstellungsbetrug - deren Vereinbarkeit mit der jüngeren Rechtsprechung des BVerfG zum Vermögensschaden (zum Betrug BVerfG HRRS 2012 Nr. 27) hier offenbleiben kann - tritt ein Vermögensschaden unter folgenden Umständen ein:

a) In eine Beamtenstellung betreffenden Fällen ist im Hinblick auf den Eintritt eines Vermögensschadens zwischen der fehlenden fachlichen Eignung und der fehlenden persönlichen Eignung zu unterscheiden. Täuscht der Beamte über für das Amt rechtlich unerlässliche Anforderungen an die fachliche Qualifikation, die nach Gesetz oder Verwaltungsvorschrift notwendige Voraussetzung für die Anstellung oder eine Beförderung ist, fehlt es regelmäßig an der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung. Der Beamte gilt als für sein Amt untauglich, auch wenn er zufriedenstellende dienstliche Leistungen erbringt, weil er - unter rechtlichen Gesichtspunkten - keine gleichwertige Gegenleistung für die ihm gewährten Bezüge zu erbringen vermag. Gleiches gilt für falsche Angaben zum Lebensalter und zur Laufbahn, wenn er infolgedessen unberechtigt ein höheres Gehalt erlangt.

b) Täuscht der Beamte hingegen über Umstände seiner persönlichen Eignung, die für das Amt unerlässlich sind, kommt es für das Vorliegen eines Vermögensschadens - wiederum unabhängig von der Qualität der erbrachten Leistungen - darauf an, ob die Täuschung Umstände betrifft, die der Einstellung des Täters rechtlich entgegenstehen. Wenn der Beamte wegen fehlender persönlicher Eignung nicht hätte eingestellt werden dürfen oder hätte entlassen werden müssen, ist demgemäß ein Vermögensschaden anzunehmen.

c) Auf private Anstellungsverhältnisse sind die für Beamte entwickelten Maßstäbe grundsätzlich nicht übertragbar. Ein Vermögensschaden wird in solchen Fällen in erster Linie danach bemessen, ob der Angestellte die Leistungen erbringen kann, die nach seiner gehaltlichen Eingruppierung oder dem Anstellungsvertrag von ihm erwartet werden dürfen. Dabei ist es unerheblich, ob der Angestellte von einem Privaten oder von der öffentlichen Hand beschäftigt wird. d) Ausnahmsweise sind die für Beamte entwickelten Grundsätze dann anzuwenden, wenn die dem Dienstverpflichteten gestellten Aufgaben eine besondere Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit erfordern und mit Rücksicht darauf die Bezahlung höher ausfällt oder wenn Anstellung und Höhe der Bezüge - ähnlich wie bei Beamten - eine abgeschlossene Ausbildung voraussetzen oder von Art und Dauer früherer Beschäftigung abhängen. Darüber hinaus ist ein Gefährdungsschaden darin zu sehen, dass ein Angestellter erhebliche Vorstrafen wegen Vermögensdelikten verschwiegen hatte und in der neuen Stellung über Vermögen des Arbeitgebers verfügen konnte. Nicht ausreichend für die Annahme eines Vermögensschadens ist hingegen, dass der Getäuschte den Täter ohne die Täuschung nicht eingestellt hätte.

2. Nach § 269 StPO bleibt das Gericht höherer Ordnung im Hauptverfahren aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung und der Prozessökonomie auch dann zur Entscheidung berufen, wenn seine Zuständigkeit tatsächlich nicht gegeben ist. Dieser Grundsatz erfährt jedoch eine Einschränkung in Fällen, in denen die unzutreffende Annahme der Zuständigkeit auf sachfremden oder anderen offensichtlich nicht haltbaren Erwägungen beruht, sich die Entscheidung mithin als objektiv willkürlich erweist und dadurch zugleich der Anspruch des Angeklagten auf seinen gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG) verletzt wird.

3. § 225a Abs. 1 StPO ist im Vorfeld der Berufungsverhandlung entsprechend anwendbar. Dass § 323 Abs. 1 StPO für die Vorbereitung der Berufungshauptverhandlung nur auf die Vorschriften des § 214 sowie der §§

216 bis 225 StPO verweist, spricht nicht gegen eine insoweit planwidrige Regelungslücke. Die unterbliebene Erwähnung von § 225a StPO in § 323 Abs. 1 StPO beruht vielmehr ersichtlich auf einem bloßen Redaktionsversehen, welches darauf zurückzuführen ist, dass § 323 Abs. 1 StPO mit seinem jetzigen Regelungsgehalt schon in der StPO enthalten war, als § 225a StPO durch das Strafverfahrensänderungsgesetz 1979 vom 5. Oktober 1978 eingeführt wurde.

4. Eines besonders hervorgehobenen Revisionsantrags bedarf es zumindest im Fall der Einlegung der Revision durch den Angeklagten dann nicht, wenn sich das Begehren des Beschwerdeführers aus der Revisionsbegründung ergibt. In der Erhebung der uneingeschränkten allgemeinen Sachrüge durch den Angeklagten ist regelmäßig die Erklärung zu sehen, dass das Urteil insgesamt angefochten werden soll. Die Erhebung der allgemeinen Sachrüge bereits mit Einlegung der Revision ist insofern nicht anders zu bewerten.

Entscheidungstenor

Der Beschluss der auswärtigen großen Strafkammer des Landgerichts Kleve in Moers vom 12. März 2018, durch den die Revision der Angeklagten gegen das Urteil der auswärtigen großen Strafkammer des Landgerichts Kleve in Moers vom 21. Dezember 2017 als unzulässig verworfen worden ist, wird aufgehoben.

Auf die Revision der Angeklagten wird das vorbezeichnete Urteil

im Schuldspruch dahin geändert, dass die Angeklagte in den Fällen II.5., II.6. und II.7. der Urteilsgründe jeweils des versuchten Betruges schuldig ist,

aufgehoben

im Fall II.10. der Urteilsgründe,

im Ausspruch über die Einzelstrafen in den Fällen II.5., II.6., II.7. und II.12. der Urteilsgründe,

im Ausspruch über die weitere Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten; jedoch bleiben die jeweils zugehörigen Feststellungen aufrechterhalten.

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.

Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagte - unter Freispruch im Übrigen - wegen Betruges in elf Fällen und wegen 1
Urkundenfälschung unter Einbeziehung früher verhängter Einzelstrafen aus zwei Vorverurteilungen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und zu einer weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die dagegen gerichtete, auf die allgemeine Sachrüge und eine nicht ausgeführte Verfahrensrüge gestützte Revision der Angeklagten hat das Landgericht mit Beschluss vom 12. März 2018 wegen Versäumung der Revisionsbegründungsfrist nach § 346 Abs. 1 StPO verworfen. Der gegen den Verwerfungsbeschluss gerichtete Antrag der Angeklagten auf Entscheidung des Revisionsgerichts gemäß § 346 Abs. 2 StPO ist begründet. Die Revision der Angeklagten hat in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

I.

Der Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts nach § 346 Abs. 2 StPO hat Erfolg. Hierzu hat der 2
Generalbundesanwalt in seiner Zuschrift ausgeführt:

„Die Verteidigerin hat bereits mit - fristgerecht erfolgter - Einlegung der Revision die Verletzung formellen und 3
materiellen Rechts gerügt. Zwar enthält dieser Schriftsatz keinen ausdrücklichen Antrag im Sinne des § 344 Abs. 1, § 352 Abs. 1 StPO - eine weitere Begründung der Revision ist innerhalb der Revisionsbegründungsfrist nicht erfolgt -, doch ist dies unschädlich. Eines besonders hervorgehobenen Revisionsantrags bedarf es zumindest im Fall der Einlegung der Revision durch den Angeklagten dann nicht, wenn sich das Begehren des Beschwerdeführers aus der Revisionsbegründung ergibt (BGHR StPO § 344 Abs. 1 Antrag 4; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. § 344 Rn. 2). In der Erhebung der uneingeschränkten allgemeinen Sachrüge durch den Angeklagten ist regelmäßig die Erklärung zu sehen, dass das Urteil insgesamt angefochten werden soll (BGH, Beschluss vom 07.01.1999 - 4 StR 652/98, BeckRS 1999, 30041154). Die Erhebung der allgemeinen Sachrüge bereits mit Einlegung der Revision führt vorliegend zu keiner anderen Betrachtung.“

Dem schließt sich der Senat an. 4

II.

Die Revision der Angeklagten ist teilweise begründet. 5

1. Ein Verfahrenshindernis besteht nicht. Das Landgericht hat seine sachliche Zuständigkeit auch im Hinblick auf die bezüglich der Fälle II.1., II.2., II.3. und II.4. der Urteilsgründe zu treffenden Rechtsfolgenentscheidungen rechtsfehlerfrei angenommen. 6

a) Dem liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde: 7

Am 18. Februar 2015 verurteilte das Amtsgericht Moers die Angeklagte wegen Betruges in vier Fällen und wegen Urkundenfälschung unter Einbeziehung von Einzelstrafen, die das Amtsgericht Dortmund durch Urteil vom 2. April 2014 gegen die Angeklagte verhängt hatte, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren. Auf die Berufung der Angeklagten erkannte das Landgericht Kleve auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten und verwarf die weitergehende Berufung. Auf die Revision der Angeklagten hob das Oberlandesgericht Düsseldorf mit Beschluss vom 19. Dezember 2016 den Schuldspruch in einem Fall (Fall 5) sowie den gesamten Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen auf, verwarf die Revision im Übrigen und verwies die Sache an eine andere kleine Strafkammer des Landgerichts Kleve zurück. 8

Die daraufhin mit der Sache befasste Berufungsstrafkammer stellte das Verfahren auf Antrag der Staatsanwaltschaft gemäß § 154 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StPO vorläufig ein, soweit es den Fall 5 betraf. Mit Beschluss vom 20. Juli 2017 legte sie die Sache entsprechend § 225a Abs. 1 StPO der erstinstanzlichen Strafkammer beim Landgericht Kleve zur Übernahme vor. Sie hielt deren Zuständigkeit für begründet, weil das Amtsgericht Moers die Angeklagte zwischenzeitlich durch rechtskräftiges Urteil vom 5. Oktober 2016 wegen Betruges in sechs Fällen unter Einbeziehung der Einzelstrafen aus dem Urteil des Amtsgerichts Dortmund vom 2. April 2014 zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und wegen Betruges in drei Fällen, wegen Beihilfe zum Betrug sowie wegen vorsätzlichen Fahrens ohne Fahrerlaubnis in vier Fällen zu einer weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt hatte. Die Berufungsstrafkammer sah ihre Straf Gewalt (§ 24 Abs. 2 GVG) als überschritten an, weil nunmehr eine Gesamtstrafe unter Einbeziehung der durch die Urteile des Amtsgerichts Dortmund vom 2. April 2014 und des Amtsgerichts Moers vom 5. Oktober 2016 festgesetzten Einzelstrafen zu bilden war, die bereits für sich genommen zu der vom Amtsgerichts Moers verhängten Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren geführt hatten. Mit Beschluss vom 24. August 2017 übernahm die große Strafkammer des Landgerichts Kleve das Verfahren, das die jetzt abgeurteilten Fälle II.1., II.2., II.3. und II.4. der Urteilsgründe zum Gegenstand hatte, und verband es zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung mit demjenigen, das bereits wegen der übrigen nunmehr abgeurteilten Taten bei ihr anhängig war. 9

b) Diese Verfahrensweise ist nicht zu beanstanden. 10

aa) Es kann offenbleiben, ob die rechtliche Überprüfung der Abgabe eines Verfahrens durch die Berufungsstrafkammer und dessen Übernahme durch eine erstinstanzlich tätige Strafkammer des Landgerichts einer den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO genügenden Verfahrensrüge bedarf (vgl. BGH, Beschluss vom 30. Juli 1996 - 5 StR 288/95, BGHSt 42, 205, 211 ff.; Urteil vom 22. April 1997 - 1 StR 701/96, BGHSt 43, 53, 56) oder ob die Überprüfung von Amts wegen vorzunehmen ist, weil die sachliche Zuständigkeit des Landgerichts und damit zugleich die sachliche Zuständigkeit des Revisionsgerichts in Frage steht (BGH, Beschluss vom 12. Dezember 1991 - 4 StR 506/91, BGHSt 38, 172, 176; Urteil vom 27. Februar 1992 - 4 StR 23/92, BGHSt 38, 212). Denn auch bei einer Überprüfung von Amts wegen ergibt sich kein Verfahrenshindernis. 11

bb) Gemäß § 6 StPO ist die sachliche Zuständigkeit des zur Urteilsfindung berufenen Strafgerichts in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen. Nach § 269 StPO bleibt das Gericht höherer Ordnung indes im Hauptverfahren aus Gründen der Verfahrensbeschleunigung und der Prozessökonomie auch dann zur Entscheidung berufen, wenn seine Zuständigkeit tatsächlich nicht gegeben ist. Dieser Norm liegt der Gedanke zugrunde, dass die weitergehende Zuständigkeit des Gerichts höherer Ordnung die dahinter zurückbleibende des Gerichts niederer Ordnung mit einschließt; durch die Verhandlung vor einem an sich unzuständigen höheren Gericht wird der Angeklagte grundsätzlich nicht benachteiligt. Dieser Grundsatz erfährt jedoch eine Einschränkung in Fällen, in denen die unzutreffende Annahme der Zuständigkeit auf sachfremden oder anderen offensichtlich nicht haltbaren Erwägungen beruht, sich die Entscheidung mithin als objektiv willkürlich erweist und dadurch zugleich der Anspruch des Angeklagten auf seinen gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) verletzt wird (vgl. BGH, Beschluss vom 19. Februar 2009 - 3 StR 439/08, NStZ 2009, 579 f.; Urteile vom 3. Februar 2016 - 2 StR 481/14, NStZ 2017, 240, 241, sowie 2 StR 159/15, NStZ-RR 2016, 220, 221, jeweils mwN). Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. 12

(1) Die große Strafkammer des Landgerichts hat das zunächst bei der Berufungsstrafkammer anhängige Verfahren nicht objektiv willkürlich übernommen. Die der Übernahme zugrundeliegenden Erwägungen waren weder sachfremd noch anderweitig offensichtlich unhaltbar, sondern im Gegenteil in der Sache ohne Weiteres nachvollziehbar. Maßgeblich war allein die drohende Überschreitung der Strafgewalt der kleinen Strafkammer bei der nach § 55 StGB grundsätzlich zwingend zu bildenden Gesamtstrafe. Denn die Berufungsstrafkammer hätte die durch die Urteile des Amtsgerichts Dortmund vom 2. April 2014 und des Amtsgerichts Moers vom 5. Oktober 2016 verhängten Einzelstrafen einbeziehen müssen, die das Amtsgericht Moers als solche bereits auf eine Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren zurückgeführt hatte. 13

(2) Zudem hat sich die Berufungsstrafkammer bei der Vorlage der Sache in entsprechender Anwendung des § 225a Abs. 1 StPO ausdrücklich an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs orientiert, wonach eine solche Verfahrensweise im Interesse der Verfahrensbeschleunigung und der Prozessökonomie zulässig ist (BGH, Beschluss vom 19. Dezember 2002 - 1 StR 306/02, NStZ 2003, 320); dies entspricht auch der überwiegend im Schrifttum vertretenen Auffassung (vgl. etwa KK/Gmel, StPO, 8. Aufl., § 225a Rn. 4; Radtke/Hohmann/Britz, StPO, § 225a Rn. 1; SKStPO/Deiters/Albrecht, 5. Aufl., § 225a Rn. 3; SSWStPO/Grube, 3. Aufl., § 225a Rn. 4). Der teilweise vertretenen Gegenmeinung, die sich darauf stützt, dass § 323 Abs. 1 StPO für die Vorbereitung der Berufungshauptverhandlung nur auf die Vorschriften des § 214 sowie der §§ 216 bis 225 StPO verweist und es an einer planwidrigen Regelungslücke fehle (vgl. KMR/Eschelbach, StPO, § 225a Rn. 7; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62. Aufl., § 225a Rn. 2), ist demgegenüber nicht zu folgen. Die unterbliebene Erwähnung von § 225a StPO in § 323 Abs. 1 StPO beruht ersichtlich auf einem bloßen Redaktionsversehen, welches darauf zurückzuführen ist, dass § 323 Abs. 1 StPO mit seinem jetzigen Regelungsgehalt schon in der StPO enthalten war, als § 225a StPO durch das Strafverfahrensänderungsgesetz 1979 vom 5. Oktober 1978 (BGBl. I S. 1645) eingeführt wurde. 14

(3) Der Übernahme des Verfahrens durch die große Strafkammer zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung mit dem bei ihr anhängigen Verfahren stand nicht entgegen, dass das erstinstanzliche Urteil bereits in horizontale Teilrechtskraft erwachsen war, soweit es die Schuldsprüche in den vier Fällen betraf, die noch Verfahrensgegenstand waren. Zwar scheidet die Verbindung eines Berufungsverfahrens zu einem erstinstanzlichen Verfahren mit der Folge einer Verfahrensverschmelzung entsprechend § 4 StPO grundsätzlich aus, wenn in dem Berufungsverfahren horizontale Teilrechtskraft eingetreten ist, weil insoweit eine Überführung in ein insgesamt erstinstanzliches Verfahren nicht möglich ist (BGH, Urteil vom 15. Dezember 1989 - 4 StR 616/89, BGHSt 36, 348, 350 f.; Beschlüsse vom 10. September 1990 - 3 StR 281/90, BGHR StPO § 237 Verbindung 4; vom 18. April 1991 - 4 StR 131/91, juris Rn. 3). In den hier in Rede stehenden Konstellationen, in denen das erstinstanzliche Urteil im Schuldspruch rechtskräftig geworden ist, die Strafgewalt der kleinen Strafkammer jedoch im Hinblick auf eine nunmehr zu bildende Gesamtstrafe nicht ausreicht, ist eine Verfahrensverbindung analog § 4 StPO aber zulässig. Die Teilrechtskraft wird durch die Übernahme des Verfahrens entsprechend § 225 Abs. 3 Satz 1 StPO in solchen Fällen nicht durchbrochen. Sie entfaltet vielmehr innerprozessuale Bindungswirkung (vgl. dazu BGH, Beschlüsse vom 10. Januar 2007 - 5 StR 305/06, BGHSt 51, 202 Rn. 10; vom 20. Juni 2017 - 1 StR 458/16, BGHSt 62, 202 Rn. 12 f.) mit der Folge, dass die übernehmende Strafkammer insoweit nur noch eine Rechtsfolgenentscheidung und die dafür maßgeblichen Feststellungen zu treffen hat. Dementsprechend ist das Landgericht hier verfahren. 15

c) Der Senat sieht indes Anlass, auf Folgendes hinzuweisen: 16

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Berufungsgericht in Fällen, in denen es - wie hier - seine Strafgewalt im Hinblick auf eine gemäß § 55 StGB zu bildende Gesamtstrafe für nicht ausreichend erachtet, ausnahmsweise nicht zur Bildung einer Gesamtstrafe verpflichtet, sondern kann dies dem Beschlussverfahren gemäß den §§ 460, 462 StPO überlassen. Das ist empfehlenswert, weil dadurch etwaige mit einem Wechsel vom Berufungsverfahren in ein erstinstanzliches Verfahren verbundene Probleme vermieden werden (vgl. BGH, Urteil vom 30. Oktober 1986 - 4 StR 368/86, BGHSt 34, 204, 206 f.; Beschlüsse vom 27. Juni 1989 - 4 StR 236/89, juris Rn. 5; vom 22. Mai 1990 - 4 StR 210/90, BGHSt 37, 42, 44 f.). 17

2. Die Verfahrensrüge ist nicht ausgeführt und deshalb unzulässig (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). 18

3. Die auf die Sachrüge gebotene umfassende Überprüfung des angefochtenen Urteils hat hinsichtlich der Schuldsprüche in den Fällen II.5., II.6. und II.7. (nachfolgend a)) sowie II.10. (unten b)) und bei der Bemessung der Einzelstrafe im Fall II.12. (unten c)) der Urteilsgründe Rechtsfehler zu Lasten der Angeklagten ergeben. 19

a) Die Verurteilung der Angeklagten wegen vollendeten Betruges in den Fällen II.5., II.6. und II.7. der Urteilsgründe hat keinen Bestand. 20

Nach den Feststellungen der Strafkammer betankte die Angeklagte in den Monaten August und September 2015 insgesamt dreimal bei verschiedenen Tankstellen ihren BMW mit Diesel im Wert von 80 €, 105,62 € und 77,15 €, 21

ohne zu bezahlen. Sie unterzeichnete jeweils ein Schuldanerkenntnis, in dem sie erklärte, den geschuldeten Betrag überweisen zu wollen. Die Angeklagte handelte in allen Fällen unter Vortäuschung ihrer Zahlungsfähigkeit und Zahlungsbereitschaft und hatte von Anfang an nicht vor, die gegen sie entstehenden Forderungen zu begleichen.

Diese Feststellungen tragen die Bewertung der Taten als vollendeten Betrug nicht. Nach ständiger Rechtsprechung setzt die Annahme der Tatvollendung in Fällen eines sog. Tankbetruges voraus, dass der Täter durch (konkludentes) Vortäuschen seiner Zahlungsbereitschaft bei einem Tankstellenbeschäftigten einen Irrtum hervorruft, der anschließend zu der schädigenden Vermögensverfügung (Einverständnis mit dem Tankvorgang) führt. Hierfür ist die Feststellung erforderlich, dass der Tankvorgang vom Personal überhaupt bemerkt wurde. Fehlt - wie hier - eine entsprechende Feststellung, ist mangels Irrtumserregung nur ein versuchter Betrug gegeben (vgl. etwa BGH, Urteil vom 5. Mai 1983 - 4 StR 121/83, NJW 1983, 2827; Beschluss vom 13. Januar 2016 - 4 StR 532/15, NJW 2016, 1109 Rn. 4). 22

Der Senat ändert die betreffenden Schuldsprüche in analoger Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO entsprechend ab. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, da sich die geständige Angeklagte nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können. Die Schuldspruchänderung entzieht den jeweiligen Einzelstrafen die Grundlage, so dass diese der Aufhebung unterliegen. 23

b) Die zu Fall II.10. der Urteilsgründe getroffenen Feststellungen tragen die Verurteilung der Angeklagten wegen Betruges nicht. 24

aa) Danach bewarb sich die Angeklagte, die ausgebildete Krankenschwester ist und diesen Beruf in der Vergangenheit bei häufig wechselnden Arbeitgebern ausgeübt hatte, bei der Justizvollzugsanstalt Moers-Kapellen als Krankenpflegerin. Dabei gab die vielfach wegen Betrugstaten vorbestrafte Angeklagte wahrheitswidrig an, nicht vorbestraft zu sein und von 1996 bis 2014 durchgehend in einem Krankenhaus in Frankfurt am Main gearbeitet zu haben. Sie wurde ab dem 2. Mai 2016, befristet bis Ende Februar 2017, in der Justizvollzugsanstalt als Krankenpflegerin eingestellt. 25

Das Landgericht hat das Verhalten der Angeklagten als Betrug gewertet, weil die Angeklagte über charakterliche Mängel getäuscht und nur deshalb eine Stelle im öffentlichen Dienst erhalten habe, die derjenigen eines Beamten gleichstehe. 26

bb) Diese Bewertung hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Die Feststellungen belegen weder, dass und gegebenenfalls in welcher Höhe der Justizvollzugsanstalt bzw. dem Land Nordrhein-Westfalen ein irrtumsbedingter Vermögensschaden entstanden ist, noch, ob die Angeklagte mit dem erforderlichen Schädigungsvorsatz und in der Absicht rechtswidriger Bereicherung handelte. 27

Nach der bisherigen, vom Bundesverfassungsgericht bestätigten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist anerkannt, dass sich unter dem Gesichtspunkt des sog. Anstellungsbetruges gemäß § 263 StGB strafbar machen kann, wer durch wahrheitswidrige Angaben eine Anstellung im öffentlichen Dienst erschleicht (vgl. etwa BGH, Beschluss vom 18. Februar 1999 - 5 StR 193/98, BGHSt 45, 1 mwN; BVerfG, Beschluss vom 20. Mai 1998 - 2 BvR 1385/95, NJW 1998, 2589). Es kann dahinstehen, ob an den dazu entwickelten Grundsätzen vor dem Hintergrund der neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, wonach die Anforderungen an die Feststellung eines Vermögensschadens gestiegen sind, festgehalten werden kann. Denn hier tragen die Feststellungen schon auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung die Annahme eines Vermögensschadens nicht. Im Einzelnen: 28

(1) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt: 29

Der Anstellungsbetrag ist ein Unterfall des Eingehungsbetruges, bei dem der Eintritt eines Vermögensschadens wie auch sonst nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise so zu ermitteln ist, dass ein Vermögensvergleich bezogen auf den Zeitpunkt der Vermögensverfügung, das heißt der Anstellungsentscheidung beziehungsweise des Vertragsschlusses, vorzunehmen ist. Dabei ist der Wert der gegenseitigen Ansprüche zu vergleichen. Wenn der Wert des Anspruchs auf die Leistung des Täuschenden (bei Beamten die Amtsführung, bei Angestellten die zu erbringende Arbeitsleistung) hinter dem Wert der Verpflichtung zur Gegenleistung durch den Getäuschten (Dienstbezüge, Arbeitsentgelt) zurückbleibt, erleidet der Getäuschte einen Vermögensschaden. Da die Vertragspflichten bei Vertragsschluss - nicht aber die künftig erbrachten Leistungen im Rahmen der Vertragsführung - gegenüberzustellen sind, handelt es sich um einen aus ex ante Sicht zu beurteilenden Gefährdungsschaden, der schadensgleich sein muss, um einen Vermögensschaden im Sinne des § 263 StGB zu begründen. Die nach Vertragsschluss erbrachten Leistungen können bei der Beurteilung der Frage, ob bei Vertragsschluss eine Vermögensgefährdung eingetreten war, als Indiz herangezogen werden (BGH, Beschluss vom 18. Februar 1999 - 5 StR 193/98, BGHSt 45, 1, 4 f. mwN). Insoweit bestehen Unterschiede bei der Beurteilung von Beamten (sog. Amterschleichung) und Angestellten. 30

In den eine Beamtenstellung betreffenden Fällen ist im Hinblick auf den Eintritt eines Vermögensschadens zwischen der fehlenden fachlichen Eignung und der fehlenden persönlichen Eignung zu unterscheiden. Täuscht der Beamte über für das Amt rechtlich unerlässliche Anforderungen an die fachliche Qualifikation, die nach Gesetz oder Verwaltungsvorschrift notwendige Voraussetzung für die Anstellung oder eine Beförderung ist, fehlt es regelmäßig an der Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung. Der Beamte gilt als für sein Amt untauglich, auch wenn er zufriedenstellende dienstliche Leistungen erbringt, weil er - unter rechtlichen Gesichtspunkten - keine gleichwertige Gegenleistung für die ihm gewährten Bezüge zu erbringen vermag. Gleiches gilt für falsche Angaben zum Lebensalter und zur Laufbahn, wenn er infolgedessen unberechtigt ein höheres Gehalt erlangt. 31

Täuscht der Beamte hingegen über Umstände seiner persönlichen Eignung, die für das Amt unerlässlich sind, kommt es für das Vorliegen eines Vermögensschadens - wiederum unabhängig von der Qualität der erbrachten Leistungen - darauf an, ob die Täuschung Umstände betrifft, die der Einstellung des Täters rechtlich entgegenstehen. Wenn der Beamte wegen fehlender persönlicher Eignung nicht hätte eingestellt werden dürfen oder hätte entlassen werden müssen, ist demgemäß ein Vermögensschaden anzunehmen (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Februar 1999 - 5 StR 193/98, BGHSt 45, 1, 6 f. mwN). 32

Auf private Anstellungsverhältnisse sind die für Beamte entwickelten Maßstäbe grundsätzlich nicht übertragbar (so schon RG, Urteil vom 13. Juli 1939 - 3 D 472/39, RGSt 73, 268). Ein Vermögensschaden wird in solchen Fällen in erster Linie danach bemessen, ob der Angestellte die Leistungen erbringen kann, die nach seiner gehaltlichen Eingruppierung oder dem Anstellungsvertrag von ihm erwartet werden dürfen (BGH, Urteil vom 5. Januar 1951 - 2 StR 29/50, BGHSt 1, 13, 14 f.). Dabei ist es unerheblich, ob der Angestellte von einem Privaten oder von der öffentlichen Hand beschäftigt wird. 33

Ausnahmsweise sind die für Beamte entwickelten Grundsätze dann anzuwenden, wenn die dem Dienstverpflichteten gestellten Aufgaben eine besondere Vertrauenswürdigkeit und Zuverlässigkeit erfordern und mit Rücksicht darauf die Bezahlung höher ausfällt oder wenn Anstellung und Höhe der Bezüge - ähnlich wie bei Beamten - eine abgeschlossene Ausbildung voraussetzen oder von Art und Dauer früherer Beschäftigung abhängen (BGH, Urteile vom 21. Juli 1961 - 4 StR 93/61, NJW 1961, 2027, 2028; vom 4. Mai 1962 - 4 StR 71/62, BGHSt 17, 254, 256). Darüber hinaus ist ein Gefährdungsschaden darin zu sehen, dass ein Angestellter erhebliche Vorstrafen wegen Vermögensdelikten verschwiegen hatte und in der neuen Stellung über Vermögen des Arbeitgebers verfügen konnte (BGH, Urteil vom 9. Mai 1978 - 1 StR 104/78, NJW 1978, 2042). 34

Daraus folgt - worauf allerdings die Strafkammer vorliegend abgestellt hat -, dass bei privaten Anstellungsverhältnissen ein Vermögensschaden nicht schon deshalb anzunehmen ist, weil der Getäuschte den Täter ohne die Täuschung nicht eingestellt hätte (vgl. auch OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18. November 2010 - III-3 RVs 145/10, StV 2011, 734). Da die Angeklagte keine besondere Vertrauensstellung im Hinblick auf das Vermögen ihres Arbeitgebers erlangte, konnten die von ihr verschwiegenen vermögensrechtlichen Vorstrafen einen Vermögensschaden ebenfalls nicht begründen. Zudem ist die vom Landgericht vorgenommene Gleichstellung der Position einer Krankenpflegerin in einer Justizvollzugsanstalt mit einer Beamtenstellung fehlerhaft. Allein der Umstand, dass der Staat hier Arbeitgeber war, rechtfertigt eine solche Gleichstellung gerade nicht. Dass die von der Angeklagten als Krankenpflegerin in der Justizvollzugsanstalt erbrachten Arbeitsleistungen nicht von der geforderten Qualität waren und dies den Schluss zulässt, dass diese Gefahr bereits bei Vertragsschluss bestand, lässt sich den Feststellungen nicht entnehmen und liegt vor dem Hintergrund ihrer Ausbildung und Berufserfahrung als Krankenschwester auch nicht nahe. Aus der besonderen Sensibilität des Anstellungsortes mag sich ein berechtigtes Interesse des Arbeitgebers ergeben haben, dort zur Aufrechterhaltung der nötigen professionellen Distanz zu den Inhaftierten nur unbestrafte Personen anzustellen. Ein Vermögenswert wird dadurch jedoch nicht tangiert. Ebenso wenig stellen das Ansehen der Vollzugsanstalt oder die Lauterkeit ihrer Angestellten einen Vermögenswert dar (vgl. BGH, Urteil vom 4. Mai 1962 - 4 StR 71/62, BGHSt 17, 254, 258 f.). Schutzgut des § 263 StGB ist das Vermögen, nicht jedoch die Dispositionsfreiheit des Arbeitgebers. 35

(2) Belegen die Urteilsgründe danach schon auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs die Annahme eines Vermögensschadens nicht, so gilt dies erst recht vor dem Hintergrund der diesbezüglichen neueren Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Danach ist es geboten, den eingetretenen Schaden konkret zu beziffern und darzulegen und dabei dessen primär wirtschaftlichen Charakter im Blick zu behalten. Normative Gesichtspunkte können bei der Bewertung von Schäden zwar berücksichtigt werden, dürfen aber die gebotene wirtschaftliche Betrachtungsweise nicht überlagern oder verdrängen, um dem Charakter des Betruges als Vermögensdelikt gerecht zu werden (BVerfG, Beschluss vom 7. Dezember 2011 - 2 BvR 2500/09 u.a., BVerfGE 130, 1, 43 f., 47 ff.). Von einfach gelagerten und eindeutigen Fallgestaltungen abgesehen, bedeutet dies, dass der Schaden der Höhe nach zu beziffern und seine Ermittlung in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen darzulegen ist (BVerfG, Beschluss vom 23. Juni 2010 - 2 BvR 2559/08 u.a., BVerfGE 126, 170, 211 f.; BGH, Beschluss vom 8. Juni 2011 - 3 StR 115/11, BGHR StGB § 263 Abs. 1 Vermögensschaden 75). Daran fehlt es hier. 36

(3) Der Schuldspruch wegen Betruges im Fall II.10. der Urteilsgründe war daher aufzuheben. Der Senat hat die Sache insoweit zur neuen Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen. 37

Im Hinblick auf die neue Hauptverhandlung weist der Senat darauf hin, dass bei der Ermittlung eines Vermögensschadens in Fällen des Anstellungsbetruges zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen auch die arbeitsgerichtliche Rechtsprechung in Bedacht zu nehmen sein wird. Danach steht einem Arbeitgeber in Fällen qualitativ mangelhafter Arbeitsleistungen kein Minderungsanspruch in Bezug auf das Arbeitsentgelt gegen den Arbeitnehmer zu (BAG, Urteil vom 6. Juni 1972 - 1 AZR 438/71, BAGE 24, 286, 289; Beschluss vom 18. Juli 2007 - 5 AZN 610/07, BB 2007, 1903). Darüber hinaus hat der Arbeitgeber bei einem auf arglistiger Täuschung beruhenden und aus diesem Grunde angefochtenen Arbeitsvertrag keinen bereicherungsrechtlichen Anspruch auf Rückzahlung des Arbeitsentgelts, weil ein von Anfang an unwirksames, aber dennoch in Vollzug gesetztes Dauerschuldverhältnis für die Zeit bis zur Anfechtung als wirksam behandelt wird (LAG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 24. August 2011 - 15 Sa 980/11, juris Rn. 33 ff.). Dieser Rechtslage würde es widersprechen, dem Arbeitgeber einen Schadensersatzanspruch nach § 823 Abs. 2 BGB in Verbindung mit § 263 StGB zuzubilligen (vgl. Ransiek, Der Vermögensschaden beim Anstellungsbetrag, in: Dogmatik und Praxis des strafrechtlichen Vermögensschadens (2015), S. 285, 288). 38

c) Der Ausspruch über die im Fall II.12. der Urteilsgründe verhängte Einzelfreiheitsstrafe von einem Jahr und drei Monaten, welche die Einsatzstrafe für die zweite gebildete Gesamtfreiheitsstrafe darstellt, kann keinen Bestand haben. 39

Die Strafkammer hat insoweit festgestellt, dass die Angeklagte im Mai 2016 zum wiederholten Male unter den Personalien ihrer damaligen Schwiegermutter und unter Angabe eines fremden Abbuchungskontos im Internet drei Mobilfunkverträge abschloss. Sie erhielt dadurch drei Smartphones der Marke Galaxy S7, die sie bei ebay verkaufen und von deren Erlös sie für ihren Ehemann eine Reise buchen wollte. Bei Vertragsschluss war sie weder willens noch in der Lage, die Kosten für die Mobilfunkverträge sowie die Smartphones zu zahlen. 40

Diesen Feststellungen ist die Höhe des eingetretenen Vermögensschadens nicht zu entnehmen. Da die konkrete Schadenshöhe beim Betrug den Umfang der Schuld des Täters bestimmt und damit ein bestimmendes Strafzumessungskriterium darstellt, fehlt es an einer tragfähigen Grundlage für die Strafzumessung (vgl. BGH, Beschluss vom 4. Februar 2014 - 3 StR 347/13, NStZ 2014, 457). Allerdings berührt dieser Mangel den Schuldspruch nicht, weil die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen jedenfalls belegen, dass dem betroffenen Telekommunikationsunternehmen ein bezifferbarer Mindestschaden entstand (vgl. BGH, Urteil vom 26. November 2015 - 3 StR 247/15, NStZ 2016, 343, 344 mwN). 41

d) Die Aufhebung der benannten Einzelstrafen entzieht der unter anderem aus diesen Strafen gebildeten zweiten Gesamtfreiheitsstrafe in Höhe von drei Jahren und sechs Monaten die Grundlage. Diese unterliegt mithin ebenfalls der Aufhebung. 42