

HRRS-Nummer: HRRS 2021 Nr. 695

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2021 Nr. 695, Rn. X

**BGH 5 StR 476/20 - Urteil vom 29. April 2021 (LG Hamburg)**

**Einziehung von Taterträgen (aus der Tat erlangter Vermögenswert; faktische Mitverfügungsmacht); gewerbs- und bandenmäßiger Betrug.**

§ 73 StGB; § 263 Abs. 5 StGB

Leitsatz des Bearbeiters

**Ein Vermögenswert ist im Rechtssinne aus der Tat erlangt (vgl. § 73 StGB), wenn er dem Beteiligten unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaufs so zugeflossen ist, dass er hierüber tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben kann. Bei mehreren Beteiligten genügt insofern, dass sie zumindest eine faktische Mitverfügungsmacht über den Vermögensgegenstand in der Weise erlangt haben, dass sie ungehinderten Zugriff auf den betreffenden Vermögensgegenstand nehmen können. Unerheblich ist bei der gebotenen tatsächlichen Betrachtungsweise, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Beteiligte eine zunächst gewonnene (Mit-)Verfügungsmacht später aufgegeben hat.**

Entscheidungstenor

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 30. Oktober 2019 aufgehoben, soweit es die Angeklagte Y. betrifft; jedoch bleiben die 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 wegen Betruges in drei Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit 1  
Amtsanmaßung, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren verurteilt und deren Vollstreckung zur Bewährung  
ausgesetzt. Von einer Einziehung des Wertes von Taterträgen hat es abgesehen. Hiergegen richtet sich die auf die  
Sachrüge gestützte Revision der Staatsanwaltschaft. Das vom Generalbundesanwalt überwiegend vertretene  
Rechtsmittel hat weitgehend Erfolg.

I. 2

Nach den Feststellungen des Landgerichts beteiligte sich die Angeklagte als „falsche Polizistin“ gemeinsam mit der 3  
Mitangeklagten B. an drei Betrugstaten zum Nachteil älterer Menschen. Dabei riefen Mittäter aus der T. die späteren  
Opfer an und gaben sich als Polizeibeamte aus. Den Geschädigten wurde jeweils vorgetäuscht, aus Unterlagen  
bereits festgenommener Mitglieder einer Bande hätten sich Hinweise darauf ergeben, dass ihr in Bankschließfächern  
deponiertes Bargeld und Wertgegenstände in Gefahr seien. Zur Sicherheit solle überprüft werden, ob es bereits zu  
einem Austausch des Schließfachinhalts mit Falschgeld bzw. Imitaten gekommen sei. Die Geschädigten wurden  
jeweils aufgefordert, bei ihrer Sparkasse ihre dort deponierten Wertsachen abzuholen und einer zu ihrer Wohnung  
geschickten zivilen Polizeibeamtin zwecks kriminaltechnischer Untersuchung auszuhändigen. Die Angeklagte war in  
den drei Fällen jeweils als Abholerin tätig und nahm die Beute in unmittelbarem Kontakt zu den Geschädigten in  
Empfang.

Im Fall II.2a der Urteilsgründe erklärte sich die Angeklagte gegenüber der Mitangeklagten B., die sie bereits zuvor in 4  
den Tatplan eingeweiht hatte, am 11. Dezember 2018 bereit, mit ihr zu einer Geldabholung nach H. zu fahren. Die  
Mittäter in der Türkei hatten dort die Geschädigte Si. telefonisch veranlasst, 64.000 Euro von der Sparkasse  
abzuholen und für eine angebliche polizeiliche Überprüfung bereitzuhalten. Während der mehrstündigen Fahrt im Pkw  
der Angeklagten stand die Mitangeklagte B. mit den Hinterleuten in der T. in Kontakt und erhielt von ihnen  
Anweisungen, die auch die Angeklagte mitbekam. Als die Geschädigte bei einem weiteren Telefonat aufgefordert  
wurde, mit dem in einer Tüte verpackten Geld auf den Balkon zu treten, gab sich die Angeklagte ihr vor der  
Seniorenwohnanlage so, wie es der Anrufer als Zeichen der Zivilbeamtin angekündigt hatte, durch Heben eines

Armes zu erkennen. Daraufhin warf die Geschädigte der telefonischen Anweisung folgend die Tüte vom Balkon. Die Angeklagte nahm diese an sich, entfernte sich und übergab sie der im Fahrzeug wartenden Mitangeklagten B., auf deren Geheiß sie auf der Rückfahrt das erbeutete Geld zählte. Die Mitangeklagte B. gab von dem ihr zustehenden Anteil an der Beute, die sie den Hinterleuten in der T. überbrachte, 1.200 Euro an die Angeklagte ab. Diese erklärte sich daraufhin bereit, an künftigen Taten mitwirken zu wollen, falls sich dazu eine Gelegenheit ergeben sollte, und erhoffte sich davon auch weitere finanzielle Zuwendungen.

Nachdem die Mitangeklagte B. während ihres T. Aufenthaltes mit den Hinterleuten vereinbart hatte, sich auch an zukünftigen Betrugstaten zu beteiligen, wiederholte ihr gegenüber die darüber in Kenntnis gesetzte Angeklagte ihre Bereitschaft, an solchen Taten mitzuwirken. Am 21. Dezember 2018 fuhren sie erneut gemeinsam nach H., nachdem dort die von den Hinterleuten telefonisch getäuschte 89-jährige Geschädigte A. aus ihrem Schließfach bei der Sparkasse 82.000 Euro entnommen hatte und in ihrer Wohnung zur Übergabe an eine vermeintliche Zivilbeamtin bereithielt. Die Angeklagte holte das Geld an der Wohnung ab und zählte es auf der Rückfahrt. Von der Tatbeute teilte ihr die Mitangeklagte B. 2.000 Euro zu (Fall II.2b der Urteilsgründe). 5

Am Abend des 11. Januar 2019 kam es zu einer weiteren gemeinsamen Fahrt nach H., für die die Angeklagte erneut ihren Pkw zur Verfügung stellte. Die Mitangeklagte B. hatte ihr zu der bevorstehenden Abholung mitgeteilt, dass sich wegen der dieses Mal deutlich höher ausfallenden Beute auch der eigene Anteil erhöhen werde. Zuvor hatte die 75-jährige Geschädigte W. aus ihrem Schließfach bei der Sparkasse sieben Goldbarren im Wert von insgesamt 123.000 Euro abgeholt und in ihre Wohnung gebracht. Während vor Ort die Mitangeklagte B. in dem in einer Seitenstraße geparkten Pkw wartete, begab sich die Angeklagte gegen 1:35 Uhr zur Wohnung der Geschädigten. Der Angeklagten war telefonisch von den Hinterleuten aufgetragen worden, sich durch die Übermittlung eines Grußes des als Kriminalbeamter aufgetretenen Anrufers als die von ihm angekündigte Polizistin erkennen zu geben und sich im Bedarfsfall als „Kriminalbeamtin Sch.“ vorzustellen. Sie gab der Geschädigten mit der Ausrichtung des Grußes vor, die von ihr erwartete Zivilbeamtin zu sein, und erhielt von ihr die Goldbarren ausgehändigt. Nachdem sie das Wohnhaus verlassen hatte, wurden sie und die Mitangeklagte B. von observierenden Polizeikräften festgenommen und die Goldbarren sichergestellt (Fall II.2c der Urteilsgründe). 6

## II.

Die zuungunsten der Angeklagten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft hat weitgehend Erfolg. Das angefochtene Urteil hält in mehreren Punkten sachlich-rechtlicher Überprüfung nicht stand. 7

1. Das Landgericht hat den Unrechtsgehalt der rechtsfehlerfrei festgestellten Taten nicht ausgeschöpft und ist somit seiner Kognitionspflicht (§ 264 StPO) nicht umfassend nachgekommen. 8

a) Dies gilt zum einen für die Fälle II.2a und II.2b. Bei beiden Betrugstaten hat das Landgericht nicht erörtert, ob sich die Angeklagte nicht ebenfalls (wie im Fall II.2c) Tateinheitlich der Amtsanmaßung nach § 132 StGB schuldig gemacht hat, obwohl dies nach dem jeweils festgestellten Tatablauf erforderlich gewesen wäre. 9

§ 132 StGB setzt voraus, dass der Täter als Inhaber eines öffentlichen Amtes auftritt und eine Handlung vornimmt, die den Anschein hoheitlichen Handelns erweckt. Dies trifft auf die Angeklagte auch in den Fällen II.2a und II.2b zu. Denn die Legende des von den Hinterleuten vorgetäuschten amtlichen Zwecks hat die Angeklagte bei Abholung der Gelder in unmittelbarem Kontakt zu den Geschädigten bewusst aufrechterhalten und sich damit selbst als Polizeibeamtin zu erkennen gegeben. 10

b) Zum anderen hält in den Fällen II.2b und II.2c die Ablehnung des Qualifikationstatbestands des gewerbs- und bandenmäßigen Betrugs nach § 263 Abs. 5 StGB der rechtlichen Prüfung nicht stand. 11

Zwar hat das Landgericht mit zutreffenden Erwägungen das Merkmal einer bandenmäßigen Begehung der Angeklagten bejaht, die sich nach der ersten Tat der Bandenabrede anschloss, die von der Mitangeklagten B. mit den Hinterleuten getroffen worden war. Zu Recht beanstandet die Beschwerdeführerin jedoch die Begründung, mit der es ein gewerbsmäßiges Handeln der Angeklagten bei beiden nachfolgenden Taten verneint hat. 12

Dabei spielt es keine Rolle, ob die Angeklagte allein durch ihre legalen Einkünfte ihren Lebensunterhalt hätte bestreiten können. Denn ausweislich der Feststellungen wollte sie sich durch die wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang und einiger Dauer verschaffen (vgl. BGH, Beschluss vom 23. Juli 2015 - 3 StR 518/14). 13

Bei seiner weiteren Erwägung, dass die Angeklagte keinen Einfluss auf ihren tatsächlichen Einsatz bei künftigen Taten haben ausüben können, hat das Landgericht ersichtlich aus dem Blick verloren, dass das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit mit der Absicht des Täters, sich durch wiederholte Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende, 14

nicht ganz unerhebliche Einnahmequelle zu verschaffen, und mithin durch ein subjektives Moment begründet wird (vgl. Fischer, StGB, 68. Aufl., Vor § 52 Rn. 61 f.). Hier handelte die Angeklagte nach den Feststellungen mit der inneren Einstellung, bei jeder sich bietenden Gelegenheit an vergleichbaren Betrugstaten mitzuwirken.

c) Da die vorgenannten Tatbestände, hinsichtlich derer das Landgericht den Unrechtsgehalt der Taten nicht ausgeschöpft hat, tateinheitlich verwirklicht sein könnten, unterliegt der Schuldspruch insgesamt der Aufhebung, obgleich im Fall II.2a die Verurteilung der Angeklagten wegen Betruges und im Fall II.2c ihre (tateinheitliche) Verurteilung wegen Amtsanmaßung rechtsfehlerfrei erfolgt sind. Die Feststellungen können dagegen bestehen bleiben, da sie von den Rechtsfehlern nicht betroffen sind (§ 353 Abs. 2 StPO); insoweit bleibt die Revision der Staatsanwaltschaft ohne Erfolg. Ergänzende Feststellungen können getroffen werden, soweit sie den bisherigen nicht widersprechen. 15

2. Soweit das Landgericht über den Verzicht hinaus von der Einziehung abgesehen hat, hat es einen zu engen rechtlichen Maßstab an das Erlangen im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB angelegt. 16

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist ein Vermögenswert im Rechtssinne aus der Tat erlangt, wenn er dem Beteiligten unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaus so zugeflossen ist, dass er hierüber tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben kann. Bei mehreren Beteiligten genügt insofern, dass sie zumindest eine faktische Mitverfügungsmacht über den Vermögensgegenstand in der Weise erlangt haben, dass sie ungehinderten Zugriff auf den betreffenden Vermögensgegenstand nehmen können. Unerheblich ist bei der gebotenen tatsächlichen Betrachtungsweise, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Beteiligte eine zunächst gewonnene (Mit-)Verfügungsmacht später aufgegeben hat (vgl. BGH, Urteile vom 18. Juli 2018 - 5 StR 645/17, NSStZ-RR 2018, 278, 279; vom 6. März 2019 - 5 StR 543/18, wistra 2019, 234, 235, und vom 13. November 2019 - 5 StR 343/19 jeweils mwN). 17

Nach diesem Maßstab hat es nahegelegen, dass die Angeklagte eine tatsächliche Verfügungsgewalt über das in beiden Betrugsfällen erlangte Bargeld innehatte. Ihr war die Beute von den Opfern ausgehändigt worden, mit der sie zunächst die Wegstrecke von deren Wohnhaus bzw. Wohnung zum Fluchtfahrzeug zurückzulegen hatte. Auch zählte sie jeweils auf der mehrstündigen Rückfahrt, die im Fall II.2a zudem mit dem von ihr zur Verfügung gestellten Pkw durchgeführt wurde, das erbeutete Geld. 18

### III.

Durchgreifende Rechtsfehler, die sich zum Nachteil der Angeklagten ausgewirkt haben, enthält das angefochtene Urteil nicht (§ 301 StPO). 19