
Datum: 23.01.2018
Gericht: Oberlandesgericht Köln
Spruchkörper: 1. Strafsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: III-1 RVs 274/17
ECLI: ECLI:DE:OLGK:2018:0123.III1RVS274.17.00

Normen: StGB § 73

Leitsätze:

§§ 73, 73c StGB n. F. sind auch dann anwendbar, wenn die Anlasstat vor dem Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung mit Wirkung ab dem 1. Juli 2017 begangen worden ist. Abweichend von der Regelung des § 2 Abs. 5 StGB bestimmt nämlich Art. 316h S. 1 EGStGB, dass in solchen Verfahren, in welchen nach dem 1. Juli 2017 über die Anordnung der Einziehung des Tatertrages oder des Wertes des Tatertrages wegen einer vor dem 1. Juli 2017 begangenen Tat entschieden wird, die durch das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 bewirkte Neuregelung anzuwenden ist. Diese Regelung verstößt weder gegen höherrangiges Recht noch gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK.

Tenor:

Das angefochtene Urteil wird mit seinen Feststellungen aufgehoben, soweit eine Anordnung über die Einziehung von Taterträgen bzw. die Einziehung des Wertes von Taterträgen unterblieben ist, und die Sache im Umfang der Aufhebung zur erneuten Verhandlung und Entscheidung – auch über die Kosten der Revision – an eine andere Abteilung des Amtsgerichts Euskirchen zurückverwiesen.

Gründe:

I.	2
Das Amtsgericht Euskirchen hat die Angeklagte mit der angefochtenen Entscheidung wegen Betruges in 17 Fällen unter Einbeziehung einer Vorverurteilung zu bedingten Gesamtfreiheitsstrafen von 9 und 8 Monaten verurteilt. Dem liegen in allen Fällen Warenangebote auf Internetplattformen zugrunde, zu deren Erfüllung die Angeklagte weder willens noch in der Lage war. Sie erzielte auf diese Weise insgesamt einen gegenleistungsfreien Betrag von 2.485,- € , wovon sie einen – allerdings von ihr nicht bezifferbaren – Teil bereits zurückgezahlt hat.	3
Mit ihrer gegen diese Entscheidung gerichtete (Wahl-)Revision beanstandet die Staatsanwaltschaft allein, dass das Tatgericht keine Entscheidung über Anordnung der Einziehung des (Wertes des) Tatertrags getroffen hat. Die Generalstaatsanwaltschaft ist dem Rechtsmittel beigetreten.	4
II.	5
Das Zulässigkeitsbedenken nicht unterliegende Rechtsmittel hat insofern (vorläufig) Erfolg, als es gemäß §§ 353, 354 Abs. 2 StPO auf die erhobene Sachrüge (vgl. BBGH NStZ 2017, 401) im aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und Zurückweisung an die Vorinstanz insoweit führt.	6
1.	7
Die von der Staatsanwaltschaft erklärte Beschränkung der Revision ist – was der Senat von Amts wegen zu prüfen hat (st. Senatsrechtsprechung, s. nur SenE v. 03.03.2017 – III-1 RVs 41/17) - wirksam. Die dem Rechtsmittelberechtigten in § 344 Abs. 1 StPO eingeräumte Verfügungsmacht über den Umfang der Anfechtung gebietet es, den in Rechtsmittelerklärungen zum Ausdruck kommenden Gestaltungswillen im Rahmen des rechtlich Möglichen zu respektieren. Das Rechtsmittelgericht kann und darf daher regelmäßig diejenigen Entscheidungsteile nicht nachprüfen, deren Nachprüfung von keiner Seite begehrt wird (BGHSt 47, 32 [38]). Wirksam ist die Beschränkung, wenn der Beschwerdepunkt nach dem inneren Zusammenhang des Urteils losgelöst von dem nicht angefochtenen Teil rechtlich und tatsächlich selbständig geprüft und beurteilt werden kann, ohne dass eine Überprüfung der Entscheidung im Übrigen erforderlich ist, und wenn die nach dem Teilrechtsmittel stufenweise entstehende Gesamtentscheidung frei von inneren Widersprüchen bleibt (BGHSt 47, 32 [35]; BGH NStZ-RR 2003, 18; SenE v. 28.10.2003 - Ss 464/03 -; SenE v. 24.05.2016 – III-1 RVs 83/16; SenE v. 03.03.2017 – III-1 RVs 41/17).	8
a)	9
Hieran gemessen lassen zunächst die amtsgerichtlichen Feststellungen den Unrechts- und Schuldgehalt der begangenen Taten hinreichend erkennen und bieten so eine genügend sichere Grundlage für die Bemessung der Rechtsfolgen.	10
b)	11
Wirksam ist aber auch die erklärte Beschränkung auf die unterbliebene Einziehungsentscheidung. Für den Verfall gemäß § 73 StGB in der bis zum 30. Juni 2017 geltenden Fassung war in der Rechtsprechung anerkannt, dass dessen Anordnung und die Verhängung der Strafe grundsätzlich unabhängig voneinander sind und nicht in einer inneren Wechselwirkung stehen. Strafe und Verfallsanordnung können jeweils isoliert mit	12

Rechtsmitteln angefochten werden (BGH NJW 2002, 2257 [2258 f.]; BGH NStZ-RR 2005, 104; Fischer, StGB, 64. Auflage 2017, § 73 Rz. 41). Da sich – worauf zurückzukommen sein wird – am fehlenden Strafcharakter der an die Stelle des Verfalls getretenen Einziehung (des Wertes) des Tatertrags gemäß §§ 73, 73c StGB in der aufgrund des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 (BGBl. I S. 872 ff.) seit dem 1. Juli 2017 geltenden Fassung nichts geändert hat, ist auch für den neuen Rechtszustand grundsätzlich von einer Trennbarkeit auszugehen (s. insoweit auch BGH NStZ-RR 2017, 342 [343 f.]).

Eine Trennbarkeit wäre freilich nicht gegeben, wenn der Tatrichter den gesamten Rechtsfolgenausspruch (einschließlich des Absehens von einer Anordnung der Vermögensabschöpfung) als einheitliche Sanktionsentscheidung angesehen hätte, deren innerer Zusammenhang die Ausklammerung eines Teilbereichs nicht verträgt (BGH NStZ-RR 2005, 104). Für das Vorliegen einer solchen Sachgestaltung haben sich indessen aus der Urteilsurkunde Anhaltspunkte nicht ergeben. 13

2. 14

Die Rechtsmittelführerin rügt mit Recht, dass das angefochtene Urteil an einem Erörterungsmangel leidet. Das Tatgericht hat rechtsfehlerhaft von einer Prüfung der Voraussetzungen einer Einziehung des (Wertes des) Tatertrags gemäß §§ 73, 73c StGB n. F. abgesehen. 15

Durch das bereits genannte Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung ist dieses Rechtsinstitut grundlegend umgestaltet worden. Gemäß § 73 Abs. 1 StGB n. F. ordnet das Gericht die Einziehung dessen an, was der Täter aus einer rechtswidrigen Tat erlangt hat. Mit dieser Neuregelung ist namentlich die vorherige Einschränkung in § 73 Abs. 1 S. 2 StGB in Fortfall gekommen, wonach eine Verfallanordnung unterblieb, wenn und soweit dem Verletzten aus der Tat ein Anspruch erwachsen war, welcher dem Täter im Erfüllungsfalle den Wert des aus der Tat Erlangten entzog (vgl. dazu Trüg NJW 2017, 1913). Die Opferentschädigung ist nunmehr in das Vollstreckungs- oder das Insolvenzverfahren verlagert (Köhler/Burkhard, NStZ 2017, 665 [680]). Gemäß § 73c S. 1 StGB n. F. (entsprechend § 73a StGB S. 1 a. F.) ordnet das Gericht die Einziehung eines dem Wert des Erlangten entsprechenden Geldbetrages an, wenn dessen (physische, vgl. Köhler NStZ 2017, 497 [498 f.]) Einziehung wegen dessen Beschaffenheit oder aus einem anderen Grund nicht möglich ist. Letzteres kommt namentlich im Falle des Verbrauchs des Erlangten in Betracht (zum neuen Recht: Fischer, StGB, 65. Auflage 2018, § 73c Rz. 5; zum alten Recht: Schönke/Schröder-Eser, StGB, 29. Auflage 2014, § 73a Rz. 5). 16

Hier hat die Angeklagte nach den getroffenen Feststellungen einen Gesamtschaden von 2.485,- € verursacht; dieser Betrag ist im Grundsatz (vgl. § 73d StGB n. F.) mit dem (Wert des) Erlangten identisch. Ausgehend von dieser Feststellung hätte sich das Tatgericht zu einer Erörterung der Voraussetzungen der §§ 73 ff. StGB n. F. gedrängt sehen müssen. Soweit Rückzahlungen erfolgt sind, wäre hierbei § 73e Abs. 1 StGB n. F. zu beachten gewesen (vgl. dazu Köhler a.a.O. S. 500). Eine Entscheidung über den Verfall nach altem Recht (vgl. § 316h S. 2 EGStGB) ist nicht getroffen. 17

3. 18

a) 19

20

§§ 73, 73c StGB n. F. sind auf den vorliegenden Sachverhalt anwendbar, obwohl die Anlasstaten im Zeitraum bis Oktober 2016 begangen worden sind, das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung aber erst mit Wirkung ab dem 1. Juli 2017 in Kraft getreten ist. Abweichend von der Regelung des § 2 Abs. 5 StGB bestimmt nämlich Art. 316h S. 1 EGStGB, dass in solchen Verfahren, in welchen nach dem 1. Juli 2017 über die Anordnung der Einziehung des Tatertrages oder des Wertes des Tatertrages wegen einer vor dem 1. Juli 2017 begangenen Tat entschieden wird, die durch das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 bewirkte Neuregelung anzuwenden ist. Diese Voraussetzung ist hier erfüllt, da das Tatgericht am 7. Juli 2017 entschieden hat.

b) 21

Durchgreifende rechtliche Bedenken gegen die damit angeordnete Rückwirkung der neuen Einziehungsvorschriften bestehen nicht. 22

aa) 23

Diese verstößt namentlich nicht gegen das strafrechtliche Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG. Bei der Anordnung der Einziehung des (Wertes des) Tatertrags handelt es sich nicht um eine „Strafe“ im Sinne dieser Verfassungsbestimmung. Das Bundesverfassungsgericht (BVerfGE 110, 1 zitiert nach Juris) hat für den erweiterten Verfall gemäß § 73d StGB a. F. – im Kontext mit dem Schuldgrundsatz tragend - ausgesprochen, Zweck der in dieser Vorschrift angeordneten Entziehung deliktisch erlangter Vermögensvorteile sei es nicht, dem Betroffenen die Begehung der Herkunftstat als Fehlverhalten vorzuwerfen und ihm deswegen vergeltend ein Übel zuzufügen (BVerfG a.a.O. Tz. 59). Vielmehr verfolge die Regelung des § 73d StGB a. F. vermögensordnende und normstabilisierende Ziele. Das sog. Bruttoprinzip, das auch die Neuregelung beherrscht (Köhler a.a.O. S. 502 ff.), ändere hieran nichts (BVerfG a.a.O. Tz 77 ff.). Für die Einziehung des aus der Anlasstat selbst Erlangten gilt dies erst recht. Hat danach auch die in ihren Zielen unveränderte Neuregelung der Einziehung des (Wertes des) Tatertrags keinen pönalen Charakter, ist auch das Rückwirkungsverbot des Art. 103 Abs. 2 GG nicht einschlägig (so im Ergebnis auch KG – B. v. 01.2.2017 – 161 Ss 146/17; Köhler a.a.O. S. 498; s. noch OLG Celle NJW 2017, 3731; AG Kehl B. v. 28.11.2017 – 3 Cs 308 Js 10338/17 – bei Juris). 24

bb) 25

Der Senat vermag schließlich auch nicht der Auffassung des Landgerichts Kaiserslautern (B. v. 20.09.2017 – 7 KLS 6052 Js 8343/16 (3) – bei Juris) zu folgen, wonach Art. 316h S. 1 EGStGB gegen das Rückwirkungsverbot des Art. 7 Abs. 1 S. 2 EMRK verstößt (vgl. zur Pflicht der nationalen Gerichte zur Beachtung der EMRK und zu deren Grenzen BVerfG NJW 2011, 1931). Zwar ist der Begriff der Strafe im Sinne der Konvention autonom auszulegen; es kommt auf Anlass, Natur, Zweck und Schwere der Maßnahme sowie das Verfahren bei ihrer Anwendung und ihrem Vollzug an (EGMR NJW 2010, 2495 [2497 f.]). Insoweit sprechen bereits die vorstehend dargelegten Ziele der Vermögensabschöpfung dagegen, diese als Strafe im Sinne von Art. 7 Abs. 1 EMRK zu begreifen. Aus der vom LG Kaiserslautern in Bezug genommene Entscheidung des EGMR vom 9. Februar 1995 (Welch ./ Vereinigtes Königreich – 17440/90 – abrufbar unter <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57927>) ergibt sich nichts Abweichendes. Sie betraf eine rückwirkend zur Anwendung gekommene Regelung des Drug Trafficking Offences Act 1986 über Vermögenskonfiskation aus Anlass einer Betäubungsmittelstraftat. Zur Annahme des Strafcharakters der dortigen Bestimmungen hat der Gerichtshof neben dem Umstand, dass die Konfiskationsanordnung der Höhe nach 26

nicht durch eine gegenwärtige Bereicherung begrenzt war auf eine Gesamtschau von drei weiteren Gesichtspunkten abgestellt („considered together“): Die britischen Vorschriften enthielten zunächst eine Beweislastumkehr. Bei der Festsetzung der Höhe der Konfiskationsanordnung war auf das Maß der Schuld („degree of culpability“) des Täters Bedacht zu nehmen; schließlich sah die Regelung für den Uneinbringlichkeitsfall die ersatzweise Anordnung von Freiheitsentzug (!) vor, welcher in der Ausgangsentscheidung mit zwei Jahren bemessen worden war. Insbesondere die beiden letztgenannten Gesichtspunkte sprechen für das Vorliegen einer Übelszufügung als Reaktion auf vorangegangenes Verhalten; sie sind dem deutschen Recht nicht eigen. Damit, dass der – hier ohnedies rückzahlungspflichtige – Täter nicht nur eine Strafe erhalten, sondern vielmehr mit dem Verlust des erlangten Guts sanktioniert werden solle (so LG Kaiserslautern a.a.O. Tz. 44 aE), wird vor diesem Hintergrund nur behauptet, was erst zu belegen wäre.

4. 27

Nach alledem bedarf die Sache hinsichtlich der Einziehung neuer tatrichterlicher Behandlung und Entscheidung. 28