



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 StR 6/12

vom

18. April 2012

in der Strafsache

gegen

1.

2.

3.

wegen Betrugs u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 18. April 2012, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Ernemann

und die Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Fischer,
Dr. Berger,
Prof. Dr. Krehl,
Dr. Eschelbach,

Staatsanwältin
als Vertreterin der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwältin
als Verteidigerin des Angeklagten R. ,

Rechtsanwalt
als Verteidiger des Angeklagten M. ,

Justizhauptsekretärin - in der Verhandlung -,
Justizangestellte - bei der Verkündung -
als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 17. August 2011 mit den Feststellungen mit Ausnahme des Teilfreispruchs zugunsten des Angeklagten R. im Fall II. 26 aufgehoben.
2. 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.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht Frankfurt am Main hat die Angeklagten wie folgt verurteilt:
- 2 - den Angeklagten **R.** wegen Urkundenfälschung in Tateinheit mit Betrug in neun Fällen (Fälle II. 10-15, 17, 19-20) unter Freisprechung im Übrigen (Fall II. 26) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren
- 3 - den Angeklagten **A.** wegen Diebstahls in drei Fällen (Fälle II. 21-23) sowie versuchten Betrugs (Fall II. 26) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren

4 - den Angeklagten **M.** wegen Urkundenfälschung in Tateinheit mit Betrug in sieben Fällen (Fälle II. 1-5, 7-8), wobei es in zwei Fällen beim Versuch des Betrugs blieb (Fälle II. 4-5), wegen Beihilfe zum Betrug (Fall II. 9), wegen Urkundenfälschung in zwei Fällen in jeweiliger Tateinheit mit Beihilfe zum Diebstahl (Fälle II. 24-25) und wegen versuchten Betrugs in vier Fällen (Fälle II. 26-29) zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren.

5 Die zuungunsten der Angeklagten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft beanstandet mit der Rüge der Verletzung materiellen Rechts die unterlassene Verurteilung der Angeklagten wegen bandenmäßiger Begehung der jeweiligen Straftaten. Das Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft ist begründet.

I.

6 1. Nach den Feststellungen des Landgerichts ließ eine vom Gebiet des ehemaligen Jugoslawien aus agierende Gruppierung seit Ende des Jahres 2009 hochwertige Baumaschinen durch Dritte - wie vorliegend die Angeklagten - in Deutschland durch rechtswidrige Taten erlangen und nach Bosnien-Herzegowina oder Kroatien verbringen, um sie dort gewinnbringend weiter zu veräußern. Dabei wurden die Angeklagten **M.** und **R.** veranlasst, unter falschem Namen und unter Vorlage gefälschter Identitätspapiere Baufirmen zu gründen und als deren Geschäftsführer aufzutreten. Im Namen dieser Firmen wurden Grundstücke angemietet, die als Umschlagplätze für die zu erlangenden Baumaschinen genutzt wurden. Sodann wurden von den Angeklagten **M.** und **R.** oder in deren Namen von unbekannt gebliebenen Mittätern Baumaschinen angemietet, die nach Anlieferung mit gefälschten Frachtpapieren von gutgläubigen Spediteuren ins Ausland verbracht wurden bzw. werden sollten. Die beiden Angeklagten handelten hierbei, um sich eine

dauerhafte Einnahmequelle zu verschaffen; beiden wurde von ihren jeweiligen Auftraggebern für die Beteiligung an den einzelnen Betrugstaten eine Entlohnung von jeweils 1.500 € zugesagt.

7 Im Einzelnen wurden folgende Taten festgestellt:

8 a) Komplex N. Bau e.K. (U.)

9 Im Auftrag des unbekannt gebliebenen " B. " gründete der Angeklagte M. Ende 2009 die Firma N. Bau e.K. mit Sitz in U. . Auf Weisung seines Auftraggebers mietete er folgende Baumaschinen, wobei er jeweils unter Verwendung des falschen Namens wahrheitswidrig die Zahlungs- und Rückgabebereitschaft vorspiegelte:

10 - am 2. Dezember 2009 einen Radlader im Wert von ca. 70.000 € (Fall II. 1)

11 - am 3. Dezember 2009 einen Bagger im Wert von ca. 50.000 € (Fall II. 2), einen Radlader im Wert von ca. 100.000 € (Fall II. 3) sowie einen Radlader und einen Kettenbagger im Wert von insgesamt ca. 20.000 € (Fälle II. 4 und 5).

12 In den Fällen II. 1-3 ließ der Angeklagte die Baumaschinen nach Bosnien-Herzegowina liefern, in den Fällen II. 4-5 scheiterte dieses Vorhaben daran, dass die Vermieter der Maschinen bei der Anlieferung Verdacht schöpften und sie wieder mit zurücknahmen.

13 b) Komplex S. Bau e.K. (St.)

14 Im Mai 2010 gründete der Angeklagte M. auf Weisung seines vormaligen Auftraggebers die Firma S. Bau e.K. in St. , um gemeinsam mit dessen Ehefrau weitere Betrugstaten zu begehen. Hierbei mietete die Ehe-

frau von " B. ", die jeweils unter falschem Namen auftrat und wahrheitswidrig Zahlungs- und Rückgabebereitschaft vorspiegelte, folgende Baumaschinen:

15 - am 7. Juni 2010 einen Minibagger und einen Radlader mit Anbauteilen im Gesamtwert von 115.639 € (Fall II. 7)

16 - am 8. Juni 2010 einen Kleinbagger und einen Radlader im Gesamtwert von 117.000 € (Fall II. 8).

17 In den Fällen II. 7 und 8 ließ der Angeklagte M. die Maschinen "in Richtung Balkan" transportieren.

18 Auf Bitten der Ehefrau von " B. " mietete der Angeklagte zudem einen PKW an, der unter Vorspiegelung der Verfügungsberechtigung an einen gutgläubigen Dritten verkauft wurde. Zur Übergabe des Fahrzeugs kam es nach der Flucht des Angeklagten M. nicht mehr (Fall II. 9).

19 c) Komplex K. Bauvermittlung e.K. (F.)

20 In gleicher Weise wurde der Angeklagte R. für den gesondert verfolgten D. und eine Frau mit dem Aliasnamen "L. " tätig. Auf Weisung seines Auftraggebers gründete er im April 2010 die Firma K. Bauvermittlung e.K. in F. . Mitte Juni 2010 mietete der Angeklagte einen VW Golf im Wert von ca. 25.000 € und stellte das Fahrzeug auf Weisung seines Auftragsgebers in der Nähe des Hauptbahnhofs ab, um die Verbringung des Fahrzeugs in das Gebiet des ehemaligen Jugoslawien zu ermöglichen (Fall II. 10). Einen Tag später pachtete der Angeklagte R. unter falschem Namen und unter Vorspiegelung seiner Zahlungsfähigkeit und –willigkeit zwei

Grundstücke in F. und H. als Umschlagplatz für die rechtswidrig erworbenen Baumaschinen an. In der Folgezeit entrichtete er - wie von Anfang an beabsichtigt - weder den Pachtzins noch die Kautions (Fälle II. 11 und 12).

21 Im Juli 2010 mietete der Angeklagte R. einen Lieferwagen im Wert von ca. 25.000 € unter Vorlage eines gefälschten Ausweises und unter Vorspiegelung seiner Zahlungs- und Rückgabebereitschaft vor. Entsprechend seiner vorgefassten Absicht brachte er das Fahrzeug nach Ende der Mietzeit nicht zurück (Fall II. 20).

22 Die unbekannt gebliebene Mittäterin "L. " mietete unter falschem Namen folgende Baumaschinen an:

23 - am 29. Juni 2010 einen Minibagger und einen Radlader im Gesamtwert von ca. 120.000 € (Fall II. 13), einen Gabelstapler im Wert von ca. 50.000 € (Fall II. 14), einen Raupenbagger im Wert von ca. 45.000 € (Fall II. 15) und einen Radlader im Wert von ca. 130.000 € (Fall II. 17)

24 - am 1. Juli 2010 einen Minibagger und einen Radlader im Gesamtwert von ca. 63.000 € (Fall II. 19).

25 Der Angeklagte nahm die Baumaschinen entgegen, ließ diese in den Fällen II. 13, 14, 17 zeitnah nach Bosnien-Herzegowina und im Fall II. 19 nach Slowenien verbringen; im Fall II. 15 scheiterte dieses Vorhaben an dem in der Maschine integrierten GPS-Sender und der dadurch bestehenden Ortungsmöglichkeit.

26 d) Komplex Bau UG (Ma.)

27 Auf Weisung seines Auftraggebers " B. " gründete der Angeklagte M. im Oktober 2010 die Firma " Bau UG" in Ma. . In der Folgezeit bemühte er sich um die Anmietung von Baumaschinen, die in gleicher Weise wie zuvor in den Balkan verschoben werden sollten. So kam es Anfang November 2010 zum Abschluss eines Mietvertrages über einen Radlader und einen Kettenbagger im Gesamtwert von 143.700 € an. Als der Angeklagte A. , den "B. " zur Unterstützung geschickt hatte, wenige Tage später im Begriff war, die Maschinen zum Abtransport zu verladen, wurden er sowie der ihn begleitende Angeklagte R. festgenommen (Fall II. 26). Hinsichtlich der Anfrage eines Baggers und eines Radladers im Wert von insgesamt 300.000 € sowie eines Radladers und eines Kettenbaggers im Gesamtwert von ca. 109.000 € durch den Angeklagten M. verhinderten Warnmeldungen der Polizei einen Vertragsabschluss (Fälle II. 27 und 28). Ein von dem Angeklagten M. angemieteter Radlader, ein Kompressor und zwei Rüttelplatten im Gesamtwert von 70.000 € wurden noch angeliefert, konnten aber nach seiner inzwischen ebenfalls erfolgten Festnahme rechtzeitig sichergestellt und zurückgeführt werden (Fall II. 29).

28 2. Daneben organisierte die Gruppierung auch den Diebstahl von hochwertigen Baumaschinen von abgelegenen Baustellen. Hierzu gewann der gesondert verfolgte D. den Angeklagten A. sowie einen unbekannt gebliebenen Mittäter namens "Sa. ", die für ihn die Baumaschinen mit einem Universalschlüssel entwendeten, auf die Tieflader der gutgläubigen Spediteure fuhren und sie diesen mit gefälschten Frachtpapieren zum Export überließen. Der Angeklagte A. verschaffte sich hierdurch eine dauerhafte Einnahmequelle; er erhielt für jeden Diebstahl eine Entlohnung von 2.000 €.

- 29 Im Juli 2010 entwendete der Angeklagte A. auf diese Weise unter Mithilfe von "Sa. ", von dem er den Universalschlüssel erhalten hatte, einen Hydraulikbagger im Wert von 150.000 € von einer Baustelle in F. , der an der slowenischen Grenze sichergestellt wurde (Fall II. 21). Im August 2010 entwendeten unbekannte Täter einen Radlader mit einem Neupreis von 138.000 € von einer Kiesgrube in W. und übergaben ihn einer Spedition zum Weitertransport nach Bosnien-Herzegowina. Der Angeklagte A. beteiligte sich an der Tat, indem er auf Weisung des "Sa. " dem Fahrer der Spedition gefälschte Frachtpapiere übergab und den Frachtbrief ausfüllte (Fall II. 22). Im September 2010 entwendeten der Angeklagte A. und "Sa. " von einer Baustelle in F. einen Bagger im Wert von ca. 160.000 € und übergaben ihn dem Spediteur. Die beabsichtigte Verschiebung des Fahrzeugs ins Ausland scheiterte jedoch, da der Fahrer der Spedition Verdacht schöpfte (Fall II. 23).
- 30 In der Nacht vom 14. zum 15. Oktober 2010 entwendeten unbekannte Täter einen Bodenverdichter im Wert von 50.000 € von einer Baustelle in B. . Ende Oktober/Anfang November 2010 entwendeten unbekannte Täter einen Radlader im Wert von 186.500 € von einer Baustelle in Ma. . In beiden Fällen trug der Angeklagte M. zum Gelingen der Tat bei, indem er den von "B. " übersandten Kaufvertrag abstempelte und einem unbekanntem Mit-täter übergab (Fälle II. 24 und 25).
- 31 Das Landgericht hat von einer Verurteilung der Angeklagten wegen bandenmäßiger Begehung der Straftaten abgesehen, da es die Angaben der Angeklagten, jeder von ihnen sei jeweils durch Hinterleute aus dem Gebiet des ehemaligen Jugoslawien angeworben und bei der Verwirklichung der einzelnen Taten im Einzelnen angeleitet worden, zugrunde gelegt hat (UA S. 29). Eine

zwischen den drei Angeklagten getroffene Bandenabrede hat das Landgericht nicht festzustellen vermocht.

II.

32 1. Die Revision der Staatsanwaltschaft, die in ihrer Begründung allein die unterlassene Verurteilung wegen bandenmäßiger Begehung beanstandet und insoweit den Teilfreispruch des Angeklagten R. im Fall II. 26 nicht angreift, hat in dem insoweit begrenzten Umfang Erfolg. Dass das Landgericht in den zur Verurteilung gelangten Fällen jeweils das Vorliegen bandenmäßiger Begehung verneint hat, begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

33 2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs setzt eine Bande den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich zur fortgesetzten Begehung einer noch unbestimmten Zahl von Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstypus verbunden haben (BGHSt [GS] 46, 321, 325). Erforderlich ist eine - ausdrücklich oder konkludent getroffene - Bandenabrede, bei der das einzelne Mitglied den Willen hat, sich mit mindestens zwei anderen Personen zur Begehung von Straftaten in der Zukunft für eine gewisse Dauer zusammenzuschließen. Nicht notwendig ist hingegen, dass sich alle Bandenmitglieder persönlich miteinander verabreden (BGHSt 50, 160, 164 f.; BGH wistra 2010, 347). Eine Bandenabrede kann auch durch aufeinander folgende Vereinbarungen entstehen, etwa dergestalt, dass ein Dritter von einem Bandenmitglied informiert wird und sich der deliktischen Vereinbarung anschließt. Ebenso wenig erforderlich ist ein "gefestigter Bandenwille" oder ein Tätigwerden in einem "übergeordneten Bandeninteresse" (BGH NStZ 2009, 35; BGHR BtMG § 30 Abs. 1 Nr. 1 Bande 9). Auch müssen nicht alle Bandenmitglieder

einander namentlich oder von Person bekannt sein (BGHSt 50, 160, 164 f.; NJW 2009, 863, 866).

34 Gemessen daran begegnet die Annahme des Landgerichts, es gebe keine ausreichenden Anhaltspunkte für eine bandenmäßige Begehung der Taten durch die Angeklagten, in allen Fällen durchgreifenden Bedenken.

35 a) Dies gilt in den Fällen II. 7-9, 10-15, 17, 19-23, 26 schon deshalb, weil das Landgericht erkennbar nicht bedacht hat, dass in den genannten Tatkomplexen jeweils drei Personen eingebunden waren und schon insoweit eine bandenmäßige Begehung zu prüfen war. Im Komplex S. Bau e.K. (Fälle II. 7-9) beging der Angeklagte M. nach Weisung des " B. " gemeinsam mit dessen Ehefrau Betrugsstraftaten. Ebenso wurde der Angeklagte R. im Komplex K. Bauvermittlung e.K. (Fälle II. 10-15, 17, 19-20) für den gesondert verfolgten D. und eine Frau namens "L. " tätig, wobei er jedenfalls in den Fällen II. 13-15, 17 und 19 mit "L. " bei der Begehung der Betrugsstraftaten zusammenarbeitete. In den Fällen II. 21-23 gewann D. den Angeklagten A. sowie einen unbekannt gebliebenen Mittäter namens "Sa. " zur Begehung von Diebstählen. Im Fall II. 26 traf sich der Angeklagte M. am Tatort mit dem Mitangeklagten A. , den "B. " zur Hilfe beim Abtransport geschickt hatte. Schon diese von der Strafkammer getroffenen Feststellungen eines wiederholten deliktischen Zusammenwirkens von jeweils drei Personen lassen es - ohne dass es auf eine Einbindung der Angeklagten in die vom Gebiet des ehemaligen Jugoslawien aus agierende Gruppierung und ein sich daraus ergebendes Handeln im Rahmen einer Bandenabrede ankäme - als möglich erscheinen, dass die jeweils konkret Tatbeteiligten als Bande anzusehen sind. Zwar ist denkbar, dass ein Auftraggeber zur Begehung einzelner Straftaten Personen mit der Tatausführung beauftragt, ohne dass sich daraus ein bandenmäßiger Zusammenschluss ergibt. Ha-

ben sich die an den Taten Beteiligten aber wie hier für eine gewisse Dauer zur gemeinsamen Begehung von Straftaten zusammengeschlossen, gibt es jedenfalls konkreten Anhalt für das Vorliegen einer Bandenabrede. Insoweit begegnet es durchgreifenden rechtlichen Bedenken, dass das Landgericht sich mit dem Inhalt der konkret zwischen den "Auftraggebern", den Angeklagten und den weiteren Tatbeteiligten näher getroffenen Abreden nicht befasst und geprüft hat, ob darin ein bandenmäßiger Zusammenschluss liegen kann. Dies gilt letztlich auch hinsichtlich solcher Fälle, in denen es nach den Feststellungen des Landgerichts in den genannten Tatkomplexen, etwa in den Fällen II. 9 (vgl. UA S. 9: nur auf Bitte der Frau "B. " als Gefälligkeit) oder II. 10 (UA S. 13: Weisung des Auftraggebers ohne Beteiligung von L.) Hinweise darauf gibt, dass es sich nicht um von einer möglichen Bandenabrede erfasste Taten handeln könnte.

36 b) Hinsichtlich der Fälle II. 1-5 (Komplex N. Bau e.K.) hat das Landgericht mit " B. " als Auftraggeber des Angeklagten M. zwar lediglich einen Tatbeteiligten benannt (UA S. 8 ff.). Doch ist das Urteil insoweit nicht frei von Widersprüchen. Die Strafkammer führt bei der Wiedergabe der Einlassungen des Angeklagten M. aus, er habe zu den Fällen II. 1-5 sowie 7 und 8 erklärt, " B. " und dessen Ehefrau seien seine Auftraggeber gewesen (UA S. 23). Das Landgericht, das seine Feststellungen grundsätzlich auf die geständigen Angaben der Angeklagten stützt, setzt sich mit dieser Einlassung des Angeklagten M. nicht auseinander und lässt insoweit offen, aus welchem Grund es in den Fällen II. 7 und 8 die Ehefrau des " B. " als Beteiligte der Straftaten angesehen hat, in den Fällen II. 1-5 dagegen nicht. Dies lässt besorgen, dass sich das Landgericht den denkbaren Blick auf die bandenmäßige Begehung der Taten auch in den Fällen II. 1-5 - unter möglicher Beteiligung des Angeklagten M. , des " B. " und dessen Ehefrau - verstellt hat.

37

c) Zwar kommt in den verbleibenden Fällen (Fälle II. 24-25, 27-29) - im Gegensatz zu den genannten Fällen - die Annahme einer Bande, die sich aus den unmittelbaren Auftraggebern und den geworbenen Angeklagten zusammensetzt, nicht in Betracht. Doch weisen die Feststellungen des Landgerichts zu der vom Gebiet des ehemaligen Jugoslawien aus agierenden Gruppierung darauf hin, dass diese als Bande im Rechtssinne anzusehen sein könnte und die Angeklagten als deren Mitglieder agierten. Dies ist - entgegen der Ansicht des Landgerichts - nicht ausgeschlossen, weil die Angeklagten durch Hinterleute aus dem ehemaligen Jugoslawien angeworben und bei der Verwirklichung der Taten im Einzelnen angeleitet worden sind (UA S. 29). Auch bei einer Steuerung des Tatgeschehens durch einzelne Hinterleute liegt es nicht fern, dass eine im ehemaligen Jugoslawien ansässige Gruppierung sich dort zur Begehung von Straftaten in Deutschland zusammengeschlossen hat und die Angeklagten sich ihr über ihren Auftraggeber jeweils - jeder für sich - in Kenntnis der bestehenden Strukturen und Vereinbarungen angeschlossen haben. Dies gilt umso mehr, als der Anschluss an eine Bande kein mittäterschaftliches Handeln voraussetzt, sondern die Beteiligung als Gehilfe genügen kann. Ob insoweit die Voraussetzungen für die Annahme einer Bande vorliegen, kann der Senat nicht abschließend beurteilen, da die Feststellungen der Strafkammer, die bei ihrem rechtlichen Ansatz folgerichtig nicht näher auf die Charakteristik der hinter den Auftraggebern stehenden Gruppierung eingehen musste, insoweit unzureichend sind. Dass die Angeklagten nicht nur in Einzelfällen von den Auftraggebern mit der Ausführung von Einzeltaten beauftragt waren, sondern mit ihnen die Begehung mehrerer Straftaten vereinbart hatten, genügt für die Annahme einer Einbindung in eine "Bande" noch nicht, weil sich ohne nähere Kenntnis vom Zusammenwirken der Gruppe an sich schon deren Bandeneigenschaft nicht belegen lässt. Im Übrigen wären für eine Einbindung der Angeklagten in eine "Bande" konkrete Feststellungen zur Zusammenarbeit zwischen den Auf-

traggebern und den Angeklagten sowie zu deren Kenntnis von dem Bestand dieser Gruppierung zu treffen. Entsprechende Feststellungen wird das Landgericht nachzuholen haben. Sollten sich dabei insgesamt oder hinsichtlich einzelner Fälle die zusätzlichen Voraussetzungen für die Annahme bandenmäßiger Begehung ergeben, wird in jedem Einzelfall sorgfältig zu prüfen sein, ob die festgestellte Tatbeteiligung bei Einbindung in eine international operierende Bande die Annahme täterschaftlichen Handelns rechtfertigt.

Ernemann

Fischer

Berger

Krehl

Eschelbach