



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

4 StR 174/18

vom

13. September 2018

in der Strafsache

gegen

1.

alias:

2.

3.

4.

5.

wegen zu 1. und 2.: schweren Bandendiebstahls u.a.
zu 3.: schweren Bandendiebstahls
zu 4.: gewerbsmäßiger Hehlerei
zu 5.: Beihilfe zur gewerbsmäßigen Hehlerei

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 13. September 2018, an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof
Sost-Scheible,

Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Franke,
Bender,
Dr. Quentin,
Dr. Feilcke
als beisitzende Richter,

Oberstaatsanwältin beim Bundesgerichtshof
als Vertreterin des Generalbundesanwalts,

Rechtsanwalt
- in der Verhandlung -
als Verteidiger des Angeklagten D.

Rechtsanwalt - in der Verhandlung -
als Verteidiger des Angeklagten F.

Rechtsanwalt
- in der Verhandlung -
als Verteidiger des Angeklagten Fe.

Rechtsanwältin

- in der Verhandlung -

als Verteidigerin des Angeklagten M.

Rechtsanwalt

- in der Verhandlung -

als Verteidiger des Angeklagten G.

Justizangestellte

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten D. und F. wird das Urteil des Landgerichts Detmold vom 7. November 2017
 - a) mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, soweit diese Angeklagten in den Fällen II. 2. a. bis d. der Urteilsgründe verurteilt worden sind; insoweit wird das Verfahren eingestellt; im Umfang der Einstellung trägt die Staatskasse die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen der Angeklagten;
 - b) im Schuldspruch dahingehend berichtigt, dass der Angeklagte D. des schweren Bandendiebstahls in 39 Fällen und des Diebstahls in vier Fällen und der Angeklagte F. des schweren Bandendiebstahls in 39 Fällen schuldig sind.

2. Auf die Revisionen der Angeklagten D. , F. , Fe. und M. gegen das vorbezeichnete Urteil wird
 - a) von der Einziehung der Fahrzeuge VW Caddy und VW Passat abgesehen;
 - b) das Urteil im Ausspruch über die Einziehung dieser Fahrzeuge aufgehoben; dieser Ausspruch entfällt.
3. Auf die Revisionen der Angeklagten D. , F. und Fe. wird das vorbezeichnete Urteil im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen dahingehend ergänzt, dass diese Angeklagten in Höhe von 300.000 Euro als Gesamtschuldner haften.
4. Die weiter gehenden Revisionen der Angeklagten werden verworfen.
5. Die Staatskasse trägt die Kosten der zurückgenommenen Revisionen der Staatsanwaltschaft und die dadurch entstandenen notwendigen Auslagen der Angeklagten. Die Angeklagten D. und F. tragen die verbleibenden Kosten und die Angeklagten Fe. und M. die Kosten ihrer Rechtsmittel.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten D. wegen schweren Bandendiebstahls in 39 Fällen und Diebstahls in acht Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten, den Angeklagten F. wegen schweren Bandendiebstahls in 39 Fällen und Diebstahls in vier Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und drei Monaten, den Angeklagten Fe. wegen schweren Bandendiebstahls in 39 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten, den Angeklagten M. unter Freisprechung im Übrigen wegen gewerbsmäßiger Hehlerei in 17 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten und den Angeklagten G. unter Freisprechung im Übrigen wegen Beihilfe zu gewerbsmäßiger Hehlerei in 17 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren mit Strafaussetzung zur Bewährung verurteilt. Zudem hat es hinsichtlich der Angeklagten D. , F. und Fe. die „Einzahlung eines Geldbetrages“ in Höhe von 300.000 Euro, hinsichtlich des Angeklagten M. in Höhe von 125.000 Euro und hinsichtlich des Angeklagten G. in Höhe von 1.500 Euro angeordnet sowie einen Pkw VW Passat und einen Pkw VW Caddy eingezogen.

- 2 Gegen dieses Urteil wenden sich die Angeklagten D. , F. , Fe. und M. mit ihren Revisionen, soweit sie verurteilt worden sind. Die Rechtsmittel haben den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Erfolg. Im Übrigen sind sie unbegründet. Die Staatsanwaltschaft hat ihre zu Ungunsten aller Angeklagten eingelegten Revisionen in der Hauptverhandlung vor dem Senat zurückgenommen. Die Angeklagten haben den Rücknahmen jeweils zugestimmt.

I.

3 Die Verurteilung der Angeklagten D. und F. wegen Diebstahls in vier Fällen (Taten II. 2. a. bis d. der Urteilsgründe) kann nicht bestehen bleiben, weil Verfolgungsverjährung eingetreten ist. Insoweit war das Urteil aufzuheben und das Verfahren entsprechend § 206a Abs. 1 StPO einzustellen.

4 Nach den Feststellungen wurden die Taten am 15. Mai 2009 (Tat II. 2. a. der Urteilsgründe), 2. Juni 2009 (Tat II. 2. b. der Urteilsgründe), 8. Juni 2009 (Tat II. 2. c. der Urteilsgründe) und dem 10. November 2009 (Tat II. 2. d. der Urteilsgründe) begangen. Zwar hat das Landgericht jeweils einen Diebstahl im besonders schweren Fall gemäß § 242 Abs. 1, § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und 3 StGB angenommen; die Frist für den Eintritt der Verfolgungsverjährung bestimmt sich gemäß § 78 Abs. 4 StGB aber nach der Strafdrohung des § 242 StGB und beträgt nach § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB daher fünf Jahre. Erste die Verjährung hinsichtlich des Angeklagten D. unterbrechende Handlung ist der Haftbefehl des Amtsgerichts Detmold vom 27. Februar 2017, der die Taten vom 8. Juni 2009 und 10. November 2009 zum Gegenstand hat (Bl. 544 ff. Bd. III der Akten). Bei dem Angeklagten F. kommt als erste die Verjährung unterbrechende Maßnahme (§ 78c Abs. 1 Nr. 1 StGB) die ihm bei seiner Festnahme am 13. April 2017 gemachte Mitteilung in Betracht, dass gegen ihn wegen schweren Bandendiebstahls in einer Vielzahl von Fällen ermittelt wird (Bl. 847 Bd. IV d.A.). Zu beiden Zeitpunkten war Verfolgungsverjährung hinsichtlich aller vier Taten bereits eingetreten.

5 Die Verfahrenseinstellung zieht bei beiden Angeklagten die aus der Entscheidungsformel ersichtliche Berichtigung der Schuldsprüche nach sich.

II.

6 Hinsichtlich der verbleibenden Schuldsprüche hat die Überprüfung des Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigungen keinen Rechtsfehler zum Nachteil der revidierenden Angeklagten ergeben (§ 349 Abs. 2 StPO).

7 Auch die Verurteilung des Angeklagten M. wegen vollendeter gewerbsmäßiger Hehlerei gemäß § 259 Abs. 1, § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB in der Variante des Ankaufens im Fall II. 1. c. (9) der Urteilsgründe hält revisionsrechtlicher Überprüfung stand.

8 1. Nach den Feststellungen kaufte der Angeklagte M. – der mehrere Kioske betrieb – in der Zeit zwischen dem 10. Mai 2016 und dem 13. April 2017 in 17 Fällen von den Mitangeklagten D. , F. und Fe. Zigaretten in einem Gesamtwert von 148.846,83 Euro an, die diese zuvor bei Einbrüchen vornehmlich in Tankstellen entwendet hatten. Dabei wurde er von dem Angeklagten G. unterstützt, der bei ihm angestellt war und für seine Hilfsdienste eine geringfügige Gegenleistung erhielt. Die gestohlenen Zigaretten wurden von den Mitangeklagten D. , F. und Fe. jeweils in einem Pkw VW Caddy abgelegt, den der Angeklagte M. dem Angeklagten G. – auch als Gegenleistung für seine Hilfe – zur kostenlosen Nutzung überlassen hatte und der in der Nähe der Wohnung des Angeklagten G. abgestellt war. Der Angeklagte G. fuhr anschließend mit dem VW Caddy zu seiner Arbeitsstelle und räumte die Zigaretten aus dem Fahrzeug in das Lager des Kiosks.

9 Im letzten Fall (Tat II. 1. c. (9) der Urteilsgründe – Übernahme von Tabakwaren im Gesamtwert von 5.214 Euro am 13. April 2017 – wurde der Ange-

klagte G. von der Polizei observiert, nachdem er mit dem VW Caddy losgefahren war, in den die Angeklagten D. , F. und Fe. zuvor ihre Diebesbeute gelegt hatten. Der polizeiliche Zugriff erfolgte, bevor der Angeklagte G. den Kiosk des Mitangeklagten M. erreichen und das Diebesgut dort einlagern konnte. Die Tabakwaren wurden sichergestellt.

10 2. Diese Feststellungen reichen aus, um eine vollendete gewerbsmäßige Hehlerei in der Variante des Ankaufens gemäß § 259 Abs. 1, § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB zu belegen.

11 a) Zwar ist das Tatbestandsmerkmal des Ankaufens als Unterfall des Sichverschaffens erst dann vollständig verwirklicht, wenn der ankaufende Täter eigene Verfügungsgewalt über die Sache erwirbt und der Vortäter dadurch jede Möglichkeit verliert, auf die Sache einzuwirken (vgl. BGH, Beschluss vom 2. Juni 2005 – 4 StR 64/05, NStZ-RR 2005, 236; Urteil vom 5. Dezember 1990 – 2 StR 287/90, BGHR StGB § 259 Abs. 1 Sichverschaffen 4; Beschluss vom 19. März 1977 – 1 StR 646/76, BGHSt 27, 160, 163). Dafür ist kein unmittelbarer Besitz erforderlich. Stattdessen kann auch mittelbarer Besitz (§ 870 BGB) ausreichend sein, wenn der Ankäufer dadurch nicht nur die bisherige Sachherrschaft des Vortäters, sondern zugleich auch die tatsächliche Verfügungsgewalt über die Sache erlangt (vgl. BGH, Beschluss vom 19. März 1977 – 1 StR 646/76, BGHSt 27, 160, 163).

12 b) Danach ist hier eine vollendete Hehlerei des Angeklagten M. (noch) hinreichend mit Tatsachen unterlegt. Mit der Einlagerung des Diebesgutes in den VW Caddy und dessen Wegfahrt durch den Mitangeklagten G. hatten die Mitangeklagten D. , F. und Fe. jede Einwirkungsmöglichkeit verloren. Der Angeklagte M. hatte mit dem Fahrtantritt durch den

Angeklagten G. auch eigene Verfügungsgewalt erworben, weil der für ihn in seinen Kiosken arbeitende Mitangeklagte G. sich auftragsgemäß daran machte, die Tabakwaren zu seiner Arbeitsstelle (einen Kiosk des Angeklagten M. in V.) zu verbringen.

III.

13 Die Rechtsfolgenaussprüche weisen nach dem Absehen von der Einziehung der Fahrzeuge VW Caddy und VW Passat durch den Senat keinen die Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler mehr auf. Lediglich hinsichtlich der Angeklagten D. , F. und Fe. war der Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen dahingehend zu ergänzen, dass diese Angeklagten insoweit gesamtschuldnerisch haften.

14 1. Der Senat hat nach § 421 Abs. 1 Nr. 2 StPO mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft von der Einziehung der Fahrzeuge VW Caddy und VW Passat abgesehen, weil diese Einziehung neben den Strafen nicht ins Gewicht fällt.

15 2. Die Strafaussprüche weisen danach keinen die Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler auf.

16 a) Nach dem Absehen von der Einziehung der Fahrzeuge durch den Senat stellt es keinen die Angeklagten benachteiligenden Rechtsfehler mehr dar, dass die Strafkammer bei der Strafbemessung die Einziehung nicht ausdrücklich strafmildernd berücksichtigt hat (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 3. Mai 2018 – 3 StR 8/18, NStZ 2018, 526; Beschluss vom 16. Februar 2012 – 3 StR 470/11, NStZ-RR 2012, 169 f. mwN). Dass die Strafkammer die Sicherstellung

der Tatbeute im Fall II. 1. c. (9) der Urteilsgründe bei der Bemessung der für diese Tat festgesetzten Einzelstrafen aus dem Auge verloren haben könnte, schließt der Senat aus.

17 b) Auch ist nicht zu besorgen, dass das Landgericht den für die Straf-
messung maßgeblichen Schuldumfang anhand von nicht sicher getroffenen
Feststellungen zum jeweiligen Beutewert bestimmt hat (vgl. dazu BGH, Be-
schluss vom 6. April 2016 – 1 StR 523/15, NZWiSt 2016, 354, 356; Beschluss
vom 20. August 2003 – 2 StR 285/03, NStZ-RR 2004, 41, 42 [zu Tatfolgen];
Urteil vom 12. August 1999 – 5 StR 269/99, NStZ 1999, 581; Beschluss vom
22. November 1994 – 4 StR 516/94, BGHSt 40, 371, 372 f. mwN). Zwar hat sie
ihre Entscheidung, den Wert der Taterträge bei den Angeklagten nach § 73d
Abs. 2 StGB zu schätzen, auch darauf gestützt, dass die Feststellungen zum
Beutewert „letztlich auf Angaben der jeweiligen Tankstellen- bzw. Ladenbesit-
zer“ beruhen (UA 50). Der Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe ergibt
aber, dass mit dieser Wendung der Wahrheitswert der im Einzelnen getroffenen
Feststellungen zum Wert der jeweiligen Tatbeute nicht wieder in Zweifel gezo-
gen werden sollte. Das Urteil leidet deshalb auch nicht an einem unaufgelösten
inneren Widerspruch.

18 c) Die Einstellung des Verfahrens hinsichtlich der Angeklagten D.
und F. wegen Diebstahls in vier Fällen und der damit verbundene Wegfall
von jeweils vier Einzelstrafen von jeweils sechs Monaten Freiheitsstrafe lassen
die gegen diese Angeklagten festgesetzten Gesamtstrafen unberührt. Denn die
Strafkammer hat in den Urteilsgründen ausdrücklich darauf hingewiesen, dass
sie auch bei Nichtberücksichtigung dieser Einzelstrafen an den verhängten Ge-
samtstrafen festgehalten hätte (UA 40 und 42).

19 3. Die zu Recht auf die §§ 73, 73c StGB in der Fassung des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 (BGBl. I 2017 S. 872) gestützte Entscheidung über die Einziehung des Wertes von Taterträgen enthält keinen die Angeklagten D. , F. , Fe. und M. beschwerenden Rechtsfehler. Der Umstand, dass die Strafkammer den Wert der Taterträge jeweils nach § 73d Abs. 2 StGB geschätzt und dabei einen umfangreichen „Sicherheitsabschlag“ vorgenommen hat, benachteiligt die Angeklagten nicht.

20 4. Da sich aus den Urteilsfeststellungen ergibt, dass die Angeklagten D. , F. und Fe. bei allen von ihnen gemeinsam begangenen Diebstahlstaten faktische und wirtschaftliche Mitverfügungsmacht an der jeweiligen Tatbeute hatten (vgl. BGH, Urteil vom 18. Juli 2018 – 5 StR 645/17, NStZ-RR 2018, 278, 279; Beschluss vom 12. Juni 2018 – 3 StR 26/18, Rn. 2 mwN), war insoweit eine gesamtschuldnerische Haftung dieser Angeklagten in Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO im Tenor festzustellen (vgl. BGH, Beschluss vom 18. Juli 2018 – 2 StR 245/18, Rn. 10; Urteil vom 7. Juni 2018 – 4 StR 63/18, Rn. 16).

21 5. Eine Klarstellung der Einziehungsentscheidung dahingehend, dass der Mitangeklagte G. als Gesamtschuldner mit dem Angeklagten M. für den Einziehungsbetrag in Höhe von 125.000 Euro haftet, kam dagegen nicht in Betracht. Denn der Mitangeklagte G. hat die transportierten Tabakwaren durch die ihm zur Last liegende Tat nicht im Sinne des § 73 Abs. 1 1. Alt. StGB erlangt.

22 a) Gegenstände die als Mittel für die Tatausführung oder gelegentlich der Tatausführung kurzfristig in Besitz genommen werden (sog. transitorischer Be-

sitz) gelten noch nicht als im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB erlangt, weil es insoweit an einem rechtserheblichen Vermögenszufluss fehlt (vgl. BGH, Urteil vom 7. Juni 2018 – 4 StR 63/18, Rn. 12; Urteil vom 12. Juli 2018 – 3 StR 144/18, Rn. 11; Beschluss vom 8. August 2013 – 3 StR 179/13, NStZ-RR 2014, 44, 45; Beschluss vom 30. März 2011 – 4 StR 25/11, Rn. 4 f.; Beschluss vom 27. Oktober 2009 – 5 StR 242/09, NStZ 2011, 87; Beschluss vom 29. Oktober 2010 – 4 StR 277/10, NStZ-RR 2011, 283 f.; weitere Nachweise bei Fischer, StGB, 65. Aufl., § 73 Rn. 26; MünchKomm-StGB/Joecks, 3. Aufl., § 73 Rn. 26). Auch aus der Überlassung von Tatbeute zum Transport und einer zeitlich nicht näher eingegrenzten Aufbewahrung folgt noch nicht ohne weiteres, dass der Täter deshalb auch schon faktische Mitverfügungsgewalt hat (vgl. BGH, Urteil vom 7. Juni 2018 – 4 StR 63/18, Rn. 14).

23 b) Danach sind die Voraussetzungen des § 73 Abs. 1 1. Alt. StGB bei dem Mitangeklagten G. in Bezug auf die von ihm transportierten Tabakwaren nicht gegeben. Nach den Feststellungen war er bei dem Angeklagten M. beschäftigt. Seine Gehilfentätigkeit für den Mitangeklagten M. bestand darin, die von den Vortätern in den VW Caddy gelegte Diebesbeute zu seiner Arbeitsstelle zu transportieren. Dabei übte er den Besitz an den Tabakwaren nur kurzfristig und ausschließlich für den Angeklagten M. aus.

24 6. Für die Feststellung einer (weiteren) Gesamtschuldnerschaft zwischen den Angeklagten D. , F. , Fe. und dem Angeklagten M. in Höhe von 125.000 Euro war kein Raum, weil der Angeklagte M. die Tabakwaren durch eine eigene Straftat erlangt hat (vgl. BGH, Urteil vom 16. Mai 2006 – 1 StR 46/06, BGHSt 51, 65, 71 Rn. 26; Köhler/Burkhard, NStZ 2017, 665, 669). Gleiches gilt, soweit die Strafkammer eine gesamtschuldnerische Haftung aller Angeklagten für den dem Angeklagten G. gezahlte Kurierlohn

(1.000 Euro) und die ihm gewährten Gebrauchsvorteile an dem überlassenen VW Caddy (von der Strafkammer mit insgesamt 500 Euro bewertet) in den Urteilsgründen für gegeben erachtet hat.

IV.

25 Der geringfügige Erfolg der Revisionen der Angeklagten rechtfertigt es nicht, sie teilweise von den (verbleibenden) Kosten und Auslagen freizustellen, die durch ihre Rechtsmittel entstanden sind (§ 473 Abs. 4 StPO).

Sost-Scheible

Franke

Bender

Quentin

Feilcke