



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 500/99

vom
19. Januar 2000
in der Strafsache
gegen

1.

2.

wegen Bandendiebstahls oder Bandenhehlerei

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung der Beschwerdeführer und des Generalbundesanwalts - zu Ziffer 2 auf dessen Antrag - am 19. Januar 2000 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Hannover vom 22. Juni 1999

a) im Schuldspruch dahin geändert, daß die Angeklagten des Diebstahls oder der gewerbsmäßigen Hehlerei in 43 Fällen schuldig sind und der Angeklagte R. wegen eines weiteren Diebstahls verurteilt ist,

b) in den Strafaussprüchen mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

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.

2. Die weitergehenden Revisionen werden verworfen.

Gründe:

Das Landgericht hat die Angeklagten wegen "bandenmäßig begangenen Diebstahls oder bandenmäßig begangener Hehlerei in 43 Fällen" und den Angeklagten R. wegen eines weiteren Diebstahls zu Gesamtfreiheitsstrafen von drei Jahren und neun Monaten (S.) bzw. drei Jahren (R.) verurteilt.

Hiergegen wenden sich die Angeklagten mit ihren Revisionen, mit denen sie das Verfahren beanstanden und die Sachrüge erheben.

I.

Die Verfahrensrügen sind offensichtlich unbegründet, wie bereits der Generalbundesanwalt in seinen Antragsschriften vom 12. November 1999 zu-
treffend dargelegt hat. Lediglich zu einer Verfahrensrüge des Angeklagten R.

bemerkt der Senat ergänzend:

Die Rüge eines Verstoßes gegen § 250 StPO durch eine ohne Be-
schlußanordnung erfolgte Verlesung der richterlichen Aussage des ehemaligen
Mitbeschuldigten I. , ist nicht nur unbegründet, sondern schon unzulässig,
weil der Inhalt dieser Aussage nicht vollständig mitgeteilt wird. Dessen hätte es
insbesondere deshalb bedurft, weil der Angeklagte durch diese Aussage, wie
die Revision behauptet, so schwer belastet worden sein soll, daß sie, auch
wenn sie im Urteil keine Erwähnung finde, nicht ausschließbar auf die Ent-
scheidungsbildung des Gerichts Einfluß genommen habe.

II.

Die Sachrüge führt jedoch zu einer Abänderung des Schuldspruchs, so-
weit die Angeklagten auf wahldeutiger Grundlage verurteilt worden sind, und
zur Aufhebung sämtlicher Strafaussprüche.

1. Nach den Feststellungen kamen die Angeklagten, die im
Herbst/Winter 1997 zwei nebeneinandergelegene, durch eine Eisentür verbun-
dene Hallen gemietet hatten, zusammen mit anderen, im einzelnen nicht be-
kannten Personen überein, künftig im einzelnen noch unbestimmte Diebstähle
von Kraftfahrzeugen oder entsprechende Hehlereihandlungen zu begehen. Ziel

der Abrede war es, entwendete Fahrzeuge, die meist nachts gestohlen werden sollten, in den Hallen unterzustellen, die amtlichen Kennzeichen abzunehmen und durch andere, nicht zur Fahndung ausgeschriebene Kennzeichen zu ersetzen, zum Teil auch Fahrzeugidentifizierungsnummern (FIN) und Typenschilder zu entfernen, die Fahrzeuge teilweise auszuschlachten oder umzubauen und diese Fahrzeuge, deren Herkunft somit verschleiert war, möglichst schnell in Richtung Balkan zum dortigen Verkauf zu transportieren. Den Angeklagten kam im Rahmen dieser Bande die Aufgabe zu, die von ihnen angemieteten Hallen für die Zwecke der Bande zur Verfügung zu stellen, um zumindest teilweise an den Manipulationen mitzuwirken. Möglich ist nach den getroffenen Feststellungen auch, daß die Angeklagten vorhatten, das eine oder andere Fahrzeug selbst zu entwenden und dies auch taten. Andere Bandenmitglieder waren als Transporteure tätig, wiederum andere sorgten für den Absatz der Fahrzeuge in Jugoslawien. Auf diese Art und Weise und zu diesen Zwecken entwendeten oder verschafften sich die Angeklagten in der Zeit vom 5. Mai 1998 bis zum 7. August 1998 in 41 Fällen Kraftfahrzeuge und in zwei Fällen amtliche Kfz-Kennzeichen, die für den Transport anderer gestohlener Fahrzeuge nach Jugoslawien benötigt wurden. Weiter hat das Landgericht festgestellt, daß beide Angeklagte durch die Taten ihren Lebensunterhalt bestritten.

Diese Taten der Angeklagten hat das Landgericht als "bandenmäßig begangenen Diebstahl" gemäß §§ 242, 243 Abs. 1 Nr. 2, 244 a Abs. 1 StGB in 43 Fällen oder als "bandenmäßig begangene Hehlerei" in 43 Fällen gemäß §§ 259, 260 a Abs. 1 StGB gewertet und die Angeklagten auf wahldeutiger Tatsachengrundlage verurteilt, weil sie möglicherweise in Einzelfällen die Diebstähle selbst begangen haben.

2. Dieser Schuldspruch hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Zwar sind grundsätzlich die tatsächlichen Voraussetzungen einer Verurteilung auf wahldeutiger Tatsachengrundlage gegeben. Denn eine Postpendenzfeststellung im Sinne einer zumindest vorliegenden Hehlerei ist nicht möglich, weil nicht sicher feststeht, daß die Angeklagten die gestohlenen Kraftfahrzeuge bzw. Kfz-Kennzeichen von einem anderen und sei es von dem jeweils anderen Angeklagten als Mittäter erlangt oder sich verschafft haben, vielmehr kommt auch jeweils ein von einem Angeklagten als Alleintäter begangener Diebstahl als die der Hehlereihandlung vorangehende Tat in Betracht (BGHR StGB vor § 1 Wahlfeststellung, Postpendenz 4).

a) Fest steht, daß die Angeklagten aus den jeweiligen Einzeltaten fremde bewegliche Sachen auf strafbare Weise erlangt haben, und zwar entweder durch Diebstahls- oder durch Hehlereihandlungen. Eine Wahlfeststellung setzt nach ständiger Rechtsprechung voraus, daß die mehreren möglichen, einander ausschließenden Verhaltensweisen rechtsethisch und psychologisch gleichartig bzw. gleichwertig sind (vgl. BGHSt 9, 390, 392 ff.; 21, 152, 153; 25, 182, 183 ff.). Eine rechtsethische Gleichwertigkeit in diesem Sinne ist dann gegeben, wenn bei Berücksichtigung aller Umstände, die den besonderen Unrechtsscharakter der Straftatbestände ausmachen, den möglichen Taten im allgemeinen Rechtsempfinden eine gleichartige oder ähnliche sittliche Bewertung zuteil wird; eine psychologische Gleichwertigkeit liegt bei einigermaßen gleichgerichteten seelischen Beziehungen des Täters zu den mehreren infrage stehenden Verhaltensweisen vor (vgl. BGHSt 21, 152, 153; BGH StV 1985, 92 m.w.Nachw.).

b) Daß Diebstahl und Hehlerei rechtsethisch und psychologisch vergleichbar sind und deshalb die Grundlage einer Wahlfeststellung bilden kön-

nen, ist anerkannt (BGHSt 1, 304; 9, 390, 392; 15, 63), ebenso ist eine Wahlfeststellung zwischen - gewerbsmäßig begangenen - Diebstahl nach §§ 242, 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB und gewerbsmäßiger Hehlerei nach § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB zulässig (BGHSt 11, 26, 28; BGH NJW 1974, 804, 805; BGH, Urt. vom 9. Juli 1998 - 4 StR 250/98 [S. 8]). Grundsätzlich ist nach diesen Kriterien auch die Möglichkeit einer Wahlfeststellung zwischen Bandendiebstahl gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB bzw. schwerem Bandendiebstahl nach § 244 a Abs. 1 StGB i.V.m. § 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB einerseits und Bandenhehlerei gemäß § 260 Abs. 1 Nr. 2 StGB bzw. gewerbsmäßiger Bandenhehlerei gemäß § 260 a Abs. 1 StGB anzuerkennen, da die rechtsethisch und psychologisch vergleichbaren Grunddelikte durch gleiche oder ähnliche Merkmale qualifiziert werden und über vergleichbar erhöhte Strafraumen verfügen. Eine wahlweise Verurteilung der Angeklagten wegen Bandendiebstahls bzw. schweren Bandendiebstahls oder Bandenhehlerei bzw. gewerbsmäßiger Bandenhehlerei scheidet vorliegend jedoch daran, daß das Landgericht die rechtlichen Voraussetzungen einer Verurteilung wegen Bandendiebstahls verkannt hat.

c) Die bandenmäßige Begehung eines Diebstahls setzt nach den Tatbestandsmerkmalen der §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244 a Abs. 1 StGB voraus, daß das Bandenmitglied "unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds stiehlt", was nach der bisherigen ständigen Rechtsprechung nur dann anzunehmen ist, wenn mindestens zwei Bandenmitglieder bei der Ausführung der Tat zeitlich und örtlich zusammengewirkt haben und der Angeklagte einer dieser Täter ist (vgl. BGHSt 8, 205, 206 ff.; 25, 18; 33, 50, 52; BGH StV 1995, 586 und 1997, 247; BGH NStZ 1996, 493). Nach den vorliegenden Urteilsgründen muß mangels gegenteiliger Feststellungen nach dem Grundsatz in dubio pro reo davon ausgegangen werden, daß die in Betracht kommenden Diebstahlshandlungen jeweils von einem der Angeklagten alleine ausgeführt wurden. Ein Banden-

diebstahl - gleich ob in der Qualifikationsform des § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB oder des § 244 a Abs. 1 StGB, kann deshalb als wahlweise verwirklichtes Delikt wegen Fehlens der von diesen Tatbeständen vorausgesetzten bandenmäßigen Begehungsweise nicht angenommen werden. Demgegenüber reicht für die bandenmäßige Begehung einer Hehlerei nach den §§ 260 Abs. 1 Nr. 2, 260 a Abs. 1 StGB das Tätigwerden als einzelnes Bandenmitglied im Rahmen der Bandenabrede aus, auf die Mitwirkung mehrerer Bandenmitglieder am Tatort kommt es nicht an (BGH NStZ 1995, 85 und 1996, 495 mit kritischer Anmerkung Miehe StV 1997, 247). Zwar hat der Senat in seinem Anfragebeschluss vom 22. Dezember 1999 - 3 StR 339/99 die Auffassung vertreten, daß die bisherige Auslegung des Tatbestandsmerkmals der §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244 a Abs. 1 StGB "unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds" durch die Rechtsprechung dogmatisch zu eng, vom Wortlaut und Zweck der Vorschrift her nicht zwingend und aus rechtspolitischen Gründen für überdenkenswert erscheint; er hat jedoch für seine ins Auge gefaßte Auslegung dieses Tatbestandsmerkmals des Bandendiebstahls zwar das täterschaftliche Handeln eines Bandenmitglieds im Hintergrund als ausreichend erachtet, dabei aber vorausgesetzt, daß zumindest zwei weitere Bandenmitglieder am Tatort den Diebstahl ausführen. Auch dieser weiteren Auslegung ist nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils nicht Genüge getan, so daß eine alternative Verurteilung der Angeklagten aus §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244 a Abs. 1 StGB oder §§ 260 Abs. 1 Nr. 2, 260 a Abs. 1 StGB ausscheidet.

d) Nach den bisherigen Feststellungen können deshalb nur Geschehensabläufe alternativ gegenüberstehen, die entweder den Tatbestand des - besonders schweren - Diebstahls gemäß §§ 242, 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB erfüllen oder diejenigen der §§ 260 Abs. 1, 260 a Abs. 1 StGB.

Offen bleiben kann, ob Vergehen nach §§ 242, 243 Abs. 1 StGB mit dem Verbrechenstatbestand des § 260 a Abs. 1 StGB noch als rechtsethisch vergleichbar angesehen werden können, weil das Erfordernis der rechtsethischen Gleichwertigkeit die annähernd gleiche Schwere der möglichen Schuldvorwürfe (BGHSt 9, 390, 393) voraussetzt bzw. verlangt, daß die mehreren in Betracht kommenden Verhaltensweisen die gleiche sittliche Mißbilligung verdienen (vgl. BGHSt 21, 152, 154), was bei einer Alternativität zwischen Vergehens- und Verbrechenstatbeständen zweifelhaft erscheint (vgl. Eser in Schönke/Schröder, StGB 25. Aufl. § 1 Rdn. 108). Denn nach der bisherigen Rechtsprechung stünde einer wahlweisen Verurteilung wegen gewerbsmäßig begangenen Diebstahl nach §§ 242, 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB oder gewerbsmäßiger Bandenhehlerei nach § 260 a Abs. 1 StGB der Umstand, daß ein Vergehen alternativ einem Verbrechen gegenübersteht, dann nicht entgegen, wenn die gegenüber dem Grundtatbestand der Hehlerei straf erhöhenden Umstände des § 260 a Abs. 1 StGB der bandenmäßigen Begehung und der Gewerbsmäßigkeit für den Fall, daß die Angeklagten einen Diebstahl begangen haben, ebenfalls festgestellt und zumindest strafscharfend berücksichtigt, d.h. als straf erhöhender Umstand gewissermaßen vor die Klammer gezogen werden könnten (vgl. BGHSt 11, 26, 28; BGH NJW 1974, 804, 805 zur Wahlfeststellung zwischen Diebstahl oder Betrug mit der als Verbrechen ausgestalteten gewerbsmäßigen Hehlerei des § 260 Abs. 1 StGB a.F.; anderer Auffassung jedoch BGH bei Holtz MDR 1970, 13 zu § 260 Abs. 1 StGB a.F. in der Alternative der Gewohnheitsmäßigkeit). Diese rein auf Strafzumessungsgesichtspunkte abstellende Methode kann unter rechtsstaatlichen Gesichtspunkten bedenklich erscheinen, weil die Gefahr besteht, daß es aufgrund der konkreten, am Erscheinungsbild der Einzeltat orientierten Betrachtungsweise für eine wahlweise Verurteilung schon ausreichen kann, daß die verschiedenen, alternativ in Betracht kommenden Tatbe-

stände durch einander lediglich ähnliche Verhaltensweisen erfüllt werden (vgl. Gribbohm in LK 11. Aufl. § 1 Rdn. 110), ohne daß dies in den alternativ in Betracht kommenden Tatbeständen zum Ausdruck kommt. Dies kann jedoch dahinstehen, da die nach der Rechtsprechung als Voraussetzung für eine zulässige Wahlfeststellung zwischen einem Vergehen und einem Verbrechen gestellten Anforderungen vorliegend nur hinsichtlich des Merkmals der "Gewerbsmäßigkeit" gegeben sind. Das - straf erhöhende - Merkmal der "bandenmäßigen Begehung" ist für den Fall, daß die Angeklagten jeweils einen Diebstahl begangen haben, gerade nicht festzustellen, weil die bandenmäßige Begehung eines Diebstahls qualitativ andere Voraussetzungen erfüllen muß, als die bandenmäßige Begehung einer Hehlerei. Der bloßen Bandenabrede kommt beim Diebstahl nicht dieselbe straf erhöhende Gewichtung zu wie bei einer Hehlerei nach den §§ 260 Abs. 1 Nr. 2, 260 a Abs. 1 StGB. Darauf, daß in der unterschiedlichen tatbestandsmäßigen Ausgestaltung der Bandenbegehung bei den §§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244 a Abs. 1 StGB einerseits und den §§ 260 Abs. 1 Nr. 2, 260 a Abs. 1 StGB andererseits vor allem bei sogenannten gemischten Banden Wertungswidersprüche angelegt sind, die vorliegend zutage treten, hat der Senat bereits in seinem Anfragebeschluß vom 22. Dezember 1999 - 3 StR 339/99 hingewiesen.

e) Damit ist im vorliegenden Fall der mögliche Schuldspruch allerdings nicht auf die wahldeutige Verurteilung der Angeklagten wegen Diebstahls oder Hehlerei beschränkt. In Fällen, in denen die mehreren als möglich in Betracht kommenden Geschehensabläufe nicht in vollem Umfang den Voraussetzungen einer Verurteilung auf wahldeutiger Grundlage genügen, hat sich die rechtliche Würdigung auf das rechtsethisch und psychologisch Vergleichbare der möglichen Verhaltensweisen zu beschränken (vgl. BGHSt 15, 266 f.; 25, 182, 185; Gribbohm in LK 11. Aufl. § 1 Rdn. 111 f.; Eser in Schönke/Schröder, StGB

25. Aufl. § 1 Rdn. 108; Rudolphi in SK-StGB 29. Lfg. Anh. zu § 55 Rdn. 44). Das ist vorliegend über den Grundtatbestand hinaus das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit, das vom Landgericht für beide Sachverhaltsalternativen festgestellt ist und für den Fall des Diebstahls, wenn auch nicht als Tatbestandsmerkmal, wohl aber ähnlich einem Qualifikationstatbestand (vgl. BGHSt 33, 370, 374) in § 243 Abs. 1 Nr. 3 StGB als Regelbeispiel eines besonders schweren Falls des Diebstahls enthalten ist und für eine wahlweise Verurteilung herangezogen werden kann; dem entspricht auf der Seite der möglichen Hehlereihandlungen der Qualifikationstatbestand des § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB, der die gewerbsmäßige Hehlerei der (einfachen) Bandenhehlerei des § 260 Abs. 1 Nr. 2 StGB gleichstellt. Der Senat hat den Schuldspruch entsprechend abgeändert, da ausgeschlossen werden kann, daß eine erneute Hauptverhandlung zu weiteren Feststellungen führt, die eine wahldeutige Verurteilung der Angeklagten wegen Bandendiebstahls bzw. schweren Bandendiebstahls oder Bandenhehlerei bzw. gewerbsmäßiger Bandenhehlerei ermöglichen würden.

3. Die Schuldspruchänderung führt zur Aufhebung des Strafausspruchs insgesamt, da das Landgericht bei der wahldeutigen Verurteilung der Angeklagten die Strafen den §§ 244 a Abs. 1, 260 a Abs. 1 StGB entnommen hat. Aufzuheben war auch die für den Angeklagten R. verhängte Einzelstrafe wegen Diebstahls; zwar ist das Landgericht davon ausgegangen, daß der Angeklagte R. diese Tat nicht im Rahmen der Bandenabrede, sondern als Einzeltäter begangen hat, der Senat kann jedoch nicht mit der erforderlichen Sicherheit ausschließen, daß die Höhe der übrigen Einzelstrafen sich auf die für diese zumindest ähnliche Tat eines Lkw-Diebstahls verhängte Einzelstrafe ausgewirkt hat.

Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat darauf hin, daß bei einer Wahlfeststellung die Strafe dem Gesetz entnommen werden muß, das die mildeste Strafe zuläßt, was aufgrund einer konkreten Betrachtungsweise zu ermitteln ist (vgl. BGHSt 25, 182, 186; Eser in Schönke/Schröder, StGB 25. Aufl. § 1 Rdn. 114 m.w.Nachw.).

Kutzer

Rissing-van Saan

Miebach

Winkler

von Lienen