



5 StR 439/01

# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

vom 22. Oktober 2001  
in der Strafsache  
gegen

wegen gewerbsmäßiger Hehlerei u. a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 22. Oktober 2001 beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Dresden vom 15. Januar 2001 nach § 349 Abs. 4 StPO
  - a) im Schuldspruch dahingehend geändert, daß der Angeklagte wegen gewerbsmäßiger Hehlerei in 19 Fällen und wegen Hehlerei verurteilt ist,
  - b) im gesamten Strafausspruch und im Ausspruch über die Einziehung mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben,
  - c) hinsichtlich der Anordnung des Verfalls und des Fahrverbots aufgehoben.
1. Die weitergehende Revision wird nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen.
2. Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung zum Strafausspruch und über die Einziehung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

## G r ü n d e

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gewerbsmäßiger Bandenhehlerei in 19 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und zwei Monaten und wegen Hehlerei unter Einbeziehung einer anderweitig erkannten Geldstrafe zu einer weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Monaten verurteilt. Außerdem hat es den Verfall von 3000 DM, die Einziehung von 2500 DM als Wertersatz und ein Fahrverbot von drei Monaten angeordnet. Die dagegen gerichtete Revision des Angeklagten hat mit der Sachrüge den im Beschlußtenor ersichtlichen Teilerfolg.

1. Die Nachprüfung des Urteils aufgrund der Revisionsrechtfertigung hat hinsichtlich der Verurteilung wegen gewerbsmäßiger Hehlerei in 19 Fällen und wegen Hehlerei im Fall 20 keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben (§ 349 Abs. 2 StPO).

2. Die Verurteilungen aufgrund der Qualifikationsnorm des § 260a StGB wegen gewerbsmäßiger Bandenhehlerei haben keinen Bestand. Die Feststellungen belegen allenfalls eine auf eine gewisse Dauer angelegte Verbindung zwischen dem Angeklagten als Hehler und dem Einbrecher F zu gemeinsamer Deliktsbegehung, keinesfalls aber zu einem erforderlichen dritten Bandenmitglied (vgl. BGH – GS – NJW 2001, 2266, 2267, zur Veröffentlichung vorgesehen in BGHSt 46, 321). Entgegen der Wertung des Landgerichts erwies sich der Angeklagte nicht als zur Absatzförderung bereiter Hehler des Einbrechers M . Dieser hatte zwar gemeinsam mit F 700 Einbrüche begangen, den auf ihn entfallenden Beuteanteil an elektronischen Geräten aber ausschließlich über zwei eigene Hehler abgesetzt, mit denen der Angeklagte nicht in Verbindung stand. In nur 19 Fällen erhielt der Angeklagte von F aus dessen Beuteanteil Geräte zum An-

kauf oder zur Überwindung der Zugangssicherungen, wobei M nie zugegen war. Nur F gewährte dem Angeklagten Vorteile für seine Bemühungen, die Geräte funktionstüchtig zu machen. Nach umfassender Vernehmung der Zeugen M und F durch das Landgericht schließt der Senat aus, daß ein neuer Tatrichter im Falle einer Zurückverweisung weitere Feststellungen für das Vorliegen einer Bande aus drei Mitgliedern wird treffen können. Er hat daher den Schuldspruch selbst abgeändert.

3. Die Schuldspruchänderung führt zur Aufhebung der Strafaussprüche und der Gesamtstrafen. Da die Strafkammer überwiegend nur wenig über einem Jahr Freiheitsstrafe liegende Einzelstrafen verhängt hatte, kann nicht ausgeschlossen werden, daß sie sich bei der Strafbemessung an der höheren Mindeststrafe des § 260a StGB orientiert hatte. Auch die im Fall 20 verhängte Freiheitsstrafe hat keinen Bestand, weil der Senat nicht ausschließen kann, daß sie im Zusammenhang der Bewertung der 19 übrigen Taten aufgrund der geänderten Schuldsprüche nicht günstiger zugemessen worden wäre. Dies gilt auch für die Anordnung der Einziehung des Wertersatzes hinsichtlich des Erlöses für den vom Angeklagten verkauften Personenkraftwagen (vgl. BGHR StGB § 73d – Strafzumessung 1), zumal das Landgericht auch von einer Erörterung der Voraussetzungen von § 74b Abs. 1 StGB abgesehen hat.

Die Anordnung des Verfalls hat keinen Bestand. Nach § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB hindert allein die rechtliche Existenz von Ersatzansprüchen und nicht, ob sie voraussichtlich geltend gemacht werden, eine solche Maßnahme (vgl. BGHR StGB § 73 – Tatbeute 1; BGH NStZ 1996, 332). Auch die Anordnung eines Fahrverbots begegnet durchgreifenden rechtlichen Bedenken, weil sie als Warnungs- und Besinnungsstrafe für den über ein Jahr und neun Monate zurückliegenden Pflichtverstoß (Fall 4) nicht mehr geeignet ist (vgl. Tröndle/Fischer, StGB 50. Aufl. § 44 Rdn. 2).

4. Der neue Tatrichter wird bei der Gesamtstrafenbildung nicht dem erstinstanzlichen Urteil des Amtsgerichts Dresden vom 1. Juli 1998, sondern erst dem Berufungsurteil vom 23. Juni 1999 Zäsurwirkung beimessen dürfen, da im Berufungsverfahren die tatsächlichen Feststellungen geprüft wurden (§ 55 Abs. 1 Satz 2 StGB).

Harms      Basdorf      Gerhardt  
Brause      Schaal