



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

3 StR 379/01

vom  
14. November 2001  
in der Strafsache  
gegen

1.

2.

wegen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung der Beschwerdeführer und des Generalbundesanwalts am 14. November 2001 gemäß § 349 Abs. 4 StPO einstimmig beschlossen:

Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Düsseldorf vom 16. Mai 2001 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

#### Gründe:

Das Landgericht hat die Angeklagten wegen gewerbsmäßigen Bandenbetrugs in sieben Fällen zu Gesamtfreiheitsstrafen von fünf Jahren (B. ) und vier Jahren und sechs Monaten (E. ) verurteilt. Die Revisionen der Angeklagten haben mit der Sachrüge Erfolg.

1. Nach den Feststellungen hatte der Angeklagte B. den gesondert verfolgten Bo. , der als früherer Mitarbeiter der Autoverleihfirma S. AG mit den Gepflogenheiten bei der Abholung von Fahrzeugen bei Großkunden vertraut war und noch über Dienstkleidungsstücke mit dem Logo dieser Firma verfügte, für den Plan gewonnen, mit Hilfe dieser Kenntnisse und Ausrüstung hochwertige Leihwagen durch die Vorspiegelung, er hole sie im Auftrag der Firma ab, zu verschaffen. Danach sollten die Fahrzeuge über ihn, B. , und den Angeklagten E. an eine jugoslawische Tätergruppe weitergeleitet

werden, die dann die Fahrzeuge in Montenegro verkaufen sollte. Er selbst sei bereits als Kurierfahrer dieser Gruppe tätig, der Angeklagte E. sei der Mittelsmann zu dieser Tätergruppe. Von dem Erlös sollte die eine Hälfte zwischen ihnen aufgeteilt werden, die andere Hälfte sollte dem Angeklagten E. und dessen Hintermännern verbleiben.

In Ausführung dieses Plans gab sich Bo. bei verschiedenen Firmen als Mitarbeiter der S. AG aus und erreichte durch die Vorspiegelung einer Berechtigung zur Abholung, daß ihm Mietwagen dieser Verleihfirma, in einem Fall auch der Firma H. AG, mitsamt Schlüsseln und Papieren ausgehändigt wurden. Teilweise wußte er aus seiner früheren Tätigkeit, daß es sich um Kunden der S. AG handelte, bei denen solche Fahrzeuge möglicherweise zur Abholung bereit standen, teilweise kundete er dies erst vor der Tatbegehung aus. Über die Weitergabe der Fahrzeuge an die Angeklagten B. und E. ist nur zu einem Teil der Fälle etwas festgestellt.

Das Landgericht hat angenommen, daß sich die Angeklagten B. und E. sowie der gesondert verfolgte Bo. zu einer Dreierbande zusammengeschlossen und die festgestellten Betrugstaten mittäterschaftlich begangen haben.

2. Der Schuldspruch hält einer rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Die Feststellungen belegen nicht, daß sich die Angeklagten an den von Bo. begangenen Betrugstaten als Mittäter beteiligt haben.

a) Ob ein Tatbeteiligter eine Tat als Täter begeht, ist in wertender Betrachtung nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfaßt

sind, zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte können sein der Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung, die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille hierzu, so daß Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des Betreffenden abhängen (BGHSt 37, 289, 291; BGHR StGB § 25 Abs. 2 Mittäter 13, 14 und 18). Die Annahme von Mittäterschaft erfordert nicht zwingend auch eine Mitwirkung am Kerngeschehen. Für eine Tatbeteiligung als Mittäter reicht ein auf der Grundlage gemeinsamen Wollens die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag aus, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränken kann (vgl. BGHSt 40, 299, 301; BGH NStZ 1995, 120; BGHR StGB § 25 Abs. 2 Mittäter 26 und Tatinteresse 2; BGH NStZ-RR 2000, 327, 328; 2001, 148).

b) Gemessen an diesen Maßstäben ist hier eine Mittäterschaft nicht belegt.

Bei der Ausführung der Betrugstaten haben sich die Angeklagten nach den Feststellungen nicht betätigt. Vielmehr hat Bo. alleine die jeweiligen Möglichkeiten erkundet und die Fahrzeuge dann unter Vorspiegelung einer Berechtigung auch allein abgeholt. Den Urteilsgründen ist weder zu entnehmen, daß die Angeklagten bei den einzelnen Taten etwa durch die Auswahl der Fahrzeuge oder deren Abholung mitwirkten, noch daß sie im Tatzeitpunkt wenigstens Kenntnis von der jeweiligen Tatbegehung hatten.

Die für die Phase der Planung der Betrugstaten festgestellte Beteiligung der Angeklagten reicht für eine Begründung von Mittäterschaft nicht aus. Der Angeklagte B. hatte danach lediglich eine Information von Bo., wie man leicht an solche Leihfahrzeuge kommen könne, aufgegriffen und ihm das

Angebot unterbreitet, diese Fahrzeuge zusammen mit dem Angeklagten E. zu übernehmen und mit Hilfe der jugoslawischen Tätergruppe für deren Absatz sowie die Gewinnbeteiligung von Bo. zu sorgen. Für den Angeklagten E. beschränkte sich die Beteiligung an der Vorbereitung auf diese Absatzzusage. Zwar mag der Planungsbeitrag des Angeklagten B. und vor allem die von beiden gegebene Zusage späterer Verwertung für den Tatentschluß von Bo. wesentlich gewesen sein, doch ist zu berücksichtigen, daß die Idee zur Beschaffung von Leihfahrzeugen ohnehin bereits von Bo. stammte und daß die Angeklagten ihren Beitrag in der Vorbereitungsphase nur in genereller Form für die gesamte nachfolgende Tatserie ohne nähere Kenntnis der jeweils allein von Bo. durchzuführenden Einzeltaten geleistet haben. Sie hatten nach Sachlage somit auch keine Tatherrschaft über die konkreten Taten und ihre Durchführung; deren Ausgang hing nicht vom Willen der Angeklagten ab.

Dem entspricht, daß nach der Rechtsprechung derjenige, der durch eine vor der Tat abgegebene Erklärung seine Mitwirkung bei der Beuteverwertung zusagt und dann diese Zusage auch einhält, nicht Mittäter, sondern nur Anstifter oder Gehilfe bei der Vortat und außerdem Hehler ist (vgl. BGHSt 8, 390 f.; s. auch BGHSt 33, 50 f.).

3. Für die neue Verhandlung gibt der Senat folgende Hinweise:

a) Die Annahme einer Betrugsbande setzt den Zusammenschluß von mindestens drei Personen voraus, die sich zur Begehung von Betrugstaten verbunden haben. Bei der festgestellten Beteiligung der Angeklagten an den einzelnen Betrugshandlungen des Bo. liegt dies eher fern. Dagegen

kommt in Betracht, daß die Angeklagten B. und E. als Mitglieder der als "jugoslawischen Tätergruppe" bezeichneten Hehlerbande gehandelt haben. Denn bevor der Angeklagte B. an Bo. herantrat, war er bereits Kurierfahrer dieser Gruppe und der Angeklagte E. "Kontaktmann" zu ihr; zudem war er nach der Aussage des Zeugen R. an weiteren Autoschiebereien beteiligt.

b) Für die Erfassung der Beteiligung der beiden Angeklagten am Absatz der einzelnen Fahrzeuge als gewerbsmäßige Hehlerei nach § 260 Abs. 1 Nr. 1 StGB oder als gewerbsmäßige Bandenhehlerei nach § 260 a Abs. 1 StGB kommt es auf den Nachweis der konkreten Tatbeteiligung im Einzelfall an, die allerdings auch in der bloßen Vermittlung der einzelnen Fahrzeuge an andere Mitglieder der Bande bestehen kann.

c) Ob die Angeklagten durch ihre Vorgespräche mit Bo., insbesondere durch die Zusage späterer Verwertung, sich zugleich als Anstifter oder Gehilfen strafbar gemacht haben, hängt unter anderem davon ab, ob bei dieser Handlung die Haupttat ausreichend bestimmt war. Dabei gelten für den Anstifter höhere Anforderungen (BGHSt 34, 63 ff.) als für den Gehilfen (BGHSt 42, 138). Grundsätzlich kann sich eine Beteiligungshandlung auch auf eine Mehrzahl von Taten des Haupttäters beziehen, zu der angestiftet oder ein fördernder Beitrag erbracht wird. Allerdings wird dann zu fordern sein, daß die Teilnehmer wenigstens in Umrissen eine Vorstellung von Anzahl und Zeitraum der Taten haben. Dabei könnte hier von Bedeutung sein, daß die Angeklagten es durch die Gestaltung ihrer Bereitschaft, entsprechende Fahrzeuge zu übernehmen und abzusetzen, in der Hand hatten, die Zahl und Frequenz der Betrugstaten zu beeinflussen.

Dabei wird zu prüfen sein, ob der Wechsel der geschädigten Firma (H. statt S. ) im Fall II. 4 und der Tatmodalität im Fall II. 2 (Abholung von einer Werkstatt statt vom Kunden) eine nur unwesentliche Abweichung von der Vorstellung der Beteiligten ist.

Konkurrenzrechtlich kommt es in solchen Fällen auf die Art des Tatbeitrags des einzelnen Beteiligten an (vgl. BGH NStZ 2000, 83). Zwischen der Beteiligung an der Vortat und der späteren Hehlereihandlung besteht grundsätzlich Tatmehrheit (vgl. Ruß in LK, 10. Aufl. § 259 Rdn. 46). Sollte in einem Einzelfall eine Beteiligung eines der Angeklagten am Absatz des jeweiligen Fahrzeugs nicht nachgewiesen werden können, ändert dies nichts daran, daß er sich - gegebenenfalls - der Anstiftung oder Beihilfe zum Betrug schuldig gemacht hat.

d) Das Verbot der Schlechterstellung nach §§ 331, 358 Abs. 2 StPO steht einer Änderung des Schuldspruchs nicht entgegen (vgl. Ruß in KK, 4. Aufl. § 331 Rdn. 2). Allerdings dürfen weder die Gesamtstrafe, noch die jeweiligen Einzelstrafen für die abgeurteilten Einzeltaten, auch wenn sie jetzt unter dem Gesichtspunkt der Hehlerei erfaßt werden sollten, höher ausfallen als bisher. Sollte der neue Tatrichter neben der Aburteilung dieser Einzeltaten

(oder wenigstens eines Teils von ihnen) zusätzlich die Beteiligung an der Vortat des Bo. als Anstiftung, bzw. Beihilfe zu dessen Betrug erfassen, so steht die bisherige unrichtige rechtliche Behandlung der angeklagten Taten der Verhängung einer weiteren Einzelstrafe hierfür nicht entgegen.

Tolksdorf

Miebach

Winkler

Pfister

von Lienen