



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

4 StR 617/16

vom
23. Mai 2017
in der Strafsache
gegen

1.

2.

wegen gewerbsmäßiger Hehlerei u.a.

Der 4. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung der Beschwerdeführer am 23. Mai 2017 gemäß § 154 Abs. 2, § 349 Abs. 2 und 4, § 354 Abs. 1 analog StPO beschlossen:

1. Auf die Revisionen der Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Essen vom 11. Juli 2016 wird
 - a) das Verfahren gemäß § 154 Abs. 2 StPO eingestellt, soweit beide Angeklagte im Fall II. 3. b) des Urteils wegen versuchter gewerbsmäßiger Hehlerei verurteilt worden sind; im Umfang der Einstellung trägt die Staatskasse die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen der Angeklagten;
 - b) das vorgenannte Urteil, soweit der Angeklagte S. in den Fällen II. 1. a), b), c), d), e), h), i), j), l), m), n), o), p), q), r) und s) verurteilt worden ist, mit den dazugehörigen Feststellungen und im Gesamtstrafenausspruch aufgehoben;
 - c) das vorgenannte Urteil im Schuldspruch dahin geändert, dass
 - aa) der Angeklagte S. im Übrigen der gewerbsmäßigen Hehlerei in drei Fällen, jeweils in Tateinheit mit Betrug, der versuchten gewerbsmäßigen Hehlerei in zwei Fällen, des Betruges in weiteren 13 Fällen, des Diebstahls in zwei Fällen sowie des versuchten Diebstahls schuldig ist;

bb) der Angeklagte B. der gewerbsmäßigen Hehlerei in drei Fällen, jeweils in Tateinheit mit Betrug, der versuchten gewerbsmäßigen Hehlerei in zwei Fällen, des Betruges in weiteren zehn Fällen, der Beihilfe zum Betrug in zwei Fällen, des Diebstahls in zwei Fällen sowie des versuchten Diebstahls schuldig ist.

2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die verbleibenden Kosten des Rechtsmittels des Angeklagten S. , an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
3. Die weiter gehenden Revisionen werden verworfen.
4. Der Angeklagte B. hat die verbleibenden Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten S. wegen gewerbsmäßiger Hehlerei in neun Fällen, davon in drei Fällen in Tateinheit mit Betrug, versuchter gewerbsmäßiger Hehlerei in drei Fällen, Betruges in weiteren 13 Fällen, Beihilfe zum Betrug in 16 Fällen, Diebstahls in zwei Fällen sowie versuchten Diebstahls zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und sechs Monaten verurteilt.

2 Den Angeklagten B. hat es wegen gewerbsmäßiger Hehlerei in drei Fällen, jeweils in Tateinheit mit Betrug, versuchter gewerbsmäßiger Hehlerei in drei Fällen, Betrug in weiteren zehn Fällen, Beihilfe zum Betrug in sechs Fällen, Diebstahls in zwei Fällen sowie versuchten Diebstahls – unter Einbeziehung einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren und acht Monaten aus einem Urteil des Landgerichts Limburg, unter anderem wegen versuchten Mordes – zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von neun Jahren verurteilt.

3 1. Der Senat stellt das Verfahren auf Antrag des Generalbundesanwalts gemäß § 154 Abs. 2 StPO ein, soweit die Angeklagten im Fall II. 3. b) der Urteilsgründe wegen versuchter gewerbsmäßiger Hehlerei verurteilt worden sind. Die Feststellungen des angefochtenen Urteils belegen hier – anders als in den Fällen II. 3. e) und f) – kein unmittelbares Ansetzen zur Tat im Sinne von § 22 StGB. Die Zulassung des Fahrzeugs, die Vorstellung beim TÜV und der Abschluss der Kraftfahrzeugversicherung stellen bloße Vorbereitungshandlungen im Hinblick auf den geplanten Verkauf des Fahrzeugs dar. Hierzu wurden nach den Feststellungen jedoch noch keine Bemühungen entfaltet.

4 2. Soweit der Angeklagte S. in den Fällen II. 1. a), b), c), d), e), h), i), j), l), m), n), o), p), q), r) und s) der Urteilsgründe wegen Beihilfe zum Betrug in 16 Fällen und gewerbsmäßiger Hehlerei in sechs Fällen verurteilt worden ist, unterliegt das Urteil der Aufhebung.

5 a) Diesem Tatkomplex liegen im Wesentlichen die folgenden Feststellungen zugrunde:

6 Der Angeklagte S. kam mit dem gesondert verfolgten Bu. überein, gemeinsam Straftaten zu begehen. Für die unmittelbare Tatausführung

sollten im Wesentlichen eigens in Lettland angeworbene Personen zuständig sein, welche nur für kurze Zeit nach Deutschland einreisen sollten und – entsprechend ihrer Stellung auf hierarchisch unterster Stufe – als „Drops“ oder „Körper“ bezeichnet wurden.

7 Bu. übernahm in der Folge die Rolle des sogenannten „Dropsführers“, welcher die „Drops“ in Lettland anwarb, sie seiner Weisung unterstellte sowie in Deutschland für ihre Unterkunft und Verpflegung sorgte. In den ersten Monaten des Jahres 2015 reisten die „Drops“ Su. , C. und O. nach Deutschland ein.

8 Entsprechend dem Tatplan eröffneten die „Drops“ unter Vorlage ihres lettischen Passes bei verschiedenen Bankfilialen Konten, um in den Besitz von EC-Karten zu gelangen. Hierbei wurden die orts- und sprachkundigen „Drops“ von dem Angeklagten S. begleitet, welcher die Gespräche mit den Bankmitarbeitern übersetzte. Die so erlangten EC-Karten wurden – soweit für diesen Tatkomplex relevant – folgendermaßen eingesetzt:

9 Die „Drops“ schlossen Mobilfunkverträge in den Filialen verschiedener Anbieter ab, wobei ihnen hochwertige Mobiltelefone überlassen wurden, welche über die monatlichen Vertragsgebühren finanziert werden sollten. Für das hierfür vorgesehene Lastschriftverfahren gaben die „Drops“ die Kontodaten der kurz zuvor erworbenen EC-Karten an. Auch in den Filialen der Mobilfunkanbieter wurden die „Drops“ von dem Angeklagten S. begleitet – insbesondere wegen der notwendigen Übersetzungsleistungen. Die den „Drops“ nach Vertragsschluss ausgehändigten Mobilfunkgeräte wurden in der Regel noch vor Ort an den Angeklagten S. weitergegeben. Dieser verkaufte die Geräte in der Folge entgeltlich an verschiedene Abnehmer. Der Erlös wurde zwischen den

Beteiligten aufgeteilt. In der Zeit vom 21. April bis zum 18. Mai 2015 kam es unter Einschaltung der oben genannten drei „Drops“ zur Begehung der Taten II. 1. a), b) und c).

10 Spätestens Mitte des Jahres 2015 kamen die Angeklagten S. und B. mit dem gesondert verfolgten K. überein, fortan in dieser personellen Zusammensetzung Straftaten nach dem vorgenannten Muster zu begehen. K. übernahm die Rolle des „Drophenführers“ und war insbesondere für die Anwerbung und Einreise der „Drops“ zuständig. Der Angeklagte B. kümmerte sich um deren Unterkunft und Verpflegung, wofür er die angeworbenen Personen in seiner Wohnung aufnahm. Im Juli 2015 reisten die „Drops“ A. , J. , P. und N. nach Deutschland ein, unter deren Beteiligung im Zeitraum vom 28. bis zum 30. Juli 2015 die Taten unter II. 1. d), e), h), i), j), l), m) und n) begangen wurden. Ende August 2015 reisten M. und So. ein, welche in der Zeit vom 11. bis zum 18. September 2015 zur Begehung der Taten unter II. 1. o), p), q), r) und s) eingesetzt wurden.

11 Allen Beteiligten war von Anfang an bewusst, dass die Lastschriften mangels Kontodeckung nie würden eingelöst werden. Sie wollten sich eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle zur Finanzierung ihres Lebensstandards verschaffen.

12 b) Die Annahme des Landgerichts, der Angeklagte S. sei bezüglich der betrügerischen Erlangung der Mobiltelefone bloßer Gehilfe und nicht Mittäter gewesen, hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Durch diesen Rechtsfehler ist der Angeklagte vorliegend beschwert.

13 Mittäterschaft liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs – in Abgrenzung zur Beihilfe – dann vor, wenn ein Tatbeteiligter nicht bloß fremdes Tun fördern, sondern seinen Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils will. Bei Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, handelt mittäterschaftlich, wer seinen eigenen Tatbeitrag so in die gemeinschaftliche Tat einfügt, dass er als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteile vom 2. März 2017 – 4 StR 196/16; vom 30. Juni 2005 – 5 StR 12/05, NStZ 2006, 44, 45; vom 15. Januar 1991 – 5 StR 492/90, BGHSt 37, 289, 291). Ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte können dabei der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille zur Tatherrschaft sein (BGH aaO). Dabei ist dem Tatrichter – vor allem in Grenzfällen – ein Beurteilungsspielraum eröffnet, der revisionsrechtlich nur eingeschränkt überprüft werden kann. Enthalten die Urteilsgründe eine hinreichende Darlegung aller maßgeblichen Gesichtspunkte, ist die tatrichterliche Wertung vom Revisionsgericht auch dann hinzunehmen, wenn im Einzelfall eine andere Beurteilung möglich gewesen wäre (BGH aaO).

14 In dem angefochtenen Urteil finden sich keinerlei Ausführungen dazu, warum der Angeklagte S. bei den Betrugstaten nur als Gehilfe und nicht als Mittäter handelte. Angesichts seiner Anwesenheit während des gesamten Tatablaus, seiner wesentlichen Tatbeiträge – insbesondere durch die notwendige Übersetzung der geführten Vertragsgespräche – und seines eigenen Interesses am Taterfolg wären nähere Ausführungen hierzu erforderlich gewesen.

- 15 c) Durch die Annahme einer bloßen Beihilfe zu den Betrugsstraftaten ist der Angeklagte S. ausnahmsweise beschwert, da er bezogen auf die von den „Drops“ jeweils erlangten Mobiltelefone zusätzlich wegen gewerbsmäßiger Hehlerei in sechs Fällen – in Form des Absetzens durch den Verkauf der Geräte – zu Einzelstrafen zwischen einem Jahr und neun Monaten sowie zwei Jahren und neun Monaten Freiheitsstrafe verurteilt worden ist. Wäre der Angeklagte Mittäter der Betrugstaten, käme eine Verurteilung wegen Hehlerei nicht in Betracht, da der (Mit-)Täter der Vortat nicht Hehler sein kann (SSW-Jahn, StGB, 3. Aufl., § 259 Rn. 49 mwN).
- 16 3. Bezüglich des Angeklagten B. war – entsprechend dem Antrag des Generalbundesanwalts – der Schuldspruch dahin zu ändern, dass er nur wegen zweier Fälle der Beihilfe zum Betrug schuldig ist, da zwischen den Fällen II. 1. d), e), h) bis j) und l) bis n) ebenso Tateinheit besteht wie zwischen den Fällen II. 1. o) bis q) sowie r) und s). Nach ständiger Rechtsprechung ist die Frage der Handlungseinheit oder Handlungsmehrheit nach dem individuellen Tatbeitrag eines jeden Beteiligten zu beurteilen (vgl. nur BGH, Urteil vom 28. Oktober 2004 – 4 StR 59/04, BGHSt 49, 306, 316 mwN). Fördert der Gehilfe durch eine Beihilfehandlung mehrere rechtlich selbstständige Haupttaten eines oder mehrerer Haupttäter, liegt nur eine Beihilfe im Rechtssinne vor (BGH, aaO; Fischer, StGB, 64. Aufl., § 27 Rn. 31; MüKoStGB/Joecks, 3. Aufl., § 27 Rn. 123). So verhält es sich hier:
- 17 Der Gehilfenbeitrag des Angeklagten B. bestand darin, für Unterkunft und Verpflegung der jeweils in Deutschland anwesenden „Drops“ zu sorgen, wozu er diese in seiner Wohnung aufnahm. Die zeitgleiche Unterbringung mehrerer „Drops“ stellt entgegen der Auffassung des Landgerichts indes nur einen tatfördernden Beitrag dar. Somit lag für den Tatzeitraum vom 28. bis

zum 30. Juli 2015 – Fälle II. 1. d), e), h) bis j) und l) bis n) – nur eine Beihilfehandlung des Angeklagten B. vor. Gleiches gilt für den Tatzeitraum vom 11. bis zum 18. September 2015 – Fälle II. 1. o) bis q) sowie r) und s).

18 Der Senat hat für beide Fälle Einzelstrafen von einem Jahr und drei Monaten Freiheitsstrafe festgesetzt (§ 354 Abs. 1 StPO analog). Dies entspricht der jeweils höchsten der für diese Fälle jeweils verhängten Einzelstrafen. Es ist auszuschließen, dass die Strafkammer bei Annahme von nur zwei Beihilfehandlungen mildere Strafen festgesetzt hätte. Die übrigen für diesen Tatkomplex verhängten Einzelstrafen entfallen.

19 4. Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts ist in den Fällen des zeitnahen betrügerischen Einsatzes von EC-Karten zu Einkäufen die Annahme der Strafkammer, dass der Angeklagte B. im Fall II. 1. f) sowie der Angeklagte S. im Fall II. 1. g) und im Fall II. 1. k) jeweils wegen tateinheitlich begangener Betrugstaten schuldig sind, rechtlich nicht zu beanstanden.

20 Mehrere betrügerische Einkäufe mit einer EC-Karte bilden nur dann ausnahmsweise eine natürliche Handlungseinheit und stehen in Tateinheit, wenn zwischen ihnen ein besonders enger räumlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht. Der Senat hat dies bejaht bei Einkäufen, welche mit derselben EC-Karte innerhalb von wenigen Minuten in demselben Geschäft erfolgten (Senat, Beschluss vom 21. Mai 2014 – 4 StR 70/14, StV 2015, 113 [zeitliche Abstände zwischen den Einkäufen von nur drei bzw. fünf Minuten]). Auch in der vergleichbaren Konstellation mehrerer nach § 263a StGB strafbarer Geldabhebungen mit einer fremden EC-Karte ist nur dann Tateinheit anzunehmen, wenn die Abhebungen in enger zeitlicher Aufeinanderfolge bei demselben Bankautomata-

ten erfolgen – längere Pausen zwischen den Abhebungen, der Wechsel der EC-Karte oder die Nutzung eines anderen Bankautomaten bilden Zäsuren, welche jeweils zu Tatmehrheit führen (BGH, Beschlüsse vom 24. Juli 2012 – 4 StR 193/12, NStZ-RR 2013, 13 [Ls]; vom 11. März 2015 – 1 StR 50/15, wistra 2015, 269; vom 21. November 2002 – 4 StR 448/02; vom 10. Juli 2001 – 5 StR 250/01; Lackner/Kühl/Heger, StGB, 28. Aufl., § 263a Rn. 27; Schönke/Schröder/Perron, StGB, 29. Aufl., § 263a Rn. 39).

21 Ein entsprechend enger räumlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen den einzelnen Einkäufen der Angeklagten ist den Feststellungen des angefochtenen Urteils nicht zu entnehmen. Vielmehr fanden die Einkäufe – zwar teilweise in demselben Einkaufszentrum – aber in verschiedenen Geschäften, teils sogar an unterschiedlichen Tagen statt. Soweit die Angeklagten taggleich in demselben Geschäft Einkäufe tätigten, ergeben sich aus dem Urteil keine Anhaltspunkte dafür, dass dies in enger zeitlicher Folge – etwa innerhalb weniger Minuten – geschah. Angesichts der bloßen, nicht näher konkretisierten Möglichkeit eines solchen Hergangs gebietet auch der Zweifelssatz nicht die Annahme von Tateinheit (vgl. BGH, Urteil vom 16. November 2005 – 2 StR 296/05, NStZ-RR 2006, 55).

22 Soweit der Senat insoweit der von dem Generalbundesanwalt beantragten Änderung des Schuldspruches und der Annahme tateinheitlicher Tatbegehung nicht folgt, steht dies einer Entscheidung nach § 349 Abs. 2 StPO nicht entgegen, da der Generalbundesanwalt keine Aufhebung des Strafausspruches beantragt hat (vgl. BGH, Beschlüsse vom 12. März 2012 – 3 StR 436/11; vom 8. Juli 2009 – 1 StR 214/09, wistra 2009, 398; vom 26. April 2006 – 1 StR 151/06; vom 20. Januar 1993 – 3 StR 575/92, BGHR StPO § 349 Abs. 2 Verwerfung 4; BeckOK-StPO/Wiedner, Stand: 1. Januar 2017, § 349 Rn. 27).

23 5. Bezüglich des Angeklagten B. ist auszuschließen, dass die
Strafkammer angesichts des Wegfalls der Einzelstrafe für den Fall II. 3. b) und
von vier Einzelstrafen bezüglich der Beihilfe zum Betrug im Zusammenhang mit
der Beherbergung der „Drops“ auf eine mildere Gesamtfreiheitsstrafe erkannt
hätte, zumal das Landgericht die einbezogene Freiheitsstrafe von sieben Jah-
ren und acht Monaten als Einsatzstrafe nur äußerst maßvoll erhöht hat.

24 Mit Blick auf den nur geringen Teilerfolg erscheint es nicht unbillig, den
Angeklagten B. mit den gesamten verbleibenden Kosten und Auslagen
seines Rechtsmittels zu belasten (§ 473 Abs. 4 StPO).

25 6. Für die neue Hauptverhandlung bezüglich des Angeklagten S.
bemerkt der Senat:

26 a) Sollte der neue Tatrichter zur Annahme von Mittäterschaft bei der be-
trügerischen Erlangung der Mobiltelefone gelangen – was eine (zusätzliche)
Verurteilung wegen Hehlerei ausschliesse –, dürften mit Blick auf das Ver-
schlechterungsverbot (§ 358 Abs. 2 Satz 1 StPO), bezogen auf die durch die
Hehlereihandlungen gebildeten sechs Tatkomplexe, die neuen Einzelstrafen
nicht die Summe der bisher verhängten Einzelstrafen für die Beihilfe(n) zum
Betrug und die jeweils anschließende hehlerische Weitergabe der zuvor betrü-
gerisch erlangten Mobiltelefone überschreiten (vgl. BGH, Beschluss vom
4. März 2008 – 5 StR 594/07, NStZ-RR 2008, 168, 169 f.; KK-StPO/Gericke,
7. Aufl., § 358 Rn. 30).

27 b) Für den Fall, dass die neue Strafkammer abermals von einer bloßen
Gehilfenstellung des Angeklagten S. bei den Betrugshandlungen ausge-
hen sollte, wird zu prüfen sein, ob die regelmäßig noch „vor Ort“ an ihn erfolgte

Übergabe der Mobiltelefone bereits die Voraussetzungen eines Sichverschaffens im Sinne des § 259 Abs. 1 StGB erfüllt, was sich wiederum auf die Bewertung der Konkurrenzverhältnisse auswirken könnte: zwischen der Beteiligung an der Vortat und einer anschließenden Hehlerei kommt ausnahmsweise Tateinheit in Betracht, wenn die einzelnen Betätigungsakte räumlich und zeitlich in einem so engen Zusammenhang stehen, dass sie bei lebensnaher Betrachtung schon äußerlich eine Einheit im Sinne einer natürlichen Handlungseinheit bilden (BGH, Urteile vom 29. April 1986 – 1 StR 105/86, wistra 1986, 217, und vom 16. Juli 1968 – 1 StR 25/68, NJW 1968, 1973, 1974; MüKoStGB/Maier, 2. Aufl., § 259 Rn. 180).

Sost-Scheible

Roggenbuck

Cierniak

Bender

Feilcke