



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 69/13

vom
14. Mai 2013
in der Strafsache
gegen

wegen Hehlerei

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 14. Mai 2013 beschlossen:

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden:

Eine Verurteilung wegen vollendeter Hehlerei durch Absetzen setzt die Feststellung eines Absatzerfolges voraus.

2. Der Senat fragt bei den anderen Strafsenaten an, ob an entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird.

Gründe:

1 I. Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Hehlerei zu einer Freiheitsstrafe verurteilt. Gegen diese Verurteilung richtet sich die Revision des Angeklagten mit Verfahrensbeanstandungen sowie der nicht näher ausgeführten Sachrüge.

2 Nach den Feststellungen des Landgerichts bemühte sich der Angeklagte im Einverständnis mit dem Zeugen B. sowie in dessen Interesse selbständig um den Verkauf mehrerer Gemälde im Gesamtwert von mindestens 1,5 Mio. Euro. Diese waren Jahre zuvor von Unbekannten aus dem Atelier-Magazin des Malers entwendet und von B. in Kenntnis des Diebstahls entgegen- genommen worden. Nach dem Tod des Malers hatte B. den Angeklag- ten damit beauftragt, einen Käufer für die Bilder zu suchen, und ihm dreizehn der Bilder überbracht. Der Angeklagte hielt es für möglich, dass es sich bei B.

entgegen dessen Behauptung nicht um den Eigentümer der Bilder, sondern einen Hehler handelte. Dies war ihm aber vor allem wegen der versprochenen Provision in Höhe von 10 % des Verkaufserlöses gleichgültig. Im Rahmen seiner Bemühungen fertigte er Fotografien von den Werken und sprach verschiedene ihm bekannte Personen an, von denen er hoffte, dass sie ihm beim Verkauf dienlich sein könnten. Die Bemühungen des Angeklagten hatten keinen Erfolg.

3 Das Landgericht hat das Verhalten des Angeklagten als (vollendete) Hehlerei durch Absetzen der von B. hehlerisch erworbenen Bilder gewürdigt. Es sei zwar zu keinem Verkauf gekommen. Dies sei jedoch nicht erforderlich; vielmehr sei für die Vollendung das bloße Tätigwerden durch vorbereitende oder ausführende Tätigkeiten zum Zwecke des Absatzes ausreichend.

4 II. Der Senat beabsichtigt, auf die Revision des Angeklagten, die mit den Verfahrensrügen unbegründet ist und auch insofern keinen Erfolg haben kann, als sie sich gegen die Beweiswürdigung wendet, den Schuldspruch des angefochtenen Urteils dahin zu ändern, dass der Angeklagte der versuchten Hehlerei schuldig ist, den Strafausspruch aufzuheben und die Sache insoweit zu neuer Verhandlung und Entscheidung an den Tatrichter zurückzuverweisen. Er ist der Auffassung, dass die Annahme einer vollendeten Hehlerei in der Form des Absetzens - wie auch der Absatzhilfe, für die nichts anderes gelten kann - entgegen der Würdigung des Landgerichts einen Erfolg der Absatzbemühungen voraussetzt.

5 1. Mit seiner abweichenden Würdigung befindet sich das Landgericht allerdings im Einklang mit der bisherigen ständigen Rechtsprechung. Diese Rechtsprechung gründet auf mehrere Entscheidungen des Reichsgerichts. Dieses hat wiederholt die Auffassung vertreten, dass für die Absatzhilfe der

Eintritt eines Absatzerfolges nicht erforderlich sei. Zur Begründung hat das Reichsgericht unter Hinweis auf die damalige Fassung des § 253 StGB, in der die Tathandlung - abweichend von der heutigen Fassung ("absetzt oder absetzen hilft") - mit "zu deren Absatze bei anderen mitwirkt" beschrieben war, betont, dass danach nicht die Mitbewirkung des Absatzes, sondern die Mitwirkung zum Absatz unter Strafe gestellt sei. Ein weiteres Argument für das Reichsgericht war die fehlende Strafbarkeit des Versuchs (RGSt 5, 241, 242 f.; RGSt 40, 199; RGSt 55, 58, 59; RGSt 56, 191 f.). An dieser Rechtsprechung hielt der Bundesgerichtshof - trotz der mit Wirkung vom 15. Juni 1943 erfolgten Einführung der Versuchsstrafbarkeit - fest (BGH, Urteile vom 24. Januar 1952 - 3 StR 927/51, BGHSt 2, 135, 136 f. - und vom 7. Dezember 1954 - 2 StR 471/54, NJW 1955, 350, 351).

6 Auch die am 1. Januar 1975 in Kraft getretene Neufassung des § 259 StGB mit der noch heute gültigen Formulierung "absetzt oder absetzen hilft" durch Art. 19 Nr. 132 EGStGB führte zu keiner Rechtsprechungsänderung. Zwar entschied der 2. Strafsenat unter Bezugnahme auf den Wortlaut zunächst (Urteil vom 26. Mai 1976 - 2 StR 634/75, NJW 1976, 1698, 1699), dass die Tathandlung des Absetzens nur bei Eintritt eines Absatzerfolges vollendet sei. Diese Rechtsprechung gab er jedoch bereits wenige Monate später auf Anfrage des 4. Strafsenats wieder auf, der unter Verweis auf den "eindeutigen" Gesetzgeberwillen an der bisherigen Auslegung festhielt (Urteil vom 4. November 1976 - 4 StR 255/76, BGHSt 27, 45, 48 ff.).

7 Eine Einschränkung dieser Rechtsprechung fand in der Folgezeit nur insoweit statt, als verlangt wurde, dass das Bemühen um Absatz geeignet sein müsse, die rechtswidrige Vermögenssituation aufrechtzuerhalten oder zu vertiefen, was bei einer Lieferung an einen verdeckten Ermittler bzw. an eine Ver-

trauensperson der Polizei nicht der Fall sei (BGH, Urteil vom 17. Juni 1997 - 1 StR 119/97, BGHSt 43, 110 sowie Beschluss vom 19. April 2000 - 5 StR 80/00, NStZ-RR 2000, 266).

8 An dieser ständigen Rechtsprechung, die - jedenfalls seit der Neufassung des § 259 StGB - nahezu einhelliger Ablehnung durch die Literatur ausgesetzt ist (statt vieler: Stree, GA 1961, 33 ff.; Küper, JuS 1979, 633 ff.; Zieschang, Gedächtnisschrift für Ellen Schlüchter, 2002, 403 ff.; Berz, Jura 1980, 57 ff.; Franke, NJW 1977, 857 f.; S/S-Stree/Hecker, StGB, 28. Aufl., § 259 Rn. 29) und nur vereinzelt befürwortet (Meyer, MDR 1975, 721 f.; Rosenau, NStZ 1999, 352 f.) bzw. mit unterstützender Argumentation als hinnehmbar bezeichnet wird (Wessels/Hillenkamp, Strafrecht, BT 2, 35. Aufl., Rn. 864), kann nach Auffassung des Senats nicht festgehalten werden. Er möchte deshalb unter Aufgabe entgegenstehender eigener Rechtsprechung für die Annahme vollendeter Hehlerei in der Form des Absetzens - für Absatzhilfe könnte sodann nichts anderes gelten (so schon BGH, Urteil vom 4. November 1976 - 4 StR 255/76, BGHSt 27, 45, 51) - die Feststellung eines Absatzerfolges verlangen.

9 a) Für die Auslegung des Tatbestands der Hehlerei als Erfolgsdelikt auch in den Fällen des Absetzens und der Absatzhilfe spricht der Wortlaut der Vorschrift. Schon der allgemeine Sprachgebrauch unterscheidet zwischen dem erfolgreichen Absetzen und bloßen Absatzbemühungen. Im Verkehr unter Kaufleuten, aus dem der Begriff stammt, würde niemand davon sprechen, dass ein Händler Waren abgesetzt hat, wenn er sich nur vergeblich um den Verkauf bemüht hat. Von diesem Verständnis ging auch das Reichsgericht aus, das den Verzicht auf den im Absatzbegriff enthaltenen Erfolg - wie dargelegt - allein aus der Handlungsformulierung des Mitwirkens herleitete (RGSt 5, 241, 242 f.).

10 b) Zudem führt die bisherige Auslegung zu einem systematischen Bruch zwischen den Tathandlungsalternativen des Absetzens und der Absatzhilfe einerseits sowie des Ankaufens und des sonstigen sich Verschaffens andererseits, wenn nur bei letzteren zur Vollendung - wie es einhelliger Auffassung entspricht - der Übergang der Verfügungsgewalt verlangt wird (vgl. Zieschang, aaO, 409). Wie wenig sachgerecht dieser systematische Bruch ist, wird besonders deutlich beim Blick auf die Konsequenzen für die Absatzhilfe: Diese ist vor allem deshalb als eigenständige, täterschaftliche Tatbestandsalternative ausgestaltet, weil die Absatzbemühungen des Vortäters ihrerseits § 259 StGB nicht unterfallen, mithin keine taugliche Vortat darstellen können. Kommt jedoch dem Absatzhelfer im Vergleich zum Gehilfen des Ankäufers schon die zwingende Strafrahmenschiebung des § 27 Abs. 2 Satz 2 StGB nicht zugute, sollte dies nicht noch dadurch verstärkt werden, dass ihm die Möglichkeit einer solchen nach § 23 Abs. 2 StGB zusätzlich genommen wird (so auch Küper, aaO, 635 f.).

11 Dem Argument aus der systematischen Auslegung kann nicht überzeugend entgegengehalten werden, die einzelnen Stadien der auf Absatz zielenden Tätigkeiten - Vorbereitung, Versuch, Vollendung - seien anders als beim Sichverschaffen einer klaren Abgrenzung nicht zugänglich (vgl. hierzu Wessels/Hillenkamp, aaO). Denn gerade durch das Erfordernis eines Absatzerfolges wird eine klare Grenze zwischen den Stadien vor und nach Vollendung geschaffen. Die bisherige Rechtsprechung lässt demgegenüber - systemwidrig - die Versuchsstrafbarkeit im Bereich des Absetzens und der Absatzhilfe weitestgehend leerlaufen. Ihr Anliegen ist es, befürchtete Strafbarkeitslücken zu vermeiden, die bei einem Abstellen auf einen Absatzerfolg entstehen könnten (so ausdrücklich Wessels/Hillenkamp, aaO), und die deswegen als besonders misslich angesehen werden, weil die Hehlerei in Form des Absetzens durch

das Schaffen von Anreizen zur Begehung von (weiteren) Diebstahlstaten als besonders gefährlich gelten müsse (in diese Richtung Rosenau, aaO, 353). Solche Lücken entstehen indes nicht, weil, soweit der Täter zum Absetzen (oder der Absatzhilfe) unmittelbar angesetzt hat, die dann angemessene Versuchsstrafbarkeit zum Tragen kommt, und, sofern sie - etwa in Fällen des Rücktritts - entfällt, dies dem Willen des Gesetzes entspricht. Im Übrigen ist die Schließung von Strafbarkeitslücken nicht Sache der Rechtsprechung, sondern die der Gesetzgebung.

12 c) Das Verständnis des Absetzens als Erfolgsdelikt verdient schließlich auch bei teleologischer Auslegung den Vorzug. Denn wenn das Wesen der Hehlerei in der Aufrechterhaltung der durch die Vortat geschaffenen rechtswidrigen Vermögenslage liegt, "die durch das Weiterschieben der durch die Vortat erlangten Sache im Einverständnis mit dem Vortäter erreicht wird" (BT-Drucks. 7/550, S. 252, sogenannte Perpetuierungstheorie), liegt die Annahme von Vollendung fern, wenn diese Weiterschichtung noch nicht abgeschlossen ist (so auch Küper, aaO, 635). Dies stellt keinen Rückfall in das Verständnis der Hehlerei als Restitutionsvereitelungsdelikt dar (so aber Rosenau, aaO, 352 f.), sondern berücksichtigt, dass der Absetzende im Lager des Vortäters steht (Zieschang, aaO, 411).

13 d) Der beabsichtigten Auslegung steht der Wille des Gesetzgebers nicht entgegen. Soweit es in der Begründung des Entwurfs der Bundesregierung zum EGStGB vom 11. Mai 1973 heißt, die Änderung diene "nur der Klarstellung, dass Hehler auch derjenige ist, der die Sache zwar im Einverständnis mit dem Vortäter, aber sonst völlig selbständig auf dessen Rechnung absetzt" (BT-Drucks., aaO, S. 253), folgt daraus zwar, dass eine Änderung der Rechtslage mit der Neuformulierung nicht beabsichtigt war. Es ist jedoch nichts dafür er-

sichtlich, dass der Gesetzgeber die bisherige Auslegung durch die Rechtsprechung, die sich von Beginn an systematischer und teleologischer Kritik ausgesetzt sah, festschreiben wollte (vgl. Zieschang, aaO, 410).

- 14 2. Der beabsichtigten Entscheidung stehen solche anderer Strafsenate des Bundesgerichtshofs entgegen (u.a. 1. Strafsenat: Urteil vom 21. Juni 1990 - 1 StR 171/90; 2. Strafsenat: Urteil vom 1. Februar 1978 - 2 StR 400/77; 4. Strafsenat: Urteil vom 4. November 1976 - 4 StR 255/76; 5. Strafsenat: Urteil vom 15. April 1980 - 5 StR 135/80 zu § 374 AO). Der Senat fragt an, ob an der diesen und gegebenenfalls weiteren Entscheidungen zugrundeliegenden Rechtsansicht festgehalten wird, § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG.

Tolksdorf

Pfister

Hubert

Schäfer

Mayer