

HRRS-Nummer: HRRS 2025 Nr. 429

Bearbeiter: Felix Fischer/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2025 Nr. 429, Rn. X

BGH 2 StR 480/24 - Urteil vom 26. Februar 2025 (LG Köln)

Revisionsbeschränkung (Postpendenzverhältnis; Einziehung: Gewerbsmäßigkeit und erlangtes Etwas); gewerbsmäßiger Bandenbetrug (Gewerbsmäßigkeit: mittelbarer Zufluss des Vorteils, regelmäßige Zuwendungen eines Beteiligten); Beihilfe (Vorsatz: Konkretisierung, zentrale Merkmale der Haupttat, Diebstahl statt Betrug, Schockanrufe); Einziehung (Tatlohn).

§ 15 StGB; § 16 StGB; § 27 StGB; § 73 StGB; § 73c StGB; § 242 StGB; § 263 StGB; § 352 StPO

Leitsätze des Bearbeiters

1. Die Gewerbsmäßigkeit wird durch ein subjektives Moment begründet. Der Täter muss die Absicht haben, sich aus wiederholter Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende, nicht ganz unerhebliche Einnahmequelle zu verschaffen.

2. Für die Annahme von Gewerbsmäßigkeit genügt es, dass die Taten mittelbar als Einnahmequelle dienen sollen. Dies ist auch dann der Fall, wenn der Täter sich selbst geldwerte Vorteile aus der Tat über Dritte verspricht. Die angestrebten Vorteile müssen nicht ein Entgelt aus der Tat darstellen. Für die Frage eigennützigem Handeln macht es wertungsmäßig keinen Unterschied, ob bei arbeitsteiligem Vorgehen ein Beteiligter die Auskehr (eines Teils) des unmittelbar erlangten gegenständlichen Vorteils oder eine andere Entlohnung erwartet. Auch andere Formen des Tatlohns als unmittelbare Beutegegenstände oder Surrogate stellen finanzielle Vorteile dar, die sich der Täter aus der Tatbegehung verschaffen will.

3. An den Vorsatz des Gehilfen sind geringere Anforderungen als an den des Täters zu stellen. Derjenige, der lediglich eine fremde Tat fördert, braucht Einzelheiten dieser Tat nicht zu kennen und keine bestimmten Vorstellungen von ihr zu haben. Es ist lediglich ein Mindestmaß an Konkretisierung erforderlich. Der Hilfeleistende muss die zentralen Merkmale der Haupttat, namentlich den wesentlichen Unrechtsgehalt und die wesentliche Angriffsrichtung, im Sinne bedingten Vorsatzes zumindest für möglich halten und billigen.

4. Dass es sich bei einem Diebstahl um ein anderes Delikt als einen Betrug handelt, steht der Annahme eines Gehilfenvorsatzes nicht entgegen, sofern es sich nicht um eine grundsätzlich andere Tat handelt. Es kann insoweit ausreichen, wenn der Gehilfe die Möglichkeit erkannte, dass der Haupttäter bei der Ausführung der geplanten Betrugstat die Gelegenheit ergreifen würde, auf anderem Wege als durch Verfügung der überrumpelten Tatopfer an Wertgegenstände zu gelangen.

Entscheidungstenor

1. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 25. April 2024 mit den Feststellungen aufgehoben

a) in den Fällen II.1, II.4 und II.5 der Urteilsgründe und soweit die Angeklagte im Fall 6 der Anklageschrift freigesprochen worden ist sowie

b) im Gesamtstrafenausspruch.

2. 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.

Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagte wegen Betruges, Begünstigung in drei Fällen sowie Beihilfe zum Betrug unter Freisprechung im Übrigen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und zehn Monaten verurteilt und eine Anrechnungsentscheidung getroffen. Die zulasten der Angeklagten geführte und auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision der Staatsanwaltschaft hat im Umfang der Anfechtung Erfolg.

I.

1. Das Landgericht hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

2

Die Angeklagte beteiligte sich an verschiedenen Taten zum Nachteil älterer Menschen durch sogenannte Schockanrufe. Den älteren Geschädigten wurde telefonisch vorgespiegelt, enge Angehörige oder Freunde befänden sich in einer dringenden finanziellen Notlage, etwa wegen eines Verkehrsunfalls. Sie müssten ihnen helfen, indem sie Bargeld bzw. Wertgegenstände dem Abholer, als der der gesondert Verfolgte K. auftrat, übergäben. Mit den telefonisch gegenüber den Geschädigten auftretenden Mittätern waren sich die Angeklagte und K. einig, dass Taten dieser Art über eine gewisse Dauer betrieben werden sollten. Zu K. pflegte die Angeklagte ein enges, freundschaftliches Verhältnis. Er hielt sich häufig in ihrem Appartement auf; außerdem konsumierten sie gemeinsam Marihuana. K. stellte der Angeklagten ab der Begehung der ersten verfahrensgegenständlichen Tat am 14. April 2021 jedenfalls das Geld für die Miete in Höhe von 60 bis 70 Euro pro Nacht zur Verfügung. Darüber hinaus erhielt sie von ihm „Taschengeld“ in Höhe von 200 bis 300 Euro pro Monat sowie Cannabis.

a) Bei der Tat vom 14. April 2021, bei der der 91-jährigen Geschädigten telefonisch vorgespiegelt wurde, ihr Sohn sei wegen eines von ihm verursachten tödlichen Verkehrsunfalls in Haft und komme nur durch Zahlung einer Kaution frei, hielt die Angeklagte den Kontakt zu den Mittätern, übermittelte K. den Stand der Dinge sowie die Adresse der Geschädigten und versuchte, ihm bei der Aktivierung einer SIM-Karte zu helfen. Außerdem gab sie ihm konkrete Anweisungen zur Ausführung der Abholung.

Nach der tatplangemäßen Ausführung der Abholung von 5.000 Euro sowie von Schmuckstücken mit einem Wert in fünfstelliger Höhe begab sich K. absprachegemäß zum Appartement der Angeklagten, wo beide gemeinsam die Beute sichteten. Im Anschluss fuhren sie gemeinsam zu einem Juwelier, bei dem K. den Schmuck versetzte. Er behielt einen Anteil von einem Fünftel der Gesamtbeute für sich (Fall II.1 der Urteilsgründe).

b) Zum Zwecke der planmäßigen Durchführung einer weiteren Tat übermittelte K. der Angeklagten am 14. Juni 2021 eine speziell für die Begehung entsprechender Taten besorgte Rufnummer eines Mobiltelefons, die die Angeklagte absprachegemäß an die unbekanntenen Mittäter weiterleitete.

Die Mittäter teilten K. sodann über diese Rufnummer die Anschrift der Geschädigten mit, wohin er sich am 15. Juni 2021 dem gemeinsamen Tatplan folgend begab. Ein Mittäter hatte sich zuvor gegenüber der Geschädigten telefonisch als deren Enkel ausgegeben, der dringend Geld benötige. Bei der Geschädigten nahm K. einen unteren vierstelligen Betrag Bargeld oder Wertgegenstände an sich oder von der Geschädigten entgegen. Es konnte nicht ausgeschlossen werden, dass K. die Wohnung der Geschädigten entgegen dem Tatplan eigenmächtig durchsuchte und Wertgegenstände mitnahm. Von einer etwaigen Wegnahme hatte die Angeklagte keine Kenntnis und rechnete auch nicht mit ihr.

K. fuhr vom Wohnort der Geschädigten direkt zum Appartement der Angeklagten. Der Angeklagten, die wusste, dass K. entsprechend dem Tatplan die Geschädigte aufgesucht hatte, kam es dabei gerade darauf an, ihm zu ermöglichen, in ihrem Appartement die nächsten Schritte der Über- bzw. Weitergabe zu planen, die Beute zu sichern und dauerhaft vor dem Zugriff der Geschädigten zu verbergen (Fall 6 der Anklageschrift und Fall II.4 der Urteilsgründe).

c) Am 29. August 2021 übersandte K. der Angeklagten verschlüsselt die von ihm für die Verwendung bei zukünftigen Taten bestimmte Mobiltelefonnummer. Die Angeklagte übermittelte die Rufnummer sodann tatplangemäß an die Mittäter, um die Erreichbarkeit des K. zu ermöglichen. K. suchte am 30. August 2021 eine Geschädigte auf, der zuvor von einem Mittäter telefonisch vorgespiegelt worden war, ihr Sohn sei wegen eines von ihm verursachten tödlichen Verkehrsunfalls in Haft und komme nur durch Zahlung einer Kaution in Höhe von 87.500 Euro frei, und nahm von ihr Bargeld in Höhe von 10.000 Euro, Goldmünzen und Schmuck in Empfang, nachdem er zuvor entsprechende Hinweise über die zuvor den Mittätern mitgeteilte Rufnummer erhalten hatte. Bei einem weiteren Geschädigten, dem telefonisch ein ähnlicher Sachverhalt vorgespiegelt worden war, wurde K. festgenommen, bevor es zu einer Übergabe kam (Fall II.5 der Urteilsgründe).

2. Das Landgericht hat die Tat im Fall II.1 der Urteilsgründe zulasten der Angeklagten als mittäterschaftlichen Betrug und im Fall II.5 der Urteilsgründe als Beihilfe zum Betrug gewürdigt. Eine Beteiligung der Angeklagten an einem gewerbsmäßigen Bandenbetrug hat das Landgericht in beiden Fällen ausgeschlossen, weil die Angeklagte zwar als Mitglied einer Bande, aber selbst nicht gewerbsmäßig gehandelt habe. Von dem Vorwurf einer Beteiligung an einem gewerbsmäßigen Bandenbetrug oder an einem Diebstahl des K. im Fall 6 der Anklageschrift hat es die Angeklagte freigesprochen, weil nicht habe ausgeschlossen werden können, dass K. in erheblicher Weise von dem Tatplan abgewichen sei und statt eines Betruges aufgrund eines eigenmächtigen Entschlusses einen Diebstahl begangen habe. Die Wegnahme sei jedoch ein Tatumstand der Haupttat, den der Gehilfe „kennen“ müsse. Die Vorstellung, der Täter täusche, begründe nicht (zugleich) die „Kenntnis“ von der Wegnahme. Vielmehr handele es sich bei Diebstahl und Betrug um Taten, die sich in der Ausführung wesentlich unterschieden. Da allerdings sicher sei, dass die Angeklagte dem K. durch das Bereitstellen ihres Appartements Hilfe bei der Planung der „nächsten Schritte der Über- bzw. Weitergabe“ der Tatbeute geleistet habe, wobei hinsichtlich des Vorsatzes betreffend die Vortat im Vergleich zum Gehilfenvorsatz minder konkrete Anforderungen zu stellen seien, sei sie im Fall II.4 der Urteilsgründe nach den Grundsätzen der Postpendenz wegen Begünstigung zu verurteilen.

II.

Die dagegen gerichtete Revision der Staatsanwaltschaft hat im Umfang des Revisionsangriffs Erfolg.

11

1. Die Revision der Staatsanwaltschaft ist auf die Fälle II.1, II.4 und II.5 der Urteilsgründe sowie den Freispruch im Fall 6 der Anklageschrift beschränkt. Gegenstand des Revisionsverfahrens ist in diesem Umfang zugleich das Unterbleiben einer Einziehungsanordnung.

12

a) Gegenstand des Revisionsangriffs ist sowohl der Freispruch im Fall 6 der Anklageschrift als auch die Verurteilung im Fall II.4 der Urteilsgründe. Zwar beantragt die Revisionsführerin, das angefochtene Urteil hinsichtlich „der Verurteilungen der Angeklagten [...] bezüglich des Schuld- und Rechtsfolgenausspruchs“ in den Fällen II.1, II.4 und II.5 der Urteilsgründe mit den zugehörigen Feststellungen aufzuheben. Allerdings ist hinsichtlich des Angriffsziels einer Revision der Sinn der Rechtsmittelbegründung maßgeblich (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Oktober 1980 - 1 StR 262/80, BGHSt 29, 359, 365). Der Revisionsrechtfertigung lässt sich entnehmen, dass die Staatsanwaltschaft mit der zulasten der Angeklagten geführten Revision im Fall 6 der Anklageschrift anstelle der auf die Grundsätze der Postpendenz gestützten Verurteilung der Angeklagten im Fall II.4 der Urteilsgründe wegen Begünstigung eine Verurteilung der Angeklagten wegen ihrer Beteiligung an der (Vor-)Tat des K. erstrebt. Der Freispruch im Fall 6 der Anklageschrift ist damit primäres Angriffsziel. Dieser und die Verurteilung im Fall II.4 der Urteilsgründe sind wegen der Postpendenzfeststellung überdies so miteinander verknüpft, dass eine Beschränkung des Angriffs nur auf den Freispruch bezüglich der Vortat unwirksam wäre. Denn im Falle einer Verurteilung der Angeklagten im zweiten Rechtsgang wegen einer Beteiligung an der Vortat wäre die nach dem Teilrechtsmittel stufenweise entstehende Gesamtentscheidung, würde die Verurteilung wegen Begünstigung im Fall II.4 der Urteilsgründe im ersten Rechtsgang rechtskräftig, nicht frei von inneren Widersprüchen (§ 257 Abs. 3 Satz 1 StGB; vgl. grundsätzlich BGH, Urteil vom 14. Februar 2024 - 2 StR 424/23, Rn. 15 mwN).

13

b) Die Staatsanwaltschaft greift zwar ausweislich ihrer Revisionsbegründung die unterbliebene Einziehung des Wertes von Taterträgen in den genannten Fällen nicht ausdrücklich an. Sie wendet sich in sämtlichen Fällen allerdings dagegen, dass die Angeklagte nicht wegen einer Beteiligung an einem gewerbsmäßigen Bandenbetrug verurteilt worden ist. Eine Verurteilung wegen der Beteiligung an einem gewerbsmäßigen Bandenbetrug setzt indes stets ein eigennütziges Handeln voraus und damit einen vom Täter oder Teilnehmer erstrebten Vermögenszufluss an sich selbst; die Gewerbsmäßigkeit ist ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB (vgl. BGH, Beschluss vom 20. April 2021 - 3 StR 343/20, Rn. 4). Die Frage, ob die Angeklagte gewerbsmäßig gehandelt hat, kann daher nicht von der Frage getrennt werden, ob sie für die Tat etwas erlangt hat (§ 73 Abs. 1 Halbs. 2, § 73c StGB).

14

2. Im Umfang des Revisionsangriffs ist das Rechtsmittel begründet.

15

a) In den Fällen II.1 und II.5 der Urteilsgründe hält die Verurteilung der Angeklagten (lediglich) wegen Betruges bzw. Beihilfe zum Betrug gemäß § 263 Abs. 1 und 3 Satz 2 Nr. 1 Alt. 2 StGB statt wegen des Qualifikationstatbestands des gewerbsmäßigen Bandenbetrugs gemäß § 263 Abs. 5 StGB rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

16

aa) Die Wertung des Landgerichts, die Angeklagte habe nicht gewerbsmäßig gehandelt, beruht darauf, dass das Landgericht die Reichweite des Tatbestandsmerkmals des gewerbsmäßigen Handelns im Sinne von § 263 Abs. 5 StGB verkannt und seiner rechtlichen Würdigung ein fehlerhaftes Verständnis dieses Begriffs zugrunde gelegt hat.

17

(1) Die Gewerbsmäßigkeit wird durch ein subjektives Moment begründet. Der Täter muss die Absicht haben, sich aus wiederholter Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende, nicht ganz unerhebliche Einnahmequelle zu verschaffen (BGH, Beschluss vom 21. Dezember 1993 - 1 StR 782/93, Rn. 7, BGHR StGB § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 Gewerbsmäßig 1, mwN). Für die Annahme von Gewerbsmäßigkeit genügt es, dass die Taten mittelbar als Einnahmequelle dienen sollen (BGH, Beschluss vom 29. November 2016 - 3 StR 291/16, StraFo 2017, 122, 123 mwN). Dies ist auch dann der Fall, wenn der Täter sich selbst geldwerte Vorteile aus der Tat über Dritte verspricht (BGH, Beschlüsse vom 26. Februar 2014 - 4 StR 584/13, Rn. 12, und vom 1. Juni 2015 - 4 StR 21/15, NStZ 2015, 540, 541 jew. mwN). Die angestrebten Vorteile müssen nicht ein Entgelt aus der Tat darstellen (BGH, Urteil vom 24. Februar 1983 - 4 StR 660/82, Rn. 10). Für die Frage eigennütziges Handelns macht es wertungsmäßig keinen Unterschied, ob bei arbeitsteiligem Vorgehen ein Beteiligter die Auskehr (eines Teils) des unmittelbar erlangten gegenständlichen Vorteils oder eine andere Entlohnung erwartet. Auch andere Formen des Tatlohns als unmittelbare Beutegegenstände oder Surrogate stellen finanzielle Vorteile dar, die sich der Täter aus der Tatbegehung verschaffen will.

18

(2) Diese Grundsätze hat das Landgericht nicht beachtet. Es hat lediglich auf die Herkunft der Geldleistungen abgestellt und insoweit ausgeführt, dass die finanzielle Unterstützung der Angeklagten durch K. für die Annahme eines eigennütziges Handelns nicht genüge, da eine darüberhinausgehende Beteiligung am Tatertrag, insbesondere eine anteilige Beteiligung an der Beute, nicht habe festgestellt werden können. Dabei hat es übersehen, dass der Erhalt des Vorteils im Fall des Zusammenwirkens mehrerer Beteiligter regelmäßig von der Mitwirkung desjenigen abhängt, der zunächst die Tatbeute erlangt. Der in diesem Sinne mittelbare Zufluss des Vorteils rechtfertigt für sich genommen nicht die Annahme eines bloß fremdnütziges Handelns.

19

Zugleich hat das Landgericht verkannt, dass angesichts der erheblichen und regelmäßigen finanziellen Zuwendungen des K. der Schluss nahelag, dass die Angeklagte sich an den Taten beteiligte, um - wenn auch lediglich mittelbar über K. -

20

Vermögensvorteile aus ihnen zu ziehen, sofern sie davon ausging, dass die finanziellen Zuwendungen regelmäßig jedenfalls auch für ihre Beteiligung an den Taten gewährt werden sollten. Die Wertung des Landgerichts, dass die Angeklagte „vom Gutdünken“ des K. abhängig gewesen sei, der seine Zahlungen jederzeit hätte einstellen können, ist daher kein Argument gegen ein gewerbsmäßiges Handeln der Angeklagten.

bb) Der Schuldspruch im Fall II.5 der Urteilsgründe weist darüber hinaus Rechtsfehler zum Vorteil der Angeklagten auf, 21 weil das Landgericht die möglichen subjektiven Vorstellungen der Angeklagten nicht bei der Würdigung der Frage, ob die Angeklagte Mittäterin oder Gehilfin war, in ihre Überlegungen eingestellt hat. Das Interesse am Taterfolg ist jedoch hierfür ein maßgebliches Kriterium (BGH, Beschluss vom 28. April 2020 - 3 StR 85/20, Rn. 4 mwN).

b) Soweit das Landgericht die Angeklagte im Fall 6 der Anklageschrift freigesprochen und darauf aufbauend im Fall II.4 22 der Urteilsgründe (lediglich) wegen Begünstigung schuldig gesprochen hat, weist die Annahme des Landgerichts, der Angeklagten habe der erforderliche Gehilfenvorsatz gefehlt, ebenfalls Rechtsfehler zum Vorteil der Angeklagten auf.

aa) An den Vorsatz des Gehilfen sind geringere Anforderungen als an den des Täters zu stellen. Derjenige, der lediglich 23 eine fremde Tat fördert, braucht Einzelheiten dieser Tat nicht zu kennen und keine bestimmten Vorstellungen von ihr zu haben. Es ist lediglich ein Mindestmaß an Konkretisierung erforderlich. Der Hilfeleistende muss die zentralen Merkmale der Haupttat, namentlich den wesentlichen Unrechtsgehalt und die wesentliche Angriffsrichtung, im Sinne bedingten Vorsatzes zumindest für möglich halten und billigen (BGH, Urteil vom 8. Mai 2024 - 5 StR 542/23, NStZ-RR 2024, 213, 214 mwN).

bb) Gemessen daran hat das Landgericht die Anforderungen an die Überzeugungsbildung zum kognitiven Vorsatzelement 24 des Gehilfenvorsatzes überspannt.

Dass es sich bei einem Diebstahl um ein anderes Delikt als einen Betrug handelt, steht der Annahme des 25 Gehilfenvorsatzes nicht entgegen, sofern es sich nicht um eine grundsätzlich andere Tat handelt. Das Landgericht hat bei der Entscheidung dieser Frage außer Betracht gelassen, dass es insoweit ausreichte, wenn die Angeklagte die Möglichkeit erkannte, dass K. gegebenenfalls die Gelegenheit ergreifen würde, auf anderem Wege als durch Verfügung der überrumpelten Tatopfer an Wertgegenstände zu gelangen. Diese Möglichkeit lag angesichts des modus operandi, der auf die Ausnutzung eines Schockmoments älterer Geschädigter ausgerichtet war, erörterungsbedürftig nahe.

3. Die Schuldsprüche in den Fällen II.1, II.4 und II.5 der Urteilsgründe sowie der Freispruch im Fall 6 der Anklageschrift 26 unterliegen mithin der Aufhebung. Die Aufhebung der Verurteilungen in den Fällen II.1, II.4 und II.5 der Urteilsgründe zieht die Aufhebung des Gesamtstrafenausspruchs nach sich. Um dem neuen Tatgericht insgesamt eine widerspruchsfreie Tatsachenfeststellung zu ermöglichen, hebt der Senat sämtliche Feststellungen in den genannten Fällen und zur Gesamtstrafe auf.

Im Umfang der Aufhebung bedarf die Sache neuer Verhandlung und Entscheidung. Das gilt auch für die Frage der 27 Einziehung. Hierzu weist der Senat darauf hin, dass ein Erlangen „für“ die Tat nach § 73 Abs. 1 Halbs. 2 StGB die Einziehung des Gegenstands bzw. seines Wertes nach § 73c StGB rechtfertigt. Insoweit ist von Bedeutung, ob die Angeklagte die Zuwendungen des K. im Sinne eines Tatlohns für ihre Mitwirkung an den Taten erhielt.

4. Im Übrigen hat die Überprüfung des Urteils im Umfang des Revisionsangriffs keinen Rechtsfehler zum Nachteil der 28 Angeklagten aufgedeckt (§ 301 StPO).

III. Die (vorsorglich) eingelegte sofortige Beschwerde der Staatsanwaltschaft gegen die Kostenentscheidung (§ 464 29 Abs. 3 StPO) ist gegenstandslos, da das Urteil im ausgesprochenen Umfang aufzuheben und die Sache zu erneuter Verhandlung und Entscheidung - auch über die Kosten - an das Landgericht zurückzuverweisen ist.