

**Bearbeiter:** Karsten Gaede

**Zitiervorschlag:** BGH 1 StR 544/02, Urteil v. 21.10.2003, HRRS-Datenbank, Rn. X

---

**BGH 1 StR 544/02 - Urteil vom 21. Oktober 2003 (LG Stuttgart)**

**Betrug (Freischaltung von Telefonverträgen; Handyverkauf; Vermögensverfügung). Untreue (Vermögensbetreuungspflicht: Filialleitung); Unterschlagung (Gewahrsam; Subsidiarität zur Untreue); Mittäterschaft (Tatherrschaft; Gleichordnung; Wertung; Interesse; Sicherheitsgefühl des Täters stärkende Hilfe oder Zusage); Bande (Bandenmitgliedschaft).**

§ 263 StGB; § 266 StGB; § 246 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

Leitsätze des Bearbeiters

1. Mittäterschaft setzt voraus, dass ein Tatbeteiligter mit seinem Verhalten nicht nur fremdes tatbestandsverwirklichendes Verhalten fördern will, sondern seinen Tatbeitrag im Sinne gleichgeordneten arbeitsteiligen Vorgehens als Teil einer gemeinschaftlichen Tätigkeit verstanden wissen will. Jeder Beteiligte muss seinen Beitrag und den des anderen als Teil eines gemeinsamen Erfolges sehen. Ob ein derart enges Verhältnis zur Tat besteht, muss sich bei wertender Betrachtung aus den gesamten Umständen ergeben. Wesentliche Anhaltspunkte sind der Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Teilhabe an der Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu; bedeutsam kann auch sein, inwieweit Durchführung und Ausgang der Tat vom Einfluss des Mitwirkenden abhängen (st. Rspr.; vgl. nur BGHR StGB § 25 Abs. 2 Mittäter 14).

2. Es würde die Annahme von Mittäterschaft nicht hindern, dass der Angeklagte selbst keine tatbestandlichen Ausführungshandlungen vorgenommen hat. Für eine Tatbeteiligung als Mittäter kann auch schon ein auf der Grundlage gemeinsamen Wollens die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag ausreichen, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränken kann (vgl. BGHSt 39, 88, 90; BGH NStZ 1999, 609).

3. Der Begriff der Bande setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im einzelnen noch ungewisse Straftaten eines im Gesetz genannten Delikttyps zu begehen. Ein gefestigter Bandenwille oder ein Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse ist nicht erforderlich. Mitglied einer Bande kann auch derjenige sein, dem nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfentätigkeit darstellen (BGHSt 46, 321; 47, 214).

4. Für die Annahme der Bandenmitgliedschaft kommt es nicht darauf an, welche Entscheidungsbefugnisse der Betreffende innerhalb des Zusammenschlusses hat. Die gleichrangige Eingliederung aller Mitglieder in die Bandenstruktur ist nicht erforderlich. Anders kann es sich nur dann verhalten, wenn die in Aussicht genommenen Tatbeiträge des einzelnen gänzlich untergeordneter Natur sind (vgl. BGHSt 47, 214, 217; BGHR BtMG § 30a Bande 10). Schließlich kann die Bandenmitgliedschaft auch durch einen späteren Beitritt zu einer bereits bestehenden Bande begründet werden (BGHR BtMG § 30a Bande 10).

Entscheidungstenor

1. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Stuttgart vom 30. Juli 2002 mit den Feststellungen aufgehoben,

a) soweit die Angeklagten C., G. und D. verurteilt sowie die Angeklagten G. und D. im übrigen freigesprochen worden sind,

b) soweit der Angeklagte S. wegen versuchten Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung in fünf Fällen verurteilt,

soweit er freigesprochen worden ist und im Ausspruch über die Gesamtstrafe.

2. Die weitergehenden Revisionen der Staatsanwaltschaft gegen das vorbezeichnete Urteil, soweit dieses die Angeklagten M. und Co. betrifft, werden verworfen.

Insoweit hat die Staatskasse die Kosten der Rechtsmittel und die diesen Angeklagten dadurch in der Revisionsinstanz entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die verbleibenden Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

### Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagten wie folgt verurteilt: 1

1. Den Angeklagten C. wegen versuchten Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung in 22 Fällen zur Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten, 2

2. den Angeklagten G. wegen versuchten Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung in 21 Fällen zur Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und vier Monaten, 3

3. den Angeklagten D. wegen versuchten Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung in 13 Fällen zur Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren unter Strafaussetzung zur Bewährung, 4

4. den Angeklagten S. wegen versuchten Betruges in Tateinheit mit Urkundenfälschung in fünf Fällen sowie wegen Hehlerei zur Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten unter Strafaussetzung zur Bewährung, 5

5. den Angeklagten M. wegen Hehlerei in vier Fällen zur Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten unter Strafaussetzung zur Bewährung, 6

6. den Angeklagten Co. wegen Hehlerei in vier Fällen sowie wegen versuchter Hehlerei zur Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten unter Strafaussetzung zur Bewährung. 7

Die Angeklagten G., D. und S. hat das Landgericht im übrigen freigesprochen. 8

Die Staatsanwaltschaft rügt mit ihren Revisionen die Verletzung sachlichen Rechts. Sie wendet sich gegen die Teilfreisprüche, hält die rechtliche Würdigung in den Betrugsfällen für unvollständig und erstrebt eine Verurteilung der Angeklagten C., G., D. und S. auch wegen bandenmäßiger Tatbegehung. Die Auslegung ihrer Revisionsbegründungsschrift ergibt, daß die Verurteilung des Angeklagten S. wegen Hehlerei (Fall B 1. der Urteilsgründe) nicht angegriffen wird. Hinsichtlich der Angeklagten M. und Co. beanstandet die Beschwerdeführerin mit ihren hierauf wirksam beschränkten Rechtsmitteln lediglich, daß das Landgericht die Vollstreckung der gegen diese Angeklagten ausgesprochenen Gesamtfreiheitsstrafen zur Bewährung ausgesetzt hat. 9

Die Rechtsmittel sind in vollem Umfang begründet, soweit die Angeklagten C., G. und D. verurteilt und G. und D. im übrigen freigesprochen worden sind. Gleiches gilt hinsichtlich des Angeklagten S.; allerdings bleibt dessen nicht angegriffene Verurteilung wegen Hehlerei bestehen (Fall B 1. der Urteilsgründe). Erfolglos bleiben die Revisionen hinsichtlich der den Angeklagten M. und Co. zugestandenen Aussetzung der Strafvollstreckung zur Bewährung. 10

### **A**

Gegenstand der Verurteilungen der Angeklagten C., G., D. und S. ist, daß die drei Erstgenannten als Beschäftigte in einem Geschäft für Mobiltelefone, das die Firma C.S.C. GmbH in Stu. betrieb, mittels erfundener Kundenpersonalien schriftliche Mobiltelefonverträge fingierten, so die Freischaltung von SIM-Karten durch die Firma Vodafone erreichten und die entsprechenden Mobiltelefone an sich nahmen. Sie setzten diese dann gewinnbringend ab und vereinnahmten den Erlös. Der Angeklagte S. unterschrieb einige der fingierten Verträge mit falschem Namen und erhielt dafür SIM-Karten zur eigenen Verwendung. 11

Die Angeklagten M. und Co. übernahmen in vier Fällen zum Teil durch die bezeichneten Manipulationen erlangte Mobiltelefone von C. und G., zum Teil kauften sie oder verkauften sie elektronische Geräte, die gestohlen waren. 12

I. Im einzelnen hat das Landgericht folgendes festgestellt: Der Angeklagte C. war Leiter einer Filiale der Firma C.S.C. GmbH in Stu., eines sog. Nokia-Shops. Die Angeklagten G. und D. waren dort als Verkäufer tätig. Der Angeklagte C. erkannte, daß es möglich war, Mobiltelefonanschlüsse für SIM-Karten von dem Betreiber des D 2-Netzes Vodafone auch bei Angabe erfundener Kundendaten freischalten zu lassen (UA S. 17). 13

Er wußte, daß Mobiltelefone ohne vertragliche Bindung an einen Netzbetreiber auf dem legalen Markt für Preise zwischen 400 und 500 DM gehandelt wurden und sie deshalb zu einem günstigeren Preis zwischen 230 DM und 300 DM ohne weiteres absetzbar sein würden. Deshalb beschloß er, Mobiltelefonverträge zu fingieren und die Telefone, die bei einem regulären Vertragsabschluß mit dem Netzbetreiber zu einem noch wesentlich günstigeren Preis - zwischen 20 DM und 50 DM, in Einzelfällen auch zum Verkaufspreis von "0" DM - an den Kunden abgegeben wurden, an sich zu nehmen und abzusetzen. Das Fingieren einer größeren Zahl von Verträgen hielt er nur dann ohne alsbaldige Entdeckung durch die Firma D 2-Vodafone für möglich, wenn alle ständig in der Filiale Beschäftigten sich an den Manipulationen beteiligten oder diese wenigstens tolerierten. Deshalb weihte er den Angeklagten D. am 10. Dezember 2001 ein, dem Tag der Begehung der ersten Tat. Den Angeklagten G. bezog er tags darauf ein. Alle drei beschlossen, sich an den "ihrer Wertung nach betrügerischen Handlungen zum Nachteil der Firma D 2-Vodafone und der Firma C.S.C." zu beteiligen. Aus dem Weiterverkauf der Mobiltelefone wollten sie sich eine fortlaufende Einnahmequelle nicht unerheblichen Umfangs verschaffen. Zwischen dem 10. Dezember 2001 und dem 16. Januar 2002 entschlossen sie sich jeweils an den einzelnen Tagen der Tatbegehung, eine von ihnen jeweils festgelegte Anzahl von Verträgen zu fingieren, um dadurch Freischaltungen zu erreichen und die den angeblichen Kunden "aus den Verträgen geschuldeten" Mobiltelefone zu erlangen (UA S. 21). 14

Die Freischaltung der Anschlüsse für die fingierten Verträge durch D 2-Vodafone erfolgte über das Internet. Die Kreditwürdigkeit der Kunden wurde zuvor lediglich mittels eines Computerprogrammes von einem Rechner bei Vodafone geprüft; dieser nahm automatisch eine sog. Schufa-Abfrage und einen Abgleich mit einer internen Schuldnerdatei von Vodafone vor. Personen waren an dieser Prüfung nicht beteiligt. Hingegen nahmen die Angeklagten C., G., D. und S. an, daß die Prüfung durch einen Mitarbeiter von Vodafone erfolge (UA S. 16). Den Angeklagten S. zogen die drei im Nokia-Shop der C.S.C. GmbH beschäftigten Angeklagten hinzu, damit er - neben einem weiteren gesondert verfolgten Täter - die fingierten Verträge unterschrieb; denn sie scheuten sich, diese selbst mit dem Namen des fingierten Kunden zu unterzeichnen. Neben der Online-Übermittlung der fingierten Kundendaten an D 2-Vodafone bewahrten sie die hergestellten schriftlichen Verträge in der Filiale auf, um nach dem Ausbleiben der Zahlungen auf die durch Freischaltung der SIM-Karten angefallenen Telefonkosten die Vertragsabschlüsse "beweisen" zu können. 15

Die Angeklagten C., G. und D. fingierten auf diese Weise im Tatzeitraum an 22 Tagen in wechselnder Besetzung Mobiltelefonverträge und bewirkten so die Freischaltung von insgesamt 462 Mobiltelefonanschlüssen. 16

Am ersten Tattag, als der Angeklagte G. noch nicht eingeweiht war, arbeiteten lediglich die Angeklagten C. und D. zusammen; an den 21 folgenden Tattagen begingen die Angeklagten C. und G. die Taten jeweils gemeinsam, an 13 dieser Tage war auch der Angeklagte D. an den Taten beteiligt. Den Preis für die Mobiltelefone zwischen 20 und 50 DM legten sie jeweils in die Kasse oder buchten diese zu einem Preis von "0 DM" aus; denn es war dem Filialleiter auch gestattet, dem Kunden in Einzelfällen den Preis zu erlassen. Im Tatzeitraum erlangten sie so insgesamt 535 Mobiltelefone. D 2-Vodafone zahlte zudem an die Firma C.S.C. GmbH für die abgeschlossenen fingierten Verträge Provisionen in Höhe von ca. 7.086 € aus dem Verkauf der Mobiltelefone erzielte der Angeklagte C. einen Gewinn von wenigstens 30.000 DM, G. einen solchen von 20.000 DM und der Angeklagte D. erlangte einen Erlös von 21.000 DM (die Strafkammer nennt teils DM-, teils Euro-Beträge). Durch die Nutzung der freigeschalteten Mobiltelefonanschlüsse wurden insgesamt Leistungen in Anspruch genommen, die nach den Tarifen von D 2-Vodafone Kosten in Höhe von wenigstens 80.000 verursachten (Fälle A. 1 bis 22 der Urteilsgründe; versuchter Betrug in Tateinheit mit Urkundenfälschung bei unterschiedlicher Beteiligung: C. 22 mal, G. 21 mal, D. 13 mal). An fünf Tattagen unterzeichnete der Angeklagte S. jeweils fingierte Verträge mit den aufgeführten Kundennamen. Er erhielt dafür wenigstens 150 Stück D 2-SIM-Karten (Fälle A. 1-3, 7-9 und 11 der Urteilsgründe; versuchter Betrug in Tateinheit mit Urkundenfälschung in fünf Fällen). 17

Schließlich kaufte der Angeklagte M. im Dezember 2001 einmal 50 und ein anderes Mal 90 Mobiltelefone von C. und G. auf und veräußerte sie gewinnbringend. Ihm war bekannt, daß diese aus rechtswidrigen Taten stammten (Fälle A. 27 und 28 der Urteilsgründe, Hehlerei). Der Angeklagte Co. erwarb zwischen Dezember 2001 und Januar 2002 von einem Dritten ebenfalls sechs der von C., G. und D. beschafften SIM-Karten, die er teils weiterveräußerte (Fall A. 29 der Urteilsgründe, Hehlerei). 18

Im November 2001 verkaufte der Angeklagte S. 20 Palm Organizer an den Angeklagten Co.; der Angeklagte M. finanzierte den Kauf. Allen war klar, daß die Ware gestohlen war. Der Angeklagte S. erhielt eine Vermittlungsprovision 19

von 10 DM pro Stück. Co. und M. erzielten einen Gewinn von 1.000 DM, den sie teilten (Fall B. 1. der Urteilsgründe: Hehlerei hinsichtlich der Angeklagten M. und Co. sowie des Angeklagten S.; soweit letzterer betroffen ist, ist die entsprechende Verurteilung nicht Gegenstand der revisionsrechtlichen Überprüfung).

Der Angeklagte M. erwarb schließlich bereits zwischen Oktober 2000 und Dezember 2001 drei Flachbildschirme, die gestohlen waren, zum Preis von 400 DM. Einen dieser Bildschirme behielt er, einen weiteren verkaufte er an einen Unbekannten und den dritten schließlich an den Angeklagten Co. (Fall B. 2. der Urteilsgründe: jeweils Hehlerei durch die Angeklagten M. und Co.). 20

Der Angeklagte Co. bot im Januar 2002 20 gestohlene Mobiltelefone zwei Abnehmern an, die am Kauf interessiert waren. Der Kauf kam mangels Finanzierung nicht zustande (Fall B. 3. der Urteilsgründe: versuchte Hehlerei durch den Angeklagten Co.). 21

Weiter kaufte der Angeklagte Co. von einem Dritten zu einem nicht näher bestimmbareren Zeitpunkt im Jahr 2001 verschiedene Elektrogeräte, bei denen es sich wie er wußte um Diebesgut handelte. Darunter befanden sich u.a. vier Kaffeemaschinen, zwei Computer, vier Beamer und vier DVD-Player (Fall B. 4. der Urteilsgründe: Hehlerei des Angeklagten Co.). 22

II. Die Angeklagten haben umfassende und glaubhafte Geständnisse abgelegt. Zum Tatkomplex "fingierte Mobiltelefonverträge und Entnahme der Mobiltelefone" (Tatkomplex A, Fälle 1 bis 22) hat die Kammer in rechtlicher Hinsicht die Fingierung der Verträge an jeweils einem Tattag als Einheit behandelt und den gesamten damit verbundenen Vorgang, also die Bewirkung der Freischaltung bei D 2-Vodafone, das Ansichnehmen der Mobiltelefone der Firma C.S.C. GmbH sowie die Fertigung der gefälschten Verträge, als jeweils einen versuchten Betrug in Tateinheit mit Urkundenfälschung bewertet; dieser sei jeweils in Mittäterschaft durch sämtliche an dem jeweiligen Tattag beteiligte Angeklagte begangen. In diesen Fällen hat die Kammer nicht etwa - wegen der rechnergesteuerten Bonitätsprüfung - jeweils einen Computerbetrug angenommen, sondern einen versuchten Betrug. Die Angeklagten hätten nicht gewußt, daß die Bonitätsprüfung und die Freischaltung bei Vodafone rechnergestützt und automatisch abgelaufen sei; vielmehr seien sie davon ausgegangen, daß die Daten dort von einem Mitarbeiter geprüft würden. Die Kammer sieht in den Fällen A. 1 bis 22 der Urteilsgründe die Taten als zum Nachteil von D 2-Vodafone wie auch der Firma C.S.C. GmbH begangen an und hat bei der Schadensberechnung auch den Wert der bei C.S.C. entnommenen Mobiltelefone berücksichtigt (vgl. UA. S. 45, 50). Sie hat die Angeklagten C., G., D. und S. für die Taten an den jeweiligen Tagen, an denen sie mitwirkten, als Mittäter behandelt und bandenmäßiges Handeln verneint. 23

## B.

I. Die Verurteilungen der Angeklagten C., G., D. und S. 24

Die angegriffenen Schuldsprüche gegen die Angeklagten C., G., D. und S. - hinsichtlich S. also mit Ausnahme der Verurteilung im Fall B. 1. der Urteilsgründe (Hehlerei) - haben keinen Bestand. Sie weisen Rechtsfehler auf, die sich zu Gunsten der Angeklagten auswirken, aber auch solche, die diese beschweren können und die auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft hin ebenso zur Aufhebung führen (§ 301 StPO). 25

1. Die Annahme gemeinschaftlichen versuchten Betrages auch zum Nachteil der Firma C.S.C. GmbH wegen der Entnahme der Mobiltelefone bei dieser wird von den Feststellungen nicht getragen; die Würdigung dazu ist in tatsächlicher Hinsicht lückenhaft und rechtlich nicht erschöpfend (Fälle A. 1-10, 12-19, 21 und 22 der Urteilsgründe; in den Fällen 11 und 20 wurden nur Verträge fingiert und SIM-Karten entnommen). 26

a) Die getroffenen Feststellungen belegen nicht, daß die Entnahme der Mobiltelefone bei der Firma C.S.C. sich als versuchter Betrug zu deren Nachteil erweist. Eine dahingehende rechtliche Würdigung liegt angesichts der Gesamtumstände zudem eher fern. 27

Die Urteilsgründe lassen keine Vermögensverfügung Dritter im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB erkennen, die durch eine Täuschungshandlung der Angeklagten bewirkt worden und durch die die Entnahme der Mobiltelefone ermöglicht worden wäre. Diese befanden sich den Feststellungen des Landgerichts zufolge im Eigentum der Firma C.S.C. GmbH. Naheliegenderweise hatten der Angeklagte C. als Filialleiter und möglicherweise auch die Angeklagten G. und D. als Ladenangestellte wenigstens Mitgewahrsam an den Telefonen und waren grundsätzlich verfügungsbefugt; nähere Feststellungen dazu sind nicht getroffen. Daß die Firma D 2-Vodafone durch einen ihrer Verantwortlichen bei dieser Sachlage im Zusammenhang mit der Freischaltung der SIM-Karten über die Telefone verfügt hätte, ist nicht festgestellt und liegt auch nicht nahe. Daran ändert auch nichts, daß die Telefone bei regelmäßigem "Vollzug der 28

Mobilfunkverträge an die Kunden übereignet" und "ihr Wert durch Vodafone ersetzt wurde" (UA S. 32).

Eine Erlangung der Verfügungsgewalt über die Mobiltelefone durch Täuschung käme in einem Teil der Fälle in Betracht, wenn die Angeklagten vor unentgeltlicher Überlassung der Mobiltelefone (Ausbuchung für "0" DM) zunächst die Zustimmung eines Vorgesetzten hätten einholen müssen und dies auch in den gegenständlichen Fällen so gehandhabt hätten. Die Strafkammer konnte diese Frage jedoch nicht klären (UA S. 17); sie hat die sich insoweit widersprechenden Angaben des Angeklagten C. und des Zeugen St. im Raum stehen lassen (vgl. UA S. 41). 29

b) Die Strafkammer hätte weiter prüfen müssen, ob sich die Entnahme der Telefone durch die Angeklagten C., G. und D. als Untreue (§ 266 StGB) in der Alternative des Treuebruchtatbestandes darstellt und ob etwa auch die Voraussetzungen der Unterschlagung (§ 246 StGB) oder des Diebstahls (§ 242 StGB) erfüllt sind. 30

Die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht im Sinne des Untreuetatbestandes kam hier vor allem hinsichtlich des Filialleiters, des Angeklagten C., in Betracht. Die Leitung einer Verkaufsfiliale stellt in der Regel keine nur ganz untergeordnete Tätigkeit dar, umfaßt vielmehr eine bestimmte Selbständigkeit und Verantwortlichkeit im Umgang mit dem anvertrauten Vermögen, typischerweise also den Waren und dem vereinnahmten Geld (vgl. BGH wistra 1983, 190 - Sortenkassierer einer Bank). Die festgestellten Umstände deuten darauf hin, daß jedenfalls der Angeklagte C. wohl nicht nur eher einfache Abwicklungs- und Kontrollaufgaben wahrzunehmen hatte (vgl. BGH NSTZ 1982, 201). Es war ihm sogar möglich, einzelnen Kunden den Kaufpreis für die Telefone zu erlassen; davon machte er auch in weitem Umfang Gebrauch (vgl. UA S. 17 unten, 41). Die Angeklagten G. und D. waren nach den bislang getroffenen Feststellungen wohl auch mit der buchungstechnischen Abwicklung der Verkäufe befaßt. Zu ihrem Aufgabenkreis und ihren Befugnissen bedarf es jedoch näherer Feststellungen, um die Frage einer Vermögensbetreuungspflicht beantworten zu können. Falls sich zwar für den Angeklagten C., nicht aber für die Angeklagten G. und D. eine solche Vermögensbetreuungspflicht feststellen ließe, könnten letztere der Beihilfe zur Untreue C. s schuldig sein. 31

Die Annahme einer Untreue würde schließlich nicht daran scheitern, daß die Firma C.S.C. von D 2-Vodafone den Wert der Mobiltelefone ersetzt bekam. Dieser Vorteil entstand nicht unmittelbar durch die schädigende Handlung, also die Entnahme der Telefone; er stellt sich lediglich als nachträgliche Schadenskompensation dar. 32

c) Abhängig von den Gewahrsamsverhältnissen an den Telefonen kann sich deren Entnahme schließlich auch als Unterschlagung oder als Diebstahl erweisen. Hierzu wäre festzustellen und zu bewerten gewesen, ob die Angeklagten Mitgewahrsam oder Alleingewahrsam an den Geräten hatten. Alleingewahrsam wäre in Betracht gekommen, wenn die Angestellten der Firma C.S.C. die alleinige tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit auf die Geräte gehabt hätten, wie das etwa bei einem Fahrer liegen kann, der Speditionsgut transportiert und der dem unmittelbaren Weisungsbereich seines Arbeitgebers entzogen ist (BGHR StGB § 242 Abs. 1 Gewahrsam 7; siehe auch BGH NSTZ-RR 1996, 131; 2001, 268; Eser in Schönke/Schröder StGB 26. Aufl. § 242 Rdn. 33). Blieb hier die jederzeitige Einwirkungsmöglichkeit des Dienstherrn erhalten, hätte dieser gegenüber den Angeklagten oder auch nur dem Angeklagten C. übergeordneten Gewahrsam gehabt (BGH NSTZ-RR 1996, 131). Bricht der Täter diesen, kommt Diebstahl in Betracht, der zu einem Betrug und auch zur Untreue in Tateinheit stehen kann. Eine etwaige Unterschlagung wäre gegenüber einer zugleich begangenen Untreue subsidiär (vgl. Tröndle/Fischer StGB 51. Aufl. § 266 Rdn. 87 m.w.N.). 33

Die bezeichneten Feststellungs- und Würdigungsmängel betreffen den Schuldspruch in den genannten Fällen. Sie können sich zu Lasten (a), aber auch zugunsten (b, c) der Angeklagten ausgewirkt haben. 34

2. Die Würdigung des Tatbeitrages des Angeklagten S. in den Fällen des versuchten Betruges gegenüber der Firma D 2-Vodafone als Mittäterschaft wird von den bisher getroffenen Feststellungen nicht getragen; die Beteiligung dieses Angeklagten an der Entnahme der Mobiltelefone wird rechtlich unzutreffend ebenfalls als versuchter Betrug beurteilt. 35

a) Der festgestellte Tatbeitrag des Angeklagten S. zum versuchten Betrug gegenüber der Firma D 2-Vodafone belegt nicht seine Mittäterschaft. Diese setzt voraus, daß ein Tatbeteiligter mit seinem Verhalten nicht nur fremdes tatbestandsverwirklichendes Verhalten fördern will, sondern seinen Tatbeitrag im Sinne gleichgeordneten arbeitsteiligen Vorgehens als Teil einer gemeinschaftlichen Tätigkeit verstanden wissen will. Jeder Beteiligte muß seinen Beitrag und den des anderen als Teil eines gemeinsamen Erfolges sehen. Ob ein derart enges Verhältnis zur Tat besteht, muß sich bei wertender Betrachtung aus den gesamten Umständen ergeben. Wesentliche Anhaltspunkte sind der Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Teilhabe an der Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu; bedeutsam kann auch sein, inwieweit Durchführung und Ausgang der Tat vom Einfluß des Mitwirkenden abhängen (st. Rspr.; vgl. nur BGHR StGB § 25 Abs. 2 Mittäter 14). 36

Eine solche wertende Betrachtung hat die Strafkammer nicht angestellt. Das erweist sich hier als rechtlicher Mangel, weil die Annahme von Mittäterschaft auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen eher fernliegt. Auch nach dem 37

"sukzessiv gemeinsam gefaßten Tatentschluß" (vgl. UA S. 22) hatte der Angeklagte S. keinen Einfluß darauf, wann welche Verträge fingiert wurden. Anzahl und Ausgestaltung der Verträge lagen außerhalb seines Einflusses (vgl. UA S. 21). Eine Tatherrschaft seinerseits oder auch nur der Wille dazu läßt sich den Urteilsgründen nicht entnehmen. Allerdings würde es die Annahme von Mittäterschaft nicht hindern, daß der Angeklagte S. selbst keine tatbestandlichen Ausführungshandlungen vorgenommen hat. Für eine Tatbeteiligung als Mittäter kann auch schon ein auf der Grundlage gemeinsamen Wollens die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag ausreichen, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränken kann (vgl. BGHSt 39, 88, 90; BGH NStZ 1999, 609).

In Betracht kommt hinsichtlich des Angeklagten S. - vorbehaltlich näherer Feststellungen und einer ausdrücklichen Bewertung zur Frage der Mittäterschaft - auch Beihilfe zum versuchten Betrug. Auch insoweit lassen die bisher getroffenen Feststellungen keine abschließende rechtliche Beurteilung zu. Das Unterschreiben einiger der fingierten Verträge durch S. stellt als solches keine Förderung der versuchten Betrügereien der Mitangeklagten C., G. und D. dar. Es war zu deren Begehung nach der Vorstellung der Beteiligten nicht erforderlich (UA S. 43), sondern sollte lediglich die spätere Aufdeckung der Taten verhindern und den "Haupttätern" eine Verteidigungslinie eröffnen. In Betracht kommt jedoch die Annahme sog. psychischer Beihilfe. Die Erbringung einer erst nach der Tat wirkenden Hilfe, hier das Leisten der Unterschriften unter den fingierten Verträgen und die Abnahme der D 2-SIM-Karten, kann das Sicherheitsgefühl der Täter gestärkt haben und dadurch eine Hilfe zur Tat darstellen (vgl. BGH NStZ 1993, 535; NStZ 1999, 609). 38

Als Indiz für eine solche, das Sicherheitsgefühl des Täters stärkende Hilfe oder Zusage kann gewertet werden, daß der Täter einem Dritten eine Aufgabe im Rahmen seines Tatplanes zuweist; daraus kann ersichtlich werden, daß er glaubt, er könne die Tat mit Hilfe dieser Unterstützungshandlung besser ausführen. Auch eine solche Beihilfehandlung muß sich aber stets auf eine bestimmte Haupttat beziehen (vgl. BGHSt 42, 135). Hinsichtlich des Angeklagten S. leidet das Urteil zudem unter dem Mangel, daß die Strafkammer den Erwerb der D 2-SIM-Karten durch S. nicht auch unter dem rechtlichen Gesichtspunkt der Hehlerei gewürdigt hat. Es liegt nicht fern, daß die rechtswidrige Vortat - der versuchte Betrug, die Untreue, der Diebstahl oder die Unterschlagung - vollendet war, als S. die D 2-SIM-Karten übernahm. Der Annahme von Hehlerei stünde es nicht entgegen, wenn S. Beihilfe zum versuchten Betrug der Angeklagten C., G. und D. geleistet hätte (vgl. nur BGHSt 7, 134). 39

3. Zu Recht beanstandet die Beschwerdeführerin, daß die Strafkammer die Annahme bandenmäßiger Tatbegehung durch die Angeklagten C., G., D. und S. verneint hat. 40

Der Begriff der Bande setzt den Zusammenschluß von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im einzelnen noch ungewisse Straftaten eines im Gesetz genannten Delikttyps zu begehen. Ein gefestigter Bandenwille oder ein Tätigwerden in einem übergeordneten Bandeninteresse ist nicht erforderlich. Mitglied einer Bande kann auch derjenige sein, dem nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfentätigkeit darstellen (BGHSt 46, 321; 47, 214). 41

Nach diesen Maßstäben hätte die Strafkammer auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen für die Angeklagten C., G. und D. zur Annahme bandenmäßiger Begehung des versuchten Betruges, der Urkundenfälschungen und möglicherweise auch derjenigen Straftaten kommen müssen, die durch das Entnehmen der Mobiltelefone in den Fällen A. 2 bis 22 der Urteilsgründe weiter erfüllt worden sein können. Lediglich für den ersten Betrugsversuch am 10. Dezember 2001 fehlt es an den Voraussetzungen bandenmäßiger Begehung, weil der Mitangeklagte G. zu diesem Zeitpunkt noch nicht eingeweiht war. Nach den getroffenen Feststellungen hatten die Angeklagten C., G. und D. vereinbart, zukünftig für eine unbestimmte Dauer durch das Fingieren von Verträgen die Freischaltung von D 2-SIM-Karten zu erreichen und auf diese Weise an die Mobiltelefone zu gelangen, die sie dann für sich verwerten wollten (UA S. 44). In Ausführung dieses Entschlusses begingen sie in der Folge die entsprechenden Taten. Damit ist der bandenmäßige Zusammenschluß dieser drei Angeklagten hinreichend dargetan. 42

Auch der Angeklagte S. war nach den bisherigen Feststellungen Mitglied der Bande. Für die Annahme der Bandenmitgliedschaft kommt es nicht darauf an, welche Entscheidungsbefugnisse der Betreffende innerhalb des Zusammenschlusses hat. Die gleichrangige Eingliederung aller Mitglieder in die Bandenstruktur ist nicht erforderlich. Vielmehr zeichnet sich die Bande typischerweise durch eine hierarchische Struktur aus, in der ganz im Sinne der Arbeitsteilung neben dem das Geschehen etwa beherrschenden "Bandenchef" andere Mitglieder ihre jeweiligen Tatbeiträge erbringen, die deshalb aber in gleicher Weise zum Zusammenhalt der Bande und zur Verwirklichung des Bandenzwecks beitragen. Anders kann es sich nur dann verhalten, wenn die in Aussicht genommenen Tatbeiträge des einzelnen gänzlich untergeordneter Natur sind (vgl. BGHSt 47, 214, 217; BGHR BtMG § 30a Bande 10). Schließlich kann die Bandenmitgliedschaft auch durch einen späteren Beitritt zu einer bereits bestehenden Bande begründet werden (BGHR BtMG § 30a Bande 10). 43

Die Urteilsfeststellungen ergeben, daß der Angeklagte S. mit den Mitangeklagten C., G. und D. in Kenntnis der Abläufe (vgl. UA S. 20 f.) vereinbarte, fingierte Verträge zu unterschreiben, wofür er D 2-SIMKarten erhielt. Hinsichtlich der von ihm begangenen Urkundenfälschungen war er Täter; für den gesamten Tatplan hat er damit keinen lediglich unerheblichen Tatbeitrag geleistet. Die Strafkammer hätte daher auch ihn als Mitglied einer Bande behandeln müssen, die sich zur fortgesetzten Begehung von Taten im Sinne der §§ 263, 267 StGB, bei entsprechenden weiteren Feststellungen möglicherweise auch nach den §§ 242, 266 StGB zusammengeschlossen hatte. 44

Dieser Rechtsfehler betrifft den Schuldspruch in den Fällen A. 2 bis 22 der Urteilsgründe und hat sich zugunsten der Angeklagten ausgewirkt. 45

4. Schließlich begegnet auch die Annahme von Tateinheit zwischen den Taten des versuchten Betruges und der Urkundenfälschung durchgreifenden rechtlichen Bedenken (Fälle A. 1 bis 22 der Urteilsgründe). 46

Der Umstand, daß ein einheitlicher Tatentschluß vorliegt, rechtfertigt für sich allein nicht die Annahme von Tateinheit. Erforderlich ist vielmehr - von den Fällen der sog. Klammerwirkung durch eine dritte Tat abgesehen - , daß sich die Ausführungshandlungen überschneiden, wobei eine Überschneidung zwischen Vollendung und Beendung der einen Tat ausreicht (BGHSt 26, 24). Genügend ist auch, daß die Tathandlungen, mit denen die beiden Tatbestände verwirklicht werden, zeitlich ineinander übergehen, also ein unmittelbarer räumlicher und zeitlicher Zusammenhang zwischen ihnen besteht und sie sich bei der gebotenen natürlichen Betrachtung als ein einheitliches zusammengehörendes Tun und infolgedessen als eine Tat im Rechtssinne darstellen (BGHR § 52 StGB Abs. 1 Entschluß einheitlicher 1). 47

Den Urteilsfeststellungen läßt sich nicht ohne weiteres entnehmen, daß die Tathandlungen der Urkundenfälschungen und der versuchten Betrügereien sich überschneiden oder unmittelbar ineinander übergegangen wären. Die Herstellung und Unterzeichnung der fingierten Verträge stellt sich auch nicht als Teil der Ausführung der Fälle des versuchten Betruges dar, weil sie für dessen Vollendung und Beendung nicht erforderlich waren. Die Urteilsgründe lassen offen, wann, wo und unter welchen Umständen die gefälschten Verträge gefertigt wurden. 48

5. Nach allem sind die Verurteilungen der Angeklagten C., G. und D. mit den Feststellungen aufzuheben. Hinsichtlich des Angeklagten S. hat lediglich die von der Beschwerdeführerin nicht angegriffene Verurteilung wegen Hehlerei (richtigerweise: gewerbsmäßiger Hehlerei) im Falle B. 1. der Urteilsgründe mit der dafür angesetzten Einzelstrafe Bestand. Die übrigen Verurteilungen des Angeklagten S. unterliegen ebenfalls der Aufhebung; der gegen ihn ergangene Ausspruch über die Gesamtstrafe muß entfallen. 49

Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat vorsorglich darauf hin, daß das Landgericht im angefochtenen Urteil den Betrugsschaden nicht zutreffend berechnet hat (BGHR StGB § 263 Abs. 1 Schuldumfang 2 - "Telefonstuben"; Tiedemann in LK § 263 Rdn. 189). Die Strafzumessung für den Angeklagten G. läßt nicht erkennen, aus welchem Grunde die Strafkammer wegen der Tat vom 16. Januar 2002 eine Einzelfreiheitsstrafe von neun Monaten, für die übrigen, im wesentlichen ersichtlich gleichgelagerten Fälle aber Einzelstrafen von jeweils acht Monaten Freiheitsstrafe verhängt hat. 50

Für eine erneute Strafzumessung wird zu klären und gegebenenfalls zugunsten der Angeklagten zu berücksichtigen sein, ob die geschädigten Firmen (Vodafone, C.S.C. GmbH) möglicherweise bewußt aus betriebswirtschaftlichen oder sonst geschäftspolitischen Gründen in Ansehung der damit verbundenen Risiken auf ein wirksames Überwachungssystem verzichtet hatten (vgl. auch UA S. 46). 51

II. Die Freisprüche der Angeklagten G., D. und S. 52

Die Teilfreisprüche der Angeklagten G., D. und S. halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Spricht der Tatrichter den Angeklagten aus tatsächlichen Gründen von Anklagepunkten frei, so muß er in den Urteilsgründen den Anklagevorwurf, die hierzu getroffenen Feststellungen, die wesentlichen Beweisgründe und seine rechtlichen Erwägungen mitteilen. Die Begründung muß so abgefaßt werden, daß das Revisionsgericht sie prüfen kann. Der Tatrichter muß deshalb zunächst diejenigen Tatsachen bezeichnen, die er für erwiesen hält, bevor er in der Beweiswürdigung darlegt, aus welchen Gründen er die zur Verurteilung notwendigen Feststellungen nicht treffen konnte (§ 267 Abs. 5 StPO; vgl. nur BGHR StPO § 267 Abs. 5 Freispruch 2; BGH, Urt. vom 9. Juli 1997 - 3 StR 195/97 m.w.N.; Urt. vom 6. Juni 2001 - 2 StR 50/01; Urt. vom 23. Mai 2002 - 3 StR 513/01; Meyer-Goßner StPO 46. Aufl. § 267 Rdn. 33). 53

Hier hat die Strafkammer in den Urteilsgründen zu den Anklagevorwürfen, zu denen Freisprüche erfolgt sind, lediglich ganz allgemein mitgeteilt, den Angeklagten hätten weitere Taten zum Nachteil der Firmen Vodafone und C.S.C. GmbH 54

zur Last gelegen; sie hat diese Vorwürfe aber im Urteil nicht näher bezeichnet. Zur Einlassung der Angeklagten ist lediglich ausgeführt, daß diese die Taten insoweit bestritten hätten. Weitere Angaben hierzu und eine Würdigung fehlen. Die Freisprüche sind daher aus den Urteilsgründen selbst heraus nicht nachvollziehbar und nicht überprüfbar. Das zwingt den Senat, sie aufzuheben.

III. Die Aussetzung der Strafvollstreckung zur Bewährung hinsichtlich der Angeklagten M. und Co. 55

Die Beschwerdeführerin beanstandet, die Aussetzung der Vollstreckung der gegen die Angeklagten M. und Co. 56 verhängten Freiheitsstrafen zur Bewährung sei nicht tragfähig begründet (§ 56 Abs. 2 StGB). Die Rüge gefährdet den Bestand dieser Anordnung nicht.

Die Strafzumessung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Eine Entscheidung nach § 56 Abs. 2 StGB hat das 57 Revisionsgericht hinzunehmen, wenn sie innerhalb des dem Tatrichter eingeräumten Beurteilungsspielraums liegt. Das gilt auch, wenn eine zum gegenteiligen Ergebnis führende Würdigung ebenfalls möglich und rechtlich nicht zu beanstanden gewesen wäre (vgl. nur BGHR StGB § 56 Abs. 2 Gesamtwürdigung 4 und Umstände, besondere 3; BGH, Urt. vom 15. Februar 2001 - 1 StR 506/00 m.w.N.). So liegt es hier; ein Rechtsfehler ist nicht erkennbar.

Die Strafkammer hat hinsichtlich beider Angeklagter die Strafschärfungs- und Strafmilderungsgründe abgewogen. 58 Insbesondere hat sie das abgelegte Geständnis und den in diesem Zusammenhang gewichtigen Umstand berücksichtigt, daß beide zum ersten Mal in der Untersuchungshaft über ein halbes Jahr hinweg Freiheitsentzug erfahren haben. Überdies hat sie hervorgehoben, daß es sich bei ihnen nicht um "professionelle Großhändler" gehandelt habe. Bezüglich des Angeklagten M. hat sie darüber hinaus berücksichtigt, daß er bislang nicht vorbestraft war und besonders haftempfindlich ist. Es ist nicht zu besorgen, daß sie in diesem Zusammenhang der Alkoholkrankheit der Ehefrau des Angeklagten zu großes Gewicht beigemessen haben könnte. Die einschlägige Vorstrafe des Angeklagten Co. hat sie nicht übersehen. Schließlich bedurfte hier auch keiner ausdrücklichen Erörterung, ob die Verteidigung der Rechtsordnung die Strafvollstreckung geboten hätte (§ 56 Abs. 3 StGB). Veranlassung dazu besteht nur, wenn konkrete Umstände vorliegen, welche dies nahelegen können (BGHR StGB § 56 Abs. 3 Verteidigung 9; BGH, Urt. vom 14. Mai 2002 - 1 StR 48/02).