

## 1. Sachverhalt<sup>1</sup>

A gelangt in Kenntnis aller Umstände in den Besitz eines Namenspfandbriefes über eine Darlehensforderung von 5 Millionen Euro, den vorher ein anderer gestohlen hat. Ohne schon konkrete Pläne für eine Verwertung zu haben, bittet er B, sich zu erkundigen, ob das Papier verwertbar ist. B, der damit rechnet, dass das Papier gestohlen ist, fragt bei der Schuldnerbank nach, ob das Papier handelbar sei und ob für eine Übertragung ein Notar benötigt werde. Die Bank schaltet die Polizei ein. – Strafbarkeit des B?

## 2. Probleme und bisheriger Meinungsstand

Bevor wir uns in das Dickicht des Hehlereitattbestandes begeben, bieten wir eine Information zum Sachverhalt an, die einigen Lesern willkommen sein könnte: Was ist ein **Namenspfandbrief**?<sup>2</sup>

Wie bei jedem Namenspapier<sup>3</sup> ist auch beim Namenspfandbrief das Recht am Papier grundsätzlich mit der im Brief genannten Person verbunden. Es gilt also: Das Recht am Papier folgt

## Januar 2008 Pfandbrief-Fall

*Hehlerei / Tathandlung der Absatzhilfe / Abgrenzung zwischen Vollendung, Versuch und Vorbereitung / Beihilfe zur Absatzhilfe*

§§ 259, 22, 23, 27 StGB

**Leitsatz der Verf.:** Für die Abgrenzung zwischen einer – straflosen – Hilfe bei der bloßen Vorbereitung eines Absatzes und einer – strafbaren – versuchten oder vollendeten Absatzhilfe kommt es darauf an, ob die Hilfeleistung im Vorfeld eines im Einzelnen noch nicht absehbaren und auch noch nicht konkret geplanten Absatzes erfolgte oder sich in einen bereits festgelegten Absatzplan fördernd einfügte und aus der Sicht des Vortäters den Beginn des Absatzvorganges darstellte.

BGH, Urteil vom 30. August 2007 – 3 StR 200/07; veröffentlicht in: *wistra* 2007, 460.

dem Recht aus dem Papier. Dementsprechend wird die Übertragung durch Abtretung des Rechts vorgenommen. Den Gegenpart bildet das Inhaberpapier. Hier berechtigt grundsätzlich allein schon der Besitz zur Wahrnehmung des Rechts aus dem Papier. Die Übertragung erfolgt durch Übereignung des Papiers.

Die im Detail komplizierten Fragen der Übertragung von Papieren<sup>4</sup> machen erklärlich, warum A zunächst in Erfahrung bringen wollte, ob der Pfandbrief verwertbar war, bevor er eine Veräußerung in Angriff nahm. Der Umstand, dass er sich dabei des B bediente, führt

<sup>1</sup> Der Sachverhalt der Entscheidung wird hier gekürzt und leicht verändert wiedergegeben, damit die Rechtsprobleme deutlicher hervortreten.

<sup>2</sup> Vgl. zum Folgenden *Köbler*, Juristisches Wörterbuch für Studium und Ausbildung, 14. Aufl. 2007, S. 286.

<sup>3</sup> Anderer Begriff: Rektapapier.

<sup>4</sup> So kann z. B. ein Namenspfandbrief mit einer Inhaberklausel versehen sein. Dann kann die Leistung mit befreiender Wirkung an jeden Inhaber bewirkt werden; allerdings ist der Inhaber nicht berechtigt, die Leistung zu verlangen (§ 808 Abs. 1 BGB).

dazu, dass für B **Hehlerei in der Form der Absatzhilfe gemäß § 259 Abs. 1 Var. 4 StGB** in Betracht kommt. Denn kennzeichnend für die Absatzhilfe ist, dass dem Vortäter unselbständige und an Weisungen gebundene Unterstützung geleistet wird.<sup>5</sup> A ist hier Vortäter, weil er sich das von einem anderen gestohlene Papier in Kenntnis der Umstände verschafft und damit seinerseits eine Hehlereihandlung begangen hat.

Schwierig an dem Fall ist, ihn den allgemeinen Verwirklichungsstufen einer Straftat zuzuordnen: Vollendung, Versuch, der nach § 259 Abs. 3 StGB strafbar ist, oder straflose Vorbereitung?

Wenn wir mit der Vollendung beginnen, begegnet uns ein **erstes Problem**. Es betrifft die Frage, ob es zu einem **Absatzerfolg** gekommen sein muss.

Herleiten lässt sich das Problem aus einem Vergleich mit der Hehlereivariante des Sich-Verschaffens. Für sie ergibt sich schon aus dem Wortlaut das Erfordernis, dass die Verfügungsgewalt übergegangen ist. Muss dann nicht Gleiches für das Absetzen gelten? Und wenn ja, ist es dann zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen nicht auch erforderlich, die Bestrafung wegen vollendeter Absatzhilfe von einem Absatzerfolg abhängig zu machen?

Die h. M. in der Literatur<sup>6</sup> bejaht beide Fragen und beruft sich dabei auf die anerkannte Formel zur Kennzeichnung des Unrechts der Hehlerei: Aufrechterhaltung der rechtswidrigen Besitzlage durch einvernehmliche Begründung einer neuen, selbständigen Verfügungsgewalt. Legt man diese Ansicht zugrunde, so scheidet die Annahme einer vollendeten Absatzhilfe durch B von vornherein aus.

Der Gegenstandspunkt wird zur Hauptsache von der Rechtsprechung

vertreten. Sie hält einen Absatzerfolg für nicht erforderlich, sondern begnügt sich mit einer auf einen Absatzerfolg gerichteten Tätigkeit.<sup>7</sup> Einschränkend wird in neueren Entscheidungen lediglich hinzugefügt, dass diese Tätigkeit geeignet sein müsse, die Sache im Interesse des Vortäters wirtschaftlich zu verwerten.<sup>8</sup> Der Verzicht auf einen Absatzerfolg wird in erster Linie historisch begründet.<sup>9</sup> Nach der früheren Gesetzesfassung der Tathandlungen, nämlich „Mitwirken zum Absatz“, sei ein erfolgreicher Absatz nicht nötig gewesen. Mit der Ersetzung durch die Tatvarianten des Absatzes und der Absatzhilfe habe der Gesetzgeber nicht bezweckt, daran etwas zu ändern. Auch bestehe nach wie vor ein großes kriminalpolitisches Bedürfnis, schon Absatzbemühungen deutlich zu ahnden.

Dieser Standpunkt ließe es zu, die Tat des B als vollendete Absatzhilfe zu erfassen. Freilich müsste auch bei seiner Anwendung zur Geltung kommen, dass es Absatzbemühungen geben kann, die im Versuchsstadium stecken bleiben oder sogar nur vorbereitenden Charakter haben. Ob das in der Rechtsprechung ausreichend geschieht, ist zweifelhaft. Ihr wird vorgeworfen, sie strebe eine „systemwidrige Extension des Strafrechtsschutzes“<sup>10</sup> an.

Immerhin lässt sich einigen neueren Entscheidungen entnehmen, dass der BGH die Annahme einer vollendeten Absatzhilfe davon abhängig macht, dass der Vortäter Absatzbemühungen entfaltet hat, die einen Beginn des Absetzens bedeuten.<sup>11</sup> Daraus folgt für den vorliegenden Fall, dass auch nach

<sup>5</sup> Vgl. BGHSt 27, 45, 48; Rengier, Strafrecht BT I, 9. Aufl. 2007, § 22 Rn. 32.

<sup>6</sup> Vgl. Küper, Strafrecht BT, 6. Aufl. 2005, S. 9 f.; Lackner/Kühl, 26. Aufl. 2006, § 259 Rn. 13, jeweils m. w. Nachw.

<sup>7</sup> Grundlegend: BGHSt 27, 45.

<sup>8</sup> Vgl. BGHSt 43, 110, 111; BGH NJW 1990, 2897, 2898.

<sup>9</sup> Vgl. die zusammenfassende Darstellung der Rechtsprechung bei Küper (Fn. 6), S. 8 f.

<sup>10</sup> Krey/Hellmann, Strafrecht BT Bd. 2, 14. Aufl. 2005, Rn. 596.

<sup>11</sup> Vgl. BGH NJW 1989, 1490; BGH NSTZ-RR 2005, 373, 374; BGH wistra 2006, 16, 17.

der Rechtsprechung mangels entsprechender Feststellungen keine vollendete Absatzhilfe vorliegt.

Damit sind wir zum **Kernproblem** des Falles vorgedrungen, das in der Frage besteht: Hat B durch die Erkundigung bei der Bank bereits versuchte Absatzhilfe geleistet oder ist darin lediglich eine straflose Hilfe bei der Vorbereitung des Absatzes zu sehen?

Eine allgemeine Überlegung kann die Klärung dieses Problems voranbringen.<sup>12</sup> Generell ist der Versuch der Beihilfe straflos. Das zeigt § 30 Abs. 1 StGB. Die Vorschrift erklärt lediglich den Versuch der Anstiftung (zu einem Verbrechen) für strafbar. Da die Hehlereivariante der Absatzhilfe nichts anderes ist als eine Umformung einer Beihilfehandlung zu einer selbständigen tatbestandlichen Handlung, bedarf es zur Durchsetzung des Grundsatzes der Straflosigkeit des Beihilfeversuchs einer einschränkenden Interpretation. Die versuchte Absatzhilfe kann nicht in einem Versuch bestehen, Hilfe zu leisten, sondern muss die (vollendete) Hilfeleistung zu einem Absatzversuch zum Gegenstand haben. Die maßgebliche zeitliche Grenze ergibt sich somit aus dem Verhalten und der Sicht des Vortäters. Dieser muss bereits bei seinen Absatzbemühungen das Versuchsstadium erreicht haben.

Eine Zwischenbemerkung zur Klarstellung: Was der Vortäter tut, ist natürlich nicht als Hehlereität des Absetzens erfassbar, weil das Gesetz erfordert, dass der Hehler ein anderer als der Vortäter ist. Das ist ja auch der Grund dafür, dass es einer gesonderten Pönalisierung der Absatzhilfe bedurfte. Denn mangels Haupttat könnte derjenige, der dem Vortäter beim Absatz hilft, nicht wegen Beihilfe zum Absatz bestraft werden.<sup>13</sup>

Halten wir fest: Aus dem Grundsatz der Straflosigkeit der versuchten Bei-

hilfe lässt sich ableiten, dass als versuchte Absatzhilfe nur die (vollendete) Hilfe zu einem Versuch der tatbestandslosen Haupttat des Absetzens durch den Vortäter in Betracht kommt.

Es würde zu weit gehen, diesen Standpunkt bereits als allgemeine Ansicht zu bezeichnen. Die Zahl der Befürworter in der Literatur ist jedoch sehr groß.<sup>14</sup>

Die Rechtsprechung hat dazu bislang noch nicht klar Stellung bezogen. Eine uneingeschränkte Zustimmung dürfte ihr schwer fallen, weil sie, wie oben gezeigt, insgesamt zu einer Vorverlagerung der Strafbarkeit neigt und weil sie den Versuchsbeginn des Vortäters bereits als Kriterium für den Vollendungszeitpunkt bei der Absatzhilfe verwendet.

Einige Entscheidungen deuten aber an, dass die Rechtsprechung auch hinsichtlich der versuchten Absatzhilfe ein gewisses Maß an Konkretisierung der Absatzplanung durch den Vortäter voraussetzt. So hat sie Straflosigkeit in Fällen angenommen, in denen die Sache für den Vortäter vorläufig gelagert worden war, ohne dass diese Verwahrung bereits Bedeutung für einen bevorstehenden Absatz nach einem festgelegten Tatplan gehabt hatte.<sup>15</sup>

Allerdings gibt es auch gegenläufige Entscheidungen, die ohne Feststellungen zu konkreten Absatzplänen des Vortäters zu einer Strafbarkeit wegen versuchter Absatzhilfe gelangt sind. So wurde ein Angeklagter verurteilt, der das vom Vortäter entwendete Fernsehgerät mit der Zusage zu sich genommen hatte, es zu reparieren, ohne dass Näheres zu den Plänen des Vortäters bekannt war.<sup>16</sup> In der Begründung stellte der BGH allein darauf ab, dass die Beseitigung des Defekts Voraussetzung für einen Erfolg versprechenden

<sup>12</sup> Vgl. zum Folgenden *Mitsch*, Strafrecht BT 2/1, 2. Aufl. 2002, § 10 Rn. 71.

<sup>13</sup> Vgl. *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht BT 2, 30. Aufl. 2007, Rn. 864.

<sup>14</sup> Vgl. die Darstellung des Meinungsstandes m. Nachw. bei *Küper* (Fn. 6), S. 11.

<sup>15</sup> BGH wistra 1993, 61, 62; BGH NSTz 1993, 282; BGH NJW 1989, 1490.

<sup>16</sup> BGH NSTz 1994, 395, 396; in der Tendenz ähnlich BGH wistra 2006, 16, 17.

Absatz gewesen sei. Gleichermaßen könnte eine Verurteilung des B wegen versuchter Absatzhilfe darauf gestützt werden, dass seine Erkundigungen nötig waren, um überhaupt einen Absatz zu ermöglichen. Dass A noch keine konkreten Absatzpläne hatte, wäre danach bedeutungslos.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Der BGH verwirft die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das freisprechende Urteil des Landgerichts. Seine Entscheidung zielt auf eine Einschränkung des Anwendungsbereichs der versuchten Absatzhilfe.

Zunächst bestätigt der Senat die Rechtsprechung, derzufolge für den Tatbestand der Absatzhilfe ein Absatz-erfolg nicht erforderlich ist. **Absatzhilfe** sei „jede vom Absatzwillen getragene vorbereitende, ausführende oder helfende Tätigkeit, die geeignet ist, den Vortäter bei seinem Bemühen um wirtschaftliche Verwertung der ‚bemakelten‘ Sache zu unterstützen“.<sup>17</sup>

Es folgt eine Einschränkung, die mit der Formulierung vorbereitet wird, dass es sich bei Bemühungen um Unterstützung des Vortäters im Vorfeld des Absatzes „je nach den Umständen des Einzelfalles“<sup>18</sup> auch nur um eine straflose Hilfe bei der Vorbereitung künftigen Absatzes handeln könne. Unter Berufung auf einige Entscheidungen wird dann versucht, diese Umstände mit allgemeinen Begriffen zu erfassen. Maßgeblich sei, „ob die Hilfeleistung im Vorfeld eines im Einzelnen noch nicht absehbaren und auch noch nicht konkret geplanten Absatzes erfolgte oder sich in einen bereits festgelegten Absatzplan fördernd einfügte und aus der Sicht des Vortäters den Beginn des Absatzvorganges darstellte“.<sup>19</sup>

Drei Elemente verdienen es, festgehalten zu werden. Der Bereich der versuchten Absatzhilfe ist erreicht,

wenn (erstens) ein konkreter Absatzplan vorliegt, wenn (zweitens) die Unterstützungshandlung sich fördernd in diesen Plan einfügt und wenn (drittens) aus der Sicht des Vortäters damit der Absatzvorgang beginnt.

Den Einwand, dass sich damit einige frühere Entscheidungen, so der oben<sup>20</sup> erwähnte Fall der Reparatur eines Fernsehgerätes, nicht vereinbaren ließen, erledigt der Senat apodiktisch mit der Behauptung, dass die Sachverhalte nicht vergleichbar seien.

Das Fazit für den vorliegenden Fall lautet: „Vorerkundigungen“<sup>21</sup>, wie der B sie hier vorgenommen hat, sind dem Vorbereitungsstadium zuzurechnen.

### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

In einem Ranking der Tatbestände, die von Examenskandidaten am meisten gefürchtet werden, würde die Hehlerei wohl einen der vorderen Plätze einnehmen. Die Vorschrift ist kompliziert aufgebaut und birgt eine Fülle von Problemen. Der ausgewählte Fall bietet nur einen kleinen Problemausschnitt. Wir wollen den Ausschnitt im Folgenden ein wenig erweitern. Im Übrigen empfehlen wir eine Komplettierung mit Hilfe eines Grundrisses oder eines Überblicksaufsatzes<sup>22</sup>.

Fehler im Umgang mit dem Hehlereitattbestand können sich schon bei der Festlegung des Prüfungsansatzes ergeben. Das wollen wir an einer Abwandlung des Sachverhalts vorführen.<sup>23</sup>

A besitzt nicht den Namenspfandbrief selbst, sondern nur eine Kopie. Der Dieb hat sie ihm gegeben und ihn beauftragt, die Möglichkeit einer Verwertung zu erkunden. Mit der Bitte, ihm

<sup>17</sup> BGH wistra 2007, 460.

<sup>18</sup> BGH wistra 2007, 460.

<sup>19</sup> BGH wistra 2007, 460, 461.

<sup>20</sup> S. unter 2.

<sup>21</sup> BGH wistra 2007, 460, 461.

<sup>22</sup> Z. B. Roth, JA 1988, 193 ff., 258 ff.; Seelmann, JuS 1988, 39 ff.; Zöllner/Frohn, Jura 1999, 378 ff.

<sup>23</sup> Wir verwenden eine Sachverhaltsvariante, die nach den Feststellungen des Landgerichts möglicherweise auch im vorliegenden Fall gegeben war.

dabei zu helfen, wendet sich A an B, der, wie im Ausgangsfall, die Schuldnerbank aufsucht.

Der Umstand, dass B sich im Ausgangsfall und im abgewandelten Fall identisch verhalten hat, kann dazu verleiten, auch in der Fallabwandlung eine Strafbarkeit wegen Absatzhilfe zu prüfen. Das wäre jedoch falsch. Die Tatvariante der Absatzhilfe beschränkt sich auf die Unterstützung des Vortäters. A, dem B hilft, ist aber kein Vortäter. Mit Vortäter ist derjenige gemeint, der sich im Besitz der Sache befindet und dessen Absatzbemühungen unterstützt werden. Das ist im abgewandelten Fall nicht A, sondern der Dieb. A befindet sich vielmehr in der Rolle des Absatzhelfers. Wer, wie B, denjenigen unterstützt, der dem Vortäter beim Absatz hilft, wird als Gehilfe dieses Absatzhelfers tätig. Zu prüfen ist also eine Strafbarkeit des B wegen Beihilfe zur Absatzhilfe gemäß §§ 259 Abs. 1 Var. 4, 27 StGB.

Merken kann man sich diesen wichtigen Unterschied im Umgang mit der Tatvariante der Absatzhilfe mit Hilfe der Formel: Der Absatzhelfer muss im Lager des Vortäters stehen.<sup>24</sup>

Erwähnung verdienen noch zwei weitere Probleme, die im Zusammenhang mit den Tatvarianten des Absatzes und der Absatzhilfe auftreten.

Das erste betrifft die Reichweite des Merkmals „Absatz“. Einig ist man sich darin, dass damit Vorgänge gemeint sind, durch die eine eigentümergeleiche Verfügungsgewalt auf einen anderen übertragen wird. Umstritten ist dagegen, ob auch die **Übertragung durch Schenkung** darunter fällt.<sup>25</sup> Das verneint die h. M. und beruft sich dabei auf den üblichen Sprachgebrauch. Dieser bezeichne als Absatz nur eine entgeltliche Verwertung. Die Gegenansicht hält diese Einschränkung wegen des Unterschiedes zur Hehlereivariante des Sichverschaffens, die anerkanntermaßen

auch den Erwerb durch Schenkung umfasst, für nicht sachgerecht.

Diskutiert wird ferner darüber, ob Absatz oder Absatzhilfe auch dann vorliegt, wenn die Sache durch **Veräußerung an den durch die Vortat Verletzten** zurückgelangt.<sup>26</sup> In rein wirtschaftlicher Betrachtung kann für eine Strafbarkeit angeführt werden, dass der Verletzte die Sache nicht in Anerkennung seines Rechts, sondern wegen der Zahlung eines Entgelts im Wert gemindert Sache zurückerhält. Nach h. M. ist für eine juristisch angemessene Erfassung dieses Vorgangs jedoch eher der Betrugstatbestand, nicht aber die Hehlereivorschrift zuständig. Der Grund für die Bestrafung der Hehlerei, nämlich die Aufrechterhaltung der rechtswidrigen Besitzlage, sei nicht gegeben, wenn die Sache als solche in den Besitz des Verletzten zurückkehre.

In praktischer Hinsicht lässt die hier vorgestellte Entscheidung erwarten, dass die Gerichte künftig in Fällen der Unterstützung einer Anbahnung des Absatzes weniger häufig als bisher wegen versuchter oder sogar vollendeter Absatzhilfe verurteilen werden.

## 5. Kritik

Es ist zu begrüßen, dass der BGH um eine Eingrenzung des Anwendungsbereichs des Merkmals der Absatzhilfe bemüht ist und dadurch ein wenig der Ausdehnungstendenz entgegenwirkt, die mit dem Verzicht auf das Erfordernis eines Absatzerfolges verbunden ist. Rechtsklarheit ist damit aber keineswegs bereits eingetreten. Ihr wäre der BGH erheblich näher gekommen, wenn er sich deutlicher von früheren Entscheidungen distanziert, also z. B. klar geäußert hätte, dass die Entscheidung in dem oben<sup>27</sup> erwähnten Fall der Reparatur eines Fernsehgeräts mit der jetzt gezogenen Grenze zwischen Vor-

<sup>24</sup> Vgl. *Rengier* (Fn. 5), § 22 Rn. 32.

<sup>25</sup> Vgl. die Darstellung des Meinungsstreits m. Nachw. bei *Küper* (Fn. 6), S. 7.

<sup>26</sup> Vgl. dazu m. Nachw. *Wessels/Hillenkamp* (Fn. 13), Rn. 868.

<sup>27</sup> S. unter 2.

bereitung und Versuch nicht vereinbar ist. Die begründungslos gebliebene Behauptung, die Sachverhalte seien nicht vergleichbar, täuscht eine tatsächlich nicht vorhandene Kontinuität in der Rechtsprechung vor.

Noch besser wäre die Übernahme des in der Literatur herrschenden Standpunktes<sup>28</sup> gewesen, der überzeugend unter Berufung auf den Grundsatz der Straflosigkeit versuchter Beihilfe die Absatzhilfe als (vollendete) Beihilfe zu einem versuchten „Absetzen“<sup>29</sup> des Vortäters behandelt. Diese Ansicht stellt viel deutlicher als die vorliegende Entscheidung heraus, dass der Vortäter den „Absatz“ schon konkret geplant haben muss, wenn die Hilfeleistung als versuchte Absatzhilfe und nicht als bloße Beihilfe zur Vorbereitung des Absetzens eingestuft werden soll.

*(Dem Text liegt ein Entwurf von Stefanie Denner zugrunde.)*

---

<sup>28</sup> S. die Darstellung unter 2.

<sup>29</sup> Die Anführungsstriche hier und im folgenden Satz sollen deutlich machen, dass der Vortäter selbst das gesetzliche Merkmal des Absetzens nicht verwirklichen kann, weil er kein „anderer“ im Sinne des Gesetzes ist; s. dazu unter 2.