



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 105/14

vom
7. August 2014
in der Strafsache
gegen

1.

2.

3.

4.

wegen schweren Bandendiebstahls u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und der Beschwerdeführer am 7. August 2014 gemäß § 349 Abs. 4 StPO einstimmig beschlossen:

Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Trier vom 11. Juli 2013 mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten V. , H. und Z. wegen schweren Bandendiebstahls und versuchten schweren Bandendiebstahls zu Gesamtfreiheitsstrafen von sechs (V.) bzw. fünf Jahren (H. und Z.) verurteilt; den Angeklagten G. hat es des versuchten schweren Bandendiebstahls schuldig gesprochen und gegen ihn eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verhängt. Daneben hat das Landgericht diverse Tatwerkzeuge eingezogen. Gegen dieses Urteil wenden sich die Beschwerdeführer mit ihren Revisionen, mit denen sie die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügen. Die Rechtsmittel haben mit der Sachbeschwerde Erfolg, so dass es auf die erhobenen Verfahrensbeanstandungen nicht ankommt.

2

Nach den Feststellungen kamen die Angeklagten spätestens im Jahr 2011 überein, sich auf Dauer zur Begehung einer Vielzahl von Einbruchsdiebstählen zu verbinden und hierbei zusammenzuwirken, wobei nicht geklärt werden konnte, ob sie dabei als selbständige Gruppe fungierten oder einer noch größeren Gruppierung angehörten. Inhalt der Übereinkunft war, gemeinsam eine Vielzahl von Geldausgabeautomaten nach der sogenannten Spreizer-Methode zu öffnen, um die darin befindlichen Bargeldbeträge - meist über 100.000 € - zu entwenden. Entsprechend dieser Abrede verschafften sich die Angeklagten V. , H. und Z. im Fall II. 1. b der Urteilsgründe in der Nacht vom 10. auf den 11. Oktober 2011 gewaltsam Zutritt zu den Geschäftsräumen der Volksbank-Filiale in S. und entwendeten aus dem dortigen Geldausgabeautomaten 125.585 €. Im Fall II. 2. b der Urteilsgründe trafen sich alle vier Angeklagten am späten Abend des 20. November 2011 in D. nahe der dortigen Sparkasse, die sie in den Vortagen wiederholt ausgekundschaftet hatten, um das in dem dortigen Geldautomaten gelagerte Geld zu entwenden. Einer der Angeklagten verschaffte sich über eine Leiter Zutritt zu den Geschäftsräumen, indem er ein Fenster aufbohrte. Anschließend entfernte er sich mit den übrigen Angeklagten vom Gebäude. In der Folgezeit stieg zweimal einer der Angeklagten erneut für jeweils mehrere Minuten durch das geöffnete Fenster in die Geschäftsräume ein, wobei zwischen diesen Vorgängen ein Zeitraum von 20 Minuten lag. Die Aufenthalte in der Bank wurden dazu genutzt, eine Überwachungskamera im Servicebereich zu verdrehen, eine Holztür zum Geldausgabeautomaten aufzuhebeln, eine Datenmülltonne aus Metall im Servicebereich aufzustellen und den Netzstecker des Geldautomaten zu ziehen. Das zum Öffnen des Geldausgabeautomaten erforderliche Werkzeug hatten die Angeklagten noch nicht in die Sparkasse geschafft. Um dies "in angemessener Zeit" zu bewerkstelligen, wären - so die Ausführungen in der Beweiswürdigung - mindestens zwei Personen erforderlich gewesen (UA

S. 35). Nach dem letzten Einstieg entfernten sich die Angeklagten vom Tatort und fuhren mit unterschiedlichen Fahrzeugen zu einem ca. 35 km entfernten Schnellrestaurant. Dort saßen sie einige Zeit zusammen, bevor sich die Angeklagten Z. und H. zu der von dem Schnellrestaurant etwa 50 km und vom Tatort mindestens 59 km entfernten Wohnung des Angeklagten H. aufmachten. Die Angeklagten V. und G. fuhren mit ihren Fahrzeugen zum vom Tatort etwa 30 km entfernten Wohnort des Angeklagten G. . Hierbei wurden die Angeklagten durch Polizeibeamte festgenommen.

3

1. Der jeweilige Schuldspruch kann in beiden Fällen schon deswegen keinen Bestand haben, weil die Annahme des Landgerichts, die Angeklagten hätten bandenmäßig im Sinne des § 244a Abs. 1 StGB gehandelt, einer sie tragenden Beweiswürdigung entbehrt. Das Landgericht teilt an keiner Stelle des Urteils mit, aufgrund welcher Umstände es sich von einer Bandenabrede der Angeklagten überzeugt hat. Auch dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe lässt sich dies nicht entnehmen. Der von der Strafkammer festgestellte Wille der Angeklagten, sich auf Dauer zur Begehung einer Vielzahl von Einbruchsdiebstählen zu verbinden und hierbei zusammenzuwirken, liegt trotz des festgestellten, in den Taten zum Ausdruck kommenden professionellen Vorgehens der Angeklagten auch nicht derart auf der Hand, dass eine andere Möglichkeit gänzlich ausgeschlossen erscheint und sich weitere Ausführungen deshalb erübrigten. Hinsichtlich des Angeklagten G. kommt hinzu, dass das Urteil konkrete Feststellungen nur zu einer einzigen Tat enthält, an der dieser beteiligt war (zum Rückschluss von der Zahl der Taten auf die Bandenabrede vgl. BGH, Urteil vom 16. Juni 2005 - 3 StR 492/04, NStZ 2006, 174). Dass er vor der Tat zu II. 2. b der Urteilsgründe daran mitgewirkt hatte, mögliche Tatorte auszukundschaften, führt zu keinem anderen Ergebnis. Den Feststellungen ist nicht zu entnehmen, dass die Angeklagten die hierdurch gewonnenen Erkenntnisse

für weitere Taten nutzen wollten. Die Evidenz einer Bandenabrede folgt schließlich auch nicht aus dem Umstand, dass die Staatsanwaltschaft zunächst zwei weitere gleich gelagerte Anklagevorwürfe gegen die Angeklagten erhoben hatte, die in der Hauptverhandlung gemäß § 154 Abs. 2 StPO eingestellt worden sind. Zu der Beteiligung der Angeklagten an diesen Taten hat die Kammer keine Feststellungen getroffen.

4 Angesichts des vollständigen Schweigens der Urteilsgründe ist darüber hinaus auch nicht überprüfbar, ob das Landgericht im Fall II. 1. b rechtsfehlerfrei davon ausgegangen ist, dass diese Tat trotz der Beteiligung von nur drei statt vier Bandenmitgliedern Ausfluss der getroffenen Bandenabrede war (vgl. hierzu BGH, Beschlüsse vom 17. Januar 2006 - 4 StR 595/05, NStZ 2006, 342, 343; vom 1. Februar 2011 - 3 StR 432/10, StraFo 2011, 520; vom 1. März 2011 - 4 StR 30/11, StraFo 2011, 521; Urteil vom 28. September 2011 - 2 StR 93/11, juris Rn. 16) und nicht ausschließlich im eigenen Interesse der Angeklagten V. , H. und Z. begangen worden ist. Da die Angeklagten insoweit entgegen der Feststellung des Landgerichts, Grundlage der Übereinkunft sei es gewesen, gemeinsam zu agieren, gehandelt haben, war dies im Urteil zu erörtern (vgl. auch BGH, Beschluss vom 10. Oktober 2012 - 2 StR 120/12, StraFo 2013, 128, 129).

5 2. Im Fall II. 2. b hält der Schuldspruch wegen versuchten schweren Bandendiebstahls darüber hinaus auch deswegen rechtlicher Überprüfung nicht stand, weil nach einer vom Landgericht nicht ausgeschlossenen Sachverhaltsvariante die Angeklagten noch nicht in das Versuchsstadium der Tat eingetreten waren.

6 Die Strafkammer hat nicht eindeutig klären können, aus welchen Gründen sich die Angeklagten vom Tatort entfernten. Sie hat es unter anderem für möglich gehalten, dass sie sich zunächst plangemäß vom Tatort wegbegeben, um "nach einer Pause" zurückzukehren und den Tresor aufzubrennen. Hierfür spreche insbesondere, dass es nach der Einlassung des Angeklagten V. zum Aufbrennen des Tresors noch "zu früh" gewesen sei. Diese Einschätzung entspreche wohl der üblichen Arbeitsweise der Bande (UA S. 36). In dieser Variante hätten die Angeklagten indes noch nicht im Sinne des § 22 StGB unmittelbar zur Verwirklichung des Diebstahls angesetzt.

7 a) Das unmittelbare Ansetzen zur Tatbestandsverwirklichung besteht in einem Verhalten des Täters, das nach seiner Vorstellung in ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte zur - vollständigen - Tatbestandserfüllung führt oder im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang in sie einmündet. Diese Voraussetzung kann schon gegeben sein, bevor der Täter eine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestandes entsprechende Handlung vornimmt; regelmäßig genügt es allerdings, wenn der Täter ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes verwirklicht. Es muss aber immer das, was er zur Verwirklichung seines Vorhabens unternimmt, zu dem in Betracht kommenden Straftatbestand in Beziehung gesetzt werden (BGH, Urteil vom 16. Januar 1991 - 2 StR 527/90, BGHSt 37, 294, 296; Beschluss vom 12. Januar 2011 - 1 StR 540/10, NStZ 2011, 400, 401; vgl. auch BGH, Urteil vom 20. März 2014 - 3 StR 424/13, NStZ 2014, 447, 448). An einem unmittelbaren Ansetzen kann es daher - ausnahmsweise - trotz der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals fehlen, wenn der Täter damit noch nicht zu der die Strafbarkeit begründenden eigentlichen Rechtsverletzung ansetzt. Ob dies der Fall ist oder ob er sich noch im Stadium der Vorbereitung befindet, hängt von seiner Vorstellung über das "unmittelbare Einmünden" seiner Handlungen in die Erfolgsverwirklichung ab. Ge-

gen das Überschreiten der Schwelle zum Versuch spricht deshalb im Allgemeinen, dass es zur Herbeiführung des vom Gesetz vorausgesetzten Erfolges noch eines weiteren - neuen - Willensimpulses bedarf (BGH, Urteil vom 21. Dezember 1982 - 1 StR 662/82, BGHSt 31, 178, 182). Bezogen auf die Frage, wann bei einem - wie hier nach § 244a StGB - qualifizierten Delikt das Versuchsstadium beginnt, decken sich diese Grundsätze mit der im Schrifttum vorherrschenden Auffassung, dass die Unmittelbarkeit nur dann zu bejahen ist, wenn der Täter mit seiner Handlung zugleich zur Verwirklichung des Grunddeliktes ansetzt (Gössel, ZIS 2011, 386, 389 mwN; BeckOK v.Heintschel-Heinegg/Beckemper, StGB, § 22 Rn. 43; LK/Hillenkamp, StGB, 12. Aufl., § 22 Rn. 123; NK-StGB-Zaczyk, 4. Aufl., § 22 Rn. 53; S/S-Eser/Bosch, StGB, 29. Aufl., § 22 Rn. 58), im Rahmen des § 244a StGB mithin zur Wegnahme (LK/Vogel, StGB, 12. Aufl., § 244a Rn. 9; MüKoStGB/Schmitz, 2. Aufl., § 244a Rn. 10; zu § 244 StGB vgl. Lackner/Kühl, StGB, 28. Aufl., § 244 Rn. 11).

- 8 b) Nach diesen Maßstäben hatten die Angeklagten in der vom Landgericht als möglich erachteten Variante, wonach der Tresor erst später aufgebrannt werden sollte, noch nicht unmittelbar zum schweren Bandendiebstahl angesetzt. Zwar war einer der Angeklagten bereits gewaltsam in die Sparkasse eingedrungen und hatte damit die im Rahmen von § 244a Abs. 1 StGB zum Tatbestandsmerkmal erhobene Voraussetzung des Einbrechens in einen Geschäftsraum (§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB) erfüllt. Um die Wegnahme des Geldes durchführen zu können, hätten die Angeklagten als weitere wesentliche Zwischenschritte aber erst noch umfangreiches Werkzeug in die Bank schaffen und den Geldautomaten aufbrennen müssen. Angesichts der in zeitlicher Hinsicht deutlichen Zäsur zwischen dem ersten Stadium und der geplanten Fortsetzung des Tatplans erforderte diese einen weiteren, eigenständigen Willensentschluss. Die bis zum Zeitpunkt der Festnahme der Angeklagten durchge-

fürten Aktivitäten stellten insoweit nur - wenngleich wesentliche - Vorbereitungsmaßnahmen dar.

- 9 3. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:
- 10 a) Das Landgericht hat seine Überzeugung von der Täterschaft der Angeklagten V. , H. und Z. im Fall II. 1. b der Urteilsgründe maßgeblich auf die Ergebnisse der Telefonüberwachung gestützt. Hinsichtlich des Angeklagten H. wird aus den Urteilsgründen allerdings nicht zweifelsfrei deutlich, aufgrund welcher Erwägungen die Strafkammer diesen als Nutzer des ihm zugeordneten Handys nebst SIM-Karte bestimmen konnte. Soweit der Schluss des Landgerichts alleine auf dem Umstand beruhen sollte, dass sich die entsprechende SIM-Karte ausweislich der Verbindungsdaten nach der Tat zu der seinen Wohnsitz abdeckenden Funkzelle zubewegt hatte, bedürfte dies der näheren Begründung: Denn hinsichtlich des Angeklagten G. hat die Strafkammer aus der Registrierung einer SIM-Karte in der Funkzelle seines Wohnortes keinen Rückschluss dahin ziehen wollen, dass dieser der Nutzer der entsprechenden SIM-Karte war (UA S. 10). Daneben wäre zu beachten, dass die Strafkammer im Rahmen von Fall II. 1. b der Urteilsgründe die Mitwirkung eines weiteren, unbekannt gebliebenen Täters nicht auszuschließen vermocht hat. Insoweit wäre zusätzlich zu bedenken, dass sich auch im Rahmen von Fall II. 2. b neben dem Angeklagten H. noch andere Täter über mehrere Tage hinweg in seinem Anwesen aufgehalten hatten.
- 11 b) Der Angeklagte Z. soll sich "im Rahmen eines Beweisantrages am 14. Verhandlungstag" eingelassen haben. Beweisbehauptungen, die in einem von dem Verteidiger gestellten Beweisantrag enthalten sind, dürfen jedoch nicht in eine Einlassung des Angeklagten umgedeutet werden, sofern sich die-

ser hierzu nicht erklärt (BGH, Beschluss vom 29. Mai 1990 - 4 StR 118/90, NStZ 1990, 447; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 57. Aufl., § 261 Rn. 16a). Hierzu schweigt das Urteil.

12 Sollte sich der Angeklagte Z. zu den in dem Beweisantrag enthaltenen Behauptungen eingelassen haben, gilt Folgendes: Die Überzeugung, dass sich der Angeklagte Z. entgegen den in dem vorerwähnten Beweisantrag enthaltenen Behauptungen nicht in seinem Heimatland aufgehalten hat, hat das Landgericht auch aufgrund der Erwägung gewonnen, dass die entsprechenden Zeugen erstmals benannt wurden, nachdem der Angeklagte bereits mehr als 13 Monate in Untersuchungshaft verbracht hat. Diese Würdigung ist rechtsfehlerhaft. Dem Angeklagten steht es frei, sich zu den Anklagevorwürfen zu äußern (§ 243 Abs. 5 Satz 1 StPO). Der unbefangene Gebrauch dieses Schweigerechts wäre nicht gewährleistet, wenn der Angeklagte die Prüfung und Bewertung der Gründe für sein Einlassungsverhalten befürchten müsste. Deshalb dürfen weder aus der durchgehenden noch aus der nur anfänglichen Aussageverweigerung dem Angeklagten nachteilige Schlüsse gezogen werden (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1965 - 5 StR 515/65, BGHSt 20, 281; Beschluss vom 27. Januar 1987 - 1 StR 703/86, BGHR StPO § 261 Aussageverhalten 4).

13 Gleichermaßen fehlerhaft wäre die Erwägung des Landgerichts, sofern tatsächlich keine Einlassung des Angeklagten Z. vorgelegen haben sollte. Der Angeklagte darf nicht nur schweigen, sondern auch auf den Antritt eines Entlastungsbeweises verzichten. Bei dem - wie hier - zunächst oder durchgehend schweigenden Angeklagten verbieten sich daher auch nachteilige Schlüsse, die alleine auf dem Zeitpunkt der Stellung eines Beweisantrages beruhen (BGH, Beschluss vom 23. Oktober 2001 - 1 StR 415/01, BGHR StPO § 261 Beweiswürdigung 26).

- 14 c) Das Landgericht hat als Grund für die Nichtvollendung der Tat zu II. 2. b der Urteilsgründe die weitere Möglichkeit gesehen, dass die Angeklagten den Verdacht gehabt haben könnten, polizeilich observiert zu werden. Diese Einschätzung hat es entscheidend darauf gestützt, dass ein Verteidiger in der Hauptverhandlung "in einem unbedachten Moment" einen Zeugen nach einem schwarzen BMW mit Kölner Kennzeichen gefragt und es sich hierbei "erkennbar nicht um eine ins Blaue hinein gestellte Frage" gehandelt habe (UA S. 36). Dieser Schluss ist unzulässig, denn er deutet die Frage des Verteidigers und mögliche hierin enthaltene Behauptungen in eine (Teil)Einlassung des Angeklagten um.
- 15 d) Die Strafkammer hat im Rahmen der Strafzumessung zu Lasten des Angeklagten V. dessen bestimmenden Einfluss auf die Entscheidungen der Bande berücksichtigt, welcher sich bereits aus seiner Einlassung zum Tatgeschehen zu Fall II. 2. b ergeben habe. Bei dieser Begründung hat das Landgericht verkannt, dass es die Einlassung in wesentlichen Teilen als Schutzbehauptung gewertet hat (UA S. 33). Es durfte daher übrige Teile der Einlassung nicht ohne nähere Begründung - an der es hier mangelt - zu Lasten des Angeklagten heranziehen (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Juni 2011 - 5 StR 165/11, NStZ-RR 2011, 318, 319; LR/Sander, StPO, 26. Aufl., § 261 Rn. 73).
- 16 Soweit die Strafkammer den bestimmenden Einfluss des Angeklagten V. auf die Mitangeklagten daneben aus dessen Verhalten in der Hauptverhandlung gefolgert hat, lassen die pauschal gehaltenen Ausführungen besorgen, dass sie zulässiges Verteidigungsverhalten strafschärfend berücksichtigt hat (vgl. hierzu BGH, Beschlüsse vom 7. November 1986 - 2 StR 563/86, BGHR StGB § 46 Abs. 2 Nachtatverhalten 4; vom 29. Januar 2014 - 1 StR 589/13, NStZ 2014, 396, 397).

- 17 e) Wird die Erhebung eines Beweises wegen Bedeutungslosigkeit der Beweistatsache (§ 244 Abs. 3 Satz 2 StPO) abgelehnt, ist mit konkreten Erwägungen zu begründen, warum das Tatgericht aus der Beweistatsache keine entscheidungserheblichen Schlussfolgerungen ziehen will. Die Anforderungen an diese Begründung entsprechen grundsätzlich denjenigen, denen das Gericht genügen müsste, wenn es die Indiz- oder Hilfstatsache durch Beweiserhebung festgestellt und sodann in den schriftlichen Urteilsgründen darzulegen hätte, warum sie auf seine Entscheidungsbildung ohne Einfluss blieb (BGH, Urteil vom 7. April 2011 - 3 StR 497/10, NStZ 2011, 713, 714). Die unter Beweis gestellte Indiztatsache hat es in das bisherige Beweisergebnis so einzustellen, als sei sie erwiesen, und prognostisch zu prüfen, ob hierdurch seine bisherige Überzeugung zum Beweiswert des anderen Beweismittels in einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch bedeutsamen Weise erschüttert würde (st. Rspr., vgl. nur BGH, Beschlüsse vom 15. Oktober 2013 - 3 StR 154/13, NStZ 2014, 111, 112 m. Anm. Allgayer; vom 18. März 2014 - 2 StR 448/13, NStZ-RR 2014, 252, 253; LR/Becker, StPO, 26. Aufl., § 244 Rn. 220 mwN).

- 18 f) Sollte sich in der neuen Hauptverhandlung eine Bandenabrede der Angeklagten belegen lassen, so wird gegebenenfalls im Fall II. 2. b eine Verbrechenverabredung im Sinne des § 30 Abs. 2 StGB in Betracht zu ziehen sein. Außerdem wird die zur Entscheidung berufene Strafkammer auch eine Strafbarkeit der Angeklagten nach § 303 StGB zu prüfen haben. Der Generalbundesanwalt hat insoweit in seinen Antragsschriften das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung bejaht.

Becker

RiBGH Hubert befindet sich
im Urlaub und ist daher
gehindert zu unterschreiben.
Becker

RiBGH Dr. Schäfer befindet
sich im Urlaub und ist daher
gehindert zu unterschreiben.
Becker

Mayer

Spaniol