



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

3 StR 72/12

vom  
8. Mai 2012  
in der Strafsache  
gegen

alias:

wegen Wohnungseinbruchdiebstahls u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts - zu 2. auf dessen Antrag - am 8. Mai 2012 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 354 Abs. 1 StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Duisburg vom 29. Juni 2011
  - a) im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte wegen Wohnungseinbruchdiebstahls, Diebstahls, Beihilfe zum Diebstahl, Beihilfe zum versuchten Diebstahl und Begünstigung verurteilt ist,
  - b) mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben
    - aa) im Ausspruch über die Einzelstrafe im Fall II. 6. der Urteilsgründe,
    - bb) im Gesamtstrafenausspruch.

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

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Wohnungseinbruchdiebstahls, Diebstahls, Beihilfe zum schweren Bandendiebstahl, Beihilfe zum Diebstahl und Begünstigung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt. Die dagegen gerichtete und auf die Rüge der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist sie unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).
  
- 2 1. Die Verurteilung wegen Beihilfe zum schweren Bandendiebstahl im Fall II. 6. der Urteilsgründe hat keinen Bestand.
  
- 3 a) Nach den Feststellungen begaben sich die früheren Mitangeklagten J. , A. , Y. und W. , die eine Diebesbande bildeten, zu einer Goldschmiedewerkstatt in D. . Y. und W. stiegen durch ein von W. eingeschlagenes Fenster in die Geschäftsräume ein und nahmen Schmuck an sich, den sie zum größten Teil an den draußen wartenden A. weitergaben. Da sie mit dem ihnen zur Verfügung stehenden Werkzeug die Tür zur Werkstatt, in der sie erhebliche Goldbestände vermuteten, nicht zu öffnen vermochten, nahm J. Kontakt zum Angeklagten auf, der der Diebesbande nicht angehörte. Entsprechend der Aufforderung des J. brachte der Angeklagte weiteres Aufbruchswerkzeug zum Tatort, um den früheren Mitangeklagten die Fortführung des Diebstahls zu ermöglichen. Y. und W. gelang es, mithilfe dieses Werkzeugs die Tür zur Werkstatt einen Spalt breit zu öffnen. Da sie dabei einen Alarm auslösten, verließen sämtliche Beteiligten sodann den Tatort, ohne weitere Beute erlangt zu haben.

4           b) Bei der Einordnung des Tatbeitrags des Angeklagten als Beihilfe zum schweren Bandendiebstahl hat das Landgericht verkannt, dass Tatbeteiligte, die nicht selbst Bandenmitglieder sind, nur wegen Beteiligung am Grunddelikt bestraft werden können, da die Bandenmitgliedschaft besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB ist (vgl. BGH, Urteil vom 9. August 2000 - 3 StR 339/99, BGHSt 46, 120, 128; Beschluss vom 15. Januar 2002 - 4 StR 499/01, BGHSt 47, 214, 216). Darüber hinaus ist das Landgericht rechtsfehlerhaft von einer Beihilfe zum vollendeten und nicht (nur) versuchten Diebstahl ausgegangen:

5           aa) Zwar haben sich die früheren Mitangeklagten als Haupttäter, denen der Angeklagte durch das Zurverfügungstellen des Aufbruchswerkzeugs Hilfe geleistet hat, des vollendeten und nicht nur versuchten schweren Bandendiebstahls schuldig gemacht. Dass sie aus der Werkstatt Goldbestände nicht erlangten, steht der Qualifikation ihrer Tat als vollendete nicht entgegen, weil sie zuvor erfolgreich Schmuck aus den Geschäftsräumen weggenommen hatten. Ihr anschließend fehlgeschlagenes Bemühen, in die Werkstatt einzudringen und weitere fremde Sachen an sich zu bringen, stellte trotz ihres geänderten Entschlusses zu dem bei der Tat zu verwendenden Tatmittel lediglich einen (konkurrenzrechtlich) unselbständigen Teilakt dar, der - weil wie die vollendete Tat auf die Verwirklichung des § 244a StGB zielend - für die rechtliche Bewertung ihrer eine natürliche Handlungseinheit bildenden Aktivitäten ohne Bedeutung ist (vgl. BGH, Urteil vom 27. März 1953 - 2 StR 801/52, BGHSt 4, 219, 220 f.; Urteil vom 23. Januar 1957 - 2 StR 565/56, BGHSt 10, 230, 232; Beschluss vom 4. Juli 1966 - 2 StR 198/66, BGHSt 21, 78, 79; Beschluss vom 14. März 1969 - 2 StR 64/69, BGHSt 22, 350, 351).

6           bb) Daraus folgt aber nicht, dass sich der Angeklagte wegen der Zusammenfassung des Geschehens in der Person der Haupttäter zu einem (schweren Banden-) Diebstahl so behandeln lassen muss, als habe er Beihilfe zur vollendeten Tat geleistet.

7           Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind gesonderte, indessen für sich erfolglose Versuchshandlungen eines innerhalb einer natürlichen Handlungseinheit auf anderem Wege zur Deliktvollendung gelangten Täters im Schuldspruch nicht besonders auszuweisen, wenn kein Teilakt unter erschwerenden Umständen oder sowohl der erfolglose als auch der erfolgreiche Teilakt in gleichem Maße oder nur letzterer unter solchen Umständen begangen worden sind. Ist dagegen lediglich der in der einheitlichen Handlung begriffene Versuch unter einem erschwerenden Umstand verübt worden, ist der Täter wegen des Versuchs des schwereren Delikts in Tateinheit mit dem vollendeten einfachen Delikt zu bestrafen (BGH, Urteil vom 23. Januar 1957 - 2 StR 565/56, BGHSt 10, 230, 232; Urteil vom 29. August 1952 - 3 StR 330/52, NJW 1952, 1184, 1185; außerdem BGH, Beschluss vom 4. Juli 1966 - 2 StR 198/66, BGHSt 21, 78, 80; vgl. im Übrigen schon RG, Urteil vom 13. Januar 1887 - Rep. 3305/86, RGSt 15, 281, 283 f.), weil nur so der Schuldgehalt der Tat erfasst werden kann.

8           Beruht aber die Zusammenfassung gleichgerichteter Tathandlungen beim Haupttäter zu einer Gesetzesverletzung auf einer rechtlichen Wertung, die dann keine Gültigkeit mehr beansprucht, wenn sie den Schuldgehalt der Tat unzutreffend abbildet, so ist für eine undifferenzierte Betrachtungsweise beim Teilnehmer ebenfalls kein Raum, wenn sich sein Beitrag - für das Maß seiner Schuld relevant - auf einen nur versuchten Teilakt der Haupttat beschränkt (vgl. RG, Urteil vom 13. November 1900 - Rep. 3096/00, RGSt 34, 5, 7; Urteil vom

5. März 1888 - Rep. 194/88, RGSt 17, 227, 228 f.; anderer Fall RG, Urteil vom 27. Mai 1919 - V 164/19, RGSt 53, 284, 285). Dem entspricht es, dass nach richtiger Ansicht in Fällen einer Bewertungseinheit für die Bestrafung des Gehilfen nur die Handlungen des Haupttäters relevant sind, an denen er sich beteiligt hat (vgl. BGH, Urteil vom 11. Dezember 2003 - 3 StR 375/03, BGHR BtMG § 29 Bewertungseinheit 22; Körner/Patzak, BtMG, 7. Aufl., § 29 Teil 4 Rn. 416).

9                   Damit hat sich der Angeklagte der Beihilfe nur zum versuchten, nicht zum vollendeten Diebstahl schuldig gemacht, weil er sich an der Tat der früheren Mitangeklagten erst zu einem Zeitpunkt beteiligte, zu dem diese Gewahrsam an dem Schmuck aus den Geschäftsräumen schon erlangt hatten, seine Beihilfehandlung mittels der Überlassung des Aufbruchswerkzeugs indessen nicht der Sicherung dieses Gewahrsams, sondern ausschließlich der Wegnahme weiterer Sachen zu dienen bestimmt war und es zu einer weiteren Wegnahme anschließend nicht mehr kam.

10                   c) Der Senat ändert den Schuldspruch entsprechend ab. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, weil der Angeklagte sich bei zutreffender rechtlicher Bewertung nicht wirksamer hätte verteidigen können.

11                   2. Die Änderung des Schuldspruchs führt zum Wegfall der Einzelstrafe wegen Beihilfe zum schweren Bandendiebstahl im Fall II. 6. der Urteilsgründe und zur Aufhebung des Ausspruchs über die Gesamtstrafe. Eine Aufhebung der im Fall II. 7. der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafe nach Maßgabe des § 354a StPO ist dagegen nicht veranlasst, weil der Senat aus den Gründen der Zuschrift des Generalbundesanwalts ausschließen kann, dass das Landgericht auf eine geringere Strafe erkannt hätte, wenn es den Strafrahmen des am 5. November 2011 in Kraft getretenen § 244 Abs. 3 StGB in der Fassung des Vierundvierzigsten Gesetzes zur Änderung des Strafgesetzbuchs vom

1. November 2011 (BGBl. I S. 2130) bei der Urteilsverkündung hätte berücksichtigen können.

12                    3. Da sich das Verfahren nur noch gegen den erwachsenen Angeklagten richtet, verweist der Senat die Sache gemäß § 354 Abs. 2 Satz 1 StPO an eine allgemeine Strafkammer des Landgerichts zurück (BGH, Urteil vom 28. April 1988 - 4 StR 33/88, BGHSt 35, 267, 268 ff.).

13                    4. Für die neue Hauptverhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

14                    Bei der Zumessung der Gesamtstrafe hat die Erhöhung der Einsatzstrafe in der Regel niedriger auszufallen, wenn zwischen gleichartigen Taten ein enger zeitlicher, sachlicher und situativer Zusammenhang besteht. Kommt die Gesamtstrafe der Summe der Einzelstrafen nahe, bedarf es einer eingehenden

Darlegung, aus welchen Gründen der Tatrichter den durch § 54 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 1 StGB vorgesehenen Rahmen für die Gesamtstrafenbildung nahezu ausschöpft (BGH, Beschluss vom 13. April 2010 - 3 StR 71/10, wistra 2010, 264 mwN).

Becker

Hubert

Schäfer

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

Becker

Menges