



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

2 StR 481/17

vom  
6. März 2018  
in der Strafsache  
gegen

1.

2.

3.

wegen (versuchten) schweren Bandendiebstahls u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat am 6. März 2018 gemäß § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG beschlossen:

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden:

Bei (vollendetem) schwerem Bandendiebstahl (§ 244a Abs. 1, § 244 Abs. 1 Nr. 3, § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Var. 1 StGB) oder (vollendetem) Wohnungseinbruchdiebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 StGB) steht eine zugleich begangene Sachbeschädigung (§ 303 Abs. 1 StGB) stets im Verhältnis der Tateinheit (§ 52 Abs. 1 StGB); sie tritt nicht im Wege der Gesetzeseinheit in Form der Konsumtion hinter den schweren Bandendiebstahl oder den Wohnungseinbruchdiebstahl zurück.

2. Der Senat fragt bei den anderen Strafsenaten an, ob der beabsichtigten Entscheidung Rechtsprechung der anderen Strafsenate entgegensteht und ob gegebenenfalls an dieser festgehalten wird.

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten S. wegen schweren Bandendiebstahls in neun Fällen, wobei es in sechs Fällen bei einem Versuch blieb, jeweils in Tateinheit mit Sachbeschädigung, sowie wegen Wohnungseinbruchdiebstahls in vier Fällen, wobei es in zwei Fällen beim Versuch blieb, jeweils in Tateinheit mit Sachbeschädigung, zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von

fünf Jahren und drei Monaten, den Angeklagten G. wegen schweren Bandendiebstahls in sechs Fällen, wobei es in drei Fällen bei einem Versuch blieb, jeweils in Tateinheit mit Sachbeschädigung, sowie wegen Wohnungseinbruchdiebstahls in drei Fällen, wobei es in einem Fall bei einem Versuch blieb, jeweils in Tateinheit mit Sachbeschädigung und wegen Computerbetrugs in zwei Fällen unter Freispruch im Übrigen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten, die Angeklagte J. wegen versuchten schweren Bandendiebstahls in Tateinheit mit Sachbeschädigung, wegen Wohnungseinbruchdiebstahls in fünf Fällen, wobei es in drei Fällen beim Versuch blieb, jeweils in Tateinheit mit Sachbeschädigung, sowie wegen Computerbetrugs in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Überdies hat das Landgericht Einziehungsentscheidungen getroffen. Gegen dieses Urteil richten sich die auf die allgemeine Sachrüge gestützten Revisionen der Angeklagten.

I.

- 2 Nach den vom Landgericht getroffenen Feststellungen brachen die Angeklagten in wechselnder Besetzung – teilweise unter Hinzuziehung weiterer Mittäter – im Zeitraum vom 10. April bis 22. Oktober 2016 in 19 Fällen im K. Umland in Einfamilienhäuser bzw. Wohnungen sowie in einem Fall in die Sakristei einer Kirche ein und stahlen Bargeld, Schmuck und andere Wertgegenstände. In einigen Fällen wurden die Angeklagten bei ihrem Vorgehen gestört oder es gelang ihnen nicht, bestehende Schließvorrichtungen bzw. Zugangshindernisse zu überwinden, so dass sie gezwungen waren, von der Fortführung der Tatbegehung abzusehen. In allen Fällen entstanden durch das gewaltsame Eindringen der Angeklagten an bzw. in den jeweiligen Tatobjekten Sachschäden in unterschiedlichem Ausmaß.

3

Gegenstand des Anfrageverfahrens ist die rechtliche Bewertung des Konkurrenzverhältnisses beim Zusammentreffen von vollendetem schweren Bandendiebstahl bzw. vollendetem Wohnungseinbruchdiebstahl und Sachbeschädigung.

4

1. Im Einzelnen hat das Landgericht folgende anfragerrelevante Tatgeschehen festgestellt:

5

Am 10. April 2016 hebelte die Angeklagte J. gemeinsam mit unbekanntem Mittätern die Terrassentür am Haus des Geschädigten B. in K. auf. Sie durchsuchten die Räume des Hauses nach Schmuck und Bargeld und hebelten einen Waffenschrank auf, ließen die darin befindlichen Waffen jedoch vor Ort zurück. Bei der Suche nach Beute beschädigten bzw. zerstörten die Täter mehrere Schubladen. Sie entwendeten 380 € Bargeld sowie das Portemonnaie des Geschädigten, indem sich dessen EC-Karte nebst PIN befanden (Fall II.2.1 der Urteilsgründe), mit deren Hilfe die Angeklagte J. am selben Abend bei zwei Geldinstituten 860 und 1.630 € abhob (Fall II.2.2 der Urteilsgründe).

6

Am 7. Mai 2016 schlug der Angeklagte G. mit einem Stein die Terrassentür am Haus der Geschädigten F. ein, durchsuchte die Wohnung und entwendete Bargeld, Schmuck und elektronische Geräte im Wert von 8.567 €. An der Terrassentür entstand ein Schaden von mehreren hundert Euro (Fall II.2.3 der Urteilsgründe).

7 Am 21. Mai 2016 fuhr der Angeklagte S. mit unbekanntem Mittäter zum Haus der Familie L. in K., wo diese mit erheblichem Kraftaufwand die durch Pilzkopfbeschläge besonders gesicherte Terrassentür aufhebelten und aus der Erdgeschosswohnung Schmuck und Bargeld im Wert von 13.950 € entwendeten. Sodann brachen sie innen die Tür zum Treppenhaus auf und begaben sich in die im Obergeschoss liegende Wohnung der Mutter des Geschädigten L., wo sie Schmuck und Bargeld im Wert von weiteren 12.500 € erbeuteten (Fall II.2.4 der Urteilsgründe).

8 Am 10. Juni 2016 begaben sich die Angeklagten S. und G. mit einem weiteren Mittäter entsprechend einer zuvor getroffenen Bandenabrede im Fahrzeug des S. zum Haus des Geschädigten Ga. in Be. . Während S. im Fahrzeug die Umgebung absicherte, versuchten G. und der Mittäter zunächst die Terrassentür und ein Fenster aufzuhebeln. Als dies nicht gelang, schlugen sie mit einem Stein das Fenster ein. Sie entwendeten Uhren und Elektrogeräte im Wert von 5.578,25 €. Die Terrassentür wurde durch die Hebelversuche nicht unerheblich beschädigt (Fall II.2.7 der Urteilsgründe).

9 Am 17. Juni 2016 begaben sich die Angeklagten S. und G. gemeinsam mit einem weiteren Mittäter entsprechend der getroffenen Bandenabrede mit dem Fahrzeug des S. zum N. in R. . Während S. die Umgebung sicherte und im Fahrzeug wartete, hebelten G. und der Mittäter ein Fenster des dortigen Pfarrhauses auf. Sie gelangten in das Haus und entwendeten aus dem Arbeitszimmer des Ro. Münzgeld im Wert von rund 100 € sowie einen Schlüsselbund mit den Schlüsseln zur Kirche und zu einem Tresor in der Sakristei. An dem Fenster entstand ein nicht unerheblicher Sachschaden (Fall II.2.10 der Urteilsgründe).

- 10 Am 18. Juni 2016 begaben sich die Angeklagten S. und G. mit einem weiteren Mittäter entsprechend der getroffenen Bandenabrede mit dem Fahrzeug des S. nach Si. zu einem Mehrfamilienhaus. Als die Bewohner der Erdgeschosswohnung zum Einkaufen fuhren, hebelten G. und der Mittäter das Badezimmerfenster auf, wobei sie dieses beschädigten. S. sicherte währenddessen vor dem Haus das Tatgeschehen ab. G. und der Mittäter kletterten sodann in die Wohnung und entwendeten Uhren und Schmuck im Wert von 1.250 € (Fall II.2.13 der Urteilsgründe).
- 11 Am Abend desselben Tages fuhr der Angeklagte S. mit zwei unbekanntem Mittätern nach Le. zum Haus des Geschädigten Kr. . Während S. die Umgebung sicherte, versuchten die unbekanntem Mittäter zunächst, die Haustür aufzubrechen. Sie hebelten dann ein rückwärtig gelegenes Fenster auf, durchsuchten das Haus und entwendeten Schmuck und Bargeld im Wert von 2.100 €. Durch das Hebeln an Tür und Fenster entstand ein Sachschaden in Höhe von 7.400 € (Fall II.2.14 der Urteilsgründe).
- 12 Am 24. September 2016 begaben sich die Angeklagten G. und J. mit einem weiteren Mittäter zur Wohnung der Eheleute Ka. in K. , um dort einzubrechen. Während G. auf der Straße Wache hielt, hebelte der Mittäter die Wohnungstür auf. Nachdem J. und der Mittäter bereits in der Wohnung Schmuck und Goldmünzen im Wert von 740 € an sich genommen hatten, entdeckten sie einen Tresor, den alle drei Mittäter abtransportierten und in der Wohnung von G. und J. aufflexten. Sie fanden zwei EC-Karten. Die zugehörige PIN befand sich in Aktenordnern, die sie ebenfalls entwendet hatten (Fall II.2.18 der Urteilsgründe). Unter Nutzung der erbeuteten EC-Karten hoben die Angeklagten G.

und J. kurze Zeit später insgesamt 2.000 € an zwei Geldautomaten ab (Fälle II.2.19 und 20 der Urteilsgründe).

13            2. Das Landgericht hat die vollendeten Einbruchtaten als schweren Bandendiebstahl bzw. Wohnungseinbruchdiebstahl in Tateinheit mit Sachbeschädigung – die Staatsanwaltschaft hatte das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung in allen Fällen angenommen – abgeurteilt und im Rahmen der Strafzumessung bei allen drei Angeklagten neben der Höhe des Sachschadens strafschärfend berücksichtigt, dass bei den einzelnen Taten jeweils tateinheitlich eine Sachbeschädigung verwirklicht worden sei.

## II.

14            Den Anträgen des Generalbundesanwalts folgend hält der Senat die Revisionen der Angeklagten in allen Fällen für unbegründet.

15            Den Revisionen der Angeklagten bleibt der Erfolg in den – nicht anfrage-relevanten – Fällen II.2.2, 5, 6, 8, 9, 11, 12, 15, 16, 17, 19, 20, 21 und 22 der Urteilsgründe versagt, in denen entweder Computerbetrugstaten oder neben einer vollendeten Sachbeschädigung lediglich ein versuchter schwerer Bandendiebstahl bzw. versuchter Wohnungseinbruchdiebstahl durch die Angeklagten verwirklicht wurde. Die vollendete Sachbeschädigung steht nach der Rechtsprechung des Hauses, der der Senat folgt, im Verhältnis der Tateinheit zu dem versuchten Diebstahlsdelikt (vgl. BGH, Urteil vom 7. August 2001 – 1 StR 470/00, NJW 2002, 150, 152; Beschluss vom 11. Oktober 2016 – 1 StR 462/16, BGHSt 61, 285; vgl. auch LK-StGB/Vogel, 12. Aufl., § 243 Rn. 79; SSW-StGB/Kudlich, 3. Aufl., § 243 Rn. 51; NK-StGB/Kindhäuser, 5. Aufl., § 243 Rn. 62; Schönke/Schröder/Eser/Bosch, 29. Aufl., § 243 Rn. 59).

16            Hinsichtlich der vollendeten Einbruchtaten ist der Senat – in Übereinstimmung mit dem Landgericht – der Ansicht, dass eine zugleich verwirklichte Sachbeschädigung – wie auch bei einem Diebstahl in einem besonders schweren Fall gemäß § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Var. 1 StGB – stets im Verhältnis der Tateinheit zu schwerem Bandendiebstahl (§ 244a Abs. 1, § 244 Abs. 1 Nr. 3, § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Var. 1 StGB) bzw. Wohnungseinbruchdiebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 StGB) steht. Soweit er bisher eine abweichende Auffassung vertreten hat (Senat, Beschluss vom 14. Juni 2017 – 2 StR 14/17, NStZ-RR 2017, 340), beabsichtigt er, diese aufzugeben.

17            1. Der Senat hat in der genannten Entscheidung die Ansicht vertreten, dass grundsätzlich Gesetzeseinheit in Form der Konsumtion vorliege, wenn vollendeter Einbruchdiebstahl (in Form des schweren Bandendiebstahls bzw. Wohnungseinbruchdiebstahls) und Sachbeschädigung zusammentreffen. Gesetzeseinheit scheidet zugunsten der Klarstellungsfunktion von Tateinheit nur dann aus, wenn die Sachbeschädigung bei konkreter Betrachtung von dem regelmäßigen Ablauf der Einbruchtat abweiche, von einem eigenständigen Unrechtsgehalt geprägt sei und sich nicht mehr als typische Begleitatt erweise. Der Senat hat diese Voraussetzungen insbesondere dann angenommen, wenn der durch die Sachbeschädigung verursachte Schaden den Wert der Diebesbeute deutlich übersteigt oder gegebenenfalls weitere Sachbeschädigungen von den Tätern vorgenommen werden, die in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit dem Überwinden von Zugangshindernissen stehen und damit vom typischen Verlauf eines Einbruchdiebstahls abweichen (vgl. Senat, Beschluss vom 14. Juni 2017 – 2 StR 14/17, NStZ-RR 2017, 340, 341, zum Zusammentreffen von Wohnungseinbruchdiebstahl mit Sachbeschädigung).

18 a) Nach dieser Auffassung bliebe der Revision des Angeklagten S. im Fall II.2.14 der Urteilsgründe der Erfolg versagt. Denn bei dem vollendeten Wohnungseinbruchdiebstahl entstand durch das Aufhebeln eines Fensters und einer Tür ein Sachschaden in Höhe von 7.400 €, der den Wert der Diebesbeute von insgesamt 2.100 € deutlich übersteigt. Dasselbe gilt für die Revision der Angeklagten J. im Fall II.2.1 der Urteilsgründe, da neben dem Schaden an der Terrassentür bei der Suche nach Beute auch mehrere Schubladen beschädigt oder zerstört wurden, so dass diese Sachbeschädigung nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit dem Einbruchgeschehen steht und damit von dem regelmäßigen Verlauf eines Wohnungseinbruchdiebstahls abweicht.

19 b) Hingegen wiesen die Verurteilungen der Angeklagten wegen Sachbeschädigung in den Fällen II.2.3, 4, 7, 10, 13, 18 der Urteilsgründe nach bisheriger Auffassung des Senats einen Rechtsfehler auf. Denn in diesen sechs Fällen kam es unter wechselnder Beteiligung der Angeklagten zu vollendeten schweren Bandendiebstählen (Fälle II.2.7, 10 und 13 der Urteilsgründe) bzw. vollendeten Wohnungseinbruchdiebstählen (Fälle II.2.3, 4 und 18 der Urteilsgründe), bei denen zugleich jeweils Sachbeschädigungen durch das Aufhebeln von Haus- bzw. Terrassentüren oder Fenstern verwirklicht wurden. Unter Zugrundelegung der bisherigen Rechtsprechung des Senats trügen die Feststellungen den Schuldspruch wegen Sachbeschädigung nicht, da in diesen Fällen eine „Begleittypik“ der Sachbeschädigung nicht auszuschließen wäre, mit der Folge, dass die Sachbeschädigung in diesen Fällen im Wege der Konsumtion hinter die vollendete Diebstahlstat zurücktreten würde.

20           2. An dieser Rechtsauffassung will der Senat nicht festhalten und beabsichtigt zu entscheiden, dass bei (vollendetem) schwerem Bandendiebstahl (§ 244a Abs. 1, § 244 Abs. 1 Nr. 3, § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Var. 1 StGB) oder (vollendetem) Wohnungseinbruchdiebstahl (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 StGB) eine zugleich begangene Sachbeschädigung (§ 303 Abs. 1 StGB) stets im Verhältnis der Tateinheit (§ 52 Abs. 1 StGB) steht; sie tritt nicht im Wege der Gesetzeseinheit in Form der Konsumtion hinter den schweren Bandendiebstahl oder den Wohnungseinbruchdiebstahl zurück, gleichgültig in welchem Verhältnis der verursachte Sachschaden zu dem Wert der Diebesbeute steht.

21           a) Der Senat knüpft dabei an zwei Entscheidungen des 1. Strafsenats (Urteil vom 7. August 2001 – 1 StR 470/00, NJW 2002, 150 ff. und Beschluss vom 21. August 2013 – 1 StR 332/13, NStZ 2014, 40) an. In der ersten Entscheidung hatte der 1. Strafsenat – allerdings nicht tragend – ausgeführt, er neige aus grundsätzlichen Erwägungen zu der Auffassung, dass beim rechtlichen Zusammentreffen von Einbruchdiebstahl und Sachbeschädigung von vornherein die (vollendete) Diebstahlstat nicht geeignet sei, die Sachbeschädigung durch Konsumtion zu verdrängen; vielmehr sei stets von Tateinheit auszugehen (BGH, Urteil vom 7. August 2001 – 1 StR 470/00, aaO). Diese grundsätzlichen Erwägungen wiederholte der 1. Strafsenat in einer Folgeentscheidung (BGH, Beschluss vom 21. August 2013 – 1 StR 332/13, aaO), konnte die Rechtsfrage zur möglichen Konsumtion der Sachbeschädigung durch eine Diebstahlstat jedoch dahin stehen lassen. Denn in dem Fall schied die Annahme einer „Begleittypik“ der Sachbeschädigung bereits deshalb aus, weil der Täter einen Sachschaden verursacht hatte, der deutlich über die erlangte Diebesbeute hinausging. Jedenfalls in einer derartigen Fallkonstellation war nach Auffassung des 1. Strafsenats das Unrecht der Sachbeschädigung durch den unter den Voraussetzungen von § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Nr. 2 StGB

verwirklichten schweren Bandendiebstahl nicht aufgezehrt, so dass von Tateinheit auszugehen war (BGH, Beschluss vom 21. August 2013 – 1 StR 332/13, aaO).

22           b) Die Auffassung, dass beim Zusammentreffen von vollendetem Einbruchdiebstahl und Sachbeschädigung generell von Tateinheit auszugehen sei, wird auch von weiten Teilen der Literatur vertreten (MüKo-StGB/Schmitz, 3. Aufl., § 243 Rn. 93; Schönke/Schröder/Stree/Hecker, aaO, § 303 Rn. 25; Matt/Renzikowski-Schmidt, StGB, § 243 Rn. 23; Gössel in Tröndle-FS (1989), S. 357, 366; Kargl/Rüdiger, NSTz 2002, 202; Hecker, JuS 2014, 181; Maurach/Schroeder/Maiwald, Strafrecht BT Teilband 1, 10. Aufl., § 33 III Rn. 109; Krey/Hellmann/Heinrich, Strafrecht BT Band 2, 17. Aufl., § 1 Rn. 140; Rengier, Strafrecht BT I, 19. Aufl., § 3 Rn. 61; aA LK-StGB/Vogel, aaO, § 243 Rn. 79; NK-StGB/Kindhäuser, aaO, § 243 Rn. 62; Schönke/Schröder/Eser/Bosch, aaO, § 243 Rn. 59; von Heintschel-Heinegg-StGB/Wittig, 2. Aufl., § 243 Rn. 33; Fischer, StGB, 65. Aufl., § 243 Rn. 30; AnwK-StGB/Kretschmer, § 243 Rn. 34; Wessels in Maurach-FS (1972), S. 295, 308; Geerds, Zur Lehre von der Konkurrenz im Strafrecht (1961), S. 218; Jakobs, Strafrecht AT, 2. Aufl., 31. Abschn. Rn. 31; Jescheck/Weigend, Strafrecht AT, 5. Aufl., S. 737; Blei, Strafrecht I, 18. Aufl., S. 360 f.; Fahl, JA 1995, 654, 658; SSW-StGB/Kudlich, aaO, § 243 Rn. 51; vgl. zur gegenteiligen Auffassung auch BayObLG NJW 1991, 3292, 3293).

23           c) Für den Senat sind folgende Erwägungen maßgebend:

24

Gemäß § 52 Abs. 1 StGB ist grundsätzlich von Tateinheit auszugehen, wenn dieselbe Handlung mehrere Gesetze verletzt. Anders kann es sich nur ausnahmsweise in den Fällen einer sogenannten unechten Konkurrenz (Gesetzesinheit) verhalten, die in den vorliegenden Konstellationen in der Erscheinungsform der Konsumtion in Betracht kommt. Ihre Anwendung setzt voraus, dass der Unrechtsgehalt der strafbaren Handlung durch einen der anwendbaren Straftatbestände bereits erschöpfend erfasst wird. Bei dieser Beurteilung sind die Rechtsgüter zugrunde zu legen, die der Täter angreift, daneben die Tatbestände, die der Gesetzgeber zu deren Schutz geschaffen hat. Die Verletzung des durch den einen Straftatbestand geschützten Rechtsguts muss eine – wenn nicht notwendige, so doch regelmäßige – Erscheinungsform der Verwirklichung des anderen Tatbestandes sein (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 21. April 1978 – 2 StR 686/77, BGHSt 28, 11, 15; BGH, Urteil vom 10. Mai 1983 – 1 StR 98/83, BGHSt 31, 380 f.; Beschluss vom 20. Oktober 1992 – GSSt 1/92, BGHSt 39, 100, 108; Urteil vom 30. März 1995 – 4 StR 768/94, BGHSt 41, 113, 115; Urteil vom 7. August 2001 – 1 StR 470/00, NJW 2002, 150, 151; Fischer, aaO, Vor § 52 Rn. 39; LK-StGB/Rissing-van Saan, aaO, Vor § 52 Rn. 144; Lackner/Kühl, 28. Aufl., Vor § 52 Rn. 27; Jescheck/Weigend, aaO, S. 735 f.; Fahl, GA 1996, 476, 480 ff., ders., ZStW 111 (1999), S. 156, 166; vgl. zur rechtlichen Struktur der Konsumtion auch Klug, ZStW 68 (1956), S. 399, 401 f.; Vogler in Bockelmann-FS (1979), S. 715, 735; von Heintschel-Heinegg in Jakobs-FS (2007), S. 131, 143; krit. zur Konstruktion der Konsumtion NK-StGB/Puppe, aaO, Vor § 52 Rn. 25, SSW-StGB/Eschelbach, aaO, § 52 Rn. 21).

25 Nach diesen Maßstäben, an denen der Senat dem Grunde nach festhält, ist die Annahme einer Konsumtion für das Verhältnis der Tatbestände des schweren Bandendiebstahls (§ 244a Abs. 1, § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Var. 1 oder § 244a Abs. 1, § 244 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 StGB) bzw. des Wohnungseinbruchdiebstahls (§ 244 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 StGB) einerseits und der Sachbeschädigung (§ 303 Abs. 1 StGB) andererseits nicht geboten. Die Annahme einer Gesetzeseinheit begegnet vielmehr unter mehreren Gesichtspunkten durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Im Einzelnen:

26 aa) Eine Einbruchtat im Sinne von § 244a Abs. 1, § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Var. 1 StGB oder § 244a Abs. 1, § 244 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 bzw. § 244 Abs. 1 Nr. 3 Var. 1 StGB geht nicht „regelmäßig“ oder „typischerweise“ mit einer Sachbeschädigung einher. Schon in rechtlicher Hinsicht setzt die Tathandlungsvariante des Einbrechens eine Substanzverletzung im Sinne von § 303 Abs. 1 StGB nicht voraus. Vielmehr genügt, dass der Täter Schließvorrichtungen oder andere Zugangshindernisse unter Aufwendung von nicht unerheblicher Kraftentfaltung überwindet (RGSt 4, 353, 354; 13, 200, 206; 60, 378, 379; Senat, Urteile vom 5. Juli 1961 – 2 StR 264/61 und vom 22. Mai 1963 – 2 StR 144/63; LK-StGB/Vogel, aaO, § 243 Rn. 20; Fischer, aaO, § 243 Rn. 5). So bricht der Täter ein, wenn er ein (nicht) verriegeltes Fenster kraftvoll aufdrückt, ohne es zu beschädigen (vgl. zu diesem Vorgehen im Zusammenhang mit einem Diebstahl aus einem Kraftfahrzeug BGH, Urteil vom 15. Dezember 1955 – 1 StR 494/55, NJW 1956, 389; Senat, Urteil vom 22. Mai 1963 – 2 StR 144/63). Mit dieser einfachen Vorgehensweise können Täter sich Zugang etwa zu Wohnmobilen, Wohnwagen, Bootskajüten oder anderen Fahrzeugen, die sich durch Leichtbauweise auszeichnen, verschaffen.

27 Auch das mechanische Öffnen von Türen, die nur ins Schloss gezogen, nicht aber verschlossen sind, kann durch einen Täter durch Überwinden der Schließfalle mit einfachen Hilfsmitteln regelmäßig ohne weitere Beschädigungen bewerkstelligt werden und verwirklicht in rechtlicher Hinsicht das Merkmal des Einbrechens (vgl. zu diesem Beispiel BGH, Urteil vom 7. August 2001 – 1 StR 470/00, NJW 2002, 150, 151). So begeht auch derjenige einen Einbruch, der die Flügel einer Scheuentür – ohne jede Beschädigung – derart weit auseinanderdrückt, dass ihm das Hindurchkriechen durch den so geschaffenen Spalt möglich ist, um in dem Gebäude zu stehlen (RGSt 4, 353, 354 f.; vgl. auch RGSt 60, 378, 379 zum bloßen Verrücken eines Schanks, der den Zugang zu einer Tür versperrt). Auch heute noch hebeln Täter die Sperrvorrichtung von Schwingtorgaragen mit nicht unerheblichem Kraftaufwand auf, ohne dass dies eine Substanzverletzung nach sich zieht. Bei in der Praxis häufig vorkommenden Einbrüchen in Mehrfamilienhäuser finden Täter vielfach einfache Schließvorrichtungen an Holzlattentüren von Kellerabteilen vor, deren Schutzmechanismus sie häufig durch einfache Gewalt – beispielsweise durch Lockerung des angenagelten Riegels – ohne Substanzverletzung überwinden. Ähnliches Tätervorgehen findet sich bei Einbrüchen in Lauben und Schuppen in Kleingartenanlagen oder anderen Nebengebäuden, deren Sicherheitseinrichtungen gegen unbefugten Zutritt typischerweise einfach gehalten sind.

28 Von einer regelmäßigen „Begleittypik“ der Sachbeschädigung kann daher – auch wenn es eine Reihe von zur Aburteilung gelangenden Sachverhaltsgestaltungen gibt, die mit Sachbeschädigungen einhergehen – in einer Reihe von Einbruchkonstellationen nicht ohne weiteres ausgegangen werden. Die tatbestandliche Verwirklichung des § 303 Abs. 1 StGB ist bei einem Einbruchdiebstahl nicht vorgezeichnet. Sie hängt vielmehr im Einzelfall

vom individuellen Vorgehen des Einbruchtäters und der Beschaffenheit des Tatobjekts ab.

29           bb) Gesetzessystematisch ist zu bedenken, dass bei den dem Einbruchdiebstahl gleichgestellten Begehungsvarianten des „Einsteigediebstahls“, des „Nachschlüsseldiebstahls“ und des „Verweildiebstahls“ (auch im Falle des schweren Bandendiebstahls bzw. des Wohnungseinbruchdiebstahls) eine Sachbeschädigung fern liegt (vgl. zu diesem Gesichtspunkt BGH, Urteil vom 7. August 2001 – 1 StR 470/00, NJW 2002, 150, 151; MüKo-StGB/Schmitz, aaO, § 243 Rn. 93; Krey/Hellmann/Heinrich, aaO, Rn. 140). Eine „Begleittypik“ des § 303 Abs. 1 StGB ist bei diesen Begehungsvarianten regelmäßig ausgeschlossen. Soweit der Täter untypischerweise dennoch eine Sachbeschädigung verwirklicht, wird stets von Idealkonkurrenz auszugehen sein. Die „Konsumtionslösung“ beim Einbruchdiebstahl führt damit zu dem systematischen Bruch, dass verschiedene Begehungsweisen innerhalb ein und derselben Tatbestandsgruppe konkurrenzrechtlich unterschiedlich zu beurteilen wären, obwohl vom Gesetzgeber eine Gleichstellung von „einbrechen“, „einsteigen“, „eindringen“ und „verborgen halten“ ersichtlich gewollt ist, wie die einheitliche Normierung in § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB und der einheitliche Strafraum belegen.

30           cc) Gegen die – für die Annahme von Gesetzeseinheit erforderliche – erschöpfende Erfassung des Unrechts einer Sachbeschädigung durch eine Verurteilung wegen schweren Bandendiebstahls oder Wohnungseinbruchdiebstahls spricht auch, dass die geschützten Rechtsgüter und Rechtsgutsträger in vielen Fällen nicht identisch sind (BGH, Urteil vom 7. August 2001 – 1 StR 470/00, NJW 2002, 150, 151; Beschluss vom 21. August 2013 – 1 StR 332/13, NStZ 2014, 40; Krey/Hellmann/Heinrich, aaO, Rn. 140; Eisele, Strafrecht

BT II, 4. Aufl., Rn. 167). Der Eigentümer der weggenommenen Sache oder der Inhaber des Gewahrsams (zum geschützten Rechtsgut beim Diebstahl vgl. Fischer, aaO, § 242 Rn. 2 mwN) sind nicht immer zugleich Eigentümer der zerstörten oder beschädigten Sache. Dies betrifft alltägliche Fälle wie Einbruchdiebstähle in Mietwohnungen (vgl. vorstehende Fälle II.2.10, 13 und 18 der Urteilsgründe) oder auch unter Eigentumsvorbehalt stehende bzw. geleaste Kraftfahrzeuge. Gleiches gilt für Konstellationen, in denen der Einbruchtäter Sachen entwendet, die dem Partner des Wohnungseigentümers oder infolge Eigentumsvorbehalt bzw. Sicherungsübereignung einem Dritten zustehen.

31 Eine Verurteilung nur unter dem rechtlichen Gesichtspunkt des Diebstahls erfasst den Unrechtsgehalt des Gesamtgeschehens, bei dem es zur Beeinträchtigung eines weiteren Rechtsgutsträgers gekommen ist, nicht vollständig. Die Konsumtion setzt die Verletzung mehrerer Rechtsgüter desselben Rechtsgutsträgers voraus (vgl. LK-StGB/Rissing-van Saan, aaO, Vor § 52 Rn. 150). Demgegenüber ist mit der Verletzung eines weiteren Rechtsgutsträgers infolge der Sachbeschädigung eine vom Diebstahl zu unterscheidende Unrechtsdimension eröffnet, die im Schuldspruch durch die Annahme von Tateinheit zwischen Diebstahlstat und Sachbeschädigung zum Ausdruck kommen muss (vgl. zum Konkurrenzverhältnis von EC-Kartendiebstahl und Computerbetrug bei unterschiedlichen Rechtsgutsträgern BGH, Beschluss vom 30. Januar 2001 – 1 StR 512/00, NJW 2001, 1508, 1509; krit. Fahl, JA 2002, 541, 543, der dem Aspekt der „Rechtsgutsidentität“ im Rahmen der Begleittat – ohne nähere Begründung – keine Bedeutung zumisst, jedoch darauf hinweist, dass beim Auseinanderfallen der Rechtsgutsträger die Konsumtion ausnahmsweise zu verneinen sein könnte).

32 Eine Beschränkung der Annahme von Idealkonkurrenz auf die häufigen Fälle fehlender Identität betroffener Rechtsgutsträger erscheint nicht sachgerecht. Sie führt je nach Zahl der betroffenen Rechtsgutsträger zu zufälligen Ergebnissen im Schuldspruch, ohne dass sich Handlungs- und Erfolgsunrecht, letzteres mit Ausnahme der Rechtsgutsträgerschaft, unterscheiden. Die konsequente Annahme von Idealkonkurrenz in Fällen des Einbruchdiebstahls stellt demgegenüber die erschöpfende Erfassung des verwirklichten Tatunrechts zum Nachteil aller Geschädigten im Schuldspruch sicher und trägt dadurch der Klarstellungsfunktion des Schuldspruchs Rechnung (vgl. zu diesem Aspekt BGH, Beschluss vom 20. Oktober 1992 – GSSt 1/92, BGHSt 39, 100, 109; Urteil vom 30. März 1995 – 4 StR 768/94, BGHSt 41, 113, 116; Urteil vom 23. März 2000 – 4 StR 650/99, BGHSt 46, 24, 28; aA von Heintschel-Heinegg in Jakobs-FS (2007), S. 131, 140 f.). Gleichzeitig erübrigen sich bei der generellen Annahme von Idealkonkurrenz aufwändige Ermittlungen und Feststellungen zu den Eigentumsverhältnissen an gestohlenen bzw. beschädigten Sachen. Sie gewährleistet eine einheitliche Handhabung bei der konkurrenzrechtlichen Einordnung des in der Praxis häufigen Zusammentreffens von Einbruchdiebstahl und Sachbeschädigung.

33 dd) Überdies eröffnen die konkurrenzrechtlichen Überlegungen zur Gesetzeseinheit zwischen Einbruchdiebstahl und Sachbeschädigung unter dem Gesichtspunkt der „Begleittypik“ der Sachbeschädigung praktische Abgrenzungsschwierigkeiten (BGH, Urteil vom 7. August 2001 – 1 StR 470/00, NJW 2002, 150, 151). Denn die „Konsumtionslösung“ geht bisher davon aus, dass die Sachbeschädigung jedenfalls dann keine „typische Begleitstat“ darstellt, wenn sie im konkreten Fall vom regelmäßigen Verlauf der Diebstahlstat abweicht (vgl. LK-StGB/Vogel, aaO, § 243 Rn. 79; LK-StGB/Rissing-van Saan, aaO, Vor § 52 Rn. 147; NK-StGB/Kindhäuser, aaO, § 243 Rn. 62; Fischer, aaO,

§ 243 Rn. 30; LPK-StGB/Kindhäuser, 7. Aufl., § 243 Rn. 58; Arzt/Weber/Heinrich/Hilgendorf-Heinrich, Strafrecht BT, 3. Aufl., § 14 Rn. 52; Wessels/Hillenkamp, Strafrecht BT 2, 40. Aufl., § 3 Rn. 245). Dies zwingt in jedem Einzelfall zu einem wertenden Vergleich des Unrechtsgehalts, der in der Wegnahme des Diebstahlsobjekts einerseits und in der Substanzverletzung durch den Einbruch andererseits zum Ausdruck kommt. So wäre zu klären, ob die Sachbeschädigung in ihrem Unrechtsgehalt aus dem regelmäßigen Verlauf des Einbruchdiebstahls heraussticht, was zum Entfallen der „Begleittypik“ und zur Annahme von Tateinheit führen würde (zum Ansatz dieser wertenden Betrachtung im Bereich der Konsumtion vgl. Fahl, JA 1995, 654, 658; ders., GA 1996, 476, 483; ders., Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe (1996), S. 299 ff.; vgl. auch Tiedemann, JuS 1987, L 17, L 19, der in der Konsumtion ebenfalls ein „wertendes Verhältnis“ sieht).

34           Dieser wertende Vergleich setzt letztlich eine zweistufige Prüfung voraus. Zunächst ist in einem ersten Schritt darüber zu befinden, ob die Sachbeschädigung in ihrer konkreten Form allgemein „typisch“ für einen Einbruchdiebstahl ist. Ist dies der Fall, ist in einem zweiten Schritt zu prüfen, ob die konkrete Sachbeschädigung in ihrem spezifischen Unrechtsgehalt aus dem konkreten Einbruchtatgeschehen heraussticht. Dieser Ansatz, der eine doppelt wertende Betrachtung erfordert, birgt Unschärfen (BGH, Urteil vom 7. August 2001 – 1 StR 470/00, NJW 2002, 150, 151), die dem Bedürfnis nach Rechtssicherheit und Rechtsklarheit nur eingeschränkt entsprechen. Auf dieser Grundlage ist eine rechtlich einheitliche und vorhersehbare Behandlung vergleichbarer Sachverhaltskonstellationen nur schwer zu gewährleisten.

- 35           (1) Zunächst ist offen, in welchem Umfang eine Sachbeschädigung als allgemein „typisch“ bei einem Einbruch eingestuft werden soll. Es ist fraglich, ob sich die „Typik“ der Sachbeschädigung allein darin erschöpft, dass sich der Täter gewaltsam Zugang verschafft und hierdurch Substanzverletzungen an Türen und Fenstern verursacht. Denkbar wäre auch die Beschädigung und Zerstörung von Alarmanlagen, Überwachungskameras und anderen Sicherungseinrichtungen, die nicht unmittelbar physische Zugangshindernisse darstellen oder eventuell auch Sachschäden bei der Durchsuchung der Wohnung nach Beute (vgl. vorstehend Fall II.2.1 der Urteilsgründe), als „typische“ Begleiterscheinungen eines Einbruchdiebstahls anzusehen. Bereits die Bestimmung des „Normalfalles“ der Sachbeschädigung als „typische“ Begleitatt ist Wertungsvorgängen unterworfen, deren Ergebnisse im Einzelfall für den Normadressaten nur schwer abzuschätzen sind (vgl. zur Problematik um die Bestimmung eines „Normalfalles“ Fahl, Zur Bedeutung des Regeltatbildes bei der Bemessung der Strafe (1996), S. 121 ff.).
- 36           (2) Diese Unsicherheiten in der rechtlichen Bewertung erfahren eine Steigerung bei der Prüfung, ob die konkret festgestellte „typische“ Sachbeschädigung in ihrem spezifischen Unrechtsgehalt von der konkreten Einbruchtat erfasst wird. Denn es ist ungeklärt, welche Kriterien für diese erneute wertende Betrachtung herangezogen werden sollen (vgl. Klug, ZStW 68 (1956), S. 399, 409, der zutreffend darauf hinweist, dass es an „eindeutigen Richtlinien“ für die Abgrenzung zur Idealkonkurrenz fehlt; vgl. auch Vogler in Bockelmann-FS (1979), S. 715, 736).

37

Wenn die „Konsumtionslösung“ insoweit eine wertende Betrachtung durch einen Vergleich des wirtschaftlichen Wertes der Diebesbeute mit der Höhe des eingetretenen (wirtschaftlichen) Sachschadens vornehmen will, ist ihr entgegenzuhalten, dass sowohl Diebstahl als auch Sachbeschädigung in ihrer tatbestandlichen Ausgestaltung einen wirtschaftlichen Vermögensverlust nicht zwingend voraussetzen. Weder die in Zueignungsabsicht weggenommene fremde bewegliche Sache noch die zerstörte oder beschädigte Sache müssen von wirtschaftlich messbarem Vermögenswert sein (vgl. zum Diebstahl RGSt 51, 97, 98; BGH, Urteil vom 24. Mai 1960 – 1 StR 184/60, MDR 1960, 689; OLG Düsseldorf, NJW 1989, 115, 116; LK-StGB/Vogel, aaO, § 242 Rn. 44; Schönke/Schröder/Eser/Bosch, aaO, § 242 Rn. 4; vgl. zur Sachbeschädigung RGSt 10, 120, 121; BayObLG, NJW 1993, 2760, 2761; Fischer, aaO, § 303 Rn. 3; differenzierend LK-StGB/Wolff, aaO, § 303 Rn. 4, wonach die beschädigte oder zerstörte Sache für den Eigentümer zumindest einen Gebrauchs- oder Affektionswert haben muss). Zwar kennt das Gesetz mit § 248a StGB und § 243 Abs. 2 StGB Regelungen, die an den Verkehrswert der entwendeten Sache anknüpfen, soweit der Sache ihrer Art nach überhaupt ein solcher zuzumessen ist (Fischer, aaO, § 248a Rn. 3; NK/StGB-Kindhäuser, aaO, § 248a Rn. 4). Jedoch geht es bei diesen Vorschriften um die Verfolgbarkeit der Diebstahlstat als solche oder um Aspekte der Strafzumessung. An den tatbestandlichen Voraussetzungen eines Diebstahls – der auch fremde bewegliche Sachen ohne wirtschaftlichen Vermögenswert (bspw. Personalausweis, Führerschein, EC-Karte) dem Rechtsgüterschutz unterstellt – ändern diese gesetzlichen Regelungen nichts. Im systematischen Zusammenhang ergibt sich damit aus dem Gesetz kein Anhaltspunkt dafür, dass sich für die Bestimmung des Konkurrenzverhältnisses zwischen Einbruchdiebstahl und Sachbeschädigung der wirtschaftliche Wert der betroffenen Gegenstände heranziehen lässt.

38

ee) Die „Konsumtionslösung“ birgt, insbesondere im Hinblick auf die Ermittlung und den Vergleich der wirtschaftlichen Vermögenswerte der betroffenen Rechtsgüter, die erhebliche Gefahr zufälliger Ergebnisse bei der Beurteilung der Konkurrenzverhältnisse zwischen Einbruchdiebstahl und Sachbeschädigung. Daneben treten Wertungswidersprüche, die zeigen, dass der wirtschaftliche Wert der gestohlenen bzw. beschädigten Sache – als außertatbestandlicher Umstand – für die rechtssichere Bestimmung des Konkurrenzverhältnisses wenig geeignet ist. Folgende Überlegungen verdeutlichen dies:

39

(1) Bisweilen ist die Höhe des vom Einbruchtäter vorsätzlich verursachten Sachschadens von einer Reihe zufälliger Komponenten abhängig (bspw. Art und Bauweise von Türen, Fenstern und anderen Zugangshindernissen; Abhängigkeit von fachhandwerklichen Arbeitsleistungen zur Schadensbeseitigung). Deren präzise Ermittlung und Feststellung sind auf dem Boden der „Konsumtionslösung“ unverzichtbar, was im Einzelfall einen zusätzlichen nicht unerheblichen Aufwand für die Ermittlungsbehörden und den Tatrichter mit sich bringen und zu einer Verzögerung des Verfahrens während laufender Hauptverhandlung führen kann. Fälle mit unzureichenden Feststellungen zur Schadenshöhe (vgl. hier die Fälle II.2.10, 13 und 18 der Urteilsgründe) wären nach der „Konsumtionslösung“ unter Umständen nicht entscheidungsreif.

40

Zufälligkeiten können sich auch bei der Höhe des wirtschaftlichen Wertes der Diebesbeute ergeben, da in einigen Fällen (insbesondere bei Wohnungen) die potentielle Tatbeute für den Einbruchtäter im Vorfeld kaum abschätzbar sein wird. Die Problematik verschärft sich, wenn sich präzise Feststellungen zum wirtschaftlichen Wert der Diebesbeute aus tatsächlichen Gründen (bspw.

mangels eines Handelsmarktes) als unmöglich erweisen oder die gestohlene Sache nur über einen ideellen Wert verfügt. Eine vergleichende Betrachtung der wirtschaftlichen Vermögenswerte scheidet dann gänzlich aus. In diesen Fällen versagt der Ansatz der „Konsumtionslösung“ bei der Bestimmung des Konkurrenzverhältnisses zwischen Einbruchdiebstahl und Sachbeschädigung.

41 (2) Daneben führt die vergleichende Betrachtung der wirtschaftlichen Vermögenswerte zu Wertungswidersprüchen, die auf Grundlage der „Konsumtionslösung“ nicht aufzulösen sind. So wird der Täter, der neben hohem Sachschaden auch noch einen erheblichen Diebstahlschaden verursacht, nicht mit einem Schuldspruch wegen Sachbeschädigung belegt. Hingegen droht demjenigen Täter, der lediglich eine geringere Diebesbeute realisieren kann, zusätzlich eine tateinheitliche Verurteilung wegen § 303 Abs. 1 StGB. Der Täter, der auf einem Laubengang in zwei nebeneinander liegende identische Wohnungen einbricht, in dem er jeweils das Badezimmerfenster aufhebelt und hierdurch je einen Sachschaden von 500 € verursacht, wäre in dem Fall, in dem er nur zwei Schachteln Zigaretten und einen Personalausweis als Diebesbeute vorfindet, wegen Wohnungseinbruchdiebstahls in Tateinheit mit Sachbeschädigung zu verurteilen. Entwendet derselbe Täter in der Nachbarwohnung hingegen einen Laptop im Wert von 1.500 €, wäre er, aufgrund der dann greifenden Konsumtion, „nur“ des Wohnungseinbruchdiebstahls schuldig.

42 Ähnlich gravierend erscheint der Wertungswiderspruch bei einem Vergleich von versuchter und vollendeter Einbruchtat. Der Täter, der infolge des Einbruchs einen Sachschaden verursacht, dem anschließend jedoch eine Wegnahme nicht gelingt, ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteil vom 7. August 2001 – 1 StR 470/00, NJW 2002, 150, 152; Beschluss vom 11. Oktober 2016 – 1 StR 462/16; BGHSt 61, 285), die auch in

der Literatur Zustimmung erfahren hat (vgl. LK-StGB/Vogel, aaO, § 243 Rn. 79; NK-StGB/Kindhäuser, aaO, § 243 Rn. 62), wegen tateinheitlicher Sachbeschädigung zu verurteilen. Vollendet der Täter hingegen die Wegnahme mit „hinreichender“ Tatbeute, entfällt nach der „Konsumtionslösung“ die Verurteilung wegen Sachbeschädigung. Die Konsumtion führt damit zu dem nicht angemessenen Ergebnis, dass der Täter, der mit der Vollendung der Diebstahlstat sogar zusätzliches Erfolgsunrecht verwirklicht, mit einem – bezogen auf die Sachbeschädigung – weniger umfassenden Schuldspruch belegt würde.

### III.

43 Der Senat kann aufgrund der in der Praxis häufig auftretenden Fallkonstellationen, in denen vollendete Einbruchdiebstahlstaten und Sachbeschädigungen zusammentreffen, nicht ausschließen, dass der beabsichtigten Entscheidung Rechtsprechung eines anderen Strafsenats entgegensteht. Er fragt

deshalb bei den anderen Strafsenaten an, ob dies der Fall ist und ob an gegebenenfalls entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird (§ 132 Abs. 3 Satz 1 GVG).

Schäfer

Appl

Krehl

Bartel

Schmidt