



# **BUNDESGERICHTSHOF**

**IM NAMEN DES VOLKES**

## **URTEIL**

1 StR 118/00

vom

17. Oktober 2000

in der Strafsache

gegen

wegen Diebstahls u.a.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 17. Oktober 2000, an der teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof  
Dr. Schäfer

und die Richter am Bundesgerichtshof  
Nack,  
Dr. Wahl,  
Schluckebier,  
Schaal,

Bundesanwalt  
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt  
als Verteidiger,

Justizangestellte  
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Die Strafverfolgung gegen den Angeklagten H. wird in den Fällen III.2. bis III.9. der Gründe des Urteils des Landgerichts Traunstein vom 29. November 1999 mit Zustimmung des Generalbundesanwalts dahin beschränkt, daß von der Ahndung der Diebstahlsfälle wegen bandenmäßiger Begehung abgesehen wird (§ 154a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StPO).
2. Der Schuldspruch des vorbezeichneten Urteils wird geändert und zur Klarstellung dahin neu gefaßt, daß der Angeklagte H.
  - der unerlaubten Einreise in Tateinheit mit unerlaubtem Aufenthalt im Bundesgebiet nach Abschiebung,
  - des Diebstahls in sechs Fällen,
  - des versuchten Diebstahls in zwei Fällen sowie
  - der Urkundenfälschungschuldig ist.
3. Auf die Revision des Angeklagten H. wird das vorbezeichnete Urteil im gesamten Strafausspruch aufgehoben.
4. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird verworfen.
5. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Die Liste der angewendeten Vorschriften lautet: §§ 242, 243 Abs. 1 Satz 2 Nr.1, 2, § 267 Abs. 1, §§ 22, 23, 25 Abs. 2 StGB, § 92 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a und Buchst. b i.V.m. § 8 Abs. 2 Satz 1 AuslG, §§ 52, 53 StGB.

#### Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen "unerlaubter Einreise in Tateinheit mit unerlaubtem Aufenthalt nach Abschiebung, wegen schweren Bandendiebstahls in fünf Fällen, versuchten schweren Bandendiebstahls in zwei Fällen, Bandendiebstahls und Urkundenfälschung in Mittäterschaft" zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt. Die Revision des Angeklagten, die die Verletzung sachlichen Rechts rügt, hat teilweise Erfolg.

Nach den Feststellungen des Landgerichts beschlossen der Angeklagte, der Mitangeklagte F. - die beide bereits aus der Bundesrepublik Deutschland ausgewiesen und abgeschoben worden waren - sowie der Mitangeklagte N. von Rumänien aus über Österreich nach Deutschland zu reisen. Der Angeklagte und F. wollten nach Spanien, N. zu seiner in Deutschland lebenden Ehefrau weiterreisen. Da sie schon in Wien kaum noch über Geld verfügten, stahlen der Angeklagte und F. bereits dort zwei Pkw. Diese Taten sind nicht Gegenstand des angefochtenen Urteils. Nach ihrer unerlaubten Einreise in die Bundesrepublik Deutschland (Fall III 1 der Urteilsgründe) begingen sie in zwei aufeinanderfolgenden Nächten weitere Taten, die die Strafkammer abgeurteilt hat. Dabei drangen sie u.a. gewaltsam in Schulen, ein Vereinsheim, ein Schwimmbad sowie ein Feuerwehrgerätehaus ein und entwendeten - soweit sie Stehlenswertes vorfanden - verschiedene Gegenstände sowie Bargeldbeträge. Im Fall III 2 stahlen sie auch einen Pkw, dessen Schlüssel sie in einem der Gebäude an sich gebracht hatten; diesen versahen sie mit gestohle-

nen amtlichen Kennzeichenschildern (Fall III 5). Den Taten lag eine zumindest stillschweigende Vereinbarung zwischen dem Angeklagten und dem Mitangeklagten F. zugrunde, zum Zwecke ihrer durchzuführenden Reise Diebstähle zu begehen und dabei zusammenzuarbeiten. Der Mitangeklagte N. hatte davon Kenntnis, wollte an Einbrüchen und Autoaufbrüchen jedoch nicht mitwirken. Das Landgericht hat angenommen, der Angeklagte und F. hätten eine Diebesbande gebildet; N. habe dieser indessen nicht angehört.

1. Der Senat hat die Strafverfolgung beschränkt und von der Ahndung der Diebstahlstaten wegen bandenmäßiger Begehung abgesehen (gemäß § 154a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StPO). Unter den hier gegebenen Umständen werden sich die den Strafraumen der Bandentatbestände (§ 244a Abs. 1, § 244 Abs. 1 StGB) entnommenen Strafen von den nach den §§ 242, 243 Abs. 1 StGB verhängbaren und nunmehr zu erwartenden Freiheitsstrafen nicht beträchtlich abheben; die festgestellten Einzelumstände werden auch bei der neuerlichen Strafzumessung entsprechend zu berücksichtigen sein. Das gilt auch hinsichtlich der erneut zu bildenden Gesamtstrafe.

Die Beschränkung der Strafverfolgung ist im Blick auf die in der Zuschrift des Generalbundesanwalts dargelegten Bedenken gegen die Annahme einer zwischen dem Angeklagten und dem früheren Mitangeklagten F. bestehenden Bande erfolgt, aber auch in Rücksicht auf die - nach durchgeführtem Anfrageverfahren - fortbestehende Divergenz zwischen den Strafsenaten des Bundesgerichtshofes zur Frage, ob eine aus zwei Personen bestehende Täterverbindung für die Annahme einer Bande genügt (vgl. nur Anfragebeschluß des 4. Strafsenats vom 14. März 2000 - 4 StR 284/99; Antwortbeschluß des 1. Strafsenats vom 27. Juni 2000 - 1 ARs 6/00).

2. Danach war der Schuldspruch wie geschehen zu ändern. Soweit die Taten sich nun nicht mehr als Bandendelikte darstellen, sondern als versuchte und vollendete Diebstähle, hätte sich der geständige Angeklagte gegen die ihm günstigere, schon vom bisherigen Schuldspruch umfaßte rechtliche Bewertung nicht anders als geschehen verteidigen können. Hinsichtlich des Diebstahls der Schilder mit einem amtlichen Fahrzeugkennzeichen ist Strafantrag gestellt (§ 248a StGB; vgl. Bd. III Bl. 565 d.A.).

3. Die dem Schuldspruch im übrigen zugrundeliegende tatsächliche und rechtliche Würdigung des Landgerichts begegnet keinen durchgreifenden Einwänden. Er hat namentlich auch insoweit Bestand, wie das Landgericht den Angeklagten im Falle III 1 der Urteilsgründe wegen unerlaubter Einreise in Tateinheit mit unerlaubtem Aufenthalt im Bundesgebiet nach einer Abschiebung verurteilt hat (§ 92 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a und Buchst. b i.V.m. § 8 Abs. 2 Satz 1 AuslG). Der Tatbestand der unerlaubten Einreise verdrängt nicht etwa den des sich daran anschließenden unerlaubten Aufenthalts; beide Tatbestände stehen vielmehr in Idealkonkurrenz (vgl. dazu und zu den Grundtatbeständen des § 92 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 6 AuslG: Senge in Erbs/Kohlhaas § 92 AuslG Rdn. 7 und 25). Der Unwertgehalt einer solchen ausländerrechtlichen Straftat würde nur unvollkommen erfaßt, wenn bei Fällen wie dem vorliegenden allein auf die unerlaubte Einreise abgehoben würde. Diese führt zwar regelmäßig zu einem nachfolgenden unerlaubten Aufenthalt. Das begründet jedoch weder ein Spezialitätsverhältnis noch hat es sonst konsumierende Wirkung. Die Dauer und die Umstände eines sich unmittelbar anschließenden unerlaubten Aufenthaltes prägen vielmehr den Schuldgehalt mit. Der unerlaubte Aufenthalt hat mithin neben der unerlaubten Einreise zur Kennzeichnung des begangenen Unrechts eigenständige Bedeutung. Um der erschöpfenden Bestimmung der Schuld wil-

len ist er in den Schuldspruch aufzunehmen (vgl. BGHSt 25, 373; Jescheck/Weigend Strafrecht AT 5. Aufl. S. 732 f., 735 - 737).

4. Die Änderung des Schuldspruchs führt zur Aufhebung des gesamten Strafausspruchs, da Auswirkungen auf die Bemessung der Einzelstrafen auch in den Fällen III.1. und III.5. (insoweit wegen Urkundenfälschung) nicht sicher ausschließbar sind. Die insoweit getroffenen Feststellungen können indessen bestehenbleiben; ergänzende Feststellungen durch den neuen Tatrichter sind statthaft.

5. Eine Erstreckung der Schuldspruchänderung und der Aufhebung des Strafausspruchs auf den Mitangeklagten F. findet nicht statt, weil die Schuldspruchänderung sich aus der Verfolgungsbeschränkung ergibt und die teilweise Aufhebung der angefochtenen Entscheidung nicht aufgrund einer Gesetzesverletzung bei Anwendung des Strafgesetzes erfolgt (§ 357 StPO; vgl. BGHR StPO § 357 Entscheidung 1; Kuckein in KK, 4. Aufl., § 357 Rdn. 5).

Schäfer

Nack

Wahl

Schluckebier

Schaal