



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

2 StR 311/18

vom  
21. August 2018  
in der Strafsache  
gegen

wegen schweren Bandendiebstahls u. a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts – zu Ziffer 2. auf dessen Antrag – am 21. August 2018 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 16. April 2018 im Ausspruch über die Einziehung des Wertes von Taterträgen aufgehoben.

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.

2. Die weiter gehende Revision wird verworfen.

#### Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schweren Bandendiebstahls in vier Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt und die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 124.500 € angeordnet. Die auf die Rüge der Verletzung formellen und sachlichen Rechts gestützte Revision hat den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

I.

2 Nach den Feststellungen war der Angeklagte Mitglied einer Bande, die in Deutschland arbeitsteilig hochwertige Kraftfahrzeuge mittels Funkstreckenverlängerer entwendete. Aufgabe des Angeklagten war es, gemeinsam mit weiteren Mittätern vor Ort die Fahrzeuge zu öffnen und mitgeführte gefälschte Kennzeichen an die gestohlenen Kraftfahrzeuge anzubringen. Diese wurden nach dem Öffnen von einem Bandenmitglied nach Polen gefahren, wo sie durch weitere Mittäter binnen 48 Stunden in ihre Einzelteile zerlegt und im Anschluss weiterverkauft wurden. Die Gruppierung handelte in enger Absprache und jeder Tatgenosse wusste um die Notwendigkeit seines jeweiligen Tatbeitrags zur konkreten Ausführung des Gesamtvorhabens. Alle Beteiligten wollten durch die Taten dauerhaft ihren Lebensunterhalt finanzieren.

3 Auf diese Art und Weise entwendeten der Angeklagte und seine Mittäter am 16. Oktober 2017 zunächst im südhessischen G. einen Audi SQ 5 Plus TDI im Wert von 70.000 €, der von einer unbekannt gebliebenen Person nach Polen überführt wurde (Fall 4) der Anklage). In der gleichen Nacht stahlen der Angeklagte und seine Mittäter an anderer Stelle in G. einen Audi A 5 Sportback im Wert von 24.000 €. Der Angeklagte brachte das Fahrzeug nach Polen, wofür er von weiteren Bandenmitgliedern einen Beuteanteil in Höhe von 500 € erhielt (Fall 3) der Anklage). Am 8. November 2017 entwendeten der Angeklagte und seine Mittäter im südhessischen W. einen Audi SQ 5 im Wert von 30.000 €, der von einer unbekannt Person nach Polen überführt wurde (Fall 2) der Anklage). Im Anschluss stahlen der Angeklagte und seine Mittäter an anderer Stelle in W. einen Audi A 6 Avant im Wert von 100.000 € (Fall 1) der Anklage), den der Angeklagte nach Polen fahren wollte. Für seinen Tatbeitrag sollte er wiederum 500 € erhalten. Als die Bundespolizei den Angeklagten nach mehrstündiger Fahrt in dem entwendeten

Fahrzeug in der Nähe der polnischen Grenze kontrollieren wollte, versuchte er zu entkommen. Er verunfallte während des Fluchtversuchs und konnte festgenommen werden. Das Fahrzeug erlitt einen Totalschaden, wurde sichergestellt und verwertet. Den Verwertungserlös hat die Strafkammer nicht festgestellt.

## II.

4           1. Die nicht ausgeführte Verfahrensrüge genügt nicht den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO und ist daher unzulässig.

5           2. Die umfassende materiellrechtliche Prüfung des Urteils hat zum Schuld- und Strafausspruch keinen den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler ergeben. Hingegen hat die Einziehungsentscheidung keinen Bestand.

6           a) Das Landgericht hat seine Einziehungsentscheidung in Höhe von 124.000 € auf § 73c, § 73d Abs. 2 StGB gestützt. Die Einziehungsentscheidung unterfällt bereits deshalb der Aufhebung, weil die Strafkammer es versäumt hat, die Grundlagen ihrer Berechnung im Urteil näher darzulegen (BGH, Beschluss vom 27. Juni 2001 – 5 StR 181/01, NStZ-RR 2001, 327, 328). Hierzu hätte hier jedoch Anlass bestanden, da die von der Strafkammer allein mitgeteilte Gesamtsumme der Wertersatzeinziehung in Höhe von 124.000 € offen lässt, ob die Strafkammer den Betrag aus der Summe der Fahrzeugwerte in den Fällen 4) (70.000 €), 3) (24.000 €) und 2) (30.000 €) oder aus der Summe der Fahrzeugwerte in den Fällen 3) (24.000 €) und 1) (100.000 €) errechnet hat.

7           Die Einziehungsanordnung der Strafkammer in Höhe von 124.000 € wird im Übrigen weder in der ersten noch in der zweiten Berechnungsvariante von den Feststellungen getragen.

8           aa) Die Einziehung des Wertes von Taterträgen gemäß § 73c Satz 1 StGB knüpft an § 73 Abs. 1 StGB an und setzt voraus, dass der Täter durch eine rechtswidrige Tat oder für sie etwas erlangt hat. Ein Vermögenswert ist aus der Tat erlangt, wenn er dem Täter oder Teilnehmer unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes in irgendeiner Phase des Tatablaufes so zugeflossen ist, dass er hierüber tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben kann (BGH, Urteil vom 24. Mai 2018 – 5 StR 623/17, juris Rn. 8 mwN). Die Annahme mittäterschaftlichen Handelns vermag die fehlende Darlegung der Erlangung tatsächlicher (Mit-)Verfügungsgewalt nicht zu ersetzen. Einem Tatbeteiligten kann die Gesamtheit des aus der Tat Erlangten mit der Folge einer gesamtschuldnerischen Haftung (vgl. hierzu Senat, Beschluss vom 18. Juli 2018 – 2 StR 245/18, juris Rn. 9 f.; Urteil vom 25. April 2018 – 2 StR 14/18) nur dann zugerechnet werden, wenn sich die Beteiligten einig sind, dass jedem die Mitverfügungsgewalt hierüber zukommen soll (BGH, Beschluss vom 27. April 2010 – 3 StR 112/10, NStZ 2010, 568) und er diese auch tatsächlich hatte (Senat, Beschluss vom 8. Dezember 2010 – 2 StR 372/10, wistra 2011, 113). Dabei genügt es, dass der Tatbeteiligte zumindest faktische bzw. wirtschaftliche Mitverfügungsgewalt über den Vermögensgegenstand erlangte. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn er im Sinne eines rein tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses ungehinderten Zugriff auf den betreffenden Vermögensgegenstand nehmen konnte (BGH, Urteil vom 24. Mai 2018 – 5 StR 623/17, aaO). Eine spätere Aufgabe der Mitverfügungsgewalt ist unerheblich (BGH, Urteil vom 2. Juli 2015 – 3 StR 157/15, NStZ-RR 2015, 310, 311).

9           Nach § 73c Satz 1 StGB ist die Wertersatzeinziehung anzuordnen, wenn aufgrund der Beschaffenheit des Erlangten die Anordnung der Einziehung eines bestimmten Gegenstandes undurchführbar ist (BeckOK StGB/Heuchemer, 39. Ed., § 73c Rn. 4). Der Gesetzgeber hat in § 73c StGB den Regelungsgehalt des bis zum 30. Juni 2017 geltenden § 73a StGB („Verfall von Wertersatz“)

ohne inhaltliche Änderung übernommen (BT-Drucks. 18/9525, S. 67). Die Wertersatzeinziehung erfolgt danach, wenn sich das Erlangte im Entscheidungszeitpunkt nicht mehr im Vermögen des Empfängers befindet, weil er die erlangte Sache verarbeitet, verbraucht, verloren, zerstört oder unauffindbar beiseite geschafft hat (vgl. BGH, Urteil vom 5. Dezember 1996 – 5 StR 542/96, NStZ-RR 1997, 270, 271; MüKo-StGB/Joecks, 3. Aufl., § 73a Rn. 8; NK-StGB/Saliger, 5. Aufl., § 73a Rn. 4). Nach § 73c Satz 2 StGB tritt die Wertersatzeinziehung neben die Einziehung des Erlangten nach § 73 Abs. 1 StGB, wenn der Wert des Gegenstandes im Entscheidungszeitpunkt hinter dem Wert des zunächst Erlangten zurückbleibt. Dies ist unter anderem dann der Fall, wenn der erlangte Gegenstand beschädigt worden ist. In diesem Fall ist die Wertersatzeinziehung in der Höhe der Differenz zwischen dem Wert des zunächst unbeschädigt erlangten Gegenstandes und dem durch die Beschädigung reduzierten Zeitwert im Entscheidungszeitpunkt anzuordnen (BeckOK StGB/Heuchemer, aaO, § 73c Rn. 8; MüKo-StGB/Joecks, aaO, § 73a Rn. 13; Köhler, NStZ 2017, 497, 512 Fn. 28).

- 10           bb) Nach diesen Maßstäben kann die Einziehung des Wertersatzes in Höhe von 124.000 € nicht auf die Fälle 4) und 2) gestützt werden. Die Feststellungen tragen in diesen beiden Fällen weder eine faktische noch wirtschaftliche Mitverfügungsmacht des Angeklagten. Zwar handelten die Gruppenmitglieder in enger Absprache. Der Angeklagte war auch als Mittäter am unmittelbaren Diebstahl der beiden Fahrzeuge beteiligt. Den Urteilsgründen ist jedoch nicht zu entnehmen, dass der Angeklagte während der Diebstahlstat einen ungehinderten Zugriff auf die Fahrzeuge, die im Anschluss durch andere Personen nach Polen gebracht wurden, hatte. Die Strafkammer hat auch nicht festgestellt, dass er später über den Vermögenswert, den diese verkörperten, mitverfügen konnte. Sein Tatbeitrag beschränkte sich in diesen beiden Fällen auf das mittäter-schaftliche Öffnen der Fahrzeuge und das Anbringen der gefälschten Kennzei-

chen, um diese für die Überführungsfahrt durch Dritte vorzubereiten. Damit ist weder eine faktische noch eine wirtschaftliche Mitverfügungsmacht belegt.

11 cc) Die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 124.000 € kann auch nicht darauf gestützt werden, dass der Angeklagte in den Fällen 3) und 1) die gestohlenen Fahrzeuge nach Polen überführte. Zwar besaß der Angeklagte während der Überführungsfahrt die faktische Herrschaft über und damit ungehinderten Zugriff auf die beiden Fahrzeuge. Angesichts des alleine vom Angeklagten durchgeführten Transports, der Fahrstrecke von mehreren hundert Kilometern und einer daraus resultierenden Fahrzeit von mehreren Stunden, waren ihm diese beiden Fahrzeuge auch nicht nur kurzfristig und transitorisch überlassen (vgl. BGH, Urteil vom 7. Juni 2018 – 4 StR 63/18, juris Rn. 12).

12 Die Wertersatzeinziehung in Höhe von 124.000 € ist gleichwohl nicht belegt. Zwar wäre sie im Fall 3) in Höhe von 24.000 € möglich, jedoch beschränkte sich eine solche im Fall 1) auf die Differenz zwischen dem ursprünglichen Verkehrswert in Höhe von 100.000 € und dem Verwertungserlös des Fahrzeugs, dessen Höhe die Kammer indes nicht festgestellt hat. Eine weitergehende Wertersatzeinziehung war im Fall 1) ausgeschlossen, da die Einziehung des Fahrzeugs trotz dessen Beschädigung zunächst durchführbar blieb und der Rückgewähr- beziehungsweise Ersatzanspruch des Verletzten durch die Verwertung des Fahrzeugs zu seinen Gunsten in Höhe des Verwertungserlöses erloschen ist (§ 73e Abs. 1 StGB).

13 b) Auch die von der Strafkammer auf § 73 Abs. 1 StGB gestützte Einziehungsanordnung in Höhe von 500 € hat keinen Bestand.

- 14           aa) Die Einziehung nach § 73 Abs. 1 StGB nF erstreckt sich, wie der frühere Verfall, grundsätzlich nur auf das unmittelbare erlangte Etwas (BT-Drucks. 18/9525, S. 61 f.). Wenngleich der Gesetzgeber durch die Ersetzung des Wortes „aus“ durch das Wort „durch“ den Anwendungsbereich der Vorschrift erweitert (BT-Drucks. 18/9525, S. 55) und das Bruttoprinzip gestärkt hat, soll sich die Abschöpfung der Gesamtheit der Vermögenswerte auf dasjenige beschränken, das dem Tatbeteiligten oder Drittbegünstigten unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaus zugeflossen ist (BT-Drucks. 18/9525, S. 47). Mittelbar – durch die Verwertung der unmittelbaren Tatbeute – erlangte Vermögenszuwächse können daher auch weiterhin nur als Surrogat aufgrund einer Anordnung nach § 73 Abs. 3 Nr. 1 StGB nF eingezogen werden (BGH, Urteil vom 8. Februar 2018 – 3 StR 560/17, juris Rn. 10). Die vom Gesetzgeber getroffene Unterscheidung zwischen der Einziehung des Erlangten nach § 73 Abs. 1 StGB nF und der Einziehung des Surrogats nach § 73 Abs. 3 Nr. 1 StGB nF stellt klar, dass sich die Einziehung nach § 73 Abs. 1 StGB nF nicht auf die Surrogate erstreckt (BT-Drucks. 18/9525, S. 62; BGH, Urteil vom 8. Februar 2018 – 3 StR 560/17, aaO).
- 15           bb) Der Angeklagte hat im Fall 3) unmittelbar die Mitverfügungsgewalt an dem gestohlenen Audi A 5 Sportback erlangt. Dies ermöglicht die Einziehung des Fahrzeugwerts nach § 73c Satz 1 StGB. Den Betrag in Höhe von 500 € erhielt er als seinen Anteil an der Tatbeute für – und damit anstelle – des gestohlenen Fahrzeugs, nachdem er im Gegenzug die Mitverfügungsgewalt an diesem aufgegeben hatte. Eine Einziehung der 500 € zusätzlich zu dem Wert des erbeuteten Autos scheidet deshalb aus.

- 16            3. Die aufgezeigten Rechtsfehler führen zur Aufhebung der gesamten Einziehungsentscheidung. Die vom Landgericht rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen können aufrechterhalten bleiben. Der neue Tatrichter kann zur Mitverfügungsgewalt des Angeklagten an den Fahrzeugen in den Fällen 2) und 4) der Anklage sowie gegebenenfalls zum Verwertungserlös des Fahrzeugs im Fall 1) der Anklage ergänzende Feststellungen treffen.

Schäfer

Appl

Eschelbach

Bartel

Schmidt