



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

5 StR 108/18

vom
8. Mai 2018
in der Strafsache
gegen

1.

2.

3.

4.

wegen schweren Bandendiebstahls u.a.

ECLI:DE:BGH:2018:080518B5STR108.18.0

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Antrag des Generalbundesanwalts und nach Anhörung der Beschwerdeführer am 8. Mai 2018 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 sowie entsprechend § 354 Abs. 1 StPO beschlossen:

Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 20. September 2017

1. im Schuldspruch dahingehend abgeändert, dass die Angeklagten des schweren Bandendiebstahls und der Verabredung eines schweren Bandendiebstahls in zwei Fällen schuldig sind,
2. mit den zugehörigen Feststellungen
 - a) betreffend den Angeklagten K. im gesamten Strafausspruch,
 - b) betreffend die Angeklagten J. G. , M. G. und D. in den Einzelstrafausprüchen zu den Taten 1 und 2 der Urteilsgründe sowie im Gesamtstrafauspruchaufgehoben.

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

Die weitergehenden Revisionen werden verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die Angeklagten wegen schweren Bandendiebstahls und wegen versuchten schweren Bandendiebstahls in zwei Fällen schuldig gesprochen und gegen den Angeklagten K. eine Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten, gegen die Angeklagte J. G. eine Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren, gegen die Angeklagte M. G. eine Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und gegen den Angeklagten D. eine Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und sechs Monaten verhängt. Zudem hat es den Opel Vectra des Angeklagten K. als Tatmittel eingezogen. Die gegen das Urteil gerichteten Revisionen der Angeklagten erzielen entsprechend dem Antrag des Generalbundesanwalts mit der Sachbeschwerde den aus der Beschlussformel ersichtlichen Erfolg. Im Übrigen sind sie unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO.
- 2 1. Die erhobenen Besetzungsrügen (§ 338 Nr. 1 StPO) sind jedenfalls unbegründet. Die Entbindungen des Hauptschöffen Kl. und des Ergänzungsschöffen Ku. wegen Urlaubs sind revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.
- 3 a) Der Bundesgerichtshof überprüft die Entbindung von Schöffen lediglich am Maßstab der Willkür (vgl. BGH, Beschluss vom 5. August 2015 – 5 StR 276/15, NStZ 2015, 714; näher Arnoldi, NStZ 2015, 714; 2017, 492). Eine über den Willkürmaßstab hinausgehende Richtigkeitsprüfung kommt angesichts der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung in § 336 Abs. 1 Satz 2 StPO i.V.m. § 54 Abs. 3 Satz 1 GVG nicht in Betracht und ist auch verfassungsrechtlich nicht erforderlich (eingehend BGH, Urteil vom 22. November 2013 – 3 StR 162/13, BGHSt 59, 75, 79 f. mwN).

- 4 Während berufliche Gründe nur ausnahmsweise die Verhinderung eines Schöffen rechtfertigen können (vgl. nur BGH, Beschluss vom 21. Juni 1978 – 3 StR 81/78, BGHSt 28, 61, 66; Urteil vom 4. Februar 2015 – 2 StR 76/14, NStZ 2015, 350), ist der auf anberaumte Sitzungstage fallende und mit Ortsabwesenheit einhergehende Erholungsurlaub eines Schöffen ein Umstand, der regelmäßig zur Unzumutbarkeit der Dienstleistung führt (vgl. LR/Gittermann, 26. Aufl., § 54 GVG Rn. 6). Sinn und Zweck des Erholungsurlaubs ist es, dem Arbeitnehmer zu ermöglichen, sich zum einen von der Ausübung der ihm nach seinem Arbeitsvertrag obliegenden Aufgaben zu erholen und zum anderen über einen Zeitraum für Entspannung und Freizeit zu verfügen (vgl. BAG NJW 2012, 3529). Um dies gewährleisten zu können, ist der Urlaub grundsätzlich zusammenhängend zu gewähren (vgl. § 7 Abs. 2 BUrlG). Auch nicht (mehr) im Arbeitsprozess stehende Schöffen haben – insbesondere unter Gesundheitsaspekten – ein berechtigtes Interesse daran, längere Zeit urlaubsbedingt ortsabwesend zu sein. Die Unterbrechung eines auf längere Dauer angelegten Erholungsurlaubs zum Zweck der Teilnahme an einer Hauptverhandlung kann vor diesem Hintergrund Schöffen in aller Regel nicht zugemutet werden (vgl. BGH, Beschluss vom 5. August 2015 – 5 StR 276/15 aaO).
- 5 Bei der antragsgemäßen Entbindung eines Schöffen aufgrund eines von diesem angezeigten Urlaubs liegt deshalb Willkür in aller Regel fern (vgl. BGH, Beschluss vom 5. August 2015 – 5 StR 276/15, NStZ 2015, 714; Urteil vom 5. Januar 1982 – 5 StR 426/81). Macht der Schöffe einen derartigen Verhinderungsgrund geltend, darf der Vorsitzende sich mit seiner Erklärung begnügen, wenn er sie für glaubhaft und weitere Nachforschungen für überflüssig hält (vgl. BGH, Urteile vom 8. Dezember 1976 – 3 StR 363/76, NJW 1977, 443; vom 22. Juni 1982 – 1 StR 249/81, NStZ 1982, 476; vom 14. Dezember 2016 – 2 StR 342/15, NStZ 2017, 491, 492). Nur ausnahmsweise können Rückfra-

gen und Nachforschungen geboten sein, etwa wenn der Schöffe wegen längeren Urlaubs im Geschäftsjahr bereits von der Dienstleistung befreit worden war oder wenn ein Anhaltspunkt dafür besteht, dass der Schöffe sich der Teilnahme an der Hauptverhandlung zu entziehen versucht (vgl. BGH, Urteil vom 8. Dezember 1976 – 3 StR 363/76, NJW 1977, 443). Die Verschiebung eines länger geplanten Erholungsurlaubs ist für den Schöffen in aller Regel unzumutbar (vgl. LR/Gittermann, 26. Aufl., § 54 GVG Rn. 6; vgl. auch BGH, Urteil vom 8. Dezember 1976 – 3 StR 363/76 aaO), dahingehende Fragen des Vorsitzenden sind mithin regelmäßig entbehrlich. Wie der Schöffe seinen Erholungsurlaub verbringt, ist seine Sache und unterliegt deshalb nicht der Erforschung und Bewertung durch den Vorsitzenden. Zur Erfüllung der Anforderungen aus § 54 Abs. 3 Satz 2 GVG genügt es bei einer Befreiung wegen Erholungsurlaubs, die Gründe für die Entbindung stichwortartig zu dokumentieren (BGH, Beschluss vom 5. August 2015 – 5 StR 276/15, NStZ 2015, 714).

- 6 b) Nach diesen Maßstäben liegt eine willkürliche Verletzung von § 54 Abs. 1 GVG aufgrund der Schöffentbindungen hier fern. Beim Schöffen Kl. stand eine länger geplante Urlaubsreise außerhalb Berlins seinem Einsatz an terminierten Sitzungstagen entgegen. Dass der von diesem Schöffen gestellte Entbindungsantrag aktenmäßig in Verlust geraten war und deshalb die Sache unter Einbindung seiner Ehefrau telefonisch geklärt wurde, ist rechtlich irrelevant. Die antragsgemäße Entbindung des Hilfsschöffen Ku. beruhte ebenfalls auf dessen Angabe, an terminierten Hauptverhandlungstagen aufgrund Urlaubs nicht zur Verfügung zu stehen. Die Entbindung ist durch den geschäftsplanmäßigen Vertreter und damit von dem zuständigen Richter getroffen worden. Angesichts des in Haftsachen besonders gewichtigen Gebots schleuniger Erledigung war die Strafkammer auch nicht gehalten, der Verhinderung

eines Schöffen durch verzögernde Unterbrechung der Hauptverhandlung (§ 229 Abs. 1 StPO) Rechnung zu tragen.

7 c) Das von der Revision ins Feld geführte Urteil des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 14. Dezember 2016 (2 StR 342/15, NStZ 2017, 491) steht der Entscheidung des Senats nicht im Sinne von § 132 Abs. 2 GVG entgegen. Der 2. Strafsenat teilt in dieser Entscheidung die von der bisherigen Rechtsprechung aufgestellten Maßstäbe – andernfalls er nach § 132 Abs. 2 GVG hätte verfahren müssen – und wendet sie nur in besonderer Weise auf einen Einzelfall an.

8 2. In Einklang mit der Auffassung des Generalbundesanwalts weisen der Schuldspruch gegen die Angeklagte M. G. wegen schweren Bandendiebstahls für Tat 3 und die für diese Tat ausgeurteilten Strafaussprüche gegen die Angeklagten J. G., M. G. und D. keine durchgreifenden Rechtsfehler auf.

9 Hingegen hält die Verurteilung aller Angeklagter wegen versuchten schweren Bandendiebstahls für die Taten 1 und 2 rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Insoweit war das Versuchsstadium noch nicht erreicht: Jedoch haben sich die Angeklagten jeweils wegen Verabredung eines schweren Bandendiebstahls strafbar gemacht (§§ 244a, 30 Abs. 2 StGB).

10 a) Nach den Feststellungen des Landgerichts schlossen sich die Angeklagten spätestens Mitte März 2017 zu einer Bande zusammen. Gemäß der Bandenabrede wollten sie in arbeitsteiligem Vorgehen in die Wohnungen älterer und/oder gebrechlicher Menschen eindringen, um dort werthaltige Gegenstände und Geld zu entwenden. Dazu wollten sie sich der Wohnungsschlüssel bemächtigen. Entweder sollte die Angeklagte J. G. die ausgewählten

Tatopfer auf der Straße ansprechen und körperlich bedrängen, um ihnen unbemerkt den Wohnungsschlüssel aus der Tasche zu ziehen. Oder sie wollten an der Wohnung klingeln und Einlass erlangen. Während einer der Angeklagten das Opfer ablenken sollte, sollten andere Angeklagte die Wohnung nach Stehlenswertem durchsuchen. Der Angeklagte K. hatte die Aufgabe, die Tatbegehungen abzusichern.

11 Entsprechend dieser Abrede klingelten die Angeklagten M. G. und D. am 29. März 2017 gegen 12 Uhr an der Wohnung des 103 Jahre alten Zeugen Kn. . Dieser öffnete die Tür mit vorgelegter Sicherungskette. Der Angeklagte D. sprach ihn durch den Türspalt an und bat unter einem Vorwand um Einlass. Der Zeuge Kn. schloss aber die Tür, weil er wegen des Erscheinens fremder Personen skeptisch geworden war. Die Angeklagten warteten noch eine unbestimmte Zeit ab, ob Kn. die Wohnung verlasse. In diesem Fall sollte ihm die Angeklagte J. G. den Schlüssel abnehmen, um die Tat danach doch noch ausführen zu können. Der Zeuge verließ aber seine Wohnung nicht, weswegen die Angeklagten aufgaben (Tat 1).

12 Im weiteren Verlauf des Tages fiel den im Opel Vectra des Angeklagten K. im Stadtgebiet von Berlin herumfahrenden Angeklagten der 73-jährige Zeuge U. als geeignetes Opfer auf. Die Angeklagte J. G. verließ das Auto. Sie fragte den Zeugen, wo seine Frau sei, bedrängte ihn körperlich, fasste mit ihrer rechten Hand über die beiden Gesäßtaschen und versuchte mit der linken Hand in die Innenseite seiner Jacke zu greifen, um an den Wohnungsschlüssel zu gelangen. Der Zeuge U. stieß die Angeklagte jedoch mit den Worten „verfatz dich“ von sich. Unverrichteter Dinge stieg die

Angeklagte J. G. wieder in den Opel, worauf sich die Angeklagten entfernten (Tat 2).

13 b) Auf der Basis dieser Feststellungen ist ein Eintritt in das Versuchsstadium in beiden Fällen nicht gegeben.

14 aa) Der Versuch einer strafbaren Handlung liegt gemäß § 22 StGB vor, wenn der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestands unmittelbar ansetzt. Dies ist nach ständiger Rechtsprechung nicht erst der Fall, wenn der Täter ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht, sondern schon dann, wenn er Handlungen vornimmt, die nach seinem Tatplan der Erfüllung eines Tatbestandsmerkmals vorgelagert sind und in die Tatbestandshandlung unmittelbar einmünden. Das Versuchsstadium erstreckt sich dementsprechend auf Handlungen, die im ungestörten Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen sollen oder die im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang mit ihr stehen; der Täter muss subjektiv die Schwelle zum „jetzt geht es los“ überschreiten und objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzen, so dass sein Tun ohne Zwischenakte in die Tatbestandserfüllung übergeht (vgl. etwa BGH, Urteile vom 16. September 1975 – 1 StR 264/75, BGHSt 26, 201, 202 f.; vom 26. Oktober 1978 – 4 StR 429/78, BGHSt 28, 162, 163; Beschluss vom 14. März 2001 – 3 StR 48/01, NStZ 2001, 415, 416 mwN).

15 bb) An diesen Voraussetzungen fehlt es bei beiden Taten. Zwar hatten die Angeklagten wichtige Vorbereitungshandlungen ausgeführt. Jedoch waren die Maßnahmen noch nicht so weit gediehen, dass ihr Tun ohne weitere Zwischenakte unmittelbar in die Verwirklichung des Straftatbestandes des § 244a StGB hätte einmünden können.

- 16 (1) Bei Tat 1 setzte die Ausführung des Diebstahls voraus, dass der Zeuge Kn. die Sicherheitskette abnehmen, die Tür öffnen, die beiden Angeklagten einlassen und sich vom Angeklagten D. ablenken lassen würde. Erst dann hätten die anderen Täter die Wohnung durchsuchen und Gegenstände entwenden können. Damit sollte ihr Tun noch nicht unmittelbar in Wegnahmehandlungen einmünden (vgl. schon RG JW 1926, 2753; siehe auch BGH, Urteil vom 6. Oktober 1977 – 4 StR 404/77; Beschluss vom 14. März 2001 – 3 StR 48/01, aaO, jeweils mwN).
- 17 Soweit sich die Strafkammer für ihren gegenteiligen Standpunkt auf Entscheidungen des Bundesgerichtshofs stützt, in denen bereits das Klingeln an der Tür als Versuchsbeginn angesehen wurde (vgl. etwa BGH, Urteile vom 16. September 1975 – 1 StR 264/75, aaO, S. 203 f.; vom 11. Juli 1984 – 2 StR 249/84, NStZ 1984, 506 mwN), sind diese auf den vorliegenden Fall nicht übertragbar. Sie betreffen Raubdelikte, bei denen der Täter nach dem Öffnen der Tür sofort Gewalthandlungen gegen das Opfer vollführen wollte und damit – anders als vorliegend – bereits ein Tatbestandsmerkmal des § 249 StGB erfüllt hätte.
- 18 (2) Entsprechendes gilt für Tat 2. In Bezug auf den Diebstahl von Gegenständen aus der Wohnung des ausgewählten Tatopfers hätten die Angeklagten diese noch aufsuchen und öffnen müssen (vgl. zum Versuchsbeginn bei der Beschaffung von [Nach-]Schlüsseln z.B. BGH, Urteil vom 26. Oktober 1978 – 4 StR 429/78, aaO, S. 163 f.; Beschluss vom 24. Mai 1991 – 5 StR 4/91, BGHR StGB § 22 Ansetzen 14). Allerdings käme die Verwirklichung des § 244a StGB auch hinsichtlich des Wohnungsschlüssels selbst in Betracht, wobei insoweit der Versuchsbeginn nicht zweifelhaft erschiene (vgl. BGH, Urteil vom 3. September 1957 – 5 StR 299/57, GA 1958, 191). Jedoch

kann den Feststellungen nicht entnommen werden, ob die Angeklagten den Eigentümer insoweit dauernd enteignen wollten, also mit Zueignungsabsicht handelten. Dies versteht sich nach Lage des Falles auch nicht von selbst. Denn es liegt im Bereich des nicht nur denktheoretisch Möglichen, dass die Angeklagten etwa den für sie nach Gebrauch wertlosen Wohnungsschlüssel in der Wohnung zurückzulassen beabsichtigten. Der Senat schließt aus, dass noch Feststellungen möglich sind, aufgrund derer eine diesbezügliche Zueignungsabsicht der Angeklagten angenommen werden könnte.

19 c) Die Angeklagten haben sich durch beide Taten jedoch jeweils einer Verabredung des Verbrechens des schweren Bandendiebstahls gemäß §§ 244a, 30 Abs. 2 StGB strafbar gemacht. Straffreiheit nach § 31 StGB scheidet aus. Nach den Feststellungen haben die Angeklagten die Ausführung der Taten weder freiwillig aufgegeben noch sich freiwillig darum bemüht, die Tat zu verhindern. Sie gaben ihren Plan – unfreiwillig – erst auf, als sie ihn für gescheitert hielten, nachdem der Geschädigte im Fall 1 seine Wohnung nicht verlassen und das ausgewählte Tatopfer im Fall 2 die Angeklagte J. G. von sich weggestoßen hatte.

20 Der Senat berichtigt den Schuldspruch entsprechend § 354 Abs. 1 StPO. § 265 StPO steht nicht entgegen, weil sich die geständigen Angeklagten nicht anders als geschehen hätten verteidigen können.

21 3. Die Schuldspruchänderung entzieht den Strafaussprüchen wegen der Taten 1 und 2 die Grundlage. Der Senat vermag nicht völlig auszuschließen, dass das Landgericht bei zutreffender Bewertung geringere Strafen verhängt hätte. Dies nötigt auch angesichts des Fortbestands der jeweiligen Einsatzstrafen gegen die Angeklagten J. G. und M. G. sowie D.

(drei Jahre und neun Monate, zwei Jahre und sechs Monate, zwei Jahre Freiheitsstrafe) zur Aufhebung aller Gesamtstrafen.

22 4. Der Strafausspruch gegen den Angeklagten K. begegnet darüber hinaus insgesamt durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Die Einziehung des zur Tatbegehung gebrauchten Kraftfahrzeugs hat den Charakter einer Nebenstrafe und stellt damit eine Strafzumessungsentscheidung dar (st. Rspr., vgl. etwa BGH, Beschluss vom 26. April 1983 – 1 StR 28/83, NJW 1983, 2710). Wird dem Täter ein ihm zustehender Gegenstand von nicht unerheblichem Wert entzogen, so kann dies ein bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafe und insoweit im Wege einer Gesamtbetrachtung der den Täter treffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen sein (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16. Februar 2012 – 3 StR 470/11; vom 27. Mai 2014 – 3 StR 137/14; vom 10. Januar 2017 – 3 StR 484/16).

23 Dies hat das Landgericht nicht erkennbar bedacht. Den Wert des Kraftfahrzeugs hat es nicht festgestellt. Der Senat kann nicht ausschließen, dass das Landgericht andernfalls die von diesem Angeklagten verwirkten Einzelfreiheitsstrafen und damit auch die Gesamtstrafe milder bemessen hätte.

Sander

König

Berger

Mosbacher

Köhler