



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

5 StR 535/23

vom

3. Juli 2024

in der Strafsache

gegen

1.

2.

3.

4.

5.

6.

wegen versuchten Diebstahls

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 3. Juli 2024, an der teilgenommen haben:

Richter am Bundesgerichtshof Gericke

als Vorsitzender,

Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Mosbacher,

Richterin am Bundesgerichtshof Resch,

Richter am Bundesgerichtshof von Häfen,

Richter am Bundesgerichtshof Prof. Dr. Werner,

Bundesanwalt beim Bundesgerichtshof

als Vertreter des Generalbundesanwalts,

Rechtsanwalt Ke.

als Verteidiger des Angeklagten C. ,

Rechtsanwalt V.

als Verteidiger des Angeklagten Ce. ,

Rechtsanwalt L. ,

Rechtsanwalt N.

als Verteidiger des Angeklagten Ci. ,

Rechtsanwältin H.

als Verteidigerin des Angeklagten K. ,

Rechtsanwalt Cz.

als Verteidiger des Angeklagten S. ,

Rechtsanwalt Ko.

als Verteidiger des Angeklagten T. ,

Amtsinspektorin

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 23. Mai 2023 mit Ausnahme der Feststellungen aufgehoben.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

- Von Rechts wegen -

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat die sechs Angeklagten wegen versuchten Diebstahls zu Freiheitsstrafen zwischen einem Jahr und acht Monaten und drei Jahren und fünf Monaten verurteilt. Hiergegen wendet sich die Staatsanwaltschaft mit ihren zu Ungunsten der Angeklagten eingelegten und durch den Generalbundesanwalt vertretenen, auf die Verletzung materiellen Rechts gestützten Revisionen. Sie wendet sich namentlich dagegen, dass die Angeklagten nicht wegen versuchten Diebstahls mit Waffen verurteilt wurden. Hinsichtlich des Angeklagten T. beanstandet sie zudem, dass ein in dessen Eigentum stehender und als Tatmittel verwendeter Pkw nicht eingezogen wurde. Die Rechtsmittel haben Erfolg.

I.

2 1. Das Landgericht hat folgende Feststellungen getroffen:

3 In der Nacht vom 1. auf den 2. Oktober 2022, einem Wochenende, verschafften sich die zu diesem Zeitpunkt bereits von der Polizei observierten Angeklagten C. , Ce. , Ci. , K. und S. Zugang zu den Geschäftsräumen der M. S. in K. . Ihr gemeinsam mit dem nicht am Tatort anwesenden Angeklagten T. gefasster Tatplan sah vor, im Kellergeschoss der Sparkasse mit einem Kernbohrer zur Umgehung der Alarmsicherung des Tresorraums durch eine Wand in ein stillgelegtes Treppenhaus zu gelangen, um von dort anschließend die Wand des Tresorraums zu durchbohren und so die dortige Schließfachanlage zu erreichen. Die Angeklagten wollten die Schließfächer aufbrechen, um deren Inhalt, dessen Wert sie auf einen hohen sechs- bis siebenstelligen Betrag schätzten, für sich zu behalten.

4 Zu diesem Zweck schafften die am Tatort tätigen Angeklagten sukzessive weitere Tatmittel und Werkzeuge in das Gebäude. Hierzu gehörten Kernbohraufsätze, ein Vorschlaghammer, Dämmwolle, Stehbolzen, ein Metallsuchgerät, eine große Packung AAA-Batterien, ein Drucksprühgerät, ein Bohrhammer, ein Meißel mit Gummigriff, ein Flüssigkeitsbehälter mit Schlauch, zwei große Reisetaschen, ein Spitzmeißel, ein Schraubenschlüssel, ein Aufsatz für einen Bohrhammer und ein Hammer mit Plastikgriff.

5 Nachdem die Angeklagten bereits eine erste, etwa 20 cm tiefe Kernbohrung in die etwa 60 cm dicke Kellerwand durchgeführt hatten, wurden sie durch einen vor dem Gebäude installierten Späher gewarnt, der das Eintreffen von Polizeifahrzeugen in Tatortnähe beobachtet hatte. Daher brachen sie die weitere

TatAusführung ab und traten die Flucht aus dem Gebäude an. Alle Werkzeuge und sonstige Gegenstände, die sie hereingeschafft hatten, beließen sie an Ort und Stelle. Nach Verlassen des Gebäudes konnten die Angeklagten C. , Ci. , K. und S. noch unmittelbar in Tatortnähe festgenommen werden, während dem Angeklagten Ce. zunächst die Flucht gelang.

6 2. Das Landgericht hat die Tat für alle Angeklagten als in Mittäterschaft begangenen versuchten Diebstahl gemäß § 242 Abs. 1 StGB bewertet.

7 a) Mit Blick auf die am Tatort mitgeführten Einbruchswerkzeuge hat es die Annahme eines versuchten Diebstahls mit Waffen im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB abgelehnt.

8 Dabei ist die Strafkammer davon ausgegangen, dass das Beisichführen eines Werkzeuges dann gefährlich sei, wenn es nach den konkreten Umständen geeignet sei, eine erhebliche Körperverletzung herbeizuführen. Insoweit müsse ein Gebrauch drohen. Ob dies der Fall ist, sei anhand der jeweiligen Tatumstände festzustellen. Zu diesen gehörten die Art des Werkzeuges und des Beisichführens sowie die innere Haltung des Täters zur Verwendung; insoweit erlange ein subjektives Gefährlichkeitskriterium Bedeutung.

9 Bei der Bewertung anhand dieser Maßstäbe hat das Landgericht berücksichtigt, dass die Angeklagten die Gegenstände als Einbruchswerkzeuge benötigten und die Tat außerhalb der Geschäftszeit begingen, als sich sonst keine Person im Gebäude befand, ferner dass bei der Flucht keines der Werkzeuge mitgeführt wurde, sondern diese an Ort und Stelle belassen wurden. Aus den Umständen des Diebstahls und der Art der Werkzeuge ergäben sich keine Anhaltspunkte dafür, dass die Angeklagten die Einbruchswerkzeuge wenigstens

notfalls als Nötigungsmittel hätten einsetzen wollen. Eine „waffenersetzende Funktion“ der vorgenannten Werkzeuge sei daher nicht gegeben.

10 b) Auch eine Bewertung der Tat als versuchter schwerer Bandendiebstahl (§ 244a Abs. 1 StGB) hat das Landgericht verneint. Eine solche komme allenfalls bei den Angeklagten C. , Ce. und T. in Betracht, da nur sie bereits in der Vergangenheit in diesem Deliktsbereich in gemeinschaftlichem Zusammenwirken in Erscheinung getreten seien. Allerdings sei der Angeklagte T. in dem insoweit anhängigen Verfahren nicht angeklagt und seine Rolle habe dort in dem Verkauf eines möglichen Tatfahrzeuges bestanden. Auch sei jene Tat in einem anderen „modus operandi“ begangen worden. Es habe sich nämlich um einen „Blitzeinbruch“ zu den Geschäftszeiten gehandelt. Allein der Umstand, dass das für die verfahrensgegenständliche Tat gekaufte Werkzeug hochpreisig gewesen und ein hoher Aufwand im Vorfeld der Tat betrieben worden sei, lasse zudem nicht den zwingenden Schluss zu, dass eine Mehrzahl von gleichartigen Straftaten geplant gewesen sei. Denn der von den Angeklagten betriebene hohe Aufwand sei bereits zur Begehung der hiesigen Tat notwendig gewesen.

11 3. Die Strafkammer hat keine Einziehung von Tatmitteln angeordnet und von einer solchen hinsichtlich eines im Eigentum des Angeklagten T. stehenden Fahrzeuges 2er-BMW mit dem amtlichen Kennzeichen ausdrücklich abgesehen.

12 Bei diesem handele es sich zwar um ein Tatmittel im Sinne des § 74 Abs. 1 StGB, da es zur Vorbereitung der Tat genutzt worden sei. So sei der Angeklagte T. selbst zweimal mit dem Fahrzeug zum Tatort nach K. gefahren, wo er am 9. September 2022 mit dem Angeklagten C. die Scheiben und die Eingangstür der Sparkasse inspiziert und am 26. September 2022 die Umgebung observiert habe. Zudem habe er den Pkw

den übrigen Angeklagten zur Verfügung gestellt, die diesen am 13. September sowie in der Nacht vom 30. September auf den 1. Oktober 2022 für weitere Fahrten zur Ausspähung des Tatobjekts genutzt hätten, wobei zuletzt „eine Art Generalprobe“ der späteren Tat stattgefunden habe.

- 13 Das Landgericht hat jedoch angenommen, dass eine Einziehung des Fahrzeugs außer Verhältnis stehe zu der begangenen Tat und zu dem Vorwurf, der den Angeklagten treffe. Dies hat die Strafkammer daraus gefolgert, dass das Fahrzeug am Tattag selbst nicht zum Einsatz gekommen sei sowie als Familienfahrzeug und auch von der Ehefrau des Angeklagten T. gebraucht werde. Darüber hinaus seien auch weitere Fahrzeuge im Rahmen der Tatvorbereitung benutzt worden. Ferner sei der Pkw, wie sich aus den Lichtbildern der Observationsberichte ergeben habe, der „Preisklasse der höherwertigen Fahrzeuge“ zuzurechnen. Demnach habe es sich „nur um eine gelegentliche Nutzung des Fahrzeuges im Zusammenhang mit der Tat“ gehandelt.

II.

- 14 Die Revision der Staatsanwaltschaft richtet sich ausweislich ihrer Begründung hinsichtlich aller Angeklagten gegen den Schuldspruch, wobei sie die Feststellungen nicht in Frage stellt. Hinsichtlich des Angeklagten T. wendet sie sich zusätzlich gegen die unterbliebene Einziehung des Fahrzeugs 2er-BMW mit dem amtlichen Kennzeichen . Auch die insoweit getroffenen Feststellungen werden nicht angegriffen. Das damit auf den Schuldspruch insgesamt und das Unterbleiben der Einziehung eines PKW wirksam beschränkte Rechtsmittel hat Erfolg.

15 1. Die Ablehnung einer Verurteilung der Angeklagten wegen versuchten
Diebstahls in einem qualifizierten Fall (§ 244 Abs. 1, § 244a Abs. 1 StGB) hält
rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

16 a) Das gilt zunächst – wie von der Beschwerdeführerin ausdrücklich geltend
gemacht – hinsichtlich des Tatbestands des versuchten Diebstahls mit Waf-
fen (§ 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB).

17 Die im Sparkassengebäude tätigen Angeklagten haben die dorthin ver-
brachten Gegenstände im Sinne der Vorschrift bei sich geführt. Hierzu genügt
bei einem mitgebrachten Werkzeug, dass es sich für den Täter in Griffweite be-
fand oder er sich seiner jederzeit ohne nennenswerten Zeitaufwand bedienen
konnte (BGH, Beschluss vom 5. Oktober 2016 – 3 StR 328/16). Zu den Gerät-
schaften gehörten mehrere Einbruchswerkzeuge, bei denen die Strafkammer
ausgehend von einem unrichtigen rechtlichen Maßstab eine Einordnung als ge-
fährliches Werkzeug im Sinne des § 244 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a StGB vorschnell
abgelehnt und daher versäumt hat, zu ihnen nähere Feststellungen zu treffen.

18 Für eine solche Einordnung reicht es aus, wenn ein Gegenstand seiner
objektiven Beschaffenheit nach geeignet ist, einem Opfer erhebliche Körperver-
letzungen zuzufügen, etwa bei einem Einsatz als Stichwerkzeug (BGH, Urteil
vom 18. Februar 2010 – 3 StR 556/09, BGHR StGB § 250 Abs. 2 Nr. 1 Verwen-
den 9). Für mehrere der von den Angeklagten mitgeführten Gegenstände liegt
eine solche Eignung allein angesichts ihrer Bezeichnung nahe, etwa für den Vor-
schlaghammer, den Bohrhammer, den Meißel mit Gummigriff und den Spitzmei-
ßel. Entgegen der Auffassung des Landgerichts steht einer Bewertung als ge-
fährliches Werkzeug nicht entgegen, dass ein Gegenstand dem Täter nur als
Aufbruchswerkzeug dient, weil die aus seiner Beschaffenheit resultierende ob-
jektive Gefährlichkeit hierdurch nicht reduziert wird. Für § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB

genügt vielmehr schon die mit dem Beisichführen verbundene latente Gefahr des Gebrauchs eines derartigen Gegenstands (vgl. nur BGH, Urteil vom 20. Juni 2023 – 5 StR 67/23 mwN, NStZ 2023, 733).

19 Ein zusätzliches subjektives Element, etwa eine Verwendungsabsicht oder einen Verwendungsvorbehalt des Täters, enthält § 244 Abs. 1 Nr. 1a StGB nicht (eingehend BGH, Beschluss vom 3. Juni 2008 – 3 StR 246/07, BGHSt 52, 257 Rn. 30 f.). Der Gesetzgeber hat diese vom Bundesgerichtshof mit Blick auf den Wortlaut der Norm, ihre Systematik sowie ihren Sinn und Zweck vorgenommene Auslegung und die daraus folgende Notwendigkeit einer Abgrenzung allein nach objektiven Kriterien gebilligt und ausgehend hiervon durch das 44. StRÄndG vom 1. November 2011 eine Strafdrohung für minder schwere Fälle geschaffen (§ 244 Abs. 3 StGB), um sicherzustellen, dass in jedem Einzelfall eine angemessene Strafe verhängt werden kann (BT-Drucks. 17/4143, S. 7 f.).

20 b) Darüber hinaus erweist sich auch die Verneinung eines versuchten schweren Bandendiebstahls (§ 244a Abs. 1 StGB) als rechtsfehlerhaft, weil sich das Landgericht dabei von unzutreffenden rechtlichen Maßstäben hat leiten lassen.

21 Eine Bande im Sinne des § 244a Abs. 1 StGB setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen mit dem Willen voraus, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Diebstähle zu begehen. Nicht erforderlich ist die gegenseitige verbindliche Verpflichtung zur Begehung bestimmter Delikte; es genügt vielmehr auch die Übereinkunft, in Zukunft sich ergebende günstige Gelegenheiten zu gemeinsamer Tatbegehung zu nutzen. Das Vorliegen einer Bandenabrede kann zwar auch aus dem konkret feststellbaren, wiederholten deliktischen Zusammenwirken mehrerer Personen hergeleitet werden (siehe nur BGH, Urteil vom 22. Mai 2019 – 2 StR 353/18), es

kann sich aber auch aus anderen Umständen ergeben. Eine bandenmäßige Begehung kommt bereits ab der ersten von einer Tätergruppierung begangenen Tat in Betracht.

22 Diesen Vorgaben entspricht es schon nicht, dass das Landgericht für die Frage der Bandenabrede allein die Angeklagten Ce. , C. und T. in den Blick genommen hat. Aber auch seine Ausführungen zu diesen Angeklagten sind rechtsfehlerhaft: Denn entgegen der Ansicht des Landgerichts ist bedeutungslos, dass der Angeklagte T. in einem bereits anhängigen Verfahren, das eine potentielle frühere Bandentat betrifft, bislang nicht angeklagt worden ist. Soweit die Strafkammer mit dem Hinweis, seine Rolle habe dort in dem Verkauf eines möglichen Tatfahrzeuges bestanden, darauf abgestellt haben sollte, der Angeklagte T. sei dort lediglich als Gehilfe tätig geworden, wäre zudem verkannt worden, dass einer Bandenmitgliedschaft nicht entgegensteht, wenn ein einzelner Beteiligter stets nur Gehilfe sein soll (vgl. BGH, Urteil vom 12. Januar 2022 – 6 StR 388/21, NStZ-RR 2022, 114). Dass der früheren Tat der Angeklagten Ce. , C. und T. ein abweichender „modus operandi“ zugrunde gelegen haben soll, schliesse ebenfalls nicht aus, dass sie im Rahmen einer Bandenabrede begangen wurde. Der Fall eines völlig anderen Tatmusters (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 12. November 2015 – 3 StR 346/15, StV 2016, 556) ist nicht dargetan. In der Wendung, der im Vorfeld der Tat betriebene hohe Aufwand lasse „nicht den zwingenden Schluss zu“, dass eine Mehrzahl von gleichartigen Straftaten geplant sei, offenbart sich überdies ein falscher Maßstab für die richterliche Überzeugungsbildung (vgl. nur BGH, Urteil vom 16. Februar 2022 – 5 StR 320/21, NStZ 2023, 568). Denn tatsächliche Schlüsse des Tatgerichts müssen nicht zwingend sein. Es genügt, dass sie möglich sind und das Tatgericht von ihrer Richtigkeit überzeugt ist (vgl. BGH, Beschluss vom 14. April 2020 – 5 StR 14/20, NJW 2020, 2741).

23 2. Rechtsfehler offenbart auch die Entscheidung des Landgerichts, auf die Einziehung des zur Tatvorbereitung eingesetzten Fahrzeugs 2er-BMW mit dem amtlichen Kennzeichen des Angeklagten T. nach § 74 Abs. 1 StGB zu verzichten.

24 a) Dessen Einziehung hat das Landgericht primär abgelehnt, weil sie außer Verhältnis zu dem Tatvorwurf stehe, welcher den Angeklagten treffe (§ 74f Abs. 1 Satz 1 StGB). Für diese Bewertung sind die wirtschaftlichen und sonstigen Folgen der Einziehung auf der einen und der Unrechtsgehalt der Tat sowie der den Tatbeteiligten treffende Schuldvorwurf auf der anderen Seite in den Blick zu nehmen, ohne dass das Gericht bei der Beurteilung der Verhältnismäßigkeit auf diese Umstände beschränkt ist (BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2023 – 2 StR 321/23 mwN, NStZ-RR 2024, 15).

25 Die zu diesen Kriterien getroffenen Annahmen der Strafkammer werden durch die Feststellungen jedoch nicht belegt. So wurde bereits versäumt, den Wert des Pkw zu ermitteln. Dass dieser der „Preisklasse der höherwertigen Fahrzeuge“ angehört, was allein aus Observationsfotos geschlossen wurde, gibt dafür keinen brauchbaren Anhalt.

26 Das Landgericht hat die aufgezeigten Folgen einer Einziehung des Pkw außerdem nicht ins Verhältnis zu dem konkreten Unrechtsgehalt der Tat und dem den Angeklagten treffenden Schuldvorwurf gesetzt (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 24. Oktober 2023 – 2 StR 321/23 Rn. 11, NStZ-RR 2024, 15). Hierbei wäre zu berücksichtigen gewesen, dass mit dem Diebstahl aus dem Tresorraum der Sparkasse ein hoher sechs- bis siebenstelliger Betrag erlangt werden sollte.

27 b) Soweit sich das Landgericht im Rahmen der Ausübung seines Ermessens darauf gestützt hat, dass der 2er-BMW nur „gelegentlich“ für die Tatvorbereitung benutzt und daneben auch noch weitere Fahrzeuge im Rahmen der Tatvorbereitung eingesetzt worden seien, fehlt überdies jeglicher Zusammenhang zum Regelungszweck des § 74 Abs. 1 StGB, denn es ist nicht erkennbar, warum einem Tatbeteiligten ein Tatmittel gerade deshalb belassen werden sollte, weil für die Tat zusätzlich noch weitere Gegenstände eingesetzt wurden.

28 Angesichts dessen kann dahinstehen, ob Gleiches auch für die ergänzende Erwägung der Strafkammer zu gelten hat, wonach der Pkw auch als „Familienfahrzeug“ genutzt werde. Jedenfalls hätte insoweit in den Blick genommen werden müssen, dass der Angeklagte als Gebrauchtwagenhändler naheliegender Zugriff auf anderweitige Fahrzeuge besitzt und allein aus dem Kreis der bei der Tat eingesetzten Pkw ein weiterer in seinem Eigentum steht.

29 3. Über die umfassend eingelegten Revisionen der Angeklagten hat der Senat durch Beschluss vom 2. Juli 2024 entschieden.

30 4. Die fehlerhafte rechtliche Würdigung des festgestellten Sachverhalts zu Gunsten der Angeklagten führt zur Aufhebung des Urteils; schon dies entzieht auch den Entscheidungen über die Rechtsfolgen die Basis. Schuldspruchänderungen kommen nicht in Betracht, denn die bisherigen Feststellungen reichen nicht aus, um dem Senat eine eigene Entscheidung zu ermöglichen. Insbesondere fehlen nähere Feststellungen zur Beschaffenheit der mitgeführten Einbruchswerkzeuge sowie zur Frage einer Bandenabrede; ergänzende Feststellungen dürfen getroffen werden, die den bisherigen nicht widersprechen.

31 Hinsichtlich des Angeklagten T. wird das neue Tatgericht gegebenenfalls zu beachten haben, dass im Fall einer Einziehung des Pkw – sollte ihm ein nicht unerheblicher Wert zukommen – diese Anordnung einen bestimmenden Strafzumessungsgesichtspunkt darstellen könnte (vgl. Fischer, StGB, 71. Aufl., § 74 Rn. 22 mwN).

Gericke

Mosbacher

Resch

von Häfen

Werner

Vorinstanz:

Landgericht Berlin, 23.05.2023 - (506 KLs) 255 Js 191/22 (4/23)