

HRRS-Nummer: HRRS 2023 Nr. 760

Bearbeiter: Christoph Henckel

Zitiervorschlag: HRRS 2023 Nr. 760, Rn. X

### BGH 1 StR 476/22 - Urteil vom 17. Mai 2023 (LG Heilbronn)

**Strafzumessung (strafmildernde Berücksichtigung des Versuchs bei der Strafzumessung im engeren Sinne; strafmildernde Berücksichtigung des Verzichts auf Gegenstände, die sonst eingezogen worden wären).**

§ 46 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 2 StGB; § 74 Abs. 1 StGB

#### Leitsätze des Bearbeiters

1. Innerhalb eines Strafrahmens, der wegen Versuchs gemildert worden ist, kann der Umstand allein, dass ein Versuch vorliegt, zwar keine Bedeutung für die Findung der angemessenen Strafe entfalten. Mit der Feststellung und Wertung, dass ein Versuch gegeben und eine Strafrahmenverschiebung zugunsten des Täters vorzunehmen ist, ist die Bedeutung des Versuchs für die Strafhöhenbemessung indessen nicht erschöpft. Vielmehr ist auch zu berücksichtigen, wie die versuchsbegründenden Umstände im konkreten Fall zu würdigen sind und wie sie sich auf die vorwerfbare Schuld auswirken. Ein Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB liegt darin

2. Der Verzicht auf Gegenstände, die ansonsten nach § 74 Abs. 1 StGB eingezogen werden könnten, kann einen Strafmilderungsgrund darstellen. Eine Anordnung nach § 74 Abs. 1 StGB hat den Charakter einer Nebenstrafe; wird dem Täter ein ihm zustehender Gegenstand von nicht unerheblichem Wert entzogen, ist dies ein bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafen und insoweit im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der den Täter treffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen.

#### Entscheidungenstenor

Die Revision der Staatsanwaltschaft gegen das Urteil des Landgerichts Heilbronn vom 28. Juli 2022 wird verworfen.

Die Staatskasse hat die Kosten des Revisionsverfahrens sowie die dem Angeklagten insoweit entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

#### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen besonders schweren Raubes, „Privatwohnungseinbruchsdiebstahls“ in 13 1 Fällen und versuchten „Privatwohnungseinbruchsdiebstahls“ in sieben Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und elf Monaten verurteilt und eine Einziehungsentscheidung getroffen. Mit ihrer zuungunsten des Angeklagten eingelegten und auf die Sachrüge gestützten Revision wendet sich die Staatsanwaltschaft gegen den Strafausspruch. Das vom Generalbundesanwalt vertretene Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

I.

1. Nach den Feststellungen des Landgerichts brachen der Angeklagte und der gesondert Verfolgte C. aufgrund eines 2 gemeinsam gefassten Tatplans im Zeitraum von August 2019 bis Oktober 2021 in 21 Fällen in private Wohnhäuser oder Wohnungen im Raum H. ein, um daraus Stehlenswertes zu entwenden. Der Angeklagte und C. entwendeten vornehmlich Wertgegenstände wie Smartphones, Schmuck, Uhren und Bargeld, um sich hierdurch eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle von einigem Umfang zu verschaffen. Die Tatbeute teilten sie zu gleichen Teilen auf; der Gesamtbeutewert aus den festgestellten Taten betrug 918.603,26 Euro. Durch den Aufbruch der Türen und Fenster an den Wohnhäusern entstand ein Sachschaden von insgesamt jedenfalls 81.599,39 Euro. Im Fall II. 21. der Urteilsgründe fassten der Angeklagte und C. den Entschluss, in das Anwesen des Geschädigten K. einzudringen, in das sie bereits zwei Jahre zuvor eingebrochen waren und dessen Alarmvorrichtung ihnen bekannt war. Nachdem sie gegen 3:30 Uhr im Inneren des Wohnhauses die abgeschlossene Schlafzimmertür im Obergeschoss gewaltsam geöffnet und den Geschädigten K. schlafend in seinem Bett vorgefunden hatten, fassten sie den Entschluss, die wertvolle Armbanduhr zu entwenden, die der Geschädigte am Handgelenk trug. Zu diesem Zweck setzte sich der gesondert Verfolgte C. auf den Oberkörper des schlafenden Geschädigten, der hierdurch erwachte. Während C. die Arme des Geschädigten mit Klebeband fixierte, zog der Angeklagte diesem die Uhr vom Handgelenk. Als der Geschädigte sich zu wehren und zu schreien begann, drückte C. ihm im Beisein und unter Billigung des Angeklagten ein Kopfkissen kraftvoll auf Mund und Nase. Der Geschädigte erlitt Todesangst. Nachdem der Angeklagte die kurz darauf angesprungene Alarmanlage ausgehebelt und einen daraufhin erfolgten Anruf des Sicherheitsunternehmens entgegengenommen und im Namen des Geschädigten erklärt hatte, es sei alles in Ordnung, setzte er den Einbruch mit C. in den Nebenräumen fort. Der

Geschädigte, der sich unbemerkt befreien und die Polizei verständigen konnte, leidet noch heute erheblich unter den Folgen der Tat.

2. Das Landgericht ist bei der Strafzumessung zur Tat II. 21. vom Strafrahmen des § 250 Abs. 2 StGB ausgegangen; das Vorliegen eines minder schweren Falles gemäß § 250 Abs. 3 StGB hat es abgelehnt. Der Strafzumessung bei den vollendeten Taten des besonders schweren Wohnungseinbruchdiebstahls hat es jeweils den Strafrahmen des § 244 Abs. 4 StGB zugrunde gelegt; soweit die Taten nur versucht wurden, hat es diesen Strafrahmen gemäß § 23 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB gemildert. Diese Milderung hat es auf die (fehlende) Nähe zur Tatvollendung, die Gefährlichkeit des Versuchs und die jeweils zu Tage getretene kriminelle Energie gestützt.

## II.

Der Revision bleibt der Erfolg versagt.

1. Das Rechtsmittel ist wirksam auf den Strafausspruch beschränkt.

Die Beschwerdeführerin hat zwar unbeschränkt Revision eingelegt und mit der Begründung der Revision einen Antrag auf Aufhebung des angefochtenen Urteils im Rechtsfolgenausspruch gestellt. Jedoch hält sie das Urteil nur deshalb für fehlerhaft, weil das Landgericht bei der Strafzumessung im engeren Sinne von unzulässigen Strafzumessungserwägungen ausgegangen sei, bestimmende Strafschärfungsgründe außer Acht gelassen und den Angeklagten daher zu einer zu niedrigen Strafe verurteilt habe. Nach Auslegung des Inhalts der Revisionsbegründung unter Berücksichtigung von Nr. 156 Abs. 2 RiStBV (vgl. BGH, Urteile vom 11. Juni 2014 - 2 StR 90/14, BGHR StPO § 344 Abs. 1 Antrag 9 und vom 2. Februar 2017 - 4 StR 481/16 Rn. 9 ff.) ist Angriffsziel des Rechtsmittels allein der Strafausspruch des Urteils. Sowohl der Schuldspruch als auch die - dem Rechtsfolgenausspruch zugehörige - Einziehungsentscheidung sind demgegenüber vom Rechtsmittelangriff nicht umfasst.

2. Die Revision ist unbegründet. Der Strafausspruch weist keinen Rechtsfehler zum Nachteil oder zum Vorteil (§ 301 StPO) des Angeklagten auf.

a) Die Strafzumessung ist grundsätzlich Sache des Tatgerichts. Es ist seine Aufgabe, auf der Grundlage des umfassenden Eindrucks, den es in der Hauptverhandlung von der Tat und der Persönlichkeit des Angeklagten gewonnen hat, die wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände festzustellen, sie zu bewerten und hierbei gegeneinander abzuwägen. Das Revisionsgericht kann nur eingreifen, wenn Rechtsfehler vorliegen. Eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle durch das Revisionsgericht ist daher ausgeschlossen (st. Rspr.; vgl. BGH, Beschluss vom 10. April 1987 - GSSt 1/86, BGHSt 34, 345, 349; BGH, Urteile vom 4. Dezember 2018 - 1 StR 477/18 Rn. 8; vom 4. Juli 2019 - 4 StR 47/19 Rn. 8 und vom 24. Juni 2021 - 5 StR 545/20 Rn. 7, jew. mwN). Dies gilt in gleicher Weise für die Bildung der Gesamtstrafe (vgl. BGH, Urteil vom 1. März 1990 - 4 StR 61/90, BGHR StGB § 54 Abs. 1 Bemessung 5).

b) Nach diesen Grundsätzen ist die Bemessung der Einzelstrafen von Rechts wegen nicht zu beanstanden.

aa) Entgegen dem Revisionsvorbringen durfte das Landgericht bei der Bemessung der Einzelstrafen als allgemeinen Milderungsgrund zugunsten des Angeklagten werten, dass dieser „auf die Rückgabe sämtlicher sichergestellter Gegenstände verzichtet“ hat. Der Verzicht auf Gegenstände, die ansonsten nach § 74 Abs. 1 StGB eingezogen werden könnten, kann einen Strafmilderungsgrund darstellen. Eine Anordnung nach § 74 Abs. 1 StGB hat den Charakter einer Nebenstrafe; wird dem Täter ein ihm zustehender Gegenstand von nicht unerheblichem Wert entzogen, ist dies ein bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafen und insoweit im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der den Täter treffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen. Gleiches gilt für einen Verzicht auf andere werthaltige Gegenstände zu Gunsten des Staates (vgl. BGH, Urteile vom 22. Juni 2022 - 2 StR 49/22 Rn. 15 und vom 24. November 2021 - 2 StR 158/21 Rn. 12; Beschluss vom 9. Oktober 2018 - 4 StR 318/18 Rn. 4). Die Feststellungen des angefochtenen Urteils belegen, dass im Ermittlungsverfahren diverse, dem Angeklagten und seinem Mittäter zuzuordnende Werkzeuge, technische Gegenstände und Bekleidungsstücke sowie zwei E-Bikes aufgefunden und sichergestellt worden sind. Den Verzicht des Angeklagten als solchen strafmildernd zu berücksichtigen, ist auf dieser Grundlage nicht rechtsfehlerhaft. Zwar hat das Landgericht versäumt, sich zum Wert der asservierten Gegenstände zu verhalten. Dieser Darlegungsmangel führt hier aber nicht zur Aufhebung des Strafausspruchs. In Anbetracht dessen, dass sich jedenfalls die Größenordnung dieses Werts aus der Feststellung und Beschreibung des jeweiligen Gegenstands ergibt, kann der Senat ausschließen, dass sich das Landgericht bei der Festsetzung der Einzelstrafen maßgeblich von diesem Umstand hat leiten lassen und ohne dessen Berücksichtigung zu einer höheren Strafe gelangt wäre.

bb) Es begegnet keinen rechtlichen Bedenken, dass das Landgericht bei der Bemessung der Einzelstrafen für die unter Ziffer II. 3., 12., 13. und 17. bis 20. festgestellten Taten strafmildernd gewertet hat, dass es nicht zur Entwendung von Wertgegenständen gekommen sei und die Taten „das Versuchsstadium nicht verlassen“ hätten, obschon es bei der Strafrahmewahl bereits die Milderung nach § 23 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB auf diesen Umstand gestützt hat. Eine im Sinne des § 46 Abs. 3 StGB unzulässige Doppelverwertung strafrahmenbegründender Umstände liegt darin nicht.

Innerhalb eines Strafrahmens, der wegen Versuchs gemildert worden ist, kann der Umstand allein, dass ein Versuch vorliegt, zwar keine Bedeutung für die Findung der angemessenen Strafe entfalten. Denn diese Besonderheit trifft für jeden denkbaren Punkt der Skala des gemilderten Strafrahmens zu und ist deshalb nicht geeignet, als Differenzierungsmerkmal für die Bestimmung der angemessenen Strafe innerhalb dieses Rahmens zu dienen (vgl. BGH, Urteile vom 17. November 1961 - 4 StR 292/61, BGHSt 16, 351, 354 und vom 6. September 1989 - 2 StR 353/89, BGHR StGB § 46 Abs. 2 Gesamtbewertung 5; Beschlüsse vom 24. März 1976 - 2 StR 101/76, BGHSt 26, 311 und vom 27. Juli 1987 - 3 StR 308/87, BGHR StGB § 46 Abs. 2 Gesamtbewertung 2; für die entsprechende Rechtslage bei § 21 StGB: BGH, Urteil vom 31. Juli 1984 - 1 StR 330/84 Rn. 7; für die Beihilfe: BGH bei Holtz MDR 1980, 453 f.; für § 213 StGB: BGH, Urteil vom 7. Februar 2017 - 5 StR 483/16 Rn. 26). Mit der Feststellung und Wertung, dass ein Versuch gegeben und eine Strafrahmensverschiebung zugunsten des Täters vorzunehmen ist, ist die Bedeutung des Versuchs für die Strafhöhenbemessung indessen nicht erschöpft. Vielmehr ist auch zu berücksichtigen, wie die versuchsbegründenden Umstände im konkreten Fall zu würdigen sind und wie sie sich auf die vorwerfbare Schuld auswirken. Ein Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB liegt darin ebenso wenig wie etwa in dem Fall, in dem der Tatrichter nach Vornahme der obligatorischen Strafrahmensmilderung gemäß § 27 StGB das Gewicht der Beihilfe im konkreten Fall würdigt. Das Wertungsergebnis als solches, das die gesetzliche Grundlage für die Strafrahmensmilderung bietet und selbst keinen strafzumessungserheblichen Umstand darstellt, ist insoweit zu trennen von den hierfür maßgebenden konkret-tatsächlichen Besonderheiten des Einzelfalles. Unzulässig nach Maßgabe des § 46 Abs. 3 StGB ist es daher nur, die „Tatsache“ des Versuchs als solche im gemilderten Strafrahmen abstrakt noch einmal zu verwerten. Zulässig und sogar geboten ist es demgegenüber, den strafrahmenbegründenden Umstand durch die Würdigung der besonderen Umstände des konkreten Einzelfalles auszufüllen und diesem damit innerhalb des Strafrahmens seine richtige Stelle zuzuweisen (vgl. dazu Horstkotte in FS Dreher, 1977, 265, 280 f.; Hettinger, Das Doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildenden Umständen, 1982, S. 181 ff.; Lackner/Kühl/Heger, StGB, 30. Aufl., § 46 Rn. 10a; Horn/Wolters in: SK-StGB, 9. Aufl., § 46 Rn. 191 f.; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., Teil 5 Rn. 1026 ff.; Schönke/Schröder/Kinzig, StGB, 30. Aufl., § 46 Rn. 49; Schneider in: LKStGB, 13. Aufl., § 46 Rn. 277).

Dem wird die Strafzumessung vorliegend gerecht. Das Landgericht hat die fehlende Tatvollendung nicht unterschiedslos bei allen sieben Versuchstaten gleichermaßen als Milderungsgrund herangezogen. Es hat vielmehr ausdrücklich in jedem Einzelfall das konkrete Tatbild in den Blick genommen und unter Würdigung der jeweils strafzumessungserheblichen Umstände differenzierende Einzelstrafen verhängt. An die Formulierung der Urteilsgründe dürfen insoweit keine überhöhten Anforderungen gestellt werden. Denn wenn der Tatrichter bei der Begründung der Strafrahmensverschiebung bereits eine ausführliche Gesamtwürdigung der Tatumstände vorgenommen hat, würde sich eine erneute Würdigung bei der Strafhöhenbestimmung regelmäßig in einer bloßen Wiederholung ohne inhaltlichen Mehrwert erschöpfen. So verhält es sich hier. Eine eigenständige Bewertung hat das Landgericht für jeden Einzelfall vorgenommen. Diese mag knapp sein. Die Vornahme eines jeweils wertungsmäßig eigenständigen Zumessungsakts wird dadurch jedoch nicht in Frage gestellt.

cc) Mit der Rüge, das Landgericht habe die teilweise Rückführung der Tatbeute (Taten unter Ziffer II. 8., 9., 11. und 16.) rechtsfehlerhaft strafmildernd berücksichtigt, dringt die Staatsanwaltschaft gleichfalls nicht durch. Um welche Gegenstände es sich dabei handelt und welcher Wert diesen beizumessen ist, hat das Landgericht im Einzelnen festgestellt. Abgesehen davon, dass diesem Umstand ersichtlich nur untergeordnetes Gewicht zukam, hat das Landgericht damit die einzelnen Taten zutreffend zueinander ins Verhältnis gesetzt, um den Umfang der jeweiligen Rechtsgutsverletzung deutlich zu machen (vgl. dazu BGH, Beschlüsse vom 29. Juni 2010 - 1 StR 157/10 Rn. 12 und vom 8. August 2017 - 1 StR 671/16 Rn. 16). Wie die abgestuften Einzelstrafen zeigen, hat es dabei auch den für jeden Einzelfall im Detail festgestellten Beutewert und Sachschaden in Bedacht genommen.

dd) Zu Recht hat das Landgericht nicht strafscharfend bewertet, dass der Angeklagte die Taten beging, „um das große Geld zu machen“. Diese von der Staatsanwaltschaft vermisse Erwägung ließe vielmehr besorgen, es könne dem Angeklagten das Fehlen eines Strafmilderungsgrunds strafscharfend angelastet haben.

ee) Auch die Rüge, das Landgericht hätte straferschwerend berücksichtigen müssen, dass der Angeklagte „nur zur Begehung von Straftaten in die Bundesrepublik eingereist“ sei, verfährt nicht. Zwar ist die strafschärfende Bewertung des Umstands, dass sich der Angeklagte eigens zur Begehung von Straftaten in das Bundesgebiet begeben hatte, zulässig (vgl. BGH, Urteil vom 26. September 1989 - 1 StR 299/89 Rn. 19; Beschlüsse vom 16. März 1993 - 4 StR 602/92, BGHR StGB § 46 Abs. 2 Lebensumstände 13 und vom 22. Oktober 2019 - 4 StR 447/19). Vorliegend hat das Landgericht eben diesen Umstand im Urteil bereits einleitend besonders hervorgehoben. Der Senat schließt daher aus, dass es diesen sodann bei der Strafzumessung aus dem Blick verloren haben könnte. Um einen bestimmenden Strafzumessungsgrund, der dort ausdrücklich hätte erörtert werden müssen (§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO), handelt es sich überdies nicht.

c) Schließlich weist der Gesamtstrafenausspruch keinen Rechtsfehler zum Vor- oder zum Nachteil (§ 301 StPO) des Angeklagten auf. Die verhängte Strafe mag mit Blick auf die Vielzahl der Taten, das Tatbild - vor allem der Tat unter II. 21. - und den vergleichsweise langen Tatzeitraum eher milde bemessen sein. Von einem groben Missverhältnis zwischen Schuld und Strafe (vgl. BGH, Urteil vom 22. Juni 1988 - 3 StR 153/88, BGHR StGB § 46 Abs. 1 Beurteilungsrahmen 2) kann aber nicht gesprochen werden. Die Strafe ist nicht unvertretbar niedrig mit der Folge, dass sie ihre Bestimmung

nicht mehr erfüllen kann, gerechter Schuldausgleich zu sein (vgl. BGH, Urteile vom 17. September 1980 - 2 StR 355/80, BGHSt 29, 319, 320; vom 7. Februar 2012 - 1 StR 525/11, BGHSt 57, 123 Rn. 43 und vom 5. Mai 2022 - 3 StR 412/21 Rn. 26 mwN).