



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 StR 461/05

vom

13. Januar 2006

in der Strafsache

gegen

wegen schweren Bandendiebstahls u. a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat auf Grund der Verhandlung vom 11. Januar 2006 in der Sitzung am 13. Januar 2006, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Rissing-van Saan

und die Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Otten,
der Richter am Bundesgerichtshof
Rothfuß,
die Richterin am Bundesgerichtshof
Roggenbuck,
der Richter am Bundesgerichtshof
Dr. Appl
als beisitzende Richter,

Oberstaatsanwalt beim Bundesgerichtshof in der Verhandlung,
Staatsanwalt bei der Verkündung
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwältin
als Verteidigerin,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 29. April 2005 wird mit der Maßgabe verworfen, dass der Angeklagte im Fall II. 6. der Urteilsgründe wegen Unterschlagung in Tateinheit mit Verletzung des Briefgeheimnisses verurteilt ist.

Der Angeklagte trägt die Kosten seines Rechtsmittels.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schweren Bandendiebstahls, wegen Computerbetruges in zwölf Fällen sowie wegen Diebstahls in Tateinheit mit Verletzung des Briefgeheimnisses zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und zehn Monaten verurteilt.
- 2 Hiergegen richtet sich die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt. Sein Rechtsmittel hat - abgesehen von einer geringfügigen Schuldspruchänderung - keinen Erfolg.
 - I.
- 3 Nach den Feststellungen des Landgerichts war der Angeklagte Mitglied einer rumänischen Diebesbande und bestritt seinen Lebensunterhalt zumindest teilweise aus Straftaten.

4 Am 7. Dezember 2002 entwendeten drei Bandenmitglieder einer alten Frau in einem Lebensmittelmarkt die Geldbörse mit 100 € Bargeld sowie einer EC-Karte und übergaben letztere dem vor dem Markt in einem Pkw wartenden Angeklagten (Fall II. 1.). Wenige Minuten später hob dieser in kurzen zeitlichen Abständen an dem nächst gelegenen Geldautomaten dreimal jeweils 500 € ab (II. 2. bis 4.).

5 Am 11. Dezember 2002 hob der Angeklagte mit einer kurz zuvor in gleicher Weise entwendeten EC-Karte einen Betrag von 300 € ab (II. 5.).

6 Zum 1. September 2003 übernahm der Angeklagte als Untermieter die Wohnung des Hauptmieters J. und erhielt von diesem die Wohnungs- und Briefkastenschlüssel. In der Folgezeit öffnete der Angeklagte entgegen einer mit dem Hauptmieter getroffenen Vereinbarung dessen noch eingehende Post, darunter zwei Briefe der Postbank, die eine für J. ausgestellte Visa-Karte sowie die dazu gehörige Geheimnummer enthielten (II. 6.). Unter Einsatz der Kreditkarte hob der Angeklagte in jeweils zwei direkt aufeinanderfolgenden Vorgängen am 17., 18., 19. und 20. September 2003 insgesamt 3.300 € vom Konto des J. ab (II. 7. bis 14.).

II.

7 1. Die Verfahrensrüge, mit der die Revision die nicht vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts beanstandet, hat keinen Erfolg.

8 Die Strafkammer, der neben der Vorsitzenden zwei weitere Berufsrichter angehörten, war im vorliegenden Verfahren gemäß § 76 Abs. 2 1. Alt. GVG in der Hauptverhandlung mit zwei Berufsrichtern und mit zwei Schöffen besetzt. Der kammerinterne Geschäftsverteilungsplan für das Jahr 2005 lautete auszugsweise wie folgt:

I. Die ab 1.1.2005 ... eingehenden KLS-Sachen ... werden mit römischen Ziffern ... von der Vorsitzenden in der Reihenfolge nach dem Eingang der Akten mit Anklage bei der Vorsitzenden, die hierüber ein eigenes Register führt, ... erfasst.

Richter M. übernimmt die Berichterstattung in Verfahren mit gerader Listennummer.

Richter am Landgericht R. übernimmt die Berichterstattung in Sachen mit ungerader Listennummer.

II. Im Falle der Verhinderung ...

III. Im Falle der Über- und/oder Unterlastung ...

Noch vor Vernehmung des Angeklagten zur Sache rügte dessen Verteidigerin gemäß § 222 b StPO die nicht ordnungsgemäße Besetzung des Gerichts mit der Begründung, der kammerinterne Geschäftsverteilungsplan für das Jahr 2005 regle zwar, welcher Richter die Berichterstattung übernehme, lasse aber nicht erkennen, welche Richter im Falle der Besetzung nach § 76 Abs. 2 1. Alt. GVG in der Hauptverhandlung mitwirken.

9 Diesen Besetzungseinwand hat die Strafkammer durch Beschluss zurückgewiesen.

10 Die mit der Revision geltend gemachte Besetzungsrüge ist bereits nicht zulässig erhoben.

11 Der von der Revision mitgeteilte spruchkörperinterne Geschäftsverteilungsplan 2005 regelt die Mitwirkungsgrundsätze in den ab 1.1.2005 bei der Strafkammer mit Anklage eingegangenen Verfahren. Das hier vorliegende Verfahren ist aber bereits am 4. November 2004 bei dem Landgericht eingegangen, der Eröffnungsbeschluss und der Beschluss gemäß § 76 Abs. 2 GVG da-

tieren vom 8. Dezember 2004. Die kammerinterne Zuständigkeit für im Jahre 2004 eingegangene Verfahren bestimmt sich somit nach dem Geschäftsverteilungsplan des Jahres 2004, der von der Verteidigung weder mit dem Besetzungseinwand beanstandet wurde noch von der Revision gerügt und mitgeteilt wird. Damit ist dem Senat eine Prüfung der ordnungsgemäßen Besetzung der Strafkammer verwehrt.

12 2. Auch die Verfahrensrüge, mit der die Revision die Verletzung der §§ 249, 253 Abs. 2 StPO wegen eines "nicht ordnungsgemäß eingeführten Vorhalts" beanstandet, zeigt einen Rechtsfehler nicht auf.

13 Die Revision verkennt, dass es sich bei Vorhalten an Zeugen nicht um wesentliche Förmlichkeiten im Sinne des § 273 Abs. 1 StPO handelt, die in das Hauptverhandlungsprotokoll aufzunehmen sind (BGH NJW 2003, 597). Die Nichtprotokollierung eines Vorhalts begründet damit weder einen Rechtsfehler, noch erstreckt sich die negative Beweiskraft des Protokolls gemäß § 274 StPO auf solche nicht protokollierungsbedürftige Vorgänge. Aus dem Schweigen des Protokolls kann deshalb nicht gefolgert werden, der Haftbefehl vom 17. Mai 2004 sei dem Zeugen N. - entgegen den Urteilsfeststellungen - nicht vorgehalten worden.

III.

14 Die Sachrüge bleibt - mit Ausnahme der geringfügigen Schuldspruchänderung - ebenfalls erfolglos.

15 1. Die Annahme einer banden- und gewerbsmäßigen Begehungsweise hinsichtlich der Fälle II. 1. bis 5. lässt einen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten nicht erkennen. Die hiergegen gerichteten Angriffe der Revision erschöpfen sich weitgehend in einer vom Tatgericht abweichenden eigenen Wür-

digung, teilweise auf urteilsfremder Grundlage. Dass das Landgericht den Angeklagten nicht auch im Fall II. 5. wegen schweren Bandendiebstahls verurteilt hat, beschwert ihn nicht.

16 2. Im Fall II. 6. der Urteilsgründe hat der Senat den Schuldspruch von Diebstahl auf Unterschlagung, tateinheitlich begangen mit einer Verletzung des Briefgeheimnisses, umgestellt. Der Zeuge J. hatte nämlich nach Aushändigung von Wohnungs- und Briefkastenschlüsseln an den Angeklagten keinen Mitgewahrsam mehr an der für ihn später noch eingegangenen Post. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, weil sich der Angeklagte ersichtlich nicht anders als geschehen hätte verteidigen können.

17 Die Änderung des Schuldspruchs lässt den Einzelstrafausspruch von sechs Monaten unberührt. Auch wenn § 246 StGB im Vergleich zu § 242 StGB eine geringere Strafrahenobergrenze aufweist, schließt der Senat anhand der mitgeteilten Strafzumessungsüberlegungen aus, dass die Strafkammer, die sich ersichtlich an der Strafrahenuntergrenze orientiert hat, bei richtiger rechtlicher Bewertung für die Tat im Fall II. 6. eine noch niedrigere Einzelstrafe verhängt hätte.

18 3. Die Beurteilung der Konkurrenzen durch den Tatrichter hinsichtlich des Computerbetruges in den Fällen II. 2. bis 4., 7. bis 8., 9. bis 10., 11. bis 12. und 13. bis 14. ist zwar rechtlich nicht unbedenklich, weil bei zeitlich eng zusammenliegenden Abhebungen mit derselben Karte am selben Automaten statt Tatmehrheit auch Tateinheit in Form der natürlichen Handlungseinheit in Betracht zu ziehen ist. Die Frage kann hier aber offen bleiben, weil der Senat mit Sicherheit ausschließen kann, dass der Angeklagte durch diesen Schuldspruch beschwert ist. Eine Änderung des Konkurrenzverhältnisses lässt in aller Regel - so auch hier - den Unrechts- und Schuldgehalt unberührt (vgl. hierzu auch

BVerfG, Beschluss vom 1. März 2004 - 2 BvR 2251/03 m.w.N. sowie Senatsurteil vom 19. Oktober 2005 - 2 StR 95/05 -).

Rissing-van Saan

Otten

Rothfuß

Roggenbuck

Appl