



# BUNDESGERICHTSHOF

## BESCHLUSS

3 StR 427/09

vom  
3. November 2009  
in der Strafsache  
gegen

wegen Brandstiftung u. a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts - zu 2. auf dessen Antrag - am 3. November 2009 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 354 Abs. 1 b StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Mönchengladbach vom 23. Juni 2009 im Ausspruch über die Gesamtstrafe mit der Maßgabe aufgehoben, dass eine nachträgliche gerichtliche Entscheidung über die Gesamtstrafe nach §§ 460, 462 StPO und eine Entscheidung über die Kosten des Rechtsmittels zu treffen sind.
2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hatte den Angeklagten am 30. Mai 2008 wegen Diebstahls und Brandstiftung unter Einbeziehung einer sechsmonatigen Freiheitsstrafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Neuss vom 19. März 2007 zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und acht Monaten verurteilt. Auf die Revision des Angeklagten hob der Senat unter Verwerfung des Rechtsmittels im Übrigen dieses Urteil im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen auf und verwies die Sache insoweit zu neuer Verhandlung und Entscheidung zurück. Das Landgericht hat den Angeklagten nunmehr zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und zehn Monaten verurteilt. Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit seiner auf die Sachrüge gestützten Revision. Das Rechtsmittel hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Teilerfolg.

- 2 Das Landgericht hat für die in der Nacht vom 13./14. Oktober 2007 begangenen verfahrensgegenständlichen Taten (erneut) auf Einzelfreiheitsstrafen von einem Jahr und drei Jahren acht Monaten erkannt und hieraus die Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und zehn Monaten gebildet. An einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung nach § 55 StGB unter Einbeziehung der sechsmo- natigen Freiheitsstrafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Neuss vom 19. März 2007 in Verbindung mit dem Berufungsurteil des Landgerichts Düsseldorf vom 13. Februar 2008 hat sich das Landgericht gehindert gesehen, weil diese Strafe seit dem 5. November 2008 vollständig vollstreckt und deshalb erledigt sei. In- soweit hat das Landgericht bei Bemessung der Gesamtstrafe einen Härteaus- gleich vorgenommen.
- 3 Die Nachprüfung des Urteils hat zu den Einzelstrafausprüchen keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Beschwerdeführers ergeben. Insoweit ist das Rechtsmittel unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. Die Gesamtstrafe hält indessen rechtlicher Nachprüfung nicht stand.
- 4 Das Landgericht hat verkannt, dass bei Aufhebung einer Gesamtstrafe durch das Revisionsgericht und Zurückverweisung der Sache an das Tatgericht in der neuen Verhandlung die Gesamtstrafenbildung nach Maßgabe der Voll- streckungssituation zum Zeitpunkt der ersten tatrichterlichen Verhandlung vor- zunehmen ist, weil dem Beschwerdeführer ein früher erlangter Rechtsvorteil nicht durch sein Rechtsmittel genommen werden darf (st. Rspr.; vgl. nur BGH NStZ-RR 2008, 72; Fischer, StGB 56. Aufl. § 55 Rdn. 37 m. w. N.). Danach hät- te das Landgericht der Gesamtstrafenbildung die Vollstreckungslage am 30. Mai 2008 zu Grunde legen müssen. Zu diesem Zeitpunkt war zwar die Geldstrafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Mönchengladbach vom 16. Mai 2007 durch Vollstreckung von Ersatzfreiheitsstrafe vollständig erledigt, so dass

diese Entscheidung keine Zäsurwirkung mehr entfalten konnte. Nicht erledigt war jedoch im Zeitpunkt des Erlasses des ersten tatrichterlichen Urteils in vorliegender Sache die Strafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Neuss vom 19. März 2007. Da für die nachträgliche Gesamtstrafenbildung der Zeitpunkt des in jener Sache ergangenen Berufungsurteils als letzte tatrichterliche (Sach-)Entscheidung maßgeblich ist (vgl. Fischer aaO Rdn. 7) und die verfahrensgegenständlichen Taten vor diesem Urteil begangen wurden, hätte das Landgericht aus den im vorliegenden Fall verhängten Einzelstrafen und der sechsmonatigen Strafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Neuss vom 19. März 2007 (i. V. m. dem Berufungsurteil des Landgerichts Düsseldorf vom 13. Februar 2008) eine nachträgliche Gesamtstrafe bilden müssen.

- 5           Dieser Rechtsfehler kann sich trotz des vorgenommenen Härteausgleichs zum Nachteil des Angeklagten ausgewirkt haben und nötigt abermals zur Aufhebung der Gesamtfreiheitsstrafe.
  
- 6           Der Senat hat von der Möglichkeit des § 354 Abs. 1 b Satz 1 StPO Gebrauch gemacht.

7 Die Kosten- und Auslagenentscheidung war dem Verfahren gemäß §§ 460, 462 StPO vorzubehalten.

Becker

von Lienen

Sost-Scheible

Hubert

Schäfer