



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

3 StR 423/17

vom
17. Oktober 2017
in der Strafsache
gegen

wegen Wohnungseinbruchdiebstahls

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Beschwerdeführers und des Generalbundesanwalts - zu 2. auf dessen Antrag - am 17. Oktober 2017 gemäß § 349 Abs. 2 und 4, § 354 Abs. 1b StPO einstimmig beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Verden vom 21. November 2016 im Ausspruch über die Gesamtstrafe mit der Maßgabe aufgehoben, dass eine nachträgliche gerichtliche Entscheidung nach den §§ 460, 462 StPO, auch über die Kosten des Rechtsmittels, zu treffen ist.
2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Wohnungseinbruchdiebstahls und versuchten Wohnungseinbruchdiebstahls unter Einbeziehung der durch das Urteil des Amtsgerichts Bremen vom 3. September 2013 verhängten Einzelstrafen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und zehn Monaten verurteilt sowie hiervon wegen rechtstaatswidriger Verfahrensverzögerung zwei Monate für vollstreckt erklärt. Im Übrigen hat es ihn freigesprochen. Die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt, hat den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Teilerfolg; im Übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

2 Gegen den Schuldspruch ist sachlichrechtlich nichts zu erinnern. Die Bemessung der gegen den Angeklagten verhängten Einzelstrafen lässt hingegen Rechtsfehler erkennen; hierauf beruht das Urteil indes nicht (nachfolgend 1.). Der Gesamtstrafenausspruch kann demgegenüber keinen Bestand haben (unten 2.).

3 1. Die Strafrahmenwahl erweist sich als rechtsfehlerhaft; dies hat sich allerdings nicht zum Nachteil des Angeklagten ausgewirkt.

4 Die Strafkammer hat es zu Unrecht unterlassen, minder schwere Fälle nach § 244 Abs. 3 StGB aF zu prüfen. Sie hat die für den Wohnungseinbruchdiebstahl festgesetzte Strafe dem nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafrahmen des § 244 Abs. 1 StGB entnommen; hinsichtlich des versuchten Wohnungseinbruchdiebstahls hat sie eine doppelte Strafrahmenverschiebung gemäß §§ 21, 49 Abs. 1 StGB und § 23 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB vorgenommen.

5 a) Sieht das Gesetz den Sonderstrahmen eines minder schweren Falls vor und ist zugleich ein vertypter Milderungsgrund gegeben, so ist vorrangig der minder schwere Fall zu prüfen. Im Rahmen der dabei gebotenen Gesamtwürdigung aller strafzumessungserheblichen Umstände kann auch der vertypte Milderungsgrund - zu festgestellten sonstigen Milderungsgründen hinzutretend oder auch für sich - einen minder schweren Fall begründen. Erst wenn der Tatrichter die Anwendung des mildereren Sonderstrahmens auch unter Berücksichtigung des vertypten Milderungsgrundes nicht für gerechtfertigt hält, darf er seiner konkreten Strafzumessung den (allein) wegen dieses Milderungsgrundes herabgesetzten Regelstrahmen zugrunde legen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 11. Februar 2015 - 1 StR 629/14, NStZ 2015, 696; vom 3. März 2015 - 3 StR 612/14, juris Rn. 7; vom 4. April 2017 - 3 StR 516/16,

NStZ 2017, 524 mwN). Ist der nach § 49 Abs. 1 StGB gemilderte Strafrahmen für den Angeklagten günstiger als derjenige des minder schweren Falls, ist dies in die Gesamtwürdigung miteinzubeziehen (vgl. BGH, Beschlüsse vom 11. August 1987 - 3 StR 341/87, BGHR StGB vor § 1/minder schwerer Fall, Strafrahmenwahl 4; vom 17. Juni 2010 - 5 StR 206/10, NStZ-RR 2010, 305; Fischer, StGB, 64. Aufl., § 50 Rn. 5).

6 Entsprechendes gilt, wenn - wie hier bezüglich des versuchten Wohnungseinbruchdiebstahls - mehrere vertyppte Milderungsgründe vorliegen. Bejaht der Tatrichter unter Heranziehung eines dieser Milderungsgründe einen minder schweren Fall, so steht jeder weitere Milderungsgrund für eine Strafrahmenverschiebung nach § 49 Abs. 1 StGB zur Verfügung (vgl. zum Ganzen MüKoStGB/Miebach/Maier, 3. Aufl., § 46 Rn. 104 ff.; Schäfer/Sander/van Gemeren, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl., Rn. 1107 ff.).

7 Diese Grundsätze hat die Strafkammer nicht beachtet. Die Urteilsgründe verhalten sich nicht zu minder schweren Fällen.

8 b) Jedoch ist auszuschließen, dass die Strafkammer bei Anwendung des § 244 Abs. 3 StGB aF mildere Einzelstrafen verhängt hätte (s. § 337 Abs. 1 StPO); denn sie hat den jeweils zugrunde gelegten Strafrahmen unter Anwendung des § 49 Abs. 1 StGB den Angeklagten begünstigend fehlerhaft bestimmt:

9 aa) Hinsichtlich des Wohnungseinbruchdiebstahls ist in den Urteilsgründen mitgeteilt, der "einfach gemilderte Strafrahmen" des § 244 Abs. 1 StGB sehe eine Freiheitsstrafe von bis zu fünf Jahren und sieben Monaten (anstelle - rechnerisch zutreffend - einer solchen von bis zu sieben Jahren und sechs Monaten) vor. Für den versuchten Wohnungseinbruchdiebstahl ist der Strafrahmen bei "doppelter Strafmilderung" mit "Geldstrafe oder ... Freiheitsstrafe ... bis zu drei Jahren und sechs Monaten" (anstatt - richtigerweise - einer Freiheits-

strafe von bis zu fünf Jahren und sieben Monaten [und zwei Wochen]) angegeben.

- 10 bb) Hiernach hat sich die fehlerhafte Strafrahmenwahl auf das konkrete Strafmaß - Freiheitsstrafe von zwei Jahren für den Wohnungseinbruchdiebstahl sowie Freiheitsstrafe von einem Jahr und zwei Monaten für den versuchten Wohnungseinbruchdiebstahl - nicht zum Nachteil des Angeklagten ausgewirkt. Dabei ist für beide Taten auszuschließen, dass die Strafkammer auch ohne Hinzuziehung eines vertypen Strafmilderungsgrundes minder schwere Fälle angenommen hätte.
- 11 Der für den Wohnungseinbruchdiebstahl angewendete Strafrahmen liegt hinsichtlich des Mindestmaßes zwei Monate unter und hinsichtlich des Höchstmaßes sieben Monate über demjenigen des § 244 Abs. 3 StGB aF (Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren). Trotz der etwas höheren Obergrenze hätte die Strafkammer keine mildere Einzelstrafe verhängt, wenn sie von einem minder schweren Fall ausgegangen wäre. Eingedenk der in den Urteilsgründen angeführten gewichtigen strafschärfenden Strafzumessungsumstände folgt dies daraus, dass die Strafkammer von einer niedrigeren Untergrenze ausgegangen ist und die Strafe der unteren Hälfte des Strafrahmens entnommen hat.
- 12 Der für den versuchten Wohnungseinbruchdiebstahl angewendete Strafrahmen erweist sich als für den Angeklagten insgesamt günstiger gegenüber der Annahme eines minder schweren Falls gemäß § 244 Abs. 3 StGB aF mit einfacher Strafrahmenverschiebung im Sinne des § 49 Abs. 1 StGB (Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren und neun Monaten).

13 2. Die Urteilsgründe zur Gesamtstrafenbildung leiden an einem Darstellungsmangel, weil sie sich nicht zur Rechtskraft und zum Vollstreckungsstand einer Vorverurteilung des Angeklagten verhalten.

14 Der Angeklagte hatte die beiden abgeurteilten Taten am 6. Juli 2012 und am 7. August 2012 begangen, noch bevor das Amtsgericht Bremen ihn am 18. September 2012 wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je 8 € verurteilt hatte. Damit kommt in Betracht, dass diese Geldstrafe und die in dem angefochtenen Urteil festgesetzten Einzelfreiheitsstrafen gemäß § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB nachträglich auf eine Gesamtfreiheitsstrafe zurückzuführen sind. Das hätte zur Folge, dass der Vorverurteilung vom 18. September 2012 - zumindest teilweise - Zäsurwirkung für die in dem Urteil des Amtsgerichts Bremen vom 3. September 2013 wegen vorsätzlichen Fahrens ohne Fahrerlaubnis in vier Fällen verhängten Einzelfreiheitsstrafen von jeweils fünf Monaten zukäme, mit denen die Strafkammer nachträglich eine Gesamtfreiheitsstrafe gebildet hat. Jedenfalls eine der dort abgeurteilten Taten beging der Angeklagte nach dem 18. September 2012; Weiteres ist in den Urteilsgründen nicht mitgeteilt.

15 Durch die möglicherweise rechtsfehlerhaft gebildete Gesamtstrafe ist der Angeklagte auch beschwert. Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts führte eine Gesamtstrafenbildung mit der Geldstrafe aus der Vorverurteilung vom 18. September 2012 nicht zwangsläufig zu einem größeren Gesamtstrafübel. Denn entweder könnte die mit Urteil vom 3. September 2013 verhängte Gesamtfreiheitsstrafe von zehn Monaten bei Strafaussetzung zur Bewährung unangetastet bleiben; oder die ihr zugrundeliegenden Einzelstrafen müssten teilweise in diese neue Gesamtstrafenbildung miteinbezogen werden,

wobei nicht ausgeschlossen werden kann, dass das Gesamtstrafübel zusammengekommen zwei Jahre und zehn Monate nicht übersteigt.

- 16 Über die Gesamtstrafe ist daher nochmals zu befinden, wobei der Senat von der durch § 354 Abs. 1b Satz 1 StPO eröffneten Möglichkeit Gebrauch macht, die Entscheidung dem Nachverfahren gemäß §§ 460, 462 StPO zuzuweisen. Dabei wird die nunmehr zur Entscheidung berufene Strafkammer zu beachten haben, dass insoweit der Vollstreckungsstand der gegen den Angeklagten ergangenen früheren Urteile zum Zeitpunkt der Verkündung des angefochtenen Urteils (21. November 2016) maßgeblich (s. nur BGH, Beschlüsse vom 5. Juli 2011 - 3 StR 188/11, juris Rn. 5; vom 10. Januar 2017 - 3 StR 497/16, NStZ-RR 2017, 169) und im Fall einer vom Ersturteil abweichenden Gesamtstrafenbildung auch Augenmerk auf das Verschlechterungsverbot des § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO zu richten ist (zuletzt etwa BGH, Beschluss vom 8. Juni 2016 - 4 StR 73/16, NStZ-RR 2016, 275, 276).

Becker

Gericke

Spaniol

Tiemann

Berg