



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

5 StR 553/18
(alt: 5 StR 465/15)

vom
23. Januar 2019
in der Strafsache
gegen

wegen versuchten Totschlags u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 23. Januar 2019 gemäß § 349 Abs. 2 und 4 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Dresden vom 18. Mai 2018 im Ausspruch über die Gesamtfreiheitsstrafe aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Schwurgerichtskammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

Gründe:

1 Das Landgericht hatte den Angeklagten mit Urteil vom 19. Mai 2015 wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hatte der Senat dieses Urteil insgesamt mit den Feststellungen aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Schwurgerichtskammer des Landgerichts zurückverwiesen (BGH, Urteil vom 16. Februar 2016 – 5 StR 465/15, NStZ 2016, 405).

2 Das Landgericht hat den Angeklagten nunmehr wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung unter Einbeziehung einer Geldstrafe aus dem Strafbefehl des Amtsgerichts Riesa vom 25. Juli 2017

zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verurteilt. Weiter hat es ausgesprochen, dass davon drei Monate wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung als vollstreckt gelten. Mit seiner Revision rügt der Angeklagte die Verletzung materiellen Rechts.

3 Die Sachrüge führt zur Aufhebung der Gesamtfreiheitsstrafe; das weitergehende Rechtsmittel ist unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

4 1. Die Gesamtfreiheitsstrafe hat keinen Bestand, weil die als Schwurgericht tätige Jugendkammer zu Unrecht mit der Strafe aus dem Strafbefehl des Amtsgerichts Riesa vom 25. Juli 2017 nachträglich eine Gesamtstrafe gemäß § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB gebildet hat.

5 a) Das Landgericht hat verkannt, dass nach Aufhebung eines Urteils und Zurückverweisung der Sache an das Tatgericht für die Prüfung einer Gesamtstrafenbildung der Vollstreckungsstand der gegen den Angeklagten ergangenen früheren Urteile zum Zeitpunkt der (ersten) ursprünglich angefochtenen Entscheidung (hier: das Urteil des Landgerichts vom 19. Mai 2015) maßgeblich ist (st. Rspr., vgl. nur BGH, Beschlüsse vom 28. Oktober 2008 – 5 StR 493/08, NStZ-RR 2009, 44; vom 20. Dezember 2011 – 3 StR 374/11, NStZ-RR 2012, 106; vom 19. Februar 2014 – 2 StR 558/13, BGHR StGB § 55 Abs. 1 Satz 2 Sachentscheidung 1; vom 10. Januar 2017 – 3 StR 497/16, NStZ-RR 2017, 169 mwN). Dieser Grundsatz ist nicht auf die Fälle beschränkt, in denen die Urteilsaufhebung gerade wegen fehlerhaft unterbliebener nachträglicher Gesamtstrafenbildung erfolgt ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 21. August 2001 – 5 StR 291/01, BGHR StGB § 55 Abs. 1 Satz 1 Erledigung 2; vom 9. Juli 2004 – 2 StR 170/04, BGHR StGB § 55 Abs. 1 Einbeziehung 9). Er gilt etwa auch, wenn das erste Urteil auf die Revision der Staatsanwaltschaft insgesamt aufge-

hoben worden ist (vgl. BGH, Beschluss vom 22. August 2013 – 3 StR 141/13, StraFo 2013, 474, 475). Durch die Maßgeblichkeit des Zeitpunktes der ersten Hauptverhandlung für die Beurteilung einer Gesamtstrafenfähigkeit von Strafen aus früherer Verurteilung soll ein Angeklagter möglichst so gestellt werden, wie er bei von vornherein rechtsfehlerfreier Beurteilung der Strafsache gestanden hätte. Er soll dabei – wie auch sonst – bei der Entscheidung über eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung gemäß § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB weder ungerichtlich benachteiligt noch bevorzugt werden (vgl. BGH, Urteil vom 9. Dezember 2009 – 5 StR 459/09, BGHR StGB § 55 Abs. 1 Satz 1 Erledigung 4).

6 b) Danach schied hier eine Gesamtstrafenbildung mit einer Strafe aus, die erst am 25. Juli 2017 und damit nach dem Zeitpunkt des ersten Urteils des Landgerichts vom 19. Mai 2015 verhängt wurde. Auch bezogen auf diesen Zeitpunkt gab es keine einbeziehungsfähigen Strafen, weil die Geldstrafen aus den früheren Strafbefehlen des Amtsgerichts Riesa vom 5. Juni und 21. August 2014, bei denen die Prüfung einer Gesamtstrafenfähigkeit im Hinblick auf die hier zu ahndende verfahrensgegenständliche Tat vom 8. Mai 2013 überhaupt nur hätte in Betracht kommen können, bereits durch Vollstreckung erledigt waren.

7 2. Von seinem unzutreffenden rechtlichen Ausgangspunkt aus folgerichtig hat das Landgericht auch einen Härteausgleich in Bezug auf die Strafe aus dem früheren Strafbefehl des Amtsgerichts Riesa vom 5. Juni 2014 abgelehnt. Das neue Tatgericht wird die entsprechende Prüfung nachzuholen haben.

8 3. Die Kompensationsentscheidung ist rechtsfehlerfrei. Da sie eine rein am Entschädigungsgedanken orientierte eigene Rechtsfolge neben der Straf-

zumessung darstellt, bleibt sie von der Aufhebung des Gesamtstrafenaus-
spruchs unberührt (vgl. BGH, Urteil vom 27. August 2009 – 3 StR 250/09,
BGHSt 54, 135, 138).

- 9 4. Da sich das Verfahren nur noch gegen den erwachsenen Angeklagten
richtet, verweist der Senat die Sache an eine Schwurgerichtskammer zurück.

VRiBGH Dr. Mutzbauer
ist urlaubsbedingt an der
Unterschrift gehindert.
Sander

Sander

Schneider

Berger

RiBGH Prof. Dr. Mosbacher
ist urlaubsbedingt an der
Unterschrift gehindert.
Sander