



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

5 StR 44/21

vom
27. April 2021
in der Strafsache
gegen

wegen Diebstahls u.a.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 27. April 2021 gemäß § 349 Abs. 2, § 154 Abs. 2 und entsprechend § 354 Abs. 1 StPO beschlossen:

1. Auf die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 5. November 2020 wird
 - a) das Verfahren eingestellt, soweit der Angeklagte im Fall 4 der Urteilsgründe verurteilt worden ist; insoweit fallen die Kosten des Verfahrens und die dem Angeklagten entstandenen notwendigen Auslagen der Staatskasse zur Last;
 - b) das vorbenannte Urteil im Schuldspruch dahin geändert, dass der Angeklagte des Diebstahls oder der Hehlerei, des Diebstahls in Tateinheit mit Hausfriedensbruch und des Diebstahls schuldig ist.
2. Die weitergehende Revision des Angeklagten wird verworfen.
3. Der Beschwerdeführer hat die verbleibenden Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Hehlerei, Diebstahls in Tateinheit mit Hausfriedensbruch, Diebstahls und Urkundenfälschung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren verurteilt und eine Einziehungsentscheidung getroffen. Die auf die Sachrüge gestützte Revision des Angeklagten führt zu einer Teileinstellung des Verfahrens und zu der aus der Beschlussformel ersichtlichen Schuldspruchänderung; im Übrigen erweist sich das Rechtsmittel als unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

2 1. Auf Antrag des Generalbundesanwalts stellt der Senat das Verfahren aus prozessökonomischen Gründen gemäß § 154 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StPO ein, soweit der Angeklagte im Fall 4 wegen Urkundenfälschung verurteilt worden ist.

3 Trotz des Wegfalls der für diesen Fall verhängten Einzelfreiheitsstrafe von vier Monaten kann der Gesamtstrafenausspruch bestehen bleiben. Der Senat schließt angesichts der Einsatzstrafe von zwei Jahren und neun Monaten und zweier weiterer Einzelstrafen von sechs Monaten aus, dass das Landgericht ohne die weggefallene Einzelstrafe auf eine geringere Gesamtfreiheitsstrafe erkannt hätte.

4 2. Der Schuldspruch im Fall 1 der Urteilsgründe bedarf der Korrektur (§ 354 Abs. 1 StPO entsprechend).

5 In diesem Fall hat das Landgericht den Angeklagten im Wege der Postpendenzfeststellung wegen Hehlerei zu einer Freiheitsstrafe von sechs Monaten verurteilt. Eine solche Postpendenz zwischen einem Diebstahl und einer Erwerbshehlerei liegt indes nur dann vor, wenn die Voraussetzungen der späteren Hehlerei zweifelsfrei erfüllt sind. Es muss daher sicher festgestellt sein, dass der

Angeklagte das Hehlgut von einem anderen erhielt, also ausgeschlossen sein, dass der Angeklagte die gestohlenen Gegenstände unmittelbar durch die Vortat selbst erlangte (BGH, Urteil vom 25. Oktober 2017 – 2 StR 495/12, NStZ-RR 2018, 47 mwN).

6 Solche Feststellungen hat das Landgericht hier nicht getroffen. Es hat vielmehr eine – nicht näher konkretisierte – Beteiligung des Angeklagten an der Diebstahlstat ausdrücklich für möglich gehalten. Von einer „eigenhändigen“ Mitwirkung des Angeklagten an der Vortat hat es sich zwar nicht sicher überzeugen, diese aber auch nicht ausschließen können. Damit im Einklang hat es festgestellt, dass der Angeklagte zwischen dem 22. April 2020 – dem Tag des Diebstahls – und dem 19. Mai 2020 in den Besitz des gestohlenen Notebooks gelangte, mithin entweder bei der Vortat selbst oder in der Folgezeit. Soweit das Landgericht in der rechtlichen Würdigung darauf abgestellt hat, es könne sicher festgestellt werden, dass der Angeklagte das „zuvor“ entwendete Notebook erhalten habe, ist damit – wie aus den folgenden Ausführungen ersichtlich – nichts anderes gemeint.

7 Damit liegen nach den landgerichtlichen Feststellungen die Voraussetzungen einer Wahlfeststellung vor. Zwar fehlt es zwischen schwerem Wohnungseinbruchdiebstahl und Hehlerei an der erforderlichen rechtsethischen und normpsychologischen Vergleichbarkeit; zwischen dem enthaltenen einfachen Diebstahl und Hehlerei ist dagegen Wahlfeststellung möglich (vgl. BGH, Urteil vom 8. Mai 2008 – 3 StR 53/08, NStZ 2008, 646). Der Senat stellt daher den Schuldspruch im Fall 1 der Urteilsgründe dahin um, dass der Angeklagte des Diebstahls oder der Hehlerei – beides von der Anklage umfasst – schuldig ist. § 265 StPO steht nicht entgegen, weil sich der Angeklagte nicht wirksamer als geschehen hätte verteidigen können.

8 Soweit das Landgericht die Einzelstrafe im Fall 1 dem Strafraumen des § 259 Abs. 1 StGB entnommen hat, erweist sich dies auch bei einer wahldeutigen Verurteilung als im Ergebnis richtig. In Fällen der Wahlfeststellung ist von den in Betracht kommenden Strafraumen derjenige anzuwenden, der konkret die mildeste Strafe zulässt (BGH, Beschluss vom 19. Januar 2000 – 3 StR 500/99, NStZ 2000, 473 mwN). Das war hier nach den konkreten Umständen der Strafraumen des § 259 Abs. 1 StGB.

Cirener

Berger

Mosbacher

Köhler

Resch

Vorinstanz:

Landgericht Hamburg, 05.11.2020 - 612 KLs 15/20 6700 Js 166/20 6700 Js 166/20