

HRRS-Nummer: HRRS 2015 Nr. 695

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2015 Nr. 695, Rn. X

BGH 3 StR 113/15 - Beschluss vom 9. Juni 2015 (LG Stade)

Subsidiarität der Unterschlagung bei einem durch dieselbe Tat verwirklichten Diebstahl (vorgetäuschter Raub; Alleingewahrsam); Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes (Zulässigkeit der Rüge; Verlesung eines Attests; Erforderlichkeit der Vernehmung des Zeugen; Einverständnis; fehlender Gerichtsbeschluss; Kenntnis der Verfahrensbeteiligten von Grund und Umfang der Verlesung; Anordnung durch den Vorsitzenden; Beruhen).

§ 242 StGB; § 246 StGB; § 251 StPO; § 337 StPO

Leitsätze des Bearbeiters

1. Werden bei einem vorgetäuschten Überfall auf eine Tankstelle Gegenstände entwendet, an denen der in die Tat eingeweihte Kassierer Alleingewahrsam hat (hier: Bargeld), sowie solche, bzgl. derer dies nicht der Fall ist (hier: Zigaretten), steht einer Verurteilung wegen der durch die Zueignung jener Gegenstände verwirklichten Unterschlagung die Subsidiaritätsklausel (§ 246 Abs. 1 StGB) entgegen.

2. Ein Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen § 251 Abs. 4 S. 1 StPO (hier: durch die fehlende Anordnung der Verlesung eines ärztlichen Attests im Beschlusswege) kann ausgeschlossen sein, wenn den Verfahrensbeteiligten Grund und Umfang der Verlesung bekannt und damit die der Anordnung der Verlesung zu Grunde liegenden Erwägungen rechtlich überprüfbar sind. Wird die Verlesung lediglich durch den Vorsitzenden angeordnet, muss hinzukommen, dass die persönliche Vernehmung der Person, von der die Erklärung stammt, nicht zur weiteren Aufklärung hätte beitragen können.

Entscheidungstenor

Auf die Revisionen der Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Stade vom 9. Oktober 2014 im Schuldspruch dahin geändert, dass sie im Fall B. I. der Urteilsgründe jeweils nur des Diebstahls schuldig sind; die tateinheitliche Verurteilung wegen Unterschlagung entfällt.

Die weitergehenden Revisionen werden verworfen.

Jeder Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels und die der Nebenklägerin im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagten jeweils wegen schweren Raubes in zwei Fällen sowie wegen Diebstahls in Tateinheit mit Unterschlagung zu Gesamtfreiheitsstrafen von zwei Jahren und sechs Monaten (Angeklagter W.), vier Jahren und drei Monaten (Angeklagter R.) und drei Jahren und sechs Monaten (Angeklagter H.) verurteilt. Dagegen wenden sich die Beschwerdeführer mit ihren jeweils auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revisionen; der Angeklagte W. beanstandet darüber hinaus das Verfahren. Die Rechtsmittel haben nur den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen geringfügigen Erfolg; im Übrigen sind sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO.

1. Im Fall B. I. der Urteilsgründe hält der Schuldspruch rechtlicher Prüfung nicht stand, soweit die Angeklagten tateinheitlich zu der rechtlich zutreffenden Verurteilung wegen Diebstahls auch der Unterschlagung schuldig gesprochen worden sind.

a) Hierzu hat das Landgericht festgestellt, dass die Angeklagten und der Nichtrevident B., der Angestellter bei einer Tankstelle war, übereinkamen, einen Raubüberfall auf die Tankstelle vorzutäuschen. Die den vorgetäuschten Überfall ausführenden Angeklagten R. und H. entwendeten in erheblichem Umfang Zigaretten aus den Regalen der Tankstelle und nahmen im Einverständnis mit dem Nichtrevidenten die Wechselgeldkasse mit, die 350 € Bargeld enthielt.

b) Zwar ist die Annahme nicht zu beanstanden, dass der Nichtrevident B., der als Angestellter während der Dauer seiner Schicht verantwortlich für die Wechselgeldkasse war, als Kassenverwalter Alleingewahrsam an dem in der

Kasse befindlichen Bargeld hatte (vgl. BGH, Beschluss vom 13. Juli 1988 - 3 StR 115/88, BGHR StGB § 246 Abs. 1 Alleingewahrsam 1 mwN) und dass deshalb insoweit - anders als hinsichtlich der durch die gleiche Tat erbeuteten Zigaretten - eine Verurteilung wegen Diebstahls mangels Gewahrsamsbruchs nicht in Betracht kommt. Der Verurteilung auch wegen Unterschlagung steht indes die Subsidiaritätsklausel des § 246 Abs. 1 StGB entgegen, nach der dieser Tatbestand zurücktritt, wenn der Täter sich durch die Tat zugleich auch nach einer anderen Vorschrift strafbar gemacht hat und diese nach der im konkreten Fall anzuwendenden gesetzlichen Strafdrohung eine Höchststrafe von mehr als drei Jahren Freiheitsstrafe vorsieht (BGH, Beschluss vom 24. Juli 2014 - 3 StR 188/14, juris Rn. 2). Dies ist hier der Fall, weil die Höchststrafe des durch dieselbe Tat verwirklichten Tatbestands des Diebstahls (an den Zigaretten) gemäß § 242 Abs. 1 StGB fünf Jahre Freiheitsstrafe beträgt.

c) Die Änderung der Schuldsprüche lässt die in diesem Fall verhängten Einzelstrafen unberührt. Das Landgericht hat in der Strafzumessung ausdrücklich nicht straferschwerend berücksichtigt, dass die Angeklagten tateinheitlich zu dem Diebstahl noch eine Unterschlagung begangen hätten. 5

2. Die weitergehenden Revisionen der Angeklagten sind - wie in den Antragsschriften des Generalbundesanwalts dargelegt - unbegründet. Der näheren Erörterung bedarf nur Folgendes: 6

Die Verfahrensbeanstandung, mit der der Angeklagte W. die Verlesung eines die Nebenklägerin S. betreffenden Attests als Verletzung des Unmittelbarkeitsgrundsatzes rügt, hat keinen Erfolg. 7

a) Wie der Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführt hat, wird ein Verfahrensfehler nicht bestimmt behauptet, soweit die Revision beanstandet, die Voraussetzungen des § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO hätten nicht vorgelegen. Mit dem Revisionsvorbringen, es sei „fraglich, ob vorliegend überhaupt von Einverständnis ausgegangen werden kann“, sowie, das Protokoll vermerke zwar, dass die Prozessbeteiligten keine Bedenken gegen die Verlesung erhoben hätten, damit sei dem Erfordernis einer Einverständniserklärung aber nicht Genüge getan, macht der Beschwerdeführer zum einen nicht in bestimmter Weise geltend, dass die erforderlichen Einverständniserklärungen nicht abgegeben worden seien, und rügt zum anderen letztlich nur, dass sich das Einverständnis nicht aus dem Protokoll ergebe. Das genügt zur zulässigen Erhebung der Rüge nicht (LR/Sander/Cirener, StPO, 26. Aufl., § 251 Rn. 94 mwN). 8

b) Zulässig ist die Beanstandung aber insoweit erhoben, dass ein Verstoß gegen § 251 Abs. 4 Satz 1 StPO vorliegt, weil das Landgericht die (einverständliche) Verlesung des Attests nicht durch einen Gerichtsbeschluss angeordnet hat. Auf diesem Rechtsfehler beruht das Urteil indes nicht. Insoweit gilt: 9

Der Beschluss im Sinne von § 251 Abs. 4 Satz 1 StPO dient der Unterrichtung der Verfahrensbeteiligten über den Grund der Verlesung und der eindeutigen Bestimmung ihres Umfangs. Entscheidet - wie hier - ein Kollegialgericht, soll er zudem unter Beachtung der Aufklärungspflicht die Meinungsbildung des gesamten Gerichts und nicht nur des Vorsitzenden über das einzuschlagende Verfahren sicherstellen und insbesondere den Schöffen im Hinblick auf den Grundsatz der Unmittelbarkeit den Ausnahmecharakter der Verlesung deutlich machen. Entscheidend ist insoweit, ob die persönliche Vernehmung des Zeugen zur weiteren Aufklärung erforderlich ist oder ob die Verlesung der Niederschrift genügt (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2011 - 4 StR 583/10, BGHR StPO § 251 Abs. 4 Gerichtsbeschluss 6 mwN). 10

Das Beruhen eines Urteils auf einem nicht ergangenen oder nicht begründeten Gerichtsbeschluss kann ausscheiden, wenn den Verfahrensbeteiligten Grund und Umfang der Verlesung bekannt und damit die der Anordnung der Verlesung zu Grunde liegenden Erwägungen rechtlich überprüfbar sind (BGH aaO). Wird die Verlesung lediglich durch den Vorsitzenden angeordnet, muss hinzukommen, dass die persönliche Vernehmung der Person, von der die Erklärung stammt, nicht zur weiteren Aufklärung hätte beitragen können (LR/Sander/Cirener, aaO, § 251 Rn. 81 mwN; BGH, Urteil vom 21. September 2000 - 1 StR 634/99, juris Rn. 6). 11

Hier übergab der Beistand der Nebenklägerin das Attest im Kontext mit dem Verfahrensgeschehen, das letztlich im Verzicht aller Verfahrensbeteiligten auf die Vernehmung der Nebenklägerin als Zeugin mündete. In diesem Zusammenhang stellte der Nebenklagevertreter auch den Antrag auf Verlesung des Attests, gegen den ausweislich des Protokolls von den Verteidigern keine Bedenken erhoben wurden. Danach konnte als Verlesungsgrund nur ein Einverständnis im Sinne von § 251 Abs. 1 Nr. 1 StPO in Betracht kommen; eine Verlesung nach § 256 Abs. 1 StPO schied ersichtlich aus. Auch über den Umfang der Verlesung konnte angesichts der überschaubaren Länge des Attests keine Unklarheit bestehen. Der Senat kann zudem ausschließen, dass es durch die Vernehmung der Ärztin der Nebenklägerin, die das Attest nur zwei Tage vor dem Hauptverhandlungstag, an dem es verlesen worden ist, ausgestellt hatte, mit Blick auf das Beweisthema - aktuelle Beschwerden der Nebenklägerin und Wiederherstellung ihrer teilweisen Arbeitsfähigkeit nach einer durch den Überfall ausgelösten posttraumatischen Belastungsstörung - zu einer weiteren Aufklärung gekommen wäre. 12

Soweit die Revision im Rahmen der von ihr erhobenen - wie der Generalbundesanwalt zutreffend ausgeführt hat, 13
unzulässigen - Aufklärungsrüge geltend macht, die Ärztin hätte nähere Angaben zu einer bei der Nebenklägerin
bestehenden Vorerkrankung machen können, führt das zu keiner anderen Bewertung: Dass die Nebenklägerin bereits
vor dem Überfall in psychologischer Behandlung war, hat die Strafkammer ausdrücklich festgestellt. Diesen Umstand
hat das Landgericht im Rahmen der Strafzumessung auch zu Gunsten der Angeklagten berücksichtigt. Der Senat
schließt deshalb aus, dass die Strafkammer, hätte sie die Ärztin zur Vorerkrankung der Nebenklägerin vernommen, im
Fall B. II. der Urteilsgründe eine mildere Einzelstrafe gegen den Beschwerdeführer verhängt hätte.