

**HRRS-Nummer:** HRRS 2011 Nr. 545

**Bearbeiter:** Karsten Gaede

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2011 Nr. 545, Rn. X

---

**BGH 4 StR 651/10 - Beschluss vom 24. Februar 2011 (LG Dortmund)**

**Postpendenzfeststellung und Wahlfeststellung (Mittäterschaft zum Diebstahl und Hehlerei).**

**§ 1 StGB; § 261 StPO; § 242 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 259 StGB**

**Leitsätze des Bearbeiters**

**1. Bei einer Fallgestaltung der Nichterweislichkeit der Mittäterschaft bei der Vortat und der zweifelsfreien Feststellung einer Hehlereihandlung ist eine Verurteilung wegen der dem Diebstahl folgenden "Nachtat" der Hehlerei im Wege der Postpendenzfeststellung möglich und geboten (BGHR vor § 1/Wahlfeststellung Postpendenz 3).**

**2. Auf die Postpendenzfeststellung finden die Grundsätze der Wahlfeststellung Anwendung, bei der die Strafe dem Gesetz entnommen werden muss, das die auf Grund konkreter Betrachtung zu ermittelnde mildeste Strafe zulässt (BGH NStZ 2000, 473, 474).**

**Entscheidungstenor**

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Dortmund vom 23. April 2010, soweit es ihn betrifft,

a) in der Urteilsformel dahin ergänzt, dass der Angeklagte im Übrigen freigesprochen wird und dass die Staatskasse insoweit die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeklagten trägt;

b) aufgehoben in den Aussprüchen über

aa) die in den Fällen II.1, II.2, II.5, II.7, II.8, II.18, II.29 und II.33 der Urteilsgründe verhängten Einzelstrafen,

bb) die Gesamtstrafe.

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

3. Die weiter gehende Revision wird verworfen.

**Gründe**

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schweren Bandendiebstahls in 13 Fällen, wegen "gewerbsmäßigen Diebstahls" in einem weiteren Fall sowie wegen gewerbsmäßiger Hehlerei in acht Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von vier Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt, hat in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. 1

1. Der Schuldspruch wegen gewerbsmäßiger Hehlerei in den Fällen II.1, II.2, II.5, II.7, II.8, II.18, II.29 und II.33 der Urteilsgründe ist frei von den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehlern. 2

a) Das Landgericht hat sich in diesen Fällen rechtsfehlerfrei davon überzeugt, dass der Angeklagte G. - was vom konkreten Anklagesatz der Anklageschrift der Staatsanwaltschaft Dortmund vom 11. Mai 2009 umfasst ist - jeweils zuvor auf einem Gelände der V. AG gestohlenes Buntmetall im Interesse der Mitangeklagten an Schrotthändler veräußerte. Eine - ihm mit der Anklageschrift jeweils als mittäterschaftlich begangener schwerer Bandendiebstahl zur 3

Last gelegte - "Beteiligung" (etwa UA 27) bzw. "Mitwirkung" (etwa UA 30) an den Diebstählen hat es dagegen nicht bzw. "nicht sicher" (etwa UA 30) feststellen können.

b) Bei einer derartigen Fallgestaltung der Nichterweislichkeit der Mittäterschaft bei der Vortat und der zweifelsfreien 4  
Feststellung einer Hehlereihandlung ist eine Verurteilung wegen der dem Diebstahl folgenden "Nachtat" der Hehlerei im  
Wege der Postpendenzfeststellung möglich und geboten (vgl. BGH, Urteil vom 14. September 1989 - 4 StR 170/89,  
BGHR vor § 1/Wahlfeststellung Postpendenz 3).

c) Da Gegenstand der Anklage in den Fällen II.1, II.2, II.5, II.7, II.8, II.18, II.29 und II.33 jeweils zwei Taten waren, nämlich 5  
das Diebstahls geschehen in der Nacht und der Verkauf der Beute am folgenden Tag, eine Beteiligung des Angeklagten  
G. an den Diebstahlstaten aber nicht nachgewiesen werden konnte, war er insoweit freizusprechen (vgl. BGH, Urteil  
vom 21. Juni 1995 - 2 StR 157/95; Beschluss vom 14. Juli 1998 - 4 StR 214/98, NStZ 1998, 635, zur Erforderlichkeit  
eines Teilfreispruchs bei eindeutiger Verurteilung nach Anklage von Alternativtaten). Dies holt der Senat nach.

2. Die Einzelstrafen in den Fällen II.1, II.2, II.5, II.7, II.8, II.18, II.29 und II.33 haben jedoch keinen Bestand. 6

Auf die Postpendenzfeststellung finden die Grundsätze der Wahlfeststellung Anwendung (vgl. LK-Dannecker, StGB, 12. 7  
Aufl. Anh. § 1, Rn. 104), bei der die Strafe dem Gesetz entnommen werden muss, das die - aufgrund konkreter  
Betrachtung zu ermittelnde - mildeste Strafe zulässt (BGH, Beschluss vom 19. Januar 2000 - 3 StR 500/99, NStZ  
2000, 473, 474). Da das Landgericht für die genannten Taten rechtsfehlerfrei eine bandenmäßige Verbindung zwischen  
dem Angeklagten G. und den Mitangeklagten verneint hat, wäre bei erwiesener Mittäterschaft an den Diebstählen die  
Strafe aus § 243 Abs. 1 StGB zu schöpfen gewesen, der einen Strafraum von drei Monaten bis zu zehn Jahren  
Freiheitsstrafe eröffnet. Das Landgericht ist jedoch vom Strafraum des § 260 Abs. 1 StGB ausgegangen, der bei  
gleicher Strafobergrenze eine Mindeststrafe von sechs Monaten vorsieht. Es hat sich bei der Strafzumessung auch an  
dieser Mindeststrafe orientiert. Der Senat kann daher nicht mit der erforderlichen Sicherheit ausschließen, dass die  
Einzelstrafen in den Fällen II.1, II.2, II.5, II.7, II.8, II.18, II.29 und II.33 noch niedriger ausgefallen wären, wenn das  
Landgericht den zutreffenden Strafraum zugrunde gelegt hätte.

3. Wegen der Aufhebung der genannten Einzelstrafen hat auch die Gesamtstrafe keinen Bestand. 8

4. Die der Strafbemessung zugrunde liegenden Feststellungen sind von dem aufgezeigten Rechtsfehler unberührt; sie 9  
können deshalb bestehen bleiben.

Dies schließt nicht aus, dass der neue Tatrichter ergänzende Feststellungen trifft; diese dürfen den bisherigen nicht 10  
widersprechen.

5. Der Senat weist darauf hin, dass der den Angeklagten G. betreffende Fall 19 der Anklageschrift vom 11. Mai 2009 11  
noch beim Landgericht anhängig ist. Er ist weder Gegenstand des angefochtenen Urteils noch des Beschlusses vom  
14. April 2010 (PB 92) über die Einstellung des Verfahrens wegen einzelner Tatvorwürfe gemäß § 154 Abs. 2 StPO (vgl.  
BGH, Beschlüsse vom 11. November 1993 - 4 StR 629/93, BGHR StPO § 352 Abs. 1 Prüfungsumfang 4; vom 16.  
März 2010 - 4 StR 48/10, NStZ-RR 2010, 251).