

HRRS-Nummer: HRRS 2016 Nr. 120

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2016 Nr. 120, Rn. X

## BGH 5 StR 485/15 - Beschluss vom 13. Januar 2016 (LG Cottbus)

**Teilfreispruch bei abweichender konkurrenzrechtlicher Beurteilung der angeklagten Taten; rechtsfehlerhafte Gesamtstrafenbildung.**

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 55 StGB; § 260 StPO

### Entscheidungstenor

Auf die Revision des Angeklagten R. wird das Urteil des Landgerichts Cottbus vom 30. Januar 2015 im Ausspruch über die Gesamtfreiheitsstrafe von neun Jahren mit der Maßgabe aufgehoben, dass insoweit und unter Einbeziehung der weiteren Freiheitsstrafe von einem Jahr eine nachträgliche gerichtliche Entscheidung über die Bildung einer Gesamtstrafe nach den §§ 460, 462 StPO zu treffen ist; die Gesamtfreiheitsstrafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Cottbus vom 3. Juli 2012 - 73 Ds 433/11 - bleibt bestehen.

Die weitergehende Revision des Angeklagten R. sowie die Revisionen der Angeklagten F., B. und W. gegen das vorgenannte Urteil werden nach § 349 Abs. 2 StPO mit der Maßgabe (§ 349 Abs. 4 StPO) verworfen, dass die Angeklagten im Übrigen auf Kosten der Staatskasse freigesprochen werden.

Die Angeklagten haben jeweils die verbleibenden Kosten ihres Rechtsmittels und die dem Nebenkläger hierdurch entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

### Gründe

Das Landgericht hat die Angeklagten F., B. und W. jeweils wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung (Tatzeit: 30./31. Dezember 2011) zu (Gesamt-)Freiheitsstrafen von acht bis neun Jahren verurteilt, den Angeklagten R. darüber hinaus wegen eines Waffendelikts (Tatzeit: 17. Januar 2012) unter Auflösung der Gesamtfreiheitsstrafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Cottbus vom 3. Juli 2012 - 73 Ds 433/11 - und Einbeziehung der „dortigen Einzelstrafen“ zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von neun Jahren. Wegen eines weiteren Waffendelikts (Tatzeit: 14. August 2012) hat das Landgericht den Angeklagten R. zu einer (weiteren) Freiheitsstrafe von einem Jahr verurteilt. Die - im Wesentlichen unbegründeten (§ 349 Abs. 2 StPO) - Revisionen der Angeklagten haben lediglich im Umfang der Beschlussformel Erfolg.

1. Nach den Feststellungen zu der Tat vom 30./31. Dezember 2011 führten die Angeklagten gemeinsam mit weiteren Mitgliedern eines Motorradclubs einen wenige Minuten dauernden „Rundgang“ in einer Diskothek durch, um dort „Präsenz“ zu zeigen. Nach Verlassen der Diskothek schlugen und traten die Angeklagten gemeinsam mit weiteren Tätern auf den Nebenkläger, einen unbeteiligten 16-jährigen Passanten, ein, den sie fälschlicherweise für ein Mitglied eines verfeindeten Motorradclubs hielten; der Angeklagte W. stach überdies mit einem Messer auf den Nebenkläger ein, der lebensbedrohliche Verletzungen erlitt.

2. Die Revisionen der Angeklagten sind insoweit begründet, als ein Teilfreispruch geboten war. Mit der Anklage war allen Angeklagten zur Last gelegt worden, mit ihrem „Rundgang“ durch die Diskothek einen schweren Hausfriedensbruch in Tateinheit mit räuberischer Erpressung (bezüglich des von ihnen nicht entrichteten Eintrittspreises) begangen zu haben, der in Tatmehrheit zu dem versuchten Tötungsdelikt stehe. Das Landgericht ist demgegenüber von einem insgesamt einheitlichen Lebenssachverhalt (§ 52 StGB) ausgegangen und zu dem Ergebnis gelangt, dass die Tatbestände des schweren Hausfriedensbruchs und der räuberischen Erpressung nicht erfüllt seien. Eine Verurteilung wegen eines „allenfalls“ verwirklichten (einfachen) Hausfriedensbruchs (§ 123 StGB) scheitere schon am Fehlen eines Strafantrags. Angesichts der Annahme eines einheitlichen Lebenssachverhalts hat das Landgericht einen Teilfreispruch gleichwohl nicht für notwendig erachtet (UA S. 112).

Wenn nicht wegen aller Delikte verurteilt wird, die nach der Anklage in Tatmehrheit (§ 53 StGB) begangen worden sein sollen, muss indes grundsätzlich freigesprochen werden, um Anklage und Eröffnungsbeschluss zu erschöpfen; dies gilt auch dann, wenn das Gericht das Konkurrenzverhältnis anders beurteilt und der Meinung ist, dass bei zutreffender rechtlicher Würdigung Tateinheit (§ 52 StGB) vorliegt (vgl. BGH, Urteil vom 24. September 1998 - 4 StR 272/98, BGHSt 44, 196). Entsprechend dem Antrag des Generalbundesanwalts ergänzt der Senat deshalb den gebotenen Teilfreispruch.

3. Die Revision des Angeklagten R. führt - neben der Ergänzung des Teilfreispruchs (siehe oben) - zur Aufhebung der Gesamtfreiheitsstrafe von neun Jahren. 5

In dem vom Landgericht berücksichtigten Urteil des Amtsgerichts Cottbus vom 3. Juli 2012 war aus der dort verhängten Einzelstrafe (Tatzeit: 10. Oktober 2010) und unter Auflösung der im Urteil des Amtsgerichts Fürstenwalde vom 9. März 2011 verhängten Gesamtfreiheitsstrafe und Einbeziehung der dort verhängten Einzelstrafen eine Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr gebildet worden, die zur Bewährung ausgesetzt worden war. Da das Urteil des Amtsgerichts Fürstenwalde vor den hier verfahrensgegenständlichen Taten ergangen ist, sind die dort verhängten Einzelstrafen nicht mit den hiesigen Einzelstrafen gesamtstrafenfähig. Vielmehr sind sie - soweit erkennbar rechtsfehlerfrei - in das Urteil des Amtsgerichts Cottbus einbezogen worden. Damit war das Urteil des Amtsgerichts Cottbus gesamtstrafenrechtlich verbraucht (vgl. BGH, Beschluss vom 20. September 2007 - 4 StR 431/07). 6

Hinsichtlich der nun erforderlichen Bildung einer Gesamtstrafe für alle drei im vorliegenden Verfahren rechtsfehlerfrei verhängten Einzelstrafen hat der Senat von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, nach § 354 Abs. 1b StPO zu verfahren. Die nachträgliche Gesamtstrafenbildung obliegt somit dem nach § 462a Abs. 3 Satz 1 StPO zuständigen Gericht. Da auf diese Weise auf alleinige Revision des Angeklagten ein Rechtsfehler im Strafausspruch des angefochtenen Urteils korrigiert wird (anders als bei der dem Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 11. Februar 1988 - 4 StR 516/87, BGHSt 35, 208, zugrundeliegenden Fallgestaltung), darf die Summe aus der neu gebildeten Gesamtstrafe und der Gesamtstrafe aus dem Urteil des Amtsgerichts Cottbus vom 3. Juli 2012 die Summe der im angefochtenen Urteil verhängten Strafen nicht überschreiten (§ 358 Abs. 2 StPO). 7

4. Auch für die Revision des Angeklagten R. kann der Senat die abschließende - für den Angeklagten negative - Kostenentscheidung nach § 473 Abs. 4 StPO sofort selbst treffen, weil sein Rechtsmittel, mit dem er seine Verurteilung umfassend angegriffen hat, auch hinsichtlich der Aufhebung der Gesamtstrafe nur einen absehbar allenfalls geringfügigen Erfolg erbracht hat (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Oktober 2004 - 5 StR 430/04, BGHR StPO § 354 Abs. 1b Satz 1 Entscheidung 2). 8

5. Dass das Landgericht das Vorliegen niedriger Beweggründe für das versuchte Tötungsdelikt verneint hat, ohne sich dabei mit dem festgestellten Rachemotiv auseinanderzusetzen, beschwert die Angeklagten nicht. 9