

weisung bedingte Verzögerung, selbst wenn dies zu einer strenger Bestrafung führen würde.

Vor allem Gesichtspunkte der Prozeßökonomie führen zu einer „verhältnismäßig großzügigen Praxis“² der Revisionsgerichte bei der Anwendung von § 354 I StPO, der gelegentlich selbst dann analog herangezogen wird³, wenn es dem erklärten Willen des Gesetzgebers zu widersprechen scheint, der ursprünglich sogar für jegliche Straffestsetzung die Zurückverweisung wollte und die heutige Gesetzesfassung als auf eng begrenzte Ausnahmefälle beschränkt ansah⁴.

In der vorliegenden Entscheidung hat es der 4. Strafsenat des BGH nun wohl erstmals geschafft, „in entsprechender Anwendung“ von § 354 I StPO auf die gesetzlich zulässige Höchststrafe zu erkennen: Da hier der Totschlag und die gefährliche Körperverletzung nach Ansicht des Senats nicht in Tateinheit, sondern in Tateinheit zueinander stehen, geht der dann gemäß §§ 212, 213, 223a, 21, 49 I Nr. 2 und 3, 52 StGB gegebene Strafraum von der Mindeststrafe von 1 Monat bis zur verhängten Strafe von 3 Jahren und 9 Monaten. Der BGH begründet dieses Ergebnis damit, es sei auszuschließen, daß der Tatrichter im konkreten Fall auf eine darunter liegende Strafe erkennen würde.

Daß die analoge Anwendung von § 354 I StPO beim Wechsel von Tateinheit zu Tateinheit zulässig ist, wird heutzutage von niemandem, soweit ersichtlich, bestritten⁵. Die Einmütigkeit muß insofern erstaunen, als diese Möglichkeit bis in die fünfziger Jahre zurückhaltend betrachtet wurde und das Ergebnis dogmatischen Einwänden ausgesetzt werden kann.

I. Sieht man sich die Rechtsentwicklung an, so zeigt sich, daß das RG regelmäßig dann, wenn es einen Schuldspruch von Tateinheit in Tateinheit änderte, den Strafausspruch aufhob und, ohne dies weiter zu problematisieren, zurückverwies⁶. Es dürfte anzunehmen sein, daß das RG die Zurückverweisung für grundsätzlich zwingend hielt; immerhin hob es mit Hinweis auf die Unterschiede von Tateinheit und Tateinheit ein Urteil auf, in dem der Tatrichter erklärt hatte, daß er die gleiche Strafe auch bei einem anderen Konkurrenzverhältnis ausgeworfen hätte, als er (fälschlich) angenommen hatte⁷.

Nach dem 2. Weltkrieg scheint sich an dieser Meinung zunächst nichts geändert zu haben. Das OLG Düsseldorf schloß sich 1950 der ständigen reichsgerichtlichen Rechtsprechung an⁸. Lüttger berichtet im gleichen Jahre zustimmend von einer Entscheidung des Obersten Gerichtshofs für die Britische Zone, wonach bei entsprechendem Konkurrenzwechsel das angefochtene Urteil selbst dann im Strafausspruch aufgehoben werden müsse, wenn das RevGer. die bisherige Strafhöhe für „angemessen“ hält⁹.

1957 ließ dann erstmals der 2. Strafsenat des BGH den Strafausspruch unter Umwandlung der Gesamtstrafe in eine Einzelstrafe gleicher Dauer bestehen, wobei er aber nicht die „Angemessenheit“ hervorhob, sondern – enger – seine Überzeugung betonte, daß der Tatrichter bei zutreffender rechtlicher Beurteilung des an sich gleichbleibenden Sachverhalts im Ergebnis auf dieselbe Strafe erkannt hätte¹⁰. Ungewöhnlich ausführlich merkte Dallinger in seinem Rechtsprechungsbericht dazu an, daß sich hier „Vorsicht und Zurückhaltung empfehlen“ würden, da die einzelnen Konkurrenzformen in ihren Grundsätzen erhebliche Verschiedenheit aufweisen¹¹. Noch deutlicher äußerte sich Bode 1 Jahr später: Die

27.* Straffestsetzung durch Revisionsgericht

StPO § 354 I

Zur Verhängung der gesetzlich zulässigen Höchststrafe durch das Revisionsgericht.

BGH, Beschl. v. 9. 7. 1991 – 4 StR 291/91 (LG Bochum)

Zum Sachverhalt: Auf die Revision des Angekl. wurde das Urteil des LG dahin geändert, daß er wegen Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zur Freiheitsstrafe von 3 Jahren und 9 Monaten verurteilt wird.

Aus den Gründen: 1. Der Bf. und der GBA in seiner Antragsschrift vom 12. 6. 1991 beanstanden zu Recht, daß das LG zwischen den vom Angekl. begangenen Taten (Totschlag und gefährliche Körperverletzung) Tateinheit angenommen hat . . .

Der Schuldspruch war dementsprechend zu ändern. § 265 StPO steht dem nicht entgegen, da sich der geständige Angekl. auch gegen den geänderten Vorwurf nicht anders als geschehen hätte verteidigen können.

2. Die Neufassung des Schuldspruchs hat die Änderung des Strafausspruchs zur Folge. Einer Zurückverweisung der Sache zur erneuten Straffestsetzung durch den Tatrichter bedarf es hier nicht. Vielmehr kann der Senat in entsprechender Anwendung des § 354 I StPO die Strafe auf 3 Jahre und 9 Monate Freiheitsstrafe festsetzen; denn eine höhere Strafe ist gemäß § 213 i. V. mit §§ 21, 49 I Nr. 2 S. 1 StGB nicht zulässig, eine niedrigere Strafe kommt aber nicht in Betracht, da auszuschließen ist, daß der Tatrichter hier – auch unter Beachtung aller vom Rechtsmittelführer angesprochenen Milderungsgründe (vgl. dazu BGH Beschl. v. 17. 10. 1985 – 4 StR 516/85, bei Holtz MDR 1986, 271 und Beschl. v. 9. 8. 1988 – 4 StR 221/88, BGHR StGB § 223a I Strafzumessung 2) – auf eine noch darunter liegende Strafe erkennen würde. Dem Unrechts- und Schuldgehalt der Tat, bei der vorsätzlich ein Mensch getötet und ein anderer lebensgefährlich verletzt worden ist, würde eine niedrigere Freiheitsstrafe als 3 Jahre und 9 Monate statt der zuvor verhängten Einzelstrafen von 3 Jahren 6 Monaten und 2 Jahren 6 Monaten nicht mehr gerecht werden . . .

Ku.

Anmerkung: Grundsätzlich ist es mit der Ausgestaltung des Revisionsverfahrens nicht zu vereinbaren, daß das RevGer. über das begründete Rechtsmittel anders entscheidet als durch Aufhebung des angefochtenen Urteils und Zurückverweisung der Sache an den Tatrichter zu neuer Verhandlung. § 354 I StPO macht hiervon zwei Ausnahmen: einmal die, daß die Zurückverweisung ein bloßer Formalismus wäre, weil überhaupt nur eine einzige verfahrensbeendende Entscheidung möglich ist (Freispruch, Einstellung, absolut bestimmte Strafe), zum anderen jene, daß auf die gesetzliche Mindeststrafe bzw. das Absehen von Strafe entschieden werden soll. Letzteres läßt sich damit legitimieren, daß der Beschuldigte dadurch nicht benachteiligt werden kann, die StA zustimmen muß und, worauf Paulus hinweist¹, eine alsbaldige Entscheidung den Interessen des Verletzten und der Strafrechtspflege zuweilen besser entspricht als die durch Zurückver-

1) KMR-Paulus § 354 Rn 9.

2) Rieß in Ebert (Hrsg.), Aktuelle Probleme der Strafrechtspflege, 1991, S. 120; s. dazu schon Wimmer MDR 1948, 69f.

3) S. dazu KK-Pikart 2. Aufl., § 354 Rn 12-19.

4) S. Hahn Die gesamten Materialien zur Strafprozeßordnung, 1. Abt. 1880, S. 1046.

5) S. LR-Hanack 24. Aufl., § 354 Rn 34; KK-Pikart § 354 Rn 8; KMR-Paulus § 354 Rn 23; Meyer-Göfner in Kleinknecht/Meyer 40. Aufl., § 354 Rn 22; LR-K. Meyer 23. Aufl., § 354 Rn 34; Batereau Die Schuldspruchberichtigung, 1971, S. 121; R. Keller JR 1983, 211.

6) RGSt 66, 170, 171; 73, 129, 132; 73, 337, 338, 341; 76, 353, 358.

7) RGSt 70, 400, 403; s. aber auch RG JW 1935, 1937, 1938 (insoweit nicht in RGSt 69, 164 abgedr.).

8) OLG Düsseldorf JMBINW 1950, 229, 230.

9) Lüttger DRZ 1950, 350.

10) BGH bei Dallinger MDR 1957, 266.

11) Dallinger MDR 1957, 266.

Sache „muß“ im Strafausspruch aufgehoben und zurückverwiesen werden¹².

Der BGH ist seinem Ansatz jedoch seither in ständiger Rechtsprechung gefolgt. Häufiger sieht er von einer Zurückverweisung ab, weil es ausgeschlossen sei, „daß die Schuldpruchänderung Anlaß sein könnte, die zu verhängende Einzelstrafe niedriger zu bemessen als die bisherige Gesamtstrafe“¹³. Auf gleicher Linie liegt es, wenn der BGH im Falle der Zurückverweisung ausdrücklich betont, daß (nur) im konkreten Fall „nicht ausgeschlossen werden kann, daß die Strafhöhe durch die Annahme von Tateinheit beeinflußt worden ist“¹⁴.

II. Hinterfragt man diese nunmehr ganz herrschende Ansicht und untersucht genauer, ob das RevGer. beim Wechsel von Tateinheit zu Tateinheit den Strafausspruch in Höhe der Gesamtstrafe bestehen lassen kann, stößt man zunächst einmal auf die Frage, ob sich die „Prophetie“¹⁵ hinsichtlich der Bedeutungslosigkeit der Konkurrenzänderung für die tatrichterliche Entscheidung auf den Vorderrichter oder den Richter des Rücklaufs beziehen muß.

Fragt man, wie der „Tatrichter bei zutreffender Rechtsanwendung ersichtlich . . . erkannt hätte“¹⁶, wählt man also eine retrospektive Sichtweise, so kann diese Einschätzung aufgrund der theoretischen Unterschiede bei der Strafhöhenbestimmung gemäß § 52 StGB oder aber gemäß § 53 StGB nur dann zutreffend sein, wenn man, wie es zuletzt *Montenbruck* hervorgehoben hat, argwöhnt, daß es nicht unüblich sei, daß der Tatrichter zuerst die Gesamtstrafe ins Auge faßt und erst danach „fiktive Einzelstrafen“ festsetzt¹⁷ – eine Strafzumessung „entgegen den gesetzlich verankerten Grundstrukturen“¹⁸.

Stellt man dagegen – richtiger – prognostisch auf den in der neuen Hauptverhandlung mit der Sache zu befassenden Tatrichter ab, wie es wohl hier auch der 4. Strafsenat getan hat, ergeben sich Probleme daraus, daß der zukünftige Tatrichter die Strafzumessungsentscheidung auf der dann gegebenen Grundlage durchzuführen hätte. Er hätte also nicht nur etwaige Strafmilderungsgesichtspunkte zu berücksichtigen, die erst nach der revisionsgerichtlichen Entscheidung bekannt würden, sondern auch solche, die zwischen erstem tatrichterlichen Urteil und Revisionsentscheidung zutage getreten sein könnten; da solche Gesichtspunkte das RevGer. nicht analog § 354a StPO berücksichtigen darf¹⁹, ist vom Angekl. auch nicht zu erwarten, sie dem RevGer. überhaupt mitgeteilt zu haben. Zusätzlich wird diese Prognose noch dadurch erschwert, daß sie regelmäßig – so auch hier – eine weitere voraussetzt, nämlich die, daß der Angekl. sich gegen den geänderten Vorwurf nicht anders verteidigen könne.

Eine dritte Möglichkeit bestünde darin, daß man dem RevGer. erlaubt, dann im Strafausspruch „durchzuerkennen“, wenn der Tatrichter die Strafzumessungstatsachen vollständig mitgeteilt hat²⁰. Diese Auffassung, die der gesetzlichen Regelung im Ordnungswidrigkeitenrecht (vgl. § 79 VI Alt. 1 OWiG) nahekommt, mag de lege ferenda vorzugswürdig sein und auch de lege lata in Ausnahmefällen – die Zurückverweisung würde den Rechtsfehler (irreparabel) vertiefen²¹ – anzuerkennen sein. Grundsätzlich ist sie jedoch mit § 354 I StPO nicht zu vereinbaren²².

Es wäre also, um die Nichtzurückverweisung zu halten, nur noch ein vierter Gedankengang zu prüfen: Unter Zustimmung der Literatur greift der BGH grundsätzlich dann in die Strafzumessung ein, wenn zwar die Strafzumessungstatsachen und -erwägungen vollständig und nachvollziehbar vom Tatrichter wiedergegeben werden, die Strafhöhenbestimmung – die „Umwertung“ – sich im Ergebnis aber als ein „Vergreifen in der Oktave“ darstellt²³. Es wäre insoweit also ein Hinweis des RevGer. an den Tatrichter unbedenklich, der besagte, daß auf der festgestellten Grundlage eine Strafe aus einem näher zu bezeichnenden unteren Teil des Strafrahmens nicht mehr die Billigung des RevGer. fände²⁴. Lassen wir einmal außer Betracht, ob der dem Tatrichter vom RevGer. eingeräumte „Spielraum“ mit dem – materiellrechtlichen – „Schuldrahmen“ im Sinne der Spielraumtheorie übereinstimmt²⁵. Es wäre immerhin denkbar, dem RevGer. zuzubilligen, aus prozeßökonomischen Gründen mit Zustimmung der StA die Strafe selbst an dieser Untergrenze festzulegen. Die oben zur prospektiven Abstimmung auf den zukünftigen Tatrichter geäußerten Bedenken bestünden hier insoweit weniger, als jedenfalls der Schuldrahmen nach der Spielraumtheorie nicht von spe-

zial- oder auch generalpräventiven Aspekten gebildet wird, sondern ausschließlich von der Schuld, also weniger durch spätere strafzumessungsrelevante Gesichtspunkte beeinflußt werden könnte.

III. Folgt man letzterem Gedanken, so mag das Urteil des 4. Strafsenats trotz der hier geäußerten Kritik an der ständigen diesbezüglichen Rechtsprechung richtig gewesen sein: Natürlich dürfte rechtstatsächlich auszuschließen sein, daß irgendein Tatrichter im vorliegenden Fall auf weniger als 3 Jahre und 9 Monate erkannt hätte. Der Tatrichter hatte schon wegen des Totschlages eine Strafe von 3 Jahren und 6 Monaten ausgeworfen; bei tateinheitlicher Mitberücksichtigung der gefährlichen Körperverletzung – sie war dem Tatrichter immerhin 2 Jahre und 6 Monate wert – darf man wohl sogar annehmen, daß der Tatrichter niemals § 213 und § 21 StGB nebeneinander angewendet und sich so den Strafrahmen beschränkt hätte. Hierin mag ein „Vergreifen in der Oktave“ liegen, was der BGH wohl wegen der reformatio in peius nicht korrigieren konnte. Jedenfalls kann man den Beschluß des 4. Strafsenats so interpretieren, daß für ihn schon eine Strafe von 3 Jahren und 9 Monaten nicht mehr dem Unrechts- und Schuldgehalt der Tat entspricht, so daß sich für ihn die gesetzliche Höchststrafe als (schuldnächste) Strafe darstellt. Oder pointierter: Der Angekl. hat trotz Verhängung der Höchststrafe noch Glück gehabt.

Priv.-Dozent Dr. Dr. Uwe Scheffler, Berlin

12) Bode Die Entscheidung des Revisionsgerichts in der Sache selbst, 1958, S. 43.

13) BGH NStZ 1982, 512; ähnlich JR 1983, 210; bei Holtz MDR 1978, 110; weitere Nachw. aus der unveröff. Rspr. bei KK-Pikart § 354 Rn 8.

14) BGH NJW 1974, 959, 960; s. auch NJW 1966, 1930, 1931; 1982, 2080; VRS 66, 20.

15) Sarstedt JR 1959, 199.

16) So z. B. LR-Meyer (o. Fn 5).

17) Montenbruck Abwägung und Umwertung, 1989, S. 100f. mwN.

18) Bringewat Die Bildung der Gesamtstrafe, 1987, Rn 8.

19) A. A. K. Peters Strafprozeß, 4. Aufl. (1985), § 75 V 2.

20) Frisch Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung, 1971, S. 299ff.; Bruns StrafzumessungsR, 2. Aufl. (1974), S. 660f.; Batereau (o. Fn 5), S. 83ff., 112ff.; Roxin StrafverfahrensR, 22. Aufl. (1991), § 53 J III 2.

21) S. dazu Scheffler Die überlange Dauer von Strafverfahren, 1991, S. 258ff.

22) So schon Drost Das Ermessen des Strafrichters, 1930, S. 60.

23) Bruns in FS Henkel, 1974, S. 292; Dreher in: Pönometrie – Rationalität oder Irrationalität in der Strafzumessung, 1977, S. 47; Montenbruck (o. Fn 17), S. 42, 60ff.

24) Vgl. dazu Rieß (o. Fn 2), S. 142.

25) Dagegen etwa Dreher (o. Fn 23), S. 47; dafür etwa G. Schäfer Praxis der Strafzumessung, 1990, Rn 349; näher Montenbruck (o. Fn 17), S. 65, insb. Fn 91.