

Sanktionenrecht

Kett-Straub / Kudlich

2. Auflage 2021
ISBN 978-3-406-77044-9
C.H.BECK

schnell und portofrei erhältlich bei
[beck-shop.de](https://www.beck-shop.de)

Die Online-Fachbuchhandlung [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) steht für Kompetenz aus Tradition. Sie gründet auf über 250 Jahre juristische Fachbuch-Erfahrung durch die Verlage C.H.BECK und Franz Vahlen. [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) hält Fachinformationen in allen gängigen Medienformaten bereit: über 12 Millionen Bücher, eBooks, Loseblattwerke, Zeitschriften, DVDs, Online-Datenbanken und Seminare. Besonders geschätzt wird [beck-shop.de](https://www.beck-shop.de) für sein umfassendes Spezialsortiment im Bereich Recht, Steuern und Wirtschaft mit rund 700.000 lieferbaren Fachbuchtiteln.

- Denkbar wäre zudem ein Vergleich mit Strafen für andere Tatbestände. Allerdings müsste man dabei auch mögliche Wertungswidersprüche zwischen den Strafrahmen einzelner Delikte im Blick behalten.
- Tragfähig erscheint jedenfalls der Vergleich des Strafmaßes **bei der Aburteilung mehrerer Tatbeteiligter**, insbesondere wenn es sich um Mittäter handelt. Zwar muss für jeden Täter die Strafe „aus der Sache selbst“ gefunden werden, jedoch sollen die gegen Mittäter verhängten Strafen in einem gerechten Verhältnis zueinander stehen.³⁸ Divergiert das Strafmaß erheblich bzw. sind gleiche Strafen trotz unterschiedlichen Tatunrechts angenommen worden, ist von einem Fehler auszugehen.³⁹ Jedenfalls muss aber den Urteilsgründen hinreichend zu entnehmen sein, dass der Strafbemessung gegen mehrere Angeklagte der gleiche Maßstab zugrunde lag und die gegen sie verhängten Strafen in einem gerechten Verhältnis zueinander stehen.⁴⁰ Diese Vorgaben dürften, solange die Tatbeteiligten im gleichen Verfahren abgeurteilt werden, keine praktischen Probleme aufwerfen. Schwieriger wird die Handhabung dagegen, wenn die Tatbeteiligten durch unterschiedliche Gerichte abgeurteilt werden. Dann nämlich müsste das Gericht, welches das „zweite“ Strafmaß bestimmt, das Strafmaß des erstbestimmenden Gerichts für vertretbar halten. Der Grundsatz der Eigenverantwortlichkeit richterlicher Überzeugungsbildung verbietet es indes, sich an nicht für überzeugend gehaltene Entscheidungen anderer Gerichte zu halten.⁴¹

(5) Faktische Grenzen der Vertretbarkeitskontrolle. Neben diesen Rechtsfragen steht die Vertretbarkeitskontrolle auch vor faktischen Hürden. Schließlich fehlt es schon an belastbaren Erkenntnissen darüber, welche Strafen tatsächlich „üblich“ sind. Man kann gerade nicht auf statistisches Material zurückgreifen, denn insbesondere die Strafverfolgungsstatistik ist diesbezüglich viel zu undifferenziert. Letztlich arbeitet daher das Revisionsgericht eher mit seinen höchst subjektiven und auch unsystematischen Eindrücken, sodass sogar noch die Gefahr besteht, dass regionale Strafzumessungsunterschiede auf diese Weise verfestigt werden anstatt angeglichen zu wer-

38 BGH StV 1981, 122f.; BGH Beschl. v. 18.7.2016 – 1 StR 315/15, BeckRS 2016, 17188.

39 *Streng* Sanktionen Rn. 664.

40 BGH NStZ-RR 2017, 40.

41 BGHSt 28, 318ff.

den. Insbesondere fehlt dem Revisionsgericht eine echte Informationsgrundlage, da es nur nach Aktenlage entscheidet und der wichtige persönliche Eindruck vom Angeklagten fehlt.

- 16 Ein Vorschlag ist es daher, die verwertbaren Strafzumessungsfaktoren bereits für das Tatgericht zu reduzieren, damit diese später besser vom Revisionsgericht nachvollzogen werden können. So könnte man bewusst darauf verzichten, „Feinheiten der Täterpersönlichkeit“ zu berücksichtigen.⁴² Zwar würde auf diese Weise dem Revisionsgericht die gleiche Beurteilungsgrundlage zur Verfügung gestellt wie dem Tatgericht, allerdings geht ein solcher (gewollter) Informationsverlust mit der Gefahr einer noch größeren Unschärfe einher. Zudem ist zu bedenken, dass schon jetzt (und dann umso mehr) der Tatrichter manche Grundlage seiner Entscheidung bewusst nicht offenlegt, um sich nicht angreifbar zu machen. Die unbewusst ablaufenden Wertungen im Rahmen der Strafmaßfindung sind von vornherein nur begrenzt argumentativ darstellbar.

3. Beruhen des Urteils auf einem Strafzumessungsfehler

- 17 Nach § 337 I StPO kann die Revision nur darauf gestützt werden, dass das Urteil auf der Gesetzesverletzung „beruhe“, das bedeutet,⁴³ das Urteil hätte bei richtiger Anwendung des Gesetzes (mit Sicherheit oder auch nur möglicherweise) anders ausfallen müssen, oder anders gewendet: Eine Gesetzesverletzung, die für das angefochtene Urteil keine Bedeutung hat, kann die Revision nicht begründen.⁴⁴
- 18 Während das Beruhen bei Verfahrensrügen häufig problematisch sein kann, wird ein Urteil auf Fehlern im materiellen Recht im Allgemeinen und auf Fehlern bei der Rechtsfolgenbestimmung im Besonderen an sich in aller Regel beruhen. Anders kann dies allenfalls in extrem gelagerten und hinreichend eindeutigen (von den Revisionsgerichten mitunter allerdings vorschnell angenommenen) Fällen sein, wenn etwa bei einer ohnehin ungewöhnlich milden Strafe beim Wegfall eines (weniger schwerwiegenden) von mehreren Fällen hinreichend sicher ausgeschlossen werden kann, dass die Gesamtstrafe anders ausgefallen wäre. In solchen Fällen kommt es dann zu einer

⁴² So *Schünemann*, in: Neue Tendenzen in der Kriminalpolitik (hrsg. von Eser/Cornils), 1987, 209 (226 f.); ähnl. *Theune* FS Pfeiffer, 1988, 449 (456 f.).

⁴³ Vertiefend MüKoStPO/*Knauer/Kudlich* § 337 Rn. 129; SK-StPO/*Frisch* § 337 Rn. 186 ff.

⁴⁴ Vgl. Meyer-Göfner/Schmitt/*Schmitt* StPO § 337 Rn. 37; SSW-StPO/*Momsen* § 337 Rn. 82; Löwe/Rosenberg/*Franke* StPO § 337 Rn. 178.

Schuldspruchberichtigung ohne Änderung des Rechtsfolgenanspruchs.

4. Verschiebung der Aufhebungsmaßstäbe durch Einführung des § 354 Ia StPO

Zu einer weiteren Einschränkung der Aufhebung von Urteilen⁴⁵ 19 wegen fehlerhafter Strafzumessung hat der zum Zwecke der Verfahrensökonomie und -beschleunigung durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz (BGBl. 2004 I 2198 ff.) geschaffene § 354 Ia StPO geführt. Dieser adressiert weniger das Strafmaß als vielmehr den Strafzumessungsvorgang im Ganzen. Ziel der Norm ist es Zurückweisungen zu vermeiden, die „nur“ zu neuer Strafzumessung mit mehr oder weniger identischen Folgen führen. Demnach „*kann*“ das Revisionsgericht bei Rechtsfehlern in der Strafzumessungsentscheidung von **der Aufhebung des fraglichen Urteils absehen**, wenn die Rechtsfolge als solche angemessen erscheint (Satz 1). Auf Antrag der Staatsanwaltschaft (Satz 2) ist zum Zwecke der Aufrechterhaltung des tatrichterlichen Urteils auch **eine angemessene Herabsetzung der Rechtsfolgen** zulässig.

Voraussetzung ist einmal, dass der Tatrichter eine **unzweifelhaft** 20 **tragfähige Entscheidungsgrundlage** geschaffen hat⁴⁶ und dem Angeklagten die Gelegenheit gegeben wurde, sich innerhalb einer angemessenen Frist zu äußern und gegebenenfalls Einwendungen zu erheben.⁴⁷ Zum anderen muss – wie schon erwähnt – für die Anwendung des § 354 Ia 1 StPO die verhängte Rechtsfolge **angemessen** sein. Hier liegt der Unterschied zur allgemeinen Revisionsdogmatik des § 337 StPO: Nach § 337 StPO wäre ein Urteil nur dann *nicht* aufzuheben, wenn *ausgeschlossen* werden kann, dass die Strafe auf dem Fehler beruht (eine Angemessenheit der Strafe trotz Fehlers allein genügt nicht, um ein Urteil nicht aufzuheben). Das heißt, mittels § 354 Ia 1 StPO kann auch im Fall eines revisiblen Strafzumessungsfehlers von der Urteilsaufhebung abgesehen werden.

Der festgestellte Rechtsfehler muss (allein) im Bereich der Straf- 21 **zumessung liegen.** Nach Schaffung der Norm wurde sie zunächst sehr großzügig (analog) auch bei Fehlern im Schuldspruch ange-

⁴⁵ Vgl. aber auch die Hinweise in Fn. 13.

⁴⁶ BVerfGE 118, 212: Für eine Entscheidung nach Ia 1 muss „*ein zutreffend ermittelter, vollständiger und aktueller Strafzumessungssachverhalt zur Verfügung stehen*“.

⁴⁷ BVerfG Beschl. v. 14.8.2007 – 2 BvR 124/05, BeckRS 2007, 25628.

wandt⁴⁸ (gewissermaßen als Kombination aus Schuldspruchberichtigung und Strafzumessungsentscheidung).⁴⁹ Jedoch ist nach zutreffender Auffassung des BVerfG die Anwendung der Vorschrift schon nach dem Wortlaut auf Strafzumessungsfehler beschränkt, ohne dass *zugleich* eine Schuldspruchberichtigung durchgeführt werden darf.⁵⁰ Eine solche Kombination von Schuldspruchberichtigung (bspw. Strafbarkeit wegen Betrugs statt Diebstahls) und Prüfung der Angemessenheit der verhängten Strafe würde den Revisionsgerichten so umfassende Möglichkeiten einräumen, an Stelle des Tatgerichts selbst in der Sache zu entscheiden, dass diese nicht mehr mit der Systematik der Revision vereinbar wären, da letztlich ohne Tatsachenprüfung eine weitreichende Neuentscheidung möglich wäre.

Beispiele für den Anwendungsbereich des § 354 Ia StPO:

- 22 – Trichter geht von unzutreffendem Strafrahmen aus
 – Fehler bei der Bewährungsentscheidung
 – fehlerhafte Behandlung rechtsstaatswidriger Verzögerungen
 – fehlerhafter Anrechnungsmaßstab für im Ausland erlittene Haft
 – strittig bei unzulässiger Vereinbarung einer Punktstrafe.
- 23 Der Anwendungsbereich der Vorschrift ist sowohl für Einzelstrafe(n) als auch für Gesamtstrafe(n) eröffnet. Wird indes nur wegen eines Fehlers bei der Gesamtstrafenbildung aufgehoben, ist § 354 Ib StPO iVm §§ 460, 462 StPO einschlägig.

5. Eigene Rechtsfolgenentscheidung des Revisionsgerichts, § 354 I StPO

- 24 a) **Kanon möglicher Entscheidungen.** Gem. § 354 I StPO kann das Revisionsgericht auch eine **eigene Rechtsfolgenentscheidung** treffen und muss nicht erst an das Tatgericht zurückverweisen. In der Norm wird der folgende **Kanon von Entscheidungen** genannt, die das Revisionsgericht treffen darf:
- (Teil-)Freispruch
 - (Teil-)Einstellung
 - Verhängung einer absoluten Strafe
 - Verhängung einer Mindeststrafe
 - Absehen von Strafe.

48 Beispiel etwa bei BGH NStZ 2006, 36 mAnm *Jahn/Kudlich* NStZ 2006, 340.

49 *Beulke/Swoboda* StrafProzR Rn. 864.

50 BVerfGE 118, 212.

Dieser Kanon wird durch § 354 Ia 2 StPO erweitert, wonach – wie bereits dargestellt – der Rechtsfolgenausspruch trotz eines Fehlers aufrechterhalten oder die Strafe in angemessener Weise herabgesetzt werden kann.

b) Änderung des Rechtsfolgenausspruchs. Strittig ist indes, inwiefern der Rechtsfolgenausspruch in *entsprechender* Anwendung des § 354 I StPO geändert werden kann. Grundsätzlich ist fraglich, ob tatsächlich eine unbewusste Regelungslücke besteht und ob die Regelung analogiefähig ist. Gleichwohl wurde in folgenden Fällen von der Rspr. eine sog **Schuldspruchberichtigung bei gleichbleibendem Rechtsfolgenausspruch** anerkannt:⁵¹

- Austausch von Strafvorschriften (Schuldspruchberichtigung) bei gleicher Strafe (zB Körperverletzung mit Todesfolge statt einfache Körperverletzung)
- Herabstufung des Schuldspruchs in materiell-rechtlichem Stufenverhältnis
- Änderung des Konkurrenzverhältnisses
- Hinzutreten einer Vorschrift.

Ferner ist eine Berichtigung des Rechtsfolgenausspruchs in Analogie zu § 354 I StPO (teilweise wohl auch in unmittelbarer Anwendung) in folgenden Fallgruppen möglich:⁵²

- Korrektur einer fehlerhaft bemessenen Strafe, die das gesetzliche Höchstmaß überschreitet
- Korrektur der Tagessatzzahl oder dessen Höhe
- Nachholung von Entscheidungen über den Anrechnungsmaßstab ausländischer Freiheitsentziehung nach § 51 IV 2 StGB
- Ersetzung einer vom Tatrichter zu Unrecht getroffenen Anordnung nach § 51 I 2 StGB durch Anrechnung der Untersuchungshaft
- Nachholung einer unterlassenen Anordnung von Zahlungserleichterungen nach § 42 StGB
- Aufrechterhaltung einer rechtsirrig unter Vorbehalt bestimmten Strafe, § 59 StGB, mit der Maßgabe, dass der Angeklagte vorbehaltlos verurteilt wird
- anstelle einer vorbehaltlosen Strafe kann eine Verwarnung unter Vorbehalt dieser Strafe ausgesprochen werden

⁵¹ Vgl. näher m. weit. Nachw. MüKoStPO/*Knauer/Kudlich* § 354 Rn. 48 ff.

⁵² Vgl. näher m. weit. Nachw. MüKoStPO/*Knauer/Kudlich* § 354 Rn. 66 ff.

- Versagung oder Bewilligung der Strafaussetzung zur Bewährung, wenn entsprechende Voraussetzungen nicht vorliegen/vorliegen
- Sicherungsmaßnahmen nach §§ 63, 64, 66 StGB
- Entziehung der Fahrerlaubnis, § 69 StGB.

Empfehlungen zur vertiefenden Lektüre:

Rechtsprechung: BGH NStZ 2005, 284 (Sachentscheidung des Revisionsgerichts bei Strafzumessungsfehler); BGH NStZ-RR 2007, 152 (Sachentscheidung des Revisionsgerichts bei Strafzumessungsfehler).

Literatur: *Altmann*, Die Teilanfechtung von Urteilen im Strafprozess, JuS 2008, 790; *Bock*, Die Entscheidungen des Revisionsgerichts in Strafsachen, JA 2011, 134; *Maier/Paul*, Anwendungsbereiche des § 354 Ia und Ib StPO in der Rechtsprechung des BGH, NStZ 2006, 82; *Sander*, Die Strafzumessung in der Revision, StraFo 2010, 365; *Schorck*, Der minder schwere Fall und die Strafzumessung – ein Einfallstor für die Revision, NJW 2017, 3282.

§ 12. Sonderfragen der Strafzumessung

Fall 1: T hat O mit der flachen Hand ins Gesicht geschlagen. T bereut die Tat und bemüht sich aufrichtig um einen Täter-Opfer-Ausgleich. O lehnt dies grundsätzlich und in dieser Konsequenz auch jedes Treffen mit T ab. T schreibt daher einen langen, aufrichtigen Entschuldigungsbrief an O, den dieser aber ungelesen wegwirft. Außerdem zahlt T an den O Schmerzensgeld.

Ist eine Milderung der wegen Körperverletzung zu erwartenden Strafe des T im Zuge eines Täter-Opfer-Ausgleichs gem. § 46a StGB unter diesen Voraussetzungen möglich? → Rn. 11

Fall 2: Untersuchungsgefangener U kommt mit dem Mitgefangenen M ins Gespräch und erfährt so, dass dieser noch ein „großes Ding“ am Laufen hat, von dem noch keiner etwas weiß. Noch vor seiner Inhaftierung hatte M einen Raubüberfall minutiös geplant, den seine „Kumpels“ draußen jetzt umsetzen wollen. U berichtet den Behörden von diesem Plan. Wird sich dies günstig auf die Strafe, die U erwartet, auswirken? → Rn. 24 ff., 29

Fall 3: Autofahrer A verursacht durch leichte Fahrlässigkeit einen Unfall bei dem eine ihm unbekannte, ältere Frau getötet wird. A leidet seitdem unter schweren Depressionen und ist nicht mehr arbeitsfähig. Wird sich dieser Umstand auf das Strafmaß auswirken? → Rn. 50

I. Täter-Opfer-Ausgleich (TOA) und Schadenswiedergutmachung, § 46a StGB

1. Allgemeines

Durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz wurde 1994 die Vorschrift zu Täter-Opfer-Ausgleich und Schadenswiedergutmachung in das StGB eingefügt. § 46a StGB setzt einen Anreiz für den Täter, sich um einen Ausgleich mit dem Opfer zu bemühen und/oder den Schaden wiedergutzumachen. Derartiges **Nachtatverhalten** kann zu einer Strafmilderung oder gar zu einem gänzlichen Absehen von Strafe führen. Dem Täter wird auf diese Weise einerseits sein Unrecht vor Augen geführt, andererseits aber auch das Interesse des Opfers an der Schadenskompensation berücksichtigt.¹ § 46a StGB ist demnach ein gesetzlich vertyptter **fakultativer Strafmilderungsgrund** mit der Möglichkeit sogar gänzlich von Strafe abzusehen.²

Ein derartiges Bemühen konnte schon immer als allgemeiner Gesichtspunkt des § 46 II StGB in der Strafzumessung zugunsten des Täters berücksichtigt werden. Mit der Schaffung einer eigenen Vorschrift wurde dieser Aspekt der Strafzumessung noch stärker betont. Gegenüber § 46 StGB ist § 46a StGB nun die **speziellere** Regelung.³ Das heißt aber auch, dass ein Bemühen des Täters, das den Voraussetzungen des § 46a StGB nicht entspricht, dennoch im Rahmen des § 46 II StGB als strafmildernd gewertet werden kann.⁴

Grob unterschieden werden können Nr. 1 und Nr. 2 des § 46a StGB dahingehend, dass **Nr. 2** auf eine **echte Schadenswiedergutmachung** is eines materiellen Schadensersatzes abstellt („entschädigt“), während in **Nr. 1** von „Wiedergutmachung“ die Rede ist. Dieser Begriff erfasst vor allem den **immateriellen Ausgleich** materieller und immaterieller Opferschäden. Es geht in erster Linie um die Bereinigung des durch die Tat entstandenen Konflikts zwischen Täter und Opfer, mithin um **Kommunikation**.⁵ Im Übrigen ist eine klare Tren-

1 *Kaspar* GA 2003, 146 ff.; *Kaspar/Weiler/Schlickum*, Der Täter-Opfer-Ausgleich, 2014; *Meier* JZ 2015, 488.

2 Teilweise wurde gefordert, nachtätliches Täterverhalten noch wesentlich deutlicher zu würdigen als im Rahmen der Strafzumessung. Es sollte diesbezüglich eine „dritte Spur im Strafrecht“ konzipiert werden. Diese Ansätze haben sich aber nicht durchgesetzt. Genauer hierzu *Streng* Sanktionen Rn. 579.

3 *Fischer* StGB § 46a Rn. 4.

4 Explizit so auch BGH NStZ-RR 2020, 240.

5 Vgl. Übersicht bei *Meier* Sanktionen 410.

nung zwischen Nr. 1 und Nr. 2 oft nicht möglich. Vielmehr ist eine eindeutige Einordnung in eine der beiden Fallgestaltungen des § 46a StGB auch aufgrund eines vielschichtigen Tatgeschehens nicht durchführbar;⁶ letztlich können beide Alternativen daher wohl auch nebeneinander treten.

- 4 Der Unterschied zu § 56b II Nr. 1 StGB, der als Bewährungsaufgabe die Schadenswiedergutmachung vorsieht, ist der, dass es sich hierbei immer um einen rein finanziellen Ausgleich handelt. Es geht nicht um Friedensstiftung durch Kommunikation mit dem Opfer, sondern Zweck einer Auflage ist es, Genugtuung für das begangene Unrecht zu erreichen.
- 5 Nach § 155a StPO soll in jedem Stadium des Verfahrens die Möglichkeit geprüft werden, einen solchen Ausgleich zwischen Beschuldigtem und Opfer zu erreichen. § 155b StPO gibt Einzelheiten zur Durchführung eines Täter-Opfer-Ausgleichs an die Hand. In der Regel wird damit eine der sog TOA-Ausgleichsstellen beauftragt, die im ganzen Bundesgebiet angesiedelt sind. Diese moderieren die Kontakte zwischen Täter und Opfer; ein persönliches Treffen ist nicht zwingend erforderlich. Nach einer bundesweit geführten TOA-Statistik, die aber keinen Anspruch auf Vollständigkeit erhebt, wurden im Jahr 2016 knapp 7.600 Ausgleichsverfahren durchgeführt.⁷ Neuerdings wird der TOA auch in der Strafverfolgungsstatistik berücksichtigt. Demnach wurden im Jahr 2019 2.155 Verurteilten sowie Personen mit Auflagen und Weisungen nach JGG auferlegt, sich um einen Täter-Opfer-Ausgleich (TOA) zu bemühen.⁸

2. Anwendungsbereich

- 6 Eine Begrenzung auf bestimmte Deliktsarten oder leichte Delikte hat der Gesetzgeber in § 46a StGB bewusst nicht vorgenommen. Das heißt, grundsätzlich ist die Vorschrift sogar im Bereich schwerer Gewaltdelikte, insbesondere auch bei Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung, anwendbar.⁹ Des Weiteren sind auch Vermögensdelikte geeignet, den Anwendungsbereich zu eröffnen. Es eignen sich insbesondere auch Delikte mit Regelbeispielscharakter, da das Vorliegen eines vertypen Strafmilderungsgrunds Anlass dafür gibt, trotz

6 BGH NSStZ 2002, 364 mAnm *Dölling/Hartmann*.

7 *Hartmann/Schmidt/Kerner*, Täter-Opfer-Ausgleich in Deutschland, 2018 (online verfügbar).

8 Vgl. Strafverfolgungsstatistik des Statistischen Bundesamtes 2019 (online verfügbar).

9 BGHSt 48, 134ff.