

Strafzumessung und Verteidigerstrategie

**Anwaltverein Oldenburg
15.05.2004**



Wolfgang Ferner, Rechtsanwalt Heidelberg/Koblenz

Übersicht

- A. Ouvertüre
- B. Grundlagen
- C. Neue Entscheidungen zur Strafzumessung
- D. Fahrverbot
- E. Verkehrsstrafrecht
- F. sonstige Entscheidungen

A. Ouvertüre

Ausgangsfall: Arm (Studienrat) und Bein (Amtsrichter) sind beide in großem Umfange sozial, kirchlich und anderweitig engagiert. Beide sind auch Mitglied im Tennisclub. Anlässlich einer Vorstandssitzung spendiert ein weiteres Mitglied des Vorstandes mehrere Flaschen Champagner: Nicht nur den Aufstieg in die höhere Liga gibt es zu feiern, der Schriftführer feiert auch mit seinen Vorstandskollegen seinen 50. Geburtstag. Die Stimmung steigt, die Verpflichtung neuer Spieler wird diskutiert, die üblicherweise kurze Vorstandssitzung dauert mehrere Stunden – fröhlich und voller Tatendrang und Hoffnung für die neue Saison fahren auch Arm und Bein nach Hause. Es kommt, wie es kommen musste: Anlässlich einer Routinekontrolle werden beide angehalten. Die Blutalkoholkonzentration beträgt bei beiden 1,25 ‰.

Beide erkennen natürlich die kritische Situation sofort und suchen am nächsten Tag einen Rechtsanwalt auf: Arm geht zu dem ihm bekannten Rechtsanwalt Lustig, Bein hatte berufliche Kontakte zu Rechtsanwalt Listig und meint mit ihm zusammen wäre die beste Verteidigungstaktik zu erreichen.

Rechtsanwalt Listig nimmt noch am Folgetag Kontakt mit dem sachbearbeitenden Polizeibeamten, auf telefoniert sich in der Rechtsmedizin durch, telefoniert mit dem Amtsanwalt, der für Verkehrssachen zuständig ist. Nachdem er erfährt, wie hoch die Blutalkoholkonzentration ist, lässt er sich von seinem Mandanten den Führerschein aushändigen und verpflichtet ihn, kein Kraftfahrzeug mehr zu fahren. Den Führerschein übergibt er dem ermittelnden Polizeibeamten. Aufgrund seiner Intervention wird bereits in der Folgeweche das Ergebnis der Blutalkoholuntersuchung zu den Akten gereicht; mit dem zuständigen Amtsanwalt hat er bereits vereinbart, einen Strafbefehl über 30 Tagessätze á 50,00 Euro, Entzug der Fahrerlaubnis und 7 Monate Sperrfrist akzeptieren wird. Er berät gleichzeitig seinen Mandanten über die Möglichkeit der Teilnahme an Kursen für alkoholauffällige Kraftfahrer. Er ärgert sich dann, dass entgegen der Abrede der Staatsanwalt einen Strafbefehl über 40 Tagessätze je 60,00 Euro beantragt. Nach Rücksprache mit dem zuständigen Amtsrichter, den er auch schon im Vorfeld kontaktiert hatte, erklärt er auch diesem, dass der Strafbefehl auch in dieser Höhe akzeptiert wird. Der Strafbefehl wird zügig zugestellt, der Betroffene verzichtet auf Rechtsmittel. Nach Besuch eines Aufbaukurses stellt er später den Antrag, die Sperrfrist um 3 Monate zu verkürzen, der Antrag hat Erfolg und nach insgesamt 5 Monaten ohne Fahrerlaubnis erhält Arm seinen Führerschein zurück.

Bein dagegen ist verbittert: Er will sich die ungerechte Behandlung durch Polizei und Staatsanwalt nicht gefallen lassen. Auch Listig ruft den Polizeibeamten an, dass man so mit einem ehrwürdigen Amtsrichter nicht umgehen könne und man doch Rücksicht auf Alter,

Stellung und soziale Kompetenz nehmen müsse. Der Polizeibeamte zeigt sich jedoch unbeeindruckt, murmelt etwas von Gleichheit vor dem Gesetz und weigert sich schließlich auch noch, dem Verteidiger Akteneinsicht zu gewähren mit dem Hinweis, hierfür sei die Staatsanwaltschaft zuständig. Listig benutzt dies, um eine Dienstaufsichtsbeschwerde gegen den Polizeibeamten auf den Weg zu bringen. Als er das Ergebnis von der Rechtsmedizin erfährt, ruft er den des Instituts Leiter an und veranlasst diesen, das Ergebnis der Untersuchung zu überprüfen. Mit diesen Maßnahmen kann er jedoch nicht verhindern, dass nach drei Wochen ein Beschluss nach §111a StPO ergeht, und Amtsrichter Bein die Fahrerlaubnis vorläufig entzogen wird. Gegen den Beschluss des Amtsgerichts legt er Beschwerde ein und als diese innerhalb von 2 Tagen vom Landgericht zurück gewiesen wird, legt er weitere Beschwerde ein und reicht eine Verfassungsbeschwerde, mit der er die Verletzung des rechtlichen Gehörs geltend macht. Den bisherigen Verfahrensstand nutzt er auch für eine Dienstaufsichtsbeschwerde gegen den zuständigen Amtsanwalt und verlangt, dass die weitere Sachbearbeitung des Vorgangs vom Leitenden Oberstaatsanwalt direkt und persönlich übernommen wird.

Leider haben die jetzt eingeleiteten Maßnahmen keinen durchschlagenden Erfolg – der Amtsanwalt beantragt einen Strafbefehl. Listig findet dies allerdings nicht lustig, nutzt dies für eine erneute Beschwerde, da ihm Akteneinsicht nicht gewährt wurde und beantragt beim Amtsgericht, die Akten an die Staatsanwaltschaft zurückzugeben, damit diese, wie es die StPO vorschreibt, dem Verteidiger Akteneinsicht gewähren könne. Der Amtsrichter reagiert auf diesen Antrag damit, dass er – noch vor Erlass eines Strafbefehls, dem Verteidiger Akteneinsicht gewährt.

Der Verteidiger behält die Akten natürlich mindestens für zwei Wochen bevor er sie dann an die Staatsanwaltschaft zurück gibt – und dabei bedauerlicherweise ein falsches Aktenzeichen auf dem Übersendungsschreiben notiert. Gleichzeitig reicht er beim Amtsgericht zu dem richtigen Aktenzeichen einen längeren Schriftsatz ein, in dem er die Bedeutung, dass soziale und kirchliche Engagement des Bein beschreibt, die Besonderheiten des Einzelfalles und die aus dem gesamten Vorfall erwachsenen schweren Belastungen für Bein darlegt. In einem weiteren Schriftsatz beantragt er, das Verfahren einzustellen oder aber allenfalls gemäß §60 StGB von Strafe abzusehen. Die Staatsanwaltschaft bleibt aber hart und besteht auf eine Entscheidung des Amtsrichters, der den Strafbefehl erlässt. Der Verteidiger legt am letzten Tag der Einspruchsfrist Einspruch gegen den Strafbefehl ein und beantragt nochmals Akteneinsicht, die ihm wiederum gewährt wird. Nach zwei Wochen legt er die Akten dem Landgericht – Beschwerdekammer – vor mit einer Beschwerde wegen des Erlasses des Strafbefehls und begründet dies mit der Verletzung des rechtlichen Gehörs. Die Beschwerde wird nach einigen Wochen zurückgewiesen.

In der Folgezeit ist der Verteidiger für den Amtsrichter nicht zu sprechen. Da eine Terminvereinbarung nicht möglich war, bestimmt der Amtsrichter einen Termin zur Hauptverhandlung. Der Verteidiger muss dann bedauerlicherweise einen Antrag auf Verlegung eines Termins stellen da, er an diesem Tag eine andere Hauptverhandlung hat. Der Amtsrichter verlegt diesen Termin, aber auch für den nächsten Termin muss der Verteidiger eine Verlegung der Hauptverhandlung beantragen. Daraufhin bestimmt der Amtsrichter einen neuen Termin, nachdem er wiederum den Verteidiger nicht erreicht hat und teilt mit, dass eine weitere Verlegung nicht in Betracht komme. Zu diesem dritten Termin zur Hauptverhandlung ist es dem Verteidiger möglich zu erscheinen. Zur Hauptverhandlung erscheint der Verteidiger in Amtstracht, Richter Bein, der Angeklagte, jedoch nicht. Der Verteidiger legt das Attest des Hausarztes vor, aus dem sich ergibt, dass Bein verhandlungsunfähig ist. Der erkennende Richter ist nicht begeistert hiervon und erwägt, den Einspruch zu verwerfen. Nach rüderem Protest des Verteidigers ordnet der Richter eine amtsärztliche Untersuchung an – die aber natürlich nicht mehr an diesem Tage durchgeführt werden kann.

Die Untersuchung verläuft im Sand und es gibt eine neue Hauptverhandlung. Zu dieser Hauptverhandlung erscheint der Verteidiger mit dem Angeklagten. Trotz mehrfacher Beweisanträge können, sie eine Verurteilung nicht vermeiden. Am letzten Tag der Frist legt der Verteidiger Rechtsmittel ein und beantragt erneut Akteneinsicht. Nach Zustellung des Urteils reicht er, ohne zu schreiben, dass es sich um eine Revisionsbegründung handeln soll, einen Schriftsatz ein, der aber den Anforderungen einer Revisionsrechtfertigung genügen würde. Als Anfragen des Amtsrichters bzw. einige Zeit später des Vorsitzenden der Berufungskammer bei ihm eingehen, antwortet er auf diese Anfrage nicht, sondern beantragt nach einigen Wochen noch einmal Akteneinsicht. Er erhält Akteneinsicht vom Landgericht und nach der zweiten Mahnung auf Rückgabe gibt er die Akten erneut an die Staatsanwaltschaft zurück mit dem Antrag, dass Verfahren einzustellen. Als er hierauf keine Entscheidung erhält, legt er gegen diesen „Beschluss“ Beschwerde ein und greift die Entscheidung des Oberlandesgericht mit der dieser Beschluss als unzulässig verworfen wird, mit der Verfassungsbeschwerde an. Nachdem sich mit zwei Verlegungsanträgen eine Hauptverhandlung vor dem Berufungsgericht nicht weiter hinaus zögern lässt, stellt der Verteidiger in der Berufungshauptverhandlung einen Antrag auf Feststellung der Identität der Blutprobe. Daraufhin erlässt das Amtsgericht einen Beschluss, nachdem dem Angeklagten Bein eine Blutprobe zu entnehmen ist.

Der Chef der Rechtsmedizin bittet mehrfach Bein um Vorsprache in der Rechtsmedizin, um eine Blutprobe entnehmen zu können. Bein reagiert hierauf nicht; als ihm allerdings unmittelbarer Zwang angedroht wird, stellt er den Antrag den Beschluss dahingehend abzuändern, dass ihm eine Speichelprobe zu entnehmen sei. Die

Entnahme einer Speichelprobe sei ein eindeutig geringerer Eingriff in die körperliche Integrität und zur Beweissicherung genauso gut geeignet wie eine Blutprobe. Durch Beschluss des Amtsgericht wird eine Änderung abgelehnt, zum einen weil der Vergleich von Blutproben und eine DNA-Bestimmung hieraus einfacher und kostengünstiger sei und schließlich auch der Beweiswert höher sei. Dieser Beschluss wird natürlich wiederum mit der Beschwerde, der weiteren Beschwerde und einer Verfassungsbeschwerde (erfolglos) angegriffen.

Parallel beantragt der Verteidiger, den Beschluss über die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis aufzuheben, da die Entziehung bereits so lange andauere, dass der weiter Entzug unverhältnismäßig ist und insbesondere das Gericht nicht mehr davon ausgehen können, dass der Angeklagte immer noch ungeeignet zum Führen eines Kraftfahrzeuges sei. Das Landgericht gibt diesen Antrag statt.

Den Termin bei der Rechtsmedizin der Angeklagte Bein erst wahr, nachdem ihm unmittelbarer Zwang angedroht wird. In der Zwischenzeit wurde gegen den Richter auch ein Disziplinarverfahren eingeleitet. Der Angeklagte Bein kränkelte auch und war in der Folgezeit kaum mehr oder fast nicht mehr im Dienst. Leider war aber auch das Ergebnis der DNA-Untersuchung negativ für Bein und ein weiterer Hauptverhandlungstagstermin ließ sich nicht vermeiden. In diesem Hauptverhandlungstermin wird Bein erneut verurteilt. Er selbst legt Rechtsmittel ein. Daraufhin teilt der Verteidiger mit, dass ihm der Angeklagte Bein das Mandat entzogen habe, er lege aus diesem Grunde das Mandat nieder. Bein hatte dem Gericht in der Hauptverhandlung nicht mitgeteilt, dass er in der Zwischenzeit verzogen ist, er hatte auch vergessen seine neue Anschrift bei der Meldebehörde mitzuteilen. Da Bein auch nicht mehr im Amt war, ist es schwierig das Urteil zuzustellen. Bein erteilt dann wiederum einem Kollegen des Listig ein Mandat, beschränkt dieses aber, ausschließlich auf die Akteneinsicht. So kann es längere Zeit geschehen, dass die Zustellung nicht möglich ist. Wird dann in der Folgezeit der Revision gegen das Urteil des Landgerichts, dass einen Entzug der Fahrerlaubnis nicht angeordnet hat, als offensichtlich unbegründet verworfen besteht noch die gute Möglichkeit, einer Verfassungsbeschwerde.

B. Grundlagen

1. Der Verteidiger

Strafverteidigung ist Beistand leisten in Extremsituationen: die Belastung für den Mandanten ist während der gesamten Dauer eines Strafverfahrens, von der Aufnahme der Ermittlungen, den Stationen und Situationen der staatsanwaltlichen Ermittlungen, über die meist vergeblichen Hoffnungen des Angeschuldigten im Zwischenverfahren und die Probleme in der Hauptverhandlung, eventuellen Rechtsmittelverfahren bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens. Hinzu kommt die Ungewissheit über den Ausgang und im Falle einer Verurteilung die Erschwernis der Strafvollstreckung und die mit der Verurteilung nahezu unvermeidliche soziale Ächtung.

Verantwortungsbewusste Strafverteidigung endet aber nicht mit der Rechtskraft eines Urteils - sie ist auch nicht nur prozessorientiert. Zu den Aufgaben eines umsichtigen Verteidigers gehört es auch, die sozialen Auswirkungen des Verfahrens für den Mandanten so gering wie möglich zu halten, im Falle einer Verurteilung die Strafvollstreckung zu überwachen und dem Mandanten hierbei zur Seite zu stehen; aber auch im Falle eines Freispruchs gilt es für den Mandanten weiterhin tätig zu sein, sei es Ansprüche nach dem StrEG geltend zu machen, sei es andere negative Auswirkungen zu beseitigen oder zumindest zu mindern.

1.1. Umfang der Verteidigung

Strafverteidigung muss aus diesen Gründen möglichst früh beginnen, in jeder Phase des Verfahrens gut vorbereitet sein. Der Verteidiger muss auch stets die Rechte des Mandanten engagiert wahrnehmen können und wollen – sollte es in dieser Beziehung zu Störungen kommen, ist es eine fürsorgliche Pflicht, des Anwaltes das Mandat zu beenden. Hierbei hat der Verteidiger aber auch die Rechte und Interessen des Mandanten zu wahren: eine Niederlegung des Mandats zur Unzeit ist unzulässig und überhaupt muss der Verteidiger schon den Anschein vermeiden, dass er dem Beschuldigten schaden will. Hierzu verpflichtet ihn natürlich der bestehende Mandatsvertrag, die Berufsordnung und auch die Selbstachtung sollte ihn veranlassen, in diesem sehr kritischen Moment die Interessen des Mandanten zu wahren.

1.2. Das Verteidigungsziel

Der Verteidiger muss zielorientiert handeln und dies setzt voraus, dass er zumindest für sich selbst jederzeit ein klares **Verteidigungsziel** formuliert. Das Verteidigungsziel ist das vom Verteidiger angestrebte Ergebnis des Strafprozesses bzw. des Ermittlungsverfahrens. Aus der Sicht des Verteidigers muss er dieses Ziel bestimmen, aber es ist hierbei selbstverständlich, dass er sich jederzeit an den Interessen des Mandanten orientiert. Die Verteidigungsziele müssen natürlich auch stets der konkreten Verfahrenssituation angepasst sein und vom Mandanten mitgetragen werden.

Im Ermittlungsverfahren erstrebt der Mandanten vorab die Einstellung nach § 170 StPO und - nachgeordnet eine Einstellung nach § 153 StPO oder falls die formellen Voraussetzungen gegeben sind nach § 154 StPO. Auch eine Einstellung nach § 153b StPO muss der Verteidiger in geeigneten Fällen prüfen und zur Sprache bringen. Ist eine Einstellung nach diesen Vorschriften nicht zu erreichen, kann der Verteidiger versuchen, eine Einstellung gegen Auflagen entsprechend § 153a StPO zu erreichen. Wenn der Staatsanwalt zu einem entsprechenden Abschluss nicht bereit ist, werden die meisten Mandanten einen Strafbefehl einer Hauptverhandlung mit sicherer Verurteilung vorziehen. Wie sämtliche anderen Prozesssituationen muss der Verteidiger diese Alternative jedoch vorab ausführlich mit seinem Mandanten erörtern.

In der Hauptverhandlung kann der Verteidiger einen Freispruch anstreben, solange die Prozesssituation und die Beweisaufnahme dies auch nur annähernd hergegeben. Aber auch bei laufender Hauptverhandlung ist es wichtig, steht die Möglichkeiten einer Einstellung einzuschätzen und im richtigen Moment anzusprechen. Wenn aus welchen Grunde auch immer – eine Einstellung nicht zu erreichen ist, müssen die weiteren möglichen Rechtsfolgen stets realistisch eingeschätzt werden, um so das Bestmögliche für den Mandanten erreichen zu können. Ist ein Freispruch oder eine Einstellung nicht möglich, muss der Verteidiger in geeigneten Fällen das Absehen von Strafe mit Strafvorbehalt zur Sprache bringen. Selbst während einer laufenden Hauptverhandlung kann der Staatsanwalt noch einen Strafbefehl beantragen will - auch dies sollten gelegentlich von dem Verteidiger erwogen und angeregt werden.

Sind Verteidiger und Beschuldigter einig über das Verteidigungsziel, ist es Aufgabe des Verteidigers hieraus eine Verteidigungsstrategie und einen Verteidigungsplan zu entwickeln - dabei müssen sich die Beteiligten klar sein, dass diese Ausgangspunkte für die Verteidigung keine statischen Größen sein können, sondern sich in jeweils dem Verfahrensverlauf anpassen müssen.

Klar ist auch, dass Verteidigung so früh wie möglich beginnen muss und spätestens sich dann mit der Frage einer Strafzumessung befassen muss, wenn das Ziel einer Einstellung nach § 170 StPO im Ermittlungsverfahren oder eines Freispruch im Strafverfahren mehr sicher erreicht werden kann. Das heißt aber auch, dass Fragen der Strafzumessung bereits im Ermittlungsverfahren beachtet und in geeigneter Form in das Verfahren eingeführt werden müssen. Hierbei darf der Verteidiger sich nicht scheuen, auch zu Fragen der Strafzumessung, Beweisanträge schon im Ermittlungsverfahren zu stellen.

2. Strategien der Verteidigung

2.1. Ermittlungsverfahren

Ziel der Verteidigung im Ermittlungsverfahren sollte es sein, eine Hauptverhandlung zu vermeiden. Die Regelung der §§ 153, 153a StPO ist geeignet für geringfügige Straftaten. Aufgabe der Verteidigung ist es, die Anwendung frühzeitig ins Gespräch zu bringen. Auch wenn die Regelungen der §§ 153 ff. StPO grundsätzlich für Straftaten minderer Intensität geschaffen wurden, können sie auch bei Vergehen mittlerer Kriminalität angewandt werden. Die Regelungen sind geeignet bei erheblicher Verfahrensverzögerung, die nicht vom Angeklagten zu vertreten ist, bei nicht vorbestraften Angeklagten, bei massiver Einwirkung durch Polizeispitze¹. Möglich ist eine Einstellung auch nach § 153b StPO, wenn die Voraussetzungen des § 60 StGB oder eine der beiden Möglichkeiten des § 46a StGB vorliegen

Insbesondere bei den Zumessungstatsachen hat der Verteidiger Möglichkeiten, die er auf jeden Fall nutzen muss: er kann und muss den Mandanten beraten und vorbereiten auf die Strafverhandlung. Das heißt nicht nur, ihm die einzelnen Stationen des Ermittlungsverfahren und einer eventuellen Hauptverhandlung zu erklären, nicht nur zu empfehlen vor einer nicht zu vermeidenden Hauptverhandlung einmal einer Verhandlung (nach Möglichkeit mit demselben Richter des eigenen Verfahrens) beizuwohnen und mit ihm die Aussage zu üben und Fragen zu stellen.

In vielen Fällen besteht auch die Möglichkeit, positiv Strafzumessungstatsachen zu schaffen, die sich für den Mandanten günstig auswirken können. In Verfahren bei denen Alkohol oder Betäubungsmitteln eine Rolle spielen, kann er den Beschuldigten zu therapeutischen Maßnahmen oder den Besuch beratender Seminare veranlassen. Atteste über Drogenabstinenz können schon vor der Hauptverhandlung nutzen, allerdings in der Berufungsinstanz natürlich auch eine Festigung der Persönlichkeitsentwicklung dokumentieren. Aber auch schon für die erste Instanz kann und muss ein Verfahren des Täter-Opfer-Ausgleich gem. § 46a StGB vorbereitet und auf den Weg gebracht sein.

2.2. Tätigkeit im Zwischenverfahren

In der Vergangenheit wurde zu wenig während des Zwischenverfahrens verteidigt. Grund hierfür war sicher nicht nur die Neigung der meisten Richter, formularmäßig Anklagen zuzulassen, sondern auch die fehlende Honorierung. Mit dem RVG hat sich dies geändert: Die Honorierung anwaltlicher Leistungen nach dem RVG orientiert sich viel mehr nach dem Umfang der Leistungen und des Aufwandes der Verteidigung, als dies noch nach BRAGO üblich war.

¹ Bockemühl, S. 1511

Umfangreiche Tätigkeit im Zwischenverfahren kann z. B. als Ansatzpunkt für eine Pauschgebühr nach § 42 RVG dienen.

Je nach Anklage kann es aber durchaus sinnvoll sein, auch zu beantragen, ein Hauptverfahren vor einem rangniedrigen Gericht, also dem Schöffengericht oder dem Einzelrichter, zu eröffnen. Aber der Verteidiger kann auch bereits in diesem Stadium des Verfahrens darauf hinwirken, dass der Richter andere rechtlichen Gesichtspunkte in den Vordergrund drückt, als es seitens der Staatsanwaltschaft gewünscht wird – schließlich kann in umfangreichen und rechtlich schwierigen Verfahren unter Umständen vermieden werden, wenn die Staatsanwaltschaft beispielsweise Anklage zu Schöffengericht erhebt, das seitens des Richters eine Abgabe an ein höheres Gericht – oder auch die Wirtschaftsstrafkammer – ins Auge gefasst wird.

2.3. Vorbereitung der Hauptverhandlung

Zielt die Verteidigung eines Beschuldigten nur noch auf Fragen der Strafzumessung, sollte dies den Ermittlungsbehörden in geeigneten Fällen frühzeitig mitgeteilt werden. Je früher dies der Staatsanwaltschaft oder dem Gericht klar gemacht wird, desto größer dürfte die Neigung sein, Beweisanregungen und Beweisanträgen, die auf die Strafzumessung zielen, nachzugehen. Eigene Nachforschungen des Verteidigers sind zu diesen Fragen auch häufig möglich. Diese können das Vorleben und die soziale Integration des Beschuldigten betreffen, aber auch Ausbildung und Auswirkungen des Strafverfahrens auf das vorhersehbare künftige Leben des Mandanten können auf diese Weise herausgearbeitet werden. Insbesondere wenn der Verteidiger **eine Hinzuziehung eines Sachverständigen** notwendig erachtet, werden Staatsanwaltschaft und Gericht diesem Ansinnen näher treten, je früher der Antrag gestellt ist.

2.4. Hauptverhandlung

Strafzumessungstatsachen müssen ordnungsgemäß festgestellt werden, sie sind unbeschränkt der Beweiserhebung zugänglich.¹ Trotz der offensichtlich großen Bedeutung für den Mandanten und der Tatsache, dass angesichts der hohen Zahl von Verurteilungen nach Anklageerhebung, spielt die Erhebung von Beweisen zur Strafzumessung in der Hauptverhandlung ein Schattendasein.² Es ist Aufgabe einer verantwortungsbewussten Verteidigung, Umstände und Tatsachen, die sie für die Strafzumessung für bedeutsam hält, von denen sie aber erwartet oder für möglich hält, dass das Gericht

1 BGH NStZ 87,405

2 Schlothauer, Vorbereitung der Hauptverhandlung durch den Verteidiger, 1998, Rdnr. 109

diese Tatsachen nicht zugunsten des Angeklagten wertet, oder bei der Strafzumessung übergeht, durch entsprechende Beweisanträge zum Gegenstand der Hauptverhandlung zu machen.

Bei den nachfolgenden Überlegungen gehe ich grundsätzlich von Verfahren aus, die erstinstanzlich beim Landgericht beginnen, somit nur einer Tatsacheninstanz dem Verteidiger und Angeklagten zur Verfügung steht. Es ist eine grundsätzliche Frage, ob der Verteidiger bei erstinstanzlichen Verfahren vor dem Amtsgericht Beweisanträge, Unterlagen und Rechtsausführungen zurückhalten soll, um so noch unter Umständen neues Material für die Berufungsinstanz zu haben. Die konkrete Entscheidung wird sicher von der Person der beteiligten Richter und Verteidiger abhängig sein. Der Verfasser hat aber grundlegende Bedenken gegen ein solches Vorgehen und bevorzugt eher eine Verteidigungsstrategie, die nicht auf eine andere Tatsachenerkenntnis des Berufungsrichters setzt. Dies gilt insbesondere für Zumessungstatsachen.

3. Grundsätze der Strafzumessung

3.1. Das System der Sanktionen

Das System der strafrechtlichen Sanktionen unterscheidet zwischen Hauptstrafen, Nebenstrafen, Maßregeln der Besserung und Sicherung, sowie sonstigen Folgen. Weniger belastende Maßnahmen sind die Möglichkeiten einer Einstellung nach den §§ 153, 153a, 153b, 154 ff. StPO. Die Hauptstrafen des Strafgesetzbuches sind die Geldstrafe sowie die Freiheitsstrafe, bei letzterer die unbedingte Freiheitsstrafe sowie die Möglichkeit einer Strafaussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung.

Als Nebenstrafen ist allein das Fahrverbot gem. § 44 StGB vorgesehen - während die Möglichkeit, neben einer Freiheitsstrafe von mehr als zwei Jahren eine Vermögensstrafe festzusetzen (§ 43a StGB) vom Verfassungsgericht¹ für verfassungswidrig erklärt wurde.²

Das Strafgesetzbuch kennt als Nebenfolge den Verlust in der Amtsfähigkeit, der Wählbarkeit und des Stimmrechts (§ 45 StGB) sowie als weitere Folgen den Verfall (§ 73 StGB), den Verfall des Wertersatzes (§ 73a StGB), den erweiterten Verfall (§ 73d StGB) die Einziehung (§ 74 StGB), die Einziehung des Wertersatzes (§ 74c StGB) und die Einziehung von Schriften und Unbrauchbarmachung (§ 74d StGB).

Keine Strafen i. S. des Strafgesetzbuches - von den Betroffenen gleichwohl so empfunden - sind die Maßregeln der Besserung und Sicherung (§ 61 StGB): dies sind die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus, in einer Entziehungsanstalt oder der Sicherungsverwahrung (§§ 63, 64 und 66 StGB), die Führungsaufsicht (§ 68 StGB), die Entziehung der Fahrerlaubnis (§ 69 StGB) und das Berufsverbot (§ 70 StGB).

3.1.1. Geldstrafe

Eine Geldstrafe kann nicht zur Bewährung ausgesetzt werden - allerdings besteht die Möglichkeit der Verwarnung mit Strafvorbehalt gem. § 59 StGB. Kann eine Geldstrafe nicht beigetrieben werden und ist eine Zahlung der Geldstrafe auch nicht gem. § 42 StGB im Rahmen von Zahlungserleichterungen möglich oder zu erwarten, die zwangsweise Beitreibung erfolglos, ist die Geldstrafe in Form einer Ersatzfreiheitsstrafe zu vollstrecken. Dabei entspricht ein Tagessatz der festgesetzten Geldstrafe einen Tag Freiheitsentzug.

¹ BVerfG 2 BvR 794/95 vom 20.3.2002

² Entscheidungen, die nicht mit Fundstelle vermerkt sind, finden Sie unter www.strafzumessung.de

Gem. § 40 Abs. 2 StGB wird die Höhe eines Tagessatzes als der dreißigste Teil eines monatlichen Nettoeinkommen errechnet. Das Gericht ist verpflichtet, das Einkommen zu ermitteln. Nach § 40 Absatz 3 StGB kann das Gericht das Einkommen schätzen, ist aber verpflichtet Ermittlungen zu versuchen.¹ Bei der Höhe des Tagessatzes sind die persönlichen Verhältnisse zu berücksichtigen, so z. B. Unterhaltsverpflichtungen², aber keine Abschreibungen³. Schulden sind nur selten zu berücksichtigen⁴. Inwieweit Vermögen zu berücksichtigen ist, ist fraglich.⁵ Ist jemand nicht berufstätig, ist der Mindestsatz anzunehmen⁶.

Die "unbaren Vorteile" sind hinzuzurechnen. Unterhaltszahlungen und Unterhaltsverpflichtungen sind mindernd zu berücksichtigen⁷. Bei Sozialhilfeempfängern kommt es auf die Gesamtheit der Unterstützungs- und Fürsorgeleistungen an.⁸ Ist eine sofortige Zahlung nicht möglich oder zumutbar, ist in dem Verurteilten Ratenzahlung zu bewilligen. Der Richter kann von dieser Regel abweichen, wenn der Täter nur über Mittel verfügt, die in der Nähe des Existenzminimums liegen.⁹

Die Festsetzung der **Höhe des Tagessatzes** erfolgt also in drei Stufe:

1. Bestimmung der Höhe des Tagessatzes nach dem Einkommen
2. Reduzierung des Tagessatzes bei Erreichen des Existenzminimums
3. Bewilligung von Ratenzahlung schon im Urteil

Diese drei Elemente entziehen sich aber einer schematischen Betrachtung. Die Möglichkeit der Reduzierungen wird durch die Option Ratenzahlung relativiert - es bleibt aber Aufgabe des erkennenden Richters, ein gerechte Maß zu finden bei dem der erforderliche Charakter der Strafe als die Erfahrung eines empfindlichen Übels erhalten bleibt.¹⁰

Fällt dir ein Angeklagter aufgrund der vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis seiner Arbeitsstelle und der wirft ihm aufgrund dieser Umstände das Arbeitslosengeld für drei Monate gesperrt, so ist dies

1 OLG Düsseldorf NZV 94,324; BayObLG DAR 86,243

2 OLG Celle NJW 75,1038

3 OLG Hamm MDR 83,1043

4 OLG Karlsruhe MdDR77, 65; BayObLG DAR 84,238

5 OLG Celle NStZ 83,315

6 Gebhardt Seite 482

7 Hanseatisches OLG VRS 101, 106

8 Tröndle/Fischer 50. Auflage Rdnr. 7 zu § 40

9 so auch OLG Stuttgart NJW 94,745 ; OLG Celle NStZ-RR 98, 272

10 BayObLG Beschluss vom 25. 8. 1999 (2 St RR 137/99) = VRS 99,51

bei der Bestimmung der Anzahl der Tagessätze nach § 40 Abs. 1 StGB, § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB zu berücksichtigen.

3.1.2. Freiheitsstrafe

Das StGB unterscheidet zwischen lebenslanger Freiheitsstrafe und zeitigen Freiheitsstrafen (§ 38 StGB). Das Höchstmaß der zeitigen Freiheitsstrafe beträgt 15 Jahren und auch bei Bildung einer Gesamtstrafe kann dieses Höchstmaß nicht überschritten werden. Das Höchstmaß von 15 Jahren kann jedoch überschritten werden, wenn nebeneinander auf mehrere selbstständige Strafen erkannt ist¹. Die Mindeststrafe von einem Monat gilt nicht für Ersatzfreiheitsstrafen.² Kurze Freiheitsstrafen unter sechs Monaten sollen nur in Ausnahmefällen verhängt werden. Voraussetzung hierfür ist:

- **Besondere Umstände** in der Tat oder Persönlichkeit des Betroffenen können festgestellt werden. Diese können in der Bejahung besonderer krimineller Neigungen des Täters liegen, oder mit zahlreichen Vorstrafen begründet werden. Es muss aber ein deutlicher Unterschied zu einem durchschnittlichen Täter festgestellt werden.³ Das Gericht kann auch die besonderen Umstände bejahen, wenn sie sich aus der Tat oder Persönlichkeit des Täters als Summe ergeben.⁴
- Eine **Einwirkung mit einer Freiheitsstrafe auf den Täter** ist notwendig: Durch die Verhängung der schwereren Strafart, unter Umständen mit einer Aussetzung der Strafe zur Bewährung und damit verbundenen Bewährungsmaßnahmen, eröffnen sich andere Einwirkungsmöglichkeiten auf den Täter als durch Verhängung einer Geldstrafe.⁵ Besteht jedoch keine Aussicht auf eine positive Einwirkungen auf den Täter durch die Verhängung einer Freiheitsstrafe, scheidet die Verhängung aus diesem Grunde aus. Auch die voraussehbare Zahlungsunfähigkeit oder die Besorgnis, der Verurteilte könne die Geldstrafe nicht aus eigenen Mitteln aufbringen ist kein Grund, eine Freiheitsstrafe anstelle einer Geldstrafe zu verhängen.⁶
- Die **Verteidigung der Rechtsordnung** erfordert die Verhängung der Freiheitsstrafe: der Topos der Verteidigung der Rechtsordnung ist bereits wegen seiner Unschärfe ein problematischer Begriff und deshalb verfassungsrechtlich

1 BGH St 43, 216

2 Lackner/Kühl § 43 Rdnr. 2

3 OLG Frankfurt StV 95, 27 ; OLG Düsseldorf Wistra 97,151

4 OLG Frankfurt VRS 42,188

5 BGH St 24,164

6 Lackner/Kühl § 47 Rdnr. 3

angreifbar.¹ Die Verteidigung der Rechtsordnung rechtfertigt die Verhängung einer Freiheitsstrafe, wenn wegen der Besonderheiten des Einzelfalles für das allgemeine Rechtsempfinden die Verhängung lediglich einer Geldstrafe schlechthin unverständlich wäre.² Die Verhängung einer Freiheitsstrafe muss für jeden erkennbar unerlässlich sein:³ unerlässlich ist die Freiheitsstrafe nur, wenn die Geldstrafe den spezial- oder generalpräventiven Zweck des Strafens offensichtlich nicht mehr erreichen kann.⁴ Gegen die Anwendung des Begriffs „Verteidigung der Rechtsordnung“ wird seit Jahren in der Literatur⁵ geschrieben, ohne allerdings dass es zu einer Beanstandung des Verfassungsgerichts gekommen ist. Die „Verteidigung der Rechtsordnung“ spielt auch eine Rolle bei der Frage, ob eine Freiheitsstrafe von mehr als sechs Monaten zu vollstrecken ist, obwohl dem Angeklagten eine günstige Sozialprognose gestellt wird. In diesen Fälle muss das Gericht eine Kriminalprognose gemäß § 56 Abs. 3 StGB erstellen. Wird eine günstige Kriminalprognose bejaht, kann die Frage der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe zur Verteidigung der Rechtsordnung erst danach diskutiert werden.⁶

Eine Freiheitsstrafe von weniger als sechs Monaten darf nur verhängt werden, wenn hierfür besondere Umstände gemäß § 47 Abs. 1 StGB sprechen. Die Urteilsgründe müssen dann im einzelnen die Umstände anführen, die zur Ablehnung einer Geldstrafe geführt haben.⁷

Bei der Verurteilung gegen eines Bagatelledelikt wird die Verhängung kurzfristiger Freiheitsstrafen häufig als unangemessen gesehen⁸. Allerdings ist die Verhängung von Freiheitsstrafen nicht generell ausgeschlossen. Die Häufung von Taten mit geringer Schuld lässt auch auf hartnäckiges rechtsmissbräuchliches und gemeinschaftsschädliches Verhalten schließen, das wiederum die Verhängung kurzfristiger Freiheitsstrafen rechtfertigt. Eine Verhängung einer kurzfristiger Freiheitsstrafe unter sechs Monaten kommt in Betracht, wenn unter dem Gesichtspunkt der Spezialprävention oder dem Strafzweck zur Einwirkung auf den Täter durch eine Geldstrafe nicht mehr erreicht werden kann.

1 Hassemer in Festschrift für Coing S. 493

2 OLG Köln StV 84,378 ; BGH St 24, 40

3 Xanke, Rdnr. 277

4 OLG Düsseldorf StV 86,104

5 Naucke, Verteidigung der Rechtsordnung, Berlin 1972; Knoche, Blutalkohol 70, 189; Köhler JZ 89, 697

6 OLG Dresden VRS 99,75

7 OLG Düsseldorf VRS 84, 229; BGHR StGB § 47 Abs. 1 Umstände 2, 4

⁸ OLG Stuttgart, NJW 2002, 3188; OLG Braunschweig NSTz-RR 2002, 78; OLG Hamm, Strafo 2003, 99 und Strafo 2003, 177

Bei einem Angeklagten, der in einem Zeitraum von rund zehn Jahren, zehnmal strafrechtlich in Erscheinung getreten ist, verstößt die Verhängung einer kurzfristigen Freiheitsstrafe nicht gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz.¹

Fehler unterlaufen den Tatgerichten immer wieder in den Urteilsgründen, wenn eine Freiheitsstrafe unter sechs Monaten verhängt worden ist. Gem. § 47 Abs. 1 1. Alt. StGB darf das Gericht eine kurze Freiheitsstrafe unter sechs Monaten nur verhängen, wenn es diese Strafe aufgrund besonderer Umstände in der Tat oder in der Persönlichkeit des Täters für unerlässlich erachtet, wenn also eine Einwirkung auf den Täter durch eine Geldstrafe nicht oder kaum zu erreichen ist und aus diesem Grunde eine Freiheitsstrafe unverzichtbar erscheint, um den Täter dazu zu bringen, in Zukunft nicht mehr straffällig zu werden.² Die Verhängung einer Freiheitsstrafe unter sechs Monaten hat danach regelmäßig nur dann Bestand, wenn sie sich aufgrund einer Gesamtwürdigung aller die Tat und den Täter kennzeichnenden Umstände als unverzichtbar angesehen wird.³ Das gilt vor allem, wenn es sich um einen bislang unbestraften Angeklagten handelt. **Besonderheiten** gelten für den sog. "**Wiederholungstäter**", der bereits (mehrfach) strafrechtlich in Erscheinung getreten ist. Bei diesem sind nämlich nach Auffassung von Rechtsprechung und Literatur an die Begründung der kurzfristigen Freiheitsstrafe nicht so hohe Anforderungen zu stellen wie bei einem Ersttäter.⁴

Im Rahmen der Urteilsgründe muss sich der **Tatrichter** nach der obergerichtlichen Rechtsprechung mit den von der Rechtsprechung zur Verhängung einer kurzfristigen Freiheitsstrafe aufgestellten **Anforderungen auseinandersetzen**. Auch wenn im Rahmen der Strafzumessung nicht sämtliche Gesichtspunkte, sondern nur die wesentlichen dargestellt werden müssen, um den in § 46 StGB insoweit festgelegten Anforderungen gerecht zu werden, muss zumindest dem Gesamtzusammenhang seiner Ausführungen zu entnehmen sein, dass die Verhängung einer kurzfristigen Freiheitsstrafe für "unerlässlich" angesehen worden ist. Nicht ausreichend ist es z. B., wenn die kurzfristige Freiheitsstrafe nur für "geboten" gehalten wird.⁵ Grundsätzlich reicht es auch nicht aus, wenn sie nur "erforderlich" ist ([OLG Hamm, Beschluss v. 9. 9. 2003 – 3 Ss 736/02](#), wonach nicht jeder unerlaubte Aufenthalt eines Ausländers eine kurzfristige Freiheitsstrafe i. S. d. § 47 StGB nach sich ziehen muss, um das Vertrauen der Bevölkerung in den Schutz der Rechtsordnung zu erhalten). Hier muss der Verteidiger **sorgfältig prüfen**, ob es sich **tatsächlich** um einen

¹ OLG Hamm, Beschluss vom 01.12.2003, 2 Ss 643/03 = VRS 106/, 189

² BGHSt 24, 165

³ OLG Hamm VRS 96, 191; BGH NSTZ 1996, 429; 1994, 370

⁴ OLG Köln NSTZ 2003, 421 f

⁵ OLG Hamm VRS 97, 410

"Wiederholungstäter" handelt und deshalb die Annahme gerechtfertigt ist, dass er nur noch mit einer (kurzfristigen) Freiheitsstrafe beeindruckt werden kann. Insoweit kann es auch von Bedeutung sein, ob es sich bei den Voreintragungen ggf. nur um jugendrechtliche Maßnahmen handelt. Dann ist der Angeklagte hinsichtlich der drohenden Maßnahme nach Erwachsenenrecht "Ersttäter" und der Tatrichter muss sich mit der Frage auseinandersetzen, warum die Verhängung einer ersten Geldstrafe nach Erwachsenenrecht nicht genügt. Gerade eine Geldstrafe mit ggf. höherer Tagessatzzahl kann für einen (jugendlichen) Täter, der nur über ein geringes Einkommen verfügt, wegen des Nettoeinkommensprinzips eine erhebliche Belastung sein. Die Strafzumessung ist Sache des erkennenden Richters. Rechtsfehlerhaft ist sie aber dann, wenn die in den Urteilsgründen enthaltenen Ausführungen die Besorgnis rechtfertigen, dass der Tatrichter bei der Bemessung der Strafe gewichtige, sich aufdrängende Strafzumessungsgründe außer Acht gelassen hat.

Die gesetzgeberische Grundwertung gilt auch bei **Trunkenheitsdelikten**. Danach sind Freiheitsstrafen unter sechs Monaten grundsätzlich durch Geldstrafe zu ersetzen.¹ Allerdings eine ungünstige Täterprognose, insbesondere die deutliche Wahrscheinlichkeit für weiteren Straftaten, kann kurze Freiheitsstrafen zur Täterereinwirkung gebieten. Insbesondere dann, wenn eine Geldstrafe im Zusammenhang mit einer Maßregel für Sicherung und Besserung nach der richterlichen Prognose in der letzten mündlichen Verhandlung nicht ausreicht. Eine schematische Erhöhung der Sanktionsfrequenz ist jedoch nicht angezeigt. Insbesondere, wenn der Wiederholungstäter zwischenzeitlich Maßnahmen zur Korrektur seines Fehlverhaltens, wie Nachschulungskurse, Aufbau Seminare oder Ähnliches besucht hatte.

Sind einzelne Trunkenheitsfahrten von ihrer Motivationslage her nicht vergleichbar, so spricht dies gegen eine Freiheitsstrafe.² Dies eröffnet auch dem Verteidiger Möglichkeiten im Ermittlungsverfahren gemeinsam mit dem Mandanten auf ein günstiges Ergebnis der Strafverhandlung hinzuwirken.

3.1.3. Bewährung

Einer Aussetzung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung ist möglich bei Strafen bis zu zwei Jahren. Dabei unterscheidet das Gesetz zwischen Freiheitsstrafen bis zu sechs Monaten, Freiheitsstrafen von mehr als sechs Monaten bis zu einem Jahren und Strafen bis zu zwei Jahren. Entscheidend ist dabei die festgesetzte Strafe, nicht ein eventuelle noch zu verbüßender Strafreue bei vorangegangener Untersuchungshaft. Eine Freiheitsstrafe die bereits vollständig durch

¹ Xanke, RdNr. 274

² OLG Köln, Strafverteidiger 84, 373; OLG Saarbrücken NStZ 94, 192

die Untersuchungshaft verbüßt ist, kann nicht mehr zu Bewährung ausgesetzt werden.¹

Voraussetzung für die Aussetzung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung ist

- eine **günstige Prognosen** - bei Strafen bis zu sechs Monaten ist die Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung zwingend, wenn das Gericht bei der Urteilserkenntnis dem Angeklagten eine günstige Sozialprognose attestiert.² Aus dem Gesetz ergibt sich die grundsätzliche Regel, dass kurze Freiheitsstrafen zur Bewährung ausgesetzt werden sollen³, dies gilt auch bei zahlreichen Delikten und mehreren Vorstrafen⁴ und insbesondere wenn die Verhängung der Freiheitsstrafe allein aus generalpräventiven Zwecken erfolgt.⁵
- bei Strafen von sechs Monaten bis zu einem Jahr ist die Aussetzung zur Bewährung zwingend, es sei denn die Verteidigung der Rechtsordnung gebietet die Vollstreckung.
- besondere Umstände der Tat oder der Persönlichkeit des Täters: nach § 56 Abs. 2 StGB kann auch eine Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr bis zu maximal zwei Jahren zur Bewährung ausgesetzt werden. Voraussetzung ist, dass der Tatrichter neben den allgemeinen Voraussetzungen der Bewährung auch noch besondere Umstände der Tat oder des Täters positiv feststellt. Notwendig ist eine Gesamtwürdigung von Tat und Persönlichkeit des Täters.⁶ Es müssen Milderungsgründe von besonderem Gewicht vorliegen und eine Strafaussetzung muss trotz des erheblichen Unrechts- und Schuldgehalts der Tat nicht unangemessen erscheinen.⁷ Verwertbar sind dabei alle Umstände, die auch für eine positive Sozialprognose sprechen, insbesondere wenn diese ein ganz besonderes Gewicht haben. Eine günstige Prognose kann auch ein besonderer Umstand sein,⁸ insbesondere wenn sie durch begleitende Maßnahmen, etwa eine Nachschulung für auffällige Kraftfahrer, gestützt wird.⁹ Dies gilt selbst bei schwerwiegenden Delikten (Trunkenheit mit Todesfolge).¹⁰

1 BGH St 31, 25 ; BGH StV 92,157

2 Kindhäuser § 56 Rdnr. 8

3 OLG Zweibrücken ZfS 93,426

4 BGH Strafverteidiger 82,366

5 BHG bei Tolksdorf DAR 95,128

6 Schmidhäuser § 56 Rdnr. 16

7 BGH St 29,370 ; BGH NSTz 86,27

8 BGH StV 95,20

9 LG Aschaffenburg ZfS 88,30

10 BGH NSTz 94,336

3.1.4. Die Sozialprognose:

Die Beurteilung einer günstigen Sozialprognose erfolgt ausschließlich unter spezialpräventiven Aspekten. Von dem Verurteilten muss zu erwarten sein, dass er sich in Zukunft und zwar zeitlich unbegrenzt straffrei führen wird. Hierbei genügt eine Wahrscheinlichkeit straffreien Lebens; nicht notwendig ist, dass jeder Zweifel ausgeschlossen wird.¹ Die Prognosen (insbesondere auch die negative Prognose) muss auf Tatsachen basieren. Für die zugrunde gelegten Tatsachen gilt der Grundsatz in dubio pro reo, allerdings nicht für die Prognosen – dabei muss das Gericht die volle Überzeugung gewinnen, Zweifel gehen zu Lasten des Täters. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Prognose ist der Zeitpunkt der Hauptverhandlung.² Das Gericht muss sämtliche Umstände würdigen, die Rückschlüsse auf das künftige Verhalten des Verurteilten zulassen:

- die Persönlichkeit des Täters,
- seinen Vorlieben,
- die Umstände der Tat,
- das Verhalten nach der Tat,
- seine Lebensverhältnisse sowie
- die Wirkungen, die die Strafe und die Aussetzung zur Bewährung auf das künftige Leben haben werden.

§ 50 StGB gilt bei der Bewährungsprognose nicht – sämtliche Umstände, die für die Bestimmung der Freiheitsstrafe bestimmend waren, können und müssen für die Beurteilung der Prognose noch einmal herangezogen werden. Gesichtspunkte für eine günstige Prognose:

- erstmaliger Verurteilung,
- straffreies Verhalten über längere Zeit nach der Tat,³
- eine Stabilisierung der Lebensverhältnisse, zu denen auch Arbeitsplatz gehört.⁴
- Aufklärungshilfe⁵
- besondere berufliche Nachteile des Täters⁶ und besonderes Bemühen des Täters um die Wiedergutmachung des Schadens (insbesondere die Durchführung des Täter-Opfer-Ausgleichs)

1 BGH NStZ 86,27

2 BGH StV 92,13

3 BGH St 6,298 ; BGH StV 91,364

4 BayObLG StV 94,186

5 BGH StV 83,281

6 BGH NStZ 87,172

Die **ungünstige Prognose** kann gestützt werden:

- Vorverurteilungen, insbesondere bei zeitlicher und sachlicher Nähe zur jetzigen Tat,¹
- der Täter verheimlicht den Verbleib der Beute²
- Bewährungsversagen³

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Sozialprognose ist die letzte Tatsacheninstanz, so dass auch nach der Tat eingetretene Umstände ⁴, eine eingetretene Stabilisierung der Lebensverhältnisse ⁵ sowie eingetretene berufliche Nachteile ⁶ sowie eine Persönlichkeitsveränderung ⁷ zu berücksichtigen sind.

Bei Freiheitsstrafen unter zwei Jahren wird die ganz überwiegende Zahl der Strafen zur Bewährung ausgesetzt. Auch wenn immer noch keine Zahlen für das gesamte Bundesgebiet vorliegenden sondern lediglich für die alten Bundesländern, hat sich die Tendenz in den letzten 20 Jahren nicht geändert: Bei Freiheitsstrafen zwischen einem Jahr um zwei Jahren Freiheitsstrafe werden mehr als 60 Prozent der Strafen zur Bewährung ausgesetzt, obwohl nach dem Gesetzeswortlaut dies im Regelfall nicht erfolgen soll, da ja für die Bewilligung einer Bewährung besondere Umstände vorliegen sollen. Bei Freiheitsstrafen von nicht mehr als einem Jahr liegt die Quote der zur Bewährung ausgesetzten Strafen bei weit mehr als 70%.⁸

3.1.5. Zusätzliche Geldstrafe § 41 StGB

§ 41 StGB ermöglicht es, bei allen Taten, die mit Bereicherungsvorsatz verwirklicht wurden, neben einer Freiheitsstrafe zusätzlich eine Geldstrafe zu verhängen. Jede einzelnen Strafe muss dann schuldangemessen sein und es muss jeweils wechselseitig berücksichtigt werden, dass neben der einen Strafe noch die andere Strafe verhängt wurde.

1 BGH StV 290,417

2 OLG Karlsruhe MDR 78, 71

3 BGH NStZ 88,451

4 BGHSt 29, 370; BGH NStZ 83, 218

5 BGH StV 86, 529

6 BGH NStZ 87, 172

7 Detter StraFo 97, 198

8 siehe auch Schäfer: Strafzumessung, Rdnr. 126

Voraussetzungen:

Der Täter muss handeln in der Absicht, sich einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen, der auch einen Dritten zufließen kann¹

- die Geldstrafe muss unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen Verhältnisse des Verurteilten angebracht und angemessen sein
- durch die Tat muss eine Bereicherung erfolgt sein²
- der Täter muss leistungsfähig sein³

3.1.6. Verfall, Verfall des Wertersatzes, erweiterter Verfall

Hat der Täter für die rechtswidrigen Tat etwas erlangt, ist dieses etwas für verfallen zu erklären. Das muss ich hierbei aber exakt um den Gegenstand des Verfahrens handeln.

Die Instrumente der §§ 73 ff. StGB sollen den Gewinn, der aus einer Tat erlangt wurde, abschöpfen. Dem Täter, der aus der rechtswidrigen Tat etwas erlangt hat, soll der Vorteil durch den zwingend anzuordnenden Verfall der Vorteil wieder genommen werden. Scheitert der Verfall daran, dass der konkrete Gegenstand nicht mehr vorhanden ist, ist es möglich, den Verfall eines bestimmten Geldbetrages in Höhe des Wertes des Gegenstandes festzusetzen (Verfall des Wertersatzes). Liegen Umstände vor, die die Annahme rechtfertigen, dass der Täter Gegenstände, die er rechtswidrig erlangt hat, in der Zwischenzeit veräußert hat, so ist der erweiterte Verfall möglich. Für die Berechnung des Verfalls einer bestimmten Geldsumme ist das Bruttoprinzip maßgeblich, d.h. der Täter kann nicht die Aufwendungen, die er tätigen musste, um die Tat auszuführen von dem "Erlangten", von dem für verfallen erklärten Geldbetrag abziehen.⁴

3.1.7. Einziehung

Wurden bestimmte Gegenstände bei der Begehung oder der Vorbereitung einer Tat benutzt, so können diese Gegenstände eingezogen werden. Möglich ist es auch, dass Gegenstände, die Ergebnis der Tat sind (z.B. Erwerb von Betäubungsmitteln zum Beispiel) eingezogen werden. Die Einziehung ist aber nicht auf schwere Taten beschränkt; die Einziehung eines PKW droht nicht nur, wenn das Fahrzeug für Fahrten zum Einschmuggeln von Drogen in das Bundesgebiet benutzt wurde, auch bei Trunkenheitsfahrt droht die Einziehung des Fahrzeuges, § 74b Absatz 2 Nr. 5 StGB.⁵ Der Fahrer muss aber auf jeden Fall Eigentümer sein. Eine Einziehung scheidet also aus, wenn der Fahrer Organ einer Gesellschaft, z.B.

¹ BGHSt 32, 60 ; BGH NJW 93,408

² BGH St 32, 60

³ BGH St 26,325

⁴ BGH NSTZ 94,124

⁵ Gebhardt Seite 485

Geschäftsführer einer GmbH, ist, selbst wenn er Alleineigentümer der Gesellschaft ist.¹

3.1.8. Berufsverbot (§ 70 StGB)

Das Berufsverbot ist eine Maßregel der Besserung und Sicherung - es ist eine präventive Maßnahme, um zukünftigen Schaden durch wahrscheinliches, rechtswidriges Verhalten des Täters für die Allgemeinheit abzuwenden. Voraussetzung ist, dass der Täter unter Missbrauch seines Berufs oder Gewerbes und unter grober Verletzung der damit verbundenen Pflichten Straftaten begangen hat und eine Gefahr zukünftiger erheblicher Taten besteht.²

3.1.9. Entziehung der Fahrerlaubnis

Häufig ist der Verteidiger mit dem Ansinnen seines Mandanten konfrontiert, auf jeden Fall eine Entziehung der Fahrerlaubnis zu verhindern. Der Mandant misst in diesen Fällen den Erfolg der Verteidigung an der Entscheidung des Gerichts über seine Fahrerlaubnis. Der Mandant erwartet daher ein besonderes Engagement seines Verteidigers, um diese negative Folge, die von ihm als besonders schwere Strafe empfunden wird, zu vermeiden. Eine Auseinandersetzung mit den Fragen des § 69 StGB ist daher notwendig und in der Hauptverhandlung lohnt sicher eine Diskussion der neueren Entwicklung der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs.

3.1.9.1 Der Beschluss vom 5.11.2002

Mit einer Reihe von Entscheidungen hat der 4. Strafsenat des BGH die Entziehung der Fahrerlaubnis gemäß § 69 StGB in neue Bahnen gelenkt. War früher gar die Fahrerlaubnis entzogen worden, etwa wegen Tankstellenbetrugs, Zechprellerei und anderem im Zusammenhang mit dem **Besitz** eines Kraftfahrzeuges oder der Anmietung eines Kraftfahrzeuges unter Vorlage eines gefälschten Führerscheines, regelmäßig aber beim Transport von Drogen, hat der 4. Strafsenat eine Diskussion entfacht. Grundlegend hierbei ist der Beschluss vom 05.11.2002³.

Für alle Nichtregelfälle stellte der 4. Strafsenat die Doktrin auf, dass für die Ungeeignetheit des Führens von Kraftfahrzeugen individuell und konkret nach Maßgabe der besonderen Eignung als Kraftfahrzeugführer zu entscheiden sei. Es müssen bei der Entscheidung spezifische Sicherheitsinteressen des Straßenverkehrs betroffen sein, da ansonsten die Entziehung der Fahrerlaubnis als Maßregel sich von deren Institut und Gedanken entferne und zu einer Nebenstrafe werde. Eine Entziehung der Fahrerlaubnis kommt nach dieser Auffassung nur in Betracht, wenn das Gericht feststellen

1 BGH bei Tolksdorf DAR 97,175

2 BGH NSTZ 88,176.

3 BGH NZV 2003, 199, vgl. aber auch BGH DAR 2003, 128; 2003, 180; 2003, 181; 2003, 230; 2003, 231

kann, dass der Täter kriminelle Ziele über die im Verkehr gebotene Sorgfalt und Rücksichtnahme stellen wird.

Von dieser Rechtsprechung ist jedoch bislang der 1. Strafsenat des BGH ausdrücklich abgewichen¹, während sich eine Reihe von Oberlandesgerichten, so etwa das Oberlandesgericht Hamm der Rechtsprechung des 4. Senats ausdrücklich angeschlossen haben².

3.1.9.2. Entscheidung des 4. Strafsenats vom 21.1.2004

In der Zwischenzeit liegt eine **offizielle Anfrage des 4. Strafsenats** an alle anderen Strafsenate vor. Hierzu haben sich bisher zustimmend geäußert der 2. und 4. Strafsenat, wobei der 2. Strafsenat in einer Entscheidung vom 21.01.2004 (2 ARS 347) mit folgendem Wortlaut die Beantwortung des Anfragebeschlusses einschränkte:

„Der Senat hat zu dem in der Anfrage angesprochenen Fragen im Urteil vom 26.09.2003 2 StA 161/03 ausführlich, auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des 1. Strafsenats vom 13.05.2003 1 StR 113/03 Stellung genommen. Im Gesamtsenat bestehen insoweit unterschiedliche Auffassungen. Eine Befassung des großen Senats für Strafsachen mit den aufgeworfenen Rechtsfragen wäre nach Ansicht des Senats im Hinblick auf deren grundsätzliche Bedeutung und im Interesse einer baldigen Klärung für die Praxis wünschenswert.“

3.1.9.3 Entscheidung des 2. Strafsenats zu § 69 StGB.³

Der zweite Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat zwar auf eine Anfrage erklärt, er halte an seiner bisherigen Rechtsprechung zu § 69 StGB nicht mehr fest, aber sich gleichwohl eine Entscheidung des Großen Strafsenats gewünscht. In einer Entscheidung vom Februar hat er eine Aussetzung des Verfahrens bis zur Entscheidung des Großen Strafsenats vermieden, indem er eine Entscheidung des Landgerichts wegen Entziehung der Fahrerlaubnis aus anderen Gründen aufgehoben hat. Das Landgericht hatte noch ausgeführt:

„Bei Betäubungsmittelgeschäften unter Benutzung von Kraftfahrzeugen ist diese (Eignung) in aller Regel zu verneinen.
....“

Zur Begründung einer Maßregel nach § 69 StGB ist nach dieser Entscheidung nicht nur eine Würdigung der Persönlichkeit des Angeklagten in die Entscheidung mit einzubeziehen, auch das Gewicht der Tatbeiträge, bei denen ein Fahrzeug geführt wurde, muss im Einzelnen festgestellt werden. Dabei gilt es, die Umstände

1 BGH NStZ 2003, 658, NStZ 2003, 563

2 OLG Hamm Strafverteidiger 2003, 624

3 BGH, Urteil vom 21.01.2004, 2 StR 357/03

der Benutzung des Kraftfahrzeuges ausreichend darzulegen und zu würdigen.

3.1.9.1.4. Die Voraussetzungen der Entziehung der Fahrerlaubnis:

1. es muss **eine rechtswidrige Tat** vorliegen. Die rechtswidrige Tat muss durch gerichtliches Urteil festgestellt werden, ein Schuldspruch ist nicht erforderlich. § 69 StGB ist daher auch anwendbar, wenn es wegen nicht auszuschließender Schuldunfähigkeit in der Hauptverhandlung zu einem Freispruch gekommen ist. Basiert der Freispruch auf anderen Gründen als festgestellter oder nicht auszuschließender Schuldunfähigkeit, scheidet eine Entziehung der Fahrerlaubnis aus.
2. Die Tat beruht auf einer **Pflichtverletzung**: die Tat muss im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeug und der unter Verletzung der besonderen Pflichten eines Kraftfahrzeugführers begangen sein. Hierzu zählen alle Verkehrsdelikte. Im Zusammenhang mit dem Führen können aber alle Straftaten stehen: es muss allerdings ein tatsächlicher Zusammenhang zwischen der Tatsausführung und dem Führen des Kraftfahrzeugs bestehen.
3. **Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen**: Maßgeblicher Zeitpunkt zur Beurteilung der Ungeeignetheit ist der Zeitpunkt des Urteils. Zu diesem Zeitpunkt muss eine charakterliche Ungeeignetheit des Betroffenen festgestellt werden. Katalogtaten des § 69 StGB indizieren die Ungeeignetheit

Über die Katalogtaten des § 69 StGB hinaus, das sind Verstöße gegen §§ 315c, 316, 142, 323a Nr. 1-3 StGB, kann bei anderen Straftaten nicht ohne weiteres von einer charakterlichen Ungeeignetheit ausgegangen werden. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Geeignetheit des Mandanten ist der Zeitpunkt unmittelbar vor der Entscheidung in der Tatsacheninstanz. Nur bei Begehung einer der in § 69 Abs. 2 StGB aufgeführten rechtswidrigen Taten ist er in der Regel als ungeeignet anzusehen. Wird die Entziehung auf die Begehung anderer als der in § 69 Abs. 2 StGB bezeichneten Straftaten – hier: nach §§ 249, 250 StGB – gestützt, so ist regelmäßig eine Gesamtabwägung erforderlich und die fehlende Eignung des Täters zum Führen von Kraftfahrzeugen näher zu begründen.¹

In der Vergangenheit begründeten viele Gerichte die Annahme, ein Angeklagte sei zum Führen von Kraftfahrzeugen ungeeignet, allein damit dass er seine Fahrerlaubnis "zur Begehung mehrerer Taten eingesetzt hat, indem er mit seinem Fahrzeug die Betäubungsmittel

¹ st. Rspr., vgl. nur BGHR StGB § 69 Abs. 1 Entziehung 5 und 6

abgeholt hat". Dabei ist nur der rechtliche Ausgangspunkt der Gerichte richtig, dass § 69 Abs. 1 StGB nicht nur bei Verkehrsverstößen im engeren Sinne, sondern auch bei sonstigen strafbaren Handlungen anwendbar ist, sofern sie im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs begangen werden und sich daraus die mangelnde Eignung zum Führen von Kraftfahrzeugen ergibt. Anders als bei der Begehung einer der in § 69 Abs. 2 StGB aufgeführten rechtswidrigen Taten begründet jedoch allein der Umstand, dass der Täter ein Kraftfahrzeug zur Begehung von Straftaten benutzt hat, nicht bereits eine Regelvermutung für seine charakterliche Unzuverlässigkeit zum Führen von Kraftfahrzeugen.

Der Bundesgerichtshof hat jedoch immer eine nähere Begründung der Entscheidung aufgrund einer umfassenden Gesamtwürdigung¹, es allerdings teilweise als ausreichend angesehen, wenn festgestellt wurde, dass bei der Durchführung von Betäubungsmittelgeschäften unter Benutzung eines Kraftfahrzeugs die charakterliche Zuverlässigkeit "in aller Regel" verneint wurde und selbst ausgeführt, dass nur unter ganz besonderen Umständen ausnahmsweise etwas anderes gelten" könne.²

Diese Rechtsprechung traf auf Widerspruch, da damit einer spezifischen Deliktgruppe im Ergebnis die gleiche Wirkung wie den Katalogstraftatbeständen des § 69 Abs. 2 StGB beigemessen wurde.³

Die Maßregel nach § 69 StGB dient nicht der allgemeinen Verbrechensbekämpfung; vielmehr setzt der nach dieser Vorschrift erforderliche Zusammenhang zwischen Straftat und dem Führen eines Kraftfahrzeugs voraus, dass durch das Verhalten des Täters eine erhöhte Gefahr für andere Verkehrsteilnehmer eintritt.⁴ Ihre Verhängung und Dauer der Entziehung hängt daher nicht von der Schwere der Tatschuld, sondern ausschließlich von der Ungeeignetheitsprognose ab.⁵

Ergibt die Anlasstat keinen Hinweis darauf, dass der Angeklagte auch die allgemeinen Regeln des Straßenverkehrs verletzt hat oder zumindest unter Inkaufnahme ihrer Verletzung die Straftat begangen hat, so entfernt sich die Entziehung der Fahrerlaubnis von ihrer

1 st. Rspr.; vgl. BGHR StGB § 69 Abs. 1 Entziehung 5 und 8; BGH 4 StR 406/02 v. 5.11.02 (Fahrerlaubnis)

2 BGHR StGB § 69 Abs. 1 Entziehung 3; BGH NStZ 1992, 586; BGH NStZ 2000, 26

3 BGHR a.a.O. Entziehung 6

4 Geppert in LK 11. Aufl. § 69 Rdnr. 34; ebenso Hentschel, Trunkenheit, Fahrerlaubnisentziehung, Fahrverbot, 8. Aufl. Rdnr. 582

5 BGHSt 15, 393, 397; BGHR StGB § 69 a Abs. 1 Dauer 2 und 3; BGH 4 StR 339/02 v. 22.10.02 (Fahrerlaubnis2)

Rechtsnatur als Maßregel der Besserung und Sicherung und gewinnt den Charakter einer Nebenstrafe, die sie jedoch gerade nicht ist.¹

Dies zeigt auch ein Vergleich mit der Regelung des Fahrverbots in § 44 StGB. § 44 StGB ist eine Nebenstrafe, dessen Anordnung – insoweit nicht anders als § 69 Abs. 1 StGB – daran anknüpft, dass der Täter eine Straftat „bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeugs oder unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers begangen hat“. Die Verwendung eines Kraftfahrzeugs bei der Begehung einer (auch schwerwiegenden) Straftat begründet für sich allein noch nicht die für die Maßregel nach § 69 Abs. 1 StGB weiter vorausgesetzte fehlende Eignung. Eine Beschränkung der strafrechtlichen Entziehung der Fahrerlaubnis auf die Fälle einer Negativprognose in Bezug auf Verkehrssicherheitsbelange erscheint zudem mit Blick auf die Bedeutung der Teilnahme am motorisierten Straßenverkehr in einer auf Mobilität angelegten Gesellschaft unter dem verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt der allgemeinen Handlungsfreiheit² angezeigt.

Vor diesem Hintergrund hat das Bundesverfassungsgericht in seiner Rechtsprechung zur - allerdings verwaltungsrechtlichen - Entziehung der Fahrerlaubnis, die diese Maßnahme rechtfertigenden charakterlich-sittlichen Mängel dann als vorliegend erachtet, "wenn der Betroffene bereit ist, das Interesse der Allgemeinheit an sicherer und verkehrsgerechter Fahrweise den jeweiligen eigenen Interessen unterzuordnen und hieraus resultierende Gefährdungen oder Beeinträchtigungen des Verkehrs in Kauf zu nehmen".³

Auf die strafrechtliche Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 69 StGB bei Nicht-Katalogtaten im Sinne des § 69 Abs. 2 StGB übertragen, sind dies deshalb konkrete Anhaltspunkte für die Gefahr, der Täter werde seine kriminellen Ziele über die im Verkehr gebotene Sorgfalt und Rücksichtnahme stellen, notwendig.⁴

Dies alles gilt auch für Betäubungsmitteldelikte jeder Art. Eine Entziehung der Fahrerlaubnis kommt nur in Betracht, wenn sonstige Umstände auf eine unzureichende Bereitschaft des Angeklagten, den Konsum von Haschisch von dem Führen von Kraftfahrzeugen zu trennen oder in anderer Weise Verkehrssicherheitsinteressen zu vernachlässigen, konkret erkennbar sind.⁵ Dabei ist seitens des Tatrichters, wenn er solche Tatsachen feststellen will, der Zeitpunkt

1 BGH 4 StR 339/02 -22. Oktober 2002 –Fahrerlaubnis²

2 vgl. dazu u.a. Herzog 30. VGT 1992, 25 ff.; Ronellenfitch DAR 1992, 321 ff. und DAR 1994, 7 ff.; Sandler DAR 1990, 404 ff

3 BVerfG pvr 2002, 308

4 Hentschel a.a.O.

5 vgl. hierzu BVerfG a.a.O.; zu diesem Gesichtspunkt BGH bei Tolksdorf DAR 1998, 169 Nr. 15 und BGH NSTZ 2000, 26, 27

des Urteils und nicht der Tat maßgebend.¹ Dies gilt umso mehr, wenn in der Hauptverhandlung Beweisanträge dahingehend gestellt werden, dass der Mandant jedenfalls zu diesem Zeitpunkt keine Drogen mehr konsumiert!²

3.1.9.5 Strafzumessung und Entziehung der Fahrerlaubnis

Bei einer erstmaligen straßenverkehrsrechtlichen Verurteilung kann auf Grund von besonderen objektiven und subjektiven Umständen gemäß § 69a Abs. 2 StGB von der Sperre die Führung von Fahrzeugen der Klasse T ausgenommen werden, insbesondere wenn lediglich relative Fahruntüchtigkeit vorlag und der Verurteilte zur Bestellung eines landwirtschaftlichen Betriebs auf die Fahrerlaubnis der Klasse T angewiesen ist. Dies gilt auch, wenn es zu einer Verurteilung nach § 315c StGB kommt. Bei der **vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis** nach § 111a StPO kann die Fahrerlaubnisklasse T ausgenommen werden, wenn der Beschuldigte sich im dritten Lehrjahr seiner Ausbildung zum Landwirt befindet und durch die Landwirtschaftlichen Lehranstalten bestätigt wird, dass zur Fortführung des Ausbildungsverhältnisses der Besitz der Fahrerlaubnis der Klasse T zwingend erforderlich ist.³

Auch wenn ein Regelfall gemäß § 69 Abs. 2 Nr. 1 StGB verwirklicht ist kann von der **Entziehung der Fahrerlaubnis abgesehen** werden. Ist der Angeklagte nicht vorbestraft, aber wegen § 24a StVG vorgewarnt, können weitere Umstände dazu führen, dass ein Fahrverbot von drei Monaten ausreichend ist: Der Angeklagte war geständig und durch den bisherigen, vorläufigen Entzug der Fahrerlaubnis (ca. 8 Monate) sichtlich beeindruckt. Auch die Beschwerlichkeiten durch den durch die vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis notwendigen Arbeitsplatzwechsel und die Begründung eines zweiten Wohnsitzes, von dem aus er seiner neuen Arbeit nachgehen musste, prägten den Angeklagten. Außerdem hatte er die Kosten des Schaden am seinem eigenen Fahrzeug zu tragen. Dann kann ein Fahrverbot, von drei Monaten, das durch die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis verbüßt ist, ausreichend sein.⁴

Fährt ein Lkw-Fahrer, der seine Übermüdung erkannt hat, infolge eines Sekundenschlafs ungebremst in ein Stauende und werden dabei andere Verkehrsteilnehmer getötet und verletzt, so kann eine **Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr** nicht mit der Erwägung ausgeschlossen werden, eine derart hohe Strafe komme in der Regel nur bei Unfällen auf Grund alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit in Betracht.⁵

1 st. Rspr.; BGHR StGB § 69 Abs. 1 Entziehung 4 m.w.N

2 BGH § StR 406/02, 5.11.02 (Fahrerlaubnis)

3 AG Auerbach, Urteil vom 12. November 2002, 2 Ds 641 Js 11502/02 jug = NZV 2003, 207.

4 LG Mosbach, 3. Kleine Strafkammer, Urteil vom 22. November 2002, Az: 3 Ns 26 Js 3195/02.

5 BayObLG, Urteil vom 18. August 2003, 1St RR 67/03 = NJW 2003, 3499-3501.

Sowohl bei Verstößen nach § 315b StGB als auch bei § 315c StGB wird der erkennende Richter die Frage der **Unterbringung in einer Entziehungsanstalt** prüfen müssen. Bei einem Täter, der bei einer Alkoholkonzentration vom max. 3,26‰ absichtlich einen Unfall herbeiführt, und während des laufenden Strafverfahrens erneut unter Alkoholeinfluss eine Straftat (Körperverletzung) begeht, liegt ein Hang nahe und eine Unterbringung kann notwendig sein.¹

Hat es das Landgericht bei der nachträglichen Gesamtstrafenbildung versehentlich unterlassen, die Maßnahmen der Sperrfrist aus einem früheren Urteil aufrechtzuerhalten und ist die Sperrfrist noch nicht abgelaufen und deshalb noch nicht gegenstandslos geworden, kann der BGH die entgegen der zwingenden Vorschrift rechtfehlerhaft unterbliebene Aufrechterhaltung der Sperrfrist selbst aussprechen. In diesem Fall bedarf es keines Ausspruchs über die Aufrechterhaltung der Entziehung der Fahrerlaubnis und der Einziehung des Führerscheins im angefochtenen Urteil, und zwar selbst dann nicht, wenn der Angeklagte bei Fällung des Urteils durch das Amtsgericht wieder im Besitz einer Fahrerlaubnis gewesen sein sollte, da die im Urteil des Amtsgerichts angeordneten Maßnahmen unmittelbar mit der Rechtskraft jenes Urteils wirksam wurden, also erledigt sind.²

3.1.10. Fahrverbot

Fahrverbot ist die einzige im StGB bestehende Nebenstrafe. Sie tritt neben Geld- oder Freiheitsstrafe.

¹ BGH, Beschluss vom 7.11.2003, 4 StR 329/03.

² BGH, 4 StR 398/03 = DAR 2004, 229

3.2. Die Zumessung der angemessenen Strafe

§ 46 StGB bestimmt, dass Grundlage für die Zumessung der Strafe die Schuld des Täters ist. Die **Zumessungsschuld** des §§ 46 StGB ist nicht identisch mit der schuldhaften Verwirklichung eines Tatbestandes.¹ In StGB werden einige allgemeine Grundsätze der Strafzumessung konkretisiert, ohne den vorhandenen Meinungsstreit über Sinn und Zweck des Strafens zu entscheiden.²

Die Strafzumessung im engeren Sinne besteht aus der Ermittlung des anzuwendenden Strafrahmens, der Bestimmung der Strafart und der Entscheidung über eine eventuelle Strafaussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung bzw. der Verwarnung mit Strafvorbehalt oder ein Absehen von Strafe. Hierzu gehört auch z.B. die Feststellung der besonderen Schwere der Schuld oder die Feststellung der Verwirklichung einer Regelbeispiels oder eines minder schweren Falles.

Demgegenüber erfolgt die Entscheidung in der Praxis häufig umgekehrt - der Vorsitzende stellt die Frage, wenn für ihn klar ist, dass nur einer Freiheitsstrafe in Betracht kommt, ob der Angeklagte "reinkommt" oder noch eine Bewährungschance erhält. Andererseits stellt der Mandanten seinem Verteidiger – jedenfalls wenn er als sicher eine Freiheitsstrafe erwartet - auch als erstes die Frage, ob es noch eine Möglichkeit für eine Bewährung gibt.

Der Rechtsprechung hat versucht den Vorgang der Strafzumessung in der so genannten **Rahmen- oder Spielraumtheorie** zusammenzufassen.³ Aus der Tat ergibt sich als strafrechtliche Konsequenz nicht eine punktgenaue Strafe, die die einzig Richtige ist, sondern ein aus dem gesetzlichen Strafraumen erkennbarer konkreter Schuldrahmen. Innerhalb dieses Schuldrahmen ist es Aufgabe des Tatrichters unter konkreter Berücksichtigung aller Umstände und aller anerkannter Strafzwecke, die richtige Strafe zu finden.⁴ Aufgrund einer durch den Tatrichter notwendigen Bewertung der individuellen Schuld des Täters sind vielfältige Abwägungen erforderlich, die eine Punktstrafe ausschließen; vielmehr ergibt sich bei der Bewertung der Tat aus dem gesetzlichen Schuldrahmen ein wesentlich enger Rahmen, aus dem die individuelle Schuld des Täters zu bemessen ist und die schuldangemessene Strafe zu schöpfen ist.

3.2.1. Der gesetzliche Strafraumen

Der erste Schritt besteht also darin, den gesetzlichen Strafraumen, der für die verwirklichte Straftat vorgesehen ist, zu bestimmen. Dieser Strafraumen wird bestimmt durch die objektive Verwirklichung

1 Schäfer Rdnr. 309 ; Maurach/Zipf § 30,7

2 so auch Lackner/Kühl § 46 Rdnr. 1

3 BGHSt 7, 28 ; BGHSt 28, 359

4 Theune StV 85,162

des gesetzlichen Tatbestandes ohne Berücksichtigung der besonderen Strafzumessungstatsachen.

3.2.2. Besondere Strafrahmen

In einem zweiten Schritt sind die Möglichkeiten der Eröffnung eines Sonderstrafrahmens zu prüfen. Das Gesetz sieht die Möglichkeit hierzu insbesondere bei den fakultativen Milderungsgründen, etwa nach § 13 StGB, der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestandes durch Unterlassen, bei Vorliegen eines Verbotsirrtums gem. § 17 StGB, beim Versuch einer Straftat oder bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 21 StGB, der erheblich verminderte Schuldfähigkeit, vor.

Ein besonderer Strafrahmen gilt auch bei der Verwirklichung besonders schwerer Fälle von Regelbeispielen (etwa § 243 StGB) oder den minderschweren Fällen - etwa dem minderschweren Totschlag gem. § 212 Abs. 2 StGB. Schon bei der Bestimmung eines Sonderstrafrahmens sind auch strafrechtliche und außerstrafrechtliche Nebenfolgen der Tat und der Verurteilung zu berücksichtigen: denn die Strafe soll auch ein gerechter Schuldausgleich sein und die Schuldangemessenheit der Strafe soll auch die Wirkungen der Strafe auf den Täter, seine persönlichen Verhältnisse und die Auswirkungen von beidem für das zukünftige Leben des Täters, berücksichtigen.¹ Hierbei ist zu unter anderem auch berücksichtigen:

- werden dem Verurteilten durch Einziehung Vermögenswerte entzogen,
- wird ihm die Fahrerlaubnis entzogen, was den Verlust des Arbeitsplatzes zur Folge hat, verliert er Versorgungsbezüge,
- wurde er durch einen Polizeispitzel zur Straftat verleitet,
- er als Ausländer mit der Ausweisung, Abschiebung oder sonstigen ausländerrechtlichen Konsequenzen zu rechnen hat

Eine Berücksichtigung aller Einzelheiten der Strafe in ihrer Gesamtheit und Wertung und Gewichtung aller rechtlichen und sozialen Folgen der Verurteilung kann in einer Gesamtschau zur Anwendung des Strafrahmens für den minderschweren Fall der Straftat führen.² In besonderen Fällen kann auch bei einer nur noch geringe Lebenserwartung oder einer besonders langen Verfahrensdauer ein gerechter Schuldausgleich erfordern, dass der Strafrahmen des minderschweren Falles angewandt wird.

3.2.3. Individueller Strafrahmen (Spielraum)

In einem weiteren Schritt ist die konkrete Tat von dem Gericht in den vorgegebenen und ermittelten Strafrahmen einzuordnen. Der Richter

¹ Schäfer Rdnr. 489

² BGH StV 1987, 389 ; BGH NStZ 2001, 312 ; BGH StV 2000, 31 ; BGHSt 35, 148

hat das Maß des konkreten Unrechts unter Berücksichtigung eines angemessenen Schuldtausgleichs zu bestimmen. Dabei muss er sämtliche Umstände (**Strafzumessungstatsachen**) zu berücksichtigen. Aus dieser Bewertung ergibt sich der konkrete, individuelle in diesem Einzelfall anzuwendende Strafraum (Spielraum). Innerhalb der Grenzen dieses Strafraums ist die konkrete Strafe vom Tatrichter zu bestimmen unter Bewertung sämtlicher Umstände der Tat unter Würdigung der individuellen Schuld. Bei diesen Überlegungen und Bewertungen spielt das Doppelverwertungsverbot des § 50 StGB keine Rolle - es erfolgt keine doppelte Verwertung strafmildernder Umstände, wenn bei der Festsetzung der individuellen Strafe innerhalb des konkret, individuell anzuwendenden Strafraums sämtliche mildernden Umstände (und auch die strafschärfenden natürlich) noch einmal berücksichtigt werden. § 50 StGB soll lediglich eine mehrfache Verschiebung des Strafraums verhindern.

Der Verteidiger darf sich nicht scheuen in seinen Ausführungen während des Verfahrens und im Plädoyer immer wieder auf die strafmildernden Umstände hinzuweisen, die für die Bestimmung des gesetzlichen und des individuellen Strafraums maßgeblich sind. Die Argumentation ist umso leichter, je revisionsfester diese Tatsachen in das Verfahren eingeführt werden, sei es durch Dokumente, die verlesen werden, sei es durch Zeugenaussagen. Auch Beweisanträge, denen nicht nachgegangen wird, die aber bezüglich der zu beweisenden Tatsachen konkret strafmildernde Tatsachen bezeichnen, können Zumessungstatsachen wirksam in das Verfahren einführen.

3.2.4. Bestimmung der individuellen Strafe

Als vierter Schritt ist in die auszusprechende Strafe aus dem individuellen Strafraum zu bestimmen. Dabei ist zuerst die Entscheidung zu fällen, ob der Tatrichter auf Geldstrafe oder Freiheitsstrafe erkennt. Danach ist in geeigneten Fällen die Möglichkeiten der §§ 59, 60 StGB zu erörtern. Scheidet eine Verwarnung mit Strafvorbehalt oder ein Absehen von Strafe aus, muss der Tatrichter die Höhe der Strafe herauszuarbeiten: die Anzahl der Tagessätze bei der Geldstrafe sowie die Berechnung der Höhe des einzelnen Tagessatzes. Kommt für das Gericht nur eine Freiheitsstrafe in Betracht so ist entsprechend den Vorschriften der §§ 38, 39 StGB die Höhe der Freiheitsstrafe zu bestimmen. Kommt der Richter zu einer Freiheitsstrafe, die zwei Jahre nicht übersteigt, ist eine Auseinandersetzung mit der Frage der Bewährung auf jeden Fall erforderlich. Setzt sich das Gericht mit dieser Frage im Urteil überhaupt nicht auseinander, liegt ein Erörterungsmangel vor, der in der Regel zur Aufhebung des Urteils auf die Revision des Verteidigers führen muss.

3.2.5. Nebenentscheidungen

Erst wenn die Strafe bestimmt ist, soll über die Nebenentscheidungen beraten und befunden werden: Fahrverbot,

Einziehung, Wertverfall usw. Sind die Nebenentscheidungen festgesetzt, muss der Richter nochmals anhand der Nebenfolgen überprüfen, ob es zu einer Verschiebung des Strafrahmens gekommen ist und ob in der Gesamtschau jetzt ein zuvor verneinter minder schweren Fall angenommen werden kann. Danach muss noch einmal der individuelle Strafraumen (Spielraum) geprüft werden, um anschließend zu bestimmen, ob die zuvor ermittelte individuelle Strafe noch unter Berücksichtigung der Nebenfolgen angemessen ist. Dieser Vorgang muss in komplizierten Fällen möglicherweise mehrfach durchlaufen werden, etwa wenn über Gesamtstrafen, mehrere Gesamtstrafen und Härteausgleich zu entscheiden ist.

3.2.6. Gesamtstrafen

Sind in einem Verfahren mehrerer Straftaten zur Aburteilung verbunden, ist von dem Richter für jede schuldhaft Tat eine Einzelstrafe zu bilden. Im Anschluss an die Bestimmung der Einzelstrafen bildet der Richter gem. § 55 StGB eine Gesamtstrafe: dabei erfolgt die Bildung der Gesamtstrafe – außer in dem Fall der Festsetzung einer lebenslangen Haftstrafe - durch Erhöhung der höchsten Einzelstrafen, wobei durch die zu bildende Gesamtstrafe die Summe der Einzelstrafen nicht erreicht werden darf und bei zeitigen Freiheitsstrafen nicht eine höhere Gesamtstrafe als 15 Jahre festgesetzt werden darf. Bei der Bestimmung der Gesamtstrafe sind noch einmal sämtliche Umstände jeder einzelnen Tat sowie die Persönlichkeit des Täters zu berücksichtigen. Auch dies ist kein Widerspruch zu § 50 StGB, da diese Vorschrift lediglich eine mehrfache Verschiebung des gesetzlichen Strafrahmens verhindern soll. Auswirkungen auf die Verschiebung des individuellen Strafrahmens, nachdem der gesetzliche Strafraumen bestimmt wurde, hat Vorschrift des §§ 50 StGB nicht.

Eine Gesamtstrafe muss auch gebildet werden, wenn der Täter bereits zuvor zu Strafen (sei es Geldstrafe oder Freiheitsstrafe) verurteilt wurde, und die Tat, die jetzt zur Verurteilung ansteht, vor der vorherigen Verurteilung begangen wurde. Wurde er zuvor zu einer Gesamtstrafe verurteilt, ist vor Bildung einer neuen Gesamtstrafe die vorherige Gesamtstrafe wieder in die erkannten Einzelstrafen aufzulösen. Die neue Gesamtstrafe wird dann durch Erhöhung der dann feststehenden höchsten Einzelstrafe gebildet – dabei kann die höchste Einzelstrafe sowohl aus dem früheren Urteil zu entnehmen sein, oder durch das jetzt zu sprechende Urteil bestimmt werden.

Der erkennende Richter hat kein Wahlrecht und keine Entscheidungsfreiheit: liegen die Voraussetzungen für die Bildung einer Gesamtstrafe nach § 55 StGB vor, muss er eine Gesamtstrafe bilden – er kann den Mandanten nicht auf die nachträgliche

Beschlussfassung nach § 406 StPO verweisen.¹ Dies hat nicht nur prozessökonomische Gründe, sondern auch die Erkenntnismöglichkeiten in der Hauptverhandlung sind bessere als in einem nachträglichen Beschlussverfahren.

Bei der **Bildung der Gesamtstrafe** ist zu prüfen, ob eine enge zeitliche, örtliche und situative Verknüpfung der Taten besteht und zu Gunsten des Angeklagten berücksichtigt werden kann.² Es erscheint daher verfehlt, wenn Betäubungsmittel an den gleichen Abnehmer abgegeben werden, wenn die hier zu entstandenen Taten als völlig unabhängig voneinander bewertet werden.³

In einigen Sonderfällen, die allerdings so selten nicht sind, ist die besondere Aufmerksamkeit des Verteidigers gefordert:

3.2.6.1. Härteausgleich

Gem. § 55 StGB ist auch mit früheren Verurteilungen eines Angeklagten eine Gesamtstrafen zu bilden, wenn er im konkreten Fall wegen einer Straftat verurteilt wird, die er vor einer früheren, anderen Verurteilung begangen hat. Die nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafen ist aber nicht mehr möglich, wenn die Vorverurteilung bereits endgültig vollstreckt ist - die Geldstrafe bezahlt wurde oder die Freiheitsstrafe bis zum letzten Tag verbüßt ist. In diesen Fällen ist ein sonstiger Ausgleich zu schaffen.⁴ Dieser Gedanke ist auch anzuwenden, wenn eine Gesamtstrafenbildung nicht möglich ist, weil die Vorverurteilung im Ausland erfolgte.⁵ Allerdings ist nicht klar, wie der Richter vorzugehen hat, um diesen Ausgleich zu realisieren.

Eine Möglichkeit ist, zunächst eine **fiktive Gesamtstrafe** zu bilden, um von dieser dann die vollstreckte Strafe abzuziehen und so die individuelle Strafe zu bestimmen.⁶ Der Ausgleich muss spürbar und erkennbar sein und kann sogar dazu führen, dass die gesetzliche **Mindeststrafe unterschritten** wird.⁷ Allerdings gilt auch hier, wie überhaupt bei der Festsetzung der individuellen Strafe, dass eine exakte Richtigkeitskontrolle der Entscheidung des Tatrichters durch das Revisionsgericht nicht möglich ist.⁸

Die Bildung einer nachträglichen Gesamtstrafe ist auch nicht möglich, wenn der erkennende Richter des ersten Urteils es versäumt hat, vor der Bestimmung einer Gesamtstrafe Einzelstrafen

1 BGH 4 StR 402/02, vom 24.10.2002 (Gesamtstrafe)

2 Schäfer, Praxis der Strafzumessung, 3. Aufl. RdNr. 662

3 BGH, Beschluss vom 12.08.2003, 5 StR 289/03

4 BayObLG NJW 93,2127

5 BGHSt 43, 80

6 BGHSt 33, 131

7 BGHSt 31, 104

8 BGHSt 43, 80

für jede Tat zu bestimmen¹. Die Bildung einer neuen Gesamtstrafe ist dann unzulässig. In diesem Fall ist dann ebenfalls ein Härteausgleich für den Betroffenen zu berücksichtigen. Nach vereinzelt Entscheidungen soll es aber gleichwohl möglich sein, die frühere Gesamtstrafe, für die Einzelstrafen nicht bestimmt wurden, aufzulösen und dabei die niedrigst möglichen Einzelstrafen der neuen Gesamtstrafe zu Grunde zu legen.² Diese Auffassung kann aber nicht richtig sein: denn dann würde ein Richter in den von höchstrichterlicher Rechtsprechung dem erkennenden Richter eingeräumten „Spielraum“ eindringen, was nach zahlreichen Entscheidungen des Bundesgerichtshofes unzulässig sein soll.

3.2.6.2. Zäsur

Die Gedanken der Zäsurwirkungen finden im Gesetz keine Stütze. Gleichwohl hat sich in der Rechtsprechung die Auffassung durchgesetzt, dass jede Vorverurteilung eine Zäsurwirkung dahingehend entfaltet, dass nach der Vorverurteilung begangene Taten nicht in eine Gesamtstrafe mit den von der Vorverurteilung erfassten Taten oder noch davor begangenen Taten, einfließen können. Dies wird mit dem von der früheren Verurteilung ausgehenden Appell an den Angeklagten begründet, sich diese Verurteilung als Warnung dienen zu lassen.³ Nach der frühesten, unerledigten Verurteilung begangene Taten können nicht in eine Gesamtstrafe mit der Vorverurteilung einbezogen werden. Für diese Taten ist eine selbstständige Strafe zu bilden.⁴ Die Zäsur kann auch mehrfach eintreten, so dass unter Umständen zahlreiche Einzelstrafen und Gesamtstrafen zu bilden sind. Nach der Auffassung des Bundesverfassungsgerichtes widerspricht diese Auffassung und diese Praxis nicht der Verfassung.⁵

Diese Praxis kann aber leicht zu Härten führen, weil dadurch nicht eine einheitliche Gesamtfreiheitsstrafe durch Erhöhung der höchsten Einzelstrafen gebildet wird, sondern unter Umständen eine größere Anzahl von Einzel- und Gesamtstrafen gebildet werden, deren Summe häufig höher ist als eine einzige Gesamtstrafe gewesen wäre und die sogar über die absolut zulässige Höchststrafe von 15 Jahren gehen kann. Aus diesem Grunde ist eine Tendenz der neueren Rechtsprechung festzustellen, dass auch bei Anwendung der Zäsurwirkung die Verhältnismäßigkeit staatlichen Strafens beachtet werden muss und einen Härteausgleich auch bei Anwendung der Zäsurwirkung vorzunehmen ist.⁶

1 BGHSt 41, 374; BGHSt 43, 324, BGH 401/02 v. 15.11.2002 (Härteausgleich)

2 BGH NSTZ 99,385, BGH NSTZ 99, 185

3 Tröndle/Fischer § 55 Anmerkungen 9

4 BGH St 9,383 ; BGH St 32, 193

5 BVerfG - 2 BvR 2324/97 - 7.5.99

6 BGHSt 41, 310 , BGH 2 StR 401/02 v. 15.11.02 (Härteausgleich)

3.2.6.3. Gesamtstrafe und Zäsurwirkung

Die Schwierigkeiten bei der Bildung von Gesamtstrafen unter Beachtung möglicher Zäsurwirkungen früherer Urteile werden an **folgendem Fall**¹ deutlich.

Der Mandant war vom Landgericht zum dritten Mal verurteilt worden, das Gericht lehnte die Bildung einer Gesamtstrafe ab; die Revision, die offensichtlich nur mit der Verletzung nur mit einem Satz vom Verteidiger begründet worden war²(!), hatte wegen der verweigerten Bildung einer Gesamtstrafe Erfolg:

- Urteil vom **10.04.2001**, rechtskräftig am 24.01.2002
Taten zwischen Juli 1997 und September 2000
- Urteil vom **26.09.2001**, rechtskräftig am selben Tag
Taten zwischen dem 6. März und 20. März 2001 und
Taten zwischen dem 20. April und 10. August 2001

Eine Gesamtstrafe wurde bislang noch nicht gebildet

- Urteil vom **22.04.2002**
Taten vom 14. und 21. September 2001

Das Gericht hat die Bildung einer nachträglichen Gesamtfreiheitsstrafe nach § 55 StGB aus den im anhängigen Verfahren verhängten Einzelstrafen und den Einzelstrafen aus dem zweiten Urteil vom 26. September 2001 unter Berufung auf die Rechtsprechung des BGH³ mit der Begründung abgelehnt, der Mandant habe die ihm im vorliegenden Verfahren zur Last gelegten Taten zwischen den beiden rechtskräftigen Vorverurteilungen begangen, die wegen der Zäsurwirkung des ersten Urteils vom 10. April 2001 ihrerseits gemäß § 460 StPO auf eine Gesamtfreiheitsstrafe zurückzuführen seien.

Das Gericht beruft sich zur Begründung seiner Rechtsauffassung zu Unrecht auf die Entscheidung des Bundesgerichtshofs.⁴ Danach ist die Bildung einer Gesamtstrafe nach § 55 StGB dann ausgeschlossen, wenn der Richter, der früher entschieden hat, eine Strafe, die in einer noch früheren Verurteilung ausgesprochen worden ist, in eine Gesamtstrafenbildung hätte einbeziehen können.

1 BGH 4 StR 332/02 v. 24.10.2002 (Gesamtstrafe)

2 Es ist eine offensichtlich nicht auszumerzende Sitte, unüberlegt möglichst noch bevor das Urteil zugestellt wurde, Revision gegen ein Urteil des Landgerichtseinzulegen mit dem Satz: Ich lege gegen das Urteil des Landgericht Revision ein und rüge die Verletzung des formellen und materiellen Rechts.

3 BGHSt 32, 190 ff.

4 BGHSt 32, 190 ff

In diesem Fall geht von der ersten Vorverurteilung eine Zäsurwirkung aus, die zur Folge hat, dass die Strafe aus der späteren Vorverurteilung und die Strafe, die im anhängigen Verfahren für eine Tat ausgesprochen wird, die zwischen den Vorverurteilungen begangen worden ist, nicht mehr Gegenstand einer Gesamtstrafenbildung sein kann. Eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung im anhängigen Verfahren scheidet wegen der sog. Zäsurwirkung des ersten Urteils¹ mithin nur dann aus, wenn die Taten aus der zweiten Verurteilung zeitlich vor der ersten Verurteilung begangen worden sind. Dies ist vorliegend jedoch nur zum Teil der Fall. Die im zweiten Urteil vom 26. September 2001 ausgeurteilten Taten liegen nämlich zeitlich zum Teil nach der ersten Vorverurteilung vom 10. April 2001.

Die für diese Taten verhängten Einzelstrafen werden deshalb von der Zäsurwirkung des ersten Urteils nicht erfasst und können noch Gegenstand einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung im anhängigen Verfahren sein. Dies hat zur Folge, dass die Einzelstrafen aus dem Urteil vom 10. April 2001 und diejenigen Einzelstrafen aus dem Urteil vom 26. September 2001, die für Taten vor dem 10. April 2001 verhängt worden sind (Tatzeitraum vom 6. März 2001 bis zum 20. März 2001), auf eine Gesamtstrafe zurückgeführt werden können. Die übrigen Einzelstrafen aus dem Urteil vom 26. September 2001 (Taten aus der Zeit vom 20. April 2001 bis 10. August 2001) sind gesamtstrafenfähig mit den Strafen für die Taten im anhängigen Verfahren, da diese zeitlich vor dem zweiten Urteil begangen worden sind. **Im vorliegenden Fall sind deshalb zwei Gesamtstrafen zu bilden. Die Bildung dieser Gesamtstrafen hätte die Strafkammer vornehmen müssen.** Sie war verpflichtet, die im anhängigen Verfahren ausgesprochenen Einzelstrafen und diejenigen Einzelstrafen aus dem Urteil vom 26. September 2001, die Taten nach dem 10. April 2001 betreffen, unter Auflösung der im Urteil vom 26. September 2001 gebildeten Gesamtfreiheitsstrafe und unter Berücksichtigung der Zäsurwirkung des ersten Urteils gemäß § 55 StGB auf (zwei) neue Gesamtstrafen zurückzuführen. Da insoweit die Voraussetzungen des § 55 StGB vorlagen, durfte das Landgericht diese Entscheidung nicht dem Beschlussverfahren nach § 460 StPO überlassen.² Nach dem Grundgedanken des § 55 StGB, dass der Verurteilte so gestellt werden soll, wie er bei gleichzeitiger Aburteilung aller vor dem zweiten Urteil begangenen Taten stünde,³ aber auch aus verfahrensökonomischen Gründen zur Ersparung einer weiteren Gesamtstrafenbildung im Verfahren nach § 460 StPO, ist es geboten, diese Möglichkeit der Gesamtstrafenbildung auch auf die (noch nicht erledigten) Strafen aus dem ersten Urteil zu erstrecken. Andernfalls

1 vgl. Bringewat, Die Bildung der Gesamtstrafe 1987 Rdnr. 233

2 st. Rspr., vgl. BGHSt 12, 1, 6; BGHR StGB § 55 Abs. 1 Satz 1 Anwendungspflicht 2 und 3

3 st. Rspr., BGHSt 7, 180; 181; 15, 66, 69; 32, 190, 193

ergäbe sich eine Entscheidung, die der materiellen Rechtslage nicht entspräche und die im Wege eines späteren Beschlussverfahrens nach § 460 StPO wieder korrigiert werden müsste. Dies erschiene nicht zuletzt angesichts der gegenüber dem Beschlussverfahren nach § 460 StPO weitergehenden Erkenntnismöglichkeiten im Rahmen einer Hauptverhandlung nicht sachgerecht.¹

Lösung:

In der Hauptverhandlung vom 22.04.2002 hätte das Landgericht die Gesamtstrafen aus dem 1. und 2. Urteil auflösen müssen und mit den Einzelstrafen für die Taten vom 6. März bis 20. März 2001 sowie den Einzelstrafen des ersten Urteils eine erste Gesamtstrafe bilden müssen; es hätte sodann mit den verbliebenen Einzelstrafen des 2. Urteils und den Einzelstrafen für die Taten vom 14. September 2001 und 21. September 2001 wegen der durch das Urteil vom 10.04.2001 eingetretenen Zäsur eine weitere Gesamtstrafe bilden müssen. Bei der Bildung dieser Gesamtstrafe hätte das Landgericht auch einen Härteausgleich² berücksichtigen müssen und nach Bildung der beiden Gesamtstrafen überprüfen, ob das durch die beiden Gesamtstrafen dem Mandanten zugefügte Gesamtübel insgesamt angemessen ist.

Alternative:

Sollte es in der Zwischenzeit zur Bildung von zwei neuen Gesamtstrafen im Beschlussverfahren gem. § 406 StPO unter Auflösung der Gesamtstrafen des 1. und 2. Urteils gekommen sein – nämlich aus den Einzelstrafen des 1. Urteils mit den Einzelstrafen des 2. Urteils für die Taten vom 6. März bis 20. März 2001 und eine zweite Gesamtstrafe für die Taten vom 20.4.2001 bis zum 10.08.2001 – muss der neue Tatrichter lediglich die Gesamtstrafe, die aus den Einzelstrafen des 2. Urteils betreffend die Taten aus dem Tatzeitraum vom 20. April bis 10. August 2001 gebildet worden ist, aufzulösen und diese Einzelstrafen sowie die Einzelstrafen, die der Mandant im dritten Verfahren verwirkt hat, auf eine neue Gesamtfreiheitsstrafe zurückzuführen haben. Bei der weiteren Gesamtstrafe, gebildet aus den Einzelstrafen des Urteils vom 10. April 2001 und den übrigen Einzelstrafen des Urteils vom 26. September 2001 hätte es dann zu verbleiben. Dabei ist aber wieder ein Härteausgleich vorzunehmen und danach in einer Gesamtschau das Gesamtübel auf die Angemessenheit angesichts der Taten und Persönlichkeit des Mandanten.

1 vgl. BGHR StGB § 55 Abs. 1 Einbeziehung 3

2 BGH 401/02 v. 15.11.2002 (Härteausgleich)

3.2.6.4. Fortsetzungszusammenhang

Im Gesetz nicht vorgesehen hatte sich in das Institut der "fortgesetzten Tat" entwickelt und viele Jahre auch bewährt. Insbesondere bei Wirtschaftsstraftaten, in Betäubungsmittelverfahren und den Fällen des sexuellen Missbrauchs konnten so Taten erfasst werden, die sich über viele Jahre hinzogen. Verfahren, die eine Vielzahl von Fällen, nicht selten waren mehrere hundert Taten angeklagt, zum Gegenstand hatten, konnten so rationell bearbeitet werden. Dies hatte für Betroffene und Gerichte einige Vorteile - führte aber auch dazu, dass Tatbestände nicht mehr sauber abgegrenzt wurden, Verjährungsfragen übergangen wurden und einzelne Tathandlungen, insbesondere Tatzeiten nicht mehr ordentlich herausgearbeitet wurden. Mit der Entscheidung vom 3.5.1994 des großen Strafsenates des Bundesgerichtshofs¹ wurde das Rechtsinstitut der fortgesetzten Handlung bzw. des Fortsetzungszusammenhanges aufgegeben. Auch wenn in einem Verfahren Hunderte von Einzelfällen verhandelt werden, ist jetzt für jeden Einzelfall eine Einzelstrafe zu bilden und im Urteil zu einer Gesamtstrafen zusammenzuführen. Der Bundesgerichtshof hat in seiner Entscheidung aber auch klar gemacht, dass ein bisher gelegentlich angewandtes Schema zur Bildung der Gesamtstrafe in der Form, dass die Gesamtstrafe gleich der Summe der höchsten Einzelstrafe plus der Hälfte der Summe der übrigen Strafen nicht zu unangemessenen Entscheidungen führen darf. Das erkennende Gericht muss daher deutlich machen, dass es entsprechend der gesetzlichen Vorgabe von der höchsten Einzelstrafe ausgeht und diese höchsten Einzelstrafe angemessen erhöht.² Gerade Fälle, bei denen früher ein Fortsetzungszusammenhang angenommen wurde, erfordern eine besondere Beachtung und Vorbereitung, wenn die Voraussetzungen für die Anwendungen der so genannten Zäsuren möglich und wahrscheinlich ist, wenn also mehrere Gesamtstrafen gebildet werden. Die Urteilsgründe müssen dann klar erkennen lassen, dass und wie der Richter einen Härteausgleich vorgenommen hat und dass bei der Bestimmung der individuellen Strafe darauf geachtet wurde, dass das gesamte Ergebnis noch schuldangemessen ist.³

3.2.7. Die Straferkenntnis

Wenn alle Elemente der konkreten, individuellen Straferkenntnis zusammengefasst sind, jede einzelne Strafe, die Gesamtstrafe, die Nebenentscheidungen, muss in einer Gesamtschau das erkennende Gericht noch einmal überprüfen, ob auch unter Berücksichtigung der außergerichtlichen Folgen, wie Arbeitsplatzverlust, öffentliches Ansehen bzw. öffentliche Ächtung, Verlust von Versorgungsbezügen, Ausweisung bei Ausländern, die Gesamtheit der negativen Folgen

1 BGH St 40, 138 = StV 94, 3 06

2 Schäfer Rdnr. 8 hundert 35

3 BGH St 41,310

des Gesamtübels noch angemessen ist oder Korrekturen in diesem Stadium erfolgen müssen. Auch diese Überlegung muss sich aus dem Urteil ergeben. Lässt sich diese abschließende Überlegung aus dem Urteil nicht erkennen, liegt ein Erörterungsmangel vor, der zur Aufhebung des Urteils in der Revisionsinstanz führen kann.

Es ergibt sich für den erkennenden Richter in etwa folgendes **Prüfungsschema**:

1. Schritt	Bestimmung des gesetzlichen Strafrahmen
2. Schritt	Prüfung einer vertypen Qualifizierung, die zu einem minderschweren Fall führt oder als Regelbeispiel zu einem höheren Strafrahmen – Bestimmung des besonderen Strafrahmen
3. Schritt	Bestimmung des anzuwendenden individuellen Strafrahmen , Einbeziehung aller Umstände des Tat und des Täter
4. Schritt	Prüfung, ob es auf Grund der Gesamtumstände zur Annahme eines minderschweren Falles kommen kann
5. Schritt	Bestimmung der Strafart
6. Schritt	Bestimmung der Höhe der Strafe – Bei Geldstrafe Anzahl der Tagessätze und Bestimmung der Höhe des Tagessatzes Bei Freiheitsstrafe Bestimmung der Höhe der Freiheitsstrafe
7. Schritt	Prüfung von §§ 59, 60 StGB Prüfung einer Bewährung
8. Schritt	Entscheidung über Nebenfolgen
9. Schritt	Erneute Überprüfung, ob eine jetzige Gesamtschau zu einer Änderung des anzuwendenden Strafrahmens oder einer Änderung des individuellen Strafrahmens (Spielraum) angezeigt ist
10. Schritt	Gesamtstrafe und Härteausgleich?
11. Schritt	Überprüfung der festgesetzten Einzelstrafen in einer Gesamtschau
12. Schritt	Überprüfung des Gesamtübels auch unter Berücksichtigung außergerichtlicher Folgen

Dabei kann es unter Umständen häufiger notwendig sein, die Prüfungsreihenfolge zu unterbrechen und nach einem Zwischenergebnis erneut mit der Prüfungsstufe 2 zu beginnen und dieses Zwischenergebnis in die weiteren Überlegungen und die Entscheidung einfließen zu lassen.

4. Die Kriterien der Strafzumessung

Ausgangspunkt der Überlegungen ist zum einen die Aufzählung in § 46 StGB - zum anderen aber für den Verteidiger **der Mandant**. Gerade in diesem Bereich verfügt der Verteidiger über den besten Zugang zu Tatsachen, die Gegenstand des Verfahrens werden sollen und müssen. Er kann eruieren: Welche Beweggründe und Ziele hatte der Mandant? Kann sein Handeln aufgrund der Gesamtumstände im Hinblick auf Tat und Tatpersönlichkeit zumindest nachvollziehbar erklärt werden. Gab es psychische Ausnahmesituation, gruppensdynamische Einflüsse, finanzielle Notlage, die von dem Mandanten nicht selbst verschuldet war. Die Strafzumessungstatsachen sind der Beweisführung nach den Regeln der StPO zugänglich. Sinnvoll ist es diese Umstände bereits im Laufe der Hauptverhandlung, belegt durch Dokumente oder Zeugnisse einzuführen¹.

§ 46 StGB bestimmt als **Grundlage der Strafzumessung die Schuld des Täters** und bestimmt, dass die Auswirkungen der Strafe auf das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft auch ein wesentlicher Maßstab für die Strafzumessung sein soll. Die Umstände, die seitens des Gerichts zu berücksichtigen sind, benennt das Gesetz in § 46 Abs. 2 StGB:

- die Beweggründe und die Ziele des Täters,
- die Gesinnung, die aus der Tat spricht, und der bei der Tat aufgewendete Wille
- das Maß der Pflichtwidrigkeit
- die Art der Ausführung und die verschuldeten Auswirkungen der Tat,
- das Vorleben des Täters, seine persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse
- sein Verhalten nach der Tat, besonders sein Bemühen, den Schaden wieder gutzumachen,
- sowie das Bemühen des Täters, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen.

Ob darüber hinaus, weitere Strafzwecke oberste Grundlage für die Zumessung einer Strafe sein können, ist umstritten.² Dies wäre jedoch eine Abweichung von Gesetz, jedenfalls wenn damit

¹ Dahs Rdnr. 714

² Kindhäuser § 46 Rdnr. 3

Wertungen ermöglicht werden sollen, die nicht zur beispielhaften Aufzählung des Gesetzes passen. In der forensischen Realität spielt diese Diskussion jedoch keine Rolle, denn der Rahmen der §§ 46 ff. StGB ist weit gefasst und lässt dem Tatrichter ausreichend Raum.

§ 46 StGB benennt die Elemente und Kriterien, die vom Gericht zu beachten sind, wenn der individuelle Strafrahmen, der für die festgestellte Tat angemessen erscheint, bestimmt ist. Der erkennende Richter muss innerhalb dieses individuellen Strafrahmen (Spielraum) die angemessene Strafe finden. Hierbei sind die Umstände der Tat sowie die Persönlichkeit des Beschuldigten zu würdigen. Die Kriterien des § 46 StGB sind auch für den Verteidiger **sinnvoller Merkpunkte**, die er für den **Aufbau eines Plädoyers** zur Diskussion der Strafzumessung abarbeiten kann.

Die Kriterien des § 46 Abs. 2 StGB sind eine beispielhaft Aufzählung, kein abschließender Regelkatalog. Sämtliche Elemente sind durch Zumessungstatsachen in die auf Wandlung einzuführen und auch der Beweisaufnahme zugänglich.¹

4.1. Die Beweggründe

Die Motive und Ziele des Mandanten sind gewichtige Zumessungskriterien. Sie können sowohl strafmindernd als auch strafscharfend sein - der Verteidiger muss jeweils aber auch darauf achten, dass das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB beachtet wird und Tatsachen nicht doppelt zu Lasten des Mandanten gewertet werden, etwa die Tatsache des Einbruchdiebstahls herangezogen wird zur Begründung des Strafrahmens aus § 243 StGB und straferschwerend innerhalb dieses Strafrahmens mit der Begründung, dass der Mandant zur Ausführung des Diebstahls in ein Gebäude eingebrochen ist. Dies wäre unzulässig, da die Tatsache des Einbruchs in ein Gebäude bereits Tatbestandsmerkmale des § 243 StGB ist.

Strafmindernd kann gewertet werden, wenn der Mandant aus Mitleid oder wirtschaftlicher Not handelt² oder ohne eigene Bereicherungsabsicht³ handelte. **Strafscharfend** ist allerdings grob eigennütziges Verhalten⁴ oder besondere Habgier.⁵ Allerdings darf nicht eine Bereicherungsabsicht beim Diebstahl, auch nicht, dass der Mandant sich über "die Eigentumsordnung des Grundgesetzes hinweggesetzt hat" strafscharfend gewertet werden, da dies bereits Tatbestandsmerkmale des § 242 StGB sind.

1 Kindhäuser § 46 Rdnr.32

2 OLG Düsseldorf Wistra 94,352

3 BGH StV 82,522

4 BGH NJW 66,787

5 BGH StV 82, 419

4.2 Die Gesinnung

Es ist schwierig bzw. teilweise unmöglich, die Gesinnung im Sinne von § 46 StGB von den Motiven des Täters zu trennen. Bei der Beurteilung der Gesinnung kann der Tatrichter jedoch einen weiteren Rahmen fassen; er kann dabei auf die gesamte Persönlichkeit des Mandanten zurückgreifen. Soweit die Gesinnung jedoch Grundlage der Strafzumessung ist, darf sie nur berücksichtigt werden, so weit sie sich aus der Tat ergibt oder besondere Auswirkungen auf die Tat als solcher oder die Tatausführung in Besonderen hat. **Strafmildernd** kann gewertet werden, wenn der Täter bei der Tatausführung bemüht waren den Schaden möglichst gering zu halten und insbesondere Personenschäden zu vermeiden, **strafscharfend** gewertet wird allerdings ein besonders menschenverachtendes Vorgehen.

4.3 Der aufgewendete Wille

Der aufgewendete Wille wirkt i. d. R. von den Gerichten mit "krimineller Energie" gleichgesetzt. **Strafmildernden** kann berücksichtigt werden, wenn der Mandant nicht aus eigenem Antrieb handelte, sondern von Dritten überredet oder unter Druck gesetzt wurde, wenn es zur Tatausführung aufgrund gruppenspezifischer Prozesse kam,¹ oder dem Mandanten die Tatausführung, z. B. wegen fehlender Kontrolle, besonders leicht gemacht wurde.²

4.4 Das Maß der Pflichtwidrigkeit

Besonders bei Fahrlässigkeitsdelikten oder Verletzung von Rechtspflichten ist das Maß, und damit der Umfang der Pflichtwidrigkeit ein bedeutendes Kriterium für die Bemessung der Strafe. Da in diesen Fällen die Pflichtwidrigkeit bereits Tatbestandsmerkmal ist, darf ausschließlich auf das **unterschiedliche Maß**, den unterschiedlichen Umfang der Verletzung der Rechtspflicht, die unterschiedliche Intensität zur Beurteilung abgestellt werden.

4.5 Die Art der Tatausführung

Maßgebliche Kriterien für die Zumessung einer Strafe sind die zu Tage getretenen Tatmodalitäten und die Beziehungen zwischen Täter und Opfer. **Strafmildernd** kann sich auswirken, wenn der Mandant sehr spontan und ohne Überlegungen gehandelt hat.³ **Strafscharfend** wird berücksichtigt, wenn eine lange und intensive Planung der Tat vorausgegangen ist, mehrere Täter planvoll zusammengearbeitet haben und die Tat brutal und rücksichtslos ausgeführt wurde. Auch hier muss der Verteidiger aber genau darauf achten, dass Tatbestandsmerkmale von Regelbeispielen nur zur Verschiebung des Strafrahmens und nicht noch einmal bei der

1 BGH NJW 96,857

2 BGH StV 83, 326

3 BGH NJW 86,597

Strafzumessung Strafschärfend berücksichtigt werden. Einer weiteren Bewertung dieser Tatsachen muss er nachdrücklich widersprechen. Hat das Gericht aber trotz Vorliegen eines Regelbeispiels einen besonders schweren Fall aufgrund einer Gesamtschau verneint, ist diese Zumessungstatsache nicht verbraucht und kann bei der Bestimmung der Strafe innerhalb des individuellen Strafraums (Spielraum) berücksichtigt werden.

4.6 Die Folgen der Tat

Die Auswirkungen und Folgen einer Tat werden dem Mandanten nur zugerechnet, soweit sie direkte Folgen der Tat sind oder soweit sie vorhersehbar waren,¹ dabei ist unter Umständen auf den Erkenntnishorizont des Beschuldigten abzustellen.²

4.7 Das Vorleben

Strafmildernd ist ein Vorleben ohne Vorstrafen.³ Dies ist nicht selbstverständlich sondern von dem Tatrichter zu werten.⁴ Strafmildernd ist auch unter Umständen die bisherige Lebensleistung eines Mandanten zu berücksichtigen, insbesondere wenn er in der Vergangenheit in besonderem und außergewöhnlichem Umfang sozial Nützliches geleistet hat und die angeklagte Tat ein einmaliges Versagen darstellt.⁵ **Strafschärfend** sind Vorstrafen, insbesondere wenn sich hieraus eine rechtsfeindliche Lebenseinstellung ergibt oder aufgrund zahlreicher einschlägiger Vorstrafen eine Unbelehrbarkeit ablesen lässt. Zum Nachteil des Angeklagten gewertete Vorbelastungen sind im Urteil in nachprüfbarer Weise mitzuteilen.⁶ Die bloße Bezeichnung des Angeklagten als mehrfach vorbestraft reicht nicht aus.

4.8 Die persönlichen Verhältnisse

Hierbei werden die Familienverhältnisse, die soziale Entwicklung, Alter sowie die wirtschaftlichen Verhältnisse gewertet. Die wirtschaftlichen Verhältnisse sind natürlich für die Bestimmung der Höhe eines Tagessatzes bei einer Geldstrafe von Bedeutung,⁷ aber auch in Zusammenhang mit Nebenentscheidungen für eine Beurteilung der Wirkung des "**Gesamtübels**"; z.B. die Einziehung eines PKW, der einem Mandanten gehört, der Sozialhilfe oder Arbeitslosenunterstützung bezieht, trifft diesen deutlich härter als die Einziehung eines Fahrzeugs bei einem Millionär.

1 BGH StV 91, 64

2 Lemke-Küch, Rdnr 98

3 BGH StV 96, 205; NStZ 88, 70; Detter StraFo 97, 196

4 BGH NStZ 88, 70

5 KG VRS 8,43

6 BGH VRS 63, 469

7 BGH NJW 69,1725

4.9 Das Verhalten nach der Tat

Hatte der Verteidiger Gelegenheit über einen langen Zeitraum dem Mandanten in den Strafverfahren zu betreuen und verteidigt er einen Mandanten, der im Hinblick auf das Strafverfahren bereit und in der Lage ist, sinnvoll mitzuarbeiten, ergeben sich für den Verteidiger gerade bei diesen sehr wichtigen Punkt der Strafzumessung erhebliche Gestaltungsmöglichkeiten.

Bei der Strafzumessung ist das gesamte soziale Verhalten des Mandanten nach der Tat zu berücksichtigen. **Positiv kann sich auswirken:** eine Stabilisierung der Lebensverhältnisse, insbesondere wenn es gelingt darzustellen, dass die Tat das Ende einer bestimmten, vergangenen Lebensphase war. Dies kann eine Integration in das Wirtschaft- und Erwerbsleben sein, aber auch die Festigung einer Partnerschaft. Kommt durch das Verhalten nach der Tat Reue, und Einsicht zum Ausdruck, z. B. durch ein Geständnis, so führt dies ebenfalls zu Strafmilderung. Ebenso bei Aufklärungshilfe. Nicht nur das Verhandlungsklima wird verbessert, sondern auch auf die Entscheidung muss es sich auswirken, wenn sich der Täter bei dem Tatopfer entschuldigt hat. Hier gibt es auch Handlungs- und Vorbereitungsmöglichkeiten seitens des Verteidigers¹.

Das Nachtatverhalten darf zu Lasten des Mandanten nicht berücksichtigt werden, wenn er die Absicht hatte, sich der Strafverfolgung zu entziehen. Strafschärfend darf ebenso wenig die Beseitigung von Spuren gewertet werden².

1 Lemke-Küch Rdnr. 384hs

2 BGH Strafverteidiger 91, 106; NStZ 97, 77

4.10 Sonstige Zumessungstatsachen

Die Aufzählung des § 46 Abs. 2 StGB ist nicht erschöpfend, zahlreiche anderen Umstände können vom Tatrichter berücksichtigt werden. **Strafmildernd** sind z. B.

- besondere Strafeempfindlichkeit und Haftempfindlichkeit, die z.B. durch eine Haftpsychose zum Ausdruck kommt¹
- nur noch kurze Lebenserwartung²
- hohes Alter³, Erkrankungen⁴.
- berufliche obligatorische Disziplinarmaßnahmen⁵
- Mitverschuldens des Geschädigten⁶, dies kann z. B. der Fall sein, wenn der verletzte bzw. getötete Beifahrer mitgezecht hat und die Alkoholisierung des Fahrers kennt⁷, das Moped des Geschädigten hinten nicht beleuchtet war⁸, oder der Mitfahrer zum Trinken aufgefordert hat⁹
- Es wird **strafmildernd** berücksichtigt, dass zwischen dem Angeklagten und der Geschädigten vor der Vergewaltigung eine **länger andauernde intime** Beziehung bestanden hat.¹⁰
- auch sehr langsames Trinken und entsprechend niedrige BAK wirkt sich strafmildernd aus¹¹
- überlange Verfahrensdauer¹² und Verfahrensverzögerungen¹³.

Auch **berufliche Konsequenzen** sind bei der Strafzumessung zu beachten und strafmildernd zu werten z. B. Verlust des Arbeitsplatzes oder erhebliche Nachteile¹⁴ und Verlust der sozialen Stellung¹⁵.

1 BGH StV 84, 15

2 BGH StV 87,101

3 BGH StV 91, 206

4 BGH StV 91, 207, BGH NSTZ 91, 527

5 BGH NSTZ 82,507

6 BGH DAR 56, 78; BGH VRS 23, 438

7 BGH NZV 89, 400

8 BGH DAR 56, 78

9 BGH DAR 64, 22

¹⁰ BGH, Beschluss v. 15. 4. 2003 – 3 StR 91/03; vgl. auch BGH StV 1998, 76

11 OLG Hamburg VerkMitt 69, 29

12 BVerfG StV 93,352

13 BGH NSTZ 99, 181

14 BGH NSTZ-RR 98,205

15 Detter StraFo 97, 195

Strafschärfend kann sein:

- **Tatmotive**; ebenso wie die Verwendung von Tatmodalitäten, wenn sie vorwerfbar sind, nicht aber, wenn ihre Ursache in einer vom Angeklagten nicht zu vertretenden geistig-seelischen Beeinträchtigung liegt.¹
- Art der **Tatausführung**²
- **der Beruf** des Verkehrsteilnehmers, so wenn er Straßenbahnfahrer, Busfahrer oder Taxifahrer ist, bei vorsätzlicher Tatbegehung³
- besonders **hohe BAK-Konzentration**⁴
- Trinken bei **Fahrbereitschaft**⁵
- Strafschärfend wird in einem Verfahren wegen **sexuellen Missbrauchs** die Mimik und Gestik des Angeklagten gewertet, anlässlich einer "demütigenden" Befragung der Mutter des sexuell missbrauchten Kindes sowie einer "an eine Prüfungssituation erinnernde" Befragung des Sachverständigen wie auch die erfreute Reaktion auf die Mitteilung, die Geschädigte sei wegen der Gefahr einer Selbsttötung in ein Krankenhaus aufgenommen worden.⁶
- Es wird der **lange Tatzeitraum**, in dem sich der Angeklagte in erheblichem Umfang wiederholt strafbar gemacht hat, als Bewertung der Vielzahl der Taten sowie der erheblichen kriminellen Energie nach § 46 Abs. 2 StGB zu Lasten des Angeklagten berücksichtigt.⁷
- Berücksichtigung der **steuerlichen Einbußen**, die dem Fiskus auf Grund der bei der Bestechlichkeit getroffenen Unrechtsvereinbarung entstanden sind oder wenigstens hätten entstehen können, wenn die Dimension des Schadens angegeben ist.⁸
- Strafschärfende Berücksichtigung der **Art des Angriffs** und der egoistischen Motivation bei der Ablehnung von Mordmerkmalen. Auch wenn aufgrund zwanghafter Persönlichkeitsanteile ausgeschlossen wird, dass der Angeklagte in der Lage gewesen ist, die Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers sowie die Umstände, welche die niedrigen Beweggründe ausmachen könnten, rational zu erfassen, bedeutet dies jedoch nicht, dass die Art des Angriffs und die egoistische Motivation als Belastungsfaktoren gänzlich ausscheiden müssen.⁹

¹ BGH, Beschluss v. 16. 7. 2003 – 1 StR 251/03; vgl. auch BGH StV 2001, 615

² BGH, Beschluss v. 8. 10. 2002 – 5 StR 365/02, StraFo 2003, 59

³ OLG Saabrücken NJW 74, 1391; OLG Schleswig BA 81, 370

⁴ OLG Hamm NJW 77, 1332; OLG Zweibrücken DAR 70, 106

⁵ OLG Koblenz VRS 51, 428

⁶ BGH, Beschluss v. 5. 11. 2003 – 1 StR 368/03

⁷ BGH, Beschluss v. 20. 8. 2003 – 2 StR 160/03

⁸ BGH wistra 2002, 420

⁹ BGH, Beschluss v. 17. 7. 2003 – 4 StR 105/03

- Es werden strafschärfend für den Angeklagten **voraussehbare Folgen** seiner Tat berücksichtigt, die jedoch nicht in den Schutzbereich der Norm fallen, wie z. B. bei der Verurteilung eines Heiratsschwindlers wegen Betruges der Umstand, dass die betrogene Frau erheblich in ihrem psychischen Wohlbefinden beeinträchtigt worden ist.¹
- strafschärfende Berücksichtigung des Umstandes, dass der Angeklagte durch seinen **Wohnungseinbruch** die Betroffenen "psychisch stark beeinträchtigt".²
- Straferschwerend wird – neben sonstigen **Vorstrafen** – berücksichtigt, dass der Angeklagte nicht nur durch eine "einschlägige" Vorverurteilung gewarnt war, sondern durch zwei weitere.³

4.11 Täter-Opfer-Ausgleich

Gemäß § 46 a StGB ist Schadenwiedergutmachung ein besonderer Strafmilderungsgrund. § 46 a ist nicht von vorneherein auf bestimmte Tatbestände beschränkt⁴.

4.12 Fehler bei der Strafzumessung

Ohne Berücksichtigung bleiben:

- zulässiges **Verteidigerverhalten** - hierzu gehört auch wahrheitswidriges Leugnen oder Schweigen⁵. Dies ist **unzulässig**, auch hinsichtlich der Gefährlichkeitsprognose bzw. der Uneinsichtigkeit hinsichtlich eines Berufsverbots.⁶ Dem Angeklagten darf bei der Strafzumessung und bei der Prüfung von Privilegierungen kein Nachteil daraus erwachsen, dass er die Tat bestreitet und daher nicht in der Lage ist, Umstände vorzutragen, die sich strafmildernd auswirken können. Das Gericht muss in solchen Fällen von der für den Angeklagten günstigsten Möglichkeit auszugehen, die nach den gesamten Umständen möglich ist. Der Zweifelsatz bedeutet jedoch nicht, dass das Gericht von der dem Angeklagten jeweils (denkbar) günstigsten Fallgestaltung auch dann ausgehen muss, wenn hierfür keine Anhaltspunkte bestehen.⁷
- Bei einem **bestreitenden Angeklagten** wird auf die "bis heute völlig **fehlende Reue** und Einsicht des Täters in die Tat" abgestellt.
- Das Gericht kann bei einem **sexuellen Missbrauch** keine sicheren Feststellungen zu den Folgen für das Opfer treffen,

¹ BGH, Beschluss v. 4. 7. 2003– 3 StR 190/02, StV 2003, 442

² OLG Köln, NStZ-RR 2002, 247

³ BGH, Beschluss v. 26. 8. 2003 – 1 StR 344/03

⁴ Kleinknecht/Meyer-Goßner § 244, Rdnr. 36

⁵ BGH St 32, 140

⁶ BGH NJW 2001, 3349

⁷ BGH StV 2001, 666

schließt aber möglicherweise auftretende Spätfolgen nicht aus.¹

- bei der Verurteilung wegen eines vollendeten Tötungsdelikts wird dem Angeklagten zur Last gelegt, er "habe sich **nicht** um das **Opfer gekümmert**, sondern nur seine eigenen Belange im Auge gehabt".²
- es wird berücksichtigt, dass der Angeklagte trotz der Schreie seines **Opfers nicht** von seinem Vorhaben **abgelassen** hat.³
- **Eignungsmangel**, der zum Verlust der Fahrerlaubnis führt, auch wenn Arbeitsplatzverlust droht. Der Arbeitsplatzverlust ist zwar mildernd zu berücksichtigen, nicht aber der Verlust der Fahrerlaubnis. Aber eine langjährige Fahrpraxis ist bei einem einmaligen Verfahren im Plädoyer herauszustellen. Auch kann versucht werden, dass hinsichtlich der Sperrfrist Ausnahmen für bestimmte Arten von Kraftfahrzeugen bestimmt werden. Auch eine langjährige Fahrpraxis im Plädoyer sollte bezüglich der Sperrfrist nach Ausnahmen für bestimmte Kraftfahrzeuge gesucht werden gem. § 69 a Abs. 2 StGB.
- **Fehlende Reue**, etwa ein unterbliebener Besuch bei Hinterbliebenen oder Ähnliches wird nicht gefordert und ist kein Straferhöhungsgrund.⁴
- es wird zu Lasten des nicht geständigen Angeklagten u. a. berücksichtigt, "dass er gegenüber der Nebenklägerin **keine** wirkliche **Reue gezeigt** und versucht hat, die zum Schlag mit der Kaffeekanne hinführenden Umstände zu beschönigen und die Verantwortung von sich abzuwälzen".⁵
- allein der Versuch, sich selbst durch **Beseitigung** von **Tatspuren** der Strafverfolgung zu entziehen, wird strafscharfend berücksichtigt.⁶
- beim Totschlag wird zu Lasten des Angeklagten das **Nachtatverhalten** gewertet und dazu ausgeführt: "Indem er die Tote bis zur Unkenntlichkeit verbrannt hat, hat der Angeklagte eine über die eigentliche Tötungshandlung hinausgehende Gefühlskälte gezeigt und den Angehörigen der Getöteten zusätzliches Leid verursacht", wenn das Verbrennen nur der Beseitigung von Spuren gedient hat.⁷
- Auch **Uneinsichtigkeit** ist nicht strafe erhöhend, wenn z. B. der Betroffene dabei bleibt, anders gefahren zu sein, als vorgeworfen wird⁸

¹ BGH, Beschluss v. 20. 8. 2003 – 2 StR 285/03

²

³ BGH NStZ-RR 2002, 106

⁴ BGH VRS 40, 418

⁵ BGH Besch. Vom 9.7.2002 – 3 StR 207/02

⁶ BGH Beschluss Vom 2.7.2002 – 1 StR 195/02

⁷ BGH Beschluss Vom 11.6.2002 – 4 StR 183/02

⁸ OLG Hamm, VRS 8, 137; OLG Köln, GA 58, 251

- Nach **Teilaufhebung** wegen der Rechtsfolgen stellt der Tatrichter fest, "dass der Angeklagte letztlich die von der Kammer getroffenen tatsächlichen Feststellungen eingeräumt hat, wenngleich diese im wesentlichen nach Rechtskraft ohnehin feststanden und es die zunächst schwankende Einlassung des Angeklagten der Nebenklägerin nicht ersparte, erneut über das Geschehen aussagen zu müssen." Auch bei einem rechtskräftigen Schuldspruch darf einem Angeklagten nicht vorgeworfen werden, dass er nicht (in vollem Umfang) geständig ist; es darf auch nicht gegen ihn berücksichtigt werden, dass er nur zögerlich das Tatgeschehen zugestanden hat und dass das Tatopfer noch einmal vernommen werden musste.¹
- **Bedenkenlosigkeit** des Angeklagten strafschärfend, welche darin gesehen wird, dass er mehrfach Gelegenheit gehabt hätte, die **Tat abzubrechen. Unzulässig**, da damit zu Lasten des Angeklagten gewertet wird, dass er die Tat überhaupt begangen hat, anstatt von deren Begehung Abstand zu nehmen. Dies verstößt gegen das Doppelverwertungsverbot des § 46 Abs. 3 StGB.²
- Gegen den die Tat leugnenden Angeklagten wird der Vorwurf erhoben, er habe den Schaden nicht wieder gutgemacht und habe **noch Zugriff** auf die **Beute**.³
- Der Angeklagte ist vom **Versuch** eines Tötungsdelikts strafbefreiend **zurückgetreten, dennoch** wird der **Tötungsvorsatz** im Rahmen der Strafzumessung beim vollendeten Körperverletzungsdelikt strafschärfend berücksichtigt.⁴
- Bei einer Verurteilung wegen **Steuerhhelei** wird ausgeführt: "Zu Lasten des Angeklagten musste demgegenüber allerdings erheblich in Betracht fallen, dass er ohne erkennbaren Gegenwillen Zigaretten von dem Unbekannten angenommen hat. Dadurch hat er zu erkennen gegeben, dass er ohne weiteres dazu bereit ist, in einer unerwarteten Situation eine strafbare Handlung vorzunehmen. Dementsprechend war bei dem Angeklagten von einer bestehenden erheblichen kriminellen Energie auszugehen."⁵
- Die mit dem **Verfall** verbundene Vermögenseinbuße wird **strafmildernd** berücksichtigt.⁶ Der Verfall führt nicht zu einem Vermögensverlust, da mit ihm nur ein unrechtmäßig erlangter Vermögenszuwachs abgeschöpft wird
- Der Verteidiger muss darauf achten, dass nach § 52 Abs. 2 Bundeszentralregistergesetz **tilgungsreife oder getilgte**

¹ BGH, Beschluss v. 20. 3. 2003 – 2 StR 48/02

² BGH, Beschluss v. 15. 10. 2003 – 2 StR 332/03; vgl. auch BGH NStZ-RR 2002, 106; 2001, 295

³ BGH, Urt. v. 4. 9. 2002 – 2 StR 80/02, NStZ 2003, 199

⁴ BGH, Beschluss v. 14. 5. 2003 – 2 StR 98/03

⁵ OLG Hamm, Beschluss v. 26.2.2003 – 2 Ss 144/03

⁶ BGH, Beschluss v. 20. 3. 2003 – 3 StR 57/03, BGH NJW 2002, 3339

Vorverurteilungen nicht mehr verwertet werden dürfen. Auch eventuell vorhandene Vermerke in Behörden- oder Polizeiakten können nicht mehr herangezogen werden (§ 29 StVG).

- ein **durchgeführter Nachtrunk**, auch in der Absicht, vorherige Trunkenheitsfahrten zu verschleiern. Es gibt auch keine Prozessförderungspflicht¹
- Bei einer Verurteilung wegen eines Verstoßes gegen das **BtM-Gesetz** wird strafmildernd berücksichtigt, dass das Rauschgift "nicht für den deutschen Markt bestimmt" gewesen ist.²
- bei einer Verurteilung wegen **Vergewaltigung** wird u. a. strafscharfend gewertet, "dass die Tat mit körperlicher Gewalt vollzogen wurde".³
- **Vergewaltigung** wird dem Angeklagten zur Last gelegt, dass er durch die Taten "sein eigenes Bedürfnis nach sexueller Befriedigung rücksichtslos in den Vordergrund gestellt und die Geschädigte dadurch erheblich erniedrigt" habe.⁴
- Täter ist **Rechtsanwalt** oder Notar⁵
- Täter einer Trunkenheitsfahrt ist **Arzt**, auch nicht wegen dessen besonderer Kenntnis von Alkoholwirkungen⁶
- Es wird eine höhere, nicht mehr aussetzungsfähige Strafe deshalb nicht verhängt, weil "die **Bewährungskontrolle** unter Umständen einen **unangemessenen Aufwand** erfordert hätte, weil der Angeklagte in Deutschland noch keinen festen Wohnsitz hat".⁷
- Die rechtsstaatswidrige **Verfahrensverzögerung** wird nur bei der Gesamtstrafe, nicht aber zusätzlich auch für jede **Einsatzstrafe** berücksichtigt. Da die Verpflichtung des Tatrichters, im Falle einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung das Maß der gebotenen Kompensation durch Vergleich der an sich verwirkten mit der tatsächlich verhängten Strafe ausdrücklich und konkret zu bestimmen, muss nicht nur eine Reduzierung der Gesamtstrafe erfolgen, sondern eine Kompensation muss bei jeder Einsatzstrafe erfolgen.⁸
- **Täter ist Politiker; diese haben keine Vorbildfunktion**⁹

Kein Fehler soll es dagegen sein, wenn bei einem Ausländer aufenthaltsrechtliche Konsequenzen nicht berücksichtigt werden.¹⁰

¹ BayObLG DAR 74, 176

² BGH, Urt. v. 19. 11. 2002 – 1 StR 346/02; s. auch BGHR BtMG § 30 Strafzumessung 1

³ BGH, Beschluss Vom 6.2.2002 2 StR 3/02

⁴ BGH, Beschluss Vom 16.4.2002 – 3 StR 59/02

⁵ OLG Hamm DAR 59, 324; OLG Hamburg VerkMitt 61, 78

⁶ OLG Frankfurt NJW 72, 524

⁷ BGH, Beschluss v. 19. 8. 2003 – 3 StR 268/03

⁸ BGH, Beschluss v. 17. 6. 2003 – 3 StR 183/03

⁹ OLG Köln DAR 62, 19

¹⁰ BGH, Beschluss v. 22. 9. 2003 – 5 StR 389/03

4.13 Empfehlungen des Europarates

Es gibt eine Untersuchung des Europarates¹ zu

- unerklärlichen Schwankungen in den Strafaussprüchen der Gerichte
- Richtung und Umfang der Persönlichkeitserforschung
- Unterschiede in der Strafpraxis der Mitgliedsstaaten.

Hierzu hat der Europarat Empfehlungen erarbeitet. Inhaltliche Fragen werden in diesem Bericht im Anhang angesprochen. Die wesentlichen Diskussionspunkte hierbei sind: Ziele der Strafzumessung, Struktur des Sanktionssystems, Fragen der Strafmilderung und Strafschärfung, Vorstrafen, Begründungspflicht, Verbot der reformatio in peius, Anrechnung von Untersuchungshaft, die Rolle des Staatsanwalts, Strafzumessungsstudien, Statistik und Forschung, europäische Kooperation und Informationssautausch.

Dabei ist insbesondere für die Bundesrepublik Deutschland hervorgehoben, dass es kaum Zumessungsstudien gibt, keine Zumessungsstatistik und kaum Forschung zur Strafzumessung. Eine wesentliche Forderung des Europarates nach dieser Studie ist, dass die Strafzumessung auf Grund von objektiven Maßstäben erfolgen muss und eine Art Kriterienkatalog erarbeitet werden soll. Das Strafmaß soll dabei nicht außer Verhältnis zur **Schwere der Tat** stehen. Die **Wirkung der Strafe auf den Straftäter** soll berücksichtigt werden, damit außergewöhnliche Härten vermieden und die **Resozialisierung des Täters** nicht verhindert wird. Außer Betracht bleiben, muss Rasse, Nationalität, Geschlecht, sozialer Status und politische Überzeugung; Arbeitslosigkeit darf jedenfalls nicht zum Nachteil gereichen.

Die Struktur des Sanktionssystems muss bei den Höchst- und Mindeststrafen in relativen Gewicht der Straftaten entsprechen. Der für die Strafzumessung vorgegebene Rahmen darf dabei nicht so weit sein, dass er für die Gerichte keine aussagekräftigen Hinweise mehr zur relativen Strafschwere enthält. Fehlerhaft ist auch eine verbreitete **schematische strafschärfende Berücksichtigung von Vorstrafen**. Zwar ist nicht ausgeschlossen, dass Vorstrafen berücksichtigt werden, jedoch muss dabei insbesondere die Schwere des Delikts, Zeitablauf, Geringfügigkeit der Straftaten und eventuelles jungendliches Alter des Täters angemessen berücksichtigt werden.

Aufgabe der **revisionsgerichtlichen Kontrolle** ist es, „Ausreißer“ zu verhindern und über die Begründungspflicht auch Vorgaben für die

¹ Heike Jung: Die Empfehlung des Europarates zur Strafzumessung in Festschrift Miyazawa
s.a Systematischer Kommentar Horn zu § 46

Feinabstimmung des Systems zu liefern. Eine zentrale Forderung ist auch die Zudrängung der Freiheitsstrafe. Verstärkt werden soll dagegen das **Institut der gemeinnützigen Arbeit und Fragen von Wiedergutmachung statt Strafe.**

Vorstrafen und deren Berücksichtigung darf nicht zu einer Strafeskaltationsmaschinerie werden. Es darf nicht sein, dass zu Ende der Hauptverhandlung die Hinweise zur Person des Angeklagten sich in einer Wiedergabe der Vorstrafenliste erschöpft werden und in dem Wort der „Kriminellen Energie“ gipfeln. Ein schwieriger Punkt ist die Frage der Opferbeteiligung bei der Strafzumessung.

C. Neue Entscheidungen 2004

1. Entscheidungen des Verfassungsgerichts

1.1. Lange Verfahrensdauer

Ein besonderes Problem sind Strafzumessungsentscheidungen, wenn Strafverfahren besonders lange gedauert haben. Besonders lange gedauert hat, eine Entscheidung über die das Bundesverfassungsgericht in dem Verfahren 2 BvR 1471/03 vom 21.01.2004 zu entscheiden hatte. Dabei ist nicht nur der Verfahrensablauf und das „Verteidigungshandeln“ des Beschuldigten interessant, das Verfassungsgericht bestimmt auch noch einmal die Kriterien einer „langen Verfahrensdauer“ und lässt Andeutungen zur Strafzumessung bei Trunkenheitsdelikten erkennen.

Der Fall:

Der Beschwerdeführer, ein Richter war, durch das Amtsgerichts Potsdam wegen einer Trunkenheitsfahrt im Jahr 1993 am 13.02.2001 verurteilt worden und die Revision durch Beschluss des Brandenburgischen Oberlandesgerichts am 21.07.2003 verworfen wurde. Das Urteil lautete auf 15 Tagessätze zu 60 DM und drei Monate Fahrverbot.

Der Beschwerdeführer war am 06.03.1993 gegen 2:30 Uhr „im Straßenverkehr über eine kurze Strecke von wenigen hundert Metern mit einem Kraftfahrzeug gefahren.“ Eine ihn um 3:00 Uhr entnommene Blutprobe erwies einen Blutalkoholkonzentration von 1,5 ‰ auf. Wegen der Tat wurde gegen ihn außerdem ein Disziplinarverfahren eingeleitet und „durch das Verfahren (ist) mit hoher Wahrscheinlichkeit eine psychische Beeinträchtigung eingetreten.“

Der Verlauf des Verfahrens

- 24.08.1993 Strafbefehl, 30 Tagessätze zu je 80 DM und Entzug der Fahrerlaubnis. Einspruch:
- 17.01.1994 Hauptverhandlung, nachdem zuvor der Verteidiger mehrere Verlegungsanträge gestellt hatte.
- 29.03.1994 die Revision wurde vom Amtsgericht als unzulässig verworfen), weil zum Zeitpunkt der Revisionseinlegung eine schriftliche Verteidigervollmacht bei den Akten nicht vorlag. Das Revisionsgericht hob die Entscheidung auf und verweist sie zurück an das Amtsgericht.
- 04.08.1994 die Akten gehen beim Amtsgericht ein.
- 09.01.1995 das Amtsgericht bestimmte einen Hauptverhandlungstermin auf den
- 22.03.1995 zur Hauptverhandlung war der Beschwerdeführer nicht erschienen.

- 30.03.1995 das Amtsgericht erließ am auf Antrag des Beschwerdeführers einen Beweisbeschluss zur Identität der Blutprobe. Der Beschwerdeführer verweigerte in der Folgezeit eine Blutentnahme mit dem Hinweis, eine Identitätsprüfung solle mittels Speichelprobe erfolgen.
- 28.06.1995 das Amtsgericht wies den Antrag auf Abänderung des Beweisbeschlusses zurück mit der Begründung, eine Untersuchung an Hand der Blutprobe sei einfacher und kostengünstiger.
- 07.08.1995 nach der Blutentnahme erstattete das Institut ein DNA-Gutachten. Zwei Hauptverhandlungstermine wurden wegen wiederholter Verlegungsanträge des Beschwerdeführers aufgehoben.
- 08.02.1996 gemäß Aktenvermerk war der zuständige Richter erkrankt.
- 15.03.1996 erneut wurde eine Hauptverhandlung anberaumt.
- 29.04.1996 das Amtsgericht verurteilt den Beschwerdeführer zu einer Geldstrafe von 30 Tagessätzen zu je 65 DM. Der Beschwerdeführer legte erneut Revision ein. Wegen einer nach Fertigstellung des Hauptverhandlungsprotokoll erfolgten Protokollberichtigung stellte das Amtsgericht das Urteil auf Antrag der Staatsanwaltschaft erneut zu.
- 08.11.1996 Beschluss des Revisionsgericht: das amtsgerichtliche Urteil wird aufgehoben, weil die Beweiswürdigung den Anforderungen an deren Darstellung nicht ansatzweise genügte.
- 08.01.1997 die Akten gingen erneut beim Amtsgericht ein, welches am
- 04.02.1997 Hauptverhandlungstermin auf den
- 11.02.1998 anberaumte. Ein Antrag, das Verfahren nach § 153 StPO einzustellen lehnte die Staatsanwaltschaft ab. Das Amtsgericht stellte das Verfahren aber nach § 260 Abs. 3 StPO wegen überlanger Verfahrensdauer ein. Auf die Revision der Staatsanwaltschaft hob das Oberlandesgericht das Urteil auf und verwies die Sache erneut an das Amtsgericht zurück. Eine hiergegen gerichtete Verfassungsbeschwerde wurde vom Verfassungsgericht nicht zur Entscheidung angenommen. Neuer Hauptverhandlungstermin wurde auf den
- 10.03.1999 bestimmt, der Beschwerdeführer erschien jedoch nicht und das Amtsgericht ordnete eine amtsärztliche Untersuchung an. Ein Fortsetzungstermin wurde auf den
- 12.03.1999 bestimmt. Der Amtsarzt teilte mit, eine Untersuchung könne frühestens am 15.03.1999 erfolgen. Etwa vier Monate später, am
- 19.07.1999 wurde ein neuer Termin anberaumt, der auf Antrag der Verteidigung aufgehoben wurde.
- 01.03.2000 das Amtsgericht stellte das Verfahren durch Beschluss gemäß § 206 a StPO wegen überlanger Verfahrensdauer ein. Auf Grund der hiergegen gerichteten

Beschwerde der Staatsanwaltschaft wurde der Beschluss aufgehoben und am 21.07.2000 zurückverweisen. Zu dem sodann bestimmten Hauptverhandlungstermin vom

- 06.10.2000 erschien der Beschwerdeführer nicht; das Amtsgericht ordnete erneut eine amtsärztliche Untersuchung an. Das Gutachten wurde am 23. November erstellt. In der Hauptverhandlung wurde der Beschwerdeführer mit Urteil vom
- 13.02.2001 verurteilt. Das Amtsgericht stellte dabei eine justizbedingte rechtsstaatswidrige **Verzögerung von insgesamt 22 Monaten** fest.

In der Folgezeit verhinderte der Beschwerdeführer eine Zustellung des Urteils, indem er die Verteidigervollmachten widerrufen und neue Vollmachten auf eine Akteneinsicht beschränkte. Es erfolgte eine unwirksame Urteilszustellung durch Niederlegung sowie mehrere Versuche das Urteil dem Beschwerdeführer zuzustellen. Am

- 08.11.2001 wurde das Urteil dann an die mit der Akteneinsicht beauftragten Rechtsanwältin zugestellt. Diese sandte das Empfangsbekennnis nicht unterzeichnet zurück und wies auf die fehlende Zustellungsbevollmächtigung hin. Das Landgericht verwarf dann mit Beschluss vom
- 25.04.2002 das vom Beschwerdeführer eingelegte Rechtsmittel als offensichtlich unzulässig. Auf dessen sofortige Beschwerde hob das Oberlandesgericht den Beschluss des Landgerichts auf, da die Zustellung an die Verteidigerin vom 08.11.2001 nicht wirksam war. Die Zustellung an den Beschwerdeführer gelang erst am
- 14.11.2002 die Revision wurde als offensichtlich unbegründet verworfen.

Die Verfassungsbeschwerde war hinsichtlich des Rechtsfolgenausspruches erfolgreich. Überlange Verfahrensdauer, so das Verfassungsgericht, muss sich messbar bei der Strafzumessung auswirken, denn Strafverfahren von überlanger Dauer setzten einen Beschuldigten zusätzlichen fühlbaren Belastungen aus, die in ihren gesamten Auswirkungen einer angemessenen Sanktion gleichkommen. Die Gerichte haben die Möglichkeit, hierauf mit einer Einstellung auch den §§ 153, 153 a StPO zu reagieren, aber auch mit einem Absehen von Strafe und einer Verwarnung mit Strafvorbehalt sowie einer einfachen Berücksichtigung bei der Strafzumessung. Dabei ist auch das Gewicht der Straftat zu sehen, die vorliegend ausdrücklich als geringfügig bezeichnet wurde.

„Die Verfahrensdauer von etwa 10 Jahren ist unangemessen lang und wird auch durch das Prozessverhalten des Beschwerdeführers nicht gerechtfertigt“. Allerdings ist die durch die Revisionseinlegung eingetretene Verzögerung hierbei nicht zu berücksichtigen. Da dies zu den rechtsstaatlichen Verfahren gehört.

Verzögerungen, die in Folge der Aufhebung der erstinstanzlichen Urteile und Zurückverweisungen im Revisionsverfahren entstehen, stellen keinen Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot dar, da ein solcher Verfahrensgang Ausfluss einer rechtsstaatlichen Ausgestaltung des Rechtsmittelsystems ist.“

Bei der Strafzumessung hätte jedoch berücksichtigt werden müssen, dass erhebliche psychische Störungen bei dem Beschwerdeführer eingetreten sind, die zu einer erheblichen Einschränkung der Lebensqualität geführt haben, er 17 Monate ohne Führerschein war und gegen ihn ein Disziplinarverfahren eingeleitet wurde.

Das Verfassungsgericht betont außerdem nochmals ausdrücklich, dass die erhebliche Gesamtdauer des Verfahrens eine besondere Bedeutung zuzumessen ist und angesichts der Geringfügigkeit des Tatvorwurfs das öffentliche Interesse an einer Bestrafung abgeschwächt ist. Bei einer Gesamtwürdigung liegt die Verletzung des Beschleunigungsverbots unter Berücksichtigung der belastenden Folgen des Verfahrens so schwer, dass ein anerkanntes Interesse an der Bestrafung nicht mehr besteht und die dem Beschwerdeführer anzulastende Schuld bereits weitgehend ausgeglichen ist. Das Gericht weist darauf hin, dass angesichts des gesamten Strafvorwurfes eine Einstellung nach § 153 Abs. 2 StPO oder ein Absehen von Strafe eine angemessene Reaktion ist.

Hinweis: Für die Revision ist es wichtig, dass die nach Meinung der Verteidigung verzögernd behandelte Zeitpunkt detailliert angegeben werden und darauf hin gearbeitet wird, dass eine konkrete messbare Berücksichtigung bei der Strafe erfolgt. Aus der Entscheidung des Verfassungsgerichts lässt sich zudem ersehen, dass die Verzögerung im Verhältnis zur Straftat gesehen werden muss.

Die Verletzung überlanger Verfahrensdauer wird nach Ansicht zahlreicher Gerichte mit der Rüge der Verletzung des formellen Rechts geltend gemacht. Dies hat zur Folge, dass sämtliche Zeiten der Verzögerung ausführlich dargestellt werden müssen, wenn die Rüge zulässig und erfolgreich sein soll. Eine Ausnahme soll allein für die Zeiten gelten, die zu einer Verzögerung nach dem Urteil der letzten Tatsacheninstanz geführt haben, etwa wenn die Staatsanwaltschaft die Akten 11 Monate lang nicht dem Revisionsgericht vorlegt.

Diese Auffassung ist zwar unrichtig – denn die Rüge der Verletzung des Beschleunigungsgebotes aus Artikel 6 MRK zielt auf die Verletzung des materiellen Rechts und nicht auf die Verletzung von Formvorschriften. Die Verletzung des materiellen Rechts ist aber auf die allgemeine Sachrüge hin umfassend zu überprüfen. Aber der sorgfältige Anwalt wird natürlich die Verletzung des formellen Rechts rügen und die Rüge umfassend ausführen, um die Rechte des Mandanten zu sichern.

Rüge der langen Verfahrensdauer in der Revision

Die lange Verfahrensdauer wird im Revisionsverfahren grundsätzlich nur **auf entsprechende Verfahrensrüge**¹ hin überprüft. Wenn dieser Umstand im wesentlichen erst nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist eintritt und vom Beschwerdeführer nicht mit der Verfahrensrüge geltend gemacht werden kann, ist er auf die zulässige Revision des Angeklagten hin von Amts wegen zu berücksichtigen.² Der Zeitraum von 18 Monaten bis zur Vorlage der Akten an das Revisionsgericht ist unangemessen lang.

Im Jugendverfahren darf das Revisionsgericht jedoch nicht nach entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO entscheiden, wenn das Amtsgericht schädliche Neigungen festgestellt hat.³

1.2. Kompetenz des Revisionsgerichts

Von besonderer Bedeutung ist die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts 2 BvR 1704/01 vom 07.01.2004. Das Verfassungsgericht befasst sich in dieser Entscheidung mit der **Entscheidungskompetenz des Revisionsgerichts**.

Der Ausgangsfall ist ein häufig vorkommender Sachverhalt. Ein Angeklagte wird vom Landgericht wegen mehrerer, teils zahlreicher Strafen verurteilt. Bei der Überprüfung der Revision kommt das Gericht zu der Erkenntnis, dass die Ausführungen des Landgerichts bei einigen Taten nicht substantiiert genug sind und stellt diese Verfahren nach §§ 153, 154 oder 154a StPO mit Zustimmung der Bundesanwaltschaft ein. Abgeschlossen wird das Verfahren mit dem Bemerkten, dass das Revisionsgericht es für ausgeschlossen hält, dass auch unter Berücksichtigung des Wegfalls dieser Entscheidungen das Landgericht zu einer mildereren Strafe kommt.

Dem hat das Verfassungsgericht jetzt einen Riegel vorgeschoben.

Das Landgericht hatte den Beschwerdeführer zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt. Der Beschwerdeführer war wegen elf Straftaten zu einer Freiheitsstrafe von sechs Jahren verurteilt, Besonderheit des Falles ist, dass wegen zweier Straftaten der Bundesgerichtshof die Entscheidung aufhob und diese Sachen an das Amtsgericht zurückverweisen hat. Zur Bildung einer Gesamtstrafe wegen der übrigen Taten hat der Bundesgerichtshof jedoch die Sache nicht zurückverweisen und führte aus:

¹ OLG Stuttgart, 23.10.2003, 5 Ss 409/03 = Die Justiz 2004, 168

² BGH, NSTz 2001, 52

³ OLG Stuttgart, 23.10.2003, 5 Ss 409/03 = Die Justiz 2004, 168

„Der Senat schließt im Hinblick darauf, dass die Einsatzstrafe (Fall 10) drei Jahre und sechs Monate beträgt, im Fall 11 der Urteilsgründe eine Freiheitsstrafe von drei Jahren und drei Monaten verhängt wurde, weitere Einzelstrafen eine Summe von zwei Jahren und fünf Monaten ergeben, sowie zwei Einzelstrafen von jeweils acht Monaten einzubeziehen waren, aus, dass der Tatrichter ohne die in den Fällen 8 und 9 der Urteilsgründe verhängten Einzelfreiheitsstrafen von einem Jahr bzw. vier Monaten zu einer niedrigeren Gesamtstrafe als sechs Jahre gelangt wäre.“

Das Verfassungsgericht stellt fest, dass der Bundesgerichtshof mit der Aufrechterhaltung der Gesamtstrafe trotz Wegfalls zweier Einzelstrafen willkürlich eine nicht ihm, sondern dem Tatgericht zustehende Strafzumessungskompetenz wahrgenommen hat und damit gegen Artikel 101 Abs. 2 Satz 1 GG verstoßen hat. Über die Fälle des § 354 Abs. 1 StPO hinaus darf das Revisionsgericht nicht selbst entscheiden.

§ 354 StPO lautet:

- Erfolgt die Aufhebung des Urteils nur wegen Gesetzesverletzungen bei Anwendung des Gesetzes auf die dem Urteil zu Grunde liegenden Feststellungen, so hat das Revisionsgericht in der Sache selbst zu entscheiden, sofern ohne weitere tatsächliche Erörterung nur auf Freisprechung oder auf Einstellung oder auf eine absolut bestimmte Strafe zu erkennen ist oder das Revisionsgericht in Übereinstimmung dem Antrag der Staatsanwaltschaft die gesetzlich niedrigsten Strafe oder das Absehen von Strafe für angemessen erachtet.
- In anderen Fällen ist die Sache an eine andere Abteilung oder Kammer des Gerichts, dessen Urteil aufgehoben wird, oder an ein zu dem selben Land gehörendes Gericht gleicher Ordnung zurückzuverweisen.

Zur Strafzumessung: Innerhalb des im konkreten Fall anzuwendenden Strafrahmens ist auch der Grundlage der individuellen Schuld des Angeklagten unter Berücksichtigung der Strafzwecke die Strafe durch den Tatrichter zu bestimmen. Dem Revisionsgericht steht nur eine begrenzte Möglichkeit zu, die Strafzumessung des Strafrichters zu überprüfen. Die Strafzumessung ist grundsätzlich vom Revisionsgericht hinzunehmen, es sei denn der Tatrichter stützt die Strafe auf rechtlich nicht anerkannte Strafzwecke, lässt erhebliche Strafzumessungsgesichtspunkte außer Betracht oder löst sich nach oben oder unten von einem gerechten Schuldausgleich. Aber auch bei Rechtsfehlern ist das Revisionsgericht nicht befugt, die Strafzumessung des Tatrichters durch eine eigene Strafzumessung zu ersetzen. Lediglich § 354 StPO ermöglicht eine Durchbrechung dieses Grundsatzes, die aber eine Ausnahme darstellt und daher

eng auszulegen ist. Jedenfalls dann, wenn für die Entscheidung mehr als eine Entscheidung möglich ist, insbesondere eine Ermessungserwägung zum Finden der auszusprechenden Sprach notwendig ist, kann das Revisionsgericht keine eigene Sachentscheidung treffen. Auch die Befugnis zum Freispruch oder zur Festsetzung der absoluten Strafe sind keine Fälle der Strafzumessung im engeren Sinne, da es hierbei an einer Ermessensausübung fehlt. Gleiches gilt für die Einstellung, die in diesem Zusammenhang nur die Einstellung wegen eines nichtbehebbares Verfahrenshindernisses meint. Jedes andere Verhalten ist eine Überschreitung der Kompetenz und damit eine Verletzung des Anspruchs auf den gesetzlichen Richter. Artikel 101 GG ist daher eine gesetzliche Aufgabenverteilung zwischen Tatgericht und Revisionsgericht. Diese Kompetenz wird überschritten, wenn ein Revisionsgericht das Ergebnis der tatrichterlichen Strafzumessung aufrecht erhält, obgleich zwei Einzelstrafen weggefallen sind, die der Tatrichter für die Bildung der Gesamtstrafe als wesentlich erachtet hatte.

1.3. Besondere Schwere der Schuld

Interessant ist auch folgende Fallkonstellation: Der Angeklagte ist rechtskräftig wegen Mordes zu einer lebenslangen Haftstrafe verurteilt. Das Landgericht hat in seinem Urteil die besondere Schwere der Schuld nicht bejaht. Es hat zwar die Verwirklichung von zwei Mordmerkmalen bejaht, aber aus Gründen des Einzelfalles von der Feststellung der besonderen Schwere der Schuld abgesehen. Nach Rechtskraft des Urteils ermitteln die Behörden, dass der Angeklagte unmittelbar vor Begehung des Tötungsdeliktes noch eine andere schwere Straftat begangen hat. Die Staatsanwaltschaft klagt diese Tat auch an: Das Landgericht kommt jetzt zu der Überzeugung, dass der unmittelbar auf diese jetzt angeklagte Straftat begangene Mord zusätzlich zu den bereits festgestellten Mordmerkmalen auch das Mordmerkmal der „Verdeckungsabsicht“ erfüllt. In seinem Urteil kommt das Landgericht zu dem Ergebnis, dass damit auch ein drittes Mordmerkmal verwirklicht ist. Das Gericht verurteilt ihn wegen der neuen Straftat, bildet mit der vorherigen Straftat eine Gesamtfreiheitsstrafe und bejaht jetzt aufgrund der neuen hinzugekommenen Umstände die besondere Schwere der Schuld.

2. Erklärungen des Angeklagten ¹.

Eine der wichtigen Bestrebungen des Verteidigers ist es, revisionssicher festzuschreiben, was der Angeklagte zu seiner Verteidigung vorbringt.

Der Fall:

Der Verteidiger hat eine vorbereitete schriftliche Erklärung verlesen und diese sodann als Anlage zum Protokoll gereicht.

Die Verwertbarkeit:

Der 3. Strafsenat stellt klar, dass durch diese Vorgehensweise über den Wortlaut der Urkunde kein Beweis erhoben wurde und damit diese Urkunde nicht zum Inbegriff der Hauptverhandlung geworden wurde. Vielmehr wurde Gegenstand der Hauptverhandlung lediglich der mündliche Vortrag des Verteidigers und die zustimmende Erklärung des Angeklagten. Eine Überprüfung, ob der Wortlaut des Dokuments mit der Darstellung in dem Urteil übereinstimmt, ist nach dieser Entscheidung dem Revisionsgericht ohne (unzulässige) Rekonstruktion der Hauptverhandlung nicht möglich.

„Nur wenn das Gericht die Verlesung dieses Schriftstücks angeordnet und durchgeführt hätte, wäre die Urkunde in ihrem Wortlaut in die Hauptverhandlung eingeführt worden und hätte von der Revision als Maßstab zur Überprüfung der Beweiswürdigung herangezogen werden können“ ²

In dieser Entscheidung weist der Senat darauf hin, dass das Tatgericht grundsätzlich nicht verpflichtet ist, eine schriftliche Einlassung eines Angeklagten als Urkunde zu verlesen: Die mündliche Vernehmung kann nicht durch die gerichtliche Verlesung dieser Erklärung ersetzt werden.

Alternative:

Etwas anders muss jedoch dann gelten, wenn Aufzeichnungen des Angeklagten vor der Hauptverhandlung gefertigt und zu den Akten gereicht werden (Tagebuchaufzeichnungen u.ä.).

¹ BGH, Beschluss vom 15.01.2004, 3 StR 481/03

² so auch BGH St 38, 14

3. Strafzumessung

3.1. Besondere Schwere der Schuld¹

Der Fall:

Einem Angeklagten kann zwar angelastet werden, wenn er zwei voneinander unabhängige Mordmerkmale, etwa Heimtücke und Handeln aus niedrigen Beweggründen, mit der Tat erfüllt. Lastet der Richter ihm allerdings an, dass der Täter „dem minderjährigen Sohn“ den Vater genommen und ihm und der Familie großes Leiden zugefügt hat, so ist dies bedenklich und auch die Begründung der besonderen Schuldschwere, der Täter habe „mit absolutem Vernichtungswillen“ gehandelt, verstößt gegen das Verbot der Doppelverwertung gem. § 46 Abs. 3 StGB.

3.2. Strafzumessung beim Totschlag².

Es ist schon zweifelhaft, ob allein eine angenommene Nähe zu zwei Mordmerkmalen zu einem besonders schweren Fall des Totschlags führt. Dies ist jedenfalls dann zu verneinen, wenn gleichzeitig eine erheblich eingeschränkte Schuldfähigkeit zur Ablehnung der subjektiven Voraussetzungen der Mordmerkmale führt. Ein besonders schwerer Fall scheidet aber aus, wenn dem Angeklagten zugute gehalten wird, dass nur mit bedingtem Tötungsvorsatz gehandelt hat und die Tat nicht geplant war und er Reue zeigt.

3.3. Gefährliche Körperverletzung³.

Der Fall:

Der nicht vorbestrafte Angeklagte nahm an einem Fußballturnier teil. Er nahm der Hilferuf seines vor der Sporthalle befindlichen Schwagers wahr, der von zwei Männern geschlagen wurde und die bereits den Angeklagten auf dessen Weg zum Fußballturnier ohne Anlass in aggressiver Weise verfolgt und beschimpft hatten. Bereits hierdurch war eine Schlägerei ausgelöst worden. Der Angeklagte und sein Bruder eilten daraufhin nach Außen, um dem Schwager zu helfen. Vor der Halle riss der Angeklagte aus einem Gartenzaun ein Holzpfeil und stellte einer der Angreifer zur Rede. Als dieser ihn mit Worten wie Arschloch und Ähnlichen beschimpfte, steigerte sich seine Erregung und er schlug mit dem Pfeil in Richtung der Körperseite seines etwa ein Kopf größeren Gegners. Er traf ihn jedoch am Kopf, weil dieser sich in diesem Augenblick abwandte und bückte. Sein Kontrahent erlitt ein subturales Hämatom und fiel auf das Pflaster. Der Geschädigten musste sich einer Notoperation am Schädel unterziehen und befand sich mehrere Wochen im Koma. Bei ihm besteht immer noch eine linksseitige Bewegungseinschränkung, die voraussichtlich von Dauer aber im Ausmaß ungewiss ist.

¹ BGH, Beschluss vom 03.02.2004, 4 StR 403/03

² BGH, Beschluss vom 20.01.2004, 5 StR 395/03

³ BGH, Beschluss vom 07.01.2004, 3 StR 456/03

Entscheidung des BGH

Die Strafkammer hat den Angeklagten zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren verurteilt. Seine Revision hatte Erfolg. Fehlerhaft ist es, dass das Gericht nicht berücksichtigt hat, dass der Angeklagte eine solch schwere, wie eingetretene, Kopfverletzung, nicht gewollt hat, sondern auf die Körperseite des Gegners gezielt hat und nur wegen dessen unglücklicher Bewegung den Kopf getroffen hat. Außerdem hätte das Gericht berücksichtigen müssen, dass den Geschädigten ein erhebliches Mitverschulden trifft. Das Landgericht hatte ausgeführt, der Angeklagte habe sich ohne Not und ohne ersichtlichen Grund mit einem Kantholz bewaffnet. Dies ist angesichts der Vorgänge bedenklich und steht nicht im Einklang damit, dass der Angeklagte auf die Mitteilung seines Schwagers, er wäre angegriffen, diesem zur Hilfe geeilt ist. De Bundesgerichtshof bezeichnet das Urteil als außergewöhnlich hoch.

3.4. Steuerrecht ¹.

Der Fall:

Der Angeklagte war wegen 22 Fällen der Steuerhinterziehung mit einem Gesamtschaden von 5, 4 Millionen DM zu einer Freiheitsstrafe von 2 Jahren zur Bewährung verurteilt. Er hatte ein Unternehmen gegründet und Steuererklärungen aufgrund von Daten, die frei erfunden waren, abgegeben. Die Staatsanwaltschaft hat hiergegen Revision eingelegt. Aufgrund der Revision der Staatsanwaltschaft hat der BGH in drei Fällen das Verfahren eingestellt, wodurch drei Einzelstrafen von je 6 Monaten entfallen sind. Gleichwohl der 5. Strafsenat die Sache nicht zur Entscheidung über eine neue Gesamtstrafe an das Landgericht zurückverwiesen. Es führt hierzu wörtlich aus:

„Der Senat schließt aus, dass der Tatrichter bei zutreffender rechtlicher Würdigung dieser Fälle auf der Grundlage der verbleibenden Einzelstrafen eine noch mildere Gesamtstrafe verhängt hätte. Der Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 07.01.2004, 2 BvR 1704/01 nötigt nicht zur Aufhebung und Zurückverweisung der Sache“. Die hier vom Landgericht festgesetzte Gesamtfreiheitsstrafe kann aus Rechtsgründen nicht noch niedriger bemessen werden. Anderenfalls würde sie das Maß des noch Schuldangemessenen in einer nicht mehr hinnehmbaren Weise unterschreiten.“

Diese Entscheidung ist umso bemerkenswerter, als der BGH in einigen Fällen, die Gegenstand des verbliebenen Urteils waren, den besonders schweren Fall nach § 370 Abs. 3 Nr. 1 AO verneint hat.

3.5. Einstellung und Gesamtstrafe

¹ BGH, Urteil vom 05.02.2004, 5 StR 580/03

Einen Sonderfall hatte der 1. Strafsenat zu entscheiden ¹.

Der Fall:

Das Landgericht Regensburg hatte gegen den Angeklagten wegen mehrfacher Taten eine Gesamtfreiheitsstrafe verhängt. Dabei war versehentlich wegen zweier Einzeltaten lediglich eine Einzelstrafe verhängt worden. Auf Antrag des Generalbundesanwaltes hat der 1. Strafsenat das Verfahren insoweit eingestellt, als bezüglich einer Tat die Festsetzung einer Einzelstrafe versehentlich unterlassen wurde. Insoweit wurde der Tenor berichtigt, die Revision im übrigen aber verworfen. Das Gericht führt aus, dass die im Urteil berücksichtigten Einzelstrafen damit unverändert blieben und damit auch der dem Urteil zugrunde gelegte Schuldumfang. Diese Entscheidung ist bedenklich, da sicher nicht ausgeschlossen werden kann, dass bei der Bemessung der Gesamtstrafe auch die Tat berücksichtigt wurde, die jetzt durch Einstellung weggefallen ist.

3.6. Bildung einer Gesamtstrafe ².

Es gibt auch immer wieder eigenartige Probleme bei der Bildung von Gesamtstrafen! Im nachstehenden Fall wurde von der Staatsanwaltschaft zugunsten von der Angeklagten Revision eingelegt.

Der Fall:

Der Angeklagte wurde vom Landgericht Koblenz zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und 11 Monaten verurteilt. Unter Einbeziehung einer Geldstrafe von 15 Tagessätzen hat das Landgericht dann eine Freiheitsstrafe von zwei Jahren gebildet.

Die Revision der Staatsanwaltschaft zugunsten des Angeklagten war natürlich erfolgreich, denn eine höhere Gesamtstrafe als die Summe der Einzelstrafen darf unter keinen Umständen verhängt werden. Der Bundesgerichtshof hat in diesem Fall den Angeklagten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und 11 Monaten und einer Woche verurteilt.

3.7. Nachträgliche Festsetzung einer Einzelstrafe ³.

Einen anderen Weg als 1. Strafsenat ist der 3. Strafsenat gegangen. Auch dieser Senat hat bei der vergessenen Bezifferung einer Einzelstrafe die Revision verworfen und für diesen Fall die Freiheitsstrafe auf drei Monate festgesetzt. Hierzu führt der BGH aus:

„Zwar beschwert die Nichtfestsetzung der Einzelstrafe den Angeklagten nicht, die gleichwohl gebotene Festsetzung hat der

¹ BGH, Beschluss vom 18.02.2004, 1 StR 555/03

² BGH, Beschluss vom 16.02.2004, 2 StR 515/03

³ BGH, Beschluss vom 12.02.2004, 3 StR 408/03

Senat dadurch nachgeholt, dass er unter Annahme eines minderschweren Falles des § 30 Abs. 2 BtmG auf das gesetzliche Mindestmaß erkannt hat.

Auch in diesem Falle erfolgte keine Zurückverweisung, da „Auswirkungen auf die Gesamtstrafe sicher auszuschließen sind“.

3.8. Maßregel

Neben dem § 69 StGB sind die Maßregel der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt – aber auch immer wieder einmal die Frage der Sicherungsverwahrung – Gegenstand zahlreichen von Revisionsentscheidungen.

Nachdem in den letzten Jahren eine deutliche Neigung des BGH festgestellt wurde, Unterbringungen zu befürworten, ist in letzter Zeit auffällig, dass von dem Tatrichter angeordnete Unterbringungen aufgehoben werden.

3.8.1. Feststellung eines Defektes ¹.

Die Feststellung eines psychischen Defektes, der Voraussetzung für zumindest eine erhebliche Einschränkung der Schuldfähigkeit ist, scheint immer wieder große Schwierigkeiten zu machen. Dabei muss zumindest die Voraussetzung des § 21 StGB als sicher feststehen. Nicht ausreichend ist es, wenn im Urteil lediglich festgestellt wird, dass der Angeklagte „in seiner Persönlichkeit erheblich fehlentwickelt ist, wobei neurotischen Mechanismen (Ängste, Zwangshandlungen wie Waschzwang, durchgängig gedruckte Stimmung) im Vordergrund stehen. Notwendig ist darüber hinaus auch eine konkrete Gefährlichkeitsprognose.

3.8.2. § 21 StGB ².

Es bedarf der positiven Feststellung eines länger andauernden nicht nur vorübergehenden Defektes, der zumindest eine erhebliche Einschränkung der Schuldfähigkeit in § 21 StGB sicher begründet. Außerdem muss feststehen, dass der Täter in diesem Zustand rechtswidrige Taten begangen hat, die in einem kausalem symptomatischen Zusammenhang mit diesem Defekt stehen. Lässt sich nicht feststellen, ob die festgestellt Störung die erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit erreicht, so scheidet eine Unterbringung aus. Dabei bleibt zumindest offen, ob ein polyvalentes Verwahrlosungssyndrom bereits eine in psychiatrischen Fachkreisen allgemein erkannte Kategorie psychischer Störungen ist.

3.8.3. Medizinischer Befund ³

¹ BGH, Beschluss vom 04.02.2004, 5 StR 472/03

² BGH, Beschluss vom 08.01.2004, 4 StR 539/03

³ BGH, Beschluss vom 10.02.2004, 4 StR 584/03

Das Urteil muss einen hinreichend konkreten Befund und eine klare medizinische Diagnose wiedergeben. Nichtssagende Erläuterungen wie die Angaben: „der gesamte Entwicklungsbogen“ des Angeklagten sei deutlich verkürzt, es handelt sich um eine selbstbezogene und selbstständige Persönlichkeit mit eingeschränkten intellektuellen Ressourcen, er sei für eine normale Partnerschaft ungeeignet, besage nichts über eine krankhafte seelische Störung an.

3.9. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Entscheidung über die Anordnung der Sicherungsverwahrung¹.

Maßgeblicher Zeitpunkt für die Entscheidung, ob Sicherungsverwahrung angeordnet werden muss, ist der Zeitpunkt der Hauptverhandlung. Ob Sicherungsverwahrung vollstreckt werden muss, oder einer Aussetzung zu einem bestimmten Zeitpunkt erfolgen kann, obliegt der dann zuständigen Strafvollstreckungskammer. Entscheidend ist vor allem, ob ein Hang im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB. Ein Hang verlangt einen eingeschlifenen inneren Zustand des Täters, der in immer wieder an neuen Straftaten begehren lässt.

Hangtäter ist derjenige, der dauerhaft zu Straftaten entschlossen ist, oder aufgrund einer festeingewurzelten Neigung immer wieder straffällig sind, wird, wenn sich die Gelegenheit bietet, aber auch der willensschwache Täter oder der, der aus innerer Haltlosigkeit Tatanreizen nicht widerstehen vermag, diesen Hang.

Entscheidend ist für das Urteil des Tatrichters dabei, ob ein solcher Hang besteht; dessen Ursache ist nicht Grundlage der Entscheidung. Da die Kammer in ihren Gründen hat erkennen lassen, dass sie im Falle der Anordnung der Sicherungsverwahrung auf eine niedrigere Freiheitsstrafe erkannt hätte. Der BGH weist zwar darauf hin, dass seiner Meinung nach kein unmittelbarer und notwendiger Zusammenhang steht. Dabei entfernt der 1. Strafsenat sich aber von der Rechtsprechung in anderen Rechtsgebieten: Beispielsweise die Frage des Fahrverbotes wird in engem Zusammenhang mit einer Geldstrafe oder Geldbuße gesehen und gewertet. Auch in anderen Stellen wird immer wieder davon gesprochen, dass das „Gesamtübel“ gewährt werden muss.

¹ BGH, Urteil vom 04.02.2002, 1 StR 474/03

D. Fahrverbot

Ein Fahrverbot kann sowohl nach den Bestimmungen des Strafgesetzbuches (§ 44 StGB) als auch nach den Vorschriften des Straßenverkehrsgesetzes (§ 25 StVG z.B. in Verbindungen mit den Regelungen des Bußgeldkataloges) angeordnet werden. Bei der Anordnung eines Fahrverbotes bleibt die Fahrerlaubnis unberührt: bei einer verbotswidrigen Fahrt wird daher der Haftpflichtversicherer nicht leistungsfrei.¹

1. Fahrverbot gemäß § 44 StGB²

Das Fahrverbot gem. § 44 StGB ist eine Nebenstrafe.³ Wird jemand wegen einer Straftat, die er bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeuges oder unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers begangen hat, zu einer Freiheitsstrafe oder einer Geldstrafe verurteilt, so kann ihm das Gericht für die Dauer von einem Monat bis zu drei Monaten verbieten, im Straßenverkehr Kraftfahrzeuge zu führen. Das Fahrverbot kann jedoch nur bei Verhängung einer vollstreckbaren Strafe ausgesprochen werden, es scheidet aus, wenn auf das Gericht von einer Strafe absteht.⁴

Nach § 44 Abs. 1 S. 2 StGB ist ein Fahrverbot in der Regel anzuordnen, wenn der Täter nach § 315 c Abs. 1 Nr. 1 a allein oder in Verbindung mit § 315 c Abs. 3 StGB oder nach § 316 StGB verurteilt wird, die Entziehung der Fahrerlaubnis nach § 69 StGB aber unterbleibt. Dies gilt auch dann, wenn sie nur unterbleibt, weil der Zweck der Entziehung bereits durch eine vorläufige Entziehung erreicht erscheint.⁵ Nur wenn ganz besondere Umstände vorliegen, die einen Verzicht auf die Anordnung rechtfertigen, darf von ihr abgesehen werden, etwa in einem Fall des unerlaubten Entfernens vom Unfallort gemäß § 142 StGB bei geringerem Schweregehalt.⁶

Neben den eigentlichen Verkehrsdelikten wurde bis ein Fahrverbot auch dann angeordnet, wenn der Täter das Fahrzeug zur Begehung von Straftaten benutzt hat und ein innerer Zusammenhang zwischen der Straftat und dem Führen eines Kraftfahrzeuges besteht⁷, z. B. verbale oder tätliche Auseinandersetzungen zwischen Verkehrsteilnehmern wegen Verhaltens im Straßenverkehr⁸, auch

¹ Lütkes/Ferner/Kramer: Straßenverkehr: StVG § 25 Rdnr.1

² s.a. Stöckel. Fahrverbot bei allgemeiner Kriminalität? Pvr 2001, 227

³ Zur Strafbemessung im Kriminalstrafrecht s. Ferner: Strafzumessung S. 38

⁴ OLG Koblenz Beschluss vom 17.10.2002, 1 Ss 139/02

⁵ BGHSt 29, 58 OLG Düsseldorf 29.09.2000 – 1 Ws 514/00

⁶ OLG Köln VRS 59, 104

⁷ BGHSt 22, 329; LR-Geppert, StGB, 11. Aufl., § 69 Rdnr. 33, 34 m.w.N., OLG Hamm VRS 28, 261)

⁸ OLG Köln, VRS 26, 23

Beleidigungen, etwa „Vogelzeigen“¹. Meist wurde ein Fahrverbot aber bei Kriminalstrafen verhängt, wie etwa Transport der Diebesbeute,² Durchführung von BtM-Geschäften unter Benutzung eines Kraftfahrzeuges,³ Vergewaltigung in einem Kfz,⁴ körperliche Misshandlung eines anderen Verkehrsteilnehmers nach Beinaheunfall⁵ selbst dann, wenn ein Kraftfahrer Ansprüche aus einem fingierten Unfall vorgibt oder auch bei einer falschen Diebstahlsanzeige (§ 145 d StGB) zur Vertuschung eines verursachten Unfalls.⁶

Nachdem der 4. Strafsenat⁷ aber diese Praxis für die Entziehung der Fahrerlaubnis in Frage stellt mit der Begründung:

eine Beschränkung der strafrechtlichen Entziehung der Fahrerlaubnis auf die Fälle einer Negativprognose in Bezug auf Verkehrssicherheitsbelange erscheint zudem mit Blick auf die Bedeutung der Teilnahme am motorisierten Straßenverkehr in einer auf Mobilität angelegten Gesellschaft unter dem verfassungsrechtlichen Gesichtspunkt der allgemeinen Handlungsfreiheit⁸ angezeigt.⁹

ist es konsequent, auch ein Fahrverbot nach § 44 StGB nur noch zu prüfen, wenn Belange der Verkehrssicherheit betroffen sind. In der Zwischenzeit hat der 4. Strafsenat bei den anderen Strafsenaten offiziell angefragt, ob sie an der bisherigen Praxis der Entziehung der Fahrerlaubnis bei Verstößen gegen das allgemeine Kriminalstrafrecht festhalten wollen.

2. Fahrverbot gemäß § 25 StVG

Im Verfahren wegen Verkehrsordnungswidrigkeiten soll bei groben oder beharrlichen Pflichtverletzungen gemäß § 25 StVG neben der Geldbusse ein ein- bis dreimonatiges Fahrverbot verhängt werden. Im Gegensatz zum Fahrverbot nach § 44 StGB, das eine Nebenstrafe ist, stellt das Fahrverbot des § 25 StVG einen Nebenfolge dar. Das Fahrverbot nach § 25 StVG hat nach der Intention des Gesetzgebers insbesondere eine erzieherische Funktion. Es ist als Denkzettel und Besinnungsmaßnahme gedacht und ausgeformt.¹⁰ Trotz der Bedeutung der Mobilität in unserer Gesellschaft für die Möglichkeiten der Teilhabe der Bürger am kulturellen und sozialen Geschehen bestehen keine Bedenken, dass die Maßnahmen des § 25 StVG in ihrer konkreten Ausgestaltung und

¹ OLG Zweibrücken Beschluss vom 13.08.2001 – 1 VAs 4/01

² OLG Köln, VM 71, 76

³ BGH VRS 81, 369

⁴ BGHSt 6, 183; 7, 165

⁵ LG Koblenz, NStZ – RR 96, 117

⁶ OLG Hamm VRS 57, 184

⁷ BGH Urteil vom 5.11.2002 – 4 StR 406/02

⁸ vgl. dazu u.a. Herzog 30. VGT 1992, 25 ff.; Ronellenfitch DAR 1992, 321 ff. und DAR 1994, 7 ff.; Sandler DAR 1990, 404 ff.

⁹ Ferner: Strafzumessung S. 33

¹⁰ OLG Köln VRS 99, 212

Anwendung sowie in ihrer Zielsetzung verfassungsgemäß sind.¹ Insbesondere die Bußgeldkatalog-Verordnung enthält Bestimmungen über die Anordnung eines Fahrverbotes wegen Ordnungswidrigkeiten. Ein Fahrverbot kommt insbesondere in Betracht bei Geschwindigkeitsüberschreitungen, Nichteinhaltung des Abstandes zu einem vorausfahrenden Fahrzeug, beim Überholen, Wenden und Rückwärtsfahren entgegen der Fahrtrichtung auf der Autobahn und Kraftfahrstraßen, bei sogenannten qualifizierten Rotlichtverstößen, sowie bei Zuwiderhandlungen gegen § 24 a StVG. Auch nach Inkrafttreten der Bußgeldkatalogverordnung ist § 25 StVG die alleinige Rechtsgrundlage für die Anordnung von Fahrverboten für Ordnungswidrigkeiten im Straßenverkehr.² Die Bußgeldkatalogverordnung bindet nicht den Richter, sie schränkt lediglich in den von ihr bezeichneten Fällen den Begründungsaufwand ein. Hält der Richter die Sanktion eines Fahrverbotes für angemessen, muss er sich bei der Strafzumessung jedoch bewusst sein und dies in den Urteilgründen erkennen lassen, dass im Einzelfall die ausreichende Einwirkung auf den Betroffenen auch erreicht werden kann durch eine Erhöhung des Bußgeldes unter Wegfall des an sich angezeigten Fahrverbotes.³ Diese Überprüfung ist wegen des verfassungsmäßigen Übermaßverbotes in jedem Fall vorzunehmen.⁴

Der Verteidiger sollte in der Hauptverhandlung – schriftlich zu den Akten reichen! – etwas vortragen, wozu der Betroffene die Fahrerlaubnis benutzt. Selbst wenn er einen Schüler verteidigt, der nur abends den PKW seiner Mutter benutzt, um zum Sport zu fahren. Spätestens dann wird sich der Richter im Urteil ausdrücklich mit der Möglichkeit einer Alternativsanktion auseinandersetzen müssen. Einige Gerichte stellen an die Begründung recht hohe Anforderungen: so hat es der 2. Senat des OLG Hamm als nicht ausreichend angesehen, wenn der Richter im Urteil schreibt: „Das Gericht konnte auch nicht von der Verhängung eines Fahrverbotes absehen. Der Betroffene hat sowohl objektiv als auch subjektiv einen erheblichen straßenverkehrsrechtlichen Verstoß begangen. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Betroffene dringend auf die Fahrerlaubnis angewiesen ist.“ Das Beschwerdegericht überprüft diesen Fehler auf die Sachrüge hin; es ist aber sicher sinnvoll, diesen Punkt in jedem Urteil zu prüfen und hierzu in der Begründung der Rechtsbeschwerde Ausführungen zu machen. Bei Fahrverboten nach § 24a StVG ist eine gesonderte Prüfung nicht notwendig: dies ergibt sich aus dem unterschiedlichen Wortlaut der Regelungen der BKatV. Bei

¹ BVerfG NJW 1969, 1623

² Ferner, Der neue Bußgeldkatalog 10. Aufl. S. 17, BGHSt 38, 125, OLG Düsseldorf NZV 1998, 38; OLG Düsseldorf VRS 99, 137

³ OLG Hamm VRS 100, 196

⁴ BVerfG DAR 96, 196

Verstößen nach § 25 StVG kommt in der Regel ein Fahrverbot in Betracht, nach § 24a StVG ist es in der Regel anzuordnen.¹

Sieht der Richter von der Anordnung eines Fahrverbotes ab und erhöht das Bußgeld, ergeben sich häufig Ansatzpunkte für den Verteidiger: Auch in diesen Fällen muss das Gericht in seinem Urteil die Strafzumessungserwägungen ausreichend darstellen – was zumeist nicht erfolgt: denn bei Bußgeldern ab 200 € spätestens muss sich der Richter auch im Bußgeldverfahren mit den Einkommensverhältnissen, den Auswirkungen des Bußgeldes auf das soziale Leben des Betroffenen.² Eine mangelhafte Erörterung des § 17 OWiG wird mit der Sachrüge geltend gemacht und kann zur Aufhebung der Entscheidung führen.³

2.1 Grober Verkehrsverstoß

Die Bußgeldkatalog-Verordnung listet dabei insbesondere abstrakt oder konkret gefährliche Verstöße, die häufig zu schweren Unfällen führen oder die subjektiv auf besonders groben Leichtsinn, grobe Nachlässigkeit oder Gleichgültigkeit zurückgehen und im Allgemeinen einen so hohen Grad an Verantwortungslosigkeit beweisen, dass es grundsätzlich eines eindringlichen Denkkzettels bedarf, insbesondere wenn auch eine höhere Geldbuße als unzureichend erscheint. Von der vorgesehenen Verhängung eines Fahrverbotes im Bußgeldkatalog kann die Verwaltungsbehörde und soll der erkennende Richter nur ausnahmsweise abgesehen werden. Die Verwirklichung eines in der Vorschrift genannten Tatbestandes führt dazu, dass ohne zusätzliche wesentliche Besonderheiten die Anordnung eines Fahrverbots in der Regel geboten ist – ein Absehen von Fahrverbot, insbesondere für den Richter, zieht ein erhöhtes Maß an Begründung nach sich. Allerdings muss der Richter in seiner Entscheidung zu erkennen geben, dass er sich der Möglichkeit bewusst war, im Einzelfall von der Verhängung eines Fahrverbotes abzusehen.

Bei bestimmten Geschwindigkeitsüberschreitungen wird gemäß § 4 Abs. 1 Nr. 1 BKatV in Verbindung mit den Regelungen des Anhangs zu Nummer 11 BKatV eine objektiv und subjektiv grobe Pflichtwidrigkeit vermutet mit der Folge, dass ein Fahrverbot verhängt werden kann. Die Erfüllung eines der Tatbestände des § 4 Abs. 1 S. 1 BKatV indiziert damit das Vorliegen eines groben Verstoßes im Sinne von § 25 Abs. 1 S. 1 StVG. Dies ist bei Geschwindigkeitsüberschreitungen um mehr als 30 km/h innerorts oder mehr als 40 km/h außerorts in der Regel der Fall.

2.2. Beharrlicher Verkehrsverstoß

¹ OLG Hamm VRS 101, 297

² s.a. Ferner: Gesetz über Ordnungswidrigkeiten § 17 Rdnr. 11

³ OLG Hamm VRS 102, 60

Beharrlich begangene Pflichtverletzungen sind solche, durch deren wiederholte Begehung in relativ kurzer Zeit ein Betroffener zeigt, dass ihm die für die verantwortungsvolle Teilnahme am Straßenverkehr erforderliche „rechtstreue Gesinnung“ und die notwendige Einsicht in zuvor begangenes Unrecht fehlt.¹ Bei wiederholten, erheblichen Geschwindigkeitsüberschreitungen innerhalb relativ kurzer Zeit wird vermutet, dass der Kraftfahrer ein erhöhtes Maß an Gleichgültigkeit an den Tag legt und deshalb die Unrechtsfolge des Fahrverbotes nicht nur verhältnismäßig, sondern angesichts der Unfallsituation auf unseren Straßen als geboten ist.² Jedoch zieht eine beharrliche Pflichtverletzung nicht ohne weiteres die Verhängung eines Fahrverbotes nach sich. Dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit entsprechend³ ist das Ermessen an die Feststellung der Angemessenheit und Erforderlichkeit des Fahrverbotes gebunden.⁴ Das bedeutet, dass auch bei der Prüfung der „Beharrlichkeit“ die Grundsätze, die der BGH zum so genannten „Augenblickversagen“ entwickelt hat, zu berücksichtigen sind.⁵

Eine beharrliche Pflichtverletzung begeht, wer Verkehrsvorschriften der aus mangelnder Rechtstreue verletzt. Hierfür ist Voraussetzung, dass ein innerer Zusammenhang zwischen den früheren Ordnungswidrigkeiten und der neuen Tat besteht. Dies ist nicht der Fall, in einer Vorverurteilung lediglich festgehalten wurde, dass der Betroffene in folge Übermüdung das Rotlicht einer Lichtzeichenanlage nicht rechtzeitig registriert hat.⁶ Das ist allerdings der Fall, wenn gegen den Führer eines Kraftfahrzeuges wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung von mindestens 26 km/h bereits eine Geldbuße rechtskräftig festgesetzt worden ist und er innerhalb eines Jahres seit Rechtskraft der Entscheidung eine weitere Geschwindigkeitsüberschreitung von mindestens 26 km/h begeht. Es kommt für die Beurteilung der Jahresfrist nicht auf den Zeitpunkt der Begehung der ersten Tat, sondern allein auf den der Rechtskraft der Verurteilung an.⁷ Beharrlichkeit hat das BayObLG angenommen in einem Fall, in dem zwar nicht innerhalb eines Jahres zwei Geschwindigkeitsüberschreitungen von mehr als 26 km/h vorgekommen waren, aber Verstöße von insgesamt ähnlichem Gewicht: drei Geschwindigkeitsüberschreitungen in 17 Monaten vorliegend, und 2. von > 26 km/h.⁸ Beharrlichkeit nehmen Richter auch an, wenn gegen einen Betroffenen in den letzten 3 ½ Jahren vier Fahrverbote ausgesprochen wurden und er jetzt einen einfachen

¹ OLG Düsseldorf VRS 99, 137

² Brüssow in: Strafverteidigung in der Praxis, Band 2, 2. Aufl., § 26 Rdnr. 163 ff

³ BVerfGE 27, 36 42 f

⁴ BayObLG NZV 1995, 87

⁵ OLG Dresden DAR 2003,472; OLG Hamm NZV 2000, 92; OLG Braunschweig, NZV 1999, 303

⁶ OLG Celle DAR 2003,472

⁷ OLG Düsseldorf NZV 1994, 41; BGH, NZV 1992, 286

⁸ BayObLG VRS 105,31

Rotlichtverstoß begeht.¹ Überhaupt ist das Zeitelement bei der Bestimmung der Beharrlichkeit von Bedeutung: so größer der Abstand zwischen den Verkehrsverstößen ist, desto eher wird eine Beharrlichkeit verneint; schon ab 16 Monaten kann je nach Umständen des Einzelfalles nicht mehr von Beharrlichkeit gesprochen werden.² Für die Berechnung des zeitlichen Abstandes kommt es auf die Rechtskraft der Entscheidungen an.³

Nimmt der Tatrichter eine beharrliche Pflichtverletzung an, muss er im Urteil die Vorverurteilung aufführen: hierbei muss er die jeweils erkennende Stelle und die näheren Umstände des Vorfalls so ausführlich schildern, dass ohne Zuhilfenahme von Beiakten eine Überprüfung durch das Beschwerdegericht möglich ist. Insbesondere bei verschiedenartigen Vorwürfen (etwa Geschwindigkeitsüberschreitung und Rotlichtverstoß) zur Begründung eines Fahrverbotes einer beharrlichen Pflichtverletzung unterlassen einige Amtsrichter eine ausreichende Darstellung der Vorverurteilungen. Bei der Begründung der Rechtsbeschwerde sollte der Verteidiger gerade auf diese Details achten und ausführen: Er kann sich nicht darauf verlassen, dass die allgemeine Sachrüge ohne weitere Ausführungen ausreicht!

3. Absehen von Fahrverbot

Gemäß § 2 Abs. 4 BKatV kann in Ausnahmefällen unter Erhöhung der Geldbuße von der Verhängung eines **Fahrverbotes** abgesehen werden. Im Unterschied zu dem Regelfahrverbot in den Anwendungsfällen des § 24 a StVG, in denen nur Härten ganz außergewöhnlicher Art oder sonstige, das äußere und innere Tatbild beherrschende außergewöhnliche Umstände ein Absehen von der Verhängung des Regelfahrverbotes rechtfertigen können, reichen in den Fällen des § 2 Abs. 1 BKatV zwar **möglicherweise schon erhebliche Härten oder eine Vielzahl für sich genommen gewöhnlicher und durchschnittlicher Umstände aus, um einen Ausnahmefall zu begründen.**⁴

Verwaltungen neigen nicht dazu, intensiv die Möglichkeit eines Absehens von der Verhängung eines Fahrverbotes zu prüfen und in Erwägung zu ziehen. Vor dem erkennenden Richter sind die Chancen und Möglichkeiten für den Verteidiger zu agieren deutlich größer: Insbesondere kann der Richter von einem Fahrverbotes absehen, wenn er auf Grund der Besonderheiten des Einzelfalles einen Regelfall i.S.v. § 25 StVG verneint oder aber die Sanktion

¹ BayObLG VRS 103, 390, zum notwendigen inneren Zusammenhang zwischen den Vorwürfen s.a. Ferner pvr 2003, 8

² OLG Hamm DAR 1996, 386; Ferner pvr 2003, 9 m.w.N:

³ s.a. Janker pvr 2004, 1

⁴ vgl. Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 36. Aufl., § 25 StVG Rdnr. 24; BGH NZV 1992, 117, 119; ständige Rechtsprechung des OLG Hamm, vgl. etwa VRS 92, 369

eines Fahrverbotes im konkreten Fall für unangemessen hält.¹ Dabei sind die Voraussetzungen für ein Absehen vom Fahrverbot beim Regelfahrverbot des § 25 Abs. 1 S. 2 StVG geringer als in Fällen einer Ordnungswidrigkeit gemäß § 24 a StVG wegen Verstoßes gegen die 0,5 o/oo Verbots bzw. des Gebots der Drogenabstinenz. Anders als dort bedarf es insbesondere nicht ganz besondere Umstände und außergewöhnlicher Härten; vielmehr können schon „erhebliche Härten oder eine Vielzahl für sich genommen gewöhnlicher oder durchschnittlicher Umstände“ ein Absehen vom „Regelfahrverbot“ rechtfertigen.²

Solche besonderen Umstände und Härten müssen umso gewichtiger sein, je schwerwiegender das vorwerfbare Fehlverhalten ist (und umgekehrt).³ Ob danach ein Fahrverbot zu unterbleiben hat, unterliegt in erster Linie tatrichterlicher Würdigung⁴ und zwar nach OLG Hamm⁵ „bis zur Grenze des Vertretbaren“.

Erfüllt ein Betroffener mit einem Geschwindigkeitsverstoß aber nicht nur den Tatbestand einer groben sondern wegen einer Vorverurteilung auch noch den Tatbestand einer beharrlichen Pflichtverletzung hat er damit gezeigt, dass er sich die vorangegangene Verhängung eines Bußgeldes nicht hat zur Warnung diesen lassen, kann dies ein Anzeichen dafür sein, dass von einem Augenblickversagen nicht ausgegangen werden kann.⁶

In geeigneten Fällen kann der Verteidiger versuchen, durch erlaubtes taktisches Verhalten, eine Entscheidung des Gerichts auf einen Zeitpunkt zu verschieben, zu dem die Vorverurteilung bereits gelöscht oder löschungsreif ist. Allerdings Achtung, es ist unzulässig und kann als Strafvereitelung verfolgt werden, wenn unwahren Behauptungen eine Verschiebung des Termins zur Hauptverhandlung beantragt wird.

3.1. Absehen mangels abstrakter Gefährdung

Gerichte haben auch bei erheblichen Geschwindigkeitsüberschreitungen eine abstrakte Gefährdung verneint:

- Auf gut ausgebauten Autobahn, bei trockener Fahrbahn und mäßigem Verkehrsaufkommen keine grobe Pflichtwidrigkeit

¹ BGH NJW 92, 446; 92, 1397

² BayObLG NZV 94, 487; OLG Hamm NZV 96, 247; OLG Karlsruhe DAR 92, 437; OLG Celle NZV 96, 117; OLG Köln NZV 94, 161; OLG Hamburg NZV 95, 163; OLG Naumburg NZV 95, 161; OLG Düsseldorf NZV 93, 446; OLG Dresden DAR 95, 498

³ BayObLG NZV 98, 212

⁴ BayObLG NZV 94, 327

⁵ NZV 97, 240

⁶ OLG Hamm 27.09.2001 2 Ss OWi 642/01

trotz Überschreitens der Höchstgeschwindigkeit um mehr als 40 km/h.¹

- An einer Autobahnbaustelle, derentwegen eine Geschwindigkeitsbeschränkung angeordnet worden ist, herrscht an einem Sonntag kein Baustellenbetrieb und insgesamt war das Verkehrsaufkommen gering.²
- Auch die Geschwindigkeitsüberschreitung um mehr als 30 km/h innerorts auf einer gut ausgebauten Ausfallstraße in der Nähe des Ortsausgangs muss nicht notwendig zu einem Fahrverbot führen.³
- Allgemein kann das Regelfahrverbot bei geringem Verkehrsaufkommen⁴ und bei Überschreitungen zur Nachtzeit⁵ unter bestimmten Umständen mit Erfolg angegriffen werden.
- Das Übersehen eines die Geschwindigkeit begrenzenden Verkehrsschildes rechtfertigt bei einem Ersttäter insbesondere dann, von einem Fahrverbot abzusehen, wenn der Verkehrsverstoß weder zu einer besonders verkehrsreichen Zeit erfolgte, noch mit einer Fremdgefährdung verbunden war.⁶
- Auch bei einer Geschwindigkeitsüberschreitung im Bereich einer Baustelle am Sonntag kann von der Verhängung eines Fahrverbotes abgesehen werden, wenn ein Ersttäter die Geschwindigkeitsbeschränkung von 100 km/h um 49 km/h überschreitet und keine Bauarbeiter an der Baustelle vorhanden sind.⁷
- Kein Fahrverbot bei einer Geschwindigkeitsüberschreitung von 70 km/h, wenn das Verkehrszeichen der Geschwindigkeitsbeschränkungen angebracht war wegen Rollsplitts, der sich nicht mehr auf der Fahrbahn befand, das Schild nur einseitig angebracht war oder auf einer Strecke von mehr als tausend Meter nicht wiederholt wurde und der Betroffene sich dahingehend ein lässt, dass er das Schild aus einfachen Versehen übersehen hatte.⁸
- Atypische Rotlichtverstöße: Der Fahrer hält an der Fußgängerampel an, lässt Fußgänger passieren und fährt dann bei Rot weiter⁹; Überfahren eines Rotlichts aufgrund eines Wahrnehmungsfehlers;¹⁰ wenn es hinter einer Fußgängerampel wegen eines Fehlverhaltens eines Dritten zu

¹ OLG Düsseldorf NZV 1997, 85

² AG Aachen NZV 1994, 450

³ OLG Düsseldorf DAR 97, 409

⁴ AG Lingen, ZfS 1996, 397

⁵ OLG Düsseldorf, DAR 1996, 367

⁶ BayObLG NZV 1990, 401; OLG Jena 1995, 209 und 260

⁷ AG Aachen NZV 1994, 450

⁸ OLG Celle DAR 2003, 323

⁹ OLG Karlsruhe NZV 1996, 372; OLG Düsseldorf VRS 90, 226

¹⁰ OLG Stuttgart NSTZ-RR 200, 279

einem Unfall kommt, aber stets ausgeschlossen war, dass Fußgänger im Bereich der Ampel gefährdet wurden.¹

- Auch der Mitzieheffekt an einer Ampel kann dazu führen, dass ein Fahrverbot nicht verhängt wird.² Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn der Autofahrer als Linksabbieger bei Rot anhält, bei Umschalten für die Fahrtrichtung geradeaus in die Kreuzung einfährt und in der Mitte der Kreuzung anhält, um den Gegenverkehr passieren zu lassen.³

Wie wichtig es sein kann, die Hauptverhandlung auch mit Schaltplänen der Ampelsteuerung und mit der Darstellung des Verkehrsflusses mit Hilfe von Ablaufschemata vorzubereiten, ergibt sich aus einer Entscheidung des Kammergerichts.⁴ Es ist u.U. Aufgabe des Betroffenen bzw. seines Verteidiger, darzulegen, dass auf Grund der Ampelschaltung und der Geschwindigkeit der übrigen Verkehrsteilnehmer eine Gefährdung des durch die Ampelanlage geschützten Verkehrs, insbesondere des Querverkehrs, ausgeschlossen ist. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Querverkehr zum Zeitpunkt des Vorfalles bereits die Kreuzung überquert hat und der Betroffene wegen der eigenen geringen Geschwindigkeit jederzeit auf unerwartete Situationen noch reagieren konnte.⁵

- **Mitverschulden:** Der Betroffene kann sich darauf berufen, dass der Unfall auf einem erheblichen, vielleicht sogar überwiegenden Verschulden des anderen Verkehrsteilnehmer beruht: In diesem Fall muss der Verteidiger darlegen, wie hoch der jeweilige Anteil der Unfallbeteiligten am Unfall war, wie der andere Verkehrsteilnehmer ihn hätte verhindern können bzw., dass der Unfall bei einem ordnungsgemäßen Verhalten des Unfallsgegners ganz vermieden worden wäre. Weiter ist es sinnvoll die Höhe des Schadens, insbesondere am Fahrzeug des Betroffenen, dem Stand der Regulierung, zur allgemeinen und besonderen Verkehrssituation zum Zeitpunkt des Unfalles darzulegen und vorzutragen, dass andere Verkehrsteilnehmer durch das Verhalten des Betroffenen nicht gefährdet wurden.⁶

Allerdings kann von einem Fahrverbot mangels Gefährdung nicht abgesehen werden, weil der Betroffene ein Vielfahrer ist und die

¹ OLG Karlsruhe VRS 100, 464

² KG VRS 101, 301

³ KG VRS 101, 301

⁴ KG VRS 99, 210

⁵ s.a. BayObLG VRS 87, 382; OLG Köln VRS 87, 147; OLG Düsseldorf DAR 2000, 126

⁶ OLG Hamm VRS 100, 376

Geschwindigkeitsüberschreitung zu einer verkehrsarmen Zeit auf einer ansonsten stark frequentierten Autobahn erfolgte.¹

3.2. Augenblickversagen²

Ein Fahrverbot darf jedoch selbst bei generell als objektiv schwerwiegenden eingestuftem Verkehrsordnungswidrigkeiten nur verhängt werden, wenn auch im Einzelfall ein **subjektiv besonders verantwortungsloses Verhalten**³ des Betroffenen zu bejaht wird und nicht nur auf einfacher Fahrlässigkeit.⁴ Liegen besondere Verhältnisse vor, so müssen diese auch in Regelfällen dann bedacht werden, wenn ein grober oder beharrlicher Verstoß gegen die Vorschriften bejaht werden kann.⁵ Die Voraussetzungen eines beharrlichen oder groben Verstoßes gegen die Verkehrsvorschriften und das Erkennen der abstrakten oder konkreten Gefährlichkeit müssen von dem Betroffenen auch subjektiv erkannt werden. Subjektiv ist damit notwendig eine gesteigerte Fahrlässigkeit⁶ des Fahrzeugführers. Dies bedeutet, dass bei einfacher Fahrlässigkeit unter Umständen die Voraussetzungen zur Verhängung eines Fahrverbotes nicht vorliegen. Es sind dies die Fälle des Augenblickversagens durch schlichtes Übersehen des die zulässige Geschwindigkeit anordnenden Verkehrszeichens. Augenblickversagen ist sowohl bei Geschwindigkeitsverstößen, Rotlichtverstößen und bei dem Vorwurf des beharrlichen Verkehrsverstoßes möglich. Der Mandant muss sich **ausdrücklich** auf ein "Augenblicksversagen" **berufen**.⁷

Übersieht ein Betroffener auf Grund von einfacher Fahrlässigkeit ein Verkehrszeichen, erkennt er auf Grund einfacher Fahrlässigkeit nicht die Gefährlichkeit der Situation, kann wegen eines Augenblickversagens von der Verhängung eines Fahrverbotes abgesehen werden. Der BGH⁸ hat für diese Fälle ein Prüfungssystem vorgegeben, um den Missbrauch der bloßen Behauptung des Augenblickversagens oder Übersehens vorzubeugen:

- Ausgangspunkt ist dabei, dass Verkehrszeichen werden von Verkehrsteilnehmer im Allgemeinen wahrgenommen werden.
- Die Einlassung, das Zeichen sei Übersehen worden, kann von sich aus widerlegt werden, z.B. wenn der Fahrer ortskundig ist.
- Bestimmte Geschwindigkeitsbegrenzungen drängen sich für jedermann auf (beispielsweise mehrfach wiederholte Zeichen

¹ OLG Hamm VRS 104, 233

² zu Augenblickversagen bei Rotlichtverstößen s. Schröder pvr 2003, 331

³ BayObLG NZV 2003, 430 = VRS 105, 309

⁴ BGHSt 43, 241 = NJW 1997, 3252

⁵ OLG Köln NZV 2003, 397

⁶ BGH NZV 1997, 525

⁷ OLG Hamm NZV 1998, 334 = DAR 1998, 323

⁸ BGH NZV 1997, 525

oder sogenannte Geschwindigkeitstrichter, Baustellenbereiche oder auch die Art der Bebauung)¹.

- Wenn der Kfz-Fahrer behauptet, er habe das Orteingangsschild übersehen, bedarf es weiterer Feststellung zur Erkennbarkeit des Ortseinganges. Dieser ist im Normalfall schon aufgrund der größeren Anhäufung der Gebäude zweifelsfrei wahrzunehmen.²
- Äußert der Betroffene sich nicht zu den Vorwürfen und ergibt sich für den erkennenden Richter aus den Akten auch kein Anhaltspunkt dafür, dass der Betroffene ein Verkehrszeichen infolge einfacher Fahrlässigkeit übersehen haben, braucht der Richter sich in dem Urteil nicht mit der Möglichkeit eines Augenblickversagens zu befassen.³

Für die effektive Verteidigung bedeutet dies, dass z. B. für die Hauptverhandlung, Bilder, Skizzen, vielleicht sogar Videoaufnahmen sinnvoll und wichtig sein können und vorbereitet sein müssen. Auch Ausführungen zur Ortskunde des Fahrers und zur konkreten Verkehrssituation muss der Verteidiger vorbereiten. In der Regel ist es sinnvoll, die Umstände in Form einer schriftlichen Einlassung zu den Akten zu reichen. Dabei muss der Verteidiger beachten, dass diese Einlassung in der Hauptverhandlung verlesen wird. Sollte der Verteidiger diese Einlassung bereits vor der Hauptverhandlung zur Untermauerung eines Antrages auf Einstellung nach § 47 OWiG zu den Akten gereicht haben, muss diese Einlassung des Betroffenen gleichwohl noch einmal in der Hauptverhandlung verlesen werden, damit sie zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht wird. Bilder und Skizzen müssen in Augenschein genommen werden: nur dann muss der Richter diese Beweismittel im Urteil gem. § 261 StPO würdigen. Der erkennende Richter kann den Schriftsatz des Verteidigers aber nur verlesen, wenn er eine Einlassung des Betroffenen wiedergibt. Beinhaltet der Schriftsatz nur allgemeine Ausführungen des Verteidigers, werden diese nicht als Beweismittel zugelassen.

Das Gericht muss sich mit der Einlassung des Betroffenen, es läge lediglich einfache Fahrlässigkeit vor, auseinandersetzen und prüfen, ob in Anlehnung an die höchstrichterliche Rechtssprechung trotz Vorliegens eines objektiven groben Pflichtverstoßes ein Absehen vom Fahrverbot gerechtfertigt sein könnte.⁴ Erklärt der Betroffene, er habe die innerörtliche Geschwindigkeitsbeschränkung auf 30 km/h übersehen, kommt ein Entfallen eines Fahrverbots wegen lediglich einfacher Fahrlässigkeit in Betracht.⁵

¹ LG Hamm NZV 1998, 164

² OLG Celle NZV 98, 254

³ BayObLG VRS 99, 214

⁴ BayObLG DAR 2000, 39

⁵ OLG Hamm NZV 98, 334

- Nach dem OLG Düsseldorf kann eine Geschwindigkeitsüberschreitung zur Nachtzeit innerhalb geschlossener Ortschaft Anlass zu einer Einzelfallüberprüfung hinsichtlich der Erkennbarkeit der Geschwindigkeitsbeschränkung geben, sodass bei entlastenden Umständen von einem Fahrverbot abgesehen werden kann.¹
- Anderer Auffassung ist das BayObLG, wonach bei einem ortskundigen Betroffenen nicht von einem Augenblickversagen ausgegangen werden kann, sodass auch bei Nachtzeit ein grob nachlässiges Verhalten vorliegen kann, mithin das vom Amtsgericht verhängte Fahrverbot gerechtfertigt sei.²
- Beruft sich der Kraftfahrer darauf, dass er ein die Geschwindigkeit begrenzendes Verkehrszeichen schlicht übersehen hat, und kann ihm diese Einlassung nicht widerlegt werden, so ist der Tatrichter gehalten, sich hiermit in nachprüfbarer Weise auseinander zu setzen, um diese Möglichkeit auszuschließen, sofern die Anordnung eines Fahrverbotes in Betracht kommt.³ In diesem Fall kommt ein Fahrverbot nicht in Betracht, es sei denn, gerade die Fehlleistung des Übersehens beruht auf grober Nachlässigkeit oder Gleichgültigkeit.⁴
- Grob fahrlässig handelt auch ein Kraftfahrer, der eine ihm bekannt, nur nachts geltende Geschwindigkeitsbeschränkung missachtet, weil er sein tagsüber gewohntes Verhalten auf einer nächtlichen Fahrt beibehält.⁵
- Grob fahrlässig handelt auch, wer eine Geschwindigkeitsbeschränkung erkannt hat, aber allein auf Grund einer Verbreiterung der Straße davon ausgeht, dass die Beschränkung aufgehoben ist.⁶
- Kein Augenblickversagen hat der Richter bei einem Rotlichtverstoß angenommen, der in den geschätzten Bereich einer belebten innerstädtischen Kreuzung mit mehreren Spuren einfuhr: er hatte das für Linksabbieger geltende Rotlicht übersehen.⁷ Diese Entscheidung kann aber nicht absolut gelten: Auch in einem solchen Fall obliegt es dem Verteidiger ausführlich dazustellen, wie die Ortskenntnisse des Betroffenen war, wie der Verkehrsfluss, sowie die Licht- und Sichtverhältnisse.

Der Gedanke des Augenblickversagens wurde ursprünglich für Fälle des groben Verkehrsverstoßes entwickelt. Diese Grundsätze gelten

¹ DAR 2000, 416

² DAR 2000, 577

³ OLG Karlsruhe, Die Justiz 98, 224

⁴ OLG Hamm, StraFo 98, 186

⁵ BayObLG VRS 99, 373

⁶ OLG Hamm VRS 101, 43

⁷ BayObLG VRS 103, 390

entsprechend auch für Fälle **beharrlicher Pflichtwidrigkeiten**, da die Grundkonstellation in beiden Fallgruppen einander entsprechen.¹

Augenblickversagen scheidet aus:

- Auf ein Augenblickversagen kann sich aber nicht berufen, wer auf Grund eines Telefonats mit einem **Handy** abgelenkt ist und aus diesem Grund ein Verkehrsschild übersieht.² Dies gilt auch, wenn der Autofahrer ohne Freisprecheinrichtung telefoniert und deshalb ein Rotlicht übersieht.³
- Augenblickversagen scheidet auch aus, wenn das Übersehen auf ein vorheriges verkehrswidriges Verhalten beruht.⁴ Dies gilt auch für den Fall einer beharrlicher Pflichtverletzung.⁵
- Augenblickversagen scheidet aber aus, wenn jemand sein **Autotelefon** benutzt, intensiv auf den **Wegweiser achtet** oder in einen **Kreuzungsbereich schneller** einfährt. Diese gilt aber auch schon, wenn jemand die innerörtlichen zulässige Höchstgeschwindigkeit von 50 km/h erheblich über schreitet.
- War der Betroffene durch die **Gespräche über geschäftliche Angelegenheiten abgelenkt**, lässt den Verkehrsverstoß nicht in einem subjektiv milderen Licht erscheinen. Die Geschwindigkeitsüberschreitung wurde nach dem dritten die Geschwindigkeit begrenzenden Schild, 1.700 m nach dem ersten die Geschwindigkeit begrenzenden Schild begangen. Der Betroffene ist also nicht nur kurzfristig, sondern über eine längere Fahrstrecke unaufmerksam gewesen. Für diese Fälle gilt die Rechtsprechung des BGH aber gerade nicht.⁶
- Ein Augenblickversagen scheint auch ausgeschlossen, wenn sich auf Grund der örtlichen Begebenheiten eine Geschwindigkeitsbeschränkung aufdrängt. Dann ist es z.B. fehlerhaft, wenn das Amtsgericht von einem Fahrverbot absieht, ein Fahrverbot zu verhängen, obwohl der Betroffene 51 km/h gefahren ist bei einer Beschränkung auf 20 km/h und das Gericht meint, dem Betroffenen habe sich eine Beschränkung auf 30 km/h wegen der Örtlichkeit aufdrängen müssen.⁷
- das die Geschwindigkeit begrenzende Zeichen 274 wurde mehrfach wiederholt
- der Messstelle ging ein sog. Geschwindigkeitstrichter voraus
- der Vorfall war im Baustellenbereich auf einer BAB
- aufgrund der Bebauung erkennbar, dass sich der Mandant bereits im Ortsbereich befand

¹ OLG Köln VRS 105,28

² OLG Hamm, 2 Ss OWI 474/03

³ OLG Celle VRS 101, 48

⁴ OLG Karlsruhe NStZ-RR 2003,279 = VRS 105, 306; KG VRS 100, 384

⁵ OLG Köln VRS 101, 133

⁶ OLG Hamm 22.20.2001 2 Ss OWi 437/01 = VRS 101, 448

⁷ KG VRS 101, 60

Einlassungen des Betroffenen

- Es handelt sich um eine Tempo-30-Zone¹
- Die Tempo-30-Zone ist zugleich mit oder unmittelbar hinter dem Ortseingangsschild eingerichtet.²
- Das Tempo-30-Schild war nur einmal aufgestellt und es waren auch sonst keine Verkehrsschikane vorhanden.³
- Mandant hat die Straße zum ersten Mal befahren⁴
- Bei Rotlicht: Mitzieheffekt⁵
- Annahme, dass Ampelanlage defekt ist.⁶

Auf Augenblickversagen, kann sich nicht berufen, wer zuvor unaufmerksam war. Die Zubilligung eines Augenblickversagens führt nicht dazu, dass die Geldbuße erhöht werden muss.⁷

3.3. Besondere Härten und Nachteile⁸

Aus Gründen der Gleichbehandlung kommt in der Regel ein Absehen von einem Fahrverbot nur in Betracht, wenn wesentliche Besonderheiten zu Gunsten des Betroffenen vorliegen, insbesondere erhebliche und unvermeidliche Härten durch Arbeit- oder Existenzverlust. Es kann auch sein, dass mehrere für sich betrachtet gewöhnliche Umstände in ihrer Gesamtheit die Anordnung des Fahrverbots als unverhältnismäßig erscheinen lassen. Einfache Nachteile, beruflicher oder wirtschaftlicher Art reichen nicht um von einem Fahrverbot abzusehen.⁹ Das Amtsgericht muss sich dieser Möglichkeit bewusst sein, wegen solcher besonderer Härten vom Fahrverbot und Erhöhung des Bußgeldes absehen zu können. Das Amtsgericht muss daher in der Regel Feststellungen darüber treffen, welche Berufstätigkeit der Betroffene ausübt.¹⁰ Allerdings wird das Gericht Einlassungen dahingehend, die berufliche oder wirtschaftliche Existenz sei gefährdet, nicht ohne weiteres ungeprüft übernehmen können. Die trichterliche Überzeugung hiervon darf Auffassung einiger Oberlandesgerichte nicht ausschließlich aus der nicht näher belegten Einlassung des Betroffenen abgeleitet werden.¹¹ Das OLG Hamm verlangt, dass wenigstens ein die Darstellung des Betroffenen stützendes Schreiben des Arbeitgebers vorgelegt wird.

¹ OLG Hamm Beschl. Vom 23.3.2000 – 2 Ss Owi 267/00

² OLG Hamm NZV 2000, 96

³ OLG Hamm VRS 97, 212

⁴ OLG Hamm NZV 1998, 334

⁵ OLG Hamm NZV 1999, 176

⁶ OLG Hamm DAR 1999, 515

⁷ OLG Hamm NZV 1998, 334; 1999, 92, 93; OLG Stuttgart DAR 1999, 88, 89

⁸ OLG Hamm VRS 90, 60; OLG Hamm NZV 2003, 103; Deutscher NZV 2003, 117

⁹ OLG Köln NZV 2001, 391 = VRS 99, 288

¹⁰ OLG Köln NZV 98, 293

¹¹ OLG Koblenz NZV 1997, 48; OLG Karlsruhe, NZV 1993, 277; OLG Hamm Beschluss 20.04.1999 - 1 Ss OWi 235/99

Es bedarf daher seitens der Verteidigung eines detaillierten Vortrags, aus welchen Gründen ein vorübergehendes Fahrverbot zur Vernichtung der wirtschaftlichen Existenz führen würde.¹ Der Verteidiger muss in einem geeigneten Fall auch daran denken, die (beengten) persönlichen und finanziellen Verhältnisse des Betroffenen zu belegen und zu untermauern. Dies kann z. B. durch Vorlage von Einkommens- und Verdienstbescheinigungen geschehen, Steuerbescheinigungen, betriebswirtschaftlichen Auswertungen (bei Selbstständigen), Bankbescheinigungen usw. auch muss daran gedacht werden, die Tätigkeit des Betroffenen eingehend zu schildern und zu belegen und sei es durch Auszüge aus dem Terminkalender, aus denen sich ergibt, dass Betroffene darauf angewiesen ist, die Termine selbst mit dem Pkw wahrzunehmen.

- Auch die Tatsache, dass der Betroffene Berufskraftfahrer (Taxifahrer) ist, führt nicht ohne weiteres zu einem Verzicht auf das indizierte Fahrverbot; anderenfalls schieße die Nebenfolge bei dieser Berufsgruppe praktisch aus.²
- Dies gilt insbesondere, wenn der Betroffene den beruflichen Auswirkungen durch entsprechende Urlaubsplanung begegnen kann.³
- Bei einem selbstständigen Taxiunternehmer mit nur einem von ihm selbst geführten Fahrzeug kann aber ein Absehen von der Nebenfolge gerechtfertigt sein.⁴
- Bei Berufskraftfahrern besteht also eine besondere Prüfungspflicht, ob nicht erhebliche Härten ein Absehen von Fahrverbot bei Erhöhung der Geldbuße rechtfertigen.

Bei einer Ordnungswidrigkeit nach § 24 a StVG ist die Anordnung eines Fahrverbotes bereits im Gesetz nach § 25 Abs. 1 S. 2 StVG "in der Regel" vorgeschrieben. Damit hat der Gesetzgeber Trunkenheitsfahrten nach § 24 a StVG als besonders verantwortungslos klassifiziert und die Bewertung hinsichtlich der Anordnung eines Fahrverbots vorgenommen.⁵ Ein Absehen von der Anordnung eines Fahrverbotes kommt daher nur bei **Vorliegen ganz besonderer Ausnahmeumstände** äußerer oder innerer Art in Betracht oder wenn das Fahrverbot für den Betroffenen eine außergewöhnliche Härte bedeuten würde.⁶ Zwar wäre der im Fall der Vollstreckung des Fahrverbots eintretende Verlust der Arbeitsstelle eine den Verzicht auf ein Fahrverbot begründende außergewöhnliche Härte.⁷

¹ OLG Hamm NZV 1999, 391

² OLG Hamm NZV 1995, 498

³ OLG Hamm DAR 1997, 117; OLG Düsseldorf, NZV 1996, 463

⁴ BayObLG NZV 98, 212

⁵ Jagusch/Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 36. Aufl., § 25 Rdnr. 18 m.w.N.

⁶ Jagusch/Hentschel, a.a.O.

⁷ OLG Hamm Beschluss vom 04.12.2001 1 Ss Owi 976/01

Ein Ansatzpunkt für die Verteidigung ist immer das Urteil: Beschwerdegerichte verlangen von dem Tatrichter, dass er sich auch mit den persönlichen Verhältnissen des Betroffenen auseinandersetzt. Nur in diesem Fall kann das Obergericht prüfen, ob die Verhängung eines Fahrverbots im konkreten Fall etwa wegen besonderer Umstände in den persönlichen Verhältnissen des Betroffenen eine unverhältnismäßige Reaktion ist. Unterlässt der Tatrichter diese Erörterung, liegt ein Erörterungsmangel des Urteils vor, der zur Aufhebung führen kann. Dieser Fehler wird vom Beschwerdegericht auf Grund der Sachbeschwerde geprüft.¹

Will das Amtsgericht von einem Fahrverbot absehen, muss es sich intensiv mit dem Vortrag des Betroffenen auseinandersetzen. Dabei muss es auch darlegen, weshalb es die Angaben des Betroffenen für glaubhaft und richtig hält. Es darf aber nicht ungeprüfte Einlassung des Betroffenen folgen.²

3.4 Messung kurz hinter dem Ortseingang

Auch aus der besonderen Situation der Messung kann sich eine Reduzierung der angenommenen Pflichtwidrigkeit ergeben. Zwar muss grundsätzlich jeder Kraftfahrer so fahren, dass er zu Beginn einer Geschwindkeitsbeschränkung die vorgeschriebene Geschwindigkeit einhalten kann, so also bereits ab Ortseingang die vorgeschriebenen 50 km/h.³ Eine Milderung des Verschuldens kann das Gericht aber annehmen, wenn ein ortsunkundiger Autofahrer den Beginn der Ortschaft auf Grund der besonderen Örtlichkeit oder Sichtverhältnisse nicht erkennt.⁴

Eine mildere Beurteilung kann sich aber auch unter Berücksichtigung der Richtlinien für die Überwachung und Aufstellung von Messgeräten ergeben. Aus den Richtlinien⁵ zu Geschwindigkeitsüberwachen der Bundesländer⁶ ergeben sich zu berücksichtigenden Toleranzen und das konkrete Maß der Pflichtwidrigkeit⁷. Nach vielen Richtlinien sollen mindestens 150 bis 200 m vom Anfang oder Ende einer Geschwindigkeitsbeschränkung entfernt die Geschwindigkeitsmessung nicht stattfinden. Wird eine Geschwindigkeit innerhalb dieses Bereiches dennoch durchgeführt, so kann dies unter den Gesichtspunkten der Gleichbehandlung aller Verkehrsteilnehmer in vergleichbaren Konzentrationen zur Annahme eines Ausnahmefalles und zum Fahrverbot führen.⁸ Allerdings kann

¹ OLG Hamm VRS 103, 221

² Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 18.01.04, 2 Ss (Owi) 167 B/03

³ BayObLG NZV 95, 496

⁴ siehe auch Augenblickversagen, BayObLG NStZ-RR 98, 248

⁵ Zusammenstellung erfolgte zuletzt in DAR 98, 85

⁶ BayObLG NZV 95, 496; BayObLG NStZ-RR, 02, 345

⁷ Starken DAR 1998, 85

⁸ BayObLG VRS 103, 385; OLG Oldenburg NZV 1996, 375

von diesen Richtlinien abgewichen werden, insbesondere bei **besonderen Gefahrsituationen**. Durch einen Verstoß gegen die Richtlinien wird die Messung aber nicht unwirksam oder nicht verwertbar. Ein Verstoß gegen die Richtlinien kann aber dazu führen, dass ein mögliches Fahrverbot nicht verhängt wird.¹ Der Verteidiger muss in diesem Fall damit argumentieren, dass durch diese besondere Situation keine gewöhnlichen Umstände im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 1 Bußgeldkatalogverordnung vorliegen.² Die Einhaltung der Richtlinien kann der Verteidiger anhand des Messprotokolls überprüfen. Gegebenenfalls muss er vor Ort überprüfen, wie die konkrete Verkehrssituation aus Sicht des Kraftfahrers empfunden wird. Behauptungen müssen durch Beweisanträge in die Hauptverhandlung eingeführt werden.³ Diese Umstände sind auch zu beachten, wenn eine Messung innerhalb des Ortes unmittelbar vor dem Ortsausgangsschild erfolgt.⁴

3.5. Sonstige subjektive Milderungsgründe

Subjektiv mildernde Umstände können sich auch ergeben, aus der Persönlichkeit des Betroffenen oder aus den Umständen der Fahrt, auf der sich der Verkehrsverstoß ereignete. Von einem Fahrverbot kann auch bei solch besonderen Täterumständen (langjährige einwandfreie Fahrpraxis, drohender Arbeitsplatzverlust bei Fahrverbot, besonders günstige Täterprognose) abgesehen werden: z.B.: ein Arzt überschreitet die zulässige Höchstgeschwindigkeit innerorts um 36 km/h, um möglichst rasch in seine Praxis zu kommen, wo ein Patient mit akuten Rückenschmerzen und Kreislaufproblemen auf ihn wartet. Der Verkehrsverstoß ist zwar nicht als Notstandshandlung gerechtfertigt; eine grobe Pflichtverletzung, die zur Verhängung eines Fahrverbotes führt, liegt aber nicht vor.⁵

Keine Besonderheit des Einzelfalles oder eine besondere Härte wird angenommen, wenn die Fahrverbotsschwelle um lediglich 1 km/h überschritten wurde⁶ und es sich um eine verkehrsschwache Tatzeit nach 1.20 Uhr handelt.⁷

3.6. Berufliche Nachteile

Bloße berufliche Nachteile, die Ersttätereigenschaft als solche, sowie die Qualifikation als Vielfahrer reichen alleine hingegen zumeist nicht aus. Grundsätzlich sind wirtschaftliche Nachteile aufgrund der Verhängung eines Fahrverbotes – weil selbstverschuldet – vom Betroffenen hinzunehmen.⁸ Trifft allerdings das Fahrverbot den

¹ BayObLG NStZ-RR 02, 345

² OLG Oldenburg NZV 96, 375; OLG Köln VRS 96, 62

³ BayObLG NStZ-RR 02, 345

⁴ BayObLG VRS 103, 385

⁵ BayObLG NZV 2000, 215

⁶ OLG Naumburg NZV 95, 161; OLG Köln NStZ RR 1996, 52

⁷ OLG Köln VRS 105,296

⁸ OLG Hamm NZV 1999, 214

Betroffenen unverhältnismäßig hart oder verliert er seinen Arbeitsplatz, so muss auch ein Absehen von der Verhängung in Betracht gezogen werden.¹

Obwohl an die Gründe eines bußgeldrichterlichen Urteils keine überzogenen Anforderungen gestellt werden dürfen,² müssen sie jedoch so beschaffen sein, dass das Rechtsbeschwerdegericht in der Lage ist zu überprüfen, ob ein Rechtsfehler vorliegt. Zum unverzichtbaren Inhalt eines solchen Urteils gehört insbesondere die Angabe der für erwiesen erachteten Tatsachen, in denen die gesetzlichen Merkmale der Ordnungswidrigkeit gesehen werden (§§ 71 Abs. 1 OWiG, 267 Abs. 1 Satz 1 StPO) und außerdem, wenn dazu Anlass besteht, die Mitteilung derjenigen tatrichterlichen, auf nachvollziehbaren Anknüpfungstatsachen beruhenden Erwägungen, aufgrund derer die Annahme eines Ausnahmefalles im Sinne des § 2 Abs. 4 BKatV bejaht worden ist.³

Weiter hatte in einer früheren Entscheidung das OLG Celle den Ermessensrahmen des erkennenden Richters gezogen: Ein Ausnahmefall im Sinne von § 2 Abs. 4 BKatV hat es akzeptiert, wenn der erkennende Richter die tatsächliche Gefahr eines Arbeitsplatzverlustes feststellt.⁴ Der erkennende Richter darf es sich – wenn die Problematik des Arbeitsplatzverlustes in die Hauptverhandlung eingeführt wurde – auch nicht zu leicht machen. Eine Formulierung wie „Gesichtspunkte für ein Absehen von der Verhängung eines Fahrverbotes sind nicht ersichtlich, insbesondere auch nicht vor dem Hintergrund der beruflichen Situation des Betroffenen“ bringt nicht eindeutig zum Ausdruck, dass sich der Tatrichter der Möglichkeit, trotz der Annahme eines Regelfalles unter Erhöhung der Geldbuße von der Verhängung eines Fahrverbotes absehen zu können, bewusst war.⁵

Der Bußgeldrichter darf Feststellungen, aus denen er auf das Vorliegen einer außergewöhnlichen Härte schließt, auch allein auf die Einlassung des Betroffenen stützen.⁶ Dabei muss er allerdings nach allgemeinen Regeln zu der Überzeugung einer realen und konkreten Gefährdung des Arbeitsplatzes kommen: Dies ist möglich, wenn der Betroffene glaubhaft macht, dass eine Gefährdung des Arbeitsplatzes bereits besteht, wenn der Arbeitgeber von dem Vorfall

¹ OLG Düsseldorf NZV 2000, 52

² BGHSt 39, 291; OLG Düsseldorf VRS 81, 376; OLG Koblenz VRS '61, 437; 67, 462

³ Brandenburger OLG 28.9.1998 2 Ss (OWi) 91 B/98

⁴ OLG Celle, NJW 96, 2173

⁵ OLG Hamm NZV 98, 296

⁶ BbgOLG JMBl BB 1997, 166, anders OLG Hamm Beschluss 04.12.2001 1 Ss OWi 976/2001, OLG Koblenz NZV 1997, 48; OLG Karlsruhe, NZV 1993, 277;

erfährt und er sich aus diesem Grunde für den Tag der Hauptverhandlung unter einem Vorwand Urlaub genommen hat.¹

Nimmt das Gericht eine **fristlose Kündigung** bei einem Fahrverbot an, so darf es nicht nur eine Vermutung des Gerichts sein, der Schluss muss vielmehr mit Tatsachen unterlegt werden. Es muss dargelegt werde, dass der Betroffenen keinen Urlaub nehmen kann, auf das Fahrzeug beruflich unabdingbar angewiesen ist, finanziell keinen Fahrer einstellen kann. Dabei ist auch zu berücksichtigen, dass ein über einen längeren Zeitraum anhängige Bußgeldverfahren entsprechende Urlaubsdispositionen seitens des Betroffenen ermöglicht,² insbesondere durch die zusätzliche Möglichkeit, den Beginn des Fahrverbotes gem. § 25 Abs. 2a StVG selbst zu beeinflussen.³ Aus diesem Grunde ist bei der Frage, ob und inwieweit wirtschaftliche Nachteile für die Beurteilung der Angemessenheit und Vertretbarkeit eines Fahrverbots von Bedeutung sind, ein noch strengerer Maßstab als in der Vergangenheit anzulegen. Einem Betroffenen ist deshalb nach der Rechtsprechung des OLG Frankfurt⁴ grundsätzlich zuzumuten, durch eine Kombination verschiedener Maßnahmen die Zeit des Fahrverbots zu überbrücken, zum Beispiel durch Inanspruchnahme von Urlaub, Benutzung öffentlicher Verkehrsmittel, Inanspruchnahme einer Fahrgemeinschaft, Anstellen eines bezahlten Fahrers usw. Die hierdurch auftretenden finanziellen Belastungen hat der Betroffenen hinzunehmen, notfalls durch Aufnahme eines Kredits. Im Hinblick auf die verhältnismäßig kurze Dauer des Fahrverbots von in der Regel einem Monat bewegen sich eventuelle finanzielle Belastungen in einem überschaubaren und grundsätzlich zumutbaren Rahmen.

Der Gesichtspunkt einer nachhaltigen Existenzgefährdung wird weniger berücksichtigt, wenn ein Betroffener in der relativen kurzen Zeitspanne (z.B. 16 Monate) bereits zum dritten Mal wegen einer Geschwindigkeitsüberschreitung aufgefallen ist.⁵ Andernfalls könnte ein Betroffener die an sich unzumutbaren Folgen als Freibrief für wiederholtes Fehlverhalten ausnutzen.⁶ Selbst bei Existenzgefährdung wird in solchen Fällen nicht von einem Fahrverbot abgesehen. Dem Betroffenen wird auch zugemutet notfalls eines seiner für den Kurierdienst benötigten Kraftfahrzeuge verkaufen und den Kurierdienst mit einem Aushilfsfahrer aufrechterhalten. Der Umstand, beruflich auf die Fahrerlaubnis

¹ Brandenburger OLG 22.3.1999 2 Ss (OWi) 29 B/99

² BbgOLG Beschluss, v. 21.11.1994 - 2 Ss (OWi) 37 B/94

³ OLG Frankfurt 04.12.2001 2 Ws (B) 450/01 OWiG

⁴ OLG Frankfurt Beschluss vom 10. Januar 2001 - 2 Ws (B) 4/01 OWiG m.w.N.

⁵ OLG Frankfurt Beschluss vom 25. April 1995 - 2 Ws (B) 187/95 OWiG; OLG Hamm, NZV 1995,498

⁶ Deutscher, NZV 1997,18,27

angewiesen zu sein, ist für einen Betroffenen ein besonderer Grund, sich **besonders verantwortungsbewusst** im Verkehr zu verhalten.¹

¹ BayObLG NZV 2003, 349

3.7. Erheblicher Zeitablauf

Ist zwischen dem Vorfall und der Hauptverhandlung – auch nach einer Zurückverweisung durch das OLG – ein besonders langer Zeitraum verstrichen, kann ausnahmsweise die Warn- und Denkkzettel-funktion des Fahrverbots entfallen. Die Frage, wann ein relevanter „erheblicher Zeitablauf“ vorliegt und ob weitere Tatumsstände berücksichtigt werden können oder müssen, wird unterschiedlich beantwortet. Das OLG Hamm stellt lediglich auf den Zeitraum zwischen Tatbegehung und der letzten tatrichterlichen Verhandlung ab, der sich daran anschließende Zeitraum zwischen dieser Entscheidung und deren Rechtskraft sei nicht zu berücksichtigen.¹ Dieses Gericht bestätigt auch ausdrücklich bei einem Zeitraum von lediglich einem Jahr und fünf Monaten noch ein Fahrverbot. Wie einige andere OLG sieht das OLG Düsseldorf grundsätzlich einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren seit der Tat als ausreichend an, um einem Fahrverbot die Denkkzettel-funktion abzuspreehen² so auch das OLG Zweibrücken, wenn der Betroffene in dieser Zeit bei einer nicht unerheblichen Fahrleistung beanstandungsfrei am Straßenverkehr teilgenommen hat.³

Ist die Verzögerung allerdings auf ein Verhalten des Betroffenen zurückzuführen sein, soll noch ein Fahrverbot möglich sein. Ist allerdings bei einer Verfahrensdauer von zwei Jahren und zwei Monaten eine Verzögerung von mindestens zehn Monaten auf einem Fehler des Amtsgerichts (fehlende Urteilsgründe der ersten Entscheidung und darauf gestützte erfolgreiche Rechtsbeschwerde) beruht, liegt ein derartiger gravierender Fehler der Justiz außerhalb des Verantwortungsbereiches des Betroffenen vor, so dass die Verzögerung dem Betroffenen nicht anzulasten ist.⁴ Ist die Verzögerung auf Verteidigungsverhalten zurückzuführen, etwa durch unergiebiges „ins Blaue hinein“ gestellte Beweisanträge des Betroffenen, kann die Dauer des Verfahrens nicht zugunsten des Betroffenen berücksichtigt werden.

3.8. Ausländische Führerscheine

Führerscheine, die von einem Mitgliedsstaat der Europäischen Union (EU) oder des Europäischen Wirtschaftsraumes (EWR) ausgestellt worden sind, werden behandelt wie deutsche Führerscheine, wenn der Verurteilte seinen ordentlichen Wohnsitz im Inland hat. Sie werden also für die Dauer des Fahrverbots amtlich verwahrt. Hat der Inhaber des ausländischen Führerscheins keinen ordentlichen Wohnsitz im Inland, so wird das Fahrverbot in dem ausländischen Führerschein vermerkt, gleichgültig ob es sich um einen EU/EWR – Führerschein handelt oder um einen von einem Drittland ausgestellten. Mit diesem Zeitpunkt beginnt die Verbotsfrist.

¹ DAR 2000, 580

² DAR 2000, 415

³ PVR 2001, 205

⁴ OLG Köln, ZfS 2000, 511 = VRS 99, 214 und OLG Schleswig, DAR 2001, 40

3.9. Beginn des Fahrverbotes

Gemäß § 25 Abs 2a Satz 1 StVG kann ein Fahrzeugführer den Beginn des Fahrverbotes innerhalb einer Frist vier Monaten seit Rechtskraft der Entscheidung selbst bestimmen, es sei denn, gegen ihn wurde innerhalb von zwei Jahren bereits einmal ein Fahrverbot ausgesprochen. Diese Frist von zwei Jahren rechnet ab dem Zeitpunkt, in denen das frühere Fahrverbot rechtskräftig geworden ist, auf den Zeitpunkt der Entscheidung kommt es nicht an.¹ Diese sogenannte „Schonfrist“ ist in die Urteilsformel aufzunehmen. Liegen die gesetzlichen Voraussetzungen vor, so steht es nicht im Ermessen des Gerichts, ob eine solche Schonfrist festgesetzt wird oder nicht.² Eine Verwirkung dieser Vergünstigung sieht das Gesetz nicht vor. Im Rechtsbeschwerdeverfahren kann das Beschwerdegericht den Tenor ändern, wenn der erkennende Richter zu Unrecht in seiner Entscheidung von der Bestimmung der Frist nach § 25 Abs. 2a StVG abgesehen hat. Dieser Teilerfolg einer Rechtsbeschwerde hat aber auf die Kostenentscheidung keine Auswirkung.³

Spätestens nach Ablauf der vier Monate wird das Fahrverbot auch ohne Abgabe des Führerscheins wirksam. Das Fahrverbot endet erst wenn der Führerschein für die Dauer des Fahrverbotes bei der zuständigen Behörde hinterlegt war.

3.10. StVG § 25 Abs. 2a und Entzug der Fahrerlaubnis

Ist gegen den Betroffenen in den zwei Jahren vor der Bußgeldentscheidung kein Fahrverbot verhängt worden, sondern die Fahrerlaubnis entzogen worden, so ist gleichwohl die Vergünstigung des § 25 Abs. 2a Satz 1 StVG zu gewähren. Dies ergibt sich aus dem Analogieverbot zu Lasten des Betroffenen nach § 3 OWiG. Auch wenn der Gesetzgeber offensichtlich die Regelung des § 59 StGB übersehen hat, kann sie nicht analog angewandt werden.⁴

3.11. Verbotsirrtum

Irrt ein Fahrzeugführer über die rechtliche Bedeutung eines optisch richtig wahrgenommenen Verkehrszeichens, so liegt ein Verbotsirrtum vor. Der Verbotsirrtum ist vermeidbar, wenn er auf Mangel der Kenntnis der einschlägigen StVO-Vorschriften beruht. Sind aber z.Z. an einem Pfosten ein Zusatzschild und zwei Vorschriftzeichen übereinander angebracht und irrt ein Fahrzeugführer über die objektiv beschränkte Wirkung des Zusatzschilds auf das dicht über ihm angebrachte Vorschriftzeichen, so stellt dies einen vermeidbaren Verbotsirrtum dar. Dieser kann

¹ BGH, 29.06.2000 – 4 StR 40/00 = VRS 99, 216

² OLG Düsseldorf NZV 2001, 89

³ OLG Düsseldorf NZV 2001, 8

⁴ OLG Dresden NSStZ 99, 254

aber dazu führen, dass trotz Vorliegens der Regelvoraussetzung die Anordnung des Fahrverbots entfällt.¹

3.12 Alkohol und Fahrverbot²

Bei einer Ordnungswidrigkeit nach § 24 a StVG ist die Anordnung eines Fahrverbotes bereits im Gesetz nach § 25 Abs. 1 S. 2 StVG "in der Regel" vorgeschrieben. Damit hat der Gesetzgeber Trunkenheitsfahrten nach § 24 a StVG als besonders verantwortungslos klassifiziert und die Bewertung hinsichtlich der Anordnung eines Fahrverbots vorgenommen.³ Ein Absehen von der Anordnung eines Fahrverbotes kommt daher nur bei Vorliegen ganz besonderer Ausnahmeumstände äußerer oder innerer Art in Betracht oder wenn das Fahrverbot für den Betroffenen eine außergewöhnliche Härte bedeuten würde.⁴

Dauer des Fahrverbotes

Ebenso wie bei der Anordnung des Fahrverbots hat der Richter auch auf der Stufe der zeitlichen Bemessung des Fahrverbotes ein eingeschränktes Ermessen, das ihm erlaubt, die besonderen Umstände des konkreten Einzelfalles zu berücksichtigen und vom Regelfall des Bußgeldkataloges abzuweichen. Dieser Möglichkeit muss er sich bewusst sein und dies in den Entscheidungsgründen zu erkennen geben, wo Ausnahmeumstände anklingen.⁵ Macht ein Betroffener geltend, gerade ein dreimonatiges Fahrverbot sei existenzgefährdend, muss der Richter die wirtschaftlichen Folgen erörtern. Unterlässt er dies, kann das Urteil aufgehoben werden, weil der erkennende Richter nicht zu erkennen gegeben hat, dass er sein Ermessen bei der Dauer des Fahrverbotes erkannt und ausgeübt hat.

¹ BayObLG, 08.05.2003, 2 ObOWi 43/03 = NZV 2003, 430 = VRS 105, 309

² OLG Hamm Beschluss 04.12.2001 1 Ss OWi 976/2001

³ Jagusch/Hentschel, Straßenverkehrsrecht, 36. Aufl., § 25 Rdnr. 18 m.w.N.

⁴ Jagusch/Hentschel, a.a.O.

⁵ OLG Zweibrücken, DAR 2003, 531

Arbeitshilfe/Übersicht

Absehen von einem Fahrverbot

Gerichtliche Verfahren wegen Verkehrsordnungswidrigkeiten drehen sich meist um die Frage, ob gegen den Betroffenen ein Fahrverbot verhängt wird oder ein Fahrverbot noch einmal vermieden werden kann. Nach § 25 StVG kommt bei bestimmten Verkehrsverstößen **in der Regel** ein Fahrverbot in Betracht. Diese Formulierung impliziert, dass es von dieser Regel Ausnahmen gibt. Ausnahmen werden u.a. anerkannt wegen Zeitablaufs, mangels Gefährdung im konkreten Einzelfall und wegen besonderer Härten für den Betroffenen. Diese Übersicht soll dem Verteidiger bei der Vorbereitung der Hauptverhandlung helfen, schnell die Argumente für ein Absehen von einem Fahrverbot zu sortieren-

Absehen von einem Fahrverbot wegen Zeitablauf

Zeitablauf zwischen Vorfall und Hauptverhandlung	Ansehen von einem Fahrverbot	Besonderheiten, abweichende Entscheidungen
Weniger als ein Jahr		Absehen nicht möglich
Etwas mehr als ein Jahr	OLG Karlsruhe DAR 1992,437	25 Jahre Fahrerlaubnis, geringes Verkehrsaufkommen, kein weiterer Vorfall
14 Monate	OLG Dresden 18.07.2002 – Ss (Owi) 315/02	Kein Absehen möglich
	KG NZV 2002, 281	Fahrverbot offen gelassen
15 Monaten	OLG Hamm VRS 101, 212 = NZV 2001, 436	Ausnahme: wirtschaftlich schwacher Taxifahrer, kein weiterer Vorfall
16 Monate	Es vergingen 16 Monate zwischen dem Vorfall und der Zustellung des amtsgerichtlichen Urteils	OLG Schleswig DAR 2002, 326
17 Monate	OLG Hamm 03.07.2003 - 2 Ss OWi 413/03	Noch kein Anlass im Urteil ein Absehen zu erörtern

21 Monate	OLG Hamm 3 Ss Owi 17/03 vom 28.1.2003	1 Jahr und neun Monate reicht nicht aus, aber mehr als 2 Jahre reichen
21 Monate	OLG Köln zitiert bei OLG Köln NZV 2000,217	
weniger als 24 Monaten	Nahezu 2 Jahre: OLG Düsseldorf NZV 93, 76	abgelehnt von BayObLG zfs 2002, 203 ; OLG Rostock DAR 2001, 421
24 Monaten	OLG Dresden NStZ-RR 2003, 279; OLG Düsseldorf NZV 97, 115	kein Fahrverbot, wenn kein weiterer Verstress in der Zwischenzeit und nicht besondere Umstände des erforderlich machen
	So auch OLG Zweibrücken pvr 2001, 205	
mehr als zwei Jahren	OLG Düsseldorf NZV 2001, 435	grundsätzlich kein Fahrverbot, es sei denn, die lange Verfahrensdauer ist auf das prozessuale Verhalten des Betroffenen zurückzuführen ¹
2 Jahre ein Monat	Vorwurf nach § 24a StVG	Trotz langer Verfahrensdauer ist ein Fahrverbot gerechtfertigt, insbesondere, da der Betroffene wegen einer Entziehung der Fahrerlaubnis keine Chance hatte sich im Verkehr zu bewähren OLG Zweibrücken VRS 102, 458
2 Jahre 2	OLG Köln VRS 99,	Zeitdauer ist eine

¹ so etwa im Fall des OLG Köln NZV 2000,217 = NJW 2000, 1966

Monate	214	Frage des Einzelfalles – lange Verfahrensdauer dann nicht entscheidend, wenn Verzögerung auf Beweisanträge zurückzuführen ist, bei denen sich im Nachhinein herausstellt, dass sie „ins Blaue hinein“ bestellt wurden
2 Jahre 6 Monate	BayObLG VRS 101, 461	In der Tendenz nach 2 Jahren, wenn seitdem kein weiterer Vorfall und die Verzögerung nicht auf ein Verhalten des Betroffenen, jedenfalls aber nach 2 ½ Jahren
2 Jahre 9 Monate	OLG Rostock DAR 2003, 530	Kein Fahrverbot, wenn seit dem Vorfall kein weiteres Fehlverhalten festgestellt werden kann

Absehen vom Fahrverbot mangels Fremdgefährdung

Geschwindigkeitsüberschreitung	
40 km/h gut ausgebaute Autobahn, trockene Fahrbahn und mäßiges Verkehrsaufkommen	OLG Düsseldorf NZV 1997, 85
Autobahnbaustelle am Sonntag ohne Baustellenbetrieb und bei geringem Verkehrsaufkommen gering	AG Aachen NZV 1994, 450
Mehr als 30 km/h innerorts, gut ausgebauten Ausfallstraße in der	OLG Düsseldorf DAR 97, 409

Nähe des Ortsausgangs	
geringes Verkehrsaufkommen ³⁶⁰ und Nachtzeit ³⁶¹	AG Lingen, ZfS 1996, 397 OLG Düsseldorf, DAR 1996, 367
Verkehrsarme Zeit und keine Fremdgefährdung	BayObLG NZV 1990, 401; OLG Jena 1995, 209 und 260
70 km/h, Geschwindigkeitsbeschränkungen wegen Rollsplitts, der sich nicht mehr auf der Fahrbahn befand, das Schild nur einseitig angebracht und auf einer Strecke von mehr als tausend Meter nicht wiederholt und der Betroffene sich dahingehend ein lässt, dass er das Schild aus einfachen Versehen übersehen hatte	OLG Celle DAR 2003, 323
Nicht ausreichen: Der Betroffene ist Vielfahrer und der Verstoß wurde auf einer ansonsten stark befahrenen Autobahn zu verkehrsarmer Zeit begangen	OLG Hamm VRS 104, 233

Absehen von Fahrverbot wegen **besonderer Härten** – Verlust des Arbeitsplatzes

Fahrverbot nach § 25 oder § 24a ist in der Regel geboten		
Ausnahmen	Fristlose Kündigung oder Verlust des Arbeitsplatzes droht	
Voraussetzung	Schlüssiger Vortrag des Betroffenen über die berufliche Situation	Einige OLG verlangen schriftlichen Nachweis des Arbeitsgeber
	Dabei kann auch ausreichen, dass der Betroffenen seinen	OLG Celle pvr. 2002, 116

360

361

	Arbeitsplatz nicht mit öffentlichen Verkehrsmitteln oder Fahrgemeinschaften erreichen kann – er muss dies aber nachweisen	
	Es ist ausreichend, wenn eine Androhung einer Kündigung durch Schreiben des Arbeitgebers vorgelegt wird – dies gilt allerdings nicht, wenn eine Kündigung offensichtlich rechtswidrig und angreifbar ist	Brandenburgisches OLG 13.3.2003 2 Ss (OWi) 126 B/02
	Nachweis, dass Urlaub, Vertretung ausscheidet und die finanziellen Voraussetzungen für die Einstellung eines Ersatzfahrers nicht vorhanden sind	
	Das Gericht kann nicht verlangen, dass ein Arbeitsloser der Aussicht auf einen Arbeitsplatz als Fahrer hat, den Bußgeldbescheid akzeptiert und das Fahrverbot unverzüglich antritt	OLG Hamm VRS 101, 282
Anforderungen an ein Urteil, das von der Verhängung eines Fahrverbotes absieht	Das Gericht muss sich mit der Einlassung des Betroffenen und mit einem eventuell vorgelegten Bestätigungsschreiben des Arbeitgebers kritisch auseinandersetzen	OLG Rostock VRS 101, 380
	Auch bei Handelsvertretern muss das Gericht der Tätigkeit und dem Aufgabenfeld des Betroffenen im Einzelnen nachgehen	OLG Zweibrücken pvr 2001, 259

E. Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr, Straßenverkehrsgefährdung und räuberischer Angriff auf Kraftfahrer

Der 4. Strafsenat hat in den letzten Monaten angesetzt das Verkehrsstrafrecht in zahlreichen Bereichen zu präzisieren, teilweise neue Wege zu beschreiten. Es begann mit einer Neuausrichtung der Entziehung der Fahrerlaubnis bei allgemeinen Straftaten, worüber demnächst der Große Senat entscheiden wird. Aber auch in der Abgrenzung der Straftaten des „Gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr“ und der „Straßenverkehrsgefährdung“ wurden neue Akzente gesetzt. Bei der Strafbarkeit des räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer wurde der Begriff „der Ausnutzung der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs“ konkretisiert.

1. Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr: § 315b StGB

1.1. Der Tatbestand

§ 315b StGB ist ein konkretes Gefährungsdelikt und soll das Leben, die körperliche Unversehrtheit und das Eigentum des Einzelnen schützen. Während § 315c StGB vorschriftswidriges, gefährliches Verhalten im fließenden oder ruhenden Straßenverkehr erfasst, zielt § 315b StGB auf **verkehrsfremde Eingriffe** von außen in den Straßenverkehr.³⁶² Das Delikt ist in einen Handlungs- und einen Gefährdungsteil aufgeteilt. Die Gefährdung entspricht dabei dem Tatbestand des § 315c StGB. Durch die Tathandlung nach § 315b Abs. 1 StGB muss zusätzlich die Sicherheit des Straßenverkehrs direkt beeinträchtigt werden. Die Handlung muss so riskant sein, dass sie sich störend auf die Sicherheit der Verkehrsvorgänge auswirkt und so eine **Steigerung der allgemeinen Betriebsgefahr** verursacht.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH wird ein vorschriftswidriges Verkehrsverhalten im fließenden Verkehr nur dann von § 315b StGB erfasst, wenn ein Fahrzeugführer das von ihm gesteuerte Kraftfahrzeug in **verkehrsfeindlicher Einstellung bewusst zweckwidrig einsetzt**, der Fahrer mithin in der Absicht handelt, den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr zu **"pervertieren"**, und es ihm darauf ankommt, durch diese Verhaltensweise in die Sicherheit des Straßenverkehrs einzugreifen.³⁶³ Ein bloß vorschriftswidriges Verkehrsverhalten fällt dagegen grundsätzlich nicht unter § 315b StGB, sondern nur unter § 315c StGB.³⁶⁴

³⁶² BGHSt 32, 4.

³⁶³ BGHSt 41, 231, 234; BGH, NSTZ-RR 2000, 343; BGHR, StGB § 315 b Abs. 1 Nr. 2 Hindernisbereiten 1, 3, 4.

³⁶⁴ BGHSt 41, 231, 233 f.; BGHR, StGB § 315 b Abs. 1 Nr. 2 Hindernisbereiten 3; Tröndle/Fischer, StGB, 51. Aufl., § 315b Rdnr. 8.

1.2. Änderung der Rechtsprechung

Unter welchen Voraussetzungen ausnahmsweise ein Verkehrsvorgang im fließenden Straßenverkehr zu einem "Eingriff" in den Straßenverkehr "pervertiert" wird, hat der BGH in der Vergangenheit für verschiedene "Fallgruppen" entschieden. Er hält an dieser Rechtsprechung zwar im Grundsatz noch fest, ist jedoch der Auffassung, dass zu dem bewusst zweckwidrigen Einsatz eines Fahrzeugs in verkehrsfeindlicher Einstellung hinzukommen muss, dass das Fahrzeug mit (mindestens bedingtem) **Schädigungsvorsatz** - etwa als Waffe oder Schadenswerkzeug³⁶⁵ - missbraucht wird. Erst dann liegt eine - über den Tatbestand des § 315c StGB hinausgehende - verkehrsartypische "Pervertierung" des Verkehrsvorgangs zu einem gefährlichen "Eingriff" in den Straßenverkehr im Sinne des § 315b Abs. 1 StGB vor; Das gilt für alle Alternativen der Vorschrift. Mit dieser Einschränkung stellt der BGH nicht in Frage, dass für den subjektiven Tatbestand des § 315b Abs. 1 StGB Gefährdungsvorsatz ausreicht; er konkretisiert hierdurch lediglich die schon bisher geforderte "**Absicht**", **den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr zu "pervertieren"**.

Beispiel

In Fällen, in denen der Täter sein Fahrzeug als Fluchtmittel³⁶⁶ benutzt und er bei der Flucht (lediglich) verkehrswidrig fährt, scheidet ein verkehrsfremdes, verkehrsfeindliches Verhalten daher jedenfalls dann aus, wenn er nur mit Gefährdungsvorsatz handelt.³⁶⁷

Diese Fluchfälle werden regelmäßig von § 315c StGB (hier: § 315c Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b StGB) erfasst.³⁶⁸ Der BGH weicht damit von seiner früheren Rechtsprechung ausdrücklich ab³⁶⁹. Ist nämlich das eigene Fortkommen primäres Ziel einer bestimmten Fahrweise, so macht das in der gewollten Behinderung eines anderen Fahrzeugs liegende Nötigungselement allein ein Verkehrsverhalten noch nicht zu einem gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr.

Soweit der BGH in früheren Entscheidungen den Tatbestand des § 315b StGB mit der Begründung bejaht hat, das absichtliche - ohne durch die Verkehrslage veranlasste - Hindern am Überholen falle "ausnahmsweise" nicht unter § 315c StGB, sondern unter § 315b

³⁶⁵ BGH, VRS 94, 213, 214.

³⁶⁶ BGH, VRS 65, 428, 429.

³⁶⁷ BGH, Urteil vom 20. Februar 2003, 4 StR 228/02 = BGHSt 48, 233-239 = NJW 2003, 1613-1615 = StraFo 2003, 215-217 = VRS 104, 447 = NStZ 2003, 486-487 = NZV 2003, 488-490 mit kritischen Anm. von Seier u.a. NZV 2003, 490.

³⁶⁸ BGHR, StGB § 315 c Abs. 1 Nr. 1 a Vorsatz 3 [rücksichtslose Fluchtfahrt]; BGH, NStZ-RR 2000, 343 f

³⁶⁹ Siehe nur BGHSt 21, 301, 302 f.; BGH, Urteil vom 3. August 1978 - 4 StR 146/78; vgl. auch BGHSt 7, 379, 380; 22, 67, 72; 23, 4, 6 f.; 41, 231, 234; BGH, VRS 64, 267 f.

(Abs. 1 Nr. 2) StGB, weil die Behinderung nicht die bloße Folge, sondern der Zweck der verbotenen Fahrweise sei,¹ hält er daran für die Fälle nicht fest, in denen der Täter lediglich mit Gefährdungsvorsatz handelt. Der Nötigungscharakter ist ebenso wie die Inkaufnahme der Gefährdung anderer Verkehrsteilnehmer Bestandteil einer Vielzahl alltäglichen bewusst regelwidrigen Verkehrsverhaltens (beispielsweise bewusster Vorfahrtverletzungen), ohne dass solche vorsätzlichen Verkehrsverstöße als "Pervertierung" gewertet würden. Ebenso wenig kann es für die rechtliche Einordnung von regelwidrigem Verkehrsverhalten im fließenden Straßenverkehr auf eine "moralische Bewertung" der Motive ankommen, aus denen der Täter sein Interesse an der ungehinderten Fortsetzung seiner Fahrt über das Interesse anderer Verkehrsteilnehmer an gefahrloser Teilnahme am Straßenverkehr stellt.

Ein gefährlicher Eingriff im Sinne des § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB liegt nur dann vor, wenn es dem Täter darauf ankommt, durch diesen in die Sicherheit des Straßenverkehrs einzugreifen. Sein Handeln muss durch ein verkehrsfeindliches Verhalten unter bewusster Zweckentfremdung des Fahrzeugs gekennzeichnet sein.² Der Täter muss mit „Gefährdungsvorsatz“³ handeln und das Fahrzeug „bewusst“ zweckwidrig in verkehrsfeindlicher Einstellung einsetzen, es also nicht seiner Zweckbestimmung entsprechend als Fortbewegungsmittel gebrauchen, sondern zweckfremd als Mittel zur Gefährdung eines Menschen missbrauchen.

1.3. Schweigen des Beschuldigten

Schweigt der Beschuldigte zu den Vorwürfen, muss das äußere Tatgeschehen auf den Vorsatz hinweisen. Schweigen darf nicht zu Lasten eines Beschuldigten gewertet werden. Fährt ein Kfz-Führer auf eine Fahrzeugkontrolle zu und hat er bei dieser Kontrolle nichts zu befürchten (etwa wegen einer vorangegangenen Ordnungswidrigkeit oder weil er keine Fahrerlaubnis hat oder zuvor eine Straftat begangen hat), kann aus dem äußeren Geschehen nicht auf einen Vorsatz geschlossen werden, auch wenn der kontrollierende Beamte sich vor einer Kollision mit dem Fahrzeug nur durch einen Sprung zur Seite retten kann. Das Gericht muss in Betracht ziehen, dass die Fahrweise genauso gut durch augenblickliche Unaufmerksamkeit, falsche Lagebeurteilung oder sonstiges menschliches Versagen erklärt werden kann, zumal der Angeschuldigte, der zur Tatzeit erst seit zwei Monaten eine Fahrerlaubnis für Personenkraftwagen besaß, in der Folgezeit gebremst und sein Fahrzeug zum Stillstand gebracht hat. Kann dem Täter jedoch bezüglich der Gefahr nur Fahrlässigkeit vorgeworfen

¹ BGHSt 21, 301, 302 f.; BGH, Urteil vom 3. August 1978 - 4 StR 146/78; vgl. auch BGHSt 7, 379, 380; 22, 67, 72; 23, 4, 6 f.; 41, 231, 234; BGH, VRS 64, 267 f.

² BGH, NStZ 1985, 267; BGHR StGB § 315 b Abs. 1 Nr. 3 Vorsatz 1.

³ vgl. Lackner/Kühl, StGB, 24. Aufl., § 15 Rn. 28.

werden, dann heißt dies im Rahmen des § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB, dass er eben nicht „bewusst verkehrsfeindlich“ gehandelt hat.¹

1.4. Der Begriff der Anlage

§ 315b Abs. 1 Nr. 1 StGB beinhaltet das Zerstören, Beschädigen oder Beseitigen von Anlagen oder Fahrzeugen. **Anlagen** sind hierbei alle dem Verkehr dienenden Einrichtungen, wie Verkehrsschilder oder Ampeln. Durch das Beschädigen muss gerade die verkehrsrelevante Funktion der Anlage oder des Fahrzeugs beeinträchtigt werden, dies kann beim Durchschneiden der Bremsschläuche² der Fall sein. Allerdings fehlt es an einer notwendigen konkreten Gefährdung, wenn der Täter losgelöst von einem Verkehrsgeschehen ein Fahrzeug oder eine Anlage beschädigt (beispielsweise durch Zerstören der Bremsleitung), ohne dass die so geschaffene abstrakte Gefahr für den Straßenverkehr in eine konkrete Gefahr umschlägt, z.B. weil das Fahrzeug nicht mehr benutzt wird. Der durch das Verhalten des Täters eingetretene Schaden am Fahrzeug ist nicht Folge einer abstrakten Verkehrsgefahr, sondern umgekehrt die Ursache dafür, dass eine solche Gefahr überhaupt erst entsteht.³

1.5. Hindernisse

Auch das **Bereiten von Hindernissen** ist eine Einwirkung auf den Straßenkörper. Dies kann erfolgen durch den Aufbau von Straßensperren, aber auch durch das Unterlassen der Sicherung einer Baustelle⁴ oder durch verlorene Ladung.⁵ Hat jemand den Deckel eines am Fahrbahnrand befindlichen Gullys herausgehoben und ihn in den Gullyschacht geworfen, hat er damit eine dem Straßenverkehr dienende, nämlich die gefahrlose Überquerung von Kanalschächten ermöglichende, Einrichtung von ihrem bestimmungsgemäßen Ort entfernt und damit im Sinne des § 315b Abs. 1 Nr. 1 StGB beseitigt. Dadurch hat er die Sicherheit des Straßenverkehrs (abstrakt) beeinträchtigt.⁶

1.6. Steinewerfer

Der Auffangtatbestand des **§ 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB** (ähnlicher, ebenso gefährlicher Eingriff) ist erfüllt, wenn der Angeklagte von einer über eine Schnellstraße führenden Brücke bei Dunkelheit Gegenstände von einigem Gewicht unmittelbar auf die mit einer Geschwindigkeit von ungefähr 80 km/h fahrenden Personenkraftwagen wirft und durch das Auftreffen der Gegenstände

¹ Amtsgericht Saalfeld, Beschluss vom 15.04.2003 - 675 Js 2593/03 2 Ds jug.

² BGH, NJW 1996, 329.

³ BGH, Urteil vom 4. Dezember 2002, 4 StR 103/02 = BGHSt 48, 119-126 = NJW 2003, 836-838 = NZV 2003, 196-198 = VRS 104, 216-221 = NStZ 2003, 266-267.

⁴ BGH, VRS 16, 29.

⁵ BayObLG, NJW 1969, 2026 ; OLG Hamm, VRS 51,103.

⁶ BGH, Beschluss vom 2. Juli 2002, 4 StR 174/02 = NZV 2002, 517-518 = NStZ 2002, 648 = VRS 103, 378-379.

die konkrete Gefährdung der fahrenden Fahrzeuge bewirkt.¹ Nach den Urteilsfeststellungen warf der Angeklagte in beiden Fällen von einer über eine Schnellstraße führenden Brücke bei Dunkelheit Gegenstände von einigem Gewicht unmittelbar auf die mit einer Geschwindigkeit von ungefähr 80 km/h fahrenden Personenkraftwagen und bewirkte durch das Auftreffen der Gegenstände deren konkrete Gefährdung. Die Sicherheit des Straßenverkehrs wurde demnach nicht durch eine Einwirkung auf den Verkehrsraum bewirkt, die geeignet war, den reibungslosen Verkehrsablauf zu hemmen oder zu verzögern,² sondern sie richtete sich unmittelbar gegen die fahrenden Fahrzeuge. Dies stellt einen ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff dar.

Der Schutzzweck des § 315b StGB gebietet eine restriktive Auslegung der Norm: eine konkreten Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen oder für fremde Sachen von bedeutendem Wert sind nur **verkehrsspezifische Gefahren**. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn die konkrete Gefahr auf die typische Wirkungsweise der für **Verkehrsvorgänge üblichen Fortbewegungskräfte** beruht. Dies kann durch Ausnutzung der **Eigendynamik** des vom Täter selbst benutzten Fahrzeugs (beispielsweise beim Einsatz eines **Fahrzeugs als "Waffe"**), durch die Fremddynamik eines von einem anderen Verkehrsteilnehmer genutzten Fahrzeugs (beispielsweise durch Hindernisbereiten) oder durch das Zusammenwirken beider Kräfte erfolgen. Auch ein Eingriff, durch den die sichere Beherrschbarkeit eines im fließenden Verkehr befindlichen Fahrzeugs beeinträchtigt und dadurch - mit der Folge eines "Beinahe-Unfalls" - unmittelbar auf den Fahrvorgang eingewirkt wird, kann eine verkehrsspezifische Gefahr sein.

Dem sind die Fälle gleichzustellen, in denen durch aufgebaute Hindernisse auf den Straßenverkehr so eingewirkt wird, dass eine konkrete Gefahr für Fahrzeuginsassen oder ein Fahrzeug entsteht. An einer verkehrsspezifischen Gefahr fehlt es nur dann, wenn der Eingriff zwar zu einer abstrakten Gefährdung des Straßenverkehrs führt, die sich hieraus entwickelnde konkrete Gefahr aber in keiner inneren Verbindung mit der Dynamik des Straßenverkehrs steht.³ **Berz** stimmt dieser auf "Steinewerfer", die von Brücken auf Autostraßen oder Autobahnen Steine in den fließenden Verkehr hinunterwerfen, gemünzten Modifizierung der Rechtsprechung im Grunde zu. Ein gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr wird vom BGH bestätigt, wenn durch die Steine lediglich Sachschäden an Fahrzeugen entstehen, es aber nicht zu Unfällen als Folge der Reaktionen betroffener Fahrer gekommen ist.⁴

¹ BGH, Beschluss vom 12. November 2002, 4 StR 384/02 = NStZ 2003, 206.

² vgl. BGHSt 41, 231, 234.

³ BGH, Urteil vom 4. Dezember 2002, 4 StR 103/02 = BGHSt 48, 119-126 = NJW 2003, 836-838 = NZV 2003, 196-198 = VRS 104, 216-221 = NStZ 2003, 266-267.

⁴ Berz u.a. NZV 2003, 198-199.

Früher hatte der BGH einen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr gemäß § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB schon dann angenommen, wenn der Eingriff sich in der Gefährdung oder Beschädigung des Tatobjekts erschöpfte, so dass es an einer tatbestandlich erforderlichen, "dadurch" verursachten weiteren Gefährdung fehlte¹.

Greift der Täter in **den fließenden Verkehr** ein, indem er Hindernisse auf der Fahrbahn bereitet oder Gegenstände auf fahrende Fahrzeuge wirft, kann § 315b Abs. 1 Nr. 2 oder Nr. 3 StGB auch dann erfüllt sein, wenn die Tathandlung unmittelbar zu einem bedeutenden Fremdsachschaden führt und dieser Erfolg sich als Steigerung der durch die Tathandlung bewirkten abstrakten Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs darstellt. In Fällen dieser Art genügt für die Annahme einer vollendeten Tat, dass die durch den Eingriff verursachte verkehrsspezifische Gefahr zu einem bedeutenden Fremdsachschaden geführt hat.²

Die nach dem Wortlaut der Norm doppelte Verknüpfung des Tatbestandsmerkmals "Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs" sowohl mit der tatbestandlichen Handlung des § 315b Abs. 1 StGB in allen in den Nummern 1 bis 3 aufgeführten Alternativen als auch mit dem tatbestandlichen Erfolg macht deutlich, **dass Gefährdungshandlungen und Gefährdungserfolg in besonderer Weise kausal miteinander verbunden sein müssen**, um den Tatbestand zu erfüllen. Erforderlich ist, dass die Tathandlung eine abstrakte Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs bewirkt, die sich zu einer konkreten Gefahr für die genannten Schutzobjekte verdichtet. Das Erfordernis einer zeitlichen Differenz zwischen Eingriff und konkreter Gefahr, wie dies früher vom BGH angenommen wurde, ist dem Wortlaut der Vorschrift dagegen nicht zu entnehmen. Der Tatbestand des § 315b Abs. 1 StGB kann daher in sämtlichen Handlungsalternativen auch dann erfüllt sein, wenn die Tathandlung unmittelbar zu einer konkreten Gefahr oder Schädigung führt, sofern dieser Erfolg sich als Steigerung der abstrakten Gefahr darstellt.

1.7. Fälle der Flucht

Die **Teilnahme am Straßenverkehr** selbst, auch in gefährlicher Weise im Verkehrsfluss, ist kein gefährlicher Eingriff i.S.v. § 315b StGB. Ein gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr liegt nur dann vor, wenn der Fahrzeugführer mit verkehrsfeindlicher Einstellung das

¹ Zuletzt BGHR, StGB § 315 b Abs. 1 Nr. 3 Eingriff 5 m.w.N.

² BGH, Urteil vom 4. Dezember 2002, 4 StR 103/02 = BGHSt 48, 119-126 = NJW 2003, 836-838 = NZV 2003, 196-198 = VRS 104, 216-221 = NStZ 2003, 266-267.

von ihm gesteuerte Fahrzeug zweckwidrig einsetzt.¹ Dies kann auch als Zufahren auf einen kontrollierenden Polizeibeamten erfolgen.²

Bei dem **Zufahren auf eine Polizeisperre** ergeben sich zwei Alternativen:

- der Fahrer benutzt das Fahrzeug in konkreter Nötigungsabsicht, dann liegt ein gefährlicher Eingriff vor ;
- benutzt er das Fahrzeug jedoch nur als Fluchtmittel, wird ein gefährlicher Eingriff verneint³

Wer auf der Flucht, um einem verfolgenden Polizeifahrzeug zu entkommen, entgegen der Fahrriichtung auf der Autobahn fährt und einen „Fast-Unfall“ in Kauf nimmt und eine besonders gefährliche Verkehrssituation verursacht, einen Unfall aber nicht beabsichtigt macht sich wegen Straßenverkehrsgefährdung nach § 315c StGB strafbar.⁴

1.8. Auffahrunfälle

Auch das Provozieren eines Auffahrunfalls durch plötzliches, starkes nicht verkehrsbedingtes Bremsen⁵ kann ein gefährlicher Eingriff sein. Dies kann bejaht werden, wenn der Fahrer eines Fahrzeuges eine sich festhaltende Person durch schnelles Losfahren abschütteln will.⁶ Aber auch hier ist genau auf die Intention des Täters zu achten: Der Fahrer handelt nicht tatbestandsmäßig gem. § 315b, wenn er in einer solchen Situation losfährt, um sich mit seinem Opfer an einen anderen Ort zu begeben oder das Opfer abzuschütteln, ohne die Absicht zu haben, das Opfer zu verletzen.⁷ Ein typischer Vorgang, der unter § 315b StGB subsumiert wird, liegt vor, wenn der angetrunkene Beifahrer während der Fahrt in das Steuer greift und einen Frontalzusammenstoß verursacht.⁸

1.9. Nebenklage

Ein Verstoß gegen § 315b StGB berechtigt nicht zum Anschluss als Nebenkläger in diesem Verfahren bzw. zur Einlegung eines Rechtsmittels. Die Anschlussberechtigung der Nebenkläger ergibt sich aus § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO. Nach dieser Vorschrift können sich die Eltern eines durch eine rechtswidrige Tat Getöteten der erhobenen öffentlichen Klage als Nebenkläger anschließen.

¹ Ferner, pvr 2002, 10; BGH, NStZ 1995, 31.

² BGHSt 23,4 ; BGH, NStZ 1987, 225 ; BGH, NZV 1997,276.

³ BGH, VRS 100, 22.

⁴ BGH, Urteil vom 20. Februar 2003, 4 StR 228/02 = BGHSt 48, 233-239 = NJW 2003, 1613-1615 = StraFo 2003, 215-217 =VRS 104, 447 = NStZ 2003, 486-487 = NZV 2003, 488-490.

⁵ BGH, NStZ 1992, 182.

⁶ BGH, NJW 1989, 917.

⁷ BGH, Beschluss vom 01.03.2001 – 4 StR 31/01.

⁸ BGH, Beschluss vom 7. Oktober 2003 - 4 StR 329/03.

Rechtswidrige Taten im Sinne dieser Vorschrift sind Straftaten gegen das Leben sowie solche, die durch den Tötungserfolg¹ qualifiziert sind, nicht aber rechtswidrige Taten nach §§ 315, 315b StGB.²

2. Straßenverkehrsgefährdung: § 315c StGB

2.1. Der Tatbestand

Wie bei § 315b StGB setzt sich die Gefährdung des Straßenverkehrs nach § 315c StGB auch aus einem **Handlungs- und einem Gefährdungsteil** zusammen. Voraussetzung der Handlung ist, dass im Zustand der Fahruntüchtigkeit ein (Kraft-) fahrzeug geführt wird; dabei ist der rauschbedingten Fahruntüchtigkeit die Fahruntüchtigkeit infolge geistiger oder körperlicher Mängel, z.B. wegen Übermüdung, gleichgestellt.

Die Gefährdung des Straßenverkehrs kann daneben auch durch grob verkehrswidriges oder rücksichtsloses Handeln erfolgen. Weiteres Tatbestandsmerkmal ist, dass in Folge der Fahruntüchtigkeit eine konkrete Gefährdung eintritt.

Die Verwirklichung aller Tatvarianten des § 315c Abs. 1 StGB setzt allerdings eine konkrete Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder einer fremden Sache von bedeutendem Wert voraus. Zwischen dem Verkehrsverstoß und der Gefahr muss überdies ein Rechtswidrigkeitszusammenhang bestehen.³

2.2. Übermüdung

Verursacht ein Fahrer einen Verkehrsunfall, weil er auf der Heimfahrt nach der Arbeit infolge starker Übermüdung, verstärkt durch nicht näher festgestellten Alkoholeinfluss, eingeschlafen ist und infolge des Schlafes die Kontrolle über sein Fahrzeug verloren hat, war er wegen des Zusammenwirkens von Übermüdung und Alkohol im Sinne des § 315c Abs. 1 Ziff. 1 b StGB zwar fahruntauglich.⁴ Aber es besteht keine Veranlassung zur Prüfung von Schuldunfähigkeit wegen einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung im Sinne des § 20 StGB. Denn unter den Begriff der tiefgreifenden Bewusstseinsstörungen fallen nur solche Störungen, die in ihrer Wirkung für die Einsichts- bzw. Steuerungsfähigkeit den krankhaften seelischen Störungen im Sinne der ersten Alternative gleichwertig sind. Im Falle des § 20 StGB müssen diese daher so schwerwiegend sein, dass das seelische Gefüge des Betroffenen zerstört ist.⁵ Es muss sich also um Fälle extremer Übermüdung bzw. schwerer

¹ BGHSt 44, 97.

² BGH, Beschluss vom 13. Juni 2002, 4 StR 95/02 = DAR 2002, 421 = VRS 103, 210 = NSTZ-RR 2003, 102.

³ OLG Köln, Beschluss vom 22. Januar 2002, Ss 1/02 = NSTZ 2002, 303.

⁴ LK-König, StGB, 11. Aufl., § 315c Rn. 57.

⁵ vgl. Schönke-Schröder, 26. Aufl., § 20 Rdnr. 14; Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 20 Rdnr. 10a.

Erschöpfungszustände handeln. Das Gericht muss aber Anhaltspunkten dafür nachgehen, ob die Voraussetzungen des § 21 StGB vorliegen und gegebenenfalls hierzu einen Sachverständigen hinzuziehen.¹

2.3. Einverständnis des Verletzten

Die Strafbarkeit eines **alkoholbedingt fahruntüchtigen Kraftfahrers** wegen fahrlässiger Tötung mit Gefährdung des Straßenverkehrs entfällt weder unter dem Gesichtspunkt der eigenverantwortlichen Selbstgefährdung noch unter dem Aspekt der einverständlichen Fremdgefährdung, wenn der später bei einem Verkehrsunfall getötete oder verletzte Mitfahrer den Zustand des Fahrers bei Fahrantritt gekannt und billigend in Kauf genommen hat. Ein Mitverschulden oder eine (unwirksame) Einwilligung des Mitfahrers kann sich jedoch günstig bei der Strafzumessung und Prüfung einer Strafaussetzung zur Bewährung auswirken.²

2.4. Abgrenzung eines rücksichtslosen Verhaltens

Wenn ein Fahrzeugführer eine rote Ampel in der irrigen Ansicht überfährt, sie sei, wie wiederholt beobachtet, so geschaltet, dass sie bei Einhaltung der innerörtlichen Höchstgeschwindigkeit "grün" sei, stellt dies lediglich einen durchschnittlichen Verkehrsverstoß dar. Es kann dann keine Rücksichtslosigkeit im Sinne des § 315c Abs. 1 Nr. 2 Buchst. a StGB angenommen werden, denn Rücksichtslosigkeit bezeichnet eine gesteigerte subjektive Vorwerfbarkeit, die über grobe Fahrlässigkeit hinausgeht.³

2.5. Strafzumessung

Bei einer erstmaligen straßenverkehrsrechtlichen Verurteilung kann auf Grund von besonderen objektiven und subjektiven Umständen gemäß § 69a Abs. 2 StGB von der Sperre die Führung von Fahrzeugen der Klasse T ausgenommen werden, insbesondere wenn lediglich relative Fahruntüchtigkeit vorlag und der Verurteilte zur Bestellung eines landwirtschaftlichen Betriebs auf die Fahrerlaubnis der Klasse T angewiesen ist. Dies gilt auch, wenn es zu einer Verurteilung nach § 315c StGB kommt. Bei der **vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis** nach § 111a StPO kann die Fahrerlaubnisklasse T ausgenommen werden, wenn der Beschuldigte sich im dritten Lehrjahr seiner Ausbildung zum Landwirt befindet und durch die Landwirtschaftlichen Lehranstalten bestätigt wird, dass zur Fortführung des Ausbildungsverhältnisses der Besitz der Fahrerlaubnis der Klasse T zwingend erforderlich ist.⁴

¹ OLG Frankfurt, Beschluss vom 23. August 2002, 3 Ss 219/02.

² OLG Koblenz, Beschluss vom 11. April 2002, 1 Ss 25/02 = Blutalkohol 39, 483-484 (2002).

³ LG Saarbrücken, zfs 2003, 42.

⁴ AG Auerbach, Urteil vom 12. November 2002, 2 Ds 641 Js 11502/02 jug = NZV 2003, 207.

Auch wenn ein Regelfall gemäß § 69 Abs. 2 Nr. 1 StGB verwirklicht ist kann von der **Entziehung der Fahrerlaubnis abgesehen** werden. Ist der Angeklagte nicht vorbestraft, aber wegen § 24a StVG vorgewarnt, können weitere Umstände dazu führen, dass ein Fahrverbot von drei Monaten ausreichend ist: Der Angeklagte war geständig und durch den bisherigen, vorläufigen Entzug der Fahrerlaubnis (ca. 8 Monate) sichtlich beeindruckt. Auch die Beschwerlichkeiten durch den durch die vorläufigen Entziehung der Fahrerlaubnis notwendigen Arbeitsplatzwechsel und die Begründung eines zweiten Wohnsitzes, von dem aus er seiner neuen Arbeit nachgehen musste, prägten den Angeklagten. Außerdem hatte er die Kosten des Schaden am seinem eigenen Fahrzeug zu tragen. Dann kann ein Fahrverbot, von drei Monaten, das durch die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis verbüßt ist, ausreichend sein.¹

Von der Entziehung der Fahrerlaubnis kann trotz einer Trunkenheitsfahrt abgesehen werden, wenn das vermutete und indizierte Fehlen der charakterlichen Eignung zum Urteilzeitpunkt nicht mehr vorliegt. Dies kann dann der Fall sein, wenn der Täter aus der Trunkenheitsfahrt deutliche Konsequenzen gezogen hat und seine Lebensführung, insbesondere den Alkoholkonsum, nachhaltig verändert. Dies kann angenommen werden, wenn ein Angeklagter mit erheblichem Einsatz von Geld und Zeit erfolgreich an einer intensiven Rehabilitationsmaßnahme für alkoholauffällige Kraftfahrer teilgenommen hat, ihm eine positive Verkehrsprognose erteilt wird und ein guter Rehabilitationserfolg bestätigt wird. Außerdem aufgrund einer untersuchten relevanten klinisch-chemischen Untersuchung die Laborwerte keine Hinweise auf einen akuten oder chronischen Alkoholkonsum vermuten lassen.²

Bei einem Verkehrsunfall mit besonders schweren, insbesondere tödlichen Unfallfolgen rechtfertigt eine Verurteilung von mindestens 6 Monaten zur Verteidigung der Rechtsordnung, die nicht zur Bewährung ausgesetzt wird, wenn der Unfall infolge eines besonders groben und rücksichtslosen Verkehrsverstoßes erfolgt ist. Die falsche Einschätzung einer Verkehrssituation oder die bloße Überschätzung der eigenen Fähigkeiten genügt hierfür jedoch ohne hinzutreten weiterer Umstände nicht.³

Fährt ein Lkw-Fahrer, der seine Übermüdung erkannt hat, infolge eines Sekundenschlafs ungebremst in ein Stauende und werden dabei andere Verkehrsteilnehmer getötet und verletzt, so kann eine **Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr** nicht mit der Erwägung ausgeschlossen werden, eine derart hohe Strafe komme in der Regel

¹ LG Mosbach, 3. Kleine Strafkammer, Urteil vom 22. November 2002, Az: 3 Ns 26 Js 3195/02.

² LG Potsdam, Urteil vom 08.12.03, 27 Ns 188/03 (3 K 221186)

³ OLG Karlsruhe 18.02.2003 1 Ss 82/02 = NZV 2004,156

nur bei Unfällen auf Grund alkoholbedingter Fahruntüchtigkeit in Betracht.¹

Sowohl bei Verstößen nach § 315b StGB als auch bei § 315c StGB wird der erkennende Richter die Frage der **Unterbringung in einer Entziehungsanstalt** prüfen müssen. Bei einem Täter, der bei einer Alkoholkonzentration vom max. 3,26‰ absichtlich einen Unfall herbeiführt, und während des laufenden Strafverfahrens erneut unter Alkoholeinfluss eine Straftat (Körperverletzung) begeht, liegt ein Hang nahe und eine Unterbringung kann notwendig sein.²

3. Räuberischer Angriff auf einen Kraftfahrer: § 316a StGB

Diese Vorschrift schützt neben dem Vermögen des Einzelnen auch die **Sicherheit des Kraftverkehrs** und zählt aus diesem Grunde auch zum Verkehrsstrafrecht.

3.1. Der Tatbestand

Voraussetzung des Tatbestands ist, dass ein Angriff auf Leib oder Leben eines anderen erfolgt und hierbei die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ausgenutzt werden. Dabei müssen die besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs beim Angriffs nicht hinsichtlich der gesamten Tatausführung ausgenutzt werden. Eine solche besondere Gefahrenlage für den Kraftfahrer und seinen Beifahrer besteht, wenn der Angriff während des Fahrvorganges erfolgt.

Die Strafvorschrift des § 316a StGB, erfasst als taugliche Tat nur den unter den spezifischen Bedingungen des Straßenverkehrs in räuberischer Absicht verübten "Angriff" auf Leib, Leben oder die Entschlussfreiheit des "Führers" oder des "Mitfahrers" eines Kraftfahrzeugs. Erforderlich ist daher, dass das Opfer diese Eigenschaft **im Tatzeitpunkt**, d.h. nicht im Zeitpunkt des Tatentschlusses, sondern bei Verüben des Angriffs hat.³ An dieser zeitlichen Verknüpfung fehlt es in folgendem Fall: Solange der Geschädigte das Taxi führte, verübten die Angeklagten keinen Angriff auf ihn; als sie zugleich mit dem Beginn des räuberischen Überfalls den Geschädigten angriffen, war dieser nicht mehr Führer seines Taxis.

Erforderlich ist eine zeitliche Verknüpfung dergestalt, dass das Opfer bei Verüben des Angriffs entweder Führer oder Mitfahrer eines Kraftfahrzeugs ist. Führer im Sinne des § 316a StGB ist, wer das Kraftfahrzeug in Bewegung zu setzen beginnt, es in Bewegung hält oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeugs und/oder mit der

¹ BayObLG, Urteil vom 18. August 2003, 1St RR 67/03 = NJW 2003, 3499-3501.

² BGH, Beschluss vom 7.11.2003, 4 StR 329/03.

³ Vgl. Tröndle/Fischer, StGB, 50. Aufl., § 316a Rdnr. 2 u. 3 b a.E.; Roßmüller/Rohrer, NZV 1995, 253 f.

Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist. Daran fehlt es, sobald der Fahrer sich außerhalb des Fahrzeugs befindet, dies gilt regelmäßig auch dann, wenn das Fahrzeug aus anderen als verkehrsbedingten Gründen anhält und der Fahrer den Motor ausstellt.

3.2. Die bisherige Rechtsprechung

Die **bisherige Rechtsprechung** des BGH folgte der Rechtsprechung des Reichsgerichts zum 1947 durch Kontrollratsgesetz aufgehobenen Gesetz gegen Straßenraub mittels Autofallen vom 22. Juni 1938¹; für die Qualifizierung des Raubtatbestand brauchte lediglich der bloße Zusammenhang mit der Benutzung eines Kraftfahrzeugs festgestellt werden. Damit wurde eine weit vorverlagerte Strafbarkeit festgeschrieben. So hatte der BGH die Erfüllung des Tatbestandes schon dann angenommen, wenn der mitfahrende Täter das Opfer an eine einsame Stelle lockt, um es dort unter Ausnutzung der so geschaffenen "Vereinzelung" auszurauben.²

Das gewaltsame Erzwingen der Weiterfahrt mit einem Taxi in der Absicht, den geschuldeten Fahrpreis nicht vollständig zu bezahlen, erfüllt den Tatbestand des § 316a Abs. 1 StGB.³

Das Tatbestandsmerkmal des Ausnutzens der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs ist erfüllt, wenn der Täter sich eine Gefahrenlage zunutze macht, die dem fließenden Verkehr eigentümlich ist. Eine solche besteht vor allem während des Fahrvorgangs; sie kann auch während eines verkehrsbedingten und sogar während eines sonstigen vorübergehenden Halts im Verlauf einer noch andauernden Fahrt vorliegen.⁴ An dem Regelungsgehalt dieses Tatbestandsmerkmals hat sich durch die Neufassung des § 316a Abs. 1 StGB durch das 6. StrRG sachlich nichts geändert. Dadurch ist lediglich das frühere Unternehmensdelikt in ein Delikt umgestaltet worden, das durch "Verüben eines Angriffs" begangen wird.⁵ Beim Verüben des Angriffs wird jedoch eine dem fließenden Verkehr eigentümliche Gefahrenlage nur dann ausgenutzt, wenn nach dem Tatplan das Kraftfahrzeug als Verkehrsmittel für die Begehung eines Raubes, eines räuberischen Diebstahls oder einer räuberischen Erpressung eine Rolle spielt. Dies ist nicht gegeben, wenn der Entschluss zu einer solchen Tat erst nach Beendigung der Fahrt gefasst und ausgeführt wird.⁶

¹ Vgl. RGSt 73, 71f; BGHSt 5, 280.

² Vgl. nur BGHR StGB § 316a Abs. 1 Straßenverkehr 13 mit krit. Anm. Wolters, JR 2002, 163 f.

³ BGH, 3. Strafsenat, Beschluss vom 27. Juni 2002, 3 StR 189/02 = NZV 2003, 455 = NSTZ-RR 2002, 367.

⁴ BGHSt 6, 82, 84; 13, 27, 29 f.; 18, 170, 171; 37, 256, 258; 38, 196, 197; BGHR, StGB § 316a Abs. 1 Straßenverkehr 10.

⁵ BGH, NSTZ 2001, 197.

⁶ BGHSt 19, 191, 192; 24, 320, 321; 37, 256, 258; BGH, NSTZ 2000, 144.

Die Gefahrenlage besteht aber auch noch während eines kurzen Haltens.¹ Eine solche Gefahrenlage besteht jedoch nicht, wenn der Täter an ein bereits geparktes Fahrzeug herantritt, um dessen Insassen zu berauben.² Auch der Transport eines Tatopfers mit einem Fahrzeug an einen Ort, an dem die geplante Erpressung ausgeführt wird, erfüllt nicht den Tatbestand des § 316a StGB.³ Fasst der Täter den räuberischen Entschluss, wenn für den Taxifahrer die Fahrt noch nicht beendet war, er vielmehr nur kurz angehalten hatte, um zu kassieren und danach weiterzufahren, liegt für den Taxifahrer, gemessen an seiner berufsbedingten Situation, nur ein vorübergehender Halt und deshalb keine Beendigung der Fahrt vor.⁴

3.3. Änderung der Rechtsprechung

Diese Rechtsprechung wurde 2003 ausdrücklich aufgegeben⁵: Der BGH hält eine eng am Schutzzweck der Norm orientierte Auslegung für notwendig und folgt damit kritischen Stimmen in der Literatur.⁶ Der BGH folgt damit dem gesetzgeberischen Anliegen des 6. StrRG, durch das der Deliktscharakter des § 316a StGB von dem früheren Unternehmensdelikt in ein Delikt geändert wurde, das durch "Verüben eines Angriffs" begangen wird⁷. Schon die Einordnung der Vorschrift des § 316a StGB in den Abschnitt über gemeingefährliche Straftaten verdeutlicht. Die Vorschrift, deren Einführung durch das Gesetz zur Sicherung des Straßenverkehrs vom 19. Dezember 1952⁸ erfolgte, diente in erster Linie dem Schutz vor sog. "Autofallen"⁹ und damit neben individuellen Rechtsgütern zumindest gleichrangig den **Schutz der Sicherheit des Kraftfahrverkehrs** auf den Straßen bezweckt. Die "Vereinzelung" des Fahrers oder Mitfahrers begründet für sich allein noch kein Ausnutzen der besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs.¹⁰

Ausgehend von dieser Zielrichtung der Strafvorschrift des § 316 a StGB, erfasst der Tatbestand als **taugliche Tatopfer** eines unter den spezifischen Bedingungen des Straßenverkehrs in räuberischer Absicht auf Leib oder Leben oder die Entschlussfreiheit verübten "Angriffs" nur den "Führer" oder den "Mitfahrer" eines Kraftfahrzeugs.

¹ BGHSt 38, 190.

² BGHSt 24, 320; BGH, NStZ-RR 1997,356 ; BGH, pvr 2002, 110.

³ BGH, NStZ 1998, 263; BGH, pvr 2002, 110.

⁴ BGH 21.8.2002 2 StR 152/02 = NStZ 2003, 35-36

⁵ BGH, 4. Strafsenat, Urteil vom 20. November 2003 - 4 StR 150/03.

⁶ Booß, DAR 1953, 5, 6; Christian Fischer, JURA 2000, 433 f.; Geppert, JURA 1995, 310 f.; Günther, JZ 1987, 16 f. und 369 f.; Ingelfinger, JR 2000, 225 f.; Meurer-Meichsner, Untersuchungen zum Gelegenheitsgesetz im Strafrecht, zugleich ein Beitrag zu § 316a StGB (Autostraßenraub), 1974; Roßmüller/Rohrer, NZV 1995, 253 f.; Wolters, GA 2002, 303 f.; jew. m.w.N.

⁷ BT-Drucks. 13/8587 S. 51.

⁸ BGBl I 832, 834.

⁹ BT-Drucks. - 1. WP - 3774 S. 6; dazu BGHSt 39, 249, 250.

¹⁰ Aufgabe von BGHSt 5, 280.

Erforderlich ist daher, dass das Opfer diese Eigenschaft im Tatzeitpunkt, d.h. nicht im Zeitpunkt des Tatentschlusses, sondern bei Verüben des Angriffs hat. **An dieser zeitlichen Verknüpfung fehlt es, wenn der Überfall stattfindet, nachdem die Fahrt beendet ist und der Taxifahrer das Fahrzeug ausgeschaltet hat, um den Fahrpreis zu kassieren.**

Daran ändert nichts, wenn der Täter während der Fahrt den Raubentschluss fasst, und planmäßig seine räuberische Absicht vor dem Geschädigten verbirgt und ihn etwas entfernt von dem ursprünglich angegebenen Fahrziel anzuhalten veranlasst. Denn die darin liegende bloße List kann grundsätzlich ebenso wie die Täuschung noch nicht als Angriff auf die Entschlussfreiheit angesehen werden. Deshalb stellt allein die Angabe eines Fahrziels bzw. dessen Änderung ebenso wie der Fahrtantritt selbst, auch wenn der Täter damit seine Raubabsicht verbindet, noch kein Verüben eines Angriffs dar, sondern regelmäßig ein nach der Vorstellung des Täters den Angriff vorbereitendes Geschehen.

Dass der Täter als Fahrgast seine Raubabsicht verbirgt, bringt für sich allein den Fahrer, solange er die Raubabsicht nicht erkennt, auch nicht in die für die Anwendbarkeit der Strafvorschrift notwendige verkehrsspezifische Gefahrenlage. Erst wenn der Täter das Opfer zu der Fahrt oder Weiterfahrt zwingt, liegt darin ebenso ein tatbestandsmäßiger Angriff wie in dem Bereiten eines Hindernisses, das das von dem Opfer benutzte Kraftfahrzeug zum Anhalten veranlasst ("Autofalle").

Dass sich die mit der Bestimmung des Fahrziels verbundene räuberische Absicht - wie hier - gegen einen Taxifahrer richtet, rechtfertigt keine andere Beurteilung und macht die List oder Täuschung noch nicht zu einem Angriff auf die Entschlussfreiheit des Kraftfahrzeugführers. Soweit im Schrifttum hierzu die Auffassung vertreten wird, in diesen Fällen nutze der Täter nicht lediglich die Gutgläubigkeit des Fahrers aus, sondern dessen aus gesetzlichen Vorgaben entstehende Pflicht, einem Beförderungswunsch des Kunden zu entsprechen,¹ folgt dem der Senat nicht. Allerdings begründet § 22 PBefG für Taxifahrer grundsätzlich einen Kontrahierungszwang. Dieser hat auf die Entschlussfreiheit eines Taxifahrers aber in der Regel keinen maßgeblichen Einfluss; denn der Beförderung eines Fahrgastes durch den Taxifahrer liegt in erster Linie dessen eigenes wirtschaftliches Interesse zugrunde.

Davon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen der Täter bei bestehender Raubabsicht den Taxifahrer entgegen dessen erkennbaren Willen unter Berufung auf die Beförderungspflicht zur Durchführung der Fahrt veranlasst. Dann kann schon in dem dadurch

¹ vgl. Roßmüller/Rohrer, a.a.O., S. 263.

ausgeübten zumindest psychischen Zwang ein Angriff auf die Entschlussfreiheit liegen. Ein solcher Ausnahmefall ist hier jedoch nicht festgestellt worden.

Einen Angriff auf den Geschädigten haben die Angeklagten allerdings verübt, als sie nach dem Anhalten noch im Taxi durch Gewalthandlungen unmittelbar zum Raub ansetzten. Zu diesem Zeitpunkt war der Geschädigte aber nicht mehr im Sinne des § 316a StGB Führer des Fahrzeugs.

Der weitere Taxifall: „Nach den Feststellungen des Landgerichts beabsichtigten die Angeklagten, Taxifahrer zu überfallen und zu berauben. Im ersten Fall "lotsten" sie ein Taxi nachts zu einem Kindergarten und ließen den Fahrer dort anhalten. Die Angeklagten R. und I. entfernten sich zunächst, kehrten dann aber wieder zu K. in das Taxi zurück. Als der Taxifahrer "gerade wieder starten (wollte)", nahmen sie ihm unter Einsatz einer (ungeladenen) Gaspistole und eines Messers seine Geldtasche mit 170 € und ein Handy ab.“

Nach der bisherigen Rechtsprechung wäre der Tatbestand des § 316a StGB erfüllt.¹ An dieser Rechtsprechung hält der BGH jedoch nicht länger fest. Er erachtet eine enger als bisher am Schutzzweck und den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 316a StGB orientierte Auslegung für geboten. Danach setzt der Tatbestand des § 316a StGB nach seinem Wortlaut eine **zeitliche Verknüpfung zwischen tauglichem Tatopfer und tatbestandsmäßiger Angriffshandlung** dergestalt voraus, dass im Tatzeitpunkt, d.h. bei Verüben des Angriffs, das Tatopfer (noch) "Führer" oder "Mitfahrer" eines Kraftfahrzeugs ist. Daran könnte es hier fehlen: Denn "Führer" eines Kraftfahrzeugs im Sinne des § 316a StGB ist nur, wer das **Kraftfahrzeug in Bewegung** zu setzen beginnt, es in Bewegung hält oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeugs und/oder der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist. Das ist regelmäßig nicht mehr der Fall, wenn das Fahrzeug aus anderen als verkehrsbedingten Gründen anhält und der Fahrer den Motor ausstellt. Dies ist nur der Fall, wenn der Fahrer – bei noch laufendem Fahrzeugmotor - in einer Weise mit der Beherrschung ihrer Kraftfahrzeuge und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt sind, dass sie gerade deshalb leichter Opfer eines räuberischen Angriffs werden. Außerdem müssen die Täter die möglicherweise hierin liegenden "besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs" für ihre Taten ausnutzen.² Bei der Bemessung der Strafen wegen schweren Raubes kann aber strafscharfend gewertet werden, dass sich die Taten gegen Taxifahrer während der Ausübung ihres auch im **Interesse der Allgemeinheit liegenden**

¹ Vgl. BGHSt 5, 280 ff.; BGH, NStZ 2003, 35 m.w.N.

² Vgl. hierzu auch den Senatsbeschluss vom 27.11.03 - 4 StR 338/03.

Berufs richteten und die Angeklagten ihre Opfer planmäßig an Orte lockten, wo für sie Hilfe nicht zu erwarten war.¹

3.4. Der Begriff des „Führens eines Kraftfahrzeuges“

Welchen Inhalt der **Begriff des Führers eines Kraftfahrzeugs** im Rahmen des § 316a StGB hat, ist in der Rechtsprechung bislang, soweit ersichtlich, nicht näher thematisiert worden. Insoweit kann nicht ohne weiteres an die Auslegung des Begriffs des Führens durch die Rechtsprechung im Zusammenhang mit sonstigen Verkehrsdelikten² angeknüpft werden. Maßgeblich für die Begriffsbestimmung ist vielmehr die mit der Vorschrift des § 316a StGB verfolgte gesetzgeberische Intention, Führer und Mitfahrer von Kraftfahrzeugen davor zu schützen, gerade wegen ihrer Teilnahme am Straßenverkehr leichter Opfer von räuberischen Angriffen zu werden. Führen eines Kraftfahrzeugs liegt deshalb zwar in erster Linie, aber nicht nur vor, wenn und solange das Fahrzeug sich in Bewegung befindet.³ Daher ist Führer im Sinne des § 316a StGB, wer das Kraftfahrzeug in Bewegung zu setzen beginnt, es in Bewegung hält oder allgemein mit dem Betrieb des Fahrzeugs und/oder mit der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt ist.⁴ Daraus folgt, dass nicht Führer eines Kraftfahrzeugs im Sinne des § 316a StGB ist, wer sich außerhalb des Fahrzeugs befindet, sei es, dass er dieses noch nicht bestiegen,⁵ sei es, dass er es - wenn auch nach seiner Absicht nur vorübergehend - verlassen hat.⁶

Hält sich das (potentielle) Tatopfer dagegen im Fahrzeug auf, ohne dass sich dieses in Bewegung befindet, so ist darauf abzustellen, ob es als Fahrer mit der Bewältigung von Betriebs- oder Verkehrsvorgängen befasst ist. Dies wird etwa bei einem sogenannten verkehrsbedingten Halt (Beispiele: Halt an einer Rotlicht zeigenden Ampel, an einer geschlossenen Bahnschranke, bei einem Stau u. dergl.) zu bejahen sein, da der Lenker eines Kraftfahrzeugs in dieser Situation seine Aufmerksamkeit weiter auch auf das Verkehrsgeschehen richten muss und deshalb leichter zum Angriffsobjekt eines Überfalls werden kann.⁷ Letzteres trifft dagegen regelmäßig nicht zu, wenn das Opfer sein Fahrzeug aus anderen Gründen zum Halten gebracht und den Motor ausgestellt hat.

¹ BGH, 27.11.03 - 4 StR 311/03.

² Vgl. zu § 316 StGB BGHSt 35, 390, 393 f.

³ BGH, NStZ 2001, 197.

⁴ Vgl. Sowada in LK, § 316a Rdnr. 17 m.w.N.

⁵ So im Fall BGH bei Holtz, MDR 1976, 988.

⁶ So mit überzeugender Begründung Günther, JZ 1987, 369, 379 f.

⁷ H.A. in Rspr. und Lit.; BGHSt 25, 315, 317; 38, 196 m. zust. Anm. Keller, JR 1992, 515 f.; BGHR, StGB § 316a Abs. 1 Straßenverkehr 7; Horn in SK, § 316a Rdnr. 3; Lackner/Kühl, StGB 24. Aufl., § 316a Rdnr. 3; Roßmüller/Rohrer, a.a.O., S. 255.

3.5. Weitere Fälle des § 316a StGB nach neuer Rechtsprechung

Der Angeklagte hat im Zusammenwirken mit seinem Mittäter das Tatopfer - einen Taxifahrer - unmittelbar nach dem Anhalten des Taxis bei noch laufendem Fahrzeugmotor zur Begehung eines Raubes angegriffen. Der Geschädigte war daher zu diesem Zeitpunkt trotz des Anhaltens "Führer eines Kraftfahrzeuges" im Sinne des § 316a StGB. Er war weiterhin noch in einer Weise mit dem Betrieb seines Kraftfahrzeuges und der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt, dass er gerade deshalb leichteres Opfer eines räuberischen Angriffs war. Die hierin liegenden "besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs" hat der Angeklagte für seine Tat auch ausgenutzt.¹

Nach den Feststellungen in einer anderen Entscheidung setzte sich der Angeklagte – als die Geschädigte an einer Tankstelle Zigaretten kaufte - auf die Rückbank ihres Kraftfahrzeuges. Er beabsichtigte, sie nach der Abfahrt an einer abgelegenen Stelle zu berauben. Nachdem die Geschädigte – ohne den Angeklagten zu bemerken – losgefahren war, nahm sie nach einer kurzen Strecke Geräusche wahr. Sie vermutete, dass etwas mit ihrem Fahrzeug, das in der Vergangenheit häufiger defekt gewesen war, nicht in Ordnung sei und hielt an. Als sie daraufhin den Angeklagten bemerkte, hielt dieser ihr ein mitgeführtes Messer an den Hals und forderte sie auf, weiterzufahren. Hiernach war die Geschädigte trotz des Anhaltens „Führer(in) eines Kraftfahrzeugs" im Sinne des § 316a StGB, als der Angeklagte den tatbestandsmäßigen Angriff auf sie verübte. Sie war unter den gegebenen Umständen weiterhin noch in einer Weise mit dem Betrieb ihres Kraftfahrzeugs beschäftigt, dass sie gerade deshalb leichteres Opfer eines räuberischen Angriffs war. Die hierin liegenden „besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs" hat der Angeklagte für seine Tat auch ausgenutzt.²

Der Angeklagte hat im Zusammenwirken mit seinen Mittätern die Tatopfer zur Begehung eines Raubes angegriffen, als sie jeweils verkehrsbedingt mit ihren Kraftfahrzeugen vor einer rotgeschalteten Lichtzeichenanlage standen. Die Geschädigten waren daher zu diesem Zeitpunkt trotz des Anhaltens "Führer eines Kraftfahrzeuges" im Sinne des § 316a Abs. 1 StGB. Sie waren weiterhin noch in einer Weise mit dem Betrieb ihres Kraftfahrzeuges und der Bewältigung von Verkehrsvorgängen beschäftigt, dass sie gerade deshalb leichteres Opfer eines räuberischen Angriffs waren. Die hierin

¹ BGH, Beschluss vom 02.12.03 - 4 StR 471/03.

² BGH, 11.12.03 - 4 StR 427/03.

liegenden "besonderen Verhältnisse des Straßenverkehrs" hat der Angeklagte für seine Taten auch ausgenutzt.¹

Auch nach den Maßstäben der geänderten Rechtsprechung des BGH² ist als Führer eines Kraftfahrzeugs anzusehen, wer nach dem Anhalten am Tatort noch im Fahrzeug unter Einsatz der mitgeführten Waffen angegriffen wird, während er "das Automatikgetriebe auf Dauerbetrieb (Stufe "4" oder "D") belässt und mit dem Fuß auf der Bremse bleibt, um das Weiterrollen zu verhindern". Unter den gegebenen Umständen ist der Fahrer noch in einer Weise mit der Beherrschung des mit laufendem Motor stehenden Fahrzeugs beschäftigt, dass er gerade deshalb leichteres Opfer eines räuberischen Angriffs ist. Hierin liegen "besondere Verhältnisse des Straßenverkehrs" die der Täter für seine Tat ausnutzen kann.³

3.6. Fälle der Verbringung

Der Ausgangsfall: Am Abend des 1. Februar 2002 hielten sich die drei Angeklagten und das spätere Tatopfer, Danilo S., in der Gaststätte "C." in Freital auf. K. bemerkte, dass der ihm flüchtig bekannte S. über einen größeren Geldbetrag verfügte. Er teilte dies dem Angeklagten R. mit, worauf beide Angeklagten den Entschluss fassten, den stark angetrunkenen S. unter Hinzuziehung des Angeklagten G. in dessen Pkw unter dem Vorwand, ihn nach Hause bringen zu wollen, an einen entlegenen Ort zu verbringen, um ihm dort das Bargeld unter Anwendung von Gewalt wegzunehmen. G., der in diesen Plan zunächst nicht eingeweiht war, erklärte sich einverstanden. Nachdem S. hinter dem Beifahrersitz Platz genommen hatte, betätigte der Angeklagte K. die Kindersicherung der betreffenden hinteren rechten Fahrzeugschür, um S. am Aussteigen und an einer möglichen Flucht zu hindern. Während der Fahrt erfuhr der Angeklagte G. von dem Tatplan. "Er erklärte sich damit einverstanden, den von ihm geführten Pkw an einen entlegenen und dunklen Ort außerhalb des bewohnten Gebietes zu steuern, wo für Danilo S. keinerlei Möglichkeit bestand, Hilfe von anderen Personen zu erhalten und gleichzeitig die Wegnahme des Geldes durch die beiden anderen Angeklagten ohne die Gefahr der Entdeckung durchgeführt werden konnte". Am Ende einer befestigten Straße hielt G. den Pkw an. K. öffnete die hintere rechte Fahrzeugschür, so dass auch S. aussteigen konnte. K. und R. schlugen sodann auf das zu Boden gebrachte Tatopfer ein. K. nahm ihm das Bargeld in Höhe von ca. 300 € ab. G., der die Tötlichkeiten der beiden Mitangeklagten wahrnahm, wendete mittlerweile den Pkw, um die Mitangeklagten wieder aufzunehmen. Anschließend fuhren die Angeklagten mit dem Pkw zurück zum Lokal, wobei sie den verletzten und vorübergehend

¹ BGH, 27.11.03 - 4 StR 390/03.

² BGH, Urteil vom 20.11.03 - 4 StR 150/03, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt.

³ BGH, Beschluss vom 27.11.03 - 4 StR 338/03.

bewusstlosen S. bei Außentemperaturen um den Gefrierpunkt am Tatort liegen lassen.

3.6.1. Der Grundsatz der bisherigen Rechtsprechung in Fällen der Verbringung:

„In Fällen, in denen ein Insasse des Kraftfahrzeugs an eine einsame Stelle gelockt, dort zum Aussteigen veranlasst und unter Ausnutzung eines solchen Erfolges der Beförderung alsbald überfallen werden soll, realisieren sich die aus dem Kraftfahrzeugverkehr ergebende Gefahr der von § 316a StGB erfassten Art.“

An dieser Rechtsprechung hält der BGH nicht länger fest. Der BGH erachtet

- auch im Hinblick auf die Änderung des § 316a StGB durch das 6. StrRG¹
- eine enger als bisher am **Schutzzweck** und den einzelnen Tatbestandsmerkmalen des § 316a StGB orientierte Auslegung für geboten.

Danach setzt der Tatbestand des § 316a StGB nach seinem Wortlaut eine zeitliche Verknüpfung dergestalt voraus, dass im Tatzeitpunkt, d.h. bei Verüben des Angriffs, das Tatopfer (noch) „Führer“ oder „Mitfahrer“ eines Kraftfahrzeugs ist. Daran fehlt es hier: Solange der Geschädigte Mitfahrer war, haben die Angeklagten K. und R. ihn nicht angegriffen; als die Täter nach dem Aussteigen aus dem Pkw mit dem räuberischen Überfall begannen, war der Geschädigte aber nicht mehr Mitfahrer.

Der Geschädigte S. war, als er von den Angeklagten unter Verdeckung ihrer räuberischen Absicht veranlasst wurde, im Pkw mitzufahren, nach Antritt der Fahrt Mitfahrer im Sinne des § 316a StGB und damit grundsätzlich taugliches Tatopfer eines räuberischen Angriffs auf Kraftfahrer. Solange er sich im Fahrzeug befand, haben die Angeklagten aber keinen tatbestandsmäßigen Angriff auf ihn verübt. In Betracht käme hier allein ein **Angriff auf seine Entschlussfreiheit**. Für einen solchen Angriff fehlt es aber an den begrifflichen Voraussetzungen:

3.6.2. Der Angriff auf die Entschlussfreiheit

Einen Angriff auf die Entschlussfreiheit des Opfers verübt, wer in feindseliger Absicht auf dieses Rechtsgut einwirkt. Ausreichend, aber auch erforderlich ist eine gegen die Entschlussfreiheit gerichtete Handlung, sofern das Opfer jedenfalls deren objektiven Nötigungscharakter wahrnimmt; die feindliche Willensrichtung des Täters braucht das Opfer dagegen nicht erkannt zu haben.² Danach

¹ BGBl 1998 I, 164

² BGH, Urteil vom 20.11.03 – 4 StR 150/03.

kann bloße List oder Täuschung grundsätzlich noch nicht als Angriff auf die Entschlussfreiheit angesehen werden. Deshalb stellt der bloße Fahrtantritt mit Raubabsicht ebenso wie die täuschende Angabe eines vermeintlichen Fahrziels oder -zwecks noch kein "Verüben eines Angriffs" dar. Vielmehr handelt es sich dabei regelmäßig um ein nach der Vorstellung des Täters den Angriff vorbereitendes Geschehen, das jedenfalls nach der Neufassung des § 316a StGB durch das 6. StrRG für die Vollendung des Tatbestandes nicht mehr genügt. Ein Angriff auf die Entschlussfreiheit ergibt sich hier auch nicht aus dem Umstand, dass sich der Wille des Geschädigten auf eine Fahrt zu seiner Wohnung bezog, während die Angeklagten ihn an den entlegenen Tatort brachten. Denn solange der Geschädigte keinen entgegenstehenden Willen gebildet hatte, beruhte auch das Mitfahren zu einem anderen als dem angegebenen Fahrtziel (noch) auf der Täuschung.¹

3.7. Mittäterschaft

Für die Annahme einer Mittäterschaft muss eine zumindest stillschweigend getroffene Vereinbarung zwischen den Tätern festgestellt werden, zumindest muss der Handelnde bei der Ausführung seiner Tat durch die Anwesenheit des Mittäters psychisch bestärkt werden.² Auch wer bei der Tat eines anderen anwesend ist und sie billigt, wird nicht allein dadurch zum Mittäter.³

¹ BGH, 20.11.03 - 4 StR 250/03.

² BGH, 26.06.02 - 1 StR 191/02.

³ BGH b. Dallinger, MDR 1971, 545 f. m.w.N.; BGH, NStZ 1999, 454 zu einer spontan am Tatort getroffenen Verabredung eines Raubes durch Mitglieder einer Diebesbande; allgemein zur Abgrenzung zwischen Mittäterschaft und dem Exzess eines Tatbeteiligten Roxin in LK, 11. Aufl., § 25 Rdnr. 175 m. w. N.