

## 1. Sachverhalt

A ist vom Landgericht wegen Betruges in Tateinheit mit Beihilfe zur Untreue zu einer Geldstrafe von 240 Tagessätzen zu je 500 Euro verurteilt worden. In den Urteilsgründen hat das Gericht bei der Strafzumessung ausdrücklich zu Lasten des A berücksichtigt, dass er zusätzlich zum Betrug mit der Beihilfe zur Untreue einen weiteren Straftatbestand erfüllt hat. Gegen das Urteil legt A Revision ein; er rügt die Verletzung sachlichen Rechts und beanstandet das Verfahren. Der zuständige Senat des Bundesgerichtshofs ist der Meinung, dass auf die weitere Verfolgung der Beihilfe zur Untreue verzichtet werden könne, weil dieser Vorwurf neben dem des Betruges nicht ins Gewicht falle. Er will daher die Strafverfolgung gem. § 154 a Abs. 2 StPO auf den Vorwurf des Betruges beschränken, womit die Staatsanwaltschaft einverstanden ist. Im Hinblick auf diesen verbleibenden Vorwurf ist die Revision nach Ansicht des Senats unbegründet. Den Strafausspruch des Landgerichts bewertet er als sehr milde, weil A einen Schaden in Höhe von 1,5 Millionen Euro verursacht hat. Daher sollte nach seiner Auffassung trotz des Wegfalls des Vorwurfs der Beihilfe zur Untreue an der verhängten Strafe festgehalten werden. – Kann der Senat selbst eine entsprechende Entscheidung treffen oder muss er es dem Landgericht überlassen, über die Auswirkung der Verfolgungsbeschränkung auf den Strafausspruch zu

März 2005

### Justizmodernisierungs-Fall

*Revision / Schuldspruchänderung auf Grund einer Verfolgungsbeschränkung / eigene Sachentscheidung durch das Revisionsgericht / Justizmodernisierungsgesetz*

§§ 354 Abs. 1 a, 154 a Abs. 2 StPO

#### Leitsatz der Verf.:

Auch im Fall einer Änderung des Schuldspruchs auf Grund einer Verfolgungsbeschränkung gem. § 154 a Abs. 2 StPO kann das Revisionsgericht nach § 354 Abs. 1 a StPO auf der Grundlage einer eigenen Bewertung der Angemessenheit der Rechtsfolge von der Aufhebung des angefochtenen Urteils absehen, sofern nicht die abgeurteilte Straftat als Folge der Schuldspruchänderung ein anderes Gepräge erhält.

BGH, Beschluss vom 02.12.2004 – 3 StR 273/04  
abgedruckt in StV 2005, 75

entscheiden, und die Sache dorthin zurückverweisen?

## 2. Problem(e) und bisheriger Meinungsstand

Ein Fall zum Fürchten. Jedenfalls für diejenigen, die bisher einen großen Bogen um das Strafverfahrensrecht und einen besonders großen um das Revisionsrecht gemacht haben. Der Radius wird vielleicht etwas geringer mit Hilfe einiger Grundinformationen zu den Rechtsmitteln des Strafverfahrens.

Die folgende Grafik verschafft einen **Überblick über die strafprozessrechtlichen Rechtsmittel**<sup>1</sup>, die zusammen mit dem Einspruch gegen einen Strafbefehl die Kategorie der or-

<sup>1</sup> Eine weiter ausdifferenzierte Grafik findet sich bei Volk, Grundkurs StPO, 4. Aufl. 2005, § 34 Rn. 1.

dentlichen Rechtsbehelfe bilden.<sup>2</sup> Die Darstellung erklärt sich weitgehend selbst. Zur Erfassung des Problems unseres Falles empfiehlt es sich, das Augenmerk auf den Unterschied zwischen Berufung und Revision hinsichtlich des Umfanges der Überprüfung zu richten: Das Rechtsmittel der **Revision** ist **als reine Rechtskontrolle** konzipiert, während im Berufungsverfahren die Sache umfassend, also rechtlich und tatsächlich, überprüft wird.

onsgerichtlichen Prüfungskompetenz mit einer weiteren verknüpft. Die **Zumessung der Rechtsfolgen** gilt als „**Domäne des Tatgerichts**“<sup>4</sup> auch deswegen, weil Entscheidungen in diesem Bereich Ermessenscharakter haben.<sup>5</sup> Die Zahl der Gesichtspunkte, die für die Rechtsfolgenzumessung relevant sein können, ist fast unübersehbar groß.<sup>6</sup> Wie sie – für sich und im Verhältnis zueinander – zu gewichten sind, lässt sich nicht exakt berechnen. Vielmehr ist eine Bewertung erforderlich. Sie hängt weitgehend von dem Eindruck ab, den das Gericht in der Hauptverhandlung von der Tat und vom Angeklagten gewinnt.

Das alles hat der Revisionsrichter zu respektieren, wenn er den Rechtsfolgenausspruch überprüft. Keinesfalls darf er sich an die Stelle des Tatrichters setzen und eine eigene Rechtsfolgenzumessung vornehmen. Auch muss er sich darüber im Klaren sein, dass eine vollständige Richtigkeitskontrolle nicht möglich ist. Be-

anstanden darf er nur solche Fehler, die einem Ermessensfehler gleichkommen. „Bis zur Grenze des Vertretbaren“<sup>7</sup> hat er die Rechtsfolgenbestimmung des Tatrichters hinzunehmen.

Diese Tatsachenfeststellungs- und Strafzumessungskompetenz des Tatgerichts hat Konsequenzen für das weitere Verfahren, falls sich die Revision, sei es auch nur teilweise, als begründet erweist. Die Entscheidung in der Sache

Rechtsmittel im Strafverfahren, §§ 296 ff. StPO			
	Beschwerde §§ 304-311a StPO	Berufung §§ 312-332 StPO	Revision §§ 333-358 StPO
Gegenstand	Beschlüsse und Verfügungen	erstinstanzliche	erst- und zweitinstanzliche Urteile
Umfang der Überprüfung	in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht		nur in rechtlicher Hinsicht, §§ 337, 338 StPO
Wirkung	Devolutiveffekt (Das Verfahren gelangt in die höhere Instanz.)		
	(vgl. § 307 StPO)	Suspensiveffekt (Der Eintritt der Rechtskraft wird gehemmt.)	

Tatsachen werden demnach nur in der ersten Instanz und im Berufungsverfahren festgestellt und überprüft. Das Revisionsgericht hat damit grundsätzlich nichts zu tun. Der Revisionsrichter ist kein Tatrichter.<sup>3</sup>

Das gilt natürlich auch für den hier relevanten Bereich der Rechtsfolgenbestimmung. Was der Tatrichter an Tatsachen mit Rechtsfolgenbezug festgestellt hat, bindet den Revisionsrichter.

Im Bereich der Rechtsfolgenzumessung ist diese Begrenzung der revisi-

<sup>2</sup> Als außerordentliche Rechtsbehelfe gelten die Wiedereinsetzung (§§ 44 ff. StPO), die Wiederaufnahme (§§ 359 ff. StPO) und die Verfassungsbeschwerde (§§ 90 ff. BVerfGG). Sie können zu einer Durchbrechung der Rechtskraft führen.

<sup>3</sup> Vgl. Volk (Fn. 1), § 36 Rn. 1.

<sup>4</sup> Vgl. Dahs/Dahs, Die Revision im Strafprozess, 6. Aufl. 2001, Rn. 437.

<sup>5</sup> Vgl. Dahs/Dahs (Fn. 4), Rn. 437 ff.; Krause, Die Revision im Strafverfahren, 5. Aufl. 2001, Rn. 13.

<sup>6</sup> Einen Eindruck davon vermitteln die Kommentierungen zu § 46 StGB, der zentralen Norm für die Strafzumessung; vgl. z. B. Lackner/Kühl, StGB, 25. Aufl. 2004, § 46 Rn. 22 ff.

<sup>7</sup> BGH NJW 1977, 639.

bleibt in aller Regel dem Tatgericht vorbehalten. Die Entscheidungskompetenz des Revisionsgerichts beschränkt sich grundsätzlich darauf, das Urteil aufzuheben und die Sache zurückzuverweisen.<sup>8</sup>

Dieses Modell der Kompetenzverteilung kann bei **striker Durchführung** für beide Seiten frustrierend sein. Man stelle sich vor, eine Revision ist allein deswegen begründet, weil das Tatgericht bei der Strafzumessung 30 Vorverurteilungen des Angeklagten strafscharfend berücksichtigt hat, unter denen sich eine befindet, die nicht hätte verwertet werden dürfen, weil das Urteil erst nach der nunmehr abzuurteilenden Tat ergangen ist. Obwohl es sich aufdrängt, den Strafausspruch aufrechtzuerhalten, weil angesichts der Gesamtzahl der Vorverurteilungen diese eine kaum ins Gewicht fällt, muss das Revisionsgericht darauf verzichten, die Sache selbst zu entscheiden. Und das Tatgericht muss eine Verhandlung durchführen, auch wenn alles dafür spricht, dass es bei der bisherigen Strafe bleibt.

Es entsteht also justizieller Leerlauf, den man vermeiden könnte, wenn man das Revisionsgericht „durchentscheiden“<sup>9</sup> lassen würde. Doch gilt es zu bedenken, dass eine Kompetenzerweiterung auf Seiten des Revisionsgerichts das System ins Wanken bringen kann, auf dem die Verteilung der Kompetenzen zwischen Tat- und Revisionsgericht beruht.

Was sagt der Gesetzgeber zu diesem Problem? Bis vor etwa einem halben Jahr erlaubte er den Revisionsgerichten **nur in wenigen Ausnahmefällen** eine eigene Sachentscheidung.

Diese haben nach § 354 Abs. 1 StPO zur Voraussetzung, dass das Urteil allein deswegen aufzuheben ist, weil das Tatgericht bei der Anwendung des Rechts auf den festgestellten Sachverhalt ein Gesetz verletzt hat. Sofern keine zusätzlichen Tatsachen festgestellt werden müssen, kann das Revisionsgericht eine eigene Entscheidung treffen, wenn lediglich ein Freispruch oder eine Einstellung oder eine absolut bestimmte Strafe in Betracht kommt oder das Revisionsgericht in Übereinstimmung mit der Staatsanwaltschaft die gesetzlich niedrigste Strafe oder das Absehen von Strafe für angemessen erachtet.

In der zuletzt genannten Variante deutet sich eine **Grenzverschiebung** an. Während die anderen Varianten noch Situationen betreffen, in denen kein Entscheidungsspielraum besteht, wird dem Revisionsrichter hier – gleich einem Tatrichter – eine sanktionsbezogene Prüfung der Angemessenheit übertragen.

Noch weiter verschiebt ein Gesetz vom Herbst vergangenen Jahres die Kompetenzgrenze zwischen Revisions- und Tatgericht.<sup>10</sup> Eingefügt wurde in § 354 StPO ein Absatz 1 a mit folgendem Wortlaut: „Wegen einer Gesetzesverletzung nur bei Zumessung der Rechtsfolgen kann das Revisionsgericht von der Aufhebung des angefochtenen Urteils absehen, sofern die verhängte Rechtsfolge angemessen ist. Auf Antrag der Staatsanwaltschaft kann es die Rechtsfolgen angemessen herabsetzen.“ Dadurch wird dem Revisionsgericht allgemein gestattet, mit dem Ergebnis einer Aufrechterhaltung des Urteils durchzuentscheiden, wenn es die verhängte Rechtsfolge für angemessen erklärt oder wenn es eine angemessene geringere Rechtsfolge verhängt; dass die Revision an sich begründet ist, soll unbeachtet bleiben können. Allerdings soll das nur gelten, wenn die Gesetzesverletzung **lediglich die Zumessung der Rechtsfolgen** betrifft. Sonstige Fälle, etwa der Fall einer den Schuld-

<sup>8</sup> Auf die praktisch wichtigen Fragen, in welcher Form (Urteil oder Beschluss) und mit welchem Begründungsaufwand zu entscheiden ist, können wir hier nicht näher eingehen; vgl. dazu *Meyer-Goßner/Appl*, Die Urteile in Strafsachen, 27. Aufl. 2002, Rn. 690 ff.

<sup>9</sup> Eine in der Praxis geläufige Formulierung für abschließende revisionsgerichtliche Entscheidungen.

<sup>10</sup> BGBl 2004 I, 2198.

spruch betreffenden Gesetzesverletzung, sind vom Wortlaut der Regelung nicht erfasst.

Die neue Vorschrift ist glatt anwendbar auf das oben gebildete Beispiel der fehlerhaften Verwertung einer Vorverurteilung unter vielen. Doch kann der BGH von dieser Vorschrift auch im vorliegenden Fall Gebrauch machen? Das erscheint sehr zweifelhaft. Denn der Bestand des Urteils ist nicht etwa durch eine Gesetzesverletzung des Landgerichts gefährdet. Vielmehr will der BGH durch eine eigene Maßnahme, nämlich durch eine Verfolgungsbeschränkung, eine Veränderung des Urteils herbeiführen. Und diese betrifft den Schuldspruch. Sollte es ihm gleichwohl möglich sein, am Rechtsfolgenausspruch festzuhalten, weil er ihn für angemessen erachtet?

Bevor wir diese Frage beantworten, muss noch klargestellt werden, dass im vorliegenden Fall ein Ausweg versperrt ist, den Revisionsgerichte gern nutzen, wenn ihnen eine Zurückverweisung unnötig erscheint. Er hängt mit einer Grundvoraussetzung für den Erfolg der Revision zusammen: Nach § 337 Abs. 1 StPO muss das Urteil auf dem Rechtsfehler **beruhen**. Das bedeutet, dass zwischen Rechtsfehler und Urteil ein ursächlicher Zusammenhang bestehen muss.<sup>11</sup> Daraus wird abgeleitet, dass ein Urteil aufrechterhalten werden kann, wenn nach Einschätzung des Revisionsgerichts das Tatgericht auch bei korrekter Rechtsanwendung dieselbe Rechtsfolge verhängt hätte.<sup>12</sup>

Überträgt man diesen Lösungsansatz auf den hier gegebenen Fall der Schuldspruchänderung durch Teilein-

stellung, so könnte erwogen werden, der Revision den Erfolg mit der Begründung zu versagen, dass der weggefallene Vorwurf für die Strafzumessung bedeutungslos gewesen sei. Gerade das kann hier jedoch nicht behauptet werden. Denn das Landgericht hatte die zusätzliche Verwirklichung einer Beihilfe zur Untreue ausdrücklich als straferschwerend bewertet. Es bleibt dem BGH, will er die Zurückverweisung vermeiden, also nur die Möglichkeit, unter Anwendung von § 354 Abs. 1 a StPO die verhängte Strafe selbst für angemessen zu erklären.

Mit einer letzten Vorbemerkung wollen wir noch das Geheimnis des Fallnamens lösen. Die Einführung von § 354 Abs. 1 a StPO ist Bestandteil eines Gesetzes mit der Bezeichnung **„Erstes Gesetz zur Modernisierung der Justiz“** gewesen. Modern ist eine Gestaltung von Gerichtsverfahren nach ökonomischen Gesichtspunkten, z. B. durch Verkürzung. Die Erweiterung der revisionsrichterlichen Kompetenz zum Durchentscheiden verkürzt das Strafverfahren, weil das Tatgericht nicht nochmals tätig werden muss. Mit einer Anwendung der Vorschrift würde der BGH also den Gesetzgebungstrend zu einer Modernisierung der Justiz fördern.

### 3. Kernaussagen der Entscheidung

Das zuletzt Gesagte ist auch die maßgebliche Begründung des BGH dafür, dass er im vorliegenden Fall § 354 Abs. 1 a StPO für anwendbar erklärt und somit das Urteil des Landgerichts – unter Änderung des Schuldspruchs – aufrechterhält. Er beruft sich darauf, dass „erklärtes Ziel der gesetzlichen Neuregelung“ sei, „zum Zwecke der Ressourcenschonung und der Verfahrensbeschleunigung“ Urteile auch dann rechtskräftig werden zu lassen, „wenn das Revisionsgericht die verhängte Strafe trotz des Rechtsfehlers bei ihrer Zumessung im Ergebnis für angemessen erachtet, selbst wenn nicht festgestellt werden kann, dass der Tatrichter

<sup>11</sup> Die Rechtspraxis lässt sogar einen nur möglichen Ursachenzusammenhang genügen; vgl. BGHSt 1, 346, 350. – Das Erfordernis des Beruhens gilt nicht für die absoluten Revisionsgründe in § 338 StPO.

<sup>12</sup> Vgl. *Meyer-Goßner*, StPO, 47. Aufl. 2004, § 337 Rn. 36 ff. – Damit hängt z. T. auch der Problembereich der sog. Schuldspruchberichtigung zusammen, auf den hier nicht näher eingegangen werden kann; vgl. dazu *Roxin*, Strafverfahrensrecht, 25. Aufl. 1998, § 53 Rn. 66 ff.

ohne den Fehler auf dieselbe Strafe erkannt hätte".<sup>13</sup> Dann gelangt er schrittweise durch zwei Fallvergleiche zu einer Ausdehnung des Anwendungsbereichs der Vorschrift.

Erstens: Ob der Rechtsfehler allein die Strafzumessung berühre oder sich auch auf den Schuldspruch auswirke, sei angesichts der gesetzgeberischen Ziele irrelevant. Die Auswirkung auf den Rechtsfolgenausspruch könne im zweiten Fall sogar geringer sein als im ersten Fall.<sup>14</sup>

Zweitens: Es könne – wiederum vor dem Hintergrund der vom Gesetzgeber verfolgten Zwecke – auch keinen Unterschied machen, ob die Schuldspruchänderung durch eine rechtsfehlerhafte Gesetzesanwendung des Tatrichters oder durch eine Verfolgungsbeschränkung nach § 154 a Abs. 2 StPO veranlasst sei.

Und was ist mit dem Gesetzeswortlaut, der lediglich Gesetzesverletzungen „nur bei Zumessung der Rechtsfolgen“ anspricht? Die nahe liegende Annahme, dass nur solche Fälle erfasst sind, in denen der Schuldspruch unberührt bleibt, hält der BGH für „vom Wortlaut der Vorschrift nicht geboten“, weil sie „ihren Anwendungsbereich den Intentionen des Gesetzes zuwider beschränken“ würde.<sup>15</sup>

Damit könnte eigentlich schon ein Schlusspunkt gesetzt sein. Doch fügt der BGH eine Passage an, in der er seinen eigenen Umgang mit dem Gesetz kommentiert. Sie ist offensichtlich durch die Einsicht veranlasst, dass das schlichte Ignorieren des Gesetzeswortlauts erklärungsbedürftig ist. Der Senat meint: „Gegen diese Auslegung des § 354 Abs. 1 a Satz 1 StPO kann nicht überzeugend eingewendet werden, dass sie die – nach wie vor – in erster Linie dem Tatrichter anvertraute Aufgabe der Rechtsfolgenbestimmung, insbesondere der Strafzumessung, in unvertretbarem

Umfang auf das Revisionsgericht überträgt.“<sup>16</sup> Zum einen werde sich bei gravierenden Schuldspruchänderungen die Rechtsfolge als nicht mehr angemessen erweisen. Zum anderen sei das Revisionsgericht ja auch nicht gezwungen, durchzuentcheiden. Vielmehr bestehe ein Ermessen, von dem in der Weise Gebrauch zu machen sei, dass das Gericht von einer eigenen Entscheidung absehen solle, wenn die Straftat durch die Schuldspruchänderung „ein anderes Gepräge“<sup>17</sup> erhalte.

#### 4. Konsequenzen für Ausbildung und Praxis

Wir haben diesen Fall nicht allein deswegen ausgewählt, weil er auf besonderes Interesse bei Referendaren und Praktikern stoßen wird, die einen durchaus beachtlichen Teil unserer Leser ausmachen. Hat man einmal die komplizierten Zusammenhänge durchschaut, wird erkennbar, dass ein strafprozessrechtliches Grundproblem angesprochen wird: Kann die Festlegung von Rechtsfolgen verantwortungsvoll auch vom Revisionsgericht vorgenommen werden, das im Wesentlichen nur auf der Grundlage der Verfahrensakten entscheidet? Die traditionelle Kompetenzverteilung zwischen Tatgericht und Revisionsgericht beruhte auf der Ansicht, dass das grundsätzlich nicht der Fall sei. Die neuere Entwicklung, wie sie sich in Gesetzen und deren Handhabung abzeichnet, verläuft in entgegen gesetzter Richtung. Wir haben es mit einer **grundlegenden Veränderung im Kompetenzgefüge des Strafverfahrensrechts** zu tun. Damit sollten sich auch Studierende vertraut machen, denen die Kenntnis strafprozessrechtlicher Grundzüge abverlangt wird.

Die **praktische Bedeutung der Entscheidung** kann gar nicht hoch genug veranschlagt werden. Der BGH hat ein Schleusentor geöffnet, durch das sich eine wachsende Flut von Fällen

<sup>13</sup> BGH StV 2005, 75.

<sup>14</sup> Vgl. dazu die nähere Begründung in der Entscheidung BGH StV 2005, 75.

<sup>15</sup> BGH StV 2005, 75.

<sup>16</sup> BGH StV 2005, 75.

<sup>17</sup> BGH StV 2005, 75.

ergießen wird. So hat nur sechs Tage, nachdem die hier vorgestellte Entscheidung ergangen ist, ein anderer Senat des BGH § 354 Abs. 1 a StPO auch dann für anwendbar erklärt, wenn der Schuldspruch geändert werden muss, weil eine Einzeltat verjährt ist, und die entsprechende Einzelstrafe bei der Gesamtstrafenbildung nicht mehr berücksichtigt werden darf.<sup>18</sup>

## 5. Kritik

Der BGH verfährt nach der Heimwerker-Devise: Was nicht passt, wird passend gemacht. Von Gesetzesauslegung zu reden, wäre verfehlt, weil das, was im Gesetz steht, schlicht unbeachtet gelassen wird. Alleiniges Richtmaß für den Umgang mit dem Gesetz ist der allgemeine Gesetzeszweck: Ressourcenschonung durch Verfahrensverkürzung.

Ausgeblendet werden selbst eindeutige Äußerungen des Gesetzgebers zur Reichweite des speziellen Gesetzes. In der Gesetzesbegründung heißt es nämlich, dass die Möglichkeit, von einer Aufhebung des Urteils abzusehen, „durch den neuen Absatz 1 a Satz 1 in Bezug auf den Rechtsfolgenausspruch behutsam erweitert“ werden soll.<sup>19</sup> Das Gegenteil von Behutsamkeit kennzeichnet die BGH-Entscheidung.

Es mag Gründe dafür geben, die Kompetenzverteilung zwischen Tat- und Revisionsgericht grundlegend zu ändern. Doch ist es nicht Sache der davon betroffenen Gerichte, diese Änderung selbst vorzunehmen. Legitimiert dazu ist allein der Gesetzgeber.

Untauglich ist der Versuch, die Ausdehnung der Sachentscheidungskompetenz einzugrenzen, indem eine Urteilsaufhebung dann verlangt wird, wenn die Straftat durch die Urteilsaufhebung ein „anderes Gepräge“ erhält.<sup>20</sup> Es bleibt völlig ungeklärt, was dieser

neu eingeführte Begriff bedeuten soll. Auch hätte ein Überschreiten der darin angedeuteten Grenze keine Folgen, weil es keine übergeordnete Instanz gibt.

*(Dem Text liegt ein Entwurf von Katharina Bressemer zugrunde.)*

<sup>18</sup> BGH Beschl. v. 08. 12. 2004 – 1 StR 483/04, abrufbar unter [www.bundesgerichtshof.de](http://www.bundesgerichtshof.de).

<sup>19</sup> BT-Drs. 15/3482, S. 22.

<sup>20</sup> Vgl. oben 3. am Ende.