

HRRS-Nummer: HRRS 2018 Nr. 375

Bearbeiter: Christoph Henckel/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2018 Nr. 375, Rn. X

BGH 1 StR 105/18 - Beschluss vom 4. April 2018 (LG München I)

Anwendbarkeit deutschen Strafrechts (stellvertretende Strafrechtspflege).

§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB

Entscheidungstenor

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts München I vom 24. November 2017 wird mit der Maßgabe verworfen, dass der Angeklagte zu der Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt ist.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten des Rechtsmittels zu tragen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gewerbs- und bandenmäßigen Betrugs in drei Fällen jeweils in Tateinheit mit gewerbs- und bandenmäßiger Urkundenfälschung zu einer „Freiheitsstrafe“ von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. 1

Seine dagegen gerichtete Revision erweist sich als unbegründet im Sinne von § 349 Abs. 2 StPO. Näherer Erörterung bedarf lediglich Folgendes: 2

1. In Bezug auf die am 12. Oktober 2016 in Österreich begangene Tat des Angeklagten, der italienischer Staatsangehöriger ist, begründet § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB im Rahmen stellvertretender Strafrechtspflege die Anwendbarkeit deutschen Strafrechts. Ein Verfahrenshindernis (vgl. BGH, Urteil vom 7. Februar 1995 - 1 StR 681/94, NStZ 1995, 440, 441; LK-StGB/Werle/Jefßberger, 12. Aufl., § 7 Rn. 118) besteht daher nicht. 3

Nach den rechtsfehlerfrei getroffenen landgerichtlichen Feststellungen legte der Angeklagte zur Anmietung eines Mietfahrzeugs der Autovermietung C. in deren Filiale am Flughafen S. einen gefälschten, auf einen Aliasnamen lautenden italienischen Personalausweis und einen ebenfalls gefälschten italienischen Führerschein vor, um in den Besitz des Wagens zu gelangen, der später von Tatbeteiligten in Italien veräußert werden sollte. Für diese durch einen ausländischen Täter begangene Auslandstat liegen die Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB vor. 4

a) Die fragliche Tat (zum Tatbegriff Ambos in Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl., § 7 Rn. 6 ff. mwN) war nach dem maßgeblichen österreichischen Tatortstrafrecht jedenfalls gemäß §§ 146, 147 Abs. 1 erster Fall und Abs. 2, § 148 des österreichischen Strafgesetzbuchs mit Strafe bedroht (vgl. auch Übernahmehersuchen der Staatsanwaltschaft Salzburg an die Staatsanwaltschaft München I vom 10. April 2017, Blatt 580 und 580 Rückseite der Sachakten). Zudem ist der Angeklagte im Inland, nämlich am Flughafen H., festgenommen worden. 5

b) Obwohl die Tat auslieferungsfähig ist, fehlt es an einer Auslieferung, weil seitens der Republik Österreich eine Auslieferung nicht begehrt wird und seitens der Italienischen Republik ein Auslieferungsersuchen nicht innerhalb angemessener Frist gestellt worden ist. 6

aa) In Österreich war durch die Staatsanwaltschaft Salzburg unter dem dortigen Aktenzeichen gegen den Angeklagten wegen der hier verfahrensgegenständlichen Tat vom 12. Oktober 2016 ein strafrechtliches Ermittlungsverfahren geführt worden. Insoweit hatte die Staatsanwaltschaft Salzburg durch Schreiben vom 10. April 2017 die Staatsanwaltschaft München I (zum Aktenzeichen) um die Übernahme der Strafverfolgung wegen dieser Tat ersucht (siehe Bl. 580-582 der Sachakten). Dem ist die Staatsanwaltschaft München I nachgekommen (vgl. Bl. 661 der Sachakten) und hat unter dem vorgenannten Aktenzeichen Anklage gegen den Angeklagten auch wegen der auf österreichischem Staatsgebiet begangenen Tat erhoben. Angesichts des Übernahmehersuchens ist ein Auslieferungsbegehren der Republik Österreich ausgeschlossen. 7

bb) Ausweislich des Vermerks der Generalstaatsanwaltschaft München (Az:) vom 7. November 2017 sind die 8

italienischen Behörden unter Fristsetzung bis zum 6. November 2017 um Mitteilung ersucht worden, ob wegen der hier fraglichen Tat vom 12. Oktober 2016 in Salzburg die Auslieferung des Angeklagten begehrt wird (Bl. 760 der Sachakten). Wie sich aus dem Vermerk weiter ergibt, war eine Rückmeldung der italienischen Behörden bis einschließlich 7. November 2017 ausgeblieben. Eine solche ist auch später nicht erfolgt.

Der Senat hat durch Nachfrage bei der Generalstaatsanwaltschaft München zu dem im vorstehenden Absatz genannten Aktenzeichen ermittelt, ob auf das Telefax der deutschen Behörden noch bis zur Entscheidung des Senats über die Revision des Angeklagten ein Auslieferungsersuchen der Italienischen Republik gestellt worden oder eine Reaktion auf die Nachfrage erfolgt ist. Dies war nicht der Fall. Da weder der Tatortstaat noch der Heimatstaat des Angeklagten trotz Eröffnung dieser Möglichkeit die Auslieferung erstreben, war und ist die Anwendung deutschen Strafrechts eröffnet. Ein Verfahrenshindernis bzgl. der Tat vom 12. Oktober 2016 besteht nicht. 9

c) Angesichts des Vorstehenden kann offen bleiben, ob die Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB zum Zeitpunkt der Entscheidung des Revisionsgerichts zu dessen Überzeugung feststehen müssen (so etwa BGH, Urteil vom 30. April 1999 - 3 StR 215/98, BGHSt 45, 64, 73) oder ob der maßgebliche Zeitpunkt für die Beurteilung der Auslieferungsfähigkeit im Sinne von § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB der Zeitpunkt der Urteilsverkündung in der (letzten) Tatsacheninstanz ist (in diese Richtung BGH, Beschluss vom 12. Juli 2001 - 1 StR 171/01, NStZ 2001, 588 f.). Denn zu beiden Zeitpunkten war aufgrund stellvertretender Strafrechtspflege inländisches Strafrecht auf die Tat anwendbar. 10

2. Auch eine zunächst unzureichende Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) durch das Landgericht führt nicht zu einem Teilerfolg des Rechtsmittels. Zwar beanstandet die Revision mit Schreiben vom 22. Februar 2018 im rechtlichen Ausgangspunkt zu Recht, die seitens des Landgerichts freibeweislich erhobenen tatsächlichen Umstände zum Vorliegen der Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB (vgl. dazu Vermerk der Vorsitzenden vom 26. Januar 2018, Bl. 873 f. der Sachakten) seien nicht zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht worden. Die darin ursprünglich liegende Verletzung von Art. 103 Abs. 1 GG im Rahmen des Freibeweisverfahrens (vgl. BGH, Urteil vom 13. Juli 1966 - 2 StR 157/66, BGHSt 21, 85, 87; KK-StPO/Krehl, 7. Aufl., § 244 Rn. 17) führt jedoch nicht zur Teilaufhebung des angefochtenen Urteils. Die zunächst unterbliebene Gewährung rechtlichen Gehörs hat sich zum einen im Ergebnis nicht zum Nachteil des Angeklagten ausgewirkt, und zum anderen hat er im Rahmen des Revisionsverfahrens zu sämtlichen - bereits in der Antragschrift des Generalbundesanwalts aufgezeigten - hier bedeutsamen tatsächlichen und rechtlichen Umständen Stellung nehmen können. 11

Aufgrund der durch den Senat selbst freibeweislich durchgeführten Ermittlungen steht fest, dass die Voraussetzungen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB hinsichtlich der (möglichen) Auslieferung an den Heimatstaat Italien auch zum Zeitpunkt der Verkündung des tatgerichtlichen Urteils vorlagen. Von den zugrunde liegenden tatsächlichen Umständen hat die Revision jedenfalls aufgrund der Antragschrift des Generalbundesanwalts Kenntnis erhalten und sich zu diesen in dem genannten Schriftsatz vom 22. Februar 2018 geäußert. Dieser ist Gegenstand der Senatsberatungen gewesen. 12

Hinsichtlich einer rechtlich grundsätzlich möglichen Auslieferung des Angeklagten an den Tatortstaat Österreich war der Revision das an die Staatsanwaltschaft München I gerichtete Übernahmeersuchen der Staatsanwaltschaft Salzburg (Bl. 580-582 der Sachakten) bereits aufgrund der gewährten Akteneinsicht bekannt; denn das Ersuchen war Bestandteil derjenigen Akten, bezüglich derer die Revision bereits nach ihrem eigenen Vorbringen (Seite 1 des Schreibens vom 22. Februar 2018) Einsicht genommen hatte. 13

3. Der Strafausspruch enthält aus den Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts keinen dem Angeklagten nachteiligen Rechtsfehler. 14

Allerdings ändert der Senat in entsprechender Anwendung von § 354 Abs. 1 StPO den Strafausspruch dahingehend ab, dass der Angeklagte zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt ist. Ungeachtet des Umstandes, dass auch bereits die verkündete Urteilsformel auf eine entsprechende „Freiheitsstrafe“ lautete, belegen der wegen drei Taten erfolgte Schuldspruch, die getroffenen Feststellungen sowie die Strafzumessungserwägungen unzweifelhaft und für die Verfahrensbeteiligten ohne Weiteres erkennbar die vom Landgericht eigentlich gemeinte Verurteilung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe. 15