

HRRS-Nummer: HRRS 2021 Nr. 288

Bearbeiter: Christoph Henckel/Karsten Gaede

Zitiervorschlag: HRRS 2021 Nr. 288, Rn. X

### BGH 1 StR 242/20 - Beschluss vom 14. Januar 2021 (LG Verden)

**Bemessung der Tagessatzhöhe bei einer Geldstrafe (Begriff des Einkommens); Wiedereinsetzung in die Revisionsbegründungsfrist (grundsätzlich keine Wiedereinsetzung bei bereits erfolgter Revisionsbegründung: Ausnahme bei unvollständiger Akteneinsicht).**

§ 40 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 345 Abs. 1 StPO; § 44 Satz 1 StPO

#### Leitsätze des Bearbeiters

1. Die Höhe des Tagessatzes ist gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 StGB unter Berücksichtigung der persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters zu bestimmen. Bei der Bemessung ist grundsätzlich von dem Nettoeinkommen auszugehen, das der Täter an einem Tag hat oder haben könnte (§ 40 Abs. 2 Satz 2 StGB). Die Festlegung der Tagessatzhöhe erschöpft sich jedoch nicht in einem bloßen Rechenvorgang, es handelt sich vielmehr um einen wertenden Akt richterlicher Strafzumessung, der dem Tatrichter Ermessensspielräume hinsichtlich der berücksichtigungsfähigen Faktoren belässt. „Einkommen“ ist dabei ein rein strafrechtlicher Begriff und nicht etwa im steuerrechtlichen Sinne zu verstehen. Er umfasst alle Einkünfte aus selbständiger und nicht selbständiger Arbeit sowie aus sonstigen Einkunftsarten. Von den anzurechnenden Einkünften sind damit zusammenhängende Ausgaben, wie beispielsweise Werbungskosten, Betriebsausgaben und Steuern in Abzug zu bringen; ebenfalls sind in der Regel außergewöhnliche Belastungen zu berücksichtigen, Unterhaltspflichten des Täters demgegenüber nur in angemessenem Umfang (st. Rspr.).

2. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kommt, wenn die Revision mit der Sach- und der Verfahrensrüge fristgemäß begründet worden ist, grundsätzlich nicht in Betracht (st. Rspr.). Sie kann nur ausnahmsweise dann gewährt werden, wenn dem Verteidiger trotz angemessener Bemühungen keine vollständige Akteneinsicht gewährt wurde und Verfahrensbeschwerden erhoben werden sollen, die ohne Kenntnis der Akten nicht begründet werden konnten.

3. Ergibt sich jedoch aus den Verfahrensakten, dass es weitere nicht übersandte Aktenbestandteile gibt, die für die beabsichtigte Verfahrensrüge von Bedeutung sein können, so ist es dem Verteidiger zumutbar, an die Übersendung dieser Aktenbestandteile zu erinnern.

#### Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten L. wird das Urteil des Landgerichts Verden vom 18. November 2019, soweit es ihn betrifft, im Ausspruch über die Tagessatzhöhe mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.
2. Der Antrag des Angeklagten D. auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Begründung der Revision mit Blick auf die Verfahrensrüge nach § 338 Nr. 5 StPO wird auf seine Kosten zurückgewiesen.
3. Die Revision des Angeklagten D. und die weitergehende Revision des Angeklagten L. werden als unbegründet verworfen.
4. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels des Angeklagten L., an eine andere Wirtschaftsstrafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
5. Der Angeklagte D. hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

#### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten L. wegen Bestechung im geschäftlichen Verkehr in vier Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 180 Tagessätzen zu je 280 Euro verurteilt und ihn im Übrigen freigesprochen. Den Angeklagten D. hat es wegen Beihilfe zur Bestechung im geschäftlichen Verkehr in vier Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 120 Tagessätzen zu je 20 Euro verurteilt und ihn im Übrigen freigesprochen. Wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung hat das Landgericht jeweils 60 Tagessätze der gegen die Angeklagten verhängten Gesamtgeldstrafen als vollstreckt erklärt. 1

Hiergegen wenden sich die Angeklagten mit ihren jeweils auf die Sach- und Verfahrensrüge gestützten Revisionen. 2  
Das Rechtsmittel des Angeklagten L. hat den aus der Beschlussformel ersichtlichen Erfolg und ist im Übrigen  
unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO). Die Revision des Angeklagten D. ist insgesamt unbegründet im Sinne von § 349  
Abs. 2 StPO.

#### I. Revision des Angeklagten L. 3

1. Die auf die Beanstandung einer Verletzung des § 275 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 2 Satz 1 StPO gestützten 4  
Verfahrensrügen greifen aus den vom Generalbundesanwalt in seiner Antragschrift vom 16. September 2020  
genannten Gründen nicht durch.

2. Der Strafausspruch hält hinsichtlich der Entscheidung über die Tagessatzhöhe sachlichrechtlicher Nachprüfung 5  
nicht stand.

Die Höhe des Tagessatzes ist gemäß § 40 Abs. 2 Satz 1 StGB unter Berücksichtigung der persönlichen und 6  
wirtschaftlichen Verhältnisse des Täters zu bestimmen. Bei der Bemessung ist grundsätzlich von dem  
Nettoeinkommen auszugehen, das der Täter an einem Tag hat oder haben könnte (§ 40 Abs. 2 Satz 2 StGB). Die  
Festlegung der Tagessatzhöhe erschöpft sich jedoch nicht in einem bloßen Rechenvorgang, es handelt sich vielmehr  
um einen wertenden Akt richterlicher Strafzumessung, der dem Tatrichter Ermessensspielräume hinsichtlich der  
berücksichtigungsfähigen Faktoren belässt (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Beschluss vom 25. April 2017 - 1 StR 147/17  
Rn. 7 mwN; Fischer, StGB, 68. Aufl., § 40 Rn. 6a mwN; MünchKomm-StGB/Radtke, 4. Aufl., § 40 Rn. 56 mwN).  
„Einkommen“ ist dabei ein rein strafrechtlicher Begriff und nicht etwa im steuerrechtlichen Sinne zu verstehen. Er  
umfasst alle Einkünfte aus selbständiger und nicht selbständiger Arbeit sowie aus sonstigen Einkunftsarten (st. Rspr.;  
vgl. BGH, aaO, Rn. 7, 9 mwN; Fischer, aaO, Rn. 7 mwN; MünchKomm-StGB/Radtke, aaO, Rn. 59 f. mwN). Von den  
anzurechnenden Einkünften sind damit zusammenhängende Ausgaben, wie beispielsweise Werbungskosten,  
Betriebsausgaben und Steuern in Abzug zu bringen; ebenfalls sind in der Regel außergewöhnliche Belastungen zu  
berücksichtigen, Unterhaltsverpflichtungen des Täters demgegenüber nur in angemessenem Umfang (st. Rspr.; vgl.  
BGH, aaO Rn. 7, 9 mwN; Fischer, aaO, Rn. 13 f. mwN; MünchKomm-StGB/Radtke, aaO, Rn. 65 ff., 68 f. mwN).

Ausgehend von diesen Grundsätzen hat die vom Landgericht festgesetzte Tagessatzhöhe keinen Bestand. 7  
Ausweislich der Urteilsgründe hat das Landgericht „die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse des  
Angeklagten, insbesondere seine Gehälter, seine Erfolgstantiemen und seine Mieteinnahmen“ (UA S. 31 f.)  
berücksichtigt und auf dieser Grundlage die Höhe des Tagessatzes auf 280 Euro festgesetzt. Aus den Feststellungen  
zur Person ergibt sich dabei, dass der Angeklagte L. aus seiner unternehmerischen Tätigkeit monatlich 2.000 Euro  
netto erhält und daneben einen monatlichen „Gewinn“ aus Miete in Höhe von ebenfalls 2.000 Euro erwirtschaftet.  
Das Landgericht hat jedoch hinsichtlich der Erfolgstantiemen in Höhe von jährlich 50.000 Euro und der Vergütung der  
Tätigkeit des Angeklagten im Aufsichtsrat in Höhe von jährlich 6.000 Euro hiermit etwa zusammenhängende Ausgaben  
und Abzüge bei der Berechnung der Tagessatzhöhe nicht in den Blick genommen und damit gegen das in § 40 Abs. 2  
Satz 2 StGB normierte Nettoeinkommensprinzip verstoßen. Auch ist nicht zu erkennen, dass sich das Landgericht mit  
der Frage etwa berücksichtigungsfähiger Unterhaltspflichten des Angeklagten, insbesondere gegenüber seiner  
Ehefrau, auseinandergesetzt hätte.

3. Die für die Bestimmung der Tagessatzhöhe getroffenen Feststellungen werden aufgehoben (§ 353 Abs. 2 StPO), 8  
um dem neuen Tatrichter in sich stimmige Feststellungen zu den für die Festsetzung der Tagessatzhöhe  
maßgeblichen Umständen zu ermöglichen.

4. Im Übrigen hat die auf die Sachrüge veranlasste sachlichrechtliche Prüfung keine Rechtsfehler zum Nachteil des 9  
Angeklagten L. ergeben.

#### II. Revision des Angeklagten D. 10

1. Der Antrag des Angeklagten D. auf Wiedereinsetzung in die Frist zur Begründung der Revision hinsichtlich der 11  
Verfahrensrüge nach § 338 Nr. 5 StPO hat keinen Erfolg.

a) Dem Wiedereinsetzungsantrag liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde: 12

Dem Angeklagten D. wurde die Anklageschrift vom 20. Dezember 2018 unter der darin genannten c/o-Anschrift im 13  
Wege der Ersatzzustellung am 19. Januar 2019 zugestellt (vgl. Postzustellungsurkunde, Bd. XVII, Bl. 120). Mit  
Schreiben vom 28. August 2019 wurde er zur Hauptverhandlung am 8. Oktober 2019 sowie zu den  
Fortsetzungsterminen geladen und gleichzeitig auf die Folgen seines Ausbleibens gemäß § 231 Abs. 2 StPO

hingewiesen. Auf der Ladungsverfügung des Vorsitzenden vom 27. August 2019 ist handschriftlich vermerkt, dass ein Ladungsheft angelegt ist (Bd. XVIII, Bl. 101, 104); allein darin sind die Ladungen sowie die zugehörigen Postzustellungsurkunden und Empfangsbekanntnisse abgelegt. Die Ladung wurde dem Angeklagten am 30. August 2019 unter der aktenkundigen c/o-Anschrift im Wege der Ersatzzustellung zugestellt (vgl. Postzustellungsurkunde, Ladungsheft Bl. 20). Der Angeklagte, der zuvor zu allen Hauptverhandlungsterminen erschienen war, blieb dem letzten Hauptverhandlungstermin am 18. November 2019 unentschuldig fern. Dessen ungeachtet setzte die Kammer die Beweisaufnahme fort und führte die Hauptverhandlung an diesem Tag zu Ende.

Mit Schriftsatz vom 25. November 2019 legte der Verteidiger des Angeklagten D. Revision ein und begründete diese am 23. März 2020 unter anderem mit der Rüge eines Verfahrensverstößes gegen § 230 Abs. 1, § 231 Abs. 2 StPO (§ 338 Nr. 5 StPO). Insoweit macht er geltend, der Angeklagte D., der seit drei Jahren in Ägypten lebe, habe keine Ladung zum Verhandlungstermin am 18. November 2019 erhalten; nur ihm, dem Verteidiger, sei eine Ladung zu diesem Termin zugestellt worden, in der allerdings ein Hinweis nach § 231 Abs. 2 StPO gefehlt habe. 14

Nach Hinweis der Berichterstatterin auf Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Verfahrensrüge, in der weder die im Ladungsheft befindliche Ladungsverfügung nebst Hinweis nach § 231 Abs. 2 StPO noch die Zustellung dieser Ladung unter der c/o-Adresse Erwähnung findet, beantragte der Verteidiger mit Schriftsatz vom 20. November 2020 die Übersendung des Ladungshefts. Hierzu führte er aus, dass ihm bislang trotz umfassend beantragter Akteneinsicht keine Einsicht in das Ladungsheft gewährt worden sei. Nach gewährter Einsicht in das Ladungsheft beantragte der Verteidiger mit Schriftsatz vom 26. November 2020 Wiedereinsetzung in die Revisionsbegründungsfrist und reichte eine neue Revisionsbegründung ein, wobei er nunmehr zur Begründung der Verfahrensrüge nach § 338 Nr. 5 StPO vorbringt, die an der c/o-Adresse zugestellte Ladung habe den Angeklagten nicht erreicht. Dieser habe sich - wie dem Vorsitzenden der Strafkammer vor der Ladungsverfügung vom 28. August 2019 mitgeteilt worden sei - in den letzten Jahren in Ägypten aufgehalten; unter der c/o-Anschrift habe er nie gewohnt. 15

b) Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kommt, wenn die Revision - wie hier - mit der Sach- und der Verfahrensrüge fristgemäß begründet worden ist, grundsätzlich nicht in Betracht (st. Rspr.; BGH, Beschluss vom 10. Juli 2012 - 1 StR 301/12). Sie kann nur ausnahmsweise dann gewährt werden, wenn dem Verteidiger trotz angemessener Bemühungen keine vollständige Akteneinsicht gewährt wurde und Verfahrensbeschwerden erhoben werden sollen, die ohne Kenntnis der Akten nicht begründet werden konnten (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Mai 1997 - 4 StR 152/97 Rn. 4 mwN für den Fall der Nichtgewährung der Akteneinsicht bis kurz vor Ablauf der Revisionsbegründungsfrist). 16

c) Angemessene Bemühungen um eine vollständige Akteneinsicht hat der Verteidiger des Angeklagten nicht entfaltet. Zwar ist dem Verteidiger durch das Landgericht im Rahmen der von ihm umfassend beantragten Akteneinsicht das Ladungsheft nicht übersandt worden, weshalb ihm vollständiger Vortrag zu den genauen Umständen der Ladungen des Angeklagten zum Termin nicht möglich war und die Rüge der Verletzung des § 231 Abs. 2 StPO daher nicht formgerecht begründet werden konnte. Ergibt sich jedoch aus den Verfahrensakten - wie hier aus der Ladungsverfügung des Vorsitzenden (Bd. XVIII, Bl. 101, 104), auf der ein Vermerk über das Anlegen eines Ladungsheftes angebracht ist -, dass es weitere nicht übersandte Aktenbestandteile gibt, die für die beabsichtigte Verfahrensrüge von Bedeutung sein können, so ist es dem Verteidiger zumutbar, an die Übersendung dieser Aktenbestandteile zu erinnern (vgl. BGH, Beschlüsse vom 1. Februar 2000 - 4 StR 635/99 Rn. 3; vom 3. Dezember 1997 - 3 StR 514/97 Rn. 2 und vom 30. Mai 1985 - 4 StR 214/85 Rn. 4). Aufdrängen musste sich das Fehlen von für die beabsichtigte Verfahrensrüge maßgeblichen Aktenteilen vorliegend insbesondere deshalb, weil Ladungen und diesbezügliche Zustellungsnachweise in der Hauptakte nicht enthalten sind. Dass es für eine den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO entsprechend begründete Verfahrensrüge vollständigen Vortrags zum Inhalt des Ladungsheftes zwingend bedurfte, war für den Verteidiger bei pflichtgemäßer Sorgfalt ohne Weiteres erkennbar. Weitere Erkundigungen durch den Verteidiger zu etwa an den Angeklagten gerichteten Terminladungen waren von diesem aber auch deshalb zu erwarten, weil in der Anklageschrift die c/o-Adresse genannt war, weshalb Versuche einer (Ersatz-)Zustellung von Terminladungen an dieser Anschrift zumindest nicht von vornherein ausgeschlossen erscheinen durften. 17

Ob dieses Verschulden des Verteidigers dem Angeklagten zuzurechnen ist (vgl. hierzu BGH, Beschlüsse vom 11. Januar 2016 - 1 StR 435/15 Rn. 7; vom 8. April 1992 - 2 StR 119/92 Rn. 4; vom 16. Februar 1990 - 4 StR 663/89; vom 12. April 1989 - 4 StR 71/89 Rn. 2 f.; vom 30. Mai 1985 - 4 StR 214/85 Rn. 4 und vom 12. Januar 1984 - 4 StR 762/83 Rn. 2; vgl. auch: BGH, Beschlüsse vom 1. Februar 2000 - 4 StR 635/99 Rn. 3 und vom 3. Dezember 1997 - 3 StR 514/97 Rn. 2), kann indes offenbleiben. Denn den Angeklagten trifft ein eigenes Verschulden an der Versäumung der (auch) für die erhobene Verfahrensrüge geltenden Begründungsfrist, weil dieser schon mit Blick auf die in der Anklage genannte c/o-Anschrift, an der die Anklageschrift im Wege der Ersatzzustellung zugestellt worden war, hätte in Erfahrung bringen müssen, ob dort auch - konsequenterweise - eine Ladung zur Hauptverhandlung zugestellt wurde. Für diesbezüglichen Vortrag innerhalb der Revisionsbegründungsfrist hätte der Angeklagte sorgen müssen. 18

Im Übrigen ist auch nicht glaubhaft gemacht, dass die c/o-Adresse ohne Zutun des Angeklagten als ladungsfähige Anschrift in den Datensatz der Staatsanwaltschaft und des Landgerichts aufgenommen wurde. Der Wiedereinsetzungsantrag verhält sich zudem auch nicht dazu, in welchem Verhältnis der Angeklagte zu der in der c/o-Anschrift genannten Person steht und ob er von dieser Kenntnis von der dort zugestellten Ladung erhalten hat. Die naheliegende Annahme, dass der Angeklagte die c/o-Anschrift selbst in einem früheren Verfahrensstadium für an ihn zu bewirkende Zustellungen angegeben hatte, so dass es ihm bereits aus diesem Grund oblegen hätte, sich innerhalb der Revisionsbegründungsfrist nach einer etwa dort eingegangenen Ladung zu erkundigen und für diesbezüglichen Vortrag zu sorgen, ist damit nicht ausgeräumt. Ein Verschulden des Angeklagten an der Versäumung der für die Verfahrensrüge geltenden Revisionsbegründungsfrist ist dabei auch nicht etwa deshalb ausgeschlossen, weil sein Verteidiger noch vor der Ladungsverfügung im Rahmen einer Vorbesprechung darauf hingewiesen hatte, dass der Angeklagte in Ägypten lebt. Dies allein schließt nämlich nicht von vornherein aus, dass der Angeklagte eine weitere - etwa in Form von regelmäßigen, nicht nur ganz kurzen Aufenthalten in Deutschland genutzte - Wohnung an der c/o-Adresse unterhält. Dass gegenüber dem Gericht im Rahmen der Vorbesprechung deutlich gemacht worden wäre, dass der Angeklagte an der c/o-Adresse keine Wohnung im Sinne von § 37 Abs. 1 StPO, § 178 Abs. 1, § 180 ZPO hat, ist dem Wiedereinsetzungsantrag nicht zu entnehmen. Eine Wiedereinsetzung zur Nachholung von Verfahrensrügen kommt unter diesen Umständen nicht in Betracht. 19

2. Der Verfahrensrüge des Angeklagten D. mangelt es an einer den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO entsprechenden Begründung, weshalb sie zu verwerfen ist. Insbesondere teilt die innerhalb der Revisionsbegründungsfrist eingegangene Revisionsbegründung nicht mit, dass in der Verfahrensakte eine c/o-Anschrift als ladungsfähige Anschrift des Angeklagten dokumentiert und diese auch in der - dort zugestellten - Anklageschrift benannt ist. Ebenso fehlt es an fristgerechtem Vortrag dazu, dass eine der Regelung in § 231 Abs. 2 StPO entsprechende Ladung zum Hauptverhandlungstermin am 18. November 2019 an der c/o-Anschrift im Wege der Ersatzzustellung zugestellt wurde, der Angeklagte dort aber nicht wohnhaft war. Auf welche Weise der Angeklagte - wenn nicht durch die an der c/o-Anschrift zugestellte Ladung vom 28. August 2019 - Kenntnis von den übrigen Hauptverhandlungsterminen erhalten hat, an denen er zugegen war, lässt sich der Revisionsbegründung ebenfalls nicht entnehmen, obwohl dies unter den gegebenen Umständen erkennbar erklärungsbedürftig gewesen wäre. 20

Unzulässig wäre die Verfahrensrüge im Übrigen auch unter Berücksichtigung des Vorbringens in der mit dem Wiedereinsetzungsgesuch erneut erhobenen Verfahrensrüge, weil es auch darin an Vortrag dazu fehlt, wie der Angeklagte, wenn nicht durch die an der c/o-Anschrift zugestellte Ladung, Kenntnis von den übrigen Hauptverhandlungsterminen erhalten hat. 21

Der auf die Sachrüge gebotenen sachlichrechtlichen Prüfung hält das Urteil mit Blick auf den Angeklagten D. ebenfalls stand. 22

III. Kostenbeschwerde des Angeklagten L. 23

Die Kostenbeschwerde des Angeklagten L. ist angesichts der Teilaufhebung des Urteils und der insoweit ausgesprochenen Zurückverweisung der Sache gegenstandslos (vgl. BGH, Beschlüsse vom 22. Oktober 2019 - 1 StR 271/19 Rn. 18 und vom 20. August 2019 - 2 StR 381/17 Rn. 30; Schmitt in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl., § 464 Rn. 20; KK-StPO/Gieg, 8. Aufl., § 464 Rn. 14). 24