

**HRRS-Nummer:** HRRS 2005 Nr. 557

**Bearbeiter:** Ulf Buermeyer

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2005 Nr. 557, Rn. X

---

### **BGH 2 StR 122/05 - Beschluss vom 7. Juni 2005 (LG Limburg a. d. Lahn)**

**Verjährung (milderes Recht); Qualifikation; Regelbeispiel; Geltungszeitpunkt bei neuem Verfahrensrecht.**

**§ 2 Abs. 3 StGB; § 78 Abs. 3 Nr. 3 und 4 StGB; § 179 StGB aF**

#### Leitsätze

**1. Bei der Prüfung des milderen Rechts ist die Frage der Verjährung jedenfalls dann zu berücksichtigen, wenn ein Gesetz infolge der Umwandlung eines Qualifikationstatbestandes in ein Regelbeispiel für einen besonders schweren Fall bei gleichem Strafrahmen den Eintritt der Verjährung zur Folge hat. (BGHSt)**

**2. Wird die Verjährungsfrist geändert, gilt das neue Recht mangels einer besonderen Übergangsregelung grundsätzlich auch für bereits begangene Taten. Anders sieht die Rechtslage jedoch aus, wenn eine Verlängerung der Verjährungsfrist auf einer nachträglichen Verschärfung der bei der Berechnung zugrundezulegenden Höchststrafen beruht (§ 78 Abs. 3 StGB). Eine Verschärfung der Strafdrohung muss nach § 2 Abs. 3 StGB außer Betracht bleiben, entsprechend bleibt es auch hinsichtlich der Verjährung bei der Anknüpfung an die mildere Strafdrohung. (Bearbeiter)**

**3. Der Tatrichter hat stets das für ihn am Gerichtsort aktuell geltende Verfahrensrecht anzuwenden. Bereits aufgehobene oder abgeänderte Verfahrensregelungen finden grundsätzlich nur Anwendung, wenn der Gesetzgeber dies ausdrücklich regelt (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Februar 2005 - KRB 28/04). (Bearbeiter)**

#### Entscheidungstenor

1. Auf die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Limburg (Lahn) vom 22. November 2004 wird

a) das Verfahren eingestellt, soweit der Angeklagte im Fall 3 der Urteilsgründe wegen sexuellen Mißbrauchs Widerstandsunfähiger verurteilt worden ist; insoweit werden die Kosten des Verfahrens und die notwendigen Auslagen des Angeklagten der Staatskasse auferlegt,

b) das genannte Urteil im Ausspruch über die Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten mit der Maßgabe aufgehoben, daß eine nachträgliche gerichtliche Entscheidung über die Gesamtstrafe nach §§ 460, 462 StPO, auch über die verbleibenden Kosten des Rechtsmittels, zu treffen ist.

2. Die weitergehende Revision wird verworfen.

#### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen sexuellen Mißbrauchs von Kindern in zwei Fällen und wegen sexuellen Mißbrauchs Widerstandsunfähiger unter Einbeziehung der Strafen aus dem Strafbefehl des Amtsgerichts Limburg vom 17. Juli 2000 zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten und wegen sexuellen Mißbrauchs unter Ausnutzung eines Behandlungsverhältnisses in drei Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten verurteilt. Es hat ferner gegen den Angeklagten ein lebenslanges Berufsverbot als Arzt und Psychotherapeut verhängt. Hiergegen richtet sich die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt. Das Rechtsmittel hat in dem aus der Beschlußformel ersichtlichen Umfang Erfolg; im übrigen ist es unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. <sup>1</sup>

1. Im Fall 3 der Urteilsgründe hat nach den Feststellungen der seinerzeit als Arzt und Psychotherapeut tätige Angeklagte an einem nicht näher bestimmbar Zeitpunkt im Jahre 1995 mit einer Patientin S., welche zum Tatzeitpunkt infolge einer schweren reaktiven Depression nicht in der Lage war, gegenüber dem sexuellen Ansinnen <sup>2</sup>

des Angeklagten einen Widerstandswillen zu bilden, den außerehelichen Beischlaf vollzogen. Das Landgericht hat der Verurteilung den zur Tatzeit geltenden § 179 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB in der Fassung vom 10. März 1987 zugrunde gelegt, weil spätere Gesetzesfassungen nach einem Gesamtvergleich bezogen auf den konkreten Einzelfall nicht milder seien (§ 2 Abs. 3 und Abs. 1 StGB). Zwar stelle der vom Angeklagten vollzogene Beischlaf in der Fassung des § 179 StGB vom 1. Juli 1997 im Gegensatz zum Tatzeitrecht keine echte Qualifikation mehr dar, sondern sei lediglich noch als durch ein Regelbeispiel beschriebener besonders schwerer Fall ausgestaltet (§ 179 Abs. 3, 4 i.V.m. § 177 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB). Der Strafraum sei jedoch identisch, denn die indizielle Bedeutung des Regelbeispiels werde im konkreten Fall auch unter Berücksichtigung der erheblich eingeschränkten Steuerungsfähigkeit des Angeklagten nicht durch andere Strafzumessungsfaktoren in der Art und Weise kompensiert, daß auf den normalen Strafraum zurückzugreifen sei. Die Fassung vom 1. Juli 1997 stelle sich auch im Hinblick auf eine hieraus folgende etwaige Verjährung nicht auf eine hieraus folgende etwaige Verjährung nicht als milderes Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB dar. Zwar wäre unter Zugrundelegung des § 179 StGB in der Fassung vom 1. Juli 1997 gemäß § 78 Abs. 3 Nr. 4, Abs. 4 StGB die Tat zwischenzeitlich verjährt, da bei der Bestimmung der anzuwendenden Verjährungsfrist nicht mehr die für besonders schwere Fälle geltende Strafdrohung des § 179 Abs. 3 StGB zugrunde zu legen wäre, sondern diejenige des Grundtatbestandes des Absatzes 1. Bei konkreter Betrachtung sei dieses Gesetz jedoch nicht das mildere, weil bereits vor Eintritt der Verjährung unter Zugrundelegung des § 179 StGB in der Fassung vom 1. Juli 1997 dieser durch das 6. Strafrechtsreformgesetz vom 26. Januar 1998 erneut geändert worden sei.

Nach der Fassung vom 26. Januar 1998 sei der Vollzug des Beischlafs wieder ein Qualifikationstatbestand (§ 179 Abs. 4 Nr. 1 StGB), so daß nicht mehr die fünfjährige Verjährungsfrist des § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB, sondern die zwanzigjährige nach § 78 Abs. 3 Nr. 2 StGB anzuwenden wäre. Während der gesamten Geltungsdauer des § 179 StGB in der Fassung vom 1. Juli 1997 wäre die Tat niemals verjährt gewesen, so daß insoweit kein schutzwürdiges Vertrauen des Angeklagten vorliege, welches zu seinen Gunsten zu berücksichtigen wäre. 3

2. Diese Rechtsauffassung trifft nicht zu. 4

Wird die Verjährungsfrist geändert, gilt das neue Recht mangels einer besonderen Übergangsregelung auch für bereits begangene Taten (Jähnke in LK 11. Aufl. vor § 78 Rdn. 11). Der Eintritt der Verjährung führt lediglich zu einem Verfahrenshindernis, weil er nicht die Strafdrohung an sich, sondern lediglich das "Ob" der Verfolgung berührt (vgl. auch BGHSt 46, 310, 317 für das Strafantragserfordernis). Insoweit betreffen die Verjährungsregeln lediglich die Verfolgbarkeit einer Tat; sie haben damit in erster Linie einen verfahrensrechtlichen Bezug (vgl. BVerfG NStZ 2000, 251). Verjährungsrechtliche Fragen sind daher grundsätzlich nach den allgemeinen verfahrensrechtlichen Grundsätzen zu behandeln und deshalb anhand der gesetzlichen Regelungen zu beurteilen, die im Zeitpunkt der Entscheidung gelten. Der Tatrichter hat stets das für ihn am Gerichtsort aktuell geltende Verfahrensrecht anzuwenden. Bereits aufgehobene oder abgeänderte Verfahrensregelungen finden grundsätzlich nur Anwendung, wenn der Gesetzgeber dies ausdrücklich regelt (vgl. BGH, Beschluß vom 22. Februar 2005 - KRB 28/04). 5

Anders sieht die Rechtslage jedoch aus, wenn eine Verlängerung der Verjährungsfrist auf einer nachträglichen Verschärfung der bei der Berechnung zugrundezulegenden Höchststrafen beruht (§ 78 Abs. 3 StGB). Eine Verschärfung der Strafdrohung muß nach § 2 Abs. 3 StGB außer Betracht bleiben, entsprechend bleibt es auch hinsichtlich der Verjährung bei der Anknüpfung an die mildere Strafdrohung (vgl. BGHR StGB § 78 Abs. 3 Fristablauf 2 m.w.N.; BGH GA 1954, 22; BGH bei Dallinger MDR 1954, 335; BGH, Beschluß vom 13. November 2002 - 4 StR 438/02; Dreher NJW 1962, 2209, 2210; Jähnke in LK 11. Aufl. vor § 78 Rdn. 11; Gribbohm in LK 11. Aufl. § 2 Rdn. 8; Rudolphi in SKStGB [Oktober 1998] § 78 Rdn. 6; Schönke/Schröder/Stree/Sternberg-Lieben StGB 26. Aufl. § 78 Rdn. 11; Tröndle/Fischer StGB 52. Aufl. § 2 Rdn. 7 und § 78 Rdn. 5 a; vgl. auch BGHR StGB § 78 b Abs. 4 Strafdrohung 2; StGB § 129 a Verjährung 1; OLG Saarbrücken NJW 1974, 1009, 1010; anders RGSt 75, 52, 54; Jagusch in LK 8. Aufl. § 67 Anm. 3; Herlan GA 1955, 255). Die Verjährung richtet sich nach dem günstigeren Recht der Tatzeit, wenn bei Zugrundelegung des zur Tatzeit geltenden sachlichen Rechts die Strafverfolgung auch nach den zur Zeit der Aburteilung geltenden Verjährungsregeln verjährt ist. 6

Dies gilt entsprechend auch dann, wenn die Strafdrohung nur durch ein Zwischengesetz gemildert worden ist (BGHSt 39, 353, 370). 7

Die Verjährung knüpft an den Strafraum des Grundtatbestandes an, Strafdrohungen für besonders schwere oder minder schwere Fälle bleiben außer Betracht (§ 78 Abs. 4 StGB). Wird - wie hier § 179 StGB in der Fassung vom 1. Juli 1997 - ein Qualifikationstatbestand zu einem Regelbeispiel umgewandelt, kann dies daher trotz möglicherweise gleichbleibenden Strafraums für einen Regelfall eine Verkürzung der Verjährungsfrist zur Folge haben. Wird die Strafdrohung anschließend, vor Eintritt der Verjährung, wieder verschärft, indem erneut ein Qualifikationstatbestand geschaffen wird, ist nach den Grundsätzen des § 2 Abs. 3 StGB die Strafe dem mildesten Gesetz zu entnehmen, welches auch für die Frage der Verjährung maßgeblich ist. 8

Die Geltung einer kürzeren Verjährungsfrist folgt in diesen Fällen nicht schon aus Art. 309 Abs. 3 EGStGB, wonach die 9  
Verjährungsfristen des bisherigen Rechts für Altfälle dann fortgelten, wenn sie kürzer sind. Aus dieser Regelung läßt  
sich nicht ableiten, daß in jedem Fall die dem Täter günstigste Verjährungsregelung eingreift. Diese Vorschrift, die  
ersichtlich im Zuge der damaligen Reform der Verjährungsregelungen mögliche Unsicherheiten zugunsten der Täter  
lösen wollte, ist nicht verallgemeinerungsfähig.

Das mildeste Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB ist dasjenige, das bei einem Gesamtvergleich im konkreten 10  
Einzelfall nach dessen besonderen Umständen die dem Täter günstigste Beurteilung zuläßt. Für den Vergleich kommt  
nur materielles Recht in Betracht; das vom Gesetzgeber jederzeit änderbare Verfahrensrecht wie etwa ein  
Strafantragserfordernis bleibt außen vor, jedenfalls soweit sich die Auswirkungen nicht aus der zu berücksichtigenden  
materiellen Strafdrohung ergeben. Auch wenn der Tatrichter im konkreten Fall die Indizwirkung eines Regelbeispiels  
nicht für widerlegt ansieht, stellt sich ein Vergehenstatbestand dann als milderes Gesetz gegenüber einem  
Qualifikationstatbestand mit derselben Strafdrohung dar, wenn er eine kürzere Verjährung zur Folge hat. In der  
Rechtsprechung ist anerkannt, daß als mildestes Gesetz dasjenige anzusehen ist, das den Wegfall der Strafdrohung  
zur Folge hat (BGH NSTZ 1992, 535, 536). Günstiger als bei einer noch so milden Bestrafung stellt sich der Täter aber  
auch, wenn die Tat wegen Verjährung nicht mehr verfolgbar ist.

Daß ein Gesetz, welches den Eintritt der Verjährung zur Folge hat, für den Täter günstiger und damit milder im Sinne 11  
des § 2 Abs. 3 StGB ist, hat der Bundesgerichtshof auch in seiner Rechtsprechung zur Verjährung von DDR-Altaten  
zugrundegelegt. Der Bundesgerichtshof hat in diesen Fällen den Umstand, daß die Taten nach dem Recht der  
Bundesrepublik Deutschland verjährt waren, nur deshalb nicht bei der Bestimmung des milderen Gesetzes  
berücksichtigt, weil Art. 315 a Satz 1 EGStGB für die Frage der Verfolgungsverjährung die Regelung des Art. 315 Abs. 1  
EGStGB verdrängt, wonach auf DDR-Altaten grundsätzlich das mildere Recht anzuwenden ist (BGHSt 39, 353, 358;  
40, 113, 115). Art. 315 a Satz 1 EGStGB enthält zur Verjährungsfrage eine spezielle Regelung, wonach sich die  
Verjährung allein danach richtet, ob sie nach dem Recht der DDR bis zum Wirksamwerden des Beitritts eingetreten  
war. Bei der Prüfung, welches Recht das mildere sei, hat der Bundesgerichtshof deshalb die Verjährungsfrage  
ausgeklammert (BGHSt 40, 48, 56).

3. Die Tat 3 der Urteilsgründe ist deshalb entgegen der Auffassung des Landgerichts verjährt. Das mildeste Gesetz ist 12  
im vorliegenden Fall § 179 StGB in der Fassung vom 1. Juli 1997. Nach § 78 Abs. 2 Nr. 4 StGB folgt aus der  
Strafdrohung dieses Tatbestandes eine nur fünfjährige Verjährungsfrist, welche bei Einleitung des Strafverfahrens  
Anfang 2003 abgelaufen war. Dies hat die Einstellung des Verfahrens in diesem Fall zur Folge. Der Senat schließt aus,  
daß eine neue Hauptverhandlung zu Feststellungen führen könnte, die eine Verurteilung wegen Vergewaltigung tragen  
würden. Die Verfahrenseinstellung im Fall 3 der Urteilsgründe führt zur Aufhebung der ersten Gesamtfreiheitsstrafe.  
Der Senat schließt weiterhin aus, daß die übrigen Einzelstrafen und die zweite Gesamtfreiheitsstrafe sowie die  
Maßregel von dem Rechtsfehler beeinflusst worden sind. Der Senat macht von der Möglichkeit Gebrauch, nach § 354  
Abs. 1 b Satz 1 StPO zu entscheiden. Die nachträgliche Gesamtstrafenbildung aus den nunmehr rechtskräftigen  
Einzelstrafen und den Einzelstrafen aus dem Strafbefehl des Amtsgerichts Limburg vom 17. Juli 2000 obliegt danach  
dem nach § 462 a Abs. 3 StPO zuständigen Gericht. Da nicht ausgeschlossen werden kann, daß im Nachverfahren  
nach §§ 460, 462 StPO eine Herabsetzung der Gesamtfreiheitsstrafe erfolgt, hat die Entscheidung über die Kosten des  
Rechtsmittels das für das Nachverfahren zuständige Gericht zusammen mit der abschließenden Sachentscheidung  
zu treffen (BGH wistra 2005, 187).