

HRRS-Nummer: HRRS 2019 Nr. 440

Bearbeiter: Karsten Gaede/Marc-Philipp Bittner

Zitiervorschlag: HRRS 2019 Nr. 440, Rn. X

**BGH 2 StR 17/19 - Beschluss vom 12. März 2019 (LG Darmstadt)**

**Besondere gesetzliche Milderungsgründe (vorrangige Prüfung bei der Strafrahenwahl).**

**§ 49 Abs. 1 StGB**

**Entscheidungstenor**

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 18. September 2018 im Ausspruch über die Einzelstrafe im Fall II. 12 der Urteilsgründe und im Ausspruch über die Gesamtstrafe aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere als Schwurgericht zuständige Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

2. Die weitergehende Revision wird mit der Maßgabe als unbegründet verworfen, dass der Angeklagte für den gegen ihn angeordneten Einziehungsbetrag von 1.070,99 Euro in Höhe von 991 Euro als Gesamtschuldner haftet.

**Gründe**

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung, wegen Raubes, bewaffneten Diebstahls in zwei Fällen, Diebstahls in fünf Fällen, Betrug, Sachbeschädigung in zwei Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Bedrohung, Bedrohung in einem weiteren Fall sowie Leistungserschleichung in vier Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von fünf Jahren und neun Monaten verurteilt. Zudem hat das Landgericht die Einziehung von Wertersatz in Höhe von 1.070,99 Euro angeordnet. Die hiergegen gerichtete Revision des Angeklagten, mit der die Verletzung sachlichen Rechts gerügt wird, hat den aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Erfolg; im Übrigen ist das Rechtsmittel unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. 1

1. Die auf die Sachrüge veranlasste umfassende Prüfung des angefochtenen Urteils hat im Schuldpruch und hinsichtlich der Einzelstrafausprüche in den Fällen II. 1 bis 11 und II. 13 bis 17 der Urteilsgründe keinen den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler ergeben. 2

2. Der Strafausspruch im Fall II. 12 der Urteilsgründe und der Gesamtstrafenausspruch halten revisionsrechtlicher Überprüfung hingegen nicht stand. Der Generalbundesanwalt hat insoweit in seiner Antragschrift vom 6. Februar 2019 das Folgende ausgeführt: 3

„Für die Bemessung der Einzelstrafe (Einsatzstrafe) von vier Jahren für die Tat zu Ziffer 12 hat die Strafkammer den wegen alkoholbedingt erheblich verminderter Steuerungsfähigkeit und wegen Versuchs doppelt gemilderten Strafrahen des § 212 Abs. 1 StGB zugrunde gelegt. Dies erweist sich als rechtsfehlerhaft, da die Kammer bei dem versuchten Tötungsdelikt - anders als bei den Raub- und qualifizierten Diebstahlstaten (UA S. 61) - ersichtlich die Prüfung eines (sonstigen) minder schweren Falls nach § 213 StGB nicht bedacht hat. 4

In den Fällen, in denen das Gesetz - wie hier - bei einer Straftat einen minder schweren Fall vorsieht und ein oder mehrere gesetzliche Milderungsgründe nach § 49 Abs. 1 StGB gegeben sind, ist bei der Strafrahenwahl vorrangig zu prüfen, ob ein minder schweren Fall vorliegt. Ist nach einer Abwägung aller allgemeinen Strafzumessungsumstände das Vorliegen eines minder schweren Falls abzulehnen, sind bei der weitergehenden Prüfung, ob der mildere Sonderstrafrahmen zur Anwendung kommt, schrittweise gesetzlich vertyppte Strafmilderungsgründe zusätzlich heranzuziehen. Erst wenn der Tatrichter danach weiterhin keinen minder schweren Fall für gerechtfertigt hält, darf er seiner konkreten Strafzumessung den (allein) wegen der gegebenen gesetzlich vertyppten Milderungsgründe gemilderten Regelstrafrahmen zu Grunde legen (st. Rspr.; vgl. Senatsbeschluss vom 16. November 2017 - 2 StR 404/17 - Rn. 2, juris; BGH, Beschluss vom 4. April 2017 - 3 StR 516/16 - Rn. 6, NStZ 2017, 524; Urteil vom 9. Februar 2017 - 1 StR 415/16, Rn. 13, NStZ-RR 2017, 168). 5

Das Landgericht hat diese Prüfungsreihenfolge nicht beachtet und erkennbar nicht erwogen, ob das Vorliegen eines 6  
vertypen Milderungsgrundes allein oder zusammen mit anderen Umständen (UA S. 60) das Vorliegen eines minder  
schweren Falls begründet. In diesem Fall hätte sich durch die dann mögliche Strafrahmenermilderung wegen des  
zweiten vertypen Milderungsgrundes für den Angeklagten ein günstigerer Strafrahmen von drei Monaten bis zu sieben  
Jahren und sechs Monaten Freiheitsstrafe ergeben. Nur dann, wenn die tatrichterliche Beurteilung zu dem Ergebnis  
geführt hätte, dass beide vertypen Strafmilderungsgründe zur Begründung eines sonstigen minder schweren Falls im  
Sinne von § 213 StGB erforderlich sind, wäre der vom Landgericht zugrunde gelegte doppelt gemilderte Strafrahmen  
des § 212 Abs. 1 StGB für den Angeklagten günstiger (vgl. Senatsbeschluss vom 21. November 2007 - 2 StR 449/07  
- Rn. 6, NSTZ-RR 2008, 105).

Da die Strafkammer die Einzelstrafe hier auf vier Jahre und damit erkennbar (knapp) unterhalb der Hälfte des - 7  
rechtsfehlerhaft auf sechs Monate bis acht Jahre und fünf Monate (UA S. 62) bestimmten - Strafrahmens festgesetzt  
hat, kann nicht ausgeschlossen werden, dass sie unter Beachtung der genannten Prüfungsreihenfolge zu einem dem  
Angeklagten günstigeren Strafrahmen gelangt und in dessen Rahmen eine mildere Freiheitsstrafe bestimmt hätte.

Die dem Strafausspruch zu Grunde liegenden Feststellungen sind im Übrigen rechtsfehlerfrei getroffen, weshalb sie 8  
aufrechterhalten bleiben können. Der zu neuer Verhandlung und Entscheidung berufene Tatrichter wäre nicht  
gehindert, ergänzende Feststellungen zu treffen, die den bisherigen nicht widersprechen.“ Dem kann sich der Senat  
nicht verschließen. Die Aufhebung im Ausspruch über die Einsatzstrafe zieht die Aufhebung des Ausspruchs über die  
Gesamtstrafe nach sich.

3. Die Einziehungsentscheidung ist dahingehend klarzustellen, dass der Angeklagte für den gegen ihn angeordneten 9  
Einziehungsbetrag von 1.070,99 Euro in Höhe von 991 Euro als Gesamtschuldner haftet. Nach den  
Urteilsfeststellungen hatte der Angeklagte in den Fällen II. 16 und II. 17 der Urteilsgründe bestimmungsgemäß  
Mitgewahrsam an der jeweiligen Tatbeute erlangt, die hälftig zwischen den Beteiligten aufgeteilt wurde. Die  
gesamtschuldnerische Haftung hat der Senat in entsprechender Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO nachgeholt (vgl.  
Senat, Beschluss vom 18. Juli 2018 - 2 StR 245/18, Rn. 10, zit. nach juris).