

**Bearbeiter:** Rocco Beck

**Zitervorschlag:** BGH 4 StR 650/95, Beschluss v. 09.11.1995, HRRS-Datenbank, Rn. X

**BGH 4 StR 650/95 - Beschluss vom 9. November 1995 (LG Köln)**

**BGHSt 41, 310; Ausgleich besonderer Härten bei der Strafbemessung, wenn die Gesamtstrafenbildung durch die Zäsurwirkung einer Vorverurteilung ausgeschlossen ist.**

**§ 55 StGB; § 46 StGB**

**Leitsatz des BGH**

**Zum Ausgleich eines Nachteils bei der Strafbemessung, der durch die wegen der Zäsurwirkung einer früheren Strafe entstehende Unmöglichkeit der Bildung einer Gesamtstrafe bewirkt wird. (BGHSt)**

**Entscheidungstenor**

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Köln vom 8. Juni 1995 in dem den Fall II. 2. der Urteilsgründe (Tat vom 18. November 1994 zum Nachteil von Frau G.) betreffenden Strafausspruch aufgehoben.
2. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
3. Die weiter gehende Revision wird verworfen.

**Gründe**

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen versuchter Vergewaltigung in Tateinheit mit gefährlichem Eingriff in den Straßenverkehr und mit Körperverletzung unter Einbeziehung einer durch ein früheres Urteil des Amtsgerichts Köln verhängten, noch nicht vollstreckten Freiheitsstrafe von zwei Jahren zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren sowie wegen versuchter Vergewaltigung in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung, Entführung gegen den Willen der Entführten und Raub zu einer Freiheitsstrafe von sieben Jahren verurteilt. 1

Die Revision des Angeklagten, mit der er die Verletzung sachlichen Rechts rügt und das Verfahren beanstandet, hat nur hinsichtlich der Verhängung der Freiheitsstrafe von sieben Jahren Erfolg; im übrigen ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. 2

1. Die Verfahrensrügen sind teils unzulässig, teils unbegründet, wie der Generalbundesanwalt in seiner Antragsschrift vom 23. Oktober 1995 dargelegt hat; auch durch die Ausführungen des Verteidigers im Schriftsatz vom 3. November 1995 wird dies nicht entkräftet. Ergänzend bemerkt der Senat, daß die Rüge, der gestellte Beweisantrag hätte von der Kammer nicht abschlägig beschieden werden dürfen, unzulässig ist, weil weder der Antrag noch der Gerichtsbeschuß mitgeteilt werden (vgl. BGHR StPO § 344 Abs. 2 Satz 2 Beweisantragsrecht 1; BGH NStZ 1986, 209). Die Aufklärungsrüge genügt den Erfordernissen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO deswegen nicht, weil nur vorgetragen wird, die "unterlassene Sachaufklärung und Beweisaufhebung hätte für den Angeklagten mit hoher Wahrscheinlichkeit ein günstigeres Ergebnis gehabt", es also an einer bestimmten Behauptung und der Angabe eines bestimmten Beweisergebnisses fehlt (BGHR StPO § 344 Abs. 2 Satz 2 Aufklärungsrüge 1; Pikart in KK-StPO 3. Aufl. § 344 Rdn. 51 m.w.N.). 3

2. Die Überprüfung des Urteils aufgrund der Sachbeschwerde hat zum gesamten Schulterspruch und zum Strafausspruch hinsichtlich der Tat vom 15. Dezember 1990 zum Nachteil von Frau P. (II. 1. der Urteilsgründe) sowie zum Ausspruch über die Gesamtstrafe keinen den Angeklagten beschwerenden Rechtsfehler ergeben. Dagegen kann der Strafausspruch im Falle II. 2. der Urteilsgründe (Tat vom 18. November 1994 zum Nachteil von Frau G. ) nicht bestehenbleiben. 4

a) Die Strafkammer hat zwar zu Recht aus der vom Amtsgericht Köln durch rechtskräftiges Urteil vom 23. Juni 1994 5

verhängten Freiheitsstrafe von zwei Jahren und der Strafe für die Tat vom 15. Dezember 1990 zum Nachteil von Frau P. (II. 1. der Urteilsgründe) eine nachträgliche Gesamtstrafe gebildet und die Strafe wegen der Tat vom 18. November 1994 zum Nachteil von Frau G. nicht in die Gesamtstrafe einbezogen. Die wegen der Zäsurwirkung (vgl. BGHSt 33, 230; 33, 367) notwendige Verhängung zweier getrennter Strafen (nämlich der Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und der weiteren Einzelfreiheitsstrafe von sieben Jahren) darf jedoch nicht dazu führen, daß die Strafen in ihrer Gesamtheit nicht mehr in einem schuldangemessenen Verhältnis zu den Straftaten stehen:

Gemäß § 53 Abs. 1 StGB ist dann, wenn jemand mehrere Straftaten begangen hat, die gleichzeitig abgeurteilt werden und durch die er mehrere Freiheitsstrafen verwirkt hat, auf eine Gesamtstrafe zu erkennen. Dies war hier bei den beiden angeklagten Taten wegen der Zäsurwirkung des Urteils des Amtsgerichts Köln nicht möglich. Es entspricht aber gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, daß auftretende Unbilligkeiten bei der Strafzumessung ausgeglichen werden müssen, wenn eine Gesamtstrafenbildung nach § 53 StGB oder § 55 StGB aus Rechtsgründen ausscheidet. 6

So hat der erkennende Senat entschieden (BGHSt 31, 102, 103), daß dann, wenn eine frühere Strafe, weil sie bereits vollstreckt ist und nicht mehr zur Gesamtstrafenbildung herangezogen werden kann, die darin liegende Härte bei der Bemessung der neu zu verhängenden Strafe auszugleichen ist. Daß ein angemessener Härteausgleich vorgenommen worden ist, muß aus den Urteilsgründen zu entnehmen sein. 7

Auch der 1. Strafsenat hat ausgesprochen (BGHSt 33, 131, 132), die Tatsache, daß eine durch Vollstreckung erledigte Strafe sinnvollerweise nicht mehr in eine Gesamtstrafe einbezogen werden könne und § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB eine solche Handhabung deshalb ausdrücklich ausschließe, ändere nichts an der dem Prinzip der nachträglichen Gesamtstrafenbildung zugrunde liegenden Forderung nach einem Ausgleich der sich durch getrennte Aburteilung ergebenden Nachteile. 8

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (BGHSt 36, 270; 36, 294, 295) ist die Bildung einer Gesamtstrafe aus einer Jugendstrafe und einer Freiheitsstrafe des allgemeinen Strafrechts bei getrennter Aburteilung nicht zulässig; es kann aber eine durch die Schwere der Straftat nicht gerechtfertigte Härte darstellen, wenn gegen einen Angeklagten sowohl eine Jugend- als auch eine in ihrer Wirkung dieser gleichstehende Freiheitsstrafe deshalb unverkürzt vollzogen werden soll, weil eine gleichzeitige Aburteilung nach § 32 JGG nicht stattgefunden hat. Der Senat hat daher stets gefordert, eine solche Härte bei der Strafzumessung zu berücksichtigen und auszugleichen (BGHSt 14, 287, 290; 36, 270, 275; Beschuß vom 11. Mai 1995 - 4 StR 172/95). 9

b) In ähnlicher Weise ist auch hier einem durch die Eigenheiten der nachträglichen Gesamtstrafenbildung bedingten Nachteil zu begegnen. Bei dieser hängt es nämlich weithin von Zufälligkeiten ab, ob und in welchem Umfang es zur Verhängung einer Gesamtstrafe kommt. Hat der Angeklagte z.B. an sich gesamtstrafähige Strafen voll verbüßt, so können sie gemäß § 55 Abs. 1 StGB nicht mehr in eine Gesamtstrafe einbezogen werden. Ist hingegen etwa nur ein - wenn auch ganz geringer - Strafrest offen, ist eine Gesamtstrafenbildung möglich und nötig. Wurde der Angeklagte andererseits zu einer auch nur ganz unbedeutenden Geldstrafe verurteilt, die eine Zäsurwirkung auslöst, können zwei langjährige Haftstrafen nicht mehr zu einer Gesamtstrafe zusammengefaßt werden. Diese Zufälligkeiten hatten den 3. Strafsenat (BGHSt 33, 367 - obiter dictum -) zu der Überlegung veranlaßt, die Zäsurwirkung stets - also auch bei erledigter Vorverurteilung - zu bejahen, wobei er allerdings auch hierbei betont hat, daß dadurch entstehende Härten ausgeglichen werden müßten. Die anderen Strafsenate sind dieser Rechtsprechung - mit Rücksicht vor allem auf den Wortlaut des § 55 Abs. 1 StGB - zwar nicht gefolgt (BGHR StGB § 55 Abs. 1 Satz 1 Zäsurwirkung 3, 5, 7, 9). Sie erkennen aber durchaus an, daß die Bejahung oder Verneinung einer Zäsurwirkung damit von Zufällen abhängt und sich deshalb vorteilhaft oder nachteilig für den Angeklagten auswirken kann (BGHR aaO Zäsurwirkung 3), was dem Wesen der nachträglichen Gesamtstrafenbildung widerspricht; denn durch sie soll erreicht werden, daß der Angeklagte genauso gestellt wird, wie wenn alle Straftaten gleichzeitig abgeurteilt werden würden (BGHSt 33, 367, 368 m.w.N.). Es muß daher vermieden werden, daß es durch die Zufälligkeiten der Gesamtstrafenbildung trotz gleichzeitiger Aburteilung mehrerer Straftaten entgegen §§ 53 Abs. 1, 54 Abs. 1 Satz 2 StGB im Ergebnis statt zu einer Verschärfung der Einsatzstrafe zu einer Kumulation der verhängten Strafen kommt. 10

Im vorliegenden Fall hätte ohne die Zäsurwirkung der einbezogenen Strafe aus den beiden Einzelstrafen von fünf und sieben Jahren Freiheitsstrafe eine angemessene Gesamtstrafe gebildet werden müssen. Da hier eine Gesamtstrafenbildung ausgeschlossen ist, muß das Gericht einen sich dadurch möglicherweise für den Angeklagten ergebenden Nachteil infolge eines zu hohen Gesamtstrafübers (hier insgesamt 13 Jahre Freiheitsstrafe) ausgleichen. Es muß also darlegen, daß es sich dieser Sachlage bewußt gewesen ist, und erkennen lassen, daß es das Gesamtmaß der Strafen für schuldangemessen angesehen hat. Dazu ist die nicht in die Gesamtstrafe einbeziehbare Einzelstrafe gegebenenfalls herabzusetzen, um eine insgesamt gerechte Bestrafung des Angeklagten zu erreichen (so im Ergebnis auch schon BGH, Beschuß vom 11. September 1990 - 5 StR 384/90 = StV 1991, 19, dort allerdings

unvollständig abgedruckt und daher mißverständlich).

Hiergegen kann nicht eingewendet werden, dadurch würden sich nicht gerechtfertigte Unterschiede zu dem Fall ergeben, in dem in einer Hauptverhandlung bereits eine Gesamtstrafe von sechs Jahren (aus Einzelstrafen von fünf und zwei Jahren) festgesetzt worden sei, die der Angeklagte noch nicht verbüßt habe, und zu der nun in einer neuen Hauptverhandlung eine - nicht gesamtstrafenfähige - Verurteilung von sieben Jahren hinzukomme. In einem solchen Fall entspricht es der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, daß - schon mit Rücksicht auf die Wirkungen der Strafe, die für das künftige Leben des Täters zu erwarten sind (§ 46 Abs. 1 StGB) - das Gesamtstrafübel bei Festsetzung der neuen Strafe im Auge behalten werden muß. Auf diesem Gedanken beruht auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, die dem Tatrichter aufgibt, bei der Straffestsetzung den Umstand zu berücksichtigen, daß wegen der neuerlichen Tat der Widerruf einer früher gewährten Strafaussetzung zur Bewährung zu erwarten ist und der Angeklagte deshalb eine weitere Strafe zu verbüßen haben wird (zuletzt Senatsbeschuß vom 21. September 1995 - 4 StR 529/95). Auch in diesen Fällen ist daher gegebenenfalls die - ohne die frühere Verurteilung an sich schuldangemessene - neue Strafe entsprechend herabzusetzen, um ein übermäßiges Gesamtstrafübel zu vermeiden.

c) Um dem Tatgericht Gelegenheit zur Berücksichtigung der hier erforderlichen Strafzumessungserwägungen zu geben, hat der Senat die Einzelstrafe von sieben Jahren Freiheitsstrafe aufgehoben; die Sache bedarf insoweit neuer Verhandlung und Entscheidung. Eine Aufhebung der diesen Strafausspruch betreffenden Feststellungen, die rechtsfehlerfrei zustande gekommen sind, ist hingegen nicht notwendig.