

**HRRS-Nummer:** HRRS 2010 Nr. 204

**Bearbeiter:** Ulf Buermeyer

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2010 Nr. 204, Rn. X

---

**BGH 5 StR 432/09 - Beschluss vom 27. Januar 2010 (LG Hamburg)**

**BGHR; ausländische Vorverurteilung; Härteausgleich; Berücksichtigung bei der Strafzumessung; gemeinschaftsrechtliches Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme; Strafgerechtigkeit; Rahmenbeschlusses des Rates vom 24. Juli 2008 zur Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ergangenen Verurteilungen in einem neuen Strafverfahren; Vorabentscheidungsverfahren; Vollstreckungslösung; Divergenzvorlage.**

**§ 46 Abs. 2 StGB; § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB; Art. 234 EG; § 132 GVG**

Leitsätze

**1. Eine ausländische Vorverurteilung, die an innerstaatlichen Maßstäben gemessen gesamtstrafenfähig wäre, ist im Rahmen der allgemeinen Strafzumessung mit Blick auf das Gesamtstrafübel zu berücksichtigen. (BGHR)**

**2. Im Ausland verhängte Strafen sind der nachträglichen Gesamtstrafenbildung über § 55 StGB nicht zugänglich, weil eine Gesamtstrafe mit einer von einem ausländischen Gericht verhängten Strafe schon wegen des damit verbundenen Eingriffs in deren Vollstreckbarkeit ausgeschlossen ist. (Bearbeiter)**

**3. Die Berücksichtigung einer - gemessen an innerstaatlichen Maßstäben gesamtstrafenfähigen - ausländischen Vorverurteilung im Rahmen der tatrichterlichen Strafzumessung nach § 46 StGB ist auch gemeinschaftsrechtlich geboten. (Bearbeiter)**

Entscheidungstenor

1. Der Antrag des Angeklagten P. auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Anbringung einer Verfahrensrüge wird zurückgewiesen. 2. Seine Revision gegen das Urteil des Landgerichts Hamburg vom 20. November 2008 wird nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet mit der Maßgabe (§ 349 Abs. 4 StPO) verworfen, dass der Angeklagte neben einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und einem Monat zu einer weiteren Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und drei Monaten verurteilt ist.

3. Die Revisionen der Angeklagten Y. K. und H. K. gegen das genannte Urteil werden nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen.

4. Jeder Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten H. K. wegen Computerbetruges in fünf Fällen, jeweils in Tateinheit mit Urkundenfälschung sowie wegen Hehlerei in vier Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und sechs Monaten, den Angeklagten Y. K. wegen Computerbetruges in acht Fällen, jeweils in Tateinheit mit Urkundenfälschung sowie wegen Hehlerei zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten verurteilt. Die Vollstreckung der Gesamtfreiheitsstrafen hat es für beide Angeklagte zur Bewährung ausgesetzt. Den Angeklagten P. hat die Strafkammer wegen Urkundenfälschung in zwei Fällen sowie wegen Betruges unter Einbeziehung von Einzelstrafen aus einem bislang nicht vollstreckten amtsgerichtlichen Urteil vom 21. Juni 2006 und unter Auflösung der dort gebildeten Gesamtgeldstrafe zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und einem Monat verurteilt sowie eine weitere Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und fünf Monaten wegen Urkundenfälschung in acht Fällen sowie wegen versuchten Betruges und Betruges in vier Fällen, in einem Fall in Tateinheit mit Urkundenfälschung, verhängt. Die auf formelle wie sachlichrechtliche Rügen gestützten Revisionen der Angeklagten Y. K. und H. K. bleiben aus den zutreffenden Gründen der Antragschrift des Generalbundesanwalts ohne Erfolg; dagegen hat die Revision des

Angeklagten P. im Strafausspruch in geringem Umfang Erfolg; im Übrigen ist sie unbegründet (§ 349 Abs. 2 StPO).

1. Hinsichtlich des Angeklagten P. sind der Schuldspruch, sämtliche Einzelstrafen sowie der erste 2  
Gesamtstrafauspruch (IV. 1.3 der Urteilsgründe) frei von Rechtsfehlern.

Auch die Rüge einer Verletzung des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK wegen eines Versehens bei der Zustellung des Urteils 3  
dringt nicht durch. Aufgrund der Sachrüge vermag der Senat den geltend gemachten Rechtsfehler hier nicht zu  
überprüfen. Die in diesem Fall erforderliche Rüge einer rechtsstaatswidrigen und kompensationspflichtigen  
Verfahrensverzögerung hat der Angeklagte nicht form- und fristgerecht angebracht (vgl. BGHR MRK Art. 6 Abs. 1 Satz  
1 Verfahrensverzögerung 32).

Der nach Ablauf der Revisionsbegründungsfrist vom Beschwerdeführer gestellte Antrag auf Wiedereinsetzung in den 4  
vorigen Stand zur Nachholung der Begründung dieser Rüge ist schon deshalb unzulässig, weil der Beschwerdeführer  
die Verfahrensrüge erneut nicht formgerecht ausgeführt und damit die versäumte Handlung nicht fristgerecht  
nachgeholt hat (§ 45 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 2 StPO). Dem unvollständigen Rügevortrag vermag der Senat nicht zu  
entnehmen, welche Verzögerung konkret wegen des geltend gemachten Zustellungsmangels eingetreten und  
gegebenenfalls zu kompensieren ist. Um die dafür erforderliche Berechnung anhand der (gestaffelten) Höchstfristen  
des § 275 Abs. 1 StPO vornehmen zu können, wäre zumindest die Anzahl der Hauptverhandlungstage mitzuteilen  
gewesen.

2. Die Begründung der zweiten im Urteil gebildeten Gesamtfreiheitsstrafe (VI. 1.6 der Urteilsgründe) begegnet 5  
durchgreifenden sachlichrechtlichen Bedenken. Die Strafkammer hat zwar zu Recht aus den vom Amtsgericht  
Hamburg-St. Georg durch rechtskräftiges Urteil vom 21. Juni 2006 verhängten Einzelgeldstrafen und der  
Einzelfreiheitsstrafen für die Fälle II.1, II.2 und II.11 der Urteilsgründe eine nachträgliche Gesamtfreiheitsstrafe gebildet.  
Sie hat auch den mit der Zäsurwirkung der amtsgerichtlichen Verurteilung verbundenen Nachteil mehrerer zu bildender  
Gesamtfreiheitsstrafen noch hinreichend berücksichtigt. Die Erwägungen der Strafkammer sind indes lückenhaft,  
soweit eine ausländische Vorverurteilung im Rahmen dieser Gesamtstrafenbildung soweit ersichtlich unberücksichtigt  
geblieben ist:

Zu dieser Vorverurteilung hat das Landgericht festgestellt, dass der Beschwerdeführer "anlässlich eines Diebstahls im 6  
Frühjahr 2007 in Dänemark verhaftet und zu einer viermonatigen Freiheitsstrafe verurteilt" worden ist. Die  
Freiheitsstrafe verbüßte er "bis Juni 2007" (UAS. 10).

a) Zwar war keine nachträgliche Gesamtstrafe im Sinne des § 55 StGB aus diesem dänischen Erkenntnis und den 7  
übrigen durch die Strafkammer festgesetzten Einzelfreiheitsstrafen zu bilden. Im Ausland verhängte Strafen sind der  
nachträglichen Gesamtstrafenbildung über § 55 StGB nicht zugänglich, weil eine Gesamtstrafe mit einer von einem  
ausländischen Gericht verhängten Strafe schon wegen des damit verbundenen Eingriffs in deren Vollstreckbarkeit  
ausgeschlossen ist (vgl. BGHSt 43, 79; BGHR StGB § 55 Abs. 1 Satz 1 Härteausgleich 16; BGH NSZ 2008, 709, 710).

b) Mit Rücksicht auf die insoweit tragende Entscheidung des 2. Strafsenats des Bundesgerichtshofs (BGHR StGB § 55 8  
Abs. 1 Satz 1 Härteausgleich 16) musste sich das Tatgericht auch nicht veranlasst sehen, den in der Rechtsprechung  
zum Recht der Gesamtstrafenbildung entwickelten Rechtsgedanken des sogenannten Härteausgleichs auf diesen Fall  
zu übertragen. Ein Härteausgleich dieser Art scheidet demzufolge aus, wenn eine Aburteilung im Ausland begangener  
Straftaten in Deutschland mangels entsprechender rechtlicher und tatsächlicher Voraussetzungen grundsätzlich nicht  
oder allenfalls theoretisch unter dem Aspekt der stellvertretenden Strafrechtspflege möglich ist (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB).  
Der Nachteilsausgleich für eine unterbliebene Gesamtstrafenbildung sei in diesen Fällen nicht geboten, weil die  
Möglichkeit der Verhängung einer milderen Strafe in einem einzigen Verfahren in Deutschland tatsächlich nie bestanden  
habe. So lag es im Falle des polnischen Angeklagten P. auch hier.

c) An seinen im Anfrageverfahren des 2. Strafsenats (Beschluss vom 29. Oktober 2008 - 2 StR 386/08) geäußerten 9  
Bedenken gegen die Ausgangsüberlegung (vgl. BGH StraFo 2009, 302) hält der erkennende Senat allerdings  
ausdrücklich fest. Er vermag insbesondere der vom 2. Strafsenat vorgenommenen Auslegung des  
Rahmenbeschlusses des Rates vom 24. Juli 2008 zur Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten der  
Europäischen Union ergangenen Verurteilungen in einem neuen Strafverfahren (2008/675/JI ABl. L 220 vom 15. August  
2008, S. 32) nicht zu folgen, soweit daraus keine Rechtsfolgen für die Behandlung grundsätzlich gesamtstrafenfähiger  
Verurteilungen im In- und Ausland nach deutschem Strafrecht herzuleiten seien (BGHR aaO). Freilich bezweckt der  
Rahmenbeschluss nicht, dass in einem anderen Mitgliedstaat ergangene Verurteilungen vollstreckt werden (vgl. Art. 3  
Abs. 3 und Erwägungsgrund 6 Satz 1 des Rahmenbeschlusses). In einem anderen Staat ergangene Verurteilungen  
müssen nach dem Willen des Rates indes "in dem Maße berücksichtigt werden, wie im Inland nach innerstaatlichem  
Recht ergangene Verurteilungen" und sollten "gleichwertige Wirkungen" entfalten wie eine im Inland ergangene

Entscheidung (Erwägungsgründe 5 Satz 2 und 7 des Rahmenbeschlusses). Schon dem entnimmt der Senat ein Gebot zur Berücksichtigung früherer Verurteilungen in anderen Mitgliedstaaten im deutschen Strafzumessungsrecht. Dementsprechend heißt es in der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages vom 1. Juli 2009, "eine Beschränkung dieses Ausgleichs auf ausländische Verurteilungen, denen Taten zugrunde liegen, auf die auch deutsches Strafrecht hätte Anwendung finden können, wäre hingegen bei Verurteilungen aus anderen EU-Staaten mit den Vorgaben des Rahmenbeschlusses, der keine solche Beschränkung vorsieht, nicht zu vereinbaren" (BTDrucks. 16/13673, S. 5).

Ein Anfrageverfahren wegen einer Divergenz zur Rechtsauffassung des 2. Strafsenats ist gleichwohl nicht veranlasst (§ 132 Abs. 3 Satz 1 GVG). Der 2. Strafsenat zieht seine abweichende Auslegung des Rahmenbeschlusses lediglich ergänzend für die Versagung einer entsprechenden Anwendung des Härteausgleichs wegen unterbliebener Gesamtstrafenbildung mit Verurteilungen im In- und Ausland heran. Wird der Begriff des Härteausgleichs zutreffend eng auf im Einzelfall entgangene Rechtsvorteile grundsätzlich anwendbarer innerstaatlicher Gesamtstrafenbildung bezogen (vgl. näher d a.E.), ist er auf einen Fall der hier vorliegenden Art in der Tat nicht anzuwenden. 10

Auch ein Vorlageverfahren nach Art. 234 EUV ist nicht angezeigt. Dem im Rahmenbeschluss enthaltenen, auf das Recht der Mitgliedstaaten jeweils unmittelbar wirkenden Gebot (vgl. nur EuGH, Urteil vom 10. Juni 2005 Rs. C 105/03 - Pupino, NJW 2005, 2839) gegenseitiger Rücksichtnahme auf strafgerichtliche Verurteilungen anderer Mitgliedstaaten kann durch die nationalen Gerichte im deutschen Strafrecht ohne weiteres Geltung verschafft werden. Eine entsprechende Anwendung des sogenannten Härteausgleichs ist dazu nicht zwingend erforderlich. Zureichend ist die Berücksichtigung einer gemessen an innerstaatlichen Maßstäben gesamtstrafenfähigen ausländischen Vorverurteilung im Rahmen der allgemeinen tatrichterlichen Strafzumessung nach § 46 StGB (ähnlich BGH NStZ-RR 2009, 200). Diese freilich ist gemeinschaftsrechtlich eindeutig geboten. 11

d) Es entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass mit Rücksicht auf die Wirkungen der Strafe, die für das künftige Leben des Angeklagten zu erwarten sind, das Gesamtstrafübel bei Festsetzung der neuen Strafe nach § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB im Blick behalten werden muss (vgl. BGHSt 41, 310, 314; Theune in LK StGB 12. Aufl. § 46 Rdn. 10 ff. m.N.). Der Trichter hat danach grundsätzlich das gesamte Gewicht der verhängten Strafe und ihrer Folgen in seine Entscheidung einzustellen (vgl. nur BGH aaO; Schäfer/Sander/van Gemmeren, Praxis der Strafzumessung 4. Aufl. 2008 Rdn. 415 ff. m.N.). In diesem Sinne ist ein wegen der neuerlichen Verurteilung drohender Widerruf einer vormals gewährten Strafaussetzung zur Bewährung und damit ein insgesamt längerer Freiheitsentzug zu berücksichtigen (vgl. BGHSt aaO). Gleiches gilt für eine drohende Ist-Ausweisung, sofern diese im Einzelfall eine außergewöhnliche Härte für den Angeklagten darstellt (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 2 Ausländer 5; BGH StV 2008, 298), und für berufs- oder dienstrechtliche Folgen einer Verurteilung (vgl. BGHR StGB § 46 Abs. 1 Schuldausgleich 8 und 18; Schäfer/Sander/van Gemmeren aaO Rdn. 430). 12

Dieses im allgemeinen strafzumessungsrechtlichen Sinne verstandene Gesamtstrafübel ist auch nicht etwa deckungsgleich mit dem vom 2. Strafsenat für Fälle der vorliegenden Art ausgeschlossenen sogenannten Härteausgleich. Während der Härteausgleich den spezifischen und systemimmanenten Zufälligkeiten der Gesamtstrafenbildung geschuldeten Nachteilen Rechnung tragen soll (vgl. Rissing-van Saan in LK 12. Aufl. § 55 Rdn. 34 m.N.; Bringewat, Die Bildung der Gesamtstrafe 1987 Rdn. 250 ff., 257), hat der Gesichtspunkt des Gesamtstrafübels die Auswirkungen der Strafe auf den Angeklagten im Blick. Mit Rücksicht auf die durch die ausländische Vorverurteilung bewirkte Zusatzbelastung kann es letztlich auch keinen Unterschied machen, ob die an sich gesamtstrafenfähige Vorverurteilung aus einem Mitgliedstaat oder einem Drittstaat herrührt. Das gebietet schon der Grundsatz der Strafgleichheit. 13

e) Um jedenfalls dem gemeinschaftsrechtlichen Gebot gegenseitiger Rücksichtnahme Rechnung zu tragen, ist eine Erörterung des mit der ausländischen Vorverurteilung möglicherweise verbundenen Gesamtstrafübels in den schriftlichen Urteilsgründen regelmäßig notwendig. Aus Gründen der Strafgleichheit muss dies auch für feststehende entsprechende Bestrafungen in Drittländern gelten. Die Strafzumessung muss dabei erkennen lassen, inwieweit diesem Umstand strafmildernde Wirkung beigemessen worden ist. Angesichts grundsätzlicher Geltung der gesetzlichen Grenzen der Strafrahmen (vgl. BGH NStZ-RR 2009, 200) wird in ganz anders als hier gelagerten Fällen eine Anwendung der Vollstreckungslösung zu erwägen sein (vgl. BGHSt 52, 124 sowie Senatsbeschluss vom 8. Dezember 2009 - 5 StR 433/09 Tz. 10 m.N., zur Aufnahme in BGHSt bestimmt, für den Fall nicht mehr möglicher Gesamtstrafenbildung von Geldstrafe mit lebenslanger Freiheitsstrafe). In Ermangelung eines echten Härteausgleichs (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 26. Januar 2010 - 5 StR 478/09) hält der Senat zunächst indes die generelle Anwendung der Vollstreckungslösung auf Fälle dieser Art nicht für zwingend. 14

3. Das Landgericht hat es hier unterlassen, das mit der zweiten Gesamtfreiheitsstrafe und der dänischen 15

Vorverurteilung verbundene Gesamtstrafübel in seinen Urteilsgründen darzulegen. Angesichts der Höhe der Einzelstrafen und des engen zeitlichen Zusammenhangs war eine ausdrückliche Erörterung hier auch nicht ausnahmsweise entbehrlich (vgl. BGH NSTZ 2000, 137, 138). Ein Beruhen auf diesem Rechtsfehler vermag der Senat nicht auszuschließen; es liegt vielmehr in Ermangelung jeglicher damit zusammenhängender Strafmilderung auf der Hand. Vor dem Hintergrund der ansonsten ausführlichen Strafzumessungserwägungen der Strafkammer und zur Vermeidung weiterer Verfahrensverzögerung bei der angesichts der Kürze der im Ausland verhängten Strafe begrenzten strafmildernden Wirkung sieht der Senat von einer Teilaufhebung und Zurückverweisung ab; er vermindert von sich aus die betroffene zweite Gesamtfreiheitsstrafe entsprechend § 354 Abs. 1 StPO um zwei Monate (vgl. BGH NSTZ-RR 2009, 43, 44).

Trotz des geringen Teilerfolgs der Revision des angeklagten P. hält es der Senat nicht für unbillig, auch diesen 16 Angeklagten mit den vollen Rechtsmittelkosten zu belasten (§ 473 Abs. 4 StPO).