

**HRRS-Nummer:** HRRS 2009 Nr. 377

**Bearbeiter:** Ulf Buermeyer

**Zitiervorschlag:** BGH HRRS 2009 Nr. 377, Rn. X

---

**BGH 5 StR 73/09 - Beschluss vom 10. März 2009 (LG Berlin)**

**Verminderte Schuldfähigkeit (obligatorische Prüfung der Strafmilderung); Härteausgleich (fiktive Gesamtstrafe).**

**§ 21 StGB; § 49 StGB; § 55 StGB**

**Leitsätze des Bearbeiters**

**1. Gelangt der Tatrichter zu dem Ergebnis, dass der Angeklagte eine Tat unter den Voraussetzungen des § 21 StGB begangen hat, so hat er sich zwingend mit der Möglichkeit einer Milderung nach § 49 Abs. 1 StGB auseinanderzusetzen.**

**2. Das Tatgericht kann zur Durchführung des Härteausgleichs von einer unter Einbeziehung der bereits vollstreckten Strafe gebildeten "fiktiven Gesamtstrafe" ausgehen und diese dann um die vollstreckte Strafe mindern oder den Umstand, dass eine Gesamtstrafenbildung mit der früheren Strafe nicht mehr möglich ist, unmittelbar bei der Feststellung der neuen Strafe berücksichtigen. Erforderlich ist jedoch, dass ein angemessener Härteausgleich vorgenommen wird und dies den Urteilsgründen hinreichend deutlich zu entnehmen ist**

**Entscheidungstenor**

1. Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Berlin vom 16. Oktober 2008 nach § 349 Abs. 4 StPO im Strafausspruch aufgehoben.

2. Die weitergehende Revision wird nach § 349 Abs. 2 StPO als unbegründet verworfen.

3. 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.

**Gründe**

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen Diebstahls mit Waffen in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und acht Monaten verurteilt. Die mit der Sachrüge geführte Revision des Angeklagten hat zum Strafausspruch Erfolg, zum Schuldspruch ist sie unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO. 1

1. Nach den Feststellungen des Landgerichts entwendete der Angeklagte, der unter einer schweren Heroinabhängigkeit leidet und sich infolge von Entzugserscheinungen im Zustand der erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit befand, in einem Lebensmittelgeschäft fünf Packungen Kaffee. Dabei führte er in einem Rucksack neben einem Pfefferspray ein sog. Multifunktionsmesser und einen Nothammer mit sich. Hinter dem Kassensbereich wurde er von dem Ladendetektiv angesprochen. Ausschließlich um unerkannt entkommen zu können, sprühte er diesem Pfefferspray in die Augen und schlug ihm bei einer anschließenden Rangelei mehrmals mit der Faust gegen den Kopf. 2

2. Der Strafausspruch kann keinen Bestand haben. Das Landgericht ist zu dem Ergebnis gelangt, dass der Angeklagte die Tat unter den Voraussetzungen des § 21 StGB begangen hat. Bei der Strafzumessung ist es gleichwohl vom Strafrahmen des § 244 Abs. 1 StGB ausgegangen, ohne sich mit der Möglichkeit einer Milderung nach § 49 Abs. 1 StGB auseinanderzusetzen. Dies stellt einen Rechtsfehler dar (vgl. BGHR StGB § 21 Strafrahmenverschiebung 11; StGB § 49 Abs. 1 Strafrahmenverschiebung 3). 3

Darüber hinaus hat das Landgericht nicht in überprüfbarer Weise dargelegt, auf welche Weise es den Härteausgleich vorgenommen hat, den es - insoweit rechtsfehlerfrei - aufgrund der vollständigen Vollstreckung einer an sich gesamtstrafenfähigen früheren Verurteilung für notwendig erachtet hat. Das Tatgericht kann zur Durchführung des 4

Härteausgleichs von einer unter Einbeziehung der bereits vollstreckten Strafe gebildeten "fiktiven Gesamtstrafe" ausgehen und diese dann um die vollstreckte Strafe mindern oder den Umstand, dass eine Gesamtstrafenbildung mit der früheren Strafe nicht mehr möglich ist, unmittelbar bei der Feststellung der neuen Strafe berücksichtigen. Erforderlich ist jedoch, dass ein angemessener Härteausgleich vorgenommen wird und dies den Urteilsgründen hinreichend deutlich zu entnehmen ist (vgl. BGHSt 31, 102, 103; BGH, Beschluss vom 3. September 1975 - 2 StR 400/75).

3. Die Ablehnung der Unterbringung des Angeklagten nach § 64 StGB ist - ungeachtet der mangelnden Nachvollziehbarkeit der Verneinung der Gefährlichkeit des Angeklagten - im Ergebnis noch tragfähig mit dem Fehlen einer hinreichend konkreten Erfolgsaussicht begründet. Dies schließt eine mögliche Anwendung des § 35 BtMG bei weitergehenden Erkenntnissen nicht aus. 5

4. Die zugehörigen Feststellungen können bestehen bleiben, weil sie von den Rechtsfehlern nicht berührt sind. 6  
Ergänzende Feststellungen, die zu den bisher getroffenen nicht in Widerspruch stehen, bleiben möglich.