

Grundkurse/Referendariat

## Die Station in Strafsachen

Grundkurs für Rechtsreferendare

von

Dr. Andreas Ernemann, Ekkehard Fuhse, Jens Johannsen, Ove-Jens Kraak, Dr. Helmut Palder, Thilo Pfordte, Dr. Karsten Westphal

8., überarbeitete und aktualisierte Auflage

[Die Station in Strafsachen – Ernemann / Fuhse / Johannsen / et al.](#)

schnell und portofrei erhältlich bei [beck-shop.de](#) DIE FACHBUCHHANDLUNG

Thematische Gliederung:

[Strafverfahrensrecht](#)



Verlag C.H. Beck München 2011

Verlag C.H. Beck im Internet:

[www.beck.de](http://www.beck.de)

ISBN 978 3 406 61751 5

an die Formulierung des Anklagesatzes, der allein in der Hauptverhandlung nach § 243 Abs. 3 StPO zu verlesen ist, herabgesetzt hat, gilt dies nicht für das Urteil. Im Urteil ist weiter erforderlich, dass die dem Angeklagten im Einzelnen vorgeworfenen Tathandlungen nach Tatzeit, Tatort, Tatausführung und anderen individualisierenden Merkmalen ausreichend beschrieben werden.

Eine Konkretisierung des Tatablaufes in der Hauptverhandlung ist möglich, wobei ein Hinweis nach § 265 StPO zu erfolgen hat (BGH NJW 1998, 1788, einschränkend allerdings BGH NJW 2003, 2107).

g) Bei einer Verurteilung wegen Wahlfeststellung müssen die mehreren möglichen alternativen geschichtlichen Vorgänge gekennzeichnet werden, von denen jedenfalls einer stattgefunden haben muss. Ist nur einer der in Betracht kommenden Vorgänge angeklagt und ergibt die Hauptverhandlung, dass sowohl dieser als auch ein anderer stattgefunden haben kann, hat die Staatsanwaltschaft wegen des nicht angeklagten Vorganges Nachtragsanklage nach § 266 StPO oder eine selbständige Anklage, die eine Verbindung der Verfahren ermöglicht, zu erheben (vgl. BGHSt 32, 151). Geschieht dies nicht, ist das Verfahren einzustellen. Zutreffender dürfte allerdings sein, hier den Angeklagten freizusprechen (vgl. von Heintschel, Prüfungstraining Strafrecht, Band 1, Seite 71).

### 3. Beweismwürdigung

a) Nach der Sachverhaltsschilderung erfolgt die Beweismwürdigung. Dabei müssen die schriftlichen Urteilsgründe die wesentlichen Beweisgrundlagen der tatrichterlichen Überzeugungsbildung in nachvollziehbarer, auf tatsächliche Ergebnisse der Beweiserhebung gestützter Argumentation wiedergeben. Sie müssen erkennen lassen, dass naheliegende Anhaltspunkte für eine abweichende Beurteilung gesehen und bedacht wurden (BGH NStZ-RR 2003, 49).

Vielfach beginnen die Ausführungen zur Beweismwürdigung mit den Worten: „Diese Feststellungen beruhen auf den Angaben ...“, und es folgt eine Aufzählung aller in der Hauptverhandlung benutzten Beweismittel (Zeugen, Sachverständige, Urkunden oder Augenschein). Dies ist unnötige Schreibarbeit (Meyer-Goßner NStZ 1988, 532).

b) Nach der Sachverhaltsschilderung soll vielmehr sofort in einem neuen Abschnitt damit begonnen werden, wie sich der Angeklagte zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen eingelassen hat. Die Einlassung soll in gedrängter Form wiedergegeben werden, also z.B.: Der Angeklagte räumt ein, den Zeuge B mit der Faust ins Gesicht geschlagen und ihm dabei das Nasenbein gebrochen zu haben. Er behauptet aber ... Oder: Der Angeklagte hat die Tat gestanden. Seine Angaben werden auch durch die Aussagen des Zeugen B bestätigt. Ein Geständnis muss das Gericht überprüfen, selbst im Rahmen einer Absprache (BGH NJW 1999, 370).

Äußert sich der Angeklagte nicht oder bestreitet er die Tat ohne nähere Begründung, so wird dies kurz erwähnt und dann in die Beweismwürdigung übergeleitet.

Nach der Einlassung des Angeklagten folgen Feststellungen dazu, ob das Gericht die Einlassung des Angeklagten übernommen hat oder was es von der Einlassung des Angeklagten hält oder aus welchen Gründen sie diese für widerlegt hält. Hierbei wird das Gericht Zeugenaussagen, Urkunden oder sonstige Beweismittel heranziehen, soweit der Inhalt für die Überzeugungsbildung wesentlich ist (BGH NStZ-RR 1999, 72). Von den Prüfern wird dabei häufig moniert, dass bei den Urkunden der Auszug aus dem Bundeszentralregister oder bei Verkehrsdelikten der Auszug aus dem Verkehrszentralregister nicht aufgeführt wird. Bei Zeugen ist auch anzugeben, ob sie vereidigt wurden oder nicht. Sollte ein Zeuge zu Unrecht vereidigt worden sein, z.B. wegen § 60 Nr. 2 StPO, kann die Aussage nach entsprechendem Hinweis als uneidliche Aussage gewertet werden.

Verteidigt sich der Angeklagte muss das Gericht mitteilen, was es von der Einlassung des Angeklagten hält und weshalb es diese für widerlegt hält. Hierbei müssen auch die Gründe mitgeteilt werden, warum es dem Zeugen glaubt oder dem einen oder anderen und warum es den Aussagen der Zeugen folgt und nicht der Einlassung des Angeklagten. Die bloße Wiedergabe der Aussagen der Zeugen und des Angeklagten ist dabei nicht ausreichend (Meyer-Goßner § 267 Rn. 12).

Im Übrigen gilt der Grundsatz der freien Beweismwürdigung, vgl. auch § 261 StPO. Dies gilt nicht nur für die Beweismwürdigung von Zeugenaussagen, unabhängig davon, ob der Zeuge vereidigt wurde oder

nicht, sondern auch für die Würdigung der Aussagen des Angeklagten, selbst wenn diese mit Zeugenaussagen im Widerspruch stehen (Meyer-Goßner § 267 Rn. 11). Zur Glaubwürdigkeit von Zeugen werden allerdings in Examensklausuren keine größeren Ausführungen erwartet, da diese auch vom persönlichen Eindruck des Zeugen abhängt, der in einer Klausur nicht geschildert werden kann. Man wird sich darauf beschränken können zu schreiben, dass sich die Aussage des Zeugen mit den übrigen Zeugenaussagen oder sonstigen Beweismittel deckt.

c) Am Ende der Beweiswürdigung erfolgt die Behandlung etwaiger Hilfsbeweisanträge, für die § 244 Abs. 6 StPO nicht gilt. Die Ablehnung eines Hilfsbeweisantrages erfolgt in der schriftlichen Urteilsbegründung (vgl. Meyer-Goßner § 244 Rn. 44 a). Nur wenn der Hilfsbeweisantrag wegen Verschleppungsabsicht abgelehnt wird, muss der Ablehnungsgrund bereits in der Hauptverhandlung mitgeteilt werden, damit der Antragsteller den Vorwurf entkräften kann.

Die Ablehnung von anderen Beweisanträgen gehört nicht in das Urteil, sondern in das Protokoll. Es ist nicht zulässig im Urteil zu einem schon in der Hauptverhandlung abgelehnten Beweisantrag nochmals Stellung zu nehmen. Etwaige Mängel des Ablehnungsbeschlusses können auch nicht durch Nachschieben von Gründen geheilt werden.

d) Im Rahmen der Beweiswürdigung muss sich das Gericht nicht mit der Frage der Zulässigkeit der Beweisermittlung und der Beweisverwertung befassen. Dies schreibt § 267 StPO nicht vor. Im Urteil sind deshalb Ausführungen zur Verwertbarkeit von Beweismitteln nicht veranlasst (BGH NJW 2006, 1362 und 2010, 883; Meyer-Goßner § 267 Rn. 12). Nur auf eine entsprechende Verfahrensrüge hin, prüft das Revisionsgericht im Freibeweis, ob die vom Gericht verwerteten Beweismittel unverwertbar sind und das Urteil darauf beruht.

In Examensklausuren ist daher allenfalls in einem Hilfsgutachten auf die Frage der Verwertbarkeit der Beweismittel einzugehen, insbesondere dann, wenn der Bearbeitervermerk wie folgt lautet: „Soweit in dem Urteil ein Eingehen auf alle berührten Rechtsfragen nicht erforderlich erscheint, sind diese in einem Hilfsgutachten zu erörtern.“ In diesem Zusammenhang werden vor allem Probleme in Bezug auf die Verlesung von Urkunden, fehlerhafter Belehrung, Schlussfolgerungen aus dem Schweigen oder Teilschweigen des Angeklagten, die Verwertung von Zufallsfunden und Verstöße gegen die Belehrungspflichten, vor allem bei Spontanäußerungen des Verdächtigen (vgl. BGH NJW 2009, 3589) in Betracht kommen. Zu den Beweisverwertungsverböten vergleiche im Übrigen Teil 2 B XI 5 und Teil 6 II 3 a.

#### 4. Rechtliche Erörterungen

§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO schreibt die Angabe des zur Anwendung gebrachten Strafgesetzes vor. Dabei genügt die bloße Verwendung der gesetzlichen Überschriften nicht, insbesondere wenn sie mehrere Begehungsweisen mit Strafe belegen. Es ist der jeweilige Paragraf des Gesetzes anzuführen und durch Nennung der Absätze, Sätze und der Nummern klarzustellen, in welcher Form der Tatbestand erfüllt wurde (BGH NStZ-RR 2001, 19). Zweckmäßig ist es, zu Beginn der rechtlichen Ausführungen den Schuldspruch nochmals zu wiederholen, z.B. in der Form: Der Angeklagte war daher wegen Diebstahls gemäß § 242 StGB zu verurteilen. Auch die Art der Ausführung (Teilnahme, Versuch) ist anzugeben, ebenso die Konkurrenzen, da sich danach beurteilt, ob nur eine Strafe gem. § 52 StGB oder eine Gesamtstrafe nach § 53 StGB auszusprechen ist. Anschließend erfolgt die rechtliche Subsumtion. Auch im zweiten Staatsexamen wird bei Urteilklausuren der Schwerpunkt im materiellen Recht liegen, so dass dieses in der Vorbereitung auf das Examen nicht vernachlässigt werden sollte.

#### 5. Prozessuale Ausführungen

a) Ausführungen zu prozessualen Fragen schreibt die StPO an sich nicht vor. In Examensklausuren werden jedoch hier vielfach Probleme um den Tatbegriff des § 264 StPO zu erörtern sein. Insbesondere werden andere als in der Anklage und im Eröffnungsbeschluss aufgeführte Strafgesetze zur Verurteilung kommen. In diesen Fällen ist genau zu prüfen, was Gegenstand der Anklage und des Eröffnungsbeschlusses ist. Es werden vor allem Probleme zu § 265 StPO und der Nachtragsanklage gem. § 266 StPO zu erwarten sein. Aber auch sonstige Prozessvoraussetzungen wie Strafantrag oder Fragen der Rechtskraft können hier ein Problem sein.

b) Nach § 264 Abs. 1 StPO ist Gegenstand der Urteilsfindung die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt. Dabei ist das Gericht an die rechtliche Wertung der Staatsanwaltschaft nicht gebunden.

**Beispiel:** A wird wegen Unterschlagung angeklagt, weil er ohne zu bezahlen an einer SB-Tankstelle getankt hat. Hier kann das Gericht A ohne weiteres nach Hinweis gemäß § 265 Abs. 1 StPO wegen Betrugs § 263 Abs. 1 StGB aburteilen (vgl. dazu BGH NJW 1983, 2827), da noch die gleiche Tat, d.h. der gleiche geschichtliche Vorgang vorliegt und lediglich eine andere rechtliche Würdigung vorgenommen wurde.

Das gleiche gilt, wenn zu dem in der Anklage angenommenen Delikt lediglich ein weiteres Delikt in Tateinheit hinzukommt, z.B. zum Betrug noch Urkundenfälschung. Bei Tateinheit liegt in der Regel auch eine Tat im Sinne des § 264 Abs. 1 StPO vor. Es bedarf hier lediglich eines rechtlichen Hinweises nach § 265 Abs. 1 StPO. Eine Nachtragsanklage § 266 StPO ist hier nicht notwendig, da eine Nachtragsanklage nur erforderlich ist, wenn über die Anklage hinaus eine weitere prozessuale Tat abgeurteilt werden soll (vgl. Meyer-Goßner § 266 Rn. 1).

c) Probleme in diesem Zusammenhang ergeben sich auch, wenn sich das Gericht trotz Ausschöpfung aller Beweismöglichkeiten nicht vom Vorliegen eines bestimmten Delikts zu überzeugen vermag, sondern auf wahlweiser Grundlage verurteilen will.

**Beispiel** nach OLG Celle NJW 1988, 1225: Die Anklage wirft A vor, am 18.2.1987 ein Radio aus einem PKW entwendet zu haben. In der Hauptverhandlung lässt sich A dahin ein, dass er das Radio von einem Unbekannten, der die Tat begangen hat, am 20.3.1987 in Kenntnis der Herkunft erworben hat. In der Beweisaufnahme kann nicht geklärt werden, ob A das Radio selbst gestohlen oder durch Hehlerei erworben hat.

Da der Grundsatz „in dubio pro reo“, der stets vor der Wahlfeststellung zu prüfen ist (vgl. Fischer § 1 Rn. 14a), hier nicht weiterhilft, weil zwischen Diebstahl und Hehlerei kein Stufenverhältnis besteht, kommt eine Wahlfeststellung in Betracht. Eine wahlweise Verurteilung wegen Diebstahls – auch bei Vorliegen eines Regelfalles nach § 243 StGB – oder Hehlerei wird allgemein zugelassen (vgl. Fischer § 1 Rn. 27).

Eine Verurteilung im Wege der Wahlfeststellung ist aber nur möglich, wenn die in Frage kommenden Alternativen – hier Diebstahl und Hehlerei – noch als Bestandteil der in Anklage und Eröffnungsbeschluss bezeichneten Tat angesehen werden können. Dies hat aber das OLG Celle a.a.O. verneint, weil zwischen dem Vorwurf des Diebstahls am 18.2.1987 oder der Hehlerei am 20.3.1987 auch bei natürlicher Auffassung keine einheitliche Tat (fehlender zeitlicher und örtlicher Zusammenhang) vorliegt.

d) Ein ähnliches Problem ergibt sich bei der sogenannten **Postpendenzfeststellung**, die nunmehr vom BGH (BGHSt 36, 86) anerkannt wird. Während bei der Wahlfeststellung ungeklärt ist, welche von zwei oder mehreren Alternativen, die alle strafbar sind, gegeben ist, liegt ein Fall der Postpendenz vor, wenn die zeitlich frühere Tatalternative ungewiss, die zeitlich nachfolgende aber feststeht (vgl. vertiefend zu den Problemen der Postpendenz Stuckenberg JABl 2001, 225).

**Beispiel:** A und B sind angeklagt, einen Diebstahl begangen zu haben. In der Hauptverhandlung kann nicht geklärt werden, ob A Mittäter des Diebstahls gewesen ist. Fest steht jedoch, dass A ca. 4 Wochen nach der Tat Teile der Diebesbeute in Kenntnis der Herkunft erworben hat.

Die Besonderheit des Falles liegt darin, dass A, wenn die Mittäterschaft beim Diebstahl nicht nachgewiesen werden kann, eindeutig eine Hehlerei begangen hat. Einer Verurteilung der Hehlerei könnte zunächst jedoch entgegenstehen, dass A eventuell Mittäter an der Vortat gewesen ist und somit nicht Hehler sein kann. Da hier aber eine Verurteilung wegen Mittäterschaft am Diebstahl nicht in Betracht kommt, ist nicht im Wege der Wahlfeststellung, sondern wegen der eindeutig begangenen Hehlerei zu verurteilen.

Eine Verurteilung des A kann aber nur erfolgen, wenn die Hehlerei angeklagt ist. Die bisherige Rechtsprechung des BGH war hierbei bei der Annahme einer prozessualen Tat sehr großzügig. Der BGH (NJW 1988, 1742) hat nunmehr differenziert. Er hat geprüft, ob die Inbesitznahme des Diebesgutes örtlich und zeitlich eng mit dem Diebstahl zusammenhängt oder nicht. Im konkreten Fall hat er dies

verneint, da sowohl nach Ort, Zeit und den gesamten Tatumständen zwischen der Diebstahlshandlung und der Hehlerei eine erhebliche Abweichung vorliegt. Eine Aburteilung wegen Hehlerei ist daher nur bei einer Nachtragsanklage möglich.

e) Im Rahmen der prozessualen Ausführung ist auch zu prüfen, ob nicht die **Rechtskraft eines früheren Urteils** einer Verurteilung entgegensteht. Auch hier spielt § 264 StPO die entscheidende Rolle. Allerdings wird in der Regel bei Strafurteilklausuren eine frühere rechtskräftige Verurteilung dem jetzigen Verfahren nicht entgegenstehen, da sonst das Verfahren nach § 260 Abs. 3 StPO eingestellt werden müsste. Ein beliebtes Examensproblem sind dabei die Dauerdelikte.

**Beispiel:** A ist wegen vorsätzlichen Fahrens ohne Fahrerlaubnis rechtskräftig verurteilt worden. Nunmehr stellt sich heraus, dass er auf dieser Fahrt an einer Selbstbedienungstankstelle ohne Bezahlung getankt hat. Einer Aburteilung des Betrugs könnte aber das frühere Urteil entgegenstehen. Dies ist dann der Fall, wenn zwischen dem vorsätzlichen Fahren ohne Fahrerlaubnis und dem Betrug eine prozessuale Tat vorliegt. Dies hat der BGH (vgl. BGH NJW 1981, 997; BGHSt 23, 141 und NStZ 1997, 508) aber verneint. Beide Tathandlungen haben nichts miteinander zu tun, so dass eine Tat im Sinne des § 264 StPO ausscheidet. Somit kann der Betrug abgeurteilt werden, da dieser nicht Gegenstand des früheren Verfahrens war.

Ein ähnliches Problem ergibt sich beim unerlaubten Führen einer Waffe und einem dabei begangenen Tötungs- oder Vermögensdelikt.

**Beispiel:** A war wegen unerlaubten Erwerbs und Führens einer Waffe gem. § 53 Abs. 3 Nr. 1 a Waffengesetz rechtskräftig verurteilt worden. Nachträglich stellt sich heraus, dass er mit dieser Waffe ein Jahr vor dem Urteil einen Raubüberfall begangen hat.

Nach Ansicht des BGH (BGHSt 36, 151) beruht der Entschluss einen Raubüberfall auszuführen auf ganz anderen Beweggründen, als der zum Besitz der Waffe getragene Willensentschluss. Der Raubüberfall hat auch ein wesentlich intensiveres kriminelles Verhalten zum Gegenstand. Somit liegen zwei materiell-rechtliche Handlungen vor. Sachlichrechtliche selbständige Taten sind in der Regel auch prozessual selbständige Taten im Sinn von § 264 StPO, wobei aber nicht ausgeschlossen ist, dass auch mehrere selbständige Handlungen zur selben Tat im prozessualen Sinn gehören können, so etwa ein Unfall mit anschließendem unerlaubtem Entfernen vom Unfallort (Meyer-Goßner § 264 Rn. 6 und 6 a). Der Besitz der Waffe und das Führen der Waffe sind nach Tatbild, Tatobjekt, Tatzeit und Tatort erheblich abweichende Geschehnisse und bei natürlicher Betrachtungsweise derart gegeneinander abgegrenzt, dass sie nicht einen einheitlichen geschichtlichen Geschehensablauf darstellen (BGHSt 36, 151). Somit liegen zwei prozessuale Taten vor (vgl. auch BGH NStZ-RR 1999, 8). Im Beispielfall konnte somit A noch wegen des Raubüberfalls verurteilt werden (vgl. im Übrigen zum Strafklageverbrauch bei Dauerdelikten Meyer-Goßner Einl. Rn. 175 und § 264 StPO Rn. 6 a).

## 6. Strafzumessung

a) § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO verpflichtet das Gericht, diejenigen Umstände anzuführen, die für die Zumessung der Strafe bestimmend gewesen sind.

Sache des Tatrichters ist es, auf der Grundlage des umfassenden Eindrucks, den er in der Hauptverhandlung von der Tat und der Täterpersönlichkeit gewonnen hat, die wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände festzustellen, sie zu bewerten und gegeneinander abzuwägen.

Als Sanktionen kommen in Betracht:

- als Hauptstrafe Freiheitsstrafe §§ 38, 39 StGB oder Geldstrafe § 40 StGB oder beides zusammen § 41 StGB
- als Nebenstrafe das Fahrverbot § 44 StGB
- als Maßregel der Besserung und Sicherung § 61 StGB, vor allem Entziehung der Fahrerlaubnis § 69 StGB und Berufsverbot §§ 70 ff. StGB. Die weiteren Möglichkeiten wie Unterbringung, Sicherungsverwahrung oder Führungsaufsicht dürften in Klausuren nicht in Betracht kommen.
- als Nebenfolge Verlust der Amtsfähigkeit oder Wählbarkeit §§ 45 ff. StGB.
- als sonstige Maßnahme § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB Verfall § 73 StGB oder Einziehung § 74 StGB.

b) Zu Beginn der Strafzumessung ist zunächst der Strafraum festzulegen. Der Strafraum ergibt sich grundsätzlich aus den Vorschriften des besonderen Teils, die dem Schuldspruch zugrunde liegen.

c) Als nächstes sind **eventuelle Strafänderungsgründe** zu untersuchen. Diese sind gemäß § 260 Abs. 5 StPO auch bei den zitierten Paragraphen mit anzuführen. In den Gründen ist auf sie gemäß § 267 Abs. 2 oder 3 StPO einzugehen.

aa) In § 267 Abs. 2 StPO sind die sogenannten benannten Rechtsfolgenänderungsgründe genannt. Es handelt sich hier um die tatbestandsmäßig ausformulierten Fälle, in denen die Strafbarkeit gemindert oder erhöht wird, z.B. §§ 176 Abs. 4, 221 Abs. 2 und 3, 246 Abs. 2 oder 250 Abs. 2 StGB. Bei den benannten Strafänderungsgründen wird durch die abschließende gesetzliche Normierung von Erschwerungs- oder Milderungsgründen das Gericht gezwungen, bei Vorliegen der rechtlichen Merkmale den modifizierten Strafraum anzuwenden. Dies kann auch zu einer Änderung der Deliktart von Vergehen zu Verbrechen und umgekehrt führen, beispielsweise bei § 212 StGB und § 216 StGB oder § 253 StGB und § 255 StGB. In Klausuren wird häufig § 315 b Abs. 3 StGB nicht gesehen. Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 315 Abs. 3 StGB wird der gefährliche Eingriff in den Straßenverkehr zu einem Verbrechen.

Hierzu gehören auch alle Straftatbestände, die auf § 49 Abs. 1 StGB verweisen (vgl. hierzu unter ee).

Während § 267 Abs. 2 StPO die tatbestandsmäßig festgelegten benannten Strafänderungen erfasst, betrifft § 267 Abs. 3 Satz 2 und 3 StPO die ungenannten Strafänderungen, bei denen die Milderungs- und Erschwerungsgründe nicht abschließend tatbestandsmäßig ausgestaltet sind. Hierzu gehören auch die Regelbeispiele. Aus § 12 Abs. 3 StGB ergibt sich dabei, dass es für die Deliktseinteilung bedeutungslos ist, ob ein besonders schwerer Fall unbenannt ist oder ob ein Regelbeispiel vorliegt.

bb) Liegt ein Regelbeispiel vor, z.B. bei §§ 243 Abs. 1 S. 2, 253 Abs. 4 S. 2, 263 Abs. 3 S. 2, oder 267 Abs. 3 S. 2 StGB so besteht die Vermutung dafür, dass der Fall insgesamt als besonders schwer anzusehen ist (Fischer § 46 Rn. 91). Allerdings kann auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Strafzumessungsfaktoren die Regelwirkung entkräftet werden, so dass auf den normalen Strafraum zurückzugreifen ist. Auch lediglich beim einem Versuch kann ein besonders schwerer Fall ohne vollständige Verwirklichung des Regelbeispiels vorliegen, wenn der Täter zu dessen Verwirklichung unmittelbar angesetzt hat (so BGHSt 33, 370; Fischer § 243 StGB Rn. 28). Der BGH (BGHSt 33, 370) hat dabei in seiner Entscheidung bei der Strafraumwahl § 243 StGB zu Grunde gelegt und auch die Möglichkeit bejaht den Strafraum nach §§ 23 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB zu mildern. Einen besonders schweren Fall eines Betrug § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB hat der BGH erst bei einem Betrag von 50.000 EUR angenommen (BGH NStZ 2004, 155). Allerdings ist auch hier eine Gesamtabwägung nicht überflüssig (Fischer § 263 Rn. 227).

cc) Handelt es sich nicht um ein Regelbeispiel liegt ein besonders schwerer Fall nur vor, wenn die Tat bei Berücksichtigung aller Umstände, die erfahrungsgemäß vorkommen und vom Gesetz für den Spielraum des ordentlichen Strafraums schon bedachten Fälle an Strafbarkeit derart übertreffen, dass der ordentliche Strafraum nicht ausreicht. Ein Fall ist dann besonders schwer, wenn er innerhalb einer Gesamtwürdigung sich bei Abwägung aller Zumessungstatsachen nach dem Gewicht von Unrecht und Schuld vom Durchschnitt der praktisch vorkommenden Fälle soweit abhebt, dass die Anwendung des Ausnahmestrafrahmens geboten ist (BGHSt 28, 319). Ein hoher Schaden reicht also alleine nicht aus, einen besonders schweren Fall anzunehmen. Allerdings kann es bei einem besonders hohen Schaden nahe liegen, die Frage eines besonders schweren Falles zu prüfen. Für einen besonders schweren Fall des Totschlags genügt nicht schon die bloße Nähe zu Mordmerkmalen. Es müssen schulderhöhende Gesichtspunkte hinzukommen, die besonders gewichtig sind. Maßgebend ist dabei die Gesamtheit der äußeren und inneren Seite der Tat (BGH NStZ-RR 2004, 205).

Auch beim Entfernen von Sicherheitsketten an Verkaufswaren, die keine Schutzvorrichtungen im Sinne von § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 2 StGB sind (OLG Düsseldorf NJW 1998, 1002; Fischer § 243 Rn. 15 mit Hinweisen zur Gegenansicht), kann ein besonders schwerer Fall bejaht werden. Da die in der Tat zutage getretene erhöhte kriminelle Energie dem Regelbeispiel des § 243 Abs. 1 S. 2 StGB vergleichbar ist, kann die Annahme eines besonders schweren Falles außerhalb der Regelbeispiele bei einer umfassenden Würdigung des gesamten Tatbildes begründet sein.

dd) Ein minder schwerer Fall liegt vor, wenn das gesamte Tatbild einschließlich aller subjektiven Momente und der Täterpersönlichkeit vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden Fälle in einem Maße abweicht, dass die Anwendung des normalen Strafrahmen nicht geboten erscheint. Dabei sind alle Gesichtspunkte heranzuziehen und zwar für jeden Tatbestand gesondert, insbesondere auch die für das Schuldmaß besonders bedeutsame innere Tatseite (Fischer § 46 Rn. 85).

Minder schwere Fälle sieht das Gesetz beispielsweise in §§ 154 Abs. 2, 221 Abs. 4, 226 Abs. 3, 227 Abs. 2, 249 Abs. 2, 306 Abs. 2 StGB vor.

Ein beliebtes Beispiel in Klausuren ist dabei § 154 Abs. 2 StGB. Das Gericht hat einen Zeugen vereidigt, der nach § 60 Nr. 2 StPO nicht hätte vereidigt werden dürfen. Dies ändert nichts daran, dass sich der Zeuge wegen Meineides strafbar gemacht hat (vgl. BGHSt 17, 136). In solchen Fällen kann aber ein minderschwerer Fall nach § 154 Abs. 2 StGB vorliegen (vgl. Fischer § 154 Rn. 19). Liegen der Milderungsgrund des Verfahrensverstößes gegen § 60 Nr. 2 StPO und zugleich der Milderungsgrund des sogenannten Aussagenotstandes nach § 157 Abs. 1 StGB vor, sind beide nicht gleichzusetzen, sondern können nebeneinander berücksichtigt werden (BGH NStZ 1991, 280).

Ein weiteres beliebtes Examensproblem ist die Durchführung eines Raubes mit einer Scheinwaffe, bei dem man früher in der Regel einen minder schweren Fall annahm. Nach der Neufassung des § 250 StGB hat dieses Problem aber seine praktische Bedeutung verloren, da die Scheinwaffe unter § 250 Abs. 1 S. 1 b StGB fällt (BGH NJW 1998, 2915; weitere Einzelbeispiele vgl. Fischer § 244 Rn. 26 und § 250 Rn. 10). Ein minder schwerer Fall kommt somit nach § 250 Abs. 3 StGB, ebenso wie bei § 249 Abs. 2 StGB nur in Betracht, wenn raubspezifische Umstände, allgemeine Strafmilderungsgründe oder allgemeine Strafzumessungskriterien die Verschiebung des Strafrahmens nahe legen.

ee) Eine weitere Strafrahmenverschiebung auf Grund besonderer gesetzlicher Milderungsgründe ergibt sich aus § 49 StGB. Hierbei ist zwischen zwingenden und fakultativen Milderungsgründen zu unterscheiden. Zwingende Milderungsgründe, die auf § 49 StGB verweisen, sind z.B. genannt in § 27 Abs. 2 StGB bei der Beihilfe, in § 28 Abs. 1 StGB beim Fehlen besonderer persönlicher Merkmale beim Teilnehmer, in § 30 Abs. 1 S. 2 StGB beim Versuch der Teilnahme oder § 35 Abs. 2 S. 2 StGB bei vermeidbarer irriger Annahme eines entschuldigenden Notstands.

Fakultative Milderungsgründe enthalten z.B. § 13 Abs. 2 StGB Unterlassen, § 17 StGB vermeidbarer Verbotsirrtum, wobei es hier auf den Grad der Vermeidbarkeit ankommt, § 21 StGB erheblich verminderte Schuldfähigkeit, § 23 Abs. 2 StGB Versuch oder beim Täter-Opfer-Ausgleich § 46 a StGB. (Zu den Anforderungen an die Feststellungen eines Täter-Opfer-Ausgleichs vgl. BGH NStZ 2006, 275).

Die Entscheidung von der Möglichkeit der Milderung Gebrauch zu machen, steht im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Die Entscheidung ist dabei im Wege einer Gesamtwürdigung aller schuldrelevanten Umstände zu treffen (Fischer § 49 Rn. 3).

Bei § 21 StGB kann aber die Strafrahmenverschiebung nicht ohne weiteres gewährt werden, wenn die erheblich eingeschränkte Schuldfähigkeit vom Angeklagten selbst herbeigeführt wurde. Eine Versagung der Strafrahmenverschiebung kommt vor allem im Falle zu verantwortender Trunkenheit in Betracht (BGH NStZ 2003, 480). Auch wenn der Angeklagte bisher keine einschlägige Vorverurteilung aufzuweisen hat oder auch sonst nicht durch andere Vorkommnisse dahin gehend gemahnt wurde, dass es unter Alkoholkonsum zu rechtswidrigen Taten kommen kann, kann nicht ohne weiteres eine Strafrahmenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gewährt werden. Dies hat der BGH damit begründet, dass die gefährliche Wirkung des Alkohols jedermann bekannt sei (BGH NStZ, 2005, 92 und 151). Nur wenn die Alkoholisierung selbst nicht vorwerfbar ist, wie etwa bei Alkoholkrankheit oder Alkoholüberempfindlichkeit, kommt eine Strafmilderung in Betracht.

Während es bei § 49 Abs. 1 StGB zu unterschiedlichen Strafrahmenverschiebungen kommt, kann bei § 49 Abs. 2 StGB die Strafe auf das gesetzliche Mindestmaß reduziert werden, wobei das Höchstmaß aber unverändert bleibt.

ff) Für die Erörterung in den Gründen gilt folgendes:

Hat das Gericht einen minderschweren Fall angenommen, muss es in den Gründen die Umstände darlegen, die es zu dieser Annahme gebracht haben, § 267 Abs. 3 StPO.

Verneint es einen minderschweren Fall, so ist es zu einer Begründung verpflichtet, wenn die Annahme eines solchen Falles beantragt war, § 267 Abs. 3 Satz 2 StPO. Der Antrag, der die Begründungspflicht auslöst, muss nicht ausdrücklich auf die Anwendung des besonderen Milderungsgrundes lauten. Ein solcher Antrag liegt auch darin, dass die mildeste Strafe oder eine Strafe beantragt wird, die nur bei Annahme eines minderschweren Falles zulässig ist.

Bei einem besonders schweren Fall ist zu unterscheiden, ob ein Regelbeispiel vorliegt oder nicht. Nimmt das Gericht ein Regelbeispiel an, weil die tatbestandsmäßigen Voraussetzungen gegeben sind, so genügt eine Verweisung auf die entsprechende gesetzliche Regelung. Eine Begründung ist aber erforderlich, wenn das Gericht trotz Vorliegens der Regelbeispiele einen besonders schweren Fall verneint § 267 Abs. 3 S. 3 StPO.

Kennt das Gesetz kein Regelbeispiel, so muss die Annahme eines besonders schweren Falls begründet werden.

**Beispiel** zur Festlegung des Strafrahmens: A hatte, weil er kein Geld besaß und großen Hunger hatte, dem B 10€ mit Gewalt weggenommen. Von den 10€ kaufte er sich etwas zum Essen. Zur Zeit der Tat war A nach § 21 StGB vermindert schuldfähig. Nimmt das Gericht einen minderschweren Fall des Raubes nach § 249 Abs. 2 StGB wegen verminderter Schuldfähigkeit an, so beträgt die Mindeststrafe 6 Monate, die Höchststrafe 5 Jahre. Eine weitere Milderung über §§ 21, 49 StGB kommt wegen § 50 StGB nicht mehr in Betracht. Der Umstand der verminderten Schuldfähigkeit hat bereits zur Annahme eines minderschweren Falls nach § 249 Abs. 2 StGB geführt, so dass eine weitere Milderung nicht mehr möglich ist.

Das Gericht kann aber auch wegen der Notlage des A und der sonstigen Tatumstände zu einem minderschweren Fall kommen. Die Strafe von 6 Monaten nach § 249 Abs. 2 StGB kann hier wegen der verminderten Schuldfähigkeit über §§ 21, 49 Abs. 1 Ziffer 3 letzte Alternative StGB nochmals gemildert werden und zwar auf das gesetzliche Mindestmaß, also 1 Monat, § 38 Abs. 2 StGB. § 50 StGB steht hier einer Milderung nicht entgegen, da der Umstand der verminderten Schuldfähigkeit bei der Annahme eines minderschweren Falls des Raubes nach § 249 Abs. 2 StGB nicht herangezogen wurde. Das Höchstmaß der Strafe beträgt nach § 49 Abs. 2 StGB drei Viertel von 5 Jahren, also 3 Jahre und 9 Monate. Der Strafrahmen, der dem Richter zur Verfügung steht, beträgt in der zweiten Alternative 1 Monat bis 3 Jahre und 9 Monate.

d) Nach Festlegung des Strafrahmens erfolgt die **Bestimmung der Strafart**. Droht das Gesetz nur Geldstrafe an, so ist diese zu verhängen. Die Geldstrafe wird in Tagessätzen verhängt, § 40 Abs. 1 Satz 1 StGB. Es ist sowohl die Zahl der Tagessätze als auch die Höhe des Tagessatzes festzulegen. Die Bemessung der Tagessatzhöhe richtet sich hierbei nach den Einkommensverhältnissen des Angeklagten, wobei vom durchschnittlichen Tageseinkommen auszugehen ist (vgl. § 40 Abs. 2 und 3 StGB). Das Einkommen umfasst alle Einkünfte aus selbstständiger und unselbstständiger Arbeit sowie aus sonstigen Einkunftsarten. Dabei kommt es nach § 40 Abs. 2 S. 2 StGB nicht nur auf das tatsächliche, sondern auch auf das zumutbar erzielbare Einkommen an (vgl. im Einzelnen Fischer § 40 Rn. 7 bis 12, dort auch zur Tagessatzhöhe bei einzelnen Berufsgruppen). Von den Einkünften sind Belastungen und Verbindlichkeiten abzuziehen (vgl. Fischer § 40 Rn. 13 bis 17).

Macht der Angeklagte keine, unzureichende oder unzutreffende Angaben über seine finanziellen Verhältnisse, so steht dem Gericht hinsichtlich der Zumessungstatsachen eine Schätzung zu § 40 Abs. 3 StGB. Diese Schätzung muss aber vom Gericht genau begründet werden.

Die Ersatzfreiheitsstrafe braucht nicht mehr wie früher im Urteilstenor aufgenommen zu werden. Gemäß § 42 StGB sind evtl. Zahlungserleichterungen bereits im Urteil oder Strafbefehl auszusprechen. (vgl. im Übrigen König JABl 2009, 829 Grundwissen zur Zumessung der Geldstrafe).

Droht das Gesetz wahlweise Geld- oder Freiheitsstrafe an, so ist auf Geldstrafe als die mildere Strafart zu erkennen, sofern unter Abwägung aller Strafzumessungstatsachen der Strafzweck durch sie erreicht werden kann. Dies gilt insbesondere bei Ersttätern. Sollte eine Geldstrafe nicht mehr ausreichend sein,

so ist auf Freiheitsstrafe zu erkennen, Die Freiheitsstrafe beträgt mindestens einen Monat und höchstens 15 Jahre, es sei denn das Gesetz droht lebenslange Freiheitsstrafe an § 38 Abs. 1 StGB. Nach § 39 StGB wird die Freiheitsstrafe unter 1 Jahr in Monaten und Wochen festgesetzt, über 1 Jahr in vollen Monaten und Jahren, also nicht etwa 16 Monate.

In Examensklausuren sollte wegen § 47 Abs. 1 StGB die Verhängung einer Freiheitsstrafe unter sechs Monaten unterbleiben, da besondere Umstände, die in der Tat oder in der Person des Täters liegen, in der Klausur kaum geschildert werden können.

e) Nach Festlegung der Straftat erfolgt die Ausfüllung des gefundenen Strafrahmens (**Strafzumessung** im engeren Sinn). Bei der Zumessung wägt das Gericht die Umstände, die für und gegen den Angeklagten sprechen, gegeneinander ab. Dabei ist zunächst mit den für den Angeklagten günstigen Umständen zu beginnen, erst dann folgen die Umstände, die gegen ihn sprechen.

Grundlage für die Strafzumessung ist in erster Linie die Schwere der Tat und ihre Bedeutung für die verletzte Rechtsordnung sowie der Grad der persönlichen Schuld des Täters (BGH NStZ 1987, 405; Fischer § 46 Rn. 20). Gesetzlich genannte Strafzumessungstatsachen sind in § 46 Abs. 2 S. 2 StGB genannt. Die Aufzählung ist aber nicht erschöpfend.

Als Zumessungstatsachen kommen vor allem folgende Gesichtspunkte in Betracht:

die innere Beziehung des Täters zur Tat, die Umstände der Tat und außerhalb der Tat liegende Zumessungstatsachen (Fischer § 46 Rn. 25; z.T. erfolgt eine Unterteilung je nachdem, ob die Umstände das Handlungs- oder das Erfolgsunrecht betreffen).

aa) Zu den Gesichtspunkten, die die innere Beziehung des Täters zur Tat betreffen, gehören die Beweggründe und die Tatziele, wie Gewinnsucht oder grober Eigennutz. Strafmildernd können sich auch eine Notlage oder schlechte wirtschaftliche Verhältnisse auswirken, soweit sie als Motiv für den Tatentschluss in Betracht kommen. Eine ungünstige wirtschaftliche Lage verliert ihr strafmilderndes Gewicht nicht schon deshalb, weil der notwendige Lebensunterhalt auch ohne die Tat gesichert ist. Ob eine gute wirtschaftliche Lage des Täters bei Vermögensdelikten strafscharfend wirken kann, hängt von den Umständen des Einzelfalles ab (BGHSt 34, 345).

Ferner gehören hierzu die Gesinnung, die aus der Tat spricht, wobei die Einzeltatgesinnung gemeint ist, wie rohe, gewissenlose, grausame oder rücksichtslose Vorgehensweise und die bei der Tat aufgewandte Energie (Fischer § 46 Rn. 27).

Bei Fahrlässigkeitsdelikten ist auch das Maß der Pflichtwidrigkeit von Bedeutung.

bb) Bei den Strafzumessungstatsachen, die die Umstände der Tat betreffen, ist vor allem die Art der Ausführung der Tat von Bedeutung z.B. die Tatmodalitäten von Ort, Zeit, Dauer und Mittel (Fischer § 46 Rn. 32).

Auch die Verwirklichung mehrerer in Tateinheit zu einander stehender Delikte sind strafscharfend zu berücksichtigen, wenn diesen ein eigenständiges Gewicht zu kommt z. B. durch Erhöhung des Schadens (Fischer § 46 Rn. 32).

Ferner können die Auswirkung der Tat auf das Opfer strafscharfend berücksichtigt werden, soweit sie vom Täter verschuldet wurden.

Von Bedeutung ist auch die Höhe des vom Täter verursachten Schaden. Dazu bedarf es einer genauen Feststellung des eingetretenen Schadens, wobei auch eine Vermögensgefährdung ausreicht. Dieser kommt aber nicht das gleiche Gewicht zu wie dem entgeltlich eingetreten Schaden (BGH StV 2008, 529).

Strafmildernd können auch die Auswirkungen der Tat auf den Täter selbst herangezogen werden, auch wenn sie nicht den Grad des § 60 StGB erreichen, etwa eine schwere Verletzung des Täters (Fischer § 46 Rn. 34b). Zu den Auswirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind § 46 Abs. 1 S. 2 StGB, gehören auch die berufs- und standesrechtlichen Folgen der Strafe. Deshalb ist der Umstand, dass eine strafrechtliche Verurteilung die Beendigung des Beamtenverhältnisses zur Folge hat, nicht nur bei der konkreten Strafwahl zu berücksichtigen, sondern auch zu prüfen, ob eventuell ein minder schwerer Fall vorliegt (BGH NStZ-RR 2010, 39). Insoweit liegt auch kein Verstoß gegen das Verbot der Doppelverwertung vor (vgl. Fischer § 46 Rn. 9).