

Zusammentreffen von Strafmilderungsgründen

StGB §§ 27 Abs. 2, 49 Abs. 1, 50 Abs. 3 S. 2 Nr. 1

Es kann jedenfalls dann dahinstehen, ob sich die Strafrahenwahl als rechtsfehlerhaft erweist, wenn im Ergebnis auszuschließen ist, dass eine Reduzierung der Strafobergrenze (hier: nach §§ 27 Abs. 2, 49 Abs. 1 StGB) die tatsächlich verhängte Strafe beeinflusst haben könnte.

BGH, Beschl. v. 24.08.2017 – 3 StR 348/17 (LG Koblenz)

Anm. d. Red.: Die Entscheidung wurde zu einem anderen rechtlichen Gesichtspunkt bereits in StV 2019, 28 (Ls) abgedruckt.

Anmerkung I. Einführung. Auf den ersten Blick scheint der knappe Beschluss, der lediglich »ergänzende« Bemerkungen zu einer Revisionsverwerfung nach § 349 Abs. 2 StPO enthält, kaum nähere Betrachtung wert, zumal dem *Senat* – um dies vorwegzunehmen – im Ergebnis zuzustimmen ist, soweit er ausschließt, dass sich ein Fehler bei der Strafrahenwahl angesichts der »außerordentlich milden« Einzelstrafen von maximal 40 Tagessätzen (und einer Gesamtgeldstrafe von nur 90 Tagessätzen für 118 Fälle der Beihilfe zur Untreue!) vorliegend zu Lasten des Angekl. ausgewirkt haben kann. Andererseits enthält der Beschluss gleich zwei beiläufige sanktionenrechtliche Bemerkungen, die zum Widerspruch herausfordern. Angesiedelt sind sie im Bereich der komplizierten Fragen rund um das Doppelverwertungsverbot bei der Strafrahenwahl.

II. Zum Inhalt der Entscheidung. Das LG war bei der Strafrahenbestimmung bezüglich des Angekl. W zunächst von der Indizwirkung des Regelbeispiels des § 266 Abs. 2 i.V.m. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB ausgegangen, hielt diese dann aber im Weg einer Gesamtwürdigung aller strafzumessungserheblichen Umstände unter Einbeziehung des gesetzlich bestimmten Milderungsgrundes des § 28 Abs. 1 StGB für widerlegt. Eine weitere Milderung nach § 49 Abs. 1 StGB nahm es nicht vor, sondern bildete die Einzelstrafen aus dem Normalstrafrahmen des § 266 Abs. 1 StGB.

1. »Verbrauch« des Strafmilderungsgrunds und § 50 StGB. Mit Blick auf den Wortlaut »Täter« nachvollziehbar sind die »Bedenken« des *Senats*, das Regelbeispiel der Gewerbsmäßigkeit i.S.d. § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB auf einen Gehilfen anzuwenden, wenngleich dieser Gesichtspunkt im Rahmen der von der Rechtsprechung favorisierten Gesamtwürdigungslösung jedenfalls grundsätzlich geeignet erscheint, die geringere Beteiligungsform aufzuwiegen und (abhängig von den übrigen Umständen des Einzelfalls) ggf. dennoch zur Annahme eines *unbenannten* besonders schweren Falls zu gelangen.¹ Soweit der *BGH* im Anschluss jedoch ausführt, dass das *Tatgericht* für das Absehen von der Indizwirkung keinen vertypen Strafmilderungsgrund verbraucht hätte, wenn es das Regelbeispiel verneint hätte, stellt sich die Frage, woraus sich dieser »Verbrauch« überhaupt ergeben soll. Ein solcher kann eigentlich nur die Konsequenz aus § 50 StGB sein,² der bestimmt, dass ein Umstand, der allein oder zusammen mit anderen Umständen die Annahme eines minder schweren Falls begründet und der zugleich ein besonderer gesetzlicher Milderungsgrund nach § 49 StGB ist, nur einmal berücksichtigt werden darf.³ Im vorliegenden Fall ging es aber nicht

um die *Annahme* eines *minder* schweren, sondern um die *Verneinung* eines *besonders* schweren Falls, die vom Wortlaut des § 50 StGB eindeutig nicht erfasst ist.⁴ Es handelt sich zwar um eine ganz ähnliche, sozusagen eine Ebene höher angesiedelte Konstellation, nämlich eine zweifache Verschiebung des Strafrahmens zu Gunsten des Täters, die aufgrund ein und desselben Umstands erfolgen würde, weshalb der Rechtsgedanke des § 50 StGB in der Tat einschlägig ist.⁵ Das ändert freilich nichts daran, dass dessen Anwendung *de lege lata* eine verbotene Analogie zu Lasten des Täters darstellt, die in der Literatur zu Recht abgelehnt wird.⁶ Dies gilt jedenfalls für *obligatorische* Milderungen wie §§ 27, 28 StGB, während bei *fakultativen* wie §§ 21, 23 StGB nichts dagegen spricht, die *ratio legis* des § 50 StGB als Ermessensgesichtspunkt gegen die Milderung in Anschlag zu bringen.⁷

Gerade vor dem Hintergrund der kurz zuvor noch mit Blick auf den *Wortlaut* des § 263 Abs. 3 S. 2 Nr. 1 Alt. 1 StGB geäußerten »Bedenken« des *Senats* bemerkenswert ist es, dass er nunmehr wie selbstverständlich und unausgesprochen (!) eine *entsprechende* Anwendung vornimmt, obwohl sie zuvor vom *BGH* soweit ersichtlich noch nicht tragend,⁸ keineswegs einheitlich,⁹ sondern nur in einzelnen *obiter dicta* befürwortet wurde. Damit stellt sich die Frage, ob die Analogie denn dieses Mal für die Entscheidung erheblich ist oder wiederum nur beiläufig geäußert wurde, was nicht ganz einfach zu beurteilen ist. Für letzteres spricht, dass die gesamte Begründung lediglich »ergänzend« erfolgt, also die Begründung des *GBA* zum Verwerfungsantrag nach § 349 Abs. 2 StGB wohl für sich genommen die Entscheidung zu tragen im Stande ist. Andererseits lässt der *Senat* nur die möglicherweise rechtsfehlerhafte Annahme der Indizwirkung der »Gewerbsmäßigkeit« *explizit* dahinstehen, sodass die Instanzentscheidung im Übrigen gebilligt worden sein könnte. Im landgerichtlichen Urteil findet sich allerdings kein Wort zu einem »Verbrauch« durch Widerlegung der Indizwirkung, sondern es wird lediglich im Anschluss eine *Doppelmilderung* abgelehnt (s. dazu sogleich **II.2.**).¹⁰ Entscheidend dürfte letztlich sein, dass Fehler bei den komplizierten Strafrahenmodifikationen vorliegend solange ohne Einfluss auf das Ergebnis bleiben, wie sie sich lediglich auf die *Strafobergrenze* auswirken. Eine sich derartig nah am *Mindestmaß* der Geldstrafe bewegende Tagessatzanzahl wird kaum jemals auf einem solchen Fehler beruhen können, womit rechtlich tragende Erwägungen hierzu gänzlich entbehrlich waren.

1 Vgl. BGHSt 29, 319 (322); BGH, Beschl. v. 17.10.2017 – 3 StR 349/17, JurionRS 2017, 27240.

2 § 46 Abs. 3 StGB, der über seinen Wortlaut hinaus auch auf die Strafrahenwahl angewendet wird, dürfte dagegen als allgemeinere Norm von § 50 StGB verdrängt werden. Selbst wenn man dies anders sähe, stünde seiner analogen Anwendung zu Lasten des Täters ebenfalls das Gesetzlichkeitsprinzip entgegen; a.A. *Gribbohm* FS Salger, 1995, S. 39 (43 f.).

3 S. dazu am Beispiel der §§ 212 f. StGB *Wessels/Hettinger/Engländer*, Strafrecht Besonderer Teil 1, 41. Aufl. 2017, Rn. 189 ff.

4 LK-StGB/*Theune*, 12. Aufl. 2006, § 50 Rn. 10; *Fischer*, StGB, 65. Aufl. 2018, § 50 Rn. 2.

5 *Sobota* HRRS 2015, 339 (340).

6 *Gribbohm* FS Salger (Fn. 2), S. 39 (45); LK-StGB/*Theune* (Fn. 4), § 50 Rn. 10; *Satzger/Schluckebier/Widmaier-StGB/Eschelbach*, 3. Aufl. 2016, § 50 Rn. 2 f.; NK-StGB/*Kett-Straub*, 5. Aufl. 2017, § 50 Rn. 10; *Sobota* HRRS 2015, 339 (341).

7 Siehe die Nachw. in Fn. 6.

8 BGH NJW 1986, 1699 (1700) = StV 1986, 339; BGH NJW 1991, 2574 (2575).

9 BGH StV 2004, 73 (74); StV 2004, 601 (602).

10 LG Koblenz, Urt. v. 19.09.2016 – 10 KLs 2050 Js 18725/12, S. 81 (unveröff.).

2. *Keine doppelte Strafrahmengmilderung beim Gehilfen.* In eine ganz ähnliche Richtung weist die zweite Bemerkung des *Senats*, die jedoch anders als die erste auf ständiger Rechtsprechung fußt und in der Literatur vielfach sogar geteilt wird.¹¹ Seit BGHSt 26, 53 verwehrt der *BGH* dem Gehilfen eine doppelte Milderung des Strafrahmens, wenn allein das Fehlen eines besonderen persönlichen Merkmals dazu führt, dass er nur als Gehilfe und nicht als Täter verurteilt werden kann. Auch wenn eine kurze Anmerkung wie die vorliegende nicht dazu geeignet sein dürfte, diese gefestigte Rechtsprechung zu destabilisieren, sollen die Bedenken erneut ausgebreitet werden, auf dass steter Tropfen den Stein irgendwann einmal höhlen möge.

Auch hier stellt sich primär die Frage, welche gesetzliche Grundlage den Richter überhaupt zu dieser für den Betroffenen nachteiligen Konsequenz ermächtigen soll.¹² In dieser Hinsicht ist schon die Grundsatzentscheidung unergiebig, die ein auf Grundlage des alten Rechts vor dem Inkrafttreten des 2. Strafrechtsreformgesetzes ergangenes Urteil überprüfte und lediglich erklärt, warum der neue § 50 StGB der Entscheidung nicht entgegensteht.¹³ In der Folge findet sich ausschließlich der Verweis auf die »ständige Rechtsprechung«, während das Problem des Gesetzlichkeitsprinzips vollständig ausgespart wird.¹⁴ In der Literatur wird diesbezüglich immerhin argumentiert, dass es sich nicht mehr um das Fehlen »besonderer«, d.h. zum Fehlen der Tatherrschaft hinzukommender, strafbegründender Tätermerkmale handelt, wenn allein der Pflichtmangel konkret die Tätoreigenschaft entfallen lässt.¹⁵ Das überzeugt allerdings nicht, denn die Sonderpflicht selbst ist es, die bei diesen Delikten die Tatherrschaft begründet.¹⁶ Bei einem treuwidrigem Geschäft i.S.d. § 266 StGB verfügt nur der Treupflichtige über die Herrschaft, seine Rechtsstellung gegenüber dem Treugeber missbrauchen zu können, mag die Rolle des Gehilfen bei der konkreten Ausgestaltung des treuwidrigen Geschäftes auch noch so gewichtig sein.¹⁷ Andernorts heißt es, der Wortlaut des § 28 StGB setze die Bewertung der Tat als Beihilfe voraus, sodass er nicht anwendbar sei, wenn eine solche Beurteilung der Tatbeteiligung erst durch Anwendung des § 28 Abs. 1 StGB möglich werde.¹⁸ Soweit damit überhaupt etwas anderes als im vorgenannten Argument zum Ausdruck gebracht sein sollte, mutet dieser Einwand fast schon rabulistisch an und trifft auch in der Sache nicht zu, weil es das fehlende Unrechtsmerkmal der Sonderpflicht ist, das zu einer Bewertung als Beihilfe führt.¹⁹ Daran wiederum knüpft § 28 Abs. 1 StGB an und schreibt eine weitere Milderung vor, die deshalb angezeigt ist, weil dem Gehilfen das Schuldmerkmal der gesteigerten Pflichtverletzung fehlt und somit im Sinne der gelockerten Akzessorität eine vollständige Ableitung der Schuld aus der Haupttat verfehlt wäre.²⁰

III. Fazit Was den »Verbrauch« von Milderungsgründen angeht, wenn sie zur Widerlegung der Indizwirkung eines Regelbeispiels herangezogen werden, bleibt abzuwarten, ob und wann hierzu eine tragende Entscheidung des *BGH* ergeht, in der er sich *ausdrücklich* auf eine entsprechende Anwendung von § 50 StGB stützt. In jedem Fall berührt diese Frage wie auch die Versagung einer Doppelmilderung nach §§ 27 Abs. 2 S. 2, 28 Abs. 1 StGB beim Pflichtenmangel das Gesetzlichkeitsprinzip, sodass eine letztgültige Klärung durch das *BVerfG* zu wünschen ist.

Akad. Rat a.Z. Rechtsanwalt Dr. Sebastian Sobota, Mainz.

Betrug zum Nachteil einer Terrororganisation; versuchte Anstiftung

StGB §§ 30, 211, 263; StPO § 267

1. Die bloße Kundgabe, ein Verbrechen begehen zu wollen, erfüllt den Tatbestand des § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB nicht. Vielmehr muss die Erklärung ernsthaft und darauf gerichtet sein, sich gegenüber dem Adressaten zu binden, sei es in Form der Annahme einer von diesem stammenden Aufforderung, sei es in Form eines aktiven Sich-erbietens diesem gegenüber in der Erwartung, dass er dem Deliktsplan zustimmen werde.

2. Eine Verabredung nach § 30 Abs. 2 Var. 3 StGB setzt voraus, dass mindestens zwei Beteiligte tatsächlich zur Tatbegehung entschlossen sind.

3. Auch die Schädigung des Vermögens einer Terrororganisation ist Vermögensschaden i.S.d. § 263 StGB; allein der Gesetzeszweck des § 89c StGB, Geldzuflüsse an Terrororganisationen zu verhindern, gibt keinen Anlass, den Vermögensbegriff bei § 263 StGB einzuschränken.

BGH, Urt. v. 11.04.2018 – 5 STR 595/17 (LG Saarbrücken)

Aus den Gründen: [1] Das *LG* hat den Angekl. wegen versuchten Betruges zu einer Freiheitsstrafe von 2 J. verurteilt. Hiergegen richten sich die jeweils auf die Rüge der Verletzung materiellen Rechts gestützten Revisionen der StA und des Angekl. Die StA beanstandet mit ihrem Rechtsmittel, das insoweit vom GBA vertreten wird, insbes. die Beweiswürdigung im Hinblick auf den mit der Anklage erhobenen Vorwurf des Versuchs der Beteiligung am Mord.

[2] Die Revisionen haben keinen Erfolg.

[3] **I.** Nach den Feststellungen des *LG* reiste der 39 Jahre alte Angekl., dessen Familie in Damaskus lebt und – ebenso wie die Führungsspitze des Assad-Regimes – der ismailitischen Religionsgemeinschaft angehört, als syrischer Flüchtling 2014 nach Deutschland ein. Während seines Aufenthalts in einer Flüchtlingsunterkunft fiel er wiederholt dadurch auf, dass er sich Geld von anderen Flüchtlingen »lieh« und es nicht oder unvollständig zurückzahlte, um seinen Lebensunterhalt aufzubessern. Auch zahlten Mitglieder der Familie seiner damaligen Verlobten an den Angekl. und an einen seiner Bekannten Geldbeträge, ohne dass die hierfür von ihm versprochenen Gegenleistungen erbracht wurden. Weil ihre Familie deshalb den Glauben an seine Ehrlichkeit verloren hatte, löste seine Verlobte etwa Anfang Oktober 2016 die Verlobung mit dem Angekl. auf. Sie blieben jedoch weiterhin in Kontakt, wobei er sich bemühte, ihre Gunst zurückzugewinnen. So stellte er ihr Ende Dezember 2016 in Aussicht, dass er nach Neujahr 2017 zu Geld kommen und ihr Geschenke machen werde.

[4] Zuvor hatte der Angekl. am 18.12.2016 zunächst in seinen frei zugänglichen Facebook-Account eine Grafik eingestellt, auf der in

11 Lackner/Kühl-StGB/Heger, 28. Aufl. 2014, § 50 Rn. 5; Schönke/Schröder-StGB/Kinzig/Stree, 29. Aufl. 2014, § 49 Rn. 6; SK-StGB/Hoyer, 9. Aufl. 2017, § 27 Rn. 39; a.A. LK-StGB/Roxin, 11. Aufl. 2003, § 28 Rn. 88 f.; NK-StGB/Puppe (Fn. 6), §§ 28, 29 Rn. 80; Herzberg GA 1991, 163; Gribb-ohm FS Salger (Fn. 2), S. 39 (44); S/S/W-StGB/Eschelbach (Fn. 6), § 50 Rn. 5.

12 Ähnl. BeckOK-StGB/Kudlich, 35. Ed., Stand: 01.08.2017, § 28 Rn. 20.

13 BGHSt 26, 53 (55).

14 S. etwa BGH StV 2005, 330; StV 2013, 568; wistra 2015, 146; zuletzt BGH NJW 2016, 2585 (2600) = StV 2017, 104 (Ls).

15 SK-StGB/Hoyer (Fn. 11), § 27 Rn. 39 m.w.N.

16 NK-StGB/Puppe (Fn. 6), §§ 28, 29 Rn. 79.

17 NK-StGB/Puppe (Fn. 6), §§ 28, 29 Rn. 79.

18 LK-StGB/Theune (Fn. 4), § 50 Rn. 13.

19 NK-StGB/Puppe (Fn. 6), §§ 28, 29 Rn. 79.

20 NK-StGB/Puppe (Fn. 6), §§ 28, 29 Rn. 79.