148. 1. Kommen bei Bestimmung desjenigen Gesetzes, welches im Falle idealer Konkurrenz nach St.G.B. §. 73 die schwerste Strafe androht, nur die Hauptstrafen oder auch die Nebenstrafen in Betracht?

2. Können die lediglich im minder schweren Gesetze gedrohten Nebenstrafen neben dem schwereren Strafgesetze zur Anwendung kommen?

I. Straffenat. Urth. v. 5. Januar 1882 g. S. Rep. 3063/81.

I. Landgericht München.

Aus den Gründen:

Der Angeklagte, ein Bahnwärter, ist, weil er in dieser seiner Eigenschaft durch Vernachlässigung der ihm, als einer zur Aufsicht über die Bahn und den Beförderungsbetrieb angestellten Person, obliegenden Pflichten den Transport auf einer Eisenbahn in Gefahr gesetzt und zugleich durch dieselbe Handlung mit Vernachlässigung derjenigen Aufmerksamkeit, zu welcher er vermöge seines Amtes und Berufes besonders verpflichtet gewesen, fahrlässig die Körperverletzung eines Menschen verursacht hat, aus §. 316 Abs. 2 und §. 319 St.G.B.'s in ideeller Konkurrenz mit dem in §. 230 Abs. 2 St.G.B.'s vorgesehenen Vergehen in Anwendung des §. 73 St.G.B.'s zu 6 Monaten Gefängnis verurteilt und zu einer Beschäftigung im Eisenbahndienst unfähig erklärt worden.

Die Strafkammer hat dieser Verurteilung die Norm des §. 316

Abf. 2 in Verbindung mit §. 319 St.G.B.'s zu Grunde gelegt, weil, wenn schon §. 230 St.G.B.'s neben Geldstrafe Gefängnis bis zu 2 Jahren und in Abf. 2 bis zu 3 Jahren, §. 316 St.G.B.'s aber für einen Fall der vorliegenden Art nur Gefängnis bis zu 1 Jahr drohe, §. 319 doch zulasse, daß der betreffende Angestellte zugleich für unfähig zur Beschäftigung im Eisenbahndienste erklärt werde.

Das Vorgericht ist nämlich der Ansicht, daß bei Beurteilung der Frage, welches von zwei zusammentreffenden Strafgesetzen das schwerere im Sinne des §. 73 St.G.B.'s sei, nicht nur die angedrohten Hauptstrafen, sondern auch die „unter Umständen weit empfindlicheren“ Nebenstrafen zu berücksichtigen seien, und daß für einen Angestellten, dem seine Stelle den Lebensunterhalt für sich und seine Familie verschaffe, der Verlust dieser Stelle und die Unfähigkeit, eine solche wieder zu erlangen, weit schwerer wiege, als die in §. 230 Abf. 2 St.G.B.'s angedrohte Freiheitsstrafe. Deshalb erscheine der Strafkammer §. 316 mit §. 319 St.G.B.'s als das allein anwendbare „die schwerere Strafe und Strafart androhende Gesetz.“

Die Revision des Angeklagten erachtet §. 73 in Verbindung mit §§. 230 Abf. 2. 316 Abf. 2. 319 St.G.B.'s verletzt, indem vorliegend nur §. 230 Abf. 2 St.G.B.'s als dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafe androhe, habe zur Anwendung gebracht werden dürfen, weil bei gleichartige Freiheitsstrafen bestimmenden Gesetzen nur die Höhe dieser Freiheitsstrafen, nicht eine daneben etwa zulässige Nebenstrafe, für welche jede Möglichkeit der Vergleichung im Verhältnisse zur Freiheitsstrafe fehle, in betreff der „schwersten Strafe“ nach §. 73 St.G.B.'s maßgebend sein müsse.

Zunächst ist nicht zweifelhaft und nicht bestritten, daß nach den tatsächlichen Feststellungen Angeklagter durch eine und dieselbe Handlung die verschiedenen Strafnormen der §§. 230 Abf. 2 und 316 Abf. 2 St.G.B.'s übertreten hat. Diese beiden Strafgesetze weichen insofern von einander ab, als §. 316 Abf. 2 St.G.B.'s ohne weiteres zutrifft, wenn ein Angestellter der daselbst bezeichneten Kategorie durch Vernachlässigung der ihm obliegenden Pflichten den Transport auf einer Eisenbahn in Gefahr gesetzt hat, ohne daß es einer zum Vergehen nach §. 230 St.G.B.'s erforderlichen Körperverletzung und des Nachweises einer deshalbigen subjektiven Verschuldung, insbesondere der möglichen Voraussicht des Erfolges, bedarf. Für solche Fälle der sog.

ideellen Konkurrenz hat §. 73 St.G.B.'s das System der Aufzehrung (Absorption) dergestalt adoptiert, daß lediglich dasjenige Gesetz zur Anwendung gelangen soll, „welches die schwerste Strafe und bei ungleichen Strafarten dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafart androht.“

Zu prüfen ist daher hier nicht, wie für die sog. reale Konkurrenz nach §. 74 St.G.B.'s angeordnet, welche Strafe als die in concreto wirkte schwerste Strafe betrachtet, vielmehr, welche in thesi angeordnete Strafe für die schwerste erachtet werden muß. Wo nicht schon die positive Säkung, die stufenweise Rangordnung der einzelnen Hauptstrafen durch deren Höchstbetrag, in dem einen oder anderen Gesetze die unmittelbare Entscheidung enthält, entstehen für die richterliche Beurteilung der Frage Schwierigkeiten. Eine solche Schwierigkeit tritt speziell dann hervor, wenn, wie im gegenwärtigen Falle, das eine Gesetz eine Freiheitsstrafe längerer Maximaldauer (§. 230 Abs. 2 St.G.B.'s Gefängnis bis zu 3 Jahren) ohne Nebenstrafen, das andere dieselbe Art der Freiheitsstrafe in geringerem Maß (§. 316 Abs. 2 St.G.B.'s Gefängnisstrafe bis zu 1 Jahr) und zugleich eine Nebenstrafe, hier Unfähigkeitserklärung des Angeklagten zur Beschäftigung im Eisenbahn- oder Telegraphendienst oder in bestimmten Zweigen dieser Dienste, sei es zwingend oder fakultativ, droht.

Da die berührte Schwierigkeit in dem vom St.G.B. nicht direkt ausgeprägten Proportionsverhältnisse der sog. Nebenstrafen zu der Schwere der Hauptstrafen ihren Grund findet, erklärt sich leicht die Mannigfaltigkeit abweichend aufgestellter Gesichtspunkte, welche nicht nur die hauptsächlich in Betracht kommenden Ehrenstrafen zum Vergleichungsgegenstande nehmen.

Es kann zugestanden werden, daß, wenn die in beiden Gesetzen gedrohte Hauptstrafe nach Art und Maß gleich ist, dasjenige Gesetz als das die schwerste Strafe im Sinne des §. 73 St.G.B.'s androhende gelten muß, welches daneben noch Nebenstrafen androht. Dahingestellt mag auch bleiben, ob bei Verschiedenheit der bestimmten längsten Dauer der gleichartigen Freiheitsstrafen prinzipiell diejenige Freiheitsstrafe als schwerste Strafe sich darstellt, mit welcher, sei auch die Hauptfreiheitsstrafe im Höchstbetrage kürzer bemessen, eine Ehrenstrafe im engeren Sinne verbunden ist, weil alsdann diese Freiheitsstrafe qualitativ eine andere werde; jedenfalls mangelt gesetzlicher Anhalt für die Unterstellung,

daß schon das Hinzutreten jeder Nebenstrafe der betreffenden kürzeren Hauptfreiheitsstrafe ein solches Übergewicht verschaffe, welches dieser kürzeren Freiheitsstrafe den Charakter der schwersten Strafe aufbringe.

Da insbesondere die Bedeutung der nach §. 316 Abs. 2 St.G.B.'s in Fällen der gegenwärtigen Art neben der Gefängnisstrafe von einem Monat bis zu einem Jahre in Gemäßheit des §. 319 St.G.B.'s stattfindenden, die Ehrenrechte des Verurteilten (§§. 33 flg. St.G.B.'s) ungeschmälert lassenden Unfähigkeitserklärung der zur Aufsicht über eine Bahn ꝛ angestellten Person zu einer Beschäftigung im Eisenbahndienste oder in bestimmten Zweigen dieses Dienstes sich nach objektiven Merkmalen nicht bemessen läßt, die Schwere dieser Nebenstrafe vielmehr, welche jeden betreffenden Angestellten treffen kann, von den konkreten Verhältnissen dergestalt abhängig ist, daß die nähere Natur des Dienstverhältnisses und die daraus entspringenden Nutzungen, Alter, Vermögen, Familienverhältnisse ꝛ des Angeklagten wesentlich mitwirken; da ferner nicht angenommen werden kann, der Gesetzgeber, welcher in §. 73 die schwerste Strafe in *thesi* für maßgebend erklärt, habe, im Widerspruch mit dieser grundsätzlichen Norm, dem Richter ohne Bedeutung eines gesetzlichen Wertverhältnisses von vornherein subjektiv willkürliche Berücksichtigung der wechselnden Erscheinungen des Lebens einräumen wollen, da auch an sich ein Eisenbahnangestellter, der durch seine erhöhte, sonst nach den gewöhnlichen Regeln zu beurteilende Fahrlässigkeit die Körperverletzung eines anderen verursacht, strafwürdiger erscheint, als derjenige Eisenbahnangestellte, welcher durch bloße Vernachlässigung der gerade ihm obliegenden mannigfachen Pflichten schon für die Thatfache der Gefährdung eines Eisenbahntransportes verantwortlich gemacht wird, rechtfertigt es sich, die in §. 230 Abs. 2 St.G.B.'s angedrohte, bis zu 3 Jahren reichende Gefängnisstrafe als schwerste Strafe nach §. 73 St.G.B.'s aufzufassen.

Da bei ideeller Konkurrenz nur dasjenige Gesetz, welches die schwerste Strafe androht, zur Anwendung kommt, vorliegend also §. 230 Abs. 2 St.G.B.'s und nicht, oder nicht daneben §. 316 bezw. §. 319 St.G.B.'s, sohin insbesondere auf die Unfähigkeit des Angeklagten zur Beschäftigung im Eisenbahndienste nicht erkannt werden durfte, erscheint die Revision des Angeklagten begründet.