

4. Bei Tateinheit (§ 73 StGB.) ist das Gesetz, das die schwerste Strafe, und bei ungleichen Strafarten das Gesetz, das die schwerste Strafart androht, nach den Umständen des einzelnen Falles — „konkret“ — zu ermitteln.

II. Straffenat. Urt. v. 28. November 1940 g. B. 2 D 509/40.

I. Landgericht Berlin.

Das LG. hat die Angeklagte B. wegen Meineides unter Zuhilfenahme des Strafmilderungsgrundes nach dem § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. — in Tateinheit mit versuchtem Betrug unter Ablehnung

eines besonders schweren Falles — zu Gefängnis verurteilt. Die Angeklagte hat Revision eingelegt. Das RG. hat das Urteil im Strafausspruch mit den ihm insoweit zugrunde liegenden Feststellungen aufgehoben aus folgenden

Gründen:

Verfehlt sind die Ausführungen des Urteils zur Festsetzung der Strafe. Das Urteil sagt dazu: „Bei Zusammentreffen von Meineid und Betrugsversuch ist gemäß § 73 StGB. die Strafe dem § 263 als dem Gesetz zu entnehmen, das die schwerere Strafe androht. Dies gilt auch für den Fall, daß ein schwerer Fall des Betruges verneint wird. Jedoch ist Mindestmaß und Strafart des milderen Gesetzes, also des § 153 StGB., einzuhalten, auch wenn nach dem strengeren Gesetz eine geringere Strafe oder eine leichtere Strafart zulässig ist. Es wäre daher auf Zuchthaus zu erkennen gewesen. Da aber der Angeklagten die Strafmilderungsgründe des § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. zur Seite stehen, war gemäß dieser Vorschrift zu verfahren.“ Im weiteren wird ausgeführt, eine Zuchthausstrafe von einem Jahre sei an sich angemessen. Diese Strafe sei nach dem § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. auf sechs Monate Zuchthaus gemildert worden. Die Zuchthausstrafe sei nach dem § 157 Abs. 2, § 21 StGB. in die ausgesprochene Gefängnisstrafe von neun Monaten umgewandelt worden.

Damit verstößt das LG. gegen den Beschluß des Großen Senats für Strafsachen v. 22. März 1939 (RGSt. Bd. 73 S. 148ffg.), den es offenbar anwenden will. Die Strafkammer hat nach „abstrakten“ Gesichtspunkten unter Einbeziehung des erweiterten Strafrahmens für besonders schwere Fälle — obgleich sie keinen solchen angenommen hat — den § 263 StGB. als das die schwerste Strafe androhende Gesetz angesehen und nach denselben Gesichtspunkten, ebenfalls „abstrakt“, ohne Berücksichtigung des — von ihr mit Recht angenommenen — Milderungsgrundes des § 157 StGB., die einzuhaltende untere Grenze des Strafrahmens des nach ihrer Auffassung milderen Gesetzes, der §§ 153, 154 StGB., gesucht. Dieses Verfahren ist unrichtig.

Die Mindeststrafe des milderen Gesetzes, die nach dem genannten Beschluß einzuhalten ist, kann nur in der Weise gefunden werden, daß der gegebene Fall zugrunde gelegt wird, daß also etwa gegebene die Mindeststrafe beeinflussende Milderungsgründe berücksichtigt

werden. Wäre wirklich hier die Strafandrohung für den Meineid das mildere Gesetz gewesen, so hätte das LG. unter Berücksichtigung des § 157 Abs. 1 Nr. 1 StGB. annehmen müssen, daß die Strafe von drei Monaten Zuchthaus (gleich viereinhalb Monaten Gefängnis) nicht unterschritten werden dürfe.

Das LG. hat aber auch schon in der Annahme gefehlt, daß der § 263 das schwerste und deshalb nach dem § 73 StGB. und dem Beschlusse des Großen Senats anzuwendende Strafgesetz sei. Der Beschluß des Großen Senats sagt im vorletzten Absätze der Begründung: „Für den Fall, daß eines der verletzten Strafgesetze mehrere Strafrahmen vorsieht, hat das Gericht zu prüfen, welcher dieser Strafrahmen nach den Umständen des einzelnen Falles anzuwenden ist.“ Bei unbefangener Beurteilung des Beschlusses kann man diesen Satz nicht dahin verstehen, daß er sich nur auf die einzuhaltende Mindeststrafe des milderen Gesetzes beziehen solle. Man wird auf diesen Gedanken um so weniger kommen können, als es dem Rechtsgefühl widerspräche, dasselbe Gesetz teils nach „abstrakten“, teils nach „konkreten“ Gesichtspunkten anzuwenden. Das würde aber der Fall sein, wenn man die Mindeststrafe des milderen Gesetzes nach Maßgabe der im einzelnen Falle vorliegenden Umstände ermitteln, die Vorfrage aber, welches von mehreren Gesetzen als das mildeste anzusehen sei, ohne Rücksicht auf diese besonderen Umstände beantworten wollte. Die einzuhaltende Mindeststrafe des milderen Gesetzes läßt sich nur durch Betrachten des gegebenen Falles ermitteln. Hier muß der Richter prüfen, welcher von den Strafrahmen des milderen Gesetzes im gegebenen Fall anzuwenden ist. Er darf sich nicht einmal auf den mildesten Strafrahmen des Gesetzes selbst beschränken; er muß auch prüfen, ob nicht durch ein anderes Gesetz für den gegebenen Fall die untere Grenze der Strafe zugunsten der Angeklagten noch weiter verschoben wird.

Daß auf Grund des Beschlusses des Großen Senats auch für die Ermittlung der oberen Grenze des dem Richter zur Verfügung stehenden Strafrahmens und damit des die schwerste Strafe androhenden Gesetzes an der früheren Handhabung und Auslegung des § 73 StGB. nicht festgehalten werden kann, ergibt sich — wie der vorliegende Fall zeigt — schon aus folgendem: Beim tateinheitlichen Zusammentreffen von Betrug (§ 263 StGB.) — ohne besonders schweren Fall — und Meineid (§§ 153, 154 StGB.) — ohne die

Milderungsgründe des § 157 StGB. — würde nach der früheren Auffassung der § 263 StGB. mit Rücksicht auf die Strafandrohung des Abs. 4 als das schwerste Gesetz anzusehen und ihm die Freiheitsstrafe zu entziehen sein. Beim Fehlen des besonders schweren Falles würde aber für die Bemessung der Strafe nur der Strafrahmen von einem Tage bis zu fünf Jahren Gefängnis zur Verfügung stehen. Da aber das nach dieser Auffassung „mildere“ Gesetz (der § 153 StGB.) als Mindeststrafe ein Jahr Zuchthaus vorsieht, darf nach dem Beschlusse des Großen Senats auf keine mildere Strafe als auf ein Jahr Zuchthaus erkannt werden. Dann würden aber die Fragen offen bleiben, ob auch auf mehr als ein Jahr Zuchthaus erkannt werden darf, obwohl das „schwerste“ Gesetz, der § 263 Abs. 1 StGB., keine höhere als eine Freiheitsstrafe von fünf Jahren Gefängnis zuläßt, welches die höchste zulässige Zuchthausstrafe ist, und ob insbesondere auch auf die nach dem § 153 StGB. zulässige Höchststrafe von zehn Jahren Zuchthaus erkannt werden kann, obwohl eine solche Zuchthausstrafe nach dem „schwersten“ Gesetze, dem § 263 StGB., unzulässig und nicht einmal bei Anwendung des § 21 StGB. möglich wäre. Da nach dem klaren Grundgedanken des Beschlusses des Großen Senats der Täter nicht milder bestraft werden soll, als wenn er nur gegen den § 153 StGB. verstoßen hätte, muß er aber auch so hoch bestraft werden können, wie der § 153 StGB. zuläßt. Die Strafe ist also tatsächlich nicht dem § 263 StGB., sondern dem Strafrahmen des § 153 StGB. zu entziehen, obwohl dieses Gesetz nach der — hier abgelehnten — früheren Auffassung gegenüber dem § 263 das mildere Gesetz sein würde.

Der Wortlaut des § 73 StGB. steht einer auf den Fall gerichteten Ermittlung des die schwerste Strafe androhenden Gesetzes auch nicht entgegen. Nur die frühere Auslegung des Begriffes in der Rechtsprechung widerspricht ihr. Die frühere Auslegung des § 73 StGB. ist aber durch den Beschluß des Großen Straffenats in einem viel einschneidenderen Punkt ausdrücklich aufgegeben worden durch die Bejahung der Frage, ob die Mindeststrafe des milderen Gesetzes zu berücksichtigen sei. Macht man sich von dem Gedanken der Notwendigkeit und alleinigen Richtigkeit der früheren Auslegung des § 73 StGB. frei, so bleibt kein Hindernis, das die schwerste Strafe androhende Gesetz nach den Umständen des einzelnen Falles — „konkret“ — zu ermitteln. Für den besonders schweren Fall erfordert

es der Beschluß des Großen Senats dem Sinne nach ohne weiteres. Denn er legt die Ausnahmebeschaffenheit der besonders schweren Fälle auch hinsichtlich der Beurteilung aus dem Gesichtspunkte des § 73 StGB. dar. Damit ist die bisherige Auffassung der Rechtsprechung verlassen, die geglaubt hat, auch den durch die Aufnahme des besonders schweren Falles erweiterten Strafrahmen als die angedrohte schwerste Strafe betrachten zu müssen, obwohl sich dabei Schwierigkeiten ergaben und obgleich sie selbst unter einem anderen Gesichtspunkte — dem des § 1 StGB. (RGSt. Bd. 69 S. 49, 51 und S. 333, 340) — die Ausnahmebeschaffenheit des besonders schweren Falles angenommen hat. Wird diese Ausnahmebeschaffenheit des besonders schweren Falles bei der Anwendung des § 73 StGB. berücksichtigt, so kann die erweiterte Strafandrohung nur dann maßgebend sein, wenn ein besonders schwerer Fall tatsächlich vorliegt. Der Beschluß des Großen Senats muß zu dieser Auffassung mindestens in Fortentwicklung des ihm zugrunde liegenden Gedankens führen, wenn man glaubt, sie ihm nicht unmittelbar entnehmen zu können. Der Beschluß hat der Rechtsprechung den Weg auch insoweit freigemacht. Der Große Senat hat zwar die ihm mitvorgelegte Frage über die Behandlung des besonders schweren Falles nicht selbst bejaht, er hat sie aber auch nicht unbeantwortet gelassen, sondern er hat sie als durch die Beantwortung der ersten Frage erledigt erachtet. Für die Beantwortung der zweiten Frage muß deshalb aus der Beantwortung der ersten etwas zu entnehmen sein. Diese muß mindestens in die Richtung weisen, in der nach der Auffassung des Großen Senats die Lösung der zweiten Frage zu finden ist. Dieser Weg kann nicht verbaut sein, weil sonst der Fingerzeig keinen Sinn hätte.

Der erkennende Senat hat schon im Ur. v. 8. Juni 1939 2 D 39/39 diese Auffassung vertreten in Übereinstimmung mit dem Urteil des dritten Strafsenats v. 5. Juni 1939 3 D 337/39 = DZ. 1939 S. 1639. Diesen Urteilen war allerdings das Urteil des vierten Strafsenats v. 2. Juni 1939 4 D 301/38 vorhergegangen; das diese Folgerung aus dem Beschlusse des Großen Strafsenats nicht gezogen, aber den Weg für eine sinngemäße Fortentwicklung seines Rechtsgebankens auch nicht verschlossen hat und nicht verschließen konnte. Der vierte Strafsenat hat nur die Frage entschieden, daß beim Zusammentreffen von schwerer Amtsunterschlagung und Untreue die Mindeststrafe des § 351 StGB. nicht unterschritten werden darf, und hat demgemäß

das angefochtene Urteil im Strafausspruche dahin berichtigt, daß der Angeklagte nicht zu drei, sondern zu sechs Monaten Gefängnis verurteilt sei. Mit einer Fortentwicklung des Rechtsgedankens des Großen Straffenats zur Frage der Auffindung des die schwerste Strafe androhenden Gesetzes hat er sich nicht befaßt. Der erkennende Senat wäre übrigens durch das genannte Urteil des vierten Straffenats auch deshalb nicht gebunden, weil auch die vom zweiten Straffenat vertretene Auffassung in einem Falle wie dem dort entschiedenen zu demselben Ergebnisse geführt hätte, zu dem der vierte Straffenat im Ur. v. 2. Juni 1939 gekommen ist (RGE. Bd. 56 S. 58, 60, Bd. 58 S. 19, 24).