

**Strafrechtliche Abhandlungen**

---

Neue Folge · Band 144

**Die Ausdehnung der  
eigenen Sachentscheidung in der  
strafrechtlichen Rechtsprechung  
des Bundesgerichtshofs**

**Bestandsaufnahme und Reformvorhaben  
zu § 354 I StPO**

**Von**

**Thorsten Junker**



**Duncker & Humblot · Berlin**

THORSTEN JUNKER

Die Ausdehnung der eigenen Sachentscheidung  
in der strafrechtlichen Rechtsprechung  
des Bundesgerichtshofs

# Strafrechtliche Abhandlungen · Neue Folge

Begründet von Dr. Eberhard Schmidhäuser (†)  
em. ord. Prof. der Rechte an der Universität Hamburg

Herausgegeben von Dr. Dr. h. c. (Breslau) Friedrich-Christian Schroeder  
ord. Prof. der Rechte an der Universität Regensburg

in Zusammenarbeit mit den Strafrechtslehrern der deutschen Universitäten

Band 144

# Die Ausdehnung der eigenen Sachentscheidung in der strafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Bestandsaufnahme und Reformvorhaben  
zu § 354 I StPO

Von

Thorsten Junker



Duncker & Humblot · Berlin

Zur Aufnahme in die Reihe empfohlen von  
Professor Dr. Joachim Herrmann, Augsburg

Die Deutsche Bibliothek – CIP-Einheitsaufnahme

**Junker, Thorsten:**

Die Ausdehnung der eigenen Sachentscheidung  
in der strafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs :  
Bestandsaufnahme und Reformvorhaben zu § 354 I StPO /  
Thorsten Junker. – Berlin : Duncker und Humblot, 2002  
(Strafrechtliche Abhandlungen ; N.F., Bd. 144)  
Zugl.: Augsburg, Univ., Diss., 2001  
ISBN 3-428-10747-0

Alle Rechte vorbehalten  
© 2002 Duncker & Humblot GmbH, Berlin  
Fremddatenübernahme: Klaus-Dieter Voigt, Berlin  
Druck: Berliner Buchdruckerei Union GmbH, Berlin  
Printed in Germany

ISSN 0720-7271  
ISBN 3-428-10747-0

Gedruckt auf alterungsbeständigem (säurefreiem) Papier  
entsprechend ISO 9706 ☉

*Für Silke*



## Vorwort des Herausgebers

Am 6.3.2002 hat Eberhard Schmidhäuser nach kurzer, schwerer Krankheit die Augen für immer geschlossen. Sein originelles und anregendes wissenschaftliches Œuvre wird an anderer Stelle gewürdigt werden. An dieser Stelle gilt es in Erinnerung zu rufen, daß Eberhard Schmidhäuser die Vorstellung entwickelte, dem strafrechtswissenschaftlichen Nachwuchs wieder eine ähnliche Plattform zu eröffnen wie die von 1896 bis 1942 erschienenen „Strafrechtlichen Abhandlungen“. In der ihm eigenen Unternehmenslust unterbreitete er diesen Gedanken den deutschen Strafrechtslehrern auf ihrer Tagung im Herbst 1966 in Heidelberg und erhielt von ihnen den Auftrag zur Wiedereröffnung der Reihe. Der engen Anbindung an diesen Auftrag entsprechend werden die Manuskripte nur auf Vorschlag eines deutschen Strafrechtslehrers in die Reihe aufgenommen.

Nach dem Erscheinen von 61 Bänden wurden mir 1986 das Vertrauen und die Ehre zuteil, daß Eberhard Schmidhäuser mich den deutschen Strafrechtslehrern als Mitherausgeber und späteren Nachfolger vorschlug. Obwohl inzwischen einige Fakultäten ihre eigenen, zum Teil sogar speziell strafrechtlichen Reihen eröffnet haben, konnten die Strafrechtlichen Abhandlungen, n.F., ihre erfolgreiche Tätigkeit als Laufsteg des wissenschaftlichen Nachwuchses fortsetzen. Bis heute erschienen weitere 80 Bände.

Die letzten Worte, die Eberhard Schmidhäuser an mich richtete, galten der Frage, ob unter den neu eingegangenen Manuskripten hervorragende Arbeiten seien. Eberhard Schmidhäuser konnte es noch erleben, daß der letzte zu seinen Lebzeiten veröffentlichte Band über die Erfolgszurechnung beim „mißlungenen Rücktritt“ auf einem von ihm geprägten Begriff aufbaute. Die Strafrechtlichen Abhandlungen, n.F., werden nicht nur den Namen ihres Gründers bewahren, sondern auch inhaltlich immer wieder auf sein anregendes Werk zurückkommen.

Regensburg, im März 2002

*Friedrich-Christian Schroeder*



## Vorwort

Das Manuskript der vorliegenden Arbeit wurde im Juni 2001 abgeschlossen und der Juristischen Fakultät der Universität Augsburg als Dissertation vorgelegt. Es wurde ohne Änderungen oder Ergänzungen im Sommersemester 2001 angenommen. Rechtsprechung und Schrifttum sind bis Juni 2001 berücksichtigt.

Der Anstoß für die vorliegende Dissertation kam von Herrn Rechtsanwalt Prof. Dr. Gunter Widmaier. Während meiner Tätigkeit in der von ihm und Herrn Rechtsanwalt Michael Rosenthal geführten Kanzlei hatte ich Zugriff auf eine Vielzahl revisionsrechtlicher Verfahren und Urteile, die die Basis für meine Arbeit bildeten. Auf der Grundlage der Rechtsprechungssammlung BGH-Nack, in der erstmals alle mit einer Begründung versehenen Entscheidungen des BGH veröffentlicht sind, erstellte ich anschließend die vorliegende, umfassende Untersuchung.

Mit großer Begeisterung und persönlichem Engagement hat mein Doktorvater, Herr Prof. Dr. Joachim Herrmann meine Arbeit betreut. Ihm gilt mein ganz besonderer Dank.

Des Weiteren bedanke ich mich bei Herrn Prof. Dr. Jörg Tenckhoff für die rasche Erstellung des Zweitgutachtens. Wichtige und geduldige Gesprächspartner waren neben meinem Doktorvater insbesondere Herr Dr. Nikolaus Bosch und Herr Dr. Dierk Schindler. Bei ihnen bedanke ich mich auf diesem Wege sehr herzlich.

Ein besonderes Dankeschön gilt schließlich meinen Eltern, für ihren großartigen familiären Rückhalt und meiner Verlobten Silke Hasse, ohne deren unermüdliche private Unterstützung die vorliegende Arbeit niemals in so kurzer Zeit hätte gelingen können.

Augsburg, Oktober 2001

*Thorsten Junker*

# Inhaltsverzeichnis

<b>A. Einleitung</b> .....	11
I. Ziel der Untersuchung .....	11
II. Datenmaterial und Untersuchungsmethode .....	14
<b>B. Auswertung der Entscheidungen</b> .....	16
I. Inhalt und Grundlagen des § 354 I StPO .....	16
1. Freispruch .....	19
2. Einstellung .....	25
3. Absolute Strafe .....	28
4. Gesetzlich niedrigste Strafe .....	29
5. Absehen von Strafe .....	32
II. Das Überschreiten der durch § 354 I StPO gesetzten Grenzen .....	34
1. Änderung des Schuldspruchs .....	34
a) Voraussetzungen .....	35
b) Auswechslung der angewendeten Strafvorschrift .....	37
aa) Verschiedenartige Delikte .....	38
bb) Grundtatbestand und Qualifikation .....	45
(1) Grundtatbestand statt Qualifikation .....	46
(2) Qualifikation statt Grundtatbestand .....	49
cc) Alte und neue Fassung – milderes Gesetz .....	50
dd) Versuch und Vollendung .....	51
(1) Versuch statt Vollendung .....	51
(2) Vollendung statt Versuch .....	55
ee) Teilnahme und Täterschaft .....	57
(1) Beihilfe statt Täterschaft .....	57
(2) Täterschaft statt Beihilfe .....	60
(3) Anstiftung .....	61
ff) Fahrlässigkeit und Vorsatz .....	61
c) Änderung des Konkurrenzverhältnisses .....	62
aa) Tateinheit statt Tatmehrheit .....	62
(1) Alle Straftatbestände in Tateinheit .....	63
(2) Einzelne Straftatbestände in Tateinheit .....	66
bb) Tatmehrheit statt Tateinheit .....	72
cc) Gesetzeseinheit .....	73
d) Wegfall einer von mehreren Verurteilungen .....	74
aa) Verfahrenshindernis .....	74
bb) Einstellung nach § 154 II StPO .....	77

(1) Einstellung bis auf eine Tat .....	79
(2) Einstellung einzelner Taten .....	82
cc) Beschränkung nach § 154a II StPO .....	86
dd) Fehlen tragfähiger Feststellungen .....	92
e) Hinzufügung einer Verurteilung .....	94
2. Verurteilung statt Freispruch .....	97
3. Änderung des Rechtsfolgenausspruchs .....	101
a) Festsetzung von Einzelstrafen .....	103
b) Festsetzung von Gesamtstrafen .....	106
aa) Berichtigung fehlerhafter Gesamtstrafe .....	106
bb) Nachträgliche Gesamtstrafenbildung .....	108
(1) Fehlerkorrektur .....	108
(2) Härteausgleich .....	110
(3) Anrechnung erfüllter Bewährungsaufgaben .....	111
cc) Herabsetzung wegen Verfahrensverzögerung .....	112
dd) Anrechnung ausländischer Haft .....	113
c) Bewährung .....	115
d) Maßregeln der Besserung und Sicherung .....	116
e) Einziehung und Verfall .....	122
f) Schwere der Schuld .....	124
<b>C. Schlussfolgerungen .....</b>	<b>127</b>
I. Bewertung der Untersuchungsergebnisse .....	127
1. Zusammenfassung der Entscheidungspraxis .....	127
2. Konsequenzen der Entscheidungspraxis .....	132
II. Lösungsmodelle .....	137
1. Aktuelle Lösungsvorschläge .....	138
a) Der Beschluss des 63. Deutschen Juristentags 2000 .....	138
b) Der Entwurf der CDU/CSU-Fraktion für ein Gesetz zur Beschleunigung von Strafverfahren .....	145
c) Reformpläne des Bundesjustizministeriums .....	149
2. Eigener Lösungsvorschlag .....	151
a) Regelungsgegenstand .....	152
b) Regelungskonzept .....	153
<b>Literaturverzeichnis .....</b>	<b>163</b>
<b>Sachwortverzeichnis .....</b>	<b>169</b>

## A. Einleitung

### I. Ziel der Untersuchung

Bei unbefangener Lektüre des § 354 I StPO kommt man zu dem Schluss, dass das Revisionsgericht nur ausnahmsweise selbst entscheidet, nämlich dann, wenn ohne weitere tatsächliche Erörterung nur auf Freisprechung oder Einstellung oder auf eine absolut bestimmte Strafe zu erkennen ist oder das Revisionsgericht in Übereinstimmung mit dem Antrag der Staatsanwaltschaft die gesetzlich niedrigste Strafe oder ein Absehen von Strafe für angemessen erachtet. In anderen Fällen verweist es die Sache gemäß § 354 II StPO zurück. Die Realität sieht anders aus, wie sich aus der folgenden Entscheidung des BGH ergibt:

„Eine erneute Zurückverweisung der Sache zur Nachholung der Gesamtstrafenbildung erscheint unzulässig. Um jede mögliche Benachteiligung des Angeklagten auszuschließen, setzt der Senat gemäß § 354 Abs. 1 StPO in Übereinstimmung mit einem Antrag des Generalbundesanwalts die bisherige, für sich rechtsfehlerfreie Einzelstrafe ungeachtet der Regelung des § 54 Abs. 1 Satz 2 StGB unter Einbeziehung der Geldstrafe aus der Vorverurteilung als Gesamtstrafe fest“<sup>1</sup>.

Zwar ist die über seinen Wortlaut hinausgehende Anwendung des § 354 I StPO sowohl im Bereich des Schuld- als auch des Strafausspruchs durchaus bekannte Rechtsprechungspraxis<sup>2</sup>. Aber die Selbstverständlichkeit, mit der der BGH in dieser unveröffentlichten Entscheidung über die Grenzen der Vorschrift sogar unter Verletzung materieller Strafgesetze hinausgeht, überrascht. Die Zurückverweisung unterbleibt aus reinen Zweckmäßigkeitserwägungen, weil sie „unzulässig“ erscheint, und die in § 354 I StPO nicht vorgesehene Bildung einer nachträglichen Gesamtstrafe erfolgt ausdrücklich und mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft unter Verstoß gegen § 54 I 2 StGB. Freilich nur, um jede Benachteiligung des Angeklagten auszuschließen. Unter dogmatischen Gesichtspunkten ist die Entscheidung des BGH ein Unding. Die Straffestsetzung kann nicht „ungeachtet der Regelung des § 54 I 2 StGB“, das heißt unter Verstoß gegen das Asperationsprinzip erfolgen. Auch der BGH ist an die Vorschriften des materiellen Strafrechts gebunden. Er setzt nicht, wie er vorgibt, die bisherige Einzelstrafe als nach-

---

<sup>1</sup> BGH, Beschluss vom 3.9.1998 – 4 StR 397/98.

<sup>2</sup> Dies zeigt sich bereits bei einem Blick in die einschlägige Kommentarliteratur, siehe z.B. *Kleinknecht/Meyer-Goßner*, 45. Aufl., § 354 Rn. 1–32; LR<sup>25</sup>-*Hanack*, § 354 Rn. 1–46; *KK/Kuckein*, 4. Aufl., § 354 Rn. 2–26.

trägliche Gesamtstrafe fest, sondern erkennt auf eine *neue* Gesamtstrafe in *Höhe* der bisherigen Einzelstrafe. Um so verfahren zu können, hätte es wegen § 54 I 2 StGB aber eines zweifachen Strafzumessungsaktes bedurft. Der BGH hätte zunächst die von ihm ausdrücklich als rechtsfehlerfrei erachtete bisherige Einzelstrafe aufheben und herabsetzen müssen, um sie anschließend im Rahmen der nachträglichen Gesamtstrafenbildung wieder auf das ursprüngliche Maß erhöhen zu können. Die Aufhebung der für sich rechtsfehlerfrei zugemessenen Einzelstrafe scheidet jedoch an § 353 StPO, weil die Revision insoweit nicht begründet ist. Wie man es auch wendet, die Sache wird nicht rund. Richtigerweise hätte der BGH das Urteil im Strafausspruch aufheben und zurückverweisen müssen. Dies allerdings erschien ihm „untunlich“. Wahrscheinlich deshalb, weil nur eine geringfügige Erhöhung der Einzelstrafe zu erwarten gewesen wäre und diese in keiner Relation zu dem mit der Zurückverweisung verbundenen Aufwand an Geld, Zeit und Arbeitskraft gestanden hätte. Warum aber setzte er die Strafe unter Verstoß gegen das Asperationsprinzip des § 54 I 2 StGB fest? In einem anderen, gleich gelagerten Fall hat derselbe Strafsenat des BGH zur Vermeidung einer dritten Aufhebung des Strafausspruchs in entsprechender Anwendung des § 354 I StPO die erforderliche Gesamtstrafe gebildet, indem er die Einsatzstrafe um einen Monat erhöhte<sup>3</sup>.

Die Diskrepanz zwischen Gesetzeswortlaut und Wirklichkeit ist in beiden Fällen offensichtlich<sup>4</sup>. Es stellt sich deshalb die Frage, wie der BGH selbst die Grenzen eigener Sachentscheidungen definiert. Welche Anwendungsbereiche und Entscheidungsinhalte hat er sich mit der analogen Anwendung des § 354 I StPO eröffnet? Die Antwort hierauf kann nur mit Hilfe einer breit angelegten Untersuchung der Rechtswirklichkeit gefunden werden. Anders als in früheren Monographien zur Problematik eigener Sachent-

---

<sup>3</sup> BGH, Beschluss vom 13.4.1999 – 4 StR 119/99; in diesem, wie auch in dem in Fn. 1 zitierten Fall ging es um die Bildung einer Gesamtstrafe aus einer Freiheitsstrafe und einer Geldstrafe. Beide Male hatte sich das Landgericht an einer Gesamtstrafenbildung dadurch gehindert gesehen, dass die frühere Geldstrafe zwischenzeitlich erledigt war. Nach der Rechtsprechung des BGH bleibt die Gesamtstrafenbildung jedoch trotz Erledigung der Geldstrafe möglich (BGHSt 4, 366, 367; 15, 66, 71; BGHR StGB § 55 I 1 Erledigung 1 m. w. N.), so dass sie hier hätte nachgeholt werden müssen. Etwas anderes hätte nur dann gegolten, wenn der Tatrichter in Anwendung des § 53 II 2 StGB bewusst von der Möglichkeit der Gesamtstrafenbildung keinen Gebrauch gemacht hätte, um beide nebeneinander bestehen zu lassen. Das Verschlechterungsverbot des § 358 II StPO, das dem des § 331 StPO entspricht (s. *Kleinknecht/Meyer-Gößner*, 45. Aufl., § 358 Rn. 11), steht einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung nach der Rechtsprechung des BGH ebenfalls nicht entgegen (BGHSt 35, 208).

<sup>4</sup> Das Auseinanderfallen von Gesetz und Wirklichkeit ist bei der Revision insgesamt spürbar, vgl. *Fezer*, Möglichkeiten einer Reform der Revision in Strafsachen, S. 65 ff., 78, 171 f.; *Otto*, NJW 1978, 1.

scheidungen<sup>5</sup>, wird im Rahmen der vorliegenden Untersuchung deshalb die BGH-Rechtsprechung über einen Zeitraum von acht Jahren im Zusammenhang ausgewertet, das heißt einschließlich der unveröffentlichten Entscheidungen. Nur so ist es möglich, einen unverfälschten Gesamteindruck von den Entwicklungen und Hintergründen der Rechtsprechungspraxis des BGH zu bekommen. Zudem wird die Quantität eigener Sachentscheidungen sichtbar.

Hinsichtlich der Entscheidungsinhalte beschäftigt sich die Untersuchung vor allem mit den Auswirkungen der Schuldspruchänderung auf den Strafausspruch. Soweit nach der Änderung des Schuldspruchs die Sache nicht an den Tatrichter zu neuer Straffestsetzung zurückverwiesen wird, schließt die Sachentscheidung des BGH das Verfahren insgesamt ab. Ausgenommen von der Untersuchung sind jedoch bloße Schuldspruchkorrekturen zur Berichtigung offensichtlicher Versehen<sup>6</sup>. Die Klarstellung der Urteilsformel anhand der zutreffenden Urteilsgründe stellt keine eigene, vom Tatrichter abweichende Sachentscheidung des Revisionsgerichts dar<sup>7</sup>.

Auf der Grundlage der durch die Auswertung gewonnenen Ergebnisse wird im letzten Teil der Untersuchung die Frage geklärt, inwieweit gesetzgeberischer Handlungsbedarf besteht, um Gesetz und Wirklichkeit wieder in Einklang zu bringen. Da die Revision und insbesondere die Sachentscheidungskompetenz des Revisionsgerichts aktuell (wieder)<sup>8</sup> Gegenstand verschiedener Reformvorschläge ist<sup>9</sup>, wird eine ausführliche Analyse der zurzeit diskutierten Konzepte vorgenommen und schließlich ein eigenes Lösungsmodell entworfen.

---

<sup>5</sup> Siehe *Bode*, Die Entscheidung des Revisionsgerichts in der Sache selbst (1958); *Batereau*, Die Schuldspruchberichtigung (1971); *Walbaum*, Schuldspruch in der Revisionsinstanz nach freisprechendem Urteil des Tatgerichts (1996); *Steinmetz*, Sachentscheidungskompetenzen des Revisionsgerichts in Strafsachen (1997).

<sup>6</sup> Vgl. z.B. *BGH*, Beschluss vom 5.1.1999 – 1 StR 577/98; *BGH*, Urteil vom 16.1.1996 – 1 StR 615/95; *BGH*, Beschluss vom 23.11.1994 – 2 StR 577/94.

<sup>7</sup> So auch LR<sup>25</sup>. *Hanack*, § 354 Rn. 47; *Bode*, Die Entscheidung des Revisionsgerichts in der Sache selbst, S. 2; *Batereau*, Die Schuldspruchberichtigung, S. 4; *Walbaum*, Schuldspruch in der Revisionsinstanz nach freisprechendem Urteil des Tatgerichts, S. 16.

<sup>8</sup> Reformvorschläge finden sich unter anderem bei *von Kries*, Die Rechtsmittel des Zivilprozesses und des Strafprozesses, S. 280; *Batereau*, Die Schuldspruchberichtigung, S. 126; *Steinmetz*, Sachentscheidungskompetenzen des Revisionsgerichts in Strafsachen, S. 414; *Frisch*, Revisionsrechtliche Probleme der Strafzumessung, S. 322 ff.

<sup>9</sup> Siehe dazu unten C.II.1.