



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 StR 386/08

vom

10. Juni 2009

in der Strafsache

gegen

wegen schweren Raubes u. a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat in der Sitzung vom 10. Juni 2009
an der teilgenommen haben:

Vorsitzende Richterin am Bundesgerichtshof
Dr. Rissing-van Saan

und der Richter am Bundesgerichtshof
Prof. Dr. Fischer,
die Richterin am Bundesgerichtshof
Roggenbuck,
die Richter am Bundesgerichtshof
Cierniak,
Prof. Dr. Schmitt,

Bundesanwalt bei der Verhandlung,
Staatsanwalt beim Bundesgerichtshof bei der Verkündung
als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt
als Verteidiger,

Justizangestellte
als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Auf die Revision der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Frankfurt am Main vom 22. April 2008 im Strafausspruch aufgehoben.

Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

Von Rechts wegen

Gründe:

I.

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen schweren Raubes in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten verurteilt. Die zu Ungunsten des Angeklagten eingelegte und nach dem Rügevorbringen auf den Strafausspruch beschränkte Revision der Staatsanwaltschaft hat mit der Sachrüge Erfolg.
- 2 1. Der Angeklagte hat im Jahre 2003 zusammen mit Mittätern drei Raubüberfälle auf Juweliergeschäfte in Frankreich, Belgien und Deutschland begangen. Wegen des Überfalls vom 13. März 2003 in Paris wurde er am 20. Mai 2004 in Frankreich in Untersuchungshaft genommen und am 23. Juni 2006 von dem Schwurgericht Paris u. a. wegen bandenmäßig organisierten schweren Raubes zu einer Haftstrafe von neun Jahren verurteilt. Seitdem befand er sich

bis zur Auslieferung in dieser Sache nach Deutschland am 10. April 2008 dort in Strafhaft. Während sich der Angeklagte in Frankreich noch in Untersuchungshaft befand, wurde er in Abwesenheit vom Gericht I. Instanz im Arrondissement K. in der Provinz West-Flandern (Belgien) am 4. Oktober 2005 wegen eines bewaffneten Überfalls am 10. April 2003, bei dem Uhren im Wert von nahezu einer Million Euro erbeutet worden waren, zu einer Gefängnisstrafe von acht Jahren verurteilt. Die Auslieferung des Angeklagten nach Belgien zur Vollstreckung dieser Strafe ist von französischen Behörden bereits bewilligt, aber wegen der Strafvollstreckung in Frankreich aufgeschoben worden. Nach rechtskräftigem Abschluss des Strafverfahrens in Deutschland ist der Angeklagte wieder nach Frankreich zu überstellen.

3 Dem angefochtenen Urteil liegt ein Überfall auf ein Juweliergeschäft in Frankfurt am Main am 29. März 2003 zugrunde. Der Angeklagte bedrohte Kunden und Mitarbeiter mit einer geladenen Schreckschusspistole; ein Mittäter drückte unterdessen einer Verkäuferin den metallenen Teil eines Schraubendrehers fest an den Hals und zwang sie, die Tür zum Schaufensterraum zu öffnen. Aus dem Schaufenster entwendeten die Täter 160 Armbanduhrer zum Einkaufswert von gut einer Million Euro. Die Verkäuferin erlitt einen etwa acht Zentimeter langen Kratzer am Hals. Unmittelbar nach dem Überfall fuhr der Angeklagte zurück nach Frankreich.

4 2. Das Landgericht hat die Strafe dem Strafraumen des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB entnommen. Es hat an sich eine Freiheitsstrafe von acht Jahren für tat- und schuldangemessen gehalten, wegen der in Frankreich und in Belgien verhängten Strafen jedoch einen Härteausgleich vorgenommen und deshalb auf eine Freiheitsstrafe von nur drei Jahren sechs Monaten erkannt. Die Staatsanwaltschaft beanstandet mit der Sachrüge sowohl den Härteausgleich

als auch die Strafzumessungsgründe als solche; sie hält die ausgerichtete Strafe für nicht mehr schuldangemessen.

II.

5 Die Strafzumessung des angefochtenen Urteils weist einen durchgreifenden Rechtsfehler auf.

6 In Fällen wie dem Vorliegenden, in denen eine Gesamtstrafe nach § 55 StGB mit Strafen aus ausländischen Urteilen nicht gebildet werden kann und in denen eine gemeinsame Aburteilung aller Taten in Deutschland allenfalls theoretisch nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB möglich gewesen wäre, ist ein Härteausgleich oder die Anwendung des Rechtsgedankens des Härteausgleichs weder rechtlich zulässig noch aus allgemeinen Erwägungen angezeigt.

7 1. Grundgedanke des § 55 StGB ist, dass Taten, die bei gemeinsamer Aburteilung nach §§ 53, 54 StGB behandelt worden wären, auch bei getrennter Aburteilung dieselbe Behandlung erfahren sollen, so dass der Täter im Endergebnis weder besser noch schlechter gestellt ist, als wenn alle Taten in dem zuerst durchgeführten Verfahren abgeurteilt worden wären (BGHSt 7, 180, 181; 15, 66, 69; 17, 173, 174 f.; 32, 190, 193). Scheitert eine nach § 55 StGB an sich mögliche nachträgliche Gesamtstrafenbildung daran, dass die zunächst erkannte Strafe bereits vollstreckt, verjährt oder erlassen ist, so ist die darin liegende Härte nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei der Bemessung der nunmehr zu verhängenden Strafe auszugleichen (BGHSt 31, 102, 103; 33, 131, 132). Die Tatsache, dass § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB in diesen Fällen eine Gesamtstrafenbildung ausdrücklich ausschließt, ändert nichts an dem Prinzip der nachträglichen Gesamtstrafenbildung zugrunde liegenden Forderung nach einem Ausgleich der sich durch getrennte Aburteilung ergebenden Nachteile. Dieser Grundsatz gilt auch, wenn die Zäsurwirkung einer früheren

Strafe die Bildung einer Gesamtstrafe verhindert (BGHSt 32, 190, 193; 41, 310, 312). Fehlt es dagegen an einem ausgleichsbedürftigen Nachteil, etwa wenn die Vollstreckung der früheren Strafe zur Bewährung ausgesetzt war und nach Ablauf der Bewährungszeit erlassen wurde, kommt ein Härteausgleich nicht in Betracht (BGH NStZ-RR 1996, 291; NStZ-RR 2004, 330; StV 2007, 82). In der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs haben sich verschiedene Fallgruppen herausgebildet, in denen außer in den vorgenannten Fällen ebenfalls ein Härteausgleich für eine nicht mögliche Gesamtstrafenbildung zu gewähren ist (vgl. Senatsbeschluss in dieser Sache vom 29. Oktober 2008).

- 8 2. Eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung mit im Ausland verhängten Strafen scheidet aus. Eine Zusammenfassung von Strafen, die verschiedenen Strafsystemen angehören, ist unmöglich; es ist nicht nachprüfbar, in welchem Verhältnis die nach ausländischem Strafrecht angewandte Strafart zu der auf Grund des deutschen Strafgesetzes anzuwendenden steht. Dies gilt sowohl für Art und Höhe der im Ausland verhängten Strafe als auch für das im Ausland bestehende System der Vollstreckung. Dabei würde die Anwendung des Gedankens des § 55 StGB dazu nötigen, nicht vereinbare Straf- und Vollstreckungssysteme zu vergleichen, deren Anwendung im Einzelfall ungewiss ist. Auch ist eine in Deutschland verhängte Gesamtstrafe von der deutschen Strafvollstreckungsbehörde zu vollstrecken. Würde darin eine durch ein ausländisches Gericht verhängte Einzelstrafe einbezogen, entfielen dadurch nach deutschem Recht die Vollstreckbarkeit des ausländischen Urteils, dessen Strafe in die Gesamtstrafe einbezogen wurde. Dies wäre ein unzulässiger Eingriff in das Justizhoheitsrecht des anderen Staates (vgl. schon RGSt 75, 256; BGH LM Nr. 1 zu § 335 StGB; BGH, Urteil vom 4. Dezember 1979 - 5 StR 571/79; OLG Bremen NJW 1950, 918; OLG Hamm JMBI. NW 1950, 144; OLG Düsseldorf GA 1991, 271 f.). Auch der Rahmenbeschluss 2008/675/JI des Rates vom 24. Juli 2008 zur Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten der Europäi-

schen Union ergangenen Verurteilungen in einem neuen Strafverfahren (ABl. L 220 vom 15. August 2008) geht davon aus, dass eine nachträgliche Gesamtstrafenbildung mit einer Vorverurteilung aus einem anderen Staat ein unzulässiger Eingriff in dessen Urteil bzw. dessen Vollstreckung wäre (vgl. Art. 3 Abs. 3 und 4 der Richtlinie). Im Erwägungsgrund Nr. 6 des Rahmenbeschlusses ist zudem ausdrücklich klargestellt, dass er nicht bezweckt, dass in einem Mitgliedstaat gerichtliche Entscheidungen vollstreckt werden, die in anderen Mitgliedstaaten ergangen sind, was bei einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung gemäß § 55 StGB der Fall wäre.

9 3. Der Bundesgerichtshof hat zwar den Rechtsgedanken des Härteausgleichs auf Fälle übertragen, bei denen die im Ausland und die im Inland begangene Straftat vom zeitlichen Ablauf her miteinander hätten abgeurteilt werden können (BGHSt 43, 79, 80; BGH NStZ-RR 1998, 204; 2000, 105; NStZ 1998, 134; NJW 2000, 1964, 1965; BGH NStZ 2008, 709, 710; vgl. auch BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des 2. Senats vom 25. Januar 2008 - 2 BvR 1532/08 - Tz. 5). In diesen so von anderen Senaten entschiedenen Fällen wäre aber immer ein Gerichtsstand für die im Ausland begangene Tat auch in Deutschland gegeben gewesen, weil es sich um Straftaten gegen international geschützte Rechtsgüter handelte oder der Täter Deutscher war, so dass die Taten auch in Deutschland hätten abgeurteilt werden können.

10 Ein Härteausgleich im Hinblick auf im Ausland verhängte Strafen kommt jedoch nicht in Betracht, wenn wegen der dort abgeurteilten Taten in Deutschland ein Strafverfahren nicht hätte durchgeführt werden können, weil das deutsche Strafrecht darauf von vornherein nicht anwendbar war, d. h. nicht der „Zufall“ der Handhabung durch die beteiligten Behörden eine Aburteilung der im Ausland begangenen Tat im Inland verhindert hat. Ist eine Aburteilung im Ausland begangener Taten in Deutschland mangels entsprechender rechtlicher und

tatsächlicher Voraussetzungen grundsätzlich nicht möglich, sondern bietet das Strafanwendungsrecht der §§ 3 ff. StGB hierfür allenfalls unter dem Aspekt der stellvertretenden Strafrechtspflege (§ 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB) einen Ansatz, scheidet ein Härteausgleich aus. Ein Härteausgleich dient zum Ausgleich der Nachteile, die dem Täter dadurch entstehen, dass keine nachträgliche Gesamtstrafenbildung gemäß § 55 StGB erfolgen kann, wenn der Zufall der Aburteilung in getrennten Verfahren eine Gesamtstrafe nach §§ 53, 54 StGB verhindert hat. In den Fällen des § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB ist eine Gesamtstrafenbildung nach deutschem Recht aber von vornherein praktisch ausgeschlossen. Ein Nachteilsausgleich für das Unterbleiben einer Gesamtstrafenbildung ist deshalb nicht geboten, weil die Möglichkeit der Verhängung einer mildereren Gesamtstrafe in einem einzigen Verfahren in Deutschland tatsächlich nie bestanden hat. Eine Strafmilderung aus diesem Grund wäre vielmehr ein zusätzlicher, nicht gerechtfertigter Vorteil für den Täter. Der Grundgedanke des § 55 StGB, dass der Täter durch getrennte Aburteilung keinen Nachteil erleiden soll, kann in Fällen der vorliegenden Art keine Anwendung finden, weil eine gemeinsame Aburteilung der im Inland und im Ausland begangenen Taten zu keinem Zeitpunkt im Raum stand. Dass § 55 StGB auf Auslandsurteile nicht anwendbar ist, kann deshalb in diesen Fällen nicht zu einer Strafmilderung führen. Die Rechtsprechung anderer Senate steht, wie diese auf die Anfrage des Senats vom 29. Oktober 2008 mitgeteilt haben, dieser Entscheidung nicht entgegen.

11 Die Gewährung des Härteausgleichs für die unterlassene Gesamtstrafenbildung verstößt im vorliegenden Fall aber auch gegen gesetzliche Grenzen. Der Tatrichter hat einen Strafabschlag innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens des § 250 Abs. 2 StGB nicht für ausreichend gehalten, um die Härte für den Angeklagten zu kompensieren und diesen deshalb unterschritten. Hierdurch wird jedoch die Gesetzesbindung der Gerichte (Art. 20 Abs. 3 GG) berührt, die die gesetzlichen Grenzen der Strafenfindung zu achten haben. Deren Über-

schreitung könnte aus übergeordneten rechtlichen Gesichtspunkten nur dann gerechtfertigt werden, wenn keine andere Möglichkeit des Ausgleichs bestünde, die die Grundsätze des Strafzumessungsrechts des StGB unberührt lässt (vgl. BGHSt 52, 124, 128 f.). Eine solche liegt bei § 250 StGB mit dem dort gegebenen milderen Strafraumen für den minder schweren Fall (Absatz 3) indes vor.

12

4. Diese Entscheidung ist mit europäischem Recht vereinbar. Der Rahmenbeschluss 2008/675/JI des Rates vom 24. Juli 2008 erfasst den vorliegenden Fall nicht. Der Rahmenbeschluss stellt im Erwägungsgrund 6 ausdrücklich klar, dass er keine Verpflichtung zur Berücksichtigung früherer Verurteilungen enthält, wenn eine innerstaatliche Verurteilung für die Tat, die der früheren Verurteilung zugrunde lag, nicht möglich gewesen wäre. Dies trifft für Auslandstaten eines ausländischen Täters gegen ausländische, nicht international geschützte Rechtsgüter mangels Anwendbarkeit des deutschen Strafrechts zu. Einer einschränkenden Auslegung des Satzes 2 des Erwägungsgrundes 6 dahin, dass die Ausnahmeregelung nur Fälle betrifft, in denen eine inländische Verurteilung wegen der Art der Tat nicht möglich gewesen wäre, weil das nationale Strafrecht keinen entsprechenden Straftatbestand enthält, steht die Entstehungsgeschichte des Rahmenbeschlusses entgegen. Der ursprüngliche Beschlussentwurf der EU-Kommission vom 17. März 2005 - Dokument KOM(2005)91 endgültig - enthielt in Art. 5 die Formulierung: „In einem anderen Mitgliedstaat ergangene Verurteilungen können unberücksichtigt bleiben, wenn die der Verurteilung zugrunde liegende Tat nach innerstaatlichem Recht keine Straftat darstellt“. Diese Regelung wurde aber bereits in den Beratungen des Europäischen Parlaments, noch vor der Beschlussfassung durch den Europäischen Rat, gestrichen (Bericht des Ausschusses für bürgerliche Freiheiten, Justiz und Inneres vom 8. September 2006 - A6-0268/2006; Legislative Entschließung vom 27. September 2006 - TA (2006)373). Zur Begründung heißt es in dem Ausschussbericht, dass angesichts der zu Artikel 3 Absatz 1 vorgeschla-

genen Änderungen kein Bedarf an den fakultativen Gründen für die Nichtberücksichtigung einer in einem anderen Mitgliedstaat ergangenen Verurteilung bestehe. Nach der Formulierung des neuen Artikels 3 obliege es den zuständigen nationalen Behörden, nach ihrem nationalen Recht zu entscheiden, ob und inwiefern frühere Verurteilungen berücksichtigt werden sollten.

13 Für die Vereinbarkeit der Entscheidung des Senats mit der Richtlinie spricht auch die Regelung in deren Artikel 3 Absatz 5. Danach haben die Absätze 1 und 2 des Artikels 3 nicht die Wirkung, dass die Mitgliedstaaten ihre innerstaatlichen Vorschriften über die Verhängung von Strafen anwenden müssen, wenn die Anwendung dieser Vorschriften auf im Ausland ergangene Verurteilungen das Gericht darin einschränken würde, in einem neuen Verfahren eine Strafe zu verhängen. Dies wäre vorliegend der Fall, weil der Angeklagte im Ausland zu Freiheitsstrafen von neun Jahren und von acht Jahren verurteilt worden ist, die in ihrer Summe bereits die höchstzulässige Dauer der zeitigen Freiheitsstrafe in Deutschland von fünfzehn Jahren überschreiten.

14 Einer Vorlage der Sache an den Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften (Art. 234 Abs. 3 i.V.m. Abs. 1 lit. b EGV) bedarf es nicht, da die Richtlinie hinsichtlich der Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ergangenen Verurteilungen keine konkreten Vorgaben, sondern lediglich unbestimmte Rechtsbegriffe enthält und somit den nationalen Rechtsordnungen erhebliche Spielräume belässt, die hier offensichtlich nicht überschritten sind. Die richtige Anwendung des Gemeinschaftsrechts ist deshalb derart offenkundig, dass für einen vernünftigen Zweifel kein Raum mehr bleibt und der Senat davon überzeugt ist, dass auch für die Gerichte der übrigen Mitgliedstaaten und den Gerichtshof die gleiche Gewissheit bestünde (*acte clair*, vgl. EuGH NJW 1983, 1257 Rdn. 16; BGHZ 174, 273, 287, Rdn. 34 m.w.N.;

BGH, Urteil vom 6. November 2008 - III ZR 279/07 - juris, Rn. 31, zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen).

III.

15 Der Strafausspruch des angefochtenen Urteils hat danach keinen Bestand. Der Senat kann trotz der Hilfserwägungen der Strafkammer zum minder schweren Fall letztlich nicht ausschließen, dass er auf dem Rechtsfehler beruht, denn diese Erwägungen können ihrerseits durch die rechtsfehlerhafte Annahme der Erforderlichkeit eines Härteausgleichs für die unterlassene Gesamtstrafenbildung mit den Auslandsverurteilungen beeinflusst worden sein. Auch stehen sie im Widerspruch zu der eingangs der Strafzumessung (UA S. 8) getroffenen Bewertung, dass bei der gebotenen Gesamtschau aller Zumessungsgesichtspunkte kein minder schwerer Fall nach § 250 Abs. 3 StGB vorliege.

16 Im Übrigen bleibt es der Vollstreckungsbehörde unbenommen, die ausländischen Verurteilungen gemäß § 456a Abs. 1 StPO zu berücksichtigen.

Rissing-van Saan

Fischer

Roggenbuck

Cierniak

Schmitt