
Datum: 21.10.2014
Gericht: Oberlandesgericht Hamm
Spruchkörper: 1. Strafsenat
Entscheidungsart: Urteil
Aktenzeichen: 1 RVs 82/14
ECLI: ECLI:DE:OLGHAM:2014:1021.1RVS82.14.00

Vorinstanz: Landgericht Siegen, 11 Ns 25/14

Schlagworte: Wirksamkeit einer Rechtsmittelbeschränkung, Berufung, Diebstahl geringwertiger Sachen, Bagatellschaden, Freiheitsstrafe, gesetzliches Mindestmaß

Normen: StGB §§ 20, 21, 46, 47, 242, StPO § 318

Leitsätze:

1. Zu den Voraussetzungen der Wirksamkeit einer Berufungsbeschränkung, wenn im Urteil des Erstgerichts weder eine Schuldunfähigkeit des Täters noch seine erheblich verminderte Schuldfähigkeit erörtert wurden und das Berufungsgericht eine erheblich verminderte Schuldfähigkeit bejaht.
2. Zur Bedeutung des Leistungsverhaltens für die Beurteilung der Schuldfähigkeit bei alkoholgewohnten Tätern.
3. a) Die Verhängung einer kurzzeitigen Freiheitsstrafe jenseits des gesetzlichen Mindestmaßes von einem Monat kann auch bei einer Diebstahlstat mit nur bagatellhaftem Schaden noch schuldangemessen sein. Ob eine solche Freiheitsstrafe rechtsfehlerfrei verhängt werden kann, bestimmt sich im Rahmen einer Gesamtschau aller strafzumessungsrelevanten Kriterien (§ 46 StGB), nicht allein nach der Schadenshöhe.

b) Der Senat würde es als dem Gebot einer gleichen und gerechten Strafanwendung geradezu zuwiderlaufend ansehen, wenn der besonders unbelehrbare Täter, der schon vielfach bestraft wurde und Hafterfahrung hat, allein unter dem Gesichtspunkt eines bagatellhaften Schadens in keinem Fall mit einer höheren Freiheitsstrafe als einer solchen von einem Monat

belegt werden könnte und damit dem Täter gleichgestellt würde, bei dem erstmals unter Anwendung der Regelung des § 47 StGB auf eine kurzzeitige Freiheitsstrafe von einem Monat bei einer Tat mit bagatellhaftem Schaden erkannt würde, wenn ansonsten vergleichbare Umstände vorlägen.

Tenor:

Das angefochtene Urteil wird im Rechtsfolgenausspruch dahin abgeändert, dass der Angeklagte zu einer Freiheitsstrafe von einem Monat und einer Woche verurteilt wird.

Die weitergehende Revision wird verworfen.

Der Angeklagte trägt die Kosten des Revisionsverfahrens, jedoch wird die Gebühr für das Revisionsverfahren um 1/3 ermäßigt. Die Landeskasse hat 1/3 der dem Angeklagten im Revisionsverfahren entstandenen notwendigen Auslagen zu tragen.

Gründe

I.

Das Amtsgericht hat den Angeklagten wegen Diebstahls zu einer Geldstrafe von 80 Tagessätzen zu je 10 Euro verurteilt. Auf die auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkte, zu Lasten des Angeklagten eingelegte, Berufung der Staatsanwaltschaft hat das Landgericht den Rechtsfolgenausspruch abgeändert und den Angeklagten zu einer Freiheitsstrafe von drei Monaten verurteilt.

Das Landgericht ist von einer wirksamen Rechtsmittelbeschränkung ausgegangen und hat folgende amtsgerichtliche Feststellungen zu Grunde gelegt:

Am 22.08.2013 entnahm der Angeklagte aus der Auslage der Fa. S eine Flasche Wodka zum Preis von 4,99 Euro, steckte sich diese in den Hosenbund, um damit das Geschäft zu verlassen, ohne diese zu bezahlen und um sie für sich zu behalten. Er stand dabei erheblich unter Alkoholeinfluss. Eine Atemalkoholkontrolle ergab einen Wert von 1,45 mg/l.

Ergänzend hat das Landgericht (u.a.) festgestellt, dass der (vielfach – auch einschlägig – vorbestrafte) Angeklagte seit etwa zehn Jahren „missbräuchlichen, teils exzessiven Alkoholkonsum“ betreibt. Er treffe sich mit Gleichgesinnten in der „Trinkerszene“. Aus seinem Alkoholkonsum resultierten sein berufliches „Aus“ wie auch seine Delinquenz. Am Tattag habe der Angeklagte etwa eine Flasche Wodka zu sich genommen. Nähere Feststellungen zu genauer Trinkmenge und Trinkzeiten seien nicht möglich gewesen. Die Tat sei gegen 18.25 Uhr verübt, die Atemalkoholmessung sei um 19.15 Uhr vorgenommen worden. Ein Arzt habe die Gewahrsamsfähigkeit des Angeklagten festgestellt.

Im Rahmen der Strafzumessung legt das Landgericht dann den nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB gemilderten Strafraum zu Grunde, weil angesichts eines von der Atemalkoholanalyse auf BAK-Werte umgerechneten BAK-Wertes von 3,27 Promille zum Tatzeitpunkt die Steuerungsfähigkeit des Angeklagten bei Begehung der Tat nicht ausschließbar erheblich

vermindert gewesen sei. Ein Ausschluss der Steuerungsfähigkeit sei nicht gegeben gewesen (wird von der Strafkammer näher – insbesondere im Hinblick auf das auch nach der Tat gezeigte Leistungsverhalten –mbegründet).

Gegen das Urteil wendet sich der Angeklagte mit der Revision, mit der er die Verletzung materiellen Rechts rügt. Er führt u.a. aus, dass der Schuldspruch fehlerhaft sei, da sich nicht ergebe, ob der Angeklagte schuldfähig gewesen sei oder nicht. Er rügt weiter, dass die Kammer sich von seiner Schuldfähigkeit ohne Hinzuziehung eines Sachverständigen überzeugt habe. Auch sei die Verhängung einer Freiheitsstrafe gegen einen alkoholkranken Angeklagten unverhältnismäßig. Er hat zuletzt beantragt, das angefochtene Urteil im Rechtsfolgenausspruch dahingehend abzuändern, dass er zu einer Geldstrafe von 90 Tagessätzen verurteilt wird.

8

Die Generalstaatsanwaltschaft hat zuletzt beantragt, das angefochtene Urteil im Rechtsfolgenausspruch dahingehend abzuändern, dass der Angeklagte zu einer Freiheitsstrafe von einem Monat verurteilt wird. Die erkannte Freiheitsstrafe von drei Monaten sei nicht mehr tat- und schuldangemessen. Die zunächst bei schriftlicher Antragstellung geäußerten Bedenken gegen die Wirksamkeit der Berufungsbeschränkung hat sie in der mündlichen Verhandlung nicht mehr aufrecht erhalten.

9

II.

10

Die zulässige Revision des Angeklagten hat in der Sache nur in dem aus dem Tenor ersichtlichen Umfang Erfolg.

11

1.

12

Das angefochtene Urteil ist nicht schon deswegen aufzuheben, weil das Berufungsgericht zu Unrecht von einer wirksamen Berufungsbeschränkung ausgegangen wäre. Die Berufungsbeschränkung ist hier wirksam.

13

Auf die Sachrüge hin hat das Revisionsgericht (auch) zu prüfen, ob das Berufungsgericht zu Recht von einer wirksamen Berufungsbeschränkung ausgegangen ist. Grundsätzlich gebietet es die dem Rechtsmittelberechtigten in § 318 Satz 1 StPO eingeräumte Verfügungsmacht über den Umfang der Anfechtung, den in den Rechtsmittelerklärungen zum Ausdruck kommenden Gestaltungswillen im Rahmen des rechtlich Möglichen zu respektieren. Bilden die tatrichterlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils eine (noch) hinreichende Grundlage für die Prüfung der Rechtsfolgenentscheidung, so ist die Beschränkung der Berufung auf den Rechtsfolgenausspruch daher wirksam. Somit führt nicht jeder Mangel des infolge der Beschränkung grundsätzlich in Rechtskraft erwachsenden Teils des Urteils, insbesondere auch nicht jede Lücke in den Schuldfeststellungen, zur Unwirksamkeit der Beschränkung. Das gilt auch, wenn infolge der Unvollständigkeit die Feststellungen für die erneut vorzunehmende Strafzumessung zu ergänzen sind, solange die neu zu treffenden Feststellungen den bindend gewordenen nicht widersprechen und der Schuldspruch als solcher davon nicht betroffen sein kann (KG Berlin, Beschl. v. 27. August 2013 – (4) 161 Ss 101/13 (116/13) –, juris; vgl. auch BGH, Beschl. v. 21.10.1980 – 1 StR 262/80 – juris).

14

Die Unwirksamkeit einer grundsätzlich möglichen Beschränkung der Berufung auf den Rechtsfolgenausspruch wird vor allem dann angenommen, wenn die Feststellungen zum Schuldumfang der Tat so dürftig, unklar oder widersprüchlich sind, dass sie den Unrechts- und Schuldgehalt der Tat nicht einmal in groben Zügen erkennen lassen und daher keine ausreichende Grundlage für die Rechtsfolgenentscheidung bilden können. Dabei ist eine

15

Berufungsbeschränkung nicht etwa schon deswegen ausgeschlossen, weil das Erstgericht geltendes Recht falsch angewendet haben sollte. Eine fehlerhafte Subsumtion hindert die Beschränkung der Berufung nicht (OLG Hamm ZfSch 2008, 534; OLG Hamm NStZ-RR 2010, 345 jew. m.w.N.). In der Regel handelt es sich bei dem Rechtsfolgenausspruch um einen selbständig anfechtbaren Urteilsteil. Im Allgemeinen ist dessen erschöpfende Nachprüfung durch das Rechtsmittelgericht möglich, ohne dass dadurch die tatsächlichen Feststellungen und die rechtlichen Ausführungen zum Schuldspruch berührt werden (OLG Hamm, Beschl. v. 31.03.2009 – 1 Ss 111/09 – juris m.w.N.).

Im konkreten Fall lässt das amtsgerichtliche Urteil nicht erkennen, dass der Tatrichter die Fragen der erheblich verminderten Schuldfähigkeit bzw. einer Schuldunfähigkeit (§§ 20 f. StGB) geprüft hat. Angesichts des Umstandes, dass schon das Amtsgericht einen Atemalkoholwert von 1,45 mg/l festgestellt hat, hätte sich hier eine solche Prüfung und Erörterung im Urteil aufgedrängt. Mangels anderweitiger Angaben geht das Amtsgericht von der Schuldfähigkeit des Angeklagten aus. 16

Bindung und Beschränkbarkeit entfallen, wo Schuldspruch und Strafzumessung so miteinander verknüpft sind, dass ein die Strafbarkeit erhöhender oder mindernder Umstand einen untrennbaren Teil der Schuldfrage (eine doppelrelevante Tatsache also) bildet und der Anfechtende, wenn nicht dem Wortlaut, so doch der Sache nach, sich (auch) dagegen wendet, dass das Erstgericht einen solchen Umstand angenommen oder nicht angenommen hat, weil das Rechtsmittelgericht an die (auch) für die Schuldfrage erheblichen Tatsachen nicht zum Teil gebunden, zum Teil nicht gebunden sein kann und weil nur die Verneinung der Bindung der "Verfügungsmacht" des Anfechtenden und dem aus seinen Willensäußerungen erkennbaren Rechtsmittelbegehren gerecht wird (BGH, Beschl. v. 21.10.1980 – 1 StR 262/80 – juris). 17

Ein Widerspruch in dem o.g. Sinne konnte hier bei Annahme der Wirksamkeit der Berufungsbeschränkung im Hinblick auf Fragen der Schuldfähigkeit aber zwischen dem amtsgerichtlichen Urteil und dem des Berufungsgerichts nicht entstehen. Zwar musste das Berufungsgericht das Vorliegen einer erheblich verminderten Schuldfähigkeit i.S.d. § 21 StGB als strafzumessungsrelevantem Faktor prüfen und hätte im Rahmen dieser Bewertung auch zu dem Ergebnis kommen können, dass die Schuldfähigkeit des Angeklagten zum Tatzeitpunkt aufgehoben war. Widersprüchliche Feststellungen zu den für die Beurteilung der Schuldfähigkeit relevanten Tatsachen waren gleichwohl nicht zu befürchten. So stand der gemessene Atemalkoholgrad fest. Weitere Feststellungen zum Leistungsverhalten des Angeklagten bei Begehung der Tat, zu seinen Konsumgewohnheiten, zum Zeitpunkt von Tat und Messung hat das Amtsgericht nicht getroffen, so dass ergänzende Feststellungen des Berufungsgerichts widerspruchsfrei möglich waren. Bei der Bewertung, ob der Angeklagte uneingeschränkt schuldfähig, nur erheblich vermindert schuldfähig oder gar schuldunfähig war, handelt es sich hingegen um eine Schlussfolgerung aus all diesen Tatsachen, nicht um eine Tatsachenfeststellung. 18

Gleichwohl wird in der Rechtsprechung die Unwirksamkeit einer Rechtsmittelbeschränkung aus Gründen der materiellen Gerechtigkeit diskutiert, wenn eine neue Entscheidung auf Grund der für die Strafzumessung festgestellten Tatsachen zu einer Verneinung der Schuld führen würde (BGH NJW 1955, 917; OLG Köln NStZ 1984, 379, 380; i.E. auch: OLG Hamm NStZ-RR 2008, 138 und BayObLGSt 1994, 253 sowie BayObLG NZV 2001, 353; a.A. noch OLG Hamm JMBL. 1973, 141). Dem Urteil des Berufungsgerichts muss daher - sofern diese Möglichkeit überhaupt nahe liegt - zu entnehmen sein, dass das Gericht auch aufgrund seiner zur Strafzumessung getroffenen Feststellungen die Frage der Schuldunfähigkeit geprüft, aber 19

verneint hat. Es muss zudem - trotz der Rechtsmittelbeschränkung - eigene Feststellungen zu allen Umständen, die für die Frage der Schuldunfähigkeit von Bedeutung sein könnten, treffen und im Urteil mitteilen, um dem Revisionsgericht die Prüfung zu ermöglichen, ob es zutreffend § 20 StGB für ausgeschlossen und daher die Rechtsmittelbeschränkung für wirksam gehalten hat (OLG Köln a.a.O.).

Diesen Anforderungen wird das Berufungsurteil noch gerecht. Das Landgericht hat seine Bewertung, dass der Angeklagte trotz eines von ihm angenommenen BAK-Wertes von deutlich mehr als drei Promille zum Tatzeitpunkt nicht schuldunfähig war, darauf gestützt, dass er geordnet und zielgerichtet agiert habe und sein Verhalten frei von „alkoholtypischen Koordinationsstörungen“ gewesen sei. Auch sprachlich und im „kognitiv-kommunikativen Miteinander“ sei er völlig unauffällig gewesen. Auch den Atemalkoholtest habe er problemlos durchführen können. Die von dem Angeklagten vorgebrachte Erinnerungslücke hielt es nicht für glaubhaft. Zwar ist die Umrechnung des Atemalkoholwerts in einen Blutalkoholwert mit dem Faktor „2“ nicht unbedenklich, denn eine direkte Konvertierbarkeit eines Atemalkoholwertes in einen BAK-Wert – jedenfalls im Sinne einer exakten Umrechnung – ist nicht gegeben (BGH NZV 2001, 267, 268; OLG Zweibrücken NStZ 2002, 269, 270). In der Literatur werden hier Schwankungsbreiten beim Umrechnungsfaktor zwischen 1,1 und 3 diskutiert (Ifland/Eisenmenger/Bilzer NJW 1999, 1379, 1381). Der Senat hält aber einen etwaigen Atemalkoholwert (der hier dann ggf. bis zu 4,35 Promille zum Zeitpunkt des Atemalkoholtests – und entsprechend höher zum Tatzeitpunkt – betragen haben könnte) angesichts des aufgezeigten Leistungsverhaltens nicht für ausschlaggebend. Der Senat ist sich dabei bewusst, dass nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung bei einem alkoholgewöhnten Täter (wie dem Angeklagten) motorisch kontrolliertes und äußerlich geordnetes zielstrebiges und situationsangepasstes Verhalten auch einen Fortfall des Hemmungsvermögens nicht ohne weiteres ausschließen (BGHR StGB § 20 Blutalkoholkonzentration 10 und Blutalkoholkonzentration 18), da gezeigtes Leistungsverhalten und inneres Hemmungsvermögen durchaus weit auseinanderfallen können (BGH NStZ-RR 2007, 696). Ob der Bundesgerichtshof inzwischen von dieser Rechtsprechung insoweit Abstand genommen hat, dass er sie nur noch im Hinblick auf den Ausschluss einer erheblich verminderten Schuldfähigkeit, nicht aber mehr im Hinblick auf den Ausschluss der Schuldunfähigkeit angewendet wissen will, worauf jüngere Entscheidungen hindeuten, in denen der Aspekt der Schuldunfähigkeit keine Erwähnung mehr findet (vgl. BGH, Beschl. v. 10.01.2012 – 5 StR 517/11 = BeckRS 2012, 03228; BGH, Beschl. v. 17.08.2011 – 5 StR 255/11 = BeckRS 2011, 22403; BGH, Beschl. v. 01.09.2010 – 2 StR 408/10 = BeckRS 2010, 23476), kann dahinstehen. Nach Erfahrung des Senats sind solche Fälle so selten und das hier gezeigte Leistungsverhalten über einen längeren Zeitraum und auch in der konfliktbeladenen Situation der Aufdeckung der Tat (und nicht nur in einer für den Angeklagten möglicherweise gegebenen bloßen Routinesituation bei Tatbegehung) so geordnet, dass der Senat einen Wegfall des Hemmungsvermögens im vorliegenden Fall ausschließen kann. Insoweit bedurfte es in dem vorliegenden Einzelfall auch nicht zwingend der Hinzuziehung eines Sachverständigen.

2. 21

Hinsichtlich der festgesetzten Rechtsfolge einer Freiheitsstrafe von drei Monaten begegnet das angefochtene Urteil hingegen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. 22

Grundsätzlich ist die Strafzumessung die Aufgabe des Tatrichters. Das Revisionsgericht kann in der Regel nur dann eingreifen, wenn Erwägungen, mit denen der Tatrichter Straftaten und Strafmaß begründet hat, in sich rechtlich fehlerhaft sind oder wenn der Tatrichter einen der 23

rechtlich anerkannten Strafzwecke überhaupt nicht in den Kreis seiner Erwägungen einbezogen hat. Auch die Bewertung der Strafzwecke dem Grade nach ist grundsätzlich Sache des Tatrichters. Das Revisionsgericht ist ausnahmsweise aber dann zum Eingreifen berechtigt und verpflichtet, wenn die Strafe in einem groben Missverhältnis zum Tatunrecht und Tatschuld steht und gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verstößt bzw. wenn sich die verhängte Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein, so weit löst, dass sie nicht mehr innerhalb des dem Tatrichter eingeräumten Spielraums liegt (vgl. nur BGH, Beschl. v. 12.08.2014 – 4 StR 329/14 – juris; OLG Hamm, Beschl. vom 18.11.2002 – 2 Ss 768/02 – juris). Letzteres ist vorliegend **bereits** der Fall.

a) Dass auch bei Bagatelldelikten die Verhängung einer kurzzeitigen, auch vollstreckbaren, Freiheitsstrafe i.S.v. § 47 StGB nicht grundsätzlich ausscheidet, hat der Senat bereits mehrfach entschieden (Senatsbeschluss vom 06.03.2014 – III – 1 RVs 10/14; Senatsbeschluss vom 03.12.2013 – III – 1 RVs 90/13). Diese Auffassung wird auch von anderen Oberlandesgerichten geteilt (vgl. z. B. OLG Brandenburg, Beschl. v. 13.07.2009 – 1 Ss 48/09 – juris; OLG Braunschweig NSTZ-RR 2002, 75; OLG Celle NSTZ-RR 2004, 142; OLG Dresden, Beschl. v. 21.07.2014 - 2 OLG 21 Ss 319/14; OLG München, Beschl. v. 10.08.2009. 5 St RR 201/09 – juris; OLG Naumburg, Beschl. v. 28.06.2011 – 2 Ss 68/11 - juris). Sie ist auch vom Bundesverfassungsgericht so anerkannt worden (BVerfGE 50, 205; BVerfG, Beschl. v. 09.06.1994 – 2 BvR 710/94 – juris). 24

Vorliegend ist angesichts der zahlreichen, überwiegend einschlägigen, Vorstrafen des Angeklagten, sowie angesichts des Umstandes, dass er sich bisher weder von Geldstrafen noch von Bewährungsstrafen noch von der Vollstreckung – kurzzeitiger – Freiheitsstrafen von der Begehung der neuerlichen Tat hat abhalten lassen, trotz ihres ersichtlichen Zusammenhangs mit seiner Alkoholproblematik die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe im Sinne des § 47 StGB grundsätzlich nicht zu beanstanden und vielmehr sogar naheliegend. 25

b) Deren Bemessung mit einer Dauer von 3 Monaten – und damit deutlich jenseits des gesetzlichen Mindestmaßes einer Freiheitsstrafe von einem Monat (§ 38 Abs. 2 StGB) – überschreitet jedoch den Bereich schuldangemessenen Strafens und liegt daher nicht mehr innerhalb des dem Tatrichter eingeräumten Spielraums. 26

aa) In der obergerichtlichen und höchstrichterlichen Rechtsprechung ist die Frage, inwieweit bei Bagatellschäden eine Freiheitsstrafe jenseits des gesetzlichen Mindestmaßes von einem Monat verhängt werden darf, umstritten. So hat das Oberlandesgericht Braunschweig (NSTZ-RR 2002, 75) im Fall des Diebstahls einer Schachtel Zigaretten durch einen mehrfach vorbestraften Täter die Verhängung einer Freiheitsstrafe von zwei Monaten für „schlechthin unangemessen“ erachtet. Das Oberlandesgericht Stuttgart (NJW 2006, 1222) sah eine Freiheitsstrafe von zwei Monaten für eine Freifahrerschleichung mit einer Schadenssumme von 1,65 Euro „ohne Rücksicht auf die strafrechtliche Vergangenheit eines Angeklagten“ als „unverhältnismäßig und nicht mehr vertretbar“ an. Das Oberlandesgericht Oldenburg (Beschl. v. 28.07.2008 – Ss 266/08 – juris) hat bei einem Diebstahl von Lebensmitteln im Wert von fünf Euro ebenfalls eine über dem gesetzlichen Mindestmaß liegende Freiheitsstrafe ebenfalls für „schlechthin unangemessen“ erachtet und die Regel aufgestellt, dass eine Freiheitsstrafe über dem gesetzlichen Mindestmaß nur dann in Betracht kommt, wenn der Wert der Tatbeute über einem Drittel der Geringwertigkeitsgrenze von (seinerzeit) 30 Euro, also über 10 Euro liege. Begründet wurde dies mit der Strafpraxis in anderen Fällen, in denen Wirtschaftskriminelle, die Schäden in Millionenhöhe angerichtet hätten, häufig zu Bewährungsstrafen verurteilt würden und dazu dann die Relation der Strafen bei Bagateldelikten nicht mehr passen würde. Andere obergerichtliche Entscheidungen heben 27

hervor, dass das in § 38 Abs. 2 StGB festgesetzte Mindestmaß von einem Monat im Vergleich zu einer nach dem Gesetz grundsätzlich primär vorgesehenen Festsetzung einer Geldstrafe das insoweit durch § 40 Abs. 1 S. 2 StGB festgelegte gesetzliche Mindeststrafmaß von 5 Tagessätzen Geldstrafe bereits deutlich übersteigt und auch die gewählte Sanktionsart für sich genommen eine erheblich belastendere Beschwer darstellt (Senatsbeschluss vom 03.12.2013 – III – 1 RVs 90/13; OLG Dresden, Beschl. v. 21.07. 2014 – 2 OLG 21 Ss 319/14 – juris). Im Übrigen ist die obergerichtliche Rechtsprechung sehr einzelfallbezogen und sehr uneinheitlich, ab wann eine Freiheitsstrafe jenseits des gesetzlichen Mindestmaßes nicht mehr schuldangemessen sein soll. So hat das OLG Nürnberg (Beschl. v. 25.10.2005 – 2 St OLG Ss 150/05 – juris) eine Freiheitsstrafe von einem Monat und zwei Wochen in einem (offenbar) Fall eines „absolut geringwertigen Diebstahls“ unbeanstandet gelassen. Das Oberlandesgericht Jena (Beschl. v. 27.04.2006 – 1 Ss 238/05 – juris) hat in einem Fall eines „Ladendiebstahls mit sehr geringem Beutewert“ auf die Berufung der Staatsanwaltschaft hin die Verurteilung des Angeklagten zu einer Geldstrafe aufgehoben und die Sache insoweit zurückverwiesen und auf die wegen des Verschlechterungsverbots (der Angeklagte war in erster Instanz noch zu einer viermonatigen Freiheitsstrafe verurteilt worden) bestehende Strafobergrenze von vier Monaten Freiheitsstrafe hingewiesen, also durchaus eine mehrmonatige Freiheitsstrafe für möglich erachtet.

bb) Der Senat hält grundsätzlich die Verhängung einer Freiheitsstrafe auch jenseits des gesetzlichen Mindestmaßes bei Diebstahlstaten mit bagatellartigen Schäden für rechtlich zulässig. Tragend sind dabei folgende Erwägungen: 28

Das Bundesverfassungsgericht (BVerfG, Kammerbeschluss vom 09.06.1994 – 2 BvR 710/94 – juris) hat auch über dem gesetzlichen Mindestmaß liegende Freiheitsstrafen von (jeweils) zwei Monaten für Taten mit Bagatellschaden (konkret: 13,60 DM und 1,40 DM) aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht beanstandet. es hat vielmehr ausgeführt: 29

„Die verhängte Strafe übersteigt auch unter Berücksichtigung der geringen Schadenshöhe nicht die Schuld des Beschwerdeführers und verletzt somit nicht das Gebot schuldangemessenen Strafens aus Art. 1 Abs. 1, Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Rechtsstaatsprinzip (vgl. BVerfGE 50, 205 <214 ff.>; vgl. auch 50, 125 <133 ff.>). Aus diesem Gebot ergibt sich nicht, daß die Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe gemäß § 47 StGB erst ab einer bestimmten Schadenshöhe in Betracht kommt. Die Verhängung einer Freiheitsstrafe gegen den Beschwerdeführer ist angesichts seiner vielfachen, überwiegend einschlägigen Vorstrafen nachvollziehbar, jedenfalls nicht sachfremd oder willkürlich im Sinne des Art. 3 Abs. 1 GG.“ 30

Es verstößt also gerade nicht gegen das Gebot schuldangemessenen Strafens, wenn im Hinblick auf Vorstrafen auch bei geringen Schadenssummen vollstreckbare Freiheitsstrafen über dem gesetzlichen Mindestmaß verhängt werden. 31

Einfachgesetzlich ist es so, dass sich die Strafhöhe innerhalb des gesetzlichen Strafrahmens gerade nicht nur nach der Schadenshöhe bestimmt. Diese ist nur eine unter vielen Strafzumessungsgesichtspunkten. Maßgebend ist hier die Vorschrift des § 46 StGB. Insoweit hat das OLG Jena (Urt. v. 27. 04.2006 – 1 Ss 238/05 – juris; ebenso auch: OLG Hamburg NStZ-RR 2004, 72) zutreffend ausgeführt: 32

„Der Strafrahmen des § 242 Abs. 1 StGB differenziert nicht nach dem Wert der Diebesbeute. Ob im Einzelfall eine Freiheitsstrafe verhängt wird, richtet sich allein nach den in § 46 StGB normierten Grundsätzen der Strafzumessung. Bei der Bestimmung der damit maßgeblichen Schuld i.S.d. § 46 Abs. 1 Satz 1 StGB kann nicht limitierend einseitig auf den Wert der 33

Tatbeute abgestellt werden. Komponenten der Schuld sind vielmehr alle diejenigen Faktoren, die den Grad des Vorwurfs bestimmen, der den Täter wegen seiner Tat trifft. Dazu gehören sowohl der Handlungsunwert als auch der Erfolgsunwert. Der Handlungsunwert wird u.a. bestimmt durch das Vorleben des Täters, insbesondere schon frühere - einschlägige - Straftaten und Missachtung von Warneffekten durch Vorstrafen. Der Erfolgsunwert wird mitbestimmt durch das Ausmaß des tatbestandsmäßigen Erfolges, hier den Wert der Diebesbeute. Die (personale) Handlungskomponente und die (tatbezogene) Erfolgskomponente der Strafzumessungsschuld können nicht getrennt betrachtet werden, sondern sind einer Gesamtwürdigung zu unterziehen, in der ein Weniger an Erfolgsunwert (hier: Beutewert) durch ein Mehr an Handlungsunwert (hier: beharrliche Nichtbeachtung diverser einschlägiger Strafen, Tatbegehung in laufender Bewährungszeit kurz nach letzter Verurteilung zu Freiheitsstrafe wegen gleichartiger Tat) ausgeglichen werden kann. Nach allem bilden die den gesetzlichen Straftatbestand erfüllenden Momente, darunter beim Erfolgsdelikt der Umfang des eingetretenen oder erstrebten Erfolges, nur einen Ausschnitt aus der Strafzumessungsschuld.“

Dementsprechend hält es der Senat schon für falsch, stets schon von „Bagatelldaten“ zu sprechen, nur weil der angerichtete Schaden oder die Beute objektiv gering geblieben sind; dies schon deshalb, weil sich das Ausmaß der Betroffenheit von einem eingetretenen Schaden maßgeblich auch an den konkreten persönlichen Verhältnissen des Geschädigten orientiert. Ob eine Tat eine Bagatelldat ist, richtet sich eben nach der gesetzlichen Regelung des § 46 StGB, welche eine umfassende Würdigung verschiedenster Umstände vorsieht und eben nicht bloß auf Beute oder Schadenshöhe abstellt und auch insoweit noch nicht einmal eine Rangordnung vorsieht (was sich schon daraus ergibt, dass die Aufzählung nicht abschließend ist – „namentlich“ – sondern nur Regelbeispielscharakter hat). Es kann daher bestenfalls von bagatelldaten Schäden einer Tat die Rede sein. Ob sich daraus aber auch die Einstufung als Bagatelldat ergibt, ist im Rahmen einer Gesamtschau zu entscheiden.

34

Auch hält der Senat das Argument des OLG Oldenburg (s.o.), das Gebot der Strafgleichheit verbiete eine höhere Freiheitsstrafe als einen Monat bei Bagatelldaten weil ansonsten die Relation zu Strafen bei schwerer Wirtschaftskriminalität nicht mehr gewahrt sei, für nicht durchgreifend. Zum einen kann man schon fragen, warum das möglicherweise unangemessen milde Bestrafen schwerer Wirtschaftskriminalität Maßstab für alle anderen Strafbewertungen werden sollte. Weiter wird durch die alleinige Betrachtung der Schadenshöhe die Regelung des § 46 StGB nicht vollständig erfasst. „Bewährungsstrafen“ im Falle der schweren Wirtschaftskriminalität scheiden nämlich grundsätzlich ebenfalls meist aus, wenn der Täter bereits (mehrfach) vorbestraft ist. Schließlich ist die – zugegebenermaßen – dem Wirtschaftskriminellen günstigere Relation von Strafe zu angerichtetem Schaden und aufgewandter krimineller Energie zumindest teilweise Ausfluss bestimmter gesetzgeberischer Grundentscheidungen, die die Rechtsprechung aufgrund des Grundsatzes der Gewaltenteilung nicht aushebeln kann. So liegt die Strafobergrenze selbst bei einem herbeigeführten Vermögensverlust großen Ausmaßes im Falle des Betruges nur bei zehn Jahren (§ 263 Abs. 3 StGB). Bei der Höhe möglicher Schäden oder Beuten gibt es keine Obergrenze – beim Strafmaß schon. Immer wieder werden spektakuläre Vermögensschäden bekannt, die bisher bekannte Schadensausmaße in den Schatten stellen. Ob es rechtlich zutreffend ist, dass sich die Rechtsprechung diesen Gegebenheiten durch die Verhängung vergleichsweise milder werdender Strafen „anpasst“, bedarf hier keiner Beurteilung. Auch im Falle des Vorliegens einer Vielzahl von Einzeltaten verhindert die Regelung des § 54 Abs. 2 S. 2 StGB eine höhere Bestrafung als 15 Jahre Freiheitsstrafe, so dass auch hier der Intensivtäter, bei dem sich ab einem bestimmten Punkt weitere – auch schwere Taten – nicht mehr strafe erhöhend auswirken, letztlich einen Vorteil gegenüber dem

35

Täter einer Einzeltat erlangt. Diesen Regelungen (in Verbindung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, dass der Summe der Einzelstrafen bei der Gesamtstrafenbildung nach § 54 StGB nur geringes Gewicht zukommt, vgl. BGH, Beschl. v. 25.08.2010 – 1 StR 410/10 – juris) ist also immanent, dass der Täter, der sehr hohe Schäden anrichtet oder viele Straftaten begeht, die gleichzeitig abgeurteilt werden, proportional geringer bestraft wird, als ein Täter nur einer einzelnen Straftat mit eher geringem Schaden. Das zu ändern steht aber nicht der Rechtsprechung an. Hierzu ist allein der Gesetzgeber berufen.

Der Senat würde es als dem Gebot einer gleichen und gerechten Strafanwendung geradezu zuwiderlaufend ansehen, wenn der besonders unbelehrbare Täter, der schon vielfach bestraft wurde und Hafterfahrung hat, allein unter dem Gesichtspunkt eines bagatellhaften Schadens in keinem Fall mit einer höheren Freiheitsstrafe als einer solchen von einem Monat belegt werden könnte und damit dem Täter gleichgestellt würde, bei dem erstmals unter Anwendung der Regelung des § 47 StGB auf eine kurzzeitige Freiheitsstrafe von einem Monat bei einer Tat mit bagatellhaftem Schaden erkannt würde, wenn ansonsten vergleichbare Umstände vorlägen. 36

cc) Im vorliegenden Einzelfall hat aber das Berufungsgericht dem täterbezogenen Umstand seiner Vorbestrafung und Hafterfahrung sowie seiner Rückfallfrequenz ein nicht mehr angemessenes Übergewicht eingeräumt, wenn es gleichwohl bei Vorliegen zahlreicher und gewichtiger strafmildernder Umstände (er hat die Tat nicht in Abrede gestellt und den amtsgerichtlichen Schuldspruch nicht angegriffen, der Schaden liegt im untersten Bereich der Geringwertigkeit, die gestohlene Ware ist an die Geschädigte zurückgelangt, der Angeklagte ist alkoholkrank und war erheblich alkoholisiert), innerhalb des nach §§ 21, 49 StGB gemilderten Strafrahmens gleichwohl noch auf eine dreimonatige Freiheitsstrafe erkannt hat. Dies stellt auch unter Berücksichtigung der belastenden Umstände keinen gerechten Schuldausgleich mehr dar. 37

Der Senat hat unter Berücksichtigung der Bedeutung des Beschleunigungsgrundsatzes und des Gewichtes der Sache von einer Aufhebung und Zurückverweisung abgesehen und analog § 354 Abs. 1 StPO in der Sache selbst entschieden. Eine solche eigene Sachentscheidung analog § 354 Abs. 1 StPO ist möglich, wenn aus der hypothetischen Sicht des Tatrichters davon auszugehen ist, dass dieser die Rechtsfolge festgesetzt hätte, wenn ihm der seinem Urteil zugrunde liegende Rechtsfehler nicht unterlaufen wäre (Gericke in: KK-StPO, 7. Aufl., § 354 Rdn. 10 m.w.N.). Angesichts der vom Berufungsgericht festgesetzten Strafhöhe und seiner Strafzumessungserwägungen ist sicher davon auszugehen, dass die Strafkammer bei Kenntnis und Vermeidung der Rechtsfehlerhaftigkeit seiner Strafbemessung jedenfalls eine Freiheitsstrafe oberhalb des gesetzlichen Mindestmaßes von einem Monat verhängt hätte. Angesichts der Regelung des § 39 StGB hätte es sich insoweit zumindest um eine Freiheitsstrafe von einem Monat und einer Woche gehandelt. Deren Festsetzung wäre auf jeden Fall rechtsfehlerfrei gewesen, da es angesichts der obigen Ausführungen nicht zu beanstanden ist, wenn der schon vielfach vorbestrafte Angeklagte, der schon fünfmal eine Freiheitsstrafe verbüßt hat, mit einer höheren Freiheitsstrafe belegt wird, als derjenige, der wegen einer Tat mit objektiv geringfügigem Schaden erstmals zu einer Freiheitsstrafe in Höhe des gesetzlichen Mindestmaßes verurteilt wird. 38

c) Im Übrigen ist die Revision unbegründet und zu verwerfen. Insbesondere hat das Landgericht rechtsfehlerfrei eine Strafaussetzung zur Bewährung abgelehnt. 39

d) Einer Divergenzvorlage an den Bundesgerichtshof (§ 121 Abs. 2 GVG) im Hinblick auf die o.g. Entscheidung des OLG Oldenburg ist nicht erforderlich. Die Frage der Angemessenheit von Freiheitsstrafen in Fällen mit bagatellhaftem Schaden ist eine Tatfrage des Einzelfalls 40

und einer Vorlage nicht zugänglich (BGHSt 52, 84).

