

## Es ist viel mehr möglich

# Die Regelung des § 46a StGB – ein Leitfaden für die Praxis

Dieter Rössner, Jacqueline Kempfer

## I. Allgemeines

### 1. Geschichte

Entscheidende Kräfte für die restaurative Umgestaltung der Kriminalpolitik waren die Legitimationskrise des Strafrechts als spezifisches Resozialisierungsinstrument, verstärkte Personalisierung des Konflikts und Opferbezug im Strafrecht und die internatio-

nale Bewegung der „Restorative Justice“. Seit Mitte der 80er Jahre wurden die neuen Ideen in Modellprojekten erprobt, bevor sie vom Gesetzgeber aufgenommen und im Rechtsfolgensystem konkretisiert wurden. Mit Einführung des § 46 a durch das **Verbrechensbekämpfungsgesetz** vom 28.10.1994 (BGBl I, 3186) sollte insbesondere auf Grundlage der positiven Er-

fahrungen mit derartigen Reaktionsmöglichkeiten im Bereich des Jugendstrafrechts (§ 10 Abs. 1 Nr. 7 JGG) dem Täter-Opfer-Ausgleich und der Schadenswiedergutmachung auch im Erwachsenenstrafrecht stärkeres Gewicht als bisher eingeräumt werden. Diesem Ziel dient nicht nur die Norm des § 46 a selbst, sondern darüber hinaus auch die vorgenommenen Ergänzungen der Institute der Strafaussetzung zur Bewährung (§§ 56 Abs. 2 S. 2, 56 b Abs. 2) und der Verwarnung mit Strafvorbehalt (§ 59 a Abs. 2). Um eine einfachere und häufigere Anwendung des Täter-Opfer-Ausgleichs zu ermöglichen, wurden zudem durch das Gesetz zur **strafverfahrensrechtlichen Verankerung** des Täter-Opfer-Ausgleichs und FAG vom 20. 12. 1999 (BGBl. I 2491) § 153 a Abs. 1 StPO geändert und die §§ 155 a, 155 b StPO eingefügt. Für Rechtsanwälte erfolgte klarstellend ein Hinweis in § 87 S. 2 BRAGO, der die Bemühungen um einen Täter-Opfer-Ausgleich als Verteidiger oder Verletztenbestand unterstützen soll.

Dagegen hat die Praxis den Täter-Opfer-Ausgleich bis heute vor allem nach den Diversionsvorschriften der §§ 153 und 153 a StPO berücksichtigt.

### 2. Begriffsklärung

Oft werden die Begriffe, die im Zuge der kriminalpolitischen Neuerungen Eingang ins Strafrecht

### § 46 a Täter-Opfer-Ausgleich, Schadenswiedergutmachung

Hat der Täter

1. in dem Bemühen, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen (Täter-Opfer-Ausgleich), seine Tat ganz oder zum überwiegenden Teil wiedergutmacht oder deren Wiedergutmachung ernsthaft erstrebt oder
2. in einem Fall, in welchem die Schadenswiedergutmachung von ihm erhebliche persönliche Leistungen oder persönlichen Verzicht erfordert hat, das Opfer ganz oder zum überwiegenden Teil entschädigt,

so kann das Gericht die Strafe nach § 49 Abs. 1 mildern oder, wenn keine höhere Strafe als Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu dreihundertsechzig Tagessätzen verwirkt ist, von Strafe absehen.

gefunden haben, undifferenziert nebeneinander verwendet, so dass der je eigene Bedeutungsgehalt verschwimmt und die teleologische Auslegung erschwert wird. In das Rechtsfolgesystem Eingang gefunden haben die Begriffe Täter-Opfer-Ausgleich (TOA) und Wiedergutmachung bzw. Schadenswiedergutmachung, wohingegen der Begriff der Mediation zwar nicht aufgenommen wurde, aber wegen seiner Bedeutung in ausländischen Rechtsordnung auch in Deutschland verstärkt verwendet wird.

#### a) Mediation

Mediation ist die Vermittlung in einem Konflikt verschiedener Parteien mit dem Ziel der Einigung, deren Besonderheit darin besteht, dass die Parteien freiwillig eine

rechtverbindliche und faire Lösung mit Unterstützung eines Vermittlers auf der Grundlage der rechtlichen, wirtschaftlichen, persönlichen und sozialen Gegebenheiten und Interessen eigenverantwortlich erarbeiten (Strempel, S. 12). Mit Blick auf das Strafrecht ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Konflikt wegen des Legal- und Offizialprinzips nicht mehr nur in Händen der Konfliktparteien liegt und eine Konfliktregelung nur mehr im strafrechtlichen Rahmen erfolgen kann (weiterführend Rössner, Baumann – FS, S. 269 ff). Hieraus folgt, dass Vermittlung im Strafrecht nur auf Basis einer eingeschränkten Freiwilligkeit basieren kann, so dass die Begriffe Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung besser passen und daher Eingang in das Strafrecht gefunden haben.

#### b) Wiedergutmachung

Wiedergutmachung ist ein umfassender strafrechtlicher Begriff, der an verschiedenen Stellen im Erwachsenen- wie im Jugendstrafrecht Erwähnung findet. Nach einer Definition des § 1 Alternativ-Entwurf-Wiedergutmachung wird unter Wiedergutmachung der Ausgleich der Folgen der Tat durch eine freiwillige Leistung des Täters verstanden, die durch Leistungen an den Verletzten oder symbolische Wiedergutmachung der Wiederherstellung des Rechtsfriedens dient (weiterführend Rössner/Banzenberg, Meurer – FS, S. 160 f.).

#### c) Täter-Opfer-Ausgleich

Der Täter-Opfer-Ausgleich beinhaltet zusätzlich ein Kommuni-

## Pressestimme anlässlich des TOA-Symposiums in Berlin

### Mertin: Schlichtung ausweiten

Nicht nur bei kleineren Straftaten sondern sogar bei mittlerer und schwerer Kriminalität soll es künftig einen Täter-Opfer-Ausgleich geben. Das fordert der rheinland-pfälzische Justizminister Herbert Mertin mit Blick auf den Bundesgesetzgeber. Unterstützt wird er außerhalb der Politik vom geschäftsführenden Präsidenten des Deutschen Fußball-Bundes (DFB), Theo Zwanziger. Die Idee muss unbedingt gefördert werden, meinte Zwanziger. Sogar das DFB-Sportgericht könnte davon profitieren. (...)

Den Täter-Opfer-Ausgleich gibt es in allen Bundesländern, bisher ist er aber nur auf leichtere Straftaten wie Sachbeschädigung, Beleidigung oder leichte

Körperverletzung ausgerichtet. Justizminister Mertin geht nun einen Schritt weiter: Selbst nach einer schweren Körperverletzung oder etwa nach einem Raub soll der Täter-Opfer-Ausgleich gesucht werden, in Einzelfällen könne er sich positiv auf das Verfahren auswirken. Das Wegsperrn von Tätern alleine hilft nach Meinung des rheinland-pfälzischen Ministers nicht weiter. Durch die unmittelbare Konfrontation mit dem Opfer und den angeordneten Schäden könne dem Kriminellen aber deutlich vor Augen geführt werden, was er mit seiner Tat angerichtet hat. Dies hilft sogar traumatisierten Opfern. Ziel ist es auch, Täter von weiteren Straftaten abzuhalten. (...)

Erhebungen darüber, ob Straftäter nach einem Täter-Opfer-Ausgleich wieder rückfällig geworden sind, hat es bisher nicht gegeben. Doch Gespräche mit Jugendämtern und freien Trägern haben Hinweise gegeben, dass die Rückfallquote vor allem bei jungen Tätern, die eine Wiedergutmachung geleistet haben, eher gering ist. Nebenbei ergibt sich beim Täter-Opfer-Ausgleich für die öffentliche Hand ein durchaus positiver finanzieller Nebeneffekt: Während ein Hafttag durchschnittlich 100 Euro kostet, kostet das gesamte Täter-Opfer-Ausgleichsverfahren nur etwa 400 Euro.

Lahn-Zeitung vom 09.11.2005

kationselement zwischen den Personen, die an der Straftat beteiligt waren. Dieses kommt in einem persönlichen Gespräch des Täters mit dem Opfer u. a. über Tat und Tatfolgen mit dem Ziel der Konfliktregelung zum Ausdruck (vgl. Meier, GA 1999, 1 ff). Gegenüber der Wiedergutmachung ist Täter-Opfer-Ausgleich der engere Begriff, weil hier zwar ebenfalls materielle und immaterielle Leistungen umfasst sind, darüber hinaus jedoch das personale Element der Kommunikation sowie das auf einen individuellen Ausgleich gerichtete Bemühen betont wird.

### 3. Normzweck

Der Einführung des § 46 a lagen Zwecküberlegungen auf verschiedenen Stufen zugrunde. So soll zum einen den **Opferbelangen** stärkeres Gewicht eingeräumt werden, was insbesondere durch die Möglichkeit einer schnelleren Schadenskompensation und einer Konfliktbewältigung des Opfers erreicht werden soll. Dem Täter soll die Möglichkeit gegeben werden, durch freiwillige Verantwortungsübernahme Einsicht in das von ihm begangene Unrecht zu erlangen und sich von seiner Tat zu distanzieren (BT-Drucks. 12/6853, S. 21; BGH v. 19. Dezember 2002 – 1 StR 405/02 – StV 2003, 273; BGH v. 31. Mai 2002 – 2 StR 73/02 – StV 2002, 651). Durch die angestrebte Lösung des der Tat zugrundeliegenden Konflikts soll zudem eine friedensstiftende Wirkung auch für die Zukunft erreicht werden. Ferner wird durch § 46 a eine weitere Zurückdrängung des Strafens im Bereich unterer bis mittlerer Kriminalität angestrebt (Tröndle/Fischer, Rn. 2). § 46 a StGB will einen Anreiz für Ausgleichsbemühungen seitens des Täters schaffen, dem Opfer durch sein persönliches Einstehen für die Folgen der Tat, durch immaterielle Leistungen oder auch durch materielle Schadensersatzleistungen Genugtuung zu verschaffen. Allerdings will die Norm mit den

Anforderungen an einen friedensstiftenden Ausgleich auch in dem aus generalpräventiver Sicht erforderlichen Umfang sicherstellen, dass nicht jede Form des Schadens ausgleichs ausnahmslos und ohne Rücksicht auf den Einzelfall dem Täter zugute kommt (BT-Drucks. 12/6853, S. 21; BGH v. 19. Dezember 2002 – 1 StR 405/02 – StV 2003, 273).

## 4. TOA in Wissenschaft und Praxis

### a) Ergebnisse aus der quantitativen Forschung

TOA-Fälle werden weder in den Strafverfolgungsstatistiken noch in anderen Quellen systematisch erfasst. Die wichtigste Datenquelle ist die Bundesweite TOA-Statistik, die seit 1993 quantitative Daten zum TOA erfasst. Die überwiegende Zahl der Fälle wird im Vorverfahren angeregt (Kerner/Hartmann, S. 16), Hauptinitiatoren sind die Staats- bzw. Anwaltschaft (Kerner/Hartmann, S. 19). Hinsichtlich der **Deliktsstruktur** ist festzustellen, dass der Schwerpunkt der Fälle bei den Körperverletzungen liegt, im Jahr 1999 waren dies 62,4% (Kerner/Hartmann, S. 25ff.). Raub und Erpressung war die zweithäufigste Kategorie, aber zahlenmäßig weit weniger bedeutend mit ca. 9,3%, gefolgt von Eigentums- und Vermögensdelikten mit 7,9% und Sachbeschädigung mit 0,5%. Damit zeigt sich, dass der TOA eindeutig kein Verfahren für Bagatelldelikte ist und seinen Schwerpunkt bei gewalttätigen Konflikten und nicht bei Eigentumsdelikten hat. Die bloße Abwicklung materieller Schäden tritt also in der Bedeutung des Ausgleichs zurück. Vielmehr kann aus den konstant hohen Fallzahlen im Bereich der Körperverletzungs- und Gewaltdelikte der Schluss gezogen werden, dass Konfliktschlichtung und Mediation in diesem Bereich inzwischen sowohl von den Praktikern in der Justiz als auch von

den Opfern weitestgehend akzeptiert werden (Kerner/Hartmann, S. 27). Hinsichtlich der **Merkmale von Beschuldigten und Geschädigten** ist festzustellen, dass in ca. 95% der Fälle die Opfer natürliche Personen waren, in 5% der Fälle Institutionen (Kerner/Hartmann, S. 32). Der allgemeinen Erkenntnis der Kriminologie entsprechend war auch im Hinblick auf den TOA im Jahr 1999 die Mehrzahl der Täter (81,8%) und Opfer (66,7%) männlich (Kerner/Hartmann, S. 33f.). Über 70% der Beschuldigten akzeptierten den gegen sie erhobenen Tatvorwurf ganz oder jedenfalls im wesentlichen (Kerner/Hartmann, S. 49).

Die Tatsache, dass sich Täter und Opfer in 33,2% der Fälle bereits vor der Tat kannten, in weiteren 36% der Fälle kannten sie einander zumindest flüchtig (Kerner/Hartmann, S. 51) betont einmal mehr die Anlage des TOA im § 46 a mit der Zielsetzung, den der Tat zugrunde liegenden Grundkonflikt zu lösen. Die Ausgleichsbereitschaft war bei Opfern und Tätern hoch: Bei den Opfern lag sie im evaluierten Zeitraum zwischen 70 und 80%, bei den Tätern bei ungefähr 90% (Kerner/Hartmann, S. 55 und S. 63). Der TOA wird nicht zuletzt an seinem **Erfolg** gemessen.

Als Erfolg wird dabei eine einvernehmliche, abschließende Regelung gewertet. Legt man diese Definition zugrunde, waren die Ausgleichsbemühungen in einem hohen Maß erfolgreich, denn in über 84% der Fälle konnte eine solche Ausgleichsvereinbarung erzielt werden, wobei das Ergebnis über die Jahre hinweg konstant geblieben ist (Kerner/Hartmann, S. 71). Dabei hatte die Art der Delikte auf das Gelingen eines Ausgleichs keinen Einfluss, das heißt, ein erfolgreicher Ausgleich war bei einer gefährlichen Körperverletzung genauso wahrscheinlich wie bei einem Diebstahl.

Im Ergebnis zeigt sich eine breite Palette abschließender Vereinbarungen (Kerner/Hartmann, S. 76):

Deutlich wurde im Beispielsjahr 1999 zum einen, dass die Versöhnung und Konfliktschlichtung (Entschuldigung) eine besondere Bedeutung hat, in über 83% der Fälle entschuldigt sich der Täter beim Opfer. Zum anderen wurde deutlich, dass nicht nur durch Entschuldigungen symbolische Wiedergutmachung geleistet wird, sondern die Täter auch tatsächlich bereit sind, finanziellen Ausgleich zu leisten. So wurden in 34% der Fälle Schadensersatz und in 21% der Fälle Schmerzensgeld vereinbart. Hierdurch werden dem Opfer oftmals kraft-, zeit- und geldraubende Zivilprozesse erspart.

Diese Vereinbarungen ergeben allerdings nur einen Sinn, wenn sie vom Täter auch erfüllt werden. Dies ist ebenfalls erstaunlich über die Jahre zu einem konsequent hohen Anteil der Fälle: Im Jahr 1999 erfüllte der Täter in knapp 84% der Fälle die Vereinbarung vollständig oder teilweise, lediglich in unter 5% der Fälle bei einem leichten Anstieg in den letzten Jahren wird die Vereinbarung überhaupt nicht erfüllt (Kerner/Hartmann, S. 83).

### b) Ergebnisse aus der Rückfallforschung

Aus dem Bereich der Rückfallforschung liegen ebenfalls erste Ergebnisse vor, die übereinstimmend eine positive Wirkungstendenz zeigen: Täter wurden nach einem erfolgten TOA signifikant weniger rückfällig als nach einer formellen Sanktion (Dölling/Hartmann/Traulsen, MSchrKrim 2002, S. 185 ff.; Busse, S. 203). Nachgewiesen wurde weiter, dass die Rückfallwahrscheinlichkeit bei einem TOA ebenso wie bei anderen Sanktionen davon abhängt, wie stark die strafrechtliche Vorbelastung und wie schwer das der Verurteilung zugrundeliegende Delikt ist (Keudel, BewHi 2001, S. 302 ff.).

### c) Ergebnisse aus der qualitativen Forschung

Aus der qualitativen Forschung lassen sich ebenfalls erste positive Folgerungen ziehen (Jansen/Karliczek, Täter und Opfer als Akteure im Schlichtungsprozess, in Gutsche/Rössner (Hg.), S. 173 f.): Im Ergebnis zeigt sich, dass Opfer und Täter mit dem Angebot eines Täter-Opfer-Ausgleichs sehr zufrieden waren, nach den Konfliktvermittlungen wurden die Beziehungen zwischen Tätern und Opfern oftmals verbessert.

## II. Systematische Stellung im Sanktionensystem

In StGB und StPO sind verschiedene Aspekte der Wiedergutmachung in vielfältiger Form zur Konfliktregelung und/oder im Opferinteresse miteinander verknüpft. Zur systematischen Unterscheidung dienen die Merkmale Freiwilligkeit und Kommunikation zwischen den beteiligten Parteien. Unter dem Aspekt der **Freiwilligkeit** finden sich die Alternativen 1 und 2 des § 46 a, die einfache, freiwillige Schadenswiedergutmachung im Rahmen der Strafaussetzung zur Bewährung bzw. der Strafrestaussetzung, da nach § 56 b Abs. 3 angebotene Leistungen zur Genugtuung für das begangene Unrecht der zwangsweisen Anordnung vorgehen sowie die Regelung im § 56 Abs. 2 S. 2 zur Strafaussetzung zur Bewährung. Als Auffangtatbestand kann zudem § 46 Abs. 2 a. E. gelten, der freiwilliges Bemühen um Schadenswiedergutmachung oder einen kommunikativen TOA im Rahmen der allgemeinen Strafzumessung in jedem Fall honoriert, insbesondere wenn die speziellen Voraussetzungen des § 46 a nicht erfüllt sind.

Im Übrigen kennt das staatliche Rechtsfolgensystem nur **angeordnete Formen der Wiedergutmachung als Auflage**. Hierzu zählen die informellen Erledigungsverfah-

ren nach § 153 a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 5 StPO, die Anweisung bei der Verwarnung nach Strafvorbehalt gem. § 59 a Abs. 2 Nr. 1, sich um einen TOA zu bemühen oder den Schaden wiedergutzumachen, sowie die zwangsweise Auferlegung der Schadenswiedergutmachung bei der Strafaussetzung zur Bewährung gem. § 56 b Abs. 2. Darüber hinaus liegt es in der Hand des Verletzten, seinen zivilrechtlichen Schadensersatzanspruch nach §§ 403 ff StPO im sog. **Adhäsionsverfahren** schon im Strafprozess geltend zu machen, wobei die Konfliktregelung hier im Wege des Vergleichs erfolgt.

All diese vielfältigen Formen strafrechtlicher Schadenswiedergutmachung erfüllen wichtige Funktionen wie die Verantwortungsübernahme durch die freiwillige Wiedergutmachung durch den Täter, die schnelle Erfüllung der Opferinteressen sowie die Wiederherstellung des Rechtsfriedens. Wegen des Fehlens kommunikativer Elemente und im Falle der Anordnung auch wegen des Fehlens der Freiwilligkeit handelt es sich bei all diesen Möglichkeiten nicht um eine Form strafrechtlicher Mediation in Form des Täter-Opfer-Ausgleichs. Diese hat nach der aktuellen Gesetzeslage allein ihren Platz in der Norm des § 46 a Nr. 1. Damit wird deutlich, dass **§ 46 a die zentrale Grundnorm** der strafrechtlichen Mediation in Form von TOA und Wiedergutmachung ist.

Dabei sind Täter-Opfer-Ausgleich und Schadenswiedergutmachung keine Strafen (Lackner/Kühl, Rn. 1a). Wenngleich differenziert beurteilt wird, ob es sich wegen der freiwilligen Verantwortungsübernahme um eine sog. **dritte Spur** im Sanktionensystem handelt (dafür Tolmein, ZRP 99, 409; Rössner, Meurer – FS, S. 163; anders etwa Roxin, Baumann – FS, S. 243), wird jedenfalls festgehalten, dass es sich um eigenständige Reaktionsmittel handelt, die Strafe überflüssig ma-

chen oder mildern sollen (Lackner/Kühl, Rn. 1a).

### III. Anwendungsbereich

Die Vorschrift gilt bei **Verbrechen und Vergehen**, somit ist ein Ausscheiden bestimmter Deliktsarten, etwa der Gewaltdelikte, unzulässig (Lackner/Kühl, Rn. 1b; BGH v. 02. Mai 1995 – 5 StR 156/95 – StV 1995, 464 f.; OLG Karlsruhe v. 10. Mai 1996 – 1 Ss 192/95 – NJW 1996, 3286; Meier, JZ 1995, 436; LG Potsdam v. 05. Dezember 1997 – 24 KLS 34/97 – NJ 1998, 214 mit Anm. Lemke).

Aus der Systematik der Norm ergibt sich zum einen der **Ausschluss von Bagatelldaten**: Das aufwendige Verfahren insbesondere bei einem TOA ist aus Gründen der Verhältnismäßigkeit und aus solchen der Verfahrensökonomie erst jenseits der Schwelle der folgenlo-

sen Einstellung gem. § 153 StPO angebracht.

Wegen des Wortlautes und aus dem Normzweck ergibt sich weiter, dass § 46 a nicht anwendbar ist bei sog. **opferlosen** Delikten, bei denen keine bestimmte (natürliche oder juristische) Person materielle oder immateriell geschädigt wurde (Lackner/Kühl, Rn. 1b) und bei Delikten, wo die Verfügung über das geschützte Rechtsgut allein dem Staat und seinen Organen oder der Allgemeinheit zusteht (Meier, JuS 1996, 439). Hingegen sind alle Delikte, bei denen ein natürliches Opfer vorhanden ist oder juristische Personen, bei denen der Konflikt personalisiert werden kann, grundsätzlich geeignet für die Maßnahmen nach § 46 a (bisweilen bezweifelt für juristische Personen in Nr. 1: Lackner/Kühl, Rn. 3; Meier, JuS 1996, 440; dagegen aber die h.M., vgl. BGH v. 13. Juli 2000 – 4 StR 271/00 – StV 2001, 111; BGH v. 18. November 1999 – 4 StR 435/99 – NStZ 2000, 205; Schönke/Schröder/Stree, Rn. 4; Loos, Hirsch – FS, S. 863).

Schwierig zu beurteilen sind **Verletzungen juristischer Personen**, deren Rechtsgüter durchaus wahrnehmbar und die durch Personen repräsentiert sind sowie die Verletzungen von Personen bei Delikten, die zwar primär die Allgemeinheit schützen, aber durchaus sekundär den Schutz von Personen beinhalten (z.B. bei Widerstandshandlungen gegen Polizeibeam-

te im Dienst, § 113). Da jedoch § 46 a keine formalen Abgrenzungskriterien kennt und mit Blick auf den Gleichheitssatz (Art. 3 GG) eine möglichst weite Auslegung der Voraussetzungen vorzunehmen ist, sind auch diese Fallgruppen in den Anwendungsbereich des § 46 a aufgenommen werden (vgl. BGH v. 18. November 1999 – 4 StR 435/99 – StV 2000, 128; allgemein dazu Rössner/Klaus, Rechtsgrundlagen und Rechtspraxis, in Dölling (Hg.), S. 56 f. sowie Loos, Hirsch – FS, S. 863; krit. Meier, GA 1999, 9). Umstritten ist auch die Anwendung der Vorschrift bei **Delikten im Versuchsstadium**. Während einerseits die Anwendbarkeit abgelehnt wird (SK-Horn, Rn. 3), ist jedoch mit Blick auf den Normzweck, der gerade auch den Opferschutz umfasst, von einer Anwendbarkeit auszugehen (weiterführend vgl. Rössner/Bannenberg, Meurer – FS, S. 167.) Sog. **symbolische Wiedergutmachung** einer Tat ohne Opfer ist nicht einbezogen und kann daher nur im Rahmen der allgemeinen Strafzumessung berücksichtigt werden (Lackner/Kühl, Rn. 1b; krit. Meier, GA 1999, 18; anders Brauns, S. 317). Die Anwendbarkeit der Norm im **Steuerstrafrecht** ist umstritten: Während die Anwendung der Nr. 1 überwiegend abgelehnt wird (BGH v. 25. Oktober 2000 – 5 StR 399/00 – wistra 2001, 23; Tröndle/Fischer Rn. 4; Blesinger, wistra 1996, 90 ff; a.A. Brauns, wistra 1996, 214 ff. m.w.N.), wird die Anwendung der Nr. 2 für möglich gehalten (Lackner/Kühl, Rn. 1b m.w.N.; Brauns, wistra 1996, 214; a.A. Blesinger, wistra 1996, 90; Schabel, wistra 1997, 204).

### IV. Voraussetzungen

#### 1. Allgemein a) Freiwilligkeit

Die Norm schafft nur in seiner Nr. 1 einen kommunikativen Rahmen für einen TOA, wohingegen die Nr. 2 den Fall der freiwilligen

*Buchtipps:*

#### **Ortrud Hagedorn:** **Mediation - durch Konflikte** **lotsen**

Ernst Klett Verlag, Leipzig/Stuttgart 2005  
ISBN: 3-12-924440-9  
kostet incl. CD 19,80 Euro

*Anliegen dieses Bandes ist es, Pädagogen Wege zu zeigen, wie sie Streitenden helfen und eine tragfähige Regelung für künftige Fälle entwickeln können. Dieses Buch gibt praxisnahe Handlungsanleitungen von einer der erfahrensten Seminarleiterinnen im Bereich der Gewaltprävention, der Entwicklerin des Berliner Konfliktlotsenmodells Ortrud Hagedorn.*

Schadenswiedergutmachung durch den Täter ohne kommunikativen Prozess betrifft. § 46 a setzt Freiwilligkeit voraus, sowohl auf der Täter- wie auch auf der Opferseite. Dies bedeutet in erster Linie Verzicht auf jeden rechtlichen und moralischen Zwang zur Durchführung von Täter-Opfer-Ausgleich und Wiedergutmachung, wobei die Freiwilligkeit durch eigennützige Motive nicht ausgeschlossen wird (Meier, JuS 1996, 440). Die Freiwilligkeit ist jedoch nicht mehr gegeben, wenn sich das Opfer nur notgedrungen mit einer Vereinbarung einverstanden erklärt (BGH v. 31. Mai 2002 – 2 StR 73/02 – StV 2002, 649 ff. m. Anm. Kaspar). Unerheblich ist jeder Hinweis der Strafverfolgungsorgane auf die Möglichkeit nach § 46 a und die ggf. bestehende Institution der Konflikthilfe bei der Gerichtshilfe oder freien Trägern.

Aus diesem Prinzip der Freiwilligkeit resultiert die **relative Wahlfreiheit** von Täter und Opfer im Hinblick auf § 46 a: Der Verdächtige hat die Wahl, durch die Möglichkeiten des § 46 a das Rechtsfolgegeschehen mitgestaltend zu bewältigen oder alle Rechte als Beschuldigter bzw. Angeklagter auf der Grundlage der Unschuldsumutung im kontradiktorischen Verfahren wahrzunehmen. Selbstverständlich darf etwa ein abgelehnter TOA weder zu Verfahrens- noch Rechtsfolgen nachteilen führen (weiterführend zum Problem vgl. Meier, GA 1999, 5f; Weigend, Fragen zur Rechtsstaatlichkeit beim TOA, in Marks/Meyer/Schreckling/Wandrey (Hg.) S. 37 ff; dagegen überzogen kritisch Albrecht, Schüler-Springorum – FS, S. 81 ff.). Das Opfer hat die Wahl, etwa durch den TOA schnell und ohne weitere zivilrechtliche Auseinandersetzung zu Schadensersatz und ggf. Konfliktbewältigung zu kommen oder jeden Kontakt zum Täter zu vermeiden und seine Ansprüche auf dem Klagewege durchzusetzen.

## b) Aufklärungspflicht und Rollenverteilung

Ausgehend von den Voraussetzungen des § 46 a ergibt sich insbesondere aus dem erforderlichen Ausgleich zwischen Täter und Opfer in Nr. 1 eine implizite Voraussetzung hinsichtlich der Aufklärungspflicht und des Verfahrensstandes: Die Rollenverteilung zwischen Täter und Opfer muss zumindest subjektiv zwischen den Beteiligten konsentiert sein, d. h. vor allem der Täter muss diese Position akzeptieren (BGH v. 19. Dezember 2002 – 1 StR 405/02 – StV 2003, 274; Meier, GA 1999, 10). Dies bedeutet für den Verfahrensstand, dass der Sachverhalt objektiv so weit ausermittelt sein muss, dass er hinreichend i.S.d. § 203 StPO geklärt ist, denn § 46 a bezieht sich nur auf Straftaten. Ein explizit **bestreiten-der Beschuldigter** muss von einer Überweisung an eine nach landesrechtlichen Vorschriften für den Täter-Opfer-Ausgleich zuständige geeignete Stelle oder von einer durch Dritte vermittelten friedensstiftenden Kommunikation ausgeschlossen bleiben. Dagegen kann neben dem geständigen Täter auch der schweigende Täter in die Kommunikation einbezogen werden (BGH v. 19. Dezember 2002 – 1 StR 405/02 – StV 2003, 274).

## c) Verhältnis von Nr. 1 und Nr. 2

Beide Alternativen beschreiben **selbständige** Voraussetzungen (Lackner/Kühl, Rn. 4a, deutlich BGH v. 19. Dezember 2002 – 1 StR 405/02 – StV 2003, 273). Oft findet sich die Formulierung, Nr. 1 betreffe den Ausgleich **immaterieller**, Nr. 2 hingegen **materieller** Schäden (BverfG v. 30. Oktober 2002 – 2 BvR 2182/01 – NJW 2003, 740; BGH v. 02. Mai 1995 – 5 StR 156/95 – NStZ 1995, 492; BayObLG v. 17. Dezember 1997 – 2 St RR 273/97 – NJW 1998, 1654; LPK-StGB Rn. 1; kritisch dazu Kühl/Heger, JZ 2002, 363; König, JR 2002, 252; Dierlamm, NStZ 2000, 536 f.). Die-

se mißverständliche Formulierung zielt jedoch nicht auf eine Begrenzung des Anwendungsbereiches in beiden Alternativen, sondern bringt lediglich verkürzt zum Ausdruck, dass in der Nr. 1 besonderes Gewicht auf den kommunikativen Prozess und insofern auf die Überwindung immaterieller Tatfolgen legt, wohingegen die Nr. 2 auf den besonderen persönlichen Einsatz bei materieller Wiedergutmachung zielt (Rössner/Bannenberg, Meurer – FS S. 168; so auch Lackner/Kühl, Rn. 2, 4a; Brauns, S. 324).

Der Tatrichter kann die Strafmitilderung für den Täter nach den Umständen des Einzelfalles auf jede der beiden Alternativen stützen; liegen jedoch die Voraussetzungen für beide Alternativen vor, können sie nebeneinander festgestellt werden (BGH v. 19. Dezember 2002 – 1 StR 405/02 – StV 2003, 273). Ist die Tat auf einen materiellen Schaden angelegt (z.B. bei Betrug) und wurde der Schaden wiedergutmacht, so gilt § 46 a auch für die weiteren in diesem Rahmen **tateinheitlich** verwirklichten Delikte (z.B. Urkundenfälschung) (OLG Karlsruhe 10. Mai 1996 – 1 Ss 192/95 – StV 1996, 610, 611).

## 2. Nr. 1

### a) Bemühen des Täters

Eine nach § 46 a Nr. 1 beachtliche Wiedergutmachungsleistung muss in dem Bemühen erfolgt sein, einen Ausgleich mit dem Verletzten zu erreichen. Voraussetzung für eine im Rahmen des § 46 a Nr. 1 anzuerkennende Wiedergutmachungsleistung ist in subjektiver Hinsicht das ernsthafte Bemühen des Täters um einen Tatfolgenausgleich. Dies zeigt sich in der Regel in der Bereitschaft zur Verantwortungsübernahme in der Kommunikation mit dem Opfer und der Teilnahme am Ausgleichsgespräch.

### b) Kommunikatives Verhältnis

Auf der objektiven Seite setzt § 46 a Nr. 1 ein aus dem Ausgleichsbestre-

ben resultierendes kommunikatives Verhältnis zwischen Täter und Opfer sowie die Wiedergutmachung voraus. Aus der Voraussetzung, dass ein kommunikatives Verhältnis zwischen Täter und Opfer bestehen muss (BGH v. 31.05.02 – 2 StR 73/02 – StV 2002, S. 651; BGH v. 22.08.01 – 1 StR 333/01 – NStZ 2002, 29), folgt, dass eine einseitige Wiedergutmachung, ohne den Versuch, das Opfer einzubeziehen, hierbei nicht genügt (BGH v. 19. Dezember 2003 – 1 StR 405/02 – StV 2003, 274; BGH v. 18. November 1999 – 4 StR 435/99 – NStZ 2000, 205; BGH v. 02. Mai 1995 – 5 StR 156/95 – NStZ 1995, 493). Ebenso wenig reicht die alleinige Erfüllung von Schadensersatzansprüchen (MüKo/Franke, Rn. 11) oder ein einfaches Entschuldigungsschreiben ohne Opferreaktion (BGH v. 08. September 1999 – 3 StR 327/99 – NStZ 1999, 610). Vielmehr genügt nur eine Wiedergutmachung, in welcher der Täter möglichst anstrebt, den der Tat zugrundeliegenden Gesamtkonflikt zu lösen (Lackner/Kühl, Rn. 3; BT-Drs. 12/6853, 21 f.; BGH v. 02. Mai 1995 – 5 StR 156/95 – NStZ 1995, 492; OLG Hamm v. 20. August 1998 – 2 Ss 972/98 – StV 1999, 89; krit. SK-Horn, Rn. 6).

**Nicht vorausgesetzt** sind hingegen bestimmte kommunikative Formen, insbesondere ist die Einschaltung eines professionellen, von der Justiz akzeptierten **Vermittlers** (BGH v. 31.05.02 – 2 StR 73/02 – StV 2002, S. 651; OLG Stuttgart v. 08. März 1996 – 1 Ss 38/96 – NJW 1996, 2109; SK-Horn, Rn. 6; a.A. König/Seitz, NStZ 1995, 2; BayObLG v. 31. März 1995 – 3 StR 17/95 – NJW 1995, 2120 „tunlichst“). Eine derartige Restriktion des gesetzlichen TOA ist weder ausdrücklich vorgesehen, noch entspricht sie dessen Sinn und Zweck. Vielmehr geht es hier um eigenverantwortliche Konfliktbewältigung der Beteiligten, die durch institutionalisierte Konflikthilfe gefördert werden kann, aber nicht muss, so

dass eine eigenverantwortliche Einigung ebenso wirksam ist wie diejenige, die mit Hilfe eines Vermittlers, Richter oder eines anderen Dritten zustande gekommen ist.

### c) Wiedergutmachung

Für die objektive Komponente der Wiedergutmachung lässt die Norm verschiedene Varianten zu: Möglich sind materielle Wiedergutmachung (Rückgabe, Reparatur, Schadensersatz, Schmerzensgeld), immaterielle Wiedergutmachung (Entschuldigung, Anerkennung, z.B. durch Geschenke, Hilfsdienste für die Opfer o.ä.) und symbolische Leistungen auf Wunsch des Opfers (gemeinnützige Leistungen an bestimmte Organisationen).

Problematisch ist bisweilen der Maßstab der **Erfüllung**: Teilweise wird angenommen, die Wiedergutmachung nach Nr. 1 sei erst gegeben, wenn die durch die Tat schuldhaft verursachten Nachteile auf der Opferseite überwiegend, ggf. kompensatorisch, beseitigt seien (Schönke/Schröder/Stree, Rn. 3), wobei die Einschätzung des Opfers nur insoweit gelte, wie diese auch dem objektiven Urteil eines **vernünftigen Dritten** entspreche (SK-Horn, Rn. 3). Dagegen spricht, dass bei § 46 a Nr. 1 das Ergebnis der Mediation in den Händen von Täter und Opfer liegt. Bei gegenseitigem Einverständnis zwischen Täter und Opfer und dem ernsthaften Bemühen des Täters stellt schon dieser Basisakt einen ausreichenden TOA i.S.d. § 46 a Nr. 1 dar. Deshalb steht auch die (autonome) Entscheidung des Opfers, es dem Täter leicht zu machen und keine hohen Anforderungen zu stellen, der Bejahung der Voraussetzungen der Nr. 1 ebensowenig entgegen (MüKo/Franke, Rn. 11; BGH 22. Februar 2001 – 3 StR 41/01 – StV 2001, 457) wie eine Wiedergutmachung, die einen zivilrechtlichen Anspruch übersteigt (Schönke/Schröder/Stree, Rn. 2). Nur wenn das Opfer unter Ausnutzung des

strafverfahrensrechtlichen Drucks unzumutbare und verwerfliche Forderungen stellt, ist diese unwirksam und kann nicht Maßstab der Erfüllung sein, hier gilt § 240 Abs. 2 als objektive Kontrollmöglichkeit. Im übrigen erfolgt auf dieser Ebene keine weitergehende Akzeptanzprüfung.

Von dieser Frage der Zulässigkeit einer Vereinbarung zwischen Täter und Opfer zu unterscheiden ist die Frage nach der Rechtsfolgenwirkung des TOA, wo Gericht und Staatsanwaltschaft selbstverständlich nach objektiven Maßstäben entscheiden, inwieweit ein autonom zwischen den Parteien vereinbarter TOA zum Absehen bzw. zur Milderung der Strafe führen kann. Nur hier ist zu berücksichtigen, dass bei schwerwiegenden Taten mehr an (anzustrebendem) Ausgleich erforderlich ist als bei Taten mit geringerer Schwere, wobei auch das Mitverschulden des Opfers an der Tat zu beachten ist (Schönke/Schröder/Stree, Rn. 3).

Vielfach wird übersehen, dass zu den möglichen Wiedergutmachungsleistungen auch symbolische Formen gehören, die zumindest ideell dem Opfer zugute kommen. **Symbolische Wiedergutmachung** meint die Fälle, wo das Opfer keine Leistung an sich selbst, sondern an Dritte (z.B. Hilfsorganisationen) wünscht. Sofern hier stets der indirekte Opferbezug gewahrt bleibt, handelt es sich um eine anzuerkennende Wiedergutmachung im § 46 a Nr. 1. Mit dieser Frage vermischt wird oft die Frage nach der symbolischen Wiedergutmachung bei opferlosen Delikten. Diese sind jedoch nicht aus grundsätzlichen Erwägungen, sondern allein wegen der nicht möglichen Kommunikation aus dem § 46 a Nr. 1 ausgeschlossen (weiterführend zu diesem Problem vgl. Meier, GA 1999, 18). Offen ist die Frage, ob auch Akte der **Selbstresozialisierung** wie die psychotherapeutische Behandlung, der Besuch sozialer Trainingskurse

o.ä. als symbolische Wiedergutmachung im Interesse und auf Wunsch des Opfers in einem TOA nach § 46 a Nr. 1 berücksichtigt werden sollen (vgl. weiterführend Rössner/Bannenberg, Meurer – FS, S. 169).

Problematisch sind ferner die Fälle **mittelbarer Wiedergutmachungsleistungen**, etwa die Regulierung eines Schadens durch die Haftpflichtversicherung des Täters, ohne dass es zu einem weiteren Kontakt zwischen Täter und Opfer gekommen wäre (ausreichend nach Horn, JR 1999, 41; a.A. aber



**Prof. Dr. Dieter Rössner,**  
**Professor für Strafrecht und**  
**Kriminologie, Institut für Krimi-**  
**nalogie, Institut für Krimi-**  
**nalogie, Philipps-**  
**Universität Marburg**

BayObLG v. 17. Dezember 1997 – 2 St RR 273/97 – NJW 1998, 1654; Tröndle/Fischer, Rn. 4; Rössner/Bannenberg, Meurer – FS, S. 169: derartige Leistungen reichen mangels Kontakt nicht aus). Dennoch ist generell gegen die materielle Wiedergutmachung aus Versicherungsleistungen auch beim TOA nach § 46 a Nr. 1 einzuwenden, sofern die Grundvoraussetzung der Kommunikation mit entsprechenden ideellen Wiedergutmachungsleistungen erfüllt ist.

#### d) Rangverhältnis der drei Erfüllungsalternativen

Aus der Systematik der Nr. 1 ergibt sich folgendes Rangverhältnis: Basisvoraussetzung für alle drei Alternativen ist, dass der Täter die kommunikativen und/oder ideellen Wiedergutmachungsleistungen vollständig erbringt. Der § 46 a Nr. 1 zugrunde liegende **Normalfall** zeichnet sich darüber hinaus dadurch aus, dass der Täter die mit dem Opfer getroffene Verabredung schon durch das Ausgleichsgespräch mit immateriellen Leistungen erfüllt hat bzw. den festgelegten materiellen Leistungen nachgekommen ist. Die subsidiäre **zweite Alternative** ist darin zu sehen, dass der Täter die versprochenen Leistungen überwiegend erbracht hat. Als Richtwert mag dabei mehr als die Hälfte der versprochenen Wiedergutmachungsleistungen anzusehen sein (Lackner/Kühl, Rn. 2), sofern durch die diese Pauschale die Einzelfallbetrachtung nicht entfällt. Die wiederum subsidiäre **dritte Alternative** lässt es genügen, dass die Wiedergutmachung ernsthaft erstrebt wurde. Diese Alternative bildet den Auffangtatbestand für die Fälle, wo der Täter alle zumutbaren kommunikativen und ideellen Wiedergutmachungsleistungen erbringt und unter Anstrengung auch Schritte zur materiellen Wiedergutmachung unternimmt, aber auch bei bestem Willen wegen seiner beengten finanziellen Verhältnisse und/oder der Schadenshöhe keine überwiegende Wiedergutmachung erreichen kann oder nachträgliche Umstände (Arbeitslosigkeit, Krankheit o. ä.) dazu führen, dass der Täter der TOA-Vereinbarung nicht mehr nachkommen kann. Diese Alternative gilt auch für den Fall, wo das Opfer eine Teilnahme ablehnt (BGH v. 31. Mai 2002 – 2 StR 73/02 – StV 2002, 651; BayObLG v. 31. März 1995 – 3 St RR 17/95 – StV 1995, 367).

#### e) Zeitpunkt der Wiedergutmachung

Nicht Voraussetzung für die Anwendung der Norm ist, dass die Tat im Entscheidungszeitpunkt bereits vollständig wiedergutmacht ist bzw. der Schaden nach Art und Höhe vom Täter überhaupt jemals tatsächlich wieder gutgemacht werden kann, es genügt vielmehr, dass der Täter dieses Ziel bis dahin ernsthaft erstrebt hat. Dabei sind tatsächliche Aktivitäten, aus denen sich über den ernsthaften Wiedergutmachungswillen des Täters hinaus auch die Art, das Ausmaß und der Zeitpunkt der geplanten Maßnahmen ableiten lässt, notwendig (SK-Horn, Rn. 4; BGH v. 13. April 1999 – 1 StR 77/99 – NStZ 1999, 454). Die Anwendung der Norm scheidet jedoch aus, wenn sich der Täter bis zum Entscheidungszeitpunkt nicht zum Beginn von Maßnahmen nach § 46 a hat entschließen können (SK-Horn, Rn. 5; aber BGH v. 18. November 1999 – 4 StR 435/99 – StV 2000, 129) bzw. es kann Berücksichtigung finden, dass der Täter seine Ausgleichsbemühungen erst sehr spät entfaltet hat (BGH v. 14. Dezember 1999 – 4 StR 554/99 – StV 2000, 129).

#### 3. Nr. 2

Die Alternative nach § 46 a Nr. 2 regelt den Fall der qualifizierten **Schadenswiedergutmachung**.

Hier erbringt der Täter ganz oder zum überwiegenden Teil eine Entschädigung, die ihm erhebliche **persönliche Leistungen** (z. B. erhebliche Einschränkungen im finanziellen Bereich oder in der Freizeit durch umfangreiche Arbeiten) oder **persönlichen Verzicht** (z. B. Aufgabe einer geplanten Urlaubsreise) abgefordert hat (LPK-StGB, Rn. 4). Das bloße Bemühen des Täters genügt hier selbstverständlich nicht, vielmehr wird die Schadenswiedergutmachung nach Nr. 2 wird bestimmt durch das Erfolgsprinzip der überwiegenden bzw. vollständigen Wiedergutmachung,

wobei durch das Erfordernis der fühlbaren Einbuße ein Element der Selbstbestrafung (§ 60) hinzukommt, so dass insgesamt ein Äquivalent für eine strafrechtliche Rechtsfolge gegeben ist.

Die Erfüllung von **Schadensersatzansprüchen** allein genügt nicht, vielmehr setzt Nr. 2 voraus, dass der Täter einen über die rein rechnerische Kompensation hinausgehenden Betrag erbringt (BGH v. 25. Juli 1995 – 1 StR 205/95 – StV 1995, 585; BGH v. 18. November 1999 4 StR 435/99 – NStZ 2000, 205 mit Anm. Dierlamm, 536; Tröndle/Fischer, Rn. 5 m.w.N.).

Da es sich nicht um einen Fall des vereinbarten TOA handelt, bestimmt sich der Umfang des Schadensersatzes und damit der Maßstab der Voll- oder überwiegenden Erfüllung nach objektiven Kriterien des zivilrechtlichen Haftungsumfanges. Im Unterschied zur Nr. 1 muss daher das Opfer bei Anwendung der Nr. 2 tatsächlich auch objektiv ganz oder zum überwiegenden Teil entschädigt werden (BGH v. 19. Oktober 1999 – 1 StR 515/99 – NStZ 2000, 83, 84), während das bloße Erstreben der Wiedergutmachung nur in Ausnahmefällen genügen kann, etwa wenn das Opfer die Annahme der Leistung verweigert (LPK-StGB, Rn. 5; BGH 13. 4. 1999 – 1 StR 77/99 – NStZ 1999, 455).

Das Erfordernis persönlicher Leistungen schließt **Leistungen Dritter** (Brauns, S. 317), namentlich der Haftpflichtversicherung aus (BayObLG v. 17. Dezember 1997 – 2 StR RR 273/97 – JR 1999, 40 m. krit. Anm. Horn; gegen Horn: MüKo/Franke, Rn. 13). Vielmehr sollen die persönlichen Anstrengungen gerade Ausdruck der Verantwortungsübernahme gegenüber dem Opfer sein (OLG Stuttgart v. 8. März 1996 – 1 Ss 38/96 – NJW 1996, 2109 f.; KG v. 30. Dezember 1996 – (4) 1 Ss 15/96 (16/96) – StV 1997, 473).

Hintergrund dieser Einschränkung ist der **Ausschluss** einer Besserstellung von Tätern, die ohne eine erhebliche eigene Belastung das Opfer entschädigen und sich so durch Schadensersatzleistungen von einer strengeren Bestrafung „freikaufen“ könnten (BGH v. 02. Mai 1995 – 5 StR 156/95 – NStZ 1995, 492, 493; BGH v. 18. November 1999 – 4 StR 435/99 – NStZ 2000, 205 f.).

Der Anwendung des § 46a steht nicht entgegen, dass Täter Entschädigungsleistung erst erbringt, nachdem er durch das Opfer auf Zahlung in Anspruch genommen wurde (BGH v. 19. Dezember 2002 – 1 StR 405/02 – StV 2003, 274; BGH v. 17. Januar 1995 – 4 StR 755/94 – NStZ 1995, 284; a.A. wohl König/Seitz, NStZ 1995, 2). Jedenfalls muss der Täter über die erforderlichen Mittel zur Wiedergutmachung verfügen, die Zusage späterer Leistung reicht nicht (BGH v. 19. Oktober 1999 – 1 StR 515/99 – NStZ 2000, 83).

## V. Rechtsfolgen

### 1. Verhältnis von § 46 a zu § 46

§ 46 a enthält vertypete Strafmilderungsgründe (BayObLG v. 31. März 1995 – AZ 3 St RR 17/95 – NJW 1995, 2120). Im Verhältnis des § 46 a zum § 46 ist umstritten, ob § 46 a gegenüber der nach § 46 erforderlichen Gesamtschau nachrangig ist (dafür Tröndle/Fischer, Rn. 4a; a.A. MüKo/Franke, Rn. 6; Rössner/Bannenberg, Meurer – FS, S. 172; Steffens, S. 147f. m.w.N.). Weil jedoch der gesetzlich vertypete Strafmilderungsgrund des § 46 a auf der Stufe der Strafrahmenbestimmung zu berücksichtigen ist, und erst danach die Strafzumessung im engeren Sinn, also die Bemessung der konkreten Strafhöhe im festgelegten Strafrahmen erfolgen kann, folgt hieraus die Prüfreihenfolge bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 46 a (so auch BGH v. 02. Mai 1995 – 5 StR 156/95 – NStZ 1995, 492; OLG Hamm v. 20. Au-

gust 1998 – 2 Ss 972/98 – StV 1999, 89): Anwendung der Rechtsfolgen des § 46 a, Absehen von Strafe bei



**Jacqueline Kempfer,**  
wissenschaftliche Mitarbeiterin  
im Institut für Kriminalwissen-  
schaften, Philipps-Universität  
Marburg

Vorliegen der engeren Voraussetzungen, Strafmilderung nach § 49, mildernder Strafumstand nach § 46 Abs. 2 a. E.

### 2. Absehen von Strafe und Strafmilderung

Ein **Absehen von Strafe** ist nur möglich, wenn Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe bis zu dreihundertsechzig Tagessätzen verwirkt ist. Dabei ist das konkrete verwirklichte Strafmaß und nicht der abstrakte Strafrahmen maßgebend (MüKo/Franke, Rn. 6). Vor dem Urteil bis zur Anklageerhebung haben die Staatsanwaltschaft mit Zustimmung des Gerichts und danach der Richter mit Zustimmung der Staatsanwaltschaft die Möglichkeit, in diesem Bereich das Verfahren nach § 153 B Abs. 1 bzw. 2 StPO einzustellen.

Im Rahmen der Strafmilderung ist eine Milderung des Höchststrafrahmens von lebenslanger Freiheitsstrafe auf Freiheitsstrafe nicht unter 3 Jahren (§ 49 Abs. 1 Nr. 1) oder die Reduzierung auf 3/4 des

sonst angedrohten Höchstmaßes (§ 49 Abs. 1 Nr. 2) und zugleich die Absenkung von erhöhten Untergrenzen (§ 49 Abs. 1 Nr. 3) möglich.

### 3. Kriterien der Ermessensentscheidung

#### a) Strafzumessungsaspekte

Bei der Ermessensentscheidung steht an erster Stelle die Entscheidung, von der Anwendung des § 46 a Gebrauch zu machen. Dieses Rechtsfolgeermessen ist als pflichtgemäßes Ermessen an die allgemeinen Wert- und Zweckvorstellungen des Strafrechts gebunden. Die damit eröffnete Gesamtwürdigung strafzumessungsrelevanter Grundsätze muss sich dabei auf solche Umstände beschränken, die auf den TOA oder die Schadenswiedergutmachung sachlich bezogen sind. Somit haben Strafzumessungsgründe wie Vorstrafen oder persönliche Verhältnisse außer Betracht zu bleiben. Die vom Gesetzgeber in § 46 a eingeführten Instrumente zur freiwilligen Verantwortungsbüro haben sachliche Bezüge insbesondere zu den Strafzumessungsaspekten Schuld und Verantwortung, Opfergerechtigkeit, Wiederherstellung des Rechtsfriedens sowie Spezial- und Generalprävention. Zu berücksichtigen ist im Rahmen der Nr. 1 weiter die Intensität der Wiedergutmachung auf der Tatbestandsseite, welche von einem ernsthaften Erstreben bis zur vollständigen Wiedergutmachung reicht. Nicht zwingend erforderlich für die Strafrahmenmilderung nach § 46 a ist ein volles Geständnis des Täters (BGH v. 20. September 2002 – 2 StR 336/02 – StV 2002, 649), wengleich dieses ein deutliches Anzeichen für einen gelungenen Täter-Opfer-Ausgleich sein kann (BGH v. 19. Dezember 2002 – 1 StR 405/02 – StV 2003, 274; BGH v. 20. September 2002 – 2 StR 336/02 – StV 2002, 649).

#### b) Ermessensregel

Als eine Ermessensregel lässt sich daher ableiten: Je größer die **Diskrepanz zwischen dem Gehalt eines TOA und dem Gewicht der Straftat** ist, desto stärker werden es präventive Aspekte und das öffentliche Interesse erfordern, einen TOA zumindest für ein Absehen von Strafe nicht ausreichen zu lassen. Hierfür können als Ermessensmaßstäbe die Kriterien Handlungs- und Erfolgswert der Wiedergutmachung berücksichtigt werden, die den Handlungs- und Erfolgswert der Handlung kompensieren. Um so stärker sich also der Täter um einen TOA bzw. Wiedergutmachung bemüht hat (Handlungswert) und je vollständiger der Tatfolgenausgleich (Erfolgswert) ist, desto eher sind die Rechtsfolgen des § 46 a heranzuziehen (weiterführend Meier, GA 1999, 12 f.; kritisch SK-Horn, Rn. 10). Zu berücksichtigen sind in dieser Abwägung z.B. der Grad des freiwilligen Engagements des Täters (spontan oder erst nach Abschätzen der Chancen), die Schwere der Schuld, der Umfang des Opferschadens. So kann sich trotz eines akzeptablen TOA bzw. Wiedergutmachung noch immer ein erhebliches Missverhältnis ergeben, wie dies etwa in einem Vergewaltigungsfall zu berücksichtigen ist.

#### c) Einzelfälle

Bei **Vergewaltigung** reicht es nicht aus, dass der Täter sich zu entschuldigen versucht und Schmerzensgeldzahlungen, wenn auch unter Aufnahme eines Kredites, leistet (BGH 2. Mai 1995 – 5 StR 156/95 – NStZ 1995, 492). Bei schweren Fällen der Vergewaltigung wie auch bei sexuellem Missbrauch eines Kindes (BGH v. 22. August 1995 – 1 StR 476/95 – StV 1995, 635) liegt § 46 Nr. 1 nicht nahe. Andererseits sind auch **schwerwiegende Gewaltdelikte** nicht generell ausgeschlossen (vgl. versuchten Mord eines vermindert schuldfähigen Täters BGH

v. 12. Juli 2000 – 1 StR 281/00 – StV 2001, 230).

#### d) Tatrichterliche Prüfung

Im Übrigen ist jedoch zu beachten, dass die Grundentscheidung des Gesetzgebers mit Einführung des § 46 a grundsätzlich auch von der Anwendung der Rechtsfolgen des § 46 a ausgeht. Die Ermessensentscheidung wird so reduziert auf die negative Frage, ob trotz TOA oder qualifizierter Schadenswiedergutmachung eine weitergehende Einwirkung auf den Täter zum Schutz der Allgemeinheit unerlässlich ist. Liegen Anhaltspunkte dafür vor, dass der Täter nach der Tat Schadensersatzleistungen erbracht oder sich um Schadenswiedergutmachung bemüht hat, muss der Tatrichter Voraussetzungen und Rechtsfolgen des § 46a prüfen und, wenn das Ergebnis nicht offensichtlich ist, erörtern (BGH v. 26. September 2002 – 4 StR 329/02 – StV 2002, 656; BGH v. 20. Januar 2001 – 4 StR 551/00 – StV 2001, 346; OLG Hamm v. 20. August 1998 – 2 Ss 972/98 – StV 1999, 89 f.; OLG Hamm v. 24. Juli 1998 – 2 Ss 740/98 – StV 1999, 89; BayObLG v. 31. März 1995 – 3 St RR 17/95 – NJW 1995, 2120).

Mehrfach erfolgten Urteilsaufhebungen, weil die Tatgerichte § 46 a bei der Strafzumessung nicht beachtet hatten (BGH v. 17. Januar 1995 – 4 StR 755/94 – NStZ 1995, 284; BGH v. 02. Mai 1995 – 5 StR 156/95 – NStZ 1995, 492; BayObLG v. 31. März 1995 – 3 St RR 17/95 – NJW 1995, 2120).

**Anm. d. Redaktion: Prof. Dr. Rössner wird auf dem 11. TOA-Forum zu diesem Thema einen Workshop für Justizpraktiker abhalten.**