

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

Lehrstuhl für dt., europ. und int.  
Strafrecht und Strafprozessrecht ein-  
schließlich Medizin-, Wirtschafts-  
und Steuerstrafrecht

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

[karsten.gaede@strate.net](mailto:karsten.gaede@strate.net)

## REDAKTION

Prof. Dr. Christian Becker; RiLG Dr. Ulf

Buermeyer, LL.M.; Prof. Dr. Karsten

Gaede; RiKG Dr. Holger Mann; RA Dr.

Stephan Schlegel.

## STÄNDIGE MITARBEITER

RA Dr. Christoph Henckel (Redaktion-

assistent); Prof. Dr. Jochen Bung,

M.A., Univ. Hamburg; Prof. Dr. Chris-

toph Burchard, LL.M. (NYU), Univ.

Frankfurt; Prof. Dr. Daniela Demko,

LLM, Univ. Leipzig; Prof. Dr. Lutz Ei-

dam, LL.M., Univ. Bielefeld; Dr. Antje

du Bois-Pedain, MJur (Oxon), Univ.

Cambridge; Prof. Dr. Diethelm Kle-

sczewski, Univ. Leipzig; Prof. Dr. Hans

Kudlich, Univ. Erlangen-Nürnberg;

Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale),

Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer, Dres-

den; RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus, Dort-

mund; RA Dr. Markus Rübenstahl,

mag. iur., Frankfurt a.M.; Prof. Dr.

Frank Saliger, LMU München; RA Dr.

Hellen Schilling, Frankfurt a.M.; Prof.

Dr. Christoph Sowada, Univ. Greifs-

wald; RA Klaus-Ulrich Ventzke, Ham-

burg und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers,

Univ. Basel

## Publikationen

Julius Lantermann, Frankfurt – **Der Besetzungseinwand nach der Modernisierung** S. 19

Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Paul Waßmer, Univ. Köln – **Zur Entnahme von Geldscheinen aus dem Ausgabefach eines Geldautomaten nach Ablenkung des Kunden** Zugl. Anm. zu BGH HRRS 2019 Nr. 917 S. 25

## Entscheidungen

BVerfG **Verdacht des Besitzes jugendpornographischer Schriften**

BVerfG **Auslieferung eines Tschetschenen zur Strafverfolgung**

BGHSt **Unwirksame Beschränkung der Revision auf den Rechtsfolgenausspruch bei fehlendem Schuldspruch**

BGH **Versuch bei notwendigen Tatbeiträgen des Tatmittlers**

BGH **Prozessrechtsakzessorietät des Prozessbetruges**

BGH **Ausnutzungsbewusstsein bei der Heimtücke**

BGH **Abzug von Schwarzlöhnen bei der Steuerhinterziehung**

Die Ausgabe umfasst 95 Entscheidungen.

# HRRS

Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche  
Rechtsprechung zum Strafrecht  
<http://www.hrr-strafrecht.de>

## HERAUSGEBER

RA Dr. h.c. Gerhard Strate  
Holstenwall 7, 20355 Hamburg  
[gerhard.strate@strate.net](mailto:gerhard.strate@strate.net)

## SCHRIFTLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede  
Lehrstuhl für dt., europ. und int. Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht  
Bucerius Law School  
Jungiusstraße 6  
20355 Hamburg  
[karsten.gaede@strate.net](mailto:karsten.gaede@strate.net)

## REDAKTION

Prof. Dr. Christian Becker; RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; Prof. Dr. Karsten Gaede; RiKG Dr. Holger Mann; RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

RA Dr. Christoph Henckel (Redaktionsassistent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Univ. Hamburg; Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frankfurt; Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., Univ. Leipzig; Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), Univ. Cambridge; Prof. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Univ. Bielefeld; Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski, Univ. Leipzig; Prof. Dr. Hans Kudlich, Univ. Erlangen-Nürnberg; Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer, Dresden; RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus, Dortmund; RA Dr. Markus Rübenstahl, mag. iur., Frankfurt a.M.; Prof. Dr. Frank Saliger, LMU München; RA Dr. Hellen Schilling, Frankfurt a.M.; Prof. Dr. Christoph Sowada, Univ. Greifswald; RA Klaus-Ulrich Ventzke, Hamburg und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Univ. Basel.

ISSN 1865-6277

21. Jahrgang, Januar 2020, Ausgabe

1

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

### **1. BVerfG 2 BvR 31/19, 2 BvR 886/19 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. November 2019 (LG Frankfurt am Main / AG Frankfurt am Main)**

Wohnungsdurchsuchung und Auswertung sichergestellter Datenträger (Wohnungsgrundrecht; Anforderungen an den Tatverdacht; Besitz und Verbreitung jugendpornographischer Schriften; keine hinreichende Verdachtsgrundlage bei Versendung von Bilddateien einer bereits geschlechtsreifen Person ohne weitere Hinweise auf deren Alter; kein aktueller Auffindeverdacht bei einzelner, verjährter Verbreitungstat; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Verbot der Entgrenzung der Strafverfolgung; ausufernde Ermittlungsmaßnahmen wegen angenommener Störung der Sexualpräferenz; Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung; Eingriff durch richterliche Bestätigung der vorläufigen Sicherstellung

von Datenträgern zum Zwecke der Durchsicht; Rechtfertigung nur bei Fortbestehen der Durchsuchungsvoraussetzungen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 13 GG; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 102 StPO; § 110 StPO; § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB; § 184b StGB; § 184c StGB

1. Der Verdacht des Besitzes jugendpornographischer Schriften kann nicht allein darauf gestützt werden, dass der Beschuldigte Bilddateien versandt hat, die das Glied einer geschlechtsreifen männlichen Person zeigen; denn der körperliche Entwicklungsstand lässt dann ohne weitere – ausdrückliche oder kontextabhängige – Hinweise auf das Alter keine Rückschlüsse darauf zu, ob der Abgebildete noch jugendlich oder bereits erwachsen ist. Anderes gilt, soweit der Empfänger der Dateien Angaben macht, die einen Austausch von kinder- oder jugend-

pornographischem Material zwischen ihm und dem Beschuldigten möglich erscheinen lassen (Hauptsacheentscheidung zur einstweiligen Anordnung vom 23. Mai 2019 [= HRRS 2019 Nr. 728]).

2. Ein Auffindeverdacht hinsichtlich einer gegenwärtigen oder zumindest noch verfolgbaren Straftat nach § 184c StGB ist nicht ausreichend begründet, wenn konkrete Anhaltspunkte für einen Besitz und ein Verbreiten jugendpornographischer Schriften nur für eine einzelne, lange zurückliegende Tat bestehen, hinsichtlich derer jedenfalls Verfolgungsverjährung eingetreten wäre, während die Gerichte mit Blick auf mögliche jüngere Taten lediglich davon ausgehen, nach allgemeiner Lebenserfahrung sei es untypisch, dass solche Delikte sich auf Einzelfälle beschränken.

3. Rechtfertigte die nicht näher begründete Annahme einer dauerhaften Störung der Sexualpräferenz auch nach Jahren einen Anfangsverdacht für die Begehung von Straftaten nach §§ 184b, 184c StGB, so könnten gegen den Betroffenen über lange Zeiträume hinweg Ermittlungsmaßnahmen ohne das Hinzutreten weiterer Verdachtsmomente angeordnet werden, was auf eine unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten nicht hinnehmbare weitreichende Entgrenzung der Strafverfolgung hinausliefe.

4. Notwendiger, aber auch in Anbetracht der Eingriffintensität hinreichender Anlass für eine Wohnungsdurchsuchung ist der Verdacht, dass eine Straftat begangen wurde. Der Verdacht muss auf konkreten Tatsachen beruhen und über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen. Die Durchsuchung darf nicht der Ermittlung von Tatsachen dienen, die zur Begründung eines Anfangsverdachts erst erforderlich sind.

5. Dem mit einer Durchsuchung verbundenen erheblichen Eingriff in die grundrechtlich geschützte Lebenssphäre des Betroffenen entspricht ein besonderes Rechtfertigungsbedürfnis nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Die Durchsuchung muss mit Blick auf den verfolgten gesetzlichen Zweck erfolgversprechend und zur Ermittlung und Verfolgung der Straftat erforderlich sein und in angemessenem Verhältnis zu der Schwere der Straftat und der Stärke des Tatverdachts stehen.

6. Defizite in der Begründung des zugrundeliegenden Tatverdachts und der Verhältnismäßigkeit der Durchsuchung können im Beschwerdeverfahren grundsätzlich nachgebessert werden.

7. Die richterliche Bestätigung der vorläufigen Sicherstellung von Datenträgern zum Zwecke der Durchsicht greift in das Grundrecht des Betroffenen auf informationelle Selbstbestimmung ein. Für die Rechtmäßigkeit des Eingriffs kommt es darauf an, ob im Zeitpunkt der fachgerichtlichen Entscheidung die Voraussetzungen für eine Durchsuchung noch erfüllt sind.

## **2. BVerfG 2 BvR 517/19 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. November 2019 (Brandenburgisches OLG)**

Auslieferung an die Russische Föderation zum Zwecke der Strafverfolgung (russischer Staatsangehöriger

tschetschenischer Herkunft; Recht auf effektiven Rechtsschutz; gerichtliche Sachaufklärungspflicht; Einhaltung der unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätze im Strafverfahren der Zielregion; Durchführung des Strafverfahrens außerhalb des Föderationskreises Nordkaukasus; Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens; völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen; fehlende Belastbarkeit einseitiger Bedingungen in der Bewilligungsnote; Anspruch auf den gesetzlichen Richter nach russischem Recht; kein Einfluss der Exekutive auf Verlegung des Gerichtsstandes; Recht auf rechtliches Gehör; Beziehung der Asylverfahrensakte; regelmäßig keine persönliche Anhörung des Verfolgten); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Unzumutbarkeit der Rechtswegerschöpfung mangels aufschiebender Wirkung eines Antrags auf erneute Entscheidung über die Zulässigkeit der Auslieferung).

Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 25 GG; Art. 79 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG; Art. 3 EMRK; § 73 IRG

1. Ein Oberlandesgericht kommt seiner Sachaufklärungspflicht nicht ausreichend nach, wenn es eine Auslieferung an die Russische Föderation mit der Maßgabe für zulässig erklärt, dass das Gerichtsverfahren außerhalb des Föderationskreises Nordkaukasus durchgeführt wird, ohne einerseits die Umstände eines Strafverfahrens in der Zielregion zu ermitteln und ohne andererseits zu prüfen, inwiefern mit der genannten Bedingung im Bewilligungsverfahren gewährleistet wird, dass eine Überstellung des Verfolgten nach Tschetschenien mit hinreichender Sicherheit auszuschließen ist (Hauptsacheentscheidung zur einstweiligen Anordnung vom 3. April 2019 [= HRRS 2019 Nr. 439]).

2. Gegen die Belastbarkeit einer derartigen einseitig formulierten Bedingung bestehen gewichtige Bedenken, weil von russischer Seite in vergleichbaren Fällen erklärt worden ist, eine Zusicherung über den Gerichtsstand könne nach der Verfassung der Russischen Föderation wegen des dort garantierten Rechts auf den gesetzlichen Richter nicht erteilt werden, und über einen möglichen Antrag auf Verlegung des Gerichtsstandes entscheide das örtlich zuständige Gericht in eigener Kompetenz.

3. Im auslieferungsrechtlichen Zulässigkeitsverfahren bietet das Recht auf rechtliches Gehör eine persönliche Anhörung des Verfolgten regelmäßig nicht, wenn das Oberlandesgericht die ihn betreffenden in- und ausländischen Asylverfahrensakte beigezogen und seinen dort enthaltenen Vortrag umfassend gewürdigt hat.

4. Das Recht auf effektiven Rechtsschutz erfordert eine zureichende gerichtliche Sachverhaltsaufklärung. Die Fachgerichte dürfen auf die Ausschöpfung aller Erkenntnismöglichkeiten nur verzichten, wenn Beweismittel unzulässig, schlechterdings untauglich, unerreichbar oder für die Entscheidung unerheblich sind, nicht hingegen, wenn die Aufklärung besonders arbeits- oder zeitaufwendig erscheint.

5. Im Verfahren über die Zulässigkeit einer Auslieferung sind die Gerichte zu einer eigenständigen Prüfung verpflichtet, ob die Auslieferung und die ihr zugrundeliegenden Akte die unabdingbaren verfassungsrechtlichen

Grundsätze und das unabdingbare Maß an Grundrechtsschutz sowie den nach Art. 25 GG in der Bundesrepublik verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard wahren. Letzteres gilt insbesondere im Auslieferungsverkehr mit Staaten, die nicht Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind.

6. Wegen der eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Bewilligungsentscheidung ist den Aufklärungs- und Prüfungspflichten im Zulässigkeitsverfahren nicht Genüge getan, wenn das Oberlandesgericht lediglich auf die Möglichkeit der Bundesregierung verweist, im (späteren) Bewilligungsverfahren Zusicherungen des ersuchenden Staates einzuholen.

7. Auch im allgemeinen völkerrechtlichen Auslieferungsverkehr mit Staaten außerhalb der Europäischen Union ist dem ersuchenden Staat grundsätzlich Vertrauen entgegenzubringen, solange dieses nicht im Einzelfall durch entgegenstehende tatsächliche Anhaltspunkte erschüttert wird.

8. Völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen des ersuchenden Staates sind geeignet, etwaige Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Auslieferung auszuräumen, sofern nicht im Einzelfall zu erwarten ist, dass die Zusicherung nicht eingehalten wird. Eine Zusicherung entbindet das zuständige Gericht allerdings nicht von der Pflicht, eine eigene Gefahrenprognose hinsichtlich der tatsächlichen Gegebenheiten im Zielstaat anzustellen und die Belastbarkeit der Zusicherung im Einzelfall nachzuprüfen. Eine solche Prüfungsobliegenheit der ergibt sich auch aus der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte.

9. Macht der Verfolgte substantiiert geltend, ihm drohe im Zielstaat politische Verfolgung, so muss das Oberlandesgericht sich ernsthaft bemühen, gegebenenfalls die Akten eines ausländischen Asylverfahrens beizuziehen, es sei denn, es steht fest, dass sich daraus keine neuen Erkenntnisse ergeben. Soweit die Verfahrensakten nicht erreichbar sind, kann das Gericht seiner Prüfungspflicht durch anderweitige Aufklärungsschritte – in der Regel durch die persönliche Anhörung des Betroffenen – genügen.

10. Zu dem vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde zu erschöpfenden Rechtsweg gehört zwar auch ein Antrag auf erneute Entscheidung über die Zulässigkeit einer Auslieferung nach § 33 IRG. Gleichwohl ist die Verfassungsbeschwerde bereits vor Entscheidung über den Antrag zulässig, weil diesem keine aufschiebende Wirkung zukommt und das Oberlandesgericht einen eventuell gewährten Aufschub jederzeit aufheben kann, so dass dem Beschwerdeführer ein Zuwarten nicht zuzumuten ist.

### **3. BVerfG 2 BvR 828/19 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. Oktober 2019 (Brandenburgisches OLG)**

Auslieferung an die Russische Föderation zum Zwecke der Strafverfolgung (russischer Staatsangehöriger tschetschenischer Herkunft; Wahrung des verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandards; Schutz vor Auslieferung bei drohender politischer Verfolgung; Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens; stichhaltige Gründe für eine Verletzung im Einzelfall; Anerkennung subsidiären Schutzes in einem Mitgliedstaat der Europäischen

Union als gewichtiges Indiz gegen die Zulässigkeit der Auslieferung; völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen; fehlende Belastbarkeit einseitig formulierter Annahmen in der Bewilligungsnote; Vergleichbarkeit mit verbindlicher Zusicherung allenfalls unter besonderen Voraussetzungen; Durchführung des Strafverfahrens außerhalb des Föderationskreises Nordkaukasus; Anspruch auf den gesetzlichen Richter nach russischem Recht; kein Einfluss der Exekutive auf Verlegung des Gerichtsstandes).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 16a Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 25 GG; Art. 79 Abs. 3 GG; Art. 3 EMRK; 6 Abs. 2 IRG; Art. 3 Nr. 2 EuAIÜbK

1. Eine auslieferungsrechtliche Zulässigkeitsentscheidung wird den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht gerecht, wenn das Oberlandesgericht davon ausgeht, der von ihm angenommenen Gefahr politischer Verfolgung werde dadurch ausreichend begegnet, dass in der Bewilligungsnote eine einseitige Annahme formuliert wird, nach der die Auslieferung in dem Verständnis erfolge, dass das Strafverfahren außerhalb des nordkaukasischen Föderalbezirks durchgeführt werde (Hauptsacheentscheidung zur einstweiligen Anordnung vom 14. Mai 2019 [= HRRS 2019 Nr. 555]).

2. Gegen die Belastbarkeit einer derartigen einseitig formulierten Annahme bestehen gewichtige Bedenken, wenn von russischer Seite erklärt worden war, eine Zusicherung über den Gerichtsstand könne nach der Verfassung der Russischen Föderation wegen des dort garantierten Rechts auf den gesetzlichen Richter nicht erteilt werden, und über einen möglichen Antrag auf Verlegung des Gerichtsstandes entscheide das örtlich zuständige Gericht in eigener Kompetenz.

3. Ein einseitiger Vorbehalt steht zudem allenfalls dann einer völkerrechtlich verbindlichen Zusicherung gleich, wenn er ohne Zweifel in den jeweils geschlossenen völkerrechtlichen Auslieferungsvertrag einbezogen wird und demnach rechtlich in gleicher Weise Verbindlichkeit erlangt wie eine von dem ersuchenden Staat abgegebene rechtsverbindliche Zusicherung.

4. Im Auslieferungsverfahren haben die deutschen Gerichte zu prüfen, ob die Auslieferung und die ihr zugrundeliegenden Akte die unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätze und das unabdingbare Maß an Grundrechtsschutz sowie den nach Art. 25 GG in der Bundesrepublik verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard wahren. Letzteres gilt insbesondere im Auslieferungsverkehr mit Staaten, die nicht Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind.

5. Im Verfahren über die Zulässigkeit einer Auslieferung sind die Gerichte auch dann, wenn im konkreten Fall ein Asylanspruch nicht besteht, zu einer eigenständigen Prüfung verpflichtet, ob dem Verfolgten im Zielstaat politische Verfolgung droht, soweit hierfür Anhaltspunkte bestehen.

6. Wegen der eingeschränkten Rechtsschutzmöglichkeiten gegen die Bewilligungsentscheidung ist den Aufklärungs- und Prüfungspflichten im Zulässigkeitsverfahren nicht

Genüge getan, wenn das Oberlandesgericht lediglich auf die Möglichkeit der Bundesregierung verweist, im (späteren) Bewilligungsverfahren Zusicherungen des ersuchenden Staates einzuholen.

7. Auch im allgemeinen völkerrechtlichen Auslieferungsverkehr mit Staaten außerhalb der Europäischen Union ist dem ersuchenden Staat grundsätzlich Vertrauen entgegenzubringen, solange dieses nicht durch entgegenstehende tatsächliche Anhaltspunkte erschüttert wird. Dafür müssen allerdings stichhaltige Gründe gegeben sein, nach denen gerade im konkreten Fall eine beachtliche Wahrscheinlichkeit besteht, dass die völkerrechtlichen Mindeststandards nicht beachtet werden.

8. Der Umstand, dass dem Verfolgten in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union subsidiärer Schutz gewährt worden ist und auch gegenwärtig noch gewährt wird, stellt ein gewichtiges Indiz dafür dar, dass dem Verfolgten eine Behandlung drohen könnte, die seine Auslieferung unzulässig macht.

9. Völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen des ersuchenden Staates sind geeignet, etwaige Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Auslieferung auszuräumen, sofern nicht im Einzelfall zu erwarten ist, dass die Zusicherung nicht eingehalten wird. Eine Zusicherung entbindet das zuständige Gericht allerdings nicht von der Pflicht, eine eigene Gefahrenprognose anzustellen, etwa bezogen auf Anhaltspunkte für die Gefahr politischer Verfolgung im Zielstaat. Dabei muss das Gericht den Vortrag des Beschwerdeführers nachvollziehbar und willkürfrei würdigen.

#### **4. BVerfG 2 BvR 2267/18 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. November 2019 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)**

Lockerungen im Strafvollzug zur Erhaltung der Lebensfähigkeit langjährig Inhaftierter (Resozialisierungsgebot auch bei lebenslanger Freiheitsstrafe; Vollzugslockerungen; Versagung nur bei konkreter Flucht- oder Missbrauchsgefahr; erhöhte Anforderungen an die Versagung von Ausführungen; Begleitung durch Justizvollzugsbedienstete; bloße Gefahr von Beleidigungen der Begleitenden; keine Koppelung von Vollzugslockerungen an den Abschluss einer Therapie); Recht auf effektiven Rechtsschutz (Absehen von einer Entscheidungsbegründung durch das Rechtsbeschwerdegericht; Leerlaufen der Rechtsbeschwerde; offenkundiges Abweichen von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 11 StVollzG; § 109 StVollzG; § 119 Abs. 3 StVollzG; Art. 11 Abs. 2 BayStVollzG; Art. 13 Abs. 2 BayStVollzG; Art. 15 BayStVollzG

1. Eine Strafvollstreckungskammer verkennt Bedeutung und Tragweite des Resozialisierungsanspruchs, wenn sie

Ausführungen zum Erhalt der Lebensfähigkeit mit Blick darauf versagt, dass von dem Gefangenen, der Ausführungen zuvor bereits beanstandungsfrei absolviert hatte, konkret zwar Beleidigungen gegenüber den ihn begleitenden Vollzugsbediensteten drohen, wenn für die Gefahr schwerwiegender Straftaten oder einer Flucht hingegen keine aktuellen Anhaltspunkte bestehen.

2. Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verpflichtet den Staat, den Strafvollzug auf eine Resozialisierung des Gefangenen auszurichten. Besonders bei langjährig Inhaftierten ist es erforderlich, aktiv den schädlichen Auswirkungen des Freiheitsentzugs entgegenzuwirken und die Lebensfähigkeit des Betroffenen in Freiheit zu erhalten und zu festigen. Dies gilt auch für den Vollzug einer lebenslangen Freiheitsstrafe.

3. Die Versagung von Vollzugslockerungen darf nicht lediglich auf pauschale Wertungen gestützt werden. Vielmehr sind im Rahmen einer Gesamtwürdigung konkrete Anhaltspunkte darzulegen, die geeignet sind, eine Flucht- oder Missbrauchsgefahr in der Person des Gefangenen zu begründen. Bei langjährig Inhaftierten können auch ohne Bestehen einer konkreten Entlassungsperspektive zumindest Lockerungen in Form von Ausführungen verfassungsrechtlich geboten und der damit verbundene personelle Aufwand hinzunehmen sein.

4. Zur Versagung von Ausführungen genügt die einfache Feststellung einer Flucht- oder Missbrauchsgefahr nicht; denn die hier vorgesehene Begleitung des Gefangenen durch Vollzugsbedienstete dient gerade dem Zweck, einer solchen Gefahr entgegenzuwirken. Auch sind Ausführungen keine Behandlungsmaßnahmen, deren Gewährung von der vorherigen Erstellung eines Behandlungskonzepts oder dem Abschluss einer Therapie abhängig gemacht werden kann.

5. Der Versagungsgrund der Flucht- und Missbrauchsgefahr eröffnet der Vollzugsbehörde bei ihrer Prognoseentscheidung einen Beurteilungsspielraum. Gleichwohl haben die Vollstreckungsgerichte den Sachverhalt umfassend aufzuklären und dabei festzustellen, ob die Vollzugsbehörde eine hinreichende tatsächliche Grundlage für ihre Entscheidung geschaffen hat.

6. Sieht das Rechtsbeschwerdegericht von einer Begründung seiner Entscheidung ab, so ist dies mit dem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz nur vereinbar, wenn dadurch die gesetzlich eröffnete Beschwerdemöglichkeit nicht leer läuft. Dies ist bereits dann anzunehmen, wenn erhebliche Zweifel an der Verfassungsmäßigkeit der mit der Beschwerde angegriffenen Entscheidung bestehen, etwa weil die Entscheidung offenkundig von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts abweicht.

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

### 24. BGH 2 StR 139/19 – Urteil vom 23. Oktober 2019 (LG Wiesbaden)

Versuch (Unmittelbares Ansetzen bei notwendigen Beiträgen eines Tatmittlers); Bandentat (Abgrenzung zwischen Mittäter, Anstifter oder Gehilfe); Mittäterschaft (keine Mitwirkung am Ort des eigentlichen Tatgeschehens erforderlich); Urteilsgründe (Mitteilung der für erwiesen erachteten Tatsachen).

§ 22 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 263 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Bezieht der Täter notwendige Beiträge eines Tatmittlers in seinen Plan ein, so liegt ein Ansetzen des Täters zur Begehung der Tat im Allgemeinen zwar schon dann vor, wenn er seine Einwirkung auf den Tatmittler abgeschlossen hat. Es ist grundsätzlich nicht erforderlich, dass der Tatmittler seinerseits durch eigene Handlungen zur Tat ansetzt. Ein unmittelbares Ansetzen ist vielmehr im Regelfall schon gegeben, wenn der Tatmittler vom Täter in der Vorstellung entlassen wird, dieser werde die tatbestandsmäßige Handlung in engem Zusammenhang mit dem Abschluss seiner Einwirkung vornehmen. Jedoch fehlt es an einem unmittelbaren Ansetzen des Täters zur Begehung der Tat bereits durch den Abschluss seiner Einwirkung auf den Tatmittler, wenn dies erst nach längerer Zeit zur Tatbegehung führen soll oder wenn ungewiss bleibt, ob und wann es die gewünschte Folge hat, also wann eine konkrete Gefährdung des angegriffenen Rechtsguts eintritt. In diesen Fällen der Verzögerung oder Ungewissheit der Tatausführung durch den Tatmittler beginnt der Versuch erst, wenn der Tatmittler seinerseits unmittelbar zur Erfüllung des Tatbestands ansetzt.

2. Für jede Bandentat ist nach allgemeinen Kriterien festzustellen, ob sich ein Bandenmitglied hieran entweder als Mittäter, Anstifter oder Gehilfe beteiligt oder aber keinen strafbaren Beitrag geleistet hat. Insbesondere die Abgrenzung zwischen Mittäterschaft an oder Beihilfe zu der jeweiligen Einzeltat ist in wertender Betrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände vorzunehmen, die von der Vorstellung des jeweiligen Bandenmitglieds umfasst sind. Maßgeblich sind insbesondere sein Interesse an der Durchführung der Tat sowie der Umfang seiner Tatherrschaft oder jedenfalls sein Wille dazu. Das beurteilt sich danach, ob objektiv oder jedenfalls aus der Sicht des Tatbeteiligten die Ausführung der Tat wesentlich von seiner Mitwirkung abhängt.

3. Mittäterschaft erfordert zwar nicht zwingend eine Mitwirkung am Ort des eigentlichen Tatgeschehens; aber allein der Umstand, dass der Täter die Ausführung der eigentlichen Tathandlung fördert, reicht für das Vorliegen

von Mittäterschaft nicht aus. Auch führt die Einbindung des Täters in den Tatplan nicht schon zur Annahme von Mittäterschaft. Gleiches gilt für ein irgendwie geartetes finanzielles Interesse, da dieses auch der Beweggrund für das Handeln eines Teilnehmers sein kann.

### 15. BGH 2 StR 122/19 – Beschluss vom 30. Juli 2019 (LG Wiesbaden)

Vorsatz; Totschlag (bedingter Tötungsvorsatz: Gefährlichkeit der Tathandlung und der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts, äußerst gefährliche Gewalthandlungen, Spontanhandlungen; unentbehrliche Gesamtwürdigung).

§ 15 StGB; § 212 StGB

1. Bedingten Tötungsvorsatz hat, wer den Eintritt des Todes als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und dies billigend oder sich um des erstrebten Ziels willen zumindest mit dem Eintritt des Todes abfindet (Willenselement), mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein. Ob der Täter nach diesen rechtlichen Maßstäben bedingt vorsätzlich gehandelt hat, ist in Bezug auf beide Elemente im Rahmen der Beweiswürdigung umfassend zu prüfen und durch tatsächliche Feststellungen zu belegen.

2. Zwar liegt es nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen nahe, dass der Täter mit der Möglichkeit des Todes des Tatopfers rechnet und – weil er mit seinem Handeln gleichwohl fortfährt – einen solchen Erfolg billigend in Kauf nimmt. Die Gefährlichkeit der Tathandlung und der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts sind jedoch keine allein maßgeblichen Kriterien für die Entscheidung, ob ein Angeklagter mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat; vielmehr kommt es auch bei in hohem Maße gefährlichen Handlungen auf die Umstände des Einzelfalles an. Nach alledem ist es bei der Prüfung des bedingten Tötungsvorsatzes – nicht anders als sonst bei der Würdigung der Beweise – erforderlich, aber auch ausreichend, sämtliche objektiven und subjektiven, für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände des Einzelfalles in eine individuelle Gesamtschau einzubeziehen und zu bewerten. In diese Gesamtschau sind insbesondere die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung, die konkrete Angriffsweise des Täters, seine psychische Verfassung bei der Tatbegehung und seine Motivationslage einzubeziehen.

3. Auch bei äußerst gefährlichen Gewalthandlungen, die den Schluss auf einen zumindest bedingten Tötungsvorsatz nahelegen, kann im Einzelfall das voluntative Element des bedingten Tötungsvorsatzes fehlen, obwohl der

Täter alle Umstände kennt, die sein Vorgehen zu einer das Leben gefährdenden Behandlung machen, etwa auch bei einem unter der enthemmenden Wirkung von Alkohol spontan ausgeführten Messerstich. Zwar stellt das Wissen um die Gefährlichkeit des Messerangriffs zugleich ein zentrales Indiz für die Annahme des voluntativen Vorsatzelements dar, das den Schluss auf das Wollen der Tatfolgen nahelegt. Allerdings müssen auch insoweit gegenläufige vorsatzkritische Faktoren bedacht werden. Zu den insoweit erörterungsbedürftigen Umständen zählt eine Alkoholbeeinflussung des Täters.

4. Insbesondere bei spontanen, unüberlegt oder in affektiver Erregung ausgeführten Handlungen kann aus der Kenntnis der Gefahr des möglichen Todeseintritts nicht ohne Berücksichtigung der sich aus der Tat und der Persönlichkeit des Täters ergebenden Besonderheiten geschlossen werden, dass das – selbstständig neben dem Wissensmoment stehende – voluntative Vorsatzelement gegeben ist.

5. Zwar liegt es in der Natur der Sache, dass der mit bedingtem Tötungsvorsatz handelnde Täter in Verfolgung eines anders gelagerten Handlungsantriebs in der Regel über kein Tötungsmotiv verfügt; die Art der Beweggründe kann jedoch für die Prüfung von Bedeutung sein, ob der Täter nach der Stärke des ihn treibenden Handlungsimpulses bei der Tatausführung eine Tötung billigend in Kauf nahm.

#### **26. BGH 2 StR 156/19 – Beschluss vom 18. September 2019 (LG Erfurt)**

Mittäterschaft (Tatentschluss: Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht); gefährliche Körperverletzung (hinterlistiger Überfall: Voraussetzungen); Dauer der Jugendstrafe (Ausrichtung an erzieherischen Gesichtspunkten).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 18 Abs. 2 JGG

1. Mittäterschaft im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB setzt einen gemeinsamen Tatentschluss voraus, auf dessen Grundlage jeder Mittäter einen objektiven Tatbeitrag leisten muss. Bei der Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, ist Mittäter, wer seinen eigenen Tatbeitrag so in die Tat einfügt, dass dieser als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint. Mittäterschaft erfordert dabei zwar nicht zwingend eine Mitwirkung am Tatgeschehen selbst; ausreichen kann auch ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränkt. Stets muss sich diese Mitwirkung aber nach der Willensrichtung des sich Beteiligten als Teil der Tätigkeit aller darstellen. Ob ein Tatbeteiligter als Mittäter eine Tat begeht, ist nach den gesamten Umständen, die von der Verurteilung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte für die Beurteilung können gefunden werden im Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, im Umfang der Tatbeteiligung und in der Tatherrschaft oder wenigstens im Willen zur Tatherr-

schaft, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich von seinem Willen abhängen.

2. Die Annahme einer gefährlichen Körperverletzung „mittels eines hinterlistigen Überfalls“ gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB setzt die Ausnutzung eines Überraschungsmoments durch planmäßiges Verbergen der Verletzungsabsicht voraus, um dadurch dem Gegner die Abwehr des nicht erwarteten Angriffs zu erschweren und die Vorbereitung auf seine Verteidigung nach Möglichkeit auszuschließen. Da der besondere Unrechtsgehalt der Tatbestandsvariante daraus resultiert, dass der Angriff für das Opfer völlig unvorhergesehen kommt, ist der Tatbestand nicht erfüllt, wenn der Täter, der sich durch List Zutritt zur Wohnung verschafft hat, das Opfer später offen angreift.

3. Nach § 18 Abs. 2 JGG ist die Höhe der Jugendstrafe in erster Linie an erzieherischen Gesichtspunkten auszurichten. Die Urteilsgründe müssen deshalb erkennen lassen, inwieweit dem Erziehungsgedanken die ihm zukommende Beachtung geschenkt und bei der Bemessung der Jugendstrafe das Gewicht des Tatunrechts gegen die Folge der Strafe für die weitere Entwicklung des Jugendlichen/Heranwachsenden abgewogen worden ist. Hieran fehlt es, wenn die Begründung wesentlich oder gar ausschließlich mit solchen Zumessungserwägungen vorgenommen wird, die auch bei Erwachsenen in Betracht kommen. Eine abschließende lediglich formelhafte Erwähnung der erzieherischen Erforderlichkeit der verhängten Jugendstrafe genügt den Erfordernissen des § 18 Abs. 2 JGG nicht.

#### **7. BGH 3 StR 322/19 – Urteil vom 31. Oktober 2019 (LG Wuppertal)**

Objektive und subjektive Voraussetzungen der Beihilfe (Förderung der Haupttat; Kausalitätserfordernis; Vorbereitungsstadium; anwerbende und vermittelnde Tätigkeit; Gehilfenvorsatz; Konkretisierung; unzutreffende Vorstellungen von der Haupttat).

§ 27 StGB

1. Als Hilfeleistung im Sinne des § 27 Abs. 1 StGB ist grundsätzlich jede Handlung anzusehen, welche die Herbeiführung des Taterfolges durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert; dass sie für den Eintritt des Erfolges in seinem konkreten Gepräge in irgendeiner Weise kausal wird, ist nicht erforderlich. Die Beihilfe kann schon im Vorbereitungsstadium der Tat geleistet werden, selbst wenn der Haupttäter zur Tatbegehung noch nicht entschlossen ist.

2. Gehilfenvorsatz liegt vor, wenn der Gehilfe die Haupttat in ihren wesentlichen Merkmalen kennt und in dem Bewusstsein handelt, durch sein Verhalten das Vorhaben des Haupttäters zu fördern. Einzelheiten der Haupttat muss er dabei nicht kennen und keine bestimmten Vorstellungen von ihr haben. Allerdings ist ein Mindestmaß an Konkretisierung erforderlich. Der Hilfeleistende muss die zentralen Merkmale der Haupttat, namentlich den wesentlichen Unrechtsgehalt und die wesentliche Angriffsrichtung, im Sinne bedingten Vorsatzes zumindest für möglich halten und billigen. Zudem muss der Hilfeleistende wissen, dass seine Hilfe an sich geeignet ist, die fremde Haupttat zu fördern.

3. Hat der Gehilfe hinreichend bestimmte Vorstellungen, so ist es unschädlich, wenn diese in den Einzelheiten unzutreffend sind, sofern der Unrechtsgehalt und die Angriffsrichtung der vorgestellten und der begangenen fremden Tat im Wesentlichen übereinstimmen.

**63. BGH 4 StR 449/19 – Beschluss vom 19. November 2019 (LG Halle)**

Mittäterschaft (Maßstab).  
§ 25 Abs. 2 StGB

Mittäterschaft liegt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dann vor, wenn ein Tatbeteiligter nicht bloß fremdes Tun fördern will, sondern seinen Beitrag als Teil der Tätigkeit des anderen und umgekehrt dessen Tun als Ergänzung seines eigenen Tatanteils will. Ob ein Beteilig-

ter dieses enge Verhältnis zur Tat hat, ist nach den gesamten Umständen, die von seiner Vorstellung umfasst sind, in wertender Betrachtung zu beurteilen. Wesentliche Anhaltspunkte hierfür können gefunden werden im Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, im Umfang der Tatbeteiligung und in der Tatherrschaft oder wenigstens im Willen zur Tatherrschaft, so dass Durchführung und Ausgang der Tat maßgeblich von seinem Willen abhängen. In Grenzfällen hat der Bundesgerichtshof dem Tatrichter für diese Wertung einen Beurteilungsspielraum eröffnet. Lässt das angefochtene Urteil erkennen, dass der Tatrichter die genannten Maßstäbe erkannt und vollständig gewürdigt hat, so kann das gefundene Ergebnis auch dann nicht als rechtsfehlerhaft beanstandet werden, wenn eine andere tatrichterliche Beurteilung möglich gewesen wäre.

Rechtsprechung

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

**75. BGH 1 StR 219/17 – Urteil vom 31. Oktober 2019 (LG München I)**

Prozessbetrug (prozessrechtsakzessorische Auslegung der Tatbestandsmerkmale: Bestimmen einer Täuschung nach dem Umfang der zivilprozessualen Wahrheitspflicht, Geltung für informatorische Anhörungen und Parteivernehmung, Versuchsbeginn erst mit Stellen der Anträge in der mündlichen Verhandlung; hier: Kirch-Verfahren); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 138 ZPO; § 141 ZPO; §§ 445 ff. ZPO; § 137 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 ZPO, § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

1. Die zivilprozessuale Wahrheitspflicht bildet die Grenze der Strafbarkeit wegen Prozessbetruges, da das Zivilgericht als (Haupt-)Erklärungsempfänger dieses Sachvortrags nicht mehr und nicht weniger als einen den Vorgaben des § 138 ZPO entsprechenden Sachvortrag erwartet. Die Strafbarkeit wegen Prozessbetruges durch unzutreffenden Sachvortrag setzt daher die Verletzung der in § 138 ZPO normierten zivilprozessualen Wahrheitspflicht voraus.

2. Im Zivilprozess dürfen nach der höchstrichterlichen Rechtsprechung ohne Verstoß gegen § 138 ZPO auch nur vermutete Tatsachen vorgetragen werden (st. Rspr.). Die Partei darf Tatsachen behaupten, über die sie kein zuverlässiges Wissen besitzt und auch nicht erlangen kann, die sie aber nach Lage der Dinge für wahrscheinlich oder jedenfalls für möglich hält. Dies gilt ebenso für nicht mehr erinnerte eigene Handlungen oder Wahrnehmungen der Partei, und auch wenn Vortrag der Gegenseite substantiiert bestritten werden soll. Die Grenze zum unzulässigen Sachvortrag ist erst erreicht, wenn willkürlich Behauptungen „aufs Geratewohl“ oder „ins Blaue hinein“ aufgestellt werden. Bei der Annahme von Willkür in diesem Sinne ist

Zurückhaltung geboten. In der Regel wird sie nur bei Fehlen jeglicher Anhaltspunkte für den vorgetragenen Sachverhalt vorliegen. In solchen Fällen ist zumindest bedingt vorsätzliches Handeln der Partei zu bejahen, weil das voluntative Vorsatzelement (billigende Inkaufnahme der Unwahrheit) ebenfalls vorliegt.

3. Für die mündlichen Angaben der Partei bei ihrer informatorischen Anhörung nach § 141 ZPO gelten keine anderen Grundsätze. Denn diese ist kein Beweismittel, sondern dient – auch wenn sie als Inbegriff der mündlichen Verhandlung nach § 286 ZPO zu berücksichtigen ist – in erster Linie der Klarstellung und Präzisierung des Sachvortrags. Anders als bei einer Parteivernehmung (§§ 445 ff. ZPO) muss die angehörte Partei daher lediglich die durch § 138 Abs. 1 ZPO gezogenen Grenzen einhalten, darf also insbesondere eine vermutete Tatsache als gegeben behaupten.

4. Wegen der Prozessrechtsakzessorietät des Betrugstatbestands ist die Versuchsstrafbarkeit im Zivilprozess an die Antragstellung in der mündlichen Verhandlung mitsamt der (konkludenten) Bezugnahme auf die vorbereitenden Schriftsätze nach § 137 Abs. 1, 3 Satz 1 ZPO geknüpft.

**12. BGH 5 StR 466/19 – Urteil vom 13. November 2019 (LG Bremen)**

Mord (Ausnutzungsbewusstsein bei Heimtücke; Ableitung aus dem objektiven Tatgeschehen; spontane Tat; Erkenntnis des Bedeutungsgehalts der Tatsituation; heftige Gemütsregung; niedrige Beweggründe; Maßgeblichkeit der inländischen Rechtsordnung; Ansprechen einer Frau durch anderen Mann als Tötungsmotiv); Beweiswürdigung (Beweiswert der gegenüber einem Sachverständigen abgegebenen Einlassung des in der Hauptverhandlung schweigenden Angeklagten).

§ 211 StGB; § 261 StPO

1. Für das zur Bejahung des Mordmerkmals der Heimtücke erforderliche Ausnutzungsbewusstsein gilt (vgl. zum Ganzen zuletzt auch BGH HRRS 2019 Nr. 1258):

a) Es ist ausreichend, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Arglosigkeit gegenüber einem Angriff auf Leib und Leben schutzlosen Menschen zu überraschen.

b) Das Ausnutzungsbewusstsein kann im Einzelfall bereits aus dem objektiven Bild des Geschehens abgeleitet werden, wenn dessen gedankliche Erfassung durch den Täter zur Tatzeit auf der Hand liegt. Das gilt in objektiv klaren Fällen selbst dann, wenn der Täter die Tat einer raschen Eingebung folgend begangen hat.

c) Bei erhaltener Fähigkeit zur Unrechtseinsicht ist auch die Fähigkeit des Täters, die Tatsituation in ihrem Bedeutungsgehalt für das Opfer realistisch wahrzunehmen und einzuschätzen, im Regelfall nicht beeinträchtigt. Anders kann es zwar bei heftigen Gemütsbewegungen liegen, jedoch sprechen auch eine Spontaneität des Tatentschlusses sowie eine affektive Erregung des Angeklagten nicht zwingend gegen ein bewusstes Ausnutzen der Arg- und Wehrlosigkeit des Opfers. Maßgeblich sind die in der Tatsituation bestehenden tatsächlichen Auswirkungen des psychischen Zustands des Täters auf seine Erkenntnisfähigkeit.

2. Mit den Werten des durchweg auf Gleichberechtigung und gegenseitige personelle Achtung angelegten deutschen Rechts ist es unvereinbar, das Ansprechen einer Frau durch einen anderen Mann auf der Grundlage einer Art von „Besitzanspruch“ als schwere Provokation auszuliegen. Für ein solches, nach den Maßstäben der hiesigen Rechtsgemeinschaft somit harmloses Tun einen anderen Menschen zu töten, stellt wegen des eklatanten Missverhältnisses zwischen Anlass und Tat – vorbehaltlich der vorzunehmenden Gesamtwürdigung – grundsätzlich einen niedrigen Beweggrund dar.

### **36. BGH 2 StR 337/19 – Beschluss vom 9. Oktober 2019 (LG Erfurt)**

Betrug (Konkurrenzen: mehrere Vermögensverfügungen infolge derselben Irrtumserregung); Anordnung des Berufsverbots (Anforderungen).

§ 263 StGB; § 70 StGB

1. Werden durch dieselbe Irrtumserregung mehrere Vermögensverfügungen bewirkt, liegt rechtlich nur eine Tat vor.

2. Das Berufsverbot ist ein schwerwiegender Eingriff, mit dem die Allgemeinheit, sei es auch nur ein bestimmter Personenkreis, vor weiterer Gefährdung geschützt werden soll. Es darf nur dann verhängt werden, wenn die Gefahr besteht, dass der Täter auch in Zukunft den Beruf, dessen Ausübung ihm verboten werden soll, zur Verübung erheblicher Straftaten missbrauchen wird. Voraussetzung hierfür ist, dass eine – auf den Zeitpunkt der Urteilsverkündung abgestellte – Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten den Richter zu der Überzeu-

gung führt, dass die Wahrscheinlichkeit künftiger ähnlicher erheblicher Rechtsverletzungen durch den Täter besteht. Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass die Verhängung eines Berufsverbots dann ausscheidet, wenn zu erwarten ist, dass der Angeklagte bereits durch die Verurteilung zu der verhängten Strafe oder jedenfalls durch deren Verbüßung von weiteren Taten abgehalten werden kann.

### **82. BGH 1 StR 395/19 – Beschluss vom 9. Oktober 2019 (LG Stuttgart)**

Betrug (Vermögensschaden: Prinzip der Gesamtsaldierung, Berücksichtigung anderer Grundlagen für einen (teilweisen) Anspruch auf die erschlissene Leistung; Abrechnungsbetrug).

§ 263 Abs. 1 StGB

Bereits auf Tatbestandsebene ist beim Betrug schadensmindernd zu berücksichtigen, ob der abzuurteilende Sachverhalt Elemente enthält, die nach Austausch der Rechtsgrundlage jedenfalls einen teilweisen Anspruch auf die Leistung ergeben. Diese Schadensbestimmung unter Durchführung einer fiktiven Berechnung ist keine eigentliche Kompensation, sondern lässt den Schaden von Anfang an niedriger entstehen.

### **53. BGH 4 StR 146/19 – Urteil vom 12. September 2019 (LG Aachen)**

Revisionsbegründung (Ermittlung des Angriffsziels durch Auslegung); Kognitionspflicht (revisionsgerichtliche Anforderungen); Gefährdung des Straßenverkehrs (Fahrunsicherheit; Begriff des geistigen oder körperlichen Mangels); Tatmehrheit (Zäsurwirkung einer unerledigten Verurteilung).

§ 344 StPO; § 264 StPO; § 315c Abs. 1 Nr. 1b) StGB; § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB

1. Fahrunsicherheit im Sinne des § 315c Abs. 1 Nr. 1b) StGB liegt vor, wenn die Gesamtleistungsfähigkeit des Fahrzeugführers infolge des geistigen oder körperlichen Mangels soweit herabgesetzt ist, dass er nicht mehr fähig ist, sein Fahrzeug im Straßenverkehr eine längere Strecke, und zwar auch bei plötzlichem Eintritt schwieriger Verkehrslagen, sicher zu steuern.

2. Der Begriff des geistigen oder körperlichen Mangels im Sinne des § 315c Abs. 1 Nr. 1b) StGB ist umfassend zu verstehen; er erfasst sämtliche psychopathologischen und körperlichen Defektzustände, die die Gefahr einer Aufhebung der Fahrsicherheit mit sich bringen. Unerheblich ist dabei, ob der Mangel dauerhafter oder nur vorübergehender Natur ist. Auch Anfallsleiden, die zwar außerhalb akuter Phasen keine beeinträchtigenden Wirkungen entfalten, aber die erhebliche Gefahr jederzeit auftretender Anfälle und damit einer plötzlich eintretenden Fahrunsicherheit begründen, unterfallen der Vorschrift. Von § 315c Abs. 1 Nr. 1b) StGB werden insbesondere auch seelische Anomalien wie Psychosen, Persönlichkeitsstörungen und abnorme Erlebnisreaktionen (Neurosen) erfasst.

3. Widersprechen sich Revisionsantrag und Inhalt der Revisionsbegründung, ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs das Angriffsziel des Rechtsmittels durch Auslegung zu ermitteln.

4. Die Kognitionspflicht gebietet, dass der – durch die zugelassene Anklage abgegrenzte – Prozessstoff durch vollständige Aburteilung des einheitlichen Lebensvorgangs erschöpft wird. Der Unrechtsgehalt der Tat muss ohne Rücksicht auf die dem Eröffnungsbeschluss zugrunde gelegte Bewertung ausgeschöpft werden, soweit keine rechtlichen Gründe entgegenstehen. Fehlt es daran, so stellt dies einen sachlich-rechtlichen Mangel dar.

5. Die Zäsurwirkung einer unerledigten Verurteilung entfällt nicht deshalb, weil das Tatgericht von der Möglichkeit Gebrauch macht, eine der zäsurbildenden Verurteilung zugrundeliegende Geldstrafe gemäß § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB gesondert neben Freiheitsstrafe bestehen zu lassen.

#### **11. BGH 5 StR 409/19 – Urteil vom 13. November 2019 (LG Berlin)**

Anforderungen an den Eventualvorsatz bei der Geldwäsche (keine genauen Vorstellungen von Vortat und Vortäter erforderlich; andere Katalogtat; Gleichgültigkeit hinsichtlich der für möglich gehaltenen Herkunft).

§ 261 StGB; § 15 StGB

Bei der Geldwäsche muss der (bedingte) Vorsatz des Täters sich insbesondere darauf erstrecken, dass der Gegenstand, auf den sich die Tathandlung bezieht, aus einer in § 261 Abs. 1 S. 2 StGB genannten Tat herrührt. Insoweit reicht es aus, wenn der Täter Umstände kennt oder sich vorstellt, aus denen sich in groben Zügen bei rechtlich richtiger Bewertung, die er nur laienhaft erfasst haben muss, eine Katalogtat als Vortat ergibt. Der Vorsatz muss weder den konkreten Vortäter noch die genauen Umstände der Vortat umfassen. Stellt sich der Täter Umstände im Sinne einer anderen Katalogtat als der wirklich begangenen vor, so steht dies seinem Vorsatz ebenfalls nicht entgegen. Zudem ist bereits die Gleichgültigkeit des Angeklagten gegenüber der für möglich gehaltenen Herkunft für die Bejahung des Willenselements des bedingten Vorsatzes ausreichend.

#### **56. BGH 4 StR 289/19 – Beschluss vom 15. August 2019 (LG Frankenthal)**

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (Begriff des Eindringens).

§ 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB

Der Begriff des Eindringens in den Körper in § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB beschreibt besonders nachhaltige Begehungsweisen und stellt sie unter erhöhte Strafdrohung. Er ist nicht auf den Beischlaf, den Anal- oder den Oralverkehr beschränkt, sondern erfasst auch die Penetration mit anderen Körperteilen oder Gegenständen. Auch eine Penetration mit Körpersekreten kann ein Eindringen im Sinne dieser Vorschrift sein. Da § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB ein Tätigkeitsund kein Erfolgsdelikt ist, setzt dies aber voraus, dass gerade (auch) in dem Eindringen von Körpersekreten jedenfalls aus Sicht des Täters die Sexualbezogenheit des Vorgangs liegt. Allein der Umstand, dass im Zusammenhang mit einer sexuellen Handlung im Sinne des § 176 Abs. 1 und 2 StGB Körpersekrete des einen Beteiligten in den Körper des jeweils anderen gelangen, erfüllt deshalb – selbst wenn der Täter dies billigend in Kauf nimmt – für sich genommen noch nicht den Tatbestand des § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB.

#### **20. BGH 2 StR 83/19 – Beschluss vom 8. Oktober 2019 (LG Aachen)**

Betrug (Kontoeröffnungsbetrug: Gefährdungsschaden bei Überlassung einer EC-Karte)

§ 263 StGB

Zwar kann in Fällen des Kontoeröffnungsbetrugs ein Schaden in Form einer schadensgleichen Vermögensgefährdung schon dann vorliegen, wenn der Täter unter Vorlage eines gefälschten Ausweises und Täuschung über seine Zahlungswilligkeit bei einer Bank Konten eröffnet und ihm antragsgemäß Kreditkarten oder EC-Karten ausgehändigt werden bzw. wenn ihm ein Überziehungskredit eingeräumt wird. Bei der Überlassung von EC-Karten muss es sich für die Annahme eines Gefährdungsschadens allerdings um eine Karte handeln, für die die kartenausgebende Bank eine Garantie für die Zahlung übernommen hat. Ist dies nicht der Fall, tritt ein etwaiger Schaden durch die Kartennutzung nicht bei der Bank, sondern beim jeweiligen Geschäftspartner ein.

#### **48. BGH 2 StR 490/19 – Beschluss vom 3. Dezember 2019 (LG Erfurt)**

Gefährliche Körperverletzung (Begriff des gefährlichen Werkzeugs).

§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

Ein Gegenstand ist nur dann ein gefährliches Werkzeug im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB, wenn er sowohl nach seiner Beschaffenheit als auch nach der Art seiner Benutzung geeignet ist, erhebliche Körperverletzungen herbeizuführen. Je nach den Umständen, etwa bei Schlägen gegen besonders verletzbare oder empfindliche Körperteile, kann ein Gürtel ein gefährliches Werkzeug sein.

#### **8. BGH 3 StR 7/19 – Beschluss vom 21. August 2019 (LG Verden)**

Konkurrenzverhältnis zwischen Urkundenunterdrückung durch Beschädigen und Urkundenfälschung durch verfälschen einer echten Urkunde (Konsumtion; Tateinheit; Gesetzeinheit); Gutachten über die Fahr-eignung im Rahmen der medizinisch-psychologischen Untersuchung als Urkunde.

§ 267 StGB; § 274 StGB; § 52 StGB

1. Die Urkundenunterdrückung in der konkreten Begehungsweise des Beschädigens einer Urkunde gemäß § 274 Abs. 1 Nr. 1 Var. 2 StGB tritt hinter der Urkundenfälschung in Form des Verfälschens einer echten Urkunde gemäß § 267 Abs. 1 Var. 2 StGB im Wege der Konsumtion zurück.

2. Dem steht nicht entgegen, dass beide Delikte unterschiedliche Rechtsgüter schützen (§ 267 StGB: Sicherheit und Zuverlässigkeit des Rechtsverkehrs mit Urkunden; § 274 StGB: Schutz des individuellen Rechts, mit einer Urkunde Beweis zu führen). Entscheidend ist vielmehr, dass das Beschädigen einer Urkunde eine typische Begleitform von deren Verfälschung darstellt. Es ist nämlich kein Fall denkbar, in dem eine Urkunde verfälscht wird, ohne dass sie dadurch zugleich beschädigt, d.h. in ihrem Beweisgehalt geändert wird.

3. Werden durch dieselbe Handlung mehrere Gesetze verletzt, ist grundsätzlich von Tateinheit gemäß § 52 StGB

auszugehen. Auf diese Weise wird der Klarstellungsfunktion Rechnung getragen, indem die verletzten Normen im Schuldspruch des Urteils zum Ausdruck kommen.

4. Die Ausnahme von diesem Grundsatz bilden die Fallgruppen der Gesetzeseinheit. Diese verbindet der Gedanke, dass ein Verhalten zwar mehrere Strafvorschriften erfüllt, jedoch zur Erfassung des Unrechtsgehalts der Tat bereits die Anwendung eines Tatbestands ausreicht. Von maßgeblicher Bedeutung für diese Wertung sind die Rechtsgüter, gegen die sich der Angriff des Täters richtet, und die Tatbestände, die das Gesetz zu ihrem Schutz aufstellt. Die Verletzung des durch den einen Straftatbestand geschützten Rechtsguts muss eine – wenn auch nicht notwendige, so doch regelmäßige – Erscheinungsform der Verwirklichung des anderen Tatbestands sein.

### 21. BGH 2 StR 87/19 – Urteil vom 6. November 2019 (LG Frankfurt am Main)

Bandenhehlerei und gewerbsmäßige Bandenhehlerei (Maßstab; Abgrenzung zum Bandendiebstahl; Bandenabrede).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2; § 244a Abs. 1 StGB; § 260 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 260a Abs. 1 StGB

1. Die Straftatbestände der Bandenhehlerei (§ 260 Abs. 1 Nr. 2 StGB) und der gewerbsmäßigen Bandenhehlerei (§ 260a Abs. 1 StGB) erfassen zum einen – anders als bei den entsprechenden Diebstahlstatbeständen (§§ 244 Abs. 1 Nr. 2, 244a Abs. 1 StGB) – nicht nur Taten im Rahmen einer Verbindung mehrerer Täter zu einer reinen Hehlerbande, sondern auch Fälle, in denen ein Hehler als Mitglied einer Diebes- oder Räuberbande handelt sowie Hehlereitaten in sog. gemischten Banden, die aus Dieben bzw. Räubern und Hehlern bestehen. Zum anderen ist für den Tatbestand der Bandenhehlerei oder der gewerbsmäßigen Bandenhehlerei nicht erforderlich, dass die Tat unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds begangen wird. Ausreichend ist vielmehr, dass ein Bandenmitglied die Hehlerei allein, ohne Mitwirkung anderer Bandenmitglieder, oder gemeinsam mit bandenfremden Personen begeht, sofern dies „als Mitglied“ der Bande geschieht, also entweder im Rahmen der Bandenabrede oder im mutmaßlichen Einverständnis der weiteren Bandenmitglieder zur Förderung des Bandenzwecks. Dementsprechend kann ein Hehler gleichzeitig Mitglied mehrerer Banden sein, etwa einer Hehlerbande und (als ein auf Gehilfenfähigkeiten beschränktes Mitglied) einer Diebesbande.

2. Ob eine Bandenabrede anzunehmen ist, ist auf Grund einer Gesamtwürdigung zu entscheiden, die die maßgeb-

lichen für und gegen eine Bandenabrede sprechenden Umstände in den Blick zu nehmen und gegeneinander abzuwägen hat. Sind einzelne oder mehrere Umstände gegeben, die für das Vorliegen einer Bandenabrede sprechen (z.B. ein gleichartiger Tatablauf oder arbeitsteiliges Zusammenwirken, das Bereithalten von Verstecken für eine zu erwartende Tatbeute, die Vielzahl der verübten Taten sowie ein beträchtlicher Tatzeitraum), bedeutet dies noch nicht, dass damit ohne Weiteres vom Vorliegen einer Bandenabrede auszugehen ist. Ebenso wenig schließt das Vorliegen grundsätzlich gegen eine Bandenabrede sprechender Indizien eine solche im Einzelfall aus. Insbesondere in Grenzfällen, in denen die Abgrenzung zwischen einer auf einer konkludent getroffenen Bandenabrede beruhenden Bandentat und bloßer Tatbeteiligung schwierig sein kann, ist eine sorgfältige und umfassende Würdigung aller im konkreten Einzelfall für und gegen eine Bandenabrede sprechenden Umstände erforderlich.

3. Zwar kann für eine Mitgliedschaft in der Bande sprechen, wenn ein Veräußerer des Diebesgutes den Erlös an andere auszukehren hat; hat er demgegenüber die Sache von anderen aufgekauft und auf eigenes Risiko mit Gewinn weiterveräußert, kann dies gegen eine Bandenabrede sprechen. Welche der beiden Konstellationen vorliegt, hat der Tatrichter nach Bewertung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu entscheiden.

### 77. BGH 1 StR 355/19 – Beschluss vom 23. Oktober 2019 (LG München II)

Bedrohung (Verhältnis zum Versuch des Verbrechens: Gesetzeskonkurrenz bei zeitlichem Zusammentreffen); Strafzumessung (kein Verbot der Doppelverwertung mildernder Umstände bei der Strafzumessung im engeren Sinne).

§ 241 Abs. 1 StGB; § 46 StGB; § 50 StGB

1. Trifft die Bedrohung zeitlich unmittelbar mit dem Versuch oder der Vollendung des angedrohten Verbrechens zusammen, tritt die Bedrohung hinter dem angedrohten Verbrechen zurück. Der Versuch des Verbrechens und die Bedrohung stehen nicht im Verhältnis der Tateinheit, vielmehr besteht Gesetzeskonkurrenz.

2. Das Verbot der Doppelverwertung gemäß § 50 StGB gilt nur für die Strafraumenbestimmung. Für die konkrete Strafzumessung ist hingegen eine Gesamtbetrachtung aller Umstände geboten, darunter auch derjenigen, die eine Strafraumenmilderung bewirkt haben; diese sind mit verringertem Gewicht in die Gesamtwürdigung einzustellen (st. Rspr.).

### III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

#### 45. BGH 2 StR 468/18 – Urteil vom 9. Oktober 2019 (LG Darmstadt)

Täter-Opfer-Ausgleich (Grundsatz; Entbehrlichkeit eines vollständigen Schadensausgleichs; objektiverer Prüfungsmaßstab; Bestimmung des Leistungszweckes durch den Täter).

§ 46a Nr. 1 StGB

1. § 46a Nr. 1 StGB, der sich vor allem auf den Ausgleich der immateriellen Folgen der Tat bezieht, setzt voraus, dass der Täter in dem Bemühen, einen Ausgleich mit dem Opfer zu erreichen, die Tat ganz oder zum überwiegenden Teil wiedergutmacht oder dieses Ziel jedenfalls ernsthaft erstrebt hat. Dies erfordert grundsätzlich einen kommunikativen Prozess zwischen Täter und Opfer, bei dem das Bemühen des Täters Ausdruck der Übernahme von Verantwortung ist und das Opfer die Leistung des Täters als friedensstiftenden Ausgleich akzeptieren muss. Die Wiedergutmachung muss auf einen umfassenden Ausgleich der durch die Straftat verursachten Folgen gerichtet sein.

2. Insoweit ist zu berücksichtigen, dass ein vollständiger Schadensausgleich (im zivilrechtlichen Sinn) keine zwingende Voraussetzung für die Anwendung des § 46a Nr. 1 StGB ist. So ist zum einen erforderlich, dass der Täter im Bemühen, einen Ausgleich mit dem Opfer zu erreichen, die Tat „ganz oder zum überwiegenden Teil“ wiedergutmacht hat; ausreichend ist zum anderen aber auch, dass der Täter dieses Ziel ernsthaft erstrebt. Aus diesem Grund gibt eine vergleichende Gegenüberstellung von zivilrechtlich geschuldetem Schadensersatz einerseits und angebotener bzw. geleisteter Ausgleichszahlung andererseits zwar eine gewisse Orientierung über das Ausmaß der Schadensbemühungen des Täters, sie erlaubt aber für den Fall, dass die versprochenen bzw. geleisteten Zahlungen hinter den geschuldeten zurückbleiben, nicht ohne nähere Betrachtung den Rückschluss, dass es damit an einer „umfassenden Wiedergutmachung“ fehlt. Ansonsten würde jeder zwischen Täter und Opfer geschlossene Vergleich, der nicht zu einem vollständigen zivilrechtlichen Ausgleich führt, aus dem Anwendungsbereich des § 46a Nr. 1 StGB herausfallen.

3. Allerdings darf für die Annahme eines friedensstiftenden Ausgleichs im Sinne von § 46a Nr. 1 StGB nicht ausschließlich auf die – selbst einvernehmliche – subjektive Bewertung von Tatopfer und Täter abgestellt werden, wie sie in einer getroffenen Übereinkunft zum Ausdruck kommt. Erforderlich ist vielmehr vorrangig die Prüfung, ob die konkret erfolgten oder ernsthaft angebotenen Leistungen des Täters nach einem objektivierenden Maßstab als so erheblich anzusehen sind, dass damit das Unrecht der Tat oder deren materielle und immaterielle Folgen als „ausgeglichen“ erachtet werden können. Dies folgt schon daraus, dass überhaupt nur angemessene und nachhaltige

Leistungen die erlittenen Schädigungen ausgleichen und zu einer Genugtuung für das Opfer führen können.

4. Demgegenüber verlangt § 46a Nr. 2 StGB, der nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als Regelung über den Täter-Opfer-Ausgleich, die an den Ausgleich der durch die Tat entstandenen materiellen Schäden anknüpft, auf der Seite der Opfer, dass sie „ganz oder zum überwiegenden Teil“ entschädigt worden sind sowie täterseitig „erhebliche persönliche Leistungen oder persönlichen Verzicht“. Damit eine erfolgte Schadenswiedergutmachung ihre friedensstiftende Wirkung entfalten kann, muss der Täter einen über eine rein rechnerische Kompensation hinausgehenden Beitrag erbringen. Dafür genügt die Erfüllung von Schadensersatzansprüchen allein nicht. Vielmehr muss sein Verhalten Ausdruck der Übernahme von Verantwortung sein. Mit diesen Anforderungen wird den Vorstellungen des Gesetzgebers entsprochen, einen Täter-Opfer-Ausgleich dann anzunehmen, wenn die vollständige oder wenigstens teilweise Entschädigung des Opfers durch die persönliche Leistung oder den persönlichen Verzicht des Täters die materielle Entschädigung möglich geworden ist.

5. Ein Täter kann, gegebenenfalls im kommunikativen Prozess mit dem Opfer, bestimmen, welche Zwecke er mit seinen Leistungen verfolgt. Auf gesetzliche Tilgungsbestimmungen kommt es erst an, wenn eine Tilgungsbestimmung durch den Täter nicht erfolgt ist. Vorrangig bleibt deshalb die Frage, ob eine solche Tilgungsbestimmung erfolgt ist und welchen Inhalt sie hat. Fehlen im Urteil ausdrückliche Ausführungen dazu, kann das Revisionsgericht regelmäßig nicht überprüfen, ob der Tatrichter die richtige Alternative des § 46a StGB zur Anwendung gebracht hat. Dies gilt jedenfalls dann, wenn sich auch dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe nicht hinreichend entnehmen lässt, ob eine Tilgungsbestimmung erfolgt bzw. eine Tilgungsvereinbarung erfolgt ist.

#### 79. BGH 1 StR 364/19 – Beschluss vom 19. November 2019 (LG Augsburg)

Berufsverbot (Missbrauch von Beruf oder Gewerbe bzw. Verletzung der mit dem Beruf oder Gewerbe verbundenen Pflichten: erforderlicher berufstypischer Zusammenhang der Tat, reine Ermöglichung der Straftat durch die Berufsausübung nicht ausreichend).

§ 70 Abs. 1 StGB

1. Ein Missbrauch von Beruf oder Gewerbe im Sinne des § 70 Abs. 1 StGB liegt vor, wenn der Täter unter bewusster Missachtung der ihm gerade durch seinen Beruf oder sein Gewerbe gestellten Aufgaben seine Tätigkeit ausnutzt, um einen diesen Aufgaben zuwiderlaufenden Zweck zu verfolgen. Dazu genügt ein bloß äußerer Zusammenhang in dem Sinne, dass der Beruf dem Täter lediglich die Möglichkeit

gibt, Straftaten zu begehen, nicht. Die strafbare Handlung muss vielmehr Ausfluss der jeweiligen Berufs- oder Gewerbetätigkeit selbst sein und einen berufstypischen Zusammenhang erkennen lassen (st. Rspr.); sie muss symptomatisch für die Unzuverlässigkeit des Täters im Beruf erscheinen.

2. Eine Verletzung der mit dem Beruf oder Gewerbe verbundenen Pflichten ist nur zu bejahen, wenn der Täter bei Tatbegehung gegen eine der speziellen Pflichten, die ihm bei der Ausübung seines Berufs oder Gewerbes auferlegt sind, verstößt. Auch hierfür bedarf es eines berufstypischen Zusammenhangs der Tat zu der ausgeübten beruflichen Tätigkeit.

### **73. BGH 1 StR 170/19 – Urteil vom 9. Oktober 2019 (LG Nürnberg-Fürth)**

Einziehung (Begriff des durch die Tat Erlangten: Erlangung faktischer Verfügungsgewalt, nur kurzfristig und transitorisch erhalten nicht ausreichend; Verhältnis von Einziehung des durch die Tat Erlangten und des für die Tat Erlangten: grundsätzlich keine Anrechnung).

§ 73 Abs. 1 StGB

1. „Durch“ die Tat erlangt im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB ist ein Vermögenswert – nicht anders als „aus“ der Tat unter Geltung des § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB aF –, wenn er dem Täter oder Teilnehmer unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes in irgendeiner Phase des Tatablaufs derart zugeflossen ist, dass er dessen faktischer Verfügungsgewalt unterliegt. Auf zivilrechtliche Besitz- oder Eigentumsverhältnisse kommt es dabei nicht an, weil es sich bei dem Erlangen um einen tatsächlichen Vorgang handelt (st. Rspr.). Faktische Verfügungsgewalt liegt jedenfalls dann vor, wenn der Tatbeteiligte im Sinne eines rein tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses ungehinderten Zugriff auf den betreffenden Vermögensgegenstand nehmen kann. Unerheblich ist dabei im Regelfall, ob das Erlangte beim Täter oder Teilnehmer verbleiben oder es von diesem absprachegemäß an einen anderen weitergegeben werden soll.

2. Hat der Angeklagte allerdings durch die Tat etwas nur kurzfristig und transitorisch erhalten, weil er dieses – ohne faktische Verfügungsgewalt hieran erlangt zu haben – weiterzuleiten hatte, so hat er den Gegenstand nicht im Sinne von § 73 Abs. 1, § 73c StGB erlangt. Ein solcher nur transitorischer und damit für die Einziehung unerheblicher Besitz wurde in dem Fall angenommen, in dem ein vom Käufer als Bote eingesetzter Kurier vereinbarungsgemäß Bargeld zu dem Verkäufer von Betäubungsmitteln zu verbringen hatte. Anders liegt der Fall aber jedenfalls, wenn der vom Verkäufer eingesetzte Kurier vom Abnehmer der Betäubungsmittel den Kaufpreis zur Weitergabe an den Verkäufer erhalten hat (vgl. BGHSt 36, 251 ff.). Ein bloß transitorischer Besitz liegt überdies regelmäßig nicht vor, wenn der Täter oder Beteiligte den durch die Tat erlangten Gegenstand über eine nicht unerhebliche Zeit unter Ausschluss der anderen Tatbeteiligten in seiner faktischen Verfügungsgewalt hält. Dies ist auch dann anzunehmen, wenn vor der Weitergabe des Taterlangten eine längere Fahrtstrecke zurückzulegen ist, auf der der Angeklagte faktisch alleine über das Erlangte verfügen kann.

3. Der Einziehung des durch die Tat Erlangten beim Täter steht es nicht entgegen, dass gleichzeitig eine Einziehung des für die Tat erlangten Tatlohns angeordnet wird. Auch eine höhenmäßige Begrenzung der Einziehung nach § 73 Abs. 1 StGB auf den Betrag der Verkaufserlöse als (für den wirtschaftlich Berechtigten) maximal denkbare Bereicherung aus den Betäubungsmittelgeschäften beziehungsweise eine Anrechnung des beim Angeklagten eingezogenen Wertes des Tatlohns auf das durch die Tat erlangte verbietet sich schon deshalb, weil es für die Einziehung nach § 73 Abs. 1 StGB ausschließlich auf den Vermögenszufluss beim jeweiligen Einziehungsadressaten ankommt. Durch oder für die Tat erlangte Vermögensvorteile anderer Tatbeteiligter (insbesondere des Haupttäters als wirtschaftlichem Hauptprofiteur der Straftat), von denen wegen des geltenden Bruttoprinzips etwaige Kosten ohnedies nicht in Abzug zu bringen sind, haben von vornherein außer Betracht zu bleiben.

### **74. BGH 1 StR 173/19 – Beschluss vom 24. Oktober 2019 (LG Mannheim)**

Einziehung (keine Einziehung bei Erlöschen des zu Grunde liegenden Steueranspruchs durch Verjährung des Anspruchs).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73e Abs. 1 StGB; § 370 Abs. 1 AO; § 47 AO

Das Erlöschen des Anspruchs aus dem Steuerschuldverhältnis wegen Verjährung (§ 47 AO) führt zum Ausschluss der Einziehung des Tatertrages oder des Wertersatzes nach § 73e Abs. 1 StGB.

### **61. BGH 4 StR 408/19 – Beschluss vom 25. September 2019 (LG Magdeburg)**

Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (Schwachsinn: Intelligenzminderung ohne nachweisbaren Organbefund); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose).

§ 20 StGB; § 63 StGB

1. Zwar kann eine Intelligenzminderung ohne nachweisbaren Organbefund dem Eingangsmerkmal des Schwachsinn unterfallen und damit eine besondere Erscheinungsform schwerer anderer seelischer Abartigkeiten darstellen. Die bloße Minderung der geistigen Leistungsfähigkeit begründet eine solche Beeinträchtigung aber noch nicht. Dazu bedarf es einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters. Dabei ist darzulegen, wie sich die festgestellte Intelligenzminderung auf Handlungs- und Erkenntnismöglichkeiten des Täters auswirkt und warum das sich daraus ergebende Störungsbild bei wertender Betrachtung in seiner Gesamtheit ein Ausmaß erreicht hat, das die Annahme einer schweren anderen seelischen Abartigkeit in der Erscheinungsform des Schwachsinn rechtfertigt.

2. Die für die Maßregelanordnung erforderliche Gefährlichkeitsprognose ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstaten zu entwickeln. Dazu sind alle wesentlichen prognoserelevanten Umstände in den Urteilsgründen darzustellen und zusammenfassend zu würdigen. Als prognoseungünstig heran-

gezogene tatsächliche Umstände aus dem Vorleben des Täters müssen dabei rechtsfehlerfrei festgestellt und belegt sein.

**10. BGH 5 StR 343/19 – Urteil vom 13. November 2019 (LG Kiel)**

Einziehung von Taterträgen (Erlangen eines Vermögenswertes bei mehreren Beteiligten; faktische bzw. wirtschaftliche Mitverfügungsgewalt; späterer Mittelabfluss; Abgrenzung zu transitorischem Besitz).

§ 73 StGB

1. Ein Vermögenswert ist im Rechtssinne aus der Tat erlangt, wenn er dem Täter oder Teilnehmer unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaufs so zugeflossen ist, dass er hierüber tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben kann.

2. Bei mehreren Beteiligten ist ausreichend, aber auch erforderlich, dass sie zumindest eine faktische bzw. wirtschaftliche Mitverfügungsmacht über den Vermögensgegenstand haben. Dies ist der Fall, wenn sie im Sinne eines rein tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses ungehinderter Zugriff auf ihn nehmen können. Unerheblich ist bei der gebotenen gegenständlichen (tatsächlichen) Betrachtungsweise dagegen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Täter oder Teilnehmer eine unmittelbar aus der Tat gewonnene (Mit)Verfügungsmacht später aufgegeben hat und der zunächst erzielte Vermögenszuwachs durch Mittelabflüsse etwa bei Beuteteilung gemindert wurde

**13. BGH 5 StR 468/19 – Urteil vom 27. November 2019 (LG Berlin)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (erforderliche Wahrscheinlichkeit bei der Prognose der zukünftigen Begehung erheblicher rechtswidriger Taten; Abwendbarkeit der vom Täter ausgehenden Gefahr durch Behandlung außerhalb des Maßregelvollzugs; Vollstreckung).

§ 63 StGB

Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB setzt voraus, dass der Unterzubringende bei der Begehung der Anlasstat auf Grund eines psychischen Defekts schuldunfähig (§ 20 StGB) oder vermindert schuldfähig (§ 21 StGB) war und die Tatbegehung hierauf beruht. Daneben muss eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades bestehen, der Täter werde infolge seines fortdauernden Zustands in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten begehen. Die bloße Möglichkeit der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten kann die Anordnung der besonders schwerwiegenden Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus hingegen nicht rechtfertigen.

**69. BGH 4 StR 546/19 – Beschluss vom 21. November 2019 (LG Bielefeld)**

Grundsätze der Strafzumessung (herabwürdigende Äußerungen des Täters).

§ 46 Abs. 2

Soweit eine Äußerung sich als zulässiger Teil der Verteidigung des Angeklagten darstellt und nicht lediglich dem

Zweck dient, das Tatopfer herabzuwürdigen, darf sie nicht straferschwerend gewertet werden.

**67. BGH 4 StR 528/19 – Beschluss vom 24. Oktober 2019 (LG Detmold)**

Verminderte Schuldfähigkeit (Anknüpfungstatsachen aus Sachverständigengutachten); Aufhebung des Urteils und der Feststellungen (Tenorierung; Zugrundelegung aufgehobener Feststellungen).

§ 21 StGB; § 353 Abs. 2 StPO

1. Es stellt einen sachlich-rechtlichen Mangel dar, wenn das Tatgericht, welches nach der Aufhebung eines früheren Urteils mit den Feststellungen zu neuer Verhandlung und Entscheidung berufen ist, seinem Urteil nicht nur eigene, sondern auch aufgehobene Feststellungen zugrunde legt. Ein solcher Rechtsfehler ist hier zu besorgen. Bei der Prüfung einer erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit infolge einer alkoholischen Intoxikation lässt sich den Urteilsgründen nicht entnehmen, dass das Landgericht eine eigene Beweiserhebung zu den vom Sachverständigen verwerteten Zusatzstatsachen vorgenommen hat.

2. Bei den Tatsachen, auf denen ein Sachverständiger sein Gutachten aufbaut, den „Anknüpfungstatsachen“, sind zwei Gruppen zu unterscheiden: solche, die nur er auf Grund seiner Sachkunde erkennen kann, und solche, die auch das Gericht mit den ihm zur Verfügung stehenden Erkenntnis- und Beweismitteln feststellen könnte. Die zur ersten Gruppe gehörenden Tatsachen, z.B. die von einem medizinischen Sachverständigen auf Grund ärztlicher Untersuchung oder ärztlicher Eingriffe gemachten Feststellungen, die sogenannten Befundstatsachen, können durch die gutachtlichen Ausführungen des Sachverständigen in die Hauptverhandlung eingeführt und vom Gericht verwertet werden. Wenn aber der Gutachter bei seiner Untersuchung außerdem erhebliche, z.B. das Tatgeschehen betreffende Tatsachen dadurch erfährt, dass er eine Auskunftsperson befragt oder der Vernehmung von Zeugen beiwohnt, so tut er dies nicht auf Grund einer fachkundigen Untersuchung, sondern mit Mitteln, deren sich auch das nicht fachkundige Gericht bedienen kann. Diese letzteren vom Sachverständigen ermittelten Tatsachen (Zusatzstatsachen) müssen in zulässiger Weise in die Hauptverhandlung eingeführt werden, etwa durch Vernehmung des Gutachters und (oder) der von ihm Angehörten als Zeugen, sofern es für das Gutachten oder aus anderen Gründen auf derartige Tatsachen ankommt. Sind die vom Sachverständigen – nicht auf Grund seiner besonderen Sachkunde – ermittelten Tatsachen offenkundig oder hat sich das Gericht anderweitig von ihrer Richtigkeit überzeugt, so kann der Sachverständige in seinem Gutachten von ihnen ausgehen.

**70. BGH 4 StR 595/19 – Beschluss vom 4. Dezember 2019 (LG Essen)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe.

§ 52 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB

1. Nach der Vorschrift des § 55 StGB ist unter Anwendung der §§ 53 und 54 StGB nachträglich eine Gesamtstrafe zu bilden, wenn ein bereits rechtskräftig Verurteilter vor Erledigung der gegen ihn erkannten Strafe wegen einer anderen Straftat verurteilt wird, die er vor der früheren

Verurteilung begangen hat. Diese Regelung soll ihrem Grundgedanken nach sicherstellen, dass Taten, die bei gemeinsamer Aburteilung nach den §§ 53 und 54 StGB behandelt worden wären, auch bei getrennter Aburteilung dieselbe Behandlung erfahren, sodass der Täter im Ergebnis weder besser noch schlechter gestellt ist.

2. Hierbei kommt es maßgeblich allein auf die materielle Rechtslage und nicht auf die verfahrensrechtliche Situation an. Folgen der Beendigung der neu abgeurteilten Tat mehrere Verurteilungen des Täters nach, ist bei der Bildung einer nachträglichen Gesamtstrafe von der frühesten nicht erledigten Verurteilung auszugehen. Dieser Verurteilung kommt regelmäßig eine Zäsurwirkung zu.

**92. BGH 1 StR 525/19 – Beschluss vom 19. November 2019 (LG Traunstein)**

Einziehung (Erlangen eines Vermögenswerts durch die Tat bei mehreren Beteiligten: faktische bzw. wirtschaftliche Mitverfügungsmacht, Unerheblichkeit der zivilrechtlichen Haftung).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 830 BGB; § 840 Abs. 1 BGB

Ein Vermögenswert ist nach § 73 Abs. 1 StGB durch die Tat erlangt, wenn er dem Beteiligten in irgendeiner Phase des Tatablaufs unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands so zugeflossen ist, dass er hierüber tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben kann (st. Rspr.). Bei mehreren Beteiligten genügt insofern, dass sie zumindest eine faktische bzw. wirtschaftliche Mitverfügungsmacht über den Vermögensgegenstand erlangt haben. Dies ist der Fall, wenn sie im Sinne eines rein tatsächlichen Herrschaftsver-

hältnisses ungehinderten Zugriff auf den Vermögensgegenstand nehmen können. Faktische Mitverfügungsgewalt kann – jedenfalls bei dem vor Ort anwesenden, die Beute oder Teile davon in den Händen haltenden Mittäter – auch dann vorliegen, wenn sich diese in einer Abrede über die Beuteteilung widerspiegelt. Denn damit verfügt der Mittäter zu seinen oder der anderen Beteiligten Gunsten über die Beute, indem er in Absprache mit diesen Teile des gemeinsam Erlangten sich selbst oder den anderen zuordnet. Eine zivilrechtliche (Mit-) Haftung nach § 840 Abs. 1, § 830 BGB genügt für die strafrechtliche Vermögensabschöpfung nicht.

**41. BGH 2 StR 447/19 – Beschluss vom 5. November 2019 (LG Köln)**

Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern (Berücksichtigung bei der Strafzumessungsentscheidung).

§ 74 Abs. 1 Var. 2, Abs. 3 Satz 1 StGB

Eine Maßnahme nach § 74 Abs. 1 Var. 2, Abs. 3 Satz 1 StGB hat den Charakter einer Nebenstrafe und stellt damit eine Strafzumessungsentscheidung dar. Wird dem Täter ein ihm zustehender Gegenstand von nicht unerheblichem Wert auf der Grundlage von § 74 Abs. 1 StGB entzogen, ist dies ein bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafe und insoweit im Wege einer Gesamtbetrachtung der den Täter treffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen. Daran ist auch nach der Änderung des § 74 StGB durch das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 (BGBl. I, S. 872) festzuhalten.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**9. BGH 5 StR 206/19 – Beschluss vom 26. September 2019 (HansOLG Hamburg)**

BGHSt; keine wirksame Beschränkung der Revision auf den Rechtsfolgenausspruch bei fehlendem Schuldspruch des Berufungsgerichts mit Feststellungen trotz unbeschränkt eingelegter Berufung; Divergenzvorlage.

§ 344 Abs. 1 StPO; § 318 StPO; § 121 Abs. 2 Nr. 1 GVG

1. Die Revision gegen ein Berufungsurteil kann nicht wirksam auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt werden, wenn das Berufungsgericht trotz unbeschränkt eingelegter Berufung keinen eigenen Schuldspruch mit den zugehörigen Feststellungen getroffen hat. Dies gilt auch, wenn es zu Unrecht von einer wirksamen Beschränkung der Berufung auf den Rechtsfolgenausspruch ausgegangen ist. (BGHSt)

2. Mit der Möglichkeit der Beschränkung des Rechtsmittels (§ 318 Satz 1, § 344 Abs. 1 StPO) hat der Gesetzgeber dem Rechtsmittelberechtigten zwar eine prozess-

uale Gestaltungsmacht eingeräumt, deren Ausübung im Rahmen des rechtlich Möglichen zu respektieren ist. Das Rechtsmittelgericht kann und darf deshalb grundsätzlich diejenigen Entscheidungsteile nicht nachprüfen, deren Nachprüfung von keiner Seite begehrt wird. (Bearbeiter)

3. Diese Dispositionsmacht des Rechtsmittelführers ist allerdings durch die Trennbarkeit des angegriffenen Entscheidungsteils vom übrigen Urteilsinhalt begrenzt. Die durch die Beschränkung des Rechtsmittels entstehenden Entscheidungsteile müssen auch nach ihrer Trennung einer selbständigen Prüfung und Beurteilung zugänglich sein. Denn die aus verschiedenen Erkenntnissen im Rahmen einer stufenweisen Erledigung zusammengefügte Entscheidung über den durch den Eröffnungsbeschluss definierten Prozessgegenstand muss frei von Widersprüchen sein. Infolgedessen ist etwa eine den Schuldspruch unberührt lassende isolierte Anfechtung des Strafausspruchs dem Grunde nach möglich, wohingegen eine

vom Strafausspruch losgelöste Anfechtung des Schuldspruchs ausgeschlossen ist. (Bearbeiter)

4. Daraus ergibt sich aber auch, dass über die Rechtsfolgen in einer hierauf beschränkten Revision nur dann entschieden werden kann, wenn ein rechtskräftiger Schuldspruch vorliegt. Fehlt es an einem rechtskräftigen Schuldspruch, ist dem Revisionsgericht die Nachprüfung des Rechtsfolgenausspruchs schon mangels eines vorgegebenen Strafrahmens nicht möglich, fehlt es an Feststellungen, kann das Revisionsgericht Art und Umfang der Schuld nicht im notwendigen Maße nachprüfen. (Bearbeiter)

**81. BGH 1 StR 393/19 – Beschluss vom 24. Oktober 2019 (LG Weiden i.d. OPf.)**

Verbot der transnationalen Doppelbestrafung nach Art. 54 SDÜ (Begriff der rechtskräftigen Aburteilung: autonom unionsrechtliche Auslegung des Begriffs der gleichen Tat).

Art. 54 SDÜ; Art. 50 GRC

1. Eine rechtskräftige Aburteilung im Sinne von Art. 54 SDÜ liegt vor, wenn die Sachentscheidung im Erstverfolgungsstaat nach dessen Recht endgültig und bindend ist mit der Folge, dass sie dort den sich aus dem Verbot der Doppelbestrafung ergebenden Schutz bewirkt (vgl. BGHSt 59, 120 Rn. 11).

2. Nach der für die nationalen Gerichte verbindlichen Auslegung des Art. 54 SDÜ durch den Gerichtshof der Europäischen Union gilt im Rahmen dieser Vorschrift ein im Verhältnis zu den nationalen Rechtsordnungen eigenständiger, autonom nach unionsrechtlichen Maßstäben auszulegenden Tatbegriff. Maßgebendes Kriterium für die Anwendung des Art. 54 SDÜ ist danach die Identität der materiellen Tat, verstanden als das Vorhandensein eines Komplexes konkreter, in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach ihrem Zweck unlösbar miteinander verbundener Tatsachen. Die rechtliche Qualifizierung dieser Tatsachen, die geschützten rechtlichen Interessen oder sonstige materiellrechtliche Bewertungen, etwa ob die verschiedenen begangenen Delikte nach deutschem Recht im Verhältnis von Tateinheit oder Tatmehrheit stehen, sind unmaßgeblich. Eine Identität der Sachverhalte lässt sich indes nicht allein aus einem einheitlichen Vorsatz herleiten, sondern erfordert eine objektive Verbindung der zu beurteilenden Handlungen. Ob im konkreten Fall eine einheitliche Tat anzunehmen ist, obliegt der Beurteilung durch die zuständigen nationalen Gerichte.

**72. BGH 1 StR 162/19 – Beschluss vom 19. November 2019 (LG Chemnitz)**

Abwesenheit des Angeklagten (Erörterung der Sach- und Rechtslage als wesentlicher Teil der Hauptverhandlung).

§ 338 Nr. 5 StPO § 257b StPO

Die Vorschrift des § 257b StPO erfasst schon nach ihrem Wortsinn alle möglichen Arten der Erörterung, die nicht notwendig zu einem wesentlichen Teil der Hauptverhandlung im Sinne des § 338 Nr. 5 StPO führen müssen.

**5. BGH 3 StR 170/19 – Urteil vom 17. Oktober 2019 (LG Düsseldorf)**

Begriff der Tat im verfahrensrechtlichen Sinne (von der Anklage betroffener geschichtlicher Vorgang; Einheitlichkeit; Identität; unverwechselbares Geschehen; in der Hauptverhandlung zu Tage tretende Umstände; ursprüngliche Zuordnung eines Geschehens an einen anderen Täter).

§ 264 StPO

1. Der Begriff der Tat im verfahrensrechtlichen Sinne (vgl. § 264 StPO) umfasst den von der zugelassenen Anklage betroffenen geschichtlichen Vorgang, innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht haben soll; zur Tat als Prozessgegenstand gehört dabei nicht nur der Geschehensablauf, der dem Angeklagten in der Anklage zur Last gelegt worden ist, sondern darüber hinaus dessen gesamtes festgestelltes Verhalten, soweit es mit dem durch die Anklage bezeichneten Vorkommnis nach der Auffassung des Lebens einen einheitlichen Vorgang bildet.

2. Die Frage der Einheitlichkeit des Vorgangs beurteilt sich nach den Umständen des Einzelfalles auf der Grundlage des Ergebnisses der Hauptverhandlung und der darin durchgeführten Beweisaufnahme. In tatsächlicher Hinsicht hat das Gericht danach seine Untersuchung mithin auch auf diejenigen Tatumstände zu erstrecken, die erst in der Hauptverhandlung zu Tage getreten sind (§ 264 Abs. 1 StPO); die Grenze dieser Verpflichtung ist erst erreicht, wenn das zugrundeliegende Geschehen vollständig verlassen und durch ein anderes ersetzt wird, mithin die Identität der von der Anklage bezeichneten Tat nicht mehr gewahrt ist.

3. Ohne Bedeutung ist insoweit allerdings, ob abweichende Umstände aus den Akten ersichtlich waren oder erst nach Eröffnung des Hauptverfahrens bekannt geworden oder eingetreten sind, welche rechtliche Beurteilung die Tat in der zugelassenen Anklage gefunden hatte oder dass der Anklagevorwurf aufgrund der neuen Umstände in eine andere Richtung weist. Bedeutsam ist vielmehr, ob bestimmte Merkmale die Tat als ein einmaliges unverwechselbares Geschehen kennzeichnen, wobei insbesondere Ort und Zeit des Vorgangs, das Täterverhalten, die ihm innewohnende Richtung und das Objekt, auf das sich der Vorgang bezieht, in den Blick zu nehmen sind, ohne dass ein Kriterium allein ausschlaggebend ist.

4. Maßgeblich ist zur Abgrenzung darauf abzustellen, ob die gleich gebliebenen Umstände den betreffenden Vorgang noch hinreichend individualisieren, folglich Zweifel an der Tatidentität und eine Verwechslungsgefahr mit anderen ähnlichen Taten ausschließen. Nach diesen Grundsätzen kann sich auch ein Geschehnis, das in der zugelassenen Anklage noch einem anderen Täter zugeordnet worden war, als Bestandteil der Tat des Angeklagten darstellen, über die das Gericht zu urteilen hat, jedenfalls, wenn es sich um ineinander übergehende, sich überschneidende Geschehensabläufe handelt.

**93. BGH 1 StR 545/18 – Beschluss vom 9. Oktober 2019 (LG Hamburg)**

Belehrung über das Entfallen der Bindung des Gerichts an eine Verständigung (Belehrungspflicht bei Unterbreiten eines Verständigungsvorschlages: objektiver Maßstab, ob ein Verständigungsvorschlag vorliegt,

keine ausdrückliche Benennung erforderlich); Mitteilung über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (Begriff der verständigungsbezogenen Erörterung).

§ 257c Abs. 1, Abs. 4, Abs. 5 StPO; § 243 Abs. 4 StPO

1. Der Vorsitzende hat den Angeklagten bei Unterbreitung eines Verständigungsvorschlages in der Hauptverhandlung über die in § 257c Abs. 4 StPO geregelte Möglichkeit eines Entfallens der Bindung des Gerichts an die Verständigung zu belehren. Ob ein Verständigungsvorschlag vorliegt, bestimmt sich nach dem sachlichen Gehalt der Gesprächsinhalte und ist nicht abhängig von der Einschätzung durch Vorsitzenden und Staatsanwalt. Steht der Sache nach eine Verständigung inmitten, ist die Einhaltung der verfahrensrechtlichen Sicherungen nicht disponibel. Die Belehrungspflicht, mit der der Gesetzgeber die Fairness des Verständigungsverfahrens und eine möglichst autonome Entscheidung des Angeklagten sichern wollte, wird nicht dadurch außer Kraft gesetzt, dass ein dem sachlichen Gehalt nach auf eine Verständigung zielender Vorschlag nicht als solcher benannt wird. Dies gilt zumal dann, wenn eine prozessual unzutreffende Einkleidung gewählt wird, um als unpraktikabel erachtete Vorschriften zum Schutz des Angeklagten zu umgehen.

2. Von einer verständigungsbezogenen Erörterung ist auszugehen, sobald bei im Vorfeld der Hauptverhandlung geführten Gesprächen ausdrücklich oder konkludent die Möglichkeit und die Umstände einer Verständigung im Raum stehen. Dies wiederum ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn Fragen des prozessualen Verhaltens in Konnex zum Verfahrensergebnis gebracht werden und damit die Frage nach oder die Äußerung zu einer Straferwartung nahelegt. Abzugrenzen sind solche Erörterungen, bei denen ein Verfahrensergebnis einerseits und ein prozessuales Verhalten des Angeklagten andererseits in ein Gegenseitigkeitsverhältnis im Sinne von Leistung und Gegenleistung gesetzt werden, von sonstigen verfahrensfördernden Gesprächen, die nicht auf eine einvernehmliche Verfahrenserledigung abzielen.

### **89. BGH 1 StR 480/19 – Beschluss vom 20. November 2019 (LG München I)**

Grundsatz der Spezialität (keine Einbeziehung nicht erfasster Straftaten in eine Gesamtfreiheitsstrafe).

§ 83h Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 IRG; § 54 StGB; § 55 StGB

1. Die Nichtbeachtung des auslieferungsrechtlichen Spezialitätsgrundsatzes bewirkt ein Vollstreckungshindernis. Eine wegen dieses Hindernisses nicht vollstreckbare Strafe darf nicht in eine Gesamtfreiheitsstrafe einbezogen werden.

2. Die Ausnahmeregelung des § 83h Abs. 2 Nr. 3 IRG steht dem nicht entgegen. Nach dieser – ursprünglich für Geldstrafen vorgesehenen – Vorschrift entfällt die Spezialität nur, wenn die Strafverfolgung im konkreten Fall nicht zu einer Freiheitsbeschränkung führt.

### **33. BGH 2 StR 300/19 – Beschluss vom 26. November 2019 (LG Rostock)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Fälle von „Aussage gegen Aussage“); Teileinstellung

bei mehreren Taten (Berücksichtigung im Rahmen der Beweiswürdigung).

§ 261 StPO; § 154 Abs. 1 Nr. 1 StPO

1. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters (§ 261 StPO). Die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob diesem bei der Beweiswürdigung Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist etwa dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist. Die Beweiswürdigung ist auch rechtsfehlerhaft, wenn die Beweise nicht erschöpfend gewürdigt werden. In Fällen, in denen „Aussage gegen Aussage“ steht oder die Beweislage in ähnlicher Weise besonders problematisch erscheint, müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass das Tatgericht alle Umstände, welche die Entscheidung zugunsten oder zuungunsten des Angeklagten zu beeinflussen geeignet sind, erkannt, in seine Überlegungen einbezogen und in einer Gesamtschau gewürdigt hat. Erforderlich sind insbesondere eine sorgfältige Inhaltsanalyse der Angaben, eine möglichst genaue Prüfung der Entstehungsgeschichte der belastenden Angaben, eine Bewertung des feststellbaren Aussagemotivs, sowie eine Prüfung von Konstanz, Detailliertheit und Plausibilität der Angaben. Zwar ist der Tatrichter grundsätzlich nicht gehalten, im Urteil Zeugenaussagen in allen Einzelheiten wiederzugeben. Eine ausufernde Wiedergabe kann mitunter das Verständnis der Urteilsgründe sogar erschweren. Jedoch muss in Fällen mit problematischer Beweislage, bei denen es zuvörderst auf die Zeugenaussagen des mutmaßlichen Tatopfers ankommt, der entscheidende Teil der Aussagen in das Urteil aufgenommen werden, weil dem Revisionsgericht sonst die rechtliche Überprüfung nicht möglich ist.

2. Der Bundesgerichtshof verlangt auch dann, wenn der Vorwurf einer weiteren Tat nach § 154 StPO ausgeschieden wird, dessen Berücksichtigung im Rahmen der Beweiswürdigung, sofern der Grund für die Nichtverfolgung dieser Tat einen Einfluss auf die Gesamtwürdigung der Beweise zum verbleibenden Vorwurf haben kann. Erst recht bedarf es der näheren Erörterung, wenn der Vorwurf einer schwerer wiegenden Tat mit Indizbedeutung im Raum steht, die aus diesem Grund nicht nach § 154 Abs. 1 Nr. 1 StPO eingestellt werden kann.

### **59. BGH 4 StR 392/19 – Beschluss vom 6. November 2019 (LG Essen)**

Strafantrag (Unterschrift des Antragstellers).

§ 158 Abs. 2 StPO

Zu seiner Wirksamkeit bedarf der Strafantrag der Schriftform (§ 158 Abs. 2 StPO). Das Schriftformerfordernis verlangt die Unterschrift des Antragstellers.

### **16. BGH 2 StR 125/19 – Beschluss vom 12. November 2019 (LG Erfurt)**

Einziehungs- und Adhäsionsausspruch (Kennzeichnung der Haftung als gesamtschuldnerisch im Urteilstenor).

§ 406 StPO

Der Kennzeichnung der Haftung als gesamtschuldnerisch im Urteilstenor bedarf es auch nach neuem Recht. Damit wird ermöglicht, dass den Beteiligten das aus der Tat Erlangte entzogen wird, aber zugleich verhindert, dass dies

mehrfach erfolgt. Die anteilige gesamtschuldnerische Haftung des Angeklagten hat der Senat im Tenor klargestellt; hierfür ist die Angabe eines Namens des jeweiligen Gesamtschuldners nicht erforderlich.

### **38. BGH 2 StR 397/19 – Beschluss vom 22. Oktober 2019 (LG Stralsund)**

Entscheidung über den Antrag im Strafurteil (Begründung des Feststellungsanspruchs).

§ 406 StPO

1. Auch der Feststellungsausspruch bedarf grundsätzlich einer – gegebenenfalls kurzen – Begründung mit Blick auf

die Umstände des Einzelfalls, soweit sich der Ausspruch nicht ohne Weiteres aus dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe erklärt.

2. Verlangt der Geschädigte für erlittene Verletzungen ein Schmerzensgeld, so werden nach dem Grundsatz der Einheitlichkeit des Schmerzensgeldes davon alle Schadensfolgen erfasst, die entweder bereits eingetreten und objektiv erkennbar sind oder deren Eintritt jedenfalls vorhergesehen und bei der Entscheidung berücksichtigt werden können.

## Rechtsprechung

# V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

### **71. BGH 1 StR 12/19 – Beschluss vom 5. September 2019 (LG Bielefeld)**

Steuerhinterziehung (Höhe der Steuerverkürzung: Berücksichtigung von „schwarz“ gezahlten Löhnen als Betriebskosten, keine Vergleichbarkeit mit Schmiergeldzahlungen; Zulässigkeit von Schätzungen: erforderliche Darlegungen im Urteil; Konkurrenzverhältnis mehrerer in einem äußeren Vorgang zusammenfallender unrichtiger Steuererklärungen: Tatmehrheit).

§ 370 Abs. 1 AO; § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 10 EStG; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 53 StGB

1. Bei der Ermittlung der Verkürzungsbeträge bei der Steuerhinterziehung zu Gunsten eines Unternehmens sind „schwarz“ gezahlte Löhne im Rahmen der Betriebskosten zu Gunsten des Angeklagten in Ansatz zu bringen. Danach sind gezahlten Schwarzlöhne zumindest im Rahmen der Strafzumessung zugunsten der Angeklagten gewinnmindernd zu berücksichtigen (st. Rspr.). Eine andere Bewertung liefe darauf hinaus, Schwarzlöhne insofern Schmiergeldzahlungen gleichzustellen. Eine § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 10 EStG entsprechende Regelung existiert für Schwarzlöhne aber nicht.

2. Fällt die Abgabe von Steuererklärungen im äußeren Vorgang zusammen, liegen im Grundsatz mehrere Taten (§ 53 StGB) vor. Der einheitlichen oder getrennten Versendung der Erklärung und deren Eingang bei der Behörde kommt für die tatbestandliche Handlung der Steuerhinterziehung als auf Steuerarten und Veranlagungszeiträume bezogenes Erklärungsdelikt keine Bedeutung zu. Es mangelt daher an einer Teilidentität der Ausführungshandlungen selbst bei Übermittlung mehrerer Erklärungen durch einen einheitlichen äußeren Akt. Das Geschehen erschöpft sich insoweit in einem bloßen zeitlichen Zusammenfallen, das nicht anders als die Tatbegehung gelegentlich der Ausführung einer anderen Tat die Voraussetzungen einer Tateinheit nicht begründet (vgl. BGH NZWiSt 2019, 28).

### **14. BGH 5 StR 76/19 – Beschluss vom 14. November 2019 (LG Bremen)**

Tateinheit zwischen unrichtiger Darstellung und Kreditbetrug (einheitlicher Wille des Täters); eine Tat bei unrichtiger Darstellung im Jahresabschluss der Tochtergesellschaft und im Konzernabschluss.

§ 331 HGB; § 265b StGB; § 52 StGB

1. Der die Verhältnisse unrichtig darstellende Jahresabschluss einer Tochtergesellschaft fließt in den Konzernabschluss ihrer Muttergesellschaft ein, der daher die Verhältnisse ebenfalls unrichtig wiedergibt. Die rechtliche und tatsächliche Verknüpfung zwischen Jahresabschluss und Konzernabschluss zieht daher bei einem Konzernunternehmen im Falle der Tatbestandsverwirklichung des § 331 Nr. 1 HGB typischerweise diejenige des § 331 Nr. 2 HGB nach sich, weshalb beide Delikte unter diesen Umständen regelmäßig als eine Tat im Rechtssinne (§ 52 StGB) zu werten sind.

2. Werden die Verhältnisse in einem Abschluss unrichtig dargestellt, um diesen als Tatmittel für die Begehung eines Kreditbetrugs zu verwenden, können die Vergehen nach § 331 HGB und nach § 265b StGB zueinander im Verhältnis der Tateinheit stehen. Der einheitliche Wille des Täters zur Begehung der beiden final miteinander verknüpften Delikte verbindet diese zu einer natürlichen Handlungseinheit jedenfalls dann, wenn ein räumlich-zeitlicher Zusammenhang zwischen unrichtiger Darstellung nach § 331 HGB und der Täuschungshandlung des § 265b StGB besteht.

### **37. BGH 2 StR 384/19 – Beschluss vom 16. Oktober 2019 (LG Bonn)**

Unerlaubte Veräußerung von Betäubungsmitteln (Begriff der Veräußerung); unerlaubter Erwerb von Betäubungsmitteln zum Eigenkonsum und unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zum Eigenkonsum (geringere Gefährlichkeit für die Allgemeinheit: Grundsatz und Ausnahme)

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

1. Veräußerung im Sinne des § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG ist das Abgeben von Betäubungsmitteln gegen Entgelt aufgrund rechtsgeschäftlicher Vereinbarung, wobei der Veräußerer jedoch nicht eigennützig handeln darf. In Abgrenzung hierzu setzt das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln eigennütziges Handeln voraus. Eigennützig ist eine Tätigkeit, wenn das Tun des Täters vom Streben nach Gewinn geleitet wird, oder wenn er sich irgendeinen anderen persönlichen Vorteil davon verspricht, durch den er materiell oder – objektiv messbar – immateriell bessergestellt wird.

2. Der tateinheitliche unerlaubte Erwerb zum Eigenkonsum weist, ebenso wie der unerlaubte Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zum Eigenkonsum, wegen der damit verbundenen Selbstgefährdung eine geringere Gefährlichkeit für die Allgemeinheit auf als das Handeltreiben. Dies gilt indes nicht, wenn die Strafkammer zur Ermittlung des Schuldumfangs des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nicht die gesamte Ankaufsmenge, sondern lediglich die zum Weiterverkauf bestimmte Handelsmenge und zur Ermittlung des Schuldumfangs des unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge bzw. des unerlaubten Erwerbs von Betäubungsmitteln lediglich die Eigenkonsummenge in den Blick genommen hat. Denn in diesem Fall ist ausgeschlossen, dass sie dem jeweils verwirklichten Delikt einen zu großen Schuldumfang beigegeben hat.

**88. BGH 1 StR 441/19 – Beschluss vom 24. Oktober 2019 (LG München II)**

Versuchte unerlaubte Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige (kein unmittelbares Ansetzen bereits durch bloßes Feilbieten).

§ 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB

Das bloße Feilbieten von Betäubungsmitteln an Minderjährige stellt noch kein unmittelbares Ansetzen zur Abgabe von Betäubungsmitteln dar. Abgabe im Sinne von § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG setzt eine Übertragung der eigenen tatsächlichen Verfügungsmacht an den Betäubungsmitteln auf einen Minderjährigen zu dessen freier Verfügung voraus. Das Tatbestandsmerkmal der Abgabe knüpft demnach – im Unterschied zum weiter gefassten Begriff des Handeltreibens – an die tatsächliche Verschaffung der Verfügungsmacht an.

**83. BGH 1 StR 407/19 – Beschluss vom 10. Oktober 2019 (LG Weiden i.d. OPf.)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Tateinheit: natürliche Handlungseinheit bei gleichzeitiger Bezahlung bereits erhaltener und Entgegennahme weiterer Betäubungsmittel).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 52 StGB

Selbst ohne eine für alle Umsatzgeschäfte teidentische Ausführungshandlung verbinden sich mehrere Handelsgeschäfte zu einer einheitlichen Tat im Sinne einer natürlichen Handlungseinheit, wenn es im Rahmen einer bestehenden Lieferbeziehung zur Entgegennahme weiterer Betäubungsmittel aus Anlass der Bezahlung zuvor „auf Kommission“ erhaltener Rauschgiftmengen kommt (vgl. BGHSt 63, 1 Rn. 28).

**29. BGH 2 StR 217/19 – Urteil vom 13. November 2019 (LG Kassel)**

Form und Voraussetzungen der Jugendstrafe (Erziehungsbedarf: Maßgeblicher Zeitpunkt, Entbehrlichkeit für die Verhängung einer Jugendstrafe, Gewichtigkeit bei Straftäter, der im Zeitpunkt seiner Verurteilung das 21. Lebensjahr bereits vollendet hat; jugendspezifische Bestimmung des Schuldgehalts); Dauer der Jugendstrafe (Anwendbarkeit der „Vollstreckungslösung“).

§ 17 Abs. 2 JGG; 18 JGG

1. Der Verhängung einer Jugendstrafe steht nicht entgegen, dass bei dem Angeklagten ein Erziehungsbedarf nicht mehr festgestellt werden kann. Auf die Möglichkeit der Bestrafung schwerer Straftaten durch Verhängung einer Jugendstrafe kann auch in Fällen nicht verzichtet werden, in denen ein Jugendlicher oder Heranwachsender nicht erziehungsbedürftig oder erziehungsfähig ist.

2. Bei der Jugendstrafe bildet das Ausmaß der individuellen Schuld wegen des hier ebenfalls geltenden verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatzes den Rahmen, innerhalb dessen die erzieherisch erforderliche Strafe gefunden werden muss. Das Mindestmaß der Jugendstrafe muss schuldangemessen sein, ihr Höchstmaß darf auch bei Berücksichtigung des Erziehungszwecks nicht über das Maß der Tatschuld des Jugendlichen bzw. Heranwachsenden hinausgehen.

3. Ob dem Erziehungsgedanken bei einem zur Tatzeit jugendlichen oder heranwachsenden Straftäter, der im Zeitpunkt seiner Verurteilung das 21. Lebensjahr bereits vollendet hat, allenfalls geringes Gewicht zukommt, wie die Strafkammer meint, ob ihm ein mit dem Fortschreiten des Lebensalters lediglich abnehmendes Gewicht beizumessen ist oder ob er insgesamt kein taugliches Strafzumessungskriterium sein kann (was der 3. Strafsenat erwogen, aber auch nicht tragend entschieden hat), bedarf keiner Entscheidung. Denn das Landgericht hat in einer Gesamtwürdigung und ausgehend von den rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen zum Werdegang des zum Zeitpunkt der Hauptverhandlung 22-jährigen Angeklagten angenommen, dass bei diesem ein Erziehungsbedarf nicht mehr bestehe.

4. Maßgeblich für die Frage, ob ein Erziehungsbedarf besteht, sind allein die jeweiligen Verhältnisse zum Zeitpunkt des Urteils des erkennenden Gerichts.

5. Der Schuldgehalt der Tat bei der Deliktsbegehung durch jugendliche und heranwachsende Täter ist jugendspezifisch zu bestimmen. Die „Schwere der Schuld“ im Sinne des § 17 Abs. 2 JGG wird daher nicht vorrangig anhand des äußeren Unrechtsgehalts der Tat und ihrer Einordnung nach dem allgemeinen Strafrecht bestimmt, sondern es ist in erster Linie auf die innere Tatseite abzustellen. Der äußere Unrechtsgehalt der Tat und das Tatbild sind jedoch insofern von Belang, als hieraus Schlüsse auf die charakterliche Haltung, die Persönlichkeit und die Tatmotivation des Jugendlichen oder Heranwachsenden gezogen werden können; entscheidend ist, ob und in welchem Umfang sich die charakterliche Haltung, die Persönlichkeit sowie die Tatmotivation des Täters vorwerfbar in der Tat manifestiert haben. Dies gilt in gleicher Weise bei einem

jugendlichen Täter, der zum Zeitpunkt seiner Verurteilung bereits junger Erwachsener ist und bei dem ein Erziehungsbedarf nicht mehr festgestellt werden kann. Letzteres hat zwar Einfluss auf die Frage, wie auf die festgestellte Gesetzesverletzung nunmehr zu reagieren ist, wirkt sich aber nicht auf die Prüfung aus, welches Unrecht der damalige Jugendliche mit der von ihm begangenen Tat verwirklicht und welche Schuld er damals auf sich geladen hat.

6. Auch im Jugendstrafrecht kann der Ausgleich für eine überlange Verfahrensdauer jedenfalls bei einer auf die Schwere der Schuld gestützten Verhängung von Jugendstrafe in Anwendung der von der Rechtsprechung entwickelten „Vollstreckungslösung“ vorgenommen werden.

## Aufsätze und Anmerkungen

# Der Besetzungseinwand nach der Modernisierung

Von Julius Lantermann\*

## I. Einleitung

Mit dem Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens<sup>1</sup> soll das Hauptverfahren an bestimmten Punkten optimiert werden. Mittelbar soll das zur Beschleunigung aller Strafverfahren führen. Das ist ein Ziel, das es zu unterstützen lohnt. Teil der Neuregelung ist ein Mechanismus, um die Gerichtsbesetzung zu Beginn des Verfahrens abschließend zu klären. Damit soll die Wiederholung der Hauptverhandlung verhindert werden. Dieses Vorabentscheidungsverfahren ist Wert, vorgestellt und einer verfassungsrechtlichen Prüfung unterzogen zu werden.

Die Neuregelung verfehlt das Ziel der Verfahrensvereinfachung. Sie ist verfassungswidrig. Dieser Beitrag ist allerdings in der Überzeugung verfasst, dass eine sinnvolle Diskussion über das Verfahrensrecht erst dann beginnt, wenn Anliegen, die hinter einem Gesetzgebungsverfahren stehen, nicht pauschal die Berechtigung abgesprochen wird. Zu einfach ist es, fremde Ideen nur mit Kritik zu überziehen, ohne eigene Vorschläge zu liefern, wie es besser gemacht werden könnte. Deshalb endet dieser Text mit konkreten Vorschlägen, wie die verschiedenen Anliegen zum Ausgleich gebracht werden könnten.

## II. Inhalt der Neufassung

Die Novelle führt eine Art des Vorabentscheidungsverfahrens über Besetzungseinwände ein. Die Besetzungsfrage wird dadurch (grundsätzlich) aus der Revision herausgelöst. Die abschließende Prüfung der Besetzung soll nun vor oder am Beginn der Hauptverhandlung stehen.

## 1. Abstrakter Inhalt des Gesetzes

Dazu ändern sich die §§ 222a, 222b, 338 Nr. 1 StPO. Folgeänderungen finden sich in den §§ 121 und 135 GVG.

§ 222a Abs. 1 S. 2 StPO sieht vor, dass die Besetzungsmitteilung zugestellt wird, wenn sie vor der Hauptverhandlung erfolgt. Ansonsten muss die Besetzung – wie bisher – zu Beginn der Hauptverhandlung mitgeteilt werden.<sup>2</sup> § 222b Abs. 1 StPO knüpft daran an und lässt den Besetzungseinwand<sup>3</sup> nur innerhalb einer Woche nach Zustellung oder Mitteilung zu. Die Unterbrechung nach § 222a Abs. 2 StPO wird an die zusätzliche Voraussetzung geknüpft, dass die Hauptverhandlung nicht absehbar vor Ende dieser Wochenfrist beendet sein wird. Diese Änderungen sind eher untergeordneter Natur.

Zentral und neu ist § 222b Abs. 3 StPO, der vorsieht, dass der Besetzungseinwand – wenn das Tatgericht nicht abhilft – innerhalb von drei Tagen einem Rechtsmittelgericht vorzulegen ist. Das Rechtsmittelgericht wird durch § 121 Abs. 1 Nr. 4 und § 135 Abs. 2 Nr. 3 GVG bestimmt: Für die Verfahren vor den Großen Strafkammern ist es ein OLG. Bei den erstinstanzlichen Verfahren vor den Staatsschutzsenaten der OLG ist Rechtsmittelgericht der BGH.

Ist ein OLG als Rechtsmittelgericht zur Entscheidung über einen Besetzungseinwand berufen, so sieht § 121 Abs. 2 Nr. 4 GVG eine Divergenzvorlage zum BGH vor. Eine Ermächtigung, die Zuständigkeit innerhalb eines Bundeslandes bei einem OLG zu bündeln, enthält die Neuregelung nicht. Auch eine Übergangsregelung sieht das Gesetz (insoweit) nicht vor.

\* Der Beitrag ist großen Zeiten mit der *Elften* gewidmet.

<sup>1</sup> BGBl. 2019 I, S. 2121.

<sup>2</sup> Dabei handelt es sich – wie bisher (Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 62. Aufl. (2019), § 222a Rn. 4) – um eine wesentliche Förmlichkeit.

<sup>3</sup> Dazu etwa *Leitmeier* NJW 2017, 2086.

Der neugefasste § 338 Nr. 1 a) StPO sieht im Wortlaut vor, dass mit der Besetzungsrüge grundsätzlich nur noch eingewandt werden kann, dass ein Besetzungsfehler festgestellt, aber nicht beachtet wurde – ein Fall der praktisch nicht vorkommt. § 338 Nr. 1 b) StPO lässt die Präklusion auch dann nicht greifen, wenn das Rechtsmittelgericht nicht über den Besetzungseinwand entschieden hat und entweder die Vorschriften über die Mitteilung verletzt wurden, der angebrachte Besetzungseinwand übergangen bzw. zurückgewiesen wurde oder die Unterbrechung beantragt war und keine Woche zur Prüfung der Besetzung zur Verfügung stand.

Für Verfahren vor den Großen Strafkammern wird das Rechtsmittelverfahren daher zweifach gespalten: Zeitlich, weil die Besetzung zu Beginn geklärt wird. Instanziell, weil über die Besetzung nun ein OLG entscheidet, über die Revision aber weiterhin der BGH.

## 2. Am konkreten Beispiel

Wie das Verfahren nach Vorstellung des Gesetzgebers aussehen soll, wird an einem Beispielsfall deutlich: Sobald eine Große Strafkammer eine Hauptverhandlung terminiert, stellt sie den Beteiligten eine Mitteilung über ihre Besetzung zu. Die Verteidigung erhebt gegen diese Besetzung innerhalb einer Woche einen Einwand, den die Kammer für unzutreffend hält. Nach bisherigem Recht konnte die Frage, welche Auffassung richtig ist, erst in der Revision geklärt werden, mitunter erst Jahre später. Das ändert sich: Die Kammer legt den Einwand an das jeweilige OLG vor. Die Hauptverhandlung muss dafür noch nicht begonnen haben, kann aber auch gerade laufen. Das OLG bestätigt im Beispielsfall die Ansicht der Kammer. Die Entscheidung des OLG präkludiert dadurch die Besetzungsrüge in der Revision. Die Kammer fällt ihr Urteil und der BGH ist in der Revision – grundsätzlich – nicht mehr mit der Besetzungsfrage befasst.

Bei diesem Beispiel ist eine Vielzahl von Variationen denkbar. So könnte sich zB die Kammerbesetzung kurz vor Beginn der Hauptverhandlung wegen Krankheit ändern. Dann würde die Besetzung etwa am ersten Hauptverhandlungstag mitgeteilt und der Ablauf würde sich nach hinten verschieben.

## III. Berechtigung der Regelung

Fügt man diesem Beispielsfall einige Details hinzu, zeigt sich, dass die Idee<sup>4</sup> einer Vorabprüfung über den Besetzungseinwand Berechtigung hat:

Unterstellt, der Besetzungseinwand, den die Verteidigung anbringt, ist rechtlich schwierig zu beurteilen. Die Kammer hält ihn für unbegründet. Ob ein Obergericht dieser Auffassung folgen wird, lässt sich nicht sicher sagen. Kommt es zu Fehlern, unterliegt bisher das gesamte weitere Verfahren der Tatsacheninstanz der Gefahr, vom Revisionsgericht als obsolet erkannt zu werden.<sup>5</sup> Da jede Entscheidung über den Besetzungseinwand Einfluss auf den

gesetzlichen Richter hat, kann auch ein Grundsatz, ihm im Zweifel stattzugeben, die Lösung nicht sein. Im Beispielsfall ist weiterhin absehbar, dass die Hauptverhandlung mindestens 50 Hauptverhandlungstage in Anspruch nehmen wird. Für die einzelnen Richterinnen und Richter ist das eine unangenehme Situation. Wer möchte schon einer Hauptverhandlung beiwohnen und dabei stets im Hinterkopf haben, dass eine einzelne Wertung zu Beginn die Arbeit eines ganzen Jahres zunichtemachen kann – und das auch dann, wenn Verfahren und Urteil vorbildlich sind? Mit der Neuregelung ist die Prüfung der Besetzung bereits zu Beginn des Verfahrens abgeschlossen. Kommt es zu Fehlern, müssen allenfalls geringe Teile der Hauptverhandlung wiederholt werden, idealerweise überhaupt keine.

Während des Gesetzgebungsprozesses wurde die Notwendigkeit eines solchen Verfahrens aber angezweifelt, weil erfolgreiche Revisionen mit entsprechenden Besetzungsrügen außerordentlich selten sind.<sup>6</sup> Das Beispiel zeigt, dass dieser Einwand zu kurz greift. Denn die Forderung nach einer früheren Klärung bezieht sich nicht nur auf begründete Besetzungsrügen in der Revision. Sie erfasst auch erfolglose, aber schwierige Besetzungseinwände. Auch solche Fälle sind zwar nicht die Regel. Das ändert aber nichts daran, dass es sie gibt und der einzelne Spruchkörper damit umgehen muss. Und auch bei den seltenen Besetzungsrügen mit Erfolg führt eine Vorabentscheidung zu einer Erleichterung: Die Besetzung des Tatgerichts ist einer der wenigen Fälle, bei denen sich die Rechtmäßigkeit bereits am ersten Hauptverhandlungstag abschließend beurteilen lässt. Jedes Vorziehen einer abschließenden Prüfung kann daher auch gewährleisten, dass kein Verfahren vor einem unzuständigen Richter durchgeführt wird.

## IV. Der gesetzliche Richter als Schwachstelle der Neuregelung

Die (echten) Probleme der Neuregelung liegen in der praktischen Anwendung. Konkreter: Beim gesetzlichen Richter, wenn das Rechtsmittelverfahren zwischen OLG und BGH aufgetrennt wird.

### 1. Problemstellung

Auch hierzu eine Abwandlung des Beispiels.

#### a) Das zügige Landgericht

Die Besetzung der Kammer ändert sich kurz vor dem ersten Hauptverhandlungstag – etwa wegen Erkrankung eines Richters – und wird erst am ersten Hauptverhandlungstag mitgeteilt. Die Sache ist hier von geringem Umfang und lässt sich in ein oder zwei Hauptverhandlungstagen zum Urteil bringen. Die Verteidigung erhebt sogleich einen vorbereiteten Besetzungseinwand. Bislang brachte eine solche Situation die Kammer in keine Schwierigkeiten. Sie musste den Besetzungseinwand zwar beachten. Da sie ihre Besetzung aber von Amts wegen prüfen muss,

<sup>4</sup> Vorgebracht insbesondere durch den Strafkammertag, vgl. 2. Strafkammertag, Dokumentation, S. 35 ff.

<sup>5</sup> Ausführlich *Caspari*, Stellungnahme, S. 22.

<sup>6</sup> *Norouzi*, Stellungnahme DAV, S. 9; *Conen et al.*, Stellungnahme Strafverteidigerbüro, S. 8; *Momsen/Schwarze*, Stellungnahme, S. 11.

erweiterte sich der Prüfungsrahmen nicht. Der Besetzungseinwand konservierte lediglich die Rügemöglichkeiten in der Revision. In Zukunft führt der Besetzungseinwand – wenn die Kammer nicht abhilft – in das Prüfungsverfahren vor dem OLG. Hier kann es zur Situation kommen, dass die Kammer ein Urteil fällen kann, aber noch keine Entscheidung des OLG vorliegt.

**b) Relevanz des Beispielsfalls**

Diese (oder eine vergleichbare) Situation dürfte in Zukunft sehr häufig vorkommen. Mit einem Blick in die Untersuchung von *Ferber* lässt sich erahnen, dass der häufigste Wert (Modalwert) der notwendigen Hauptverhandlungstage vor den Landgerichten bis zur Urteilsfällung bei eins, zwei oder drei liegen dürfte.<sup>7</sup> Das kurze Verfahren macht das Tagesgeschäft einer Großen Strafkammern aus. Umfangsverfahren haben zwar einen größeren Anteil an der Gesamtarbeitslast, sind aber absolut gesehen selten. Die Senate der OLG werden demgegenüber kaum in der Lage sein, bei kleinen Verfahren innerhalb dieses Zeitraums schon eine Entscheidung über den Besetzungseinwand zu fällen. Selbst wenn die Besetzung schon einige Zeit vor dem ersten Hauptverhandlungstag mitgeteilt wurde, dürfte die Entscheidung des OLG zur Besetzung in der Regel nicht am ersten Hauptverhandlungstag vorliegen.

**c) Auswirkungen**

Die Urteilsfällung vor der OLG-Entscheidung scheint zunächst unproblematisch. § 338 Nr. 1 b) bb) StPO sieht gerade vor, dass die Rügepräklusion nicht greift, wenn der Besetzungseinwand übergangen wird und das Rechtsmittelgericht (hier das OLG) nicht entschieden hat. Demnach würde es – wenn die Kammer bei Entscheidungsreife ein Urteil fällt – bei dem Zustand bleiben, der bisher herrscht: In der Revision könnte vor dem BGH die Besetzungsrüge im Umfang des erhobenen Besetzungseinwandes geltend gemacht werden. Diese Auffassung liegt auch dem Gesetzesentwurf zu Grunde.<sup>8</sup> Dort heißt es, dass sich das Vorabentscheidungsverfahren erledigt, sobald das Tatgericht ein Urteil fällen. Die Betroffenen werden auf die Revision verwiesen.<sup>9</sup>

**aa) § 121 Abs. 1 Nr. 4 GG als Zuständigkeitsnorm**

Diese Wertung übergeht aber, dass § 121 Abs. 1 Nr. 4 GG eine Regelung ist, die den gesetzlichen Richter bestimmt. Für die Entscheidung über den Besetzungseinwand ist gesetzlicher Richter eine Spruchgruppe am OLG. Ermöglicht man, dass das Tatgericht durch den Zeitpunkt der

Urteilsfällung das Verfahren vor dem Rechtsmittelgericht erledigen kann, wird die Zuständigkeit beweglich. Die Kammer kann dadurch Einfluss nehmen, ob ein OLG-Senat oder ein BGH-Senat über die eigene Besetzung befinden wird.

Dieses Problem ist im Gesetzgebungsverfahren nicht übersehen worden. Noch im Referentenentwurf war in § 222b Abs. 3 S. 2 StPO vorgesehen, dass „bis zur Entscheidung über den Besetzungseinwand kein Urteil verkünde[t werden darf]“,<sup>10</sup> weil ansonsten Einfluss auf die Zuständigkeit genommen werden könne. Diese Regelung wurde kritisiert, weil sie Verfahren verzögert hätte.<sup>11</sup> Die nun in Kraft getretene Fassung hat davon ausdrücklich Abstand genommen.<sup>12</sup> Die Regelung im Ref-E wäre zwar sicherlich nicht sinnvoll gewesen. Sie hätte aber – wenn sie selbst revisibel gewesen wäre<sup>13</sup> – eine ausreichende Sicherung gegen den Entzug des gesetzlichen Richters dargestellt. Sie hätte trotz gewaltiger, nicht wegzudiskutierender Schwächen in der Praxis tauglichkeit keine Bedenken bezüglich des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG hervorgerufen.

**bb) Bedeutung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG**

Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG hat zwei Dimensionen: Es ist ein grundrechtsgleiches Recht und eine institutionelle Garantie. Die institutionelle Garantie<sup>14</sup> gewährleistet einen Rechtsrahmen, in dem die Personen, die über einen Rechtsstreit entscheiden, bereits vorab feststehen. Als grundrechtsgleiches Recht gibt Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG dem Individuum die Möglichkeit, sich gegen Eingriffe in die richterliche Zuständigkeit zur Wehr zu setzen.

Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG fließt daher in eine abstrakte und eine konkrete Wirkweise über. Die abstrakte Wirkung ermöglicht die Kontrolle, ob ein ausreichend robuster Rechtsrahmen zur Verfügung steht, um *potentielle* Einflussnahmen auf die Zuständigkeit zu verhindern. Die konkrete Wirkung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG sichert hingegen ab, dass dieser Rechtsrahmen auch *im Einzelfall* ordnungsgemäß eingehalten wird. Als grundrechtsgleiches Recht ermöglicht Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG die Berufung auf beide Wirkweisen: Der Einzelne muss daher nicht zwingend geltend machen, dass gerade in seinem Fall eine Manipulation an der Zuständigkeit stattgefunden hat. Er kann sich auch darauf berufen, dass der vorgegebene Rechtsrahmen nicht so ausgestaltet ist, dass Manipulationen vorgebeugt wird. Maßstab dafür ist, dass der Rechtsrahmen keine unvermeidbaren Freiheiten in der Zuständigkeit erlaubt.<sup>15</sup>

<sup>7</sup> *Ferber*, Strafkammerbericht, 2017, S. 56 ff. Die Daten sind dort teilweise nur aggregiert veröffentlicht. Das lässt (gerade wegen der Wirtschaftsstrafkammern) keinen völlig zweifelsfreien Schluss zu.

<sup>8</sup> BT-Drs. 19/14747, S. 31 f. Für das Verbleiben der Rechtshängigkeit fehlt den Oberlandesgerichten die Kompetenz, ein ergangenes Urteil aufzuheben.

<sup>9</sup> Widersprüchlich aber BT-Drs. 19/14747, S. 42, wo die Eilbedürftigkeit der OLG-Entscheidung mit Hinweis auf die Höchstdauer der Unterbrechung (§ 229 Abs. 1 StPO) begründet wird, was nur Sinn macht, wenn das LG die Entscheidung des OLG abwarten muss.

<sup>10</sup> Dazu insb. Ref-E, S. 31 f.

<sup>11</sup> *Norouzi*, Stellungnahme DAV zum Ref-E, S. 12.

<sup>12</sup> BT-Drs. 19/14747, S. 30.

<sup>13</sup> Der Ref-E war dazu nicht eindeutig: Einerseits (S. 37 f.) war dort das Übergehen des Besetzungseinwandes als Ausnahme von der Rügepräklusion vorgesehen, andererseits (insb. S. 31 f.) ließ die Formulierung („darf [...] kein“) kaum Raum für eine Relativierung.

<sup>14</sup> Vgl. insb. BVerfG Plenum NJW 1997, 1497 = BVerfGE 95, 322; *Horn*, Handbuch der Grundrechte (2013), § 132 Rn. 25; begrifflich weitergehend *Maunz/Dürig-Jachmann-Michel*, Grundgesetz, 87. EL (März 2019), Art. 101 Rn. 17 f.

<sup>15</sup> So schon BVerfGE 17, 294, 300 = NJW 1964, 1020, 1021.

Beide Wirkweisen bedingen sich gegenseitig. Je größer die Spielräume im abstrakten Rahmen der Zuständigkeit sind, desto enger muss die Kontrolle im konkreten Einzelfall sein.

Das zeigt sich etwa an der Regelung des § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG. Die Zuständigkeitsverteilung zwischen Amts- und Landgericht bestimmt sich dort über eine Bewertung der Staatsanwaltschaft. Diese Regelung ist verfassungsgemäß.<sup>16</sup> Sie ist das allerdings nur, weil hinreichende Sicherungen gegen Missbrauch bestehen. So wird über die Regelung des § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG gerade kein Ermessen der Staatsanwaltschaft eröffnet. Vielmehr unterliegen die unbestimmten Rechtsbegriffe der Norm (etwa: *besondere Bedeutung*) der gerichtlichen Kontrolle.<sup>17</sup> Die Missbrauchsmöglichkeit wird durch diese Kontrolle soweit begrenzt, dass sie nur vage bleibt. Das ist unschädlich.<sup>18</sup>

In der Neuregelung findet sich als Rechtsbegriff nur das *Übergehen* in § 338 Nr. 1 b) bb) StPO. Das setzt ein Übergehen allerdings schon voraus, gibt aber nicht vor, wann übergegangen werden dürfte.<sup>19</sup> Ob ein bestimmter Entscheidungszeitpunkt darauf zielt, den Fall dem OLG zu entziehen, wäre auch in der Revision durch den BGH zu prüfen.<sup>20</sup> Allein dieser Rechtsschutz dürfte allerdings nicht als hinreichende Sicherung gegen Missbrauch ausreichen. Denn mit der Kontrolle des § 24 Abs. 1 Nr. 3 GVG ist die Situation nicht vergleichbar. Die Entscheidung einer Staatsanwaltschaft, wo sie Anklage erhebt, betrifft diese nicht selbst. Die Kontrolle der Gerichtsbesetzung ist hingegen zuerst eine Selbstkontrolle des Spruchkörpers. Zum einen bestimmt sich über diese Entscheidung, ob die Kammer in dieser Zusammensetzung überhaupt zur Verhandlung berufen ist: Es geht gewissermaßen um die eigene Essenz. Zum anderen zeigt die Kammer mit der Vorlage des Besetzungseinwandes auch an, dass sie davon ausgeht, richtig besetzt zu sein. Es betrifft einen deutlich sensibleren Bereich, wenn Einfluss darauf genommen werden kann, wer eine eigene Entscheidung kontrolliert. Und klagt die Staatsanwaltschaft einen Fall zum LG an, so ermöglicht ihr das (meist) nicht, den Fall gezielt zu einem ganz bestimmten Spruchkörper am LG zu bringen. Beim Besetzungseinwand ist das nun anders: Die Kammern kennen den jeweiligen Senat des OLG und des BGH. Wahlmöglichkeiten bei der Zuständigkeit sind bereits vom BVerfG bemängelt worden. So hat es – nach einer Entscheidung des Plenums<sup>21</sup> – ausgesprochen, dass die bloße Möglichkeit in einem Geschäftsverteilungsplan, bestimmte Fälle gezielt bestimmten Spruchgruppen eines Spruchkörpers zuzuschreiben, gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verstößt.<sup>22</sup> Das gilt erst recht, wenn das Gesetz diese Möglichkeit belässt. Im Anschluss an die Entscheidung des Plenums des BVerfG wurde beispielsweise auch

bemängelt, wenn der Zuschnitt eines Spruchkörpers beeinflusst werden kann.<sup>23</sup>

Aus bestimmten tatsächlichen Umständen – etwa Überlastung, unzureichender oder ungleicher Auslastung, Ausscheiden oder langfristiger Verhinderung einzelner Richter<sup>24</sup> – kann die Notwendigkeit zur Anpassung des abstrakten Rahmens der Zuständigkeit entstehen. Solche Umstände erlauben allerdings nur abstrakt-generelle Regelungen (etwa in Ableitungsbeschlüssen) und gerade nicht die Umverteilung von Einzelfällen, wie sie hier notwendig wäre. Es lässt sich auch kaum argumentieren, dass der Zeitpunkt der Entscheidung der Kammer etwas rein Tatsächliches ist und tatsächliche Ereignisse regelmäßig keinen Entzug des gesetzlichen Richters begründen.<sup>25</sup> Erkrankt etwa eine eigentlich zuständige Richterin, ist ihr Ausscheiden kein Entzug des gesetzlichen Richters. Werden aber tatsächliche Ereignisse gezielt genutzt, um die Gerichtsbesetzung zu beeinflussen, wird der gesetzliche Richter entzogen. Wird etwa eine Sache gezielt in den Urlaub der Richterin terminiert, um sie aus dem Spruchkörper herauszuhalten, ist das mit Art. 101 I 2 GG unvereinbar.<sup>26</sup>

Es fällt schwer, solche Manipulationsmöglichkeiten, die von der Mehrzahl der Gerichte niemals tatsächlich zur Manipulation eingesetzt werden, in die Nähe des Art. 101 Abs. 1 S. 1 GG – dem Verbot von Ausnahmegerecht – zu bringen. Für eine streng formale Sichtweise gibt es aber gute Gründe. Geschützt wird dadurch am allermeisten die Justiz selbst. Lässt man es auf Einzelfallprüfungen ankommen, muss in die Beweggründe der Entscheidenden eingedrungen werden. Am Ende dieser Einzelfallprüfung steht die Entscheidung, ob ein Untergericht willkürlich gehandelt hat. Die Robustheit des Rechtsrahmens zur Zuständigkeit erspart es, ein Untergericht mit diesem Vorwurf zu konfrontieren.

Und es bewahrt die Gerichtsbarkeit davor, dass die eigenen Legitimität Brüche bekommt. Denn jedes Einsteigen in Beweggründe lässt Zweifel aufkommen, ob sich die Zuständigkeit wirklich blindlings ergeben hat oder nicht vielmehr doch irgendwelche subjektiven Kriterien eine Rolle gespielt haben.<sup>27</sup> Ist schon der abstrakte Rechtsrahmen robust genug, können konkrete Beweggründe keine Rolle spielen. Die Freiheit, die der Gesetzgeber mit der Neuregelung belässt, ist vermeidbar.

## V. Lösungswege

Für die erstinstanzlichen Verfahren vor den OLG sind die Probleme mit der Neuregelung lösbar, weil hier für Vorabentscheidung und Revision immer der 3. Strafsenat des

<sup>16</sup> BVerfGE 9, 223 = NJW 1959, 871; Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. (2019), § 24 GVG Rn. 5 ff. m.w.N. auch zur a.A.

<sup>17</sup> Zu derartigen Sicherungsmechanismen auch BVerfGE 82, 286 = NJW 1991, 217, 219.

<sup>18</sup> BVerfGE 9, 223 = NJW 1959, 871.

<sup>19</sup> Für die Notwendigkeit, derartige Wertungsmaßstäbe ins Gesetz aufzunehmen etwa Uhle, in: Handbuch der Grundrechte (2013), § 129 Rn. 39 m.w.N.

<sup>20</sup> Das Bestehen dieses Rechtsschutzes wird – nach zutreffender Ansicht (Vofskuhle/Kaiser JuS 2014, 312, 313 f.) – auch unmittelbar von der Verfassung abgesichert.

<sup>21</sup> BVerfGE (Plenum) 95, 322 = NJW 1997, 1497.

<sup>22</sup> BVerfGE 97, 1 = NJW 1998, 743, 744.

<sup>23</sup> BGHSt 43, 91, 93 f. = NJW 1997, 2531, 2532: Dreier- oder Fünferbesetzung eines OLG-Senats.

<sup>24</sup> BVerfG HRRS 2009, 552, Rn. 24 = NJW 2009, 1734.

<sup>25</sup> BVerfG NJW 2004, 3696: Ausscheiden, Krankheit, Verhinderung, Urlaub.

<sup>26</sup> BVerfG NVwZ 2007, 691, 693 f.: Terminierung in den Urlaub, um nicht über ein Ablehnungsgesuch entscheiden zu müssen.

<sup>27</sup> Dazu aus jüngerer Zeit etwa BVerfG NJW 2018, 1155, Rn. 17 = NZS 2018, 327 m. zust. Anm. Burkiczak; BVerfG HRRS 2017, 131, Rn. 21 f. = NJW 2017, 1233.

BGH (in Fünfer-Besetzung, vgl. § 139 Abs. 2 GVG) zuständig ist.<sup>28</sup> Zwar besteht auch hier die theoretische Möglichkeit, dass ein Staatsschutzsenat des OLG durch das Erledigen eines Vorabentscheidungsverfahrens eine(n) bestimmte(n) Berichterstatter(in) des 3. Strafsenats aus der Zuständigkeit wirft. Diese Möglichkeit ist aber von so vielen Unwägbarkeiten abhängig, dass abstrakte Zweifel an der Norm insoweit nicht zu erheben sind. Praktisch kann der 3. Strafsenat seine Verfahren aber jedenfalls durch eine Regelung im senatsinternen Geschäftsverteilungsplan gegen diese Beweglichkeit immunisieren.

Schwerwiegender sind die Probleme bei den Verfahren vor den Großen Strafkammern, weil hier zwei Gerichte (OLG und BGH) beteiligt sind.

## 1. Schadensminimierung

Naheliegender scheint es, zur Rettung des Gesetzes die noch im Referentenentwurf enthaltene Regelung aufzugreifen und stillschweigend in § 222b StPO hineinzulesen. Das würde bedeuten, in Zukunft keine Urteile zu sprechen, bevor nicht das OLG über den erhobenen Besetzungseinwand entschieden hat. In Umfangsverfahren stellt das regelmäßig kein Problem dar. Die Kammern könnten sich durch das Aufschieben wenigstens von individuellen Vorwürfen freimachen, Einfluss auf den gesetzlichen Richter genommen zu haben.

In kleineren Verfahren kann das praktisch funktionieren, wenn die Gerichtsbesetzung weit vor dem ersten Hauptverhandlungstag mitgeteilt wird. Die Kammern werden dadurch allerdings unflexibel, weil sich die Besetzung nicht mehr ändern darf. Kann die Besetzung nicht früh mitgeteilt werden oder kann das OLG nicht schnell genug entscheiden, muss geschoben werden. Dazu lässt sich etwa die Verkündungsfrist des § 268 Abs. 3 S. 2 StPO nutzen. Diese Frist dürfte aber angesichts der allgemeinen Belastungen der Oberlandesgerichte selten ausreichen. Das Schieben nach § 229 Abs. 1 StPO erreicht in derartigen Fällen schnell Grenzen, wenn es schlicht am Prozessstoff fehlt. Lösungen, wie bei erhobenem Besetzungseinwand stets an einem gesonderten Hauptverhandlungstag nach drei Wochen plädieren zu lassen, sind nicht sinnvoll:<sup>29</sup> Sie belasten die Kammern unnötig und stehen der Beschleunigung – dem Grundanliegen des Gesetzes – diametral entgegen.

Dass der Ansatz des Aufschiebens aber kein generell vertretbarer Weg ist, ergibt sich aus anderem Zusammenhang. Bislang konnte ein Besetzungseinwand das Verfahren nicht verschleppen. Das liegt daran, dass die §§ 222a und 222b StPO (sinnvollerweise!) selbst nicht revisibel sind.<sup>30</sup> Es stand den Strafkammern bislang frei, ob sie die Präklusionswirkung in Anspruch nehmen oder in der Gewissheit, ordnungsgemäß besetzt zu sein, den Einwand unbeschieden lassen und einfach weiterverhandeln. Einen

Grund, sich darüber zu beklagen, hatte die Verteidigung am allerwenigsten, weil ihr gerade dadurch die Besetzungsrüge in der Revision erhalten geblieben ist.<sup>31</sup> Das nahm Anreize, erkennbar sinnlose, dafür aber umso umfangreichere Besetzungseinwände einzureichen.<sup>32</sup> Solange der Revisionsführer keine wirklichen Fehler an der Besetzung geltend machen konnte, nützte die Erhebung des Besetzungseinwandes nichts. Auch ein Unterbrechungsantrag nach § 222a Abs. 2 StPO konnte bislang abgelehnt werden (und war abzulehnen!), wenn das Gericht sich sicher war, dass es richtig besetzt ist.

Das wäre anders, wenn kein Urteil gefällt werden darf, bevor über den Besetzungseinwand entschieden ist. Das Einreichen eines aussichtslosen, dafür aber besonders umfangreichen Besetzungseinwandes wird die Bearbeitungszeit beim OLG zwangsläufig verlängern. Die eingespielten Prüfungsmechanismen, die eine Strafkammer zur Prüfung der eigenen Besetzung besitzt – die Kammer kennt den eigenen Geschäftsverteilungsplan, die Eintrittszeitpunkte der Richterinnen und Richter etc. –, gibt es am OLG nicht.

Keine Lösung dessen ist es, in Zukunft die Besetzung gar nicht mehr mitzuteilen. Das Gesetz sieht die Mitteilung in § 222a Abs. 1 StPO vor. Es hätte einen Hauch des Absurden, wenn auf die Frage eines Beteiligten am ersten Hauptverhandlungstag, wie die Beisitzer heißen, die Antwort oder die Protokollierung verweigert wird. Jedenfalls dann dürfte sich – ganz gleich wie verständlich das abstrakte Ziel hinter dem Verhalten sein mag – nicht mehr argumentieren lassen, dass die Kammer die Entscheidung über den Besetzungseinwand nicht gezielt dem BGH überantworten will.

Es dürfte daher zur Konjunktur des Besetzungseinwandes in kleinen Verfahren kommen.<sup>33</sup> Muss die erste Hauptverhandlung neu- oder nachterminiert werden, während auf eine Vorabentscheidung gewartet wird, kommt es leicht zu Dominoeffekten. Das wird manche Kammern unverschuldet in die Überlastung ziehen. Diese Entwicklung ist für den Rechtsstaat nicht nur wegen der allgemeinen Verzögerung gefährlich. Sie schafft Wege, Kammern mit der Befürchtung zu konfrontieren, das Tagesgeschäft nicht mehr bewältigen zu können. Das wird böartigen Ausformungen des *Deals* Vorschub leisten.

Für alle übrigen Anwender ist die Zukunft auch eher düster. Die ehrlichen Beteiligten werden auf Misstrauen treffen, wenn sie einen ernstgemeinten Besetzungseinwand erheben. Die OLG werden mehr Arbeitslast haben. In Haftsachen werden sie ab und an ihre bisherige Position am Spielfeldrand verlassen. Dann sind sie mittendrin statt nur dabei, wenn es um die Suche nach einem Schuldigen für die Unverhältnismäßigkeit der Untersuchungshaft geht. Nur der BGH wird von den – aktuell seltenen! – Besetzungsrügen entlastet. In der Revision lassen sich aber

<sup>28</sup> Vgl. Präsidium des BGH, Beschluss v. 17. Dezember 2019.

<sup>29</sup> Ganz unabhängig davon, ob das dann nicht bereits eine Verletzung des § 229 StPO wäre, vgl. nur Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. (2019), § 229 Rn. 11 ff.

<sup>30</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. (2019), § 222a Rn. 25 und § 222b Rn. 15.

<sup>31</sup> Vgl. dazu aus der Zeit der Einführung der Präklusion Hamm NJW 1979, 135.

<sup>32</sup> A.A. Caspari, Stellungnahme, S. 21, der selbst Mittel gegen die verbleibenden Anreize nennt.

<sup>33</sup> Mit dieser Befürchtung – unter anderer Prämisse – auch Caspari, Stellungnahme, S. 23 und Mosbacher, Stellungnahme, S. 5 f.

Verfassungsverstöße geltend machen<sup>34</sup> und trotz des neuen § 338 Nr. 1 StPO lässt sich in diesem Bereich einiges rügen.

## 2. Zwischenfazit

Es sind also zwei Wege denkbar, wie die Neuregelung einer Kontrolle an Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG standhalten könnte.

Entweder man formt die Bedeutung des abstrakten Rechtsrahmens für die Bestimmung des gesetzlichen Richters neu. Der BGH müsste dann in Zukunft ab und an die Frage klären, ob eine ganz konkrete Entscheidung eines LG nur zufällig zu einem bestimmten Zeitpunkt gefällt wurde oder damit gezielt das OLG umgangen werden sollte. Die inhaltlichen Bedenken dagegen sind oben dargestellt. Prozessual dürfte dazu – angesichts von BVerfGE 95, 322 – eine Entscheidung des Plenums des BVerfG notwendig sein.

Der zweite Weg – die Zurückstellung der Urteilsfällung – wäre bezüglich des gesetzlichen Richters eindeutig. Eine gesetzliche Grundlage oder ein – über die unmittelbare Rüge der Verletzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG durch das Tatgericht hinausgehende – Sicherung im Verfahrensrecht hätte dieser Weg nicht. Beides ist für sich schon Indiz für eine Verletzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.

Nimmt man es aber mit der Funktionsfähigkeit der Strafrechtspflege als Verfassungsprinzip ernst,<sup>35</sup> darf auch dieser Weg nicht beschränkt werden. Denn es steht diesem Grundsatz diametral entgegen, wenn ein Verfahren, in dem kein praktisches Bedürfnis nach einer Vorabentscheidung über die Besetzung besteht, allein deswegen geschoben werden muss. Die Arbeitszeit, die dieser Ansatz in den Landgerichten verschlingt, dürfte immens sein.

## 3. Vorlage

Der bessere Weg ist deshalb, die Neuregelung nicht an Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG vorbeizubringen. Die Großen Strafkammern sind zuerst mit der Neuregelung konfrontiert. Die Überzeugung, dass dieses Gesetz verfassungswidrig ist, dürfte sich auch aus der Gefahr schöpfen lassen, in jedem Fall unbeabsichtigt verfassungswidrige Entscheidungen zu fällen. Die formellen Bedenken, die eine Richtervorlage in dieser Sache hervorrufen kann, lassen sich lösen.

So verlangt Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG Normen, auf deren Gültigkeit *es bei der Entscheidung* ankommt. Es lässt sich aber ohne weiteres argumentieren, dass auch mit der Vorlage an das OLG nach § 222b Abs. 3 S. 1 StPO eine

*Entscheidung* gefällt werden müsste und Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG – jedenfalls im Verfahrensrecht – nicht nur *Endentscheidungen* meint.<sup>36</sup> Das BVerfG hat bereits Ansätze gezeigt, dass Vorlagen auch dann zulässig sind, wenn ein Gericht durch das Verfahrensrecht nicht in der Lage ist, das Verfahren soweit voranzutreiben, bis es die Sache wirklich abschließen könnte.<sup>37</sup> Und es hat Vorlage dann für geboten gehalten, wenn sich die Verfassungswidrigkeit wegen Alternativbegründungen zwar nicht auf den Tenor, aber auf das Verhalten der Beteiligten auswirken kann.<sup>38</sup> Selbst wenn man dies anders sehen will, ist eine Vorlage auch zulässig, wenn die Vorlagefrage „von allgemeiner und grundsätzlicher Bedeutung für das Gemeinwohl und deshalb ihre Entscheidung dringlich ist.“<sup>39</sup> Angesichts jährlicher Eingangszahlen im unteren fünfstelligen Bereich bei den Landgerichten fällt es schwer, das zu verneinen.<sup>40</sup>

Einer Vorlage dürfte auch nicht entgegenstehen, dass Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG die Aussetzung des Verfahrens vorsieht. Ob der Begriff Aussetzung in Art. 100 Abs. 1 S. 1 GG wirklich technisch zu verstehen ist, wie es in § 229 Abs. 4 S. 1 StPO angelegt ist, lässt sich bezweifeln. Zweck der Verfahrensaussetzung bei der Vorlage ist die Verhinderung einer abschließenden Entscheidung. Das lässt sich im Verfahrensrecht auch durch die Unterbrechung oder (hier) die Aussetzung nur in Bezug auf den ganz konkreten Vorlagegegenstand erreichen.

Auch in Verfahren der konkreten Normenkontrolle kann ein Senat – jedenfalls von Amts wegen<sup>41</sup> – die Wirkung von Gesetzen über § 32 Abs. 1 BVerfGG aussetzen. Selbst eine sehr strenge Folgenabwägung wird hier kaum für die Neuregelung sprechen. Denn sollte die Neuregelung verfassungswidrig sein, so würde das jedes landgerichtliche Urteil betreffen, soweit in den Verfahren Besetzungseinwände geltend gemacht wurden. Für die Verfahren, in denen bereits Besetzungseinwände erhoben wurden, ließe sich eine Übergangsregelung treffen.<sup>42</sup>

Für eine Reduzierung der strengen Zulässigkeitsanforderungen bei derartigen Vorlagen streiten zwei Argumente. Lässt man solche Vorlagen nicht zu, bleiben die Fachgerichte mit den Problemen des Verfahrensrechts alleine. Es lässt sich von keinem Gericht verlangen, eine Entscheidung zu treffen, deren Verfassungsmäßigkeit es schon selbst in Zweifel stellt. Das gilt hier umso mehr, weil die Großen Strafkammern die Konsequenzen dieser Neuregelung am meisten zu spüren bekommen werden.

Außerdem gibt es im Verfahrensrecht eine Vielzahl von Normen, deren Anwendung nicht zum Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde gemacht werden kann. Diese Normen unterliegen abseits der Normenkontrolle keiner verfassungsgerichtlichen Prüfung. Will man das Verfahrensrecht in größerem Maße an die Verfassung rückkoppeln,

<sup>34</sup> Zu derartigen *Verfassungsbeschwerden in der Revision*: BGHSt 22, 26, 28 f.

<sup>35</sup> Aus jüngerer Zeit etwa: BVerfG HRRS 2013, 222, Rn. 57 = BVerfGE 133, 168, 199 f.; BVerfG HRRS 2012, 27, Rn. 114 = BVerfGE 130, 1, 25 f. = NJW 2012, 907; dazu insb. Landau NStZ 2007, 121.

<sup>36</sup> So auch in BVerfGE 63, 1, 21 ff. = NVwZ 1983, 537, 537 f.

<sup>37</sup> Etwa in BVerfG NJW 1968, 2233 wenn ein Rechtsmittelgericht die Sache statt der Vorlage auch zurückverweisen könnte.

<sup>38</sup> BVerfGE 63, 1, 23 f. = NVwZ 1983, 537, 537 f.

<sup>39</sup> BVerfG NJW 1978, 1151, 1153.

<sup>40</sup> Ausführlich zu den Maßstäben: Karkaj, in: Barczak (Hrsg.), BVerfGG (2018), § 80 Rn. 95.

<sup>41</sup> BVerfG NVwZ-RR 2014, 369, Rn. 15 ff.; überzeugend wäre es, das Fachgericht als „Beteiligten“ zu betrachten.

<sup>42</sup> Ähnlich BVerfGE 97, 1 = NJW 1998, 743, 744.

wird das prozessual allein über die Verfassungsbeschwerde nicht gelingen.

## VI. Alternativen

Trotz aller Bedenken gegen die in der Neuregelung gewählte Gestaltung ist schon oben dargestellt, dass eine Vorabentscheidung über die Besetzung grundsätzlich sinnvoll ist. Eine wirkliche Notwendigkeit besteht in manchen Umfangsverfahren, fehlt aber in kleinen Verfahren. Soll es daher ein Vorabentscheidungsverfahren geben, ist es sinnvoll, wenn das Verfahren nicht für alle Sache geöffnet wird. Und das lässt sich auch umsetzen:

§§ 222a und b StPO werden dafür wieder in den Zustand vor der Neuregelung gebracht. In § 222b StPO wird aber ein Absatz 3 angefügt werden:

*(3) Sieht das Gericht ein zwingendes Erfordernis die eigene Besetzung abschließend zu klären, so kann es dem Bundesgerichtshof den Besetzungseinwand auch vor oder während laufender Hauptverhandlung durch begründeten Beschluss vorlegen. Der Bundesgerichtshof kann die Vorlage mit Beschluss, der keiner weiteren Begründung bedarf, zurückgeben, wenn nach freier Überzeugung kein zwingendes Erfordernis für eine frühzeitige Entscheidung besteht. Im Übrigen entscheidet der Bundesgerichtshof über den Besetzungseinwand. Ist der Besetzungseinwand begründet, stellt er fest, dass das Gericht nicht vorschriftsgemäß besetzt ist und ordnet den Neubeginn der Hauptverhandlung an. Alle Entscheidungen nach diesem Absatz sind unanfechtbar.*

Folgeänderungen wären in § 338 StPO und im GVG notwendig. In der Geschäftsverteilung des BGH wird festgelegt, dass sich die Berichterstatterschaft zwischen Vorabentscheidung und Revision nicht ändert. Dadurch lässt sich die Zuständigkeit nicht einmal theoretisch beeinflussen, sondern bestimmt sich allein nach der laufenden Nummer. Da das Tatgericht auf diese Zahl keinen Einfluss nehmen kann, wird die Spruchgruppe blindlings bestimmt, nur zu einem anderen Zeitpunkt.

Unnötige Vorlagen oder fehlende Vorbearbeitung durch das Tatgericht kann der BGH durch großzügige Anwendung des Satz 2 aussondern. Es bleibt dann wie bisher die Revision inklusive der bestehenden Präklusionsregelungen. Das Verfahren soll gerade nicht dazu dienen, dass der BGH die Arbeit der Tatgerichte erledigt. Mit dem Verfahren sollen nur die – wenigen – wirklich schwierigen Fälle vorab vom BGH geklärt werden können. Da alle Entscheidungen nach diesem Absatz unanfechtbar sind, kann ein Vorgehen nach Abs. 3 von den Beteiligten angeregt, aber nicht erzwungen werden.

Ein Bruchteil der Haushaltsmittel, die im Vergleich zur Neuregelung eingespart werden, könnten an anderer Stelle sinnvoll eingesetzt werden: Um die Untersuchung von Ferber auf ein Bundesgesetz zu stellen und zu erweitern. Abseits dieser Studie stützen sich Aussagen über Existenz oder Nichtexistenz von Missbrauch im Strafprozess in der Regel auf subjektive Einschätzungen oder dem (meist auch selektiven) Zitieren veralteter oder nicht belastbarer Studien. Beides muss nicht zu falschen Schlüssen führen. Verlässlich ist es aber nicht und gelegentlich ist es auch verwerflich.

# Zur Entnahme von Geldscheinen aus dem Ausgabefach eines Geldautomaten nach Ablenkung des Kunden

Zugleich Anmerkung zu BGH 3 StR 333/18 = HRRS 2019 Nr. 917

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Martin Paul Waßmer, Universität zu Köln

In dem Anfragebeschluss des 3. Strafsenates des BGH vom 21.03.2019 geht es um eine „Masche“ in Zusammenhang mit Abhebevorgängen an Geldautomaten, die der Senat – rechtlich abweichend von einem Beschluss des 2. Strafsenats des BGH vom 16.11.2017<sup>1</sup> – als Diebstahl bzw. Raub bewerten will.

## I. Die „Masche“

In den einschlägigen Fällen warten die Täter in der Nähe eines Geldautomaten darauf, dass ein Kunde seine Bankkarte nebst PIN eingegeben hat. Anschließend lenkt ein Täter den Kunden ab, indem er ihn anspricht und ihm z.B. Prospekte anbietet. Währenddessen gibt der andere Täter von dem Kunden unbemerkt einen möglichst hohen

<sup>1</sup> BGH 16.11.2017 – 2 StR 154/17 – NJW 2018, 245 = HRRS 2018 Nr. 39.

Auszahlungsbetrag ein und entnimmt dann die in das Ausgabefach transportierten Geldscheine. Ein gewaltsames Vorgehen ist zwar regelmäßig nicht geplant, gelegentlich aber dennoch zu beobachten. In der Praxis ist diese Masche nicht ganz neu,<sup>2</sup> aber weiterhin verbreitet.

## II. Die rechtliche Einordnung

Umstritten ist, ob rechtlich (nur) eine Unterschlagung (§ 246 I StGB) bzw. – in Fällen der Gewaltanwendung – eine räuberische Erpressung (§ 255 StGB) oder aber ein Diebstahl (§ 242 StGB) bzw. ein Raub (§ 249 StGB) vorliegt. Letzteres setzt die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache voraus.

### 1. Die (zivilrechtliche) Eigentumsfrage

Sowohl der 2.<sup>3</sup> als auch der 3. Strafsenat (Rn. 7) gehen zunächst übereinstimmend davon aus, dass es sich bei den zur Entnahme im Ausgabefach bereit liegenden Geldscheinen um *bewegliche Sachen* handelt, die im Eigentum des Geldinstitutes stehen und daher für die Täter *fremd* sind. Die Geldscheine werden nicht etwa an den Täter übereignet, der die Scheine dem Ausgabefach entnimmt, sondern verbleiben im Eigentum des Geldinstitutes. Diese Sichtweise entspricht der gesicherten Rechtsprechung der Strafsenate.<sup>4</sup>

Maßgebend hierfür ist, dass mit dem Ausgabevorgang ein *Einigungsangebot* des Geldinstitutes verbunden ist, das sich ausschließlich an den *berechtigten Benutzer* des Geldautomaten richtet.<sup>5</sup> Das Geldinstitut nimmt den Automatenmissbrauch durch Unbefugte lediglich in Kauf, um die Geldausgabe an Berechtigte automatisieren zu können (Rn. 9). Für diese Auslegung der konkludent abgegebenen Erklärung des Geldinstitutes spricht auch, dass ein rechtsgeschäftliches Angebot zur Eigentumsübertragung an einen Unbefugten die unberechtigte Erlangung des Besitzes am Geld vergrößern bzw. vertiefen würde – dies würde aber gegen die Schutzpflichten aus dem Vertrag mit dem Kontoinhaber verstoßen (Rn. 9). Das Geldinstitut hat damit keinen Anlass, das Geld einem unberechtigten Benutzer zu übereignen. Folge ist, dass der *Berechtigte*, d.h. der Kontoinhaber, das Übereignungsangebot nicht annehmen kann, weil er von der Entgegennahme des Geldes abgehalten wird (Rn. 10).

### 2. Die (strafrechtliche) Gewahrsamsfrage

Unterschiedlich wird hingegen von den beiden Senaten die Frage beurteilt, ob eine Wegnahme möglich ist.

Der 2. Strafsenat hatte in dem ihm vorliegenden Fall entschieden, die tatsächliche Ausgabe des Geldes erfolge, da

der Geldautomat technisch ordnungsgemäß bedient wird, *mit Willen* des Geldinstituts; der Gewahrsam werde daher nicht gebrochen.<sup>6</sup> Damit knüpfte der Senat an die Rechtsprechung zur ordnungsgemäßen Bedienung eines Geldautomaten durch Nichtberechtigte<sup>7</sup> an, die im Schrifttum auf breite Zustimmung<sup>8</sup> gestoßen ist. Danach ist für die Gewahrsamsübertragung auf die *ordnungsgemäße Bedienung* des Geldautomaten abzustellen. Ob es sich hierbei um den materiell Berechtigten handelt, spielt keine Rolle, da die Preisgabe des Gewahrsams – anders als das rechtsgeschäftliche Angebot an den Kontoinhaber auf Übereignung – ein *tatsächlicher Vorgang* ist. Damit wurde in dem Fall eine räuberische Erpressung (§§ 253 I, II, 255 StGB) angenommen.

Diese Argumentation greift aber nach Auffassung des 3. Strafsenats zu kurz, wie er in seinem Anfragebeschluss – unter Bezugnahme auf die Kritik von *El-Ghazi* und *Busching*<sup>9</sup> an der Entscheidung des 2. Strafsenats des BGH vom 16.11.2017 – darlegt. Der Senat begründet dies mit zwei Überlegungen, die an den *Gewahrsam* und die *Gewahrsamsübertragung* anknüpfen:

Erstens richte sich die Frage, wer den *Gewahrsam* – verstanden als die von einem Herrschaftswillen getragene tatsächliche Sachherrschaft – innehatte, gemäß der ständigen Rechtsprechung<sup>10</sup> nach den Umständen des Einzelfalls und den Anschauungen des täglichen Lebens: Solange der Gewahrsamsinhaber noch eine Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache habe, bestehe ein einmal begründeter Gewahrsam fort, sei lediglich „*gelockert*“ (Rn. 12). Und genauso verhalte es sich wegen der Besonderheiten des Ausgabevorganges in den fraglichen Fällen. Die Geldautomaten seien so programmiert, dass die Geldscheine wieder eingezogen werden und das Ausgabefach geschlossen wird, wenn das Geld nicht innerhalb einer vordefinierten Zeitspanne entnommen wird (Rn. 13). Der Gewahrsam an den Geldscheinen bestehe daher während der Zeitspanne, in der sich die Geldscheine im Ausgabefach befinden, fort. Diesen Gewahrsam könne der Täter *brechen*, indem er die Geldscheine entnimmt (Rn. 15).

Zweitens geht der 3. Strafsenat für die *Gewahrsamsübertragung* in Übereinstimmung mit der bisherigen Rechtsprechung<sup>11</sup> zwar davon aus, dass es bei der automatisierten Geldausgabe dem Willen des Geldinstituts entspricht, den Gewahrsam an den Geldscheinen demjenigen zu übertragen, der den Geldautomaten technisch ordnungsgemäß bedient (Rn. 16). Allerdings nimmt der Senat an, dass das *Einverständnis* in *personeller Hinsicht* auf diejenige Person *beschränkt* ist, die sich (mittels Eingabe von Bankkarte und zugehöriger PIN) legitimiert hat (Rn. 18). Mit dieser Einschränkung weicht der 3. Strafsenat von der Rechtsprechung des 2. Strafsenates ab. Der Senat begründet seine

<sup>2</sup> Siehe z.B. bereits Meldung der „Welt“ vom 20.07.2012, <https://www.welt.de/regionales/duesseldorf/article108344791/Die-miesen-Tricks-der-Geldautomaten-Abzocker.html>.

<sup>3</sup> BGH 16.11.2017 – 2 StR 154/17 – NJW 2018, 245 = HRRS 2018 Nr. 39 Rn. 8.

<sup>4</sup> Siehe nur BGH 16.12.1987 – 3 StR 209/87 – BGHSt 35, 152, 161 f.

<sup>5</sup> BGH 16.11.2017 – 2 StR 154/17 – NJW 2018, 245 = HRRS 2018 Nr. 39 Rn. 9.

<sup>6</sup> BGH NJW 2018, 245 = HRRS 2018 Nr. 39, Rn. 12.

<sup>7</sup> BGH 16.12.1987 – 3 StR 209/87 – BGHSt 35, 152, 158 ff.; BGH 22.11.1991 – 2 StR 376/91 – BGHSt 38, 120, 122.

<sup>8</sup> Siehe nur NK-StGB/*Kindhäuser*, 5. Aufl. 2017, § 242 Rn. 51; MüKo-StGB/Schmitz, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 104; ebenso *Brand* NJW 2018, 245, 246.

<sup>9</sup> *El-Ghazi*, jurisPR-StrafR 6/2018 Anm. 1; *Busching*, jurisPR-ITR 24/2018 Anm. 5.

<sup>10</sup> Siehe nur BGH 6.10.1961 – 2 StR 289/61 – BGHSt 16, 271, 273 f.

<sup>11</sup> BGH 16.12.1987 – 3 StR 209/87 – BGHSt 35, 152, 159 f.; BGH 22.11.1991 – 2 StR 376/91 – BGHSt 38, 120, 122 f.

Auffassung damit, es sei anerkannt, dass auch der tatsächliche, auf eine Gewahrsamsübertragung gerichtete Wille an *äußerlich erkennbare Bedingungen* geknüpft sein könne (Rn. 17). In diesem Sinne hatten zuvor *El-Ghazi* und *Busching*<sup>12</sup> argumentiert, das Einverständnis des bisherigen Gewahrsamsinhabers könne bestimmten Personen erkennbar erteilt und anderen verweigert werden. Nach Auffassung des 3. Strafsenates ändert sich die Bewertung auch nicht dadurch, dass eine andere Person den *auszuzahlenden Geldbetrag eingeben* hatte. Denn das Eingeben des Geldbetrages diene nicht der Legitimation, sondern nur der zweckmäßigen Abwicklung der funktionsgerecht in Gang gesetzten Geldausgabe (Rn. 20).

### 3. Bewertung

Dreh- und Angelpunkt der zu beantwortenden Rechtsfrage ist, welchen *Inhalt* der antizipierte Wille des Geldinstitutes zur Gewahrsamsübertragung hat. Denn das Einverständnis des bisherigen Gewahrsamsinhabers ist nicht bedingungsfeindlich, sondern kann an *Bedingungen* geknüpft sein. Diese Prämisse ist, wie *Schmitz*<sup>13</sup> anführt, im Grundsatz unstreitig und gerade bei der Benutzung von Automaten von großer Bedeutung. Wegen des faktischen Charakters des Einverständnisses kommen jedoch für die Bestimmung des Willens nur *objektive, äußerlich klar erkennbare* Umstände in Betracht.<sup>14</sup> Diese müssen einen Bezug zur technischen Ausgestaltung und Bedienung des Automaten haben, um vorhersehbar zu sein und damit dem strafrechtlichen Bestimmtheitsgebot zu genügen.<sup>15</sup> *Nicht erkennbare subjektive Absichten* oder Motive können deshalb nicht von Bedeutung sein.

Stellt man – wie der 2. Strafsenat – darauf ab, dass im Falle der technisch ordnungsgemäßen Bedienung des Geldautomaten gewissermaßen *an jede Person*, die in das Ausgabefach mit den Geldscheinen hineingreift, der Gewahrsam übertragen werden soll, scheidet ein Gewahrsamsbruch aus. Denn der Geldautomat wurde *technisch ordnungsgemäß* bedient. Es wurde nicht nur die Bankkarte nebst der korrekten PIN, sondern auch ein Abhebebetrags ordnungsgemäß eingegeben und damit die Ausgabe der Geldscheine ausgelöst.

Gegen diese Sichtweise spricht aber, dass der Wille des Geldinstitutes – wie der 3. Strafsenat überzeugend annimmt – gerade dahin geht, dass *nicht an jede Person*, die in das Ausgabefach hineingreift, der Gewahrsam an den Geldscheinen übertragen werden soll. Vielmehr will das Geldinstitut nur an diejenige Person, die den *Auszahlungsvorgang* technisch ordnungsgemäß einleitet, indem sie sich durch Karte und PIN erfolgreich legitimiert hat, den Gewahrsam übertragen, sofern ein Auszahlungsbetrag eingegeben wird. Eine Übertragung an eine andere Person

entspräche allenfalls dann dem antizipierten Willen des Geldinstitutes, wenn die Geldscheine mit dem erkennbaren Einverständnis des Kunden durch eine Begleitperson dem Ausgabefach entnommen würden.<sup>16</sup> Dass für den Willen zur Übertragung allein die *technisch ordnungsgemäße Legitimation* mit Karte und PIN maßgebend ist, wird auch daran sichtbar, dass an manchen Automaten nach der Eingabe der Bankkarte – umgekehrt – zunächst der Abhebebetrags ausgewählt werden muss. Erst im Anschluss ist die PIN einzugeben, woraufhin bei erfolgreicher Legitimation die Geldscheine in das Ausgabefach transportiert werden.

Diese Bedingung, an die das Geldinstitut die Gewahrsamsübertragung knüpft, ist *äußerlich erkennbar*. Außerdem entspricht sie der Verkehrsanschauung<sup>17</sup> bzw. den „Anschauungen des täglichen Lebens“,<sup>18</sup> die bereits für den Begriff des Gewahrsams maßgebend sind, aber auch für Folgefragen Bedeutung haben. Mithin ist die Restriktion sowohl vorhersehbar als auch nachvollziehbar.<sup>19</sup> Dass eine andere Person den Ausgabebetrag eingibt und damit den Abhebevorgang abschließt, ist demgegenüber ohne Bedeutung. Hierdurch wird der antizipierte Wille des Geldinstitutes, an diejenige Person auszuzahlen, die sich technisch ordnungsgemäß legitimiert hat, nicht geändert.

Gegen die Argumentation des 3. Strafsenates kann *nicht eingewandt* werden, die Erstreckung des antizipierten Einverständnisses gehe zu weit, da die Entgegennahme des Geldes überwiegend in die Sphäre der Person falle, die den Automaten bedient.<sup>20</sup> Denn es geht nicht um die (rechtliche) *Abschichtung* von Risikosphären, sondern darum, welchen *äußerlich erkennbaren Inhalt* der (tatsächliche) Wille des Geldinstitutes hat. Diesbezüglich ist der 3. Strafsenat mit Recht von einer personellen Restriktion ausgegangen. Diese Restriktion ist folgerichtig, sie bewegt sich im Rahmen der bisherigen Rechtsprechung zur Benutzung von Automaten und entwickelt diese fort. Auf unzulässige *rechtliche* Bedingungen (etwa die AGB des Geldinstitutes)<sup>21</sup> stellt der Senat gerade nicht ab.

### III. Fazit

Die Sichtweise des 3. Strafsenats, welche die Kritik des Schrifttums an einer Entscheidung des 2. Strafsenates aufgreift, verdient Zustimmung. Sie ist als Fortentwicklung der Rechtsprechung zu Abhebevorgängen an Geldautomaten zu begreifen, da sie die *personelle Reichweite* eines antizipierten Einverständnisses berücksichtigt: Ein Geldinstitut will den Gewahrsam an den ins Ausgabefach transportierten Geldscheinen erkennbar nur an diejenige Person übertragen, die sich zuvor technisch ordnungsgemäß durch die Legitimation mittels Karte und PIN legitimiert hat. Damit ist in diesen Fällen eine Wegnahme möglich.

<sup>12</sup> *El-Ghazi*, jurisPR-StrafR 6/2018 Anm. 1; *Busching* jurisPR-ITR 24/2018 Anm. 5.

<sup>13</sup> *Schmitz*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 99; siehe auch *Kindhäuser*, in: NomosKommentar StGB, § 242 Rn. 49; *Rönnau*, Zur Lehre vom bedingten Einverständnis, FS Roxin, 2011, S. 487 ff.

<sup>14</sup> *Bosch*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. 2019, § 242 Rn. 36a; *Schmitz*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 99; *Vogel*, in: Leipziger Kommentar StGB,

Band 8, 12. Aufl. 2008, § 242 Rn. 114; kritisch zu diesem Maßstab *Krell* NSStZ 2019, 728, 729.

<sup>15</sup> *Schmitz*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2017, § 242 Rn. 99.

<sup>16</sup> So auch *Jäger* JA 2020, 66, 68.

<sup>17</sup> *Kindhäuser*, in: NomosKommentar StGB, § 242 Rn. 49.

<sup>18</sup> BGHSt 16, 271, 273.

<sup>19</sup> In diesem Sinne auch *Krell* NSStZ 2019, 728, 729, 730.

<sup>20</sup> So aber NJW-Spezial 2019, 569.

<sup>21</sup> *Jäger* JA 2020, 66, 68.

## Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

## Schrifttum

## Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

## Rechtsprechung

## Vollständige Rechtsprechungsübersicht

*Hinweis* Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR – und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen. Die Entscheidungen können im Volltext über ihre Nummer online über die Suchfunktion unserer Startseite (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

**1. BVerfG 2 BvR 31/19, 2 BvR 886/19 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. November 2019 (LG Frankfurt am Main / AG Frankfurt am Main)**

Wohnungsdurchsuchung und Auswertung sichergestellter Datenträger (Wohnungsgrundrecht; Anforderungen an den Tatverdacht; Besitz und Verbreitung jugendpornographischer Schriften; keine hinreichende Verdachtsgrundlage bei Versendung von Bilddateien einer bereits geschlechtsreifen Person ohne weitere Hinweise auf deren Alter; kein aktueller Auffindeverdacht bei einzelner, verjährter Verbreitungsstat; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Verbot der Entgrenzung der Strafverfolgung; ausufernde Ermittlungsmaßnahmen wegen angenommener Störung der Sexualpräferenz; Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung; Eingriff durch richterliche Bestätigung der vorläufigen Sicherstellung von Datenträgern zum Zwecke der Durchsicht; Rechtfertigung nur bei Fortbestehen der Durchsuchungsvoraussetzungen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 13 GG; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 102 StPO; § 110 StPO; § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB; § 184b StGB; § 184c StGB

**2. BVerfG 2 BvR 517/19 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. November 2019 (Brandenburgisches OLG)**

Auslieferung an die Russische Föderation zum Zwecke der Strafverfolgung (russischer Staatsangehöriger tschetschenischer Herkunft; Recht auf effektiven Rechtsschutz; gerichtliche Sachaufklärungspflicht; Einhaltung der unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätze im Strafverfahren der Zielregion; Durchführung des Strafverfahrens außerhalb des Föderationskreises Nordkaukasus; Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens; völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen; fehlende Belastbarkeit einseitiger Bedingungen in der Bewilligungsnote; Anspruch auf den gesetzlichen Richter nach russischem Recht; kein Einfluss der Exekutive auf Verlegung des Gerichtsstandes;

Recht auf rechtliches Gehör; Beziehung der Asylverfahrensakten; regelmäßig keine persönliche Anhörung des Verfolgten); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Unzumutbarkeit der Rechtswegerschöpfung mangels aufschiebender Wirkung eines Antrags auf erneute Entscheidung über die Zulässigkeit der Auslieferung).

Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 25 GG; Art. 79 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG; Art. 3 EMRK; § 73 IRG

### **3. BVerfG 2 BvR 828/19 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. Oktober 2019 (Brandenburgisches OLG)**

Auslieferung an die Russische Föderation zum Zwecke der Strafverfolgung (russischer Staatsangehöriger tschetschenischer Herkunft; Wahrung des verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandards; Schutz vor Auslieferung bei drohender politischer Verfolgung; Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens; stichhaltige Gründe für eine Verletzung im Einzelfall; Anerkennung subsidiären Schutzes in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union als gewichtiges Indiz gegen die Zulässigkeit der Auslieferung; völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen; fehlende Belastbarkeit einseitig formulierter Annahmen in der Bewilligungsnote; Vergleichbarkeit mit verbindlicher Zusicherung allenfalls unter besonderen Voraussetzungen; Durchführung des Strafverfahrens außerhalb des Föderationskreises Nordkaukasus; Anspruch auf den gesetzlichen Richter nach russischem Recht; kein Einfluss der Exekutive auf Verlegung des Gerichtsstandes).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 16a Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 25 GG; Art. 79 Abs. 3 GG; Art. 3 EMRK; 6 Abs. 2 IRG; Art. 3 Nr. 2 EuAUÜbK

### **4. BVerfG 2 BvR 2267/18 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 6. November 2019 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)**

Lockerungen im Strafvollzug zur Erhaltung der Lebensfähigkeit langjährig Inhaftierter (Resozialisierungsgebot auch bei lebenslanger Freiheitsstrafe; Vollzugslockerungen; Versagung nur bei konkreter Flucht- oder Missbrauchsgefahr; erhöhte Anforderungen an die Versagung von Ausführungen; Begleitung durch Justizvollzugsbedienstete; bloße Gefahr von Beleidigungen der Begleitenden; keine Koppelung von Vollzugslockerungen an den Abschluss einer Therapie); Recht auf effektiven Rechtsschutz (Absehen von einer Entscheidungsbegründung durch das Rechtsbeschwerdegericht; Leerlaufen der Rechtsbeschwerde; offenkundiges Abweichen von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 11 StVollzG; § 109 StVollzG; § 119 Abs. 3 StVollzG; Art. 11 Abs. 2 BayStVollzG; Art. 13 Abs. 2 BayStVollzG; Art. 15 BayStVollzG

### **5. BGH 3 StR 170/19 – Urteil vom 17. Oktober 2019 (LG Düsseldorf)**

Begriff der Tat im verfahrensrechtlichen Sinne (von der Anklage betroffener geschichtlicher Vorgang; Einheitlichkeit; Identität; unverwechselbares Geschehen; in der Hauptverhandlung zu Tage tretende Umstände; ursprüngliche Zuordnung eines Geschehens an einen anderen Täter).

§ 264 StPO

### **6. BGH 3 StR 210/19 – Beschluss vom 21. August 2019 (LG Düsseldorf)**

Durchgreifende Rechtsfehler bei der Prüfung der Schuldfähigkeit (Auswirkung der verminderten Einsichtsfähigkeit; Aufhebung der Einsichtsfähigkeit; Steuerungsfähigkeit; Sachverständigengutachten).

§ 20 StGB; § 21 StGB

Eine erheblich verminderte Einsichtsfähigkeit ist strafrechtlich erst dann von Bedeutung, wenn sie zur Aufhebung der Einsichtsfähigkeit führt. hat der Angeklagte hingegen trotz seiner erheblich verminderten Einsichtsfähigkeit während der Begehung das Unrecht seiner Tat erkannt, wird seine Schuld nicht gemindert.

### **7. BGH 3 StR 322/19 – Urteil vom 31. Oktober 2019 (LG Wuppertal)**

Objektive und subjektive Voraussetzungen der Beihilfe (Förderung der Haupttat; Kausalitätserfordernis; Vorbereitungsstadium; anwerbende und vermittelnde Tätigkeit; Gehilfenvorsatz; Konkretisierung; unzutreffende Vorstellungen von der Haupttat).

§ 27 StGB

### **8. BGH 3 StR 7/19 – Beschluss vom 21. August 2019 (LG Verden)**

Konkurrenzverhältnis zwischen Urkundenunterdrückung durch Beschädigen und Urkundenfälschung durch verfälschen einer echten Urkunde (Konsumtion; Tateinheit; Gesetzeseinheit); Gutachten über die Fahreignung im Rahmen der medizinisch-psychologischen Untersuchung als Urkunde.

§ 267 StGB; § 274 StGB; § 52 StGB

### **9. BGH 5 StR 206/19 – Beschluss vom 26. September 2019 (HansOLG Hamburg)**

BGHSt; keine wirksame Beschränkung der Revision auf den Rechtsfolgenausspruch bei fehlendem Schuldspruch des Berufungsgerichts mit Feststellungen trotz unbeschränkt eingelegter Berufung; Divergenzvorlage.

§ 344 Abs. 1 StPO; § 318 StPO; § 121 Abs. 2 Nr. 1 GVG

### **10. BGH 5 StR 343/19 – Urteil vom 13. November 2019 (LG Kiel)**

Einziehung von Taterträgen (Erlangen eines Vermögenswertes bei mehreren Beteiligten; faktische bzw. wirtschaftliche Mitverfügungsgewalt; späterer Mittelabfluss; Abgrenzung zu transitorischem Besitz).

§ 73 StGB

### **11. BGH 5 StR 409/19 – Urteil vom 13. November 2019 (LG Berlin)**

Anforderungen an den Eventualvorsatz bei der Geldwäsche (keine genauen Vorstellungen von Vortrat und Vortäter erforderlich; andere Katalogtat; Gleichgültigkeit hinsichtlich der für möglich gehaltenen Herkunft).

§ 261 StGB; § 15 StGB

### **12. BGH 5 StR 466/19 – Urteil vom 13. November 2019 (LG Bremen)**

Mord (Ausnutzungsbewusstsein bei Heimtücke; Ableitung aus dem objektiven Tatgeschehen; spontane Tat; Erkenntnis des Bedeutungsgehalts der Tatsituation; heftige Gemütsregung; niedrige Beweggründe; Maßgeblichkeit

der inländischen Rechtsordnung; Ansprechen einer Frau durch anderen Mann als Tötungsmotiv); Beweiswürdigung (Beweiswert der gegenüber einem Sachverständigen abgegebenen Einlassung des in der Hauptverhandlung schweigenden Angeklagten).

§ 211 StGB; § 261 StPO

**13. BGH 5 StR 468/19 – Urteil vom 27. November 2019 (LG Berlin)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (erforderliche Wahrscheinlichkeit bei der Prognose der zukünftigen Begehung erheblicher rechtswidriger Taten; Abwendbarkeit der vom Täter ausgehenden Gefahr durch Behandlung außerhalb des Maßregelvollzugs; Vollstreckung).

§ 63 StGB

**14. BGH 5 StR 76/19 – Beschluss vom 14. November 2019 (LG Bremen)**

Tateinheit zwischen unrichtiger Darstellung und Kreditbetrug (einheitlicher Wille des Täters); eine Tat bei unrichtiger Darstellung im Jahresabschluss der Tochtergesellschaft und im Konzernabschluss.

§ 331 HGB; § 265b StGB; § 52 StGB

**15. BGH 2 StR 122/19 – Beschluss vom 30. Juli 2019 (LG Wiesbaden)**

Vorsatz; Totschlag (bedingter Tötungsvorsatz: Gefährlichkeit der Tathandlung und der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts, äußerst gefährliche Gewalthandlungen, Spontanhandlungen; unentbehrliche Gesamtwürdigung).

§ 15 StGB; § 212 StGB

**16. BGH 2 StR 125/19 – Beschluss vom 12. November 2019 (LG Erfurt)**

Einziehungs- und Adhäsionsausspruch (Kennzeichnung der Haftung als gesamtschuldnerisch im Urteilstenor).

§ 406 StPO

**17. BGH 2 StR 125/19 – Beschluss vom 12. November 2019 (LG Erfurt)**

Einziehungs- und Adhäsionsausspruch (Kennzeichnung der Haftung als gesamtschuldnerisch im Urteilstenor).

§ 406 StPO

Der Kennzeichnung der Haftung als gesamtschuldnerisch im Urteilstenor bedarf es auch nach neuem Recht. Damit wird ermöglicht, dass den Beteiligten das aus der Tat Erlangte entzogen wird, aber zugleich verhindert, dass dies mehrfach erfolgt. Die anteilige gesamtschuldnerische Haftung des Angeklagten hat der Senat im Tenor klargestellt; hierfür ist die Angabe eines Namens des jeweiligen Gesamtschuldners nicht erforderlich.

**18. BGH 2 StR 56/19 – Beschluss vom 3. Dezember 2019 (LG Köln)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**19. BGH 2 StR 6/19 – Beschluss vom 19. November 2019 (LG Aachen)**

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (tatsächliche Erlangung des Tatertrages).

§ 73 StGB

**20. BGH 2 StR 83/19 – Beschluss vom 8. Oktober 2019 (LG Aachen)**

Betrug (Kontoeröffnungsbetrug: Gefährdungsschaden bei Überlassung einer EC-Karte)

§ 263 StGB

**21. BGH 2 StR 87/19 – Urteil vom 6. November 2019 (LG Frankfurt am Main)**

Bandenhehlerei und gewerbsmäßige Bandenhehlerei (Maßstab; Abgrenzung zum Bandendiebstahl; Bandenabrede).

§ 244 Abs. 1 Nr. 2; § 244a Abs. 1 StGB; § 260 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 260a Abs. 1 StGB

**22. BGH 2 StR 93/19 – Beschluss vom 30. Juli 2019 (LG Köln)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Begriff des Hangs).

§ 64 StGB

**23. BGH 2 StR 125/19 – Beschluss vom 12. November 2019 (LG Erfurt)**

Einziehungs- und Adhäsionsausspruch (Kennzeichnung der Haftung als gesamtschuldnerisch im Urteilstenor).

§ 406 StPO

Der Kennzeichnung der Haftung als gesamtschuldnerisch im Urteilstenor bedarf es auch nach neuem Recht. Damit wird ermöglicht, dass den Beteiligten das aus der Tat Erlangte entzogen wird, aber zugleich verhindert, dass dies mehrfach erfolgt. Die anteilige gesamtschuldnerische Haftung des Angeklagten hat der Senat im Tenor klargestellt; hierfür ist die Angabe eines Namens des jeweiligen Gesamtschuldners nicht erforderlich.

**24. BGH 2 StR 139/19 – Urteil vom 23. Oktober 2019 (LG Wiesbaden)**

Versuch (Unmittelbares Ansetzen bei notwendigen Beiträgen eines Tatmittlers); Bandentat (Abgrenzung zwischen Mittäter, Anstifter oder Gehilfe); Mittäterschaft (keine Mitwirkung am Ort des eigentlichen Tatgeschehens erforderlich); Urteilsgründe (Mitteilung der für erwiesen erachteten Tatsachen).

§ 22 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 263 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

**25. BGH 2 StR 143/19 – Beschluss vom 1. Oktober 2019 (LG Aachen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**26. BGH 2 StR 156/19 – Beschluss vom 18. September 2019 (LG Erfurt)**

Mittäterschaft (Tatentschluss: Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht); gefährliche Körperverletzung (hinterlistiger Überfall: Voraussetzungen); Dauer der Jugendstrafe (Ausrichtung an erzieherischen Gesichtspunkten).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 18 Abs. 2 JGG

**27. BGH 2 StR 193/19 – Beschluss vom 13. November 2019 (LG Köln)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**28. BGH 2 StR 198/19 – Beschluss vom 5. November 2019 (LG Aachen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**29. BGH 2 StR 217/19 – Urteil vom 13. November 2019 (LG Kassel)**

Form und Voraussetzungen der Jugendstrafe (Erziehungsbedarf: Maßgeblicher Zeitpunkt, Entbehrlichkeit für die Verhängung einer Jugendstrafe, Gewichtigkeit bei Straftäter, der im Zeitpunkt seiner Verurteilung das 21. Lebensjahr bereits vollendet hat; jugendspezifische Bestimmung des Schuldgehalts); Dauer der Jugendstrafe (Anwendbarkeit der „Vollstreckungslösung“).  
§ 17 Abs. 2 JGG; 18 JGG

**30. BGH 2 StR 253/19 – Beschluss vom 13. November 2019 (LG Gera)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**31. BGH 2 StR 269/19 – Beschluss vom 26. November 2019 (LG Aachen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**32. BGH 2 StR 292/19 – Beschluss vom 9. Dezember 2019 (LG Köln)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Nichtgewährung rechtlichen Gehörs.  
§ 33a StPO

Die Anhörungsrüge dient nicht dazu, das Revisionsgericht zu veranlassen, das Revisionsvorbringen nochmals zu überprüfen.

**33. BGH 2 StR 300/19 – Beschluss vom 26. November 2019 (LG Rostock)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Fälle von „Aussage gegen Aussage“); Teileinstellung bei mehreren Taten (Berücksichtigung im Rahmen der Beweiswürdigung).  
§ 261 StPO; § 154 Abs. 1 Nr. 1 StPO

**34. BGH 2 StR 306/19 – Beschluss vom 16. Oktober 2019 (LG Köln)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Begriff des Hanges; Begriff des symptomatischen Zusammenhanges).  
§ 64 StGB

1. Für die Annahme eines Hanges ist nach ständiger Rechtsprechung eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene Neigung ausreichend, immer wieder Rauschmittel zu konsumieren, wobei diese Neigung noch nicht den Grad einer psychischen Abhängigkeit erreicht haben muss. Ein übermäßiger Genuss von Rauschmitteln im Sinne des § 64 StGB ist jedenfalls dann gegeben, wenn der Betreffende aufgrund seiner Neigung sozial gefährdet oder gefährlich erscheint. Eine solche soziale Gefährdung oder soziale Gefährlichkeit kommt nicht nur dann in Betracht, wenn der Betroffene

Rauschmittel in einem solchen Umfang zu sich nimmt, dass seine Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit dadurch erheblich beeinträchtigt ist, sondern insbesondere auch bei der Begehung von zur Befriedigung des eigenen Drogenkonsums dienender Beschaffungstaten.

2. Ein symptomatischer Zusammenhang liegt vor, wenn der Hang allein oder zusammen mit anderen Umständen dazu beigetragen hat, dass der Täter eine erhebliche rechtswidrige Tat begangen hat und dies bei unverändertem Verhalten auch in Zukunft zu erwarten ist, mithin die konkrete Tat in dem Hang ihre Wurzel findet. Dies liegt bei Delikten, die begangen werden, um Rauschmittel selbst oder Geld für ihre Beschaffung zu erlangen, nahe.

**35. BGH 2 StR 318/19 – Beschluss vom 20. November 2019 (LG Fulda)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**36. BGH 2 StR 337/19 – Beschluss vom 9. Oktober 2019 (LG Erfurt)**

Betrug (Konkurrenzen: mehrere Vermögensverfügungen infolge derselben Irrtumserregung); Anordnung des Berufsverbots (Anforderungen).  
§ 263 StGB; § 70 StGB

**37. BGH 2 StR 384/19 – Beschluss vom 16. Oktober 2019 (LG Bonn)**

Unerlaubte Veräußerung von Betäubungsmitteln (Begriff der Veräußerung); unerlaubter Erwerb von Betäubungsmitteln zum Eigenkonsum und unerlaubter Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zum Eigenkonsum (geringere Gefährlichkeit für die Allgemeinheit: Grundsatz und Ausnahme)  
§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

**38. BGH 2 StR 397/19 – Beschluss vom 22. Oktober 2019 (LG Stralsund)**

Entscheidung über den Antrag im Strafurteil (Begründung des Feststellungsanspruchs).  
§ 406 StPO

**39. BGH 2 StR 400/19 – Beschluss vom 13. November 2019 (LG Stralsund)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**40. BGH 2 StR 430/19 – Beschluss vom 3. Dezember 2019 (LG Köln)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**41. BGH 2 StR 447/19 – Beschluss vom 5. November 2019 (LG Köln)**

Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern (Berücksichtigung bei der Strafzumessungsentscheidung).  
§ 74 Abs. 1 Var. 2, Abs. 3 Satz 1 StGB

**42. BGH 2 StR 455/19 – Beschluss vom 19. November 2019 (LG Kassel)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe.  
§ 55 StGB

Voraussetzung für die nachträgliche Gesamtstrafenbildung ist gemäß § 55 Abs. 1 StGB, dass die später abzuurteilenden Taten „*vor der früheren Verurteilung begangen*“ worden sind. Für die Auslegung der Worte „*vor der früheren Verurteilung begangen*“ kommt es auf die letzte tatrichterliche Entscheidung zur Schuld- oder Straffrage an; das letzte tatrichterliche Urteil kann ein Berufungsurteil sein, wenn es eine Sachentscheidung enthält. Dazu genügt eine Entscheidung über die Aussetzung zur Bewährung.

**43. BGH 2 StR 466/18 – Beschluss vom 16. Oktober 2019 (LG Aachen)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Begründung bei teilweise bestehender Glaubwürdigkeit eines Belastungszeugen).  
§ 261 StPO

**44. BGH 2 StR 468/18 – Beschluss vom 9. Oktober 2019 (LG Darmstadt)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**45. BGH 2 StR 468/18 – Urteil vom 9. Oktober 2019 (LG Darmstadt)**

Täter-Opfer-Ausgleich (Grundsatz; Entbehrlichkeit eines vollständigen Schadensausgleichs; objektivierter Prüfungsmaßstab; Bestimmung des Leistungszweckes durch den Täter).  
§ 46a Nr. 1 StGB

**46. BGH 2 StR 469/19 – Beschluss vom 5. November 2019 (LG Frankfurt am Main)**

Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung von psychischen Beeinträchtigungen von Tatopfern).  
§ 46 StGB

Handelt es sich bei psychischen Beeinträchtigungen von Tatopfern um Folgen aller Taten, so können diese dem Angeklagten lediglich bei der Gesamtstrafenbildung uneingeschränkt angelastet werden. Nur wenn sie unmittelbare Folge bereits einzelner Taten sind, können sie mit ihrem vollen Gewicht bei der Bemessung der Einzelstrafe dafür in Ansatz gebracht werden.

**47. BGH 2 StR 479/19 – Beschluss vom 27. November 2019 (LG Köln)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**48. BGH 2 StR 490/19 – Beschluss vom 3. Dezember 2019 (LG Erfurt)**

Gefährliche Körperverletzung (Begriff des gefährlichen Werkzeugs).  
§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

**49. BGH 2 StR 507/19 – Beschluss vom 27. November 2019 (LG Rostock)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**50. BGH 2 StR 566/18 – Beschluss vom 18. September 2019 (LG Aachen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**51. BGH 2 StR 589/18 – Beschluss vom 20. November 2019**

Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bei einer Revisionsentscheidung (zum Anwendungsbereich des Anspruchs).  
§ 356a StPO

**52. BGH 2 StR 606/18 – Beschluss vom 23. Oktober 2019 (LG Marburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**53. BGH 4 StR 146/19 – Urteil vom 12. September 2019 (LG Aachen)**

Revisionsbegründung (Ermittlung des Angriffsziels durch Auslegung); Kognitionspflicht (revisionsgerichtliche Anforderungen); Gefährdung des Straßenverkehrs (Fahrunsicherheit; Begriff des geistigen oder körperlichen Mangels); Tatmehrheit (Zäsurwirkung einer unerledigten Verurteilung).  
§ 344 StPO; § 264 StPO; § 315c Abs. 1 Nr. 1b) StGB; § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB

**54. BGH 4 StR 210/19 – Beschluss vom 21. November 2019 (LG Dortmund)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**55. BGH 4 StR 260/19 – Beschluss vom 21. November 2019 (LG Mönchengladbach)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**56. BGH 4 StR 289/19 – Beschluss vom 15. August 2019 (LG Frankenthal)**

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (Begriff des Eindringens).  
§ 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB

**57. BGH 4 StR 318/19 – Beschluss vom 20. November 2019 (LG Detmold)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Darstellung der Ergebnisse molekulargenetischer Vergleichsgutachten).  
§ 261 StPO

**58. BGH 4 StR 370/19 – Beschluss vom 19. November 2019 (LG Essen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**59. BGH 4 StR 392/19 – Beschluss vom 6. November 2019 (LG Essen)**

Strafantrag (Unterschrift des Antragstellers).  
§ 158 Abs. 2 StPO

**60. BGH 4 StR 403/19 – Beschluss vom 6. November 2019 (LG Münster)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**61. BGH 4 StR 408/19 – Beschluss vom 25. September 2019 (LG Magdeburg)**

Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (Schwachsinn: Intelligenzminderung ohne nachweisbaren

Organbefund); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose).  
§ 20 StGB; § 63 StGB

**62. BGH 4 StR 443/19 – Beschluss vom 5. November 2019 (LG Hagen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**63. BGH 4 StR 449/19 – Beschluss vom 19. November 2019 (LG Halle)**

Mittäterschaft (Maßstab).  
§ 25 Abs. 2 StGB

**64. BGH 4 StR 462/19 – Beschluss vom 20. November 2019 (LG Dessau-Roßlau)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**65. BGH 4 StR 476/19 – Beschluss vom 6. November 2019 (LG Dortmund)**

Aufhebung des Urteils und der Feststellungen.  
§ 353 StPO

**66. BGH 4 StR 522/19 – Beschluss vom 20. November 2019 (LG Hagen)**

Anforderungen an einen Wiedereinsetzungsantrag (Mitteilung über den Wegfall des Hindernisses, das der Fristwahrung entgegenstand).  
§ 45 Abs. 1 StPO; § 345 Abs. 1 StPO

Jedenfalls in den Fällen, in denen die Wahrung der Frist des § 45 Abs. 1 StPO nach Aktenlage nicht offensichtlich ist, gehört zur formgerechten Anbringung des Wiedereinsetzungsantrags, dass der Antragsteller mitteilt, wann das Hindernis, das der Fristwahrung entgegenstand, weggefallen ist. Dies gilt selbst dann, wenn der Verteidiger ein eigenes Verschulden geltend macht, das dem Angeklagten nicht zuzurechnen wäre.

**67. BGH 4 StR 528/19 – Beschluss vom 24. Oktober 2019 (LG Detmold)**

Verminderte Schuldfähigkeit (Anknüpfungstatsachen aus Sachverständigengutachten); Aufhebung des Urteils und der Feststellungen (Tenorierung; Zugrundelegung aufgehobener Feststellungen).  
§ 21 StGB; § 353 Abs. 2 StPO

**68. BGH 4 StR 534/19 – Beschluss vom 24. Oktober 2019 (LG Zweibrücken)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**69. BGH 4 StR 546/19 – Beschluss vom 21. November 2019 (LG Bielefeld)**

Grundsätze der Strafzumessung (herabwürdigende Äußerungen des Täters).  
§ 46 Abs. 2

**70. BGH 4 StR 595/19 – Beschluss vom 4. Dezember 2019 (LG Essen)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe.  
§ 52 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB

**71. BGH 1 StR 12/19 – Beschluss vom 5. September 2019 (LG Bielefeld)**

Steuerhinterziehung (Höhe der Steuerverkürzung: Berücksichtigung von „schwarz“ gezahlten Löhnen als Betriebskosten, keine Vergleichbarkeit mit Schmiergeldzahlungen; Zulässigkeit von Schätzungen: erforderliche Darlegungen im Urteil; Konkurrenzverhältnis mehrerer in einem äußeren Vorgang zusammenfallender unrichtiger Steuererklärungen: Tatmehrheit).  
§ 370 Abs. 1 AO; § 4 Abs. 5 Satz 1 Nr. 10 EStG; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 53 StGB

**72. BGH 1 StR 162/19 – Beschluss vom 19. November 2019 (LG Chemnitz)**

Abwesenheit des Angeklagten (Erörterung der Sach- und Rechtslage als wesentlicher Teil der Hauptverhandlung).  
§ 338 Nr. 5 StPO § 257b StPO

**73. BGH 1 StR 170/19 – Urteil vom 9. Oktober 2019 (LG Nürnberg-Fürth)**

Einziehung (Begriff des durch die Tat Erlangten: Erlangung faktischer Verfügungsgewalt, nur kurzfristig und transitorisches Erhalten nicht ausreichend; Verhältnis von Einziehung des durch die Tat Erlangten und des für die Tat Erlangten: grundsätzlich keine Anrechnung).  
§ 73 Abs. 1 StGB

**74. BGH 1 StR 173/19 – Beschluss vom 24. Oktober 2019 (LG Mannheim)**

Einziehung (keine Einziehung bei Erlöschen des zu Grunde liegenden Steueranspruchs durch Verjährung des Anspruchs).  
§ 73 Abs. 1 StGB; § 73e Abs. 1 StGB; § 370 Abs. 1 AO; § 47 AO

**75. BGH 1 StR 219/17 – Urteil vom 31. Oktober 2019 (LG München I)**

Prozessbetrug (prozessrechtsakzessorische Auslegung der Tatbestandsmerkmale: Bestimmen einer Täuschung nach dem Umfang der zivilprozessualen Wahrheitspflicht, Geltung für informatorische Anhörungen und Parteivernehmung, Versuchsbeginn erst mit Stellen der Anträge in der mündlichen Verhandlung; hier: Kirch-Verfahren); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).  
§ 263 Abs. 1 StGB; § 138 ZPO; § 141 ZPO; §§ 445 ff. ZPO; § 137 Abs. 1, Abs. 3 Satz 1 ZPO, § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

**76. BGH 1 StR 267/19 – Beschluss vom 22. August 2019 (LG Hof)**

Beihilfe (individuelle Bestimmung von Tatmehrheit oder Tateinheit für den Helfers unabhängig von der konkurrenzrechtlichen Einordnung der Haupttat(en)).  
§ 27 Abs. 1 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

**77. BGH 1 StR 355/19 – Beschluss vom 23. Oktober 2019 (LG München II)**

Bedrohung (Verhältnis zum Versuch des Verbrechens: Gesetzeskonkurrenz bei zeitlichem Zusammentreffen); Strafzumessung (kein Verbot der Doppelverwertung mildern der Umstände bei der Strafzumessung im engeren Sinne).  
§ 241 Abs. 1 StGB; § 46 StGB; § 50 StGB

**78. BGH 1 StR 62/19 – Beschluss vom 14. November 2019 (LG München I)**

Keine nachträgliche Aufhebung von Beschlüssen des Revisionsgericht.

§ 349 StPO

**79. BGH 1 StR 364/19 – Beschluss vom 19. November 2019 (LG Augsburg)**

Berufsverbot (Missbrauch von Beruf oder Gewerbe bzw. Verletzung der mit dem Beruf oder Gewerbe verbundenen Pflichten: erforderlicher berufstypischer Zusammenhang der Tat, reine Ermöglichung der Straftat durch die Berufsausübung nicht ausreichend).

§ 70 Abs. 1 StGB

**80. BGH 1 StR 379/19 – Beschluss vom 17. September 2019 (LG Bonn)**

Steuerhinterziehung (Verkürzungserfolg: Zulässigkeit der Schätzung; Tatmehrheit bei gleichzeitiger Abgabe von Erklärungen zu mehreren Steuerarten).

§ 370 Abs. 1 AO; § 53 StGB

**81. BGH 1 StR 393/19 – Beschluss vom 24. Oktober 2019 (LG Weiden i.d. OPf.)**

Verbot der transnationalen Doppelbestrafung nach Art. 54 SDÜ (Begriff der rechtskräftigen Aburteilung: autonom unionsrechtliche Auslegung des Begriffs der gleichen Tat). Art. 54 SDÜ; Art. 50 GRC

**82. BGH 1 StR 395/19 – Beschluss vom 9. Oktober 2019 (LG Stuttgart)**

Betrug (Vermögensschaden: Prinzip der Gesamtsaldierung, Berücksichtigung anderer Grundlagen für einen (teilweisen) Anspruch auf die erschlichene Leistung; Abrechnungsbetrug).

§ 263 Abs. 1 StGB

**83. BGH 1 StR 407/19 – Beschluss vom 10. Oktober 2019 (LG Weiden i.d. OPf.)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Tateinheit: natürliche Handlungseinheit bei gleichzeitiger Bezahlung bereits erhaltener und Entgegennahme weiterer Betäubungsmittel).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 52 StGB

**84. BGH 1 StR 411/19 – Beschluss vom 10. Oktober 2019 (LG Traunstein)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 261 StPO

**85. BGH 1 StR 433/18 – Beschluss vom 13. November 2019 (LG Stuttgart)**

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**86. BGH 1 StR 434/19 – Beschluss vom 22. Oktober 2019 (LG Nürnberg-Fürth)**

Verschlechterungsverbot (Einziehungsentscheidung).

§ 358 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 73 Abs. 1 StGB

**87. BGH 1 StR 437/19 – Beschluss vom 23. Oktober 2019 (LG Osnabrück)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**88. BGH 1 StR 441/19 – Beschluss vom 24. Oktober 2019 (LG München II)**

Versuchte unerlaubte Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige (kein unmittelbares Ansetzen bereits durch bloßes Feilbieten).

§ 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB

**89. BGH 1 StR 480/19 – Beschluss vom 20. November 2019 (LG München I)**

Grundsatz der Spezialität (keine Einbeziehung nicht erfasseter Straftaten in eine Gesamtfreiheitsstrafe).

§ 83h Abs. 1, Abs. 2 Nr. 3 IRG; § 54 StGB; § 55 StGB

**90. BGH 1 StR 482/19 – Beschluss vom 21. November 2019 (LG München I)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**91. BGH 1 StR 503/19 – Beschluss vom 19. November 2019 (LG Weiden i.d. OPf.)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**92. BGH 1 StR 525/19 – Beschluss vom 19. November 2019 (LG Traunstein)**

Einziehung (Erlangen eines Vermögenswerts durch die Tat bei mehreren Beteiligten: faktische bzw. wirtschaftliche Mitverfügungsmacht, Unerheblichkeit der zivilrechtlichen Haftung).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 830 BGB; § 840 Abs. 1 BGB

**93. BGH 1 StR 545/18 – Beschluss vom 9. Oktober 2019 (LG Hamburg)**

Belehrung über das Entfallen der Bindung des Gerichts an eine Verständigung (Belehrungspflicht bei Unterbreiten eines Verständigungsvorschlages: objektiver Maßstab, ob ein Verständigungsvorschlag vorliegt, keine ausdrückliche Benennung erforderlich); Mitteilung über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (Begriff der verständigungsbezogenen Erörterung).

§ 257c Abs. 1, Abs. 4, Abs. 5 StPO; § 243 Abs. 4 StPO

1. Der Vorsitzende hat den Angeklagten bei Unterbreitung eines Verständigungsvorschlages in der Hauptverhandlung über die in § 257c Abs. 4 StPO geregelte Möglichkeit eines Entfallens der Bindung des Gerichts an die Verständigung zu belehren. Ob ein Verständigungsvorschlag vorliegt, bestimmt sich nach dem sachlichen Gehalt der Gesprächsinhalte und ist nicht abhängig von der Einschätzung durch Vorsitzenden und Staatsanwalt. Steht der Sache nach eine Verständigung inmitten, ist die Einhaltung der verfahrensrechtlichen Sicherungen nicht disponibel. Die Belehrungspflicht, mit der der Gesetzgeber die Fairness des Verständigungsverfahrens und eine möglichst autonome Entscheidung des Angeklagten sichern wollte, wird nicht dadurch außer Kraft gesetzt, dass ein dem sachlichen Gehalt nach auf eine Verständigung zielender Vorschlag nicht als solcher benannt wird. Dies gilt zumal dann, wenn eine prozessual unzutreffende Einkleidung gewählt wird, um als unpraktikabel erachtete Vorschriften zum Schutz des Angeklagten zu umgehen.

2. Von einer verständigungsbezogenen Erörterung ist auszugehen, sobald bei im Vorfeld der Hauptverhandlung geführten Gesprächen ausdrücklich oder konkludent die Möglichkeit und die Umstände einer Verständigung im Raum stehen. Dies wiederum ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn Fragen des prozessualen Verhaltens in Konnex zum Verfahrensergebnis gebracht werden und damit die Frage nach oder die Äußerung zu einer Straferwartung nahelegt. Abzugrenzen sind solche Erörterungen, bei denen ein Verfahrensergebnis einerseits und ein prozessuales Verhalten des Angeklagten andererseits in ein Gegenseitigkeitsverhältnis im Sinne von Leistung und Gegenleistung gesetzt werden, von sonstigen verfahrensfördernden

Gesprächen, die nicht auf eine einvernehmliche Verfahrenserledigung abzielen.

**94. BGH 1 StR 563/18 – Beschluss vom 21. November 2019 (LG Berlin)**

Unbegründete Anhörungrüge.  
§ 356a StPO

**95. BGH 1 StR 563/18 – Beschluss vom 21. November 2019 (LG Berlin)**

Unbegründete Anhörungrüge.  
§ 356a StPO