

## SCHRIFTFLEITUNG

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.

## STÄNDIGE MITARBEITER

RA Dr. Christoph Henckel; Wiss. Mit.  
Marc-Philipp Bittner; Sina Aaron  
Moslehi (Redaktionsassistenten); 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; Prof. Dr. Lutz  
Eidam, 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, 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

## Publikationen

Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam – **Abtreibung oder Tötung eines Zwil-  
lings bei Kaiserschnitt** Zugl. Anm. zu BGH HRRS 2021 Nr. 33 S. 297

Akad. Rätin a.Z. Dr. Georgia Stefanopoulou LL.M., Hannover – **Eventualvorsatz  
im Jugendstrafrecht** S. 301

RiLG Dr. Kai Höltkemeier, Augsburg – **Wann ist ein Strafmilderungsgrund  
verbraucht?** Zugl. Besprechung von BGH HRRS 2020 Nr. 77 und BGH HRRS 2020  
Nr. 169 S. 308

Privatdozentin Dr. Hilde Farthofer, Universität Erlangen-Nürnberg – **Der Sach-  
verständige und der Verrat von Wirtschaftsgeheimnissen** S. 313

## Entscheidungen

BverfG **Begründungslast des § 23 Abs. 1 S. 2 BVerfGG und Anforde-  
rungen an die Anwendung des § 81g Abs. 1 S. 1 StPO**

BVerfG **Abrechnungsbetrug durch MVZ**

BGHSt **Wegfall der Bindungswirkung der Verständigung nach Aus-  
setzung**

BGHR **Keine Vermögensbetreuungspflicht des Vertragsarztes hin-  
sichtlich der Verordnung häuslicher Krankenpflege**

BGH **Unmittelbares Ansetzen zum Einschleusen von Ausländern**

BGH **Änderung der Geschäftsverteilung im laufenden Geschäfts-  
jahr**

BGH **Beweiswürdigung bei möglichem Einverständnis des Opfers  
in einer längeren gelebten Liebes- und Intimbeziehung**

Die Ausgabe umfasst 97 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)

## SCHRIFTLICHTUNG

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; Wiss. Mit. Marc-Philipp Bittner, Sina Aaron Moslehi (Redaktionsassistenten); 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

22. Jahrgang, Juli 2021, Ausgabe

7

Rechtsprechung

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

### 641. BVerfG 2 BvR 1336/20 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Mai 2021 (LG Hannover / AG Hannover)

DNA-Identitätsfeststellung (Entnahme von Körperzellen zur molekulargenetischen Untersuchung; Recht auf informationelle Selbstbestimmung; Erwartung künftiger Strafverfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung; Begründungsanforderungen an die Prognoseentscheidung; Abwägung im Einzelfall; erhöhter Begründungsbedarf bei Abweichung von positiver Bewährungsentscheidung); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Darlegungen zur Einhaltung der Monatsfrist; Vortrag zu allen Zugangszeitpunkten einer strafgerichtlichen Entscheidung in Zweifelsfällen; substantiierter Vortrag zu eingestellten Verfahrensteilen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG; § 37 Abs. 2 StPO; § 81g Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Die allgemeine Begründungslast des § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG verlangt von einem Beschwerdeführer im Zweifelsfall die schlüssige Darlegung, dass die einmonatige Frist des § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG zur Erhebung und Begründung der Verfassungsbeschwerde eingehalten ist. (BVerfG)

2. In Strafsachen werden Entscheidungen regelmäßig sowohl dem Verteidiger als auch dem Beschuldigten bekanntgegeben. Daher ist substantiierter Vortrag zu allen Zugangszeitpunkten – oder die Klarstellung, dass

der Beschluss nur einem der Beteiligten bekanntgegeben wurde – jedenfalls dann erforderlich, wenn sich die Einhaltung der Monatsfrist nicht ohne Weiteres aus den vorgelegten Unterlagen ergibt. Die Regelung des § 37 Abs. 2 StPO findet im verfassungsgerichtlichen Verfahren keine Anwendung. (BVerfG)

3. Zu den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Anordnung nach § 81g Abs. 1 Satz 1 StPO. (BVerfG)

4. Die Anordnung einer DNA-Untersuchung aus Anlass einer Verurteilung wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge erfüllt mit Blick auf die Erwartung künftiger Strafverfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung nicht die verfassungsrechtlichen Begründungsanforderungen, wenn das Gericht nicht gewürdigt hat, dass die Anlasstat zur Zeit der Prognoseentscheidung bereits sechs Jahre zurücklag und dass das erkennende Gericht die Vollstreckung der gegen den geständigen und zuvor unbestraften Verurteilten verhängte Freiheitsstrafe zur Bewährung ausgesetzt hat. (Bearbeiter)

5. Die Feststellung, Speicherung und (künftige) Verwendung eines DNA-Identifizierungsmusters greift in das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung ein. Dieses darf (nur) im überwiegenden Interesse der Allgemeinheit und unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit aufgrund eines Gesetzes eingeschränkt werden, soweit dies zum Schutz des öffentlichen Interesses unerlässlich ist. Bei der Auslegung und Anwendung des § 81g StPO haben die Gerichte Bedeutung und Tragweite des Grundrechts angemessen zu berücksichtigen. (Bearbeiter)

6. Die Anordnung einer Maßnahme nach § 81g StPO setzt voraus, dass wegen der Art oder Ausführung der bereits abgeurteilten Straftat, der Persönlichkeit des Verurteilten oder sonstiger Erkenntnisse Grund zu der Annahme besteht, dass gegen ihn erneut Strafverfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung zu führen sind. Bei milden Strafen oder einer Strafaussetzung zur Bewährung muss sich die Entscheidung in einer einzelfallbezogenen Prüfung damit auseinandersetzen, weshalb die Anlasstat erheblich ist. (Bearbeiter)

7. Die bedeutsamen Umstände für die Prognose, gegen den Betroffenen würden erneut Strafverfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung zu führen sein, müssen auf einer zureichenden Sachaufklärung beruhen und sind in der Anordnungsentscheidung einzelfallbezogen darzustellen und abzuwägen. Die Entscheidung muss sich auf schlüssige, verwertbare und nachvollziehbar dokumentierte Tatsachen stützen; die bloße Bezugnahme auf den Gesetzeswortlaut reicht nicht aus. (Bearbeiter)

8. Ein erhöhter Begründungsbedarf besteht regelmäßig dann, wenn eine Maßnahme nach § 81g StPO angeordnet werden soll, obwohl dem Verurteilten im Rahmen einer Bewährungsentscheidung eine günstige Prognose gestellt worden ist. Zwar entfaltet die Strafaussetzung angesichts des unterschiedlichen Prognosemaßstabs keine Bindungswirkung; erforderlich ist in solchen Fällen jedoch immer eine Auseinandersetzung mit sämtlichen prognoserelevanten Umständen. (Bearbeiter)

9. Da für eine Anordnung nach § 81g Abs. 1 Satz 1 StPO bereits der Verdacht einer Straftat ausreicht, darf sich die Einordnung als Straftat von erheblicher Bedeutung auch auf Erkenntnisse zu einer Tat stützen, bezüglich derer das Verfahren unter Opportunitätsgesichtspunkten eingestellt wurde. In einem solchen Fall genügt eine gegen die Anordnung gerichtete Verfassungsbeschwerde nicht den Darlegungsanforderungen, wenn der Beschwerdeführer es versäumt, die Tat und die Ermittlungserkenntnisse – etwa durch Vorlage und Aufbereitung der Anklageschrift – vorzutragen und substantiiert in Zweifel zu ziehen. (Bearbeiter)

**642. BVerfG 2 BvR 2023/20, 2 BvR 2041/20 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Mai 2021 (BGH / LG Hamburg)**

Erfolgslose Verfassungsbeschwerde gegen eine strafrechtliche Verurteilung wegen Betruges (Beteiligung an einem Medizinischen Versorgungszentrum entgegen sozialrechtlichen Vorgaben; Abrechnung von Leistungen gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung und einer Krankenkasse; Bestimmtheitsgebot; Verbot der Verschleifung und Entgrenzung von Tatbestandsmerkmalen; keine Verletzung des Verschleifungsverbots durch Annahme eines Vermögensschadens; keine Entgrenzung des Betrugstatbestandes durch Berücksichtigung des Sozialrechts für die Werthaltigkeit einer Forderung; Anknüpfung der Strafbarkeit an außerstrafrechtliche Normen; Betrug als Vermögens- und Erfolgsdelikt; Bezifferung des Schadens; wirtschaftliche Betrachtung).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 263 Abs. 1 StGB; § 95 Abs. 1a SGB V

1. Die auf den Tatbestand des Betruges gestützte Verurteilung eines Arztes und eines Apothekers, die sich entgegen § 95 Abs. 1a SGB V und unter Einsatz eines Strohmannes als Gesellschafter an einem Medizinischen Versorgungszentrum (MVZ) beteiligt und über dieses ordnungsgemäß erbrachte ärztliche Leistungen und verordnete Medikamente gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung und einer Krankenkasse abgerechnet hatten, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

2. Wegen der für eine Strafbarkeit erforderlichen irrumsbedingten Auszahlung des Abrechnungsbetrages droht keine Verschleifung von Täuschungshandlung und Schaden. Ebenso wenig wird der Betrugstatbestand entgrenzt; denn dass für die wirtschaftliche Bewertung eines Zahlungsvorganges auch die sozial- und zivilrechtlichen Rahmenbedingungen maßgeblich sind, stellt kein Spezifikum der kassenärztlichen Abrechnung dar, sondern spiegelt lediglich wieder, dass erst die Anerkennung einer Forderung durch die Rechtsordnung dieser in einem Rechtsstaat wirtschaftlichen Wert verleiht.

3. Die Frage der Verfassungsmäßigkeit des § 95 Abs. 1a SGB V ist für die Strafbarkeit wegen Betruges bedeutungslos, weil die Strafnorm nicht an die Missachtung der außerstrafrechtlichen Norm anknüpft. Strafbar ist nicht die unzulässige Beteiligung an dem MVZ als solche; vielmehr führt diese lediglich dazu, dass ein Vergütungsanspruch gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung und den gesetzlichen Krankenkassen nicht besteht.

4. Das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG verbietet es, einzelne Tatbestandsmerkmale auch innerhalb ihres möglichen Wortsinns so weit auszulegen, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden (Verschleifung oder Entgrenzung von Tatbestandsmerkmalen).

5. Für den Betrugstatbestand bedeutet dies, dass das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens die Strafbarkeit begrenzt und § 263 Abs. 1 StGB als Vermögens- und Erfolgsdelikt kennzeichnet. Verlustwahrscheinlichkeiten dürfen daher nicht so diffus sein oder sich in so niedrigen Bereichen bewegen, dass der Eintritt eines realen Schadens ungewiss bleibt. Von einfach gelagerten und eindeutigen Fällen abgesehen muss der Vermögensschaden der Höhe nach beziffert und dies in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen dargelegt werden. Bestehen Unsicherheiten, so kann ein Mindestschaden im Wege einer tragfähigen Schätzung ermittelt werden. Normative Gesichtspunkte können bei der Bewertung von Schäden eine Rolle spielen; sie dürfen die wirtschaftliche Betrachtung allerdings nicht überlagern oder verdrängen.

**639. BVerfG 2 BvR 899/20 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Juni 2021 (LG Hannover)**

Verfassungswidrige Verkürzung von Eilrechtsschutz im Strafvollzug (Einschränkung von Besuchen während der Corona-Pandemie; Langzeitbesuche des Ehepartners; Einsatz einer Trennscheibe; verzögerte Einholung einer Stellungnahme der Justizvollzugsanstalt; gerichtliche Entscheidung erst nach Erledigung; unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache; Fehlen eines Anordnungsanspruchs).

Art. 6 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 114 Abs. 2 StVollzG; § 123 Abs. 1 VwGO; § 26 Nr. 1 NJVollzG

1. Eine Strafvollstreckungskammer verkürzt die durch Art. 19 Abs. 4 GG garantierte Rechtsschutzmöglichkeit im Eilrechtsschutzverfahren in nicht zu vertretender Weise, wenn sie den rechtzeitig gestellten Eilantrag eines

Strafgefangenen auf Bewilligung eines Langzeitbesuchs seiner Ehefrau anlässlich seines Geburtstages der Justizvollzugsanstalt erst so spät zur Stellungnahme zuleitet und dabei eine derart lange Frist setzt, dass ihr eine Sachentscheidung nicht mehr möglich ist, bevor sich das Anliegen durch Zeitablauf erledigt hat.

2. Die Entscheidung beruht jedoch nicht auf diesem Verstoß, wenn die beantragte einstweilige Anordnung nicht hätte ergehen können, weil sie in unzulässiger Weise die Hauptsache vorweggenommen hätte und weil ein Anordnungsanspruch nicht besteht. Hiervon ist auszugehen, wenn sich die auf den Schutz der Anstaltsbediensteten und der Mitgefangenen vor einer Infektion mit dem Corona-Virus gestützte Versagung des Langzeitbesuchs beziehungsweise des ebenfalls beantragten Besuchs ohne Trennscheibe im Einzelfall als rechtmäßig erweist.

**640. BVerfG 2 BvR 908/21 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Juni 2021 (Schleswig-Holsteinisches OLG)**

Einstweilige Anordnung gegen eine Auslieferung nach Rumänien aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (unionsgrundrechtliches Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung; hinreichende Prüfung der konkret zu erwartenden Haftbedingungen; Erfordernis einer gerichtlichen Gefahrenprognose; Belastbarkeit einer Zusicherung; Folgenabwägung zugunsten des Verfolgteten).

Art. 4 GRCh; Art. 3 EMRK; § 32 Abs. 1 BVerfGG

Die Entscheidung eines Oberlandesgerichts, mit der eine Auslieferung nach Rumänien für zulässig erklärt wird, verletzt möglicherweise das Grundrecht des Verfolgteten aus Art. 4 GRCh und ist daher einstweilen auszusetzen, wenn das Gericht im Einzelfall nicht hinreichend aufgeklärt hat, ob der Verfolgte nach seiner Überstellung in einer rumänischen Haftanstalt einer Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung ausgesetzt sein wird, und wenn es keine eigene Gefahrenprognose ange stellt hat, um die Belastbarkeit einer – die Haftbedingungen ohnehin nur teilweise erfassenden – Zusicherung der rumänischen Behörden einschätzen zu können.

Rechtsprechung

## Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

### I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**661. BGH 1 StR 507/20 – Beschluss vom 23. Februar 2021 (LG München I)**

Einschleusen von Ausländern (unmittelbares Ansetzen zum Hilfeleisten).

§ 96 Abs. 1 AufenthG

1. Der Versuch des Einschleusens von Ausländern in der Tatbestandsvariante des Hilfeleistens erfordert in subjektiver Hinsicht, dass der Vorsatz des Schleusers auf die Förderung einer in ihren wesentlichen Merkmalen oder Grundzügen konkretisierten Bezugstat im Sinne des § 96

Abs. 1 AufenthG gerichtet ist. Die objektiven Voraussetzungen des Versuchs sind erfüllt, wenn der Täter eine Handlung vornimmt, mit der er nach seiner Vorstellung unmittelbar zur Förderung der präsumtiven Bezugstat ansetzt, wobei allerdings eine wertende Konkretisierung geboten ist. Maßgebend ist dabei, wie weit sich der Täter bereits dem von ihm anvisierten Unterstützungserfolg angenähert und durch sein Handeln eine Gefahr für das betroffene Rechtsgut geschaffen hat.

2. Danach stellt es lediglich eine straflose Vorbereitungshandlung zum Einschleusen von Ausländern dar, wenn der Täter unter Täuschung über seine Identität an Prüfungen für ein Sprachzertifikat teilnimmt, damit der jeweilige Auftraggeber das auf seinen Namen ausgestellte Zertifikat in der Folge der zuständigen Behörde vorlegen und diese so zum Erlass des gewünschten ausländerrechtlichen Verwaltungsakts veranlassen kann.

**723. BGH 6 StR 28/21 – Beschluss vom 19. Mai 2021 (LG Hildesheim)**

Versuchter Wohnungseinbruchdiebstahl; Versuchsbeginn bei Qualifikationstatbeständen und Tatbeständen mit Regelbeispielen (unmittelbares Ansetzen; Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Versuchsstadium).  
§ 22 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

1. Die Grundsätze des Versuchsbeginns gelten auch für die Prüfung des Versuchsbeginns bei Qualifikationstatbeständen oder Tatbeständen mit Regelbeispielen. Maßgeblich ist insoweit, ob das Verhalten des Täters nach seinem Tatplan in ungestörtem Fortgang ohne weitere Zwischenschritte zur Verwirklichung des Grunddelikts führen soll. Das kann auch in diesen Fällen bereits gegeben sein, bevor der Täter beginnt, die tatbestandliche Ausführungshandlung vorzunehmen; es kann genügen, dass er im Begriff ist, ein qualifizierendes Merkmal oder ein Regelbeispiel zu verwirklichen. Für den Versuchsbeginn kommt es den allgemeinen Grundsätzen entsprechend darauf an, ob das geschützte Rechtsgut aus Sicht des Täters schon dadurch konkret gefährdet wird, weil sein Handeln nach seinem Tatplan in die Tatbestandsverwirklichung münden soll, ohne dass es eines neuen Willensimpulses bedarf.

2. Das ist beim Wohnungseinbruchdiebstahl regelmäßig der Fall, wenn der Täter beim Beginn des Einbrechens, Einsteigens oder Eindringens im Sinne von § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1, § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB beabsichtigt, sich in direktem Anschluss daran in die Wohnung zu begeben und daraus stehlenswerte Gegenstände zu entwenden. Er setzt dann bereits dadurch nach seiner Vorstellung von

der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar an.

**703. BGH 2 StR 434/20 – Beschluss vom 17. März 2021 (LG Kassel)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (allgemeine Anordnungsvoraussetzungen; Tatrelevanz der Störung; Gefährlichkeitsprognose: Anforderungen an die Analyse im Einzelfall); Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen; verminderte Schuldfähigkeit.  
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

1. Für die Frage eines Ausschlusses oder einer erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit kommt es maßgeblich darauf an, in welcher Weise sich die festgestellte und unter eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB zu subsumierende psychische Störung bei Begehung der Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Angeklagten in der konkreten Tatsituation ausgewirkt hat. Die Beurteilung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit kann daher – von offenkundigen Ausnahmefällen abgesehen – nicht abstrakt, sondern nur in Bezug auf eine bestimmte Tat erfolgen. Beurteilungsgrundlage ist dabei das jeweilige konkrete Tatgeschehen, wobei neben der Art und Weise der Tatausführung auch die Vorgeschichte, der Anlass zur Tat, die Motivlage des Angeklagten und sein Verhalten nach der Tat von Bedeutung sein können.

2. Die Tatrelevanz der Störung darf regelmäßig nicht offenbleiben.

3. Die individuelle Gefährlichkeitsprognose bedarf über die Anwendung standardisierter Prognoseinstrumente hinaus einer differenzierten Einzelfallanalyse durch den Sachverständigen.

4. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB darf nur angeordnet werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der Unterzubringende bei Begehung der Anlasstat aufgrund eines psychischen Defekts schuldunfähig oder vermindert schuldfähig war und die Tatbegehung auf diesem Zustand beruht. Der Defektzustand muss, um die notwendige Gefährlichkeitsprognose tragen zu können, von längerer Dauer sein. Prognostisch muss eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades dafür bestehen, der Täter werde infolge seines fortdauernden Zustands in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten begehen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird. Der Tatrichter hat die der Unterbringungsanordnung zugrundeliegenden Umstände in den Urteilsgründen so umfassend darzustellen, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird, die Entscheidung nachzuvollziehen.

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

### 711. BGH 4 StR 350/20 – Beschluss vom 11. Mai 2021 (LG Bochum)

BGHR; Untreue (Vermögensbetreuungspflicht: keine Betreuungspflicht des verordnenden Kassenarztes hinsichtlich des Vermögens der gesetzlichen Krankenkassen bei der Verordnung häuslicher Krankenpflege; Abgrenzung zu früher Rechtsprechung hinsichtlich der Verordnung von Heilmitteln und ärztlichem Sprechstundenbedarf; Abgrenzungskriterium der Kontrollmöglichkeit der gesetzlichen Krankenkassen).

§ 266 Abs. 1 StGB; § 37 Abs. 2 SGB V

1. Bei der Verordnung von häuslicher Krankenpflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V obliegt dem verordnenden Kassenarzt keine Betreuungspflicht im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB hinsichtlich des Vermögens der gesetzlichen Krankenkassen (Abgrenzung zu BGH HRRS 2016 Nr. 974). (BGHR)

2. Die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs eine Betreuungspflicht von Vertragsärzten für das Vermögen der gesetzlichen Krankenkassen im Fall der Verordnung von Heilmitteln nach § 15 Abs. 1 Satz 2 SGB V bejaht. Gleiches hat die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch bei der Verordnung von Sprechstundenbedarf durch einen Vertragsarzt angenommen und dabei maßgeblich darauf abgestellt, dass es der verordnende Arzt insoweit in der Hand hat, die gesetzlichen Krankenkassen zu entsprechenden Zahlungen zu verpflichten, ohne dass diesen eine hinreichende Kontrollmöglichkeit zur Verfügung steht. (Bearbeiter)

3. Eine derartige die Annahme einer Vermögensbetreuungspflicht begründende Rechtsmacht kommt dem Vertragsarzt bei der Verordnung von häuslicher Krankenpflege gemäß § 37 Abs. 2 SGB V (Behandlungssicherungspflege) nicht zu, weil die gesetzlichen Krankenkassen über weiter gehende verfahrensrechtliche Kontrollmöglichkeiten verfügen und es deshalb nicht allein in der Hand des verordnenden Arztes liegt, ob es zu einer Leistungserbringung auf Kosten der Kassen kommt. (Bearbeiter)

4. Anders als bei Heilmitteln und beim ärztlichen Sprechstundenbedarf für Versicherte, bei denen der ärztlichen Verordnung keine Genehmigungsentscheidung der Krankenkasse nachfolgt, tritt der Leistungsfall bei der häuslichen Krankenpflege in formaler Hinsicht erst ein, wenn vor Leistungsbeginn eine Bewilligungsentscheidung der zuständigen gesetzlichen Krankenkasse ergeht. Zwar bedarf es neben einem Antrag des Versicherten auch hier einer entsprechenden kassenärztlichen Verordnung. An diese Verordnung ist die gesetzliche Krankenkasse aber nicht ohne weiteres gebunden. Hält sie einzelne verordnete Maßnahmen für nicht erforderlich, so

hat sie hierüber eine gutachterliche Stellungnahme des medizinischen Dienstes einzuholen. (Bearbeiter)

5. Nach § 266 Abs. 1 StGB macht sich in beiden Alternativen nur strafbar, wer gegen eine ihm obliegende Vermögensbetreuungspflicht verstößt und hierdurch dem Vermögen des Treugebers einen Nachteil zufügt. Als Grundlage für eine solche Verpflichtung kommen nur Rechtsbeziehungen vertraglicher oder gesetzlicher Art in Betracht, bei denen die Wahrnehmung fremder Vermögensinteressen inhaltlich besonders herausgehoben ist und über die allgemeine Pflicht hinausgeht, auf die Vermögensinteressen von Vertragspartnern oder anderen Personen Rücksicht zu nehmen, auf deren materielle Güter eine tatsächliche Einwirkungsmöglichkeit besteht. Maßgeblich ist eine Gesamtbetrachtung, bei der unter anderem in Betracht zu ziehen ist, ob es sich bei der in Rede stehenden Verpflichtung, auf fremde Vermögensinteressen Rücksicht zu nehmen, um eine Hauptpflicht handelt, inwieweit dem Täter die ihm übertragene Tätigkeit durch ins Einzelne gehende Weisungen vorgezeichnet ist und in welchem Umfang Raum für eigenverantwortliche Entscheidungen besteht. Dabei ist es von besonderer Bedeutung, welche Kontrollmöglichkeiten dem Treugeber verbleiben, inwieweit den Entscheidungen des Täters eine bindende Wirkung zukommt und in welchem Ausmaß es ihm möglich ist, ohne eine gleichzeitige Steuerung und Überwachung durch den Treugeber auf dessen Vermögen zuzugreifen. (Bearbeiter)

### 710. BGH 4 StR 155/20 – Beschluss vom 17. März 2021 (LG Frankenthal)

Misshandlung von Schutzbefohlenen (Differenzierung der tatbestandlichen Begehungsformen; Unterlassungsvariante: Begriff der Böswilligkeit; Verstoß gegen Grundsatz „in dubio pro reo“ bei Begründung einer Handlungspflicht beider angeklagter Elternteile); Urteilsgründe (Beschränkung auf das Wesentliche).

§ 225 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. In Fällen, in denen nicht festgestellt werden kann, wer von beiden Elternteilen das gemeinsame Kind im Sinne des § 225 Abs. 1 StGB quälte oder roh misshandelte, kommt in Anwendung des Zweifelssatzes eine Strafbarkeit wegen Unterlassungstäterschaft des anderen Elternteils in Betracht.

2. Zu einem Verstoß gegen den Grundsatz „in dubio pro reo“ bei der Begründung einer Handlungspflicht beider angeklagter Elternteile, wenn die nicht sicher festgestellte, sondern in Anwendung des Zweifelssatzes zugunsten eines jeden Angeklagten nur unterstellte Tatsache, der jeweils andere habe den Säugling in der Vergangenheit gequält und roh misshandelt, erst die Strafbarkeit wegen

Unterlassens begründet und daher nicht zugunsten, sondern zulasten der Angeklagten wirkt.

3. Quälen, rohes Misshandeln und die böswillige Vernachlässigung der Fürsorgepflicht sind selbstständige Begehungsformen der Misshandlung von Schutzbefohlenen gemäß § 225 Abs. 1 StGB. Die Tatalternativen des Quälens und des rohen Misshandelns können jeweils durch aktives Tun oder durch pflichtwidriges Unterlassen verwirklicht werden. Bei der Tatalternative der Gesundheitsschädigung durch böswillige Vernachlässigung der Fürsorgepflicht handelt es sich um ein echtes Unterlassungsdelikt.

4. Der Tatbestand des Quälens und rohen Misshandelns im Sinne des § 225 Abs. 1 StGB kann auch dadurch verwirklicht werden, dass die gebotene ärztliche Hilfe durch die Eltern des Kindes nicht veranlasst wird. In subjektiver Hinsicht ist insoweit erforderlich, dass der Täter den Vorsatz hat, dem Opfer erhebliche Schmerzen oder Leiden zuzufügen, die über die typischen Auswirkungen hinausgehen, die mit der aktuellen Körperverletzungshandlung verbunden sind.

5. Der Tatbestand des § 225 Abs. 1 Alternative 3 StGB ist gegeben, wenn der Täter durch böswillige Vernachlässigung seiner Pflicht, für die schutzbedürftige Person zu sorgen, diese an der Gesundheit schädigt. Böswillig im Sinne der Vorschrift handelt, wer seine Pflicht, für einen anderen zu sorgen, aus einem verwerflichen Beweggrund – aus Bosheit, Lust an fremdem Leid, Hass oder aus Eigensucht – vernachlässigt. Gleichgültigkeit, Abgestumpftheit, Schwäche oder Überforderung reichen hingegen in der Regel nicht aus. Bei der Prüfung der auf das tatbestandliche Unterlassen der unverzüglichen ärztlichen Vorstellung des Säuglings bezogenen Böswilligkeit sind die Motive des Täters zu erforschen und erforderlichenfalls auch psychopathologische Befunde wie Depressionen oder Persönlichkeitsstörungen in den Blick zu nehmen.

#### **720. BGH 6 StR 142/20 – Urteil vom 20. Mai 2021 (LG Verden)**

Mord (niedrige Beweggründe: keine verständliche Reaktion; Ehrenkodex; Gruppenloyalität).  
§ 211 Abs. 2 StGB

Die billigend in Kauf genommene Auslöschung des Lebens eines Zufallsopfers wegen der Orientierung an einem gruppeninternen „Ehrenkodex“ ist keine verständliche Reaktion, sondern eine besonders verachtenswerte Form der Geringschätzung des personalen Eigenwerts des Opfers.

#### **668. BGH 3 StR 316/20 – Urteil vom 11. März 2021 (LG Koblenz)**

Heimtücke (Arg- und Wehrlosigkeit; Zeitpunkt; planmäßiger Hinterhalt); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsgerichtliche Überprüfung; Rechtsfehler; Spekulationen ohne Tatsachenfundierung).  
§ 211 StGB; § 261 StPO

1. Für die Erfüllung des Heimtückemerkmals (§ 211 StGB) ausreichend ist, dass der mit Tötungsvorsatz han-

delnde Täter das Tatopfer im Vorbereitungsstadium der Tat unter Ausnutzung von dessen Arglosigkeit in eine Lage aufgehobener oder stark eingeschränkter Abwehrmöglichkeiten bringt und die so geschaffene Lage bis zur Tatausführung ununterbrochen fortbesteht. Wird das Tatopfer planmäßig in einen Hinterhalt gelockt oder ihm gezielt eine raffinierte Falle gestellt, kommt es daher nicht mehr darauf an, ob es zu Beginn der Tötungshandlung noch arglos war.

2. Das Revisionsgericht kann die tatrichterliche Beweiswürdigung nur auf Rechtsfehler hin überprüfen. Solche liegen in sachlich-rechtlicher Hinsicht vor, wenn die Beweiswürdigung lückenhaft ist, namentlich wesentliche Feststellungen nicht berücksichtigt worden sind, naheliegende Schlussfolgerungen nicht erörtert worden sind oder einzelne Beweisanzeichen nur isoliert bewertet worden sind und die gebotene umfassende und erschöpfende Gesamtwürdigung aller Beweisergebnisse unterblieben ist. Rechtsfehler bei der Beweiswürdigung liegen ferner vor, wenn die Beweiswürdigung in sich widersprüchlich oder unklar ist, gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt oder wenn das Tatgericht überspannte Anforderungen an die für eine Verurteilung erforderliche Gewissheit gestellt hat.

3. Es ist weder im Hinblick auf den Zweifelsatz noch sonst geboten, zu Gunsten eines Angeklagten von Annahmen auszugehen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat.

#### **698. BGH 5 StR 498/20 – Urteil vom 29. April 2021 (LG Saarbrücken)**

Siechtum bei der schweren Körperverletzung; körperlich schwere Misshandlung bei der besonders schweren Vergewaltigung; Täter-Opfer-Ausgleich.  
§ 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 177 Abs. 8 StGB; § 46a StGB

1. Siechtum im Sinne des 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB bezeichnet einen chronischen Krankheitszustand, der den Gesamtorganismus in Mitleidenschaft zieht, ein Schwinden der körperlichen und geistigen Kräfte sowie allgemeine Hinfälligkeit zur Folge hat und dessen Heilung ausgeschlossen oder nicht absehbar ist.

2. Die Annahme einer körperlich schweren Misshandlung im Sinne des § 177 Abs. 8 Nr. 2 Buchst. a StGB setzt eine gravierende Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens voraus, bei der die körperliche Integrität des Opfers in einer Weise, die mit erheblichen Schmerzen verbunden ist, verletzt wird. Die insoweit zu stellenden Anforderungen dürfen nicht zu niedrig angesetzt werden, da das Qualifikationsmerkmal nach der gesetzlichen Unrechtsbewertung mit der Verursachung einer tatbedingten konkreten Todesgefahr im Sinne des § 177 Abs. 8 Nr. 2 Buchst. b StGB auf einer Stufe steht.

#### **683. BGH 5 StR 106/21 – Beschluss vom 11. Mai 2021 (LG Lübeck)**

Strafbarer Verstoß gegen Weisungen während der Führungsaufsicht (Bestimmtheit; Erkennbarkeit der Strafbewehrung einer Weisung).

§ 145a StGB; § 68b StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

Voraussetzung für eine Bestrafung nach § 145a StGB ist, dass die Weisung, gegen die der Täter verstoßen hat, hinreichend bestimmt ist. Dies ist in den Urteilsgründen darzustellen. In Anbetracht des Gebots aus Art. 103 Abs. 2 GG und des Umstands, dass § 68b Abs. 2 StGB auch nicht strafbewehrte Weisungen zulässt, muss sich aus dem Führungsaufsichtsbeschluss selbst ergeben, dass es sich bei der Weisung, auf deren Verletzung die Verurteilung gestützt werden soll, um eine solche gemäß § 68b Abs. 1 StGB handelt, die nach § 145a Satz 1 StGB strafbewehrt ist. Dass eine Weisung strafbewehrt ist, muss in dem Führungsaufsichtsbeschluss unmissverständlich klargestellt sein.

**712. BGH 4 StR 380/20 – Beschluss vom 14. April 2021 (LG Essen)**

Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht (konkrete Gefahr einer erheblichen Entwicklungsschädigung; objektive und subjektive Voraussetzungen; Unterlassungstat).

§ 171 StGB

1. Eine erhebliche Entwicklungsschädigung liegt dann vor, wenn der normale Ablauf des körperlichen oder seelischen Entwicklungsprozesses dauernd oder nachhaltig gestört ist. Der Tatbestand kann auch dann verwirklicht werden, wenn in der Person des Schutzbefohlenen bereits vor der Tat Schäden oder die Gefahr von Schäden im Sinne der Vorschrift bestanden haben. Zur Hervorrufung der hierfür vorausgesetzten Gefahren ist es dann aber erforderlich, dass die Tat die Gefahr verursacht, die bereits vorhandenen oder zu befürchtenden Schäden in erheblichem Maße zu vergrößern bzw. die wegen einer bereits gegebenen individuellen Schadensdisposition bestehenden Gefahren messbar zu steigern.

2. Handelt es sich um eine Unterlassungstat, so begründet der Täter die tatbestandlich vorausgesetzte konkrete Gefahr, wenn er deren Entstehen durch sein Eingreifen hätte abwenden können.

3. In subjektiver Hinsicht ist dazu (zumindest bedingter) Vorsatz erforderlich.

Rechtsprechung

### III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

**721. BGH 6 StR 142/21 – Beschluss vom 18. Mai 2021 (LG Weiden)**

Berücksichtigung einer EU-ausländischen Strafe bei der Strafzumessung (Bemessung des Nachteilsausgleichs im Urteil: Orientierung an den allgemein Strafzumessungsgründen bei der Bildung einer nachträglichen Gesamtstrafe).

Art. 3 Abs. 1 EURaBes 2008/675; § 54 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 55 Abs. 1 StGB

Der Senat lässt dahingestellt, ob er der Auffassung des 1. Strafsenats zur Notwendigkeit eines bezifferten Nachteilsausgleichs bei noch nicht vollstreckten, nach den Grundsätzen der deutschen Strafrechtsordnung hypothetisch gesamtstrafenfähigen EU-ausländischen Strafen folgen könnte.

**706. BGH 2 StR 67/21 – Beschluss vom 28. April 2021 (LG Darmstadt)**

Bildung der Gesamtstrafe (Härteausgleich nach Vollstreckung einer Geldstrafe durch Vollzug einer Ersatzfreiheitsstrafe).

§ 54 StGB

Zwar ist es regelmäßig keine Härte, wenn deshalb, weil eine Geldstrafe bereits vollstreckt ist, eine Freiheitsstrafe nicht erhöht wird; anderes gilt jedoch dann, wenn die Geldstrafe durch Vollzug einer Ersatzfreiheitsstrafe vollstreckt wurde.

**688. BGH 5 StR 151/21 – Beschluss vom 8. Juni 2021 (LG Leipzig)**

Strafzumessung und Strafraumenwahl bei einem besonders schweren Fall der Nötigung.

§ 240 Abs. 1, Abs. 4 StGB

Es ist nicht zulässig, Umstände, die bei der Strafraumenwahl einen besonders schweren Fall (hier: der Nötigung) begründet haben, mit ihrem vollen Gewicht bei der konkreten Strafzumessung schärfend zu berücksichtigen. Das gilt nicht nur für die Modalitäten, die ein Regelbeispiel darstellen, sondern auch für Straferschwerungsgründe, die in ihrem Schweregrad als den Regelbeispielen gleichwertig angesehen werden.

**650. BGH 1 StR 82/21 – Beschluss vom 19. Mai 2021 (LG Karlsruhe)**

Strafzumessung (strafschärfende Berücksichtigung von Verhalten, in dem eine eingeschränkte Steuerungsfähigkeit zum Ausdruck kommt).

§ 46 StGB; § 21 StGB

Vor dem Hintergrund des Regelungszwecks des § 21 StGB verbietet es sich regelmäßig, das Verhalten, in dem die eingeschränkte Steuerungsfähigkeit des Angeklagten zum Ausdruck kommt, strafschärfend zu dessen Lasten in die Strafzumessung einzustellen.



**732. BGH 6 StR 224/21 – Beschluss vom 2. Juni 2021 (LG Hildesheim)**

Strafaussetzung (Kriminalprognose; fehlende Unrechtseinsicht: zulässiges Verteidigungsverhalten); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang: fehlende Suchterkrankung).

§ 56 Abs. 1 StGB; § 64 StGB

1. Fehlende Unrechtseinsicht darf nicht zum Nachteil des die Tat bestreitenden Angeklagten gewertet werden; denn auch im Rahmen des § 56 StGB darf einem Angeklagten ein die Grenzen des Zulässigen nicht überschreitendes Verteidigungsverhalten nicht angelastet werden (st. Rspr.)

2. Das Tatgericht darf bei der Frage nach dem Bestehen eines Hanges im Sinne des § 64 StGB nicht bloß auf eine fehlende Suchterkrankung des Angeklagten abstellen. Es muss vielmehr näher prüfen, ob bei dem Angeklagten eine durch Übung erworbene Neigung, immer wieder Alkohol zu konsumieren, gegeben ist.

**669. BGH 3 StR 343/20 – Beschluss vom 20. April 2021 (LG Osnabrück)**

Besonders schwerer Fall des Betruges (Gewerbsmäßigkeit)

§ 263 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 5 StGB

Die Gewerbsmäßigkeit i.S.d. § 263 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 5 StGB setzt stets ein eigennütziges Handeln voraus und damit einen vom Täter erstrebten Vermögenszufluss an sich selbst. Sie ist ein besonderes persönliches Merkmal im Sinne des § 28 Abs. 2 StGB; deshalb kann der Gehilfe nur dann nach §§ 263 Abs. 5, 27 StGB verurteilt werden, wenn er selbst gewerbsmäßig handelt.

**685. BGH 5 StR 120/20 – Urteil vom 12. Mai 2021 (LG Lübeck)**

Grundsätze der Strafzumessung (Einzel- und Gesamtstrafzumessung; revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit); Strafaussetzung zur Bewährung (Begründungsanforderungen; revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit).

§ 46 StGB; § 54 StGB; § 56 StGB

1. Die Einzel- und Gesamtstrafzumessung ist grundsätzlich Sache des Tatgerichts, dessen Aufgabe es ist, aufgrund der Hauptverhandlung die wesentlichen belastenden und entlastenden Umstände festzustellen, sie zu bewerten und gegeneinander abzuwägen. Das Revisionsgericht kann nur eingreifen, wenn die Zumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, das Tatgericht gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstößt oder wenn sich die verhängte Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein, so weit löst, dass sie nicht mehr innerhalb des dem Tatgericht eingeräumten Spielraums liegt. Eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle ist ausgeschlossen. In Zweifelsfällen muss das Revisionsgericht die vom Tatgericht vorgenommene Bewertung bis an die Grenze des Vertretbaren hinnehmen.

2. Auch die Entscheidung über die Strafaussetzung zur Bewährung (§ 56 Abs. 1 und 2 StGB) ist Aufgabe des Tatgerichts, dem auch insoweit ein weiter Beurteilungsspielraum zukommt, in dessen Rahmen das Revisionsge-

richt jede rechtsfehlerfrei begründete Entscheidung hinzunehmen hat. Es ist aber erforderlich, dass das Urteil in einer der revisionsrechtlichen Überprüfung zugänglichen Weise die dafür maßgebenden Gründe mitteilt. Für die Aussetzung der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe von mehr als einem Jahr bis zu zwei Jahren sind daher zunächst Ausführungen zum Vorliegen einer günstigen Legalprognose im Sinne des § 56 Abs. 1 StGB notwendig. Ferner muss das Tatgericht besondere Umstände im Sinne des § 56 Abs. 2 StGB darlegen, welche die Strafaussetzung zur Bewährung trotz des Unrechts- und Schuldgehalts, der sich in der Strafhöhe widerspiegelt, als nicht unangebracht erscheinen lassen.

**733. BGH 6 StR 341/20 – Urteil vom 2. Juni 2021 (LG Bückeburg)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefahrenprognose: ausschlaggebender Zeitpunkt); Hinzuziehung von Sachverständigen (Abweichung vom Inhalt des Gutachtens; Auseinandersetzung mit Darlegungen des Sachverständigen); Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Hang; Gefährlichkeit); beeinträchtigte Steuerungsfähigkeit (schwere andere seelische Störung; Pädophilie).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 66a Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB

1. Zwar ist das Tatgericht nicht gehindert, vom Gutachten eines vernommenen Sachverständigen abzuweichen, weil dieses stets nur Grundlage der richterlichen Überzeugungsbildung sein kann (st. Rspr.). Will es aber eine Frage, für deren Beurteilung es sachverständige Hilfe in Anspruch genommen hat, im Widerspruch zum Gutachten beantworten, muss es die Gründe hierfür in einer Weise erörtern, die dem Revisionsgericht die Nachprüfung ermöglicht, ob es das Gutachten zutreffend gewürdigt und aus ihm rechtlich zulässige Schlüsse gezogen hat. Hierzu bedarf es einer erschöpfenden Auseinandersetzung mit den Darlegungen des Sachverständigen, insbesondere auch zu den Gesichtspunkten, auf die das Gericht seine abweichende Auffassung stützt

2. Für die Gefahrenprognose für die Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus ist grundsätzlich der Zeitpunkt des Urteils ausschlaggebend, wohingegen nur mögliche positive Entwicklungen in der Zukunft außer Betracht zu bleiben haben (st. Rspr.).

3. Eine Pädophilie kann im Einzelfall zwar das vierte Eingangsmerkmal des § 20 StGB (nunmehr „schwere andere seelische Störung“) erfüllen und eine hierdurch erheblich beeinträchtigte Steuerungsfähigkeit begründen (st. Rspr.). Dies setzt aber voraus, dass die Sexualpraktiken zu einer eingeschliffenen Verhaltensschablone geworden sind, die sich durch abnehmende Befriedigung, zunehmende Frequenz der devianten Handlungen, Ausbau des Raffinements und gedankliche Einengung des Täters auf diese Praktiken auszeichnen; hierfür bedarf es einer umfassenden Gesamtschau der Täterpersönlichkeit und seiner Taten.

**734. BGH 6 StR 406/20 – Urteil vom 20. Mai 2021 (LG Verden)**

Strafmilderung oder Absehen von Strafe (Aufklärungshilfe; Anforderungen an wesentlichen Aufklärungserfolg; Angaben des Angeklagten; Präklusion).

§ 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 49 Abs. 1 StGB; § 30 Abs. 1 BtMG; § 31 Satz 3 BtMG; § 46b Abs. 3 StGB

Zwar setzt die Annahme eines wesentlichen Aufklärungserfolgs im Sinne des § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG weder den Erlass eines Haftbefehls gegen die von dem Täter belastete Person noch deren Verurteilung oder Festnahme voraus. Erforderlich ist aber, dass der Täter – noch vor Eröffnung des Hauptverfahrens – die von ihm belastete Person so genau bezeichnet hat, dass diese identifiziert und zur Festnahme ausgeschrieben werden könnte (st. Rspr.).

#### **708. BGH 4 StR 1/21 – Beschluss vom 11. Mai 2021 (LG Bochum)**

Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Inhalte (Beziehungsgegenstände: nicht gesamtes elektronisches Gerät, sondern enthaltenes Speichermedium; Einziehungsentscheidung: keine Entscheidung zur Berücksichtigung im Rahmen der Strafzumessung; Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: vorrangige Prüfung weniger einschneidender Maßnahmen zur Erreichung des Einziehungszwecks); Beschränkung der Verfolgung (revisionsgerichtliche Überprüfung nur auf eine Verfahrensrüge).

§ 74 StGB; § 184b Abs. 6 Satz 1 StGB; § 154a Abs. 2 StPO

1. Eine Einziehungsentscheidung nach § 74 StGB hat den Charakter einer Nebenstrafe und stellt damit eine Strafzumessungsentscheidung dar. Wird dem Täter auf diese Weise ein ihm zustehender Gegenstand von nicht unerheblichem Wert entzogen, ist dies deshalb als ein bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafe und insoweit im Wege der Gesamtbetrachtung der den Täter betreffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen.

2. Es kann vorliegend offenbleiben, ob auch eine zwingende Einziehungsentscheidung gemäß § 184b Abs. 6 Satz 1 StGB im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen ist, sofern ein Gegenstand von nicht unerheblichem Wert betroffen ist.

3. Beziehungsgegenstände im Sinne des § 184b Abs. 6 Satz 1 StGB sind nicht etwa ein (gesamtes) Mobiltelefon oder ein (gesamter) Laptop, sondern nur die in ihnen verbauten und zur Bildspeicherung genutzten Speichermedien.

4. Sowohl für die Anordnung gemäß § 184b Abs. 6 Satz 1 StGB als auch für eine solche nach § 74 Abs. 1 StGB gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 74f StGB), so dass gegebenenfalls von den Möglichkeiten des § 74f Abs. 2

StGB Gebrauch gemacht werden muss. Danach können Einziehungen zunächst vorbehalten bleiben und weniger einschneidende Maßnahmen anzuordnen sein, wenn auch auf diese Weise der Einziehungszweck erreicht werden kann. Dies kann bei einer Speicherung von Bilddateien durch deren endgültige Löschung geschehen.

5. Eine Überprüfung des Urteils mit Blick auf eine Verfahrensbeschränkung nach § 154a Abs. 2 StPO kann im Revisionsverfahren nicht auf die Sachrüge erfolgen. Anders als eine Verfahrenseinstellung nach § 154 StPO führt eine Verfahrensbeschränkung nach § 154a StPO kein von Amts wegen zu berücksichtigendes Verfahrenshindernis herbei, da eine Verfahrensbeschränkung nach § 154a StPO nur dazu führt, dass der Angeklagte während ihrer Dauer wegen der ausgeschiedenen Tatteile strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden kann, aber nicht die Frage betrifft, ob diese Tat überhaupt abgeurteilt werden darf. Zudem bleibt die Wirkung einer Verfahrensbeschränkung nach § 154a StPO auch deshalb deutlich hinter derjenigen nach § 154 StPO zurück, weil die Anforderungen an eine Wiedereinbeziehung des abgetrennten Teils bei § 154a StPO geringer sind. So kann gemäß § 154a Abs. 3 Satz 1 StPO eine Wiedereinbeziehung in jeder Lage des Verfahrens ohne einen – wie in § 154 Abs. 5 StPO vorgesehenen – Gerichtsbeschluss erfolgen. Etwaige Fehler im Verfahren über die Wiedereinbeziehung, wie ein Verstoß gegen die Pflicht zur Gewährung rechtlichen Gehörs, müssen demnach mit einer Verfahrensrüge geltend gemacht werden.

#### **717. BGH 6 StR 113/21 – Beschluss vom 1. Juni 2021 (LG Frankfurt)**

Urteilsgründe (keine Nacherzählung des Gangs der Hauptverhandlung); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Symptomwert der Anlasstat; hinreichend konkrete Erfolgsaussicht; Prognosemaßstab).

§ 267 StPO; § 261 StPO; § 64 StGB

1. Bei der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt muss die konkrete Anlasstat im Hang ihre Wurzel finden, also Symptomwert für diesen haben, indem sich in ihr die hangbedingte Gefährlichkeit des Täters äußert (st. Rspr.).

2. Bei Taten, die nicht auf die Erlangung von Rauschmitteln selbst oder von Geld zu deren Beschaffung abzielen, bedarf die Annahme eines ursächlichen Zusammenhangs zwischen Hang und Anlasstat besonderer hierfür sprechender Umstände.

3. Der Prognosemaßstab, ein Therapieerfolg erscheine „nicht von vornherein ausgeschlossen“, entspricht dem des § 64 Abs. 2 StGB a.F., den das Bundesverfassungsgericht im Jahre 1994 für verfassungswidrig erklärt hat, und ist rechtsfehlerhaft.

## IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**697. BGH 5 StR 484/20 – Beschluss vom 17. Februar 2021 (LG Zwickau)**

BGHSt; Wegfall der Bindungswirkung einer Verständigung und Unverwertbarkeit des Geständnisses nach Aussetzung der Hauptverhandlung (Grundsatz eines auf Fairness angelegten Strafverfahrens; Verwertungsverbot; qualifizierte Belehrung; Korrektur von Verfahrensfehlern; Mitteilungs- und Hinweispflichten).

§ 257c Abs. 4, Abs. 5 StPO; § 243 Abs. 4 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK

1. Wird das Verfahren, in dem es zu einer Verständigung gekommen war, ausgesetzt, entfällt die Bindung des Gerichts an die Verständigung. (BGHSt)

2. Das aus der Aussetzung resultierende Entfallen der Bindungswirkung führt grundsätzlich zur Unverwertbarkeit des im Vertrauen auf den Bestand der Verständigung abgegebenen Geständnisses in der neuen Hauptverhandlung. (BGHSt)

3. Eine Pflicht, den Angeklagten zu Beginn der neuen Hauptverhandlung über die Unverwertbarkeit seines in der ausgesetzten Hauptverhandlung abgegebenen Geständnisses ausdrücklich („qualifiziert“) zu belehren, besteht nicht, wenn der Angeklagte vor der Verständigung ordnungsgemäß nach § 257c Abs. 5 StPO belehrt worden war; es genügt, wenn er zu Beginn der neuen Hauptverhandlung darüber informiert wird, dass eine Bindung an die in der ausgesetzten Hauptverhandlung getroffene Verständigung entfallen ist (Abgrenzung zu BGH, Beschluss vom 24. April 2019 – 1 StR 153/19, BGHR StPO § 243 Abs. 4 Mitteilungspflicht 12). (BGHSt)

4. Kommt es infolge einer Aussetzung der Hauptverhandlung zum Wegfall der Bindungswirkung einer Verständigung, ist es im Hinblick auf den für den Gesetzgeber des Verständigungsgesetzes leitenden Grundsatz eines auf Fairness angelegten Strafverfahrens gerechtfertigt, grundsätzlich von einem Verwertungsverbot hinsichtlich des Geständnisses auszugehen. Ob hiervon ausnahmsweise abzuweichen ist, wenn sich das Tatgericht in der neuen Hauptverhandlung an die in der ausgesetzten Hauptverhandlung getroffene Verständigung binden will und dies entsprechend zu Beginn der Hauptverhandlung erklärt, braucht der Senat nicht zu entscheiden. (Bearbeiter)

5. Eine sog. qualifizierte Belehrung dient grundsätzlich dazu, einen anlässlich einer früheren Vernehmung zu Tage getretenen Verfahrensfehler zu korrigieren, mithin die Möglichkeit seiner Fortwirkung zu beseitigen und so den Einfluss des früheren Fehlers auf die neuen Angaben möglichst auszuschließen. Ein solcher Fall ist aber nicht

gegeben, wenn es lediglich darum geht, ob und gegebenenfalls wie der Angeklagte über die Verwertbarkeit oder Unverwertbarkeit seiner in erster Instanz ordnungsgemäß zustande gekommenen Einlassung zu informieren ist. Ob der Angeklagte zu Beginn der Berufungshauptverhandlung neben der Belehrung nach § 332 i.V.m. § 243 Abs. 5 Satz 1 StPO entsprechend § 257c Abs. 4 Satz 4 StPO „qualifiziert“ über die Unverwertbarkeit seines erstinstanzlich abgegebenen Geständnisses belehrt werden muss, wenn sich das Berufungsgericht nicht an die Verständigung binden will, muss der Senat nicht entscheiden. (Bearbeiter)

**666. BGH 3 StR 10/20 – Beschluss vom 25. März 2021 (LG Koblenz)**

Änderung der Geschäftsverteilung während des laufenden Geschäftsjahres aufgrund von Überlastung (gesetzlicher Richter; Beschleunigungsgebot; Überleitung bereits anhängiger Verfahren; Beschluss des Präsidiums; Begründungsanforderungen; Überprüfung durch das Revisionsgerichts; Willkürkontrolle; abstrakt-generelle Regelung; Zuständigkeitsregeln; Überlastung aufgrund eines einzigen Umfangsverfahrens); Vernehmung eines ehemaligen Beschuldigten als Zeuge (Aufklärungspflicht; Beweiswert; Beurteilung des Wahrheitsgehalts); Rädelsführerschaft in bewaffneter Gruppe und krimineller Vereinigung.

§ 21e Abs. 3 S. 1 GVG; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; § 244 Abs. 2 StPO; § 127 StGB; § 129 StGB

1. Gemäß § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG darf das Präsidium die nach Abs. 1 Satz 1 dieser Vorschrift getroffenen Anordnungen im Laufe des Geschäftsjahres ändern, wenn dies etwa wegen Überlastung eines Spruchkörpers nötig wird. Die Vorschrift muss eng ausgelegt und entsprechend angewendet werden. Eine nachträgliche Änderung der Geschäftsverteilung kann allerdings nicht nur zulässig, sondern auch verfassungsrechtlich geboten sein, wenn nur auf diese Weise die Gewährung von Rechtsschutz innerhalb angemessener Zeit, insbesondere eine beschleunigte Behandlung von Strafsachen, erreicht werden kann.

2. Das Beschleunigungsgebot lässt indes bei nachträglichen Änderungen der Geschäftsverteilung das Recht auf den gesetzlichen Richter nicht vollständig zurücktreten. Vielmehr besteht Anspruch auf eine zügige Entscheidung durch diesen. Daher muss in derartigen Fällen das Recht des Angeklagten auf den gesetzlichen Richter mit dem rechtsstaatlichen Gebot einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege und dem verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgrundsatz zu einem angemessenen Ausgleich gebracht werden.

3. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG einer Änderung des zuständigen Spruchkörpers auch für bereits anhängige Verfah-

ren jedenfalls dann nicht entgegen, wenn die Neuregelung generell gilt, also etwa außer mehreren anhängigen Verfahren zugleich eine unbestimmte Vielzahl künftiger, gleichartiger Fälle erfasst, und nicht aus sachwidrigen Gründen geschieht. In Ausnahmefällen kann sogar eine Änderung des Geschäftsverteilungsplans zulässig sein, die ausschließlich bereits anhängige Verfahren überträgt, wenn nur so dem verfassungs- und konventionsrechtlichen Beschleunigungsgebot insbesondere in Haftsachen angemessen Rechnung getragen werden kann.

4. Jede Umverteilung während des laufenden Geschäftsjahres, die bereits anhängige Verfahren erfasst, muss indes geeignet sein, die Effizienz des Geschäftsablaufs zu erhalten oder wiederherzustellen. Änderungen der Geschäftsverteilung, die hierzu nicht geeignet sind, können vor Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG keinen Bestand haben. Einfachrechtlich folgt dieses Erfordernis aus § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG, da Änderungen der Geschäftsverteilung, die nicht der Erhaltung oder Wiederherstellung der Effizienz eines Spruchkörpers dienen, nicht im Sinne dieser Vorschrift nötig sind.

5. Da eine Überleitung bereits anhängiger Verfahren, bei denen schon eine anderweitige Zuständigkeit konkretisiert und begründet war, in die Zuständigkeit eines anderen Spruchkörpers erhebliche Gefahren für das verfassungsrechtliche Gebot des gesetzlichen Richters in sich birgt, bedarf es in solchen Fällen einer umfassenden Dokumentation und Darlegung der Gründe, die eine derartige Umverteilung erfordern und rechtfertigen, um den Anschein einer willkürlichen Zuständigkeitsverschiebung auszuschließen. Der Änderungsgrund muss stets im Beschluss des Präsidiums oder einem Protokoll der entsprechenden Präsidiumssitzung festgehalten werden, damit überprüfbar ist, ob die gesetzlichen Voraussetzungen für die nur ausnahmsweise zulässige Änderung der Geschäftsverteilung vorlagen, wobei die Begründung so detailliert sein muss, dass eine Prüfung der Rechtmäßigkeit möglich ist.

6. Mängel in der Begründung können vom Präsidium bis zur Entscheidung über einen nach § 222b StPO erhobenen Besetzungseinwand durch einen ergänzenden Beschluss behoben werden, der ausführlich die Gründe für die Zuständigkeitsänderung so dokumentiert, dass der Beschwerdeführer zu keinem Zeitpunkt einen berechtigten Anlass zu der Annahme hatte, die Gerichtszuständigkeit sei zu seinen Lasten manipuliert worden.

7. Die neuere Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (siehe etwa BGH HRRS 2016 Nr. 542) geht davon aus, dass bei Umverteilungen während des laufenden Geschäftsjahres von Verfassungen wegen der Regelungen der Zuständigkeit, anders als deren Anwendung, nicht lediglich am Maßstab der Willkür, sondern auf jede Rechtswidrigkeit hin zu überprüfen sind. Dies soll sich auch darauf beziehen, ob eine Überlastung vorgelegen hat und die vom Präsidium getroffenen Maßnahmen erforderlich waren (BGH HRRS 2013 Nr. 934). Der Senat neigt demgegenüber zu der (hier nicht entscheidungserheblichen) Auffassung, dass eine umfassende revisionsrechtliche Überprüfung nur bei der Frage erforderlich ist, ob eine

Zuständigkeitsregel des Geschäftsverteilungsplans überhaupt als generell-abstrakte Regelung anzusehen ist. Im Übrigen sei dem Präsidium bei Beurteilung der Frage einer Überlastung zumindest ein Prognosespielraum einzuräumen.

8. Eine Überlastung im Sinne des § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG kann sich auch aus der Belastung mit einem einzelnen Umfangsverfahren eine Überlastung nach § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG ergeben. Es kommt für die Feststellung einer Überlastung im Sinne der Vorschrift nicht allein auf die Anzahl anhängiger Verfahren an. Gerade bei Staatsschutzsachen – aber ebenso bei umfangreichen Verfahren aus dem Bereich des Wirtschaftsstrafrechts oder der organisierten Kriminalität – können im Einzelfall etwa die Breite der Tatvorwürfe, die Zahl der Verfahrensbeteiligten und der Umfang der zu erhebenden Beweismittel die Durchführung von Hauptverhandlungen erfordern, die es aufgrund ihres Ausmaßes für längere Zeit nicht zulassen, dass sich der betroffene Spruchkörper mit anderen Verfahren befasst.

9. Die gerichtliche Aufklärungspflicht (§ 244 Abs. 2 StPO) erfordert es nicht allgemein, ehemals Mitangeklagte nach Abtrennung und rechtskräftiger Verurteilung als Zeugen zu laden und zu vernehmen. Die Notwendigkeit einer erneuten Heranziehung der Auskunftsperson könnte nur daraus abzuleiten sein, dass man generell in der Aussage eines Zeugen eine gegenüber der Einlassung eines Mitangeklagten vorzugswürdige Erkenntnisquelle erblickt. Die spezifischen Zeugenpflichten oder besondere Strafvorschriften, die wahrheitsgemäße Aussagen sicherstellen sollen, rechtfertigen dies indes nicht.

10. Der Beweiswert der Aussagen von Zeugen und Mitangeklagten ist regelmäßig weitgehend angenähert. Entscheidend für die Beurteilung des Wahrheitsgehalts einer Aussage ist grundsätzlich weniger die verfahrensrechtliche Rolle als vielmehr der persönliche Gesamteindruck, die Art und Weise der Bekundung, die innere Wahrscheinlichkeit der Schilderung und andere in der Aussage oder Auskunftsperson selbst liegende Umstände. Dabei kann auch zu berücksichtigen sein, ob spezifische Motive eine Falschbelastung nahelegen, etwa die Erwartung der Milderung der eigenen Strafe aufgrund von Aufklärungshilfe.

#### **643. BGH 1 StR 10/20 – Urteil vom 7. April 2021 (LG Duisburg)**

Unterjährige Änderung der Geschäftsverteilung für bereits anhängige Verfahren (Abwägung des Rechts auf den gesetzlichen Richter mit dem rechtsstaatlichen Gebot einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege und dem verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgrundsatz: umfassende Dokumentation der Begründung; Zulässigkeit nur bei abstrakt-genereller Überleitung bereits anhängiger Sachen im Geschäftsverteilungsplan); Besetzungsrüge (erforderliche Begründung entsprechend § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; erforderliche Begründung bei Rüge einer Überleitungsklausel bei unterjähriger Entlastung).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG; § 338 Nr. 1 lit. b StPO aF; § 222b Abs. 1 Satz 2 StPO aF; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Eine nachträgliche Änderung der Geschäftsverteilung (§ 21e Abs. 3 Satz 1 GVG) kann insbesondere dann geboten sein, wenn nur auf diese Weise dem Verfassungsgebot einer beschleunigten Behandlung namentlich von Strafsachen nachzukommen ist. Allerdings tritt in diesen Fällen das Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht vollständig zurück; denn es besteht der Anspruch auf zügige Entscheidung durch den gesetzlichen Richter. Deshalb ist in diesen Fällen das Recht des Angeklagten auf den gesetzlichen Richter mit dem rechtsstaatlichen Gebot einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege und dem verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgrundsatz zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen. In solchen Fällen sind – mit Rücksicht auf die Garantie des gesetzlichen Richters (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) – die Gründe, die eine derartige Umverteilung erfordern und rechtfertigen, umfassend zu dokumentieren und darzulegen, um den Anschein einer willkürlichen Zuständigkeitsverschiebung auszuschließen.

2. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG steht einer Änderung der Zuständigkeit auch für bereits anhängige Verfahren jedenfalls dann nicht entgegen, wenn die Neuregelung generell gilt, zum Beispiel mehrere anhängige Verfahren und eine unbestimmte Vielzahl künftiger, gleichartiger Fälle erfasst, und sie nicht auf sachwidrigen Gründen fußt. Jedoch müssen sämtliche Regelungen eines Geschäftsverteilungsplanes, der die gesetzlichen Bestimmungen über die Zuständigkeiten der jeweiligen Spruchkörper ergänzt, die wesentlichen Merkmale gesetzlicher Vorschriften aufweisen. Die Regelungen eines Geschäftsverteilungsplanes müssen also im Voraus generell-abstrakt die Zuständigkeit der Spruchkörper und die Zuweisung der einzelnen Richter regeln, damit die einzelne Sache „blindlings“ aufgrund allgemeiner, vorab festgelegter Merkmale an den entscheidenden Richter gelangt und so der Verdacht einer Manipulation der rechtsprechenden Gewalt ausgeschlossen wird.

3. Soweit bereits anhängige Verfahren von einer Neuverteilung bestehender Zuständigkeiten erfasst werden, sind Regelungen nur dann im Voraus generell-abstrakt, wenn der Geschäftsverteilungsplan selbst die Sachen neu verteilt. Sie sind demgegenüber nicht im Voraus generell-abstrakt, wenn sie im Einzelfall sowohl die Neuverteilung als auch die Beibehaltung bestehender Zuständigkeiten ermöglichen und dabei die konkreten Zuständigkeiten von Beschlüssen einzelner Spruchkörper abhängig machen, die gerade Adressaten der generell-abstrakten Zuständigkeit sein sollen.

4. Die Vorschrift des § 338 Nr. 1 Buchst. b StPO aF nimmt damit Bezug auf § 222b Abs. 1 Satz 2 StPO aF, der bestimmt, dass die Tatsachen, aus denen sich die vorschriftswidrige Besetzung ergeben soll, anzugeben sind. Die Begründungsanforderungen an den Besetzungseinwand entsprechen dabei nach den Vorstellungen des Gesetzgebers im Kern den Rügeanforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO. Fehlt die erforderliche umfassende Begründung, insbesondere ein hinreichend substantiierter Tatsachenvortrag, so ist der Besetzungseinwand nicht in der vorgeschriebenen Form geltend gemacht und damit nicht zulässig erhoben (vgl. BGHSt 44, 161, 162).

5. Je nach der Eigenart des gerügten Verfahrensverstößes ergeben sich auf der Grundlage der vorhandenen Dogmatik im Bereich des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO spezielle Anforderungen an die Begründung der Rüge. Freilich darf das Revisionsgericht an die Vortragspflichten weder unerfüllbare noch unzumutbare oder aus Sachgründen nicht zu rechtfertigende Anforderungen stellen; das Rechtsmittel der Revision darf nicht ineffektiv gemacht werden. Dem strengen Ausnahmecharakter der Präklusionsvorschriften § 222b Abs. 1 i.V.m. § 338 Nr. 1 Buchst. b) StPO aF ist bei ihrer Anwendung Rechnung zu tragen.

6. Ein zulässiger Besetzungseinwand bezüglich einer Überleitungsklausel bei unterjähriger Entlastung erfordert namentlich die Vorlage sämtlicher Überlastungsanzeigen, der Präsidiumsbeschlüsse und sonstiger hierzu erteilter Auskünfte des Landgerichts).

**646. BGH 1 StR 50/21 – Beschluss vom 23. März 2021 (LG München II)**

Vergewaltigung (Beweiswürdigung: mögliches Einverständnis des Opfers bei Geschehen in einer längeren gelebten Liebes- und Intimbeziehung).  
§ 177 Abs. 1, Abs. 6 Nr. 1 StGB; § 261 StPO

Für die Beweiswürdigung zu der Frage, ob eine sexuelle Handlung an einer Person mit oder ohne deren Einverständnis vorgenommen wurde, kann, wenn es um ein Geschehen in einer längeren gelebten Liebes- und Intimbeziehung geht, nicht nur den von den Intimpartnern einvernehmlich praktizierten sexuellen Gewohnheiten und Üblichkeiten, sondern auch deren sonstiger Interaktion erhebliche Bedeutung zukommen. Gleiches gilt für die Beweiswürdigung dazu, ob der angeklagte Intimpartner in der konkreten Situation subjektiv vom Vorliegen eines Einverständnisses seines Partners mit der jeweiligen sexuellen Handlung ausging. Gerade bei ambivalenten Intimbeziehungen ist insoweit eine kritische und besonders gewissenhafte, alle Besonderheiten der Paarbeziehung in den Blick nehmende Gesamtbetrachtung von besonderer Bedeutung.

**696. BGH 5 StR 482/20 – Beschluss vom 25. Mai 2021 (LG Dresden)**

Diplomatische Immunität (Ermöglichung des ungestörten diplomatischen Verkehrs zwischen Entsende- und Empfangsstaat); Unzulässigkeit des Befangenheitsantrags nach dem letzten Wort.  
Art. 54 Abs. 1 WÜK; § 25 Abs. 2 S. 2 StPO

1. Nach Art. 54 Abs. 1 des Wiener Übereinkommens über konsularische Beziehungen (WÜK) ist Immunität auf Reisen durch einen Drittstaat gegeben, wenn deren Zweck ausschließlich der Transit mit dem Ziel ist, den Empfangs- oder den Entsendestaat zu erreichen. Dieser Zweck ist auch dann nicht erfüllt, wenn sich der Diplomat oder Konsularbeamte aus anderen Gründen dienstlich vorübergehend in einem Drittstaat aufhält oder diesen durchquert. Denn die Anwendung von Art. 54 Abs. 1 WÜK ist auf dasjenige beschränkt, was zur Ermöglichung eines ungestörten diplomatischen Verkehrs zwischen dem Entsende- und dem Empfangsstaat notwendig ist.

2. Befangenheitsgesuche nach dem letzten Wort des Angeklagten sind nach dem insoweit eindeutigen Wortlaut von § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO absolut ausgeschlossen und damit unzulässig. Ob es in Fällen einer deutlich zu Tage getretenen Voreingenommenheit möglich ist, von diesem Grundsatz durch eine einschränkende Auslegung der Vorschrift abzuweichen, wenn Ablehnungsgründe erst nach dem letzten Wort entstanden oder bekannt geworden sind und anders unerträgliche Ergebnisse nicht vermieden werden können, braucht der Senat hier nicht zu entscheiden.

**694. BGH 5 StR 458/20 – Beschluss vom 26. Mai 2021 (LG Berlin)**

Einheitliche Kostenentscheidung in der Revisionsinstanz nach Absehen von der Einziehungsentscheidung.

§ 421 Abs. 1 StPO; § 473 Abs. 4 StPO

In allen Fällen des vollständigen Absehens von der Einziehungsentscheidung nach § 421 Abs. 1 StPO ist in der Revisionsinstanz im Rahmen verfahrensabschließender Entscheidung eine einheitliche Kostenentscheidung nach § 473 Abs. 4 StPO zu treffen. Dies gilt auch bei einer Teilbeschränkung innerhalb der Einziehungsentscheidung und beim sonstigen Teilerfolg der Revision hinsichtlich der Einziehungsentscheidung. In allen diesen Fällen wird – neben der Erwägung, ob der Revisionsführer das Rechtsmittel auch eingelegt hätte, wenn das angegriffene Urteil wie die Revisionsentscheidung gelautet hätte – der Teilerfolg des Rechtsmittels hinsichtlich der Einziehungsentscheidung ins Verhältnis zum Revisionsbegehren insgesamt gesetzt, um Maß, Gewicht und Umfang des Teilerfolgs zu bestimmen und auf dieser Grundlage eine Billigkeitsentscheidung zu treffen.

**704. BGH 2 StR 450/19 – Beschluss vom 29. März 2021 (LG Schwerin)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Abweichen von einem Sachverständigengutachten: Darlegungsanforderungen; Pseudoerinnerungen: nur begrenzte Überprüfbarkeit durch merkmalsorientierte Aussageninhaltsanalysen; zur Würdigung der Aktenkenntnis eines Zeugen); sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (geltende Verjährungsfrist vor dem Hintergrund der Gesetzesentwicklung; Verlängerung der Verjährungsfrist; anwendbare Fassung).

§ 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 174 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

1. Es ist einem Tatgericht zwar nicht verwehrt, vom Gutachten eines Sachverständigen abzuweichen. Wenn es aber eine Frage, für die es geglaubt hat, des Rates eines Sachverständigen zu bedürfen, im Widerspruch zu dem Gutachten lösen will, muss es die maßgeblichen Überlegungen des Sachverständigen wiedergeben und seine Gegenansicht unter Auseinandersetzung mit diesen begründen, damit ersichtlich wird, dass es mit Recht besseres Wissen in Anspruch nimmt.

2. Pseudoerinnerungen können nicht ohne weiteres durch merkmalsorientierte Aussageninhaltsanalysen überprüft werden; denn scheinbare Realkennzeichen sind

bei Pseudoerinnerungen in ähnlicher Weise anzutreffen wie in realen Erlebnisbeschreibungen.

3. Zur Beweiswürdigung, wenn ein Zeuge vor seiner Aussage Kenntnis vom Akteninhalt hatte.

4. Die Verjährungsfrist für Taten nach § 174 Abs. 1 StGB beträgt fünf Jahre. Der mit Wirkung vom 23. Juni 1994 eingefügte § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB, wonach die Verjährung bis zur Vollendung des 18. Lebensjahres des Opfers ruht, galt zunächst nicht für Straftaten im Sinne des § 174 StGB und zwar auch dann nicht, wenn das Vergehen Tateinheitlich mit sexuellem Missbrauch von Kindern zusammentraf. Erst in der geänderten Fassung, die ab dem 1. April 2004 galt, wurde das Ruhen der Verjährung bis zum vollendeten 18. Lebensjahr des Opfers auch für die Strafbarkeit nach § 174 StGB eingeführt. Die Dauer des Ruhens der Verjährungsfrist wurde mit Wirkung vom 30. Juni 2013 auf die Vollendung des 21. Lebensjahres verlängert. Die Neufassungen finden auch für vor ihrem Inkrafttreten begangene Taten Anwendung, sofern deren Verfolgung zu diesem Zeitpunkt noch nicht verjährt ist; dies ergibt sich aus der erklärten Intention des Gesetzgebers und der Regelungssystematik des Gesetzes.

**686. BGH 5 StR 143/20 – Urteil vom 14. April 2021 (LG Dresden)**

Gerichtliche Kognitionspflicht und prozessualer Tatbegriff; Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Nichtanordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt. § 264 StPO; § 29 BtMG; § 64 StGB

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 (siehe zuletzt bereits BGH HRRS 2020 Nr. 1274). Die Tat als Gegenstand der Urteilsfindung im Sinne des § 264 Abs. 1 StPO ist der geschichtliche Vorgang, wie er in der zugelassenen Anklageschrift umschrieben ist und innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht haben soll. Sie wird in der Regel durch Tatort, Tatzeit und das Tatbild bestimmt. Zur Tat im prozessualen Sinn gehört das gesamte Verhalten des Täters, soweit es nach der Lebensauffassung ein einheitliches Geschehen darstellt.

**714. BGH 4 StR 46/21 – Urteil vom 29. April 2021 (LG Bochum)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Anforderungen an die Darstellung der einer DNA-Vergleichsuntersuchung; ausnahmsweise kein Beruhen des Urteils auf einem Darstellungsmangel in Bezug auf DNA-Mischspuren). § 261 StPO; § 337 StPO

1. Die Darstellung der Ergebnisse einer auf einer molekulargenetischen Vergleichsuntersuchung beruhenden Wahrscheinlichkeitsberechnung ist so auszugestalten, dass die Wahrscheinlichkeitsberechnung für das Revisionsgericht nachvollziehbar ist. Deshalb muss das Tatgericht in den Urteilsgründen mitteilen, wie viele Systeme untersucht wurden, ob und inwieweit sich Übereinstim-

mungen in den untersuchten Systemen ergaben, mit welcher „Wahrscheinlichkeit“ die festgestellte Merkmalskombination bei einer weiteren Person zu erwarten ist und, sofern der Angeklagte einer fremden Ethnie angehört, inwieweit dieser Umstand bei der Auswahl der Vergleichspopulation von Bedeutung war.

2. Eine Ausnahme von diesem Grundsatz gilt nach neuer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nur bei DNA-Vergleichsuntersuchungen, die sich auf eindeutige Einzelspuren beziehen und keine Besonderheiten in der forensischen Fragestellung aufweisen. In diesen Fällen genügt die Mitteilung, mit welcher Wahrscheinlichkeit die festgestellte Merkmalskombination bei einer weiteren Person zu erwarten ist.

3. Bei Mischspuren, d.h. bei Spuren, die mehr als zwei Allele in einem DNA-System aufweisen und demnach von mehr als einer einzelnen Person stammen, wird von den Tatgerichten grundsätzlich weiterhin verlangt, in den Urteilsgründen mitzuteilen, wie viele Systeme untersucht wurden, ob und inwieweit sich Übereinstimmungen in den untersuchten Systemen ergaben und mit welcher „Wahrscheinlichkeit“ die festgestellte Merkmalskombination bei einer weiteren Person zu erwarten ist. Lediglich in Fällen, in denen Mischspuren eine eindeutige Hauptkomponente aufweisen, können für die Darstellung der DNA-Vergleichsuntersuchung die für die Einzelspur entwickelten Grundsätze gelten.

4. Ein Beruhen des Urteils auf einer mangelhaften Darstellung in Bezug auf DNA-Mischspuren kann ausgeschlossen werden, wenn das Landgericht seine Überzeugung von der Täterschaft des Beschuldigten bereits „allein“ daraus gewinnen konnte, dass bei ihm kurz nach einem Brandstiftungsdelikt frisch gewaschene Kleidungsstücke festgestellt wurden, die ausweislich einer Videoaufzeichnung vom Tatort in Art und Farbe der Täterkleidung gleichkamen und bei der tatzeitnahen Durchsichtung anderweit nicht erklärbarer Benzin- und Brandgeruch in der Wohnung des Beschuldigten festgestellt wurde.

**684. BGH 5 StR 110/21 – Beschluss vom 11. Mai 2021 (LG Berlin)**

Darlegungserfordernisse bei der Rüge der rechtsfehlerhaften Behandlung eines Beweisantrags.  
§ 344 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 3 StPO

Bei einer Verfahrensrüge, mit der die rechtsfehlerhafte Behandlung eines Beweisantrags gerügt wird, müssen gem. § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO neben dem vollständigen Inhalt des Beweisantrags einschließlich der Antragsbegründung sowie dem gerichtlichen Ablehnungsbeschluss auch die im Beweisantrag und in dem ablehnenden Be-

schluss in Bezug genommenen Unterlagen und Aktenbestandteile mit der Begründungsschrift vorgelegt oder jedenfalls inhaltlich vorgetragen werden.

**665. BGH 1 BGs 190/21 – Beschluss vom 20. Mai 2021**

Beweisantrag im parlamentarischen Untersuchungsausschuss (Exklusivität der Ermächtigungsgrundlagen für Herausgabeverlangen gegenüber Privaten und öffentlichen Stellen; Entscheidung des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs über einen Beweisantrag: keine eigene Beweiserhebung des Ermittlungsrichters).  
Art. 44 GG; § 18 PUAG; § 29 PUAG, § 30 PUAG; § 17 Abs. 4 PUAG

1. Die §§ 29, 30 PUAG sind nur auf Herausgabeverlangen gegenüber Privaten anwendbar, nicht auf die Vorlage von Unterlagen durch öffentliche Stellen. Die Vorlagepflicht öffentlicher Stellen bemisst sich ausschließlich nach § 18 PUAG.

2. Ein ausdrücklich auf die §§ 29, 30 PUAG gestützter Beweisantrag kann vom Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs nicht nach § 18 PUAG für begründet gehalten werden, da es damit zur Anwendung eines gänzlich anderen Regelungsregimes käme.

3. Die Beweiserhebung ist ureigene Aufgabe des Untersuchungsausschusses. Der Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs „entscheidet“ gemäß § 17 Abs. 4 PUAG „über die Erhebung der Beweise“, erhebt sie aber nicht selbst. Das Verfahren nach § 17 Abs. 4 PUAG ist der Sache nach ein einfachgesetzliches (kontradiktorisches) Organstreitverfahren, in dem grundsätzlich allein Feststellungsentscheidungen getroffen werden können.

**692. BGH 5 StR 406/17 – Beschluss vom 9. Juni 2021 (LG Berlin)**

Lediglich ausnahmsweise Zulässigkeit der rückwirkenden Bewilligung von Prozesskostenhilfe im Adhäsionsverfahren.  
§ 404 StPO; § 117 ZPO

Der Bewilligung von Prozesskostenhilfe steht zwar nicht bereits entgegen, dass das Revisionsverfahren rechtskräftig abgeschlossen ist. Eine rückwirkende Bewilligung von Prozesskostenhilfe kommt aber nur ausnahmsweise in Betracht, wenn der Antrag bereits vor Verfahrensabschluss gestellt, jedoch versehentlich nicht beschieden worden ist und der Antragsteller mit seinem Antrag bereits alles für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe Erforderliche getan, insbesondere die gemäß § 404 Abs. 5 Satz 1 StPO iVm § 117 Abs. 2 Satz 1 ZPO erforderliche Erklärung über die persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse beigefügt hat

## V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

### 667. BGH 3 StR 225/20 – Beschluss vom 21. April 2021 (LG Koblenz)

Anwendbarkeit des Markenstrafrechts nach Wegfall des in Bezug genommenen Rechtsakts (kein Blanketttatbestand; statische Verweisung; Aufnahme des vollen Wortlautes der Bezugsnorm in die Verweisungsnorm; kein Rückgriff auf die Bezugsnorm zur Bestimmung des strafbaren Verhaltens; Gleichlauf mit der unionsrechtlichen Regelung; Bestimmtheitsgebot); Täterschaft bei der Einfuhr im Markenstrafrecht (allgemeine Grundsätze; keine Eigenhändigkeit erforderlich).  
§ 143a Abs. 1 Nr. 1 MarkenG a.F.; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Nach Art. 103 Abs. 2 GG hat der Gesetzgeber die Voraussetzungen der Strafbarkeit selbst zu bestimmen, darf dabei aber auf andere, auch unionsrechtliche Vorschriften verweisen. Solche Verweisungen sind in der Regel dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn der verweisende Gesetzgeber sich den Inhalt von Rechtsvorschriften des anderen Normgebers in der Fassung zu eigen macht, wie sie bei Erlass seines Gesetzesbeschlusses galt. Eine Änderung des in Bezug genommenen Gesetzes hat bei einer solch statischen Verweisung keine Auswirkungen auf den Inhalt der Verweisungsnorm. Zudem kommt es nicht darauf an, ob die Bezugsnorm bereits oder noch gilt.

2. § 143a Abs. 1 Nr. 1 MarkenG a.F. war nicht als Blankettstrafvorschrift ausgestaltet, die erst durch die Verweisung auf die Gemeinschaftsmarkenverordnung ausgefüllt würde (siehe bereits BGH HRRS 2018 Nr. 229). Der Gesetzgeber hat vielmehr den vollen Wortlaut des Art. 9 Abs. 1 Satz 2 GMV in die Verweisungsnorm aufgenommen, sodass sich aus ihr selbst abschließend das zu ahnende Verhalten ergibt. Die Änderung der in Bezug genommenen Gemeinschaftsmarkenverordnung bis hin zu ihrer Aufhebung und die Ersetzung der Regelungen durch die Unionsmarkenverordnung haben diesen Gleichlauf jedenfalls für die Konstellation der unberechtigten Benutzung der Marke zu keinem Zeitpunkt in Frage gestellt.

3. Der Tatbestand der „Einfuhr“ i.S.d. Markenstrafrechts verlangt kein eigenhändiges Verbringen der Ware in den Geltungsbereich des Markengesetzes. Mittäter kann auch derjenige sein, der diese von anderen Personen über die Grenze transportieren lässt. Voraussetzung dafür ist ein die Tatbegehung fördernder Beitrag, der sich als ein Teil der Tätigkeit aller darstellt und der die Handlungen der anderen als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheinen lässt. Im Rahmen der anzustellenden Gesamtbetrachtung sind von besonderer Bedeutung der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Einfluss bei der Vorbereitung der Tat und der Tatplanung, der Umfang der Tatbeteiligung und die Teilhabe an der Tatherrschaft oder jeden-

falls der Wille dazu, sodass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch von dem Willen des Betroffenen abhängen. Entscheidender Bezugspunkt bei allen diesen Merkmalen ist der Einfuhrvorgang selbst.

### 656. BGH 1 StR 470/20 – Beschluss vom 11. März 2021 (LG Köln)

Steuerhinterziehung (Kompensationsverbot: Berücksichtigung nicht berücksichtigungsfähiger Steuerermäßigungsgründe bei der Strafzumessung).  
§ 370 Abs. 1, Abs. 4 Satz 3 AO; § 46 StGB

1. Nach dem Kompensationsverbot gemäß § 370 Abs. 4 Satz 3 AO liegt eine Steuerhinterziehung auch dann vor, wenn die Steuer, auf die sich die Tat bezieht, aus anderen Gründen hätte ermäßigt werden können. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt das Kompensationsverbot allerdings dann nicht, wenn die verschwiegenen steuererhöhenden Umstände in einem unmittelbaren wirtschaftlichen Zusammenhang mit ebenfalls verschwiegenen steuermindernden Umständen stehen.

2. Ermäßigungsgründe und Steuervorteile, die wegen des Kompensationsverbots nicht berücksichtigungsfähig sind, können aber im Rahmen der Strafzumessung strafmildernd einzustellen sein, weil dem Täter einer Steuerhinterziehung nur die verschuldeten (steuerlichen) Auswirkungen der Tat zur Last zu legen sind (st. Rspr.).

### 663. BGH 1 StR 514/20 – Beschluss vom 21. April 2021 (LG München I)

Umsatzsteuerhinterziehung (Tatvollendung bei Umsatzsteuervoranmeldungen); Einziehung (Erlangen eines Vermögensvorteils durch den faktischen Geschäftsführer der steuerpflichtigen Gesellschaft).  
§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; § 150 Abs. 1 Satz 3 AO; § 168 AO; § 18 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 UStG; § 73 Abs. 1 StGB; § 34 AO; § 35 AO

Der faktische Geschäftsführer eines Unternehmens erlangt durch eine Steuerhinterziehung einen einziehbaren Steuervorteil, weil sich diese wegen seiner aus § 34 Abs. 1 AO resultierenden Pflicht zur Erfüllung der steuerlichen Pflichten des in seinem Vermögen wirtschaftlich niederschlagen.

### 713. BGH 4 StR 397/20 – Beschluss vom 28. April 2021 (LG Siegen)

Begriffsbestimmungen nach dem Sprengstoffgesetz (unzulässige Subsumtion von Begriffen der Alltagssprache: „Polenböllchen“); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (keine Aufnahme des Regelbeispiels des gewerbmäßigen Handels in die Urteilsformel).



§ 3 Abs. 1 SprengG; § 3a Abs. 1 SprengG; § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG

1. Der Alltagssprache entnommene Beschreibungen wie „Polenböllern“ lassen nicht erkennen, ob insoweit die tatsächlichen Voraussetzungen für die Annahme eines Tatbestandsmerkmals von § 3 Abs. 1, § 3a Abs. 1 SprengG erfüllt sind.

2. Das Regelbeispiel des gewerbsmäßigen Handelns nach § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG ist nicht in die Urteilsformel aufzunehmen, weil es nur die Strafzumessung betrifft.

**687. BGH 5 StR 146/21 – Beschluss vom 8. Juni 2021 (LG Berlin)**

Vorsätzlicher wiederholter Verstoß gegen die aufenthaltsrechtliche Meldepflicht (Anordnung durch Verwaltungsakt; keine einschränkende Auslegung; Vorsatz beim die Wiederholung begründenden Erstverstoß).  
§ 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG; § 56 AufenthG

1. Die Strafbarkeit nach § 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG betrifft nach dem Gesetzeswortlaut nicht nur Verstöße gegen die kraft Gesetzes eintretende Meldepflicht nach § 56 Abs. 1 Satz 1 AufenthG, sondern auch gegen eine vollziehbar durch Verwaltungsakt angeordnete Meldepflicht nach § 56 Abs. 1 Satz 2 AufenthG. Für eine einschränkende Auslegung sieht der Senat keinen Anlass. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Norm bestehen insoweit nicht.

2. Voraussetzung einer Strafbarkeit wegen wiederholten Meldeverstoßes nach § 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG ist, dass bereits der die Wiederholung begründende Erstverstoß vorsätzlich geschah.

**690. BGH 5 StR 337/20 – Beschluss vom 27. Mai 2021 (LG Bremen)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln durch Aufzucht von Cannabispflanzen (Auf Umsatz gerichtete Tätigkeit; Abzielen auf gewinnbringende Veräußerung; Erwerb von Setzlingen; Abgrenzung zum Anbau; Einpflanzen; Versuch; Vollendung).  
§ 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG

1. Handeltreiben im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG ist jede eigennützige auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit. Hiervon sind solche Handlungen abzugrenzen, die lediglich typische Vorbereitungen darstellen, weil sie weit im Vorfeld des beabsichtigten Güterumsatzes liegen. Dabei ist auf die jeweiligen Umstände des Einzelfalles abzustellen. Die Aufzucht von Cannabispflanzen erfüllt den Tatbestand des Handeltreibens, wenn der Anbau auf die gewinnbringende Veräußerung der herzustellenden Betäubungsmittel zielt.

2. Allein der Erwerb von Setzlingen zum Zweck des anschließenden Anbaus stellt jedoch noch keine auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit dar. In derartigen Fällen entfaltet vielmehr der (verdrängte) Straftatbestand des Anbaus von Betäubungsmitteln insoweit eine Begrenzungsfunktion für den Tatbestand des

Handeltreibens, als er den Versuch erst mit dem unmittelbaren Ansetzen zur Aussaat oder zum Anpflanzen beginnen lässt, wobei sich die Abgrenzung zwischen Vorbereitungsstadium und Versuch nach allgemeinen Kriterien anhand der Umstände des Einzelfalles richtet. Eine Vollendung des Handeltreibens tritt regelmäßig erst mit dem Anbau in Verkaufs- und Gewinnerzielungsabsicht, also mit Anpflanzung der Setzlinge ein, denn der (vollendete) Anbau erfordert das Einpflanzen der Setzlinge in die dazu bestimmten Gefäße.

**673. BGH 5 StR 4/21 (alt: 5 StR 111/20) – Urteil vom 12. Mai 2021 (LG Berlin)**

Besitz im waffenrechtlichen Sinne; bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mitsichführen einer Schusswaffe); durch das Revisionsgericht aufrechterhaltene Feststellungen (Unbeachtlichkeit widersprechender Beweisergebnisse).  
§ 52 Abs. 3 Nr. 2 WaffG; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG;  
§ 353 Abs. 2 StPO

1. Eine Waffe oder Munition „besitzt“ i.S.d. § 52 Abs. 3 Nr. 2 WaffG, wer die tatsächliche Gewalt darüber ausübt. Der Besitz im waffenrechtlichen Sinn entspricht daher grundsätzlich dem unmittelbaren Besitz des § 854 BGB. Neben der objektiven Sachherrschaft ist ein Herrschaftswille und somit die Kenntnis vom Entstehen der (objektiven) Sachherrschaft erforderlich. Bei Gegenständen, die sich in der eigenen Wohnung befinden, ist hierfür nicht notwendig, dass der Herrschaftswille stets aktuell vorhanden ist. Es genügt vielmehr ein genereller Herrschaftswille über die Gegenstände, die sich im eigenen Herrschaftsbereich befinden.

2. Ein bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln setzt voraus, dass der Täter die Schusswaffe oder sonstige, ähnlich gefährliche Gegenstände bewusst gebrauchsbereit in der Weise bei sich hat, dass er sich ihrer in irgendeinem Stadium des Tathergangs jederzeit ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne besondere Schwierigkeiten bedienen kann.

3. Hebt das Revisionsgericht ein Urteil auf, erhält es die Feststellungen aber in Anwendung des § 353 Abs. 2 StPO aufrecht, weil diese nicht von dem Rechtsfehler betroffen sind, ist das Tatgericht im weiteren Verfahren an diese Feststellungen gebunden. Er darf sie zwar noch ergänzen; die ergänzenden Feststellungen dürfen den bindend gewordenen jedoch nicht widersprechen. Beweisergebnisse, die im Widerspruch zu bindenden Feststellungen stehen, haben außer Betracht zu bleiben.

**651. BGH 1 StR 112/21 – Beschluss vom 22. April 2021 (LG Hechingen)**

Einziehung (Einziehung von Erlösen aus dem Handel mit Betäubungsmitteln: keine Gesamtschuld zwischen Tätern auf unterschiedlichen Handelsstufen).  
§ 73 Abs. 1 StGB; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG

Bei der Einziehung von Erlösen aus dem Handel mit Betäubungsmitteln kommt eine Gesamtschuld zwischen Betäubungsmittelhändlern auf verschiedenen Handelsstufen nicht in Betracht.

# Abtreibung oder Tötung eines Zwillings bei Kaiserschnitt

## Anmerkung zu BGH HRRS 2021 Nr. 33

Von Prof. Dr. Wolfgang Mitsch, Potsdam\*

### I. Einleitung

Die in den BGH gesetzten Hoffnungen, er werde sich durch die Revision gegen das Urteil des LG Berlin zu einer wegweisenden Neubestimmung der strafrechtlich so folgenreichen und folgenschweren Abgrenzung von „Schwangerschaft“ und „Leben“ oder – gleichbedeutend – „Leibesfrucht“ und „Mensch“ (bzw. „Person“) inspirieren lassen, haben sich nicht erfüllt.<sup>1</sup> Nach dem BGH beginnt die Qualität oder Eigenschaft als taugliches Opfer von Tötungs- und Körperverletzungsdelikten mit dem Beginn der Geburt, bei Kaiserschnittentbindung mit der Öffnung des Uterus. Daher war die Tötung des zu diesem Zeitpunkt noch lebenden Zwillings nicht Schwangerschaftsabbruch (§ 218 StGB), sondern Totschlag (§ 212 StGB).<sup>2</sup> Nach einer solchen Weichenstellung auf der Ebene des objektiven Tatbestandes ist das Ergebnis vorgezeichnet und auf den folgenden Stufen des Deliktaufbaus kaum noch abwendbar.<sup>3</sup> Die Geltendmachung des Vorsatzmangels durch die Angeklagten ist angesichts ihrer Berufserfahrung nicht überzeugend. Rechtfertigungs-, Schuldausschließungs- und Entschuldigungsgründe sind de lege lata nicht ersichtlich.<sup>4</sup>

### II. Tötungsdelikt oder Schwangerschaftsabbruch

#### 1. Totschlag, § 212 StGB

Das Reichsgericht hätte vielleicht anders als der BGH einen – dogmatisch zweifelhaften – Weg gefunden, den Angeklagten den Totschlagsvorwurf zu ersparen. Denn

ein wenig ähnelt die Interessenkonstellation im „Berliner Zwillings-Fall“ der, die der berühmten „Badewannen-Entscheidung“ (RGSt 74,84) zugrunde gelegen hatte.<sup>5</sup> Dort wurde die Täterrolle der am Tötungsgeschehen weitgehend passiv beteiligten Kindesmutter zugeschrieben, während ihre Schwester, die das Neugeborene eigenhändig in der Badewanne ertränkte, nur Gehilfin gewesen sei.<sup>6</sup> Die Nachteile, auf deren Abwendung sich das Interesse an der Kindestötung bezog, hätten die Kindesmutter getroffen, nicht ihre Schwester. Daraus leitete der 3. Strafsenat des RG den animus auctoris der dann nur auf der Grundlage des § 217 StGB aF strafbaren nichtehelichen Mutter ab.<sup>7</sup> Im Berliner Fall ging es ebenfalls ausschließlich um die Abwendung von Nachteilen für die Schwangere, was ja bis zur Geburt ohne Weiteres für eine Rechtfertigung nach § 218 a Abs. 2 StGB gereicht hätte. Die Angeklagten handelten im Interesse ihrer Patientin, eine streng subjektive Tätertheorie könnten ihnen deshalb bloßen animus socii attestieren. Das würde für Straflosigkeit ausreichen, wenn der Täterin – der Schwangeren – der Vorsatz bezüglich des Lebensbeginns gefehlt hätte. Nun ist eine Rückkehr zu einer Lehre, die Entscheidungen wie „Badewanne“ oder später „Staschinsky“<sup>8</sup> hervorbrachte, schon wegen des entgegenstehenden Wortlauts des § 25 Abs. 1 StGB ausgeschlossen.<sup>9</sup>

\* Der Verfasser ist Professor für Strafrecht an der Universität Potsdam.

<sup>1</sup> Zutreffend prognostiziert von *Lorenz/Bade* ZfL 2020, 429, 455, die eine Abkehr von der h. M. als „wünschenswert“ bezeichneten, aber zugleich wenig Hoffnung sahen, dass sich der 5. Strafsenat dieser Sichtweise anschließen würde. Zur Strafbarkeit aus § 211 StGB unten B. II.

<sup>2</sup> *Lorenz/Bade* ZfL 2020, 429, 450.

<sup>3</sup> *Hoven medstra* 2020, 65, 66 hält allerdings einen Verbotssirrtum für „nicht so abseitig, wie das Landgericht Berlin offenbar meint“. Das ist richtig, die entscheidende Frage ist aber die Vermeidbarkeit dieses Irrtums.

<sup>5</sup> Aus der jüngeren Literatur sehr lesenswert *Renzikowski*, in: *Maurach/Gössel/Zipf*, Strafrecht Allgemeiner Teil 2, 8. Aufl. (2014), § 47 Rn. 43 ff.

<sup>6</sup> Gegen die Täterqualifikation der Kindesmutter ist im Ergebnis aus heutiger Sicht wegen § 13 StGB nichts einzuwenden. Kritikwürdig ist die RG-Entscheidung allein wegen der Herabstufung der eigenhändig tötenden Schwester zur bloßen Gehilfin. Insofern dürften die RG-Richter Rechtsbeugung begangen haben.

<sup>7</sup> Der Tatbestand „Kindestötung“ war ein privilegierender Tatbestand der vorsätzlichen Tötung und verdrängte daher auf der Ebene der Gesetzeskonkurrenz den § 212 StGB sowie auch den § 211 StGB; vgl. *Struensee*, in: *Dencker/Struensee/Nelles/Stein*, Einführung in das 6. Strafrechtsreformgesetz 1998, 2. Teil Rn. 5.

<sup>8</sup> BGHSt 18, 87.

<sup>9</sup> *Jescheck/Weigend*, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl. (1996), § 61 IV 3; *Renzikowski*, in: *Maurach/Gössel/Zipf*, AT 2, 8. Aufl. (2014), § 47 Rn. 51; *Roxin*, Strafrecht Allgemeiner Teil II, 2003, § 25 Rn. 41.

Gleichwohl hätten die BGH-Richter Anlass gehabt, sich bei der Findung ihrer eigenen Entscheidung an den Badewannen-Fall zu erinnern und von ihm inspirieren zu lassen. Sie hätten dann einen anderen Weg eingeschlagen und wären zu einer Entscheidung gekommen, die nicht nur die Angeklagten erfreut, sondern auch ein anderes Echo in der Fachliteratur hervorgerufen hätte. Wenn es denn stimmt, was der ehemalige Richter am Reichsgericht *Fritz Hartung* – aus heutiger Sicht im Lichte des damals noch nicht geltenden § 43 DRiG bedenklich – in einem Aufsatz, der 1954 in der Juristenzeitung veröffentlicht wurde, offenbarte, so lag der dogmatisch fragwürdigen Entscheidung eine ethisch bemerkenswerte Motivation zugrunde.<sup>10</sup> Der eigenhändig das Baby ertränkenden Schwester hätte auf der Grundlage des § 211 StGB die Todesstrafe gedroht, wenn sie als Täterin wegen Mordes verurteilt worden wäre. Obwohl auf der Grundlage der aktuell geltenden Fassung des § 211 Abs. 2 StGB nicht zu erkennen ist, welches Mordmerkmal bei der Tötung des Säuglings erfüllt worden sein soll, war die Würdigung der Tat als Mord nach dem zur Tatzeit geltenden Strafrecht richtig. Die Reichsgerichtsentscheidung erging im Jahr 1940, die Tatzeit liegt also noch länger zurück. Zu diesem Zeitpunkt war § 211 StGB noch in der Fassung in Kraft, die der Vorschrift 1871 verliehen worden war. Mord war demnach die Tötung „mit Überlegung“, eine Voraussetzung, deren Erfüllung durch die Angeklagte nicht zu bestreiten ist.<sup>11</sup> Obwohl an sich die damalige Anwendung des § 211 StGB im Banne der Doktrin vom „Tätertyp“ stand und damit Gerichte über ein Instrument verfügten, mit dem ein Angeklagter trotz Erfüllung der Tatbestandsmerkmale vor der Verurteilung wegen Mordes bewahrt werden konnte, war mit einer derartigen Milde im nationalsozialistischen Deutschland nicht zu rechnen.<sup>12</sup> Tatsächlich war die Schwester in erster Instanz wegen Mordes zum Tode verurteilt worden. Anders die Richter des Reichsgerichts: „Das junge Mädchen aber dem Henker zu überantworten, das schien dem Senat nach Lage des Falles unerträglich zu sein.“<sup>13</sup> Zur bloßen Mordgehilfin herabgestuft war die Angeklagte „auf der relativ sicheren Seite“. Zwar wäre die Strafe nach § 211 StGB festzusetzen, „jedoch nach den über die Bestrafung des Versuches aufgestellten Grundsätze zu ermäßigen“ gewesen, § 49 Abs. 2 StGB a.F. Das bedeutete, dass bei einem Verbrechen, dessen Vollendung mit dem Tode oder mit lebenslänglichem Zuchthaus bedroht war, Zuchthausstrafe nicht unter drei Jahren (bis zu 15 Jahren, § 14 Abs. 2 StGB a.F.) zu verhängen war, § 44 Abs. 2 StGB a.F. Der Täterin der Kindestötung drohten von vornherein „nur“ drei bis fünfzehn Jahre Zuchthaus, § 217 Abs. 1 StGB.

Mit der trickreichen Rollenvertauschung schafften die Richter<sup>14</sup> es, auch die Schwester vor dem Schafott<sup>15</sup> zu

retten: „In der erneuten Verhandlung des Falles ist das Mädchen nur der Beihilfe zum Morde schuldig erkannt worden, und die Todesstrafe ist ihm erspart geblieben“.<sup>16</sup>

Mitleid und das tiefe Empfinden von Ungerechtigkeit mögen die Herren Reichsgerichtsräte zu ihrer Rettungsaktion bewogen haben. Dazu haben sie das geltende Recht bis zur Schmerzgrenze verbogen und damit fassungsloses Staunen und beißende Kritik ausgelöst. Das sollte den Richtern, die für die Strafrechtsanwendung im „Berliner Zwillingenfall“ zuständig waren, natürlich nicht zugemutet werden. Es wäre ihnen aber auch nicht zugemutet worden, weil sie – anders als die Mitglieder des RG-Senates – sich keine Entscheidungsbegründung hätten abringen müssen, mit der sie in gefährliche Nähe zur „Beugung des Rechts“ (§ 339 StGB) geraten wären. Andererseits ist die strafrechtliche Würdigung des ärztlichen Handelns durch LG Berlin und BGH nicht nur vertretbar, sondern gut nachvollziehbar und absolut im Einklang stehend mit allen relevanten Vorschriften und deren bisheriger Auslegung durch Rechtsprechung und Strafrechtslehre. Menschliches Leben im strafrechtlichen Sinne existiert nach immer noch herrschender Auffassung ab dem Beginn des Geburtsvorganges. Die Richter haben nach juristischen Maßstäben keine Fehlentscheidung getroffen.<sup>17</sup> Dennoch hätten sie anders entscheiden sollen und dies auch gekonnt. Dazu gäbe ein empathisches Sichhineinversetzen in die Lage der Ärzte ausreichend Anlass. Zwar ging es für die Angeklagten nicht wie für die Schwester der Kindesmutter im Badewannen-Fall um Leben oder Tod. Aber die Folgen einer Verurteilung wegen Totschlags für die berufliche und gesellschaftliche Existenz sind auch keine Bagatellen. Nun könnte man achselzuckend einwenden, die Ärzte hätten dies ja vermeiden können, indem sie auch den zweiten Zwilling schwerst behindert, aber lebendig aus dem Mutterleib geholt hätten.<sup>18</sup> So einfach war es jedoch keineswegs. Einen anderen Menschen nicht zu töten, ist im Normalfall nicht schwer, weil eine solche Unterlassung im Normalfall keine relevanten Nachteile mit sich bringt. Daher erzeugt die Verurteilung als „Verbrecher“ und die Bestrafung mit langjährigem Freiheitsentzug im Normalfall auch kein Gerechtigkeitsproblem. Aber ein Normalfall war die Todesverursachung in Anbetracht der außergewöhnlichen Umstände hier nicht. Egal, wie die Ärzte gehandelt hätten, in jedem Fall wäre eine schwierige Konfliktlösungsentscheidung notwendig gewesen. In jedem Fall wäre ihre Entscheidung mit erheblichen Risiken und der Folge wenigstens moralischen Fehlverhaltenstadel verbunden gewesen. Vor allem: als „Garanten“ (§ 13 StGB) befanden sich die Ärzte in einer juristischen Falle. Sie konnten sich nicht wie der qualifikationslose Bürger jeglicher strafrechtlicher Verantwortung durch schlichtes Nichtstun entziehen. Sie mußten also handeln und keine der möglichen Alternativen eröffnete die Aussicht auf ein Ergebnis, mit dem am Ende alle zufrieden wären. Die zeitlich prioritäre Maßnahme, nämlich ein Schwangerschaftsabbruch vor Beginn der Geburt, wäre für die Ärzte die vorteilhafteste Variante gewesen. Die

<sup>10</sup> *Hartung* JZ 1954, 430.

<sup>11</sup> *Hartung* JZ 1954, 430.

<sup>12</sup> Nach *Hartung* JZ 1954, 430 sei ein „Ausweichen“ in den Totschlag nach Lage der Sache nicht möglich gewesen.

<sup>13</sup> So *Hartung* JZ 1954, 430.

<sup>14</sup> Den Anstoß dazu gab *Hartung* nach eigenem Bekunden selbst, *ders.* JZ 1954, 430, 431: „Und ich stehe nicht an, einzugestehen, daß ich selbst es gewesen bin, der ihn vorgeschlagen hat.“

<sup>15</sup> § 13 StGB a.F.: „Die Todesstrafe ist durch Enthauptung zu vollstrecken“.

<sup>16</sup> *Hartung* JZ 1954, 430, 431.

<sup>17</sup> *Grünwald* ZfL 2020, 419, 426 Fn. 28.

<sup>18</sup> Vgl. den Hinweis auf entsprechende Argumentation der Staatsanwaltschaft bei *Grünwald* ZfL 2020, 419, 427 Fn. 29.

Abtreibung des schwerst geschädigten Fötus wäre gemäß § 218 a Abs. 2 StGB gerechtfertigt.<sup>19</sup> Hätte dieser Eingriff unvermeidbar auch den gesunden Fötus getötet, läge auch dieser Erfolg noch im Rechtfertigungsbereich des § 218 a Abs. 2 StGB.<sup>20</sup> Zwar entspräche dieser Ausgang nicht dem Willen der Schwangeren. Wenn sie aber in Kenntnis des Risikos ihre Einwilligung in den Abort erteilt hätte, dann bezöge diese auch den unerwünschten Tod des gesunden Kindes mit ein. Die Ärzte haben mit Rücksicht auf den verständlichen Wunsch der Schwangeren, wenigstens ein gesundes Kind lebend zu gebären, von diesem Schwangerschaftsabbruch abgesehen und sich auf die für sie selbst rechtlich riskantere Alternative eingelassen. Dabei lag jedoch ein Eingriff gegenüber dem behinderten Fötus, der noch in den sicheren Bereich der §§ 218, 218 a StGB fiel, jenseits der medizinischen Möglichkeiten. Dieser mußte entweder als „Mensch“ getötet werden oder wie sein gesunder Zwilling lebend zur Welt gebracht werden. Letzteres nicht getan zu haben, wirft die Justiz den Angeklagten vor. Und in der Tat wäre das die Alternative gewesen, durch deren Wahl die Angeklagten sich jeglicher strafrechtlicher Konsequenzen entziehen hätten. Sie hätten aber damit nicht nur gegen den Willen der Schwangeren gehandelt. Sie hätten vielmehr dazu beigetragen, dass von der Mutter, die nun nicht mehr „Schwangere“ ist, die „Gefahr einer schwerwiegenden Beeinträchtigung des körperlichen oder seelischen Gesundheitszustandes“ nicht abgewendet wird. Denn an der Notlage, die wenige Minuten zuvor noch die Tötung des nasciturus im Mutterleib gerechtfertigt hätte, hat sich in der Geburt und hätte sich nach der Geburt nichts geändert. Geändert hat sich die Qualität des Gutes, gegen dessen Erhaltung das Interesse an der Abwendung der Gefahr für die Frau abzuwägen ist. Diese Änderung ist nach der herrschenden Anschauung vom Beginn des Lebens so schwerwiegend, dass nach Ansicht der Gerichte weder eine Rechtfertigung noch eine Entschuldigung mehr möglich sei. In Bezug auf § 34 StGB ist das gewiss zutreffend<sup>21</sup>, soweit es um § 35 StGB geht, schadet den Angeklagten wohl nur, dass sie keine der Frau nahestehenden Personen sind.

Straflosigkeit ist in dem Fall somit allein durch Weichenstellung auf der Stufe des objektiven Tatbestandes erreichbar. Dazu bedürfte es einer Verschiebung der Grenze zwischen nasciturus und Mensch. Nicht beim Beginn der Geburt, sondern bei deren Vollendung müßte die Linie gezogen werden.<sup>22</sup> Der Wortlaut des Gesetzes, also z. B. § 212 StGB, stünde dem nicht entgegen, wenngleich der frühere Zeitpunkt der Menschwerdung ebenfalls mit dem Wortlaut vereinbar ist.<sup>23</sup> Was ein „Mensch“ ist, legt das StGB nicht fest und ist deshalb einer Auslegung zugänglich. Diese könnte auch restriktiver sein als die in Rechtsprechung und Lehre zugrunde gelegte. Die einst aus § 217 StGB aF abgeleitete und aus systematischen Gründen für alle Tötungs- und Körperverletzungstatbestände einheitlich geltende Bindung des Menschseins an den

Beginn der Geburt existiert nach dem ersatzlosen Wegfall des Kindestötungstatbestandes nicht mehr.<sup>24</sup> Letztlich sind es also teleologische Erwägungen, die für den frühen Zeitpunkt sprechen. Da § 218 StGB Beschädigungen des nasciturus, die zur Geburt eines behinderten Säuglings führen, sowie den fahrlässigen Abbruch der Schwangerschaft nicht erfasst, bestünde eine Schutzlücke, wenn §§ 211 ff, 223 ff StGB nicht anwendbar wären.<sup>25</sup> Denn in der Phase der Geburt ist das Mensch werdende Lebewesen spezifischen Risiken und Gefahren – insbesondere geburtshelferlichen Fehlverhaltens – ausgesetzt, die ein Bestrafungsbedürfnis erzeugen.<sup>26</sup> Im zu entscheidenden Fall bestand dieses Bedürfnis nicht. Daher hätte sich der 5. Strafsenat von der ständigen Rechtsprechung abwenden und damit zugleich den Gesetzgeber zu notwendigen Reformschritten auffordern können.<sup>27</sup>

## 2. Mord, § 211 StGB

Die geltende Fassung des § 211 StGB erweist sich mitunter als durchaus geeignete Rechtsgrundlage für Verurteilungen wegen Mordes, gegen die nicht nur das Rechtsgefühl, sondern vor allem auch die Vernunft heftigst protestieren. Fälle der Tötung eines „Haustyrannen“ durch eine jahrelang gepeinigte und gedemütigte Ehefrau sind dafür paradigmatisch.<sup>28</sup> Der vorliegende Sachverhalt evoziert – wie gesehen – erhebliche Bedenken sogar gegen die Verurteilung wegen Totschlags. Wie sähen wohl die Reaktionen aus, wenn die Angeklagten wegen Mordes schuldig gesprochen worden wären? Aber wäre das so abwegig? Der BGH hat die Strafzumessungsbegründung des LG Berlin beanstandet, mit der den Angeklagten angelastet wurde, „dass sie die Tat nicht etwa in einer schnelle Entscheidungen erfordernden Notfallsituation begangen haben, sondern vielmehr planvoll ein mehr als zwei Wochen zuvor verabredetes Vorgehen umsetzten“. Die strafschärfende Berücksichtigung dieses Umstands sei rechtsfehlerhaft. Auf der Basis des Mordtatbestandes von 1871, nach dem Mord eine Tötung „mit Überlegung“ war,<sup>29</sup> erschiene die Wertung der Strafkammer aber zunächst einmal gesetzwortlautkonform. Es hätte also einer teleologischen Reduktion der Strafvorschrift bedurft, um das wertungsmäßig richtige Ergebnis nicht als Mißachtung des sprachlich eindeutigen Gesetzesbefehls erscheinen zu lassen. Für diese Einschränkung gibt der Senat hier eine überzeugende Erklärung, indem er die sorgfältige Planung und Vorbereitung des Eingriffs nicht als „Ausdruck krimineller Energie“ identifiziert. Spezifische Schwächen waren dem Mordmerkmal „mit Überlegung“ immanent und seine Beseitigung ist kein Verlust. Was allerdings im Jahr 1941 an seine Stelle gesetzt wurde, kann auch niemanden zufriedenstellen. Inwieweit Staatsanwaltschaft und Gerichte über Mordmerkmale

<sup>24</sup> Lorenz/Bade ZfL 2020, 429, 442; Schneider, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 3. Aufl. (2017), vor § 211 Rn. 7.

<sup>25</sup> Lorenz/Bade ZfL 2020, 429, 435.

<sup>26</sup> Lorenz/Bade ZfL 2020, 429, 45; Schneider, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 3. Aufl. (2017), vor § 211 Rn. 8.

<sup>27</sup> Vorschläge dazu bei Lorenz/Bade ZfL 2020, 429, 450 ff.

<sup>28</sup> BGHSt 48, 255.

<sup>29</sup> „Wer vorsätzlich einen Menschen tötet, wird, wenn er die Tötung mit Überlegung ausgeführt hat, wegen Mordes mit dem Tode bestraft.“

<sup>19</sup> Grünwald ZfL 2020, 419, 425.

<sup>20</sup> Grünwald ZfL 2020, 419, 426; Hoven medstra 2020, 65.

<sup>21</sup> Grünwald ZfL 2020, 419, 427.

<sup>22</sup> Dafür im Ergebnis Hoven medstra 2020, 65, 66; Lorenz/Bade ZfL 2020, 429, 446.

<sup>23</sup> Schneider, in: MüKo-StGB, Bd. 4, 3. Aufl. (2017), vor § 211 Rn. 7; a. A. Lorenz/Bade ZfL 2020, 429, 444.

nachgedacht haben, ist nicht bekannt. *Elisa Hoven* berichtet in ihrem Beitrag, der Vorsitzende Richter am LG Berlin habe das Vorgehen der Ärzte als „Ausortieren“ des kranken Zwillings und als „Schlag ins Gesicht behinderter Menschen“ kritisiert.<sup>30</sup> Vielleicht hatte er dabei Art. 3 Abs. 3 S. 2 GG vor Augen. Einen „niedrigen Beweggrund“ hat das Gericht gleichwohl nicht angenommen. Dass offenbar auch das Mordmerkmal „Heimtücke“ nicht in Erwägung gezogen wurde, ist menschlich verständlich, juristisch einleuchtend hingegen nicht. Gewiss ist das getötete Kind arglosigkeitsuntauglich<sup>31</sup> und die Mutter als „schutzbereite Dritte“<sup>32</sup> war tatsächlich nicht arglos. Aber hat es keine anderen Personen gegeben, die hätten schützend eingreifen können oder müssen und dies nicht getan haben, weil sie arglos waren? Selbst wenn das nicht der Fall war, sind die Angeklagten recht glücklich der Verurteilung aus § 211 StGB entgangen. In dem Abschlussbericht der Expertengruppe zur Reform der Tötungsdelikte war eine Ergänzung des Heimtückemerkmals um die Variante „oder einer aus anderen Gründen bestehenden Schutzlosigkeit“ vorgeschlagen worden. Diese wäre in dem Fall gewiss einschlägig. Zwar ist die Reform in der 18. Legislaturperiode gescheitert und die Mordmerkmalserweiterung hätte gemäß § 2 Abs. 1, Abs. 3 StGB in dem Verfahren nicht gegolten. Die Reformbedürftigkeit des § 211 StGB existiert jedoch, seit die 1941 geschaffene Gesetzesfassung geltendes Recht ist. Es hätte also schon früher zu einer Umgestaltung des § 211 StGB kommen können, mit der die nicht heimtückische Tötung eines Säuglings in den Katalog der Mordmerkmale aufgenommen wird. Nach geltendem französischem Strafrecht wäre die Tötungsqualifikation sogar zweifach begründet: wegen Tötung mit „Vorbedacht“ (Art. 221-3 c.p.) und weil das Opfer ein Minderjähriger unter 15 Jahren ist (Art. 221-4 Nr. 1 c.p.).

Die manchem vielleicht deplatziert erscheinenden Bemerkungen zu § 211 StGB sollen den Blick dafür öffnen, dass hinter dem „Statuswechsel“ des Opfers noch krassere Wertungsdiskrepanzen lauern, als den mit dem „Berliner Zwillingsfall“ kraft Amtes befaßten und seine justizielle Behandlung kritisch kommentierenden Juristen vor Augen stand. Der denkbare „worst case“ ist nicht, was

<sup>30</sup> *Hoven medstra* 2020, 65, 66.

<sup>31</sup> *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, 22. Aufl. (2021), § 4 Rn. 57.

<sup>32</sup> *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil II, 22. Aufl. (2021), § 4 Rn. 62.

hier passiert ist, die Verurteilung wegen Totschlags, sondern die Verurteilung wegen Mordes.

### III. Strafbarkeit der Schwangeren

Es ist nicht bekannt, ob die Justiz auch gegen die Mutter der Zwillinge ein Strafverfahren durchgeführt und mit welchem Ergebnis dieses geendet hat. Nachdem das Handeln der Ärzte nicht als Schwangerschaftsabbruch, sondern als Totschlag bewertet wurde, fällt es nicht ganz leicht zu begründen, dass das Verhalten der Mutter straflos ist. Dem getöteten Kind gegenüber hatte sie eine Beschützergarantenstellung. Daraus könnte sich im Verhältnis zu den Ärzten eine täterschaftliche Beteiligtenposition ergeben.<sup>33</sup> Allerdings hatte sie während der *sectio* keine Möglichkeit des rettenden Eingreifens. Anzuknüpfen ist also an ihr Verhalten vor der Geburt. Da die Ärzte gewiss nicht ohne Einwilligung der Schwangeren tätig geworden sind, kommt jedenfalls Anstiftung in Betracht. Möglicherweise waren der Schwangeren aber nicht die Tatsachen bewusst, die nach Ansicht der Gerichte die Tat aus dem Bereich des § 218 StGB in den Bereich des § 212 StGB verlagerten. Auch die Angeklagten hatten sich – erfolglos – auf Vorsatzmangel (§ 16 Abs. 1 S. 1 StGB) berufen. Das hatte ihnen die Strafkammer nicht abgenommen, da sie „langjährig erfahrene und fachlich besonders versierte Geburtsmediziner“ gewesen sind. Der Schwangeren einen entsprechenden Kenntnisstand zu unterstellen wäre lebensfremd. Dass sie strafrechtlich unbehelligt blieb, dürfte wohl auf § 16 Abs. 1 S. 1 StGB zurückzuführen sein.

### IV. Schluss

Der „Berliner Zwillingsfall“ hat Ansätze einer Debatte über das strafrechtliche Reglement des Geburtsgeschehens ausgelöst. Wünschenswert wäre darüber hinaus ein Revival von 2014. Damit meine ich den leider gescheiterten Versuch einer Reform der Tötungsdelikte. Damals wurde einige Monate lang mit Engagement und Intensität darüber diskutiert, wie man §§ 211 ff StGB verbessern könnte. Endlich ist der lange Winterschlaf zu Ende, so glaubten vielleicht auch andere. Leider war das nur ein kurzlebige Aufflackern. Als bald nach der Veröffentlichung des Abschlussberichts der Arbeitsgruppe kam der Mehltau zurück.

<sup>33</sup> *Heine/Weißer*, in: Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), vor § 25 Rn. 90 ff.

# Eventualvorsatz im Jugendstrafrecht

Von Akad. Rätin a.Z. Dr. Georgia Stefanopoulou LL.M., Hannover

## I. Überlegungen zur Abkehr von einem einheitlichen Vorsatzbegriff

Die jugendadäquate Auslegung der allgemeinen Straftatbestände wird in der jugendstrafrechtlichen Literatur schon seit längerem als Forderung formuliert.<sup>1</sup> Zwar richtet sich, wie § 4 JGG vorsieht, die rechtliche Einordnung der Taten Jugendlicher nach den Vorschriften des allgemeinen Strafrechts. Abgesehen von § 3 JGG, der die strafrechtliche Verantwortlichkeit jugendlicher Personen betrifft, sind im Jugendstrafrecht keine Sondernormen vorhanden, die Straftatvoraussetzungen jugendspezifisch regeln.<sup>2</sup> Es wird jedoch zu Recht darauf hingewiesen, dass eine direkte Anwendung der Vorschriften des allgemeinen Strafrechts, die nicht die Besonderheiten des Entwicklungsstandes von Jugendlichen und Heranwachsenden reflektiert, für diese eine ungerechtfertigte Benachteiligung darstellt.<sup>3</sup> Dabei wird eine teleologische Reduktion vorgenommen, vor allem von subjektiven Zurechnungsvoraussetzungen.<sup>4</sup> In diesem Zusammenhang sollen nach verbreiteter Ansicht Vorsatz und Fahrlässigkeit einer jugendspezifischen Auslegung unterzogen werden.<sup>5</sup> „Die Reduzierung der psychischen Komplexität im Erwachsenenstrafverfahren kann im Jugendstrafrecht nicht gelten, auch wenn mit denselben Schablonen gear-

beitet wird“, liest man in einer bekannten Darstellung zum Jugendstrafrecht.<sup>6</sup>

Dieser im Grunde richtige Ansatz, dass psychische Sachverhalte im Jugendstrafverfahren nicht übersimplifiziert werden dürfen, wurde allerdings bisher nicht auf eine allgemeingültige Basis gestellt, die eine konsequente Anwendung des Ansatzes durch die Rechtsprechung besser sicherstellen könnte. In der Rechtsprechung findet sich, wie die vor kurzem erschienene Monographie von *Theresa Bausch* zum Thema anschaulich macht, in Bezug auf die Berücksichtigung von jugendspezifischen Besonderheiten bei der Auseinandersetzung mit der Frage des Eventualvorsatzes keine einheitliche und klare Linie.<sup>7</sup> Die Berücksichtigung von jugendspezifischen Besonderheiten bei der subjektiven Zurechnung erfolgt nur einzelfallbezogen und nicht auf der Grundlage von allgemein geltenden jugendspezifischen Kriterien und Bewertungsmaßstäben.<sup>8</sup> Dies führt dazu, dass entwicklungsbedingte Intentionen, Unreife oder Unüberlegtheit manchmal berücksichtigt werden und manchmal nicht.<sup>9</sup> Die in der Vorinstanz häufig fehlende Auseinandersetzung mit solchen Umständen erlangt vor dem BGH oft keine Relevanz.<sup>10</sup>

Als exemplarisch für die Ausblendung entwicklungstypischer Umstände bei der Abgrenzung von Eventualvorsatz und Fahrlässigkeit lässt sich das Urteil des 4. Senats des Bundesgerichtshofs vom 1.3.2018 anführen.<sup>11</sup> Mit diesem hob der Senat ein Urteil der Jugendkammer des Landgerichts Frankfurt am Main auf, die den motorisierten, zum Tatzeitpunkt sich im Heranwachsendenalter befindenden Angeklagten, der unter Missachtung einer roten Ampel mit einer Geschwindigkeit von ca. 142 km/h ungebremst in ein Fahrzeug aus der Gegenrichtung fuhr, wegen fahrlässiger Tötung des Fahrers dieses Fahrzeugs verurteilte.<sup>12</sup> Der Senat monierte eine lückenhafte Beweiswürdigung in Bezug auf die Ablehnung des Eventualvorsatzes, da Fragen, wie hoch die eigene Gefährdung war oder

<sup>1</sup> *Ostendorf/Drenkhahn*, Jugendstrafrecht, 10. Aufl. 2020, Rn. 31; *Eisenberg*, Jugendgerichtsgesetz, 20. Aufl. 2018, § 1 Rn. 24; *Bausch*, Die Berücksichtigung der individuellen Entwicklung bei der Auslegung strafrechtlicher Normen am Beispiel des *dolus eventualis* (2020); *Sonnen*, in: *Diemer/Schatz/Sonnen* (Hrsg.), Jugendgerichtsgesetz, 8. Aufl. (2020), § 2 JGG Rn. 9 f.; *Märker*, Vorsatz und Fahrlässigkeit bei jugendlichen Straftätern (1995), S. 259 ff., der sogar den Zurechnungsausschluss des Eventualvorsatzes im Jugendstrafrecht vertritt, wenn Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel in Betracht kommen, S. 280. Ausgeschlossen soll nach Märker auch die Zurechnung von unbewusster Fahrlässigkeit sein, S. 280.

<sup>2</sup> *Eisenberg* a.a.O. (Fn. 1), § 1, Rn. 23; *Ostendorf/Drenkhahn* a.a.O. (Fn. 1), Rn. 31, *Bausch* a.a.O. (Fn. 1), S. 51.

<sup>3</sup> *Bausch* a.a.O. (Fn. 1), S. 52; *Eisenberg* a.a.O. (Fn. 1), § 1 Rn. 23b.

<sup>4</sup> *Eisenberg* a.a.O. (Fn. 1), § 1 Rn. 24 ff.; *Ostendorf/Drenkhahn* a.a.O. (Fn. 1), Rn. 31; a. A. *Rössner*, in: *Meier et al.* (Hrsg.), JGG, 2. Aufl. (2014), § 2, Rn. 26, der vertritt, dass eine jugendspezifische Auslegung über eine methodisch angebrachte Subsumtion nicht hinausgehen darf. Dies erfordere das Prinzip der Rechtssicherheit und Vorhersehbarkeit.

<sup>5</sup> *Ostendorf/Drenkhahn* a.a.O. (Fn. 1), Rn. 31; *Märker* a.a.O. (Fn. 1), S. 259 ff.; *Eisenberg* a.a.O. (Fn. 1), § 1 Rn. 24a; ausführlich dazu sowie zur Gegenansicht *Bausch* a.a.O. (Fn. 1), S. 51 ff.

<sup>6</sup> *Ostendorf/Drenkhahn* a.a.O. (Fn. 1), Rn. 31; ähnlich *Eisenberg* a.a.O. (Fn. 1), § 1 Rn. 26.

<sup>7</sup> *Bausch* a.a.O. (Fn. 1), S. 205 f.

<sup>8</sup> *Bausch* a.a.O. (Fn. 1), S. 206.

<sup>9</sup> Siehe den Überblick über die uneinheitliche BGH-Rechtsprechung in *Eisenberg* a.a.O. (Fn. 1), § 1 Rn. 24 d f.; vgl. auch *Bausch* a.a.O. (Fn. 1), S. 201 ff; 205 f.

<sup>10</sup> *Bausch* a.a.O. (Fn. 1), S. 205.

<sup>11</sup> BGH, Urteil v. 01.03.2018 – 4 StR 158/17 = HRRS 2018 Nr. 392.

<sup>12</sup> BGH, Urteil v. 01.03.2018 – 4 StR 158/17 = HRRS 2018 Nr. 392, Rn. 4 f.

welche konkreten Unfallszenarien sich der Angeklagte vorstellte, in der Vorinstanz nicht aufgeworfen worden waren.<sup>13</sup> Auffällig ist dabei, dass die rechtlichen Maßstäbe, die für die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit zugrunde gelegt wurden, solche des Erwachsenenstrafrechts sind,<sup>14</sup> von einer jugendspezifischen teleologischen Reduktion ist keine Spur zu finden.

Der Senat übernimmt direkt die im Erwachsenenstrafrecht übliche Definition des Eventualvorsatzes: „In rechtlicher Hinsicht ist ein bedingter Tötungsvorsatz gegeben, wenn der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt – Wissenselement – und dies billigt oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Todes abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein – Willenselement“.<sup>15</sup> Bei der erforderlichen Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände sei insbesondere bei der Würdigung des voluntativen Vorsatzelements „regelmäßig erforderlich [...], dass sich der Tatrichter mit der Persönlichkeit des Täters auseinandersetzt und dessen psychische Verfassung bei der Tatbegehung, seine Motivation und die für das Tatgeschehen bedeutsamen Umstände [...] mit in Betracht zieht“.<sup>16</sup> Allgemeine Maßgaben, die sich von denjenigen unterscheiden, die für Erwachsene zu gelten haben und einer jugendadäquaten Gesetzesauslegung gerecht werden, fehlen. Aspekte wie die altersbedingte unausgereifte Informationsverarbeitung und Risikoeinschätzung, die erhöhte Risikobereitschaft und Affektivität junger Menschen, auf die sowohl die kriminologische als auch die entwicklungspsychologische Forschung hinweist,<sup>17</sup> finden in die Festlegung des normativen Maßstabs keinen Eingang.

## II. Jugendstrafrechtliche Anpassung des Eventualvorsatzes

Insgesamt ist festzustellen, dass sowohl in der Rechtsprechung als auch in der Literatur der Vorsatz eines Jugendlichen bzw. Heranwachsenden dem Vorsatz eines Erwachsenen gleichgestellt wird. Die teleologische Reduktion bei der Annahme des Eventualvorsatzes erfolgt meistens nur auf einer kasuistischen Basis und stellt die Grundannahme des einheitlichen Vorsatzbegriffs weder in konzeptueller noch in praktischer Hinsicht in Frage. Aber, wie Klaus Lüderssen bereits 2003 fragte: „[Ist] Vorsatz bei Jugendlichen [tatsächlich] dasselbe wie bei Er-

wachsenen?“<sup>18</sup> Sollte man nicht vielmehr über die jugendadäquate Auslegung hinaus denken und erwägen, sich von der Vorstellung eines einheitlichen Vorsatzbegriffs zu verabschieden? Dies würde eine Modifizierung der Grundformel des Eventualvorsatzes bedeuten,<sup>19</sup> d.h. ihre jugendstrafrechtliche Anpassung.

### 1. § 3 JGG als gesetzliche Grundlage für die jugendadäquate Konturierung des Eventualvorsatzes

Den Ausgangspunkt für dieses Vorhaben bietet die Ansicht *Claus Roxins*, dass zwischen Schuld und Verantwortlichkeit zu unterscheiden ist.<sup>20</sup> Schuld ist enger als Verantwortlichkeit zu fassen und betrifft das unter Bewertung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit des Täters gewonnene reine Vorwerfbarkeitsurteil. Die Verantwortlichkeit geht über das „reine Werturteil“ hinaus und bezieht sich auf den präventiven Sanktionsbedarf.<sup>21</sup> Dies bedeutet praktisch, wie Roxin erklärt, dass Schuldhaftigkeit und Vorwerfbarkeit nur unter Berücksichtigung von präventiver Sanktionsnotwendigkeit zum Verantwortlichmachen führen können.<sup>22</sup> Sollte die Richtigkeit des Ansatzes für das allgemeine Strafrecht angezweifelt werden, dürfte sie zumindest in Bezug auf das am Präventionsgedanken orientierte Jugendstrafrecht schnell einleuchten. Dafür spricht § 3 JGG, der unter dem Titel „Verantwortlichkeit“, aber eben nicht unter „Schuldfähigkeit“ firmiert. In § 3 JGG ist nicht allein ein Schuldausschlussgrund zu sehen, sondern auch ein Verantwortlichkeitsausschlussgrund.<sup>23</sup>

Das Verantwortungsurteil entsteht auf der Grundlage eines Verantwortlichkeitssachverhalts, den *Roxin* in einen „Verantwortlichkeitssachverhalt im engeren Sinne“ und einen „Verantwortlichkeitssachverhalt im weiteren Sinne“ unterteilt.<sup>24</sup> Während der Sachverhalt im engen Sinne Umstände erfasst, die außerhalb des Unrechts verortet werden, wie die Exkulpationsgründe oder das vorhandene Unrechtsbewusstsein, erfasst der Verantwortlichkeitssachverhalt im weiteren Sinne auch alle Elemente des tatbestandlichen Unrechts, auch die Vorsatzform, womit der Vorsatz zur Verantwortlichkeit gehört, obwohl er nicht auf der Ebene der Schuld verortet wird.<sup>25</sup> Vor diesem Hintergrund ist die eingangs getroffene Aussage, im Jugendstrafrecht seien keine Sondernormen vorhanden, die Straftatvoraussetzungen jugendspezifisch regeln, zu relativieren. § 3 JGG, der die strafrechtliche Verantwortlichkeit jugendlicher Personen betrifft und nicht nur ihre Schuldfähigkeit, erlangt Bedeutung bei der Bestimmung der Inhalte des Vorsatzes sowie des Gehalts weiterer

<sup>13</sup> BGH, Urteil v. 01.03.2018 – 4 StR 158/17= HRRS 2018 Nr. 392, Rn. 17 ff.

<sup>14</sup> BGH, Urteil v. 01.03.2018 – 4 StR 158/17= HRRS 2018 Nr. 392, Rn. 14; allgemein zum Problem *Bausch* (Fn. 1), S. 206.

<sup>15</sup> BGH, Urteil v. 01.03.2018 – 4 StR 158/17, = HRRS 2018 Nr. 392, Rn. 14.

<sup>16</sup> BGH, Urteil v. 01.03.2018 – 4 StR 158/17, = HRRS 2018 Nr. 392, Rn. 16.

<sup>17</sup> *Eisenberg* a.a.O. (Fn. 1), § 3 Rn. 12 a f.; *Middendorff*, in: *Sieverts/Schneider* (Hrsg.), *Handwörterbuch der Kriminologie*, 5. Band (1998), S. 443 f.; zur sozialen Handlungskompetenz aus entwicklungspsychologischer Perspektive s. *Meier/Rössner/Schöch*, *Jugendstrafrecht*, 3. Aufl. (2012), § 1 Rn. 3.

<sup>18</sup> *Lüderssen*, *Rechtsfreie Räume?* (2012), S. 149.

<sup>19</sup> Von einer in der Rechtsprechung fehlenden „Modifikation der sog. Billigungsformel“ spricht auch *Bausch*. a.a.O. (Fn. 1), S. 206, ihr geht es aber in erster Linie um eine „entwicklungsangemessene Auslegung des Strafrechts“ anhand von Entscheidungsalgorithmen, S. 218 ff.

<sup>20</sup> *Roxin/Greco*, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, Band I, 5. Aufl. (2020), § 20, Rn. 53.

<sup>21</sup> *Roxin/Greco* a.a.O. (Fn. 20), § 19 Rn. 15.

<sup>22</sup> *Roxin/Greco* a.a.O. (Fn. 20), § 19 Rn. 15.

<sup>23</sup> *Roxin/Greco* a.a.O. (Fn. 20), § 20 Rn. 53.

<sup>24</sup> *Roxin/Greco* a.a.O. (Fn. 20), § 19 Rn. 16.

<sup>25</sup> *Roxin/Greco* a.a.O. (Fn. 20), § 19 Rn. 16.

subjektiver Elemente, wie etwa Mordmerkmale und besondere Absichten. Die sittliche und geistige Entwicklung Jugendlicher und damit ihre Reflexionsfähigkeit und Persönlichkeitsentwicklung zur Zeit der Tat sind dann bei der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit auf besondere Weise zu berücksichtigen.

## 2. BGH, Beschluss vom 8.9.2020 – 4 StR 295/20: Vorsatzrelevanz von Persönlichkeitsstörungen

Die hier vertretene These, dass Persönlichkeit und Reflexionsfähigkeit eine genaue Würdigung bereits im Rahmen der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit erfahren müssen, ist im Bereich des allgemeinen Strafrechts durch einen Beschluss des Bundesgerichtshofs unlängst bestätigt worden.<sup>26</sup> Hier kurz zum Sachverhalt<sup>27</sup>: Die Angeklagte, bei der bereits während der Kindheit eine Persönlichkeitsstörung vom Borderline-Typ festgestellt wurde und die stationär in einer geschlossenen geführten sozialtherapeutischen Wohngruppe behandelt wurde, hatte versucht, eine Mitbewohnerin zu erwürgen. Damit wollte sie erreichen, dass sie in eine andere Wohngruppe verlegt wird. Sie hatte vor, „jedenfalls so lange zu würgen, bis das Pflegepersonal auf das Geschehen aufmerksam würde, um dadurch ihre Verlegung zu erwirken.“<sup>28</sup> Das Landgericht nahm an, dass der Angeklagten die Lebensgefährlichkeit bewusst war und dass sie den Tod ihrer Mitbewohnerin billigend in Kauf nahm. Die Persönlichkeit und das Krankheitsbild hätten bei der Bewertung der inneren Einstellung der Angeklagten durch das Tatgericht keine Rolle gespielt, monierte zu Recht der 4. Strafsenat und bekräftigte, dass Persönlichkeit und Krankheitsbild bei der Frage des Eventualvorsatzes durchaus in den Blick hätten genommen werden müssen.<sup>29</sup>

Es müsse geklärt werden, ob die Angeklagte „über eine ausreichende Reflexionsfähigkeit [verfügt]“ und ob „sie zu einem kritischen Durchdenken ihrer Impulse in der Lage [ist]“.<sup>30</sup> Die Besonderheiten der Persönlichkeit der angeklagten Person und das Krankheitsbild werden vom Senat nicht erst bei der Schuldfähigkeitsprüfung einbezogen. Zudem sollen Spontanität und affektive Erregung schon bei der Beantwortung der Frage „Vorsatz oder Fahrlässigkeit“ mitberücksichtigt werden: „Insbesondere bei einer spontanen, unüberlegten oder in affektiver Erregung ausgeführten Handlung kann aus dem Wissen um einen möglichen Erfolgseintritt nicht allein ohne Berücksichtigung der sich aus der Persönlichkeit des Täters und der Tat ergebenden Besonderheiten geschlossen werden, dass auch das voluntative Vorsatzelement

gegeben ist“, betont der Senat unter anderem.<sup>31</sup> Diese für das allgemeine Strafrechts formulierten richtigen Leitgedanken des Bundesgerichtshofs sind für die hier vorgeschlagene Anpassung des Vorsatzbegriffs im Jugendstrafrecht von erheblicher Bedeutung. So wie eine Persönlichkeitsstörung nicht erst bei der Frage der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit (§ 20 StGB), sondern bereits bei der Frage des Vorsatzes zu berücksichtigen ist, sind auch entwicklungsbedingte Persönlichkeitsdefizite zum Zeitpunkt des Tatgeschehens von entscheidender Bedeutung für die Klärung des Wissens und Wollens der Tatbestandsverwirklichung.

## 3. Zwischenfazit

Man sollte für die Klärung der inneren Einstellung jugendlicher Täter zum Tatgeschehen ihren Entwicklungsstand, ihre Fähigkeit zur kritischen Selbstkontrolle und zur Zählung impulsiven Handelns in den Blick nehmen. Die Sensibilisierung für den Entwicklungsstand Jugendlicher bei der Frage des Eventualvorsatzes schreibt § 3 JGG vor. Mit dieser Vorschrift steht eine sichere Rechtsgrundlage für eine jugendadäquate subjektive Zurechnung zur Verfügung, die von der Forderung einer jugendspezifischen teleologischen Reduktion von Tatbeständen nicht im selben Maße eingelöst werden kann. Damit sind freilich noch keine allgemeinen Wertungsmaßstäbe gewonnen, die dem bedingten Vorsatz entwicklungspezifische Konturen verleihen. Die Einbeziehung des § 3 JGG in die Frage der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit hat zwar den Vorteil, dass der jugendadäquate Umgang mit dieser Frage eine gesetzliche Verankerung erlangt: Hier geht es in erster Linie um das „Ob“ der Auseinandersetzung mit jugendspezifischen Besonderheiten bei der Feststellung des Eventualvorsatzes. Eine einheitliche Linie in Bezug auf das „Wie“ der Auseinandersetzung ist jedoch damit noch nicht gesichert. Hierfür ist ein zusätzlicher Schritt notwendig, der die Formel des Eventualvorsatzes modifiziert.

## 4. Überlegungen zur Modifikation der Eventualvorsatzformel

„In rechtlicher Hinsicht ist ein bedingter Tötungsvorsatz gegeben, wenn der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt – Wissenselement – und dies billigend oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Todes abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein – Willenselement“.<sup>32</sup> Dies ist, wie bereits dargestellt, der Ausgangspunkt des BGH bei der Aufhebung des erstinstanzlichen Urteils des LG Frankfurt. Auch die Definition der bewussten Fahrlässigkeit erfolgt auf die übliche Weise: „Bewusste Fahrlässigkeit liegt dagegen vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut,

<sup>26</sup> BGH, Beschluss v. 08.09.2020 – 4 StR 295/20 = HRRS 2021 Nr. 70.

<sup>27</sup> BGH, Beschluss v. 08.09.2020 – 4 StR 295/20 = HRRS 2021 Nr. 70, Rn. 3 f.

<sup>28</sup> BGH, Beschluss v. 08.09.2020 – 4 StR 295/20 = HRRS 2021 Nr. 70, Rn. 4.

<sup>29</sup> BGH, Beschluss v. 08.09.2020 – 4 StR 295/20 = HRRS 2021 Nr. 70, Rn. 12.

<sup>30</sup> BGH, Beschluss v. 08.09.2020 – 4 StR 295/20 = HRRS 2021 Nr. 70, Rn. 12.

<sup>31</sup> BGH, Beschluss v. 08.09.2020 – 4 StR 295/20 = HRRS 2021 Nr. 70, Rn. 8.

<sup>32</sup> BGH, Urteil v. 01.03.2018 – 4 StR 158/17, = HRRS 2018 Nr. 392, Rn. 14.



der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten.“<sup>33</sup> Diese direkte Übernahme üblicher Definitionen aus dem allgemeinen Strafrecht, vor allem jener des Eventualvorsatzes bei der Auseinandersetzung mit der inneren Beziehung des jungen Täters zu seiner Tat ist alles andere als befriedigend.

### a) Risikoerkennung und -einschätzung in der Adoleszenz

Die Übernahme erfolgt hier sogar auf eine besonders unscharfe und unpräzise Art. Für das Wissenselement soll das einfache Erkennen von nicht ganz fernliegenden Folgen ausreichen. Die Folgen müssen gar nicht wahrscheinlich sein oder konkret vorstellbar, nicht einmal ernst genommen sein. Mehr als die bloße Möglichkeitsvorstellung wird nicht vorausgesetzt. Man fragt sich, wie groß auf dieser Basis die Wahrscheinlichkeit ist, dass das Wissenselement abgelehnt wird? Vermutlich gleich null. Ein abstraktes Erkennen der Gefährlichkeit des Handelns, das auch den bloßen Leichtsinn erfassen kann, wird in der Regel dazu führen, dass sich die Waagschale bedenklich auf die Seite des Eventualvorsatzes senkt. Für die Annahme einer bewussten Fahrlässigkeit käme es dann besonders auf das Willenselement an. Ob dieses aber auf der Basis einer Billigungstheorie, die entwicklungspezifischen Besonderheiten nicht Rechnung trägt, die Waagschale in die andere Richtung zu senken vermag, ist zu bezweifeln.

Man sollte schon auf der Wissensebene reflektierter mit den Möglichkeitsvorstellungen jugendlicher Akteure umgehen. „Es wird [...] oft übersehen, daß man zwar die gezielte Frage, ob man denn nicht gewußt habe, daß eine solche Aggression auch tödlich sein könnte, rein rational mit „ja“ beantworten muß, daß jedoch die tagtägliche Erfahrung diesem Wissen völlig widerspricht“, schreibt bereits *Reinhart Lempp* in seiner Studie über 80 Tötungsdelikte von Jugendlichen und Heranwachsenden aus den siebziger Jahren.<sup>34</sup> Eines der Beispiele, die *Lempp* in diesem Zusammenhang erwähnt, betrifft einen Jugendlichen, der durch einen aggressiven Tritt einen Passanten am Kinn trifft, als dieser sich nach vorn beugte.<sup>35</sup> Der Passant stürzte auf den Hinterkopf und erlitt dadurch eine tödliche Verletzung.<sup>36</sup> Auf die Frage, ob er nicht gewusst habe, dass der Sturz auf den Hinterkopf tödlich sein kann, musste der Jugendliche „rein rational“ mit „ja“ reagieren.<sup>37</sup> Dieser bejahenden Antwort stand die Tatsache gegenüber, gibt *Lempp* zu bedenken, dass er aus Verhältnissen stammte, in denen körperliche Gewalt zum Alltag gehörte und er bis zu diesem Zeitpunkt mehrmals die Erfahrung gemacht hatte, dass bei körperlicher Gewalt, wie bei einem Tritt gegen einen anderen, ernste Folgen ausbleiben.<sup>38</sup>

Es ist realitätsfern anzunehmen, dass zum Zeitpunkt der Tatbegehung das rein abstrakte „theoretisch[e] Wissen“ um das Gefährdungspotenzial der Handlung, das vom Jugendlichen in der Regel selbst zu bejahen sein wird, wirksamer ist, als die bisherigen Erfahrungen des Jugendlichen mit Fällen von Gewalt, die aus Zufall folgenlos blieben.<sup>39</sup> Erlebnisse dieser Art dürfen nicht erst auf der Ebene der Strafzumessung Relevanz erlangen. Sie können schon einiges darüber besagen, inwieweit der Jugendliche mit der Möglichkeit des Erfolgseintritts ernsthaft gerechnet hat, wie der Jugendliche die Gefahr, die er in Gang setzte, wahrnahm und bewertete. Das alleinige Abstellen auf das theoretische Wissen, dass negative Folgen eintreten können, stellt demgegenüber eine zu grobkörnige Anwendung der Vorsatzformel dar. Hinzu kommt, dass Jugendliche oft nicht die sprachliche Reife besitzen, um feinnuanciert über ihre genauen Vorstellungen zum Tatzeitpunkt zu berichten.<sup>40</sup> Wird die Prüfung des Wissenselements auf eine Frage wie „Wusstest du nicht, dass ein Tritt lebensgefährlich sein kann?“ reduziert, werden sie sogar dabei behindert.

Das Abstellen auf das pauschale Möglichkeitswissen sperrt sich zudem gegen entwicklungspsychologische Erkenntnisse hinsichtlich der Neigung Jugendlicher zum Risikoverhalten.<sup>41</sup> Das sog. „Sensation Seeking“, das unter anderem eine Erfahrungssuche darstellt, zeichnet das Jugendalter besonders aus.<sup>42</sup> Der Risikobereitschaft von Jugendlichen kommt eine wichtige Bedeutung bei der Erklärung von Verkehrsdelikten zu.<sup>43</sup> Gerade bei Verkehrsdelikten fällt die Abgrenzung zwischen Eventualvorsatz und Fahrlässigkeit besonders schwer. Die Risikobereitschaft im Straßenverkehr wird in der kriminologischen Forschung mit dem „Schnelligkeitsdrang“ junger Menschen in Verbindung gebracht.<sup>44</sup> Darin hat man auch einen Zustand der leichten Bewusstseinsstörung gesehen, „eine Art Trunkenheit, die sehr angenehm ist“.<sup>45</sup> Berücksichtigt man insbesondere neuere Erkenntnisse der neurowissenschaftlichen Forschung, die auf eine unausgereifte Fähigkeit vorausschauenden Denkens im

<sup>33</sup> BGH, Urteil v. 01.03.2018 – 4 StR 158/17, = HRRS 2018 Nr. 392, Rn. 14.

<sup>34</sup> *Lempp*, Jugendliche Mörder. Eine Darstellung an 80 vollendeten und versuchten Tötungsdelikten von Jugendlichen und Heranwachsenden (1977), S. 175.

<sup>35</sup> *Lempp* a.a.O. (Fn. 36), S. 175; zu Lempps Beispiel und Schlussfolgerungen bereits *Lüderssen* a.a.O. (Fn. 18), S. 154.

<sup>36</sup> *Lempp* a.a.O. (Fn. 36), S. 175.

<sup>37</sup> *Lempp* a.a.O. (Fn. 36), S. 174.

<sup>38</sup> *Lempp* a.a.O. (Fn. 36), S. 174.

<sup>39</sup> *Lempp* a.a.O. (Fn. 36), S. 174.

<sup>40</sup> Vgl. *Lüderssen* a.a.O. (Fn. 18), S. 154 f.

<sup>41</sup> Für einen Überblick über Erklärungsansätze zu entwicklungs- und sozialpsychologischen Erklärungen des Risikoverhaltens bei Jugendlichen s. *Groenemeyer*, in: *Raithel* (Hrsg.), *Risikoverhaltensweisen Jugendlicher. Formen, Erklärungen und Prävention* (2001), S. 31, 37 ff.; generell zum Risikoverhalten im Jugendalter auch *Warwitz*, *Sinnsuche im Wagnis. Leben in wachsenden Ringen. Erklärungsmodelle für grenzüberschreitendes Verhalten* (2001), S. 1 ff.

<sup>42</sup> *Ruch/Zuckermann*, in: *Raithel* (Hrsg.), *Risikoverhaltensweisen Jugendlicher. Formen, Erklärungen und Prävention* (2001), S. 97 ff.: zum Messungsansatz des Sensation Seeking von *Ruch* und *Zuckermann* s. auch *Raithel*, in: *Raithel* (Hrsg.), *Risikoverhaltensweisen Jugendlicher. Formen, Erklärungen und Prävention* (2001), S. 11, 21.

<sup>43</sup> *Middendorff*, a.a.O. (Fn. 17), S. 443 f.

<sup>44</sup> *Middendorff*, a.a.O. (Fn. 17), S. 443 f.

<sup>45</sup> *Wulffen*, *Kriminalpsychologie*, 1926, S. 390 zitiert nach *Middendorff*, a.a.O. (Fn. 17), S. 444.

jugendlichen Alter hinweisen,<sup>46</sup> sollte man vorsichtig mit der Annahme des Wissenselements sein.

Forschungsbefunde zur Gehirnreifung während der Adoleszenz zeigen, dass die Fähigkeit zur kognitiven Verarbeitung von Informationen und Risiken nicht im selben Maß wie bei Erwachsenen ausgebildet ist.<sup>47</sup> Dies soll daran liegen, dass die kognitive Kontrollleistung der sog. präfrontalen Kontrollareale („Supervisory Attentional System“) wegen der schnellen Reifung des limbischen Systems zunächst ins Hintertreffen gerät.<sup>48</sup> Weitsicht, Einschätzung von Gefahren und Abwägung von Handlungsalternativen sind Fähigkeiten, die sich bei Jugendlichen noch im Entwicklungsprozess befinden.<sup>49</sup> Diese Entwicklungsbesonderheiten könnten Einfluss auf das Risikoverhalten junger Menschen nehmen.<sup>50</sup> Solche Erkenntnisse legen nahe, dass bei der Beurteilung des Wissens im Rahmen der Vorsatzprüfung ein feinerer Maßstab entwickelt werden sollte, der dem kognitiven Entwicklungsstand Jugendlicher gerecht wird. Dies entspricht auch dem Leitprinzip, das § 3 JGG als Verantwortlichkeitsausschlussgrund setzt, wonach subjektive Elemente unter Berücksichtigung der Entwicklungsreife festgestellt werden sollen. Es sollte bei der Annahme des Wissenselements nicht einfach nur auf das „Für-Möglich-Halten“ des Erfolgseintritts ankommen, sondern schon auf das Bewusstsein, das dieser sehr wahrscheinlich ist. Was die Wissensebene betrifft, ist eine Modifizierung der Vorstellungs- oder Möglichkeitstheorie in Richtung Wahrscheinlichkeitstheorie notwendig.

### b) „Billigend in Kauf nehmen“ unter Berücksichtigung neurowissenschaftlicher und sozialpsychologischer Erkenntnisse

Die Schwächen der Grundformel des Eventualvorsatzes und das Desiderat ihrer Verfeinerung werden noch anschaulicher, wenn man sich der Voraussetzung des Billigend-in-Kauf-Nehmens zuwendet. Die Billigungstheorie im Jugendstrafrecht anzuwenden, ohne dieselbe dabei auf Fragen der Entscheidungsreife und Verhaltenssteuerung bei Jugendlichen zu beziehen, kann nicht überzeugen. Auch auf der Ebene des Wollenselements muss man vor vorschnellen Annahmen eingespielter Standard-Definitionen auf der Hut sein, hier eben der Annahme des Billigend-in-Kauf-Nehmens. Die von den Neurowissenschaften aufgezeigte schnelle Entwicklung des limbischen Systems und verzögerte Entwicklung der präfrontalen Kontrollareale wirkt sich laut den Befunden nicht nur auf die kognitive Informationsverarbeitung der Jugendlichen aus, sondern auch auf ihre Verhaltenssteuerung und Impulskontrolle.<sup>51</sup> Diese ohnehin nicht ganz ausgereiften Fähigkeiten sind möglicherweise dann besonders beeinträchtigt, wenn Jugendliche unter gruppendynamischem, situativem Druck handeln. Jugendliches Risikoverhalten steht oft mit gruppendynamischen Prozessen in einem Zusammenhang.<sup>52</sup> Die Autorennen-Fälle, die oft Anlass zu heftiger Diskussion um die Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit geben, sind paradigmatisch dafür.

Es geht häufig an der situativen psychosozialen Realität vorbei zu unterstellen, dass Jugendliche, auch wenn sie die Unfallgefahr erkennen, im Moment der Handlung ihre Impulse reflektiert unter Kontrolle bringen und ihre Affekte unterdrücken können.<sup>53</sup> Bei der Frage, ob der Täter den Erfolg billigend in Kauf genommen hat, werden allerdings diese Fähigkeiten in der Regel problemlos unterstellt.<sup>54</sup> Berücksichtigt man aber die Forschungsergebnisse der Sozialpsychologie, der „Wissenschaft von Interaktionen zwischen Individuen“<sup>55</sup> bei der Vorsatzprüfung, vor allem die der sog. Kleingruppenforschung, gewinnt man eine sachgerechtere Anwendung der Billigungsformel. Affektivität, Konformität, Hemmungslosigkeit, emotionaler Überschwang, Spontanität und Anpassungsbedürfnis an den Gruppengeist sind als Antriebskräfte zu leichtsinnigem Verhalten in der sozialpsychologischen Forschung bekannt.<sup>56</sup> Vor allem ist es die Bindekraft der Rollenübernahme, die einen daran hindert, das Vorhaben zu revidieren oder die der eigenen Person in einem bestimmten Geschehen zugewiesene Rolle aufzugeben.<sup>57</sup> Das Gegenteil ist der Fall, man verstrickt sich immer mehr in der falschen Situation. Erneut ist es *Lempp*, der darauf aufmerksam macht: Jugendliche im Kontext einer Gruppe werden „von der Rolle, in die sie sich begeben, gefangen genommen“, die gruppendynamischen Kräfte setzen dadurch „eine Art selbständige Mechanik in Gang [...], die dann automatisch, eigengesetzlich und weit über das Ziel hinausschießend“ abläuft.<sup>58</sup>

Dieser Umstand ist bekannt unter dem Namen des Fuß-in-der-Tür-Phänomens.<sup>59</sup> Wenn einmal der Fuß in die Tür gesetzt ist, dauert es nicht lange, bis die ganze Tür aufgeht. Überträgt man diese Beobachtung z.B. auf die kontrovers diskutierten Autorennen und Beschleunigungstests, die unter Jugendlichen und Heranwachsenden durchgeführt werden, kann man sagen: Hat man sich einmal auf ein Wettrennen eingelassen, dauert es nicht

<sup>46</sup> Siehe dazu *Bausch* a.a.O. (Fn. 1), S. 151, die eine ausführliche Darstellung von Befunden der Neurowissenschaften bietet.

<sup>47</sup> *Dünkel/Geng/Passow* ZJJ 2017, 123 ff.; *Bausch* a.a.O. (Fn. 1), S. 137 f.; vgl. *Groenemeyer*, a.a.O. (Fn. 41), S. 37.

<sup>48</sup> Ausführlich dazu mit Hinweisen auf verschiedene Studien und die schematische Darstellung des Ungleichgewichts zwischen früher reifenden Hirnarealen und verzögert reifenden präfrontalen Kontrollarealen: *Dünkel/Geng/Passow* ZJJ 2017, 123, 125; dazu auch *Bausch* a.a.O. (Fn. 1), S. 138; vgl. *Meier/Rössner/Schöch* a.a.O. (Fn. 17), S. 3.

<sup>49</sup> *Bausch* a.a.O. (Fn. 1), S. 150 f.

<sup>50</sup> *Dünkel/Geng/Passow* ZJJ 2017, 123, 125.

<sup>51</sup> *Bausch* a.a.O. (Fn. 1), S. 138; *Remschmidt/Rössner*, in: *Meier et al.* (Hrsg.), JGG, 2. Aufl. (2014), § 105 Rn. 7; *Dünkel/Geng/Passow* ZJJ 2017, 123, 125.

<sup>52</sup> Vgl. *Schumacher* NJW 1880, 1881; *Cabanis* StV 1982, 315, 316 f.

<sup>53</sup> *Lempp* a.a.O. (Fn. 36), S. 175; auch *Lüderssen* a.a.O. (Fn. 18), S. 154.

<sup>54</sup> *Lempp* a.a.O. (Fn. 36), S. 175.

<sup>55</sup> *Herkner*, Sozialpsychologie, 2. Aufl. (2008), S. 17.

<sup>56</sup> Dazu *Cabanis* StV 1982, 315, 317; *Schumacher* NJW 1980, 1880, 1881; *Stefanopoulou*, Verantwortlichkeit und Schuldzumessung in Mitwirkungsfällen (2018), S. 137 ff.

<sup>57</sup> Zur situativen Rollenbindung *Stefanopoulou* a.a.O. (Fn. 56), S. 140 ff.

<sup>58</sup> *Lempp* a.a.O. (Fn. 34), S. 15, S. 26; vgl. auch *Schmitz* Msch-Krim 1962, 1, 4.

<sup>59</sup> Zum Phänomen im Hinblick auf seine Vorteile als Überzeugungsstrategie *Freedmann/Fraser* Journal of Personality and Social Psychology 1966, Vol 4, No.2, 195 f.

lange, bis man eine rote Ampel missachtet oder ein gefährliches Überholmanöver unternimmt.<sup>60</sup> Das Risiko nimmt mit jeder einzelnen gefährlichen Handlung sukzessive zu.<sup>61</sup> Rollenbindungen und der Wunsch zu imponieren wirken hinderlich bei der Zügelung der Impulse. Geschweige denn, dass situative Affektivität in Kombination mit der Überschätzung der eigenen Kräfte, die jugendliches Verhalten oft charakterisiert, bereits gegen ein Erkennen der richtigen Dimension der Gefahr sprechen. Das Billigend-in-Kauf-Nehmen setzt voraus, dass die Person die Gefahr richtig bewertet hat,<sup>62</sup> das heißt, eine rationale Kalkulation von Entscheidungsalternativen unternommen und Kosten und Nutzen zum Zeitpunkt der Handlung abgewogen hat.<sup>63</sup> Dies ist unter den Bedingungen der affektiven Dynamik des Handlungsablaufs selten der Fall.<sup>64</sup> Unter diesem Gesichtspunkt wird klar, dass eine jugendadäquate Anwendung der Billigungstheorie bereits die genauere Konturierung des Wissenselements verlangt. „Billigend in Kauf nehmen“ oder auch „mit dem Erfolg sich abfinden“ können im Jugendstrafrecht nur sachgerecht bejaht werden, wenn der Jugendliche zum Zeitpunkt der riskanten Tat fähig war, nicht nur die theoretische Gefährlichkeit seiner Handlung zu reflektieren, sondern auch von der Wahrscheinlichkeit des Eintritts einer konkreten Gefahr ausging. Sowohl neurowissenschaftliche als auch sozialpsychologische Erkenntnisse legen nahe, dass diese Voraussetzung bei Jugendlichen oft nicht erfüllt ist.

## 5. Überlegungen zu jugendspezifischen normativen Setzungen

An dieser Stelle ist eine Klarstellung angebracht: Neurowissenschaftliche und sozialpsychologische Befunde sollen dafür Anlass geben, die Gleichstellung des Vorsatzes eines Jugendlichen bzw. Heranwachsenden mit dem Vorsatz eines Erwachsenen zu hinterfragen. Sie liefern Argumente für eine jugendstrafrechtliche Anpassung des Vorsatzbegriffs, die auf eine Willenstheorie hinausläuft, bei der das Wissenselement i.S. der Wahrscheinlichkeitstheorie besonders ausgeprägt ist. Gleichwohl besteht das Hauptanliegen des vorliegenden Beitrags nicht darin, auf einer konkreten Vorsatztheorie zu beharren. Es geht hier vielmehr darum zu zeigen, dass es einen Sensibilisierungsbedarf hinsichtlich des Handhabens von subjektiven Elementen im Jugendstrafrecht gibt. Die Einbeziehung des Entwicklungsstandes junger Täter und ihrer Reaktionsfähigkeit auf Anreize einer affektiven, möglicherweise auch gruppendynamischen Situation in der Abgrenzungsfrage von Vorsatz und Fahrlässigkeit kann auch im Rahmen eines weniger psychologischen und mehr normativen Zugangs zur Frage erfolgen.

Wenn man z.B. i.S. Ingeborg Puppes Lehre von der „Vorsatzgefahr“ für die Frage der Abgrenzung auf die „Maßfigur des vernünftigen handelnden Täters“ abstellen und den Eventualvorsatz annehmen will, wenn die Gefahr „von

solcher Quantität und Qualität“ ist, die ein „vernünftiger Täter“ als „eine taugliche Strategie zur Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolges“ anwenden würde,<sup>65</sup> sollte man zugleich den normativen Maßstab des vernünftigen Täters entwicklungsspezifisch auffassen. Es müsste nach dem „jugendliche[n] Rationalitätstypus“ gefragt werden.<sup>66</sup> Lüderssen meint in diesem Zusammenhang, dass es einen solchen Rationalitätstypus für Jugendliche nicht zu geben scheint.<sup>67</sup> „Man sieht also unter der Hand, daß die normativen Lösungen dem Jugendstrafrecht überhaupt nicht gerecht werden können – es sei denn, man bezieht alle Relativierungen des Normativen ein, die sich aus Hintergrundannahmen, Milieustudien und dergleichen ergeben“, schreibt er.<sup>68</sup> Für solche dem Normativen zu Gute kommenden Relativierungen bieten sich die Befunde der Entwicklungspsychologie, der Neurowissenschaften und der Sozialpsychologie an. Dadurch werden die normativen Maßstäbe realitätsge-rechter.

Wahrnehmungen, Bewusstseinszustände, psychische Vorgänge, innere Einstellungen, Wissen und Wollen sind gewiss mit Beweisschwierigkeiten verbunden.<sup>69</sup> Normative Setzungen sind in gewissem Maße unverzichtbar. Es ist nicht immer möglich zu wissen, ob der Täter als „empirischer Mensch wirklich verdient, was ihm als Rechtsperson mit der Strafe auferlegt wird“, merkt Reinhard Merkel im Zusammenhang mit der allgemeinen Frage der Willensfreiheit an und weist auf Radbruchs bekannte Bemerkung hin, wonach gute Juristen ihr schlechtes Gewissen ausmache.<sup>70</sup> Dies sollte allerdings nicht zur Kapitulation und Hinnahme der Gefahr der Ungerechtigkeit gegenüber dem Täter als empirischem Menschen führen. Das Gewissen kann man versuchen zu beruhigen. Dafür ist es wichtig, dass normative Maßstäbe empirisch sensibler ausgestaltet werden.<sup>71</sup> In Bezug auf die Frage des Eventualvorsatzes bedeutet dies die Aufgabe des einheitlichen Vorsatzbegriffs und die Aufnahme der Wirklichkeit des jugendlichen Alters bei der Setzung von normativen Maßstäben. Dies entspricht schließlich auch dem Schuldprinzip.

Geht man von der Überzeugung aus, dass normative Setzungen die menschliche Wirklichkeit nicht übergehen dürfen, erscheinen Vorschläge bedenkenswert, dem altersbedingten Entwicklungsablauf auch im allgemeinen Strafrecht Aufmerksamkeit zu schenken. „Mit Jugendstrafrecht ins Erwachsenstrafrecht“ – so hat Lüderssen die Forderung einmal in der Frankfurter Rundschau vom 31. Mai 2006 formuliert.<sup>72</sup> Bausch macht diesen Vorschlag in ihrer 2020 erschienen Untersuchung zu einem ihrer

<sup>60</sup> Zur Bedeutung dieses sozialpsychologischen Vorgangs für sog. Fälle der einverständlichen Fremdgefährdung Stefanopoulou a.a.O. (Fn. 56), S. 140 ff.

<sup>61</sup> Vgl. Schmitz MschKrim 1962, 1, 4.

<sup>62</sup> Lempp a.a.O. (Fn. 36), S. 175.

<sup>63</sup> Groenemeyer, a.a.O. (Fn. 41), S. 44.

<sup>64</sup> Lempp a.a.O. (Fn. 34), S. 175.

<sup>65</sup> Puppe, Vorsatz und Zurechnung (1992), S. 74; Puppe ZStW 103 (1991), 1, 41; zu Puppes Ansatz auch Lüderssen, a.a.O. (Fn. 18), S. 163.

<sup>66</sup> So Lüderssen a.a.O. (Fn. 18), S. 164.

<sup>67</sup> Lüderssen a.a.O. (Fn. 18), S. 164.

<sup>68</sup> Lüderssen a.a.O. (Fn. 18), S. 164.

<sup>69</sup> Zu den Problemen beim Beweis des Vorsatzes Hruschka, in: Festschrift für Kleinknecht (1985), S. 191 ff.; Puppe ZStW (103) 1991, 1 (41); Hörnle JZ 2019, 441, 442 f.

<sup>70</sup> Merkel, Willensfreiheit und rechtliche Schuld. Eine strafrechtsphilosophische Untersuchung, 2. Aufl. (2014), S. 135 f.

<sup>71</sup> Siehe Stefanopoulou a.a.O. (Fn. 56), S. 214.

<sup>72</sup> Lüderssen a.a.O. (Fn. 18), S. 195.

Hauptanliegen.<sup>73</sup> Anhaltspunkte für diese Forderung gibt der seit Ende der 1990er Jahre in der entwicklungspsychologischen Forschung vertretene Ansatz, dass „Erwachsenwerden“ eine eigenständige Entwicklungsphase darstellt.<sup>74</sup> Die sog. „Emerging Adulthood“-Phase, deren Etablierung als eigenständiger Forschungsgegenstand auf den US-amerikanischen Psychologen *Jeffrey J. Arnett* zurückgeht, fängt mit 18 an und kann bis in die späten 20er dauern.<sup>75</sup> In dieser Phase sind die jungen Erwachsenen immer noch mit der Bewältigung entwicklungsbedingter Lebensanforderungen beschäftigt.<sup>76</sup> Die Entwicklung junger Menschen läuft nicht kontinuierlich.<sup>77</sup> Die Übergänge von einer Entwicklungsphase zu einer anderen sind fließend, man kann, was die Entwicklungsreife betrifft, keine starre Grenzen setzen.<sup>78</sup> Berücksichtigt man auch die sozialökonomischen Verhältnisse der modernen Familie, die Tatsache, dass junge Leute wegen Ausbildung oder Arbeitslosigkeit länger von der elterlichen Unterstützung abhängig sind sowie die Instabilität von Lebensläufen im frühen Erwachsenenalter<sup>79</sup>, erscheint ein entwicklungsadäquater Umgang mit Straftätern in der „Emerging Adulthood“-Phase als angemessen. Überlegungen zur Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit, wie sie im Rahmen dieses Beitrags angestellt wurden und

die auf die Entwicklungsreife und die sozialpsychologische Dimension des Geschehens abstellen, wären dann auch für Konstellationen wie den Berliner-Raser-Fall<sup>80</sup> von Relevanz. Möglicherweise wäre dann in der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit anders entschieden worden.

### III. Fazit

Zusammenfassend lässt sich Folgendes festhalten: In Anbetracht der Entwicklungsanforderungen, die in der Adoleszenz zu bewältigen sind sowie der Tatsache, dass die entsprechenden Entwicklungsprozesse hinsichtlich kognitiver und emotionaler Handlungssteuerung nicht abgeschlossen sind, erscheint es sinnvoll, einen jugendstrafrechtlichen Begriff des Eventualvorsatzes zu entwickeln. Dies kann man als durch § 3 JGG vorgeschrieben sehen, der die sittliche und geistige Reife als Verantwortlichkeitsvoraussetzung hervorhebt. Der Vorsatz gehört zum Verantwortlichkeitssachverhalt im weiteren Sinne und ist damit von der Bestimmung des § 3 JGG miteingefasst.<sup>81</sup> Für die jugendadäquate Anpassung des Eventualvorsatzes gibt es nicht nur einen dogmatischen Weg. Im Rahmen dieses Beitrags wurde vorgeschlagen, höhere Anforderungen für die Bejahung des Wissenselements im Sinne der Wahrscheinlichkeitstheorie zu verlangen. Dabei soll auf das voluntative Element nicht verzichtet werden. Auch im Kontext normativer und weniger psychologischer Auffassungen des Vorsatzes wäre es wichtig, normative Setzungen entwicklungs- und sozialpsychologisch zu sensibilisieren. Inwieweit solche Sensibilisierungen auch für die Bestimmung des Vorsatzes im allgemeinen Strafrecht relevant werden können, ist eine offene Frage, die in Anbetracht der derzeitigen grundsätzlichen Kritik<sup>82</sup> am Eventualvorsatz durchaus Spannung verspricht.

<sup>73</sup> *Bausch* a.a.O. (Fn. 1), S. 149 ff, 209 ff; in diese Richtung auf der Basis neurowissenschaftlicher Befunde zur Gehirnentwicklungsreife bis etwa im Alter von 25 Jahren auch *Dünkel/Geng/Passow* ZJJ 2017, 125, 127; vgl. auch *Remschmidt/Rössner*, a.a.O. (Fn. 53), § 105 Rn. 9.

<sup>74</sup> *Keller*, „Emerging Adulthood“ – Eine Lebensphase zwischen Instabilität und maximaler Freiheit, 2019, S. 50.

<sup>75</sup> *Arnett*, *Emerging Adulthood. The winding road from the late teens through the twenties*, 2. Aufl. 2015; *Keller* a.a.O. (Fn. 76), S. 50.

<sup>76</sup> *Keller* a.a.O. (Fn. 76), S. 51.

<sup>77</sup> *Lüderssen* a.a.O. (Fn. 18), S. 197; *Remschmidt/Rössner*, a.a.O. (Fn. 51), § 105 Rn. 7 ff.

<sup>78</sup> *Lüderssen* a.a.O. (Fn. 18), S. 197; *Remschmidt/Rössner*, a.a.O. (Fn. 51), § 105 Rn. 9.

<sup>79</sup> *Arnett* a.a.O. (Fn. 77), S. 1 f., S. 7f., 11; *Keller* a.a.O. (Fn. 74), S. 51; *Bausch* a.a.O. (Fn. 1), S. 115; *Stefanopoulou* a.a.O. (Fn. 56), S. 155 f.

<sup>80</sup> LG Berlin, 26. März 2019 – (532 Ks) 251 Js 52/16 (9/18).

<sup>81</sup> Vgl. *Roxin/Greco* a.a.O. (Fn. 20), § 19 Rn. 16.

<sup>82</sup> Siehe *Hörnle* JZ 2019, 440 ff.

# Wann ist ein Strafmilderungsgrund verbraucht?

Zugleich Besprechung von BGH HRRS 2020 Nr. 77 und BGH HRRS 2020 Nr. 169

Von Dr. Kai Höltkemeier, Richter am Landgericht Augsburg

Die Strafzumessung ist gerade für einen Landrichter<sup>1</sup> ein gefährliches Terrain. Dies aber nicht etwa deshalb, weil er bei der Festsetzung einer tat- und schuldangemessenen Strafe den Eindruck hat, „ins Dunkle“ oder „in die Dämmerung“ zu greifen.<sup>2</sup> Mittels des Gesetzes und der von Fischer<sup>3</sup> sehr treffend so bezeichneten „intuitiven und komparativen Bezugssysteme“ gelingt es erfahrenen Strafrichtern häufig sehr leicht, eine passende Strafe zu finden. Und zwar nicht nur im Bereich der Alltagskriminalität, sondern auch in komplexeren Verfahren. Schwierig wird die Strafzumessung vor allem in größeren Verfahren dann, wenn man sein mithilfe von Bauch (Intuition) und Kopf erzielt Ergebnis rechtsfehlerfrei begründen soll, damit es einer Überprüfung in der Revisionsinstanz standhält. Hier ist jedes (ggf. auch fehlende) Wort von Gewicht.

Anhand zweier kleiner, unauffälliger Entscheidungen des Bundesgerichtshofes soll gezeigt werden, wie schwierig sich die Begründung der Strafzumessung gestaltet und dass die Strafsenate des Bundesgerichtshofes nicht immer zur Klarheit beitragen. Inhaltlich geht es um die Frage, inwieweit Umstände, die für sich betrachtet oder mit anderen zusammen eine Strafrahmensverschiebung bewirkt haben, im Rahmen des dann folgenden Strafzumessungsakts (im engeren Sinne) erneut Berücksichtigung finden dürfen. Während die erste zu besprechende Entscheidung des 1. Strafsenats (eigentlich) den Fall einer Strafzumessung nach Strafrahmensverschiebung über § 49 Abs. 1 StGB infolge eines vertypten Strafmilderungsgrundes betrifft, behandelt die zweite Entscheidung des 2. Strafsenats (eigentlich) den Fall einer Strafzumessung nach Annahme eines minder schweren Falles.

<sup>1</sup> Am Amtsgericht erweist sich die Strafzumessung mitunter natürlich als genauso kompliziert, die „Pufferinstanz“ der Berufung führt aber dazu, dass eine Urteilsbegründung häufig deutlich leichter von der Hand geht.

<sup>2</sup> Vgl. hierzu Kasper in der Einleitung zu seinem außerordentlich lesenswerten DJT-Gutachten 2018 unter Bezugnahme auf v. Liszt, Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Band 1, Berlin 1905, S. 393.

<sup>3</sup> Fischer StGB, 67. Auflage 2020, § 46 Rn. 13.

## I. Verbrauch vertypter Milderungsgründe? – BGH HRRS 2020 Nr. 77

### 1. Behandlung nach der herrschenden Meinung

Die Frage, inwieweit ein vertypter Strafmilderungsgrund (z.B. Versuch, § 23 Abs. 2 StGB; verminderte Schuldfähigkeit, § 21 StGB) nach einer Strafrahmensverschiebung über § 49 StGB im Rahmen der Strafzumessung im engeren Sinne erneut berücksichtigt werden kann, hat der Bundesgerichtshof schon vielfach beantwortet. Wenn man die jeweils prägnantesten Formulierungen aus zwei Entscheidungen schamlos zusammenkopiert, ergibt sich ein – wie ich meine – klares und überzeugendes Ergebnis:

*„Innerhalb eines Strafrahmens, der wegen Versuchs gemildert worden ist, kann der Umstand allein, dass ein Versuch vorliegt, keine Bedeutung für die Findung der angemessenen Strafe entfalten. Denn diese Besonderheit trifft für jeden denkbaren Punkt der Skala des gemilderten Strafrahmens zu und ist deshalb nicht geeignet, als Differenzierungsmerkmal für die Bestimmung der angemessenen Strafe innerhalb dieses Rahmens zu dienen.“<sup>4</sup> „Da aber für die eigentliche Strafzumessung eine Ganzheitsbetrachtung von Tatgeschehen und Täterpersönlichkeit erforderlich ist, wäre es nicht angängig, wesentliche mit dem jeweiligen Milderungsgrund zusammenhängende Umstände bei der Festsetzung der Strafe innerhalb des gemilderten Strafrahmens nur deshalb unberücksichtigt zu lassen, weil etwa der Täter vermindert zurechnungsfähig war oder die Tat nur versuchte (BGHSt 16, 351 [...]). In diesem Zusammenhang sind zahlreiche Gesichtspunkte der Wertung möglich. So darf beispielsweise berücksichtigt werden, daß der Versuch mehr oder weniger nahe der Vollendung, die Minderung der Schuldfähigkeit (insb. nach Alkoholgenuß) mehr oder weniger verschuldet war.“<sup>5</sup>*

Begründen lässt sich dieses Ergebnis, das von der ganz herrschenden Meinung im Schrifttum<sup>6</sup> geteilt wird, mit

<sup>4</sup> BGH NJW 1989, 3230.

<sup>5</sup> BGH NJW 1976, 1326.

<sup>6</sup> S. nur SSW-StGB/Kasper, 4. Auflage 2019, § 21 Rn. 34; SSW-StGB/Kudlich/Schuh, 4. Auflage 2019, § 23 Rn. 12; Fischer, 67. Auflage 2020, § 23 Rn. 5; Ziegler, Das Strafurteil, 7. Auflage Rn. 329.

dem Rechtsgedanken des § 46 Abs. 3 StGB<sup>7</sup>: Umstände, die schon Merkmal einer den anzuwendenden Strafrahmen begründenden Norm sind, können in der weiteren Strafzumessung nicht mehr berücksichtigt werden, weil sie für jeden Punkt innerhalb des Strafrahmens gelten und damit nicht zur Differenzierung geeignet sind. Dabei kann es keinen Unterschied machen, ob der Umstand schon Merkmal des gesetzlichen Tatbestandes ist (§ 46 Abs. 3 StGB) oder ob der Umstand (nur) Merkmal einer den Strafrahmen verschiebenden Norm ist.

## 2. BGH HRRS 2020 Nr. 77

Der Beschluss des 1. Strafsenats vom 23.10.2019 betrifft ein Urteil des Landgerichts München II, in welchem der Angeklagte – unter anderem – wegen versuchten Totschlags in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung und mit Bedrohung verurteilt wurde. Der zu besprechenden Entscheidung des Bundesgerichtshofes lässt sich entnehmen, dass das Landgericht München II – vom Strafrahmen des § 212 Abs. 1 StGB ausgehend – eine Strafrahmenverschiebung nach §§ 23 Abs. 2, 49 StGB vorgenommen hat und auf dieser Grundlage eine mehrjährige Einzelstrafe festgesetzt hat, die letztlich in eine Gesamtstrafe von sieben Jahren mündete.

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat – mit, wie ich meine, zweifelhafter Begründung<sup>8</sup> – nicht nur die tateinheitliche Verurteilung wegen Bedrohung beanstandet und korrigiert, sondern er hat zudem den Anspruch über die Einzelstrafe und – hier nicht weiter von Interesse – die Gesamtstrafe aufgehoben.

### a) Die Ausgangsentscheidung des Landgerichts München II

Das Landgericht musste innerhalb des nach §§ 23 Abs. 2, 49 StGB verschobenen Strafrahmens eine tat- und schuldangemessene Strafe finden. Es hatte hierzu alle für und gegen den Täter sprechenden Umstände gegeneinander abzuwägen, § 46 Abs. 2 StGB. Das Landgericht führt hierbei (unter anderem) aus<sup>9</sup>,

*„dass, da der vertyppte Strafmilderungsgrund nach § 23 Abs. 2 StGB bereits zur Strafrahmenverschiebung gemäß § 49 Abs. 1 StGB geführt habe, das Vorliegen des Versuchs als solchem gemäß § 50 StGB nicht mehr bei der Strafzumessung im engeren Sinne berücksichtigt werden dürfe.“*

Indem das Landgericht (nur) den Versuch ‚als solchen‘ nicht berücksichtigt, scheint es die Vorgaben der dargestellten höchstrichterlichen Rechtsprechung zu beachten.

<sup>7</sup> So wohl auch SSW-StGB/Kudlich/Schuh, 4. Auflage 2019, § 23 Rn. 12 und – deutlicher – SSW-StGB/Eschelbach, 4. Auflage 2019, § 50 Rn. 18.

<sup>8</sup> Es liegt zwar auf der Hand, dass eine Bedrohung zurücktritt, wenn Sie im Verlaufe der Begehung eines Verbrechens begangen wird (Täter schlägt und brüllt dabei „Ich bring Dich um!“). Der vorliegende Fall lag aber anders: Wenn dem flüchtenden Opfer die Drohung gleichsam hinterhergerufen wird, dann spricht vieles dafür, dass der Täter mit einer neuen Tat droht. Das sollte in einer tateinheitlichen Verurteilung zum Ausdruck kommen.

<sup>9</sup> Dies ausweislich der Entscheidung des Bundesgerichtshofes (BGH HRRS 2020 Nr. 77).

### b) Die Entscheidung des BGH

Der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofes gelangt dennoch zur Aufhebung von Einzel- und Gesamtstrafe und führt hierzu aus:

*„Das Landgericht hat [...] verkannt, dass das Verbot der Doppelverwertung gemäß § 50 StGB nur für die Strafrahmenbestimmung gilt. Für die konkrete Strafzumessung ist hingegen eine Gesamtbetrachtung aller Umstände geboten, darunter auch derjenigen, die eine Strafrahmenmilderung bewirkt haben; diese sind mit verringertem Gewicht in die Gesamtwürdigung einzustellen (st. Rspr.; vgl. etwa BGH [...] 3 StR 452/13 und [...] 2 StR 535/92 Rn. 5 f.; Fischer, StGB, 66. Aufl., § 50 Rn. 6; SSW/Eschelbach, StGB, 4. Aufl., § 50 Rn. 17).“*

#### aa) Fehler bei der Anwendung von § 50 StGB?

Der erste Satz der Begründung überzeugt zumindest auf den ersten Blick: Der vom Landgericht München II zitierte § 50 StGB betrifft nach ganz h.M. tatsächlich nur die Strafrahmenwahl und nicht etwa die Strafzumessung im engeren Sinne.<sup>10</sup>

Auf den zweiten Blick ist die Rechtslage nicht ganz so klar: Das Landgericht kann seine Rechtsauffassung nämlich auf eine Entscheidung des 3. Strafsenats aus dem Jahr 1987 stützen<sup>11</sup>, die ebenfalls § 50 StGB heranzieht<sup>12</sup> und zu der sich das Urteil des 1. Strafsenats nicht verhält:

*„Selbst in den Fällen des § 50 StGB sind auch die dem jeweiligen gesetzlich vertyppten Milderungsgrund nach Art und Maß unterschiedlich konkretisierenden Umstände zu berücksichtigen. Lediglich der die Milderung des Strafrahmens bewirkende gesetzlich vertyppte Grund als solcher (‘Versuch’, ‘Gehilfe’ usw.) scheidet nach § 50 StGB als Strafzumessungserwägung aus (BGHSt 26, 311; BGH, NStZ 1984, 548).“<sup>13</sup>*

#### bb) Fehler bei der Gesamtwürdigung?

Letztlich geht es dem 1. Strafsenat aber wohl auch um etwas anderes: Er bemängelt, dass die Umstände, die die Strafrahmenmilderung bewirkt haben, nicht – mit verringertem Gewicht – in die Abwägung eingestellt wurden und befürchtet, dass die Strafe in der Folge zu hoch ausgefallen sein könnte.

Und genau das ist es, was (kurz) irritiert: Denn nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes ist ja in den Fällen einer Strafrahmenverschiebung wegen

<sup>10</sup> BGH NJW 1975, 837; SSW-StGB/Eschelbach, 4. Auflage 2019, § 50 Rn. 1; MüKoStGB/Maier, 3. Aufl. 2016, § 50 Rn. 3; Schönke/Schröder/Kinzig, 30. Aufl. 2019, § 50 Rn. 4.

<sup>11</sup> BGH NStZ 1987, 504 = BeckRS 9998, 85615.

<sup>12</sup> Diese Entscheidung hat auch in der Kommentarliteratur Widerhall gefunden, vgl. BeckOK-StGB/Heintschel-Heinegg, 46. Ed. 1.5.2020, StGB § 50 Rn. 2 a.E.

<sup>13</sup> Der 3. Strafsenat hatte eigentlich über einen minder schweren Fall zu entscheiden. Der zitierte Teil der Entscheidung aber beschäftigt sich – wie aus dem Gesamtzusammenhang und den zitierten Entscheidungen ersichtlich ist – mit dem hier relevanten Fall einer Strafrahmenverschiebung infolge eines vertyppten Milderungsgrundes nach § 49 StGB. Und für diesen Fall stützt der 3. Strafsenat den Verbrauch des vertyppten Milderungsgrundes „als solchem“ auf § 50 StGB.

eines vertyppten Milderungsgrundes dieser Milderungsgrund als solcher – im Fall also der tatsächliche Umstand der fehlenden Tatvollendung – gerade verbraucht. Er ist zur Differenzierung innerhalb des neuen Strafrahmens nicht geeignet, weil er auf alle Punkte innerhalb des Strafrahmens zutrifft.

Eine genauere Betrachtung des zweiten Satzes der Begründung beweist, dass sich der 1. Strafsenat wohl schlicht geirrt und in die falsche Schublade gegriffen hat. Der (wortgleich aus der zitierten Entscheidung BGH 3 StR 452/13 übernommene) Textbaustein betrifft nämlich die Konstellation einer Strafzumessung im engeren Sinne nach Annahme eines minder schweren Falles.<sup>14</sup> Für das Landgericht München II ist das ärgerlich, denn es hat – soweit ersichtlich – genau das getan, was *Fischer* und *Eschelbach* in den vom 1. Strafsenat zitierten Kommentarfundstellen fordern und was ständiger Rechtsprechung entspricht<sup>15</sup>: Es hat eine Gesamtbetrachtung angestellt und alle Umstände eingestellt, dies mit Ausnahme des nicht zur Differenzierung innerhalb des verschobenen Strafrahmens geeigneten Umstands, dass die Tat nicht vollendet wurde.

### cc) Beruhen

Der 1. Strafsenat hat ein Beruhen des Urteils auf dem festgestellten Fehler in der Anwendung des § 50 StGB – im Ergebnis letztlich wohl konsequent<sup>16</sup> – bejaht:

*[...] Der Senat vermag mit Blick auf die weiteren Strafzumessungserwägungen, unter anderem den Umstand, dass das Landgericht zulasten des Angeklagten berücksichtigt hat, dass er tateinheitlich auch eine Bedrohung begangen hat, und die Höhe der Strafe nicht auszuschließen, dass der Strafausspruch für diese Tat auf dem Rechtsfehler beruht.“*

Auch diese Ausführungen überzeugen aber nicht voll, weil der Aspekt der aus Sicht des 1. Strafsenats zu Unrecht angenommenen Bedrohung mit dem eigentlich geprüften Beruhen des Urteils auf dem Fehler „Versuch zu Unrecht nicht in Gesamtabwägung eingestellt“ nichts zu tun hat. Hinzu kommt, dass es eine tatbestandsmäßige Bedrohung nach Abschluss der Körperverletzungshandlungen gegeben hat.<sup>17</sup> Hierdurch wurde meines Erachtens neues Unrecht verwirklicht, das bei der Strafzumessung unabhängig von der konkurrenzrechtlichen Bewertung berücksichtigt werden durfte.

<sup>14</sup> Der zitierte Satz aus der Entscheidung 3 StR 452/13 betrifft ebenso wie 2 StR 535/92 und die zitierten Kommentarfundstellen die Konstellation eines minder schweren Falles.

<sup>15</sup> Vgl. nur die oben in Fn. 4 und 5 zitierten Entscheidungen.

<sup>16</sup> Nachdem es ausreicht, dass ein Beruhen des Urteils auf dem Fehler nicht auszuschließen ist, wird man – eine Gesetzesverletzung „Versuch zu Unrecht nicht in Gesamtabwägung eingestellt“ unterstellt – ein Beruhen bejahen können. Sollte der BGH – wofür nichts spricht – Ausführungen zu Begleitumständen des Versuches vermisst haben, so sieht die Sache anders aus. Bei einem Täter, der seinem Opfer mit vier Messerstichen in Richtung des Oberkörpers Verletzungen an Brustkorb und Flanke zufügt und das fliehende Opfer dann noch unter Ausstoß von Morddrohungen verfolgt, liegen strafmildernde Begleitumstände des Versuches nämlich fern, womit man über die Beruhensfrage insoweit kräftig streiten könnte.

<sup>17</sup> Vgl. hierzu schon oben Fn. 8.

## II. Verbrauch mildernder Umstände beim minder schweren Fall? – BGH HRRS 2020 Nr. 169

### 1. Behandlung nach der herrschenden Meinung

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und ganz herrschender Meinung können und müssen Umstände, die als Abwägungsgesichtspunkte zur Annahme eines minder schweren Falles geführt haben, im Rahmen der Strafzumessung im engeren Sinne **erneut herangezogen** werden.<sup>18</sup> Das ist insofern richtig, als dem Angeklagten ansonsten der Vorteil der Strafrahmensverschiebung durch eine umso strengere Behandlung innerhalb dieses Strafrahmens wieder genommen würde. Gleichzeitig wird man diejenigen Umstände, die zur Annahme des minder schweren Falles geführt haben, im neuen, verschobenen Strafrahmen aber auch nicht mit vollem, sondern nur **mit verringertem Gewicht** berücksichtigen können, weil sonst der neue Strafrahmen nach oben hin ja niemals ausgeschöpft werden könnte, was kaum beabsichtigt sein kann.

### 2. BGH HRRS 2020 Nr. 169

#### a) Die Ausgangsentscheidung des Landgerichts Aachen

Das Landgericht Aachen hat den Angeklagten wegen einer Vielzahl von Straftaten zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 3 Jahre verurteilt und seine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt angeordnet. Für die Zwecke dieser Besprechung ist dabei nur eine Einzelstrafe von Interesse, die eine versuchte besonders schwere räuberische Erpressung (§§ 253, 255, 250 Abs. 2 StGB) sanktionieren sollte. Der 2. Strafsenat gibt die Ausführungen des Landgerichts Aachen hierbei wie folgt wieder:

*„Zu Fall 1 der Urteilsgründe nimmt die StrK einen minder schweren Fall i. S. des § 250 Abs. 3 StGB an, wobei „ausdrücklich das Vorliegen der verminderten Schuldfähigkeit nach § 21 StGB und der Umstand, dass die Tat im Versuchsstadium nach §§ 22, 23 Abs. 1 StGB stecken geblieben ist, zur Bejahung eines minder schweren Falles heranzuziehen war“. Eine weitere Milderung „nach § 21, § 23 II, 46, 49 StGB“ komme im Hinblick auf § 50 StGB nicht mehr in Betracht, da diese Milderungsgründe bereits verbraucht seien „und auch im Rahmen der weiteren Strafzumessung im engeren Sinne keine Berücksichtigung mehr finden“ könnten.“*

#### b) Beurteilung der Entscheidung des LG Aachen

Akzeptiert man einmal, dass die Annahme eines minder schweren Falles unter Berücksichtigung von Versuch und verminderter Schuldfähigkeit im konkreten Fall veranlasst war<sup>19</sup>, so war zwar richtig, dass eine erneute Ver-

<sup>18</sup> S. nur BGH HRRS 2014 Nr. 329, BGH BeckRS 9998, 25006 und BGH BeckRS 1992, 31097271. Vgl. auch *Fischer*, 67. Auflage 2020, § 50 Rn. 6 sowie SSW-StGB/*Eschelbach*, StGB, 4. Auflage 2019, § 50 Rn. 18.

<sup>19</sup> Das ist deshalb keine Selbstverständlichkeit, weil das Landgericht vorab ausschließen musste, dass schon die all-

schiebung des Strafrahmens über §§ 21, 49 oder 23 Abs. 2, 49 StGB wegen § 50 StGB ausschied.

Das Landgericht hat aber übersehen, dass die den minder schweren Fall begründenden Umstände im Rahmen der Strafzumessung im engeren Sinne wieder – wenn auch mit geringerem Gewicht – beachtet werden durften und mussten (s.o., II.1). Das gilt auch für solche Umstände, die zugleich typisierte Milderungsgründe darstellen (Versuch, verminderte Schuldfähigkeit etc.), weil sie – anders als in der zuvor diskutierten Fallgruppe einer Strafrahmensverschiebung über § 49 StGB – zur Differenzierung innerhalb des neuen Strafrahmens geeignet und erforderlich sind.

### c) Die Entscheidung des BGH

#### aa) Ergebnis überzeugt

Der 2. Strafsenat hat das Urteil des Landgerichts Aachen demnach im Ergebnis zu Recht im Ausspruch über die konkrete Einzelstrafe und die Gesamtstrafe aufgehoben.<sup>20</sup> Und auch die Begründung vermag zunächst zu überzeugen:

*„Dies ist insofern rechtsfehlerhaft, als für die konkrete Strafzumessung eine Gesamtbetrachtung aller Umstände geboten ist, darunter auch diejenigen, die eine Strafrahmensmilderung bewirkt haben; diese sind mit verringertem Gewicht in die Gesamtwürdigung einzustellen (...)“*

#### bb) Weitere Begründung

Der 2. Strafsenat hätte es hierbei belassen können und sollen. Denn seine weiteren Ausführungen betreffen zum einen schon gar nicht die zur Entscheidung stehende Fallkonstellation, zum anderen verkomplizieren sie eine eigentlich hinreichend geklärte Rechtsfrage (s.o., I.1.) so sehr, dass hieraus neue Unsicherheit erwächst. Der 2. Strafsenat schreibt:

*Wenn in einzelnen Entscheidungen darauf hingewiesen wird, der vertyppte Milderungsgrund „als solcher“ dürfe bei der Strafzumessung im engeren Sinne nicht berücksichtigt werden (BGH [...] 3 StR 308/87; [...] 2 StR 353/89 [...]), so ist damit nicht gemeint, dass ein bestimmter Milderungsgrund verbraucht sei, sondern lediglich klargestellt, dass das abstraktrechtliche Wertungsergebnis als solches, das die gesetzliche Grundlage für die Strafrahmensmilderung bietet, selbst keinen strafzumessungserheblichen Umstand darstellt. Hingegen ist die Tatsache, dass der Angeklagte nur vermindert schuldfähig war, für die Bewertung der relevanten Strafzumessungstatsachen regelmäßig von*

gemeinen Strafzumessungserwägungen bzw. die allgemeinen Strafzumessungserwägungen in Verbindung mit einem typisierten Strafmilderungsgrund den minder schweren Fall begründeten. Weiter musste das Gericht die Möglichkeit einer doppelten Strafrahmensverschiebung über §§ 21, 23 Abs. 2, 49 StGB im Blick behalten.

<sup>20</sup> Der Bundesgerichtshof hat Einzel- und Gesamtstrafe noch aus einem weiteren Grund aufgehoben. Er konnte den Ausführungen des Landgerichts nämlich nicht entnehmen, dass alternativ auch eine – ggf. sogar doppelte – Verschiebung über § 49 Abs. 1 StGB erwogen wurde. Vgl. näher BGH HRRS 2020 Nr. 169, Rz. 8.

*wesentlicher Bedeutung und wirkt dann bei der Strafzumessung in engerem Sinne strafmildernd ([...] 2 StR 535/92 Rn. 6).*

#### cc) Falsche Schublade

Dieser Absatz wurde wortwörtlich aus der am Ende zitierten Entscheidung aus dem Jahr 1992 übernommen.<sup>21</sup> Das ist ärgerlich genug, weil sich diese Entscheidung gar nicht mit der hier relevanten Konstellation eines minder schweren Falles<sup>22</sup>, sondern vielmehr mit einer Strafrahmensverschiebung nach §§ 21, 49 StGB beschäftigt. Auch die weiteren zitierten Entscheidungen betreffen diese Konstellation.<sup>23</sup>

#### dd) Missglückte Formulierung

Viel schlimmer ist aber, dass der 2. Strafsenat ausgerechnet einen Textbaustein aus der Versenkung holt, der inhaltlich nicht überzeugt und eine eigentlich geklärte Rechtsfrage – auch sprachlich – unnötig verkompliziert. Die wohl beabsichtigte Absichtung von ‚strafzumessungserheblichen Umständen‘ und dem nicht strafzumessungserheblichen ‚abstraktrechtlichen Wertungsergebnis‘ ist – wie zu zeigen sein wird – zum Scheitern verurteilt.

Zur Erinnerung (vgl. näher oben, I.): Die der typisierten Strafmilderung unmittelbar zugrunde liegenden Tatsachen (also z.B. fehlende Tatvollendung, verminderte Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit) können im Rahmen der Abwägung nach § 46 Abs. 2 StGB keine Berücksichtigung finden, weil sie für jeden Punkt innerhalb des gemilderten Strafrahmens zutreffen und damit nicht zur Differenzierung innerhalb des Strafrahmens taugen. Sie sind – anders als der 2. Strafsenat meint – verbraucht und können damit auch nicht erneut strafmildernd wirken! Die „konkret-tatsächlichen Gegebenheiten, die den jeweiligen Fall kennzeichnen“<sup>24</sup>, also z.B. die Frage, wie stark war die Einsichtsfähigkeit vermindert war, erlauben hingegen eine Differenzierung innerhalb des gemilderten Strafrahmens und dürfen und müssen von daher Eingang in die Strafzumessung im engeren Sinne finden.

Was aber hat es nun mit der – auf den ersten Blick so klug anmutenden – Absichtung von ‚strafzumessungserheblichen Umständen‘ und dem (nicht strafzumessungserheblichen) ‚abstraktrechtlichen Wertungsergebnis‘ auf sich, die der Bundesgerichtshof – soweit ersichtlich – erstmals im Jahr 1989 unternommen hat und seitdem immer mal wieder aufgreift?<sup>25</sup> Erklärtes Ziel dieser Absichtung war und ist es, den Grundsatz „Umstände, die zu einer Strafrahmensverschiebung geführt haben, müssen bei

<sup>21</sup> Dagegen ist vom Grundsatz her nichts einzuwenden, weil die Verwendung einheitlicher Formulierungen für eine höhere Verlässlichkeit der obergerichtlichen Rechtsprechung sorgt.

<sup>22</sup> Der minder schweren Fall der gefährlichen Körperverletzung wurde erst zum 1. Dezember 1994 ins Strafgesetzbuch eingeführt. Der vorherige § 223a StGB enthielt noch keinen minder schweren Fall.

<sup>23</sup> Für 2 StR 353/89 liegt das auf der Hand. Aber auch 3 StR 308/87 beschäftigt sich in der zitierten Passage mit dieser Konstellation („Selbst in den Fällen des § 50 StGB ...“).

<sup>24</sup> BGH NJW 1989, 3230.

<sup>25</sup> Vgl. z.B. auch BGH BeckRS 2000, 30094628.



der Strafzumessung im engeren Sinne erneut berücksichtigt werden“, vor Durchbrechungen zu bewahren. Das wiederum kann nur gelingen, wenn man die typisierten Strafmilderungsgründe ‚als solche‘ nicht als „Umstände“ versteht. In den Worten des BGH<sup>26</sup>:

*„Doch steht der Begriff der “Umstände” in diesem Zusammenhang stets und ausschließlich für die konkret-tatsächlichen Gegebenheiten, die den jeweiligen Fall kennzeichnen; [...] Nicht gemeint ist dagegen das abstrakt-rechtliche Wertungsergebnis als solches, das die gesetzliche Grundlage für die Strafrahmenerhebung darstellt; es stellt selbst keinen strafzumessungserheblichen Umstand dar. So kann die Wertung, ein minder schwerer Fall liege vor, bei der Bemessung der Strafe innerhalb des für den minder schweren Fall vorgesehenen Strafrahmens keine Bedeutung erlangen. Ebenso wenig lässt sich dem Angekl. im Rahmen des nach §§ 21, 49 StGB gemilderten Strafrahmens zugutehalten, er habe unter den Voraussetzungen des § 21 StGB gehandelt. Aus demselben Grunde ist es rechtsfehlerhaft, nach einer Strafrahmenerhebung gemäß den §§ 23 II, 49 StGB bei der konkreten Strafzumessung zu Gunsten des Angekl. zu werten, daß die Tat nur versucht worden ist.“*

Mich überzeugt das – für die Fallgruppe der typisierten Milderungsgründe – nicht: Es ist zwar richtig, dass der Strafrahmenerhebung wegen eines typisierten Milderungsgrundes grundsätzlich eine umfassende Gesamtwürdigung (und damit eine abstraktrechtliche Wertung) zugrunde liegt, die bei der Strafzumessung im engeren Sinne keine Rolle mehr spielt. Das ändert aber nichts daran, dass die Strafrahmenerhebung von vornherein nur dann erfolgen kann, wenn der konkret-tatsächliche Umstand der fehlenden Tatvollendung (§ 23 Abs. 2 StGB), der Verminderung der Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit (§ 21 StGB), des vermeidbaren Irrtums über das Unrecht der Tat (§ 17 S. 2 StGB) usw. gegeben ist. Diese Umstände bleiben Umstände, auch wenn die Rechtsfolge (Strafrahmenerhebung ja/nein) erst mittels einer abstraktrechtlichen Abwägung bestimmt werden kann. Die angestrebte Abschichtung (Umstände dürfen noch berücksichtigt werden, Wertungsergebnisse nicht) ist deshalb nicht zielführend.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass der 2. Strafsenat ohne jede Notwendigkeit (er hatte über eine andere Konstellation

zu befinden) eine klare und zutreffende Aussage (*„der vertypete Milderungsgrund ‚als solcher‘ ist nach einer Strafrahmenerhebung über § 49 StGB verbraucht*) in eine ganz andere und noch dazu missverständliche Aussage (*„das abstraktrechtliche Wertungsergebnis stellt keinen strafzumessungserheblichen Umstand dar*) uminterpretiert und hieraus dann auch noch den falschen Schluss zieht. Das kann nicht befriedigen.

### III. Fazit

Die rechtsfehlerfreie und damit revisionsfeste Begründung von Strafzumessungsentscheidungen ist schwierig. Sie erfordert einen genauen Umgang mit Gesetz und obergerichtlicher Rechtsprechung und einen gewissen Erfahrungsschatz (Welche Formulierungen will das Revisionsgericht lesen?). In Zeiten häufiger Referatswechsel gerade im Bereich der landgerichtlichen Berichterstattung (Elternzeit, Abordnungen u.a.) und eines großen Erledigungsdrucks angesichts hoher Fallzahlen sind das keine guten Voraussetzungen. Fehler in der Strafzumessung können vom Revisionsgericht manchmal korrigiert werden, häufig wird das Urteil aber – jedenfalls im Hinblick auf den Strafausspruch – mit zum Teil sehr deutlichen Worten aufgehoben, was eine erneute Verhandlung vor einem ohnehin schon stark belasteten Instanzgericht nach sich zieht.

Angesichts dieser Ausgangssituation ist es umso wichtiger, dass die Vorgaben des Bundesgerichtshofes in eigentlich längst geklärten Bereichen der Strafzumessung einheitlich und maximal klar und verständlich sind. Denn der junge Instanzrichter fragt heutzutage nicht mehr (nur) die erfahrene Kollegin am anderen Ende des Flurs, sondern eine Entscheidungsdatenbank im Internet, um nach passender obergerichtlicher Rechtsprechung zu suchen. Das wiederum geht nur solange gut, wie die Entscheidungen des Bundesgerichtshofes dessen ständige Rechtsprechung in verständlicher Weise verlässlich wiedergeben. Für eine Entscheidungsdatenbank ist jede Entscheidung des Bundesgerichtshofes gleich wichtig, jeder noch so eilig beratene Absatz kann zur Grundlage zukünftiger instanzrichterlicher Entscheidungen werden, wodurch ein ärgerlicher Teufelskreis entsteht.

<sup>26</sup> BGH NJW 1989, 3230.

# Der Sachverständige und der Verrat von Wirtschaftsgeheimnissen

Von Privatdozentin Dr. Hilde Farthofer, Universität Erlangen-Nürnberg

Der Sachverständige nimmt im Strafprozessrecht eine Sonderstellung gegenüber anderen Zeugen ein.<sup>1</sup> Sein Expertenwissen beeinflusst nachhaltig die Ermittlungstätigkeit und später die Urteilsfindung des Gerichts.<sup>2</sup> Gerade in den Fällen von Wirtschafts- und Cyberkriminalität greifen Ermittlungsbehörden auf private Sachverständige zurück, wie etwa auf Wirtschafts- und IT-Forensiker,<sup>3</sup> die mit ihren Fachkenntnissen oftmals sehr komplexe Sachverhalte für die zuständige Behörde verständlich aufarbeiten. Der Umgang mit sensiblen Daten durch Privatpersonen birgt aber auch Probleme.<sup>4</sup> Gerade in den letzten Jahren ist das Bewusstsein für den Datenschutz<sup>5</sup> und für den Geheimnisschutz immer mehr in den Fokus gerückt. Der Beitrag beschäftigt sich mit den strafrechtlichen Problemen, die durch die Verletzung der Geheimnisschutzobliegenheit des Sachverständigen im Zuge von Strafverfahren ausgelöst werden können. Als Vergleich dient die aktuelle österreichische Rechtslage, die auf den gleichen europäischen Zielsetzungen zum Schutz von Wirtschaftsgeheimnissen basiert.<sup>6</sup>

## 1. Einleitung

In Deutschland ebenso wie in Österreich können Sachverständige sowohl im Ermittlungs- als auch im Hauptverfahren in den unterschiedlichsten Bereichen behilflich sein, um bei der Aufklärung gewisser Sachverhalte zu helfen. Eine Legaldefinition für den Sachverständigen gibt es im deutschen Strafrecht nicht, im österreichischen findet sie sich in § 125 öStPO.<sup>7</sup> In beiden Ländern gilt grundsätzlich, dass die Befundaufnahme und die Gutachtenerstattung unabhängig, objektiv und begründet auf Fachwissen zu erfolgen hat.<sup>8</sup> Ein entgegen diesen Anforderungen tätig werdender Sachverständiger kann Delikte gegen die Rechtspflege verwirklichen, aber auch z.B. die Straftatbestände des Betruges durch die bewusste Täuschung über ein angebliches Fachwissen,<sup>9</sup> oder der Datenveränderung durch das Löschen oder Beschädigen von Daten<sup>10</sup>. Fahrlässiges und vorsätzliches Handeln eines Sachverständigen zum Nachteil der Rechtspflege oder eines Prozessbeteiligten verlangt eine strafrechtliche Verfolgung.<sup>11</sup>

Der Fokus des rechtsvergleichenden Beitrages liegt auf dem strafrechtlichen Sonderproblem des Geheimnisverrates durch einen Sachverständigen im Zuge eines Wirtschafts- oder Cyberkriminalitätsstrafverfahrens. Die Tat kann in den unterschiedlichen Stadien des Verfahrens verwirklicht werden. Immer ist bereits die Auswahl des richtigen Sachverständigen problematisch.<sup>12</sup>

<sup>1</sup> Zu den unterschiedlichen kritischen Stimmen zur Stellung des Sachverständigen im Strafverfahren *Pawlak*, Ablehnung des Sachverständigen im Strafverfahren wegen Befangenheit? (1998), S. 180 ff.

<sup>2</sup> Generell zur Stellung des Sachverständigen im Strafverfahren siehe *Streng*, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2020), § 20 Rn. 163; *Detter* NStZ 1998, 57, 59 und *Brammsen* ZStW 119 (2007), 93, 96 ff.

<sup>3</sup> Zur Entwicklung der Wirtschaftsforensik siehe *Mair/Müller* JSt 2015, 134 ff.

<sup>4</sup> Die Privatisierung von derartigen Tätigkeiten wird durchaus kritisch gesehen, z.B. *Wackernagel/Graßie* NStZ 2021, 12, 16 ff., die Autoren stufen die zunehmende Bestellung von IT-Forensikern als unzulässig ein, da die eigentlich in den Aufgabenbereich der Ermittlungsbehörden fallenden Ermittlungstätigkeiten in die Verantwortung von Privatpersonen gelegt werde. Ähnlich LG Hamburg 631 Qs 27/19, Beschluss v. 7. August 2019 = BeckRS 2019, 23499, Rn. 10, nach diesem ist die Sichtung und Erhebung von Datenmaterial nur dann eine sachverständliche Tätigkeit, wenn es dabei auf eine besondere Sachkunde ankommt.

<sup>5</sup> Zu den Voraussetzungen für einen datenschutzkonformen Umgang mit Informationen durch Sachverständige, *Eusani* DS 2018, 323 ff.

<sup>6</sup> U.a. EU-Richtlinie 2016/943 v. 8. Juni 2016 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung.

<sup>7</sup> Näheres dazu *Fabrizy*, StPO und wichtige Nebengesetze, 12. Aufl. (2014), § 125.

<sup>8</sup> Für Deutschland u.a. BGH NJW 1955, 840, 841.

<sup>9</sup> BGH 3 StR 270/18, Beschluss v. 18. Dezember 2018 = HRRS 2019 Nr. 493 = FD-StrafR 2019, 417332; in Österreich sind §§ 146 ff. öStGB einschlägig.

<sup>10</sup> *Wieck-Noodt*, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2019), § 303a; in Österreich ist hier der § 126a öStGB einschlägig, *Beyerer/Birklbauer/Sadoghi*, StGB-Praxiskommentar, 28. Aufl. (2017), § 126a.

<sup>11</sup> OLG Düsseldorf U 123/04, Urteil v. 17. März 2005 = DS 2005, 311, zwingende Voraussetzung ist zumindest ein fahrlässiges Handeln; in der Praxis kommt es regelmäßig zu fehlerhaftem sachverständlichem Handeln bei der Befundaufnahme oder auch der Gutachtenerstellung, u.a. *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 1613.

<sup>12</sup> *Hagedorn* StV 2004, 217; der Autor kommentiert einen Fall der Bestellung einer GmbH als Wirtschaftssachverständigen, die weder einen öffentlichen bestellten Sachverständigen beschäftigte noch über das nötige Fachwissen in dem

Die Hinzuziehung von Sachverständigen eröffnet in beiden Ländern ein schwieriges Feld. Das Geheimnis wird dem Sachverständigen durch die Staatsanwaltschaft, die Polizei oder die Richter zugänglich gemacht. Ein Verstoß gegen die Geheimhaltungsobliegenheit ist daher schwerwiegend und führt nicht nur zu wirtschaftlichen Schäden beim betroffenen Unternehmen.

## 2. Der Sachverständige als Täter

Die Bezeichnung Sachverständiger ist rechtlich nicht geschützt, weshalb jede natürliche Person ein sachverständliches Gutachten erstellen kann.<sup>13</sup> In Österreich findet sich eine Legaldefinition für den gerichtlichen Sachverständigen in § 125 Nr. 1 öStPO. Nach dieser muss ein besonderes Fachwissen vorliegen, das es dem Sachverständigen ermöglicht, Tatsachen festzustellen und daraus rechtsrelevante Schlüsse zu ziehen.<sup>14</sup> Im deutschen Strafrecht fehlt eine solche Definition.<sup>15</sup> Der Sachverständige hat sein Gutachten unabhängig, weisungsfrei, persönlich, gewissenhaft und unparteiisch zu erstatten. Aufgrund dieser hohen Anforderungen wird der sachverständlichen Tätigkeit großes Vertrauen entgegengebracht.<sup>16</sup>

Es gibt kaum einen Bereich, in dem von der Möglichkeit einen Sachverständigen hinzuzuziehen nicht ausgiebig Gebrauch gemacht wird.<sup>17</sup> Der Staatsanwalt kann im deutschen Ermittlungsverfahren gem. § 70 RiStVBV iVm §§ 161a, 73 StPO einen Sachverständigen hinzuziehen. Die Rechtsgrundlage für eine Beauftragung durch die Polizei ist § 163 StPO.<sup>18</sup> Die Verteidigung hat generell das Recht Stellung zur Auswahl zu nehmen, jedoch erschöpft sich hier die Möglichkeit ihrer Einflussnahme. Die Entscheidung des Staatsanwalts über die Person des Sachverständigen nimmt Einfluss auf das gesamte Verfahren, da das Gericht in den überwiegenden Fällen keinen neuen Sachverständigen im Hauptverfahren gem. § 73 StPO bestellt.<sup>19</sup>

Sachverständige werden gem. § 36 GewO iVm § 1 I Nr. 3 VerpflG öffentlich bestellt, wenn sie über ein Expertenwissen zu einer speziellen Thematik verfügen.<sup>20</sup> Für den öffentlich bestellten Sachverständigen ist eine Verpflich-

speziellen Wirtschaftsteilbereich verfügte; generell zu diesem Problem *Detter* NSTz 1998, 57, 59.

<sup>13</sup> Grundsätzlich dürfen nur natürliche Personen als Sachverständige bestellt werden und keine Unternehmen, *Hagedorn* StV 2004, 217, 218 und *Müller*, *Der Sachverständige im gerichtlichen Verfahren* (1988), S. 92; eine Ausnahme stellen Fachbehörden i.S.d. § 83 Abs. 3 StPO dar, z.B. Landeskriminalämter oder Universitäten, *Trück*, in: *MüKo-StPO* (2014), § 83 Rn. 6 ff.

<sup>14</sup> öBGBI. I Nr. 19/2004; *Fabrizy*, a.a.O. (Fn. 7), § 125 und *Birklbauer/Keplinger*, *Strafprozessordnung* 1975, 10. Aufl. (2016), § 126.

<sup>15</sup> *Brammsen* ZStW 119 (2007), 93, 96 ff.

<sup>16</sup> *Iglauer-Sander* DS 2019, 204.

<sup>17</sup> *Detter* NSTz 1998, 57.

<sup>18</sup> *Sackreuther*, in: *BeckOK StPO*, 39. Aufl. (2021), § 161a Rn. 11; *Griessbaum*, in: *KK-StPO*, 8. Aufl. (2019), § 163 Rn. 18.

<sup>19</sup> *Brüning* StV 2008, 100, 101; *Detter* NSTz 1998, 57, 59.

<sup>20</sup> *Ennuschat*, in: *ders./Wank/Winkler* (Hrsg.), *GewO*, 9. Aufl. (2020), § 36 Rn. 15 ff.

tung gem. § 1 Abs. 1 Nr. 3 VerpflG zwingend,<sup>21</sup> während nicht-öffentlich bestellte Sachverständige vor Beginn ihrer Tätigkeit gem. § 2 Abs. 2 Nr. 2 VerpflG zur Einhaltung ihrer Obliegenheiten verpflichtet werden können.<sup>22</sup> Der Sachverständige wird durch die Verpflichtung nicht zu einem „für den öffentlichen Dienst Verpflichteten“ gem. § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB. Es fehlt an einer expliziten Verpflichtung auf den Verwaltungsakt, d.h. die Erstellung des Gutachtens.<sup>23</sup> Bei einigen Berufsgruppen ist bereits im jeweiligen Berufsrecht eine Verschwiegenheitsverpflichtung verankert, so etwa in § 43 Abs. 1 Wirtschaftsprüferordnung.<sup>24</sup>

In Österreich ist § 126 Abs. 1 öStPO die Rechtsgrundlage für die Bestellung eines Sachverständigen. Im Ermittlungsstadium kann gem. § 103 öStPO die Kriminalpolizei oder die Staatsanwaltschaft einen Sachverständigen heranziehen.<sup>25</sup> Die Auswahl des Sachverständigen obliegt für die gerichtliche Beweisaufnahme gem. § 104 öStPO der Staatsanwaltschaft. Nach Einbringung der Anklage ist das Gericht gem. § 210 Abs. 2 öStPO zuständig.<sup>26</sup> An allen österreichischen Gerichten werden Gerichtssachverständigenlisten geführt, deren Mitglieder alle Bereiche, u.a. auch die Informationstechnik, abdecken.<sup>27</sup>

Gerade im IT-Bereich und in Wirtschaftsstrafverfahren sind die Anwendungsfälle sehr vielseitig und umfassen Fragen zum Betrug im Online-Handel ebenso wie die Nachverfolgung von Geldflüssen bei Korruptionsdelikten im geschäftlichen Verkehr. Es wird oftmals ein sehr unterschiedliches Fachwissen vom Sachverständigen gefordert. Das zur Verfügung gestellte Expertenwissen muss daher differenziert betrachtet werden.<sup>28</sup> Aufgrund dieser

<sup>21</sup> Gesetz über die förmliche Verpflichtung nichtbeamteter Personen (Verpflichtungsgesetz) v. 2. März 1974 (BGBl. I, 469, 547), das durch § 1 Nr. 4 des Gesetzes vom 15. August 1974 (BGBl. I, 1942) geändert wurde. *Matkey* DS 2007, 18.

<sup>22</sup> *Kehl* FPR 2003, 516.

<sup>23</sup> *Hecker*, in: *Schönke/Schröder-StGB*, 30. Aufl. (2019), § 11 Rn. 34; a.A. *Matkey* DS 2007, 18, 19 f.

<sup>24</sup> *Müller*, a.a.O. (Fn. 13), S. 446, Rn. 702; eine Schweigepflichtung ist für gewisse Berufsgruppen in § 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO vorgesehen; *Uwer*, in: *BeckOK Datenschutzrecht*, 36. Aufl. (2021), Syst. F Rn. 4 f.

<sup>25</sup> Die Staatsanwaltschaft kann eigene Ermittlungen durchführen und ist nicht mehr nur von der Kriminalpolizei abhängig. Die Erweiterung der Ermittlungsfunktion der Staatsanwaltschaft soll dazu führen, dass diese ab dem frühestmöglichen Stadium vollumfassend informiert ist und dementsprechend eingreifen kann, *Strafprozessreformgesetz* 2004, öEBRV 2004, 28; öBGBI. I 19/2004.

<sup>26</sup> § 126 Abs. 3 öStPO; das Fachwissen für den ein Sachverständiger benötigt wird, unterliegt keinen Beschränkungen. Eine Überlastung der IT-Abteilung der österreichischen Landeskriminalämter reicht als Begründung für die Bestellung eines Sachverständigen aus, *Birklbauer/Keplinger*, a.a.O. (Fn. 14), § 126.

<sup>27</sup> In der österreichischen Liste finden sich aktuell für alle Fachgebiete 8.783 Sachverständige, <https://sdgliste.justiz.gv.at/edikte/sv/svliste.nsf/Suche?Op=en-Form&subf=svlfg&vL2obSVF=68&NAV=68&L1=Informationstechnik> (17. Juli 2021); in Deutschland waren es 2019 ca. 17.000 öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige, *Iglauer-Sander* DS 2019, 204.

<sup>28</sup> *Hagedorn* StV 2004, 217, 218.

Besonderheiten sind aber gerade in Deutschland in vielen Fällen weder im Ermittlungs- noch im Hauptverfahren öffentlich bestellte Sachverständige verfügbar.<sup>29</sup> In Österreich sind IT-Forensiker in den Gerichtslisten in der Fachgruppe Informationstechnik zu finden.<sup>30</sup>

Öffentlich bestellte und vereidigte Sachverständige sind vorrangig zu beauftragen. Die Praxis in Deutschland sieht leider anders aus, obwohl nur bei Vorliegen besonderer Umstände andere Experten bestellt werden dürfen,<sup>31</sup> so z.B., wenn die notwendigen Sachkenntnisse ansonsten nicht verfügbar wären.<sup>32</sup> Ein von der Staatsanwaltschaft, der Polizei oder dem Gericht ausgewählter Sachverständiger muss somit nicht zwingend einen Sachkundenachweis i.S. des § 36 Abs. 1 GewO abgelegt haben, um beauftragt werden zu können. Es ist jedoch darauf zu achten, dass er nach dem Verpflichtungsgesetz verpflichtet wurde.

In Österreich wird zwischen drei Arten von Sachverständigen unterschieden. Ein Amtssachverständiger ist einer Behörde beigegeben oder steht ihr zur Verfügung und ist gem. § 52 Abs. 1 AVG von einer Behörde im Verwaltungsverfahren hinzuzuziehen. Dieser hat Organstellung gem. § 1 Abs. 2 AHG und ist daher Teil einer hoheitlich tätigen Behörde.<sup>33</sup> Die gerichtlichen Sachverständigen finden sich in der Gerichtssachverständigenliste. Eine Aufnahme erfolgt nach den Voraussetzungen des § 2 Abs. 2 Sachverständigen- und Dolmetschergesetz.<sup>34</sup> § 126 Abs. 2 öStPO schreibt vor, dass die Auswahl aus der Gerichtssachverständigenliste zu erfolgen hat. Von dieser Vorgabe wird in der österreichischen Gerichtspraxis nur in Ausnahmefällen abgegangen. Wird eine andere Person als Sachverständiger bestellt, so hat sie zwingend über ihre Rechte und Pflichten aufgeklärt zu werden.<sup>35</sup> Der Beschuldigte kann im Ermittlungsverfahren innerhalb von 14 Tagen oder ab Kenntnisaufnahme von Befangenheitsgründen einen Antrag auf Umbestellung des Sachverständigen stellen. Ein weiterer Ablehnungsgrund ist die Zweifelhaftigkeit des Fachwissens des Sachverständigen. Bei

Uneinigkeit über die Bestellung eines konkreten Sachverständigen im Ermittlungsverfahren oder bei der gerichtlichen Beweisaufnahme, entscheidet das Gericht.<sup>36</sup>

### 3. Geheimnisverrat

Aufgrund der Komplexität der Sachverhalte werden gerade in Fällen der Wirtschafts- und Cyberkriminalität bereits im Ermittlungsverfahren Sachverständige hinzugezogen. Die Schwierigkeit entsteht oft bereits durch die riesigen Datenmengen, die von den Ermittlungsbehörden beschlagnahmt werden.<sup>37</sup> Bei ihrer Auswertung kommt der Sachverständige in einem sehr frühen Stadium des Verfahrens mit einer Vielzahl von unternehmensinternen sensiblen Informationen in Kontakt.

Im Folgenden wird ein genauer Blick auf die strafrechtlichen Normen in Deutschland und Österreich geworfen, die bei einem Geheimnisverrat durch einen Sachverständigen in Frage kommen könnten. In Deutschland sind die unzulässige Offenlegung und Verwertung von Geheimnissen gem. §§ 203 und 204 StGB strafbar. Im österreichischen Strafgesetzbuch werden diese Fälle von den §§ 121 und 122 öStGB erfasst.<sup>38</sup>

#### a) Die Problematik der unterschiedlichen rechtlichen Stellung des Sachverständigen

§ 203 Abs. 2 Nr. 5 StGB und § 204 Abs. 1 StGB stellt auf öffentlich bestellte Sachverständige als Täter ab.<sup>39</sup> Diese unterliegen der Verschwiegenheitspflicht in Bezug auf Kenntnisse, von denen sie im Rahmen ihrer Tätigkeit erfahren.<sup>40</sup> Bei der zivilgerichtlichen Haftung bei Amtspflichtverletzungen gem. § 839 BGB vertritt der BGH die Auffassung, dass ein von der Staatsanwaltschaft bestellter Sachverständiger dem öffentlich bestellten Sachverständigen im Wege der Analogie gleichzustellen ist.<sup>41</sup> Für das materielle Strafrecht gilt jedoch das Analogieverbot gem. Art. 103 II GG.<sup>42</sup> Eine analoge Anwendung des § 203 StGB auf nicht-öffentlich bestellte Sachverständige ist aus diesem Grund abzulehnen.

§ 203 Abs. 4 S. 1 StGB erfasst Hilfspersonen, denen sich der öffentlich bestellte Sachverständige bei der Erstellung des Gutachtens gem. § 203 Abs. 3 StGB bedient und denen er hierfür ihm zugänglich gemachte Geheimnisse

<sup>29</sup> Das Problem besteht insbesondere, da die Industrie- und Handelskammer keinen Bedarf für die Zulassung von Sachverständigen in besonderen Spezialbereichen sieht, dies ist gerade in Bezug auf die neuen Möglichkeiten in der Informationstechnik unhaltbar, siehe etwa VG Osnabrück (2. Kammer) 2 A 80/17, Urteil v. 18. Januar 2018 = GewA 2018, 197 (Anm. Dr. Peter Bleutge) = BeckRS 2018, 7876, Rn. 16.

<sup>30</sup> Der Bereich der Informationstechnik ist in vierzehn Untergruppen geteilt, <https://sdgliste.justiz.gv.at/edikte/sv/svliste.nsf/Suche?OpenForm&subf=svlfg&vL2obSVF=68&NAV=68&L1=Informationstechnik> (18.07.2021).

<sup>31</sup> Hagedorn StV 2004, 217, 218.

<sup>32</sup> Trück, in: MüKo-StPO (2014), § 73 Rn. 26 f.

<sup>33</sup> OGH 1 Ob 6/96, Beschluss v. 27. Februar 1996; OGH 1 Ob 49/05w, Urteil v. 24. Juni 2005; OGH 1 Ob 79/16y, Beschluss v. 24. Mai 2006, ein Amtssachverständiger begeht bei einer Offenbarung oder Verwertung eines Geheimnisses eine Verletzung des Amtsgeheimnisses gem. § 310 öStGB.

<sup>34</sup> U.a. muss die Person vor Eintragung eine zehnjährige Berufstätigkeit in dem Bereich nachweisen, in dem sie als Gerichtssachverständiger geführt werden soll; eine Liste der weiteren Kriterien findet sich in *Elhenický/Mayer/Stuefer*, Der Sachverständige im Gerichts- und Verwaltungsverfahren (2014), S. 7 f.

<sup>35</sup> Dies ist mit der Verpflichtung gem. § 2 Abs. 2 Nr. 2 VerpflG im deutschen Recht gleichzusetzen.

<sup>36</sup> Bauer Sachverständige 3/2017, 142, 144; Fabrizy, a.a.O. (Fn. 7), § 126 Rn. 13.

<sup>37</sup> Basar/Hiéramente NStZ 2018, 681 f., die Autoren bemängeln, dass in der Realität Unmengen von Daten von den Ermittlungsbehörden beschlagnahmt werden und damit gegen das Verbot der überschießenden Beweis- und Datengewinnung verstoßen wird.

<sup>38</sup> § 121 öStGB betrifft die Offenbarung von Berufsgeheimnissen durch Sachverständige, § 122 öStGB die Veröffentlichung von Geschäfts- und Berufsgeheimnissen, beide Vorschriften wurden zuletzt 2015 geändert, öBGBI. I Nr. 112/2015.

<sup>39</sup> Zur Schweigeverpflichtung, Kunkel FPR 2003, 516.

<sup>40</sup> Bleutge, in: Landmann/Rohmer-GewO, 85. EL September 2020, § 36 Rn. 153; auch § 16 Sachverständigenordnung.

<sup>41</sup> BGH NJW 2014, 1665; ebenso in Bezug auf die Sachverständigenhaftung, wenn das Verfahren mit einem Vergleich endete, BGH NJW 2020, 2471, 2472.

<sup>42</sup> Schmitz, in: MüKo-StGB, 4. Aufl. (2020), § 1 Rn. 73.

offenbart. Sie sind dann strafrechtlich verfolgbare, wenn sie die Geheimnisse öffentlich machen oder sie verwerten.<sup>43</sup>

Auf einen nicht-öffentlich bestellten Sachverständigen, der nach dem Verpflichtungsgesetz verpflichtet wurde, kann § 203 Abs. 2 Nr. 5 StGB keine Anwendung finden. Die Verwertung, nicht aber die bloße Offenbarung, eines unter die Schweigepflicht fallenden Geheimnisses, ist von § 204 Abs. 1 StGB umfasst. Ein solcher Fall läge vor, wenn der Sachverständige das Geheimnis für seine eigene Forschung nutzt und einen wirtschaftlichen Gewinn damit generiert. Die Vermögensinteressen des Geheimnisinhabers müssen durch die Verwertung verletzt worden sein.<sup>44</sup>

Wurde ein Sachverständiger hinzugezogen, der nicht nach dem Verpflichtungsgesetz verpflichtet wurde, kommt nur eine Strafbarkeit nach § 23 GeschGehG in Betracht.<sup>45</sup> Bei einer Normenkollision haben alle anderen gesetzlichen Vorschriften Vorrang vor dem Geschäftsgeheimnisgesetz,<sup>46</sup> somit auch die Regelungen des Strafbuch und der Strafprozessordnung.

Im Zuge von Ermittlungen können bewusst oder unbewusst Geschäftsgeheimnisse des Unternehmens beschlagnahmt werden.<sup>47</sup> Der Sachverständige erhält über Staatsanwaltschaft oder Polizei berechtigten Zugang zu Geschäftsgeheimnissen, die die Ermittlungsbehörden beschlagnahmt haben. Eine Verwertung oder Offenlegung der so erlangten Geschäftsgeheimnisse durch den Sachverständigen kann unter die in § 4 Abs. 2 Nr. 2 und 3 GeschGehG enthaltenen Handlungsverbote fallen. Eine erlaubte Nutzung oder Offenlegung stellt z.B. die Verwendung des Geheimnisses im gerichtlichen Gutachten oder die sachverständliche Zeugenaussage vor Gericht dar.<sup>48</sup> § 23 Abs. 3 GeschGehG ist ein Allgemeindelikt, d.h. jeder, auch ein Sachverständiger, kann der Täter sein.<sup>49</sup>

Die Norm erfordert ein Anvertrauen des Geschäftsgeheimnisses im geschäftlichen Verkehr. Ein solches liegt vor, wenn dem Täter das Geschäftsgeheimnis unter still-

schweigendem oder ausdrücklichem Verweis auf seine Geheimhaltungspflicht übergeben wird.<sup>50</sup> In dieser besonderen Konstellation erfolgt das Anvertrauen nicht direkt über den Geheimnisträger, sondern über die Staatsanwaltschaft oder die Polizei. Ein Vertrag ist keine zwingende Voraussetzung für das Vertrauen, das der Sachverständige durch die unerlaubte Nutzung oder Offenlegung des Geschäftsgeheimnisses bricht.<sup>51</sup> Neben der schriftlichen Fixierung sollte gerade im Ermittlungsverfahren auf die Verpflichtung des Sachverständigen nach dem Verpflichtungsgesetz geachtet werden, wenn im fraglichen fachlichen Bereich kein öffentlich bestellter Sachverständiger zur Verfügung steht. Eine Strafbarkeit des nicht-öffentlich bestellten oder nicht verpflichteten Sachverständigen ist gem. § 23 Abs. 3 GeschGehG möglich, wenn ein Vertrauensverhältnis zwischen Staatsanwaltschaft bzw. Polizei und Sachverständigen nachgewiesen werden kann.<sup>52</sup> Für Hilfskräfte eines solchen Sachverständigen gelten die gleichen Voraussetzungen.

Im Falle des Geheimnisverrats sieht das österreichische Strafrecht keine Unterschiede bei den Sachverständigen vor. Nach § 121 Abs. 3 öStGB ist die Bestellung durch das Gericht oder eine andere Behörde strafbegründend. § 121 Abs. 1 öStGB erfasst den Geheimnisverrat durch einen ärztlichen Sachverständigen.<sup>53</sup> Dieser Straftatbestand war bereits in den §§ 498 und 499 Strafgesetz von 1852 vorgesehen.<sup>54</sup> Der Tatbestand wurde 1974 in das neue Strafbuch übernommen und der Täterkreis mit § 121 Abs. 3 öStGB auf alle Sachverständigen erweitert.<sup>55</sup> Nach § 121 Abs. 4 öStGB sind die Hilfskräfte denen sich der Sachverständige bei seiner gutachterlichen Tätigkeit bedient, wie Praktikanten oder Techniker, ausdrücklich dem Sachverständigen gleichgestellt.<sup>56</sup>

§ 122 öStGB nennt den Sachverständigen nicht ausdrücklich als Täter. Die Norm gibt dem Geheimnisinhaber einen strafrechtlichen Schutz an die Hand, um sich gegen die Offenbarung und Verwertung von Geheimnissen zu wehren, die er aufgrund eines Gesetzes oder eines behördlichen Auftrages herauszugeben verpflichtet wurde. Eine Beschlagnahme durch die Staatsanwaltschaft bzw. die Ermittlungsbehörden erfolgt auf Basis des § 111 öStPO und daher durch einen hoheitlichen bzw. gerichtlichen Auftrag.<sup>57</sup> Die Geheimnisse werden an den Sachverständigen zur Erstellung der Befundaufnahme und des

<sup>43</sup> Heger, in: Lackner/Kühl-StGB, 29. Aufl. (2018), § 203 Rn. 11.

<sup>44</sup> Fischer, StGB-Kommentar, 67. Aufl. (2020), § 204 Rn. 4 f.; Eisele, in: Schönke/Schröder-StGB, 30. Aufl. (2019), § 204 Rn. 5/6.

<sup>45</sup> Das Geschäftsgeheimnisgesetz basiert auf der EU-Richtlinie 2016/943 über den Schutz vertraulichen Know-hows und vertraulicher Geschäftsinformationen (Geschäftsgeheimnisse) vor rechtswidrigem Erwerb sowie rechtswidriger Nutzung und Offenlegung; vor 2019 war der nun aufgehobene § 17 UWG einschlägig, näheres dazu Föbus, Die Insuffizienz des strafrechtlichen Schutzes von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nach § 17 UWG (2011).

<sup>46</sup> § 3 Abs. 2 GeschGehG.

<sup>47</sup> Ohly, in: Harte-Bavendamm/ders./Kalbfus (Hrsg.), Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (2020), § 3 Rn. 47.

<sup>48</sup> Art. 53 Abs. 1 Nr. 3 StPO und § 203 StGB finden bei öffentlich beeidigten Sachverständigen in Bezug auf die Ausarbeitung und Erstattung des Gutachtens keine Anwendung, BGH NStZ-RR 2009, 15 = HRRS 2008 Nr. 1101.

<sup>49</sup> Reinfeld, Das neue Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (2019), S. 188, Rn. 96.

<sup>50</sup> Diemer, in: Erbs/Kolhaas (Hrsg.), Strafrechtliche Nebengesetze, UWG, 235. EL März 2021, § 17 Rn. 20; Joecks/Miebach, in: MüKo-StGB, GeschGehG, 3. Aufl. (2019), § 23 Rn. 114; auch unter Beachtung des § 2 Abs. 2 Nr. 2 Gesetz über die förmliche Verpflichtung nichtbeamteter Personen (Verpflichtungsgesetz), BGBl. I, 547.

<sup>51</sup> Alexander, in: Köhler/Bornkamm/Feddersen (Hrsg.), UWG, 39. Aufl. (2021), § 23 GeschGehG Rn. 70 ff.

<sup>52</sup> Reinfeld, a.a.O. (Fn. 49), S. 189, Rn. 106.

<sup>53</sup> Beyrer/Birkbauer/Sadoghi, a.a.O. (Fn. 10), § 121.

<sup>54</sup> Strafgesetz 1852 (Österreich), 1.9.1852, wiederverlautbart 1945, außer Kraft getreten 31.12.1974. öBGBI. Nr. 60/1974.

<sup>55</sup> Bertel/Schwaighofer/Venier, Österreichisches Strafrecht BT I (§§ 75 bis 168b StGB), § 121, 14. Aufl. (2018), Rn. 5.

<sup>57</sup> Thiele, in: Triffterer/Hinterhofer/Rosbaud (Hrsg.), Salzburger Kommentar zum StGB, 15. Lfg 2007, § 122 Rn. 44; Fabrizy, a.a.O. (Fn. 7), § 111 StPO; von der Duldungspflicht des Betroffenen ist nach Absatz 2 auch die Herausgabe von Daten und die Herstellung von Sicherheitskopien umfasst.

Gutachtens weitergegeben. Der Sachverständige erfüllt darüber hinaus die Voraussetzung des § 122 Abs. 1 iVm 3 öStGB, d.h. er erlangte Kenntnis vom Geheimnis im Zuge der Durchführung einer Aufsicht, Überprüfung oder Erhebung.<sup>58</sup>

## b) Das Tatobjekt Geheimnis

Ein Geheimnis i.S. des § 203 StGB ist eine Tatsache, die nur einem Einzelnen oder einem beschränkten Kreis bekannt ist. Der Schutz des § 203 Abs. 2 StGB ist nicht nur auf private Geheimnisse beschränkt, sondern umfasst auch Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse.<sup>59</sup> Das betroffene Unternehmen muss ein wirtschaftliches Interesse an der Geheimhaltung haben.<sup>60</sup> Die Unterscheidung zwischen Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen ist für den Straftatbestand unerheblich.<sup>61</sup> Die Geheimnisse müssen dem Sachverständigen während seiner Tätigkeit, z.B. im Bereich der IT-Forensik,<sup>62</sup> bekannt werden.<sup>63</sup>

Im neuen Geschäftsgeheimnisgesetz wurde die in § 17 UWG enthaltene Trennung zwischen Betriebs- und Geschäftsgeheimnis aufgegeben. § 23 GeschGehG enthält nur mehr den Begriff des Geschäftsgeheimnisses, der beide Arten von Geheimnissen umfasst. Die Legaldefinition des Begriffes findet sich in § 2 Abs. 1 GeschGehG.<sup>64</sup> Demnach wird verlangt, dass es sich um eine Information mit wirtschaftlichem Wert handelt, die nur einer kleinen Gruppe von Personen bekannt ist und für die ein Geheimhaltungsinteresse seitens des rechtmäßigen Inhabers besteht.<sup>65</sup> § 23 Abs. 3 GeschGehG sieht eine Einschränkung bezüglich des Geschäftsgeheimnisses vor. Es muss sich entweder um Vorlagen oder Vorschriften technischer Art handeln. Diese Einschränkung hat für einen IT-Sachverständigen in Wirtschaftsstrafverfahren keine Auswirkungen, da der Begriff der Vorlage elektronische Daten miteinschließt.<sup>66</sup>

Im österreichischen Strafrecht ist die Trennung in Betriebs- und Geschäftsgeheimnis erhalten geblieben. Der in § 121 Abs. 3 öStGB gewählte Ansatz ist jedoch so

weit, dass die Norm, anders als § 121 Abs. 1 öStGB, nicht auf die Verletzung von medizinischen Geheimnissen beschränkt ist, sondern alle Geheimnisse erfasst, die dem Sachverständigen im Zuge seiner Tätigkeit bekannt werden, d.h. unabhängig davon ob sie wirtschaftlicher, technischer oder medizinischer Natur sind.<sup>67</sup> Einschränkend wirkt sich jedoch aus, dass die Geheimnisse einen Personen- oder Familienbezug aufweisen müssen, wie etwa die persönlichen Vermögensverhältnisse des Geheimnisträgers.<sup>68</sup> Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse, die einen solchen Bezug nicht aufweisen und nur ein Unternehmen betreffen werden von § 122 öStGB erfasst. Geschäftsgeheimnisse sind Tatsachen wirtschaftlicher Natur, wie etwa die Preisbemessung, Telefonnummern oder spezielle Rezepturen. Der Begriff der Betriebsgeheimnisse umfasst alle technischen Geheimnisse, wie etwa die Warenerzeugung oder Konstruktionspläne.<sup>69</sup> In der Praxis werden Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse als Wirtschaftsgeheimnisse zusammengefasst. Sowohl für Privat- wie Wirtschaftsgeheimnisse gilt, dass der bloße Geheimhaltungswille nicht ausreicht, sondern ein darüber hinaus gehendes berechtigtes Interesse an der Geheimhaltung auf Seiten des Berechtigten bestehen muss.<sup>70</sup>

## c) Tathandlungen

§ 203 Abs. 2 Nr. 5 StGB verlangt vom Sachverständigen, dass er ein Betriebs- oder Geschäftsgeheimnis offenbart. Dieses muss ihm im Rahmen seiner Tätigkeit anvertraut, d.h. schriftlich, mündlich oder auf sonstiger Weise mitgeteilt worden sein.<sup>71</sup> Ein solches Beispiel wäre ein Wirtschaftsgeheimnis ohne Relevanz für die beauftragte Gutachtertätigkeit, das ein IT-Sachverständiger zufällig auf einer beschlagnahmten Festplatte auffindet. Die Offenbarung ist das vorsätzliche aktive Mitteilen oder das Unterlassen der Verhinderung einer unberechtigten Kenntnisnahme.<sup>72</sup> Die dahinterstehende Motivation des Täters ist unerheblich, wie etwa das Ziel der eigenen finanziellen Besserstellung oder Vorteile für einen Dritten zu generieren.

Der nicht-öffentlich bestellte oder verpflichtete Sachverständige, der unter § 23 GeschGehG fällt, muss das Geschäftsgeheimnis nutzen oder offenlegen. Das Nutzen ist jede Form der Verwendung, die durch einen Zweck bestimmt ist. Übermittelt der Täter das Geschäftsgeheimnis an einen Dritten und erlangt dieser Kenntnis davon, liegt eine Offenlegung vor.<sup>73</sup> Das Geschäftsgeheimnisgesetz verlangt vom Täter entweder die Absicht den eigenen oder den fremden Wettbewerb zum Nachteil des Geheimnisinhabers zu fördern oder aus der Tat persönli-

<sup>58</sup> öEBRV 1971, 263.

<sup>59</sup> Eisele, in: Schönke/Schröder-StGB, 30. Aufl. (2019), § 203 Rn. 11; die Definition für den Begriff des Geschäfts- und Betriebsgeheimnisses wurde von der Rechtsprechung entwickelt, u.a. BVerfGE 115, 205, 230 f. = MMR 2006, 375, 376, eine Aufzählung von Entscheidungen findet sich in Föbus, a.a.O. (Fn. 45), S. 50, Fn. 125.

<sup>60</sup> Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden allgemein zu den wesentlichen Vermögenswerten eines Unternehmens gezählt, u.a. Erichsen NVwZ 1992, 409, 416.

<sup>61</sup> OLG Karlsruhe NJW 1984, 676; Unterschiede zwischen Betriebs- und Geschäftsgeheimnisse werden nicht gemacht, Diemer, a.a.O. (Fn. 50), § 17 Rn. 8 ff.

<sup>62</sup> Im anglo-amerikanischen Rechtsbereich wurden vom US-Supreme Court die Daubert-Kriterien entwickelt, um sicherzustellen, dass digitale Beweise einen gewissen Qualitätsstandard erfüllen, Grützner/Jakob, Daubert-Criteria, in: Compliance von A-Z, 2. Aufl. (2015).

<sup>63</sup> Ciernak/Niehaus, in: MüKo-StGB, 3. Aufl. (2017), § 203 Rn. 42.

<sup>64</sup> von Steinau-Steinrück NJW-Spezial 2019, 498.

<sup>65</sup> Alexander, in: Köhler/Bornhammer/Feddersen (Hrsg.), UWG, 39. Aufl. (2021), § 2 GeschGehG Rn. 21-24; Arens GWR 2019, 375 f.

<sup>66</sup> Reinfeld, a.a.O. (Fn. 49), S. 188, Rn. 101.

<sup>67</sup> Hofmarcher, Das Geschäftsgeheimnis (2020), S. 212.

<sup>68</sup> öEBRV 1971, 260; Thiele, a.a.O. (Fn 57), § 121 Rn. 51; Lewisch, in: Höpfel/Ratz (Hrsg.), Wiener Kommentar zum StGB, 30. Lfg. 2004, § 121 Rn. 51.

<sup>69</sup> Thiel, a.a.O. (Fn. 57), § 122 Rn. 40 und 42.

<sup>70</sup> Lewisch, a.a.O. (Fn. 68), § 121 Rn. 9; Fabrizy Sachverständige, Sonderausgabe (2012), 53, 54; Elhenický, Mayer, Stuefer, a.a.O. (Fn. 34), S. 97.

<sup>71</sup> Eisele, a.a.O. (Fn. 59), § 203 Rn. 13.

<sup>72</sup> Fischer, a.a.O. (Fn. 44), § 203 Rn. 33, 35 und 92.

<sup>73</sup> Joecks/Miebach, a.a.O. (Fn. 50), § 23 Rn. 64 und 66 f. und Bär, in: Wabnitz/Janovski/Schmitt (Hrsg.), Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Aufl. (2020), Rn. 177.

che Vorteile zu ziehen. Der Vorteil muss nicht zwingend finanzieller Natur sein, bereits eine erhebliche immaterielle Besserstellung ist ausreichend.<sup>74</sup>

Die im österreichischen Strafgesetz in §§ 121 und 122 öStGB vorgesehenen Tathandlungen gleichen denen in § 203 StGB. Das Geheimnis muss dem Täter anvertraut oder auf andere Weise zugänglich gemacht worden sein. Somit ist jede Form der Übernahme des Geheimnisses erfasst. Offenbaren umfasst jede Form der Mitteilung, d.h. dass der Täter Dritten die Kenntniserlangung ermöglicht. Die Verwertung wird durch jede Art der Nutzung der Geheimnisse verwirklicht, auch z.B. für einen wissenschaftlichen Artikel.<sup>75</sup> Der einfache Vorsatz beim Täter führt zur Erfüllung der subjektiven Tatseite. Sowohl das deutsche<sup>76</sup> als auch das österreichische<sup>77</sup> Strafrecht sieht eine Qualifikation vor, wenn der Sachverständige mit Bereicherungs- oder Schädigungsabsicht handelt.

### 3. Abschlussbemerkung

Der ungeschützte Begriff des Sachverständigen wirft im deutschen Strafrecht einige Probleme auf. Die Trennung in öffentlich und nicht-öffentlich bestellte Sachverständige bewirkt die Unanwendbarkeit des § 203 StGB auf

Letztere. Dies führt im Hinblick auf die geringe Anzahl von an zur Verfügung stehenden öffentlich-bestellten Sachverständigen in Deutschland zu einer bedenklichen Situation, gerade im Hinblick auf Wirtschafts- und Cyberkriminalitätsstrafverfahren. Ein gutes Beispiel für eine bessere Formulierung kann hier dem österreichischen Strafrecht entnommen werden, das auf eine derartige Unterscheidung bei in Gerichtsverfahren tätigen Sachverständigen verzichtet. Sachverständige nehmen eine immer wichtigere Rolle in Strafverfahren ein und erlangen durch ihre Tätigkeit oft auch sehr sensible Informationen. Wird ein Wirtschaftsgeheimnis durch einen Sachverständigen offenbart oder verwendet, führt dies nicht nur zu einem wirtschaftlichen Schaden beim betroffenen Unternehmen, sondern es führt auch zu einem Eingriff in die Rechtspflege. Aus diesem Grund sollte ein Sachverständiger nur dann hinzugezogen werden, wenn dies aufgrund des fehlenden Sachwissens seitens der Ermittlungsbehörden oder des Gerichts zwingend notwendig ist. Wenn eine derartige Notwendigkeit besteht und der Sachverständige diese ausnutzt, so sollte die Strafgerichtsbarkeit angemessen darauf reagieren können, unabhängig von der Art der Bestellung des Sachverständigen. Diese Gesetzeslücke muss geschlossen werden. Ein von Durchsuchung und Beschlagnahme betroffenes Unternehmen darf nicht dem Risiko ausgesetzt werden, keine strafrechtlichen Maßnahmen gegen die Offenbarung oder Verwertung ihrer Betriebs- oder Geschäftsgeheimnisse ergreifen zu können. Dies gilt insbesondere, da die Verteidigung auf die Auswahl des Sachverständigen nur wenig bis keinen Einfluss nehmen kann.

<sup>74</sup> Harte-Bavendamm, in: ders./Ohly/Kalbfus, Gesetz zum Schutz von Geschäftsgeheimnissen (2020), § 23 Rn. 42 f.

<sup>75</sup> öEBRV 1971, 260.

<sup>76</sup> § 203 Abs. 6 StGB.

<sup>77</sup> §§ 121 Abs. 2 und 122 Abs. 2 öStGB; Fabrizy Sachverständige, Sonderausgabe (2012), 53, 55.

#### Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

#### Schrifttum

## Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

# 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.

## **638. BVerfG 2 BvR 847/21 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Juni 2021 (LG Konstanz / AG Konstanz)**

Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Darlegungen zur Einhaltung der Monatsfrist zur Erhebung und Begründung der Verfassungsbeschwerde; Vortrag zu allen Zugangszeitpunkten der strafgerichtlichen Entscheidung in Zweifelsfällen).

23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG

1. Die allgemeine Begründungslast des § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG verlangt von einem Beschwerdeführer im Zweifelsfall die schlüssige Darlegung, dass die gesetzliche Monatsfrist zur Erhebung und Begründung der Verfassungsbeschwerde eingehalten ist.

2. In Strafsachen werden Entscheidungen regelmäßig sowohl dem Verteidiger als auch dem Beschuldigten bekanntgegeben. Daher ist substantiiertes Vortrag zu allen Zugangszeitpunkten – oder die Klarstellung, dass der Beschluss nur einem der Beteiligten bekanntgegeben wurde – jedenfalls dann erforderlich, wenn sich die Einhaltung der Monatsfrist nicht ohne weiteres aus den vorgelegten Unterlagen ergibt.

## **639. BVerfG 2 BvR 899/20 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Juni 2021 (LG Hannover)**

Verfassungswidrige Verkürzung von Eilrechtsschutz im Strafvollzug (Einschränkung von Besuchen während der Corona-Pandemie; Langzeitbesuche des Ehepartners; Einsatz einer Trennscheibe; verzögerte Einholung einer Stellungnahme der Justizvollzugsanstalt; gerichtliche Entscheidung erst nach Erledigung; unzulässige Vorwegnahme der Hauptsache; Fehlen eines Anordnungsanspruchs).

Art. 6 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 114 Abs. 2 StVollzG; § 123 Abs. 1 VwGO; § 26 Nr. 1 NJVollzG

## **640. BVerfG 2 BvR 908/21 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. Juni 2021 (Schleswig-Holsteinisches OLG)**

Einstweilige Anordnung gegen eine Auslieferung nach Rumänien aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (unionsgrundrechtliches Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung; hinreichende Prüfung der konkret zu erwartenden Haftbedingungen; Erfordernis einer ge-

richtlichen Gefahrenprognose; Belastbarkeit einer Zusage; Folgenabwägung zugunsten des Verfolgten).  
Art. 4 GRCh; Art. 3 EMRK; § 32 Abs. 1 BVerfGG

## **641. BVerfG 2 BvR 1336/20 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 14. Mai 2021 (LG Hannover / AG Hannover)**

DNA-Identitätsfeststellung (Entnahme von Körperzellen zur molekulargenetischen Untersuchung; Recht auf informationelle Selbstbestimmung; Erwartung künftiger Strafverfahren wegen Straftaten von erheblicher Bedeutung; Begründungsanforderungen an die Prognoseentscheidung; Abwägung im Einzelfall; erhöhter Begründungsbedarf bei Abweichung von positiver Bewährungsentscheidung); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Darlegungen zur Einhaltung der Monatsfrist; Vortrag zu allen Zugangszeitpunkten einer strafgerichtlichen Entscheidung in Zweifelsfällen; substantiiertes Vortrag zu eingestellten Verfahrensteilen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG; § 37 Abs. 2 StPO; § 81g Abs. 1 Satz 1 StPO

## **642. BVerfG 2 BvR 2023/20, 2 BvR 2041/20 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Mai 2021 (BGH / LG Hamburg)**

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen eine strafrechtliche Verurteilung wegen Betruges (Beteiligung an einem Medizinischen Versorgungszentrum entgegen sozialrechtlichen Vorgaben; Abrechnung von Leistungen gegenüber der Kassenärztlichen Vereinigung und einer Krankenkasse; Bestimmtheitsgebot; Verbot der Verschleifung und Entgrenzung von Tatbestandsmerkmalen; keine Verletzung des Verschleifungsverbots durch Annahme eines Vermögensschadens; keine Entgrenzung des Betrugstatbestandes durch Berücksichtigung des Sozialrechts für die Werthaltigkeit einer Forderung; Anknüpfung der Strafbarkeit an außerstrafrechtliche Normen; Betrug als Vermögens- und Erfolgsdelikt; Bezifferung des Schadens; wirtschaftliche Betrachtung).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 263 Abs. 1 StGB; § 95 Abs. 1a SGB V

## **643. BGH 1 StR 10/20 – Urteil vom 7. April 2021 (LG Duisburg)**

Unterjährige Änderung der Geschäftsverteilung für bereits anhängige Verfahren (Abwägung des Rechts auf den



gesetzlichen Richter mit dem rechtsstaatlichen Gebot einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege und dem verfassungsrechtlichen Beschleunigungsgrundsatz: umfassende Dokumentation der Begründung; Zulässigkeit nur bei abstrakt-genereller Überleitung bereits anhängiger Sachen im Geschäftsverteilungsplan); Besetzungsrüge (erforderliche Begründung entsprechend § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; erforderliche Begründung bei Rüge einer Überleitungsklausel bei unterjähriger Entlastung). Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG; § 338 Nr. 1 lit. b StPO aF; § 222b Abs. 1 Satz 2 StPO aF; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**644. BGH 1 StR 13/21 – Beschluss vom 24. März 2021 (LG Kiel)**

Einziehung (Voraussetzungen einer Einziehung beim Täter, wenn die Taterträge von einer juristischen Person erlangt werden, für die der Täter als Organ gehandelt hat).  
§ 73 Abs. 1 StGB

**645. BGH 1 StR 27/21 – Beschluss vom 21. April 2021 (LG Hanau)**

Umsatzsteuerhinterziehung (Verjährungsbeginn bei Nichtabgabe der Umsatzsteuerjahreserklärung); Vorenthalten und Veruntreuen von Sozialversicherungsbeiträgen (Verjährungsbeginn).  
§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 18 Abs. 3 UStG; § 266a Abs. 1 StGB; § 78a Satz 1 StGB

**646. BGH 1 StR 50/21 – Beschluss vom 23. März 2021 (LG München II)**

Vergewaltigung (Beweiswürdigung: mögliches Einverständnis des Opfers bei Geschehen in einer längeren gelebten Liebes- und Intimbeziehung).  
§ 177 Abs. 1, Abs. 6 Nr. 1 StGB; § 261 StPO

**647. BGH 1 StR 62/21 – Beschluss vom 18. Mai 2021 (LG München I)**

Untreue (Vermögensnachteil: erforderliche Bezifferung).  
§ 266 Abs. 1 StGB

**648. BGH 1 StR 72/21 – Beschluss vom 18. Mai 2021 (LG Augsburg)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Abgrenzung von Täterschaft und Beihilfe bei Kuriertätigkeit).  
§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 25 StGB; § 27 Abs. 1 StGB

**649. BGH 1 StR 8/21 – Beschluss vom 11. März 2021 (LG Traunstein)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Strafzumessung: Doppelverwertungsverbot).  
§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 46 Abs. 3 StGB

**650. BGH 1 StR 82/21 – Beschluss vom 19. Mai 2021 (LG Karlsruhe)**

Strafzumessung (strafscharfende Berücksichtigung von Verhalten, in dem eine eingeschränkte Steuerungs-fähigkeit zum Ausdruck kommt).  
§ 46 StGB; § 21 StGB

**651. BGH 1 StR 112/21 – Beschluss vom 22. April 2021 (LG Hechingen)**

Einziehung (Einziehung von Erlösen aus dem Handel mit Betäubungsmitteln: keine Gesamtschuld zwischen Tätern auf unterschiedlichen Handelsstufen).  
§ 73 Abs. 1 StGB; § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG

**652. BGH 1 StR 113/21 – Beschluss vom 19. Mai 2021 (LG Verden)**

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

**653. BGH 1 StR 119/21 – Beschluss vom 19. Mai 2021 (LG Augsburg)**

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

**654. BGH 1 StR 286/20 – Urteil vom 20. April 2021 (LG Rottweil)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung.  
§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

**655. BGH 1 StR 458/20 – Beschluss vom 5. Mai 2021**

Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**656. BGH 1 StR 470/20 – Beschluss vom 11. März 2021 (LG Köln)**

Steuerhinterziehung (Kompensationsverbot: Berücksichtigung nicht berücksichtigungsfähiger Steuerermäßigungsgründe bei der Strafzumessung).  
§ 370 Abs. 1, Abs. 4 Satz 3 AO; § 46 StGB

**657. BGH 1 StR 91/21 – Beschluss vom 20. April 2021 (LG Karlsruhe)**

Diebstahl (Tateinheit).  
§ 242 Abs. 1 StGB; § 52 StGB

**658. BGH 1 StR 95/21 – Beschluss vom 22. April 2021 (LG Kempten)**

Einziehung (erforderliche Bezeichnung der einzuziehenden Gegenstände im Urteil).  
§ 74 StGB; § 260 Abs. 3 StPO

**659. BGH 1 StR 95/21 – Beschluss vom 22. April 2021 (LG Kempten)**

Einziehung (erforderliche Bezeichnung der einzuziehenden Gegenstände im Urteil).  
§ 74 StGB; § 260 Abs. 3 StPO

**660. BGH 1 StR 502/20 – Beschluss vom 5. Mai 2021 (LG Dortmund)**

Steuerhellei (Einziehung: kein Erlangen der hinterzogenen Steuern durch den Steuerhehler).  
§ 374 Abs. 1 AO; § 73 Abs. 1 StGB

**661. BGH 1 StR 507/20 – Beschluss vom 23. Februar 2021 (LG München I)**

Einschleusen von Ausländern (unmittelbares Ansetzen zum Hilfeleisten).  
§ 96 Abs. 1 AufenthG

**662. BGH 1 StR 509/20 – Beschluss vom 19. Mai 2021 (LG Halle)**

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

**663. BGH 1 StR 514/20 – Beschluss vom 21. April 2021 (LG München I)**

Umsatzsteuerhinterziehung (Tatvollendung bei Umsatzsteuervoranmeldungen); Einziehung (Erlangen eines Vermögensvorteils durch den faktischen Geschäftsführer der steuerpflichtigen Gesellschaft).  
§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; § 150 Abs. 1 Satz 3 AO; § 168 AO; § 18 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 UStG; § 73 Abs. 1 StGB; § 34 AO; § 35 AO

**664. BGH 1 ARs 12/21 – Beschluss vom 2. Juni 2021**

Verbindung rechtshängiger Strafsachen.  
§ 3 StPO; § 4 StPO

**665. BGH 1 BGs 190/21 – Beschluss vom 20. Mai 2021**

Beweisantrag im parlamentarischen Untersuchungsausschuss (Exklusivität der Ermächtigungsgrundlagen für Herausgabeverlangen gegenüber Privaten und öffentlichen Stellen; Entscheidung des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs über einen Beweisantrag: keine eigene Beweiserhebung des Ermittlungsrichters).  
Art. 44 GG; § 18 PUAG; § 29 PUAG, § 30 PUAG; § 17 Abs. 4 PUAG

**666. BGH 3 StR 10/20 – Beschluss vom 25. März 2021 (LG Koblenz)**

Änderung der Geschäftsverteilung während des laufenden Geschäftsjahres aufgrund von Überlastung (gesetzlicher Richter; Beschleunigungsgebot; Überleitung bereits anhängiger Verfahren; Beschluss des Präsidiums; Begründungsanforderungen; Überprüfung durch das Revisionsgericht; Willkürkontrolle; abstrakt-generelle Regelung; Zuständigkeitsregeln; Überlastung aufgrund eines einzigen Umfangsverfahrens); Vernehmung eines ehemaligen Beschuldigten als Zeuge (Aufklärungspflicht; Beweiswert; Beurteilung des Wahrheitsgehalts); Rädelführerschaft in bewaffneter Gruppe und krimineller Vereinigung.  
§ 21e Abs. 3 S. 1 GVG; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; § 244 Abs. 2 StPO; § 127 StGB; § 129 StGB

**667. BGH 3 StR 225/20 – Beschluss vom 21. April 2021 (LG Koblenz)**

Anwendbarkeit des Markenstrafrechts nach Wegfall des in Bezug genommenen Rechtsakts (kein Blanketttatbestand; statische Verweisung; Aufnahme des vollen Wortlautes der Bezugsnorm in die Verweisungsnorm; kein Rückgriff auf die Bezugsnorm zur Bestimmung des strafbaren Verhaltens; Gleichlauf mit der unionsrechtlichen Regelung; Bestimmtheitsgebot); Täterschaft bei der Einfuhr im Markenstrafrecht (allgemeine Grundsätze; keine Eigenhändigkeit erforderlich).  
§ 143a Abs. 1 Nr. 1 MarkenG a.F.; Art. 103 Abs. 2 GG

**668. BGH 3 StR 316/20 – Urteil vom 11. März 2021 (LG Koblenz)**

Heimtücke (Arg- und Wehrlosigkeit; Zeitpunkt; planmäßiger Hinterhalt); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsgerichtliche Überprüfung; Rechtsfehler; Spekulationen ohne Tatsachenfundierung).  
§ 211 StGB; § 261 StPO

**669. BGH 3 StR 343/20 – Beschluss vom 20. April 2021 (LG Osnabrück)**

Besonders schwerer Fall des Betrug (Gewerbsmäßigkeit)  
§ 263 Abs. 3 Nr. 1, Abs. 5 StGB

**670. BGH 3 StR 418/20 – Beschluss vom 20. Mai 2021 (OLG Dresden)**

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

**671. BGH 3 StR 420/20 – Beschluss vom 20. Mai 2021 (LG Kleve)**

Zurückweisung der Gegenvorstellung.  
§ 33 StPO

**672. BGH 3 StR 58/21 – Beschluss vom 26. Mai 2021 (LG Wuppertal)**

Einziehung von Taterträgen (durch die Tat erlangtes Bargeld; faktische Verfügungsgewalt; ungehinderter Zugriff; Subsidiarität der erweiterten Einziehung).  
§ 73 Abs. 1 StGB; § 73a StGB

Durch die Tat erlangt im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB ist ein Vermögenswert, wenn er dem Täter oder Teilnehmer unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes in irgendeiner Phase des Tatablaufs derart zugeflossen ist, dass er seiner faktischen Verfügungsgewalt unterliegt. Auf zivilrechtliche Besitz- oder Eigentumsverhältnisse kommt es dabei nicht an. Faktische Verfügungsgewalt liegt jedenfalls dann vor, wenn der Tatbeteiligte im Sinne eines rein tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses ungehinderten Zugriff auf den betreffenden Vermögensgegenstand nehmen kann. Bargeld erlangt ein Tatbeteiligter mithin dann, wenn er die tatsächliche Möglichkeit erhält, darüber zu verfügen, und sei es nur vorübergehend.

**673. BGH 5 StR 4/21 (alt: 5 StR 111/20) – Urteil vom 12. Mai 2021 (LG Berlin)**

Besitz im waffenrechtlichen Sinne; bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Mitsichführen einer Schusswaffe); durch das Revisionsgericht aufrechterhaltene Feststellungen (Unbeachtlichkeit widersprechender Beweisergebnisse).  
§ 52 Abs. 3 Nr. 2 WaffG; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 353 Abs. 2 StPO

**674. BGH 5 StR 31/21 – Beschluss vom 7. Juni 2021 (LG Bremen)**

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

**675. BGH 5 StR 32/21 – Beschluss vom 25. Mai 2021 (LG Lübeck)**

Rechtswirksame Rücknahme der Revision durch den vom Angeklagten ermächtigten Verteidiger (Widerruf der Ermächtigung; Zeitpunkt; Unwiderruflichkeit und Unanfechtbarkeit der wirksamen Rücknahme).

§ 302 StPO

**676. BGH 5 StR 62/21 – Beschluss vom 25. Mai 2021 (LG Dresden)**

Einziehung von durch Geldwäschehandlungen erlangten Buchgeldern.

§ 73 StGB; § 74 StGB; § 261 StGB

**677. BGH 5 StR 63/21 – Beschluss vom 29. April 2021 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**678. BGH 5 StR 72/21 – Beschluss vom 25. Mai 2021 (LG Lübeck)**

Strafrahmenwahl bei der Verurteilung wegen bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (vertyppter Milderungsgrund; Aufklärungshilfe; Prüfungsreihenfolge; Sperrwirkung).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 BtMG; § 31 BtMG

**679. BGH 5 StR 73/21 – Beschluss vom 12. Mai 2021 (LG Dresden)**

Rechtsfehlerhaftes Absehen von der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang zwischen Hang und Anlasstat; Beurteilung der Erfolgsaussichten der Therapie).

§ 64 StGB

Ein symptomatischer Zusammenhang i.S.d. § 64 StGB und der Anlasstat 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 für die Zukunft zu erwarten ist, mithin die konkrete Tat in dem Hang ihre Wurzeln findet. Es ist stets eine sorgfältige und umfassende Analyse der konkreten Bedingungen erforderlich.

**680. BGH 5 StR 83/21 (alt: 5 StR 479/18) – Beschluss vom 11. Mai 2021 (LG Dresden)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**681. BGH 5 StR 92/21 – Beschluss vom 29. April 2021 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; erhebliche Beeinträchtigungen der Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit; ausgeprägte Entzugssyndrome; Intervalle der Abstinenz).

§ 64 StGB

**682. BGH 5 StR 104/21 – Beschluss vom 29. April 2021 (LG Berlin)**

Geladene Schreckschusspistole als Waffe bei der Verurteilung wegen (besonders) schwerem Raub (Austritt des Explosionsdrucks nach vorne aus dem Lauf; Feststellungen; Typenbezeichnung).

§ 250 Abs. 1 Nr. 1 a), Abs. 2 Nr. 1 StGB

Eine geladene Schreckschusspistole unterfällt nur dann dem Waffenbegriff des § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a, Abs. 2 Nr. 1 StGB, wenn feststeht, dass beim Abfeuern der Waffe der Explosionsdruck nach vorne aus dem Lauf

austritt und die Waffe deshalb nach ihrer Beschaffenheit geeignet ist, erhebliche Verletzungen hervorzurufen. Feststellungen hierzu sind regelmäßig nicht entbehrlich, da der Austritt des Explosionsdrucks nach vorne nicht als selbstverständlich vorausgesetzt werden. Unter Umständen kann eine Typenbezeichnung oder eine sonstige Beschreibung der verwendeten Schreckschusspistole eine Beurteilung ihrer bauartbedingten Wirkungsweise im Revisionsverfahren ermöglichen.

**683. BGH 5 StR 106/21 – Beschluss vom 11. Mai 2021 (LG Lübeck)**

Strafbarer Verstoß gegen Weisungen während der Führungsaufsicht (Bestimmtheit; Erkennbarkeit der Strafabwehrung einer Weisung).

§ 145a StGB; § 68b StGB; Art. 103 Abs. 2 GG

**684. BGH 5 StR 110/21 – Beschluss vom 11. Mai 2021 (LG Berlin)**

Darlegungserfordernisse bei der Rüge der rechtsfehlerhaften Behandlung eines Beweisantrags.

§ 344 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 3 StPO

**685. BGH 5 StR 120/20 – Urteil vom 12. Mai 2021 (LG Lübeck)**

Grundsätze der Strafzumessung (Einzel- und Gesamtstrafzumessung; revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit); Strafaussetzung zur Bewährung (Begründungsanforderungen; revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit).

§ 46 StGB; § 54 StGB; § 56 StGB

**686. BGH 5 StR 143/20 – Urteil vom 14. April 2021 (LG Dresden)**

Gerichtliche Kognitionspflicht und prozessualer Tatbegriff; Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Nichtanordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 264 StPO; § 29 BtMG; § 64 StGB

**687. BGH 5 StR 146/21 – Beschluss vom 8. Juni 2021 (LG Berlin)**

Vorsätzlicher wiederholter Verstoß gegen die aufenthaltsrechtliche Meldepflicht (Anordnung durch Verwaltungsakt; keine einschränkende Auslegung; Vorsatz beim die Wiederholung begründenden Erstverstoß).

§ 95 Abs. 1 Nr. 6a AufenthG; § 56 AufenthG

**688. BGH 5 StR 151/21 – Beschluss vom 8. Juni 2021 (LG Leipzig)**

Strafzumessung und Strafrahmenwahl bei einem besonders schweren Fall der Nötigung.

§ 240 Abs. 1, Abs. 4 StGB

**689. BGH 5 StR 99/21 – Beschluss vom 11. Mai 2021 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**690. BGH 5 StR 337/20 – Beschluss vom 27. Mai 2021 (LG Bremen)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln durch Aufzucht von Cannabispflanzen (Auf Umsatz gerichtete Tätigkeit; Abzielen auf gewinnbringende Veräußerung; Erwerb von Setzlingen; Abgrenzung zum Anbau; Einpflanzen; Versuch; Vollendung).

§ 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG

**691. BGH 5 StR 339/20 – Beschluss vom 15. März 2021**

Feststellung der Erforderlichkeit des beigeordneten Verteidigers

§ 46 Abs. 2 S. 1 RVG

**692. BGH 5 StR 406/17 – Beschluss vom 9. Juni 2021 (LG Berlin)**

Lediglich ausnahmsweise Zulässigkeit der rückwirkenden Bewilligung von Prozesskostenhilfe im Adhäsionsverfahren.

§ 404 StPO; § 117 ZPO

**693. BGH 5 StR 414/20 – Beschluss vom 18. Mai 2021**

Zurückweisung der Erinnerung gegen den Kostenansatz.

§ 66 Abs. 1 GKG

**694. BGH 5 StR 458/20 – Beschluss vom 26. Mai 2021 (LG Berlin)**

Einheitliche Kostenentscheidung in der Revisionsinstanz nach Absehen von der Einziehungsentscheidung.

§ 421 Abs. 1 StPO; § 473 Abs. 4 StPO

**695. BGH 5 StR 476/20 – Urteil vom 29. April 2021 (LG Hamburg)**

Einziehung von Taterträgen (aus der Tat erlangter Vermögenswert; faktische Mitverfügungsmacht); gewerbs- und bandenmäßiger Betrug.

§ 73 StGB; § 263 Abs. 5 StGB

Ein Vermögenswert ist im Rechtssinne aus der Tat erlangt (vgl. § 73 StGB), wenn er dem Beteiligten unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaus so zugeflossen ist, dass er hierüber tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben kann. Bei mehreren Beteiligten genügt insofern, dass sie zumindest eine faktische Mitverfügungsmacht über den Vermögensgegenstand in der Weise erlangt haben, dass sie ungehinderten Zugriff auf den betreffenden Vermögensgegenstand nehmen können. Unerheblich ist bei der gebotenen tatsächlichen Betrachtungsweise, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Beteiligte eine zunächst gewonnene (Mit-)Verfügungsmacht später aufgegeben hat.

**696. BGH 5 StR 482/20 – Beschluss vom 25. Mai 2021 (LG Dresden)**

Diplomatische Immunität (Ermöglichung des ungestörten diplomatischen Verkehrs zwischen Entsende- und Empfangsstaat); Unzulässigkeit des Befangenheitsantrags nach dem letzten Wort.

Art. 54 Abs. 1 WÜK; § 25 Abs. 2 S. 2 StPO

**697. BGH 5 StR 484/20 – Beschluss vom 17. Februar 2021 (LG Zwickau)**

BGHSt; Wegfall der Bindungswirkung einer Verständigung und Unverwertbarkeit des Geständnisses nach Aussetzung der Hauptverhandlung (Grundsatz eines auf Fairness angelegten Strafverfahrens; Verwertungsverbot; qualifizierte Belehrung; Korrektur von Verfahrensfehlern; Mitteilungs- und Hinweispflichten).

§ 257c Abs. 4, Abs. 5 StPO; § 243 Abs. 4 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK

**698. BGH 5 StR 498/20 – Urteil vom 29. April 2021 (LG Saarbrücken)**

Siechtum bei der schweren Körperverletzung; körperlich schwere Misshandlung bei der besonders schweren Vergewaltigung; Täter-Opfer-Ausgleich.

§ 226 Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 177 Abs. 8 StGB; § 46a StGB

**699. BGH 5 StR 529/20 – Beschluss vom 26. Mai 2021 (LG Flensburg)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen; Feststellungen zum Wirkstoffgehalt; Urteilstenor).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 52 StGB; § 267 StPO

**700. BGH 5 StR 531/20 – Beschluss vom 20. Januar 2021 (LG Lübeck)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**701. BGH 5 StR 550/20 – Beschluss vom 29. April 2021 (LG Hamburg)**

Wirksame Rücknahme der Revision.

§ 302 StPO

**702. BGH 2 StR 32/21 – Beschluss vom 27. April 2021 (LG Hanau)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**703. BGH 2 StR 434/20 – Beschluss vom 17. März 2021 (LG Kassel)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (allgemeine Anordnungsvoraussetzungen; Tatrelevanz der Störung; Gefährlichkeitsprognose: Anforderungen an die Analyse im Einzelfall); Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen; verminderte Schuldfähigkeit.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

**704. BGH 2 StR 450/19 – Beschluss vom 29. März 2021 (LG Schwerin)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Abweichen von einem Sachverständigengutachten: Darlegungsanforderungen; Pseudoerinnerungen: nur begrenzte Überprüfbarkeit durch merkmalsorientierte Aussageninhaltsanalysen; zur Würdigung der Aktenkenntnis eines Zeugen); sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (geltende Verjährungsfrist vor dem Hintergrund der Gesetzesentwicklung; Verlängerung der Verjährungsfrist; anwendbare Fassung).

§ 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 174 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

**705. BGH 2 StR 484/20 – Urteil vom 28. April 2021 (LG Limburg)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose); Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Darlegung der Gründe für das Abweichen von dem Gutachten eines vernommenen Sachverständigen).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB; § 261 StPO

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus darf nur angeordnet werden, wenn zweifelsfrei

feststeht, dass der Unterzubringende bei der Begehung der Anlasstat aufgrund eines psychischen Defekts schuldunfähig oder vermindert schuldfähig 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, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird. Die notwendige Prognose ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und des von ihm begangenen Anlassdelikts zu entwickeln; sie muss sich auch darauf erstrecken, welche rechtswidrigen Taten von diesem drohen und wie ausgeprägt das Maß der Gefährdung ist. Neben der sorgfältigen Prüfung dieser Anordnungsvoraussetzung ist der Tatrichter auch verpflichtet, die wesentlichen Gesichtspunkte in den Urteilsgründen so umfassend darzustellen, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird, die Entscheidung nachzuvollziehen.

2. Das Tatgericht ist nicht gehindert, von dem Gutachten eines vernommenen Sachverständigen abzuweichen, weil dieses stets nur Grundlage der richterlichen Überzeugungsbildung sein kann. Will das Tatgericht allerdings eine Frage, für deren Beantwortung es sachverständige Hilfe für erforderlich gehalten hat oder deren Inanspruchnahme – wie im Fall des § 246a StPO – gesetzlich vorgeschrieben ist, im Widerspruch zu dem Gutachten beantworten, muss es die Gründe hierfür in einer Weise darlegen, die dem Revisionsgericht die Nachprüfung erlauben, ob es die Darlegungen des Sachverständigen zutreffend gewürdigt und aus ihnen rechtlich zulässige Schlüsse gezogen hat. Hierzu bedarf es einer erschöpfenden Auseinandersetzung mit dessen Ausführungen zu den Gesichtspunkten, auf die das Gericht seine abweichende Auffassung stützt.

#### **706. BGH 2 StR 67/21 – Beschluss vom 28. April 2021 (LG Darmstadt)**

Bildung der Gesamtstrafe (Härteausgleich nach Vollstreckung einer Geldstrafe durch Vollzug einer Ersatzfreiheitsstrafe).  
§ 54 StGB

#### **707. BGH 2 StR 69/21 – Beschluss vom 15. April 2021 (LG Aachen)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit; Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen; Darlegung der Würdigung von aussagepsychologischen Sachverständigengutachten; Pseudoerinnerungen: vergleichbare Realkennzeichen wie Erinnerungen an wirkliche Erlebnisse).  
§ 261 StPO

1. Die Beweiswürdigung ist vom Gesetz dem Tatgericht übertragen. Ihm allein obliegt es, nach § 261 StPO grundsätzlich „frei“, das heißt ohne Bindung an gesetzliche Beweisregeln, das Ergebnis der Beweisaufnahme festzustellen und zu würdigen. Die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind. Dies ist nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs der Fall,

wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verstößt.

2. Auch die Beurteilung der Glaubhaftigkeit von Zeugenaussagen ist grundsätzlich Aufgabe des Tatgerichts. Sieht es ausnahmsweise einen Anlass zur Einholung eines aussagepsychologischen Sachverständigengutachtens und will es dem Gutachten folgen, hat es zunächst die wesentlichen Anknüpfungstatsachen und methodischen Darlegungen, die zum Verständnis des Gutachtens erforderlich sind, darzulegen. Dabei ist zwar eine ins Einzelne gehende Darstellung von Konzeption, Durchführung und Ergebnissen der erfolgten Begutachtung regelmäßig nicht erforderlich; vielmehr ist es im Allgemeinen ausreichend, wenn die wesentlichen Anknüpfungstatsachen und methodischen Darlegungen in einer Weise mitgeteilt werden, die zum Verständnis des Gutachtens und zur Beurteilung seiner Schlüssigkeit und sonstigen Rechtsfehlerfreiheit erforderlich sind. Das Urteil muss aber auch erkennen lassen, ob sich das Tatgericht dem Gutachten aus eigener Überzeugung angeschlossen hat und – gegebenenfalls – warum es ihm gefolgt ist. Stützt sich das Tatgericht nämlich auf das Gutachten, so hat es dessen Ausführungen zuvor eigenverantwortlich zu prüfen.

3. Pseudoerinnerungen weisen dann, wenn sie ausnahmsweise vorliegen, ähnliche Realkennzeichen auf, wie Erinnerungen an wirkliche Erlebnisse.

#### **708. BGH 4 StR 1/21 – Beschluss vom 11. Mai 2021 (LG Bochum)**

Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Inhalte (Beziehungsgegenstände: nicht gesamtes elektronisches Gerät, sondern enthaltenes Speichermedium; Einziehungsentscheidung: keine Entscheidung zur Berücksichtigung im Rahmen der Strafzumessung; Beachtung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes: vorrangige Prüfung weniger einschneidender Maßnahmen zur Erreichung des Einziehungszwecks); Beschränkung der Verfolgung (revisionsgerichtliche Überprüfung nur auf eine Verfahrensrüge).

§ 74 StGB; § 184b Abs. 6 Satz 1 StGB; § 154a Abs. 2 StPO

1. Eine Einziehungsentscheidung nach § 74 StGB hat den Charakter einer Nebenstrafe und stellt damit eine Strafzumessungsentscheidung dar. Wird dem Täter auf diese Weise ein ihm zustehender Gegenstand von nicht unerheblichem Wert entzogen, ist dies deshalb als ein bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafe und insoweit im Wege der Gesamtbetrachtung der den Täter betreffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen.

2. Es kann vorliegend offenbleiben, ob auch eine zwingende Einziehungsentscheidung gemäß § 184b Abs. 6 Satz 1 StGB im Rahmen der Strafzumessung zu berücksichtigen ist, sofern ein Gegenstand von nicht unerheblichem Wert betroffen ist.

3. Beziehungsgegenstände im Sinne des § 184b Abs. 6 Satz 1 StGB sind nicht etwa ein (gesamtes) Mobiltelefon oder ein (gesamter) Laptop, sondern nur die in ihnen

verbauten und zur Bildspeicherung genutzten Speichermedien.

4. Sowohl für die Anordnung gemäß § 184b Abs. 6 Satz 1 StGB als auch für eine solche nach § 74 Abs. 1 StGB gilt der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 74f StGB), so dass gegebenenfalls von den Möglichkeiten des § 74f Abs. 2 StGB Gebrauch gemacht werden muss. Danach können Einziehungen zunächst vorbehalten bleiben und weniger einschneidende Maßnahmen anzuordnen sein, wenn auch auf diese Weise der Einziehungszweck erreicht werden kann. Dies kann bei einer Speicherung von Bilddateien durch deren endgültige Löschung geschehen.

5. Eine Überprüfung des Urteils mit Blick auf eine Verfahrensbeschränkung nach § 154a Abs. 2 StPO kann im Revisionsverfahren nicht auf die Sachrüge erfolgen. Anders als eine Verfahrenseinstellung nach § 154 StPO führt eine Verfahrensbeschränkung nach § 154a StPO kein von Amts wegen zu berücksichtigendes Verfahrenshindernis herbei, da eine Verfahrensbeschränkung nach § 154a StPO nur dazu führt, dass der Angeklagte während ihrer Dauer wegen der ausgeschiedenen Tatteile strafrechtlich nicht zur Verantwortung gezogen werden kann, aber nicht die Frage betrifft, ob diese Tat überhaupt abgeurteilt werden darf. Zudem bleibt die Wirkung einer Verfahrensbeschränkung nach § 154a StPO auch deshalb deutlich hinter derjenigen nach § 154 StPO zurück, weil die Anforderungen an eine Wiedereinbeziehung des abgetrennten Teils bei § 154a StPO geringer sind. So kann gemäß § 154a Abs. 3 Satz 1 StPO eine Wiedereinbeziehung in jeder Lage des Verfahrens ohne einen – wie in § 154 Abs. 5 StPO vorgesehenen – Gerichtsbeschluss erfolgen. Etwaige Fehler im Verfahren über die Wiedereinbeziehung, wie ein Verstoß gegen die Pflicht zur Gewährung rechtlichen Gehörs, müssen demnach mit einer Verfahrensrüge geltend gemacht werden.

**709. BGH 4 StR 8/21 – Beschluss vom 19. Mai 2021 (LG Bochum)**

Einziehung des Wertes von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern (Einziehung des Wertes von Betäubungsmitteln: Feststellung des Eigentumsübergang auf den Angeklagten im Geltungsbereich einer diesen nicht verbietenden Rechtsordnung).  
§ 74c Abs. 1 StGB a.F.

**710. BGH 4 StR 155/20 – Beschluss vom 17. März 2021 (LG Frankenthal)**

Misshandlung von Schutzbefohlenen (Differenzierung der tatbestandlichen Begehungsformen; Unterlassungsvariante: Begriff der Böswilligkeit; Verstoß gegen Grundsatz „in dubio pro reo“ bei Begründung einer Handlungspflicht beider angeklagter Elternteile); Urteilsgründe (Beschränkung auf das Wesentliche).  
§ 225 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

**711. BGH 4 StR 350/20 – Beschluss vom 11. Mai 2021 (LG Bochum)**

BGHR; Untreue (Vermögensbetreuungspflicht: keine Betreuungspflicht des verordnenden Kassenarztes hinsichtlich des Vermögens der gesetzlichen Krankenkassen bei der Verordnung häuslicher Krankenpflege; Abgrenzung zu früher Rechtsprechung hinsichtlich der Verord-

nung von Heilmitteln und ärztlichem Sprechstundenbedarf; Abgrenzungskriterium der Kontrollmöglichkeit der gesetzlichen Krankenkassen).  
§ 266 Abs. 1 StGB; § 37 Abs. 2 SGB V

**712. BGH 4 StR 380/20 – Beschluss vom 14. April 2021 (LG Essen)**

Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht (konkrete Gefahr einer erheblichen Entwicklungsschädigung; objektive und subjektive Voraussetzungen; Unterlassungstat).  
§ 171 StGB

**713. BGH 4 StR 397/20 – Beschluss vom 28. April 2021 (LG Siegen)**

Begriffsbestimmungen nach dem Sprengstoffgesetz (unzulässige Subsumtion von Begriffen der Alltagssprache: „Polenböllern“); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (keine Aufnahme des Regelbeispiels des gewerbsmäßigen Handels in die Urteilsformel).  
§ 3 Abs. 1 SprengG; § 3a Abs. 1 SprengG; § 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG

**714. BGH 4 StR 46/21 – Urteil vom 29. April 2021 (LG Bochum)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Anforderungen an die Darstellung der einer DNA-Vergleichsuntersuchung; ausnahmsweise kein Beruhen des Urteils auf einem Darstellungsmangel in Bezug auf DNA-Mischspuren).  
§ 261 StPO; § 337 StPO

**715. BGH 4 StR 476/20 – Beschluss vom 26. Mai 2021 (LG Bochum)**

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

**716. BGH 4 StR 506/20 – Beschluss vom 13. April 2021 (LG Weiden i. d. OPf.)**

Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme (Betäubungsmittelrecht: Geltung der allgemeinen Grundsätze; beispielhafte Kasuistik); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Beurteilung der konkreten Erfolgsaussicht).  
§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 Abs. 1 StGB; § 64 Satz 2 StGB; § 67d Abs. 1 Satz 1 und 3 StGB

**717. BGH 6 StR 113/21 – Beschluss vom 1. Juni 2021 (LG Frankfurt)**

Urteilsgründe (keine Nacherzählung des Gangs der Hauptverhandlung); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Symptomwert der Anlasstat; hinreichend konkrete Erfolgsaussicht; Prognosemaßstab).  
§ 267 StPO; § 261 StPO; § 64 StGB

**718. BGH 6 StR 13/21 – Beschluss vom 10. Februar 2021 (LG Lüneburg)**

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

**719. BGH 6 StR 133/21 – Beschluss vom 5. Mai 2021 (LG Ansbach)**

Strafzumessung bei Betäubungsmittelstraftaten (Feststellungen zum Wirkstoffgehalt; Zulässigkeit einer Schät-

zung des Wirkstoffgehalts; Darlegung der Schätzgrundlagen).

§ 29 BtMG; § 46 StGB

1. Bei Betäubungsmittelstraftaten ist der für den Schuldumfang und damit für die Bemessung der Strafe bestimmende Wirkstoffgehalt der Betäubungsmittel festzustellen.

2. Eine Schätzung des Wirkstoffgehaltes der Betäubungsmittel ist nicht zulässig, wenn aufgrund einer Sicherstellung – hier von Marihuanapflanzen – der Wirkstoffgehalt konkret hätte bestimmt werden können.

3. In Fällen, in denen eine Schätzung vorgenommen werden muss, muss eine ausreichende Darlegung der Schätzgrundlagen erfolgen.

**720. BGH 6 StR 142/20 – Urteil vom 20. Mai 2021 (LG Verden)**

Mord (niedrige Beweggründe: keine verständliche Reaktion; Ehrenkodex; Gruppenloyalität).

§ 211 Abs. 2 StGB

**721. BGH 6 StR 142/21 – Beschluss vom 18. Mai 2021 (LG Weiden)**

Berücksichtigung einer EU-ausländischen Strafe bei der Strafzumessung (Bemessung des Nachteilsausgleichs im Urteil: Orientierung an den allgemein Strafzumessungsgründen bei der Bildung einer nachträglichen Gesamtstrafe).

Art. 3 Abs. 1 EURaBes 2008/675; § 54 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 55 Abs. 1 StGB

**722. BGH 6 StR 148/21 – Beschluss vom 2. Juni 2021 (LG Braunschweig)**

Rücknahme der Revision (Gegenstandslosigkeit eines danach in der Sache ergangenen Beschlusses).

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

**723. BGH 6 StR 28/21 – Beschluss vom 19. Mai 2021 (LG Hildesheim)**

Versuchter Wohnungseinbruchdiebstahl; Versuchsbeginn bei Qualifikationstatbeständen und Tatbeständen mit Regelbeispielen (unmittelbares Ansetzen; Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Versuchsstadium).

§ 22 StGB; § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

**724. BGH 6 StR 60/21 – Urteil vom 2. Juni 2021 (LG Saarbrücken)**

Urteilsgründe (lückenhafte Beweiswürdigung; Mitteilung der Ergebnisse eines molekulargenetischen Gutachtens: DNA-Mischspuren).

§ 267 StPO

1. Wenn sich das Tatgericht bei seiner Überzeugungsbildung auf das Gutachten eines Sachverständigen stützt, hat es im Urteil dessen wesentliche Anknüpfungstatsachen und Ausführungen so darzulegen, dass das Rechtsmittelgericht prüfen kann, ob die Beweiswürdigung auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht und die Schlussfolgerungen nach den Gesetzen der Logik, den Erfahrungssätzen des täglichen Lebens und den Erkenntnissen der Wissenschaft möglich sind.

2. Die Ergebnisse einer molekulargenetischen Vergleichsuntersuchung sind dabei so darzustellen, dass sie nachvollziehbar sind. Bei DNA-Mischspuren muss grundsätzlich mitgeteilt werden, wie viele DNA-Systeme untersucht wurden, ob und inwieweit sich Übereinstimmungen mit den DNA-Merkmalen des Angeklagten ergaben und mit welcher Wahrscheinlichkeit die festgestellte Merkmalskombination bei einer weiteren Person zu erwarten ist. Bei Mischspuren, in denen eine Hauptkomponente erkennbar ist, deren Peakhöhen bei allen heterozygoten Systemen im Verhältnis von 4:1 zu denjenigen der Nebenkombponente stehen, genügt ausnahmsweise die Mitteilung des Ergebnisses der biostatistischen Wahrscheinlichkeitsberechnung in numerischer Form.

**725. BGH 6 StR 151/21 – Beschluss vom 5. Mai 2021 (LG Magdeburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**726. BGH 6 StR 155/21 – Beschluss vom 19. Mai 2021 (LG Braunschweig)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**727. BGH 6 StR 161/21 – Beschluss vom 18. Mai 2021 (LG Verden)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**728. BGH 6 StR 191/21 – Beschluss vom 18. Mai 2021 (LG Neubrandenburg)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Beurteilung der Schuldfähigkeit: tragfähige Begründung; Gefährlichkeitsprognose).

§ 63 StGB

**729. BGH 6 StR 195/21 – Beschluss vom 1. Juni 2021 (LG Neuruppin)**

Vornahme eines Härteausgleichs durch den Senat; Herabsenkung des Vorwegvollzugs.

§ 55 Abs. 1 StGB; § 354 Abs. 1 StPO; § 67 Abs. 2 Satz 3 StPO

**730. BGH 6 StR 199/21 alt: 6 StR 280/20 – Beschluss vom 19. Mai 2021 (LG Magdeburg)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose).

§ 63 StGB

**731. BGH 6 StR 203/21 – Beschluss vom 18. Mai 2021 (LG Coburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**732. BGH 6 StR 224/21 – Beschluss vom 2. Juni 2021 (LG Hildesheim)**

Strafaussetzung (Kriminalprognose; fehlende Unrechtseinsicht: zulässiges Verteidigungsverhalten); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang: fehlende Suchterkrankung).

§ 56 Abs. 1 StGB; § 64 StGB

### **733. BGH 6 StR 341/20 – Urteil vom 2. Juni 2021 (LG Bückeburg)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefahrenprognose: ausschlaggebender Zeitpunkt); Hinzuziehung von Sachverständigen (Abweichung vom Inhalt des Gutachtens; Auseinandersetzung mit Darlegungen des Sachverständigen); Vorbehalt der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Hang; Gefährlichkeit); beeinträchtigte Steuerungsfähigkeit (schwere andere seelische Störung; Pädophilie).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 66a Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB

### **734. BGH 6 StR 406/20 – Urteil vom 20. Mai 2021 (LG Verden)**

Strafmilderung oder Absehen von Strafe (Aufklärungshilfe; Anforderungen an wesentlichen Aufklärungserfolg; Angaben des Angeklagten; Präklusion).

§ 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 49 Abs. 1 StGB; § 30 Abs. 1 BtMG; § 31 Satz 3 BtMG; § 46b Abs. 3 StGB