

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

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

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

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

## REDAKTION

Prof. Dr. Christian Becker; RiLG Dr. Ulf

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

Gaede; RiKG Dr. Holger Mann; RA Dr.

Stephan Schlegel.

## STÄNDIGE MITARBEITER

RA Dr. Christoph Henckel; Wiss. Mit. Ju-

lia Heß; Sina Aaron Moslehi (Redakti-

onsassistenten); 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-Pe-

dain, MJur (Oxon), Univ. Cambridge;

Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski, Univ.

Leipzig; Prof. Dr. Hans Kudlich, Univ. Er-

langen-Nürnberg; Prof. Dr. Frank Meyer,

LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühl-

bauer, Dresden; RA Prof. Dr. Ralf Neu-

haus, Dortmund; RA Dr. Markus Rüben-

stahl, 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

RA Dr. h.c. Gerhard Strate, Hamburg – **EncroChat – einige ergänzende Gedanken** S. 15

RA Dr. Momme Buchholz, Arne Haupt, Stefan Kinzel, Kiel – **Strafbarkeitsrisiken des Verteidigers – ein Überblick für Berufseinsteiger** S. 18

Julius Lantermann, Frankfurt am Main – **Kompendium zum Besetzungseinwand** S. 32

## Entscheidungen

BVerfG **Vorläufige Sicherstellung von Datenträgern und Unterlagen zur Durchsicht bei einem Berufsgeheimnisträger**

BVerfG **Auslieferung an Russland zum Zwecke der Strafverfolgung**

BGHSt **Begriff des verbotenen Kraftfahrzeugrennens**

BGHSt **Mitwirkung der Schöffin trotz ärztlichem Beschäftigungsverbot**

BGHR **Absicht der Herbeiführung eines Unglücksfalles**

BGH **Regensburger Parteispendenaffäre**

BGH **Garantenstellung gemäß § 1618a BGB**

BGH **Lagerraum als Tatobjekt des § 306a StGB**

BGH **Anfrageverfahren zur Einziehung im subjektiven Verfahren**

Die Ausgabe umfasst 138 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

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

## SCHRIFTLEITUNG

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

## REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

RA Dr. Christoph Henckel; Wiss. Mit. Julia Heß, 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

23. Jahrgang, Januar 2022, Ausgabe

1

Rechtsprechung

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

### 3. BVerfG 2 BvR 2038/18 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. November 2021 (LG Münster / AG Münster)

Vorläufige Sicherstellung von Datenträgern und Unterlagen zum Zwecke der Durchsicht bei einem Berufsgeheimnisträger (Beschlagnahmeverbot beim Steuerberater des Beschuldigten; Rückausnahme bei Tatverdacht gegen den Zeugnisverweigerungsberechtigten; Sichtungungsverfahren als Teil der Durchsichtung; Erfüllung der Durchsichtungsvoraussetzungen zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Durchsicht; Begründung eines Anfangsverdachts nicht erst durch eine den Verdacht bereits voraussetzende Ermittlungsmaßnahme).

Art. 3 Abs. 1 GG; § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO; § 97 Abs. 1 StPO; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 102 StPO; § 103 StPO; § 110 StPO; § 160a Abs. 4 StPO; § 370 Abs. 1 AO

1. Die gerichtliche Anordnung der vorläufigen Sicherstellung von bei dem – selbst nicht verdächtigen – Steuerberater eines der Steuerhinterziehung Beschuldigten aufgefundenen Datenträgern und Unterlagen zum Zwecke der Durchsicht (§ 110 StPO) ist unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt vertretbar und daher objektiv willkürlich, wenn sie dazu dient, erst durch die Auswertung der dabei gewonnenen Erkenntnisse möglicherweise einen Tatverdacht auch gegen den Steuerberater zu begründen und sich so auf die Rückausnahme nach § 97 Abs. 2 Satz 2 StPO zum Beschlagnahmeverbot bei Berufsgeheimnisträgern berufen zu können. Ein solches Vorgehen ist mit dem Schutzzweck des § 97 Abs. 1 StPO unvereinbar und ließe diesen leerlaufen.

2. Das Sichtungungsverfahren gemäß § 110 StPO, bei dem die im Rahmen einer Durchsichtung aufgefundenen

Gegenstände auf ihre Beweiseignung und Beschlagnahmefähigkeit überprüft werden, bewegt sich zwischen Durchsuchung und Beschlagnahme, bildet jedoch noch einen Teil der Durchsuchung. Für die Rechtmäßigkeit der richterlichen Bestätigung einer vorläufigen Sicherstellung kommt es deshalb darauf an, ob die Voraussetzungen einer Durchsuchung zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Durchsicht erfüllt sind.

3. Es muss deshalb zum Entscheidungszeitpunkt ein Anfangsverdacht bestehen und die Durchsicht zur Auffindung von Beweismitteln geeignet und verhältnismäßig sein. Ungeeignet ist die Durchsicht insbesondere, wenn Beweismittel aufgespürt werden sollen, die einem Beschlagnahmeverbot oder einem sonstigen Verwertungsverbot unterliegen.

4. Ein Beschlagnahmeverbot nach § 97 Abs. 1 StPO – welches nach herrschender Ansicht der Regelung in § 160a StPO vorgeht (vgl. § 160a Abs. 5 StPO) – scheidet zwar gemäß § 97 Abs. 2 Satz 2 StPO aus, wenn der Zeugnissverweigerungsberechtigte selbst Beschuldigter ist. Diese Rückausnahme erfordert jedoch bereits ihrem Wortlaut nach einen durch bestimmte Tatsachen konkretisierten Verdacht gegen den Zeugnissverweigerungsberechtigten.

5. Zwar kann sich ein Tatverdacht auch erst nachträglich nach Durchführung (gegebenenfalls rechtswidriger) vorheriger Ermittlungsmaßnahmen ergeben. Auch dann ist es jedoch zwingende Voraussetzung der Rechtmäßigkeit einer weiteren richterlich angeordneten Ermittlungsmaßnahme, dass der – gerade auch gegen einen Zeugnissverweigerungsberechtigten gerichtete – Tatverdacht zum Entscheidungszeitpunkt besteht. Nicht ausreichend ist es, dass der Verdacht erst durch das (unzulässig) sichergestellte beziehungsweise beschlagnahmte Beweismittel entsteht.

6. Durchsuchung, Durchsicht oder Beschlagnahme dürfen nicht der Ermittlung von Tatsachen dienen, die zur Begründung eines Anfangsverdachts erst erforderlich sind; denn sie setzen einen Verdacht bereits voraus.

## **2. BVerfG 2 BvR 1282/21 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Dezember 2021 (OLG Düsseldorf)**

Auslieferung an die Russische Föderation zum Zwecke der Strafverfolgung (unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze; verbindlicher völkerrechtlicher Mindeststandard; Recht auf effektiven Rechtsschutz; hinreichende gerichtliche Sachverhaltsaufklärung; Gefahr der politischen Verfolgung im Zielstaat; inszenierte Vorwürfe; Gesamtwürdigung der zu erwartenden Haftbedingungen; Haftraumgröße; verfügbare Fläche in einer Gemeinschaftszelle; Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens; Erschütterung des Vertrauens bei systemischen Defiziten im Zielstaat; völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen; Zweifel an der Belastbarkeit; eigene gerichtliche Gefahrprognose).

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

1. Die Entscheidung eines Oberlandesgerichts, mit der die Auslieferung eines russischen Staatsangehörigen an die Russische Föderation zum Zwecke der Strafverfolgung für zulässig erklärt wird, verletzt das Recht des Verfolgten auf effektiven Rechtsschutz, wenn das Gericht die substantiiert dargelegte Gefahr, dass die Vorwürfe der Steuerhinterziehung und der Gläubigerbenachteiligung unter Mitwirkung staatlicher Hoheitsträger bewusst inszeniert worden sind, nicht hinreichend aufgeklärt, sondern sich mit der allgemein gehaltenen Zusicherung der russischen Behörden begnügt hat, der Beschwerdeführer werde im Zielstaat nicht politisch verfolgt (Hauptsachenentscheidung zur einstweiligen Anordnung vom 28. Juli 2021 [= HRRS 2021 Nr. 916]).

2. Im Verfahren über die Zulässigkeit einer Auslieferung sind die Gerichte zu einer eigenständigen Prüfung verpflichtet, ob die Auslieferung und die ihr zugrundeliegenden Akte die unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätze und das unabdingbare Maß an Grundrechtsschutz sowie den nach Art. 25 GG in der Bundesrepublik verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard wahren. Letzteres gilt insbesondere im Auslieferungsverkehr mit Staaten, die nicht Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind.

3. In Auslieferungssachen folgt aus dem Recht des Verfolgten auf effektiven Rechtsschutz eine Verpflichtung der zuständigen Stellen, bei entsprechenden Anhaltspunkten eigenständig zu prüfen, ob dem Betroffenen im Falle seiner Auslieferung politische Verfolgung droht. Dies gilt auch dann, wenn im konkreten Fall ein Asylanspruch nicht besteht.

4. Bestehen konkrete Anhaltspunkte für systemische oder allgemeine Mängel der Haftbedingungen im ersuchenden Staat, so ist das Gericht verpflichtet, genau zu prüfen, ob es unter den konkreten Umständen ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt, dass der Verfolgte im Zielstaat einer echten Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung ausgesetzt sein wird. Bei der vorzunehmenden Gesamtwürdigung der Haftbedingungen ist hinsichtlich des einem Inhaftierten zur Verfügung stehenden Raums zu unterscheiden, ob dieser unter 3 m<sup>2</sup>, zwischen 3 m<sup>2</sup> und 4 m<sup>2</sup> oder über 4 m<sup>2</sup> liegt. Bei der Berechnung der verfügbaren Fläche in einer Gemeinschaftszelle ist die Fläche der Sanitärvorrichtungen nicht einzuschließen, wohl aber die durch Möbel eingenommene Fläche, wobei es den Gefangenen möglich bleiben muss, sich in der Zelle normal zu bewegen.

5. Auch im allgemeinen völkerrechtlichen Auslieferungsverkehr mit Staaten außerhalb der Europäischen Union ist dem ersuchenden Staat grundsätzlich Vertrauen entgegenzubringen, solange dieses nicht im Einzelfall durch entgegenstehende Tatsachen, etwa systemische Defizite im Zielstaat, erschüttert wird.

6. Völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen des ersuchenden Staates sind geeignet, etwaige Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit der Auslieferung auszuräumen, sofern nicht im Einzelfall zu erwarten ist, dass die Zusicherung

nicht eingehalten wird. Eine Zusicherung entbindet das Gericht allerdings nicht von der Pflicht, eine eigene Gefahrenprognose hinsichtlich der tatsächlichen Gegebenheiten im Zielstaat anzustellen und die Belastbarkeit der Zusicherung im Einzelfall nachzuprüfen.

**1. BVerfG 2 BvQ 101/21 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Dezember 2021 (LG Hannover)**

Einstweilige Anordnung gegen die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe nach Einbeziehung in eine zur Bewährung ausgesetzte Gesamtfreiheitsstrafe (Freiheitsgrundrecht; unzulässiger Entscheidungsdruck zur Rücknahme eines Rechtsmittels gegen die Gesamtstrafenentscheidung; Verschlechterungsverbot).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 331 StPO; § 358 StPO; § 458 Abs. 1 StPO

Die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe verletzt den Verurteilten möglicherweise in seinem Freiheitsgrundrecht und ist daher einstweilen auszusetzen, wenn die Strafe zwischenzeitlich in eine zur Bewährung ausgesetzte Gesamtfreiheitsstrafe einbezogen worden ist, wobei das Gesamtstrafenurteil allein von dem Verurteilten angefochten worden ist, so dass die Verhängung einer nicht zur Bewährung ausgesetzten Strafe wegen des Verschlechterungsverbots nicht mehr in Betracht kommt. Der Verurteilte kann sich in dieser Situation einem grundrechtswidrigen Entscheidungsdruck ausgesetzt sehen, sein Rechtsmittel gegen das Gesamtstrafenurteil zurückzunehmen, um die Strafvollstreckung zu beenden.

**4. BVerfG 2 BvR 2080/21 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. Dezember 2021 (LG Koblenz)**

Lockerungen im Strafvollzug zur Erhaltung der Lebensfähigkeit langjährig Inhaftierter (Resozialisierungsgrundrecht; Vollzugslockerungen auch ohne konkrete

Entlassungsperspektive und nicht erst bei Anzeichen einer haftbedingten Deprivation; Erforderlichkeit zumindest von Ausführungen; keine Versagung unter bloßem Hinweis auf den personellen Aufwand; Grundrechtsrelevanz der Personalausstattung von Justizvollzugsanstalten).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 109 StVollzG; § 113 Abs. 1 StVollzG

1. Die Ablehnung der Ausführung eines Strafgefangenen zum Erhalt seiner Lebenstüchtigkeit begegnet unter dem Gesichtspunkt des Resozialisierungsgrundrechts erheblichen Bedenken, wenn sie allein damit begründet wird, dass die Personallage der Justizvollzugsanstalt die Ausführung nicht zulasse.

2. Das Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG verpflichtet den Staat, den Strafvollzug auf eine Resozialisierung des Gefangenen auszurichten. Besonders bei langjährig Inhaftierten ist es erforderlich, aktiv den schädlichen Auswirkungen des Freiheitsentzuges entgegenzuwirken und die Lebenstüchtigkeit des Betroffenen in Freiheit zu erhalten und zu festigen. Dies gilt nicht erst dann, wenn der Gefangene bereits Anzeichen einer haftbedingten Deprivation aufweist.

3. Gerade bei langjährig Inhaftierten können auch ohne Bestehen einer konkreten Entlassungsperspektive zumindest Lockerungen in Form von Ausführungen verfassungsrechtlich geboten sein, bei denen die Justizvollzugsanstalt einer angenommenen Flucht- oder Missbrauchsgefahr durch geeignete Sicherheitsvorkehrungen entgegenwirkt. Der damit verbundene personelle Aufwand ist grundsätzlich hinzunehmen. Wenngleich der Strafgefangene nicht verlangen kann, dass unbegrenzt personelle und sonstige Mittel aufgewendet werden, um Grundrechtsbeschränkungen zu vermeiden, setzen die Grundrechte auch Maßstäbe für die Beschaffenheit und Ausstattung von Vollzugsanstalten.

Rechtsprechung

## Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

### I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**122. BGH 2 StR 491/20 – Urteil vom 29. September 2021 (LG Bonn)**

Totschlag durch Unterlassen (Garantenstellung: Eltern-Kind-Beziehung, familiäre Solidarität bei faktischem Zusammenleben, Mitübernahme durch einen Dritten; Quasikausalität; Vorsatz: Gegenstand); Aussetzung mit Todesfolge (hilflose Lage; Verursachung einer konkreten Gefahr des Todes: unumkehrbarer Sterbeprozess, Steigerung der Gefahr des Todes; Konkurrenzen; Strafzumessung: Strafraum bei der Verdrängung eines

milderen Gesetzes, Strafmilderung nach § 13 Abs. 2 StGB bei einem echten Unterlassungsdelikt, keine Analogie bei der Tatbestandsvariante des Im-Stich-Lassens). § 212 StGB; § 13 StGB; § 221 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 StGB; § 1618a BGB

1. Nach § 1618a BGB sind Eltern und Kinder einander Beistand und Rücksicht schuldig. Obwohl der Gesetzgeber an einen Verstoß gegen diese Regel keine Rechtsfolgen geknüpft hat, entfaltet die Vorschrift über das bürgerliche

Recht hinaus als Wertemaßstab auch Wirkung bei der Konkretisierung strafrechtlicher Garantenpflichten. Dies bedeutet, dass bei Prüfung einer Garantenpflicht von Kindern gegenüber Eltern im Sinne von § 13 Abs. 1 StGB maßgeblich auf § 1618a BGB zurückzugreifen ist.

2. Die in § 1618a BGB normierte familiäre Solidarität begründet schon von Gesetzes wegen im Eltern-Kind-Verhältnis bei faktischem Zusammenleben in aller Regel eine gegenseitige Schutzpflicht, die als Garantenpflicht ein Handeln zur Gefahrenabwehr gebietet.

3. Eine Mitübernahme von Pflichten durch einen Dritten lässt die Garantenstellung des bisherigen Garanten grundsätzlich unberührt.

4. Gegenstand des Vorsatzes müssen bei Unterlassung neben der Kenntnis von der Garantenpflicht, der Untätigkeit, der physisch-realen Handlungsmöglichkeit, der Eintritt des Erfolges, die Quasi-Kausalität sowie die eine objektive Zurechnung begründenden Umstände sein. Hinsichtlich der hypothetischen Kausalität genügt bedingter Vorsatz dahin, dass der Täter mit der Möglichkeit rechnet, sein Eingreifen könne den Erfolg abwenden.

5. In einer hilflosen Lage befindet sich derjenige, der einer potenziellen Gefahr für Leib oder Leben ohne die Möglichkeit eigener oder fremder Hilfe ausgesetzt ist.

6. Ebenso wie der Totschlag durch Unterlassen aufgrund der unterbliebenen Rettung der Geschädigten vor dem Erfrieren nicht durch deren möglicherweise krankheitsbedingt ohnehin eingetretenen Sterbeprozess ausscheidet, entfällt auch das vorher verwirklichte konkrete Gefährdungsdelikt nicht deshalb, weil eine andere Gefahr sich später hätte realisieren können.

7. Verletzt eine Tat mehrere Strafgesetze, wird aber der Täter, weil das schwerere Gesetz das mildere verdrängt, nur aus dem schwereren schuldig gesprochen, so darf dann, wenn das vorrangige Gesetz den Täter nicht privilegieren soll, die Mindeststrafe des verletzten milderen Gesetzes nicht unterschritten werden.

8. Die Aussetzung in der Tatbestandsvariante des Im-Stich-Lassens (§ 221 Abs. 1 Nr. 2 StGB) stellt sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als echtes Unterlassungsdelikt dar. Für eine fakultative Strafrahmilderung nach § 13 Abs. 2 StGB ist damit kein Raum. Es ist nicht geboten, in einer täterbegünstigenden Analogie die Anwendung des § 13 Abs. 2 StGB auch auf die zweite Tatbestandsvariante der Aussetzung zu erstrecken.

#### **54. BGH 5 StR 329/21 – Beschluss vom 7. Dezember 2021 (LG Dresden)**

Strafbarkeit des Wohnungsinhabers bei in der Wohnung begangenen Straftaten (aktive Beteiligung; Mittäterschaft; Beihilfe; Unterlassen; Garantenpflicht); Belehrung von Zeugen (Ordnungsvorschrift; kein Verwertungsverbot); Beweiswürdigung.

§ 13 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 224 StGB; § 57 StPO; § 261 StPO

1. Die bloße Kenntnis des Wohnungsinhabers von einer in seiner Wohnung begangenen Tat (hier: einer gefährlichen Körperverletzung) und deren Billigung allein kann schon nicht die Annahme einer aktiven Beihilfe gemäß § 27 StGB und damit erst recht nicht die Zurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB begründen. Für ein Unterlassen i.S.d. § 13 StGB hat der Inhaber einer Wohnung im Fall von darin begangenen Rechtsgutsverletzungen strafrechtlich nur einzustehen, wenn besondere Umstände hinzutreten, die eine Rechtspflicht zum Handeln begründen.

2. Die Belehrungsvorschrift des § 57 StPO, die nach § 163 Abs. 3 Satz 2 StPO für polizeiliche Zeugenvernehmungen entsprechend gilt, ist lediglich eine Ordnungsvorschrift, die ausschließlich dem Interesse des Zeugen dient; auf ihre Verletzung kann die Revision nicht gestützt werden. Die Angaben eines nicht ordnungsgemäß nach § 57 StPO belehrten Zeugen unterliegen danach regelmäßig auch keinem Beweisverwertungsverbot.

#### **134. BGH 4 StR 345/21 – Beschluss vom 24. November 2021 (LG Münster)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Erfolgsaussicht: nachvollziehbare Begründung); Versuch (Rücktritt: Fehlschlag, Freiwilligkeit, Entdeckungsrisiko); verminderte Schuldfähigkeit (lückenhafte Beweiswürdigung: Berechnung des Blutalkoholgehalts, Gesamtwürdigung der Konsummenge und psychodiagnostischer Kriterien).

§ 64 StGB; § 21 StGB; § 23 StGB; § 24 StGB

Ein Fehlschlag ist gegeben, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaufs mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält. Maßgeblich dafür ist nicht der ursprüngliche Tatplan, dem je nach Fallgestaltung allerdings Indizwirkung für den Erkenntnishorizont des Täters zukommen kann, sondern dessen Vorstellung nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung. Ein Fehlschlag liegt nicht bereits darin, dass der Täter die Vorstellung hat, er müsse von seinem Tatplan abweichen, um den Erfolg herbeizuführen. Hält er die Vollendung der Tat im unmittelbaren Handlungsfortgang noch für möglich, wenn auch mit anderen Mitteln, so ist der Verzicht auf ein Weiterhandeln als freiwilliger Rücktritt vom unbeendeten Versuch zu bewerten.

#### **10. BGH 1 StR 291/21 – Beschluss vom 2. November 2021 (LG Karlsruhe)**

Fehlende Schuldfähigkeit (Voraussetzungen: zweistufige Prüfung, erforderliche Darstellung im Urteil).

§ 20 StGB, § 21 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Die Entscheidung, ob die Schuldfähigkeit eines Angeklagten zur Tatzeit aus einem der in § 20 StGB bezeichneten Gründe ausgeschlossen oder im Sinne von § 21 StGB erheblich vermindert war, erfordert prinzipiell eine mehrstufige Prüfung. Zunächst ist die Feststellung erforderlich, dass bei dem Angeklagten eine psychische Störung vorliegt, die ein solches Ausmaß erreicht hat, dass sie unter

eines der psychopathologischen Eingangsmerkmale des § 20 StGB zu subsumieren ist. Sodann sind der Ausprägungsgrad der Störung und deren Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit des Täters zu untersuchen. Durch die festgestellten psychopathologischen Verhaltensmuster muss die psychische Funktionsfähigkeit des Täters bei der Tatbegehung beeinträchtigt worden sein (st. Rspr.).

2. Hierzu ist der Richter für die Tatsachenbewertung auf die Hilfe eines Sachverständigen angewiesen. Gleichwohl handelt es sich bei der Frage des Vorliegens eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB bei gesichertem Vorliegen eines psychiatrischen Befunds wie bei der Prüfung einer aufgehobenen oder erheblich beeinträchtigten Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit des Angeklagten zur Tatzeit um Rechtsfragen. Deren Beurteilung erfordert konkretisierende und widerspruchsfreie Darlegungen dazu, in welcher Weise sich die festgestellte Störung bei Begehung der Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Angeklagten in der konkreten Tatsituation und damit auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat (st. Rspr.).

### 30. BGH 3 StR 314/21 – Beschluss vom 5. Oktober 2021 (LG Mönchengladbach)

Schuldfähigkeit bei akuten Schüben einer Schizophrenie (regelmäßig fehlende Unrechtseinsicht; erheblich verminderte Einsichtsfähigkeit; Tatzeitpunkt); Voraussetzungen einer Anordnung der Umkehr der Vollzugs-

reihenfolge bei Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB; § 67 StGB

1. Zwar ist bei akuten Schüben einer Schizophrenie in der Regel davon auszugehen, dass der Betroffene wegen fehlender Unrechtseinsicht schuldunfähig ist. Nimmt das Tatgericht indes lediglich eine erheblich verminderte Einsichtsfähigkeit des Täters an, so muss es darüber befinden, ob diese zum Fehlen der Unrechtseinsicht geführt oder ob der Täter gleichwohl das Unrecht der Tat eingesehen hat. Hat dagegen der Angeklagte ungeachtet seiner erheblich verminderten Einsichtsfähigkeit das Unrecht seines Tuns zum Tatzeitpunkt tatsächlich eingesehen, so ist seine Schuld nicht gemindert und § 21 StGB nicht anwendbar.

2. Nach § 67 Abs. 1 StGB wird eine Maßregel nach § 63 StGB in der Regel vor der gleichzeitig verhängten Freiheitsstrafe vollzogen. Die Umkehrung der Vollzugsreihenfolge nach § 67 Abs. 2 Satz 1 StGB hat Ausnahmecharakter und bedarf daher einer auf den Einzelfall bezogenen sorgfältigen Prüfung und Begründung. Ein Vorwegvollzug von Strafe ist nur insoweit zulässig, als er im Rehabilitationsinteresse des Verurteilten erforderlich ist. Bleibt bei der Prognose offen, ob durch den Strafvorwegvollzug bessere Therapiechancen eröffnet werden, so ist dieser unzulässig.

## Rechtsprechung

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

### 107. BGH 4 StR 511/20 – Urteil vom 11. November 2021 (LG Arnsberg)

BGHSt; verbotene Kraftfahrzeugrennen (Begriff des Kraftfahrzeugrennens; Teilnehmen an einem Kraftfahrzeugrennen als eigenhändiges Delikt; Abs. 2: eigenhändiges Delikt, innerer Zusammenhang zwischen Verursachungsbeitrag und dem Gefährdungserfolg, renntypischer Zusammenhang, Nebentäterschaft); Gefährdung des Straßenverkehrs (falsches Überholen; grobe Verkehrswidrigkeit; Rücksichtslosigkeit; Fahruntüchtigkeit; Konkurrenzen); fahrlässige Tötung; fahrlässige Körperverletzung; Verfahrensrüge (Zulässigkeit; Ablehnung von Beweisanträgen auf Einholung von Sachverständigengutachten).

§ 315d StGB; § 315c StGB; § 222 StGB; § 229 StGB; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Ein Kraftfahrzeugrennen im Sinne des § 315d Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB ist ein Wettbewerb zwischen wenigstens zwei Kraftfahrzeugführern, bei dem es zumindest auch darum geht, mit dem Kraftfahrzeug über eine nicht unerhebliche Wegstrecke eine höhere Geschwindigkeit als der andere oder die anderen teilnehmenden Kraftfahrzeugführer zu erreichen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die

Teilnehmer zueinander in Bezug auf die Höchstgeschwindigkeit, die höchste Durchschnittsgeschwindigkeit oder die schnellste Beschleunigung in Konkurrenz treten. (BGHSt)

2. § 315d Abs. 2 StGB ist ein eigenhändiges Delikt. Ein Teilnehmer an einem nicht erlaubten Kraftfahrzeugrennen im Sinne des § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllt den Qualifikationstatbestand des § 315d Abs. 2 StGB in objektiver Hinsicht deshalb nur, wenn er durch sein eigenes Fahrverhalten während der Rennteilnahme eine konkrete Gefahr für eines der genannten Individualrechtsgüter verursacht und zwischen seinem Verursachungsbeitrag und dem Gefährdungserfolg ein innerer Zusammenhang besteht. Nebentäterschaft kann vorliegen, wenn ein und derselbe Gefährdungserfolg von mehreren Rennteilnehmern herbeigeführt wird. Dies setzt voraus, dass sich die Rennteilnehmer in derselben kritischen Rennsituation befinden und zwischen den jeweiligen Mitverursachungsbeiträgen und dem konkreten Gefährdungserfolg ein örtlicher und zeitlicher Zusammenhang besteht. (BGHSt)

3. Teilnehmer an einem nicht erlaubten Kraftfahrzeugrennen im Sinne des § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB kann nur ein

Kraftfahrzeugführer sein. Deshalb handelt es sich um ein sog. eigenhändiges Delikt. (Bearbeiter)

### 126. BGH 4 StR 167/21 – Urteil vom 9. Dezember 2021

BGHR; gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr (Absicht der Herbeiführung eines Unglücksfalls: Absicht der Verwirklichung einer herbeigeführten verkehrsspezifischen Gefahr, Beinaheunfall, konkrete Gefahr oder Schädigung, Dynamik des Straßenverkehrs; keine Verwirklichung einer verkehrstypischen Gefahr; Eventualvorsatz: Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit, Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Umstände, objektive Gefährlichkeit der Tathandlung; Ermöglichungsabsicht).

§ 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 315 Abs. 3 Nr. 1a StGB; § 15 StGB

1. Um den vorsätzlichen gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr im Sinne des § 315 Abs. 3 Nr. 1a StGB (Herbeiführen eines Unglücksfalls) zu qualifizieren, muss die Absicht des Täters darauf gerichtet sein, dass sich gerade eine von ihm herbeigeführte verkehrsspezifische Gefahr verwirklicht. (BGHR)

2. Eine verkehrsspezifische Gefahr setzt voraus, dass die eingetretene konkrete Gefahr – jedenfalls auch – auf die Wirkungsweise der für Verkehrsvorgänge typischen Fortbewegungskräfte zurückzuführen ist. Dies ist der Fall, wenn eine der in § 315b Abs. 1 StGB bezeichneten Tathandlungen über die ihr innewohnende latente Gefährlichkeit hinaus zu einer kritischen Verkehrssituation geführt hat, in der eines der genannten Individualrechtsgüter im Sinne eines „Beinaheunfalls“ so stark beeinträchtigt war, dass es nur noch vom Zufall abhing, ob das Rechtsgut verletzt wurde oder nicht. (Bearbeiter)

3. Der Tatbestand des § 315b Abs. 1 StGB kann aber auch erfüllt sein, wenn die Tathandlung unmittelbar zu einer konkreten Gefahr oder Schädigung führt. In diesem Fall ist eine verkehrsspezifische Gefahr aber nur zu bejahen, wenn der Fortbewegung des von dem Eingriff betroffenen Fahrzeugs in einer Weise entgegengewirkt wird, dass gerade infolge der Dynamik des Straßenverkehrs eine konkrete Gefahr für die Fahrzeuginsassen oder das Fahrzeug entsteht. (Bearbeiter)

4. Die Gefährlichkeit der Tathandlung und der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgeintritts sind nicht allein maßgeblich für die Entscheidung, ob ein Täter mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat. Vielmehr kommt es auch bei in hohem Maße gefährlichen Handlungen auf die Umstände des Einzelfalls an. (Bearbeiter)

### 112. BGH 2 StR 203/21 – Urteil vom 27. Oktober 2021 (LG Bonn)

Brandstiftung (Beweiswürdigung); schwere Brandstiftung (Zerstörung einer der Wohnung von Menschen dienenden Räumlichkeit; taugliches Tatobjekt: Lagerraum, Anwesendsein von gewisser Dauer, Tatbegehung zum Zeitpunkt des üblichen Aufenthalts von Menschen; tatsächlicher Aufenthalte eines Menschen in der Räumlichkeit zum Tatzeitpunkt, „zufälliger“ Aufenthalt); unterlassene Hilfeleistung (Zumutbarkeit: Anwesenheit

bei einem durch eine Straftat ausgelösten Unglücksfall); Kognitionspflicht; Hilfe zur Aufklärung von schweren Straftaten.

§ 306 StGB; § 306a StGB; § 323c Abs. 1 StGB; § 46b StGB

1. Ein Lagerraum scheidet nicht grundsätzlich als taugliches Tatobjekt im Sinne von § 306a Abs. 1 Nr. 3 StGB aus. Maßgeblich ist zunächst, ob es sich bei ihm um eine Räumlichkeit handelt, die zeitweise dem Aufenthalt von Menschen dient. Dies setzt – auch um einen die Strafdrohung legitimierenden Rechtsgutsbezug herzustellen – ein Anwesendsein von einer gewissen Dauer voraus, dass noch als ein „Sichaufhalten“ angesehen werden kann. Bloßes flüchtiges oder gelegentliches Betreten zur Vornahme von kurzen Vorrichtungen reicht hierfür nicht aus.

2. Voraussetzung für die Annahme eines im Sinne des § 306a Abs. 1 Nr. 3 StGB tauglichen Tatobjekts ist weiter, dass die Brandstiftung zu einem Zeitpunkt begangen wird, zu dem sich üblicherweise Menschen in dem Objekt aufzuhalten pflegen. Der tatsächliche Aufenthalt eines Menschen in der Räumlichkeit zum Tatzeitpunkt genügt zur Erfüllung des Tatbestandes nicht, wenn keine entsprechende Regelmäßigkeit hinter dem insoweit nur „zufälligen“ Aufenthalt steht. Maßgeblich ist, dass sich im Zeitpunkt der Brandstiftung Menschen nach der konkreten Nutzung des fraglichen Objekts typischerweise in der Räumlichkeit aufhalten.

3. Anwesenheit bei einem durch eine Straftat ausgelösten Unglücksfall schließt die Zumutbarkeit einer Hilfeleistung nicht aus.

### 49. BGH 5 StR 236/21 – Urteil vom 8. Dezember 2021 (LG Kiel)

Gewerbs- und bandenmäßiger Betrug durch Abschluss von Lebensversicherungsverträgen bei geplanter Vortäuschung des Todesfalles (Gefährdungsschaden; Eingehungsbetrug; Erfüllungsbetrug; wirtschaftliche Betrachtung; Bezifferung; Versuch; unmittelbares Ansetzen; Bandenabrede bei Begrenzung auf kurzen Zeitraum).

§ 263 StGB

1. Wird eine Lebensversicherung in der Absicht abgeschlossen, durch das Vortäuschen des Todes der versicherten Person die Versicherungsleistung zu erlangen, kann darin ein Eingehungsbetrug (§ 263 StGB) liegen. Ob es bereits durch den Vertragsabschluss zu einem bezifferbaren (Gefährdungs-)Schaden kommt, unterliegt tatgerichtlicher Bewertung und Entscheidung. Maßgeblich ist dabei eine konkrete wirtschaftliche Betrachtung. Zu bewerten sind einerseits der wirtschaftliche Wert des Anspruchs auf Zahlung der Versicherungsprämien, andererseits der wirtschaftliche Wert der Risikoabsicherung. Entscheidende Faktoren sind dabei die Leistungsfähigkeit und -willigkeit des Versicherungsnehmers, die Wahrscheinlichkeit einer erfolgreichen Ausführung des Tatplans, der gleichzeitige Abschluss mehrerer Versicherungen sowie Sicherungsmechanismen seitens der Versicherung auf dem Weg zur erstrebten Auszahlung der Versicherungssumme.

2. Gegen ein Überschreiten der Schwelle zum Versuch spricht es im Allgemeinen, wenn es zur Herbeiführung des

vom Gesetz vorausgesetzten Erfolges noch eines weiteren – neuen – Willensimpulses bedarf. Wesentliches Kriterium für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Versuchsstadium ist insofern das aus der Sicht des Täters erreichte Maß konkreter Gefährdung des geschützten Rechtsguts. Beim Betrug zum Nachteil einer Lebensversicherung durch Vortäuschen des Versicherungsfalls ist ein unmittelbares Ansetzen regelmäßig zu verneinen, sofern für die Auszahlung der Versicherungssumme noch wesentliche Zwischenschritte erforderlich sind, wie etwa das Besorgen erforderlicher Dokumente für den Todesnachweis.

3. Eine Bande setzt den Zusammenschluss von mindestens drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbständige, im Einzelnen noch ungewisse Straftaten des im Gesetz genannten Deliktstyps zu begehen. Die Begrenzung auf einen kurzen Zeitraum, eine einheitliche Handlungsweise und auf bestimmte Geschädigte stellt die Annahme einer Bandenabrede nicht ohne Weiteres in Frage. Anders verhält es sich im Falle einer Beschränkung auf wenige, von vornherein – d.h. im Zeitpunkt der Bandenabrede – individuell bestimmte Taten.

#### **85. BGH 2 StR 264/21 – Beschluss vom 28. September 2021 (LG Marburg)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (Anstiftung; Bestimmen); Herstellen kinderpornographischer Schriften (Täterschaft: Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft).

§ 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB; § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 26 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Bestimmen ist das Verursachen eines vom Gesetz beschriebenen Verhaltens gleich mit welchen Mitteln. Dies setzt eine unmittelbare, nicht notwendige eigenhändige, Einwirkung auf das Kind voraus, die zumindest mitursächlich dafür ist, dass dieses die sexuelle Handlung vornimmt. Der Strafvorwurf wird durch den Bestimmungsakt als tatsächliche Verursachung der sexuellen Handlung des Kindes begründet.

2. Beim Herstellen kinderpornographischer Schriften ist jeder, der an deren Herstellung mitwirkt, als eigenständig handelnde Person Täter. Jedoch sind auch Mittäterschaft oder mittelbare Täterschaft rechtlich möglich. Für die Abgrenzung gelten die allgemeinen Regeln. Mittäterschaft (§ 25 Abs. 2 StGB) setzt dabei einen gemeinsamen Tatentschluss voraus, auf dessen Grundlage jeder Mittäter einen objektiven Tatbeitrag leisten muss. Der eigene Tatbeitrag muss sich dabei so in die Tat einfügen, dass dieser als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint.

#### **125. BGH 4 StR 134/21 – Beschluss vom 11. November 2021 (LG Itzehoe)**

Gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr (verkehrsfeindlicher Inneneingriff); Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Strafmilderung: Aufklärungshilfe, Mehrzahl von Taten); besonders schwere räuberische Erpressung (Einsatz des gefährlichen Werkzeugs: Ziel, Tatmehrheit, weiterer Tatentschluss).

§ 315b StGB; §§ 255, 250 Abs. 2 StGB; § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

1. Ein vorschriftswidriges Verhalten im fließenden Verkehr wird von § 315b StGB nur erfasst, wenn ein Fahrzeugführer das von ihm gesteuerte Kraftfahrzeug in verkehrseindlicher Einstellung bewusst zweckwidrig einsetzt, er mithin in der Absicht handelt, den Verkehrsvorgang zu einem Eingriff in den Straßenverkehr zu „pervertieren“, und es ihm darauf ankommt, hierdurch in die Sicherheit des Straßenverkehrs einzugreifen. Ein vollendeter gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr erfordert zudem, dass durch den tatbestandsmäßigen Eingriff Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremde Sachen von bedeutendem Wert konkret gefährdet werden.

2. Bei Vorgängen im fließenden Verkehr muss zu einem bewusst zweckwidrigen Einsatz des Fahrzeugs in verkehrseindlicher Absicht ferner hinzukommen, dass das Fahrzeug mit zumindest bedingtem Schädigungsvorsatz missbraucht wurde.

3. Ein bloß vorschriftswidriges Verkehrsverhalten fällt deshalb grundsätzlich nicht unter § 315b StGB, sondern – bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen – nur unter § 315c StGB. Insoweit kommt § 315c StGB eine „Sperrwirkung“ zu.

4. Nach § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG setzt die fakultative Strafmilderung voraus, dass der Täter durch freiwilliges Offenbaren seines Wissens wesentlich dazu beigetragen hat, dass eine Straftat nach den §§ 29 bis 30a BtMG, die mit seiner Tat in Zusammenhang steht, aufgedeckt werden konnte.

#### **133. BGH 4 StR 320/21 – Beschluss vom 28. Oktober 2021 (LG Essen)**

Schwere Brandstiftung (Wohnung; Entwidmung, Aufgabe einer einzelnen Wohnung; Zerstörung einer Untereinheit).

§ 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB

Die brandbedingte Zerstörung und die damit einhergehende Aufgabe einer einzelnen Wohnung durch dessen Bewohner vermag nicht die Entwidmung eines von mehreren Personen bewohnten Gebäudes als taugliches Tatobjekt der schweren Brandstiftung herbeizuführen. Denn die Zerstörung einer Untereinheit ändert nichts an der typischen Gefahrenlage, der § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB zu begegnen bestimmt ist.

#### **39. BGH 5 StR 115/21 – Urteil vom 13. Dezember 2021 (LG Hamburg)**

Landfriedensbruch durch Beteiligung an Demonstrationen im sog. „schwarzen Block“ (Bedrohung mit einer Gewalttätigkeit); Rechtsfolgenentscheidung im Jugendstrafrecht (Schwere der Schuld; Erziehungsgedanke; jugendspezifische Kriterien; äußerer Unrechtsgehalt; sonstige Strafzwecke; revisionsgerichtliche Überprüfung).

§ 125 StGB; § 17 Abs. 2 JGG; § 18 Abs. 2 JGG

1. Bedrohungen von Menschen mit einer Gewalttätigkeit i.S.d. § 125 Abs. 1 Nr. 2 StGB erfordern die ausdrücklich

oder konkludent erklärte Ankündigung eines Übels, das der Drohende selbst oder kraft seines Einflusses durch einen anderen wirklich oder vorgeblich jemandem zufügen will und kann. Ein in diesem Sinne täterschaftliches Bedrohen kann bereits darin liegen, dass sich der Angeklagte bei einer Demonstration uniformiert und verumumt in den sog. „Schwarzen Block“ eingliedert und dabei das Ziel verfolgt, gemeinsame Militanz zu demonstrieren.

2. Kommt die Verhängung von Jugendstrafe wegen der Schwere der Schuld gemäß § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG in Betracht, ist diese nach jugendspezifischen Kriterien zu bestimmen. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt ist die innere Tatseite; dem äußeren Unrechtsgehalt der Tat kommt nur insofern Bedeutung zu, als hieraus Schlüsse auf die Persönlichkeit des Täters und das Maß der persönlichen Schuld gezogen werden können. Entscheidend ist, inwieweit sich die charakterliche Haltung, die Persönlichkeit und die Tatmotivation des jugendlichen oder heranwachsenden Täters in der Tat in vorwerfbarer Schuld niederschlagen haben.

3. Auch wenn eine Jugendstrafe ausschließlich wegen der Schwere der Schuld verhängt wird, ist bei der Bemessung der Strafhöhe der das Jugendstrafrecht beherrschende Erziehungsgedanke (§ 18 Abs. 2 JGG) vorrangig zu berücksichtigen. Daneben sind auch andere Strafzwecke zu beachten. Erziehungsgedanke und Schuldgleich stehen dabei in der Regel miteinander in Einklang, da die charakterliche Haltung und das Persönlichkeitsbild, wie sie in der Tat zum Ausdruck gekommen sind, nicht nur für das Erziehungsbedürfnis, sondern auch für die Bewertung der Schuld von Bedeutung sind. Das nach jugendspezifischen Kriterien zu bestimmende Ausmaß der individuellen Schuld bildet wegen des bei der Jugendstrafe ebenfalls geltenden verfassungsrechtlichen Schuldgrundsatzes den Rahmen, innerhalb dessen die erzieherisch erforderliche Strafe gefunden werden muss.

4. Rechtsfehlerhaft ist eine jugendstrafrechtliche Rechtsfolgenentscheidung nur dann, wenn sie beachtliche Lücken oder Widersprüche aufweist, mit den Wertungen der Rechtsordnung in Widerspruch steht oder bei der Prüfung der Schuldschwere den Unrechtsgehalt der Tat fehlerhaft erfasst, wodurch die vom Tatgericht auf dieser Grundlage gezogenen Schlüsse auf die Persönlichkeit des Täters und das Maß der persönlichen Schuld in Zweifel zu ziehen sind.

### 137. BGH 4 StR 366/21 – Urteil vom 9. Dezember 2021 (LG Bielefeld)

Besonders schwere räuberische Erpressung (Verwenden einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs: Einsatz zur Erzwingung der Herausgabe der angestrebten Beute; Versuch: Tatplan, unmittelbares Ansetzen, „Teiltritt“; Strafzumessung: Strafmilderung); Einziehung von Tatmitteln.

§ 255 StGB; § 250 StGB; § 22 StGB; § 74 Abs. 1 StGB

Die Qualifikation des Verwendens einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB umfasst jeden zweckgerichteten Gebrauch eines objektiv gefährlichen Tatmittels. Nach der Konzeption der Raubdelikte zielt das Verwenden auf den Einsatz als Nötigungsmittel bei der Verwirklichung des Grundtatbestands des Raubes. Es liegt sonach vor, wenn der Täter eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug gerade als Mittel entweder der Ausübung von Gewalt gegen eine Person oder der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gebraucht, um die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache zu ermöglichen. Bei einer räuberischen Erpressung muss der Täter ein solches Tatmittel in dieser Weise einsetzen, um die Herausgabe der angestrebten Beute zu erzwingen.

### 76. BGH 6 StR 485/21 – Beschluss vom 2. November 2021 (LG Frankfurt)

Sexueller Übergriff; Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornografischer Inhalte (Versuchsbeginn: unmittelbares Ansetzen, Vorstellung des Täters, wesentlicher Zwischenakt; eine Tat im Rechtssinne bei Teilakten einer sukzessiven Tatausführung; Rücktrittshorizont).

§ 177 Abs. 1 StGB; 184b Abs. 3 StGB; § 22 StGB; § 52 StGB

Mehrere natürliche Handlungen – hier: wiederholte Drohungen des Täters – können als eine Tat im Rechtssinne anzusehen sein, wenn sie sich als Teilakte einer sukzessiven Tatausführung zur Erreichung eines einheitlichen Erfolges – hier: das Erlangen von Nacktbildern oder einem Entkleidungsvideo – darstellen. Diese tatbestandliche Einheit ist dann nicht mehr gegeben, wenn der Täter den deliktischen Erfolg erreicht hat oder ein fehlgeschlagener Versuch vorliegt, von dem er nicht mehr strafbefreiend zurücktreten kann.

## Rechtsprechung

### III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

#### 36. BGH 3 StR 474/19 – Beschluss vom 10. August 2021

Anfrageverfahren zur Einziehung des durch eine verjährte Straftat erlangten Wertes des Tatertrages im subjektiven Verfahren (selbständige Einziehung; objektives Verfahren; Antrag der Staatsanwaltschaft).

§ 76a StGB; § 435 StPO; § 132 Abs. 3 GVG

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden, dass die Einziehung des durch eine verjährte Straftat erlangten Wertes des Tatertrags nach § 76a Abs. 2 Satz 1 StGB auch im subjektiven Verfahren angeordnet werden kann, wenn die

Staatsanwaltschaft wegen der Erwerbstat Anklage erhoben, das Gericht das Hauptverfahren insoweit eröffnet und die Einstellung des Verfahrens erst im Urteil ausgesprochen hat (§ 260 Abs. 3 StPO); eines Übergangs in das objektive Verfahren sowie eines Antrags der Staatsanwaltschaft nach § 435 Abs. 1 Satz 1 StPO und einer staatsanwaltschaftlichen Ermessensausübung im Sinne des § 435 Abs. 1 Satz 2 StPO bedarf es in einem solchen Fall nicht.

2. Zwar sind § 76a StGB und § 435 StPO in ihren amtlichen Überschriften als „selbständige Einziehung“ bzw. „selbständiges Einziehungsverfahren“ überschrieben. Auch sprechen beide Normen von der „selbständigen Einziehung“. Dies hat jedoch nicht zur Folge, dass die „selbständige Einziehung“ nur im „selbständigen Einziehungsverfahren“ angeordnet werden kann. „Selbständig“ im Sinne der materiellrechtlichen Norm des § 76a StGB bedeutet nach dem Gesetzeszusammenhang „von der Verurteilung einer Person unabhängig“.

3. Die Einziehung kann – ohne eine Verurteilung des Angeklagten – auch im subjektiven Verfahren angeordnet werden, sofern dieses bis zur verfahrensabschließenden Entscheidung bei Gericht anhängig ist, etwa weil die Strafverfolgungsbehörde und das Gericht zunächst davon ausgegangen sind, die zugrundeliegende Tat sei nicht verjährt. Die dem Verfahrensrecht angehörende Bestimmung des § 435 Abs. 1 Satz 1 StPO („können“) eröffnet demgegenüber der Staatsanwaltschaft (und dem Privatkläger) lediglich die Möglichkeit, die „selbständige Einziehung“ im Sinne des § 76a StGB auch dann zu betreiben, wenn bereits die Strafverfolgungsbehörde davon ausgeht, die Verfolgung einer Person und damit eine Anklageerhebung im subjektiven Verfahren sei nicht möglich.

### **92. BGH 2 StR 423/21 – Beschluss vom 26. Oktober 2021 (LG Frankfurt am Main)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: Darstellung in den Urteilsgründen); Schuldfähigkeit (bipolare Störung; Steuerungsfähigkeit, Einsichtsfähigkeit, krankhafte seelische Störung).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 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 eine Gefährlichkeitsprognose tragen zu können, von längerer Dauer sein. Der Tatrichter hat die der Unterbringungsanordnung zugrunde liegenden Umstände in den Urteilsgründen so umfassend darzustellen, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird, die Entscheidung nachzuvollziehen.

2. Bei bipolaren Störungen besteht eine große Bandbreite von Ausprägungen und Schweregraden, weshalb die Diagnose der Erkrankung allein für die Frage der Schuldfähigkeit nicht ausreichend aussagekräftig ist. In manischen Phasen kann es, je nach Ausprägung und Schwere, zur Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit, aber auch der Einsichtsfähigkeit kom-

men. Der Tatrichter muss sich deshalb – in Kenntnis, dass sowohl Einsichts- wie auch Steuerungsfähigkeit betroffen sein kann – mit der Frage auseinandersetzen, in welcher Weise sich die Erkrankung im konkreten Tatzeitpunkt auf die Einsichts- oder auf die Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat.

### **20. BGH 3 StR 158/21 – Beschluss vom 21. September 2021 (LG Wuppertal)**

Erweiterte Einziehung von Taterträgen (Subsidiarität; Wertersatz; Surrogat; Anknüpfungstat; Ausschöpfung aller Beweismittel).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB

1. § 73a Abs. 1 StGB bestimmt zwar, dass der der erweiterten Einziehung unterliegende Gegenstand durch oder für – nicht konkretisierbare – andere rechtswidrige Taten erlangt worden sein muss als derjenigen, welche die Maßnahme eröffnet (Anknüpfungstat). Eine Anordnung gemäß § 73a Abs. 1 StGB ist jedoch auch zulässig, wenn nicht aufklärbar ist, ob der Gegenstand aus der Anknüpfungstat oder anderen Taten stammt.

2. Die erweiterte Einziehung von Taterträgen nach § 73a Abs. 1 StGB ist gegenüber der Einziehung von Taterträgen nach § 73 Abs. 1 StGB subsidiär. Eine auf § 73a Abs. 1 StGB gestützte Anordnung setzt mithin voraus, dass das Tatgericht nach Ausschöpfung aller Beweismittel zwar die Überzeugung von der deliktischen Herkunft des erlangten Gegenstands gewonnen hat, aber sich außerstande sieht, ihn eindeutig der abgeurteilten oder einer anderen konkret nachweisbaren Tat zuzuordnen.

3. Die erweiterte Wertersatzeinziehung gem. § 73a Abs. 1, § 73c Satz 1 StGB kann – anders als der erweiterte Wertersatzverfall nach altem Recht – auch dann angeordnet werden, wenn zum Zeitpunkt der Begehung der Anknüpfungstat beim von der Maßnahme betroffenen Beteiligten (lediglich) ein Surrogat des erlangten Gegenstandes, jedoch nicht dieser selbst vorhanden war. Die Vorschrift des § 73a StGB sieht zwar die erweiterte Einziehung des Surrogats (§ 73 Abs. 3 StGB) nicht vor; jedoch kommt in solchen Fällen weiterhin eine erweiterte Einziehung des Wertes von Taterträgen in Betracht (Abgrenzung gegenüber BGH HRRS 2021 Nr. 323 und BGH HRRS 2021 Nr. 955).

### **32. BGH 3 StR 331/21 – Beschluss vom 19. Oktober 2021 (LG Mönchengladbach)**

Einziehung bei „Erlass“ von Schulden aus verbotenen Betäubungsmittelgeschäften (erlangtes etwas; Bruttoprinzip).

§ 73 StGB

Der Begriff des „etwas“ i.S.d § 73 StGB umfasst die Gesamtheit der materiellen Vermögenszuflüsse (sog. 'Bruttoprinzip'), die der Tatbeteiligte unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes erzielt. Werden dem Angeklagten „Schulden“ aus einem gem. § 134 BGB nichtigen Drogengeschäft „erlassen“, scheidet eine Einziehung eines entsprechenden Geldbetrages aus, da aus verbotenen Betäubungsmittelgeschäften weder ein Kaufpreisanspruch noch andere zivilrechtliche Ansprüche erwachsen, von denen der Täter durch den „Erlass“ hätte frei werden können.

## IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

### 41. BGH 5 StR 161/21 – Urteil vom 30. September 2021 (LG Dresden)

BGHSt; gesetzlicher Richter (Mitwirkung einer Schöffin trotz ärztlichem Beschäftigungsverbot; Unterschiede zwischen Berufsrichterinnen und Schöffinnen; keine Anwendbarkeit der Mutterschutzvorschriften; Grundgedanke des Mutterschutzes); Sicherungsverwahrung (mit Waffen begangene Betäubungsmitteldelikte als erhebliche Straftaten).

§ 338 Nr. 1 StPO; § 16 Abs. 1 MuSchG; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; § 66 StGB

1. Das einer Schöffin ausgesprochene ärztliche Beschäftigungsverbot nach § 16 Abs. 1 MuSchG führt nicht zu einer gesetzeswidrigen Gerichtsbesetzung. (BGHSt)

2. Die als öffentliches Ehrenamt ausgeführte Schöffentätigkeit (§ 31 Satz 1 GVG) unterfällt indes nicht dem persönlichen Anwendungsbereich des Mutterschutzgesetzes, da das Gericht nicht Arbeitgeber der Schöffin und damit nicht Adressat eines – hier vom betriebsärztlichen Dienst ausgesprochenen – ärztlichen Beschäftigungsverbots. (Bearbeiter)

3. Für Berufsrichterinnen gelten die an den Arbeitgeber gerichteten Regelungen – aufgrund der statusrechtlichen Besonderheiten – nach § 1 Abs. 3 Satz 1 MuSchG nicht direkt, sondern über § 71 DRiG, § 46 BeamStG in Verbindung mit den landesrechtlichen Vorschriften (hier für Sachsen § 3 SächsRiG, § 77 Nr. 1 SächsBG, §§ 1, 15 Abs. 1 SächsUrlMuEltVO). Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat für die Zeit des nachgeburtlichen Mutterschutzes einer Berufsrichterin ein „Dienstleistungsverbot“, das zu einer gesetzeswidrigen Gerichtsbesetzung führe, angenommen (BGH HRRS 2017 Nr. 143). Der Senat kann weiter offenlassen, ob er sich dieser Annahme anschließen würde (zuletzt zweifelnd BGH HRRS 2021 Nr. 320), da für Schöffinnen die Mutterschutzvorschriften weder direkt noch entsprechend gelten. (Bearbeiter)

4. Unterschiedlichen Regelungen für ehrenamtliche Richterinnen und Berufsrichterinnen widersprechen nicht dem Grundgedanken des Mutterschutzgesetzes. Dessen Ziel ist nicht die Gewährung eines absoluten Schutzes in allen Lebensbereichen; vielmehr soll der besonderen Situation der von dem persönlichen Anwendungsbereich des § 1 MuSchG erfassten Frauen Rechnung getragen werden. So sind Schöffinnen zwar in gleicher Weise schutzwürdig wie Berufsrichterinnen, indes ergibt sich nicht dasselbe Schutzbedürfnis. Denn dem Schutzbedürfnis der ehrenamtlich tätigen Richterinnen kann durch die Vorlage eines auf die Schöffentätigkeit bezogenen ärztlichen Attests, das die Verhandlungsunfähigkeit bestätigt, ausreichend Rechnung getragen werden. (Bearbeiter)

5. Eine Strafkammer ist unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt dazu verpflichtet, die Schwangerschaft einer Berufsrichterin oder Schöffin offenzulegen oder Fragen der Verfahrensbeteiligten dazu zu beantworten; jedenfalls bei einer Schöffin gilt Gleiches im Hinblick auf etwaige ärztliche Beschäftigungsverbote nach § 16 MuSchG. Anderes mag allenfalls gelten, wenn ausnahmsweise die Verhandlungsunfähigkeit einer zur Entscheidung berufenen Person wegen einer ernsthaften Erkrankung aufgrund konkreter und tragfähiger Anhaltspunkte in Rede steht oder es um die Frage geht, ob eine Konstellation des zwingenden nachgeburtlichen Mutterschutzes einer Berufsrichterin vorliegt. Dass eine Schöffin aufgrund einer Schwangerschaft aus gesundheitlichen Gründen nicht geeignet sein sollte, das Schöffenamts auszuüben, liegt auch in Fällen des § 16 MuSchG regelmäßig fern. (Bearbeiter)

6. Als erhebliche Straftat im Sinne des § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB kommen prognostizierte Betäubungsmitteldelikte zumindest dann in Betracht, wenn eine bewaffnete Begehung in Rede steht (Abgrenzung gegenüber BGH HRRS 2011 Nr. 1054). (Bearbeiter)

### 45. BGH 5 StR 187/21 – Beschluss vom 7. Dezember 2021 (LG Dresden)

Gesetzlicher Richter (Mitwirkung einer Schöffin trotz ärztlichem Beschäftigungsverbot; keine Anwendbarkeit der Mutterschutzvorschriften).

§ 16 Abs. 1 MuSchG; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

1. Das einer ehrenamtlichen Richterin nach § 16 Abs. 1 MuSchG ausgesprochene Beschäftigungsverbot führt nicht zu einem Mitwirkungsverbot in der Hauptverhandlung. Das an den Arbeitgeber, nicht aber an das Gericht gerichtete Beschäftigungsverbot führt schon deshalb nicht zu einer gesetzeswidrigen Besetzung, weil die als öffentliches Ehrenamt ausgeführte Schöffentätigkeit (§ 31 Satz 1 GVG) nicht dem persönlichen Anwendungsbereich des Mutterschutzgesetzes unterfällt (vgl. dazu im Einzelnen BGH, Urteil vom 30. September 2021 – 5 StR 161/21, zur Veröffentlichung in BGHSt vorgesehen).

2. Eine Strafkammer unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt dazu verpflichtet, die Schwangerschaft einer Berufsrichterin oder Schöffin offenzulegen oder Fragen der Verfahrensbeteiligten dazu zu beantworten; jedenfalls bei einer Schöffin gilt im Hinblick auf etwaige ärztliche Beschäftigungsverbote nach § 16 MuSchG Gleiches.

3. Anderes mag allenfalls gelten, wenn ausnahmsweise die Verhandlungsunfähigkeit einer zur Entscheidung berufenen Person wegen einer ernsthaften Erkrankung aufgrund konkreter und tragfähiger Anhaltspunkte in Rede steht oder es um die Frage geht, ob eine Konstellation im Sinne

der Entscheidung des 2. Strafsenats vom 7. November 2016 (HRRS 2017 Nr. 143) vorliegt (zwingender nachgeburtlicher Mutterschutz einer Berufsrichterin). Dass eine Schöffin aufgrund einer Schwangerschaft aus gesundheitlichen Gründen nicht geeignet sein sollte, das Schöffenamts auszuüben, liegt auch in Fällen des § 16 MuSchG regelmäßig fern.

### 48. BGH 5 StR 215/21 – Beschluss vom 7. Dezember 2021 (LG Berlin)

Ablehnung eines Sachverständigengutachtens als völlig ungeeignetes Beweismittel.  
§ 244 Abs. 3 StPO

Ein Sachverständigengutachten ist nicht schon dann als ungeeignetes Beweismittel anzusehen, wenn darin zwar keine sicheren und eindeutigen Beweisergebnisse erzielt werden, die enthaltenen Ausführungen aber gleichwohl die unter Beweis gestellte Behauptung als mehr oder weniger wahrscheinlich erscheinen lassen können. Bringt das Tatgericht jedoch zum Ausdruck, dass es eine allenfalls geringgradige Wahrscheinlichkeitsaussage nicht für geeignet hält, seine Überzeugung zu beeinflussen, begegnet es keinen durchgreifenden verfahrensrechtlichen Bedenken, wenn es ein beantragtes Sachverständigengutachten mangels ausreichend aussagekräftiger und nicht weiter ermittelter Anknüpfungstatsachen als völlig ungeeignetes Beweismittel ansieht.

### 34. BGH 3 StR 419/21 – Beschluss vom 18. November 2021 (LG Duisburg)

Hauptverhandlung im Sicherungsverfahren trotz Verhandlungsunfähigkeit.  
§ 413 StPO

Die Hauptverhandlung im Sicherungsverfahren setzt nicht die Verhandlungsfähigkeit des Beschuldigten voraus. Dies ergibt sich neben dem Regelungszusammenhang der §§ 413 ff. StPO und des § 71 Abs. 1 StGB insbesondere daraus, dass gemäß § 415 Abs. 1 StPO die Verhandlung selbst dann durchgeführt werden kann, wenn das Erscheinen des Beschuldigten vor Gericht wegen seines Zustandes unmöglich oder aus Gründen der öffentlichen Sicherheit oder Ordnung unangebracht ist.

### 117. BGH 2 StR 299/19 – Beschluss vom 10. November 2021 (LG Gera)

Besetzungsrüge (Entbindung eines Schöffen wegen eingetretener Hinderungsgründe: beschränkte Revisibilität, Willkürkontrolle, formloser Antrag, Aktenkundigkeit, Dokumentation der die Unzumutbarkeit begründenden Umstände); erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Zulässigkeit unbeschadet der prinzipiellen Subsidiarität).  
§ 77 GVG; § 54 GVG; § 336 Satz 2 Alt. 1 StPO; § 73a StGB

1. Der Richter kann einen Schöffen auf dessen Antrag wegen eingetretener Hinderungsgründe von der Dienstleistung an bestimmten Sitzungstagen entbinden (§ 54 Abs. 1 GVG); der Antrag ist formlos, auch telefonisch, möglich. Er ist deshalb ebenso wie die Entscheidung aktenkundig zu machen (§ 54 Abs. 3 Satz 2 GVG). Dabei sind – zumindest in gedrängter Form – diejenigen Umstände zu

dokumentieren, welche die Annahme der Unzumutbarkeit der Schöffendienstleistung tragen. Ausreichend ist es insoweit auch, wenn sich anhand aktenkundiger Umstände, etwa aus dem Inhalt von Schreiben des Schöffen, die mitgeteilten Antragsgründe ergeben und nachvollziehbar ist, dass diese der Entscheidung des Vorsitzenden zu Grunde gelegen haben.

2. Nach § 73a Abs. 1 StGB ordnet das Gericht die Einziehung von Gegenständen des Täters oder Teilnehmers abgeurteilter Taten auch dann an, wenn diese durch andere rechtswidrige Taten oder für sie erlangt worden sind. Die erweiterte Einziehung ist unbeschadet der prinzipiellen Subsidiarität der erweiterten gegenüber der originären Einziehung des Wertes von Taterträgen zulässig, wenn nach Ausschöpfung aller verfügbaren Beweismittel nicht eindeutig zu klären ist, ob die Erlöse aus abgeurteilten oder aus anderen rechtswidrigen Taten herrühren. Erforderlich ist dann nur die richterliche Überzeugung, dass die Gegenstände aus Straftaten und nicht aus legalen Quellen herrühren.

### 109. BGH 2 StR 171/21 – Beschluss vom 30. September 2021 (LG Erfurt)

Konkurrenzen (Täterschaft und Teilnahme; Beihilfe: Tateinheit, Tatmehrheit, Anzahl der Beihilfehandlungen, Zahl der vom Gehilfen geförderten Haupttaten, Identität der objektiven Ausführungshandlungen); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (von den Strafverfolgungsorganen zu verantwortende erhebliche Verzögerung; Gesamtwürdigung des Einzelfalls); Einziehung (Ermessensentscheidung).  
§ 52 StGB; § 53 StGB; § 25 StGB; § 27 StGB; § 74 StGB; Art. 20 Abs. 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

1. Zwar erfordert das Rechtsstaatsprinzip des Grundgesetzes (Art. 20 Abs. 3 GG) ebenso wie das Gebot aus Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK eine Erledigung des Strafverfahrens in einer angemessenen Zeitspanne. Gleichwohl führt nicht jede im Strafprozess vorkommende Verzögerung zu einer Verletzung des Beschleunigungsgebots im Sinne einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung. Eine solche liegt vielmehr erst bei einer von den Strafverfolgungsorganen zu verantwortenden erheblichen Verzögerung vor. Ob eine derartige Verzögerung vorliegt, bemisst sich nach einer auf die Verhältnisse des konkreten Einzelfalls bezogenen Gesamtwürdigung.

2. Sind an einer Deliktserie mehrere Personen als Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt, ist die Frage, ob die einzelnen Taten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, bei jedem Tatbeteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden.

3. Ob bei der akzessorischen Beihilfe Tateinheit oder Tatmehrheit anzunehmen ist, hängt sowohl von der Anzahl der Beihilfehandlungen als auch von der Zahl der vom Gehilfen geförderten Haupttaten ab. Tatmehrheit ist danach anzunehmen, wenn durch mehrere Hilfeleistungen mehrere selbständige Taten unterstützt werden. Dagegen liegt nur eine einzige Beihilfe vor, wenn der Gehilfe mit nur einer Unterstützungshandlung zu mehreren Haupttaten eines Anderen Hilfe leistet. Handlungseinheit liegt ferner vor, wenn sich mehrere Unterstützungshandlungen auf dieselbe Haupttat beziehen.

4. Für die Annahme von Tateinheit ist auch die teilweise Identität der objektiven Ausführungshandlungen ausreichend. Fördert eine von mehreren Beihilfehandlungen gleichzeitig zwei Haupttaten in deren Ausführungsstadium, so werden diese sowie die übrigen sich auf diese beiden Haupttaten beziehende Beihilfehandlungen zur Handlungseinheit verknüpft.

**110. BGH 2 StR 189/21 – Beschluss vom 10. November 2021**

Zurückweisung der Anhörungsrüge; Revision (Frist zur Gegenerklärung: nicht verlängerbar, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht möglich, kein Abwarten nach Fristablauf notwendig).  
§ 356a StPO; § 349 Abs. 3 Satz 2 StPO

1. Die Frist gemäß § 349 Abs. 3 Satz 2 StPO ist nicht verlängerbar und eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen ihre Versäumung ist rechtlich nicht möglich.

2. Nach Fristablauf braucht eine Ergänzung der Revisionsbegründung selbst dann nicht abgewartet zu werden, wenn sie in Aussicht gestellt worden ist.

**52. BGH 5 StR 300/21 – Beschluss vom 23. November 2021 (LG Berlin)**

Keine Hinweispflicht bei späterem Geständnis nach Verständigungsvorschlag zu Beginn der Hauptverhandlung.  
§ 257c StPO; § 265 StPO

Einem vom Gericht zu Beginn der Hauptverhandlung unterbreiteten Verständigungsvorschlag liegt regelmäßig – für alle Beteiligten ersichtlich – die Erwartung zugrunde, dass der Angeklagte zeitnah dazu ein Geständnis ablegt und damit die Verhandlungsdauer verkürzt. Ein solcher Vorschlag begründet daher regelmäßig nicht das für die Hinweispflicht nach § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO erforderliche Vertrauen dahingehend, dass die ursprüngliche Strafmehrzusage auch für ein späteres Geständnis gilt.

**123. BGH 4 StR 118/21 – Urteil vom 28. Oktober 2021 (LG Dortmund)**

Beweiswürdigung (Zeugenaussage: teilweises Glauben des Zeugen, Notwendigkeit besonders eingehender Begründung, Glaubhaftigkeit, Gesamtwürdigung); Rechtsmittel des Nebenklägers (Revision: Revisionsbegründung, unzulässiges Angriffsziel, Strafzumessungsregel); schwere sexuelle Nötigung; Strafantrag.  
§ 261 StPO; § 400 Abs. 1 StPO; § 177 StGB; § 230 StGB

Zwar ist das Tatgericht von Rechts wegen nicht gehindert, einem Zeugen teilweise zu glauben und teilweise nicht. Denn es existiert kein Erfahrungssatz des Inhalts, dass einem Zeugen nur entweder insgesamt geglaubt oder insgesamt nicht geglaubt werden darf. Eine solche Beweiswürdigung bedarf jedoch besonders eingehender Begründung.

**12. BGH 1 StR 77/21 – Urteil vom 7. Oktober 2021 (LG Lübeck)**

Rüge der örtlichen Zuständigkeit (keine erneute Überprüfung des Vorliegens eines hinreichenden Tatverdachts); Hinterziehung von Tabaksteuer (Erfolgsort der Tat: andauernde Perpetuierung des Taterfolgs während

des Transports der eingeführten Tabakwaren zum Bestimmungsort).

§ 16 Abs. 1 StPO; § 370 Abs. 1 Nr. 3 AO; § 9 StGB; § 23 Abs. 1 Satz 1 TabStG

1. Auf den Einwand der örtlichen Unzuständigkeit gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 StPO hin hat das Gericht ausschließlich zu prüfen, ob es für den ihm vorliegenden Lebenssachverhalt örtlich zuständig ist. Eine inhaltliche Prüfung dahin, ob hinreichender Tatverdacht für die seiner Kognitionspflicht unterliegende Tat oder Teile dieser Tat besteht, findet dagegen nicht statt. Denn insoweit liegt mit dem Eröffnungsbeschluss eine abschließende Entscheidung vor, die im Verfahren nach § 16 StPO nicht erneut zu beurteilen ist.

2. Der Taterfolg der Hinterziehung von Tabaksteuer nach § 370 Abs. 1 Nr. 3 AO, also die Nichtfestsetzung der beim Verbringen in das deutsche Steuergebiet entstandenen Tabaksteuer, wird auf der gesamten Transitstrecke vom Einfuhrort bis zum Bestimmungsort der Tabakwaren oder so lange, bis diese sonst „zur Ruhe kommen“, immer weiter perpetuiert, wenn keines der für die im Rahmen der Fahrtstrecke zuständigen Zollämter die Festsetzung der Tabaksteuer vornimmt.

**119. BGH 2 StR 339/20 – Beschluss vom 31. August 2021 (LG Mühlhausen)**

Erörterung des Verfahrensstands mit den Verfahrensbeteiligten (Mitteilung des wesentlichen Inhalts: Informierung über den zum Ergebnis führenden Entscheidungsprozess, Beruhen des Verständigungsurteils auf der unzulänglichen Mitteilung, Gesamtbetrachtung).  
§ 202a StPO; § 212 StPO; § 257c StPO; § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO

Gemäß § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO teilt der Vorsitzende nach Verlesung des Anklagesatzes mit, ob vor Beginn der Hauptverhandlung Erörterungen nach den § 202a, § 212 StPO stattgefunden haben, deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung (§ 257c StPO) gewesen ist, und wenn ja, deren wesentlichen Inhalt. Dabei darf sich die Mitteilung nicht darauf beschränken, das Ergebnis der Erörterungen mitzuteilen, sondern es muss auch über den dahin führenden Entscheidungsprozess informiert werden.

**19. BGH 3 StR 105/21 – Urteil vom 4. November 2021 (LG Koblenz)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei freisprechendem Urteil (Prüfungsumfang; Widersprüche oder Lückenhaftigkeit; Hinweggehen über schwerwiegende Verdachtsmomente; fehlende Erörterung der Motivation für verschleiernes Nachtatverhalten).  
§ 261 StPO

Eine Beweiswürdigung kann ungeachtet des eingeschränkten revisionsgerichtlichen Prüfungsumfangs rechtsfehlerhaft sein, wenn sie über schwerwiegende Verdachtsmomente hinweggeht. Das kann der Fall sein, wenn das Tatgericht es unterlässt, die Motivation für ein festgestelltes verschleiernes Nachtatverhalten des freigesprochenen Angeklagten zu erörtern.

## V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

### 61. BGH 6 StR 12/20 – Urteil vom 4. November 2021 (LG Regensburg)

„Regensburger Parteispendenaffäre“; Vorteilsannahme (Annahme von Vorteilen für die künftige Dienstausbübung; anderer Aufgabenkreis zum Zeitpunkt der Tathandlung; Berücksichtigung des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit: einschränkende Auslegung des Tatbestandes bei Wahlkampfunterstützungen, Zusammenhang mit der Amtsführung, sog. Einfluss Spenden); Vorteilsgewährung; Verstoß gegen das Parteiengesetz (Rechenschaftsberichte: keine allgemeinkundige Tatsache; Bewirken von unrichtigen Angaben); Bestechlichkeit; Verbotsirrtum (Unrechtsbewusstsein des Angeklagten: Parallelwertung in der Laiensphäre, Gesamtwürdigung aller für und gegen den Täter sprechenden Umstände); Absehen von Strafe (Ausnahmecharakter; bei Verfahrensmängeln: Beschränkung auf die vom Gesetz vorgesehenen Fälle; Gesamtwürdigung aller für und gegen den Täter sprechenden Umstände; in der Regel keine Strafmilderung bei typischen Tatfolgen: dienstrechtliche Konsequenzen bei Amtsträgern, mediale Aufmerksamkeit in Verfahren gegen hochrangige politische Amtsträger); Verfahrenshindernis wegen Verfahrensverstößen (Annahme eines Verfahrenshindernisses nur in extremen Ausnahmefällen; Grundsätze der Aktenwahrheit und -vollständigkeit: Verschriftung von Gesprächsinhalten; E-Mail-Korrespondenz zwischen Angeklagtem und Verteidiger); Publikationsgrenze des § 25 Abs. 3 PartG (Ziel der Nachprüfbarkeit der Parteienfinanzierung); Vorteilsannahme, Bestechlichkeit und Bewirken unrichtiger Angaben (Tat im prozessualen Sinne; materiellrechtliches Konkurrenzverhältnis; keine Verklammerung durch Untreue).

§ 331 Abs. 1 StGB; § 333 Abs. 1 StGB; § 31d Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 PartG; § 25 Abs. 3 PartG; § 17 StGB; § 60 StGB; § 264 StPO; § 52 StGB; Art. 6 EMRK

1. § 331 StGB kann die Annahme von Vorteilen für die künftige Dienstausbübung auch dann erfassen, wenn dem Amtsträger zum Zeitpunkt der Tathandlung bei demselben Dienstherrn noch ein anderer Aufgabenkreis als bei der künftigen Dienstausbübung übertragen ist.

2. Das Tatgericht darf sich bei der Frage nach dem Unrechtsbewusstsein des Angeklagten im Zuge der Prüfung eines Verbotsirrtums (§ 17 StGB) nicht auf die isolierte Erörterung und Bewertung der einzelnen Beweisanzeichen beschränken. Es hat vielmehr eine Gesamtwürdigung aller für und gegen den Täter sprechenden Umstände vorzunehmen, weil Indizien, auch wenn sie für sich allein rechtlich tragfähig nicht zum Nachweis einer Tatsache ausreichen, dem Gericht doch in ihrer Gesamtheit die entsprechende Überzeugung vermitteln können.

3. Die Vorschrift des § 60 StGB hat Ausnahmecharakter. Sie kommt nur zur Anwendung, wenn die Verhängung einer Strafe unter jedem denkbaren Strafzweck verfehlt wäre; das Verfehltsein von Strafe muss dabei so ins Auge springen, dass dieses Ergebnis der Abwägung ernsthaftem Zweifel entrückt ist.

4. Dienstrechtliche Konsequenzen, die ein nur durch Amtsträger begehbare Sonderdelikt nach sich zieht, stellen typische Tatfolgen dar, die in der Regel keine strafmildernde Berücksichtigung verdienen. Entsprechendes gilt für die mediale Aufmerksamkeit, die einem Verfahren gegen einen hochrangigen politischen Amtsträger zuteilwerden kann.

5. Die Annahme eines Verfahrenshindernisses aufgrund von Verfahrensverstößen kommt nur in extremen Ausnahmefällen in Betracht. Denn sie berührt das Rechtsstaatsprinzip, das nicht nur Belange des Beschuldigten schützt, sondern auch das Interesse der Allgemeinheit an einer der materiellen Gerechtigkeit dienenden Strafverfolgung.

6. Der Senat vermag nicht der Rechtsansicht zu folgen, die Publikationsgrenze des § 25 Abs. 3 ParteienG zugleich die Grenze darstelle, unterhalb derer es den Anschein der Käuflichkeit nicht gebe. Die Veröffentlichungsgrenze zielt auf die Nachprüfbarkeit der Parteienfinanzierung ab, sagt aber nichts über die Käuflichkeit eines Amtsträgers oder deren Anschein.

7. Die Vollendung des § 31d ParteienG ist vom Inhalt der Rechenschaftsberichte abhängig. Es muss zu einem in der Außenwelt zu Tage tretenden Handlungserfolg in Form der unrichtigen Wiedergabe kommen.

8. Die für § 31d Abs. 1 Nr. 1 ParteienG maßgebliche Ausführungshandlung ist nicht (teil-)identisch mit derjenigen der Vorteilsannahme oder Bestechlichkeit. Denn die Annahme des Vorteils, als späteste denkbare Ausführungshandlung der Korruptionsdelikte, ist nicht tatbestandserheblich für das Bewirken unrichtiger Angaben im eingereichten Rechenschaftsbericht.

### 47. BGH 5 StR 211/20 – Beschluss vom 25. November 2021 (LG Berlin)

Berechnung der Beitragsschäden bei Verurteilung wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (personenbezogene Schadensberechnung; Schätzung).  
§ 266a StGB

1. Kann das Gericht bei einer Verurteilung wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt die Identität und die Anwesenheitszeiten der betreffenden Arbeiter

verlässlich feststellen, können diese Informationen prinzipiell als Basis für eine personenbezogene Berechnung der gezahlten Schwarzlöhne und der dadurch hinterzogenen Sozialversicherungsbeiträge dienen. In diesem Fall ist es jedoch grundsätzlich erforderlich, im Urteil die ermittelten Arbeitsstunden wiederzugeben, die das Gericht seiner Lohnberechnung zugrunde legt. Diese ausdrückliche Angabe von Beschäftigungszeiten kann allenfalls entbehrlich sein, wenn sich die Arbeitsstunden anhand der errechneten Entgelte und des zugrunde gelegten Stundenlohns ohne Weiteres im Wege der Rückrechnung ermitteln lassen.

2. Ist eine personenbezogene Schadensberechnung nicht möglich, ist das Tatgericht gehalten, eine Schätzungsmethode zu wählen, die dem Ziel, der Wirklichkeit durch Wahrscheinlichkeitsüberlegungen möglichst nahe zu kommen, am besten gerecht wird. Bei der Auswahl kommt ihm ein Beurteilungsspielraum zu. Die revisionsgerichtliche Überprüfung beschränkt sich darauf, ob das Tatgericht nachvollziehbar dargelegt hat, warum es sich der gewählten Schätzungsmethode bedient hat und weshalb diese dafür geeignet ist. Um diese Prüfung zu ermöglichen, müssen die Grundlagen der Schätzung in den Urteilsgründen für das Revisionsgericht nachvollziehbar mitgeteilt werden.

### 7. BGH 1 StR 215/21 – Beschluss vom 3. November 2021 (LG Saarbrücken)

Steuerhinterziehung durch Unterlassen (Tatvollendung: Abschluss der Veranlagungsarbeiten im Wesentlichen, lediglich Versuch bei vorheriger Suspendierung der Erklärungspflicht durch Kenntniserlangung vom Strafverfahren, nemo tenetur).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; Art. 6 EMRK

Bei der Hinterziehung von Veranlagungssteuern durch Unterlassen tritt – sofern nicht vorher ein Schätzungsbescheid ergangen ist – der Taterfolg der Steuerverkürzung zu dem Zeitpunkt ein, zu dem die Veranlagung stattgefunden hätte, wenn die Steuererklärung pflichtgemäß eingereicht worden wäre; dies ist spätestens dann der Fall, wenn das zuständige Finanzamt die Veranlagungsarbeiten für die betreffende Steuerart und den betreffenden Zeitraum im Wesentlichen abgeschlossen hat (st. Rspr.). Erlangt der Täter vor diesem Zeitpunkt Kenntnis von einem gegen ihn eingeleiteten Strafverfahren, wird wegen des Verbots des Zwangs zur Selbstbelastung („nemo tenetur“) seine steuerrechtliche Erklärungspflicht suspendiert. Er ist dann nur noch wegen versuchter Steuerhinterziehung zu bestrafen.

### 11. BGH 1 StR 297/21 – Beschluss vom 6. Oktober 2021 (LG Kiel)

Steuerhinterziehung (konkurrenzrechtliches Verhältnis unrichtiger Umsatzsteuervoranmeldungen und Umsatzsteuerjahreserklärungen: mitbestrafte Vortat).

§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; § 18 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 UStG

Das Verhältnis zwischen Umsatzsteuervoranmeldungen und Umsatzsteuerjahreserklärung ist regelmäßig eines der Gesetzeskonkurrenz in Form der mitbestraften Vortaten.

Das gilt jedoch nicht, wenn es in Folge der Voranmeldungen bereits zur Auszahlung nicht bestehender Erstattungsbeträge gekommen ist, während es hinsichtlich der Jahreserklärung bei einer versuchten Steuerhinterziehung geblieben ist.

### 9. BGH 1 StR 270/21 – Beschluss vom 20. Oktober 2021 (LG Kaiserslautern)

Umsatzsteuerhinterziehung (Strafzumessung: Höhe der verkürzten Steuer: keine Verdoppelung durch Vorsteuerabzug hinsichtlich Eingangsumsatz und unterlassener Nicht-Anmeldung hinsichtlich Ausgangsumsatz).

§ 370 Abs. 1 AO; § 46 StGB; § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 UStG

Die für die Strafzumessung relevante Schädigung des Umsatzsteueraufkommens ist nicht etwa deshalb doppelt so hoch, weil sich die – bezogen auf einen steuerpflichtigen Eingangsumsatz – herbeigeführte Steuerverkürzung durch eine ungerechtfertigten Vorsteuerabzug in einer den Ausgangsumsatz für dieselben Waren betreffende Steuerverkürzung durch Nicht-Anmeldung von Umsatzsteuer fortsetzt.

### 5. BGH 1 StR 114/21 – Beschluss vom 8. September 2021 (LG Koblenz)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Berechnung der hinterzogenen Sozialversicherungsbeiträge: Anwendungsbereich von § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV).

§ 266a Abs. 1 StGB; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV, § 1 Abs. 2, Abs. 3 SchwarzArbG; § 2 Abs. 3 StGB

Das in § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV verwendete Tatbestandsmerkmals der „illegalen Beschäftigungsverhältnisse“ hat der Gesetzgeber als Sammelbegriff für eine Vielzahl von verschiedenen Ordnungswidrigkeitstatbeständen oder Straftaten, von Verstößen gegen das Arbeitnehmerüberlassungsrecht bis hin zu Verstößen gegen das Steuerrecht oder zum Leistungsmissbrauch bestimmt. Die in § 1 Abs. 2, Abs. 3 SchwarzArbG verwendeten Definitionen der „Schwarzarbeit“ und der „illegalen Beschäftigung“ dienen allein der Umschreibung des Aufgaben- und Zuständigkeitsbereichs der Finanzkontrolle Schwarzarbeit und sind für die Auslegung des § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV nicht maßgeblich.

### 21. BGH 3 StR 213/21 – Beschluss vom 6. Oktober 2021 (LG Kleve)

Gewerbs- und bandenmäßiges Einschleusen von Ausländern (Begriff der unerlaubten Einreise im aufenthaltsrechtlichen Sinne; Luftweg; Binnenflug; Drittstaat; Grenzübertritt; Flughafen; zur Täterschaft verselbständigte Teilnahme).

§ 95 AufenthG; § 96 AufenthG; § 13 AufenthG

1. Im Zusammenhang mit dem Begriff der „Einreise“ gem. § 13 AufenthG ist zwischen dem Grenzübertritt an einer zugelassenen Grenzübergangsstelle und demjenigen außerhalb einer solchen zu unterscheiden. An einer zugelassenen Grenzübergangsstelle ist ein Ausländer nach § 13 Abs. 2 Satz 1 AufenthG erst eingereist, wenn er die Grenze überschritten und jene passiert hat.

2. Für die Einreise auf dem Luftweg ist zu differenzieren zwischen Flügen, die von einem Schengenstaat kommen,

und Flügen, die von einem Drittstaat kommen. Da im Fall eines Binnenflugs der Flughafen nach Art. 2 Nr. 1 Buchst. b SGK als Binnengrenze gilt, findet bei einer derartigen Einreise aus einem Schengenstaat eine Grenzkontrolle nicht statt. Der Ausländer ist in diesem Fall nach § 13 Abs. 2 Satz 3 AufenthG mit Betreten des Bundesgebiets am Flughafen eingereist. Bei einem aus einem Drittstaat kommenden Flug gilt demgegenüber der jeweilige Flughafen gemäß Art. 2 Nr. 2 SGK als Außengrenze. Das hat zur Folge, dass sich am Flughafen die Grenzübergangsstelle im Sinne von Art. 2 Nr. 8 SGK befindet und es für die Einreise bei der Regelung des § 13 Abs. 2 Satz 1 AufenthG verbleibt.

#### **114. BGH 2 StR 288/21 – Beschluss vom 24. November 2021 (LG Erfurt)**

Besitz einer vollautomatischen Schusswaffe; Ausüben der tatsächlichen Gewalt über eine Kriegswaffe; Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Konkurrenzen: Tatmehrheit, keine Verklammerung durch ein Waffendelikt, Handlungseinheit zwischen der Aufbewahrung von Waffen und Betäubungsmitteln); Einziehung (Einziehungsanordnung: Bestimmtheit).  
§ 51 Abs. 1 WaffG; § 22a Abs. 1 Nr. 6 KrWaffKontrG; § 39 BtMG; § 33 BtMG

1. Eine zeitgleiche Aufbewahrung von Waffen und Betäubungsmitteln kann die Annahme einer Handlungseinheit regelmäßig nur dann rechtfertigen, wenn darüber hinaus ein funktionaler Zusammenhang zwischen beiden Besitzlagen besteht.

2. Der Ausspruch über die Anordnung einer Einziehung hat die einzuziehenden Gegenstände so genau zu kennzeichnen, dass bei allen Beteiligten und der Vollstreckungsbehörde Klarheit über den Umfang der Einziehung besteht. Im Falle der Einziehung von Betäubungsmitteln

muss sich daher Art und Menge des einzuziehenden Rauschgifts aus dem Urteilstenor ergeben.

#### **13. BGH 1 StR 322/21 – Beschluss vom 2. November 2021 (LG Ravensburg)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen: Bewertungseinheit, Serientat).  
§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Bei einer Bewertungseinheit werden sämtliche Betätigungen, die sich im Rahmen ein und desselben Güterumsatzes auf den Vertrieb einer einheitlichen Rauschgiftmenge beziehen, vom gesetzlichen Tatbestand in dem pauschalierenden, verschiedenartige Tätigkeiten umfassenden Begriff des Handeltreibens und damit zu einer Tat des Handeltreibens verbunden. Dabei ist entscheidend, dass sich die Bemühungen des Täters auf dieselbe Rauschgiftmenge beziehen. Eine Bewertungseinheit kommt daher insbesondere dann in Betracht, wenn die Betäubungsmittel aus einem einheitlichen Erwerbsvorgang stammen, aber auch dann, wenn Drogen aus verschiedenen Erwerbsvorgängen zu einem einheitlichen Verkaufsvorrat vereint werden.

2. Für Serientaten ist anerkannt, dass es – soweit sich der genaue Zeitpunkt der jeweiligen Taten nicht ermitteln lässt – ausreichend ist, wenn sie etwa durch die Kennzeichnung der Art und Weise der Tatbegehung, der Beute oder durch die Benennung des Geschädigten individualisiert werden können. Soweit sich die Häufigkeit von Tatbestandsverwirklichungen nicht sicher ermitteln lässt, ist unter Anwendung des Zweifelssatzes eine individualisierbare Mindestzahl festzustellen und gegebenenfalls der Schuldumfang zu schätzen. Nur, wenn sich auch bei sorgfältiger Beweiserhebung keine Anhaltspunkte für die Aufteilung des Mindestschuldumfangs auf bestimmbare Einzeltaten ergeben, kann im Extremfall der Zweifelssatz die Annahme nur einer Tat gebieten (vgl. BGHSt 40, 374, 376 f.).

#### Aufsätze und Anmerkungen

## EncroChat – einige ergänzende Gedanken

Von RA Dr. iur. h.c. Gerhard Strate, Hamburg

The road to hell is paved with good intentions – der Weg zur Hölle ist gepflastert mit guten Vorsätzen. Hierbei denke ich an die Strafverfolgungsbehörden, die sicherlich mit dem guten Willen, dem Drogenhandel und den dort tätigen Dealern einen schweren Schlag zu versetzen, sich von den Maßnahmen der französischen Regierung gegen den Betreiber des EncroChat-Kommunikationsnetzes und seine Nutzer faszinieren ließen. Vielleicht war aber am Ende des Tages der Preis für all das zu hoch.

Wer zurzeit die Sitzungssäle der Strafrechtspflege besucht, muss unweigerlich den Eindruck gewinnen, dass die Hälfte der Verfahren – wenn auch nicht unbedingt nach ihrer Zahl, wohl aber nach ihrer Dauer – den sog. EncroChat-Protokollen gewidmet sind. Sie beruhen auf ausländischen Ermittlungsmaßnahmen, deren Gestaltung sich dermaßen von den verfassungsrechtlich verwurzelten beweisrechtlichen Vorgaben des deutschen Strafverfahrensrechts entfernt, dass auch in Ansehung des Gewichts der auf diesem

Weg auflklärbaren Straftaten die Bejahung eines Beweisverwertungsverbots rechtlich unumgänglich ist.<sup>1</sup>

I. Die Verwendung der von den französischen Ermittlungsbehörden gewonnenen Daten in einem deutschen Strafverfahren gegen individuelle Beschuldigte stellt sich als eine Zweckumwidmung dar, die wegen ihrer Eingriffsintensität<sup>2</sup> einer verfahrensrechtlichen Grundlage im Hinblick auf eben diese Umwidmung bedarf.<sup>3</sup>

Sie könnte allenfalls in § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO gefunden werden, sofern die von den französischen Ermittlungsbehörden zu verantwortenden Maßnahmen im Ergebnis einer Online-Durchsuchung (§ 100 b StPO) entsprächen.

Davon kann freilich keine Rede sein, da nach deutschem Recht diese Maßnahme von den nationalen Strafverfolgungsbehörden wegen ihrer Eingriffsintensität nur dann in Betracht gezogen werden darf, wenn bezogen auf einen individuellen Beschuldigten ein qualifizierter, konkreter, also nicht nur einfacher Tatverdacht besteht, der inhaltlich eine der Katalogtaten des § 100b Abs. 2 StPO zum Gegenstand hat und zudem die Tat als im Einzelfall besonders schwerwiegend erscheinen lässt. Die losgelöst von konkreten Personen und Sachverhalten erfolgende (erstmalige) Generierung von Verdachtsmomenten, also eine Art Vorfeldklärung, kann ebenso wenig Zweck einer Online-Durchsuchung sein wie die Erstreckung der Maßnahme auf beliebige Dritte.<sup>4</sup>

Die von den französischen Behörden durchgeführten Ermittlungen, die

- sich gegen eine Vielzahl von Betroffenen
- *allein* wegen der durch sie erfolgten Nutzung der EncroChat-Technologie richteten,
- dabei an keinerlei konkreten Tatverdacht anknüpften,
- auch sonst nicht einmal ansatzweise einen Bezug zu einer im Einzelfall besonders schwerwiegenden Katalogtat aufwiesen,

hatten nichts mit den Voraussetzungen einer Online-Durchsuchung nach deutschem Recht zu tun.<sup>5</sup> Angesichts dieser schleppnetzartigen Vorgehensweise, die – unter der Prämisse, das Verfahren habe sich ursprünglich gegen die

Betreiber des EncroChat-Systems wegen welchen Tatverdachts auch immer gerichtet – im Kern auf eine gezielte Suche nach Zufallsfunden bei den *Nutzern* der Technologie hinauslief, lässt sich die Verwendung der so erlangten Daten auch nicht unter dem Blickwinkel des (Rechtsgedankens des) § 108 Abs. 1 StPO rechtfertigen.<sup>6</sup>

Die skizzierten Besonderheiten der französischen Ermittlungsmaßnahmen, „(d)ie Verbindung dieser immensen, praktisch verdachtslosen Streubreite mit einem äußerst schwerwiegenden und monatelangen Eingriff in das Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme, die an Intensität einer Wohnraumüberwachung zumindest gleichkommt,“<sup>7</sup> führen unter dem Blickwinkel des Rechtsstaatsgebots (Art. 20 Abs. 3 GG) und des Fairnessgrundsatzes (Art. 6 Abs. 1 EMRK) zur Unverwertbarkeit dieser zudem nach nationalem Recht auf diesem oder einem vergleichbaren beweisrechtlichen Weg nicht zu erlangenden Daten.<sup>8</sup>

II. Folgende Überlegung tritt hinzu:

Die bislang veröffentlichten Beschlüsse der Oberlandesgerichte und des Kammergerichts bewegen sich alle – ebenso die Äußerungen ihrer Kritiker – auf der Ebene der schieren Rechtshilfe. Diese steht aber, wird die allein maßgebliche Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates zugrunde gelegt, gar nicht zur Debatte (jedenfalls nicht in erster Linie).

Denn der Transfer der in diesem Verfahren maßgeblich als Beweismittel dienenden EncroChat-Dateien nach Deutschland wurde eingekleidet in eine Europäische Ermittlungsanordnung der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt in einer Unbekanntsache (52 UJs 50005/20). Die Europäische Ermittlungsanordnung (EEA) erging am 02.06.2020, also zu einem Zeitpunkt, in welchem die Abfrage und Aufzeichnung des Kommunikationsverkehrs noch andauerte. Die Vizepräsidentin des Strafgerichts Lille genehmigte am 13.06.2020 den Transfer sämtlicher Daten aus diesen Aufzeichnungen, sofern die Kommunikation (auch) auf deutschem Boden geführt wurde. Sie stützte sich hier auf das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29.05.2000 und des dazugehörigen Protokolls vom 16.10.2001, die beide gar nicht mehr gültig sind.

<sup>1</sup> Bei dieser Gelegenheit sollte es sich verbieten, als Argument gleichsam das gesunde Volksempfinden anzurufen, wie es in einer Erwägung des KG (2 Ws 79/21 u.a. BeckRS 2021, 24213, Rn. 49) anzuklingen scheint: „Die Nichtverwertung von legal durch Behörden der Republik Frankreich - nicht nur eines Gründungsmitgliedes der europäischen Union, sondern auch eines der Mutterländer des modernen Menschenrechtsverständnisses - beschaffter Informationen über derart schwerwiegende Straftaten, verstieße auch in erheblicher Weise gegen das allgemeine Gerechtigkeitsempfinden der rechtstreuen Bevölkerung.“

<sup>2</sup> *Derin/Singelnstein* NSTZ 2021, 449, 450 f.; jetzt auch *Derin/Singelnstein* in StV 2022, 130 ff.

<sup>3</sup> *Derin/Singelnstein* a.a.O. S. 451.

<sup>4</sup> *Derin/Singelnstein* a.a.O. S. 451 f.

<sup>5</sup> *Derin/Singelnstein* a.a.O. S. 452 f.

<sup>6</sup> Dass weitere rechtliche Grundlagen für die Verwendung bzw. Verwertung der Daten nicht ersichtlich sind, und zwar auch unter Berücksichtigung des internationalen Bezugs, haben *Derin/Singelnstein* (a.a.O. S. 453 f.) aufgezeigt.

<sup>7</sup> So: *Singelnstein/Derin* in einem unveröffentlichten Gutachten, das dem Aufsatz zugrunde liegt.

<sup>8</sup> Vgl. auch *Wahl* ZIS 2021, 452 ff.; *Sommer* StV 2021, 67; *Immel* NSTZ-RR 2021, 355; *Labusga* NSTZ 2021, 702 f.; *Albrecht* jurisPR-StrafR 20/21, Anm. 3; *Nadeborn/Albrecht* NZWiSt 2021, 420; *Nadeborn/Kemppens* jurisPR-StrafR 12/21, Anm. 4; *Vizcaino Diaz* jurisPR-StrafR 10/21, Anm. 1); die obergerichtliche Rechtsprechung hat bisher diese Bedenken nicht geteilt (vgl. z.B. *OLG Karlsruhe* 2 Ws 261/21 BeckRS 2021, 33716, Rn. 31 ff.; *KG* a.a.O.; *OLG Brandenburg* 2 Ws 102/21 (S); 2 Ws 96/21 BeckRS 2021, 23525, Rn. 7 ff. jew. m.w.N.).

Sowohl die Europäische Ermittlungsanordnung durch die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main als auch die Genehmigungsentscheidung der Vizepräsidentin des Strafgerichts in Lille zeigt keine Einzelfallprüfung.

Zwar war die EEA der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main lediglich auf die Übermittlung von Daten gerichtet. Diese Anfrage unterscheidet sich jedoch essentiell von vergleichbaren Auskunfts- und Herausgabeverlangen nach § 161 StPO: Der beantragenden Staatsanwaltschaft war geläufig, dass noch im Zeitpunkt der Anordnung die Überwachungsmaßnahmen hinsichtlich des Servers in Roubaix/Frankreich in Kooperation mit den deutschen Behörden andauerten. Inhaltlich zielte damit die Anordnung darauf hin, diese Maßnahmen fortzusetzen und die hierbei sowohl aus der Vergangenheit als auch in der Zukunft gewonnenen Daten der deutschen Justiz zu übermitteln.

Mit der staatsanwaltschaftlichen Verfügung vom 02.06.2020 wurde inhaltlich letztlich der Regelungsbe-  
reich der Europäischen Ermittlungsanordnung überschritten. Als konkrete Ermittlungsmaßnahmen sieht die Richtlinie 2014/41/EU vom 03.04.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen sowohl eine Telefonüberwachung (Art. 30) als auch verdeckte Ermittlungen (Art. 29) vor, nicht jedoch die hier praktizierte Online-Durchsuchung eines Kommunikationsservers, erst recht nicht die Installation einer Manipulationssoftware auf den Telefonen von 60.000 europäischen Bürgern.

Mittels der EEA vom 02.06.2020 haben sich die deutschen Behörden Ergebnisse von Ermittlungsmaßnahmen verschafft, die niemals Gegenstand einer solchen Ermittlungsanordnung sein durften.

Es geht hierbei in erster Linie gar nicht um die Frage (die das Hanseatische Oberlandesgericht Hamburg in seinem Beschluss vom 29.01.2021<sup>9</sup> zu vielen richtigen, aber das Thema verfehlenden Bemerkungen veranlasst hat), welches Recht beim „grenzüberschreitenden Informationsaustausch“ maßgeblich sei. Natürlich ist das im klassischen Rechtshilfeverkehr immer das Recht des ersuchenden Staates.<sup>10</sup> Es geht hier aber vorrangig nicht um die Handhabung des Rechtshilfeverkehrs nach herkömmlichen Grundsätzen des Völkerrechts und ebenso nicht um die Frage der (in Frankreich) „vor Ort geltenden Regeln.“<sup>11</sup> Bei der korrekten Anwendung der Richtlinie 2014/41/EU vom 03.04.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen geht es um die Anwendung von **unmittelbar geltendem Unionsrecht**, und zwar sowohl auf deutscher als auch französischer Seite. Die Richtlinie 2014/41/EU ist eine Richtlinie des **Europäischen Parlaments** und des Rates, im Parlament beschlossen am 03.04.2014, und zwar, wie es im Einleitungstext der Richtlinie heißt: **„gemäß dem ordentlichen**

**Gesetzgebungsverfahren“**. Alle EU-Staaten haben – bis auf Irland und Dänemark – diese Richtlinie innerhalb einer in der Richtlinie vorgesehenen Drei-Jahres-Frist – in nationales Recht umgesetzt, so auch Frankreich und Deutschland.

Hierbei ist auch zu berücksichtigen, dass mit der EEA (und der ihr zugrunde liegenden Richtlinie) „eine **einheitliche Regelung für die Erlangung von Beweismitteln**“<sup>12</sup> geschaffen werden sollte. Im Hinblick auf ältere, im Rahmen des Europarats zustande gekommene Rechts-hilfeabkommen wird betont, „dass im Verhältnis zwischen den an diese Richtlinie gebundenen Mitgliedstaaten diese den genannten Übereinkünften **vorgeht**“<sup>13</sup>.

Beide Seiten, im vorliegenden Fall sowohl die deutsche wie auch die französische, **wussten**, dass die vollständige Filtrierung eines Kommunikationsservers sowie die Abschöpfung der darüber kommunizierenden Mobiltelefone mittels eines Trojaners in der Richtlinie 2014/41/EU vom 03.04.2014 unter den „Besonderen Bestimmungen für bestimmte Ermittlungsmaßnahmen“ (Kapitel IV – vgl. insbesondere Art. 30 der Richtlinie zur „Überwachung des Telekommunikationsverkehrs mit technischer Hilfe eines anderen Mitgliedstaates“) **nicht** vorgesehen ist, deshalb auch nicht Gegenstand einer Europäischen Ermittlungsanordnung sein durften<sup>14</sup>.

Das ist ganz einfach – so verlockend die Früchte des „verbotenen Baumes“ auch sein mögen.

**III.** Dass die Richtlinie 2014/41/EU die Rechtmäßigkeit und Rechtswidrigkeit der Beweisgewinnung der EncroChat-Dateien vorgibt, lässt sich auch unschwer herleiten aus einer vor wenigen Tagen veröffentlichten Entscheidung der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofes vom 21. Dezember 2021 (verbundene Rechtssachen C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 und C-840/19).<sup>15</sup> In deren Entscheidungsgründen (Rdnrn.250 ff.) folgendes zu lesen ist:

*„Nach dem Inkrafttreten des Vertrags von Lissabon hat der Gerichtshof in ständiger Rechtsprechung die frühere Rechtsprechung zum Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts bestätigt, der alle mitgliedstaatlichen Stellen verpflichtet, den verschiedenen unionsrechtlichen Vorschriften volle Wirksamkeit zu verschaffen, wobei das Recht der Mitgliedstaaten die diesen verschiedenen Vorschriften zuerkannte Wirkung in ihrem Hoheitsgebiet nicht beeinträchtigen darf (...).*

*Hierzu ist insbesondere darauf hinzuweisen, dass ein nationales Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden hat und eine nationale Regelung nicht im Einklang mit den Anforderungen des Unionsrechts auslegen kann, nach dem Grundsatz des Vorrangs verpflichtet ist, für die volle Wirksamkeit der Anforderungen des Unionsrechts in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede – auch spätere –*

dem 22.05.2017 nicht mehr gültig, wie ein Blick in Art. 34 Abs. 1 Buchst. c der Richtlinie 2014/41/EU vom 03.04.2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen offenbart; vgl. hierzu auch *Knytel*, Die Europäische Ermittlungsanordnung und ihre Umsetzung in die deutsche und französische Rechtsordnung, Berlin 2020, S. 51.

<sup>15</sup> <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/DE/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0357>.

<sup>9</sup> 1 Ws 2/21 BeckRS 2021, 2226.

<sup>10</sup> BGH 1 StR 310/12 BGHSt 58, 32, 36.

<sup>11</sup> HansOLG Hamburg a.a.O. Rdnr 76.

<sup>12</sup> Ziff. 24 der Erwägungsgründe – meine Hervorhebung.

<sup>13</sup> Ziff. 35 der Erwägungsgründe – meine Hervorhebung.

<sup>14</sup> Das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29.05.2000, auf welches sich die französische Ermittlungsrichterin bei der Bewilligungsentscheidung stützte, ist seit

*ationale Regelung oder Praxis, die einer Bestimmung des Unionsrechts mit unmittelbarer Wirkung entgegensteht, unangewendet lässt, ohne dass es die vorherige Beseitigung dieser nationalen Regelung oder Praxis auf gesetzgeberischem Weg oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren beantragen oder abwarten müsste (...).“*

Bemerkenswert ist vor allem, dass der andere Europäische Gerichtshof, der EGMR in Straßburg, inzwischen in den Rechtssachen 44715/20 und 47930/21 sich mit der Erhebung, Verwendung und Verwertung der EncroChat-Daten befasst und zur Vorbereitung des weiteren Prozedere den Parteien (zu denen die Republik Frankreich gehört) einen Fragenkatalog vorgelegt hat, dessen fünfte Frage auch das folgende Thema umfasst:

*„Wenn ja, waren diese Eingriffe ‚gesetzlich vorgesehen‘ und ‚notwendig‘ im Sinne von Artikel 8 § 2 (Weber und Saravia gegen Deutschland (dec.)), Nr. 54934/00, §§ 93 ff., 29. Juni*

*2006, und Roman Zakharov, a.a.O., §§ 228-234)? Muss insbesondere die Rechtmäßigkeit dieser Eingriffe nach den Kriterien beurteilt werden, die der Gerichtshof in Bezug auf Massenabhörnung entwickelt hat (vgl. u. a. Big Brother Watch und andere v. Vereinigtes Königreich [GC], Nr. 58170/13 und 2 andere, §§ 332-364, 25. Mai 2021)? Wie verhalten sich in diesem Punkt die Garantien aus der Konvention und die in diesem Bereich geltenden Vorschriften des EU-Rechts zueinander?“<sup>16</sup>*

Damit ist die Richtlinie 2014/41/EU direkt angesprochen. Ihre Geltungskraft zu ignorieren und die ihre Bindungswirkung bekräftigende Rechtsprechung des EuGH zu übergehen, kann für die bundesdeutsche Strafjustiz in einem Fiasko enden. Die Staatsraison war noch nie ein guter Ratgeber für richterliche Entscheidungsfindung. Auch gute Absichten sind das nicht.

Aufsätze und Anmerkungen

# Strafbarkeitsrisiken des Verteidigers – ein Überblick für Berufseinsteiger

Von RA Dr. Momme Buchholz, Arne Haupt und Stefan Kinzel, Kiel\*

## I. Einleitung

Der Strafrechtsausschuss der Bundesrechtsanwaltskammer hebt die Beistands- und Schutzaufgabe des Strafverteidigers<sup>1</sup> gegenüber dem Mandanten in seinen „Thesen zur Strafverteidigung“<sup>2</sup> hervor: *„Der Verteidiger hat seinen Mandanten zu unterstützen und dessen Rechte und Interessen bestmöglich wahrzunehmen.“<sup>3</sup> Er hat ihn ferner vor Rechtsverlust zu schützen, vor Fehlentscheidungen durch Gerichte und Behörden zu bewahren und gegen verfassungswidrige Beeinträchtigung und staatliche Machtüberschreitung zu sichern.“* Zwischen dieser Aufgabe, den Mandanten bestmöglich zu verteidigen und den durch das Strafgesetzbuch verbotenen Verhaltensweisen kann im Rahmen der Strafverteidigung ein

Graubereich entstehen, in dem jedenfalls nicht auf den ersten Blick erkennbar ist, ob ein vom Verteidiger geplantes Verteidigungsverhalten strafrechtliche Relevanz erlangen könnte. Während die Verteidigung durch den Strafverteidiger auf die Verhinderung der Bestrafung des Mandanten ausgerichtet ist,<sup>4</sup> darf und muss er sich selbst vor strafrechtlicher Sanktionierung bewahren.

Eigene Strafbarkeitsrisiken zu erkennen wird durch den Umstand erschwert, dass sich in der Rechtsprechung Konstellationen häufen, in denen die Zulässigkeit straffreien Verteidigerverhaltens oft bloß von Nuancen abhängt.<sup>5</sup> Angesichts dieser unübersichtlichen Grundkonstellation soll dieser Beitrag die Grenzen strafrechtlich zulässigen Verteidigerhandelns umreißen und gerade

<sup>16</sup> Inoffizielle Übersetzung mit meiner Hervorhebung – im Netz veröffentlicht unter: <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFCOM/COMMUNICATEDCASES/2021/CEDH001-214862>

\* Dr. Momme Buchholz ist Rechtsanwalt bei Gubitz+Partner in Kiel; Arne Haupt ist Rechtsassessor; Stefan Kinzel ist Doktorand am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und Wirtschaftsstrafrecht der Christian-Albrechts-Universität zu Kiel und Mitarbeiter bei Gubitz+Partner in Kiel.

<sup>1</sup> Alle nur das generische Maskulinum enthaltenden Formulierungen gelten selbstverständlich auch für Personen femininen und diversen Geschlechts. Diese Formulierungen wurden zwecks sprachlicher Vereinfachung gewählt.

<sup>2</sup> Strafrechtsausschuss der BRAK, Thesen zur Strafverteidigung, 2. Aufl. 2015, These 1 Abs. 2; wenn auch diese Thesen nach ihrem eigenen Verständnis *„kein Beitrag zur Gesetzeskommentierung und zur Lösung von rechtlichen Streitfragen sein sollen“*, werden sie in der Rechtsprechung zur Darstellung der Pflichten des Strafverteidigers herangezogen, vgl. etwa BGH NStZ 2019, 100 = HRRS 2018 Nr. 886.

<sup>3</sup> So auch BGH, Urteil vom 01. September 1992 – 1 StR 281/92.

<sup>4</sup> BGHSt 46, 36 ff.

<sup>5</sup> Vgl. *Jahn* in Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, 6. Auflage 2018, Kapitel I.A.1.

Berufsanfängern einen Überblick über die Materie liefern. Zu diesem Zwecke sollen erfahrungsgemäß häufig betroffene und deshalb für die Strafbarkeit des Strafverteidigers grundlegend in Frage kommende Straftatbestände betrachtet werden, wobei kein Anspruch auf Vollständigkeit der Darstellung erhoben wird. Das Hauptaugenmerk liegt dabei auf den Tatbestandsmerkmalen, die aufgrund der Stellung des Strafverteidigers im Strafverfahren einer besonders sorgfältigen Betrachtung bedürfen.

## II. Strafbarkeitsrisiken nach einzelnen Tatbeständen

### 1. Strafvereitelung, § 258 StGB

#### a) Allgemeines

Die strafrechtlichen Grenzen der Beistandsfunktion des Strafverteidigers ergeben sich insbesondere aus der Strafbarkeit nach § 258 Abs. 1 StGB. Die Strafverteidigung bezweckt ihrer Natur nach den tatbestandsmäßigen Erfolg der Strafvereitelung, denn sie ist auf den Schutz des Beschuldigten vor Anklage, Verurteilung und Bestrafung ausgerichtet.<sup>6</sup>

Die problematische Abgrenzung von Strafverteidigung und Strafvereitelung wird durch die ambivalente Stellung des Verteidigers bedingt: Einerseits hat dieser seine Beistandspflicht (Art. 6 Abs. 3 lit. C EMRK; § 137 StPO) zu erfüllen, die beinhaltet, die Grenzen zulässiger Verteidigung zu Gunsten des Mandanten vollständig auszuschöpfen. Andererseits hat der Strafverteidiger (jedenfalls nach der herrschenden Auffassung<sup>7</sup>) die Stellung eines Organs der Rechtspflege (§ 1 BRAO) inne, weshalb er einerseits den Mandanten vor Fehlentscheidungen eines Gerichts oder einer Behörde zu bewahren hat, vor allem aber gegenüber der Allgemeinheit verpflichtet ist, an der Herbeiführung einer sachgerechten Entscheidung mitzuwirken.<sup>8</sup> Das eine Prinzip erlaubt, was das andere verbietet; Beistandspflicht und Organstellung befinden sich in einem Spannungsverhältnis, das im Falle der Strafvereitelung auf Tatbestandsebene zu lösen ist.<sup>9</sup>

Nach geltendem Recht ist es nicht § 258 StGB selbst, der eine Abgrenzung von Verteidigungs- zu einer Vereitelungshandlung ermöglicht, sondern das Prozessrecht: Keine Vereitelungshandlungen stellen prozessual legitime Handlungen dar.<sup>10</sup>

Eine Vereitelungsabsicht hat der Verteidiger, wenn es ihm zumindest als Zwischenziel darauf ankommt, die Verhängung der Strafe zumindest zum Teil zu vereiteln oder diese hinauszuzögern.<sup>11</sup> Da die Natur der Strafverteidigung die Verhinderung bzw. Reduzierung der Bestrafung des Mandanten ist,<sup>12</sup> zielt jede Prozesshandlung des Verteidigers auf ein vereitelndes Ergebnis der Hauptverhandlung ab<sup>13</sup> und würde somit eine Vereitelungsabsicht begründen. Deshalb sind an die Vereitelungsabsicht des Strafverteidigers im Sinne des § 258 StGB erhöhte Anforderungen zu stellen.<sup>14</sup> Erforderlich ist eine weitere, über die bloße Vereitelungshandlung hinausgehende Begründung, welche die aus der Organstellung folgende Redlichkeitsvermutung widerlegt.<sup>15</sup>

Welches Verhalten des Verteidigers prozessual zulässig bzw. unzulässig und damit tatbestandsmäßig ist, wird im Folgenden anhand praxisrelevanter Fallkonstellationen erörtert.

#### b) Rechtliche Auskünfte

Der Beschuldigte hat in Bezug auf die Rechtslage und der zu Grunde liegenden Tatsachen einen Informationsanspruch.<sup>16</sup>

Wird dem Mandanten eine objektiv richtige Rechtsauskunft erteilt, so besteht kein Strafbarkeitsrisiko. Die Grenze dessen bildet die Wiedergabe und Erläuterung der im Schrifttum und Rechtsprechung vertretenen rechtlichen Positionen.<sup>17</sup> Diese ist auch bei Auskünften über die prozessualen Rechte des Mandanten wie das Schweigerecht<sup>18</sup> sowie die Straflosigkeit der Flucht<sup>19</sup> oder auch der Lüge<sup>20</sup> gewahrt, selbst wenn anzunehmen ist, dass der Mandant sein Verhalten daran orientieren wird. Ebenso darf über die grundsätzlich nach der StPO zur Verfügung stehenden Ermittlungsmaßnahmen aufgeklärt werden.<sup>21</sup>

Um ein Strafbarkeitsrisiko auszuschalten, sollte sich der Verteidiger zusätzlicher Mittel bedienen, um später beweisen zu können, dass er lediglich eine Auskunft erteilt hat und keinen entsprechenden Rat erteilt hat. Denkbar wäre die durch den Mandanten gegengezeichnete Dokumentation des Mandantengesprächs oder die Hinzuziehung eines Zeugen während des Gesprächs.

<sup>6</sup> BGHSt 29, 102; Hecker in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 259 Rn. 19.

<sup>7</sup> BVerfGE 53, 214; BGHSt 15, 326.

<sup>8</sup> Weyland/Brüggemann, 10. Aufl. 2020, BRAO § 1 Rn. 5.

<sup>9</sup> BVerfG NJW 2006, 3197 = HRRS 2006 Nr. 617; BGH NJW 1993, 273 (274); JuS 2000, 1124 (1125) m. Anm. Martin.

<sup>10</sup> BVerfG NJW 2006, 3197 = HRRS 2006 Nr. 617; BGH NStZ 2006, 510 = HRRS 2006 Nr. 451; BGH NJW 1993, 273 (274); Hecker in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 258 Rn. 19; Cramer in MüKo-StGB, 3. Aufl. 2017, StGB § 258 Rn. 10.

<sup>11</sup> Martin JuS 2000, 1124 (1125).

<sup>12</sup> BGHSt 29, 102.

<sup>13</sup> Cramer in MüKo-StGB, 4. Aufl. 2021, StGB § 258 Rn. 40.

<sup>14</sup> BGH NStZ 2006, 510 = HRRS 2006 Nr. 451.

<sup>15</sup> BGH NStZ 2006, 510 = HRRS 2006 Nr. 451.

<sup>16</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 19.

<sup>17</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 19.

<sup>18</sup> Holtz, MDR 1982, 969 (970) unter Bezug auf BGHSt 2, 375 (377).

<sup>19</sup> OLG Karlsruhe StV 1991, 519.

<sup>20</sup> BGH NJW 1992, 3047; Hoyer in SK-StGB, 9. Aufl. 2019, § 258 Rn. 28.

<sup>21</sup> Wobei von der Rechtsprechung eine Grenze dort gezogen wird, wo der Verteidiger um die unmittelbar bevorstehende Maßnahme (bspw. Durchsuchung) positiv aus den Akten weiß; vgl. B. I. 3. a.

**c) Informieren des Mandanten**

**aa) Informieren auf Basis des Akteninhalts**

(1) Grundsätzlich darf der Strafverteidiger den Mandanten umfassend über den Inhalt der Ermittlungsakte informieren – ganz gleich, ob mündlich, durch die Weitergabe von Ablichtungen oder Aushändigung einer vollständigen Aktenkopie;<sup>22</sup> soweit dem Mandanten die Akte in Kopie ausgehändigt wird, stellen sich keine Strafbarkeitsrisiken, es sei denn, eine gesetzliche oder behördliche Anordnung steht dem entgegen, vgl. § 19 Abs. 2 BORA.

(2) Allerdings zieht der Bundesgerichtshof<sup>23</sup> in Übereinstimmung mit Teilen der Literatur<sup>24</sup> (insbesondere<sup>25</sup>) dort die Grenze der tatbestandsmäßigen Strafvereitelung des Verteidigers, wo durch Informieren des Mandanten der einer Maßnahme zu Grunde liegenden Erfolg gefährdet wird – wie etwa bei einer Durchsuchung, Verhaftung oder Telefonüberwachung.<sup>26</sup>

Dem soll hier entschieden entgegengetreten werden: Dies steht eindeutig im Widerspruch zu der Annahme, dass prozessual erlaubte Verteidigungshandlungen nicht i.S.d. § 258 StGB tatbestandsmäßig seien. Ein prozessuales Verbot der Informationsweitergabe an den Mandanten über Haftbefehle oder Durchsuchungsbeschlüsse ist der StPO nicht zu entnehmen.<sup>27</sup> Vielmehr ergibt sich aus der Ausnahmeregelung des § 147 Abs. 2 S. 1 StPO, dass der Verteidiger seinen Mandanten über den ihm verfügbaren Akteninhalt vollständig unterrichten darf und die Staatsanwaltschaft deshalb das Recht besitzt, das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers zu beschneiden.<sup>28</sup> Die Informationskette ist durch die Staatsanwaltschaft zu unterbrechen, weil diese die Gefahr, dass der Beschuldigte sich der Maßnahme entzieht, ebenso einschätzen kann wie der Verteidiger. Die Staatsanwaltschaft hat im Gegensatz zu diesem allerdings keine aus der Beistandsfunktion folgende Unterrichtsverpflichtung.<sup>29</sup> Zudem wird mit Recht vorgebracht, dass eine solche Informationsdivergenz dem aus der Beistandsfunktion folgenden Vertrauensverhältnis zwischen Mandant und Verteidiger eindeutig widerspricht.<sup>30</sup>

Die vom Bundesgerichtshof vertretene Rechtsauffassung hat zurecht von vielen Seiten Kritik<sup>31</sup> erfahren. Um Strafbarkeitsrisiken zu vermeiden, sollte allerdings auf die

<sup>22</sup> BGH NJW 1980, 64 (65); Meyer-Goßner/Schmitt, 64. Aufl. 2021, § 147 Rn. 20 m.w.N.  
<sup>23</sup> BGH NJW 1980, 64; so auch KG NSTz 1983, 556.  
<sup>24</sup> Hecker in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 258 Rn. 20; Bottke, ZStW 96 (1984), 726 (757).  
<sup>25</sup> Ebenso wenn zu befürchten ist, dass die Informationen zu verfahrensfremden Zwecken missbraucht werden; vgl. BGH NJW 1980, 64 ff.  
<sup>26</sup> BGH NJW 1980, 64; Meyer-Goßner/Schmitt, 64. Aufl. 2021, § 147 Rn 21 m.w.N.  
<sup>27</sup> So auch AG Köln StV 1988, 256.  
<sup>28</sup> Bei Nichtwahrnehmung dieser Möglichkeit auf den fehlenden Anlass der Zurückhaltung abstellend Krekeler NSTz 1989, 146 (149).  
<sup>29</sup> A.A. Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 44.  
<sup>30</sup> Wohlers in SK-StPO, 5. Aufl. 2016, Vor § 137 Rn. 103.

Weitergabe solch gefährdender Informationen verzichtet werden.

**bb) Auf andere Weise gewonnene Informationen**

Nachvollziehbar ist, dass der Verteidiger keine Informationen an den Mandanten weitergeben darf, die er durch Täuschung oder in anderer prozessual nicht zulässigerweise erlangt hat.<sup>32</sup> Rechnet der Verteidiger beispielsweise damit, dass gegen den Mandanten ein Haftbefehl vollstreckt wird, sobald sich dieser zu einer Vernehmung begeben, darf sich der Verteidiger nicht als der Mandant ausgeben, um auszuforschen, ob ein solcher wirklich besteht.<sup>33</sup>

**d) Wahrheit**

Der Verteidiger ist gegenüber dem beschuldigten Mandanten als auch gegenüber der Justiz zur prozessualen Wahrheit verpflichtet, weshalb die bewusste Lüge des Verteidigers unzulässig und im Sinne des § 258 StGB tatbestandsmäßig ist.<sup>34</sup> Die dogmatische Begründung der Wahrheitspflicht ist umstritten.<sup>35</sup> Ob sich die Wahrheitspflicht des Verteidigers allerdings auf dem Grundsatz des fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK,<sup>36</sup> auf § 1 BRAO<sup>37</sup> oder auf § 43a Abs. 3 S. 1 BRAO<sup>38</sup> gründet, kann im Ergebnis dahinstehen. Das Handeln im Verteidigeralltag kann sich an dem folgenden Merksatz orientieren: „Alles, was der Verteidiger sagt, muss wahr sein, er braucht aber nicht alles zu sagen, was wahr ist.“<sup>39</sup> Daneben gilt:

- Die bewusste Lüge ist zu unterlassen.
- Das Vorbringen von Aussagen, die dem Verteidiger selbst zweifelhaft sind, führt nicht zur Strafbarkeit.
- Von einer bewussten Lüge ist der Hinweis auf eine prozessual fehlerhafte Würdigung zu unterscheiden. So darf der Verteidiger beispielsweise, wenn ihm bewusst ist, dass ein bestimmtes Beweismittel nicht geeignet ist, einen Tatnachweis zu erbringen, eine Einstellung anregen, obwohl er weiß, dass der Mandant schuldig ist.
- Der Verteidiger darf allerdings nicht einen mangelnden hinreichenden Tatverdacht mit unwahren Aussagen wie einem gefälschten Alibi begründen.

<sup>31</sup> Willnow in KK-StPO, 8. Aufl. 2019, StPO § 147 Rn. 14; Krekeler NSTz 1989, 146 (149); im Falle unbeschränkt gewährter Akteneinsicht auch OLG Hamburg StV 1991, 551.  
<sup>32</sup> BVerfG NJW 2006, 3197 = HRRS 2006 Nr. 617.  
<sup>33</sup> KG NSTz 1983, 556.  
<sup>34</sup> BGH NSTz 1999, 188 (189); AGH Nordrhein-Westfalen BeckRS 2020, 1625; Hecker in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 258 Rn. 19; Cramer in MüKo-StGB, 4. Aufl. 2021, StGB § 258 Rn. 12.; a.A. Strzyz, Die Abgrenzung von Strafverteidigung und Strafvereitelung, 1982, S. 267 ff.; Ostendorf, NJW 1978, 1345 (1349).  
<sup>35</sup> Siehe dazu ausführlich Bottke, ZStW 96 (1984), 726 (731).  
<sup>36</sup> So Bottke, ZStW 96 (1984), 726 (750 ff.).  
<sup>37</sup> So BVerfGE 38, 105 (119); Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 570.  
<sup>38</sup> So Willnow in KK-StPO, 8. Auflage 2019, StPO Vor § 137 Rn. 7.  
<sup>39</sup> Friedmann, Die Kunst der Verteidigung, 1915, S. 112.

**e) Rat zum Widerruf des Geständnisses**

Ähnlich verhält es sich, wenn der Verteidiger dem Mandanten zum Widerruf eines Geständnisses rät.

Beispielsfall: Auf Rat des vormaligen Verteidigers gab der Mandant ein wahrheitsgemäßes Geständnis ab. Weil er nunmehr unzufrieden mit dem vorigen Verteidiger ist, mandatiert er einen neuen Verteidiger. Dieser merkt, dass die belastenden Beweisstücke nicht ausreichen, um ohne die Einlassung des Mandanten den Tatvorwurf zu rechtfertigen. Er rät dem Mandanten dazu, sein wahrheitsgemäßes Geständnis zu widerrufen.

Auch hier gilt grundsätzlich: Die bloße Auskunft über die Möglichkeit, das Geständnis zu widerrufen, vermag ebenso wenig eine Strafbarkeit zu begründen, wie die Auskunft über die dünne Beweislage in Folge des Widerrufs.

Allerdings nimmt der Bundesgerichtshof<sup>40</sup> in Übereinstimmung mit dem überwiegenden Teil der Literatur<sup>41</sup> die Unzulässigkeit einer entsprechenden Beratung an. Denn diese entspräche dem Rat zur Lüge – so die Begründung.<sup>42</sup>

Dem ist nach hier vertretener Ansicht nicht zuzustimmen: Zunächst ist dagegen der Einwand zu erheben, dass der Beschuldigte prozessual nicht gezwungen ist, an seinem Geständnis festzuhalten, weshalb auch der Rat zu einem prozessual erlaubten Verhalten kein zu beanstandendes Verhalten darstellt und es deshalb an einer tatbestandlich geforderten Vortat mangelt. Außerdem ist es nicht überzeugend, dass die Organstellung des Verteidigers diesem eine strafbewehrte Unterlassungspflicht aufbürdet, nicht zum Widerruf des materiell wahrheitsgemäßen Geständnisses zu raten, während dieses Verhalten jedem anderen erlaubt wäre. Im Gegensatz zu jedem anderen hat der Verteidiger eine Beistandsfunktion inne, die durch das Verbot in ihr Gegenteil verkehrt wird.<sup>43</sup>

Den Verteidiger sollte nicht die strafbewehrte Pflicht treffen, einem unter Druck geständigen oder schlicht gutmütigen Mandanten von einer – im Hinblick auf die zu erwartende Strafe – wenig förderlichen Einlassung abzuraten zu dürfen, wo er es gegenüber anderen strafrechtlich bewandteren Mandanten nicht zu tun braucht, weil sich diesen die Sinnlosigkeit einer Einlassung geradezu aufdrängt.

Letztlich gilt in der Praxis ebenso, was für den Rat zur Lüge gilt: Es sollte kein Rat zum Widerruf des Geständnisses getätigt werden; die bloße Auskunft sollte dokumentiert werden.

<sup>40</sup> BGH NJW 1952, 894 (896).  
<sup>41</sup> *Botke*, ZStW 96 (1984), 726 (757); *Beulke/Ruhmannseder*, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 34.  
<sup>42</sup> *Beulke/Ruhmannseder*, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 34.  
<sup>43</sup> *Vormbaum*, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, 1987, S. 428.  
<sup>44</sup> BGH NStZ 2001, 49 (50); NStZ 2000, 2433 (2435); *Wohlens* in SK-StPO, 5. Aufl. 2016, Vor § 137 Rn. 57.  
<sup>45</sup> BGH NStZ 2000, 2433 (2435).  
<sup>46</sup> BGH NStZ 2000, 2433 (2435); NJW 2000, 1277 (1278).  
<sup>47</sup> Im Ergebnis auch *Krekeler*, NStZ 1989, 146 (150), der meint, dass § 136a StPO nicht auf den Verteidiger anwendbar ist,

**f) Einwirkung auf Zeugen**

In Bezug auf Zeugen hat der Verteidiger umfangreiche Einwirkungsmöglichkeiten, wobei die Grenzen der Unzulässigkeit fließend sind.

**aa)** Unproblematisch sind die Darlegungen des Bundesgerichtshofs zu den erlaubten Einwirkungsmöglichkeiten. Der Verteidiger darf eigene Ermittlungen anstellen<sup>44</sup> und Zeugen außerhalb der Hauptverhandlung befragen.<sup>45</sup> Hat der Verteidiger keine positive Kenntnis von der Falschheit der Aussage eines Zeugen, hegt allerdings Zweifel an dieser, so ist er zur Benennung dieses Zeugen sogar verpflichtet, wenn dies zu Gunsten seines Mandanten auswirkt.<sup>46</sup> Ferner darf er Zeugen auf ein bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht hinweisen und in den Grenzen des § 136a StPO<sup>47</sup> auf ihn dahingehend einwirken, einen Strafantrag zurückzunehmen oder von einem tatsächlich bestehenden Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch zu machen, denn „*wer einen anderen veranlasst, von einem ihm zustehenden Recht Gebrauch zu machen, handelt nur rechtswidrig, wenn er dabei unerlaubte Mittel anwendet.*“<sup>48</sup>

Die Schwelle der Strafbarkeit ist hingegen überschritten, wenn der Verteidiger auf einen Zeugen etwa durch Täuschung oder Drohung<sup>49</sup> mit dem Ziel einwirkt, diesen zu einer Falschaussage zu veranlassen oder einen erkennbar zur Falschaussage entschlossenen Zeugen in seinem Beschluss zu bestärken<sup>50</sup> und ihn hiernach als Beweismittel zu benennen.<sup>51</sup> Ferner hat der Verteidiger, wie bereits erörtert, nicht das Recht zu lügen, weshalb dieser den Zeugen nicht auf ein in Wahrheit nicht bestehendes Zeugnisverweigerungsrecht hinweisen darf, wenn er vom Nichtbestehen eines solchen positive Kenntnis hat.<sup>52</sup> Deshalb darf er auch keine unwahren Tatsachenbehauptungen aufstellen und dafür Zeugen benennen<sup>53</sup> bzw. die Glaubwürdigkeit eines Zeugen durch unwahre Tatsachenbehauptungen diffamieren.

**bb)** Hat der Verteidiger lediglich einen Zeugen benannt, von dem er weiß, dass dieser falsch aussagen wird – liegt also eine autonome Falschaussage des Zeugen bei Kenntnis des Verteidigers vor –, so soll sich der Verteidiger dennoch strafbar machen.<sup>54</sup> Dies ist wenig nachvollziehbar. Denn es mangelt bereits an der objektiven Zurechenbarkeit, da der Zeuge autonom aussagt.<sup>55</sup> Ferner gebietet es der Untersuchungsgrundsatz, § 244 Abs. 2 StPO, dass der Zeuge vom Gericht vernommen und seine Aussage

die Beeinträchtigung der Freiheit der Willensentschließung aber nach der gesamten Rechtsordnung verboten sei.  
<sup>48</sup> BGH NJW 1957, 1808.  
<sup>49</sup> BGH NJW 1980, 64 (65).  
<sup>50</sup> So bereits RGSt 70, 390; BGH NJW 1980, 64 (65).  
<sup>51</sup> BGH NJW 1983, 2712.  
<sup>52</sup> OLG Düsseldorf StV 1998, 64 (65).  
<sup>53</sup> So bereits das RGSt 66, 316 (323); bestätigend BGH NJW 1980, 64 (65).  
<sup>54</sup> RGSt 66, 324; BGHSt 46, 53 (56); *Botke* ZStW 96 (1984), 758; *Hecker* in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 258 Rn. 20.  
<sup>55</sup> *Vormbaum*, Der strafrechtliche Schutz des Strafurteils, 1987, S. 421.

gewürdigt werden muss.<sup>56</sup> Im Fall der Falschaussage ist § 159 StGB lex specialis zu § 258 StGB, weshalb es in Bezug auf Aussagedelikte einer Bestimmungshandlung bedarf. Dieses Erfordernis der Heteronomie für die Strafbarkeit darf nicht durch unbegründete Parallelwertungen unterlaufen und somit eine Strafbarkeit durch die Hintertür der Strafvereitelung hergeleitet werden. Eine Strafbarkeit des Verteidigers ist deshalb in dieser Sachverhaltskonstellation entgegen der geltenden Rechtsprechung abzulehnen.<sup>57</sup>

Von der Benennung eines zur Falschaussage entschlossenen Zeugen sollte aufgrund des Risikos der Strafverfolgung dennoch Abstand genommen werden.

**cc)** Der Verteidiger darf ferner demjenigen Zeugen, dem ein Entschädigungsanspruch zusteht, also etwa dem Geschädigten, vor der Hauptverhandlung Geld zukommen lassen.<sup>58</sup> Steht dem Zeugen dagegen kein Entschädigungsanspruch gegen den Beschuldigten zu, so deutet der Bundesgerichtshof an, dass die Grenzen zulässigen Verteidigerhandelns dann überschritten sind, wenn die Vereinbarung mit dem Zeugen gegenüber dem Gericht nicht offengelegt werden und damit die Gefahr besteht, dass die Beweisquelle getrübt wurde, ohne dass das Gericht davon Kenntnis hat.<sup>59</sup>

### g) Umgang mit Beweismitteln

**aa)** Das Beseitigen oder Verfälschen von Beweismitteln ist jedermann untersagt.<sup>60</sup> Beispielhaft ist es dem Verteidiger untersagt, Spuren am Tatort zu verwischen,<sup>61</sup> die Tatwaffe verschwinden zu lassen<sup>62</sup> oder Blutproben auszutauschen.<sup>63</sup>

**bb)** Bringt der Verteidiger ein Beweismittel in den Prozess ein, welches echt ist, ergeben sich keine Probleme, denn lediglich das Einbringen von unechten<sup>64</sup> bzw. gefälschten Beweismitteln, unabhängig davon, ob diese eigenhändig gefälscht oder beeinflusst wurden, ist objektiv tatbestandsmäßig im Sinne des § 258 StGB.<sup>65</sup>

Ist ein unechtes bzw. gefälschtes Beweismittel (z.B. unechte Urkunde oder falsche Blutprobe) in den Prozess eingebracht worden, so kommt es für die Tatbestandsmäßigkeit darauf an, ob der Verteidiger sicheres Wissen über die Falschheit des Beweises hatte bzw. diesen absichtlich eingebracht hat. Zweifelt der Verteidiger an der Echtheit des Beweises, so ist der subjektive Tatbestand des § 258 StGB nicht erfüllt.<sup>66</sup>

Die erhöhten Anforderungen des § 258 StGB an den Vorsatz des Verteidigers lassen sich nach dem

Bundesgerichtshof<sup>67</sup> nicht grundsätzlich auf andere Straftatbestände, die ein „verteidigungsspezifisches“ Handeln zum Gegenstand haben können (z.B. §§ 153 ff., 267 ff. StGB) übertragen. Geht es jedoch um das Einbringen eines Beweismittels, dessen Echtheit dem Verteidiger zweifelhaft ist, so wird zu seinen Gunsten vermutet, dass der Verteidiger die Beweise lediglich unter einem inneren Vorbehalt eingereicht habe, das Gericht werde seinerseits die Beweise einer kritischen Prüfung unterziehen.<sup>68</sup> Etwas anderes gelte nur, wenn der Verteidiger positive Kenntnis von Umständen habe, aus welchen sich deutlich ableiten lasse, dass die Beweismittel unecht oder gefälscht seien.<sup>69</sup>

Merksatz: Der Verteidiger muss alle entlastenden Beweismittel einbringen, es sei denn, er hat positive Kenntnis davon, dass ein Beweismittel unecht oder falsch ist.

**cc)** Eine weitere Konstellation bildet der Fall, in dem der Strafverteidiger dadurch die Strafverfolgung des Mandanten erschwert oder verhindert, dass er belastendes Beweismaterial in seinen Kanzleiräumen verwahrt und somit dem Zugriff der Ermittlungsbehörden auf Grund seines Beschlagnahmeprivilegs aus § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO entzieht.

Da dies jedoch gemäß § 97 Abs. 2 S. 2 2. Alt. StPO nicht für Gegenstände gilt, die einen Deliktsbezug aufweisen, können solche vom Verteidiger grundsätzlich zu Verteidigungszwecken verwahrt werden.<sup>70</sup> Zwar ordnet § 97 Abs. 2 S. 2 1. Alt. StPO an, dass das Beschlagnahmeprivileg dann nicht gilt, wenn der Verteidiger einer Strafvereitelung verdächtig ist, allerdings lässt sich nicht entnehmen, wann eine solche Strafvereitelung durch Verwahrung von Akteninhalten vorliegt. Die Rechtsprechung<sup>71</sup> begnügt sich mit der Formel, dass eine Strafvereitelung dann anzunehmen sei, wenn die Gegenstände nicht mit dem Ziel der Strafverteidigung, sondern mit dem Ziel der Strafvereitelung übergeben wurden. Damit ist freilich nur für den Fall etwas gewonnen, in welchem die übergebenen Gegenstände in keinen Fall geeignet sind, der Strafverteidigung zu dienen – wie beispielsweise bei einem nicht mandatierten Strafverteidiger.<sup>72</sup> Soweit die Gegenstände jedoch geeignet sind, der Verteidigung zu dienen, erfährt das Beschlagnahmeprivileg nur dann eine Einschränkung,

*„wenn feststeht, dass mit dem Verteidigerprivileg ausschließlich ein von der Verfahrensordnung missbilligtes Ziel verfolgt wird und keinerlei Gesichtspunkte erkennbar sind, die eine verfahrensfremde Rechtsverwirklichung noch hinnehmbar erscheinen lassen, wobei im Zweifel eine Vermutung zu Gunsten der Zulässigkeit*

<sup>56</sup> Ostendorf NJW 1978, 1345 (1349).

<sup>57</sup> I.E. so auch Wohlers in SK-StPO, 5. Aufl. 2016, Vor § 137 Rn. 111; Hoyer in SK-StGB, 9. Aufl. 2019, § 258 Rn. 26; Krekeler NStZ 1989, 150.

<sup>58</sup> BGHSt 46, 53 (56).

<sup>59</sup> BGHSt 46, 53 (57).

<sup>60</sup> Krekeler, NStZ 1989, 146 (151).

<sup>61</sup> so bei Beulke in: FS Roxin 2001, S. 1173, (1183).

<sup>62</sup> Ostendorf NJW 1978 1345 (1349).

<sup>63</sup> OLG Hamm, DAR 1960, 19.

<sup>64</sup> i.S.v. § 267 StGB.

<sup>65</sup> BGH NJW 1993, 273.

<sup>66</sup> BGH NJW 1993, 273 (274).

<sup>67</sup> BGH NJW 1993, 273 (274).

<sup>68</sup> BGH NJW 1993, 273 (274).

<sup>69</sup> BGH NJW 1993, 273 (274).

<sup>70</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 65 f.

<sup>71</sup> LG Köln BB 1974, 1548 (1549); LG Fulda NJW 2000, 1508 (1509); Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, 64. Aufl. 2021, § 97 Rn. 39 m.w.N.

<sup>72</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 68.

*selbst missbräuchlicher Ausnutzung von Verfahrensrechten besteht.*<sup>73</sup>

Die geltende Rechtsprechung zieht die Grenze unzulässiger Verwahrung also sehr weit. Dem Verteidiger ist deshalb zu raten, in Empfang genommene Gegenstände alsbald auf ihre Verteidigungsrelevanz zu prüfen und ggf. umgehend zurückzugeben.

## 2. Geldwäsche, § 261 StGB

Dem Strafverteidiger ist vor allem bei der Honorarannahme im Hinblick auf den Tatbestand der Geldwäsche durch Handlungen nach § 261 Abs. 1 Nr. 3 (wer einen Gegenstand, der aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, sich oder einem Dritten verschafft) bzw. Nr. 4 StGB (wer einen solchen Gegenstand verwahrt oder für sich oder einen Dritten verwendet, wenn er dessen Herkunft zu dem Zeitpunkt gekannt hat, zu dem er ihn erlangt hat) zu besonderer Vorsicht zu raten. Allerdings ist die Problematik der Honorarannahme im Strafverteidigeralltag deutlich abgeschwächt, da bereits mit der Entwicklung des sog. „Strafverteidigerprivilegs“ durch das Bundesverfassungsgericht<sup>74</sup> und spätestens mit der ausdrücklichen Normierung dieses Privilegs in § 261 Abs. 1 S. 3 StGB zum 18. März 2021<sup>75</sup> die Stellung des Strafverteidigers deutlich gestärkt wurde.

Die Anerkennung des „Strafverteidigerprivilegs“ ist eine noch junge Entwicklung. Noch am 4. Juli 2001 judizierte der Zweite Strafsenat des Bundesgerichtshofs<sup>76</sup>, dass auch für Strafverteidiger bei der Honorarannahme im Hinblick auf die Herkunft von Geldern aus (Katalog-)Straftaten *dolus eventualis* genüge. Durch dieses Urteil machte sich die Geldwäsche als ernstes „Berufsrisko“<sup>77</sup> einen Namen. Von „gefährdener Arbeit“ war die Rede.<sup>78</sup> Die Befreiung brachte erst das Bundesverfassungsgericht am 30. März 2004 mit seiner grundlegenden Entscheidung.<sup>79</sup> Es stellte klar, dass eine Honorarannahme durch Strafverteidiger nur dann tatbestandlich sein könne, wenn im Zeitpunkt der Annahme sichere Kenntnis der bemakelten Herkunft des Geldes bestehe.<sup>80</sup> Aufgrund seiner besonderen Stellung im gesamten Strafverfahren sei dem Strafverteidiger ein strafrechtliches Vorsatzprivileg zuzubilligen.<sup>81</sup> Nur so sei der Schutz des zwischen dem Strafverteidiger und dem Mandanten bestehenden besonderen Vertrauensverhältnisses zu erreichen. Ohne eine Privilegierung könne der

Strafverteidiger die Interessen des Mandanten nicht pflichtgemäß ausschließlich und umfassend wahrnehmen. Von anderer Seite wird aufgeführt, dass es ohne das „Strafverteidigerprivileg“ für die Staatsanwaltschaft naheliegen könnte, bereits während des Verfahrens gegen den Mandanten auch gegen den Strafverteidiger ein Ermittlungsverfahren wegen Geldwäsche einzuleiten, wenn bestimmte Tatsachen einen entsprechenden Anfangsverdacht begründen würden.<sup>82</sup> Der Strafverteidiger wäre dann kaum in der Lage, die ihm übertragene Aufgabe, die staatliche Ermittlungstätigkeit gegen den Mandanten sorgfältig zu kontrollieren, zu erfüllen.<sup>83</sup> Vielmehr wäre er gehalten, präventive Maßnahmen zu ergreifen, um sich selbst vor drohenden Strafverfahren zu schützen, und die Belange seines Mandanten hintenanzustellen.<sup>84</sup> Unvermeidbar entstünden hierdurch Interessenkonflikte und eine nachhaltige Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen Strafverteidiger und Mandanten.<sup>85</sup>

Zu beachten ist, dass das „Strafverteidigerprivileg“ in § 261 Abs. 1 S. 3 StGB nicht für alle Tathandlungen des neu gefassten § 261 StGB bei der Annahme eines Honorars gilt. Da die Handlungen des Verbergens eines Vermögensgegenstandes nach § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB sowie des Umtauschs, der Übertragung oder Verbringung in Ver-eitelungsabsicht nach § 261 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StGB oder die Verheimlichung oder Verschleierung relevanter Tatsachen nach § 261 Abs. 2 StGB „*immanent final manipulative Tendenzen*“<sup>86</sup> aufweisen, hat der Gesetzgeber insoweit von einer Privilegierung des Strafverteidigers abgesehen.<sup>87</sup>

Weil seit der Novellierung des Tatbestandes der Geldwäsche zum 18. März 2021 nicht mehr nur bestimmte Katalogtaten taugliche Vortat der Geldwäsche sind, ist nunmehr auch bei bloßen Bagatelltaten Vorsicht geboten. Zu achten ist auf das Bestehen deutlicher Anhaltspunkte für die bemakelte Herkunft des für die Verteidigung erhaltenen Honorars. Solche Anhaltspunkte können sich etwa aus der außergewöhnlichen Höhe des Honorars oder der Art und Weise der Erfüllung der Honorarforderung ergeben.<sup>88</sup> Beispielhaft ist hier die Übergabe größerer Bargeldbeträge in Koffern zu nennen.<sup>89</sup> Dabei sind auch die Bedeutung der Sache für den Mandanten und die wirtschaftlichen Verhältnisse desjenigen, der wirtschaftlich für die Honorarzahlung einsteht (nicht zwingend der Mandant) zu berücksichtigen.<sup>90</sup> Nachforschungen hinsichtlich der

<sup>73</sup> OLG Frankfurt NStZ-RR 2005, 270 (271).

<sup>74</sup> BVerfGE 110, 226 (267 ff.) = NJW 2004, 1305.

<sup>75</sup> Kritisch zur Neuregelung der Geldwäsche im Allgemeinen *Gazeas* NJW 2021, 1041.

<sup>76</sup> BGHSt 47, 68.

<sup>77</sup> *Leitner* AnwBl 2003, 675.

<sup>78</sup> *Leitner* AnwBl 2003, 675.

<sup>79</sup> BVerfG NJW 2004, 1305 = HRRS 2004 Nr. 238 sowie best.ätigend für den Vereitelungs- und Gefährdungstatbestand des § 261 Abs. 1 S. 1 StGB a.F. BVerfG NJW 2015, 2949 = HRRS 2015 Nr. 828; umfassend zu den verschiedenen Ansichten in Literatur und Rechtsprechung insbesondere in den 2000er-Jahren *Ruhmannseder* in BeckOK-StGB, 48. Ed. 1.11.2020, § 261 Rn. 41-47.

<sup>80</sup> Vgl. zusammenfassend zur zweigliedrigen Privilegierung des Strafverteidigers durch das Bundesverfassungsgerichts *Raschke* NStZ 2012, 606 f.

<sup>81</sup> Ausführlich zur maßgeblichen Ausstrahlungswirkung der Berufsfreiheit BVerfG NJW 2004, 1305 (1307 ff.) = HRRS 2004 Nr. 238.

<sup>82</sup> *Ruhmannseder* in BeckOK-StGB, 50. Ed. 1.5.2021, § 261 Rn. 36 m.w.N.

<sup>83</sup> BVerfG NJW 2004, 1305 (1309) = HRRS 2004 Nr. 238.

<sup>84</sup> So schon BVerfGE 34, 293 (300 f.) = NJW 1973, 696 (697).

<sup>85</sup> *Ruhmannseder* in BeckOK-StGB, 50. Ed. 1.5.2021, § 261 Rn. 36.

<sup>86</sup> *Ruhmannseder* in BeckOK-StGB, 50. Ed. 1.5.2021, § 261 Rn. 39.

<sup>87</sup> BT-Drs. 19/24180, 33.

<sup>88</sup> BVerfG NJW 2004, 1305 (1312) = HRRS 2004 Nr. 238.

<sup>89</sup> Dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts BVerfG 110, 226 Rn. 37 = NJW 2004, 1305 = HRRS 2004 Nr. 238 lag der Sachverhalt zugrunde, dass „Geld [...] gebündelt und anschließend in einem ausschließlich der Verwahrung von Bargeldbeständen [...] dienenden Koffer verwahrt“ wurde; die Verurteilung der Beschwerdeführer durch das Landgericht wegen wissentlich begangener Geldwäsche beanstandete das Bundesverfassungsgericht im Ergebnis nicht BVerfG 110, 226 Rn. 87.

<sup>90</sup> *Jahn* in Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, 6. Auflage 2018, Kapitel I.B.1.e.

Herkunft des Honorars muss der Strafverteidiger nicht anstellen.<sup>91</sup> Erlangt er erst später Kenntnis von der bemakelten Herkunft des Honorars, wird vertreten, dass dem Strafverteidiger keine Garantenstellung samt Pflicht zur Rückzahlung erwächst.<sup>92</sup> Aus gebotener Vorsicht und mangels diesbezüglicher höchstrichterlicher Rechtsprechung sollte in diesem Fall dennoch eine Rückzahlung ernsthaft in Erwägung gezogen werden, um sich etwaigen Strafbarkeitsrisiken nicht auszusetzen. Dies gilt erst recht, wenn der Umstand der späteren Kenntniserlangung nicht positiv bewiesen werden kann.

Eine Privilegierung des Strafverteidigers entfällt jedoch, wenn er bewusst aus seiner Rolle als Organ der Rechtspflege heraustritt und als Privatperson handelt.<sup>93</sup> Beispielhaft sei hierfür der Fall aufgeführt, in dem nach dem Mandantenwunsch eine Kautionszahlung mittels Geldmitteln erfolgen soll, die aus einer rechtswidrigen Tat im Sinne des § 261 Abs. 1 StGB stammen.<sup>94</sup> Leitet der Strafverteidiger die Kautionszahlung über sein Privatkonto weiter und hinterlegt die Kautionszahlung im eigenen Namen bei der Gerichtskasse, macht er sich wegen Geldwäsche strafbar.

In der Literatur haben sich unter Analyse der Rechtsprechung zum Selbstschutz des Strafverteidigers zwecks Abwendung des Strafbarkeitsrisikos wegen Geldwäsche einige Handlungsanweisungen herausgebildet, auf deren Einhaltung jeder Strafverteidiger gegenüber dem Mandanten bestehen sollte:<sup>95</sup>

- Unabhängig von der Vergütungsform ist der Vorgang der Honorierung exakt zu dokumentieren.
- Honorarzahungen sind ohne Ausnahme zu quittieren.<sup>96</sup>
- Hohe Bargeldzahlungen sollten gänzlich vermieden werden. Grundsätzlich sollte die Begleichung von Honorarforderungen bargeldlos erfolgen.
- Bei Vergleich der Höhe der Honorarforderung mit der erbrachten Leistung des Strafverteidigers muss sich ein angemessenes Verhältnis ergeben.<sup>97</sup>
- Honorarzahungen durch Dritte sind außer im Falle von Tatbeteiligten unbedenklich.<sup>98</sup>
- Treuhandgelder sollten grundsätzlich nicht angenommen werden. Ausnahmsweise kann im Rahmen enger und klarer Zweckbindung mit dem

Verteidigungsauftrag ein Treuhandverhältnis vereinbart werden.<sup>99</sup>

### 3. Untreue

Es gibt eine ganze Reihe von Situationen, in denen dem Strafverteidiger die Betreuung fremden Vermögens anvertraut wird. Den Tatbestand der Untreue muss er insbesondere dann beachten, wenn er vom Mandanten oder Dritten Zahlungen zum Zwecke der Weiterleitung erhält. Dies betrifft etwa die Beauftragung des Strafverteidigers mit der Zahlung einer Sicherheitsleistung, einer Kautionsleistung,<sup>100</sup> mit der Begleichung von Geldauflagen, Geldbußen, Geldstrafen oder Zahlungen im Zusammenhang mit dem Täter-Opfer-Ausgleich.<sup>101</sup> In komplexen Fällen des Wirtschaftsstrafrechts mit einer Vielzahl von Geschädigten hat der Strafverteidiger auch Schadenswiedergutmachungszahlungen abzuwickeln. Zudem ergeben sich für die meisten<sup>102</sup> Strafverteidiger die besonderen Strafbarkeitsrisiken, denen alle Rechtsanwälte ausgesetzt sind, weshalb im Folgenden auf die Berufsrisiken aller Rechtsanwälte abgestellt wird.

Bei der zweckwidrigen Verwendung von Fremdgeldern durch den Strafverteidiger als Rechtsanwalt kommt lediglich die Erfüllung des Treubruchtatbestandes gemäß § 266 Abs. 1 Alt. 2 StGB in Betracht, der beliebige vermögensrelevante Handlungen erfasst.<sup>103</sup> Die Erfüllung des Missbrauchstatbestandes gemäß § 266 Abs. 1 Alt. 1 StGB ist demgegenüber kein spezifisches Berufsrisiko des Rechtsanwalts, da er nicht innerhalb der gewährten Verfügungsmacht handelt, wenn er Fremdgelder zweckwidrig verwendet.<sup>104</sup>

Die zweckwidrige Verwendung von Fremdgeldern erfüllt somit dann den Tatbestand der Untreue, wenn der Rechtsanwalt vorsätzlich seine Vermögensbetreuungspflicht verletzt und dadurch dem, dessen Vermögensinteressen er zu betreuen hat, einen Nachteil zufügt.

#### a) Vermögensbetreuungspflicht des Rechtsanwalts

Das Bestehen einer Vermögensbetreuungspflicht folgt aus dem Anwaltsvertrag und dessen Auslegung nach Treu und Glauben,<sup>105</sup> wird tendenziell aber großzügiger bejaht als

<sup>91</sup> BVerfG NJW 2004, 1305 (1311) = HRRS 2004 Nr. 238; LG Gießen NJW 2004, 1966.

<sup>92</sup> *Beulke/Ruhmannseder*, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 194.

<sup>93</sup> *Hecker* in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 261 Rn. 24; a.A. *Herzog/Hoch/Warius* StV 2007, 547 f.

<sup>94</sup> Vgl. OLG Frankfurt NJW 2005, 1733.

<sup>95</sup> *Ruhmannseder* in BeckOK-StGB, 48. Ed. 1.11.2020, § 261 Rn. 45.2.; *Beulke/Ruhmannseder*, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 193 f.; *Jahn* in Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, 6. Auflage 2018, Kapitel I.B.1.e.; kritisch zu einer solchen „Anleitung zur Gutgläubigkeit“ *Fischer* NStZ 2004, 473 (477).

<sup>96</sup> Vgl. auch BVerfG 110, 226 Rn. 42 = HRRS 2004 Nr. 238.

<sup>97</sup> Vgl. auch Strafrechtausschuss der BRAK, Thesen zur Strafverteidigung, 2. Aufl. 2015, These 68 Abs. 3: „Wird ein Zeithonorar oder eine Pauschale vereinbart, ist die Angemessenheit der vereinbarten Sätze maßgebend. [...]“

<sup>98</sup> BRAK-These 71: „Eine Zahlung der Vergütung durch Dritte ist, auch wenn diese im Verdacht der Tatbeteiligung stehen, dann

unbedenklich, wenn der Verteidiger einen Mandanten diese Umstände offenlegt, der Mandant einverstanden ist, der Verteidiger den Interessen seines Mandanten unbedingt Vorrang einräumt und der Dritte hiervon Kenntnis hat.“

<sup>99</sup> z.B. zum Zweck der Schadenswiedergutmachung zugunsten des Tatopfers oder zur Erfüllung von Auflagen *Jahn* in Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, 6. Auflage 2018, Kapitel I.B.1.e.

<sup>100</sup> Vgl. BGH NStZ-RR 2004, 54.

<sup>101</sup> *Beulke/Ruhmannseder*, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 415.

<sup>102</sup> Nicht jeder Verteidiger muss Rechtsanwalt sein, § 138 Abs. 1 StPO; vgl. auch; *Beulke/Ruhmannseder*, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 390.

<sup>103</sup> *Fischer* StGB, 68. Aufl. 2021, § 266 Rn. 50.

<sup>104</sup> *Schmidt* NStZ 2013, 498; vgl. auch *Beulke/Ruhmannseder*, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 419.

<sup>105</sup> Vgl. BGH NStZ 2013, 407 = HRRS 2013 Nr. 505; NStZ 1986, 361 (362); NJW 1983, 461; KG NJW 2007, 3366; OLG Karlsruhe NStZ 1990, 82 (83); *Beulke/Ruhmannseder*, Die

für Angehörige anderer Professionen.<sup>106</sup> Aber auch für Rechtsanwälte hat der Bundesgerichtshof wiederholt festgestellt, dass eine Vermögensbetreuungspflicht gemäß § 266 StGB voraussetzt, dass die Vermögensfürsorge eine Hauptpflicht des zu Grunde liegenden Vertragsverhältnisses zwischen Treuehner und Treugeber darstellt und dass dem Treuehner bei der Wahrnehmung seiner Tätigkeit ein gewisses Maß an Eigenverantwortlichkeit eingeräumt wird, so dass er selbstständige Entscheidungen fällen kann.<sup>107</sup>

## b) Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes verletzt der Rechtsanwalt seine Vermögensbetreuungspflicht<sup>108</sup> bereits dann, wenn er Gelder für seinen Mandanten in Empfang nimmt und sie dann nicht unverzüglich an diesen weiterleitet, sondern anderweitig verwendet bzw. sie nicht einem Anderkonto zuführt und sie sodann anderweitig verwendet.<sup>109</sup> Falls die unverzügliche Weiterleitung eingegangener Fremdgelder ausnahmsweise nicht sofort durchführbar ist, ist der Mandant hiervon sofort in Kenntnis zu setzen und dafür Sorge zu tragen, dass ein dem Geldeingang entsprechender Betrag jederzeit für den Berechtigten zur Verfügung steht.<sup>110</sup> Aber nicht nur Mittel, die von einem Dritten zur Auskehrung an den Mandanten an den Rechtsanwalt gezahlt wurden, können ein betreuungspflichtiges Vermögen darstellen, sondern auch Mittel, die zur Ausführung eines Auftrags vom Mandanten selbst überlassen wurden.<sup>111</sup> Auch solche Mittel dürfen nicht zweckwidrig verwendet werden.<sup>112</sup>

## c) Vermögensnachteil

Ob aus der Verletzung einer Vermögensbetreuungspflicht eine Untreue gemäß § 266 Abs. 1 StGB folgt, entscheidet sich danach, ob das Vermögen des Mandanten durch die Pflichtverletzung gemindert wird. Neben den allgemeinen Grundsätzen zum Vermögensnachteil<sup>113</sup> ist im Rahmen der Strafverteidigung besonders hervorzuheben, dass dem Mandanten eine „schadensgleiche Vermögensgefährdung“ durch treuwidriges Verhalten des Rechtsanwalts entstehen kann. So kann sich – wenn der Rechtsanwalt Fremdgelder auf dem laufenden Geschäftskonto anstatt auf einem Anderkonto<sup>114</sup> verwahrt – ein konkreter Gefährdungsschaden aus solchen Gesamtumständen ergeben, die implizieren, dass der Rechtsanwalt seinem Mandanten das vereinnahmte Geld endgültig vorenthalten will. Ob ein solcher Wille zur endgültigen Vorenthaltung besteht, wird

in der Rechtsprechung an dem Bestehen bestimmter Anhaltspunkte bemessen.<sup>115</sup> Hierzu zählen das ausdrückliche oder konkludente bewusste Abstreiten von tatsächlich erfolgten Zahlungseingängen durch Vertröstungen oder Hinhaltetaktik, die fehlende Abrechnung abgeschlossener Mandate und die Untätigkeit bei laufenden Mandaten nach Geldeingang. Auch eine wirtschaftlich beengte Situation und ein hoher einbehaltener Betrag deuten auf ein vorsätzliches Vorenthalten hin, während ein eher geringer Betrag auch nur zwecks Verrechnung mit Gegenansprüchen wegen Gebühren, Auslagen o.ä. einbehalten worden sein kann.

Eine schadensgleiche Vermögensgefährdung wurde in einem Fall bejaht, in dem die Gefahr eines Vermögensverlustes groß war, weil die auf dem Geschäftskonto befindlichen Gelder dem unabwendbaren und unausgleichbaren Zugriff von Gläubigern offenstanden.<sup>116</sup> Aber auch in einer unordentlichen, lückenhaften oder falschen Abrechnung, die die Geltendmachung von Herausgabeansprüchen erschwert, kann eine konkrete Gefährdung der einbehaltenen Mandantengelder liegen.<sup>117</sup>

Ein endgültiger Vermögensschaden liegt bereits dann vor, wenn der Rechtsanwalt die Gelder zwar nicht auf Dauer für sich behalten will, aber ein dem Geldeingang entsprechender Betrag nicht jederzeit für den Berechtigten zur Verfügung gehalten wird und das verwendete Geschäftskonto häufig überzogen ist, sodass eingehende Fremdgelder unmittelbar mit Eingang auf dem Konto dem Ausgleich des Solls dienen.<sup>118</sup> Ebenso liegt ein endgültiger Vermögensschaden vor, wenn der Rechtsanwalt durch Verwendung des auf dem Geschäfts- oder dem Anderkonto eingegangenen Fremdgelds private Verbindlichkeiten tilgt oder er vom Anderkonto aus geschäftliche Verbindlichkeiten, die keinen Zusammenhang mit den Zahlungseingängen aufweisen, erfüllt.<sup>119</sup>

In den vorgenannten Fällen ist ein Vermögensnachteil zu verneinen, wenn der Rechtsanwalt uneingeschränkt bereit und jederzeit fähig ist, aus eigenen flüssigen Mitteln oder auf sonstige Weise einem dem verwahrten Geld entsprechenden Betrag vollständig auszukehren.<sup>120</sup> Daneben wird häufig zur Verteidigung das Bestehen von Honoraransprüchen gegen den Mandanten vorgebracht und einem Vermögensnachteil entgegengehalten. Tatsächlich kann ein Vermögensnachteil ganz oder zum Teil entfallen, wenn der Täter einen fälligen Geldanspruch gegen das von ihm treuhänderisch verwaltete Vermögen hat und hierüber in

Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 422, Schmidt NStZ 2013, 498.

<sup>106</sup> Vgl. Schmidt NStZ 2013, 498 m.w.N.

<sup>107</sup> BGH NStZ 2013, 407 (408) = HRRS 2013 Nr. 505; NJW 1983, 461.

<sup>108</sup> Aufgrund des „Verschleifungsverbots“ ist die Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht streng von dem Vermögensnachteil zu trennen, vgl. BVerfG NJW 2010, 3209 (3215) = HRRS 2010 Nr. 656.

<sup>109</sup> BGH NStZ-RR 2004, 54 m.w.N., vgl. zu den diesbezüglichen Grundpflichten für Rechtsanwälte § 43a Abs. 5 BRAO sowie § 4 Abs. 1 BORA.

<sup>110</sup> BGH NStZ 2020, 418 (419) = HRRS 2020 Nr. 567.

<sup>111</sup> BGH NStZ-RR 2004, 54; NStZ 1982, 331; BayObLG, GA 1969, 308; OLG Stuttgart, NJW 1968, 1340.

<sup>112</sup> BGH NStZ-RR 2004, 54.

<sup>113</sup> Fischer StGB, 68. Aufl. 2021, § 266 Rn. 109 ff.

<sup>114</sup> Zur fehlenden Vermögensgefährdung bei Nutzung eines Anderskontos Schmidt NStZ 2013, 498 (500).

<sup>115</sup> Hierzu ausführlich OLG Karlsruhe NStZ 1990, 82 (84).

<sup>116</sup> BGH NJW 2008, 1827 = HRRS 2008 Nr. 568.

<sup>117</sup> KG NJW 2007, 3366 m.w.N.

<sup>118</sup> BGH NJW 2015, 1190 (1191) = HRRS 2015 Nr. 361; NStZ 2015, 277 = HRRS 2014 Nr. 996.

<sup>119</sup> BGH NStZ 2020, 418 (419) = HRRS 2020 Nr. 567; vgl. auch BGH NStZ 2008, 457 = HRRS 2008 Nr. 522 zu einem Fall der treuwidrigen Verwendung von Anlagegeldern.

<sup>120</sup> BGH NStZ 2020, 418 (419) = HRRS 2020 Nr. 567; NStZ 2015, 277 = HRRS 2014 Nr. 996; besonders anschaulich NStZ-RR 2004, 54; NStZ 1995, 233 (234); NStZ 1982, 331; NJW 1961, 685; Schmidt NStZ 2013, 498 (499 f.).

entsprechender Höhe zu eigenen Gunsten verfügt, so dass der Treugeber von einer bestehenden Verbindlichkeit befreit wird.<sup>121</sup> Solche Gegenansprüche schützen den Rechtsanwalt jedoch nur dann vor der dem Eintritt eines Vermögensnachteils beim Mandanten, wenn das Handlungsziel der Erfüllung von Honoraransprüchen nicht nur vorgezogen ist.<sup>122</sup> Die Verwendung der Mandantengelder darf also nicht mit dem Vorsatz rechtswidriger Bereicherung erfolgen, sondern muss tatsächlich der Befriedigung bestehender Honoraransprüche dienen.<sup>123</sup> Dies setzt des Weiteren voraus, dass der Rechtsanwalt berechtigt ist, die Fremdgelder zur Befriedigung seiner Honoraransprüche heranzuziehen, was sich danach beurteilt, ob eine Aufrechnung mit eigenen Honoraransprüchen zulässig gewesen wäre.<sup>124</sup>

**d) Handlungshinweise**

Um sich gar nicht erst dem Risiko der Entstehung eines Tatverdachts einer Untreue auszusetzen, sollte der Strafverteidiger folgende Handlungshinweise beachten:

- Der Umgang mit anvertrauten Vermögenswerten ist strikt an § 45a Abs. 5 BRAO zu orientieren: Der Verteidiger als Rechtsanwalt ist bei der Behandlung der ihm anvertrauten Vermögenswerte zu der erforderlichen Sorgfalt verpflichtet. Fremde Gelder sind unverzüglich an den Empfangsberechtigten weiterzuleiten oder auf ein Anderkonto einzuzahlen.
- Mandantengelder sind stets nur entsprechend der Zweckbestimmung zu verwenden.
- Ein dem Geldeingang entsprechender Betrag ist jederzeit für den Berechtigten zur Verfügung zu halten.

**4. Parteiverrat, § 356 StGB**

Der Strafverteidiger fällt als Rechtsanwalt in den potenziellen Täterkreis des § 356 StGB, soweit er in seiner beruflichen Eigenschaft als Anwalt auftritt.<sup>125</sup> Das Bundesverfassungsgericht erkennt in der „Zuverlässigkeit und Integrität der Anwalt- und Rechtsbeistandschaft“ das durch den Straftatbestand des Parteiverrats primär geschützte Rechtsgut.<sup>126</sup> Gleichzeitig bestreitet es nicht einen zumindest mittelbaren Schutz des durch § 356 StGB erfassten Auftraggebers.

**a) Der Strafverteidiger als Vertreter einer „Partei“**

Wenn auch ebenfalls im Strafprozess dem Mandanten eines Strafverteidigers ein umfassender Schutz zu gewähren ist, liegt für den Strafverteidiger ein Strafbarkeitsrisiko wegen einer Tat nach § 356 StGB nicht auf der Hand. Denn der allgemeine Sprachgebrauch legt zunächst lediglich nahe, dass unter „Parteien“ im Sinne des § 356 StGB nur solche Beteiligte desselben Rechtsstreits gemeint sind, die sich als Gegner in einer Gerichtsverhandlung gegenüberstehen.<sup>127</sup> Deshalb dürften auch Juristen den Parteienbegriff intuitiv dem Zivilprozess zuordnen.

So verwundert nicht, dass im Jahr 1952 der Zweite Strafsenat des Bundesgerichtshofes zunächst eine Parteienstellung gemäß § 356 StGB als geradezu selbstverständlich<sup>128</sup> zumindest für den Fall verneinte, in dem die Stellung zwischen den Teilnehmern an derselben strafbaren Handlung zu bewerten war.<sup>129</sup> Demgegenüber erkannte der Bundesgerichtshof schon früh – wenn auch eher beiläufig – eine Parteienstellung zwischen dem Beschuldigten und dem durch die Tat Verletzten im Strafprozess.<sup>130</sup> Heute<sup>131</sup> ist weitgehend anerkannt, dass ein Parteiverrat auch im Rahmen des Strafprozesses denkbar ist. Der Bundesgerichtshof nimmt nunmehr unter ausdrücklicher Abkehr von seiner früheren Rechtsprechung sogar zwischen Mitbeschuldigten derselben Straftat eine Parteienstellung im Sinne des § 356 StGB an.<sup>132</sup> Eine Parteistellung begründet er damit, dass zwischen den Beteiligten einer Straftat eine Wechselwirkung besteht. Das Maß des verwirklichten Unrechts und der drohenden Strafe als Indikatoren für das Gewicht der je eigenen Beteiligung können durch die im Strafprozess festzustellende Rolle der anderen Beteiligten (gegenseitig) beeinflusst werden. Maßgeblich für das Tatbestandsmerkmal der Parteistellung gemäß § 356 StGB ist demnach, dass sich Beteiligte mit widerstreitenden Rechtsinteressen kontradiktorisch gegenüberstellen.<sup>133</sup>

Keine Zweifel bestehen demnach daran, dass Beschuldiger und Verletzter in derselben Rechtssache „Parteien“ im Sinne des § 356 StGB sind.<sup>134</sup> Dasselbe gilt für das Verhältnis zwischen dem Täter einer Ordnungswidrigkeit und dem Verfahrensbeteiligten, dem eine Verletzung der Aufsichtspflicht nach § 130 OWiG zur Last gelegt wird.<sup>135</sup> Auch für das Verhältnis vom Beschuldigten zu übrigen Zeugen wird eine Parteistellung in Betracht gezogen, da auch die bloße Zeugenstellung Schutzinteressen für den

<sup>121</sup> BGH NStZ 2015, 277 m.w.N.  
<sup>122</sup> Ausführlich zur Verteidigung mit entgegenstehenden Honoraransprüchen, insbesondere zur eingeschränkten Möglichkeit der Aufrechnung Schmidt NStZ 2013, 498 (501 f.)  
<sup>123</sup> BGH NStZ 2015, 277 = HRRS 2014 Nr. 996 m.w.N.  
<sup>124</sup> Schmidt NStZ 2013, 498 (502).  
<sup>125</sup> Vgl. BGH NJW 1964, 2428.  
<sup>126</sup> BVerfG NJW 2001, 3180 (3181).  
<sup>127</sup> Laut Duden kann unter einer Partei etwa „einer der beiden Gegner in einem Rechtsstreit; einer von zwei Vertragspartnern“ verstanden werden, „Partei“ auf Duden online <https://www.duden.de/node/108599/revision/108635> (Abrufdatum: 16.01.2022).  
<sup>128</sup> Vgl. zur Einordnung dieses Urteils Müssig NStZ 2009, 421 (422).  
<sup>129</sup> BGH v. 16. 12. 1952 – 2 StR 198/51; dieser Entscheidung folgend in einem Fall der gemeinschaftlichen Verteidigung von Nebentätern eines Fahrlässigkeitsdeliktes bei

offensichtlich widerstreitenden Interessen OLG Frankfurt NJW 1955, 880.  
<sup>130</sup> BGH NJW 1953, 472.  
<sup>131</sup> Zur weiteren rechtshistorischen Entwicklung des Parteiverrats im Strafprozess Dahl NStZ 1991, 561.  
<sup>132</sup> BGH NStZ 2008, 627 = HRRS 2008 Nr. 792 Rn. 18 ff. m.w.N.; so bereits OLG Oldenburg NStZ 1989, 533 und OLG Stuttgart NStZ 1990, 54; vgl. auch Willnow in KK-StPO, 8. Aufl. 2019, § 146 Rn. 1.  
<sup>133</sup> So bereits Dahl NStZ 1991, 561 (562 ff.) der konkretisiert: „Im Ergebnis wird man sagen können, dass Beteiligte im Strafverfahren sich immer dann als Parteien i. S. d. § 356 StGB gegenüberstellen, wenn sich vor dem Hintergrund des tatsächlichen Sachverhalts im Blick auf die in Betracht kommende Rechtsentscheidung gegenseitige Interessen mit ihrer Person verbinden.“  
<sup>134</sup> So BGH NJW 2008, 2723 (2726) m. Anm. Gillmeister = HRRS 2008 Nr. 792.  
<sup>135</sup> Dahs NStZ 1991, 561 (564).

Zeugen auslöst.<sup>136</sup> Zu verneinen ist eine Parteienstellung in Fällen des § 30 OWiG. Denn der Betroffene als Organmitglied einer juristischen Person hat im Verhältnis zur juristischen Person oder Personenvereinigung stets gleichlaufende Interessen hinsichtlich der Beurteilung seines Tatbeitrags, des Schuldgewichts und der Strafzumessung.<sup>137</sup>

### b) Pflichtwidrigkeit des Dienens in derselben Rechtssache

Neben dem Merkmal der Parteienstellung fordert § 356 StGB die Pflichtwidrigkeit des Dienens in derselben Rechtssache. Eine solche Pflichtwidrigkeit ist gegeben, wenn der Rechtsanwalt beiden Parteien im entgegengesetzten Interesse Rat und Beistand leistet.<sup>138</sup> Im Ausgangspunkt sind die Parteiinteressen subjektiv zu bestimmen, sodass grundsätzlich auf den Willen der Mandanten abzustellen ist.<sup>139</sup> Daneben kann aber auch schon ein objektiver potenzieller Interessengegensatz ausreichend sein.<sup>140</sup> Zudem sind im Rahmen der Strafverteidigung bei der Auslegung des Tatbestandsmerkmals der Pflichtwidrigkeit normative Einschränkungen vorzunehmen:<sup>141</sup> Da der Verteidiger die Interessen des Angeklagten auf Entlastung und gegebenenfalls Freispruch verfolgt, aber gleichzeitig dem Allgemeininteresse einer am Rechtsstaatsgedanken ausgerichteten Strafrechtspflege dient, ist die Interessenautonomie des Mandanten zur Bestimmung der Pflichtwidrigkeit zu begrenzen. Deshalb lässt – mangels Dispositionsbefugnis – eine Einwilligung des Mandanten in ein tatsächlich pflichtwidriges Dienen weder die Erfüllung des Tatbestands noch die Rechtswidrigkeit entfallen.<sup>142</sup> Demgegenüber fehlt es bei normativer Betrachtung der Parteiinteressen an der Pflichtwidrigkeit etwa dann, wenn die Tätigkeit des Rechtsanwalts objektiv keinem der Mandanten zum Nachteil gereichen kann.<sup>143</sup>

Zur Klarstellung: Eine Einwilligung in ein tatsächlich pflichtwidriges – da dem Mandanteninteresse zuwiderlaufendes – Dienen einer anderen Partei beseitigt nicht die Tatbestandlichkeit oder Rechtswidrigkeit des Parteiverrats. Möglich ist aber trotz der vorzunehmenden normativen Beschränkung der Bestimmung der Pflichtwidrigkeit, dass eine Einwilligung des Mandanten zum Entfallen des von § 356 StGB ebenfalls vorausgesetzten Interessengegensatzes führen kann.<sup>144</sup> Damit entfällt dann auch die

Pflichtwidrigkeit, sodass der objektive Tatbestand des § 356 StGB nicht erfüllt ist. Beispielsweise kann ein an sich bestehender Interessenwiderstreit zwischen Beteiligten durch die gewählte Verteidigungsstrategie, die gegebenenfalls durch Vorgaben der Mandanten mitbestimmt ist, beseitigt werden.<sup>145</sup> So ist die sogenannte Sockelverteidigung zulässig<sup>146</sup> und auch häufig anzuraten.<sup>147</sup> Auch kann die Information des inhaftierten Mitbeschuldigten bzw. dessen Verteidigers über die Einlassung des eigenen Mandanten zulässig sein.<sup>148</sup>

Der Begriff derselben Rechtssache umfasst alle Angelegenheiten, die zwischen mehreren Beteiligten mit jedenfalls möglicherweise entgegengesetzten rechtlichen Interessen nach Rechtsgrundsätzen behandelt und erledigt werden sollen. Maßgeblich ist dabei der sachlich-rechtliche Inhalt der anvertrauten Interessen, das dem Rechtsanwalt unterbreitete Lebensverhältnis in seinem gesamten Tatsachen- und materiellen Rechtsgehalt. Dies gilt selbst dann, wenn dieses in Verfahren verschiedener Art und verschiedener Zielrichtung der maßgebliche Verfahrensgegenstand ist.<sup>149</sup> So können etwa ein Zivilprozess und ein Strafverfahren dieselbe Rechtssache zum Gegenstand haben.<sup>150</sup>

### c) Auslegung des Parteiverrats unter Berücksichtigung des § 146 StPO

Eine besondere Beachtung im Zusammenhang mit der Wahrnehmung entgegengesetzter Interessen im Sinne des § 356 StGB bedarf das in § 146 StPO normierte Verbot der Mehrfachverteidigung. Das Bundesverfassungsgericht hat für Straf- und Bußgeldverfahren entschieden, aus § 146 StPO lasse sich kein Verbot für Rechtsanwälte einer Sozietät ableiten, verschiedene Mitbeschuldigte getrennt zu verteidigen.<sup>151</sup> Verboten ist demnach lediglich die Verteidigung mehrerer Beschuldigter durch denselben gemeinschaftlichen Verteidiger.

Angesichts der zulässigen Sockelverteidigung steht § 146 StPO auch nicht der Verteidigungsstrategie entgegen, auf einen Mitbeschuldigten bzw. dessen Verteidiger zuzutreten, um mit ihm über dieselbe Rechtssache in Austausch

<sup>136</sup> „Als Parteien derselben Rechtssache sind für das Strafverfahren der Angeklagte und sämtliche, im Verhältnis zu diesem nicht völlig unbeteiligte Zeugen anerkannt“, OLG Hamburg Urt. v. 16.12.2014 – 1 Rev 49/14, BeckRS 2016, 1418 m.w.N.; zur Bejahung der Parteienstellung im Fall eines den Freispruch erstrebenden Angeklagten und einem als Alternativtäter in Betracht kommenden Zeugen OLG Zweibrücken NStZ 1995, 35; unabhängig von der konkreten Interessenlage des Zeugen Müssig NStZ 2009, 421 (423 f.); differenzierend zwischen durch die Straftat beeinträchtigten und nicht durch die Straftat beeinträchtigten Zeugen Dahs NStZ 1991, 561 (562).

<sup>137</sup> So auch Dahs NStZ 1991, 561 (564).

<sup>138</sup> Etwa BGH NJW 2008, 2723 (2375) = HRRS 2008 Nr. 792; verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Auslegung der Rechtsprechung BVerfG NJW 2001, 3180.

<sup>139</sup> Heine/Weißer in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 356 Rn. 17.

<sup>140</sup> Vgl. BGH NJW 1954, 482; Heine/Weißer in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 356 Rn. 17.

<sup>141</sup> Heine/Weißer in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 356 Rn. 18 m.w.N.

<sup>142</sup> vgl. BGHSt 15, 332 (336); BGH, NJW 1981, 1211 (1212), NStZ 1985, 74; a.A. Müssig NStZ 2009, 421 (425).

<sup>143</sup> KG NStZ 2006, 688.

<sup>144</sup> Heine/Weißer in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 356 Rn. 22.

<sup>145</sup> Vgl. BGH NStZ 1982, 465 (466); vertiefend Dahs NStZ 1991, 561 (565); bei Heine/Weißer in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 356 Rn.18 findet sich eine Aufzählung typischer Situationen, in denen ein Interessenwiderstreit (nicht) vorliegt.

<sup>146</sup> LG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2008, 205; OLG Düsseldorf JR 2003, 346 m. Anm. Beulke; Bosch JA 2008, 903 (905).

<sup>147</sup> Ostendorf JZ 1979, 252 (254).

<sup>148</sup> OLG Frankfurt NStZ 1981, 145.

<sup>149</sup> OLG Hamburg, Urteil vom 16.12.2014 – 1 Rev 49/14, BeckRS 2016, 1418; vgl. auch für Beispiele Heine/Weißer in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 356 Rn. 12.

<sup>150</sup> Heine/Weißer in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 356 Rn. 11.

<sup>151</sup> BVerfG NJW 1977, 99.

zu treten und eine (gemeinsame) Verteidigungsstrategie zu entwickeln.<sup>152</sup>

#### d) Praktische Folgen und Hinweise

Für Strafverteidiger besteht die Gefahr, dass bei einem Dienen für verschiedene Parteien in etwaigen Parallelverfahren ein Anfangsverdacht wegen eines Parteiverrats nageliegen könnte. Teilweise scheinen die Staatsanwaltschaften hierbei übereifrig vorzugehen, was mitunter den Verdacht gegen die Staatsanwaltschaften, sich „unbequemer Verteidiger“ auf diesem Wege zu entledigen, begründen vermag.<sup>153</sup> Strafverteidiger sollten deshalb im Eigen- aber auch im Mandanteninteresse hinterfragen, ob sie sich dem Risiko der Begründung eines Anfangsverdachts durch eine Mehrfachvertretung aussetzen sollten, wenn der Anschein entstehen könnte, dass es sich um dieselbe Rechtssache handelt.

Daneben sind folgende praktische Hinweise bei der Strafverteidigung im Hinblick auf § 356 StGB zu beachten:<sup>154</sup>

- Wird dem Rechtsanwalt bewusst, dass er entgegen § 3 Abs. 1 bis 3 BORA tätig ist bzw. hat er diesbezüglich zumindest Eventualvorsatz, muss unverzüglich seinen Mandanten davon unterrichten und alle Mandate in derselben Rechtssache beenden, vgl. § 3 Abs. 4 BORA.<sup>155</sup>
- Im Falle des Auftretens des Strafverteidigers als Zeugenbeistand gemäß § 68b StPO ist die mögliche Parteistellung des Zeugens in einem Parallelverfahren zu beachten.
- Zum Zwecke des Ausgleichs zwischen den Parteien darf der Strafverteidiger auch mit der Gegenpartei in Verbindung treten.<sup>156</sup>
- Eine Sockelverteidigung ist zulässig, selbst wenn zur Erreichung der verfolgten Ziels auf die Durchsetzung vereinzelter eigener Interessen verzichtet werden muss.<sup>157</sup>
- Der Verteidiger darf im Rahmen eigener Erhebungen zur Herstellung prozessualer Waffengleichheit mit sämtlichen Personen in Kontakt treten, die für die Verteidigung von Bedeutung sein können.<sup>158</sup>
- Die Mandatierung sollte trotz möglicher schlüssiger<sup>159</sup> Mandatsbeschränkung innerhalb einer Sozietät zwecks Klarstellung ausdrücklich auf

den Namen des die Verteidigung tatsächlich wahrnehmenden Strafverteidigers lauten.

- Ein strafrechtliches Beratungsmandat für mehrere Betroffene ist dann möglich, wenn und soweit von den Beteiligten eine einvernehmliche Abgrenzung des vom Mandat erfassten Interessenkreises vorgenommen wurde.<sup>160</sup>
- Da der Grat zwischen pflichtgemäßem und pflichtwidrigem Dienen derart schmal ist und durch kaum vorauszusehende zukünftige Ereignisse mitbestimmt wird, sollte im Übrigen auf eine Mandatierung durch eine andere Partei auch bei Einverständnis des aktuellen Mandanten verzichtet werden.<sup>161</sup>

## 5. Verletzung von Privatgeheimnissen, § 203 StGB

„Fast alles spricht für die Verschwiegenheit. Sie stellt ein hohes Gut dar, das der Verteidiger sowohl im Interesse seines Mandanten als auch der Rechtspflege zu bewahren hat. Er darf es nicht unnötig aufs Spiel setzen.“<sup>162</sup>

Da sich der Mandant im eigenen Interesse einem Strafverteidiger anvertraut, soll dieses Vertrauensverhältnis gerade nicht durch den Strafverteidiger selbst gestört werden.<sup>163</sup> Der Strafverteidiger hat deshalb das höchste Maß an Diskretion zu wahren.<sup>164</sup> Dennoch kann es im Strafverteidigeralltag zu Situationen kommen, in denen über die Preisgabe bestimmter Information nachzudenken ist. Typisch sind hierfür Nachfragen sowohl von Angehörigen als auch von Journalisten. In solchen Situationen gilt es die Möglichkeiten und Grenzen einer rechtlich unbedenklichen Mitteilung von Information genau zu bestimmen.<sup>165</sup>

Die Verschwiegenheit des Verteidigers wird durch dessen Benennung in § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB unter strafrechtlichen Schutz gestellt. Die Auslegung der Tatbestandsmerkmale des fremden Geheimnisses, des Offenbarens, des Anvertraut- bzw. des Bekanntwerdens in sonstiger Weise können allesamt Schwierigkeiten bereiten.<sup>166</sup> Der Strafverteidiger muss sich insbesondere über die Begriffe des Geheimnisses und des Offenbarens im Klaren sein. Das Hauptaugenmerk an dieser Stelle soll jedoch dem Tatbestandsmerkmal der *fehlenden Befugnis* zur Offenbarung eines Geheimnisses gelten. Denn hieraus ergibt sich, wann der Strafverteidiger ein Geheimnis für sich zu behalten hat

<sup>152</sup> Vgl. Jahn in Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, 6. Auflage 2018, Kapitel I.B.2.b.; vgl. auch BRAK-These 32: „Der Verteidiger ist berechtigt, mit einem Mitbeschuldigten und – sollte dieser einen Verteidiger haben – mit dessen Verteidiger die Sache und die Ausübung prozessualer Rechte durch den Mitbeschuldigten zu erörtern.“

<sup>153</sup> Vgl. Heuchemer in BeckOK-StGB, 50. Ed. 1.5.2021, § 356 Rn. 27.

<sup>154</sup> Vgl. Müssig NStZ 2009, 421 (424).

<sup>155</sup> Vgl. Heuchemer in BeckOK-StGB, 50. Ed. 1.5.2021, § 356 Rn. 28 u. 30.

<sup>156</sup> Heger in Lackner/Kühl StGB, 29. Aufl. 2018, § 356 Rn. 7.

<sup>157</sup> OLG Düsseldorf NJW 2002, 3267; Müller StV 2001, 649; Müssig NStZ 2009, 421 (425).

<sup>158</sup> Jahn in Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, 6. Auflage 2018, Kapitel I.B.2.a.

<sup>159</sup> Heine/Weißer in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 356 Rn. 9.

<sup>160</sup> Müssig NStZ 2009, 421 (424) unter Berufung auf BGH NJW 1954, 726; NJW 1961, 929; NJW 1963, 668 (671); NStZ 1982, 465 f.

<sup>161</sup> Großzügiger Dachs NStZ 1991, 561 (565): „Nur bei eindeutiger Mandats- und Verteidigungsstruktur und großer Sensibilität für die Gefahrenquellen des § 356 StGB wird man das Risiko einer Zweitverteidigung eingehen können.“

<sup>162</sup> Barton in: FS Beulke 2015, S. 605 (621).

<sup>163</sup> Vgl. Fischer StGB, 68. Aufl. 2021, § 203 Rn. 1.

<sup>164</sup> S. auch BRAK-These 16: „Die Pflicht des Verteidigers zur Verschwiegenheit umfasst alles, was ihm in Wahrnehmung des Mandats anvertraut worden oder ihm aus Anlass des Mandats oder der Mandatsanbahnung bekannt geworden ist.“

<sup>165</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 375.

<sup>166</sup> Hierzu ausführlich Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 378 ff.; zum Aufbau des Tatbestandes mit Beispielfällen Bock/Wilms JuS 2011, 24.

und sich bei Nichteinhaltung der Schweigepflicht strafbar macht.

**a) Geheimnis**

Ein Geheimnis bildet sich aus Tatsachen, die nur einem beschränkten Personenkreis bekannt sind und an deren Geheimhaltung derjenige, den sie betreffen (sog. Geheimnisträger), ein von seinem Standpunkt aus sachlich begründetes Interesse hat oder bei eigener Kenntnis der Tatsache haben würde.<sup>167</sup>

**b) Offenbaren**

Ein tatbestandliches Offenbaren eines Geheimnisses liegt nur dann vor, wenn sowohl eine geheime Tatsache als auch die Person des Geheimnisträgers ersichtlich sind.<sup>168</sup> Dieser Grundsatz sollte dem Strafverteidiger bei Berichten über die eigene Arbeit z.B. im Freundeskreis während eines Kneipenbesuchs als strenges Leitbild dienen. Die Wiedergabe von geheimen Tatsachen in der Form, die eine Individualisierung des Geheimnisträgers nicht ermöglicht, erfüllt den Tatbestand des § 203 Abs. 1 StGB gerade nicht. Dennoch sollte sich der Strafverteidiger stets bewusst sein, dass eine Individualisierung des Geheimnisträgers auch indirekt durch bestimmte Details einer Erzählung möglich sein kann.

**c) Unbefugt**

Nach überwiegender Meinung beinhaltet das Merkmal „unbefugt“ eine Doppelfunktion:<sup>169</sup> Durch Zustimmung des verfügungsberechtigten Geheimnisträgers kann der Verteidiger die Befugnis zur Offenbarung erhalten, sodass ein tatbestandsausschließendes Einverständnis vorliegt. Anderweitige Befugnisse wirken sich lediglich rechtfertigend aus.

**aa) Tatbestandsausschließendes Einverständnis**

Ob und inwieweit die oben bereits dargestellten Nachfragen von Angehörigen, Journalisten oder auch anderen Personen beantwortet werden dürfen, hängt auf Tatbestands-ebene allein von dem Einverständnis des Mandanten ab, wenn die Preisgabe seines Privatgeheimnisses Bestandteil der Antwort sein soll. Beispielhaft sei hier ein

öffentlichkeitswirksames Verfahren angeführt, bei dem es zu Anrufen von Journalisten und Nachfragen zum Mandanten kommt. Die Aufgabe der Verteidigung besteht so- dann darin, gemeinsam mit dem Mandant Lösungen zu entwickeln, welche Preisgabe von Information sinnvoll und vielleicht sogar förderlich sein könnte, um vielleicht sogar das Bild des Mandanten in der Öffentlichkeit zu steuern. Durch eigene Pressearbeit kann der Mandant vor Angriffen aus den Medien geschützt werden und falsche behördliche Presseinformationen können korrigiert werden.<sup>170</sup> Während primär anwaltliche Vorsicht zu walten hat, sind die Effektivität der Verteidigung, die Interessen des Mandanten und nicht zuletzt der eigene Schutz des Verteidigers vor einer strafbaren Verletzung seiner Schweigepflicht im Blick zu behalten.<sup>171</sup>

Das erforderliche Einverständnis muss eine konkret ge- heim zu haltende Tatsache betreffen.<sup>172</sup> Sie setzt voraus, dass der Erklärende eine im Wesentlichen zutreffende Vor- stellung davon hat, wozu er einwilligt, und die Bedeu- tung und Tragweite seiner Entscheidung zu überblicken vermag.<sup>173</sup> Verfügungsbefugt ist der von dem Geheimnis Betroffene,<sup>174</sup> der das Einverständnis grundsätzlich form- los erklären kann.<sup>175</sup> Auch ein Minderjähriger kann je nach persönlichem Reifegrad das Einverständnis erklären,<sup>176</sup> solange keine Anhaltspunkte erkennbar sind, dass die Be- deutung der Erklärung verkannt wird.<sup>177</sup> Liegt kein aus- drückliches Einverständnis vor, kann sich der Verteidiger gegebenenfalls auf ein konkludentes Einverständnis stüt- zen.<sup>178</sup> Bei der Annahme einer solchen ist jedoch Zurück- haltung angebracht.<sup>179</sup>

Bei arbeitsteilig organisierten Funktionseinheiten wie ei- ner Strafverteidigungskanzlei bedarf es in vielen Konstel- lationen der Weitergabe eines Geheimnisses nicht (mehr) der Konstruktion eines konkludenten Einverständnisses, welches die früher ganz herrschende Meinung für solche Funktionseinheiten angenommen hat.<sup>180</sup> Denn nach § 203 Abs. 3 S. 1 StGB n.F. liegt im Falle eines im inneren funk- tionalen Zusammenhang<sup>181</sup> mit der beruflichen Tätigkeit stehenden Zugänglichmachens eines Geheimnisses an ei- nen berufsmäßig tätigen Gehilfen oder an eine zur Vorbe- reitung auf den Beruf tätigen Person (insb. Rechtsreferen- dare<sup>182</sup>) schon kein tatbestandliches Offenbaren vor. Zu den berufsmäßig tätigen Gehilfen des Strafverteidigers ge- hört nur internes Personal, das organisatorisch zum „Kreis

<sup>167</sup> Eisele in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 203 Rn. 5 m.w.N.  
<sup>168</sup> Eisele in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 203 Rn. 20.  
<sup>169</sup> Weidemann in BeckOK-StGB, 50. Ed. 1.5.2021, StGB § 203 Rn. 38 m.w.N.; a.A. „unbefugt“ als allgemeines Kennzeichen der Rechtswidrigkeit Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 375 ff.  
<sup>170</sup> Vgl. Jahn in Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidi- ger, 6. Auflage 2018, Kapitel I.B.2.d.  
<sup>171</sup> Vgl. auch BRAK-These 65 Abs. 1: „Der Verteidiger soll Medien keine Einsicht in Ermittlungs- oder Gerichtsakten gewähren“.  
<sup>172</sup> Weidemann in BeckOK-StGB, 50. Ed. 1.5.2021, StGB § 203 Rn. 39 m.w.N.  
<sup>173</sup> BGH NJW 2014, 141 (142).  
<sup>174</sup> Vgl. OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2005, 235; zur Person des Verfügungsberechtigten Eisele in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 203 Rn. 31, 32.  
<sup>175</sup> Auch zu den strafrechtlichen Folgen einer nicht eingehalten- en, obwohl ausnahmsweise gesetzlich ausdrücklich

vorgeschriebenen Schriftform Eisele in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 203 Rn. 34.  
<sup>176</sup> Weidemann in BeckOK-StGB, 50. Ed. 1.5.2021, StGB § 203 Rn. 39 m.w.N.  
<sup>177</sup> Bock/Wilms JuS 2011, 24 (27).  
<sup>178</sup> Vgl. BGH NJW 2001, 2462 (2463); NJW 1995, 2915 (2916); weitere Beispiele für ein konkludentes Einverständnis Wei- demann in BeckOK-StGB, 50. Ed. 1.5.2021, StGB § 203 Rn. 39.1.  
<sup>179</sup> Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 386.  
<sup>180</sup> Vgl. zu dieser früheren Konstruktion Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 386.  
<sup>181</sup> Eisele in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 203 Rn. 28.  
<sup>182</sup> Eisele in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 203 Rn. 27.

der zum Wissen Berufenen“ zählt.<sup>183</sup> Hierzu zählen demnach ausschließlich in den Geschäftsbetrieb eingebundene Personen, die sich ihrer beruflichen Stellung nach in einem Unterordnungsverhältnis gegenüber dem Strafverteidiger befinden. Nicht zu diesen Personengruppen gehören funktionell gleichgestellte Personen wie ein Sozium oder ein angestellter Rechtsanwalt, da diese schon dem Wortsinn nach nicht Gehilfen sein können.<sup>184</sup> Bevor andere Anwälte bzw. ein anderer Strafverteidiger im Rahmen der Verteidigung zu Rate gezogen werden, ist deshalb die Zustimmung des Mandanten einzuholen, wenn er nicht schon bei Abschluss des Mandatsvertrags über die Notwendigkeit der Einschaltung weiterer Anwälte belehrt worden ist und die Auswahl dem beauftragten Verteidiger überlassen hat.<sup>185</sup>

**bb) Rechtfertigende Offenbarungsbefugnisse**

Im Übrigen führen Offenbarungsbefugnisse lediglich zum Entfall der Rechtswidrigkeit der Zugänglichmachung eines Geheimnisses – was letztlich aber genauso in der Straffreiheit mündet. Offenbarungsbefugnisse kommen im Rahmen der Strafverteidigung aus verschiedenen – im Folgenden nicht abschließend<sup>186</sup> aufgezählten – Gründen in Betracht:

**(1) Legal Outsourcing**

Durch das Gesetz zur Neuregelung des Schutzes von Geheimnissen bei der Mitwirkung Dritter an der Berufsausübung schweigepflichtiger Personen vom 30.10.2017 wurden Unsicherheiten hinsichtlich der Strafbarkeit des sog. Legal Outsourcings weitgehend geklärt.<sup>187</sup> Beim Legal Outsourcing werden Dritten Geheimnisse zwangsläufig zugänglich gemacht, indem externen Dienstleistern etwa im Rahmen von Nutzung externer Call-Center, Cloud-Computing, Outsourcing von Daten oder Fernwartung Daten zur Verfügung gestellt werden. Eine solche Zugänglichmachung von Geheimnissen ist nunmehr in § 203 Abs. 3 S. 2 StGB geregelt. Hiernach erfüllt ein solches Zugänglichmachen zwar den Tatbestand des Offenbarens nach § 203 Abs. 1 StGB, ist aber gerechtfertigt.<sup>188</sup> Die Rechtfertigung tritt jedoch nur ein, soweit das Offenbare für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der mitwirkenden Person erforderlich ist.<sup>189</sup> Soweit der Strafverteidiger ausschließlich erforderliche geheime Daten im Wege des Legal

Outsourcings preisgibt, bestehen für ihn insoweit keine besonderen Strafbarkeitsrisiken.

**(2) Gesetzliche Offenbarungspflichten und -befugnisse**

Kurz soll an dieser Stelle darauf verwiesen werden, dass aus verschiedenen Normen sich Offenbarungsbefugnisse und sogar Offenbarungspflichten ergeben, die ebenfalls die Rechtswidrigkeit der Geheimnisoffenbarung entfallen lassen.<sup>190</sup>

Im Rahmen der Strafverteidigung ist vor allem auf §§ 138, 139 Abs. 3 S. 2 StGB hinzuweisen. Geplante Straftaten des Katalogs in § 139 Abs. 3 S. 1 StGB muss der Strafverteidiger stets anzeigen. Im Übrigen hat der Strafverteidiger ein Wahlrecht, ob er eine in § 138 Abs. 1 und 2 StGB geplante Tat zur Anzeige bringt oder sich ernsthaft bemüht, den mitteilenden Mandanten von der Begehung der Tat abzuhalten oder ihren Erfolg abzuwenden. Die §§ 138, 139 StGB enthalten also ein besonderes Strafbarkeitsrisiko für den Strafverteidiger, da er im Rahmen seiner Tätigkeit einer erhöhten Gefahr ausgesetzt sein dürfte, von geplanten Straftaten im Sinne des § 138 Abs. 1 und 2 StGB zu erfahren.<sup>191</sup> Zeigt er solche Straftaten an, ist die Erfüllung des Tatbestandes des § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB gerechtfertigt.

**(3) Allgemeine Güter- und Interessenabwägung**

Unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 34 StGB kann nach wohl überwiegender Auffassung die Mitteilung eines Geheimnisses aufgrund einer umfassenden Abwägung der kollidierenden Rechtsgüter bzw. Interessen erfolgen.<sup>192</sup> Dies kann für den Strafverteidiger etwa bei der Durchsetzung von Honoraransprüchen<sup>193</sup> und zur Entkräftung von gegen ihn erhobenen Vorwürfen in einem Strafprozess<sup>194</sup> von Bedeutung sein. Jedenfalls ist bei der umfassenden Rechtsgüter- und Interessenabwägung äußerste Vorsicht geboten, da allgemeine Grundsätze kaum aufzustellen sind.<sup>195</sup> Stets ist die Preisgabe von Geheimnissen auf das zur Rechtsverfolgung unbedingt Notwendige zu beschränken.<sup>196</sup>

**d) Handlungshinweise**

Wenn auch Strafverfahren wegen einer Verletzung von Privatgeheimnissen selten sind und es erst recht selten zu Verurteilungen kommt,<sup>197</sup> sollte der Strafverteidiger seine

<sup>183</sup> BT-Drs. 18/11936 S. 21, 27.

<sup>184</sup> Zum soweit eindeutigen Wortlaut des Gehilfen BGH NJW 2018, 1095 Rn. 25 m.w.N.; „Die Verschwiegenheitspflicht gilt gegenüber jedermann, also auch gegenüber Familienangehörigen und anderen Rechtsanwältinnen“, Henssler AnwBl 2019, 216 (218).

<sup>185</sup> Henssler AnwBl 2019, 216 (220).

<sup>186</sup> S. insb. zum hier nicht näher erläuterten rechtfertigenden Notstand gemäß § 34 StGB Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 395 ff.

<sup>187</sup> S. auch Cornelius NJW 2017, 3751.

<sup>188</sup> Eisele in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 203 Rn. 46.

<sup>189</sup> Eisele in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 203 Rn. 51.

<sup>190</sup> Zur dogmatischen Herleitung des Erfordernisses eines gesetzlichen Rechtfertigungsgrundes Eisele in Schönke/Schröder, 30. Aufl. 2019, StGB § 203 Rn. 81; Beispiele für gesetzliche Offenbarungspflichten bzw. -befugnisse bei Weidemann in BeckOK-StGB, 50. Ed. 1.5.2021, StGB

§ 203 Rn. 52.1 sowie Cierniak/Niehaus in MüKo-StGB, 3. Aufl. 2017, § 203 Rn. 91 f.

<sup>191</sup> Vertiefend zur Systematik der §§ 138, 139 StGB Beulke/Ruhmannseder, Die Strafbarkeit des Verteidigers, 2. Aufl. 2010, Rn. 390.

<sup>192</sup> Weidemann in BeckOK-StGB, 50. Ed. 1.5.2021, StGB § 203 Rn. 57 m.w.N.

<sup>193</sup> KG NJW 1994, 462 (463).

<sup>194</sup> BGH NJW 1952, 151.

<sup>195</sup> Vgl. BGH NJW 1996, 775 (776); laut Bock/Wilms JuS 2011, 24 (28) besteht eine allgemein anerkannte Befreiung von der Schweigepflicht bei der Durchsetzung von streitigen Gebühren- oder Honoraransprüchen.

<sup>196</sup> Vgl. BGH NJW 1996, 775 (776).

<sup>197</sup> Fischer StGB, 68. Aufl. 2021, § 203 Rn. 4 f., der von einem in seiner Häufigkeit schwer überbietbaren Massendelikt spricht.

Geheimhaltungspflichten äußerst ernst nehmen und folgende Handlungshinweise beachten:

- Im Hinblick auf seine anwaltliche Verschwiegenheitspflicht darf der Strafverteidiger ihm untergeordnete Mitarbeiter einbeziehen, deren Tätigkeit in einem inneren Zusammenhang mit der berufsspezifischen Tätigkeit steht.
- Um den Geheimnisschutz umfassend zu gewährleisten, hat der Verteidiger sämtliche der für ihn tätigen Personen schriftlich zur Verschwiegenheit zu verpflichten und diese Pflicht nachdrücklich in Erinnerung zu rufen, vgl. § 203 Abs. 4 StGB.
- Beim Legal Outsourcing sind Geheimnisse nur dann zugänglich zu machen, wenn dies für die Inanspruchnahme der Tätigkeit der mitwirkenden Person erforderlich ist. Dabei sind die Erfordernisse des § 43e BRAO zu beachten.
- Schon bei Abschluss des Mandatsvertrags sollte die ausdrückliche Einwilligung zur Konsultierung anderer Anwälte der Sozietät eingeholt werden.
- Auch bei der Durchsetzung von streitigen Gebühren- und Honorarforderungen ist die Offenbarung von Geheimnissen jedenfalls mit Vorsicht zu behandeln und nur auf das erforderliche Maß zu beschränken.
- Die Grenzen des § 353d StGB zu beachten.

## 6. Beleidigung, § 185 StGB

Der Strafverteidiger kann sich wie jeder andere durch ehrwürdige Äußerungen im Verfahren wegen Beleidigung gemäß § 185 StGB strafbar machen. Allerdings genießt der Strafverteidiger eine gesetzliche (§ 193 StGB) und darüber hinaus richterrechtlich geformte Privilegierung.

Beispielsfall 1: Der Verteidiger ist über den Ausgang der mündlichen Verhandlung verärgert und reicht Dienstaufsichtsbeschwerde gegen den zuständigen Richter ein. Er kritisiert die Beweiswürdigung des Gerichts und bezeichnet dieses deshalb als „Musikantenstadl“.<sup>198</sup>

Beispielsfall 2: Der Verteidiger ist mehr als verärgert über eine Maßnahme der Staatsanwaltschaft. Daraufhin erklärt er gegenüber der Presse, die Staatsanwältin sei „geisteskrank“, „durchgeknallt“ und „widerwärtig“.<sup>199</sup>

Soweit es sich im Verfahren um wahrheitsgemäße und haltbare Äußerungen zwecks Durchsetzung oder Verteidigung eines Rechts handelt, ergibt sich aus § 193 StGB, dass diese durch den Verteidiger straffrei vorgenommen

werden dürfen, auch wenn sie stark, eindringlich oder möglicherweise personenbezogen sind, solange ein innerer Zusammenhang mit der Verteidigung des Rechts feststellbar ist.<sup>200</sup> Dies entspricht dem Beispielsfall 1: Die Meinungsfreiheit des Verteidigers umfasst gerade auch das Recht, staatliche Maßnahmen scharf zu kritisieren und sich dabei polemischer Rhetorik zu bedienen, soweit die Äußerung nur geringe Außenwirkung hat.<sup>201</sup>

An einem inneren Zusammenhang mit der Verteidigung des Rechts mangelt es nach dem Bundesverfassungsgericht<sup>202</sup> dagegen, wenn die Äußerungen den Eindruck erwecken, dass ein „Verfahrensbezug nur als mutwillig gesuchter Anlass oder Vorwand genutzt wurde, um die Staatsanwältin als solche zu diffamieren“. Eine solche strafbare Äußerung liegt in Beispielsfall 2 vor. Dies entspricht der ständigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts,<sup>203</sup> welches Schmähkritik in der Regel dann annimmt, wenn die Äußerung in keiner sachlichen Auseinandersetzung mit der Sache steht, sondern vordergründig die Herabsetzung der Person bezweckt.

Um einem Strafbarkeitsrisiko nicht zu begegnen, empfiehlt es sich, allein sachlich zu argumentieren. In Situationen, in welchen eine scharfe Kritik jedoch unumgänglich erscheint, sollte darauf geachtet werden, dass

- die scharfe Kritik nicht gegenüber der Öffentlichkeit erfolgt, sondern eine möglichst geringe Außenwirkung hat,
- nur dann ein innerer sachlicher Zusammenhang mit der Verteidigung des Rechts angenommen werden kann, wenn neben einer scharfen Äußerung überhaupt sachliche, inhaltliche Kritik an einer konkreten Maßnahme geäußert wird,
- es sich nicht um grobe Beleidigungen und Verunglimpfungen handelt und<sup>204</sup>
- auch der schriftliche Verkehr mit dem Mandanten keinen beleidigungsfreien Raum bildet.<sup>205</sup>

## III. Fazit

Strafverteidigung ist gefahrgeneigte Arbeit. Jeder Strafverteidiger ist daher gut beraten, sich mit den für seine Berufsausübung relevanten Straftatbeständen einmal genauer zu beschäftigen. Neben der eigentlichen Sanktion trifft bereits die Durchführung des Ermittlungsverfahrens eine (auf Strafverteidigung spezialisierte) Kanzlei hart. Daher ist in Zweifelsfällen auf eine klare Dokumentation zu achten, um zum einen im Falle bspw. einer Durchsuchung noch eine kleine Chance zur Abwendung zu haben und zum anderen zeitnah den Ermittlungen den Boden zu entziehen.

<sup>198</sup> BVerfGE 2017, 2606 = HRRS 2017 Nr. 211.

<sup>199</sup> BVerfG NJW 2016, 2870 = HRRS 2016 Nr. 733.

<sup>200</sup> BVerfG NJW 2016, 2870 = HRRS 2016 Nr. 733; NJW 2014, 3357 = HRRS 2014 Nr. 983; NJW 1991, 2074 (2075).

<sup>201</sup> BVerfG 2017, 2606 = HRRS 2017 Nr. 211.

<sup>202</sup> BVerfG NJW 2016, 2870 = HRRS 2016 Nr. 733.

<sup>203</sup> BVerfG NJW 1991, 95; NJW 1983, 1415.

<sup>204</sup> BGH NJW 1996, 3268.

<sup>205</sup> BGH NStZ 2009, 517 (518) = HRRS 2009 NR. 496.

# Kompendium zum Besetzungseinwand

Von Julius Lantermann, Frankfurt a.M.

## I. Einleitung

Seit der Änderung der §§ 222a, 222b StPO können die Tatgerichte die Besetzungsfrage aus der Revision verbannen. Auf dem Weg zur Präklusionswirkung ist jetzt jedoch ein kompliziertes<sup>1</sup> Zwischenverfahren zu bestreiten. Der Beitrag stellt dieses Verfahren in seinen Grundlagen dar und soll auch Antworten auf solche Fragen liefern, die zwar selten vorkommen, in der Praxis aber beantwortet werden müssen. Der Text ist aus keiner bestimmten Perspektive verfasst. Er richtet sich an Vorsitzende, welche – gerade in Vorbereitung von Umfangsverfahren – die eigene Verfahrensführung gegen alle Eventualitäten absichern wollen. Ebenso sind Verfahrensbeteiligte angesprochen, weil mit diesem Wissen Lücken in der Verfahrensführung identifiziert und nutzbar gemacht werden können. Zudem werden allgemeine Fragen aus der Gerichtspraxis zu Prüfungsumfängen und Tenorierungen beantwortet. Das hat auch für die späteren Instanzen Relevanz. Denn in Abhängigkeit dazu steht, wann das neue Vorabentscheidungsverfahren nicht das „letzte Wort“ zur Besetzungsfrage ist. Dementsprechend sind auch die Perspektiven der Rechtsmittel- bzw. Revisionsinstanz dargestellt. Das leitet letztlich zu schwierigen Fragen der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde über.

## II. Grundlagen, Begrifflichkeiten und Strukturen

Mit den §§ 222a, 222b StPO wird ein prozessuales Zwischenverfahren geschaffen. Aus dem Wortlaut der Normen lassen sich vier zeitlich geordnete Elemente ablesen. Am Anfang steht eine Besetzungsmitteilung (1.). Diese ist hauptsächlich in § 222a I StPO geregelt. In § 222b I StPO wird dann der eigentliche Besetzungseinwand (2.) geregelt. Zum Besetzungseinwand findet ein Abhilfungsverfahren (3.) statt, welches § 222b II, III 1 StPO regelt. Daran, § 222b III 2-4 StPO, schließt sich ein Vorabentscheidungsverfahren (4.) vor dem Rechtsmittelgericht<sup>2</sup> (§§ 121 I Nr. 4,<sup>3</sup> 135 II Nr. 3 GVG) an. Jedenfalls wenn diese vier Schritte fehlerfrei durchlaufen wurden und keine

Besetzungsfehler aufgedeckt haben, tritt die Präklusionswirkung ein. In der Revision scheitert dann eine Besetzungsrüge, die begrifflich nicht mit dem Besetzungseinwand gleichgesetzt werden sollte.

## III. Die Abschnitte des Verfahrens

### 1. Besetzungsmitteilung

Das Zwischenverfahren beginnt mit der Besetzungsmitteilung.

#### a) Definition

Die Besetzungsmitteilung ist eine *formalisierte Information der Beteiligten, dass ein bestimmter Spruchkörper zur Hauptverhandlung erscheinen wird* (bzw. *bereits erschienen ist*). Die Mitteilung kann schriftlich oder mündlich erfolgen.

Im Grundsatz soll die Besetzung schriftlich mitgeteilt werden. In diesem Fall ist die Besetzungsmitteilung ein Schriftstück. Dieses Schriftstück muss zugestellt werden, § 222a I 2 2. Halbsatz StPO. Die Zustellung löst die Frist (§ 222b I 1 StPO) für das Anbringen des Besetzungseinwandes aus. Die formlose Übersendung<sup>4</sup> wird die Frist in aller Regel auch in Verbindung mit § 189 ZPO nicht auslösen können, weil diese Norm einen fehlenden Zustellungswillen nicht ersetzen kann.

Andernfalls erfolgt die Besetzungsmitteilung in der Hauptverhandlung mündlich. Hier ist die mündliche Erklärung selbst die Besetzungsmitteilung, die mit dem Akt der Bekanntgabe zusammenfällt. Der Akt der Bekanntgabe ist in diesem Fall eine wesentliche Förmlichkeit.<sup>5</sup>

#### b) Zeitpunkt

Die mündliche Besetzungsmitteilung muss gem. § 222a I 1 StPO „zu Beginn der Hauptverhandlung“ erfolgen. Das Gesetz erklärt nicht genau, was der „Beginn“ der Hauptverhandlung in § 222a I StPO ist.<sup>6</sup> Aus § 222a II StPO

<sup>1</sup> So auch Claus NStZ 2020, 57, 58.

<sup>2</sup> So die Bezeichnung in § 222b III StPO. „Besetzungseinwandsgericht“ wäre präziser, aber sehr unleserlich. Wenn in diesem Text vom Rechtsmittelgericht geschrieben wird, ist deshalb immer das Gericht aus § 222b III StPO gemeint.

<sup>3</sup> Die Verfassungswidrigkeit von §§ 222b III StPO i.V.m. 121 I Nr. 4 GVG ist ausf. bei Lantermann HRRS 2020, 19 dargestellt und soll hier nur am Rande beleuchtet werden.

<sup>4</sup> Dazu bereits Mosbacher, Stellungnahme im Gesetzgebungsverfahren, S. 6. Alle Stellungnahmen sind abrufbar unter: [kripoz.de/2019/08/06/eckpunkte-zur-modernisierung-des-strafverfahrens-2/](http://kripoz.de/2019/08/06/eckpunkte-zur-modernisierung-des-strafverfahrens-2/).

<sup>5</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 172, Rn. 10.

<sup>6</sup> Auch in der alten Gesetzesfassung war dies unklar. Die Rechtsprechung verstand dies (abweichend von § 243 I StPO) als den Zeitpunkt vor der ersten Vernehmung zur Person: BGH, Urt. v. 12. Juli 2001 – 4 StR 550/00 = NJW 2001,

ergibt sich aber, dass der dort geregelte Unterbrechungsantrag nur bis zur Vernehmung des ersten Angeklagten zur Sache angebracht werden kann. Dieser Unterbrechungsantrag kann nur auf eine bereits erfolgte Mitteilung angebracht werden. Aus diesem Zusammenhang folgt, dass der Beginn der Hauptverhandlung in § 222a I 1 StPO jedenfalls der Zeitraum vor der ersten Vernehmung zur Sache sein muss. Würde auch eine spätere Besetzungsmitteilung als wirksam anerkannt werden, so wäre das Konzept des § 222a II StPO gesprengt. Ob die Besetzungsmitteilung hingegen (weitergehend) vor der ersten Vernehmung zur Person erfolgen muss, ist unklar. Diese Auslegung<sup>7</sup> ist von der alten Rechtslage inspiriert. Allerdings verlangt § 222b I StPO nun nicht mehr, dass der Besetzungseinwand vor der ersten Vernehmung zur Sache angebracht wird. Für den in § 222a II StPO gewählten Zeitpunkt gibt es deshalb eigentlich keinen Grund mehr, wenn damit nicht der Zeitpunkt der Mitteilung in Bezug genommen wird. Es wäre daher durchaus denkbar, auch Mitteilungen noch vor der ersten Vernehmung zur Sache als rechtzeitig anzusehen.<sup>8</sup> Tatgerichte sollten tunlichst vermeiden, es auf diese Thematik ankommen zu lassen. Wird den Beteiligten trotzdem eine derart späte Mitteilung gemacht, müssen sie in ihr Vorgehen einkalkulieren, dass auch solche Mitteilungen noch wirksam sein könnten.

### c) Förmlichkeit und Fixierung der Mitteilung

Nach alter Gesetzesfassung war es praktisch nie ein Problem, ob überhaupt eine Besetzungsmitteilung vorlag. Denn wenn es dazu in der Hauptverhandlung Zweifel gab, waren diese zumeist mit dem Unterbrechungsantrag geklärt. Im Übrigen war diese Frage fast nur in der Revision relevant. Dort konnte aber auf das Protokoll zurückgegriffen werden.

Nach der Neufassung ist das Vorliegen einer Besetzungsmitteilung nicht mehr so unproblematisch. Das zeigt beispielhaft eine Entscheidung des OLG Bremen.<sup>9</sup> Dort wurde ein Besetzungseinwand an einem späteren Hauptverhandlungstag nach dem Eintritt einer Ergänzungsschöffin in den Spruchkörper erhoben. Dafür ist der Besetzungseinwand eindeutig nicht vorgesehen.

Das Gesetz beschreibt nicht, was eine Besetzungsmitteilung ausmacht. Nicht jede Namensnennung eines oder mehrerer Richter kann als eine Besetzungsmitteilung i.S.d. § 222a I StPO verstanden werden. Die Förmlichkeit der Mitteilung der Besetzung (sei es vorab oder mündlich) kann nicht allein danach bestimmt werden, ob die Beteiligten irgendeine Äußerung als Besetzungsmitteilung verstehen oder das Gericht die Äußerung als solche verstehen wollte. Entscheidung kann nur sein, ob die Äußerung nach objektiven Kriterien als solche zu verstehen war. Im Fall des OLG Bremen konnte schlicht auf den Zeitpunkt weit nach Beginn der Hauptverhandlung abgestellt

werden. Die Abgrenzung wird deutlich schwieriger, wenn dieses zeitliche Kriterium fehlt. So könnten die Nennung von Richtern im Eröffnungsbeschluss oder die bloße Erklärung einer Vorsitzenden nach Eintritt „Guten Morgen, ich bin VRILG A und das sind B-E.“ als Besetzungsmitteilungen verstanden werden. Dem ist indes nicht so.

Für schriftliche Mitteilungen vor Beginn der Hauptverhandlung ist in Abgrenzung zur formlosen Information verstärkt auf die äußere Gestaltung und den Zustellungswillen abzustellen. Nur wenn sich aus äußeren Umständen ergibt, dass die Vorsitzende mit dem entsprechenden Schriftstück die Besetzung im Verfahren nach § 222a I StPO mitteilen wollte, liegt eine Besetzungsmitteilung vor. Das wird sich regelmäßig annehmen lassen, wenn das Schriftstück gesondert zugestellt wird.

Bei der mündlichen Besetzungsmitteilung fallen diese Kriterien hingegen weg. Einen formalisierten Erklärungswortlaut gibt es nicht. Zur Wahrung eines Mindestmaßes an Formalisierung müssen ausdrücklich die Begriffe „Besetzung“ und „Mitteilung“ fallen. Dagegen mag man nicht den Einwand erheben, im Zweifel könne für die Feststellung der Mitteilung auf das Protokoll abgestellt werden. Dem Rechtsmittelgericht steht dieses nicht zur Verfügung. Wird später aus der bloßen Namensnennung ein Passus im Protokoll, wonach die Vorsitzende die genaue Besetzung A-E mitteilte, wird es den revisionsführenden Beteiligten möglich, die Urkundspersonen in die Protokollabstanzung zu treiben. Sie können dazu den Tatsachenkern der Erklärung in der Hauptverhandlung darstellen und die Darlegung der Rechtsauffassung der Urkundspersonen zur Protokollierung verlangen. Die bloße Angabe, die Protokollierung treffe zu, reicht ohne weitere Substanz dann nicht, um die formelle Beweiskraft aufrechtzuerhalten.<sup>10</sup> Dann kommt es in der Revision zur Klärung, ob die entsprechende Äußerung eine Besetzungsmitteilung ist.

Notizen der Beteiligten über den genauen Wortlaut von Erklärungen, die als Besetzungsmitteilungen verstanden werden könnten, sind deshalb besonders wertvoll. Das gilt gerade dann, wenn sie unter Nennung der markanten Besonderheiten des Falles schlüssig machen, in welchem Abschnitt die einzelnen Erklärungen stattfanden. Das kann später notfalls zur Erschütterung der formellen Beweiskraft<sup>11</sup> des Protokolls zur Rechtzeitigkeit oder zur Verteidigung gegen eine unberechtigte Protokollberichtigung dienen. Das gilt insbesondere für die Vollständigkeit eines Besetzungseinwandes im Hinblick auf Ergänzungsrichter und -schöffen. Die Bedeutung solcher Notizen darf nicht unterschätzt werden: Die Erschütterung der Beweiskraft des Protokolls ist im Bereich der Besetzungsmitteilung ein vergleichsweise scharfes Schwert, weil für den Eintritt der Präklusion die ordnungsgemäße Mitteilung positiv bewiesen werden muss.

3062; dazu bestätigend BVerfG, Beschl. v. 19. März 2003 – 2 BvR 1540/01 = NJW 2003, 3545; s. auch MüKO-Arnoldi, StPO, 1. Aufl. (2016), § 222a Rn. 14.

<sup>7</sup> OLG Bremen, Beschl. v. 14. April 2020 – 1 Ws 33/20 = NStZ 2020, 565 m. Anm. Daßbach; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl. (2021), § 222a Rn. 5.

<sup>8</sup> Die Oberlandesgerichte sind an einer derartigen Auslegung ohne Vorlage derzeit allerdings durch OLG Bremen, Beschl. v. 14. April 2020 – 1 Ws 33/20 gehindert.

<sup>9</sup> OLG Bremen, Beschl. v. 14. April 2020 – 1 Ws 33/20 = NStZ 2020, 565 m. Anm. Daßbach.

<sup>10</sup> Zur Erschütterung der Beweiskraft neben dem Protokollberichtigungsverfahren Hamm/Pauly, Die Revision in Strafsachen, 8. Aufl. 2021, Rn. 399.

<sup>11</sup> Vgl. BGH HRRS 2014 Nr. 912 m. Anm. Ventzke HRRS 2015, 64.

#### d) Stets schriftliche Mitteilungen

Allein weil dem Rechtsmittelgericht das Protokoll nicht zur Verfügung steht und das gesprochene Wort vergänglich ist, ist die schriftliche Mitteilung der mündlichen Mitteilung überlegen. Es liegt im Interesse des Gerichts und aller Beteiligten, die mündliche Mitteilung grundsätzlich zu meiden. Das Fehlen einer schriftlichen Fixierung der Mitteilung schafft gerade am ersten Hauptverhandlungstag vermeidbare Unklarheiten. Allerdings ist es nicht immer möglich, die Besetzung weitläufig im Vorfeld mitzuteilen. Das Gesetz gibt den Vorsitzenden hierzu aber eine kaum bekannte Möglichkeit, durch die auch dann eine mündliche Mitteilung nicht zwingend notwendig ist.

Dazu kann bei kurzfristigen Änderungen statt der mündlichen Mitteilung die Zustellung durch Aushändigung an der Amtsstelle unmittelbar vor oder nach Aufruf der Sache gewählt werden, §§ 36 I 1; 37 I StPO i.V.m. § 173 ZPO. Diese Form der Zustellung ist uneingeschränkt im gesamten Gerichtsgebäude zulässig. Die Vorsitzende kann sich diese Art der Zustellung nach allgemeiner Meinung selbst vorbehalten und muss dazu nicht die Geschäftsstelle einschalten.<sup>12</sup> Die Zustellung muss nur rechtzeitig erfolgen, um die Präklusionswirkung auslösen zu können. Einen Vorrang der mündlichen Mitteilung gibt es nicht. Schon aus dem Wortlaut des § 222a I StPO („spätestens“) ergibt sich, dass sie nach gesetzlicher Konzeption sogar nachrangig sein muss. Das Verfassen der entsprechenden Schriftstücke dauert auch ohne Vordruck im Beratungszimmer nicht länger als die mündliche Mitteilung. Generell empfiehlt es sich, dort vor Eintritt nochmals mit der Akte zu prüfen, ob die Mitteilung bereits erfolgt ist, ob sie mit den nun anwesenden Personen übereinstimmt und – vor allem – ob alle Zustellungen belegt werden können.

Durch die Zustellung durch Aushändigung und den zugehörigen Aktenvermerk wird jeder Zweifel hinsichtlich des Zustellungswillens und jede Meinungsverschiedenheit hinsichtlich des Zeitpunktes der Zustellung oder des Inhalts der Mitteilung ausgeschlossen.<sup>13</sup> Im Unterschied zur mündlichen Besetzungsmitteilung ist dieser Zustellungsakt – selbst wenn er nach Aufruf der Sache durchgeführt wird – kein wesentlicher Teil der Hauptverhandlung und keine wesentliche Förmlichkeit. Dadurch wird das Vorgehen flexibler. Denn auch beim Fehlen von notwendigen Beteiligten zu Beginn der Hauptverhandlung kann so die Mitteilung an die anwesenden Personen erfolgen. Dadurch ist auch die Besetzungsmitteilung nur an bestimmte Beteiligte grundsätzlich möglich.

Unklar ist, ob die Frist des Besetzungseinwandes auch dann ausgelöst werden kann, wenn die Annahme des Schriftstücks verweigert wird. Für den Rechtsanwalt ist diese Weigerung eine zu ahndende Berufspflichtverletzung, § 14 S. 1 BORA i.V.m. § 59b II Nr. 6 b) BRAO.<sup>14</sup> Es wäre durchaus denkbar, dass einer unbeschränkten

Besetzungsrüge dann der Einwand rechtsmissbräuchlichen Verhaltens entgegensteht (vgl. nur den Rechtsgedanken des § 179 S. 3 ZPO).<sup>15</sup> In aller Regel wird es aber nicht zur Verweigerung der Annahme kommen: Denn neben den Verfahrensvereinfachungen für das Gericht ist diese Form der Zustellung ein Ausdruck fairen Verfahrens. Sie ist im Vergleich zur mündlichen Mitteilung auch eine wesentliche Vereinfachung für die Anbringung eines Besetzungseinwandes.

## 2. Besetzungseinwand

Liegt eine Besetzungsmitteilung vor, kann darauf ein Besetzungseinwand angebracht werden. Das Gesetz sieht hierfür eine Frist von einer Woche vor. Innerhalb dieser Frist muss der Besetzungseinwand vollständig formuliert werden.<sup>16</sup>

### a) Unterbrechungsantrag

Die Fristenregelung wird von der Möglichkeit zur Stellung eines Unterbrechungsantrags in § 222a II StPO flankiert. Die Vorschrift wurde nur geringfügig angepasst. Noch im Referentenentwurf<sup>17</sup> war die vollständige Streichung des Absatzes vorgesehen. Das wäre sinnvoll und stimmig gewesen. Die Regelung, die sich nunmehr im Gesetz befindet, wurde demgegenüber nicht ausreichend an die sonstigen Regelungen zum Besetzungseinwand und § 338 Nr. 1 StPO angepasst. Sie hat deshalb kaum noch einen Anwendungsbereich.

Der Unterbrechungsantrag ist nach dem Wortlaut bereits nur dann statthaft, wenn die Besetzung überhaupt mitgeteilt worden ist. Dies führt dazu, dass der Unterbrechungsantrag nicht zur Erzwingung einer Besetzungsmitteilung dienen kann. Teilt das Tatgericht die Besetzung überhaupt nicht mit, gibt es daher keine Pflicht der Beteiligten, die Besetzung vor der Revision zu kontrollieren. Das ist ein Konstruktionsfehler des § 222a II StPO. Der Absatz leistet deshalb kaum einen eigenständigen Beitrag zur Präklusionswirkung.

In den verbleibenden Fällen – also dort, wo die Besetzung überhaupt mitgeteilt worden ist – zeigt der Absatz erhebliche Unstimmigkeiten. Der Bezugspunkt des § 222a II StPO ist wie in der alten Gesetzesfassung die erste Vernehmung des Angeklagten zur Sache. Dies entsprach nach alter Rechtslage dem Bezugspunkt des Besetzungseinwandes, weil dieser nach § 222b I 1 StPO a.F. vor der ersten Vernehmung zur Sache angebracht werden musste. Nunmehr hat sich der Zeitpunkt des Besetzungseinwandes aber geändert. Der Besetzungseinwand muss nach § 222b I 1 StPO mit Ablauf einer Wochenfrist angebracht sein. Dieser Zeitpunkt ist vollkommen unabhängig von der ersten Vernehmung des Angeklagten zur Sache. Durch die Neuregelung des § 222a II StPO sollten eigentlich nur die Fälle erfasst werden, in denen vor Ablauf der Wochenfrist

<sup>12</sup> Vgl. nur Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O (Fn. 7), § 36 Rn. 6.

<sup>13</sup> Die Relevanz dieser Unklarheiten bei der mündlichen Mitteilung zeigt BGH HRRS 2021 Nr. 117.

<sup>14</sup> Bei einer gerichtlichen Zustellung stellt § 59b II Nr. 6 b) BRAO auch eine hinreichende Ermächtigung dar, wie sie in BGH, Urt. v. 15. Oktober 2015 – AnwSt (R) 4/15 = NJW 2015, 3672 verlangt wurde.

<sup>15</sup> Die h.L. hält § 179 ZPO allerdings nicht unmittelbar auf § 173 ZPO anwendbar: Musielak/Voit-Wittschier, ZPO, 18. Aufl. 2021, § 173 Rn. 2.

<sup>16</sup> OLG Celle, Beschl. v. 27. Januar 2020 – 3 Ws 21/20, Rn. 5; Heim NJW-Spezial 2021, 120.

<sup>17</sup> RefE, S. 5, 30 f.

ein Urteil ergeht.<sup>18</sup> Es ist nicht verständlich, weshalb dazu die erste Vernehmung zur Sache – anstelle der Urteilsfällung – aufgeschoben werden muss. Es dürfte unter der Neuregelung für die Beteiligten im Hinblick auf § 338 Nr. 1 b) cc) StPO fahrlässig sein, den Unterbrechungsantrag nicht zu stellen, wenn eine rechtzeitige Mitteilung erfolgt ist. Dies gilt auch dann, wenn die Voraussetzungen zur Unterbrechung offensichtlich nicht vorliegen. Die Zahl der Fälle, in denen die Unterbrechung aber tatsächlich noch eine eigenständige Relevanz hat, dürfte sehr gering sein.

Aus dem Vergleich der Rechtslagen ergibt sich eine weitere Schwäche des § 222a II StPO: Mit der früheren Regelung konnte durch Unterbrechungen der Zeitpunkt für die Anbringung des Besetzungseinwandes verschoben werden. Unter der Neuregelung ist dies nicht mehr möglich. Die Länge der Unterbrechung hat nunmehr keinerlei Einfluss auf das Ende der Frist zur Anbringung des Besetzungseinwandes. Diese Frist ist nur vom Zeitpunkt der Mitteilung abhängig und beträgt stets eine Woche. Aus diesem Detail folgt, dass der Unterbrechungsantrag auch nicht dazu dienen kann, etwaige Defizite im Mitteilungsverfahren zu beheben. Denn war es unter der alten Rechtslage noch möglich, durch eine Unterbrechung von beispielsweise zwei Wochen sicherzustellen, dass der auf eine Woche angelegte Prüfungszeitraum in jedem Fall auch tatsächlich zur Verfügung stand, ist dies nun nicht mehr möglich. Konnte unter der alten Rechtslage wegen des festen Zeitpunktes zur Anbringung des Besetzungseinwandes den Beteiligten noch eine recht weitgehende Pflicht auferlegt werden, Defizite im Mitteilungsverfahren anzubringen und so das Tatgericht auf diese Schwierigkeiten aufmerksam zu machen, wird dies so nun nicht mehr möglich sein. Denn selbst wenn auf den Antrag nach § 222a II StPO im Hinblick auf die besondere Schwierigkeit einer Besetzungsfrage oder ein Informationsdefizit eines Beteiligten eine Unterbrechung länger als eine Woche erfolgt, läuft die Frist des § 222b I 1 StPO unabhängig von dieser Unterbrechung ab.

## b) Fristprobleme

Dies leitet zu den allgemeinen Problemen der Wochenfrist über. Da das Tatgericht nicht mehr mit frühzeitigen Mitteilungen und der Unterbrechung moderierend in die Frist eingreifen kann, stellt sich die Frage, was bei Defiziten im Mitteilungsverfahren geschehen soll.

### aa) Länge der Frist

Die Frist von einer Woche ist mindestens am Limit dessen kalkuliert, was verfassungs- und konventionsrechtlich noch zulässig sein kann.<sup>19</sup> Dabei ist zu bedenken, dass sich zwischen einzelnen Besetzungseinwänden erhebliche Unterschiede im notwendigen Begründungsaufwand ergeben. Die Frist von einer Woche wird in aller Regel

ausreichend sein, um etwa die Heranziehung einzelner Schöffen anzugreifen. Sollen hingegen z.B. Angriffe gegen einzelne Regelungen des Geschäftsverteilungsplans konzipiert und ausformuliert werden, wird die Wochenfrist bei realitätsnaher Betrachtung nicht ausreichen, um die Zulässigkeitsvoraussetzungen verlässlich zu erfüllen.

Unabhängig von der allgemeinen Regelung zur Länge der Frist können sich weitere Probleme ergeben. Der Gesetzgeber hat es unterlassen, die Gesetzesänderung mit sinnvollen Anpassungen im Randbereich zu versehen. So ist der Zugang zu den notwendigen Informationen zu vielen Besetzungsfragen organisatorisch weiterhin der Justizverwaltung und nicht dem einzelnen Spruchkörper zugewiesen.<sup>20</sup> Der Spruchkörper verantwortet jedoch, dass das Verfahren über den Besetzungseinwand ordnungsgemäß durchgeführt wird. Reibungsverluste sind in diesem Zusammenspiel leicht vorstellbar. So könnte etwa eine Anfrage bei der Justizverwaltung nicht sofort oder versehentlich unvollständig beantwortet werden, wenn z.B. versäumt wird, einen (weiteren) Änderungsbeschluss zur Geschäftsverteilung mitzuteilen. Angesichts der kurzen Frist werden selbst bei Verzögerungen von nur einem Tag erhebliche Zweifel aufkommen, ob das Verfahren insgesamt rechtmäßig durchgeführt worden ist. Dieses Problem wird dann noch verschärft, wenn es um Besetzungsfehler geht, bei denen es auf bestimmte Begründungstiefen ankommt, insbesondere bei unterjährigen Änderungen der Geschäftsverteilung.<sup>21</sup> Diese Fehler sollen nach ständiger Rechtsprechung heilbar sein. Es stellt sich die Frage, wie sich nachgeschobene Begründungen auf die Frist für den Besetzungseinwand auswirken.

### bb) Der Zusammenhang zwischen Besetzungsmitteilung und Besetzungseinwand

Um zu klären, wie die Tatgerichte vorgehen sollten, wenn solche Probleme vor Beginn der Hauptverhandlung erkannt werden, muss der Zusammenhang zwischen Besetzungsmitteilung und Besetzungseinwand genauer beleuchtet werden. Oder präziser: Kann durch eine wiederholte Besetzungsmitteilung vor der ersten Vernehmung die Frist für den Besetzungseinwand erneut beginnen?

#### (1) Neueröffnung der Frist

In diversen Entscheidungen wurde – obiter – die Auffassung vertreten, dass eine erfolgte Besetzungsmitteilung die Frist für den Besetzungseinwand einmalig starten lässt und die Frist durch spätere Mitteilungen nicht erneut eröffnet wird.<sup>22</sup> Diese Auffassung ist – ungeachtet der Frage, ob sie immer mit Art. 19 IV GG vereinbar ist<sup>23</sup> – nicht sinnvoll. Nach hier vertretener Auffassung ist dem Tatgericht die Wiedereröffnung der Besetzungseinwandsfrist bis zur ersten Vernehmung des Angeklagten (weitgehend) ohne Einschränkungen möglich. Insoweit kommt es für

<sup>18</sup> BT-Drs. 14747/19, S. 30 f.

<sup>19</sup> Die Kritik an dieser Frist ist jedenfalls vielstimmig: Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 7), § 222b Rn. 4b; Reichling/Borgel StV 2021, 815, 817 f.; Schmitz StraFo 2021, 146; Schork NJW 2020, 1, 2; Norouzi, Stellungnahme, S. 11; Jahn, Stellungnahme, S. 10; siehe auch Claus NStZ 2020, 57, 58 f.

<sup>20</sup> Vgl. zur genauen Abgrenzung der Zuständigkeitsbereiche Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 7), § 222a Rn. 23.

<sup>21</sup> Siehe dazu etwa OLG Hamm, Beschl. v. 18. August 2020 – 1 Ws 325/20 und unten im Abschnitt V. 5. d).

<sup>22</sup> OLG Saarbrücken, Beschl. v. 3. November 2021 – 1 Ws 73/21, Rn. 6; KG, Beschl. v. 1. März 2021 – 4 Ws 14/21, Rn. 10; OLG München, Beschl. v. 12. Februar 2020 – 2 Ws 138/20 u.A., Rn. 17; OLG Bremen, Beschl. v. 14. April 2020 – 1 Ws 33/20.

<sup>23</sup> Dazu unten 5. e) dd).

den Besetzungseinwand immer nur auf die zuletzt erfolgte Mitteilung der Besetzung an – selbst dann, wenn zweimal eine identische Besetzung mitgeteilt wird. Das hat diverse Gründe:

Den Tatgerichten wird es dadurch möglich bei jedem Zweifel an der Rechtmäßigkeit einer vorherigen Besetzungsmittteilung den rechtssicheren Weg zu wählen und das Verfahren über den Besetzungseinwand erneut zu durchlaufen. Lehnt man dies ab, kommt es zur Situation, dass Tatgericht und Beteiligte keine Möglichkeit haben, die Unklarheit hinsichtlich der Mitteilung vor der Revision zu klären. Einen Bedarf an erneuter Mitteilung gibt es auch bei Unklarheiten hinsichtlich des genauen Datums einer Zustellung oder der ordnungsgemäßen Verteidigung eines Angeklagten. Und hierbei sollte auch der Fall nicht unterschätzt werden, dass Besetzungsfragen auftreten, die in einer Woche schlicht nicht geprüft werden können. Statt sich dann darauf zu verlassen, dass insbesondere der EGMR<sup>24</sup> keinen Verstoß gegen das Gebot zur Verfahrensfairness erkennen wird, dürfte es bei besonnener Betrachtung vorzuziehen sein, dass die Beteiligten die Rechtsfrage (vor der Hauptverhandlung!) lieber etwas länger prüfen können. Jede Flexibilisierung, die man dem Tatgericht hier einräumt, ermöglicht die Herstellung der Verfahrensfairness an dem Ort, an dem sie am einfachsten hergestellt werden kann. Nicht zuletzt sollte auch der Fall bedacht werden, dass das Tatgericht selbst erkennt, dass das Rechtsmittelgericht etwa die Darlegungsanforderungen an den Besetzungseinwand überspannt und dadurch Art. 19 IV GG verletzt hat.<sup>25</sup> Ist es dem Tatgericht dann nicht möglich, die Besetzung erneut mitzuteilen, wird das eigene Verfahren bedroht, weil ein fremdes Gericht fehlerhaft entschieden hat.

Insofern sind erkannte Defizite durch erneute Mitteilung der Besetzung bis zur ersten Vernehmung zu beheben. Die hier vertretene Auffassung, wonach stets nur auf die letzte Mitteilung einer Besetzung abzustellen ist, gibt den Tatgerichten die Möglichkeit zurück, das Mitteilungsverfahren zu moderieren. Diese Auffassung ermöglicht das, was im Vergleich zur alten Rechtslage durch die Veränderungen im Bereich des Unterbrechungsantrags versperrt worden ist.

## (2) Einschub: Sog. Sukzessivpräklusion

In engem Zusammenhang mit der Frage nach erneuter Mitteilung steht, ob die Präklusionswirkung sukzessiv eintreten kann. Das betrifft Fälle, in denen sich die Besetzung etwa in einer Person ändert oder zuerst nur ein Teil der Besetzung mitgeteilt wird. Können in diesen Fällen auch auf die spätere Mitteilung noch alle Einwände gegen den gesamten Spruchkörper vorgebracht werden oder nur Einwände mit Bezug auf die eintretenden Personen?

Die Oberlandesgerichte meinen bisher überwiegend, dass eine derartige Teilpräklusion möglich sei.<sup>26</sup> Allerdings hat bislang – soweit ersichtlich – kein Oberlandesgericht diese

Auffassung zum tragenden Teil einer Entscheidung erhoben. Bei genauer Betrachtung ist dies aus diversen Gründen nicht haltbar.

Die Auffassung steht im Widerspruch zum hergebrachten Verständnis des Begriffs der Besetzung. Die Besetzung ist ein binär geprägter Begriff: Ein Spruchkörper kann nur richtig oder fehlerhaft besetzt sein. So führt etwa die willkürliche Entbindung eines Schöffen nicht dazu, dass der Spruchkörper zu 4/5 richtig besetzt ist, sondern zur fehlerhaften Besetzung des Gerichts. Der „gesetzliche Richter“ ist bei Kollegialgerichten ein Spruchkörper. Es ist allgemein anerkannt, dass in der Revision – obgleich dies sprachlich meist gleichgesetzt wird – nicht allein die geschäftsplanmäßige Unzuständigkeit eines Spruchkörpers gerügt werden kann. Gerügt wird auch in diesem Fall, dass die Richterinnen dieser Strafkammer nicht geschäftsplanmäßig zuständig waren. Zwischen beidem liegt ein Unterschied, weil es durchaus denkbar ist, dass ein Spruchkörper auch unter einer anderen Bezeichnung personenidentisch besetzt ist. Für die Annahme einer Sukzessivpräklusion wäre es deshalb notwendig, das gesamte Verhältnis von § 338 Nr. 1, 4, 5 StPO und den entsprechenden Befassungsverboten zu überdenken. Dass der Gesetzgeber eine derartige Veränderung gewollt hat, ist nicht ersichtlich.

Neben diesem eher formal-historischen Argument würde eine Sukzessivpräklusion zu Widersprüchlichkeiten in der Rechtsanwendung führen: So kann die Besetzung der einzelnen Positionen innerhalb der Strafkammer Einfluss auf die anderen Positionen haben. Ist etwa eine Beisitzerin eine Proberichterin, kann der zweite Beisitzer nur ein Richter auf Lebenszeit sein. Könnte nun ein Teil der Besetzung bereits der Präklusion unterliegen, müsste unter Umständen ein präkludierter Besetzungsfehler durch einen weiteren Besetzungsfehler im nicht präkludierten Teil der Besetzung kompensiert werden. Ein ähnliches Problem kann sich auch aus der Geschäftsverteilung ergeben: Wenn eine Teilpräklusion eintreten kann, könnte es zu Situationen kommen, in denen sich Spruchkörper aus zwei Kammern zusammensetzen müssen. Das wäre z.B. dann der Fall, wenn erst bei einem späteren Eintritt eines Richters erkannt wird, dass fehlerhaft von einer bestimmten Kammerzuständigkeit ausgegangen worden ist. So könnte es passieren, dass eine Mitteilung ergeht, dass der Spruchkörper mit der Vorsitzenden und einem Beisitzer einer 1. Strafkammer sowie „N.N.“ besetzt ist. Die Wochenfrist läuft ohne Besetzungseinwand ab und es wird sodann durch ergänzende Mitteilung präzisiert, dass als „N.N.“ nunmehr Richter X mitwirken soll, weil dieser in die 1. Strafkammer eingerückt ist oder über deren Vertretungskette mitwirkt. Wird nunmehr ein Besetzungseinwand erhoben, der (richtigerweise) die Mitwirkung von Richter X angreift, weil bei zutreffender Wertung die 2. Strafkammer geschäftsplanmäßig zuständig ist, würde es mit einer Sukzessivpräklusion zu widersprüchlichen Ergebnissen kommen. Eine weitere Unstimmigkeit solcher Sukzessivmitteilungen ergibt sich bei letztlich unvollständigen Mitteilungen. Teilt die Kammer zuerst nur die Besetzung mit

<sup>24</sup> Z.B. EGMR, Entsch. v. 16. Dezember 1992 – 12945/87 (Hadjianastassiou ./ Griechenland): Frist von fünf Tage bei Schwierigkeiten in der Informationsbeschaffung als Verletzung von Art. 6 I, III b) EMRK; siehe dazu Grabenwarter NJW 2002, 109.

<sup>25</sup> Zu einem solchen Fall im Abschnitt 5. e) dd) (3).

<sup>26</sup> KG, Beschl. v. 1. März 2021 – 4 Ws 14/21, Rn. 10; OLG München, Beschl. v. 12. Februar 2020 – 2 Ws 138/20 u.A., Rn. 17; so auch Claus NStZ 2020, 57, 58 f.

den Berufsrichtern mit, so müsste dagegen sogleich der Besetzungseinwand erhoben werden. Unterbleibt dann später aber die Mitteilung der Schöffen, kommt es zu einer vollkommen bedeutungslosen Teilkontrolle, weil die Mitteilung, dass eine Kammer nur mit zwei oder drei Berufsrichtern besetzt ist, zweifelsfrei fehlerhaft ist.

### cc) Unter welchen Umständen dürfen die Spruchkörper erneut mitteilen?

Nach der hier vertretenen Auffassung ist daher stets nur auf die *letzte* Mitteilung der *vollständigen* Besetzung abzustellen. Besetzungseinwand und Besetzungsmittelteilung stehen deshalb in einem untrennbaren Verhältnis: Der Besetzungseinwand bezieht sich stets nur auf eine ganz konkrete Besetzungsmittelteilung. Zugleich ist es zulässig, dass eine Besetzung trotz abgelaufener Besetzungseinwandsfrist auch dann erneut mitgeteilt wird, wenn sich keine Veränderungen der Besetzungen ergeben haben.

Die Vorsitzende wird bei der Entscheidung über eine erneute Mitteilung einen sehr weiten Ermessensspielraum haben. Denn Sinn der Neuregelung des Besetzungseinwandes ist die zeitnahe und rechtssichere Klärung der Besetzungsfrage. Dieses Ziel wird unterwandert, wenn das Tatgericht auch bei geringen Zweifeln an der Rechtmäßigkeit des Verfahrens nicht den Weg gehen kann, der schnellstmöglich zur Rechtssicherheit führt. Zur Rechtfertigung einer erneuten Mitteilung reicht jeglicher Zweifel an der ordnungsgemäßen Durchführung eines Verfahrens zum Besetzungseinwand aus. Ebenso genügt der bloße Wille zur Herstellung der Verfahrensfairness. Das Unterlassen einer erneuten Mitteilung unterliegt keiner (über die Revision hinausgehenden) Kontrolle. Vom Rechtsmittelgericht ist es stets hinzunehmen, wenn sich die Vorsitzende für eine erneute Mitteilung entscheidet.

### c) Darlegungsanforderungen

Für den Besetzungseinwand gelten über die Regelung des § 222b I 2 StPO die Maßstäbe des § 344 II 2 StPO. Dem entsprechend muss der Besetzungseinwand aus sich heraus verständlich sein. Das sorgt insbesondere für die Unzulässigkeit von Bezugnahmen und Verweisungen.

Es wird jedoch im Hinblick auf zwei Details zu bedenken sein, ob für § 222b I 2 StPO nicht ein im Vergleich zu § 344 II 2 StPO modifizierter Maßstab sinnvoll sein könnte. Sollte es stets möglich sein, sich durch bloße Erklärung einem fremden Besetzungseinwand anzuschließen? Und sollten für den Besetzungseinwand Geschäftsverteilungspläne nicht generell als gerichtsbekannte Informationen angesehen werden?

<sup>27</sup> S. dazu auch *Reichling/Borgel* StV 2021, 815, 816.

<sup>28</sup> Dazu OLG München, Beschl. v. 12. Februar 2020 – 2 Ws 138/20 u.A. und OLG München, Beschl. v. 10. März 2020 – 2 Ws 283/20.

<sup>29</sup> Die Möglichkeiten zur einheitlichen Erhebung für mehrere Beteiligte sind bei *Hamm/Pauly*, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 293 ff. erläutert.

### aa) Einkopieren von Geschäftsverteilungsplänen

Die tatsächliche Darlegung eines Geschäftsverteilungsplans wird sich zumeist damit erschöpfen, dass der gesamte Geschäftsverteilungsplan (oder jedenfalls dessen allgemeiner und strafrechtlicher Teil) in den schriftlichen Besetzungseinwand einkopiert wird. Erst auf dieser Grundlage wird dann erläutert werden, aus welchen Regelungen sich eine abweichende Besetzung ergeben soll. Bei Geschäftsverteilungsplänen handelt es sich um allgemeine Dokumente der Gerichtsverwaltung. Sie sind bei vielen Gerichten sogar frei im Internet abrufbar. Für das Tatgericht erfüllt der Vortrag zum Inhalt des Geschäftsverteilungsplans keine wesentliche Funktion.<sup>27</sup> Es darf allgemein davon ausgegangen werden, dass der Spruchkörper den eigenen Geschäftsverteilungsplan kennt. Bei den Rechtsmittelgerichten werden – im Unterschied zum Revisionsgericht – die Geschäftsverteilungen der nachgeordneten Gerichte in aller Regel vorhanden sein. Das Einkopieren lässt den – in der Sache möglicherweise unkomplizierten – Besetzungseinwand schnell auf eine dreistellige Seitenzahl anwachsen. Es wäre schon aus Gründen des Umweltschutzes zu erwägen, ob nicht allgemein auf Vortrag zum bloßen Inhalt des Geschäftsverteilungsplans verzichtet werden könnte. Die Einstufung von Geschäftsverteilungsplänen als gerichtsbekannt würde freilich nicht davon entlasten, konkrete Einwände aus dem Geschäftsverteilungsplan abzuleiten und diese Einwände aus sich heraus verständlich zu machen.

### bb) Eigener Vortrag

Ebenso sollte überdacht werden, inwieweit im Bereich des Besetzungseinwandes der Vortrag anderer Beteiligter zu eigen gemacht werden kann. Es ist nicht sinnvoll, die Zulässigkeit des Besetzungseinwandes daran zu knüpfen, dass der Vortrag mehrfach wiederholt wird<sup>28</sup> oder für mehrere Beteiligte in einheitlichen Schriftsätzen abgegeben werden muss.<sup>29</sup> Im Unterschied zum Revisionsverfahren, wo die Beschwer für jeden Beteiligten individuell festgestellt werden muss, wird im Besetzungseinwand nur eine einzige Frage geprüft. Von der Besetzungsfrage wird jede Beteiligte beschwert, soweit sie überhaupt einen Besetzungseinwand erheben kann. Insoweit fällt ein sachlicher Grund weg, weshalb der bloße Anschluss an eine fremde Erklärung nicht möglich sein soll.<sup>30</sup>

### d) Reaktion auf das mündliche Anbringen des Besetzungseinwandes

Das Gesetz sieht in § 222b I 4 StPO vor, dass der Besetzungseinwand außerhalb der Hauptverhandlung schriftlich angebracht werden muss. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass der Besetzungseinwand innerhalb der Hauptverhandlung mündlich angebracht werden kann.<sup>31</sup> Was der Gesetzgeber damit bezwecken wollte, bleibt eher offen. Es dürfte kaum Besetzungsfehler geben, die sich zur

<sup>30</sup> Für die Zulässigkeit der Erhebung durch bloßen Anschluss an fremde Erklärung auch *Meyer-Goßner/Schmitt*, a.a.O. (Fn. 7), § 222b Rn. 5.

<sup>31</sup> Vgl. auch *Meyer-Goßner/Schmitt*, a.a.O. (Fn. 7), § 222b Rn. 5.

mündlichen Anbringung im Rahmen der Vorgaben des § 344 II 2 StPO eignen würden, soweit damit nicht allein das Ablesen eines ohnehin vorgefertigten Schriftstücks gemeint ist. Das Verlesen eines kompletten Geschäftsverteilungsplans leistet keinen ernsthaften Beitrag zur Mündlichkeit der Hauptverhandlung, soweit die Mündlichkeit nicht als reiner Selbstzweck verstanden wird.

Das Tatgericht muss zwar innerhalb der Wochenfrist keinen Hauptverhandlungstermin ansetzen, damit der Einwand mündlich angebracht werden kann. Der Beteiligte kann an den Hauptverhandlungstagen innerhalb der Wochenfrist aber jederzeit das Wort zur Anbringung des Besetzungseinwandes verlangen. Dies gilt selbst dann, wenn er nur das Vorlesen eines Schriftstücks beabsichtigt. Das Wort muss ihm dann in den gewöhnlichen Maßstäben der Sachleitung erteilt werden. Es wird allen Beteiligten anzuraten sein, in solchen Fälle vorab die Stellung eines Besetzungseinwandes anzukündigen. Sinnvoll ist es, wenn eine Einigung gefunden werden kann, dass sich der Beteiligte kurz mündlich zum wesentlichen Inhalt des Besetzungseinwandes und dessen Angriffsrichtung äußern kann und sich im Übrigen mit der schriftlichen Einreichung begnügt. Im Unterschied zum vollständigen Verlesen des Besetzungseinwandes wird so ein echter Beitrag zur Mündlichkeit der Verhandlung geleistet.

Für die Tatgerichte bleibt durchaus die Frage, wie reagiert werden kann, wenn ein Beteiligter darauf beharrt, seinen Besetzungseinwand mündlich anzubringen. Eine Anordnung nach § 257a StPO dürfte nie sofort in Betracht kommen.<sup>32</sup> Voraussetzung dafür sind verlässliche Anhaltspunkte, dass gerade eine missbräuchliche Verzögerung beabsichtigt ist. Das mündliche Anbringen an sich ist gesetzlich vorgesehen und kann daher nicht per se als missbräuchlich betrachtet werden. Auch allein aus dem Umfang eines vorzulesenden Schriftsatzes wird sich selten eine Missbrauchsabsicht ableiten lassen, weil Besetzungseinwände mit einer hohen dreistelligen Blattzahl nicht ungewöhnlich sind. Eine derartige Anordnung wird deshalb nur dann in Betracht kommen, wenn sich im Verlauf des Verlesens herausstellt, dass der Besetzungseinwand sachfremden Inhalt enthält. Im Übrigen gibt es abseits der Terminierung keine Möglichkeit, dieser Form der mündlichen Antragstellung vorzubeugen. Allerdings kann das mündliche Anbringen eines Besetzungseinwandes durch Ablesen eines sehr umfangreichen Dokuments als Indiz für eine Missbrauchsabsicht im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung herangezogen werden.

### 3. Abhilfeverfahren

Gerade für die Tatgerichte darf die Funktion des unscheinbaren Abhilfeverfahrens nicht unterschätzt werden. Hier kann eine kleine Unachtsamkeit bei unglücklichem Zusammentreffen einiger Umstände weitreichende Auswirkungen haben. Achtsame Tatgerichte wehren hingegen mit dem Potenzial des Abhilfeverfahrens unter

minimiertem Arbeitsaufwand jeden Revisionsangriff ab, bevor dieser überhaupt konzipiert wurde.

Das Abhilfeverfahren beginnt in dem Moment, in dem der Besetzungseinwand erhoben ist. Das ist der Zeitpunkt des Eingangs eines entsprechenden Schriftsatzes bei Gericht oder des Abschlusses der mündlichen Anbringung. Dieser Zeitpunkt hat eine wichtige Funktion.

#### a) Konsequenzen einer Abhilfeentscheidung

Mit Beginn des Abhilfeverfahrens besteht eine Bescheidungspflicht des Besetzungseinwandes. Dies ergibt sich schon aus § 222b III 1 StPO. Demnach ist der Besetzungseinwand innerhalb von drei Tagen an das Rechtsmittelgericht vorzulegen. Die bloße Vorlage steht in diesen Fällen einem (konkludent gefassten) Nichtabhilfebeschluss gleich. Die Bescheidungspflicht hat jedoch eine weitere Grundlage: Hilft das Tatgericht auf einen Besetzungseinwand ab, hebt dies für alle nachfolgenden Besetzungen die Mitteilungspflicht auf.<sup>33</sup> Das ergibt sich aus § 222b II 3 StPO und hat weitreichende Folgen. Sobald keine Mitteilungspflicht besteht, greift die Präklusionswirkung in der Revision überhaupt nicht mehr ein, weil § 338 Nr. 1 StPO die Präklusion an die Mitteilungspflicht knüpft. Die Rechtsprechung wirkt diesem Effekt zwar dadurch entgegen, dass Revisionsrügen, die eine zum erfolgreichen Besetzungseinwand gegenläufige Ansicht vertreten, missbräuchlich sind.<sup>34</sup> Damit wird aber nur ein kleiner Teil der denkbaren Revisionsrügen erfasst. Ist etwa ein Besetzungseinwand erfolgreich, weil aus dem Geschäftsverteilungsplan fehlerhaft die Zuständigkeit der Mitglieder einer 1. Strafkammer abgeleitet worden ist, hemmt dies nur Rügen, die sich wieder auf die Besetzung durch Mitglieder der 1. Strafkammer stützen. Es können aber ohne Einschränkungen Rügen angebracht werden, die sich etwa auf die Schöffenbesetzung oder die (weiterhin) fehlerhafte Bewertung der Kammerzuständigkeit beziehen. Zudem kann diese Rechtsprechung auch nicht die Beteiligten erfassen, die selbst keinen Besetzungseinwand erhoben hatten.

Der Sinn des § 222b II 3 StPO ist aus einer rechtspolitischen Sicht unter Geltung der neuen Regelungen zum Besetzungseinwand nicht erkennbar.<sup>35</sup> Diese Vorschrift wurde wortgleich aus der früheren Gesetzeslage übernommen. Die Vorschrift sollte früher nach einem erfolgreichen Besetzungseinwand die endgültige Klärung der Besetzungsfrage in die Revision verlagern.<sup>36</sup> Diese Verlagerung ist weitgehend sinnlos geworden, wenn diese Klärung nunmehr schon generell bei den Rechtsmittelgerichten liegen soll. Weil sich die Norm aber weiterhin im Gesetz befindet, ergibt sich eine Sperrwirkung des Besetzungseinwandes. Denn der Einwandführer erlangt bereits durch das Anbringen des Besetzungseinwandes eine Rechtsposition, die ihm nicht ohne Grundlage entzogen werden darf. Soweit ein Besetzungseinwand angebracht ist, muss das Tatgericht daher vorrangig die Abhilfeentscheidung treffen. Das Tatgericht ist an dieser Stelle nicht mehr befugt, den Besetzungseinwand durch amtswegige Korrektur der

<sup>32</sup> Dazu auch *Caspari*, Stellungnahme, S. 21.

<sup>33</sup> Allg. M.: Meyer-Goßner/*Schmitt*, a.a.O. (Fn. 7), § 222b Rn. 12 a.E.

<sup>34</sup> So zur alten Rechtslage: BGH HRRS 2008 Nr. 571 = StV 2009, 66. Dies wird sich ohne Bedenken auf die neue Rechtslage übertragen lassen.

<sup>35</sup> *Caspari*, Stellungnahme, S. 24.

<sup>36</sup> Vgl. Bt-Drs. 08/976, S. 47.

Besetzung zu umgehen. Wäre es anders, würde der (zweifelhafte) Gesetzeszweck des § 222b II 3 StPO nie verwirklicht werden können. Umgeht das Tatgericht diesen Zusammenhang, sind spätere Besetzungsmittelungen unwirksam. Dies hat zur Folge, dass eine Präklusionswirkung von nachfolgenden Besetzungsmittelungen nicht mehr ausgelöst werden kann.

Die Erledigung des Besetzungseinwandes durch das Tatgericht kommt nur in Betracht, wenn sich in dem kurzen Zeitraum zwischen Eingang des Besetzungseinwands und Vorlage an das Rechtsmittelgericht die mitgeteilte Besetzung aufgrund externer Umstände (Krankheit etc.) ändert. Das Tatgericht sollte die Erledigung dann stets durch klarstellenden Beschluss aussprechen und dies den Beteiligten bekanntgeben, bevor die Besetzung erneut mitgeteilt wird. Andernfalls erhalten die Beteiligten nur eine neue Besetzungsmittelung, deren Bedeutung unter Umständen nicht eindeutig wird.

### b) Prüfungsmaßstab der Abhilfeentscheidung

Aus diesem Zusammenhang ergibt sich, dass bei der Bearbeitung von Abhilfebeschlüssen möglichst präzise gearbeitet werden muss. Ein anschauliches Beispiel, dass dies nicht nur ein theoretisches Gedankenspiel ist, sondern zu erheblichen Spannungen innerhalb eines Gerichts führen kann, liefert der Sachverhalt einer jüngeren Entscheidung des 1. Strafsenats noch zur alten Rechtslage.<sup>37</sup> Dort war es innerhalb des Tatgerichts zum Zuständigkeitsstreit zwischen zwei Kammern gekommen. Unter der neuen Rechtslage kann in diesem Fall die fehlerhafte Tenorierung einer Abhilfeentscheidung dazu führen, dass der „abgebende“ Spruchkörper für den „aufnehmenden“ Spruchkörper ohne Grund die gesamte Präklusionswirkung versperrt.<sup>38</sup> Zugleich wird so auch der Weg zur Klärung vor dem Rechtsmittelgericht genommen. Um dies zu verhindern, sollten nur dort Abhilfeentscheidungen getroffen werden, wo dies zwingend notwendig ist.<sup>39</sup>

Steht tatsächlich eine Abhilfeentscheidung im Raum, kommt es deshalb auf eine genaue Tenorierung des Abhilfebeschlusses an. Damit dies gelingt, muss das Prüfungsregime des Abhilfeverfahrens beleuchtet werden.

Es wird sich insoweit empfehlen, bei Eingang eines Besetzungseinwandes im Abhilfeverfahren (zuerst) keine

Rücksicht auf dessen Zulässigkeit und die Wahrung der Darlegungserfordernisse zu nehmen. Es ist an dieser Stelle hilfreicher, die Besetzung schlicht von Amts wegen im Lichte des Vorbringens des Besetzungseinwandes zu überprüfen. Dazu ist das Tatgericht uneingeschränkt befugt, weil mit den Regelungen der §§ 222a f. StPO keine Beschränkung der Verpflichtung zur Einhaltung einer rechtmäßigen Besetzung einhergeht. Die vorrangige Beleuchtung der Begründetheit in der Prüfungsreihenfolge hat zwei Vorteile: Sie erspart eine genaue Beschäftigung damit, was die strengen Vortragserfordernisse für den jeweils angebrachten Besetzungseinwand sind.<sup>40</sup> Diese Prüfung wird erst dann notwendig, wenn die amtswegige Prüfung tatsächlich einen Besetzungsfehler aufdecken konnte. In diesem Fall ist es für das Tatgericht relevant, ob der Besetzungseinwand durchdringt. Nur dann besteht tatsächlich eine Pflicht, auf den Besetzungseinwand abzuhefen und damit die Wirkung des § 222b II 3 StPO auszulösen. Erkennt das Tatgericht hingegen erst bei der Prüfung des Besetzungseinwandes einen Besetzungsfehler, obwohl der Besetzungseinwand unzulässig ist, ist dies kein Fall der Abhilfe auf den Besetzungseinwand. In diesem Fall ist allenfalls die (einfache) Korrektur der Besetzung geboten, die eine Auslösung des § 222b II 3 StPO nicht notwendig macht. Der zweite Vorteil liegt deshalb auch darin, dass die Korrektur der Besetzung der einfachste Weg ist, um der Revision jegliche Erfolgsaussichten zu nehmen: Liegt durch Korrektur kein Besetzungsfehler mehr vor, wird ohnehin jede Rüge erfolglos bleiben.

### c) Tenorierung

Daraus ergeben sich drei mögliche Tenorierungen für die Abhilfeentscheidung.

#### aa) Nichtabhilfe

Hält das Tatgericht die Besetzung für fehlerfrei, ist auszusprechen, dass auf den genau zu bezeichnenden Besetzungseinwand nicht abgeholfen wird.<sup>41</sup> Tenorierungen durch das Tatgericht wie „...wird verworfen“ oder „...wird zurückgewiesen“ sind unzutreffend.<sup>42</sup> Denn das Tatgericht besitzt nach der neuen Rechtslage zu solchen Entscheidungen keine Befugnis mehr. Diese Befugnis liegt allein beim Rechtsmittelgericht.

<sup>37</sup> BGH HRRS 2020 Nr. 361.

<sup>38</sup> Der entsprechende Beschluss des 1. Strafsenats ist in der Begründung unrichtig, soweit in Rn. 19 ff. die fehlende Präklusionswirkung mit § 338 Nr. 1 d) StPO a.F. begründet wird. Denn dazu war eine wirklich personenidentische Besetzung notwendig. Selbst wenn – reichlich unwahrscheinlich – die 24. Strafkammer des LG Frankfurt a.M. zu beiden Beginnen der Hauptverhandlung wirklich personenidentisch besetzt gewesen sein sollte, würde eine vorherige Abhilfe auf den Besetzungseinwand die Mitteilungspflicht und damit die gesamte Präklusion entfallen lassen. Von der Norm des § 338 Nr. 1 d) StPO a.F. wurde nur der – eher theoretische – Fall erfasst, dass ein Tatgericht zwar auf einen Besetzungseinwand abhilft, diese Entscheidung sodann aber nicht beachtet.

<sup>39</sup> Für die hier vorgenommene Differenzierung zwischen Abhilfe auf den Besetzungseinwand und amtswegiger Korrektur der Besetzung auch LR-Jäger, StPO, 27. Aufl. (2019), § 222b Rn. 35.

<sup>40</sup> Der Ratschlag von *Stollenwerk* DRiZ 2015, 138, 140 zur Verfahrensbeschleunigung in den Beschlussgründen die zutreffenden Tatsachen mitzuteilen, ist nach Neufassung freilich noch sinnvoller als zuvor.

<sup>41</sup> Auch in einer konkreteren Formulierung wie „...wird für nicht begründet gehalten.“ o.Ä., vgl. BGH HRRS 2021 Nr. 842, Rn. 7; BGH, Beschl. v. 20. April 2021 – StB 13/21, Rn. 8; KG, Beschl. v. 1. März 2021 – 4 Ws 14/21, Rn. 2; OLG Bamberg, Beschl. v. 23. Januar 2020 – 1 Ws 14/20, Rn. 1.

<sup>42</sup> So aber in den Ausgangsentscheidungen zu: OLG Saarbrücken, Beschl. v. 3. November 2021 – 1 Ws 73/21, Rn. 1; OLG Brandenburg, Beschl. v. 4. November 2020 – 1 Ws 135/20; OLG Stuttgart, Beschl. v. 5. Oktober 2020 – 1 Ws 105/20, Rn. 11; OLG Hamm, Beschl. v. 14. August 2020 – 1 Ws 318/20, Rn. 12; OLG Hamm, Beschl. v. 18. August 2020 – 1 Ws 325/20, Rn. 13; OLG Hamm, Beschl. v. 17. März 2020 – 2 Ws 36/20, Rn. 12.

**bb) Erfolgreicher Besetzungseinwand**

Ist der Besetzungseinwand begründet und zulässig, so wird tenoriert, dass die Vorschriftswidrigkeit der Besetzung festgestellt wird. Es ist dringend anzuraten, diesem Tenor einen Zusatz anzufügen, dass mit dieser Feststellung auf den Besetzungseinwand abgeholfen wird. Dieser Zusatz ist nicht zwingend. Fehlt er allerdings, muss ein nachfolgender Spruchkörper erst mittels Auslegung von Besetzungseinwand und Abhilfeentscheidung klären, ob (erneut) eine eigene Mitteilungspflicht besteht.

**cc) Besetzungsfehler trotz erfolglosem Besetzungseinwand**

Bei allen Besetzungsfehlern, die nicht mit einem zulässigen Einwand aufgedeckt wurden, ist hingegen zuerst zu tenorieren, dass auf den Besetzungseinwand nicht abgeholfen wird. Sodann muss das Tatgericht entscheiden, ob es auf den nun erkannten Besetzungsfehler reagiert. Es dürfte jedenfalls beim rechtzeitigen Besetzungseinwand eine befremdliche Entscheidungspraxis im Grenzland der Willkür sein, sich dann der zutreffenden Besetzung zu verschließen.<sup>43</sup> Zweck der §§ 222a, 222b StPO ist es, das Aufsparen von Verfahrensrügen für die Revision zu verhindern. Dem Tatgericht soll aber nicht die Gesetzlosigkeit erlaubt werden. Das Tatgericht stellt dann (idealerweise gleich im Beschluss über die Nichtabhilfe, aber in weiterer Tenorierung) die Vorschriftswidrigkeit der Besetzung fest. Durch diese Feststellung überholt das Tatgericht die zuvor ausgeworfene Nichtabhilfeentscheidung und muss diese daher auch nicht mehr vorlegen. Zu dieser Überholung ist das Tatgericht ohne Rücksicht auf das Rechtsmittelgericht befugt, weil die Zulässigkeit des eigenen Vorgehens auf die (dann notwendige) erneute Mitteilung überprüft werden kann. Diese Mitteilung kann dann aber noch – und das ist der entscheidende Kniff dieses Vorgehens – die Präklusionswirkung auslösen.

**d) Anfechtbarkeit von Abhilfebeschlüssen**

Beschlüsse, mit denen die Vorschriftswidrigkeit festgestellt wird, können nicht mit der Beschwerde angefochten werden.<sup>44</sup> Diese Auffassung war schon nach alter Rechtslage nie zutreffend.<sup>45</sup> Nach neuer Rechtslage folgt dies nicht mehr aus § 305 S. 1 StPO.<sup>46</sup> Nunmehr ergibt sich aus § 222b III StPO und § 338 Nr. 1 a) StPO, dass alle Fälle eindeutig auf speziellere Rechtsbehelfe verteilt werden.

**4. Entscheidung des Rechtsmittelgerichts**

Hilft das Tatgericht nicht ab, ist der Besetzungseinwand innerhalb von drei Tagen an das Rechtsmittelgericht vorzulegen. Verstöße gegen diese Frist sind weder in der

Entscheidung des Rechtsmittelgerichts beachtlich, noch (unmittelbar) revisibel. Die Verpflichtung zur Vorlage an das Rechtsmittelgericht wird in der StPO durch keinen speziellen Rechtsbehelf abgesichert. Reagiert das Tatgericht auf einen Besetzungseinwand nicht, so kommt weder § 238 II StPO, noch eine entsprechende Anwendung des § 346 II StPO in Betracht. Die Abhilfeentscheidung ist keine Maßnahme der Sachleitung und der Rechtsbehelf aus § 346 II StPO kann selbst in entsprechender Anwendung nur zur Vorlage, aber nicht zum Treffen einer Nichtabhilfeentscheidung zwingen.

**a) Die Abgrenzung zwischen Zulässigkeit und Begründetheit beim Besetzungseinwand**

In der Revision ist die Abgrenzung zwischen der Revisionszulässigkeit und der Rügezulässigkeit allgemein anerkannt.<sup>47</sup> Die Rügezulässigkeit ist dabei – entgegen der Bezeichnung – eine Frage der Begründetheit. Sie hat Rückwirkungen auf die Revisionszulässigkeit, da die Revision insgesamt unzulässig ist, wenn gar keine Rüge zulässig erhoben ist.<sup>48</sup> Die Oberlandesgerichte neigen bislang dazu, dieses Konzept auf den Besetzungseinwand zu übertragen. Deshalb werden Besetzungseinwände, die den Darlegungsanforderungen nicht genügen, als unzulässig verworfen.<sup>49</sup>

Mit dieser Übertragung wird der Sinn des Ausspruchs der Unzulässigkeit ausgehöhlt. Sinnvoller wäre es, die Frage der ausreichenden Darlegung des Einwands allein in der Begründetheit zu verorten. Denn das Rechtsmittelgericht soll nach Konzeption des Gesetzgebers auch beim nicht hinreichend dargelegten Besetzungseinwand „in der Sache“ entscheiden.<sup>50</sup> Es ist kein wesentlicher Unterschied, ob der Besetzungseinwand nicht durchdringt, weil der Besetzungsmangel nicht ausreichend dargelegt worden ist oder in den dargelegten Umständen tatsächlich kein Besetzungsfehler liegt:

Bemängelt etwa eine Einwandführerin die Mitwirkung eines Schöffens wegen fehlerhafter Bewertung der Bereitschaft und zugleich die Person der zweiten Beisitzerin wegen Mitwirkung zweier Proberichter, ist jede dieser Beanstandung individuell im Hinblick auf die Darlegungsvoraussetzungen zu untersuchen. Insofern könnte eine Beanstandung nicht richtig dargelegt sein (z.B. weil die relevante Entbindungsentscheidung nicht mitgeteilt wird), während die andere Beanstandung aus inhaltlichen Gründen nicht durchdringt (z.B. weil ein Beisitzer tatsächlich bereits auf Lebenszeit ernannt worden ist). Die Bedeutung beider Aussprüche gleicht sich jedoch: Das Rechtsmittelgericht würde sich – da es keine amtswegige Prüfung der Besetzung durchführt – in beiden Fällen den Besetzungseinwänden in der Sache angenommen haben.

<sup>43</sup> Dies dürfte auch nicht in Konflikt zur insb. bei LR-Jäger, a.a.O (Fn. 39), § 222b Rn. 38 vertretenen Meinung stehen, wonach das Durchlaufen des Besetzungseinwandes eine nachträgliche Besetzungskorrektur ausschließt. Diese Auffassung bezieht sich gerade nur auf *später* erkannte Besetzungsfehler.  
<sup>44</sup> Vgl. zur Unanfechtbarkeit der Besetzungsmitteilung auch: OLG Bremen, Beschl. v. 14. April 2020 – 1 Ws 33/20, insoweit in NStZ 2020, 565 nicht abgedr.  
<sup>45</sup> A.A. – nicht tragend – OLG Celle, Beschl. v. 2. April 1991 – 3 Ws 93/91 = NJW 1991, 2848; wohl auch OLG Hamm,

Beschl. v. 27. Januar 2014 – 1 Ws 50/14; für die neue Rechtslage so aber auch BeckOK-StPO/Ritscher, 41. Ed., § 222b Rn. 20.  
<sup>46</sup> Zur alten Gesetzesfassung: BT-Drs. 08/976, S. 47.  
<sup>47</sup> Hamm/Pauly, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 86.  
<sup>48</sup> St. Rspr. vgl. BGH, Beschl. v. 29. September 2021 – 4 StR 98/21.  
<sup>49</sup> Beispielhaft: KG, Beschl. v. 1. März 2021 – 4 Ws 14/21.  
<sup>50</sup> Vgl. BT-Drs. 14747/19, S. 31, wo auf den abschließenden Charakter der Entscheidung abgestellt wird.

Demgegenüber gibt es aber Fälle, in denen sich das Rechtsmittelgericht überhaupt nicht in der Sache mit dem Besetzungseinwand befasst. Das ist etwa dann der Fall, wenn der Besetzungseinwand verfristet ist oder überhaupt keine Besetzungsmitteilung erfolgt ist. In diesem Fall hat der Ausspruch der Unzulässigkeit eine echte Bedeutung, weil das Rechtsmittelgericht dadurch anzeigt, dass es sich der inhaltlichen Bewertung des Besetzungseinwandes verschlossen hat (und nach seiner Auffassung auch verschließen musste).

### b) Was hat das Rechtsmittelgericht vor der sachlichen Befassung zu prüfen?

Die Entscheidung über die Zulässigkeit des Besetzungseinwandes hat Bedeutung, weil das Rechtsmittelgericht bei einer inhaltlichen Befassung mit dem Besetzungseinwand in eine laufende Hauptverhandlung eines anderen Gerichts eingreift. Die Befugnis zu diesem Eingriff ergibt sich allein aus § 222b III StPO. Das Rechtsmittelgericht muss sicherstellen, dass die Voraussetzungen dieser Norm eingehalten sind.

Die Zulässigkeitskriterien sind daher unmittelbar aus § 222b StPO zu entwickeln. Das Rechtsmittelgericht muss dazu zuerst überprüfen, ob die Eingabe überhaupt ein Besetzungseinwand ist.<sup>51</sup> Daran schließt sich die Prüfung an, ob sich dieser Besetzungseinwand auf eine ordnungsgemäße Mitteilung bezieht. Denn der Besetzungseinwand kann nur auf eine mitgeteilte Besetzung erhoben werden. Diese Prüfung umfasst nicht, ob die mitgeteilte Besetzung tatsächlich mit der erschienen (oder erscheinenden) Besetzung übereinstimmt. Es ist an dieser Stelle nur zu klären, ob das Tatgericht den Willen hatte, eine Besetzung mitzuteilen. Sodann muss die Einhaltung der Wochenfrist<sup>52</sup> und die eigene Zuständigkeit überprüft werden. Die Zuständigkeit des Rechtsmittelgerichts ergibt sich nur daraus, dass die Mitteilung von einem nachgeordneten Tatgericht stammt.

Bei den vorstehenden Kriterien handelt es sich um die Verfahrensvoraussetzungen des Besetzungseinwandes. Verneint das Rechtsmittelgericht diese Voraussetzungen, verwirft es den genau bezeichneten Besetzungseinwand als unzulässig. Eine Prüfung der allgemeinen Verfahrensvoraussetzungen (Anklage, Eröffnungsbeschluss etc.) ist dem Rechtsmittelgericht schon deshalb verwehrt, weil in der Entscheidung über den Besetzungseinwand keine Einstellung des Verfahrens ausgesprochen werden kann.<sup>53</sup>

Im Übrigen entscheidet das Rechtsmittelgericht über die Begründetheit. Dazu kann es die Vorschriftswidrigkeit der Besetzung feststellen oder den genau zu bezeichnenden Besetzungseinwand zurückweisen.<sup>54</sup> Eine Feststellung, wonach die Besetzung ordnungsgemäß sei, ist

unstatthaft,<sup>55</sup> weil keine Prüfung von Amts wegen durchgeführt werden darf. Weil der Tenor auf die Feststellung bezüglich einer konkreten Besetzung gerichtet ist, braucht es keiner Zurückweisung bzw. Verwerfung im Übrigen, wenn nur einer von mehreren Angriffen auf die Besetzung durchdringt. Fehlerhaft und unbeachtlich ist es, wenn zugleich ausgesprochen wird, welche Besetzung nach Auffassung des Rechtsmittelgerichts zutreffend ist. Denn zu dieser Feststellung fehlt dem Rechtsmittelgericht die Kompetenz.<sup>56</sup>

### c) Darlegungserfordernis hinsichtlich der Zulässigkeit des Besetzungseinwandes

Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte gibt derzeit kein eindeutiges Bild darüber ab, inwieweit sich das Darlegungserfordernis des Besetzungseinwandes (nicht der Besetzungsrüge!) auch auf die Zulässigkeitskriterien erstreckt, also etwa im Besetzungseinwand zum Zeitpunkt der Besetzungsmitteilung vorgetragen werden muss. Es gibt – soweit ersichtlich – keine Entscheidung, in der tragend verlangt wird, dass der Einwandführer auch im Hinblick auf die Zulässigkeit des Einwands Vortrag leisten müsste.<sup>57</sup> Es überzeugt nicht, vom Einwandführer einen derartigen Vortrag zu verlangen. Das gilt ungeachtet dessen, ob die Darlegung – wie hier – der Begründetheit zugerechnet wird oder in der Zulässigkeit verortet ist.

Folgt man der oben dargestellten Auffassung, wonach der Besetzungseinwand stets auf die letzte Besetzungsmitteilung angebracht werden kann, gibt es praktisch kaum ein Erfordernis für einen derartigen Negativvortrag. Auch unabhängig davon zeigt aber ein Vergleich zur Revision, dass das Verlangen solchen Vortrags nicht in das hergebrachte Gefüge des § 344 II 2 StPO passt. Die Möglichkeit, überhaupt einen Besetzungseinwand zu erheben, ist von einer Besetzungsmitteilung abhängig. Ob eine Besetzungsmitteilung erfolgt ist, muss das Rechtsmittelgericht daher stets prüfen, um die eigene Entscheidungsbefugnis zu bejahen. Die Tatsache, dass eine Besetzungsmitteilung erfolgt ist, ist daher mit der Existenz eines Urteils für die Revision vergleichbar. Denn auch das Revisionsverfahren kann erst beginnen, wenn überhaupt ein Urteil gefällt wurde. Es ist aber bisher noch nie ernsthaft verlangt worden, dass zur Erhebung der Sachrüge zum Inhalt der Urteilsurkunde oder zur Tatsache der Urteilsfällung an sich vorgetragen werden muss. All dies nimmt das Revisionsgericht von Amts wegen zur Kenntnis. Im Gegenteil kennt beispielsweise § 519 III ZPO ausdrücklich eine Vorschrift zu solchem Vortrag und selbst dabei handelt es sich um eine Sollvorschrift, deren Missachtung nicht zur Unzulässigkeit führt. Dies kann auch nicht mit dem von den Oberlandesgerichten gefährlich überstrapazierten Satz umgangen werden, wonach Revisionsführer auch solche Tatsachen vortragen müssen, die für die Unzulässigkeit einer Rüge sprechen könnten. Denn dieser Satz wird von der

<sup>51</sup> OLG Saarbrücken, Beschl. v. 3. November 2021 – 1 Ws 73/21.

<sup>52</sup> OLG Bamberg, Beschl. v. 23. Januar 2020 – 1 Ws 14/20.

<sup>53</sup> Unklar insoweit KG, Beschl. v. 1. März 2021 – 4 Ws 14/21, Rn. 8.

<sup>54</sup> Vgl. § 338 Nr. 1 b) bb) StPO; wie hier: BeckOK-StPO/Ritscher, a.a.O. (Fn. 45), § 222b Rn. 13; a.A. BGH HRRS 2021 Nr. 842; BGH, Beschl. v. 20. April 2021 – StB 13/21: auch bei Unbegründetheit folgt die Verwerfung.

<sup>55</sup> So aber OLG München, Beschl. v. 12. Februar 2020 – 2 Ws 138/20 u.A.

<sup>56</sup> LR-Jäger, a.a.O. (Fn. 39), § 222b Rn. 32.

<sup>57</sup> Allerdings eine Vielzahl von Entscheidungen, die darauf nicht gestützt sind: OLG Saarbrücken, Beschl. v. 3. November 2021 – 1 Ws 73/21, Rn. 6; KG, Beschl. v. 1. März 2021 – 4 Ws 14/21, Rn. 10; OLG München, Beschl. v. 12. Februar 2020 – 2 Ws 138/20 u.A., Rn. 17 ff.; OLG Bremen, Beschl. v. 14. April 2020 – 1 Ws 33/20.

Rechtsprechung in der Revision nicht auf die von Amts wegen zu prüfenden Umstände und damit die Unzulässigkeit des Rechtsmittels insgesamt bezogen.

#### d) Wirkung der Entscheidung des Rechtsmittelgerichts

Ein Problem ergibt sich bei der genauen Wirkung der Entscheidung des Rechtsmittelgerichts. Nach einer – auch in den Gesetzesmaterialien vertretenen – Auffassung, soll die Feststellung der Vorschriftswidrigkeit der Besetzung zum automatischen Ende der Hauptverhandlung führen.<sup>58</sup> Unter der alten Rechtslage war die Frage, ob neben der Feststellung der Vorschriftswidrigkeit ein Aussetzungsbeschluss notwendig ist, umstritten.<sup>59</sup> Der Streit war bislang allerdings eher akademischer Natur, weil im Zweifel immer auf das tatsächliche Vorgehen des Tatgerichts abgestellt werden konnte.

Diese Möglichkeit gibt es nicht mehr, wenn die Feststellung der Vorschriftswidrigkeit der Besetzung nunmehr vom Rechtsmittelgericht getroffen werden kann. Der Streit hat jetzt auch eine nicht unerhebliche Bedeutung, weil es dadurch zur Konkurrenz zwischen dem Beschluss des Rechtsmittelgerichts und der Hauptverhandlung kommen kann. Das zeigt sich am Beispiel: Die Strafkammer tritt um 9 Uhr zur Hauptverhandlung zusammen. Während die Hauptverhandlung läuft, setzt das letzte Mitglied des OLG-Senats um 10 Uhr seine Unterschrift unter einen Beschluss, der die Vorschriftswidrigkeit der Besetzung feststellt. Bedarf es zur Beendigung der Hauptverhandlung keines weiteren Aktes, so müsste aus der Hauptverhandlung vor dem Tatgericht in dieser Sekunde eine nur noch private Veranstaltung werden, zu der manche Teilnehmer in Robe erschienen sind. Ein um 11 Uhr – noch in Unkenntnis des Beschlusses – gesprochenes Urteil könnte dann nur noch ein Scheinurteil sein.

Die Auffassung, dass es keines Beschlusses des Tatgerichts zur Umsetzung der Feststellung des Rechtsmittelgerichts bräuchte, wirft im Hinblick auf Art. 97 I GG grundlegende Fragen auf. Es ist sehr fraglich, ob es mit der Unabhängigkeit des Gerichts zu vereinbaren ist, dass ein Gericht die Verhandlungen eines anderen Gerichts – ohne dessen Mitwirkung – beenden kann. Die Auslegung, wonach der Beschluss des Rechtsmittelgerichts die Hauptverhandlung beenden könnte, überzeugt auch unabhängig davon nicht. Denn aus einer systematischen Perspektive würde § 338 Nr. 1 a) Var. 2 StPO keinen Anwendungsfall mehr haben, wenn der Feststellungsbeschluss die Hauptverhandlung beenden könnte. Deshalb muss das Tatgericht bei der Feststellung der Vorschriftswidrigkeit der Besetzung – zumindest konkludent – anzeigen, dass es die Hauptverhandlung beendet.

Für die Rechtsmittelgerichte ist dringend anzuraten, bei Beschlussfassung über einen Besetzungseinwand nicht nur das Datum, sondern den genauen Zeitpunkt zu vermerken. Denn im Hinblick auf die Regelung des § 338 Nr. 1 a) StPO sind leicht Fälle denkbar, in denen ermittelt werden muss, ob zuerst ein Urteil des Tatgerichts gesprochen

wurde oder vorher bereits der Beschluss des Rechtsmittelgerichts gefasst worden ist.

## 5. Revision

Was nunmehr noch in der Revision gerügt werden kann, lässt sich in fünf Fallgruppen unterteilen. Diese müssen genau abgegrenzt werden, weil der Wortlaut des § 338 Nr. 1 b) StPO eine Vielzahl von Ungenauigkeiten bereithält.

#### a) Fehlende Mitteilung

Die erste Fallgruppe setzt sich aus den Fällen zusammen, in denen ersichtlich keine Präklusion eingetreten ist. Das ist dann der Fall, wenn das Tatgericht die Besetzung überhaupt nicht mitteilt oder – eher selten – ein Fall des § 222b II 3 StPO vorliegt. Diese Fälle sind revisionsrechtlich weniger interessant. In diesen Fällen muss – siehe oben – zum Erhalt der Besetzungsrüge nicht mittels Unterbrechungsantrag auf die Besetzungsmitteilung hingewirkt worden sein. Denn der Unterbrechungsantrag nach § 222a II StPO dient ausschließlich zur Prüfungsmöglichkeit, wenn überhaupt eine Mitteilung erfolgt ist. Die grundsätzliche Mitteilungspflicht ergibt sich bereits aus § 222a I StPO. Da die Mitteilungspflicht nach dem Wortlaut zwingend ist, ergibt sich auch über § 238 II StPO keine Pflicht der Beteiligten zum Erhalt der Besetzungsrüge auf eine Besetzungsmitteilung zu drängen.

Die Darlegungsanforderungen im Hinblick auf die Präklusionsregelung sind in diesen Fällen schon durch den Satz erfüllt, dass keine Besetzungsmitteilung erfolgt ist. Diese Angabe reicht aus, um eine Prüfung zu ermöglichen. Eine Spezifizierung, dass die Mitteilung weder mündlich noch schriftlich erfolgt ist, braucht es nicht. Teilt das Tatgericht die Besetzung entgegen § 222b II 3 StPO mit, muss in der Revision zu der Entscheidung vorgetragen werden, die die Mitteilungspflicht aufgehoben hat.

#### b) Fehlende Unterbrechung

§ 338 Nr. 1 b) cc) StPO ist für den Fall vorgesehen, dass ein Urteil ergeht, bevor die Frist für den Besetzungseinwand abläuft. In diesen Fällen tritt dann überhaupt keine Präklusionswirkung ein, wenn ein Unterbrechungsantrag gestellt wurde. Der Tatbestand wirft keine spezifischen Probleme des Revisionsrechts auf. Der genaue Anwendungsbereich dieses Tatbestandes ist stark davon abhängig, ob und unter welchen Bedingungen die Normen zum Besetzungseinwand in landgerichtlichen Verfahren verfassungsgemäß sind.<sup>60</sup>

#### c) Fehlende Entscheidung des Rechtsmittelgerichts

Fehlt eine Entscheidung des Rechtsmittelgerichts auf einen angebrachten Besetzungseinwand, kann der Inhalt dieses Besetzungseinwandes zur Besetzungsrüge aufgewertet werden. In diesen Fällen ist eine *partielle Präklusionswirkung* eingetreten.<sup>61</sup> Dadurch sind alle Angriffe auf die Besetzung ausgeschlossen, die nicht bereits im

<sup>58</sup> BT-Drs. 14747/19, S. 31.

<sup>59</sup> Verneinend: KK-StPO/Gmel, 8. Aufl. 2019, § 222b Rn. 16 m.w.N. Bejahend: Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 7), § 222b Rn. 12.

<sup>60</sup> Dazu Lantermann HRRS 2020, 19.

<sup>61</sup> So auch BeckOK-StPO/Wiedner, a.a.O. (Fn. 45), § 338 Rn. 18.

Besetzungseinwand dargelegt waren. Die vollständige Präklusion wird hier durch § 338 Nr. 1 b) bb) StPO ausgeschlossen.

Der Wortlaut des § 338 Nr. 1 b) bb) StPO bringt die partielle Präklusionswirkung jedoch nicht richtig zum Ausdruck. Der Tatbestand muss insoweit ein Redaktionsversehen enthalten, weil der Wortlaut unter den übrigen Anpassungen des Gesetzes keinen Sinn ergibt. So folgt aus dem Überpunkt des § 338 Nr. 1 b) StPO, dass keine Entscheidung des Rechtsmittelgerichts vorliegen darf. Zusätzlich („und“) verlangt § 338 Nr. 1 b) bb) StPO aber, dass der Besetzungseinwand „übergangen oder zurückgewiesen“ worden sein muss. Die Voraussetzungen dieses Wortlauts können nie erfüllt werden. Für das „Zurückweisen“ des Besetzungseinwandes gilt, dass dies allein dem Rechtsmittelgericht vorbehalten ist. Es ist daher nicht möglich, dass das Rechtsmittelgericht nicht entschieden hat und der Besetzungseinwand zurückgewiesen worden ist. Gemeint ist wohl, dass das Tatgericht nicht abgeholfen haben darf. Auch dies wäre aber unsinnig, weil im Fall der Abhilfe die Präklusion schon über § 222b II 3 StPO bzw. § 338 Nr. 1 a) StPO nicht mehr eintreten kann. Für das „Übergehen“ des Besetzungseinwandes ist es hingegen logisch notwendig, dass das Rechtsmittelgericht nicht entschieden hat. Die Fassung dürfte darauf beruhen, dass unter der alten Rechtslage noch das Tatgericht den Besetzungseinwand zurückweisen konnte. Dies wurde ohne Anpassung in den neuen § 338 Nr. 1 b) StPO übernommen. Die Vorschrift muss daher so verstanden werden, dass bei fehlender Entscheidung des Rechtsmittelgerichts und ordnungsgemäßigem Mitteilungsverfahren die Besetzungsrüge im Umfang eines angebrachten Besetzungseinwandes offensteht. Diese Auslegung bewegt sich noch im Rahmen der zulässigen Rechtsfortbildung, weil der Wille zur Schaffung einer partiellen Präklusionswirkung im Gesetzgebungsverfahren deutlich zum Ausdruck gekommen ist.

Die Revisionsführerin muss ihren Vortrag dahin spezifizieren, dass keine vollständige Präklusionswirkung eingetreten ist. Dazu sind in der Besetzungsrüge die Besetzungsmittelteilung und der Besetzungseinwand darzustellen. Zusätzlich ist der Vortrag notwendig, dass der Besetzungseinwand auch fristgemäß erhoben wurde. Dazu muss der Zeitpunkt der entsprechenden Besetzungsmittelteilung und der Zeitpunkt des Besetzungseinwandes mitgeteilt werden, soweit diese Zeitpunkte nicht bereits anderweitig offensichtlich sind. Es ist in der Besetzungsrüge – im Unterschied zum Besetzungseinwand! – zudem notwendig, alle (weiteren) Besetzungsmittelteilungen mitsamt Bekanntgabezeitpunkten darzustellen oder jedenfalls mitzuteilen, dass die Besetzung sonst nicht mitgeteilt wurde. Letztlich muss – wenn sich dies nicht bereits beiläufig ergibt – erklärt werden, dass keine Entscheidung des Rechtsmittelgerichts ergangen ist. Hat das Rechtsmittelgericht nach der Urteilsfällung noch (höchstwahrscheinlich in Unkenntnis des Urteils) entschieden, muss zumindest erklärt werden, dass diese Entscheidung nach der Urteilsfällung ergangen ist. Diese Angabe reicht auch ohne Mitteilung der genauen Uhrzeiten aus, um den Vortrag auf den Wahrheitsgehalt zu untersuchen. Einen genauen

Vortrag zum Inhalt der Entscheidung des Rechtsmittelgerichts bedarf es dann ebenfalls nicht, weil es auf diesen Inhalt für die Besetzungsrüge nicht mehr ankommt.

Da es sich bei den Präklusionsnormen um Ausschlussnormen handelt, darf der Revisionsführerin auch unter dem Topos der Beweisbarkeit von Verfahrensverstößen keine Beweislast auferlegt werden. Kann das Revisionsgericht auf eine zulässige Rüge keine sichere Überzeugung zum Eintritt der Präklusion gewinnen, muss es die Präklusion als nicht eingetreten betrachten.

Das Revisionsgericht überspannt die Darlegungsanforderungen dann, wenn es Vortrag verlangt, der die Präklusionswirkung aus anderen Gründen ausschließen würde. Der Ausschluss der Präklusionswirkung nach § 338 Nr. 1 b) bb) StPO hat im Gefüge des § 338 Nr. 1 StPO ohnehin die schwächste Wirkung. Wird darüber eine Rüge herangeführt, kann nicht verlangt werden, dass in dieser Rüge auch dargelegt wird, dass der Ausschluss der Präklusion nicht etwa bereits über § 338 Nr. 1 b) aa) StPO eingetreten ist. Die Rüge bleibt freilich erfolglos, wenn der dargelegte Fall des § 338 Nr. 1 b) bb) StPO nach Auffassung des Revisionsgerichts nicht vorliegt und der Vorstoß über einen anderen Ausschluss der Präklusion nicht ordnungsgemäß angebracht ist.

Die ungeklärte Frage, ob § 222b III StPO i.V.m. § 121 I Nr. 4 GVG verfassungsgemäß ist,<sup>62</sup> muss in den Fällen einer fehlenden Entscheidung des Rechtsmittelgerichts geklärt werden. Eine (hier nicht vertretene, aber jedenfalls denkbare) Lösung zur Korrektur dieser Problematik wäre es, den § 222b III StPO verfassungskonform so auszulegen, dass die Vorschrift selbst revisibel ist. Insoweit wird – schon im Hinblick auf eine etwaige Verfassungsbeschwerde – aktuell neben der Besetzungsrüge auch eine Rüge zur unmittelbaren Verletzung des § 222b III StPO erhoben werden müssen.

#### d) Fehlgeschlagenes Mitteilungsverfahren

Revisionsrechtlich interessanter sind die Fälle der fehlgeschlagenen Mitteilungsverfahren. Das sind die Konstellationen, in denen eine Besetzungsmittelteilung erfolgt, die aber keine Präklusionswirkung auslösen kann. Diese Fallgruppe ist der Anwendungsbereich des § 338 Nr. 1 b) aa) StPO.

Bei § 338 Nr. 1 b) aa) StPO sind zwei unterschiedliche Aspekte zu beleuchten. Aus dem Überpunkt in Buchstabe b) ergibt sich auch hier, dass eine Entscheidung des Rechtsmittelgerichts fehlen muss. Aus dem Unterpunkt in aa) folgt sodann, dass die Vorschriften der Mitteilung verletzt worden sein müssen.

#### aa) Verletzung der Vorschriften zur Mitteilung

Bei der Verletzung der Vorschriften über die Mitteilung handelt es sich um eine Generalklausel. Damit ist nicht nur der Fall gemeint, dass überhaupt keine Mitteilung erfolgt ist oder die mitgeteilte Besetzung von der erschienenen Besetzung abweicht. Vielmehr fallen darunter auch

<sup>62</sup> Dies ist – wie bei Lantermann HRRS 2020, 19 dargestellt – nicht der Fall.

solche Defizite, die erst nach der Mitteilung im eigentlichen Sinne auftreten.<sup>63</sup> Das sind insbesondere die oben dargestellten Informationsdefizite während der Prüfungsfrist.

### bb) Fehlende Entscheidung des Rechtsmittelgerichts

Die Formulierung, dass keine Entscheidung des Rechtsmittelgerichts vorliegen dürfte, erzeugt auch in diesem Tatbestand Schwierigkeiten. Die wortlautgetreue Auslegung der Vorschrift führt zu beliebigen Ergebnissen. Denn dann könnte jede Entscheidung des Rechtsmittelgerichts die Präklusionswirkung auslösen.<sup>64</sup> Mit diesem Verständnis wäre es etwa unschädlich, wenn es in der Besetzungsmitteilung heißt, dass die Besetzung A-E entscheiden würde, die Hauptverhandlung aber tatsächlich mit den Richtern F-J stattfand, soweit nur das Rechtsmittelgericht den Besetzungseinwand gegen die Besetzung A-E abschlägig beschieden hat. Ein derartiges Verständnis wird kaum ernsthaft vertreten werden. Dies wird sich auch nicht durch eine korrigierende Auslegung des § 338 Nr. 5 StPO beheben lassen, weil der Besetzungseinwand nicht zur Legalisierung einer bestimmten Besetzung führt. Das Erfordernis, wonach keine Entscheidung des Rechtsmittelgerichts vorliegen darf, damit die Präklusionswirkung nicht eintritt, verleiht dem gesamten Verfahren auch abseits solch klarer Fälle eine sehr eigenartige Dynamik. Denn dadurch wird ein Anreiz geschaffen, bei erkannten Fehlern gerade keinen Besetzungseinwand zu erheben, um eine Entscheidung des Rechtsmittelgerichts zu vermeiden. Das war nicht Ziel der Gesetzesänderung. Es wird sich generell verbieten, Präklusionsregeln so auszulegen, dass gerade ein passiver Beteiligter, der darauf spekuliert, die Fehler des Tatgerichts erst in der Revision zu liquidieren, Vorteile erhält.

Insoweit dürfte sich wenig Widerstand dagegen regen, dass auch § 338 Nr. 1 b) aa) StPO korrigierend ausgelegt werden muss. Dementsprechend hat auch der 5. Strafsenat in der bislang einzigen Entscheidung des BGH zu einer derartigen Konstellation entschieden. Der Senat scheint noch eine Differenzierung einzuziehen, wonach die Verletzung der Vorschriften des Mitteilungsverfahrens jedenfalls ein gewisses Gewicht haben muss, damit die Präklusionswirkung entfällt.<sup>65</sup> Ist dieses Gewicht (dort: unzutreffende Bezeichnung der Funktion eines Schöffen) aber erreicht, bleibt eine Entscheidung des Rechtsmittelgerichts wirkungslos.

Unklar – weil vom 5. Strafsenat nicht zu entscheiden – bleibt, ob sich der Revisionsführer bei sonstigen Defiziten anlasten lassen muss, diese Defizite nicht bereits im Besetzungseinwand angebracht zu haben. Im Ergebnis wird in solchen Fällen nur in sehr engen Grenzen eine Präklusion angenommen werden können. Denn der Gesetzgeber hat keinen Mechanismus in das Gesetz aufgenommen, mit dem Informationsdefizite ab dem Beginn der Hauptverhandlung im Mitteilungsverfahren beseitigt werden

können. Aufschlussreich sind insoweit zwei Entscheidungen der OLG Brandenburg<sup>66</sup> und Hamm.<sup>67</sup> In den entsprechenden Besetzungseinwänden war (nur) geltend gemacht worden, dass Unterlagen zur Gerichtsbesetzung der Verteidigung nicht vorlägen oder unergiebig seien. Mit Recht haben die beiden OLG dies nicht als Angriff auf die Besetzung angesehen und den Besetzungseinwänden den Erfolg versagt. Denn die Entscheidung zum Besetzungseinwand kann nur darauf tenoriert werden, dass die Besetzung fehlerhaft ist. Eine Tenorierung, wonach die Besetzung nicht geprüft werden kann, ist nicht möglich.

Im Umkehrschluss folgt daraus jedoch, dass solche Defizite – wenn sie denn tatsächlich vorliegen und unzumutbar sind – in der Revision angebracht werden können. Da der Gesetzgeber keinen Mechanismus in § 338 Nr. 1 b) aa) StPO installiert hat, der die Besetzungsrüge auf den Umfang eines angebrachten Besetzungseinwandes beschränken könnte, ist in diesen Fällen die unbegrenzte Besetzungsrüge möglich. Eine Auslegung, wonach auch in den Fällen des § 338 Nr. 1 b) aa) StPO eine partielle Präklusionswirkung eintreten würde, würde die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung,<sup>68</sup> die im Bereich von Präklusionsregeln stark limitiert sein müssen, überschreiten.

Leidet das Mitteilungsverfahren an einem hinreichend schweren Mangel, wird sich daher allenfalls in einem sehr kleinen Bereich eine Präklusionswirkung annehmen lassen. Dieser Bereich speist sich aus dem allgemeinen Missbrauchsgedanken. An die Annahme von Missbrauch sind allerdings hohe Anforderungen zu stellen. Bei der Besetzungsmitteilung erst mit Beginn der Hauptverhandlung wird dies in aller Regel ausscheiden. Im Übrigen braucht es eine positive Gewissheit, dass der Revisionsführer einen Fehler erkannt hat und gezielt dessen frühzeitige Behebung vermieden hat.

### cc) Darlegungsanforderungen

Die Revisionsführerin wird in dieser Fallgruppe sehr umfangreichen Tatsachenvortrag leisten müssen. Dazu gehört die Darstellung des gesamten Mitteilungsverfahrens. Dies umfasst auch die Darlegung überholter Besetzungsmitteilungen, weil sich daraus eine vorherige Kenntnis eines Rechtsfehlers ergeben kann. Sodann muss dargelegt werden, wann von dem nunmehr angebrachten Fehler Kenntnis erlangt wurde und warum die Kenntnis erst zu diesem Zeitpunkt erlangt wurde. Dabei ist im Detail darzustellen, worin das Defizit des Mitteilungsverfahrens lag. Insbesondere muss erläutert werden, warum der Mitteilungsfehler nun bekannt geworden ist. Ebenso muss im Detail dargestellt werden, was unternommen worden ist, um dem Defizit des Mitteilungsverfahrens entgegenzuwirken. Das Revisionsgericht muss hierbei jedoch auch darauf achten, dass die Anforderungen an den Vortrag nicht überspannt werden. So wird gerade bei Pannenfällen auch eine sehr kurze Darstellung ausreichen können. Etwa dann, wenn ein Einwandführer auf Nachfrage versehentlich nicht die

<sup>63</sup> Bt-Drs. 14747/19, S. 36.

<sup>64</sup> So aber BeckOK-StPO/Wiedner, a.a.O. (Fn. 45), § 338 Rn. 15.1, 19.2.

<sup>65</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 172.

<sup>66</sup> OLG Brandenburg, Beschl. v. 4. November 2020 – 1 Ws 135/20 = StV 2021, 815 (LS) m. zust. Anm. Reichling/Borgel.

<sup>67</sup> OLG Hamm, Beschl. v. 14. August 2020 – 1 Ws 318/20, Rn. 49 f.

<sup>68</sup> Vgl. BVerfG HRRS 2007 Nr. 647, Rn. 121 = BVerfGE 118, 212, 243 und die in BVerfG HRRS 2009 Nr. 296, Rn. 95 ff. = BVerfGE 122, 248, 283 ff. (Sondervotum) dargestellten Grundsätze.

neusten Beschlüsse zur Änderung des Geschäftsverteilungsplans übermittelt bekommen hat und dies auch nicht selbst erkennen konnte. Jeder Einwandführer darf ein grundsätzliches Vertrauen in die Justizverwaltung haben. Er muss sich erst dann Defizite anrechnen lassen, wenn die Justizverwaltung dieses Vertrauen zuvor (erkennbar) erschüttert hat. Kann nicht mehr ermittelt werden, warum genau das Mitteilungsverfahren fehlgeschlagen ist, steht dies einer erfolgreichen Besetzungsrüge nicht zwangsläufig entgegen. Denn die bestimmte Behauptung eines Verfahrensfehlers muss sich nur auf den Besetzungsfehler beziehen. Für den Ausschluss der Präklusionswirkung reicht die bestimmte Behauptung, dass das Mitteilungsverfahren *im Ergebnis* fehlerhaft war. Dazu ist es nicht notwendig aufzuklären, ob dieser Fehler seinen Ursprung nun in der Justizverwaltung, dem Vorsitzenden oder der Geschäftsstelle hat, soweit nur dargelegt werden kann, dass die Revisionsführerin die Verantwortung jedenfalls nicht trägt.

### e) Verfassungsverstöße des Rechtsmittelgerichts

Die letzte Fallgruppe betrifft vom Rechtsmittelgericht begangene oder nicht beachtete Verfassungsverstöße. Die Geltendmachung von Fehlern aus dieser Fallgruppe ist rechtliches Neuland. Denn die verfassungsrechtlichen Rahmenbedingungen für Präklusions- bzw. Subsidiaritätsnormen des einfachen Rechts sind kaum geklärt. Gleichzeitig dürfte diese Fallgruppe aber die größte Relevanz haben. Denn beachtliche Besetzungsfehler sind wegen Art. 101 I 2 GG meist Verfassungsverstöße.

#### aa) Grundlagen

Zur Beleuchtung der Thematik müssen zuerst einige Grundlagen zum Verhältnis des Rechtsmittelrechts zum Verfassungsprozessrecht dargestellt werden.

Bei der Rüge von Verfassungsverstößen stellt sich die grundlegende Frage des materiellen Verfassungsrechts, unter welchen Bedingungen der Gesetzgeber einen Verfassungsverstoß durch Vorschriften des einfachen Rechts fortpräkludieren kann. Auf den ersten Blick wirkt es so, dass diese Frage einfach zu beantworten sei. Ganz gleich, ob aus Art. 19 IV GG ein Anspruch auf Rechtsschutz gegen den Richter abzuleiten ist, besagt selbst dieser Anspruch nicht, dass der einfache Gesetzgeber den Rechtsschutz nicht unter Bedingungen stellen darf. Diese Betrachtung erschöpft das Problem aber nicht.

#### (1) Der Begriff des „selbstständigen Zwischenverfahrens“

Dies zeigt ein Ausflug in das Verfassungsprozessrecht. Dort taucht regelmäßig die Frage auf, ob sogenannte Zwischenentscheidungen selbstständig mit einer Verfassungsbeschwerde angegriffen werden können. Eine Zwischenentscheidung in diesem Sinne ist jede gerichtliche Entscheidung, die in Vorbereitung der Endentscheidung

ergeht. In Strafsachen gibt es vor jedem Urteil eines Tatgerichts sehr viele Zwischenentscheidungen.

Zur Bestimmung, ob gegen solche Zwischenentscheidungen die Verfassungsbeschwerde unmittelbar zulässig ist, reicht das Kriterium der Rechtswegerschöpfung nicht aus. Der Gesetzgeber sieht für die Anfechtung solcher Zwischenentscheidung (etwa: sofortige Beschwerde zu Entscheidungen über die Pflichtverteidigerbestellung) häufig einen eigenen Instanzenzug vor, der schnell erschöpft ist. Deshalb gibt es neben der Erschöpfung des Rechtswegs noch das aus § 90 II BVerfGG abgeleitete Kriterium der (formellen) Subsidiarität. Allgemein besagt dieses, dass eine Verfassungsbeschwerde nur dann zulässig ist, wenn der Beschwerdeführer neben der Erschöpfung des Rechtswegs im engeren Sinne auch solche Mittel eingesetzt hat, die seine Beschwerde mittelbar beseitigen könnten.

Ob nun das Beschreiten des Hauptrechtsweges (hier: die Revision) ein solches Mittel ist, konkretisiert das BVerfG auf einer ersten Ebene mit dem Begriff des „selbstständigen Zwischenverfahrens“.<sup>69</sup> Die „Selbstständigkeit“ ist dann gegeben, wenn das einfache Recht eine Frage vollständig aus dem Instanzenzug herauszieht und für die Zwischenentscheidung einen eigenen Instanzenzug begründet. Ein anschauliches Beispiel für ein selbstständiges Zwischenverfahren ist die Ablehnung von Gerichtspersonen im Zivilprozess.<sup>70</sup> § 46 II ZPO legt dazu fest, dass der ablehnende Beschluss zu einem Ablehnungsgesuch mit der sofortigen Beschwerde (und dann der Rechtsbeschwerde) angefochten werden kann. Zugleich riegeln §§ 547 Nr. 3 und 557 II ZPO die Revision vor der Geltendmachung der Befangenheit ab.<sup>71</sup> Dort kann – vgl. den abweichenden Wortlaut des § 338 Nr. 3 StPO – nicht mehr die Befangenheit an sich vorgebracht werden. Ist nun eine Zwischenentscheidung in diesem Sinne selbstständig, kann sie eigenständig mit der Verfassungsbeschwerde angegriffen werden. Ob eine Zwischenentscheidung selbstständig ist, muss abstrakt bewertet werden. Andernfalls verliert der Begriff seine Trennschärfe, die er in das oft unklare Kriterium der formellen Subsidiarität bringen soll.

Auf einer zweiten Ebene nutzt das BVerfG noch ein Kriterium, dass sich aus § 90 II 2 BVerfGG ableitet und als „Unzumutbarkeit“ umschrieben werden kann.<sup>72</sup> Demnach kann auch bei der „unselbstständigen“ Zwischenentscheidung eine sofortige Verfassungsbeschwerde zulässig sein. Dies setzt allerdings voraus, dass bereits in der Zwischenentscheidung eine so gravierende Beschwer liegt, dass ein Abwarten des Hauptinstanzenzuges nicht zugemutet werden kann. Dieses Kriterium ist daher nur auf den Einzelfall bezogen. Die Entscheidung zu diesem Kriterium ist (zumindest) normativ geprägt. In Strafsachen wird dieses Kriterium von der 2. Kammer des 2. Senats sehr restriktiv (aber vorhersehbar) gehandhabt.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 1. Juni 2021 – 2 BvR 890/20; BVerfG, Beschl. v. 15. Juni 2015 – 1 BvR 1288/14; BVerfG, Beschl. v. 23. Oktober 2007 – 1 BvR 782/07 = BVerfGE 119, 292 (294); BVerfG, Beschl. v. 27. Oktober 1999 – 1 BvR 385/90 = BVerfGE 101, 106 (120).

<sup>70</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15. Juni 2015 – 1 BvR 1288/14; BVerfG, Beschl. v. 1. Juni 2021 – 2 BvR 890/20 zum Verwaltungsprozess.

<sup>71</sup> Vgl. nur BGH, Beschl. v. 30. November 2006 – III ZR 93/06. Dargestellt z.B. in BVerfG HRRS 2020 Nr. 1316, Rn. 42.

<sup>72</sup> Etwa BVerfG HRRS 2019 Nr. 320, Rn. 3 m.w.N.: Verhandeln unter Gefahr nicht ordnungsgemäßer Verteidigung reicht nicht aus.

## (2) Ist § 222b III StPO ein „selbstständiges Zwischenverfahren“?

Die 2. Kammer des 2. Senats meint nun in einer aktuellen Entscheidung, dass die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts eine selbstständige Zwischenentscheidung ist.<sup>74</sup> Damit findet sich die Kammer in Gesellschaft der auch im Gesetzgebungsverfahren (am Rande) vertretenen Auffassung.<sup>75</sup> Allerdings: Diese Auffassung kann bereits mit den Ausführungen von oben nicht zutreffen und dies wird insbesondere durch die dargestellte Entscheidung des 5. Strafsenats<sup>76</sup> unterstrichen.

Denn über § 338 Nr. 1 StPO ergibt sich, dass in der Revision immer eingebracht werden kann, dass überhaupt keine Präklusion eingetreten sei. Die für die Selbstständigkeit eines Zwischenverfahrens gerade entscheidende Abriegelung des Hauptinstanzenzuges fehlt deshalb. Statt dieser Abriegelung hat der Gesetzgeber nur eine Umformung der Rechtsfrage eingebaut. Aus der Frage, ob die Besetzung fehlerhaft war, wird in der Revision (zuerst) die Frage, ob die Präklusion überhaupt eingetreten ist. Das reicht nicht aus, um ein selbstständiges Zwischenverfahren zu begründen.

Dem lässt sich auch nicht mit Erfolg entgegensetzen, dass das BVerfG der Auffassung des 5. Strafsenats nicht folgen muss. Denn alle Kammern des BVerfG binden sich bei der Bewertung der formellen Subsidiarität an die Auffassungen der Fachgerichte, soweit diese selbst vertretbar sind.

Die Entscheidung des 5. Strafsenats zeigt zugleich, warum nicht zu erwarten ist, dass die 2. Kammer des 2. Senats an der Einordnung als selbstständiges Zwischenverfahren langfristig festhalten wird. Denn in dem vom 5. Strafsenat behandelten Fall wäre mit der Rechtsprechung der Kammer auch sogleich die Verfassungsbeschwerde möglich gewesen. Das würde aber dem zentralen Grundsatz des § 90 II BVerfGG widersprechen, der verhindern soll, dass das BVerfG unnötigerweise mit Verfassungsbeschwerde befasst wird, wenn die Fachgerichte den Verfassungsverstößen ebenso abhelfen könnten. Eine Dualität der Rechtsbehelfe gibt es nur im Rahmen der Gewährung einer Vorabentscheidung in § 90 II 2 BVerfGG.

Sollte nun über das Kriterium der Unzumutbarkeit – generell – abgeleitet werden, dass die Verfassungsbeschwerde gleich gegen die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts betrieben werden kann, führt dies zu Problemen. Denn auch dieses Kriterium muss substantiiert werden. Es müsste dann immer in der Verfassungsbeschwerde dargelegt werden, dass eine Revision keine Aussicht auf Erfolg hätte, weil die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts an den „falschen“ (= in der Revision unbeachtlichen) Fehlern leidet. Diese Darstellung würde die Verfassungsbeschwerde an sich an ihre Leistungsgrenze bringen. Es gibt Fallkonstellationen, in denen mehrere Fehler vorgetragen

werden können. Von diesen könnten dann manche in der Revision beachtlich und manche unbeachtlich sein. Zudem würde die Bejahung der Unzumutbarkeit auch nicht zur sonstigen Rechtsprechung passen. Gerade die 2. Kammer des 2. Senats sieht in aller Regel keine ausreichende Beschwer darin, dass der Betroffene mit einer fehlerhaften Verhandlung konfrontiert wird.<sup>77</sup> Zudem müsste auch überlegt werden, welche Auswirkung es auf andere Prozessordnungen hätte, wenn das fehlerhafte Verhandeln – allgemein? – als ausreichende Beschwer anerkannt würde.

## bb) Durchrügen in der Revision?

Wenn nun aber in der Regel keine unmittelbare Verfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts betrieben werden kann, drängt sich die Frage auf, wie dies die Revision umformt.

Denn der dargestellte Grundsatz der formellen Subsidiarität hat auch Rückwirkungen in den Instanzenzug der Fachgerichte hinein. Die Verfassungsbeschwerde ist der Schlussstein der innerstaatlichen Rechtsbehelfskonstruktion. Treten die Revision und die Verfassungsbeschwerde in Konkurrenz, setzt sich die Verfassungsbeschwerde stets durch. Muss vor der Verfassungsbeschwerde ohnehin die Revision betrieben werden, so darf sich das Revisionsgericht sinnvollerweise nicht zur bloßen Durchlaufinstanz herabsetzen. So dürfte es einem Revisionsgericht unter Geltung des Art. 19 IV GG allgemein verwehrt sein, einer Rüge den Erfolg zu verweigern, die eine spätere Verfassungsbeschwerde begründen würde.<sup>78</sup> Solche *Durchrügen* – also die Geltendmachung der Verfassungsbeschwerde innerhalb der Revision – haben in Strafsachen bislang kaum Relevanz.<sup>79</sup> Sie sind aber nicht unbekannt. In den anderen Prozessordnungen sind solche Konstruktionen (insb. zu Art. 103 I GG) ein wesentlicher Treiber der Nichtzulassungsbeschwerden- bzw. Revisionspraxis.

## cc) Anpassung der Prüfungsmaßstäbe?

Wird dieser Gedanke zu Ende gedacht, würde sich durch die Gesetzesänderung – abgesehen von der Einführung des Rechtsmittelgerichts als Zusatzinstanz – überhaupt keine wesentliche Veränderung ergeben haben. Denn die Verfassungsbeschwerde selbst kann – zweifelsfrei – nicht durch die Änderung des einfachen Rechts fortpräkludiert worden sein. Sie unterliegt nur dem Grundsatz materieller Subsidiarität, dem sie auch zuvor unterlag. Zugleich gibt es praktisch keine Besetzungsfrage, die keine Verfassungsfrage ist. Kann nun aber in der Revision der Inhalt der Verfassungsbeschwerde vorgebracht werden, müsste die Revision in der Lage sein, die Präklusion zu brechen, soweit der Besetzungseinwand sorgsam betrieben worden ist.

Aus diesen Zusammenhängen sind nun zwei Schlussfolgerungen denkbar.

<sup>74</sup> BVerfG, Beschl. v. 16. Dezember 2021 – 2 BvR 2076/21 u.A.

<sup>75</sup> Etwa *Norouzi*, Stellungnahme DAV, S. 9 f.; *Jahn*, Stellungnahme, S. 15; *Caspari*, Stellungnahme, S. 23.

<sup>76</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 172.

<sup>77</sup> Etwa BVerfG HRRS 2019 Nr. 230, Rn. 4 m.w.N.

<sup>78</sup> In diese Richtung geht insb. die Rechtsprechung der 1. Kammer des 2. Senats zum Strafvollstreckungsrecht, wo

regelmäßig Rechtsmittelgerichten ein gesonderter Verstoß gegen Art. 19 IV GG attestiert wird, z.B. BVerfG HRRS 2021 Nr. 1190.

<sup>79</sup> Abgesehen von BGH, Beschl. v. 13. Dezember 1967 – 2 StR 544/67 = BGHSt 22, 26 und einigen Fälle zu den materiellen Grundrechten.

Es könnte angenommen werden, dass es einen bislang nicht beschriebenen Grundsatz gibt, wonach ein Zwischenverfahren eindeutig selbstständig oder unselbstständig sein muss. Der Gesetzgeber müsste es daher entweder vollständig in den normalen Instanzenzug eingliedern oder den normalen Instanzenzug durch entsprechende Regelungen vollständig von dem Zwischenverfahren abriegeln. Die Missachtung dieses Grundsatzes führt nicht zur Verfassungswidrigkeit, aber zur Störung der Funktion des Zwischenverfahrens. Da das Grundgesetz die Verfassungsbeschwerde und auch deren Nachrangigkeit kennt (Artt. 93 I Nr. 4a; 94 II 2 GG), spräche einiges dafür, dass dies kein nur aus den Zusammenhängen des BVerfGG abgeleiteter Grundsatz, sondern eine originäre Aussage des Verfassungsrechts (aus Art. 19 IV GG) ist.

Die andere Schlussfolgerung wäre, dass es einen aus Art. 19 IV GG abgeleiteten Grundsatz gibt, wonach der Prüfungsmaßstab der Verfassungsbeschwerde entwicklungsfähig ist und sich zurückbildet, wenn der einfache Gesetzgeber einen umfangreicheren Rechtsschutz zur Verfügung stellt. Dies könnte sich etwa dahin auszeichnen, dass das BVerfG die Revisionsentscheidung zur Besetzungsfrage nicht mehr unmittelbar an Art. 101 I 2 GG misst. Stattdessen würde ein nur noch eingeschränkter Prüfungsmaßstab auftreten, der sich aus Art. 19 IV ableitet und danach fragt, ob das Revisionsgericht ausreichenden Rechtsschutz zur Besetzungsfrage gewährt hat. Dies wäre eine radikale Gegenbewegung zur Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 101 I 2 GG in den letzten zwei Jahrzehnten. Denn diese zeichnet sich durch einen hohen Grad an Detailkontrolle aus. Mit Anerkennung einer solchen Konstruktion hätte die Einführung des Zwischenverfahrens aber tatsächlich einen Gewinn für die Rechtsanwendung. Sie würde dafür sorgen, dass sich der Instanzenzug stärker pyramidenförmig gestaltet. Damit geht zwangsläufig eine Entlastung der höheren Instanz (und des BVerfG) ohne Verlust an Rechtsschutz einher.

Die Rahmenbedingen solcher Anpassungen in den Prüfungsmaßstäben lassen sich hier nicht abschließend darstellen. Es kann aber zumindest festgehalten werden, dass die beschriebenen *Durchrügen* in der Revision zumindest für die vom Rechtsmittelgericht selbst begangenen Verstöße gegen in der Verfassungsbeschwerde beachtliche Rechte möglich sein müssen.

#### dd) Einzelne Verfassungsverstöße

Es sind damit drei wesentliche Fallgruppen denkbar.

##### (1) Primäre Verstöße gegen Art. 101 I 2 GG

Als primärer Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG ist gemeint, dass das Rechtsmittelgericht mit Unrecht auf einen Entzug des gesetzlichen Richters nicht abgeholfen hat. Diese Fälle werfen die oben dargestellten Besonderheiten zur Grenzziehung zwischen Verfassungsbeschwerde und Revision auf. Können diese Verstöße grundsätzlich in der Revision angebracht werden, werfen sie keine spezifischen Besonderheiten mehr auf.

<sup>80</sup> KG, Beschl. v. 27. April 2020 – 4 Ws 29/20, insb. Rn 13 f.

<sup>81</sup> Statt aller: BVerfG, Beschl. v. 17. August 2021 – 2 BvR 1368/20, Rn. 18 mwN.

##### (2) Sekundäre Verstöße gegen Art. 101 I 2 GG

Als sekundärer Verstoß gegen Art. 101 I 2 GG ist hingegen gemeint, dass das Rechtsmittelgericht seine eigene Vorlagepflicht in § 121 II Nr. 4 GVG missachtet. Ein Beispiel für einen solchen Verfassungsverstoß liefert eine Entscheidung des Kammergerichts.<sup>80</sup> Darin führt der Senat aus, dass eine Ansicht des 2. Strafsenats des BGH „nicht alternativlos“ sei und bezieht sich dazu auf eine Ansicht des 5. Strafsenats des BGH. Ungeachtet der Frage, ob die Auffassung des 2. Strafsenats zur Schöffenentbindung in der Sache zutrifft, steht es keinem OLG-Senat zu, eine (etwaige) Binnendivergenz des BGH ohne Vorlage in die eine oder andere Richtung zu entscheiden. Dieser Verstoß kann zum Gegenstand einer erfolgreichen Verfassungsbeschwerde gemacht werden. Dieser Verstoß müsste auch dann in der Revision geltend gemacht werden können, wenn die Revision die Präklusion nicht allgemein brechen kann. Denn es handelt sich dabei um einen erstmalig vom Rechtsmittelgericht begangenen Verfassungsverstoß. Der BGH kann solche Verfassungsverstöße noch ohne Aufhebung korrigieren, indem er die Binnendivergenz beseitigt und so dann die Besetzungsfrage in der Sache entscheidet.

Fraglich bleibt, ob der BGH auch dann korrigierend eingreifen muss (oder darf), wenn er zwar eine Divergenz erkennt, diese aber noch nicht Art. 101 I 2 GG verletzt, weil es sich um eine bloße Fehlanwendung des Rechts handelt. Da die Einheitlichkeit der Rechtsprechung mit Art. 95 III GG Verfassungsrang genießt, gäbe es gute Gründe für das Eingreifen auch in solchen Fällen.

##### (3) Verstöße gegen Art. 19 IV GG

Weiterhin wird es in Betracht kommen, gegen den Beschluss des Rechtsmittelgerichts die Verletzung des Gebots auf effektiven Rechtsschutz geltend zu machen. Dabei kommt es nicht darauf an, ob Art. 19 IV GG auch Rechtsschutz gegen den Richter gewährt. Denn es ist jedenfalls anerkannt, dass Art. 19 IV GG auch dann verletzt wird, wenn eine durch das einfache Recht geschaffene Rechtsschutzmöglichkeit in nicht hinnehmbarer Art erschwert wird. Das BVerfG fasst dies insbesondere unter dem Begriff des Leerlaufens eines Rechtsmittels zusammen.<sup>81</sup> Darunter lassen sich Fälle einordnen, in denen das Rechtsmittelgericht unnötigen Tatsachenvortrag verlangt. Ebenso sind es die Fälle, in denen das Vorbringen des Einwandführers nur sinnenstellend erfasst oder nur teilweise zur Kenntnis genommen wird. Generell fallen auch Erschwernisse hierunter, die das Rechtsmittelgericht ohne Stütze im Gesetz einbaut.

Ein Beispiel für einen solchen Fall liefert eine Entscheidung des OLG Hamm.<sup>82</sup> Dort war ein Besetzungseinwand am letzten Tag der Besetzungseinwandsfrist um 14:24 Uhr an das Landgericht gefaxt worden. Dem Verteidiger waren sodann um 15:09 Uhr weitere Unterlagen zur Überlastungsanzeige vom Landgericht zugefaxt worden, die er zuvor zweifach angefordert hatte. Das OLG Hamm war der Auffassung, dass der erhobene Besetzungseinwand missbräuchlich sei, weil der Inhalt der Unterlagen zur

<sup>82</sup> OLG Hamm, Beschl. v. 18. August 2020 – 1 Ws 325/20.

Überlastungsanzeige nicht mitgeteilt worden war. Daran würde es auch nichts ändern, dass das Fax des Landgerichts erst nach Absendung des Besetzungseinwandes einging.

Jedenfalls mit dieser Begründung ist der Beschluss des OLG Hamm nicht haltbar: § 222b I 3 StPO gibt vor, dass alle Beanstandungen einheitlich geltend gemacht werden müssen. Das entzieht der Argumentation des OLG den Boden. Das OLG stellt zudem keinerlei Umstände fest, die belegen könnten, dass der Besetzungseinwand gezielt frühzeitig abgeschickt wurde, was möglicherweise noch eine Missbräuchlichkeit darstellen könnte. Im Übrigen ist es nicht angängig, vom Einwandführer Vortrag zu verlangen, der ihm – selbst nach den Feststellungen! – unbekannt war. Darin liegt ein Verstoß gegen Art. 19 IV GG, weil sich das OLG einer sachlichen Befassung ohne Stütze im Prozessrecht versperrt. Ob in diesem Fall auch über § 338 Nr. 1 b) aa) StPO die Präklusion bei Entscheidung des OLG nicht eingetreten wäre und die Entscheidung daher aus anderen Gründen richtig sein könnte, ist insoweit nicht mehr von Belang.

Der Fall zeigt jedoch sehr eindrücklich, warum es notwendig ist, dass die Tatgerichte die Besetzung jederzeit erneut mitteilen können: Das richtige Vorgehen des Tatgerichts wäre es hier gewesen, die Besetzung gleich mit der Übersendung der Überlastungsanzeige erneut mitzuteilen und so die Frist erneut zu starten. Zu diesem Zeitpunkt stand noch mehr als eine Woche bis zum Beginn der Hauptverhandlung zur Verfügung. Der Fall verdeutlicht zugleich, warum es notwendig ist, dass sich die Tatgerichte über vorherige Entscheidungen der Rechtsmittelgerichte durch erneute Mitteilung hinwegsetzen können müssen. Es ist unzumutbar, dass ein eigenes Verfahren durch eine defizitäre Entscheidung des Obergerichtes insgesamt bedroht wird.

## 6. Verfassungsbeschwerde

Das Erheben einer Verfassungsbeschwerde ist aufgrund der dargestellten Unklarheiten ein kompliziertes Unterfangen. Verfassungsbeschwerden zu den LVerfG gegen Entscheidungen der OLG als Rechtsmittelgerichte sind ausnahmslos unstatthaft, weil das Revisionsverfahren bundesgerichtlich determiniert ist.<sup>83</sup>

### a) Aktuelle Auffassung der 2. Kammer des 2. Senats

Sollte die 2. Kammer des 2. Senats auf ihrer Auffassung beharren – worauf sich Beschwerdeführerinnen zumindest

einstellen müssen<sup>84</sup> – so kann die Verfassungsbeschwerde gleich gegen den Beschluss des Rechtsmittelgerichts erhoben werden. Inhaltlich gelten dann die Maßstäbe, die unter V. 5. d) zur Revision dargestellt sind. Im Hinblick auf die bestehenden Unklarheiten ist vor dem sog. Parken solcher Verfassungsbeschwerden im allgemeinen Register<sup>85</sup> während des Revisionsverfahrens zu warnen. Denn es ist wegen der Eigenheit der neuen Rechtslage damit zu rechnen, dass das Gericht dieses Verhalten hier – erstmals – als missbräuchlich ansehen wird, weil dadurch eine abschließende Entscheidung herausgezögert werden kann.

Mit der bisherigen Auffassung der 2. Kammer des 2. Senats müsste sehr genau bestimmt werden, was an der Rechtskraft einer Kammerentscheidung teilnimmt. Es müsste dann geklärt werden, ob das Revisionsgericht der im Nichtannahmebeschluss dargelegten Auffassung der Kammer widersprechen darf und ob überhaupt (weitere) Verfahrensfehler in der Revision geltend gemacht werden dürfen, wenn einmal eine Verfassungsbeschwerde betrieben worden ist.

Ist eine Verfassungsbeschwerde unmittelbar gegen eine Entscheidung des Rechtsmittelgerichts doch erfolgreich, muss geklärt werden, ob das BVerfG auch ein zwischenzeitlich gesprochenes Urteil in analoger Anwendung des § 95 II BVerfGG oder mittels Vollstreckungsanordnung aufheben kann. Ist dies nicht der Fall, muss unter Umständen die Wiedereinsetzung in die Revisionsbegründungsfrist bedacht werden.

### b) Abweichende Auffassung

Für die – nach hier vertretener Auffassung – allein relevante zweite Verfassungsbeschwerde nach Abschluss der Revisionsinstanz muss insbesondere der Grundsatz materieller Subsidiarität und die zugehörige Substantiierung geachtet werden. Dazu muss die Revision ordnungsgemäß betrieben worden sein. Dazu könnte auch das Anbringen eines relativen Revisionsgrundes nach § 222b StPO zählen. Es muss jedenfalls erläutert werden, warum diese Rüge aussichtslos gewesen wäre.

Inhaltlich wird die zweite Verfassungsbeschwerde darauf hinauslaufen, dass weder die Entscheidung des Rechtsmittelgerichts noch die Revision ein angemessenes Niveau an Rechtsschutz verschafft haben. Da die Grenzziehung zwischen beiden Instanzen nicht trennscharf ist, wird es auf eine Gesamtbetrachtung beider Entscheidungen ankommen.

<sup>83</sup> Vgl. BVerfG, Beschl. v. 15. Oktober 1998 – 2 BvN 1/95, Rn. 86 = BVerfGE 96, 345, 371 f.

<sup>84</sup> Zum Umgang mit Unklarheiten im Bereich der Rechtsmittelabgrenzung: BVerfG, Beschl. v. 1. Juni 2021 – 2 BvR 890/20, Rn. 21 ff.

<sup>85</sup> Erläutert bei Jahn, in: Jahn/Krehl/Löffelmann/Güntge (Hrsg.), Die Verfassungsbeschwerde in Strafsachen, 2. Aufl. (2017), Rn. 235 f.

## Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

## Schrifttum

## Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

## Rechtsprechung

## Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

**1. BVerfG 2 BvQ 101/21 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Dezember 2021 (LG Hannover)**

Einstweilige Anordnung gegen die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe nach Einbeziehung in eine zur Bewährung ausgesetzte Gesamtfreiheitsstrafe (Freiheitsgrundrecht; unzulässiger Entscheidungsdruck zur Rücknahme eines Rechtsmittels gegen die Gesamtstrafenentscheidung; Verschlechterungsverbot).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 331 StPO; § 358 StPO; § 458 Abs. 1 StPO

**2. BVerfG 2 BvR 1282/21 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Dezember 2021 (OLG Düsseldorf)**

Auslieferung an die Russische Föderation zum Zwecke der Strafverfolgung (unabdingbare verfassungsrechtliche

Grundsätze; verbindlicher völkerrechtlicher Mindeststandard; Recht auf effektiven Rechtsschutz; hinreichende gerichtlich Sachverhaltsaufklärung; Gefahr der politischen Verfolgung im Zielstaat; inszenierte Vorwürfe; Gesamtwürdigung der zu erwartenden Haftbedingungen; Haftraumgröße; verfügbare Fläche in einer Gemeinschaftszelle; Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens; Erschütterung des Vertrauens bei systemischen Defiziten im Zielstaat; völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen; Zweifel an der Belastbarkeit; eigene gerichtliche Gefahrprognose).

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

**3. BVerfG 2 BvR 2038/18 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. November 2021 (LG Münster / AG Münster)**

Vorläufige Sicherstellung von Datenträgern und Unterlagen zum Zwecke der Durchsicht bei einem Berufsgeheimnisträger (Beschlagnahmeverbot beim Steuerberater des Beschuldigten; Rückausnahme bei Tatverdacht gegen den Zeugniserweigerungsberechtigten; Sichtungsverfahren als Teil der Durchsichtung; Erfüllung der Durchsichtungsvoraussetzungen zum Zeitpunkt der Entscheidung über die Durchsicht; Begründung eines Anfangsverdachts nicht erst durch eine den Verdacht bereits voraussetzende Ermittlungsmaßnahme).

Art. 3 Abs. 1 GG; § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StPO; § 97 Abs. 1 StPO; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 102 StPO; § 103 StPO; § 110 StPO; § 160a Abs. 4 StPO; § 370 Abs. 1 AO

#### **4. BVerfG 2 BvR 2080/21 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 1. Dezember 2021 (LG Koblenz)**

Lockerungen im Strafvollzug zur Erhaltung der Lebensfähigkeit langjährig Inhaftierter (Resozialisierungsgrundrecht; Vollzugslockerungen auch ohne konkrete Entlassungsperspektive und nicht erst bei Anzeichen einer haftbedingten Deprivation; Erforderlichkeit zumindest von Ausführungen; keine Versagung unter bloßem Hinweis auf den personellen Aufwand; Grundrechtsrelevanz der Personalausstattung von Justizvollzugsanstalten).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 109 StVollzG; § 113 Abs. 1 StVollzG

#### **5. BGH 1 StR 114/21 – Beschluss vom 8. September 2021 (LG Koblenz)**

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Berechnung der hinterzogenen Sozialversicherungsbeiträge; Anwendungsbereich von § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV).

§ 266a Abs. 1 StGB; § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV, § 1 Abs. 2, Abs. 3 SchwarzArbG; § 2 Abs. 3 StGB

#### **6. BGH 1 StR 148/21 – Beschluss vom 30. Juni 2021 (LG Baden-Baden)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen).

§ 261 StPO

#### **7. BGH 1 StR 215/21 – Beschluss vom 3. November 2021 (LG Saarbrücken)**

Steuerhinterziehung durch Unterlassen (Tatvollendung: Abschluss der Veranlagungsarbeiten im Wesentlichen, lediglich Versuch bei vorheriger Suspendierung der Erklärungspflicht durch Kenntniserlangung vom Strafverfahren, nemo tenetur).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; Art. 6 EMRK

#### **8. BGH 1 StR 236/21 – Beschluss vom 4. November 2021 (LG München I)**

Steuerhinterziehung durch Unterlassen (Eintritt des Taterfolgs der Steuerverkürzung; Abschluss der Veranlagungsarbeiten des zuständigen Finanzamts im Wesentlichen, erforderliche Feststellungen).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 261 Abs. 1 Satz 1 StPO

Bei der Hinterziehung von Veranlagungssteuern durch Unterlassen tritt – sofern nicht vorher ein Schätzungsbescheid ergangen ist – der Taterfolg der Steuerverkürzung zu dem Zeitpunkt ein, zu dem die Veranlagung

stattgefunden hätte, wenn die Steuererklärung pflichtgemäß eingereicht worden wäre; dies ist spätestens dann der Fall, wenn das zuständige Finanzamt die Veranlagungsarbeiten für die betreffende Steuerart und den betreffenden Zeitraum im Wesentlichen abgeschlossen hat. Hierzu bedarf es ausreichender tatsächlicher Feststellungen.

#### **9. BGH 1 StR 270/21 – Beschluss vom 20. Oktober 2021 (LG Kaiserslautern)**

Umsatzsteuerhinterziehung (Strafzumessung: Höhe der verkürzten Steuer: keine Verdoppelung durch Vorsteuerabzug hinsichtlich Eingangsumsatz und unterlassener Nicht-Anmeldung hinsichtlich Ausgangsumsatz).

§ 370 Abs. 1 AO; § 46 StGB; § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 UStG

#### **10. BGH 1 StR 291/21 – Beschluss vom 2. November 2021 (LG Karlsruhe)**

Fehlende Schuldfähigkeit (Voraussetzungen: zweistufige Prüfung, erforderliche Darstellung im Urteil).

§ 20 StGB, § 21 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

#### **11. BGH 1 StR 297/21 – Beschluss vom 6. Oktober 2021 (LG Kiel)**

Steuerhinterziehung (konkurrenzrechtliches Verhältnis unrichtiger Umsatzsteuervoranmeldungen und Umsatzsteuerjahreserklärungen: mitbestrafte Vortat).

§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; § 18 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1 UStG

#### **12. BGH 1 StR 77/21 – Urteil vom 7. Oktober 2021 (LG Lübeck)**

Rüge der örtlichen Zuständigkeit (keine erneute Überprüfung des Vorliegens eines hinreichenden Tatverdachts); Hinterziehung von Tabaksteuer (Erfolgsort der Tat: andauernde Perpetuierung des Taterfolgs während des Transports der eingeführten Tabakwaren zum Bestimmungs-ort).

§ 16 Abs. 1 StPO; § 370 Abs. 1 Nr. 3 AO; § 9 StGB; § 23 Abs. 1 Satz 1 TabStG

#### **13. BGH 1 StR 322/21 – Beschluss vom 2. November 2021 (LG Ravensburg)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen: Bewertungseinheit, Serientat).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB

#### **14. BGH 1 StR 327/21 – Beschluss vom 19. Oktober 2021 (LG Stuttgart)**

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen).

§ 64 Satz 1 StGB

#### **15. BGH 1 StR 341/21 – Beschluss vom 16. November 2021 (LG Augsburg)**

Gesamtstrafenbildung.

§ 54 StGB

#### **16. BGH 1 StR 370/21 – Beschluss vom 3. November 2021 (LG Osnabrück)**

Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand (erforderliche Angaben zum Zeitpunkt des Wegfalls des Hindernisses).

§ 44 Satz 1 StPO; § 45 Abs. 2 Satz 1 StPO

**17. BGH 1 StR 394/21 – Beschluss vom 3. November 2021 (LG Stuttgart)**

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

**18. BGH 1 StR 410/21 – Beschluss vom 30. November 2021 (LG Landshut)**

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

**19. BGH 3 StR 105/21 – Urteil vom 4. November 2021 (LG Koblenz)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei freisprechendem Urteil (Prüfungsumfang; Widersprüche oder Lückenhaftigkeit; Hinweggehen über schwerwiegende Verdachtsmomente; fehlende Erörterung der Motivation für verschleiern des Nachtatverhalten).  
§ 261 StPO

**20. BGH 3 StR 158/21 – Beschluss vom 21. September 2021 (LG Wuppertal)**

Erweiterte Einziehung von Taterträgen (Subsidiarität; Wertersatz; Surrogat; Anknüpfungstat; Ausschöpfung aller Beweismittel).  
§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB

**21. BGH 3 StR 213/21 – Beschluss vom 6. Oktober 2021 (LG Kleve)**

Gewerbs- und bandenmäßiges Einschleusen von Ausländern (Begriff der unerlaubten Einreise im aufenthaltsrechtlichen Sinne; Luftweg; Binnenflug; Drittstaat; Grenzübertritt; Flughafen; zur Täterschaft verselbständigte Teilnahme).  
§ 95 AufenthG; § 96 AufenthG; § 13 AufenthG

**22. BGH 3 StR 231/21 – Beschluss vom 3. November 2021 (LG Oldenburg)**

Konkurrenzen zwischen Brandstiftung und anschließendem versuchtem Betrug bei mehreren Beteiligten (Tatmehrheit; Tateinheit; Handlungseinheit oder -mehrheit; individueller Tatbeitrag jedes Beteiligten).  
§ 52 StGB; § 53 StGB; § 263 StGB; § 306 StGB

Eine Brandstiftung und ein anschließender (versuchter) Betrug durch die Inanspruchnahme einer Versicherung für den Brandschaden stehen grundsätzlich materiellrechtlich in Tatmehrheit. Die Frage der Handlungseinheit oder -mehrheit ist jedoch stets nach dem individuellen Tatbeitrag eines jeden Beteiligten zu beurteilen. Jeder Mittäter oder Gehilfe ist anhand der von ihm selbst geleisteten Handlungen gesondert zu bewerten. Als rechtlich selbständige Taten können jedem nur solche Einzeltaten eines fortlaufenden Geschehens zugerechnet werden, für die er einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag geleistet hat. Ob andere Beteiligte die einzelnen Delikte tatmehrheitlich begangen haben, bleibt ohne Belang.

**23. BGH 3 StR 242/21 – Beschluss vom 9. September 2021 (LG Koblenz)**

Teilweise Absehen von der Wertersatzeinziehung.  
§ 421 Abs. 1 StPO

**24. BGH 3 StR 54/21 – Beschluss vom 5. Oktober 2021 (OLG München)**

Keine Strafaussetzung zur Bewährung bei aufgrund der Anrechnung von Untersuchungshaft voll verbüßter Freiheitsstrafe.  
§ 51 Abs. 1 StGB; § 56 StGB

**25. BGH 3 StR 64/21 – Beschluss vom 22. September 2021 (LG Duisburg)**

Teileinstellung.  
§ 154 Abs. 2 StPO

**26. BGH 3 StR 64/21 – Beschluss vom 22. September 2021 (LG Duisburg)**

Rechtsfehlerhafter Gesamtstrafenausspruch.  
§ 55 StGB

**27. BGH 3 StR 265/21 – Beschluss vom 8. September 2021 (LG Mönchengladbach)**

Keine Tateinheit zwischen Beihilfe zum Anbau von Betäubungsmitteln und Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.  
§ 29 BtMG; § 27 StGB; § 52 StGB

**28. BGH 3 StR 294/21 – Beschluss vom 5. Oktober 2021 (LG Duisburg)**

Erweiterte Einziehung des Wertes von Taterträgen.  
§ 73a StGB; § 73c StGB

Eine erweiterte Einziehung des Wertes von Taterträgen kommt nur in Bezug auf solche durch andere rechtswidrige Taten erlangte Gegenstände in Betracht, die zum Zeitpunkt der Begehung der Anknüpfungstat im Sinne des § 73a Abs. 1 StGB gegenständlich bei dem betroffenen Täter oder Teilnehmer vorhanden waren. Ohne einen solchen Bezug zur Tat würde es sich nicht, wie nach dem Tatbestand erforderlich, um Gegenstände „des Täters oder des Teilnehmers“ dieser Tat handeln

**29. BGH 3 StR 307/21 – Beschluss vom 22. September 2021 (LG Duisburg)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (lediglich indizielle Bedeutung der erheblichen Beeinträchtigung von Gesundheit, Arbeits- und/oder Leistungsfähigkeit).  
§ 64 StGB

**30. BGH 3 StR 314/21 – Beschluss vom 5. Oktober 2021 (LG Mönchengladbach)**

Schuldfähigkeit bei akuten Schüben einer Schizophrenie (regelmäßig fehlende Unrechtseinsicht; erheblich verminderte Einsichtsfähigkeit; Tatzeitpunkt); Voraussetzungen einer Anordnung der Umkehr der Vollzugsreihenfolge bei Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.  
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB; § 67 StGB

**31. BGH 3 StR 324/21 – Beschluss vom 2. November 2021 (LG Oldenburg)**

Teilweise Aufhebung der Einziehungsentscheidung.  
§ 73 StGB

**32. BGH 3 StR 331/21 – Beschluss vom 19. Oktober 2021 (LG Mönchengladbach)**

Einziehung bei „Erlass“ von Schulden aus verbotenen Betäubungsmittelgeschäften (erlangtes etwas; Bruttoprinzip).  
§ 73 StGB

**33. BGH 3 StR 379/21 – Beschluss vom 2. November 2021 (LG Aurich)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Versäumung der Frist zur Begründung der Revision.  
§ 44 StPO; § 345 StPO

Der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Frist zur Begründung der Revision ist regelmäßig unzulässig, wenn das Rechtsmittel vom Verteidiger rechtzeitig mittels erhobener Sachrüge begründet worden ist. Zwar kann eine Wiedereinsetzung ausnahmsweise – etwa zur Anbringung weiterer Verfahrensrügen oder Gewährung rechtlichen Gehörs – in Betracht kommen, wenn das Sitzungsprotokoll nicht vollständig und rechtzeitig zur Einsichtnahme zur Verfügung gestellt worden ist. In einem solchen Ausnahmefall muss der Beschwerdeführer jedoch für jede seiner Verfahrensrügen ausreichend darlegen, inwieweit er ohne sein Verschulden durch die fehlende Akteneinsicht gehindert war, diese Rügen innerhalb der Revisionsbegründungsfrist zu erheben.

**34. BGH 3 StR 419/21 – Beschluss vom 18. November 2021 (LG Duisburg)**

Hauptverhandlung im Sicherungsverfahren trotz Verhandlungsunfähigkeit.  
§ 413 StPO

**35. BGH 3 StR 441/20 – Beschluss vom 22. September 2021 (OLG München)**

Zurückweisung von Anhörungsrüge und Gegenvorstellung.  
§ 356a StPO

**36. BGH 3 StR 474/19 – Beschluss vom 10. August 2021**

Anfrageverfahren zur Einziehung des durch eine verjährte Straftat erlangten Wertes des Tätertrages im subjektiven Verfahren (selbständige Einziehung; objektives Verfahren; Antrag der Staatsanwaltschaft).  
§ 76a StGB; § 435 StPO; § 132 Abs. 3 GVG

**37. BGH 3 StR 595/19 – Beschluss vom 2. November 2021 (LG Düsseldorf)**

Zurückweisung der Gegenvorstellung.  
§ 302 StPO

**38. BGH 5 StR 103/21 – Urteil vom 10. November 2021 (LG Lübeck)**

Rechtsfehlerfreie Beweiswürdigung bei Freispruch des Angeklagten.  
§ 261 StPO

**39. BGH 5 StR 115/21 – Urteil vom 13. Dezember 2021 (LG Hamburg)**

Landfriedensbruch durch Beteiligung an Demonstrationen im sog. „schwarzen Block“ (Bedrohung mit einer Gewalttätigkeit); Rechtsfolgenentscheidung im Jugendstrafrecht (Schwere der Schuld; Erziehungsgedanke; jugendspezifische Kriterien; äußerer Unrechtsgehalt; sonstige Strafzwecke; revisionsgerichtliche Überprüfung).  
§ 125 StGB; § 17 Abs. 2 JGG; § 18 Abs. 2 JGG

**40. BGH 5 StR 127/21 – Urteil vom 10. November 2021 (LG Hamburg)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (Zweifel; unbegründete Annahmen zugunsten des Angeklagten; unwiderlegbare entlastende Annahmen).  
§ 261 StPO

Das Revisionsgericht muss es zwar grundsätzlich hinnehmen, wenn das Tatgericht einen Angeklagten freispricht, weil es Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden vermag. Jedoch ist es weder im Hinblick auf den Zweifelsatz noch sonst geboten, zugunsten des Angeklagten von Annahmen auszugehen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat. Danach sind auch entlastende Angaben des Angeklagten nicht schon deshalb als unwiderlegbar hinzunehmen, weil es für das Gegenteil keine unmittelbaren Beweise gibt.

**41. BGH 5 StR 161/21 – Urteil vom 30. September 2021 (LG Dresden)**

BGHSt; gesetzlicher Richter (Mitwirkung einer Schöffin trotz ärztlichem Beschäftigungsverbot; Unterschiede zwischen Berufsrichterinnen und Schöffinnen; keine Anwendbarkeit der Mutterschutzvorschriften; Grundgedanke des Mutterschutzes); Sicherungsverwahrung (mit Waffen begangene Betäubungsmitteldelikte als erhebliche Straftaten).  
§ 338 Nr. 1 StPO; § 16 Abs. 1 MuSchG; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; § 66 StGB

**42. BGH 5 StR 90/21 – Beschluss vom 15. November 2021 (LG Berlin)**

Aufhebung des Beschlusses über die Verwerfung der Revision als unzulässig.  
§ 346 StPO

**43. BGH 5 StR 162/21 – Beschluss vom 8. Dezember 2021**

Zurückweisung der Gehörsrüge.  
§ 356a StPO

**44. BGH 5 StR 173/21 – Beschluss vom 12. Oktober 2021 (LG Hamburg)**

Tateinheit zwischen Betrug und Fahren ohne Fahrerlaubnis.  
§ 52 StGB; § 263 StGB; § 21 StGB

**45. BGH 5 StR 187/21 – Beschluss vom 7. Dezember 2021 (LG Dresden)**

Gesetzlicher Richter (Mitwirkung einer Schöffin trotz ärztlichem Beschäftigungsverbot; keine Anwendbarkeit der Mutterschutzvorschriften).  
§ 16 Abs. 1 MuSchG; Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

**46. BGH 5 StR 195/21 – Urteil vom 24. November 2021 (LG Dresden)**

Verwerfung der Revision als offensichtlich unbegründet.  
§ 349 StPO

**47. BGH 5 StR 211/20 – Beschluss vom 25. November 2021 (LG Berlin)**

Berechnung der Beitragsschäden bei Verurteilung wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (personenbezogene Schadensberechnung; Schätzung).  
§ 266a StGB

**48. BGH 5 StR 215/21 – Beschluss vom 7. Dezember 2021 (LG Berlin)**

Ablehnung eines Sachverständigengutachtens als völlig ungeeignetes Beweismittel.  
§ 244 Abs. 3 StPO

**49. BGH 5 StR 236/21 – Urteil vom 8. Dezember 2021 (LG Kiel)**

Gewerbs- und bandenmäßiger Betrug durch Abschluss von Lebensversicherungsverträgen bei geplanter Vortäuschung des Todesfalles (Gefährdungsschaden; Eingehungsbetrug; Erfüllungsbetrug; wirtschaftliche Betrachtung; Bezifferung; Versuch; unmittelbares Ansetzen; Bandenabrede bei Begrenzung auf kurzen Zeitraum).  
§ 263 StGB

**50. BGH 5 StR 244/21 – Beschluss vom 9. November 2021 (LG Chemnitz)**

Wegfall des Einziehungsausspruchs.  
§ 73 StGB

**51. BGH 5 StR 267/21 – Beschluss vom 26. Oktober 2021 (LG Bremen)**

Rechtsfehlerhafte Einbeziehung künftiger immaterieller Schäden in den Adhäsionsausspruch (Grundsatz der Einheitlichkeit des Schmerzensgeldes).  
§ 406 StPO

**52. BGH 5 StR 300/21 – Beschluss vom 23. November 2021 (LG Berlin)**

Keine Hinweispflicht bei späterem Geständnis nach Verständigungsvorschlag zu Beginn der Hauptverhandlung.  
§ 257c StPO; § 265 StPO

**53. BGH 5 StR 327/21 – Beschluss vom 26. Oktober 2021 (LG Kiel)**

Erweiterte Einziehung des Wertes von Taterträgen (gegenständliches Vorhandensein).  
§ 73a StGB; § 73c StGB

Eine erweiterte Einziehung des Wertes von Taterträgen nach § 73a Abs. 1, § 73c StGB kommt nur hinsichtlich solcher durch andere rechtswidrige Taten erlangter Gegenstände in Betracht, die zum Zeitpunkt der Begehung einer Anknüpfungstat im Sinne des § 73a Abs. 1 StGB gegenständlich bei dem betroffenen Täter oder Teilnehmer vorhanden waren.

**54. BGH 5 StR 329/21 – Beschluss vom 7. Dezember 2021 (LG Dresden)**

Strafbarkeit des Wohnungsinhabers bei in der Wohnung begangenen Straftaten (aktive Beteiligung; Mittäterschaft; Beihilfe; Unterlassen; Garantenpflicht); Belehrung von Zeugen (Ordnungsvorschrift; kein Verwertungsverbot); Beweiswürdigung.  
§ 13 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 224 StGB; § 57 StPO; § 261 StPO

**55. BGH 5 StR 335/21 – Beschluss vom 22. November 2021 (LG Hamburg)**

Teilweises Absehen von der Einziehung.  
§ 421 StPO

**56. BGH 5 StR 339/21 – Beschluss vom 9. November 2021 (LG Hamburg)**

Änderung des Schuldspruchs bei Verurteilung wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln.  
§ 29 BtMG

**57. BGH 5 StR 368/21 – Beschluss vom 22. November 2021 (LG Zwickau)**

Rechtsfehlerhafte Nichtanordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.  
§ 64 StGB

**58. BGH 5 StR 424/21 – Beschluss vom 10. November 2021 (LG Hamburg)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei erheblich verminderter Einsichtsfähigkeit (konkret fehlende Unrechtseinsicht; positive Feststellung; erheblich verminderte Schuldfähigkeit).  
§ 21 StGB; § 63 StGB

Die Feststellung einer erheblich verminderten Einsichtsfähigkeit kann die Anordnung der Unterbringung nach § 63 StGB nicht begründen. Eine verminderte Einsichtsfähigkeit ist strafrechtlich erst dann von Bedeutung, wenn sie das Fehlen der Unrechtseinsicht zur Folge hat. Ein Täter, der trotz erheblich verminderteter Einsichtsfähigkeit im konkreten Fall die Einsicht in das Unrecht seiner Tat gehabt hat, ist – sofern nicht seine Steuerungsfähigkeit erheblich eingeschränkt war – voll schuldfähig, womit auch die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nicht in Betracht kommt.

**59. BGH 5 StR 542/20 – Beschluss vom 25. November 2021 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unzulässig.  
§ 349 Abs. 1 StPO

**60. BGH 5 ARs 8/21 (5 AR (VS) 1/21) – Beschluss vom 12. Oktober 2021**

Rechtsweg bei präventivpolizeilichen Maßnahmen während laufender Führungsaufsicht; beschränkte Verweigerung innerhalb der Strafgerichtsbarkeit.  
§ 17a GVG; § 29 EGGVG

**61. BGH 6 StR 12/20 – Urteil vom 4. November 2021 (LG Regensburg)**

„Regensburger Parteispendenaffäre“; Vorteilsannahme (Annahme von Vorteilen für die künftige Dienstausbübung; anderer Aufgabenkreis zum Zeitpunkt der Tathandlung; Berücksichtigung des Grundsatzes der Wahlrechtsgleichheit: einschränkende Auslegung des Tatbestandes bei Wahlkampfunterstützungen, Zusammenhang mit der Amtsführung, sog. Einfluss Spenden); Vorteilsbegünstigung; Verstoß gegen das Parteiengesetz (Rechenschaftsberichte: keine allgemeinkundige Tatsache; Bewirken von unrichtigen Angaben); Bestechlichkeit; Verbotsirrtum (Unrechtsbewusstsein des Angeklagten: Parallelwertung in der Lai-

ensphäre, Gesamtwürdigung aller für und gegen den Täter sprechenden Umstände); Absehen von Strafe (Ausnahmecharakter; bei Verfahrensmängeln: Beschränkung auf die vom Gesetz vorgesehenen Fälle; Gesamtwürdigung aller für und gegen den Täter sprechenden Umstände; in der Regel keine Strafmilderung bei typischen Tatfolgen: dienstrechtliche Konsequenzen bei Amtsträgern, mediale Aufmerksamkeit in Verfahren gegen hochrangige politische Amtsträger); Verfahrenshindernis wegen Verfahrensverstößen (Annahme eines Verfahrenshindernisses nur in extremen Ausnahmefällen; Grundsätze der Aktenwahrheit und -vollständigkeit: Verschriftung von Gesprächsinhalten; E-Mail-Korrespondenz zwischen Angeklagtem und Verteidiger); Publikationsgrenze des § 25 Abs. 3 PartG (Ziel der Nachprüfbarkeit der Parteienfinanzierung); Vorteilsannahme, Bestechlichkeit und Bewirken unrichtiger Angaben (Tat im prozessualen Sinne; materiell-rechtliches Konkurrenzverhältnis; keine Verklammerung durch Untreue).

§ 331 Abs. 1 StGB; § 333 Abs. 1 StGB; § 31d Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 PartG; § 25 Abs. 3 PartG; § 17 StGB; § 60 StGB; § 264 StPO; § 52 StGB; Art. 6 EMRK

**62. BGH 6 StR 194/21 – Beschluss vom 13. Juli 2021 (LG Nürnberg-Fürth)**

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

**63. BGH 6 StR 270/21 – Urteil vom 1. Dezember 2021 (LG Neubrandenburg)**

Totschlag, Mord (lückenhafte und widersprüchliche Beweiswürdigung; Erkennbarkeit der Vitalzeichen des Tatopfers; Verdeckungsmord: deutliche zeitliche Zäsur zwischen einer ersten und einer weiteren, nunmehr in Verdeckungsabsicht vorgenommenen Tötungshandlung).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 261 StPO

**64. BGH 6 StR 270/21 – Beschluss vom 30. November 2021 (LG Neubrandenburg)**

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

**65. BGH 6 StR 279/21 – Beschluss vom 15. November 2021 (LG Hannover)**

Begründeter Antrag auf Entscheidung des Revisionsgerichts; Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 346 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

**66. BGH 6 StR 284/21 – Urteil vom 1. Dezember 2021 (LG Nürnberg-Fürth)**

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

**67. BGH 6 StR 322/21 – Beschluss vom 27. Juli 2021 (LG Stade)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Gesamtstrafenlage; Zäsurwirkung).

§ 55 Abs. 1 StGB

**68. BGH 6 StR 334/20 – Beschluss vom 22. September 2021 (LG Potsdam)**

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unbegründet.  
§ 356a StPO

**69. BGH 6 StR 387/21 – Beschluss vom 15. November 2021 (LG Ansbach)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Darlegung und Glaubhaftmachung der Tatsachen).

§ 45 Abs. 2 StPO

**70. BGH 6 StR 405/21 – Beschluss vom 3. November 2021 (LG Braunschweig)**

Grundsätze der Strafzumessung (keine Strafschärfung wegen Fehlens eines Milderungsgrundes).

§ 46 StGB

**71. BGH 6 StR 409/21 – Beschluss vom 1. Dezember 2021 (LG Magdeburg)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Darstellungsmangel: mangelnde Mitteilung des Vollstreckungsstandes von einbezogenem Urteil; Einbeziehung früherer Einziehungsentscheidung); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (rechtlicher Maßstab: hinreichend konkrete Erfolgsaussicht der Heilbehandlung).

§ 55 StGB; 267 StPO; § 64 StGB

Eine frühere Einziehungsentscheidung ist in das neue Urteil einzubeziehen, indem die Beträge aus der früheren und der aktuellen Einziehungsentscheidung zusammengezählt werden.

**72. BGH 6 StR 421/21 – Beschluss vom 30. November 2021 (LG Nürnberg-Fürth)**

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

**73. BGH 6 StR 468/21 – Beschluss vom 15. November 2021 (LG Saarbrücken)**

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

**74. BGH 6 StR 481/21 – Beschluss vom 16. November 2021 (LG Magdeburg)**

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

**75. BGH 6 StR 483/21 – Beschluss vom 16. November 2021 (LG Würzburg)**

Einziehung des Wertes von Taterträgen (Nichtberücksichtigung geleisteter Erstattung an Geschädigte).

§ 73 StGB; § 73c StGB; 73e Abs. 1 StGB

**76. BGH 6 StR 485/21 – Beschluss vom 2. November 2021 (LG Frankfurt)**

Sexueller Übergriff; Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornografischer Inhalte (Versuchsbeginn: unmittelbares Ansetzen, Vorstellung des Täters, wesentlicher Zwischenakt; eine Tat im Rechtssinne bei Teilakten einer sukzessiven Tatausführung; Rücktrittshorizont).

§ 177 Abs. 1 StGB; 184b Abs. 3 StGB; § 22 StGB; § 52 StGB

**77. BGH 6 StR 489/21 – Beschluss vom 15. November 2021 (LG Stade)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Darstellungsmangel: mangelnde Mitteilung des Vollstreckungsstandes von einbezogenem Urteil).

§ 55 StGB; § 267 StPO

**78. BGH 6 StR 506/21 – Beschluss vom 15. November 2021 (LG Hannover)**

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

**79. BGH 6 StR 507/21 – Beschluss vom 15. November 2021 (LG Neuruppin)**

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

**80. BGH 6 StR 512/21 – Beschluss vom 30. November 2021 (LG Lüneburg)**

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

**81. BGH 6 StR 529/21 – Beschluss vom 15. November 2021 (LG Bamberg)**

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

**82. BGH 6 StR 534/21 – Beschluss vom 1. Dezember 2021 (LG Lüneburg)**

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

**83. BGH 6 StR 555/21 – Beschluss vom 2. Dezember 2021 (LG Nürnberg-Fürth)**

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

**84. BGH 2 StR 145/21 – Beschluss vom 9. November 2021 (LG Gießen)**

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

**85. BGH 2 StR 264/21 – Beschluss vom 28. September 2021 (LG Marburg)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (Anstiftung: Bestimmen); Herstellen kinderpornographischer Schriften (Täterschaft: Mittäterschaft, mittelbare Täterschaft).  
§ 176 Abs. 4 Nr. 2 StGB; § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 26 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

**86. BGH 2 StR 280/21 – Beschluss vom 23. November 2021 (LG Köln)**

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

**87. BGH 2 StR 294/21 – Beschluss vom 13. Oktober 2021 (LG Marburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet; Einziehung (gesamtschuldnerische Haftung).  
§ 349 Abs. 2 StPO; §§ 73 ff. StGB

**88. BGH 2 StR 304/21 – Beschluss vom 26. Oktober 2021 (LG Gießen)**

Strafzumessung (strafbeschwerende Berücksichtigung der Tatbegehung während laufender Bewährung; abgelaufene Bewährungszeit, ausstehender Beschluss über den Erlass der Strafe).  
§ 46 StGB

**89. BGH 2 StR 311/21 – Beschluss vom 26. Oktober 2021 (LG Köln)**

Strafzumessung (Festsetzung der Einzelstrafe: Fallgruppen, Abweichen vom dargestellten Schema, Darstellung); Einziehung (erlangtes Etwas: Mitverfügungsgewalt, Abrede über die Beuteteilung, Nichtigkeit des Schuldenerlasses für die Beteiligung an einer Straftat).  
§ 46 StGB; § 73 StGB; § 134 BGB

Zwar kann eine faktische bzw. wirtschaftliche Mitverfügungsmacht über den Vermögensgegenstand bei mehreren Beteiligten, jedenfalls bei dem vor Ort anwesenden, die Beute oder Teile davon in den Händen haltenden Mitäter auch dann vorliegen, wenn sich dies in einer Abrede über die Beuteteilung widerspiegelt. Denn damit „verfügt“ der Mittäter zu seinen oder der anderen Beteiligten Gunsten über die Beute, indem er in einer Absprache mit diesen Teile des gemeinsamen Erlangten sich selbst oder den anderen zuordnet.

**90. BGH 2 StR 384/21 – Beschluss vom 9. November 2021 (LG Frankfurt am Main)**

Verwerfung der Revision als unbegründet; Schuldspruch; Einziehung (gesamtschuldnerische Haftung).  
§ 349 Abs. 2 StPO; § 73 StGB

**91. BGH 2 StR 51/21 – Beschluss vom 26. Oktober 2021**

Einstellung des Verfahrens bei Verfahrenshindernis (Tod des Angeklagten).  
§ 206a Abs. 1 StPO

**92. BGH 2 StR 423/21 – Beschluss vom 26. Oktober 2021 (LG Frankfurt am Main)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen: Darstellung in den Urteilsgründen); Schuldfähigkeit (bipolare Störung; Steuerungsfähigkeit, Einsichtsfähigkeit, krankhafte seelische Störung).  
§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

**93. BGH 2 ARs 349/21 2 AR 234/21 – Beschluss vom 10. November 2021**

Zusammentreffen mehrerer Gerichtsstände (Übertragung durch das gemeinschaftliche obere Gericht).  
§ 12 Abs. 2 StPO

**94. BGH 4 StR 133/21 – Beschluss vom 23. November 2021 (LG Dortmund)**

Teileinstellung bei mehreren Taten; Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 154 Abs. 2 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

**95. BGH 4 StR 214/21 – Beschluss vom 27. Oktober 2021 (LG Bochum)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation: Jugendstrafverfahren, Erklärung eines Teils der Strafe für bereits vollstreckt); Verwerfung der Revision als unbegründet.  
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 349 Abs. 2 StPO

**96. BGH 4 StR 236/21 – Beschluss vom 23. November 2021 (LG Duisburg)**

Gefährliche Körperverletzung (mittels eines gefährlichen Werkzeugs: unmittelbare Wirkung auf den Körper, Kraftfahrzeug, Sturzgeschehen); Schuldspruchänderung.  
§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB

**97. BGH 4 StR 273/21 – Beschluss vom 17. November 2021 (LG Paderborn)**

Zurückweisung der Anhörungsgrüße als unbegründet.  
§ 356a StPO

**98. BGH 4 StR 287/21 – Beschluss vom 23. November 2021 (LG Arnberg)**

Unstatthafte Gegenvorstellung (Beschluss zur Verwerfung der Revision als unbegründet).  
§ 349 Abs. 2 StPO

**99. BGH 4 StR 297/21 – Beschluss vom 11. November 2021 (LG Magdeburg)**

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

**100. BGH 4 StR 323/21 – Beschluss vom 25. November 2021 (LG Paderborn)**

Strafrahmenwahl (Bewährungszeit: Beginn der Bewährungszeit); nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (dem Angeklagten erwachsener Vorteil).  
§ 46 StGB; § 56a Abs. 2 Satz 1 StGB; § 55 Abs. 2 StGB

**101. BGH 4 StR 337/21 – Beschluss vom 23. November 2021 (LG Zweibrücken)**

Bildung einer Gesamtstrafe (Zäsurwirkung eines rechtskräftigen und noch nicht erledigten Urteils); Urteilsformel (Zuordnung der jeweiligen Gesamtstrafe zu den Taten); Reihenfolge der Vollstreckung (Anordnung eines teilweisen Vorwegvollzugs).  
§ 55 Abs. 1 iVm § 54 StGB; § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB

**102. BGH 4 StR 341/21 – Beschluss vom 11. November 2021 (LG Detmold)**

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

**103. BGH 4 StR 374/21 – Beschluss vom 23. November 2021 (LG Detmold)**

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

**104. BGH 4 StR 385/21 – Beschluss vom 24. November 2021 (LG Saarbrücken)**

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

**105. BGH 4 StR 418/21 – Beschluss vom 25. November 2021 (LG Essen)**

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

**106. BGH 4 StR 420/21 – Beschluss vom 11. November 2021 (LG Bielefeld)**

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

**107. BGH 4 StR 511/20 – Urteil vom 11. November 2021 (LG Arnberg)**

BGHSt; verbotene Kraftfahrzeugrennen (Begriff des Kraftfahrzeugrennens; Teilnehmen an einem Kraftfahrzeugrennen als eigenhändiges Delikt; Abs. 2: eigenhändiges Delikt, innerer Zusammenhang zwischen Verursachungsbeitrag und dem Gefährdungserfolg, renntypischer

Zusammenhang, Nebentäterschaft); Gefährdung des Straßenverkehrs (falsches Überholen; grobe Verkehrswidrigkeit; Rücksichtslosigkeit; Fahruntüchtigkeit; Konkurrenzen); fahrlässige Tötung; fahrlässige Körperverletzung; Verfahrensrüße (Zulässigkeit; Ablehnung von Beweisanträgen auf Einholung von Sachverständigengutachten).  
§ 315d StGB; § 315c StGB; § 222 StGB; § 229 StGB; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**108. BGH 2 StR 132/21 – Beschluss vom 30. November 2021 (LG Frankfurt am Main)**

Zurückweisung der Anhörungsgrüße.  
§ 356a StPO

**109. BGH 2 StR 171/21 – Beschluss vom 30. September 2021 (LG Erfurt)**

Konkurrenzen (Täterschaft und Teilnahme; Beihilfe: Tateinheit, Tatmehrheit, Anzahl der Beihilfehandlungen, Zahl der vom Gehilfen geförderten Haupttaten, Identität der objektiven Ausführungshandlungen); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (von den Strafverfolgungsorganen zu verantwortende erhebliche Verzögerung; Gesamtwürdigung des Einzelfalls); Einziehung (Ermessensentscheidung).  
§ 52 StGB; § 53 StGB; § 25 StGB; § 27 StGB; § 74 StGB; Art. 20 Abs. 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

**110. BGH 2 StR 189/21 – Beschluss vom 10. November 2021**

Zurückweisung der Anhörungsgrüße; Revision (Frist zur Gegenerklärung; nicht verlängerbar, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht möglich, kein Abwarten nach Fristablauf notwendig).  
§ 356a StPO; § 349 Abs. 3 Satz 2 StPO

**111. BGH 2 StR 19/21 – Beschluss vom 10. November 2021 (LG Kassel)**

Raub (Rücktritt: fehlgeschlagener Versuch, Beweiswürdigung).  
§ 249 StGB; § 23 StGB; § 24 StGB; § 261 StPO

**112. BGH 2 StR 203/21 – Urteil vom 27. Oktober 2021 (LG Bonn)**

Brandstiftung (Beweiswürdigung); schwere Brandstiftung (Zerstörung einer der Wohnung von Menschen dienenden Räumlichkeit; taugliches Tatobjekt: Lagerraum, Anwesenheit von gewisser Dauer, Tatbegehung zum Zeitpunkt des üblichen Aufenthalts von Menschen; tatsächlicher Aufenthalte eines Menschen in der Räumlichkeit zum Tatzeitpunkt, „zufälliger“ Aufenthalt); unterlassene Hilfeleistung (Zumutbarkeit: Anwesenheit bei einem durch eine Straftat ausgelösten Unglücksfall); Kognitionspflicht; Hilfe zur Aufklärung von schweren Straftaten.  
§ 306 StGB; § 306a StGB; § 323c Abs. 1 StGB; § 46b StGB

**113. BGH 2 StR 219/21 – Beschluss vom 10. November 2021 (LG Wiesbaden)**

Reihenfolge der Vollstreckung (Vorwegvollzug; besondere Vollzugssituation, Abweichen von der Sollvorschrift des § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB).  
§ 67 Abs. 2 StGB

**114. BGH 2 StR 288/21 – Beschluss vom 24. November 2021 (LG Erfurt)**

Besitz einer vollautomatischen Schusswaffe; Ausüben der tatsächlichen Gewalt über eine Kriegswaffe; Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Konkurrenzen: Tatmehrheit, keine Verklammerung durch ein Waffendelikt, Handlungseinheit zwischen der Aufbewahrung von Waffen und Betäubungsmitteln); Einziehung (Einziehungsanordnung; Bestimmtheit).

§ 51 Abs. 1 WaffG; § 22a Abs. 1 Nr. 6 KrWaffKontrG; § 39 BtMG; § 33 BtMG

**115. BGH 2 StR 86/21 – Beschluss vom 9. November 2021 (LG Gera)**

Grundsätze der Strafzumessung (Strafrahmenwahl; strafschärfende Berücksichtigung der Begehung der Tat).

§ 46 StGB

**116. BGH 2 StR 290/20 – Beschluss vom 14. September 2021 (LG Aachen)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Tateinheit: Besitz zweier für den Verkauf bestimmter Vorräte).

§ 29 BtMG

**117. BGH 2 StR 299/19 – Beschluss vom 10. November 2021 (LG Gera)**

Besetzungsrüge (Entbindung eines Schöffen wegen eingetretener Hinderungsgründe: beschränkte Revisibilität, Willkürkontrolle, formloser Antrag, Aktenkundigkeit, Dokumentation der die Unzumutbarkeit begründenden Umstände); erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Zulässigkeit unbeschadet der prinzipiellen Subsidiarität).

§ 77 GVG; § 54 GVG; § 336 Satz 2 Alt. 1 StPO; § 73a StGB

**118. BGH 2 StR 324/21 – Beschluss vom 13. Oktober 2021 (LG Mühlhausen)**

Ablehnungsantrag gerichtet gegen einen psychiatrischen Sachverständigen.

§ 74 StPO

**119. BGH 2 StR 339/20 – Beschluss vom 31. August 2021 (LG Mühlhausen)**

Erörterung des Verfahrensstands mit den Verfahrensbeteiligten (Mitteilung des wesentlichen Inhalts: Informierung über den zum Ergebnis führenden Entscheidungsprozess, Beruhen des Verständigungsurteils auf der unzulänglichen Mitteilung, Gesamtbetrachtung).

§ 202a StPO; § 212 StPO; § 257c StPO; § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO

**120. BGH 2 StR 357/21 – Beschluss vom 24. November 2021 (LG Köln)**

Bildung der Gesamtstrafe (Bildung getrennter Strafen infolge der Zäsurwirkung einer einzubeziehenden Vorverurteilung; Darstellung, Schuldangemessenheit des Gesamtmaßes, Bewusstsein der Sachlage).

§ 54 StGB

**121. BGH 2 StR 406/20 – Beschluss vom 9. November 2021 (LG Darmstadt)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**122. BGH 2 StR 491/20 – Urteil vom 29. September 2021 (LG Bonn)**

Totschlag durch Unterlassen (Garantenstellung: Eltern-Kind-Beziehung, familiäre Solidarität bei faktischem Zusammenleben, Mitübernahme durch einen Dritten; Quasikausalität; Vorsatz: Gegenstand); Aussetzung mit Todesfolge (hilflose Lage; Verursachung einer konkreten Gefahr des Todes: unumkehrbarer Sterbeprozess, Steigerung der Gefahr des Todes; Konkurrenzen; Strafzumessung: Strafraumen bei der Verdrängung eines milderen Gesetzes, Strafmilderung nach § 13 Abs. 2 StGB bei einem echten Unterlassungsdelikt, keine Analogie bei der Tatbestandsvariante des Im-Stich-Lassens).

§ 212 StGB; § 13 StGB; § 221 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 3 StGB; § 1618a BGB

**123. BGH 4 StR 118/21 – Urteil vom 28. Oktober 2021 (LG Dortmund)**

Beweiswürdigung (Zeugenaussage: teilweises Glauben des Zeugen, Notwendigkeit besonders eingehender Begründung, Glaubhaftigkeit, Gesamtwürdigung); Rechtsmittel des Nebenklägers (Revision: Revisionsbegründung, unzulässiges Angriffsziel, Strafzumessungsregel); schwere sexuelle Nötigung; Strafantrag.

§ 261 StPO; § 400 Abs. 1 StPO; § 177 StGB; § 230 StGB

**124. BGH 4 StR 122/21 – Beschluss vom 28. Oktober 2021 (LG Hagen)**

Versuch (Rücktritt: Freiwilligkeit, Rücktrittshorizont, Fehlschlag, beendeter Versuch); Verfahrensbeanstandung (Unzulässigkeit: unzureichende Begründung).

§ 23 StGB; § 24 StGB; § 338 Nr. 7 StPO

**125. BGH 4 StR 134/21 – Beschluss vom 11. November 2021 (LG Itzehoe)**

Gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr (verkehrsfeindlicher Inneneingriff); Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Strafmilderung: Aufklärungshilfe, Mehrzahl von Taten); besonders schwere räuberische Erpressung (Einsatz des gefährlichen Werkzeugs: Ziel, Tatmehrheit, weiterer Tatentschluss).

§ 315b StGB; §§ 255, 250 Abs. 2 StGB; § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

**126. BGH 4 StR 167/21 – Urteil vom 9. Dezember 2021**

BGHR; gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr (Absicht der Herbeiführung eines Unglücksfalls: Absicht der Verwirklichung einer herbeigeführten verkehrsspezifischen Gefahr, Beinaheunfall, konkrete Gefahr oder Schädigung, Dynamik des Straßenverkehrs; keine Verwirklichung einer verkehrstypischen Gefahr; Eventualvorsatz: Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit, Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Umstände, objektive Gefährlichkeit der Tathandlung; Ermöglichungsabsicht).

§ 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 315 Abs. 3 Nr. 1a StGB; § 15 StGB

**127. BGH 4 StR 255/21 – Beschluss vom 25. November 2021 (LG Essen)**

Urteilsgründe (Umfang der Beweiswürdigung).

§ 267 StPO

**128. BGH 4 StR 258/21 – Beschluss vom 24. November 2021 (LG Frankenthal)**

Wirkung der Einziehung; Vorbereitung eines Explosions- oder Strahlungsverbrechens; Härteausgleich (Vorverurteilung im Ausland); nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe; Kompensationsentscheidung (rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung).

§ 75 StGB; § 310 StGB; § 55 StGB

**129. BGH 4 StR 259/21 – Beschluss vom 23. November 2021 (LG Siegen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**130. BGH 4 StR 289/21 – Beschluss vom 23. November 2021 (LG Bochum)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussicht: Benennung konkreter Anhaltspunkte, bloße Möglichkeit einer therapeutischen Veränderung, durch Tatsachen begründete Wahrscheinlichkeit des Behandlungserfolgs, prognoseungünstigen Umstände).

§ 64 StGB

1. Gemäß § 64 Satz 2 StGB darf die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt nur angeordnet werden, wenn eine hinreichend konkrete Aussicht besteht, den Verurteilten innerhalb der Frist des § 67d Abs. 1 Satz 1 oder 3 StGB zu heilen oder eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf den Hang zurückgehen. Sofern sich dies nicht von selbst versteht, ist es dazu erforderlich, unter Berücksichtigung der Art und des Stadiums der Sucht sowie bereits eingetretener physischer und psychischer Veränderungen und Schädigungen in der Persönlichkeit und den Lebensumständen des Angeklagten konkrete Anhaltspunkte zu benennen, die dafür sprechen, dass es innerhalb eines zumindest „erheblichen“ Zeitraums nicht (mehr) zu einem Rückfall kommen wird.

2. Die bloße Möglichkeit einer therapeutischen Veränderung vermag die Prognose eines hinreichend konkreten Therapieerfolgs nicht zu stützen. Notwendig, aber auch ausreichend ist eine durch Tatsachen begründete Wahrscheinlichkeit des Behandlungserfolgs; einer sicheren oder unbedingten Gewähr bedarf es nicht.

**131. BGH 4 StR 306/21 – Beschluss vom 14. Dezember 2021**

Ablehnung des Antrages auf Verteidigerwechsel.

§ 143a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 StPO

**132. BGH 4 StR 315/21 – Beschluss vom 24. November 2021 (LG Wiesbaden)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**133. BGH 4 StR 320/21 – Beschluss vom 28. Oktober 2021 (LG Essen)**

Schwere Brandstiftung (Wohnung: Entwidmung, Aufgabe einer einzelnen Wohnung; Zerstörung einer Untereinheit).

§ 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB

**134. BGH 4 StR 345/21 – Beschluss vom 24. November 2021 (LG Münster)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Erfolgsaussicht: nachvollziehbare Begründung); Versuch (Rücktritt: Fehlschlag, Freiwilligkeit, Entdeckungsrisiko); verminderte Schuldfähigkeit (lückenhafte Beweiswürdigung: Berechnung des Blutalkoholgehalts, Gesamtwürdigung der Konsummenge und psychodiagnostischer Kriterien).

§ 64 StGB; § 21 StGB; § 23 StGB; § 24 StGB

**135. BGH 4 StR 347/21 – Beschluss vom 8. Dezember 2021 (LG Frankenthal)**

Brandstiftung (Konkurrenzen: natürliche Handlungseinheit; Strafzumessung: Verneinung eines minder schweren Falls, gesetzlich vertyppte Strafmilderungsgründe).

§ 306 StGB; § 46 StGB

**136. BGH 4 StR 358/21 – Beschluss vom 24. November 2021 (LG Bochum)**

Einziehung des Wertes von Taterträgen (außergerichtliche Einziehung); erweiterte Einziehung.

§ 73c StGB; § 73a StGB

**137. BGH 4 StR 366/21 – Urteil vom 9. Dezember 2021 (LG Bielefeld)**

Besonders schwere räuberische Erpressung (Verwenden einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs: Einsatz zur Erzwingung der Herausgabe der angestrebten Beute; Versuch: Tatplan, unmittelbares Ansetzen, „Teilrücktritt“; Strafzumessung: Strafmilderung); Einziehung von Tatmitteln.

§ 255 StGB; § 250 StGB; § 22 StGB; § 74 Abs. 1 StGB

Die Qualifikation des Verwendens einer Waffe oder eines gefährlichen Werkzeugs im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB umfasst jeden zweckgerichteten Gebrauch eines objektiv gefährlichen Tatmittels. Nach der Konzeption der Raubdelikte zielt das Verwenden auf den Einsatz als Nötigungsmittel bei der Verwirklichung des Grundtatbestands des Raubes. Es liegt sonach vor, wenn der Täter eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug gerade als Mittel entweder der Ausübung von Gewalt gegen eine Person oder der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gebraucht, um die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache zu ermöglichen. Bei einer räuberischen Erpressung muss der Täter ein solches Tatmittel in dieser Weise einsetzen, um die Herausgabe der angestrebten Beute zu erzwingen.

**138. BGH 4 StR 429/21 – Beschluss vom 8. Dezember 2021 (LG Hagen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO