

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

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

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Prof. Dr. Christian Becker; Prof. Dr.

Karsten Gaede; RiKG Dr. Holger

Mann; RA Sina Aaron Moslehi; RA Dr.

Stephan Schlegel

STÄNDIGE MITARBEITER

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

lia Heß (Redaktionsassistenten); RiLG

Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; Prof. Dr. Jo-

chen Bung, M.A., Univ. Hamburg; Prof.

Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU),

Univ. Frankfurt; Prof. Dr. Daniela

Demko, LL.M., Univ. Leipzig; Prof. Dr. Lutz

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

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

Cambridge; Prof. Dr. Diethelm Kle-

sczewski, Univ. Leipzig; Prof. Dr. Hans

Kudlich, Univ. Erlangen-Nürnberg; Prof.

Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zü-

rich; 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 So-

wada, Univ. Greifswald; RA Klaus-Ulrich

Ventzke, Hamburg und Prof. Dr. Wolf-

gang Wohlers, Univ. Basel

Publikationen

Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich – **Tatprovokation und multiple illegale Transaktionen** S. 179

Dr. Oliver Harry Gerson, Univ. Passau – **Mutterschutz „auf“ und „neben“ der Berufsrichterbank, oder: Zum komplexen Verhältnis von Beschäftigungsverbot und Besetzungsrüge nach § 338 Nr. 1 StPO** Zugl. Besprechung zu BGH HRRS 2022 Nr. 41 S. 186

Entscheidungen

BVerfG **Auslieferung eines PKK-Kämpfers an die Türkei**

BVerfG **Strafrechtliche Vermögensabschöpfung trotz steuerrechtlicher Verjährung**

BGHSt **Kein Wiedereintritt in die Hauptverhandlung durch die Zurückweisung eines Ablehnungsgesuchs**

BGHR **Grenzen der Präklusion des Besetzungseinwandes**

BGHR **Festlegung der nicht geringen Menge von Betäubungsmitteln**

BGH **Unmittelbares Ansetzen bei der Mittäterschaft**

BGH **Zeitpunkt des etwas Erlangens bei der Steuerverkürzung**

Die Ausgabe umfasst 106 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

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

REDAKTION

Prof. Dr. Christian Becker; Prof. Dr. Karsten Gaede; RA Dr. Christoph Henckel;
RiKG Dr. Holger Mann; RA Sina Aaron Moslehi, RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Wiss. Mit. Julia Heß (Redaktionsassistenten); RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; 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, Mai 2022, Ausgabe

5

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

465. BVerfG 2 BvR 2069/21 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. März 2022 (OLG Hamm)

Auslieferung an die Türkei zum Zwecke der Strafverfolgung (Auslieferungshindernis der drohenden politischen Verfolgung als PKK-Kämpfer; bestandskräftige Flüchtlingsanerkennung in einem EU-Mitgliedstaat; richtlinienkonforme Auslegung; Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof; Recht auf den gesetzlichen Richter; Verfassungsverstoß bei grundsätzlicher Verkennung der Vorlagepflicht; Erfordernis einer Begründung der Entscheidung über die Vorlagepflicht; Unvollständigkeit der Rechtsprechung; willkürliche Annahme eines „acte clair“ oder eines „acte éclairé“).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 267 Abs. 3 AEUV; Art. 288 Abs. 3 AEUV; Art. 4 Abs. 3 EUV; Art. 9 Abs. 3 Asyl-VRL; § 6 Satz 2 AsylG

1. Ein Oberlandesgericht verletzt das Recht auf den gesetzlichen Richter, wenn es eine Auslieferung an die Türkei ohne Vorlage an den EuGH für zulässig erklärt und dabei ein Auslieferungshindernis verneint, obwohl der Verfolgte, der sich darauf beruft, ihm drohe in der Türkei eine politische Verfolgung als Kämpfer der Arbeiterpartei Kurdistans (PKK), in Italien bestandskräftig als Flüchtling anerkannt ist.

2. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist offen, ob § 6 Satz 2 AsylG, dem zufolge die Entscheidung über die

Anerkennung als Asylberechtigter oder die Zuerkennung internationalen Schutzes in Auslieferungsverfahren nicht verbindlich ist, mit Blick auf Art. 9 Abs. 3 Asyl-VRL richtlinienkonform dahin auszulegen ist, dass jedenfalls eine bestandskräftige Anerkennung als Flüchtling in einem EU-Mitgliedstaat für das Auslieferungsverfahren in der Bundesrepublik Deutschland verbindlich ist und damit einer Auslieferung an einen Drittstaat zwingend entgegensteht.

3. Der Europäische Gerichtshof ist gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Ein nationales letztinstanzliches Gericht hat eine entscheidungserhebliche Frage des Unionsrechts dem EuGH vorzulegen, sofern nicht die betreffende unionsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den EuGH war oder die richtige Anwendung des Unionsrechts offenkundig ist.

4. Das Bundesverfassungsgericht überprüft nur, ob ein Fachgericht die unionsrechtliche Vorlagepflicht offensichtlich unhaltbar gehandhabt hat. Dies ist der Fall, wenn das letztinstanzliche Hauptsachegericht trotz Zweifeln an der Rechtsauslegung eine Vorlage nicht in Betracht zieht (grundsätzliche Verknennung der Vorlagepflicht) oder wenn es ohne Vorlagebereitschaft bewusst von der Rechtsprechung des EuGH abweicht.

5. Von einer grundsätzlichen Verknennung der Vorlagepflicht ist erst recht auszugehen, wenn sich das Gericht hinsichtlich des (materiellen) Unionsrechts nicht hinreichend kundig macht oder wenn es offenkundig einschlägige Rechtsprechung des EuGH nicht auswertet. Um eine Kontrolle am Maßstab des Rechts auf den gesetzlichen Richter zu ermöglichen, hat das Gericht die Gründe für seine Entscheidung über die Vorlagepflicht anzugeben.

6. In den Fällen der Unvollständigkeit der Rechtsprechung des EuGH verletzt das letztinstanzliche Hauptsachegericht mit einer Nichtvorlage das Recht auf den gesetzlichen Richter, wenn es seinen Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschreitet, indem es willkürlich davon ausgeht, die Rechtslage sei entweder von vornherein eindeutig („*acte clair*“) oder durch Rechtsprechung in einer Weise geklärt, die keinen vernünftigen Zweifel offenlässt („*acte éclairé*“).

466. BVerfG 2 BvR 2194/21 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. April 2022 (BGH / LG Bonn)

Strafrechtliche Vermögensabschöpfung trotz steuerrechtlicher Verjährung (Einziehung bei Steuerhinterziehung großen Ausmaßes durch sogenannte Cum-Ex-Geschäfte; Erlöschen der Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis durch Verjährung; Eigenständigkeit der Einziehung gegenüber Geschädigtenansprüchen; Unanwendbarkeit des spezifisch strafrechtlichen Rückwirkungsverbots; allgemeines Rückwirkungsverbot als Prüfungsmaßstab; konstitutiver Eingriff in die höchstgerichtliche Gesetzesauslegung durch den Gesetzgeber; ausnahmsweise Zulässigkeit einer Rückbewirkung von Rechtsfolgen; Vertrauensschutzgebot; Abwägung zwischen Vertrauensschutzbelangen und Gemeinwohl; Rechtfertigung der „echten“ Rückwirkung durch

überragende Belange des Gemeinwohls; fortwährende Bemakelung strafrechtswidrig erworbener Vermögenswerte); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Subsidiaritätsgrundsatz; Verbot von Ausnahmegerichten; Erfordernis einer revisionsrechtlichen Verfahrensrüge zur Gerichtsbesetzung).

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 2 Abs. 5 StGB; § 73e Abs. 1 Satz 2 StGB; Art. 316j Nr. 1 EGStGB; § 47 AO; § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO; § 375a AO a. F.

1. Die Regelung in § 73e Abs. 1 Satz 2 StGB, welche die Einziehung von Taterträgen ermöglicht, wenn der Anspruch des Verletzten auf Rückgewähr oder Wertersatz (lediglich) wegen Verjährung erloschen ist, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Ihr kann nicht mit Erfolg entgegengehalten werden, die Vermögenseinziehung stehe im Widerspruch zu der nach der Verjährungsregelung in § 47 AO verbindlichen Vermögenszuordnung zugunsten des Steuerpflichtigen. Der Gesetzgeber hat sich für ein Nebeneinander von Einziehungsansprüchen und Ansprüchen Geschädigter entschieden, die sich in ihren Voraussetzungen, ihrem Umfang und ihrem Verjährungsregime unterscheiden. Verbunden sind die Rechtsmaterien lediglich durch § 73e Abs. 1 Satz 1 StGB, der eine doppelte Inanspruchnahme des Betroffenen vermeidet.

2. Die Übergangsregelung des Art. 316j Nr. 1 EGStGB verletzt nicht das Rückwirkungsverbot. Sie unterliegt nicht dem spezifisch strafrechtlichen Rückwirkungsverbot, weil es sich bei der Vermögensabschöpfung um keine dem Schuldgrundsatz unterliegende Nebenstrafe, sondern eine Maßnahme eigener Art mit kondiktionsähnlichem Charakter handelt (Verweis auf BVerfG, Beschluss vom 10. Februar 2021 – 2 BvL 8/19 – [= HRRS 2021 Nr. 280]). Jedoch ist sie an dem allgemeinen Rückwirkungsverbot zu messen, weil der Gesetzgeber damit nachträglich konstitutiv der Auslegung des § 73e Abs. 1 StGB a. F. durch den Bundesgerichtshof die Grundlage entzogen hat, wonach das Erlöschen des Anspruchs aus dem Steuerschuldverhältnis durch Verjährung die Einziehung ausschließt (BGH, Urteil vom 28. Juli 2021 – 1 StR 519/20 – [= HRRS 2021 Nr. 984]).

3. Die durch Art. 316j Nr. 1 EGStGB bewirkte „echte“ Rückwirkung, bei der eine Rechtsfolge mit belastender Wirkung schon vor dem Zeitpunkt der Verkündung der Rechtsnorm für bereits abgeschlossene Tatbestände gelten soll, ist mit dem aus dem Rechtsstaatsprinzip herzuleitenden Vertrauensschutzgebot ausnahmsweise vereinbar, weil sie durch überragende Belange des Gemeinwohls gerechtfertigt ist.

4. Nach Maßgabe des Vertrauensschutzgebots ergeben sich die Grenzen gesetzgeberischer Regelungsbefugnis aus einer Abwägung zwischen dem Gewicht der berührten Vertrauensschutzbelange und der Bedeutung des gesetzgeberischen Anliegens für das Gemeinwohl. Dabei erhöht sich die Bedeutung der berührten Vertrauensschutzbelange in Abhängigkeit von der Schwere des Eingriffs in das sachlich berührte Grundrecht.

5. Das Rückwirkungsverbot findet im Grundsatz des Vertrauensschutzes indes nicht nur seinen Grund, sondern

auch seine Grenze. Es gilt nicht, soweit sich ausnahmsweise kein Vertrauen auf den Bestand des geltenden Rechts bilden konnte oder ein Vertrauen nicht schutzwürdig war. Der Vertrauensschutz muss insbesondere zurücktreten, wenn überragende Belange des Gemeinwohls, die dem Prinzip der Rechtssicherheit vorgehen, eine rückwirkende Beseitigung erfordern.

6. Der Gesetzgeber verfolgte mit der in Art. 316j Nr. 1 EGStGB enthaltenen Erstreckung der Einziehung auf Fälle, in denen bereits steuerrechtliche Verjährung eingetreten war, das Ziel, durch Steuerhinterziehungen in großem Ausmaß eingetretene, fortwirkende Störungen der Vermögensordnung zu beseitigen und so der Rechtsgemeinschaft zu verdeutlichen, dass sich Straftaten nicht lohnen. Dieses Ziel ist überragend wichtig und geht dem Interesse des Täters, durch Steuerdelikte erlangte Vermögenswerte nach Eintritt der steuerrechtlichen Verjährung behalten zu dürfen, vor. Diese lässt das mit der Bewertung eines Verhaltens als (Steuer-)Straftat verbundene sozial-ethische Unwerturteil nicht entfallen. Die fortwährende Bemakelung strafrechtswidrig erworbener Vermögenswerte stellt vielmehr eine Ausprägung des allgemeinen Prinzips dar, dass das Vertrauen in den Fortbestand unredlich erworbener Rechte grundsätzlich nicht schutzwürdig ist. Dies gilt für den Straftäter ebenso wie für den nicht gutgläubigen Drittbereicherten.

7. Eine Verfassungsbeschwerde, mit welcher der Beschwerdeführer beanstandet, eine Strafkammer sei unter Verstoß gegen das Verbot von Ausnahmegerichten allein zur Bearbeitung von Cum-Ex-Verfahren eingerichtet worden, genügt insoweit nicht dem Grundsatz der Subsidiarität, wenn der Beschwerdeführer eine Überprüfung der ordnungsgemäßen Gerichtsbesetzung durch den Bundesgerichtshof ausgeschlossen hat, indem er es unterlassen hat, im Revisionsverfahren eine entsprechende Verfahrensrüge zu erheben.

463. BVerfG 1 BvR 576/19 (2. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 12. November 2021 (LG Stuttgart / AG Stuttgart)

Unzulässige Verfassungsbeschwerde gegen die Versagung von Einsicht in die Akten eines Strafverfahrens wegen Marktmanipulation (zivilrechtliche Schadensersatzklage eines in London ansässigen Hedgefonds; ergänzender Vortrag zur Grundrechtsberechtigung nach dem EU-Austritt des Vereinigten Königreichs; Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Hinwirken auf Beiziehung der Strafakten in einem parallelen Zivilverfahren).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 406e StPO; § 474 Abs. 1 StPO; § 475 StPO; § 20a WpHG a.F.

1. Eine Verfassungsbeschwerde gegen die Versagung von Einsicht in die Akten eines Strafverfahrens wegen Marktmanipulation ist wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Subsidiarität unzulässig, wenn der Beschwerdeführer es unterlassen hat, in dem anhängigen zivilrechtlichen Verfahren über seine Klage auf Ersatz des durch die Marktmanipulation entstandenen Schadens auf die Beiziehung der Strafakten hinzuwirken (Folgeverfahren zum

Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 9. Dezember 2015 – 1 BvR 2449/14 – [= HRRS 2016 Nr. 177]).

2. Ändert sich die Sach- und Rechtslage nach Ablauf der Frist zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde, so muss der Beschwerdeführer seinen Vortrag ergänzen. Nach dem Austritt des Vereinigten Königreichs Großbritannien aus der Europäischen Union hat ein in London ansässiger Hedgefonds darzulegen, inwieweit er hinsichtlich der von ihm geltend gemachten Grundrechtsverletzungen noch grundrechtsberechtigt ist.

464. BVerfG 2 BvR 1419/18 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. März 2022 (OLG Braunschweig / LG Göttingen)

Fortdauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Freiheitsgrundrecht; Mindestanforderungen an die Wahrheitserforschung; verfassungsrechtliches Gebot bestmöglicher Sachaufklärung; Übertragbarkeit der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die prognostische Begutachtung von im psychiatrischen Krankenhaus Untergebrachten auf die Sicherungsverwahrung; Pflicht zur regelmäßigen Heranziehung eines neuen externen Sachverständigen; keine Rechtfertigung der wiederholten Bestellung desselben Sachverständigen zur Fristwahrung; Verletzung der Sachaufklärungspflicht auch bei mangel-freiem Gutachten).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 66 StGB; § 67d Abs. 3 StGB; § 73 Abs. 1 StPO; § 454 Abs. 2 StPO; § 463 Abs. 3 Satz 3 StPO; § 463 Abs. 4 Satz 3 StPO

1. Die Anordnung der Fortdauer einer Unterbringung in der Sicherungsverwahrung verletzt das verfassungsrechtliche Gebot bestmöglicher Sachaufklärung, wenn die Strafvollstreckungskammer auf der Grundlage des Gutachtens eines externen Sachverständigen entscheidet, der innerhalb von zweieinhalb Jahren bereits zum vierten Mal mit der Begutachtung des langjährig Untergebrachten beauftragt worden war, obwohl sich dieser einer Exploration durch den Sachverständigen jeweils verweigert hatte, so dass die Gefahr einer repetitiven Routinebeurteilung auf der Hand lag. Dies gilt umso mehr, wenn die Maßregelvollzugseinrichtung mitgeteilt hat, dass bei dem Untergebrachten im Beobachtungszeitraum keine Symptome einer psychotischen Erkrankung mehr festgestellt worden seien, so dass in besonderem Maße eine neue Begutachtung auf der Basis gesteigerter Unvoreingenommenheit und kritischer Distanz gegenüber den bisherigen Gutachten geboten war.

2. Aus der freiheitssichernden Funktion des Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG, die auch im Verfahrensrecht Beachtung erfordert, ergeben sich Mindestanforderungen für eine zuverlässige Wahrheitserforschung. Es ist unverzichtbare Voraussetzung eines rechtsstaatlichen Verfahrens, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, auf einer zureichenden richterlichen Sachaufklärung beruhen und eine in tatsächlicher Hinsicht genügende Grundlage haben.

3. Die verfassungsrechtlichen Vorgaben für die prognostische Begutachtung von im psychiatrischen Krankenhaus

Untergebrachten gelten auch für den Vollzug der Sicherungsverwahrung. Danach ist es bei einer langjährigen Unterbringung in der Regel geboten, von Zeit zu Zeit einen anstaltsfremden Sachverständigen hinzuzuziehen, um der Gefahr repetitiver Routinebeurteilungen vorzubeugen und um auszuschließen, dass Belange der Anstalt oder der Beziehung zwischen Untergebrachtem und Therapeuten das Gutachten beeinflussen. Aus denselben Gründen kann es angezeigt sein, den Untergebrachten von einem Sachverständigen begutachten zu lassen, der im Vollstreckungsverfahren noch überhaupt nicht mit dem Untergebrachten befasst war.

4. Wenngleich es für den Bereich der Sicherungsverwahrung an einer dem § 463 Abs. 4 Satz 3 StPO entsprechenden einfachgesetzlichen Regelung fehlt, ist auch hier der Gefahr repetitiver Routinebeurteilungen durch eine entsprechende Gutachterausswahl entgegenzuwirken; denn

die Anforderungen an die Einholung von Sachverständigengutachten und an die Bestimmung des jeweiligen Gutachters folgen im Bereich der Sicherungsverwahrung unmittelbar aus Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG.

5. Das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung ist der Frage der inhaltlichen Richtigkeit der Feststellungen des Sachverständigen vorgelagert. Ein mit der wiederholten Bestellung desselben Sachverständigen verbundener Verstoß gegen die Sachaufklärungspflicht entfällt daher nicht deshalb, weil das neuerliche Gutachten mit den vorherigen Begutachtungen übereinstimmt und keine sachfremden Erwägungen erkennen lässt. Er ist auch nicht dadurch zu rechtfertigen, dass mit der Beauftragung des vorbefassten Sachverständigen die Überschreitung der Überprüfungsfrist vermieden oder gering gehalten werden soll.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

512. BGH 4 StR 223/21 – Urteil vom 17. März 2022 (LG Dortmund)

Versuch (Mittäter: einheitliches Eintreten in das Versuchsstadium; unmittelbares Ansetzen: Vorliegen, Zwischenakte, natürliche Einheit, notwendiges Mitwirken des Opfers, Kriterien, Dichte des Tatplans, Grad der Rechtsgutgefährdung); Rücktritt (persönlicher Strafaufhebungsgrund; Beteiligung mehrerer: bewusste Verhinderung der Tatvollendung notwendig, zumindest Mitursächlichkeit für das Ausbleiben der Vollendung, kein aktives Tun zwangsläufig notwendig, Rücktritt durch schlichtes Unterlassen, Beispiele, einvernehmliches nicht mehr Weiterhandeln, Rücktrittshorizont, Darstellung in den Urteilsfeststellungen; Fehlschlag; nachträgliche Korrektur des Rücktrittshorizonts); Mord.

§ 23 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 24 StGB; § 211 StGB

1. Mittäter treten einheitlich in das Versuchsstadium ein, sobald auch nur einer von ihnen zu der tatbestandlichen Ausführungshandlung unmittelbar ansetzt.

2. Nach den allgemeinen Grundsätzen zur Abgrenzung von Vorbereitungshandlungen zum strafbaren Versuch liegt ein unmittelbares Ansetzen bei solchen Handlungen vor, die nach der Vorstellung des Täters in ungestörtem Fortgang unmittelbar zur Tatbestandserfüllung führen oder mit ihr in einem unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen. Dies ist insbesondere der Fall, wenn der Täter subjektiv die Schwelle zum „Jetzt geht es los“ überschreitet, es eines weiteren Willensimpulses nicht mehr bedarf und er objektiv zur tatbestandsmäßigen Angriffshandlung ansetzt, so dass sein Tun ohne

Zwischenakte in die Erfüllung des Tatbestandes übergeht, wobei auf die strukturellen Besonderheiten der jeweiligen Tatbestände Bedacht zu nehmen ist.

3. Nicht als Zwischenakte in diesem Sinne anzusehen sind Handlungen, die wegen ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tathandlung nach dem Plan des Täters als deren Bestandteil erscheinen, weil sie an diese zeitlich und räumlich angrenzen und mit ihr im Falle der Ausführung eine natürliche Einheit bilden; dies kann auch für ein notwendiges Mitwirken des Opfers gelten. Maßgebliche Kriterien für die Beurteilung im Einzelfall sind u. a. die Dichte des Tatplans und der Grad der Rechtsgutgefährdung.

4. § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB, der als persönlicher Strafaufhebungsgrund für jeden Tatbeteiligten gesondert zu prüfen ist, verlangt ohne Rücksicht auf die Frage, ob ein beendeter oder unbeendeter Versuch vorliegt, die bewusste Verhinderung der Tatvollendung. Dabei bestehen grundsätzlich die gleichen Anforderungen wie beim Alleintäter, so dass insbesondere das Verhalten des Zurücktretenden für das Ausbleiben der Vollendung zumindest mitursächlich werden muss.

5. Das die Tatvollendung verhindernde Verhalten muss dabei nicht notwendig in einem auf die Erfolgsabwendung gerichteten aktiven Tun liegen. Kann einer von mehreren Tatbeteiligten den noch möglichen Eintritt des Taterfolgs allein dadurch vereiteln, dass er seinen vorgesehenen Tatbeitrag nicht erbringt oder nicht fortführt, so verhindert bereits seine Untätigkeit oder sein Nichtweiterhandeln die

Tatvollendung. Ist dem Beteiligten dies im Zeitpunkt der Verweigerung oder des Abbruchs seiner Tatbeteiligung bekannt und handelt er dabei freiwillig, liegen damit die Voraussetzungen für einen Rücktritt nach § 24 Abs. 2 Satz 1 StGB vor.

6. Ein solcher Rücktritt eines Tatbeteiligten durch schlichtes Unterlassen kommt in Betracht, wenn nach seiner Vorstellung ohne ihn der verabredete Plan nicht zu verwirklichen ist, etwa wenn nur er über die erforderlichen Tatwerkzeuge oder Fertigkeiten verfügt. Gleiches gilt, wenn ein Beteiligter seinen Tatbeitrag in der begründeten Überzeugung verweigert, die anderen Tatbeteiligten würden die Tat allein aufgrund seiner Untätigkeit nicht weiter durchführen. Denn der Tatbeteiligte gibt auch in diesem Fall seinen Vollendungsvorsatz vollständig auf und wählt eine Rettungsmöglichkeit, die er für geeignet und ausreichend hält, den Taterfolg zu verhindern. Geht der Tatbeteiligte hingegen von der Gefahr der Tatvollendung durch den oder die Mittäter aus, bedarf der Rücktritt wie beim beendeten Versuch des Einzeltäters eines auf die Erfolgsabwendung gerichteten aktiven Tuns.

7. Darüber hinaus kann ein Rücktritt aller Tatbeteiligten zu bejahen sein, wenn sie im Falle eines unbeendeten Versuchs einvernehmlich nicht mehr weiterhandeln, obwohl sie den Taterfolg noch herbeiführen könnten.

8. Maßgeblich ist in allen Fällen die subjektive Sicht des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung (sog. Rücktrittshorizont). Lässt sich den Urteilsfeststellungen das entsprechende Vorstellungsbild, das zur revisionsrechtlichen Prüfung des Vorliegens eines freiwilligen Rücktritts vom Versuch unerlässlich ist, nicht hinreichend entnehmen, hält das Urteil sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

539. BGH 6 StR 343/21 – Urteil vom 23. März 2022 (LG Bamberg)

Versuchtes Tötungsdelikt (Vorsatz: Gefährlichkeit der Tathandlung; Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts; Umstände des Einzelfalles: Gebotene Gesamtschau der bedeutsamen objektiven und subjektiven Tatumstände; spontane, unüberlegt oder in affektiver Erregung ausgeführte Handlungen).

§ 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; 211 StGB; § 212 StGB

1. Die Gefährlichkeit der Tathandlung und der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts sind keine allein maßgeblichen Kriterien für die Entscheidung, ob ein Angeklagter mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat; vielmehr kommt es auch bei besonders gefährlichen Handlungen auf die Umstände des Einzelfalles an. Das Tatgericht hat eine Gesamtschau der bedeutsamen objektiven und subjektiven Tatumstände vorzunehmen.

2. Bei spontanen, unüberlegt oder in affektiver Erregung ausgeführten Handlungen kann aus der Kenntnis der Gefahr des möglichen Todeseintritts nicht ohne Berücksichtigung der sich aus der Tat und der Persönlichkeit des Täters ergebenden Besonderheiten geschlossen werden, dass das voluntative Vorsatzelement gegeben ist.

484. BGH 1 StR 492/21 – Beschluss vom 9. Februar 2022 (LG Ravensburg)

Alkoholbedingt verminderte Schuldfähigkeit (erforderliche Gesamtbetrachtung: indizielle Bedeutung der Blutalkoholkonzentration, weitere relevante psychodiagnostische Kriterien).

§ 20 StGB; § 21 StGB

1. Auch wenn es keinen gesicherten medizinischstatistischen Erfahrungssatz gibt, nach dem allein wegen einer bestimmten Blutalkoholkonzentration zur Tatzeit vom Vorliegen einer alkoholbedingt erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit ausgegangen werden muss, ist der im Einzelfall festzustellende Wert ein gewichtiges Beweisanzeichen für eine erhebliche alkoholische Beeinflussung. Maßgeblich für die Frage, ob die Voraussetzungen des § 21 StGB gegeben sind, ist dementsprechend eine Gesamtwürdigung, in die sowohl die Höhe der Blutalkoholkonzentration als auch psychodiagnostische Kriterien einzustellen sind.

2. Im Rahmen der Anwendung psychodiagnostischer Kriterien sind nur solche Umstände zu berücksichtigen, die aussagekräftige Hinweise darauf geben können, ob das Hemmungsvermögen des Täters bei Begehung der Tat erhalten geblieben ist oder nicht. Aus planvollem und situationsgerechtem Vorgehen, das lediglich die Verwirklichung des Tatvorsatzes darstellt, oder der Flucht des Täters vom Tatort lassen sich regelmäßig keine tragfähigen Schlüsse auf die Steuerungsfähigkeit des Täters ziehen. Bei hoher Alkoholgewöhnung können äußeres Leistungsverhalten und innere Steuerungsfähigkeit zudem durchaus weit auseinander fallen. Bei Alkoholikern zeigt sich oft eine durch ‚Übung‘ erworbene erstaunliche Kompensationsfähigkeit im Bereich grobmotorischer Auffälligkeiten.

500. BGH 2 StR 433/20 – Urteil vom 10. November 2021 (LG Frankfurt am Main)

Unerlaubtes Handeln mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen: Tateinheit; Gewerbsmäßigkeit: Vorliegen, auf Wiederholung gerichteter Wille, Nebenerwerb); Dauer der Jugendstrafe (Erziehungsgedanke: Urteilsgründe, Gewicht des Tatunrechts, Folgen der Strafe für die weitere Entwicklung des Heranwachsenden); Strafaussetzung (prognostische Gesamtabwägung); Beweiswürdigung.

§ 29 BtMG; § 52 StGB; § 56 StGB; § 18 Abs. 2 JGG; § 261 StPO

1. Unter dem Gesichtspunkt einer natürlichen Handlungseinheit liegt eine Tat im sachlich-rechtlichen Sinne nur vor, wenn mehrere im Wesentlichen gleichartige Handlungen aufgrund ihres engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs so miteinander verbunden sind, dass sich das gesamte Tätigwerden bei natürlicher Betrachtungsweise objektiv auch für einen Dritten als ein einheitliches Geschehen darstellt, und die Handlungen von einem einheitlichen Willen getragen werde.

2. Gewerbsmäßig handelt ein Täter, wenn er die Absicht hat, sich durch wiederholte Tatbegehung eine fortlaufende Einnahmequelle von einiger Dauer und einigem Umfang

zu verschaffen. Gewerbsmäßigkeit setzt nicht voraus, dass mehrere Taten begangen sind. Vielmehr genügt bereits eine Tat, wenn sie auf einem auf Wiederholung gerichteten Willen beruht. Die Einnahmen müssen auch nicht die Haupteinnahmequelle sein, ein Nebenerwerb genügt, sofern die daraus erwarteten Einnahmen einigen Umfang und einiges Gewicht haben.

3. Nach § 18 Abs. 2 JGG ist die Höhe der Jugendstrafe in erster Linie an erzieherischen Gesichtspunkten auszurichten. Die Urteilsgründe müssen deshalb erkennen lassen, dass dem Erziehungsgedanken die ihm zukommende Beachtung geschenkt und bei der Bemessung der Jugendstrafe das Gewicht des Tatunrechts gegen die Folgen der Strafe für die weitere Entwicklung des Heranwachsenden abgewogen worden ist.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

519. BGH 4 StR 356/21 – Beschluss vom 30. März 2022 (LG Dortmund)

Mord (Verdeckungsabsicht: Vorliegen, aufgedeckte Tat, subjektive Sicht des Täters, bedingter Tötungsvorsatz, Verdeckung unabhängig vom Eintritt des Todeserfolgs möglich, Verdeckung nur durch Tod des Opfers erreichbar).

§ 211 StGB

1. In Verdeckungsabsicht im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB handelt, wer als Täter ein Opfer deswegen tötet, um dadurch eine vorangegangene Straftat als solche oder auch Spuren zu verdecken, die bei einer näheren Untersuchung Aufschluss über bedeutsame Tatumstände geben könnten. Zu den einer Verdeckung zugänglichen Tatumständen gehört insbesondere die eigene Beteiligung an der vorangegangenen Tat.

2. Schon begrifflich scheidet eine Tötung zur Verdeckung einer Straftat dagegen aus, wenn diese bereits aufgedeckt ist. Für die Beurteilung dieser Frage kommt es nicht auf die objektiv gegebene Sachlage, sondern ausschließlich auf die subjektive Sicht des Täters an. Solange der Täter subjektiv davon ausgeht, dass die Umstände der Tat noch nicht in einem die Strafverfolgung sicherstellenden Umfang bekannt sind, kommt eine Tötung aus Verdeckungsabsicht in Betracht.

3. Auch der mit bedingtem Tötungsvorsatz vorgehende Täter kann mit Verdeckungsabsicht handeln. Dies setzt indessen voraus, dass der Täter davon ausgeht, die Aufdeckung der vorangegangenen Straftat durch die mit bedingtem Tötungsvorsatz ausgeführte Tathandlung als solche unabhängig vom Eintritt eines Todeserfolgs verhindern zu können. Hält er dagegen den erstrebten Verdeckungserfolg nur durch den Tod des Opfers für erreichbar, sind bedingter Tötungsvorsatz und Verdeckungsabsicht nicht miteinander in Einklang zu bringen. Denn der zielgerichtete Wille, eine Straftat gerade durch Herbeiführung eines Todeserfolgs zu verdecken, und die bloße Billigung einer nur als möglich erkannten Todesfolge schließen sich gegenseitig aus.

524. BGH 4 StR 396/21 – Beschluss vom 16. Februar 2022 (LG Hagen)

Betrug (Vermögensschaden: Vorliegen, Prinzip der Gesamtsaldierung, Eingehungsbetrug, Zeitpunkt der Vermögensverfügung, Risikogeschäft, ungewisser Vermögensabfluss, wirtschaftlicher Wert des Vermögens, Rückzahlungsanspruch, vorhandenes Unternehmensvermögen, prognostizierte Unternehmensentwicklung).

§ 263 StGB

1. Ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB tritt ein, wenn die Vermögensverfügung des Getäuschten bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise unmittelbar zu einer nicht durch Zuwachs ausgeglichenen Minderung des wirtschaftlichen Gesamtwerts seines Vermögens führt (Prinzip der Gesamtsaldierung). Wurde der Getäuschte zum Abschluss eines Vertrages verleitet (Eingehungsbetrug), sind bei der für die Schadensfeststellung erforderlichen Gesamtsaldierung der Geldwert des erworbenen Anspruchs gegen den Vertragspartner und der Geldwert der eingegangenen Verpflichtung miteinander zu vergleichen. Der Getäuschte ist geschädigt, wenn sich dabei ein Negativsaldo zu seinem Nachteil ergibt. Maßgeblich ist der Zeitpunkt der Vermögensverfügung, also der Vergleich des Vermögenswerts unmittelbar vor und nach der Verfügung.

2. Ist der Getäuschte ein Risikogeschäft eingegangen, so stellt im Rahmen der vorzunehmenden Saldierung ein drohender, ungewisser Vermögensabfluss erst dann einen Schaden dar, wenn der wirtschaftliche Wert des Vermögens bereits gesunken ist, wenn also der Geldwert des seitens des Getäuschten erworbenen Anspruchs infolge der Verlustgefahr geringer ist als derjenige der eingegangenen Verpflichtung. Dieser Minderwert des im Synallagma Erlangten ist unter wirtschaftlicher Betrachtungsweise zu bestimmen und festzustellen. Erwirbt der Getäuschte einen (Rückzahlungs-)Anspruch gegen eine Gesellschaft, bedarf es im Rahmen der vorzunehmenden Saldierung für die wirtschaftliche Feststellung des Anspruchswertes einer Bewertung des vorhandenen Unternehmensvermögens und der zu prognostizierenden Unternehmensentwicklung, die – ggf. mit sachverständiger Hilfe – nach wirtschaftswissenschaftlichen Bewertungsverfahren beziffert und in den Urteilsgründen dargelegt werden müssen.

469. BGH 1 StR 292/21 – Beschluss vom 13. Januar 2022 (LG Stuttgart)

Unterschlagung (Begriff der Zueignung; Strafbarkeit der wiederholten Zueignung der gleichen Sache).
§ 246 Abs. 1 StGB

Ein Täter, der sich eine fremde Sache bereits durch eine strafbare Handlung zugeeignet hat, kann sich diese in einem späteren Zeitpunkt nicht noch einmal im Sinne von § 246 Abs. 1 StGB zueignen, ohne vorher seine Scheineigentümerposition wieder aufgegeben zu haben (vgl. BGHSt 14, 38, 46 f.); dies gilt nicht nur im Verhältnis der Unterschlagung zu einem anderen Eigentums- oder Vermögensdelikt wie etwa Diebstahl oder Betrug, sondern auch für Unterschlagungen zueinander.

562. BGH 5 StR 358/21 – Urteil vom 30. März 2022 (LG Berlin)

Mord (niedrige Beweggründe bei Bestrafungsmotiv gegenüber einem kindlichen Opfer wegen als respektlos empfundenem Verhalten).
§ 211 StGB

1. Ein Beweggrund ist niedrig i.S.d. § 211 StGB, wenn er nach allgemeiner sittlicher Würdigung auf tiefster Stufe steht und deshalb besonders verachtenswert ist. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich aufgrund einer Gesamtwürdigung, welche die Umstände der Tat, die Lebensverhältnisse des Täters und seine Persönlichkeit einschließt. Gefühlsregungen wie Wut, Zorn, Ärger, Hass und Rachsucht kommen dann als niedrige Beweggründe in Betracht, wenn sie nicht menschlich verständlich, sondern Ausdruck einer niedrigen Gesinnung des Täters sind.

2. Ist eine vorsätzliche Tötung von dem Motiv des Angeklagten getragen, ein kindliches (hier: 13 Jahre altes) Opfer für dessen aus Sicht des Angeklagten „respektloses“ Verhalten mit dem Tod zu bestrafen, legt das die Annahme niedriger Beweggründe regelmäßig nahe. Dies gilt umso mehr, wenn der Angeklagte das von ihm als „respektlos“

angesehene Verhalten durch eigene Provokationen erst ausgelöst hat. Das spontane Fassen des Tatentschlusses schließt die Annahme niedriger Beweggründe insofern nicht aus.

486. BGH 1 StR 508/21 – Beschluss vom 10. Februar 2022 (LG München I)

Minder schwerer Fall des Totschlags (Begriff des auf der Stelle zur Tat Hingerissen-Werdens: motivationspsychologischer Zusammenhang zwischen Provokation und Tat).
§ 213 StGB

Für das Merkmal „auf der Stelle zur Tat hingerissen“ im Sinne des § 213 StGB ist nicht entscheidend, ob sich die Tat als „Spontanat“ darstellt. Vielmehr kommt es darauf an, ob der durch eine schwere Provokation, die in Abhängigkeit von den Umständen des Einzelfalls auch bereits in Ohrfeigen liegen kann, hervorgerufene Zorn noch angehalten und als nicht durch rationale Abwägung unterbrochene Gefühlsaufwallung fortgewirkt hat. Entscheidend ist, dass ein motivationspsychologischer Zusammenhang zwischen der Misshandlung oder Beleidigung durch das Opfer und der Körperverletzungshandlung des Täters. War der Täter dagegen schon vor der Provokation zur Tat entschlossen, ist § 213 StGB nicht gegeben.

468. BGH 1 StR 21/22 – Beschluss vom 9. März 2022 (LG Traunstein)

Minder schwerer Fall des Totschlags.
§ 213 StGB

Der Täter muss durch die körperliche Misshandlung im Sinne des § 213 Var. 1 StGB nicht in einen Affekt im Sinne der §§ 20, 21 StGB versetzt werden. Es reicht vielmehr aus, wenn er durch die körperliche Misshandlung im unmittelbaren Handlungszusammenhang zu einer eigenen Körperverletzungshandlung hingerissen wurde.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

503. BGH 2 StR 444/21 – Beschluss vom 23. Februar 2022 (LG Aachen)

Strafzumessung (Handeltreiben mit Betäubungsmitteln: in den Verkehr Geraten der gehandelten Drogen; erschöpfende Aufzählung aller in Betracht kommenden zulässigen Strafzumessungserwägungen nicht notwendig; Darlegung in den Urteilsgründen); Einziehung des Wertes von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten (Vereitelung der Einziehung von Tatmitteln: bestimmungsgemäße Verwendung); Einziehung des Wertes von Taterträgen (Verzicht des Angeklagten auf sichergestellten Barbeitrag); Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten (Tatmittel: mehrdeutige Feststellungen, Spesengelder, Tatlohn).

§ 29 BtMG; § 46 StGB; § 74c StGB; § 73c StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

1. Dass gehandelte Drogen zum großen Teil oder vollständig in den Verkehr geraten, gehört zu den regelmäßigen Umständen des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln. Die Tatsache, dass verkaufte Rauschgift in den Verkehr gelangt, ist deshalb kein Strafschärfungsgrund.

2. Eine erschöpfende Aufzählung aller in Betracht kommenden zulässigen Strafzumessungserwägungen ist weder vorgeschrieben noch möglich. Das Tatgericht ist gemäß § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO lediglich verpflichtet, in den Urteilsgründen die für die Strafzumessung bestimmenden

Umstände darzulegen. Es bestimmt in erster Linie die Bewertungsrichtung und das Gewicht der Strafzumessungstatsachen, wobei ihm ein weiter Entscheidungs- und Wertungsspielraum eröffnet ist.

3. Spesengelder sind nur dann Tatmittel im Sinne des § 74 Abs. 1 StGB, wenn der Täter oder Teilnehmer diese im Vorfeld der beabsichtigten Tatbegehung von einer anderen Person mit der konkreten Maßgabe erhalten hat, davon notwendige Ausgaben zu bestreiten. Erhält der Täter oder Teilnehmer sein Geld hingegen pauschal, ohne dass zwischen Spesengeld und Tatlohn differenziert wird, handelt es sich bei dem erlangten Geldbetrag in Gänze um Tatlohn.

547. BGH 6 StR 606/21 – Beschluss vom 23. März 2022 (LG Schwerin)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Darstellung im Urteil: sorgfältige Prüfung der Anordnungsvoraussetzungen, Darstellung der wesentlichen Umstände; Vorliegen einer schweren anderen seelischen Abartigkeit: vom Tatgericht wertend zu entscheidende Rechtsfrage, Ausprägungsgrad der Störung und ihr Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit; Gefährlichkeitsprognose: frühere Taten).

§ 63 StGB; § 20 StGB

1. Bei der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist das Tatgericht – neben der sorgfältigen Prüfung der Anordnungsvoraussetzungen – auch dazu verpflichtet, die wesentlichen Umstände in den Urteilsgründen so umfassend darzustellen, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird, die Entscheidung nachzuvollziehen (st. Rspr.).

2. Ob eine durch einen Sachverständigen diagnostizierte schizoide Persönlichkeitsstörung gemäß ICD-10 die Voraussetzungen einer schweren anderen seelischen Abartigkeit im Sinne des § 20 StGB erfüllt, ist eine Rechtsfrage, die das Tatgericht wertend zu entscheiden hat.

3. Stützt das Tatgericht die Gefährlichkeitsprognose auch auf frühere Taten, so müssen die im Urteil dazu getroffenen Feststellungen belegen, dass auch sie auf der Erkrankung des Täters beruhen, die die Einschränkung seiner Schuldfähigkeit bei der Anlasstat begründet.

555. BGH 3 StR 398/21 – Beschluss vom 8. März 2022 (LG Aurich)

Berücksichtigung der beruflichen Nebenwirkungen einer strafrechtlichen Verurteilung auf das Leben des Angeklagten als bestimmender Strafzumessungsgrund bei Verurteilung eines Anwalts wegen Beteiligung an einer Falschaussage.

§ 46 StGB; § 114 BRAO

Die beruflichen Nebenwirkungen einer strafrechtlichen Verurteilung auf das Leben des Angeklagten sind jedenfalls dann als bestimmender Strafzumessungsgrund ausdrücklich anzuführen, wenn dieser durch sie seine berufliche oder wirtschaftliche Basis verliert. Dass dies droht, liegt regelmäßig nahe, wenn ein Rechtsanwalt wegen Beteiligung an einer Falschaussage verurteilt wird, da hier ein Ausschluss aus der Rechtsanwaltschaft als anwaltsrechtliche Sanktion in Betracht kommt.

552. BGH 3 StR 3/22 – Beschluss vom 8. März 2022 (LG Mönchengladbach)

Erweiterte Einziehung von Taterträgen (Subsidiarität; keine Zuordnung zu konkreten Taten); Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.

§ 73a StGB; § 29 BtMG

Die erweiterte Einziehung von Taterträgen kommt nur in Betracht, wenn die deliktisch erlangten Gegenstände nach durchgeführter Beweisaufnahme keinen konkreten rechtswidrigen Taten zugeordnet werden können. Werden aber – wie hier – konkrete Straftaten als Herkunftstaten festgestellt, kommt nur die vorrangige Einziehung nach § 73 Abs. 1 StGB in Betracht, die aber grundsätzlich im Rahmen eines gesonderten Strafverfahrens wegen der Herkunftstat angeordnet werden muss.

528. BGH 4 StR 475/21 – Urteil vom 17. März 2022 (LG Landshut)

Aussetzung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zugleich mit der Anordnung (besondere Umstände: Vorliegen, Eingreifen außerstrafrechtlicher Sicherungssysteme, zivilrechtliche Unterbringung in einer betreuten Wohneinrichtung, Reduktion der fortbestehenden Gefährlichkeit auf ein vertretbares Maß).

§ 67b StGB

1. Gemäß § 67b Abs. 1 Satz 1 StGB kann die Vollstreckung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zur Bewährung ausgesetzt werden, wenn besondere Umstände die Erwartung rechtfertigen, dass der Zweck der Maßregel auch dadurch erreicht werden kann. Besondere Umstände in diesem Sinne sind Umstände in der Tat, in der Person des Täters oder in seiner gegenwärtigen oder künftigen Lage, die erwarten lassen, dass die von ihm ausgehende Gefahr weiterer Taten abgewendet oder doch so abgeschwächt werden kann, dass trotz fortbestehender Gefährlichkeit zunächst ein Verzicht auf den Vollzug der Maßregel gewagt werden kann.

2. Als besonderer Umstand in diesem Sinne kommt dabei auch das Eingreifen außerstrafrechtlicher Sicherungssysteme wie etwa die zivilrechtliche Unterbringung in einer betreuten Wohneinrichtung in Betracht. Insbesondere ist auch zu prüfen, ob die im Fall einer Aussetzung der Unterbringung zur Bewährung nach § 67b Abs. 2 StGB kraft Gesetzes eintretende Führungsaufsicht und damit verbundene Überwachungsmöglichkeiten sowie die Aussicht auf einen im Falle des Weisungsverstoßes drohenden Bewährungswiderruf eine hinreichende Gewähr dafür bieten, dass die fortbestehende Gefährlichkeit auf ein vertretbares Maß reduziert wird.

544. BGH 6 StR 63/22 – Beschluss vom 23. März 2022 (LG Weiden)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Absehen von einer Begutachtung des Angeklagten; sog. „Evidenzfälle“; eigene Angaben des Angeklagten).

§ 246a Abs. 1 Satz 2 StPO; § 64 StGB

1. Das Tatgericht darf von einer Begutachtung des Angeklagten auch dann absehen, wenn es eine grundsätzlich in Betracht kommende Maßregelverordnung nach § 64 StGB nicht in Erwägung zieht, weil nach den Umständen des Einzelfalls das Fehlen der Anordnungsvoraussetzungen

auf der Hand liegt. Dies gilt nicht nur für Fälle offensichtlich fehlender Erfolgsaussicht, sondern auch für Konstellationen evident fehlenden Hangs.

2. Verschafft sich das Tatgericht etwa die sichere Überzeugung, dass der Angeklagte unter dem Eindruck des Strafverfahrens den Drogenkonsum eingestellt hat und nach längerem Zeitablauf im maßgebenden Zeitpunkt des Urteils weiterhin abstinent lebt, so bedarf es keiner Hilfe durch einen Sachverständigen mehr.

3. Die Feststellung einer stabilen Abstinenz mit der Folge des Vorliegens eines Evidenzfalles ist nicht hinreichend belegt, wenn sich das Tatgericht ausschließlich auf die eigenen Angaben des Angeklagten stützt, ohne diese jedoch in irgendeiner Weise zu hinterfragen.

520. BGH 4 StR 357/21 – Beschluss vom 1. März 2022 (LG Hagen)

Einziehung von Taterträgen (durch die Tat erlangt: Vorliegen); Betrug (Vermögensschaden: Gefährdungsschaden, Besitz einer Bankkarte, Geheimzahl, Vertiefung und Verfestigung des Schadens; Beendigung: Tatplan, Vermögensvorteil).

§ 73 StGB; § 73c StGB; § 263 StGB

1. Ein Vermögenswert ist nach § 73 Abs. 1 StGB „durch die Tat“ erlangt, wenn er dem Beteiligten in irgendeiner Phase des Tatablaus aus der Verwirklichung des Tatbestands so zugeflossen ist, dass er hierüber tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben kann, und ihm so aus der Tat unmittelbar messbar zugutegekommen ist.

2. Ein Betrug ist erst beendet, wenn der Vermögensvorteil beim Täter endgültig eingetreten ist. Maßgeblich ist hierbei die Erlangung des (letzten) vom Tatplan umfassten Vermögensvorteils.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

551. BGH 3 StR 202/21 – Urteil vom 24. Februar 2022 (LG Düsseldorf)

BGHSt; Regelmäßig kein Wiedereintritt in die Hauptverhandlung nach letztem Wort durch Verkündung des ein Ablehnungsgesuch zurückweisenden Beschlusses (Bezug zur Sachentscheidung; rein formale Vorgänge; ausdrückliche Erklärung; stillschweigender Wiedereintritt; Anforderungen an die Zulässigkeit der Revision; rechtliches Gehör); Ablehnung eines Beweisantrags wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit (Verbot der Beweisantizipation; Konnexität).

§ 258 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 S. 2 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

1. Die Verkündung des ein Ablehnungsgesuch zurückweisenden Beschlusses stellt für sich gesehen keinen Wiedereintritt in die Hauptverhandlung im Sinne des § 258 StPO dar. Anderes gilt allenfalls dann, wenn der Beschluss über die bloße Zurückweisung hinaus einen Bezug zur Sachentscheidung aufweist, weil sich in ihm die Bewertung einer potentiell urteilsrelevanten Frage widerspiegelt. Nicht maßgeblich ist hingegen, ob der Befangenheitsantrag als unzulässig oder unbegründet behandelt wird. (BGHSt)

2. Nach einem Wiedereintritt in die Verhandlung muss das Gericht die Möglichkeit zu umfassenden Schlussvorträgen und das letzte Wort erneut gewähren, auch wenn er nur einen unwesentlichen Aspekt oder einen Teil der Anklagevorwürfe betrifft, weil jeder Wiedereintritt den vorangegangenen Ausführungen ihre rechtliche Bedeutung als Schlussvorträge und letztes Wort nimmt. (Bearbeiter)

3. § 258 StPO, der Gewährleistung des durch Art. 103 Abs. 1 GG garantierten Anspruchs auf rechtliches Gehör. Die

Vorschrift soll sicherstellen, dass der Angeklagte unmittelbar vor der endgültigen Beratung des Gerichts zu dem gesamten Ergebnis der Hauptverhandlung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht Stellung und somit auf die Urteilsfindung Einfluss nehmen kann. Diese Funktion ist allerdings, wenn dem Angeklagten bereits einmal das letzte Wort gewährt worden war, nur bei danach eintretenden, in tatsächlicher oder rechtlicher Hinsicht sachentscheidungsrelevanten Ereignissen berührt. Bei neuen, sich auf die eigentliche Urteilsfindung in der Sache nicht auswirkenden, insbesondere rein formalen Vorgängen besteht hingegen für den Angeklagten kein Bedürfnis, sich in Reaktion hierauf ergänzend zu verteidigen. (Bearbeiter)

4. Ein Wiedereintritt in die Verhandlung kann durch eine ausdrückliche Erklärung des Vorsitzenden beziehungsweise des Gerichts oder stillschweigend geschehen. Für letzteres genügt jede Betätigung, in welcher der Wille des Gerichts, mit der Untersuchung und der Aburteilung fortzufahren, erkennbar zutage tritt, auch wenn das Gericht darin keine Wiedereröffnung der Verhandlung erblickt oder diese nicht beabsichtigt. Dies ist der Fall bei jedem Vorgang, der die gerichtliche Sachentscheidung auch nur mittelbar beeinflussen könnte, indem er eine tatsächliche oder rechtliche Bewertung des bisherigen Verfahrensergebnisses zum Ausdruck bringt. Auf Umfang und Bedeutung der nochmaligen Verhandlungen kommt es dabei nicht an. Ob ein Wiedereintritt vorliegt, richtet sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls. (Bearbeiter)

5. Insbesondere wird durch Prozesshandlungen wieder in die Verhandlung eingetreten, die wie etwa die Stellung, Erörterung und Entscheidung von Beweisanträgen ihrer Natur nach in den Bereich der Beweisaufnahme fallen. Aber

auch ein sonstiges Verhandeln über einzelne Vorgänge kann einen Wiedereintritt begründen, beispielsweise Erörterungen über die Voraussetzungen eines Haftbefehls, also seines Erlasses, seiner Aufrechterhaltung oder Aufhebung. Demgegenüber liegt keine Wiedereröffnung der Verhandlung in Vorgängen, die – wie beispielsweise die Negativmitteilung nach § 243 Abs. 4 StPO oder die Bekanntgabe eines Verbindungsbeschlusses zur gemeinsamen Urteilsverkündung – auf die gerichtliche Sachentscheidung keinen Einfluss haben können. (Bearbeiter)

6. Wegen des Verbots der Beweisantizipation darf eine Beweistatsache nicht mit dem Argument als bedeutungslos erachtet werden, das Tatgericht sei von ihrem Gegenteil schon überzeugt. (Bearbeiter)

7. Tatsächlich bedeutungslos sind Indiz- beziehungsweise Hilfstatsachen, wenn zwischen ihnen und dem Gegenstand der Urteilsfindung kein Sachzusammenhang besteht oder sie trotz eines solchen Zusammenhangs selbst im Fall ihres Erwiesenseins die Entscheidung nicht beeinflussen könnten, weil sie nur mögliche, nicht aber zwingende Schlüsse zulassen und das Gericht den möglichen Schluss nicht ziehen will. (Bearbeiter)

8. Ob der Schluss gerechtfertigt wäre, hat das Tatgericht nach den Grundsätzen der freien Beweiswürdigung zu beurteilen. Hierzu hat es die unter Beweis gestellte Tatsache so, als wäre sie erwiesen, in ihrem vollen Umfang ohne Umdeutung, Einengung oder Verkürzung in das bisherige Beweisergebnis einzustellen und prognostisch zu prüfen, ob hierdurch seine bisherige Überzeugung zu der potentiell berührten Haupttatsache beziehungsweise zum Beweiswert der anderen Beweismittel in einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch bedeutsamen Weise erschüttert würde. Die Ablehnung wegen Bedeutungslosigkeit erlaubt es dem Tatgericht dabei nicht, die Bedeutungslosigkeit lediglich aus dem Ergebnis der bisherigen Beweisaufnahme abzuleiten, die Richtigkeit der behaupteten Tatsache in Frage zu stellen oder den Beweiswert in Zweifel zu ziehen. (Bearbeiter)

9. Eine vom Revisionsführer behauptete Verletzung des § 258 StPO muss durch die Angabe aller Tatsachen dargetan werden, die den konkreten Fehler lückenlos belegen (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO). Dies erfordert in der Regel die vollständige Darlegung des für die Beurteilung der Rüge relevanten Verfahrensverlaufs, also auch der Anwesenheit des Angeklagten am Schluss der Verhandlung. Dabei ist die bloße Bezugnahme auf das Sitzungsprotokoll (wie auch ansonsten) unzulässig; das Revisionsgericht muss vielmehr allein aufgrund der Revisionsbegründungsschrift in die Lage versetzt werden, das Vorliegen des geltend gemachten Verfahrensfehlers prüfen zu können. (Bearbeiter)

10. Ein Beweisantrag muss sich nicht zu Umständen verhalten, die ihn bei fortgeschrittener Beweisaufnahme mit gegenläufigen Beweisergebnissen dennoch plausibel erscheinen lassen. Die Rechtsprechung, die vereinzelt eine solche „qualifizierte“ Konnexität für erforderlich gehalten hat (vgl. insbesondere BGH, Urteil vom 10. Juni 2008 – 5 StR 38/08, BGHSt 52, 284), findet jedenfalls seit der umfassenden Neuregelung des Beweisantragsrechts durch das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10. Dezember 2019 keine Anwendung mehr; denn sie ist

mit der geänderten Gesetzeslage nicht zu vereinbaren. (Bearbeiter)

557. BGH 5 StR 153/21 – Beschluss vom 2. Februar 2022 (LG Bremen)

BGHR; erfolgreiche Rüge der fehlerhaften Gerichtsbesetzung bei Ausschluss der Mitwirkung einer Schöffin wegen Besorgnis der Befangenheit ohne Ablehnungsgesuch eines Ablehnungsberechtigten (Besetzungseinwand; Statthaftigkeit; Präklusion; willkürlicher Eingriff in die Gerichtsbesetzung; gesetzliche Ausschlussgründe; Prüfung von Amts wegen; Selbstablehnung).
§ 24 StPO; § 28 Abs. 1 StPO; § 30 StPO; § 31 StPO; 222b StPO; 338 Nr. 1 StPO

1. Wird ein Besetzungseinwand vom Rechtsmittelgericht als unstatthaft und damit als unzulässig verworfen, weil der Anwendungsbereich des § 222b StPO nicht eröffnet war, wird durch diese Entscheidung die Besetzungsrüge nach § 338 Nr. 1 StPO nicht präkludiert. (BGHR)

2. Die Vorschrift des § 28 Abs. 1 StPO steht einer Besetzungsrüge nicht entgegen, wenn die Anwendungsvoraussetzungen der §§ 24, 30, 31 StPO verkannt werden und so in objektiv willkürlicher Weise in die Gerichtsbesetzung eingegriffen wird. (BGHR)

3. Wegen Besorgnis der Befangenheit kann ein Richter – wenn im Zeitpunkt der Entscheidung ein Ablehnungsgesuch eines Ablehnungsberechtigten im Sinne von § 24 Abs. 3 StPO nicht vorliegt – nur in-folge einer Selbstanzeige nach § 30 StPO von der Mitwirkung ausgeschlossen werden; von Amts wegen findet eine Überprüfung nur hinsichtlich der gesetzlichen Ausschlussgründe nach §§ 22, 23 StPO statt. (BGHR)

523. BGH 4 StR 392/20 – Beschluss vom 16. Februar 2022 (LG Dortmund)

Ablehnung von Beweisanträgen (Ablehnung eines Beweisantrages auf Vernehmung eines Auslandszeugen: Befreiung von dem Verbot der Beweisantizipation, Darlegung im Gerichtsbeschluss, Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles, breite Beweisgrundlage, ungesichertes Beweisergebnis, Größe der Unwägbarkeiten, Zweifel hinsichtlich Wertes der bisher erhobenen Beweise, zu Erwartendes nicht Folgen der Ladung durch den Zeugen, Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen).
§ 244 StPO

1. Bei der Ablehnung eines Beweisantrags auf Vernehmung eines Zeugen, dessen Ladung im Ausland zu bewirken wäre, ist das Gericht von dem Verbot der Beweisantizipation befreit und darf seine Entscheidung davon abhängig machen, welche Ergebnisse von der beantragten Beweisaufnahme zu erwarten sind und wie diese zu erwartenden Ergebnisse zu würdigen wären.

2. Kommt es unter Berücksichtigung sowohl des Vorbringens zur Begründung des Beweisantrags, als auch der in der bisherigen Beweisaufnahme angefallenen Erkenntnisse zu dem Ergebnis, dass ein Einfluss auf seine Überzeugung auch dann sicher ausgeschlossen ist, wenn der benannte Zeuge die in sein Wissen gestellte Behauptung bestätigen werde, ist eine Ablehnung des Beweisantrags

rechtlich nicht zu beanstanden. In dem hierfür erforderlichen Gerichtsbeschluss (§ 244 Abs. 6 Satz 1 StPO) müssen die maßgeblichen Erwägungen so umfassend dargelegt werden, dass es dem Antragsteller möglich wird, seine Verteidigung auf die neue Verfahrenslage einzustellen und das Revisionsgericht überprüfen kann, ob die Antragsablehnung auf einer rational nachvollziehbaren, die wesentlichen Gesichtspunkte des Einzelfalles erkennbar berücksichtigenden Argumentation beruht.

3. Ob das Gebot des § 244 Abs. 2 StPO, die Beweisaufnahme zur Erforschung der Wahrheit auf alle entscheidungsrelevanten Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken, es gebietet, dem Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen nachzukommen, kann nur unter Berücksichtigung der jeweiligen Besonderheiten des Einzelfalles beurteilt werden. Allgemein gilt lediglich der Grundsatz, dass bei einem durch die bisherige Beweisaufnahme gesicherten Beweisergebnis auf breiter Beweisgrundlage eher von der Vernehmung des Auslandszeugen abgesehen werden kann. Dagegen wird die Vernehmung des Auslandszeugen umso eher notwendig sein, je ungesicherter das bisherige Beweisergebnis erscheint, je größer die Unwägbarkeiten sind und je mehr Zweifel hinsichtlich des Werts der bisher erhobenen Beweise überwunden werden müssen; dies gilt insbesondere dann, wenn der Auslandszeuge Vorgänge bekunden soll, die für den Schuldvorwurf von zentraler Bedeutung sind.

4. Die Möglichkeit, nach § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO einen Beweisantrag auf Vernehmung eines Auslandszeugen abzulehnen, erfasst nicht nur Fälle der voraussichtlichen Unergiebigkeit der Zeugenaussage oder der Unerreichbarkeit des Zeugen, sondern – als Unterfall der Unerreichbarkeit – grundsätzlich auch solche Fallgestaltungen, in denen der Aufenthalt eines Zeugen zwar bekannt, aber damit zu rechnen ist, dass er entweder einer Ladung nicht folgen oder im Falle seines Erscheinens keine Angaben zur Sache machen werde. Dies gilt insbesondere für Zeugen, die der Beteiligung an der Tat verdächtig sind und denen deswegen ein Auskunftsverweigerungsrecht nach § 55 StPO zusteht.

497. BGH 2 StR 378/20 – Beschluss vom 4. August 2021 (LG Frankfurt am Main)

Beweiswürdigung (beschränkte Revisibilität der Beweiswürdigung; Darlegungs- und Begründungsanforderungen in besonderen Beweislagen; Glaubhaftigkeit eines Zeugen: Gesamtwürdigung aller Einzelumstände).
§ 261 StPO

Besondere Darlegungs- und Begründungsanforderungen bestehen in besonderen Beweislagen, etwa in Fällen, in denen der Tatnachweis im Wesentlichen durch belastende Angaben anderer Tatbeteiligter geführt wird oder dann, wenn es sich bei dem Zeugen um eine problematische Persönlichkeit handelt oder seine Aussage inhaltliche Merkwürdigkeiten aufweist, die zur näheren Erläuterung drängen

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

549. BGH 3 StR 136/21 – Beschluss vom 8. März 2022 (LG Kleve)

BGHR; Festlegung der nicht geringen Menge von Betäubungsmitteln.
§ 30a Abs. 1 BtMG

1. Es beginnt die nicht geringe Menge

- der synthetischen Cathinone
 - α-Pyrrolidinovalerophenon und
 - 3,4-Methylenedioxypropyvaleron jeweils bei fünf Gramm,
 - Buphedron und
 - Pentylon jeweils bei 15 Gramm,
 - Clephedron und
 - 4-Methylethcathinon jeweils bei 25 Gramm,
 - Methylon bei 30 Gramm,
 - der psychostimulierenden Phenethylamine
 - Ethylphenidat bei 15 Gramm,
 - 4-Fluoramfetamin bei 20 Gramm,
 - der synthetischen Cannabinoide
 - AM-2201,
 - JWH-122 und
 - JWH-210
- jeweils bei einem Gramm sowie

der Benzodiazepine

- Etizolam bei 240 Milligramm,
 - Flubromazepam
- bei 600 Milligramm. (BGHR)

2. Die nicht geringe Menge eines Betäubungsmittels ist stets in Abhängigkeit von dessen konkreter Wirkungsweise und -intensität festzulegen. Maßgeblich ist zunächst die äußerst gefährliche, gar tödliche Dosis des Wirkstoffs. Fehlen hierzu gesicherte Erkenntnisse, so errechnet sich der Grenzwert als ein Vielfaches der durchschnittlichen Konsumeinheit eines nicht an den Genuss dieser Droge gewöhnten Konsumenten. Das Vielfache ist nach Maßgabe der Gefährlichkeit des Stoffes, insbesondere seines Abhängigkeiten auslösenden oder sonst die Gesundheit schädigenden Potentials, zu bemessen. Lassen sich auch zum Konsumverhalten keine ausreichenden Erkenntnisse gewinnen, so entscheidet ein Vergleich mit verwandten Wirkstoffen. (Bearbeiter)

471. BGH 1 StR 360/21 – Urteil vom 8. März 2022 (LG Oldenburg)

Steuerhinterziehung (Höhe der Steuerverkürzung: Zulässigkeit einer Schätzung, erforderliche Darstellung im Urteil; Konkurrenzverhältnis zu einer zur Tatvorbereitung begangener Fälschung technischer Aufzeichnungen); Einziehung (erlangtes Etwas bei der

Steuerhinterziehung durch Steuerverkürzung: Zeitpunkt des Erlangens, Fälligkeit des Steueranspruchs durch (hypothetische) Festsetzung).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 261 StPO; § 267 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 268 Abs. 1 Nr. 2 StGB § 73 Abs. 1 StGB; § 155 Abs. 1 AO

1. Für die Frage, ob der Täter aus einer Steuerverkürzung etwas erlangt hat, kann es nicht darauf ankommen, dass die Ertragsteuerschuld mit Ablauf des entsprechenden Veranlagungszeitraums, namentlich des Kalenderjahres, entsteht. Das bloße Nichtbegleichen einer offenen Steuerschuld erfüllt noch nicht die Tatbestandsvoraussetzung des „etwas erlangt“. Die Möglichkeit zur Realisierung der Steuerersparnis setzt vielmehr die Fälligkeit des vor Erhebung durch Steuerbescheid festzusetzenden (§ 155 Abs. 1 Satz 1, 2 AO) Steueranspruchs voraus.

2. Danach ist in den Fällen des § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO der Zeitpunkt für die Einziehung maßgeblich, zu welchem die Angeklagte infolge fristgemäßer Erklärung veranlagt worden und die Ertragsteueransprüche fällig geworden wären. Hierzu sind die zur Tatvollendung bei unterlassener Abgabe von Ertragsteuererklärungen aufgestellten Grundsätze heranzuziehen. Danach tritt der Taterfolg der Steuerverkürzung durch Bekanntgabe eines Schätzungsbescheids, mit dem die Steuern zu niedrig festgesetzt werden, oder zu dem Zeitpunkt ein, zu dem der Steuerpflichtige veranlagt worden wäre, wenn er die Steuererklärung pflichtgemäß eingereicht hätte; dies ist spätestens dann der Fall, wenn das zuständige Finanzamt die Veranlagungsarbeiten für die betreffende Steuerart und den betreffenden Zeitraum im Wesentlichen abgeschlossen hat, wozu es ausreichender tatsächlicher Feststellungen bedarf (st. Rspr.).

3. Macht der Täter von zum Zwecke der Steuerhinterziehung verfälschten technischen Aufzeichnungen bei späterer Begehung der Steuerhinterziehung keinen Gebrauch (vgl. § 268 Abs. 1 Nr. 2 StGB), stehen Steuerhinterziehung und die Fälschung technischer Aufzeichnungen in Tateinheit.

479. BGH 1 StR 436/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (LG Frankfurt a. M.)

Umsatzsteuerhinterziehung (keine steuerbaren Umsätze durch den Handel mit Abdeckrechnungen); Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Verjährungsbeginn; Konkurrenzen bei fortlaufenden Beihilfehandlungen).

§ 370 Abs. 1 AO; § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 UStG, § 2 Abs. 1 UStG; § 266a Abs. 1 StGB; § 78a Satz 1 StGB

Der Handel mit Abdeckrechnungen ist kein der Umsatzsteuer unterliegender steuerbarer Umsatz. Zwar verbietet der Grundsatz der steuerlichen Neutralität bei der Erhebung der Mehrwertsteuer eine allgemeine Differenzierung zwischen erlaubten und unerlaubten Geschäften. Dies gilt jedoch nicht für die Lieferung von Erzeugnissen oder Dienstleistungen, die insoweit besondere Merkmale aufweisen, als sie – mit Ausnahme eines streng überwachten Vertriebes zur Verwendung für besondere Zwecke – schon

nach ihrem Wesen in allen Mitgliedstaaten einem vollständigen Verkehrsverbot unterliegen. (st. Rspr.).

505. BGH 2 StR 460/20 – Beschluss vom 11. Januar 2022 (LG Frankfurt am Main)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Feststellung der geschuldeten Beiträge für die Fälligkeitszeitpunkt durch das Tatgericht: Darstellung in den Urteilsgründen, Berechnungsgrundlage, Berechnungen, Schätzung, Beurteilungsspielraum, beschränkte revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 266a StGB

1. Dem Tatgericht obliegt es grundsätzlich, die geschuldeten Beiträge für die Fälligkeitszeitpunkte gesondert nach Anzahl, Beschäftigungszeiten, Löhnen der Arbeitnehmer und der Höhe des Beitragssatzes der örtlich zuständigen Krankenkasse festzustellen, weil die Höhe der geschuldeten Beiträge auf der Grundlage des Arbeitsentgelts nach den Beitragssätzen der jeweiligen Krankenkassen sowie den gesetzlich geregelten Beitragssätzen der Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung zu berechnen ist.

2. Daher genügt es nicht, lediglich die Summe der vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge anzugeben. Vielmehr müssen die Urteilsgründe zur Ermöglichung einer Nachprüfung durch das Revisionsgericht die Berechnungsgrundlagen und die Berechnungen wiedergeben. Nur wenn hierzu erforderliche Feststellungen nicht möglich sind, kann die Höhe der vorenthaltenen Beträge geschätzt werden. Dies gilt insbesondere, wenn mangels einer Buchführung oder anderer aussagekräftiger Unterlagen eine konkrete Berechnung nicht vorgenommen werden kann. Dem Tatgericht kommt gegebenenfalls bei der Wahl der Schätzungsmethode ein Beurteilungsspielraum zu. Die revisionsrechtliche Überprüfung ist dann darauf beschränkt, ob das Tatgericht nachvollziehbar dargelegt hat, warum es eine Schätzung vorgenommen, warum es sich der gewählten Methode bedient hat und weshalb diese geeignet ist.

470. BGH 1 StR 35/22 – Beschluss vom 10. März 2022 (LG Kempten)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (minderschwerer Fall: Bedeutung der gehandelten Wirkstoffmenge).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BtMG

Bei der Gesamtabwägung aller für und gegen den Angeklagten sprechenden Umstände für die Annahme eines minderschweren Falles des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge ist die Frage, ob der Grenzwert der nicht geringen Menge an Betäubungsmitteln um ein Vielfaches oder aber nicht sehr erheblich überschritten ist, regelmäßig von Bedeutung (vgl. BGHSt 62, 90 Rn. 13). Während eine nur geringe Grenzwertüberschreitung ein Kriterium für die Annahme eines minder schweren Falles ist, spricht eine ganz erhebliche Überschreitung gegen die Annahme eines solchen. Je geringer die Überschreitung des Grenzwerts ist, desto näher liegt die Annahme eines minder schweren Falles.

Tatprovokation und multiple illegale Transaktionen

Von Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Zürich*

I. Einleitung

Die Tatprovokation entwickelt sich für die deutsche Strafjustiz augenscheinlich zu einer never-ending story. Sie liefert ein erstaunliches Beispiel strafjustizieller Beharrungskraft im Angesicht einer mutmaßlich eindeutigen konventionsrechtlichen Rechtslage. Nur wenige Wochen nach dem Akbay-Urteil des EGMR¹ wurden die pakistanischen Brüder K.H. und I. vor dem Landgericht Freiburg wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln und Besitz von Betäubungsmitteln zu drei Jahren und zwei Monaten Gesamtfreiheitsstrafe resp. wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zu zwei Jahren Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt.²

Die Angeklagten hatten aus ihrer Flüchtlingsunterkunft heraus gemeinschaftlich mit Marihuana und Kokain in geringen Mengen gehandelt und sich damit eine fortlaufende Einnahmequelle verschafft; auch um die Drogensucht von K.H. zu finanzieren. In diesem Zuge gerieten sie an einen verdeckten Ermittler, der von ihnen zehn Gramm Marihuana erwarb, sich dabei aber sogleich erkundigte, ob die beiden auch größere Mengen verkaufen würden. K.H. entgegnete, dass er auch 100 Gramm und mehr besorgen könnte. Zwei Wochen später erschien der verdeckte Ermittler erneut in der Unterkunft, um 100 Gramm zu erwerben. K.H. war jedoch außer Stande, die gewünschte Menge zu liefern und missverstand den Kaufwunsch zunächst dahingehend, dass sein Kunde Ware für 100 € kaufen wolle. Der verdeckte Ermittler erhielt schließlich 89,75 Gramm. Über einen Monat später nahm dieser erneut Kontakt zu K.H. auf, der versicherte, genügend Marihuana und Kokain vorrätig zu haben. Vor Ort stellte sich jedoch heraus, dass man dem verdeckten Ermittler, der 100 Gramm Marihuana und 5 Gramm Kokain kaufen wollte, lediglich 50-60 Gramm Marihuana und kein Kokain anbieten konnte. Dennoch fragte dieser erneut nach größeren Mengen, konkret 3 Kilogramm Marihuana und 50 bis 100 Gramm Kokain, obgleich ihm K.H. und I. bis dahin nicht einmal die Eingangswunschmenge an Marihuana, geschweige denn Kokain verkaufen konnten. K.H. behauptete allerdings, er erwarte für den Abend noch eine größere Lieferung. Aus dieser Lieferung (wohl mindestens

350 Gramm Marihuana) erwarb der verdeckte Ermittler dann später weitere 85,4 Gramm und fragte erneut nach einer größeren Menge. K.H. erwiderte, dass er die 3 Kilogramm Marihuana und 50 bis 100 Gramm Kokain liefern könnte, aber noch den Preis in Erfahrung bringen müsste, womit seine Unerfahrenheit in Geschäften dieser Größenordnung deutlich zutage trat. Der verdeckte Ermittler und K.H. hielten danach den Kontakt aufrecht und einigten sich auf eine Lieferung von drei Kilogramm Marihuana für 18.000 € und 100 Gramm Kokain für 6.800 €. Nachdem K.H. nach wiederholten erfolglosen Versuchen endlich einen Lieferanten gefunden hatte, wurden er und I. bei der Übergabe von 2,8 Kilogramm Marihuana (das Kokain war noch nicht geliefert worden) verhaftet.

K.H. rügte daraufhin vor dem BGH, dass er zu diesen Taten von einem verdeckten Ermittler provoziert worden sei und infolgedessen ein Verfahrenshindernis vorgelegen hätte. Das Landgericht hätte die Strafen von K.H. und I. für diese Taten nicht bloß mildern dürfen. Seine Revision hatte insofern Erfolg. Der BGH hielt fest, dass eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation ein Verfahrenshindernis begründet, sah sich aber außer Stande, abschließend über die Unzulässigkeit der Provokation zu entscheiden und reichte die Sache daher unter Aufhebung des Urteils gegen K.H. und I.³ bezüglich der potenziell provozierten Taten mit einem umfangreichen Prüfauftrag an das LG zurück.⁴

Was in den ersten Medienberichten als endgültige Absage des BGH an die überkommene Strafzumessungslösung dargestellt wurde, bedarf bei genauerer Betrachtung einer differenzierteren Analyse. Es ist unzweifelhaft ein wichtiger rechtsstaatlicher Schritt, dass nun auch der 1. Senat unmissverständlich auf die Linie des 2. Senats einschwenkt. Ein offener Konflikt zwischen Strafzumessungslösung und Verfahrenshindernislösung, im Sinne eines letzten aufflackernden Widerstands der alten Ordnung, bestand vorliegend jedoch gar nicht. Das Landgericht Freiburg stellt im angegriffenen Urteil in Abrede, dass überhaupt eine unzulässige Tatprovokation durch den verdeckten Ermittler vorlag. Am Urteil des Landgerichts lassen sich damit die Folgen der strengen EGMR-Linie ablesen, die schon im Nachgang zum Furcht-Urteil

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht und Strafprozessrecht unter Einschluss des internationalen Strafrechts der Universität Zürich.

¹ EGMR Akbay u.a. v. Deutschland, Urteil vom 15. Oktober 2020, § 81, 123 = HRRS 2020 Nr. 1163; *Hübner* HRRS 2020, 441.

² LG Freiburg 22/20 2 Kls 685 Js 3922/20, Urteil vom 23. Februar 2021.

³ Der BGH hat die Aufhebung gem. § 357 Satz 1 StPO auf I. erstreckt, gegen den das Urteil bereits in Rechtskraft erwachsen war, da die Zulässigkeit der Provokation ihm gegenüber nach den Feststellungen noch zweifelhafter war.

⁴ BGH 1 StR 197/21, Urteil vom 16. Dezember 2021, Rn. 17, 30 f. = HRRS 2022 Nr. 145.

prognostiziert worden waren.⁵ Der Fokus der Prüfung verschiebt sich auf die Frage der Unzulässigkeit. Vor diesem Hintergrund ist auch der Fragenkatalog des BGH zu verstehen. Für K.H. könnte sich die Revision also noch als Pyrrhus-Sieg entpuppen. Diese Gefahr besteht auch deshalb, weil die Anforderungen der EMRK weder in der Tatsachen- noch in der Revisionsinstanz präzise herausgearbeitet werden. Der Beitrag wird daher vor allem diese Mindeststandards in den Blick nehmen, den vom LG festgestellten Sachverhalt auf dieser Grundlage bewerten und sodann analysieren, ob der BGH als primär zuständige nationale Schutzinstanz, den konventionsrechtlichen Mindeststandards zur Wirksamkeit verholten hat.

II. Die Entscheidung des LG Freiburg – eine Fehleranalyse

Das Erstaunliche an der Entscheidung des LG Freiburg ist danach nicht, dass die Strafe der Zielpersonen trotz der unmissverständlichen Absage des EGMR an Strafzumessungslösungen zur Kompensation einer Tatprovokation und der wiederholten nachdrücklichen Verurteilungen der Bundesrepublik aus jüngster Zeit nur gemildert wird, sondern die Art und Weise, wie sich das Landgericht mit der Frage der Provokation auseinandersetzt. Der EGMR hat klare prozessuale Anforderungen an die gerichtliche Überprüfung glaubhafter Provokationsvorwürfe formuliert (sog. *procedural test*).⁶ Bestehen Anhaltspunkte (*arguable plea*) für eine Tatprovokation, muss das Tatgericht ihnen nachgehen.⁷ Es muss dabei umfassend und ausreichend ermitteln, um das mutmaßliche Provokationsgeschehen aufzuklären.⁸ Die Last, den Verdacht zu entkräften, liegt auf Seiten des Staates. Das Vorliegen der Voraussetzungen eines zulässigen Einsatzes muss in objektiv nachprüfbarer Weise untersucht werden und tragfähige Gründe für das Ermittlungsverhalten zutage fördern.⁹ Auch Autorisierung und Aufsicht bezüglich eines VE-Einsatzes sind zu verifizieren. Die Wahl des konkreten Vorgehens überlässt der EGMR den nationalen Instanzen, verlangt aber, dass rechtliches Gehör, Waffengleichheit und Akteneinsicht gewahrt sein müssen.¹⁰

Dass das Landgericht den Sachverhalt einer solchen Prüfung unterzogen hat, ist seinem Urteil nicht zu entnehmen. Es wäre daher zu begrüßen gewesen, wenn der BGH das Vorgehen des Landgerichts schärfer gerügt hätte. Der BGH stellt nicht nur mehrere Aufklärungsmängel fest, sondern hält auch das Vorliegen einer rechtswidrigen Aufstiftung durch den VE für naheliegend. Eine echte zweite Chance ist die Rückverweisung mit diesem Ballast daher nur bedingt.

Aus Konventionssicht liegt der entscheidende Aufklärungsmangel der landgerichtlichen Prüfung darin, dass die maßgeblichen Anforderungen nicht erkannt und geprüft

werden. Verlangt der *procedural test* nach dem Vorliegen tragfähiger Gründe, dann sind damit die Voraussetzungen gemeint, die der EGMR-Rechtsprechung zur Tatprovokation zu entnehmen sind. Steht und fällt Post-Furcht alles mit der Prüfung der materiellen Zulässigkeit, dann erscheint die Hemdsärmeligkeit, die das LG in dieser Hinsicht an den Tag legt, seltsam unangemessen. Sie gipfelt in der verniedlichenden Feststellung, dass erst der verdeckte Ermittler den Angeklagten K.H. „auf ein Geschäft in dieser Größenordnung lupfte“. Aus Sicht des Landgerichts genügte das offenbar nicht, um im Gegenzug das Provokationsverhalten über die Messlatte der Konventionswidrigkeit zu lupfen.

Mehr noch, das Landgericht interessiert sich mit keiner Silbe dafür, was EMRK und EGMR zu solchen Lupfern zu sagen haben könnten. Es übersieht damit, wie offenbar auch der BGH, dass ein durchaus umfangreiches und relativ differenziertes Fallrecht zu akzeptablen und inakzeptablen Lupftechniken existiert. Der 1. Senat bemüht sich zwar um eine Zusammenführung strafprozessrechtlicher und konventionsrechtlicher Standards, bleibt aber leider auf halber Strecke stehen, weil nur der materielle Grundtest (*substantive test*) des EGMR referiert wird, die Konkretisierung von dessen Einzelementen, die der EGMR für die hier in Rede stehende Konstellation vorgenommen hat, aber keinen Eingang in das Urteil finden.

Sucht man nach Gründen für das Zurückbleiben hinter dem konventionsrechtlichen status quo, könnte einer darin liegen, dass sich die behandelte Konstellation von denjenigen der früheren Leitentscheidungen, die Deutschland unmittelbar betrafen, in tatsächlicher Hinsicht und auch der Schwere nach unterschied. Dies mag auch den in europastrafrechtlichen Fragen sattelfesten GBA bewogen haben, das Vorgehen des Landgerichts in der Revision als rechtlich adäquat zu bewerten. In „Furcht“ hatte die Zielperson das angefragte Geschäft ausdrücklich abgelehnt, war im Anschluss aber gleichwohl nochmals von einem agent provocateur kontaktiert und gedrängt worden.¹¹ In „Akabay“ war die Zielperson, gegen die sich weder ein Tatverdacht noch eine Tatneigung zum Heroinhandel erhärten ließ, über mehrere Jahre von einem agent provocateur zum Handel mit größeren Mengen Kokain gedrängt worden, wobei der agent provocateur der Zielperson Kontakte im Hafen für sichere Importwege verschaffte und trotz Kenntnis darüber, dass die Versuche der Zielperson, Lieferanten zu finden, wiederholt scheiterten, nicht von den Überredungsversuchen abließ.¹² Im vorliegenden Fall traf der verdeckte Ermittler auf tatverdächtige und tatgeneigte Verkäufer, mit denen er mehrere Drogengeschäfte tätigte und in diesem Zuge zu einer Ausweitung des Handeltreibens überredete (Mehrfachtransaktionen mit tatverdächtig oder tatgeneigter Zielperson/*multiple illicit transactions*).

⁵ Meyer/Wohlers JZ 2015, 761, 769.

⁶ Meyer, in: Karpenstein/Mayer (Hrsg.), EMRK, 3. Aufl. (2022), Art. 6 Rn. 163, 169.

⁷ EGMR Bannikova v. Russland, Urteil vom 4. November 2010, § 63 ff. = HRRS 2011 Nr. 331.

⁸ EGMR Lagutin u.a. v. Russland, Urteil vom 24. April 2014.

⁹ EGMR Vanyan v. Russland, Urteil vom 15. Dezember 2005, § 49; EGMR Ramanauskas v. Litauen, Urteil vom 5. Februar 2008, § 63 f. = NJW 2009, 3565 = HRRS 2008 Nr. 200.

¹⁰ EGMR Bannikova v. Russland (Fn. 7), § 58 = HRRS 2011 Nr. 331.; EGMR Matanović v. Kroatien, Urteil vom 4. April 2017, § 126.

¹¹ EGMR Furcht v. Deutschland, Urteil vom 23. Oktober 2014, § 58 f. = HRRS 2014 Nr. 1066.

¹² EGMR Akbay u.a. v. Deutschland (Fn. 1), § 81, 123 = HRRS 2020 Nr. 1163; Hübner HRRS 2020, 441, 442.

Diese besondere Konstellation war noch nicht Gegenstand einer verurteilenden Leitentscheidung gegen Deutschland. Zwar bestehen Ähnlichkeiten mit dem Fall Scholer, in dem auch der EGMR eine Verletzung von Art. 6 EMRK verneinte,¹³ doch unterscheiden sich die Fälle in wesentlichen Details.

In Anbetracht dessen mag es für das Landgericht nahegelegen haben, den Unwertgehalt der Provokation über die Strafzumessung zu kompensieren. Hat doch auch der 2. Senat des BGH seinerzeit das Hintertürchen einer abgestuften Lösung je nach der konkreten Schwere der Menschenrechtsverletzung offengelassen, falls das Ausmaß der Tatprovokation im Einzelfall die absolute Rechtsfolge eines Verfahrenshindernisses nicht trägt. Aus Sicht des Instanzgerichts mag es daher nahegelegen haben, sich an einer Feinkalibrierung von Unrecht und Schuld im Zuge der Strafzumessung zu versuchen. Der Ansatz des EGMR lässt ein graduelles Vorgehen jedoch nicht zu: Entweder es lag eine Provokation vor oder eben nicht. Ebenso wenig wie man mehr oder weniger schwanger sein kann, kann man mehr oder weniger zu einer Tat, die man sonst nicht begangen hätte, provoziert worden sein.

Ist das Maß der Konventionsrechtswidrigkeit erreicht, scheidet eine Kompensation des Verstoßes über Strafmilderungen aus. Diese Starrheit mag in der Praxis als Ärgernis erscheinen und im Widerspruch zur üblichen Vorgehensweise des EGMR bei *fair-trial*-Verletzungen (Gesamt abwägung unter Einbeziehung ausgleichender Faktoren) stehen. Sie erscheint aber folgerichtig, wenn man Eigenart und Gewicht der Rechtsverletzung richtig einordnet. Strafzumessungslösungen kommen als Kompensationselemente in Betracht, wenn in einem grundsätzlich legitimen Verfahren die verfahrensrechtlichen Spielregeln nicht eingehalten wurden.

In einem Verfahren, das gar nicht hätte stattfinden dürfen, weil es die verfolgte Tat ohne Zutun des Staates gar nicht gegeben hätte, kann der grundsätzliche Legitimitätsmangel nicht durch eine Strafmilderung geheilt werden. Der Verstoß ist kategoriell von anderer Qualität. Verstoß und

Kompensation sind hier inkommensurabel. Ein Strafverfahren wegen einer rechtswidrig vom Staat hervorgerufenen Straftat ist aus Konventionssicht unrettbar unfair. Den Nationalstaaten bleibt es unverwehrt, für minder schwere Fälle der Einwirkung, wie ihn offenbar das LG Freiburg angenommen hat, unterhalb dieser Schwelle die Strafe zu senken; darüber nicht mehr.

III. Anforderungen der EMRK an multiple illicit transactions

Der EGMR prüft das Vorliegen einer unzulässigen Tatprovokation in einem materiellen Test (*substantive test*).¹⁴ Dieser Test ist dreistufig. Der Lockspitzeinsatz gegen die Zielperson muss auf der Basis und im Rahmen einer klaren rechtlichen Grundlage erfolgen.¹⁵ Er muss sich ferner auf eine solide Tatsachenbasis stützen können. Das heißt konkret, dass die Strafverfolgungsbehörden von belastbaren Tatsachen getragene sachliche Gründe dafür vorweisen können (*good reasons*), die Zielperson zu strafbarem Verhalten zu animieren. Diesen objektiv tatsächlich berechtigten Anlass konkretisiert der EGMR dahingehend, dass die Zielperson aus Sicht der Ermittlungsbehörden¹⁶ zum Zeitpunkt der Kontaktaufnahme einer Straftat verdächtig oder tatgeneigt war.¹⁷ Für die berechtigte Annahme einer Tatgeneigtheit muss die Zielperson objektiv belegbar und den Ermittlern bekannt bereits erste Schritte zur Begehung eines späteren Delikts unternommen haben.¹⁸ Das schließt es aus, auf gut Glück an möglicherweise tatbereite Personen heranzutreten und ihre Tatneigung aktiv abzufragen. Die Ermittler dürfen drittens keinen Druck zur Tatbegehung ausüben. Verdeckte Ermittler und V-Personen müssen sich gegenüber der Zielperson im Kern passiv (*essentially passive*) verhalten haben.¹⁹ Als Maßfigur kristallisiert sich hier heraus, dass der *agent provocateur* sich nach der Kontaktaufnahme bis zur Transaktion wie ein gewöhnlicher Kunde (*ordinary customer*) verhalten haben muss.²⁰ Unter keinen Umständen dürfen Ermittler Straftaten proaktiv initiiert oder aktive Gestaltungsherrschaft über die Tatausführung²¹ oder den

strafprozessuale Ermittlungen ausgeschlossen. Über das Kriterium der Tatgeneigtheit lässt der EGMR dagegen auch das Provozieren von Straftaten im präventiven Bereich zu. Vertrautheit mit Begehungsweisen und (Markt-)Preisen sowie spürbares Gewinninteresse sollen bereits als Belege für eine Prädisponiertheit genügen, EGMR Bannikova v. Russland (Fn. 7), § 41 f. = HRRS 2011 Nr. 331.

¹³ EGMR Scholer v. Deutschland, Urteil vom 18. Dezember 2014, § 89, 90.

¹⁴ Meyer, a.a.O. (Fn. 6), Art. 6 Rn. 164.

¹⁵ EGMR Ramanaukas v. Litauen (Fn. 9), § 53 = NJW 2009, 3565 = HRRS 2008 Nr. 200.; EGMR Khudobin v. Russland, Urteil vom 26. Oktober 2006, § 135; Das nationale Recht muss zur Sicherung der materiellen Grenzen einer Infiltration Mechanismen wie Genehmigungserfordernisse und effektive Aufsicht bei der Durchführung des Einsatzes vorsehen, die gegen Missbrauch schützen, EGMR Ramanaukas v. Litauen (Fn. 9), § 53 = NJW 2009, 3565 = HRRS 2008 Nr. 200; vgl. § 110b Abs. 2 StPO.

¹⁶ Tatverdacht oder Tatneigung müssen bekannt sein, bevor die Zielperson kontaktiert werden darf, EGMR Pareniuc v. Republik Moldau, Urteil vom 1. Juli 2014, § 8.

¹⁷ EGMR Ramanaukas v. Litauen (Fn. 9), § 56 = NJW 2009, 3565 = HRRS 2008 Nr. 200; EGMR Teixeira de Castro v. Portugal, Urteil vom 9. Juni 1998, § 37 f. = NStZ 1999, 47; EGMR Furcht v. Deutschland (Fn. 11), § 51 (m.w.N.) = HRRS 2014 Nr. 1066; Meyer, a.a.O. (Fn. 6), Art. 6 Rn. 165.

¹⁸ EGMR Lagutin u.a. v. Russland (Fn. 8), Der Begriff der Tatgeneigtheit ist dagegen unscharf und in der Sache höchst zweifelhaft; SK/StPO-Meyer, EMRK, 5. Aufl. (2019), Art. 6 Rn. 214: Fehlt ein strafrechtlicher Anfangsverdacht, sind

¹⁹ EGMR Grba v. Kroatien, Urteil vom 23. November 2017, § 100.

²⁰ EGMR Scholer v. Deutschland (Fn. 13), § 88; EGMR Grba v. Kroatien (Fn. 19), § 99 ff.

²¹ Beispiele aus der EGMR-Praxis: EGMR Ramanaukas v. Litauen (Fn. 9), § 67 = NJW 2009, 3565 = HRRS 2008 Nr. 200; EGMR Pareniuc v. Republik Moldau (Fn. 16), § 39: beharrliches Erneuern von Angeboten gegenüber Zielperson trotz wiederholter Ablehnung; EGMR Akbay u.a. v. Deutschland (Fn. 1) = HRRS 2020 Nr. 1163: Vorspiegelung vermeintlich sicherer Importkanäle in Aussicht gestellt wird; EGMR Malininas v. Litauen, Urteil vom 1. Juli 2008, § 37: Offerte zu übermäßig hohen Preisen oder Mengen; EGMR Vanyan v. Russland (Fn. 9), § 47, 1: Appelle an Empathie der Zielperson durch Vorspiegeln von Entzugserscheinungen.

qualitativen Umfang der initiierten Tat²² ausgeübt haben.²³ In diesen Fällen wäre die konkrete Tat nicht ohne gezieltes Zutun staatlicher Organe begangen worden, was einen nicht mehr kompensierbaren Fundamentalverstoß gegen den *fair trial*-Grundsatz begründet. An diesem Punkt enden die meisten Darstellungen der allgemeinen Rechtslage und entlassen den Rechtsanwender in ein schwer durchdringliches Dickicht von Einzelfallrechtsprechung. Führt man sich die einschneidenden Rechtsfolgen der Abgrenzung vor Augen, muss dieser Zustand unbefriedigend erscheinen, wobei akademische Redlichkeit allerdings die kritische Gegenfrage gebietet, ob sich eine solche Grenze überhaupt mit hinreichender Klarheit ziehen lässt.

Lässt man Tatprovokationen als ermittlungstechnisches Instrument zu, schürt man freilich auch derartige Abgrenzungsprobleme. Verfahrensrechtlich fragt sich damit auch, wer mit dem Risiko unklarer Abgrenzung belastet werden soll. Der EGMR sieht hier die staatlichen Organe in der Pflicht, die Zulässigkeit einer *prima facie*-vorliegenden Tatprovokation positiv zu begründen. Das Urteil des LG Freiburg demonstriert, dass diese Aufgabe offenbar nicht immer mit der gebotenen Gründlichkeit erfüllt wird. Solange Gerichte den Provokationssachverhalt ordnungsgemäß aufklären, wird der EGMR mitgliedstaatlichen Gerichte wohl auch einen Beurteilungsspielraum zugestehen. Dies setzt aber wie stets in der Spruchpraxis des Gerichtshofs voraus, dass alle Kriterien, die für die Bewertung als relevant definiert wurden, auch Berücksichtigung finden. Und genau daran fehlt es im vorliegenden Fall.

Für die Sonderkonstellation der Mehrfachtransaktionen mit tatverdächtigen oder tatgeneigten Personen (*multiple illicit transactions*)²⁴ ist charakteristisch, dass nach zulässiger Kontaktaufnahme und einer ersten illegalen Transaktion weitere Transaktionen folgen. Hierbei kann es zu einer Ausweitung laufender Ermittlungen und des Umfangs vorgespiegelter krimineller Aktivitäten kommen, die der Zielperson avisiert werden.

Für diese Vorgehensweise lassen sich der Spruchpraxis zwei Voraussetzungen entnehmen. Erstens muss es für den Einsatz dieser Technik besondere Gründe geben. Die Polizei darf Straftaten durch wiederholte Käufe oder Aufträge nicht ohne Weiteres in Serie produzieren. Unzulässige Einwirkungen sind in diesen Konstellationen an zwei Stellen denkbar: bei der Weckung der Neigung oder Bereitschaft zu einem erweiterten Geschäft sowie bei der Durchführung des Geschäfts selbst. Ursprünglicher Tatverdacht oder Tatneigung genügen nicht, um eine beliebige Fortsetzung zu rechtfertigen. Es muss gute Gründe dafür geben,²⁵ warum man nach der Ersttat nicht zur Strafverfolgung übergeht, sondern die Zielperson in weitere Straftaten lockt. Der Gerichtshof nennt u.a. Sammlung des für eine Verurteilung benötigten Beweismaterials, Verschaffung besserer Einblicke in Art und Umfang der kriminellen Aktivitäten der Zielperson oder Aufdeckung größerer krimineller Netzwerke. So wäre es bei vermuteten

Serientaten zulässig, als Anreiz eine typische Tatsituation zu simulieren.²⁶ Ohne solche Gründe setzen sich die Behörden dem Vorwurf aus, unzulässig zur Ausweitung von Umfang und Ausmaß der kriminellen Aktivitäten beigetragen zu haben. Über all das verrät der Sachverhalt nichts. Er gibt nicht zu erkennen, warum aus Sicht des VE oder des VE-Führers Kontakt mit K.H. und I. aufgenommen wurde und dieser Kontakt mehrfach wiederholt wurde. Erkennbar ist allein, dass der VE die Kontakte benutzte, um nach Ware in größeren Mengen zu fragen und immer wieder darauf zurückzukommen. Sein Verhalten war also objektiv auf qualitative Ausweitung des kriminellen Verhaltens der Zielperson gerichtet. Kommt es nicht nur zu einer iterativen Ausweitung krimineller Taten, sondern betrifft die Ausweitung qualitativ oder quantitativ schwerere Taten, bedarf es im Vergleich zur Grundkonstellation der *multiple illicit transactions* zusätzlicher Gründe für ein solches Ermittlerverhalten. Eine solche Ausweitung muss sich laut EGMR auf valide, objektive Gründe stützen; z.B. auf das operative Interesse, Einblicke in Netzwerke, Hintermänner oder in Spezifika und Methoden der vermuteten kriminellen Aktivitäten der Zielperson zu gewinnen.²⁷ Im Rahmen legaler Kontakte müssen sich deshalb Erkenntnisse einstellen, aus denen sich ergeben, dass die Zielperson auch zu Geschäften anderer als der ursprünglich vorgenommenen Art bereit wäre und bezüglich dieser besondere Ermittlungsinteressen bestehen. Die vereinbarten oder avisierten Geschäfte müssen sich quantitativ und qualitativ aber unbedingt weiterhin im Rahmen dessen halten, wofür die Zielperson objektiv berechtigterweise als verdächtig oder geneigt gehalten werden darf.²⁸ Grundsätzlich gilt, dass Art (*scope*) und Umfang (*scale*) des verfolgten Tatverdachts weder auf ausdrückliches noch auf subtiles Betreiben verdeckter Ermittler oder VPs ausgeweitet werden dürfen. Die Bereitschaft der Zielperson darf nicht auf qualitativ oder quantitativ schwerere Straftaten gelenkt werden.²⁹

Zunächst ist zu konstatieren, dass Art und Umfang des Handeltreibens von K.H. und I. entscheidend ausgeweitet wurden. Daran haben weder das LG noch der BGH Zweifel. Bei der Kontaktaufnahme hatten die Ermittlungsbehörden keinerlei Kenntnis von einer Bereitschaft von K.H., auch mit Betäubungsmitteln in deutlich erhöhter Menge zu handeln. Es ist ebenfalls nicht ersichtlich, aus welchen berechtigten objektiven Gründen der VE die Ausweitung von Art und Umfang der Tat forciert hat. Dabei dürfte ein sog. Quantensprung i.S.d. BGH- oder BVerfG-Judikatur³⁰ allgemein hinreichende, aber keine notwendige Bedingung für das Umschlagen in ein schwereres Delikt sein. Gleiches gilt für die Figur der Aufstiftung als Beispiel eines Quantensprungs.³¹ Die Ziehung einer rechtsstaatlich derart wichtigen Demarkationslinie wird der EGMR nicht den Besonderheiten und Eigenarten nationaler Strafrechtssysteme überlassen. Allerdings verbirgt sich hier auch eine auffällige Schwäche des EGMR-Ansatzes. Denn eine Ausformung der erheblichen Ausweitung als autonomer Begriff des Konventionsrechts hat nicht stattgefunden, was

²² EGMR *Matanović v. Kroatien* (Fn. 10), § 123 f.

²³ SK/StPO-Meyer, EMRK, 5. Aufl. (2019), Art. 6 Rn. 212.

²⁴ EGMR *Grba v. Kroatien* (Fn. 19), § 92 ff.; EGMR *Malininas v. Litauen* (Fn. 21), § 37; EGMR *Scholer v. Deutschland* (Fn. 13), § 89, 90.

²⁵ EGMR *Grba v. Kroatien* (Fn. 19), § 101.

²⁶ EGMR *Miliniénė v. Litauen*, Urteil vom 24. Juni 2008, § 37.

²⁷ EGMR *Grba v. Kroatien* (Fn. 19), § 99 ff.

²⁸ EGMR *Grba v. Kroatien* (Fn. 19), § 99 ff., 111.

²⁹ EGMR *Malininas v. Litauen* (Fn. 21), § 37.

³⁰ BGHSt 47, 44, 49.

³¹ BGH I StR 197/21, Urteil vom 16. Dezember 2021, Rn. 22.

Einzelfalljudikatur und Fragmentierung des Rechtsraums Vorschub leistet.

Zusätzlich zu den erforderlichen (hier nicht ersichtlichen) objektiven ermittlungstechnisch begründeten Zwecken dürfte die Zielperson auch nicht zu dem weiteren ausweiteten Geschäft gedrängt worden sein. Diese Zulässigkeitsprüfung hat zwei Teile: Einwirkung beim Tatentschluss und Einwirkung bei der Durchführung der Transaktion.³² Tatverdacht oder Tatneigung zu einer weiteren nach Art oder Umfang schwereren Tat darf nicht aktiv stimuliert worden sein. Sie muss sich aus der zulässigen Interaktion en passant natürlich ergeben oder auf weiteren Ermittlungen beruhen. Sie darf insbesondere nicht ins Blaue hinein vom VE erfragt werden. Erst recht darf die Zielperson nicht mit dem Angebot besonders hoher Geldzahlungen geködert werden.³³

Nach den Feststellungen des LG spricht nichts dafür, dass die Ermittlungsbehörden K.H. und I. für verdächtig oder geneigt hielten, schwere Drogendelikte jenseits geringer Mengen zu begehen. Es ist ferner weder ein kriminalistischer Erfahrungssatz ersichtlich, wonach Händler dieser Kategorie in der Regel auch größere Geschäfte der vorgeschlagenen Art durchführen, noch Spezialwissen des VE bekannt. Späteres Wissen beim VE, das erst im Zuge der Transaktionen erlangt wurde, würde genügen, wenn er davon, wie ein normaler Kunde beiläufig erfährt. Dies war vorliegend aber nicht der Fall. Da über Tatverdacht oder Neigung zu schwereren Taten nichts bekannt war, hätte der Lockspitzel sich mit seiner Nachfrage überhaupt nicht an K.H. und I. wenden dürfen. Vorliegend wurde mithin ohne Anhaltspunkte ins Blaue hinein gefragt, ob auch größere Mengen und schwerere Drogen beschafft werden könnten. Der Sachverhalt scheint damit dem Fall Scholer zu ähneln. Dort hatte ein Polizeinformant bei einer dritten gleichartigen Transaktion gefragt, ob er auch größere Mengen bei der Zielperson kaufen könnte. Allerdings wurde vom Informanten keine qualitativ und quantitativ signifikant höhere Wunschmenge genannt, sondern diese ausgehandelt, nachdem die Zielperson ihre Bereitschaft erklärt und potenzielle Spannen genannt hatte. Bei den Verhandlungen demonstrierte Scholer zudem Fachwissen und Marktkenntnis. Eine unzulässige Provokation lehnte der Gerichtshof danach ab.³⁴ Im vorliegenden Fall hat der VE demgegenüber nicht nur den Kontakt gesucht, sondern die potenzielle Dimension der Tat selbst umrissen. Auf gut Glück etwaige Tatneigungen zu Geschäften anderer Art und grösseren Umfangs auszutesten, lässt das Rechtsstaatsprinzip resp. das Recht auf ein faires Verfahren nicht zu.

Ferner war für den VE schnell erkennbar, dass die gewünschte Menge Betäubungsmittel nicht annähernd vorhanden war, die Zielperson nicht mit Marktpreisen vertraut war und zudem offenkundig Lieferschwierigkeiten

hatte. Die nach außen erkennbare Unerfahrenheit stand in deutlichem Widerspruch zur verbal kommunizierten Verkaufsbereitschaft des K.H., die freilich bereits unzulässig provoziert worden war. Diese allgemeine Bereitschaftserklärung ließe sich ebenso gut als *posing*, unter Umständen aus Sorge vor Gesichtsverlust vor einer Person aus demselben Kulturkreis, und eben nicht als verlässliches Anzeichen dafür deuten, dass K.H. derartige Geschäfte schon einmal durchgeführt hat oder es ernsthaft will. Dennoch wurde wiederholt Kontakt gesucht und das Geschäft forciert. Zudem wurde an die Solidarität des K.H. mit einem Schicksalsgenossen aus derselben Region (so offenbar die Legende des VE) appelliert. Appelle an die Empathie der Zielperson hat der Gerichtshof bereits in der Vergangenheit als unzulässiges Beeinflussungsmittel gewertet.³⁵

Zwar verhält es sich so, dass dem Urteil nichts Genaueres über den Inhalt der Telefongespräche zwischen K.H. und VE zwischen Zusage und Abwicklung des Geschäfts entnommen werden kann. Angesichts der Intensität der bekannten Handlungen fragt sich allerdings, was sich aus den Gesprächen ergeben soll, um die Einwirkung insgesamt wieder zulässig erscheinen zu lassen. Ohnehin würden derartige Erkenntnisse nichts am Vorliegen einer unzulässigen Provokation ändern. Diese lag mit der unzulässigen Kaufnachfrage des VE bei K.H. und I. unverrückbar vor.

Das LG Freiburg hätte danach die Unzulässigkeit der Tatprovokation bejahen müssen und das Verfahren wegen eines Verfahrenshindernisses einstellen müssen. Alternativ hätte es alle mit dem Provokationsakt zusammenhängende Beweismittel für unverwertbar erklären müssen, was faktisch zum gleichen Ergebnis geführt hätte. Die stiefmütterliche Behandlung der EMRK hindert das Landgericht daran, zu diesen konventionsrechtlich vorgespurten Schlussfolgerungen zu gelangen. Dem EGMR kann in diesem Zusammenhang allerdings nicht der Vorwurf erspart bleiben, die Arbeit nationaler Gerichte durch seine mitunter schwer durchdringbare Spruchpraxis beträchtlich zu verkomplizieren. Schon bei überblickartiger Betrachtung der Urteile zur Konstellation der *multiple illicit transactions* tritt markant hervor, dass der EGMR nicht präzise abschichtet, sondern bei der Bewertung das zweite und dritte Kriterium miteinander vermengt und sich auf Globalbetrachtungen einlässt, die den Bedeutungsgehalt des Tests weiter eintrüben und dem Rechtsanwender die Sache nicht leichter machen.³⁶

IV. Analyse und Aufklärungsauftrag des BGH

Ohne sich vertiefend zur rechtsdogmatischen Begründung des Verfahrenshindernisses zu äußern, pflichtet der 1. Senat dem 2. Senat bezüglich der Rechtsfolge einer unzulässigen Tatprovokation bei.³⁷ Das ist in dieser Klarheit im

³² Vgl. EGMR Ciprian Vlăduț u. Ioan Florin Pop v. Rumänien, Urteil vom 16. Juli 2015, § 86 f.: mehrere Transaktionen mit wachsenden Mengen; aber auf Forderung von VE, der auch für die Planung und Abwicklung die Transaktion verantwortlich war.

³³ EGMR Malininas v. Litauen (Fn. 21), § 37; EGMR Lalas v. Litauen, Urteil vom 1. März 2011, § 45.

³⁴ EGMR Scholer v. Deutschland (Fn. 13), § 89 f.

³⁵ EGMR Vanyan v. Russland (Fn. 9), § 47, 11.

³⁶ Zum Zusammenfließen der Kriterien kommt es bei der Frage, ob die Tatneigung aktiv geschürt wurde; vgl. EGMR Scholer v. Deutschland (Fn. 13), § 85 f., 88 f.

³⁷ BGH 1 StR 197/21, Urteil vom 16. Dezember 2021, Rn. 31 unter Bezugnahme auf BGH 2 StR 97/14, Urteil vom 10. Juni 2015, BGHSt 60, 276, Rn. 49 ff.

Ergebnis begrüßenswert. Im konkreten Fall vermag der BGH ein Verfahrenshindernis nicht auszuschließen, weil der Senat klare Anzeichen dafür sieht, dass es sich bei dem „Lupfen“ des VE um eine unzulässige Aufstiftung handelt, die vom BGH als rechtsstaatswidriger Quantensprung gewertet wird. Um die erforderliche Tatsachenbasis für eine abschließende Bewertung sicherzustellen, gibt der Senat dem LG eine strafverfahrensrechtliche Nachhilfe und diktiert ihm einen Fahrplan für die Sachverhaltsaufklärung ins Aufgabenheft.

Es zeigt sich auch, dass der BGH um eine strukturierte Integration von BGH- und EGMR-Rspr. bemüht ist und eine kohärente Lösung anstrebt. Darin dokumentiert sich eine wichtige Aufgabe, die nationalen Gerichten im Kooperationsverhältnis mit den europäischen Gerichten zukommt. Präzisierung und dogmatischer Einbau der konventionsrechtlichen Vorgaben können nur auf nationaler Ebene erfolgen und idealiter die europaweite Diskussion um Lösungsoptionen bereichern. Der Rückgriff auf die Figur der Aufstiftung³⁸ ist dafür ein ebenso gutes Beispiel wie die Ausführungen zur mittelbaren Tatprovokation.³⁹

Bei der Bestimmung der Eingriffsvoraussetzungen und der Grenzziehung zwischen zulässigen Einwirkungen und nicht mehr zulässigen Einwirkungen gelingt diese Operation nicht. Bereits die Eignung der in Rn. 19 des Urteils genannten Prüfungsmaßstäbe zur Vermessung des Merkmals weitgehend passiven Verhaltens muss bezweifelt werden. Die allgemeine Beachtungspflicht gegenüber der EMRK zieht nach sich, dass die einschlägige, formgebende Spruchpraxis des EGMR rezipiert wird.⁴⁰ Dies ist vorliegend nur im Ausgangspunkt der Fall. Die weiterführenden Urteile zur hier einschlägigen Fallkategorie der *multiple illicit transactions* haben keinen Eingang in die Entscheidung gefunden, was sich als folgenreich erweist.

1. Eine zweite Chance für das LG Freiburg

Der BGH sieht bei K.H. einen Anfangsverdacht weiterer Tatneigung für Betäubungsmittelhandel in geringen Mengen. Was es strafverfahrensrechtlich mit einem „Anfangsverdacht weiterer Tatneigung“ auf sich hat, kann hier leider nicht weiter vertieft werden. Jedenfalls sieht der BGH

³⁸ BGH 1 StR 197/21, Urteil vom 16. Dezember 2021, Rn. 22. Der 1. Senat versucht die Problematik der Einwirkung zur Weckung der Bereitschaft, eine Tat mit deutlich erhöhtem Unrechtsgehalt zu begehen, zumindest für den konkreten Fall strafrechtsdogmatisch über die Figur der Aufstiftung in den Begriff zu bekommen. Darin liegt eine nachvollziehbare Rationalisierung des allgemeinen Kriteriums. Allerdings machte man den Provokationsschutz dadurch, vom jeweiligen Zuschnitt des nationalen Besonderen Teils abhängig. Gesetzgeberische Entscheidungen darüber, wann ein Unrecht als eigener Tatbestand oder Qualifikation ausgeformt wird, wirkten dann ins Strafprozessrecht zurück und würden zur Messlatte für die Unzulässigkeit einer Provokation. Aus Konventionssicht würde man damit Zufälligkeiten Tür und Tor öffnet und nicht hinreichend auf den materiellen Kern des Problems eingehen. Man wird wohl davon ausgehen dürfen, dass der EGMR einen Aufstiftungsfall als klares Beispiel der Unzulässigkeit werten, die Figur der Aufstiftung aber nicht als verbindliche Demarkationslinie akzeptieren würde. So sind in den meisten relevanten Tatbeständen leichte und sehr schwere Fälle innerhalb desselben Tatbestandes vorstellbar, deren Unwert- und Schuldgehalt qualitativ weit

in den Feststellungen des LG keine Anhaltspunkte für eine Neigung zu qualitativ erheblich schwereren Taten deutlich über dem Grenzwert für geringe Mengen. Damit steht die Unzulässigkeit aus Konventionssicht fest.

Der BGH gibt dem Landgericht aber eine zweite Chance. Das bereits zu sog. *multiple illicit transactions* bestehende Fallrecht findet sich dabei in den Ausführungen des Gerichtshofs jedoch nicht wieder. Die Darstellung des Konventionsrechts erweist sich damit in entscheidenden Punkten als lückenhaft, was dazu führt, dass die strafverfahrensrechtlichen und konventionsrechtlichen Standards nicht in Einklang gebracht werden und eine vollends überzeugende materielle Behandlung des Provokationsgeschehens nicht gelingt. Dem LG Freiburg wird infolgedessen in letzter Konsequenz ein Prüfungsauftrag diktiert, der der Konventionsrechtslage in wesentlichen Punkten nicht entspricht und damit das Risiko eines neuerlichen Zurückbleibens hinter der Konventionsrechtslage birgt.

2. Präzisierung der Ausweitung

Konkret fordert der BGH zunächst, Feststellungen zu treffen, „die eine belastbare Beurteilung ermöglichen, in welchem Umfang eine Verstrickung des Angeklagten K.H. und des Mitangeklagten I. in den Betäubungsmittelhandel bestand, wie weit deren Tatgeneigtheit vor der Einflussnahme des verdeckten Ermittlers ging und wo diese ihre Grenzen fand“. Diese Frage ist nicht präzise genug formuliert. Denn für die Bewertung der Zulässigkeit sind nur solche Erkenntnisse zu Tatverdacht und Tatneigung relevant, die dem VE oder dessen VE-Führer vor Kontaktaufnahme zur Anschaffung größerer Mengen bekannt waren.⁴¹ Die nachträglichen Erkenntnisse vermögen nichts an der Rechtsstaatwidrigkeit des Verhaltens im Moment des Grundrechtseingriffs zu ändern. Wollte man weiter aufklären, müsste mithin das faktengetragene Vorstellungsbild von VE und VE-Führer aufgeklärt werden, wobei daran zu erinnern ist, dass der Staat die Beweislast dafür trägt, Tatverdacht oder Tatneigung überzeugend nachzuweisen. Eine Figur hypothetisch zulässiger Infiltrationen zur Rettung der Verurteilung kann es nicht geben, will man Missbräuchen und Willkür in diesem neuralgischen Grenzbereich staatlichen Handelns nicht Tür und Tor

auseinander liegen kann. Mit Blick auf den jeweiligen provokierten Tatbestand könnten auch empirisch -kriminalistische Einsichten hilfreich und vielleicht sogar maßgeblich sein. Konkret ließe sich auch darauf abstellen, welche typischen Geschäftsarten und -strukturen in bestimmten Deliktsbereichen anzutreffen sind und wo hier aus analytischer Sicht der fachkundigen Verbrechensbekämpfungsstellen, Abstufungen, Unterschiede, Verquickungen, Übergänge usw. auszumachen sind. Im konkreten Fall wäre z.B. interessant zu wissen, wo sich aus Sicht der Drogenfahnder die Natur oder Qualität des Geschäfts entscheidend verändern. Auch die Perspektive typischer Täter in einem Deliktsbereich wäre insofern relevant. Es sei die These aufgestellt, dass der EGMR für derartige Ausführungen im konkreten Fall ein Ohr hätte und den nationalen Stellen einen nicht weiter zu überprüfenden Bewertungsspielraum zugestehen würde.

³⁹ BGH 1 StR 197/21, Urteil vom 16. Dezember 2021, Rn. 40.

⁴⁰ Meyer, a.a.O. (Fn. 6), Einleitung Rn. 80.

⁴¹ EGMR Pareniuc v. Republik Moldau (Fn. 16), § 8; Meyer, a.a.O. (Fn. 6), Art. 6 Rn. 165.

öffnen. Der Staat kann sich nicht nachträglich darauf berufen, dass er eine unzulässig provozierte Straftat bei besserer Erkenntnislage womöglich doch hätte initiieren dürfen. Effektiver Grundrechtsschutz bedeutet gerade, dass der Staat sich Eingriffsbefugnisse nicht ex post schaffen darf.

Ferner fragt der BGH nicht explizit danach, aus welchen objektiv belastbaren Gründen die Zielperson mehrfach zu Handeltreiben mit geringen Mengen und in diesem Zuge schließlich zu Handeltreiben mit nicht mehr geringen Mengen animiert wurde. Können keine besonderen Gründe für diesen Vergehen benannt werden, ist das VE-Verhalten unrettbar konventionswidrig. Die Fragen des BGH schließen dies zwar auch ein, diese sind aber zu unspezifisch und stehen in einem anderen Kontext.

Die Fragen des BGH zu Art, Intensität und Zweck der Einflussnahme des VE auf die Zielperson, insb. zum Inhalt und Ablauf der Telefonate, erklären sich aus einer Gesamt abwägungsformel, die der Senat in seiner Entscheidung entwickelt, um das Kriterium „überwiegend passiv“ für die Praxis operativ besser fassbar zu machen. Das stimulierende Verhalten muss so erheblich sein, dass es „im Verhältnis zu dem den Ermittlungseinsatz etwa rechtfertigenden Anfangsverdacht einer bestehenden Tatgeneigntheit als unvertretbar überwiegend“ erscheint. Aus dem menschenrechtlichen Gebot, sich passiv zu verhalten (*ordinary customer*), um der Zielperson lediglich die Gelegenheit zu bieten, die von ihr beabsichtigten Taten Realität werden zu lassen, wird damit ein verfassungsrechtliches Übermaßverbot. Nach dieser Formel durften VE oder V-Mann einer Zielperson (gemessen an den objektiv bestehenden Beweismomenten) bis an die Exzess-Grenze zusetzen, um sie in strafbares Verhalten zu verstricken. Es ist für den Autor nicht ersichtlich, welcher grundgesetzkonforme Rechtsstaatsbegriff diese Form der Einwirkung legitimieren könnte. Unvereinbar mit der EMRK ist sie allemal. Die Formel ist weder materiell noch funktionell mit den klarer strukturierten Vorgaben des EMRK konform. Sie verunklart den Gehalt des Kriteriums und ist nicht auf Sicherstellung staatlicher Zurückhaltung, sondern einseitig auf Eingriffsrechtfertigung ausgelegt. Ohnehin ist eine zulässige Provokation aus Konventionssicht nur bei Tatverdacht oder (hochproblematisch) bei eindeutig erkennbarer Tatneigung denkbar. Einen Verdacht auf Tatneigung kennt das Konventionsrecht nicht als zulässige Fallgruppe.

Die Formel überzeugt auch isoliert betrachtet nicht. Es ist grundrechtsdogmatisch unklar, warum diese schon mehrfach (allerdings in Bezug auf einen Verdacht und nicht den Anfangsverdacht einer Tatneigung) eingesetzte Formel zur Konkretisierung der Zulässigkeitsgrenze taugen sollte. Sie lässt einen Bezug zum materiellen Kern des Kriteriums „im Wesentlichen passiv“ vermissen. Dieses dient dazu, die Zulässigkeitsgrenze bei einem sehr spezifischen Ermittlungsverhalten zu ziehen, dass sich nur dann mit dem Rechtsstaatsprinzip in Einklang bringen lässt, wenn die Entscheidungsbildung bei der Zielperson für oder gegen eine Straftat lediglich ausgelöst und sich die staatliche Kontaktperson „im Wesentlichen“ jeglichen Verhaltens

enthält, das fremdbestimmende Wirkung haben (und dem Staat die Verantwortung für die Tat zuwachsen lassen) könnte. Diese Grenze lässt sich nicht dadurch bestimmen, ausgehend von Tatverdacht oder Tatneigung abzustecken, welches Ermittlungsverhalten sich als „unvertretbar überwiegend“ (zur Erreichung des Ermittlungsziels?) darstellt. Schon für die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Eingriffen zur Aufklärung vollendeter Straftaten wäre diese Vorgabe buchstäblich grenzwertig. In Bezug auf noch gar nicht begangene Straftaten ist sie unbrauchbar.

Nebenbei lässt sich anhand dieser Formel auch demonstrieren, wie problematisch das Kriterium der Tatneigung ist. Diese gestattet allenfalls einen polizeirechtlichen Gefahrforschungseingriff. Aber keine strafrechtlichen Ermittlungen und Stimulierung von Straftaten bis an die Grenze des Unvertretbaren. Ermittlungen dürften sich allenfalls auf frühere Verdachtsmomente richten, aus denen ggf. auf eine Tatneigung geschlossen wird. Das meint wohl auch der BGH, wenn er von einem Anfangsverdacht der Tatneigung spricht.

Als Bestandteil der weiteren Aufklärung soll das LG schließlich eruieren, ob die Anspielung des VE auf die gemeinsame regionale Herkunft und der Hinweis, dass er Probleme mit früheren Lieferanten habe, im Gesamtzusammenhang (in Ansehung der wiederholten Kontaktaufnahmen) der Einwirkung als „Druck“ zu bewerten ist.⁴² Das ist sachlich zweifelsohne richtig. Aber auch an diesem Punkt hätte es hilfreich sein können, das LG als Orientierungsmarke auf ähnliche Fälle im Konventionsrecht hinzuweisen. So hat der EGMR Appelle des Provokateurs an Empathie und Solidarität bereits als ausschlaggebende Gesichtspunkte anerkannt.⁴³

IV. Fazit

Der vom BGH entschiedene Fall demonstriert eindrucksvoll, welche Schwierigkeiten der rechtliche Umgang mit dem Instrument der Tatprovokation bereitet und auch nach Klärung der Rechtsfolgenseite weiter bereiten wird. Die Abgrenzung zulässigen Verhaltens von unzulässigem stellt die Praxis vor große Herausforderungen. Besondere Probleme bereiten zwei neuralgische Grenzen: erstens, das zulässige Maß der Interaktion und des Abtastens, wozu die tatgeneigte Zielperson bereit wäre und, zweitens, der notwendige Schwereaufwuchs, mit dem die „Neigungs- oder Verdachtstat“ in eine quantitativ oder qualitativ andere Tat umschlägt. Diese Aufgabe wird nicht leichter, wenn die einschlägige umfangreichere EGMR-Sprachpraxis nur unvollständig rezipiert wird. Potenziell aufschlussreiche und anleitende Präzedenzfälle finden keine Erwähnung, und zwar sowohl in der Tatsachen- als auch in der Revisionsinstanz. Die deutschen Gerichte müssen hier in Zukunft noch einen Schritt weiterkommen, um nationales Prozessrecht und Konventionsrecht vollständig dogmatisch schlüssig zur Konkordanz zu

⁴² Der VE hatte nach Angaben des K.H. «immer» auf die gemeinsame Herkunft aus dem afghanischen/pakistanischen Raum hingewiesen und «irgendwas von zusammenhalten»

erzählt (UA S. 15), BGH 1 StR 197/21, Urteil vom 16. Dezember 2021, Rn. 28.

⁴³ EGMR Vanyan v. Russland (Fn. 9), § 47, 11.

bringen.⁴⁴ Das BGH-Urteil zeigt auch, welche hohen Anforderungen an die instanzgerichtlichen Feststellungen zu richten sind. Unter Umständen hätte sich der Fall nach den EMRK-Vorgaben auch ohne Zurückverweisung lösen lassen. Der BGH schreckte aber womöglich davor zurück, aufgrund der insuffizienten Feststellungen gleich zur nuklearen Option des Verfahrenshindernisses zu greifen. Der Gerichtshof setzt aber jedenfalls ein Zeichen, dass er den nachlässigen Umgang mit Verdachtsmomenten für eine unzulässige Tatprovokation nicht akzeptiert. Für die Zukunft muss aber die Frage erlaubt sein, wie großzügig man den Instanzgerichten an dieser Stelle begegnen will. Enthalten die Feststellungen keine Hinweise darauf, dass die Zielperson bezüglich der provozierten Tat tatverdächtig

oder tatgeneigt war, dann steht die Unzulässigkeit fest und es dem Revisionsgericht nicht gut zu Gesicht, dem Instanzgericht die Sache mit der Parole zurückzureichen, doch noch einmal genauer nachzusehen, ob es nicht doch einen zulässigen Provokationsanlass gab. Gleichwohl ließe sich das Vorgehen konventionsrechtlich als zweite nationale Kontrollstufe des *procedural test* rationalisieren und damit aus EMRK-Sicht als wünschenswertes Vorgehen begrüßen. Noch stärker wäre diese Botschaft ausgefallen, wenn die Fragen an der einschlägigen EGMR-Rspr. zu *multiple illicit transactions* ausgerichtet gewesen wären und dem LG durch ihre Formulierung der Weg zu einer konventionskonformen Entscheidung gewiesen worden wäre.

Aufsätze und Anmerkungen

Mutterschutz „auf“ und „neben“ der Berufsrichterbank, oder: Zum komplexen Verhältnis von Beschäftigungsverbot und Besetzungsrüge nach § 338 Nr. 1 StPO

Zugl. Besprechung von BGH HRRS 2022 Nr. 41

Von Dr. iur. Oliver Harry Gerson, Passau*

I. Problemaufriss: Beschäftigungsverbote und Gerichtsbesetzung

Der BGH hatte in der jüngeren Vergangenheit in zwei Fällen Gelegenheit erhalten, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die weitere Mitwirkung einer *Berufsrichterin* im Strafverfahren, die wegen fortgeschrittener Schwangerschaft (genauer: den letzten sechs Wochen vor der Niederkunft) oder aufgrund einer weniger als acht Wochen zurückliegenden Entbindung einem Beschäftigungsverbot nach § 3 MuSchG unterliegt, zu einer fehlerhaften Besetzung des Spruchkörpers i.S.d. § 338 Nr. 1 StPO führt.¹ Das Urteil des BGH v. 30. September 2021 – 5 StR 161/21

behandelt nunmehr in zweierlei Hinsicht eine neue Konstellation: zum einen handelt es sich um eine schwangere *Schöffin*, die weiter an der Hauptverhandlung mitwirkt. Zudem liegt nicht § 3 MuSchG, sondern ein individuelles Beschäftigungsverbot i.S.d. § 16 Abs. 1 MuSchG vor. Es geht mithin um die Auswirkungen des Mutterschutzes „links und rechts der Berufsrichterbank“.² Die entscheidende Fragestellung lautet: Ist eine trotz bestehenden Beschäftigungsverbots nach dem MuSchG weiterhin in der Hauptverhandlung eingesetzte *Schöffin* noch gesetzlicher Richter³ i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG? Im Urteil verneint der BGH den Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Die Verfahrensrüge nach § 338 Nr. 1 StPO sei

⁴⁴ Eine gesetzliche Regelung, wie von *Zeyher* NZWiSt 2022, 197, 200 nach dem Urteil vorgeschlagen, dürfte kaum in der Lage sein, diese komplizierten Fragen zielführend zu regeln, wenn man den Einsatzbereich von Tatprovokationen nicht von vornherein stark einschränken wollte.

* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter und Habilitand am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Robert Esser (Universität Passau).

¹ BGH, Urt. v. 7. November 2016 – 2 StR 9/15 = NJW 2017, 745 ff. = HRRS 2017 Nr. 143; BGH, Beschl. v. 19. Januar

2021 – 5 StR 401/20 = NStZ 2021, 434 = HRRS 2021 Nr. 320.

² Sehr treffendes Bild von *Jahn* JuS 2022, 276, 277.

³ Zur berechtigten Frage, ob es hier nicht – ausnahmsweise – *Richterin* heißen müsste bereits *Norouzi*, in: FS für von Heintschel-Heinegg (2015), S. 349 (in der *-Fußnote). Im Folgenden wird die weibliche Form dort verwendet, wo es nicht nur um die Berufsbezeichnung, sondern auch die Eigenschaft der betroffenen Person als Frau geht. Bei der sonstigen Verwendung der männlichen Form sind alle Geschlechter gemeint.

unbegründet. Ausschlaggebend ist für den Strafsenat, dass das MuSchG auf Schöffinnen weder direkte noch analoge Anwendung finden könne. Die Argumentationslinie des Urteils bietet Anlass für eine vertiefte Analyse, denn trotz seiner Ausführlichkeit bleiben entscheidende Fragestellungen zu den Auswirkungen des Mutterschutzes auf das Strafverfahren unbeantwortet.

II. BGH, Urt. v. 30. September 2021 – 5 StR 161/21 = HRRS 2022 Nr. 41

1. Sachverhalt

Das Urteil des BGH zerfällt in die Behandlung einer Sachrüge der Staatsanwaltschaft⁴ und in eine Verfahrensrüge des Angeklagten in Bezug auf die Gerichtsbesetzung nach § 338 Nr. 1 StPO. Im Folgenden werden die Ausführungen zur Verfahrensrüge näher beleuchtet.⁵

Zur Begründung seiner Verfahrensrüge nach § 338 Nr. 1 StPO trug der Angeklagte vor, dass der im Verfahren eingesetzten, zum Zeitpunkt der Hauptverhandlungstermine bereits schwangeren Schöffin durch den Betriebsarzt ihres Arbeitgebers am 14. August 2020 – während der bereits laufenden Hauptverhandlung – ein ärztliches Beschäftigungsverbot nach § 16 Abs. 1 MuSchG bezüglich „jede(r) Beschäftigung“ erteilt worden war. Dieses *umfassende* (totale) Beschäftigungsverbot sei der zuständigen Kammer ab dem 17. August 2020 auch bekannt gewesen. Am 24. August 2020 habe die Strafkammervorsitzende den Betriebsarzt des Arbeitgebers der Schöffin kontaktiert, der das umfassende Verbot am 27. August 2020 daraufhin – „in Ergänzung zum Attest über das Beschäftigungsverbot“ – insoweit abänderte, als der Schöffin zumindest eine zeitlich begrenzte Teilnahme an der Hauptverhandlung gestattet sei.

Nach Auffassung des Angeklagten sei aufgrund des umfassenden Beschäftigungsverbots der Schöffin seit dem 14. August 2020 eine *vorschriftswidrige Gerichtsbesetzung* an allen Hauptverhandlungstagen anzunehmen. Überdies sei die Schöffin auch aus gesundheitlichen Gründen an der Schöffentätigkeit gehindert gewesen.⁶

2. Leitlinien des Urteils

Nach Auffassung des BGH führt das einer ehrenamtlichen Richterin nach § 16 Abs. 1 MuSchG durch einen Betriebsarzt des Arbeitgebers ausgesprochene Beschäftigungsverbot nicht zu einem Mitwirkungsverbot in der Hauptverhandlung. Die weitere Mitwirkung der Schöffin in der

Hauptverhandlung begründe damit keinen Besetzungsmangel i.S.d. § 338 Nr. 1 StPO. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG sei nicht verletzt.

Das Gericht, in dessen Spruchkörper die Schöffin tätig werde, sei nicht der Arbeitgeber der Schöffin und damit auch nicht durch das Beschäftigungsverbot nach § 16 Abs. 1 MuSchG adressiert. Schon der persönliche Anwendungsbereich des MuSchG sei nicht eröffnet, da es sich bei der Schöffentätigkeit um ein öffentliches Ehrenamt handle, § 31 Satz 1 GVG. Indes müsse die betroffene Frau, um den Schutz nach § 16 Abs. 1 MuSchG genießen zu können, einer Beschäftigung i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV nachgehen, § 1 Abs. 2 Satz 1 MuSchG. Das setze die Tätigkeit als *angestellte Arbeitnehmerin* voraus. Maßgebliches Merkmal der Angestellteigenschaft sei, neben der Weisungsgebundenheit, auch die persönliche Abhängigkeit vom Arbeitgeber, die sich durch dessen Bestimmungsprärogative im Hinblick auf Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung der Tätigkeit auszeichne.⁷ Schöffen seien dem öffentlich-rechtlichen Dienstherrn allerdings nicht durch ein Dienst- oder Arbeitsverhältnis verbunden, was sich schon daran zeige, dass sie für ihre Tätigkeit keine Vergütung erhalten und keine Urlaubs- und Pensionsansprüche geltend machen können.⁸ Auch dass die Schöffin im Hinblick auf Art, Zeit und Ort ihrer Betätigung gebunden sei, ändere nichts an dieser Bewertung, da sie bei ihrer Betätigung weder persönlich abhängig noch weisungsgebunden agiere, vgl. § 45 Abs. 1 S. 1 DRiG, § 1 GVG.

Berufsrichterinnen genießen zwar den Schutz nach dem MuSchG gem. § 71 DRiG, § 46 BeamStG i.V.m. den landesrechtlichen Regelungen. Trotz der partiellen Gleichstellung des Schöffen mit dem Berufsrichter enthalten aber weder §§ 31 ff. GVG noch §§ 44 ff. DRiG Verweisungen auf das Statusrecht der Berufsrichterschaft oder die mutterschutzrechtlichen Normen. Eine analoge Anwendung der Regelungen über den Mutterschutz müsse ebenfalls ausscheiden: Auch nach Übernahme des § 3 Abs. 1 MuSchG a.F. in den § 16 Abs. 1 MuSchG sei keine Erweiterung des Anwendungsbereichs auf ehrenamtlich tätige Frauen erfolgt. Die differenzierte Reform des MuSchG⁹ spreche dabei gegen ein Versehen bzw. Übersehen des Gesetzgebers. Obwohl schwangere Schöffinnen zwar – an sich – genauso schutzwürdig wie schwangere Berufsrichterinnen seien, streite auch die teleologische Betrachtung nicht für eine entsprechende Anwendung des § 16 Abs. 1 MuSchG. Ziel des Mutterschutzgesetzes sei nicht die Gewährung eines absoluten Schutzes in allen Lebensbereichen, sondern die Etablierung eines gezielten Standards, der auf die besondere Situation der (vom persönlichen Anwendungsbereich der von § 1 MuSchG erfassten) Frauen angepasst ist. Da es an Anstellung in Abhängigkeit bei

⁴ Zugrunde liegt der Entscheidung eine Verurteilung des Angeklagten wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in vier Fällen, davon in drei Fällen in Tateinheit mit Anstiftung zur Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge. Er wurde hierfür vom LG Dresden zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sechs Jahren und drei Monaten verurteilt. Die Staatsanwaltschaft rügte mit der auf diesen Punkt beschränkten Sachrüge erfolgreich die Ablehnung der Unterbringung des Angeklagten in der Sicherungsverwahrung.

⁵ Vgl. auch BGH NStZ-RR 2022, 56.

⁶ Das LG hatte die Besetzungsrüge abgewiesen und das Verfahren auch nicht ausgesetzt.

⁷ Charakteristisch sei darüber hinaus eine Vertragsbeziehung, die der angestellten Person einen Entgeltanspruch zugehe, mithin das Arbeitsverhältnis zu einer Betätigung zu Erwerbszwecken ausgestalte.

⁸ Die für Schöffen festgelegte Entschädigung für entstehende Kosten und Verdienstausfälle nach § 55 GVG erfülle diese Zwecke ebenso nicht; vgl. auch BeckOK-GVG/Goers, 14. Ed. (15.02.2022), § 55 Rn. 2.

⁹ Gesetz zur Neuregelung des Mutterschutzrechts vom 23. Mai 2017, BGBl. I S. 1228; BT-Drucks. 18/8963, S. 33 ff.

Schöffinnen fehle, seien die Interessenlagen nicht vergleichbar. Die ordnungsgemäße Besetzung der Strafkammer dürfe überdies nicht daran zu knüpfen sein, ob Schöffinnen in ihrem beruflichen Leben abhängig beschäftigt, selbstständig tätig oder nicht berufstätig seien.

In Fortführung zu BGH, Beschl. v. 19. Januar 2021 – 5 StR 401/20 = NStZ 2021, 434 (dazu noch IV.2.) könne auch hier offenbleiben, ob der *nachgeburtliche* Mutterschutz ein „Dienstleistungsverbot“ nach sich ziehe, welches die betroffene *Berufsrichterin* ausschließe und damit bei weiterer Tätigkeit zu einer fehlerhaften Besetzung des Gerichts i.S.d. § 338 Nr. 1 StPO führe, da der *richterliche* Mutterschutz für Schöffinnen ohnehin nicht gelte.

Es bestehe letztlich keine denkbare rechtliche Verpflichtung einer Strafkammer, die Schwangerschaft einer Berufsrichterin oder Schöffin offenzulegen oder diesbezügliche Fragen der Verfahrensbeteiligten zu beantworten; bei einer Schöffin gelte dies im Hinblick auf etwaige ärztliche Beschäftigungsverbote nach § 16 MuSchG entsprechend. Die fehlende Eignung einer Schöffin zur Ausübung der Schöffentätigkeit aufgrund ihrer Schwangerschaft liege in Fällen des § 16 MuSchG zudem fern.¹⁰ Die Besorgnis der Befangenheit i.S.d. § 24 Abs. 2 StPO könne hierauf nicht gestützt werden.

III. Würdigung

Das Urteil des 5. Strafsenats v. 30. September 2021 unterscheidet sich in zwei wesentlichen Punkten von den bisherigen Judikaten des BGH zum Thema „Mutterschutz und Gerichtsbesetzung“: Zum einen geht es nicht um den Mutterschutz einer Berufsrichterin, sondern um den einer Schöffin. Zudem ist es nicht § 3 MuSchG, d.h. die zeitabhängig angeordnete Schutzfrist für die Beschäftigung vor und nach der Entbindung, der in Streit steht, sondern § 16 Abs. 1 MuSchG, d.h. ein aufgrund ärztlichen Zeugnisses ergehendes individuelles Beschäftigungsverbot, das auf einer möglichen gesundheitlichen Gefährdung von Mutter oder Kind bei Fortführung der Beschäftigung gründet.

Das durch den BGH gefundene Ergebnis fußt auf einer einzigen argumentativen Säule: § 16 Abs. 1 MuSchG finde auf Schöffinnen schlicht keine Anwendung. Die zur Darlegung dieses Ergebnisses im Urteil vollzogene, methodisch aufwändige Auslegung der Regelungen der arbeitsschutzbezogenen Vorgaben des MuSchG wirkt beachtlich. Weder aus der direkten Anwendung der Norm ableitbar, aus der Gesetzesgenese deduzierbar, noch teleologisch begründbar sei daran zu rütteln, dass schwangere Schöffinnen *nicht* wegen eines ärztlichen Beschäftigungsverbots nach § 16 Abs. 1 MuSchG von der Mitwirkung an der

Hauptverhandlung ausgeschlossen seien. Im Ergebnis ist dem zuzustimmen.¹¹ Anstelle der ausführlichen Herleitung hätte es allerdings genügt, die Frage nach der Anwendbarkeit des § 16 Abs. 1 MuSchG auf Schöffinnen dahinstehen zu lassen, da das der Schöffin im zu entscheidenden Fall erteilte individuelle Beschäftigungsverbot nach § 16 Abs. 1 MuSchG sie – nach der Konkretisierung durch den Betriebsarzt – ohnehin nicht von der Schöffentätigkeit ausgeschlossen hatte (dazu III.2.a.). Eine fehlerhafte Besetzung des Spruchkörpers i.S.d. § 338 Nr. 1 StPO lag jedenfalls schon *aus diesem Grund* nicht vor. Damit hätte sich das fast 30 Rannummern umfassende *obiter dictum* erübrigt. Einer vertiefteren Begründung hätte bedurft, ob die Nachfrage eines Verfahrensbeteiligten nach der bestehenden bzw. zurückliegenden Schwangerschaft einer Berufsrichterin oder Schöffin wirklich „unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt“ beantwortet werden muss (dazu III.3.).

Trotz der opulenten Darlegungen *colorandi causa* sind weiterhin nicht alle Probleme gelöst. Erneut offengelassen hat der 5. Strafsenat die bedeutsame Frage, ob das *tatsächliche* Bestehen eines schwangerschaftsbedingten Beschäftigungsverbots bei Weiterbeschäftigung der Richterin eine fehlerhafte Besetzung des Gerichts i.S.d. § 338 Nr. 1 StPO nach sich ziehen kann (dazu IV.1-3.). Hier wird sich zeigen, dass einerseits zwischen Berufsrichterinnen und Schöffinnen, andererseits zwischen absoluten und relativen Beschäftigungsverboten sowie anderweitigen Entbindungsregelungen differenziert werden muss.

1. Beschäftigungsverbote nach dem MuSchG

Zunächst sind die unterschiedlichen Fallgruppen des Mutterschutzes durch Beschäftigungsverbote (§ 2 Abs. 3 MuSchG) nach dem MuSchG zu unterscheiden: es ist zwischen dem *vorgeburtlich relativen* (§ 3 Abs. 1 S. 1 MuSchG) und dem *nachgeburtlich absoluten* (§ 3 Abs. 2 S. 1 MuSchG) Beschäftigungsverbot zu differenzieren.¹² Zusätzlich ist davon das *individuelle* Beschäftigungsverbot nach § 16 Abs. 1 MuSchG zu trennen.

a) Erfasster Personenkreis

Der Mutterschutz nach dem MuSchG¹³ bezieht alle Personen in Beschäftigung, betrieblicher Berufsausbildung und Studium während ihrer Schwangerschaft, nach der Entbindung und in der Stillzeit ein.¹⁴ Erfasst werden beschäftigte Frauen, die in einem Arbeitsverhältnis stehen (§ 1 Abs. 2 S. 1 MuSchG) und zudem Personen, die zwar nicht in Arbeitsverhältnissen stehen, für die das MuSchG aber eventuell nach § 1 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 – 8 MuSchG Geltung erlangt. Beschäftigung meint nach § 2 Abs. 2 MuSchG jede Form der Betätigung, die eine Frau im Rahmen eines

¹⁰ Das Vorbringen der gesundheitlichen Beeinträchtigung der Schöffin während der Hauptverhandlung sei bereits nicht ordnungsgemäß erhoben worden, da es diesbezüglich an einem vollständigen, genauen und aus sich heraus verständlichen Vortrag fehlte, § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO. Gleiches gelte für die Beanstandung, dass die Schöffin die Dauer der ihr im ärztlichen Schreiben vom 27.08.2020 gestatteten Tätigkeit an einzelnen Tagen nicht eingehalten habe.

¹¹ Ebenso *Jahn* JuS 2022, 276, 278.

¹² Vgl. auch *Norouzi* (Fn. 3), S. 349, 350 f.; dazu auch *Bayreuther* NZA 2017, 1145, 1146.

¹³ Dieser ist sowohl verfassungsrechtlich garantiert (Art. 6 Abs. 4 GG) als auch unional verankert, vgl. die Vorgaben zum Mutterschaftsurlaub in Art. 8 der Richtlinie 92/85/EWG des Rates v. 19.10.1992, ABLEU Nr. L 348/1 v. 28. November 1992; zur Richtlinie (EU) 2019/1158 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.6.2019 zur Vereinbarkeit von Beruf und Privatleben für Eltern und pflegende Angehörige und zur Aufhebung der Richtlinie 2010/18/EU (ABLEU Nr. L 188/79) vgl. *Dahm* EuZA 2020, 19 ff.

¹⁴ BT-Drs. 18/8963, 35.

Beschäftigungsverhältnisses nach § 1 Abs. 2 Satz 1 MuSchG oder die eine Frau im Sinne von § 1 Abs. 2 Satz 2 MuSchG¹⁵ im Rahmen ihres Rechtsverhältnisses zu ihrem Arbeitgeber nach § 2 Abs. 1 Satz 2 MuSchG ausübt. Nach § 1 Abs. 2 S. 1 MuSchG muss wiederum eine Beschäftigung i.S.d. § 7 Abs. 1 SGB IV vorliegen, d.h. eine nicht selbstständige Arbeit, beispielhaft in einem Arbeitsverhältnis (§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV). Umfasst ist damit im Ergebnis jede Form der Betätigung, unabhängig des Umfangs (Teilzeit oder geringfügige Beschäftigung), der Art (Fachkraft oder Aushilfe) und der Versicherungspflichtigkeit. Es kommt auch nicht darauf an, ob die Person in Haupt- oder Nebentätigkeit beschäftigt ist oder ob mehrere Beschäftigungen ausgeübt werden.¹⁶ Entscheidend sind vielmehr die Weisungsabhängigkeit und persönliche Abhängigkeit der Beschäftigten.¹⁷

b) Spielarten des Mutterschutzes: *partiell/total* sowie *absolut/relativ*

Der Mutterschutz nach dem MuSchG zerfällt in drei Schutzrichtungen: Schutz vor Gefahren für die Gesundheit von Mutter und Kind, Schutz vor mutterschaftsbedingten Vermögenseinbußen und Schutz vor dem Arbeitsplatzverlust.¹⁸ Tatbestandlich gibt es zwei Anknüpfungspunkte: Eine Form des Mutterschutzes stellt auf das *zeitliche Stadium* der Schwangerschaft ab (§ 3 MuSchG), die andere rekurriert auf die *konkrete Gefährdung* von Mutter und Kind bei unveränderter Fortführung der Beschäftigung (§ 16 MuSchG). Unterschieden wird auf Seiten der Rechtsfolge zudem zwischen vollständigen bzw. lediglich teilweisen Beschäftigungsverboten (*totale* vs. *partielle* Wirkung des Verbots) sowie danach, ob das Verbot für alle Seiten zwingend ist oder ob die betroffene Frau freiwillig auf den angeordneten Schutz verzichten kann (*absolute* vs. *relative* Wirkung des Verbots).

Nach § 3 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 MuSchG darf der Arbeitgeber eine schwangere Frau während der letzten sechs Wochen vor der Entbindung nicht beschäftigen (*vorgeburtlicher Mutterschutz*). Während der Dauer des Verbots sind die vertraglichen Hauptleistungspflichten suspendiert.¹⁹ Damit wird *jede* Beschäftigung und somit *jede* Tätigkeit erfasst (*totale* Wirkung).²⁰ Das Beschäftigungsverbot adressiert den Arbeitgeber und die diesem gleichgestellten Personen

nach § 2 Abs. 1 MuSchG; Dritte sind ausgeschlossen.²¹ Sowohl die Tätigkeit als Betriebsrat als auch die selbstständige Tätigkeit sind der werdenden Mutter damit weiterhin möglich.²² Auf die vorgeburtliche Schutzfrist kann die Frau konkludent verzichten, indem sie sich ausdrücklich zur Arbeitsleistung bereit erklärt, § 3 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 MuSchG (*relative* Wirkung).²³ Der Arbeitgeber muss dieses ausdrückliche Angebot annehmen, ist also zur Annahme des Verzichts verpflichtet.²⁴ Zum Schutz der Gesundheit der werdenden Mutter und des Kindes²⁵ wird in § 3 Abs. 1 MuSchG somit ein *zeitabhängiges* und *gesundheitsunabhängiges* sowie *totales*, aber *relatives* (da disponibles) Beschäftigungsverbot normiert.²⁶

Nach § 3 Abs. 2 S. 1 MuSchG darf der Arbeitgeber eine Frau bis zum Ablauf von acht Wochen²⁷ nach der Entbindung nicht beschäftigen (*nachgeburtlicher Mutterschutz*). Verboten ist jede Form der Beschäftigung (*totale* Wirkung). Diese Schutzfrist des nachgeburtlichen Mutterschutzes ist grundsätzlich zwingend und wird nur für Sonderfälle ausgesetzt (Schüler, Studenten²⁸ und Kindstod²⁹).³⁰ Ein Verzicht auf diese Schutzfrist ist ausgeschlossen (*absolute* Wirkung).³¹ Hier wird somit ein *zeitabhängiges* und *gesundheitsunabhängiges* sowie *totales* und *absolutes* (da nicht disponibles) Beschäftigungsverbot normiert.

Nach § 16 Abs. 1³² MuSchG, der ebenfalls dem Gesundheitsschutz der werdenden Mutter und des Kindes dient, darf der Arbeitgeber eine schwangere Frau nicht beschäftigen, soweit ihre Gesundheit oder die ihres Kindes nach Aussage eines ärztlichen Zeugnisses bei Fortdauer der Beschäftigung gefährdet ist. Voraussetzung ist dabei, dass die unveränderte Fortführung der Arbeit durch die Schwangere mit gewisser Wahrscheinlichkeit eine Gefahr für deren Gesundheit und/oder die Gesundheit des Kindes darstellt.³³ Das Beschäftigungsverbot beseitigt nicht das Arbeitsverhältnis, sondern untersagt eine konkrete Beschäftigung mit der verbotenen Arbeit.³⁴ Aus dem Wortlaut („soweit“) ergeht, dass auch ein nur teilweises Beschäftigungsverbot für bestimmte Tätigkeiten erlassen werden kann (*partielle/totale* Wirkung).³⁵ Das Beschäftigungsverbot nach § 16 Abs. 1 entfaltet konstitutive Wirkung und suspendiert die *konkret verbotene* Pflicht zur

¹⁵ Ausführlich ErfK/Schlachter, MuSchG, 22. Aufl. (2022), § 1 Rn. 8 ff.
¹⁶ ErfK/Schlachter (Fn. 15), § 1 Rn. 6a; BeckOK-ArbR/Dahm, MuSchG, 63. Ed. (1.3.2022), § 2 Rn. 14.
¹⁷ Brose/Weth/Volk/Latterner/Weth, MuSchG, 9. Aufl. (2020), § 1 Rn. 19; vgl. auch ErfK/Schlachter (Fn. 15), § 1 Rn. 7 zu den unionsrechtlichen Hintergründen.
¹⁸ ErfK/Schlachter (Fn. 15), § 1 Rn. 2; Jahn JuS 2017, 277, 278; Gercke/Grözinger/Kraft/Richter in: Gercke/Kraft/Richter, Arbeitsstrafrecht, 3. Aufl. (2021), Rn. 1026.
¹⁹ BT-Drs. 18/11782, 36; ErfK/Schlachter (Fn. 15), § 3 Rn. 2.
²⁰ Brose/Weth/Volk/Weth (Fn. 17), § 3 Rn. 28.
²¹ ErfK/Schlachter (Fn. 15), § 3 Rn. 6.
²² BeckOK-ArbR/Dahm (Fn. 16) § 3 Rn. 9; Brose/Weth/Volk/Weth (Fn. 17), § 3 Rn. 38.
²³ Benkert NJW-Spezial 2017, 563.
²⁴ BeckOK-ArbR/Dahm (Fn. 16), § 3 Rn. 12; Ausnahmen sind nur nach dem Rechtsgedanken des § 242 BGB möglich, so ErfK/Schlachter (Fn. 15), § 3 Rn. 6.
²⁵ Brose/Weth/Volk/Weth (Fn. 17), § 3 Rn. 2; ErfK/Schlachter (Fn. 15), § 3 Rn. 1.

²⁶ Brose/Weth/Volk/Weth (Fn. 17), § 3 Rn. 10.
²⁷ Die Schutzfrist nach der Entbindung verlängert sich auf zwölf Wochen bei Frühgeburten, bei Mehrlingsgeburten und wenn vor Ablauf von acht Wochen nach der Entbindung bei dem Kind eine Behinderung im Sinne von § 2 Abs. 1 S. 1 SGB IX ärztlich festgestellt wird, § 3 Abs. 2 Satz 2 MuSchG.
²⁸ § 3 Abs. 3 MuSchG.
²⁹ § 3 Abs. 4 MuSchG.
³⁰ ErfK/Schlachter (Fn. 15) § 3 Rn. 8; BeckOK-ArbR/Dahm (Fn. 16), § 3 Rn. 18.
³¹ ErfK/Schlachter (Fn. 15), § 3 Rn. 10.
³² § 16 Abs. 2 MuSchG kann für die hiesigen Zwecke außen vor bleiben, da es sich nicht um ein Beschäftigungsverbot, sondern lediglich um eine Einschränkung der Tätigkeit handelt, die an den Zeitraum nach dem Fristablauf des § 3 Abs. 2 MuSchG anknüpft; insgesamt zur Regelung *Aligbe* ArbRAktuell 2021, 207 ff.
³³ BeckOK-ArbR/Dahm (Fn. 16), § 16 Rn. 3.
³⁴ ErfK/Schlachter (Fn. 15), § 16 Rn. 3.
³⁵ Brose/Weth/Volk/Volk (Fn. 17), § 16 Rn. 54.

Arbeitsleistung.³⁶ Seine Wirkung tritt mit Erlass bzw. Vorlage des Attests ein.³⁷ Umfang und Dauer des Beschäftigungsverbots richten sich nach dem Inhalt des Attests.³⁸ Das etwaige Einverständnis der Frau, dennoch weiterarbeiten zu wollen, ist unbeachtlich (absolute Wirkung).³⁹ Die inhaltliche Ausgestaltung der Entscheidung des Arztes⁴⁰ obliegt seinem Ermessen,⁴¹ vor allem in Bezug auf die Dauer und den Umfang des Beschäftigungsverbots.⁴² Aus § 16 Abs. 1 MuSchG folgt somit ein *zeitunabhängiges* und *gesundheitsabhängiges* (personenbedingtes) sowie *individuelles* und *absolutes* (da nicht disponibles) Beschäftigungsverbot.⁴³ Es wirkt grundsätzlich nur *partiell*, da es sich nach dem Verbotsumfang des Attests richtet und i.d.R. eine Weiterbeschäftigung – unter bestimmten Einschränkungen – zulässt. Es wirkt aber demzufolge dann wie ein *totales* Verbot i.S.d. § 3 MuSchG, wenn der zuständige Arzt im Attest aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalls ein ebensolches Totalbeschäftigungsverbot gegenüber der Schwangeren ausspricht.

Die Beschäftigungsverbote in § 3 und § 16 MuSchG sind keine allgemeinen Verbotsgesetze, sondern adressieren primär den Arbeitgeber bzw. andere gleichstehende Personen.⁴⁴ Die Missachtung der Beschäftigungsverbote der §§ 3 und 16 Abs. 1 MuSchG durch den Arbeitgeber ist bußgeldbewehrt, § 32 Abs. 1 Nr. 1 MuSchG.⁴⁵

2. Anwendbarkeit des MuSchG auf Schöffinnen

Das der Schöffin ausgesprochene Beschäftigungsverbot war seinem Inhalt nach schon nicht geeignet, ein Mitwirkungsverbot an der Hauptverhandlung zu begründen. Die umfassenden Darlegungen des BGH zur Frage der Anwendbarkeit des MuSchG auf Schöffinnen sind damit – methodisch betrachtet – im konkreten Fall schlicht nicht erforderlich gewesen. In der Sache können die Ausführungen aber überzeugen.

a) Hier: Schon kein Beschäftigungsverbot der Schöffin nach § 16 Abs. 1 MuSchG

Der Strafsenat hätte die Frage des Verstoßes gegen die vorschriftsmäßige Gerichtsbesetzung kurz und knapp verneinen können: Ungeachtet der Frage, ob die Schöffin überhaupt in den Genuss der Vorschriften nach dem MuSchG kommen kann (dazu III.2.b.), fehlt es bereits an den

tatbestandlichen Voraussetzungen für das Vorliegen eines Mitwirkungsverbots.

Im Fall lag ein ärztlich angeordnetes Verbot des Betriebsarztes des Arbeitgebers der Schöffin i.S.d. § 16 Abs. 1 MuSchG vor. Das Verbot wurde zwar zunächst „für jede Beschäftigung“ erteilt. Da dieses ursprüngliche *totale* Beschäftigungsverbot gegenüber der Schöffin nach der Intervention durch die Kammervorsitzende vom Betriebsarzt jedoch soweit abgeändert wurde, dass der Schöffin zumindest eine zeitlich begrenzte Teilnahme an der Hauptverhandlung gestattet war, wäre – selbst bei unterstellter Anwendbarkeit des § 16 Abs. 1 MuSchG – ohnehin kein *totales* Beschäftigungsverbot für die Schöffin in der Hauptverhandlung anzunehmen gewesen. Da somit auch kein Mitwirkungsverbot an der Hauptverhandlung bestand, hätte die Frage nach der Anwendbarkeit des MuSchG auf Schöffinnen – zumindest für den vorliegenden Fall – dahinstehen können. Das sieht auch der BGH: Der betriebsärztliche Dienst habe die mit einem Schöffenamte einhergehenden Belastungen nicht überblickt, was dadurch belegt werde, dass eine spätere Anpassung des Attests (vom totalen Verbot zum zeitbegrenzten Einsatz) erfolgt sei. Demzufolge sei die Schöffentätigkeit bei Einhaltung zeitlicher Beschränkungen gerade nicht als gefährdend für die Gesundheit von Mutter und Kind zu bewerten. Das trifft den Kern: Der das Attest ausstellende Arzt muss die Arbeitsplatzumstände kennen, da er gerade diese im Hinblick auf die individuelle Konstitution der Frau einzuschätzen hat.⁴⁶

b) Überdies: Nichtanwendbarkeit der Mutterschutzregelungen auf Schöffinnen

Da es sich um eine Problemstellung von grundlegender Bedeutung handelt, ist das Bedürfnis der – im Grunde nicht erforderlichen (s.o. III.2.a.) – Erörterung der Anwendbarkeit der Beschäftigungsverbote des MuSchG auf Schöffinnen in Bezug auf zukünftige Konstellationen zumindest nachvollziehbar. In diesem Punkt überzeugen die Darlegungen im Urteil umfassend.⁴⁷

Zutreffend ist insbesondere, dass das Gericht die Schöffin nicht i.S.d. MuSchG „beschäftigt“. Das ehrenamtliche Schöffenamte (§ 31 S. 1 GVG) wird weder vergütet, noch ist es kündbar.⁴⁸ Die partielle Gleichstellung mit dem Berufsrichter bezieht sich schon dem Wortlaut des § 30 Abs. 1 GVG allein auf die Mitwirkungsbefugnisse in der

³⁶ Brose/Weth/Volk/Volk (Fn. 17), § 16 Rn. 46; ErfK/Schlachter (Fn. 15), § 16 Rn. 3.

³⁷ BAG, Urt. v. 7. November 2007 – 5 AZR 883/06; NZA 2004, 257, 259; NJW 2002, 235, 236; ErfK/Schlachter (Fn. 15), § 16 Rn. 10.

³⁸ ErfK/Schlachter (Fn. 15), § 16 Rn. 10.

³⁹ ErfK/Schlachter (Fn. 15), § 16 Rn. 10; BeckOK-ArbR/Dahm (Fn. 16), § 16 Rn. 4; Brose/Weth/Volk/Volk (Fn. 17), § 16 Rn. 60.

⁴⁰ Jeder approbierte Arzt ist hierzu befugt, vgl. LAG Düsseldorf Urt. v. 27. Mai 2020, BeckRS 2020, 15597 Rn. 53; ErfK/Schlachter (Fn. 15), § 16 Rn. 38; Aligbe ArbRAktuell 2021, 208.

⁴¹ BT-Drs. 18/8963, 86 f.; BAG NZA 1997, 29 f.

⁴² BeckOK-ArbR/Dahm (Fn. 16), § 16 Rn. 6. Ein im Auftrag des Arbeitgebers durch einen Betriebsarzt erlassenes Beschäftigungsverbot ist nicht als personenbedingtes ärztliches

Beschäftigungsverbot i.S.d. § 16 MuSchG, sondern als tätigkeitsbezogenes Verbot nach § 13 Abs. 1 Nr. 3 MuSchG zu verstehen. Die Rechtsfolgen sind jedoch identisch, vgl. BT-Drs. 18/8963, 84; BeckOK-ArbR/Dahm (Fn. 16), § 16 Rn. 1.

⁴³ Brose/Weth/Volk/Volk (Fn. 17), § 16 Rn. 1; Aligbe ArbRAktuell 2021, 207, 208.

⁴⁴ BeckOK-ArbR/Dahm (Fn. 16), § 3 Rn. 6.

⁴⁵ Zur Strafbarkeit bei vorsätzlicher Missachtung vgl. § 33 MuSchG.

⁴⁶ Aligbe ArbRAktuell 2021, 207, 209.

⁴⁷ Ebenso Jahn JuS 2022, 276, 278. Letztlich gilt – mit umgedrehten Vorzeichen – was Niemöller NStZ 2017, 425, bereits zum Urteil des 2. Strafsenats v. 7. November 2016 (2 StR 9/15 = NJW 2017, 745 ff. = HRRS 2017 Nr. 143) konstatiert hat: Es liege „schwer im Magen“; aber: „Die kopfgesteuerte Prüfung ergibt, dass die Entscheidung zutreffend ist.“

⁴⁸ Kissel/Mayer, GVG, 10. Aufl. (2021), § 31 Rn. 4.

Hauptverhandlung;⁴⁹ insoweit üben die Schöffen ihr Richteramt zwar grundsätzlich im gleichen Umfang, mit gleichem Stimmrecht und in gleicher Verantwortung wie die Berufsrichter aus.⁵⁰ Nicht soll damit aber ausgedrückt werden, dass durch die Ausübung des Schöffenamts eine *Anstellung* im Staatsdienst zu simulieren ist.⁵¹ Die zeitliche und örtliche Bindung im Rahmen ihrer Tätigkeit versetzt die Schöffin nicht in ein Weisungs- und Abhängigkeitsverhältnis zum Gericht. Eine direkte Anwendung der Regelungen zum Mutterschutz scheidet mithin aus.⁵² Für die Rechtsstellung, den Erwerb und Verlust des Amtes des Schöffen gelten hingegen allein die §§ 31 ff. GVG und §§ 44 ff. DRiG,⁵³ die keine Verweisungen auf das Statusrecht der Berufsrichterschaft oder mutterschutzrechtliche Normen enthalten.

Gegen die analoge Anwendung der Mutterschutzvorschriften auf Schöffinnen spricht – neben den vom 5. Strafsenat überzeugend dargelegten historischen und teleologischen Argumenten – vor allem die fehlende Schutzbedürftigkeit der Schöffin als ehrenamtlich Beschäftigte, § 31 S. 1 GVG. Die Beschäftigungsverbote sollen zum einen die Gesundheit der Mutter und des Kindes wahren, zum anderen aber auch das berufliche und wirtschaftliche Risiko der Mutter abfedern⁵⁴ und sie von der Entscheidungslast befreien, sich zu lange oder wieder zu früh am Arbeitsplatz einfinden zu müssen (s.o. III.1.). Eine ehrenamtlich tätige, schwangere Frau ist zwar ebenso schützenswert in Bezug auf ihre gesundheitlichen Belange und auch die ihres Kindes;⁵⁵ nicht jedoch kann sie für sich geltend machen, aus wirtschaftlichen Gründen oder aus Angst vor einem „Arbeitsplatzverlust“ vor einer Freistellung der Beschäftigung bewahrt werden zu müssen.⁵⁶ Die wirtschaftliche Lebensgrundlage wird vom Schöffen in der Regel aus einer anderen Tätigkeit bestritten.⁵⁷

Treffend ist auch das Argument, dass eine differenzierte Erweiterung des MuSchG auf Schöffinnen zu einer gespaltenen Bewertung führen würde, da die ordnungsgemäße Besetzung der Strafkammer nicht davon abhängig sein dürfe, ob Schöffinnen im Haupterwerb als Arbeitnehmerinnen beschäftigt sind, und dadurch das MuSchG anwendbar ist und entsprechend ein an den Arbeitgeber gerichtetes Beschäftigungsverbot verhängt werden kann oder ob sie selbständig als Freiberuflerinnen tätig oder beschäftigungslos sind und damit vom Geltungsbereich des MuSchG – und damit auch von § 16 MuSchG – nicht

erfasst werden. Ansonsten würde ein externer Faktor aus dem „sonstigen“ Leben der Schöffin per Zufall – und damit unvorhersehbar – über ihre Schutzwürdigkeit nach dem MuSchG entscheiden. Eine solche Abhängigkeit von verfahrensfremden Faktoren kann mit den strengen Vorgaben des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG (dazu IV.3.a.) nicht in Einklang gebracht werden.

Auch ohne die Anwendbarkeit des MuSchG ist die Schöffin in Bezug auf ihre Schwangerschaft jedoch nicht schutzlos gestellt. Mittels Vorlage eines auf die Schöffentätigkeit bezogenen ärztlichen Attests, das die Verhandlungsunfähigkeit im Einzelfall belegt, ist auch hier der Gesundheitsschutz ausreichend gewahrt (dazu IV.3.c.).⁵⁸

3. Keine Auskunftspflicht der Richterin / Schöffin über die Schwangerschaft?

Der BGH weist die Auffassung ab, dass ein Verfahrensbeizügter auf die Weiterbeschäftigung der Schöffin in entsprechenden Fällen erfolgreich mit einem Befangenheitsgesuch reagieren könne.⁵⁹ Insbesondere sei „eine Strafkammer unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt dazu verpflichtet, die Schwangerschaft einer Berufsrichterin oder Schöffin offenzulegen oder Fragen der Verfahrensbeizügten dazu zu beantworten.“ In dieser Pauschalität schießt der Strafsenat jedoch über das Ziel hinaus.⁶⁰

Ausdrücklich wird an dieser Stelle Bezug genommen auf die Rechtsprechung zum unzulässigen Ausforschen etwaiger Befangenheitsgründe.⁶¹ Zwar ist zutreffend und auch in der Sache nicht zu beanstanden, dass ein Antragsteller nicht ohne hinreichend konkrete tatsächliche Anhaltspunkte – ergo: „ins Blaue hinein“ und aufs „Geratewohl“ – mittels eines Fragenkatalogs mögliche Befangenheitsgründe ausforschen können soll.⁶² Der Vergleich zum „Ausforschungsantrag“ geht allerdings fehl, denn es dreht sich in den hier streiterheblichen Fällen keineswegs darum, dass ein Angeklagter jeder Frau im Spruchkörper *per se* Fragen nach einer eventuellen Empfängnis stellen möchte. Bei Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für eine schwangerschaftsbedingte Beeinträchtigung der Richterin muss eine Nachfrage jedoch gestattet sein. Die strikte Ablehnung jeder Auskunft bei ersichtlicher Beeinträchtigung der Verhandlungsfähigkeit der Richterin kann im

⁴⁹ BVerfG NJW 1998, 2962, 2963; BGH NJW 1997, 1792, 1793; MüKoStPO/Schuster, 1. Aufl. (2018), GVG § 30 Rn. 1.

⁵⁰ BGH NJW 1997, 1792 f.; KK-StPO/Barthe, 8. Aufl. (2019), GVG § 30 Rn. 2.

⁵¹ Kissel/Mayer (Fn. 48), GVG § 31 Rn. 1; ebenso SK-StPO/Degener, 5. Aufl. (2016), GVG Rn. 1: weder Dienst- noch Arbeitsverhältnis.

⁵² Das gilt grundsätzlich auch für Richterinnen, vgl. § 1 Abs. 3 MuSchG (hierzu die Verordnung zum Mutterschutz v. 9. Februar 2018 [BGBl. I 2018 198]; vertiefend Hamdan NVwZ 2018, 1097 ff. Der Mutterschutz ist für diese erst über § 71 DRiG, § 46 BeamtStG in Verbindung mit den landesrechtlichen Vorschriften gewährt, vgl. Jahn JuS 2017, 277, 278.

⁵³ Kissel/Mayer (Fn. 48), GVG § 31 Rn. 1.

⁵⁴ ErfK/Schlachter (Fn. 15), § 3 Rn. 1.

⁵⁵ Besonders von Hussing RoR 2022, 11, 12 ff. hervorgehoben.

⁵⁶ Vgl. auch Brose/Weth/Volk/Latterner/Weth (Fn. 17), § 1 Rn. 36; kritisch aber Müller-Jacobsen NJW 2022, 1114.

⁵⁷ BVerfG NJW 1998, 2962, 2963.

⁵⁸ So bereits BGH, Beschl. vom 2. Februar 2021 – 5 StR 400/20 = StV 2021, 807 = HRRS 2021 Nr. 319; kritisch Müller-Jacobsen NJW 2022, 1114, 115, jedoch ohne Begründung; kritisch allerdings auch Hussing RoR 2022, 11, 16: „Der Leibesfrucht dürfte es relativ egal sein, ob die Belastung, der die Schwangere ausgesetzt ist, aus einem Beschäftigungsverhältnis oder aus einem Ehrenamt resultiert.“

⁵⁹ Vgl. auch BGH NStZ-RR 2022, 56.

⁶⁰ Arrondierend ist anzufügen, dass nach den arbeitsrechtlichen Grundlagen die Schwangere die Darlegungs- und Beweislast in Bezug auf das Beschäftigungsverbot trägt, es also gerade nicht so ist, dass Nachfragen grundsätzlich ausgeschlossen sind, vgl. Aligbe ArbRAktuell 2021, 207, 209; BeckOK-ArbR/Dahm (Fn. 16) § 16 Rn. 9.

⁶¹ BGH NJW 2020, 2741 = HRRS 2020 Nr. 596 (Fragenkatalog an das Gericht); NStZ 2020, 749 = HRRS 2020 Nr. 1099 (Wiederaufgreifen eines Verständigungsvorschlags).

⁶² BGH NJW 2020, 2741, 2742.

Einzelfall sodann die Besorgnis der Befangenheit i.S.d. § 24 Abs. 2 StPO begründen.

Das gesteht der 5. Strafsenat letztlich auch ein: wenn aufgrund einer ernsthaften Erkrankung (und dafür bestehender konkreter Anhaltspunkte) die Verhandlungsfähigkeit eines Richters in Zweifel stehe, möge „etwas anderes gelten“, sprich: ein Auskunftsrecht bestehen. Ebenso, sofern ein Fall des zwingenden *nachgeburtlichen* Mutterschutzes vorliege. Insbesondere diese Einlassung verwundert, denn wenn die Frage nach dem *nachgeburtlichen* Mutterschutz grundsätzlich zulässig ist, muss es auch die nach dem individuellen Beschäftigungsverbot i.S.d. § 16 MuSchG sein, denn auch dieses kann bei Verhängung eines „Totalverbots“ – zumindest bei der Berufsrichterin und unter anderen Voraussetzungen auch bei einer Schöffin – zu einem Fall der Dienstunfähigkeit und damit zu einer fehlerhaften Besetzung des Spruchkörpers führen (dazu IV.3.).

IV. Weiterhin offen: Vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts wegen eines Beschäftigungsverbots?

Erneut umgangen⁶³ hat der 5. Strafsenat die Frage, ob ein *tatsächlich* bestehendes Beschäftigungsverbot nach dem MuSchG bewirken kann, dass ein Gericht bei weiterer Mitwirkung der betroffenen Richterin i.S.d. § 338 Nr. 1 StPO vorschriftswidrig besetzt ist.⁶⁴

Der BGH hatte bislang in zwei Fällen Gelegenheit erhalten, sich mit der Frage auseinanderzusetzen, ob die Mitwirkung einer *Berufsrichterin* im Strafverfahren, die wegen Schwangerschaft oder aufgrund einer erst kurze Zeit zurückliegenden Entbindung einem Beschäftigungsverbot nach § 3 MuSchG unterliegt, zu einer fehlerhaften Besetzung des Spruchkörpers i.S.d. § 338 Nr. 1 StPO führen kann.⁶⁵

1. BGH, Urt. v. 7. November 2016 – 2 StR 9/15 = NJW 2017, 745 ff. = HRRS 2017 Nr. 143

In der Hauptverhandlung vor einer Strafkammer des LG Darmstadt (drei Berufsrichter und zwei Schöffen) vom 24. August 2012 bis zum 11. April 2014 sowie am Urteil wirkte eine (seit dem 20. Dezember 2013 erkennbar) schwangere Richterin als Berichterstatterin mit.⁶⁶ Es erfolgte keine Hinzuziehung eines Ergänzungsrichters. Nach Unterbrechung der Hauptverhandlung vom 20. Dezember 2013 bis zum 3. Januar 2014 war im Fortsetzungstermin am 3. Januar 2014 ersichtlich, dass zwischenzeitlich eine Entbindung stattgefunden haben musste.⁶⁷

⁶³ Nach *Jahn* JuS 2022, 276, 277 heiße das im Klartext: „dem 2. Strafsenat ist nicht zu folgen.“

⁶⁴ Hier mit dem Argument, dass das MuSchG auf die Schöffin keine Anwendung finde.

⁶⁵ BGH, Urt. v. 7. November 2016 – 2 StR 9/15 = NJW 2017, 745 ff.; BGH, Beschl. v. 19. Januar 2021 – 5 StR 401/20 = NStZ 2021, 434.

⁶⁶ Aufbereitung des Urteils bei *Norouzi* (Fn. 3), S. 349 ff.

⁶⁷ Da weder die Richterin noch die Strafkammer sich hierzu auf Nachfrage äußerten, unterstellte der BGH, dass es zur

Gegen die Besetzung des Gerichts an eben diesem 3. Januar 2014 wurde von Seiten der Verteidigung sodann (erfolglos) die Besetzungsrüge (§§ 222a, b StPO) mit der Begründung erhoben, dass an diesem Hauptverhandlungstag eine Richterin mitgewirkt habe, die kraft Gesetzes von der Mitwirkung ausgeschlossen gewesen sei.

Der BGH sah die daraufhin erhobene Verfahrensrüge nach § 338 Nr. 1 StPO als begründet an.⁶⁸ Die Strafkammer des LG Darmstadt sei jedenfalls am 3. Januar 2014 falsch besetzt gewesen, weil aufgrund des absoluten Dienstleistungsverbots des *nachgeburtlichen* Mutterschutzes aus § 6 Abs. 1 S. 1 MuSchG a.F.⁶⁹ (heute: § 3 Abs. 2 S. 1 MuSchG) eine Verhinderung der Berichterstatterin an der Mitwirkung in der Hauptverhandlung anzunehmen war. Da dieses Beschäftigungsverbot zwingendes Recht darstelle,⁷⁰ konnten weder die betroffene Richterin noch die Kammer darüber disponieren. Das Gesetz ordne das Beschäftigungsverbot zwingend an, um der Mutter den Entscheidungsdruck über eine etwaige, frühzeitige Rückkehr zur Beschäftigung abzunehmen. Dieser *nachgeburtliche* Mutterschutz sei in seinen Auswirkungen auf die Gerichtsbesetzung in der Hauptverhandlung einer „Verhinderung wegen Dienstunfähigkeit“ gleichzusetzen.⁷¹ Wenn weder durch Unterbrechung der Hauptverhandlung noch durch Einsatz eines Ersatzrichters Abhilfe ermöglicht werde, sei ein in gleichbleibender Besetzung tätig werdendes Gericht in diesen Fällen nicht (mehr) ordnungsgemäß besetzt. Da die Folge der Verhinderung der Richterin auf einer gesetzlichen Regelung beruhe, liege zugleich ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG vor. Dies werde auch dadurch deutlich, dass die Besetzung des Spruchkörpers in solchen Fällen ansonsten davon abhinge, ob die betroffene Richterin trotz Vorliegens der Verhinderungsvoraussetzungen überobligatorisch erfüllen *wollte* oder nicht. Das sei mit dem Gebot der gesetzlichen Bestimmtheit der Richterzuständigkeit i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht vereinbar. Ebenso ausgeschlossen sei eine Abwägung über die Mitwirkungsbefugnis der Richterin dergestalt, dass etwa die Eilbedürftigkeit oder der Umfang der Sache eine Mitwirkung der verhinderten Richterin zuließen. Dies liefe im Ergebnis auf eine nicht zulässige, „bewegliche“ Mitwirkungszuständigkeit ohne nachprüfbar normative Kriterien für die Entscheidung im Einzelfall, und damit auf eine willkürliche Bestimmung des gesetzlichen Richters hinaus. Auch aus der sachlichen Unabhängigkeit der Richterin nach Art. 97 Abs. 1 GG lasse sich kein Anspruch des Richters darauf ableiten, an einer Sachentscheidung durch Strafurteil mitzuwirken, wenn er durch zwingende gesetzliche Vorschriften an der Mitwirkung verhindert sei.⁷²

Entbindung eines *lebenden* Kindes gekommen sein musste; ansonsten greift § 3 Abs. 4 MuSchG.

⁶⁸ BGH NJW 2017, 745 f.

⁶⁹ I.V.m. § 2 HessRiG, § 95 Nr. 1 HessBG und § 1 I 1 Nr. 2 HessMuSchEltZVO.

⁷⁰ Ebenso *Norouzi* (Fn. 3), S. 349, 351.

⁷¹ So auch bereits OLG Hamm, Beschl. v. 16.2.2016 – III-3 RBs 385/15, BeckRS 2016, 06251.

⁷² BGH NJW 2017, 745, 746.

Das „aufsehenerregende“⁷³ Urteil erfuhr (in der verschriftlichen Meinung⁷⁴) überwiegend Zustimmung.⁷⁵ Die Auffassung des 2. Strafsenats in Bezug auf das *nachgeburtliche* Beschäftigungsverbot aus § 3 Abs. 2 MuSchG steht seither höchstrichterlich unwidersprochen im Raum.⁷⁶

2. BGH, Beschl. v. 19. Januar 2021 – 5 StR 401/20 = NStZ 2021, 434 = HRRS 2021 Nr. 320

Dem Beschluss des 5. Strafsenats v. 19. Januar 2021 lag – anders als in BGH, Urt. v. 7. November 2016 – die *vorgeburtliche* Mitwirkung einer schwangeren Richterin in einem Strafverfahren vor dem LG Berlin zugrunde. Diese hatte nach § 3 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 MuSchG auf den in diesem Fall einschlägigen *vorgeburtlichen* Mutterschutz verzichtet, um weiterhin als Richterin im Verfahren tätig sein zu können. Die Richterin hatte für jeden einzelnen Hauptverhandlungstag zudem Erklärungen „zur Weiterarbeit während des vorgeburtlichen Mutterschutzes“ gegenüber ihrem Dienstherrn unterzeichnet.

Der BGH ließ die Besetzungsrüge der Verteidigung in diesem Fall schon wegen fehlender Substantiierung scheitern, § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO. Überdies bewertete er sie – in Form eines *obiter dictums* – allerdings auch als unbegründet. Da ein Verzicht auf den vorgeburtlichen Mutterschutz nach § 3 Abs. 1 Satz 1 MuSchG zulässig sei, konnte dieser von der schwangeren Richterin durch ihre ausdrückliche Bereitschaft zur Mitwirkung auch wirksam erklärt werden. Ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG scheidet aus, da die Bestimmung des entscheidenden Richters nicht willkürlich erfolgte, d.h. gerade nicht auf sachfremden Erwägungen beruhte, schlechthin unvertretbar erschien oder die Bedeutung und Tragweite des Rechts auf den gesetzlichen Richter grundlegend verkannt habe. Ob der 5. Strafsenat der Annahme eines absoluten Dienstleistungsverbots in Fällen des *nachgeburtlichen* Mutterschutzes beitreten würde, wie es der 2. Strafsenat angenommen hatte (s.o. IV.1.), ließ er dahinstehen. Allerdings sei nicht nachvollziehbar, dass eine Richterin nur aufgrund eines Verstoßes gegen ausschließlich ihrem Schutz dienende Vorschriften die an sie als Richterperson gestellten Voraussetzungen des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht (mehr) erfüllen können sollte.

Der Beschluss blieb im Vergleich zum Urteil des 2. Strafsenats aus dem Jahr 2016 weitgehend unkommentiert.⁷⁷ Eine aus der dargelegten Divergenz der Senate ergehende Anfrage nach § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG war nicht geboten, weil die Ausführungen des 5. Senats zum Umgang mit dem *nachgeburtlichen* Mutterschutz als *obiter dictum* ergingen.⁷⁸

3. Stellungnahme

Kann das Tätigwerden einer Richterin trotz eines tatsächlich bestehenden Beschäftigungsverbots dazu führen, dass ein Gericht i.S.d. § 338 Nr. 1 StPO vorschriftswidrig besetzt ist?⁷⁹ Kann also eine einfachgesetzliche Vorschrift aus dem Arbeitsrecht für die verfassungsrechtliche Konturierung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG maßgeblich sein?⁸⁰

Beides lässt sich nicht pauschal bejahen. Zur Beantwortung dieser Fragen sind wiederum unterschiedliche Konstellationen zu unterscheiden. Einerseits Fälle des *vorgeburtlichen* Mutterschutzes nach § 3 Abs. 1 MuSchG: dieser ist für die betroffene Mutter disponibel. Sie darf somit darauf verzichten. Andererseits Fälle der Beschäftigungsverbote des *nachgeburtlichen* Mutterschutzes nach § 3 Abs. 2 und des *individuellen* Beschäftigungsverbots nach § 16 Abs. 1 MuSchG: die Mutter darf über diese Verbote nicht disponieren. Des Weiteren sind die Behandlung der betroffenen *Berufsrichterin* und der betroffenen *Schöffin* zu differenzieren.

a) Systematik des Besetzungseinwands nach § 338 Nr. 1 StPO i.V.m. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG

Ein Besetzungsmangel i.S.d. § 338 Nr. 1 StPO ist anzunehmen, wenn das erkennende Gericht nach der Geschäftsverteilung nicht zuständig oder eine personelle Fehlbesetzung anzunehmen war.⁸¹ Die Beurteilung der „richtigen“ oder „falschen“ Besetzung richtet sich nach der Erfüllung oder Nichterfüllung der Anforderungen, die an den „gesetzlichen Richter“ zu stellen sind.⁸² Die Vorschrift des § 338 Nr. 1 StPO ist daher untrennbar mit Art. 101 Abs. 1 GG verbunden.⁸³ Nach dem Wortlaut des Art. 101 Abs. 1 S. 2 und des § 16 S. 2 GVG darf niemand seinem „gesetzlichen Richter“ entzogen werden. Der Betroffene⁸⁴ soll auf diese Weise vor jeder sachfremden Einflussnahme auf die Bestimmung und Zusammensetzung des zuständigen

⁷³ Jahn JuS 2022, 276, 277.

⁷⁴ Niemöller NStZ 2017, 425 weist auf „persönliche Gespräche“ hin, in denen „völliges Unverständnis und ungewöhnlich heftige Ablehnung“ erkennbar waren. Das mag zutreffend sein, verbleibt ohne Niederschlag in Rechtsprechung und Literatur aber nebulös.

⁷⁵ Vgl. Jahn, JuS 2017, 277; Jäger JA 2017, 312, 313; Niemöller NStZ 2017, 425; Metz NStZ-RR 2017, 120; Lilie-Hutz FD-StrafR 2017, 385517; bereits zur Instanzentscheidung Norouzi (Fn. 3), S. 349. Zustimmung auch bei BeckOK-StPO/Peglau, 43. Ed. 1.4.2022, § 275 Rn. 31; MüKoStPO/Schuster (Fn. 49), GVG § 21e Rn. 19; MüKoStPO/Kulhanek, 1. Aufl. (2018), GVG § 192 Rn. 12; SSW-StPO/Momsen/Momsen-Pflanz, 4. Aufl. (2020); § 338 Rn. 12; MüKoStPO/Knauer/Kudlich, 1. Aufl. (2019), § 338 Rn. 34; ErfK/Schlachter (Fn. 15), § 3 Rn. 10; Leitmeier NJW 2017, 2086, 2088; offengelassen bei KK-StPO/Gericke, 8. Aufl. (2019), § 338 Rn. 49 („zw.“); unklar Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl. (2021), § 338 Rn. 10: nach

früherer Rechtslage Dienstleistungsverbot, nunmehr § 229 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 StPO); abl. Kissel/Mayer (Fn. 48), GVG § 16 Rn. 30: „zu weitgehend“.

⁷⁶ Jahn JuS 2022, 276, 277 stellt aber fest, dass dieses Urteil dem 5. Strafsenat „ersichtlich ein Dorn im Auge“ sei.

⁷⁷ Siehe aber die kritische Anmerkung von Gravenhorst NStZ 2021, 435.

⁷⁸ So auch Gravenhorst NStZ 2021, 435.

⁷⁹ So ausdrücklich erfragt von Niemöller NStZ 2017, 425.

⁸⁰ Bejahend Jahn JuS 2017, 277, 278 f.; Norouzi (Fn. 3), S. 349, 352 f.; Gravenhorst NStZ 2021, 435.

⁸¹ BeckOK-StPO/Wiedner, 43. Ed. (1.4.2022), § 338 Rn. 6.

⁸² KK-StPO/Gericke (Fn. 75), § 338 Rn. 18.

⁸³ So auch BeckOK-StPO/Wiedner (Fn. 81), § 338 Rn. 23.

⁸⁴ Berechtigte der Garantie des gesetzlichen Richters sind alle Verfahrensbeteiligten, die von dem jeweiligen Verfahren unmittelbar und konkret betroffen sind, vgl. BVerfGE NJW 1954, 593; NJW 1967, 1411, 1413; NJW 1998, 293 f.

Gerichts geschützt werden.⁸⁵ „Richter“ i.S.d. Art. 101 Abs. 1 S. 2 meint nach formal-funktionalem Verständnis den zur Entscheidung im Einzelfall berufenen individuellen Richter.⁸⁶ Der Richter ist „gesetzlich“ i.S.d. Art. 101 Abs. 1 GG, wenn er durch abstrakte Form und daher ohne Rücksicht auf die Person der Beteiligten gesetzlich bestimmt ist.⁸⁷ Dies soll verhindern, dass der Richter in manipulativer Manier *ad hoc* oder *ad personam* eingesetzt wird.⁸⁸ In materieller Hinsicht wird von Art. 101 Abs. 1 Satz 2 zudem der neutrale, von den Verfahrensbeteiligten unabhängige Richter garantiert.⁸⁹ Der Schöffe ist dem Berufsrichter während der Hauptverhandlung gleichgestellt, § 30 Abs. 1 GVG. Auch Schöffen sind daher an den Anforderungen des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG zu messen.⁹⁰

Ein Verstoß gegen die ordnungsgemäße Gerichtsbesetzung ist aus vielen Gründen denkbar.⁹¹ Darunter fällt u.a.⁹² auch die unerlaubte Mitwirkung oder Nichtmitwirkung einzelner Richter.⁹³ Personell fehlerhaft besetzt ist ein Gericht beispielsweise bei Abwesenheit eines Berufsrichters oder Schöffen in der Hauptverhandlung.⁹⁴ Ein Besetzungsmangel liegt auch vor, wenn ein Richter oder Schöffe aus *persönlichen* oder *gesundheitlichen* Gründen daran gehindert ist, an der Verhandlung teilzunehmen oder ihr zu folgen. Hierunter fallen u.a. Fälle der Verhandlungsunfähigkeit,⁹⁵ der blinde, taube oder stumme Richter⁹⁶ oder der schlafende Schöffe.⁹⁷ Der körperliche Mangel muss zu einer so intensiven Ablenkung führen, dass es dem Richter

unmöglich ist, den wesentlichen Vorgängen der Verhandlung über einen erheblichen Zeitraum hinweg zu folgen.⁹⁸ *Rechtlich* an der Mitwirkung gehindert ist der nach § 32 Nr. 2 GVG ausgeschlossene Schöffe⁹⁹ oder der Richter, dem die Befähigung zum Richteramt fehlt oder aberkannt wurde (§§ 18, 19, 28, 29, 37 DRiG).

Kategorial ist zwischen dem „Fehlen“ des gesetzlichen Richters (objektive [auch: irrtümliche] Fehlanwendung von Besetzungsregeln) und dem „Entzug“ des gesetzlichen Richters, der Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG und § 16 S. 2 GVG verletzt (willkürliche Fehlbesetzung), zu unterscheiden.¹⁰⁰ Eine bloße Fehlanwendung einer einfachgesetzlichen Zuständigkeitsvorschrift kann für sich genommen noch keinen Verfassungsverstoß begründen und stellt damit auch keinen absoluten Revisionsgrund i.S.d. § 338 Nr. 1 StPO dar. Indes bedarf es einer *willkürlichen* Zuständigkeitsbestimmung.¹⁰¹ Eine willkürliche Zuständigkeitsbestimmung setzt nicht zwingend vorsätzliches Handeln voraus, sondern kann auch angenommen werden, wenn die Handhabung der zuständigkeitsbestimmenden Vorschriften unter keinem denkbaren Gesichtspunkt mehr vertretbar erscheint, auf sachfremden Erwägungen beruhte, oder die Bedeutung und Tragweite des Rechts auf den gesetzlichen Richter grundlegend verkannt hat.¹⁰² Ob ein solcher Fall der Willkür in der Entscheidung eines Gerichts

⁸⁵ Dürig/Herzog/Scholz/Jachmann-Michel, 95. EL (Juli 2021), Art. 101 Rn. 4; Stern/Becker/Grupp, GG, 3. Aufl. (2019), Art. 101 Rn. 2; von Münch/Kunig/Kunig, GG, 7. Aufl. (2021), Art. 101 Rn. 12.
⁸⁶ BVerfGE 4, 412, 416 f. = NJW 1956, 545; 10, 200, 213 = NJW 1960, 187 f.; 95, 322, 329 = NJW 1997, 1497; v. Mangoldt/Klein/Starck/Classen, GG, Band 3, 6. Aufl. (2010), Art. 101 Abs. 1 Rn. 14.
⁸⁷ Dreier/Schulze-Fielitz, GG, 3. Aufl. (2018), Art. 101 Rn. 18; BeckOK-GG/Morgenthaler, 50. Ed. (15.2.2022), GG Art. 101 Rn. 3; Stern/Becker/Grupp (Fn. 85) Art. 101 Rn. 3.
⁸⁸ BVerfGE 22, 254, 258 = NJW 1967, 2151; BVerfGE 95, 322, 329 = NJW 1997, 1497; Stern/Becker/Grupp (Fn. 85), Art. 101 Rn. 6.
⁸⁹ BVerfGE 27, 319 = NJW 1970, 1227; Dreier/Schulze-Fielitz (Fn. 87), Art. 101 Rn. 15.
⁹⁰ BVerfGE 31, 181; BGH NStZ 1991, 349, 350; NJW 1997, 2531 f.; Dreier/Schulze-Fielitz (Fn. 87), Art. 101 Rn. 29; Dürig/Herzog/Scholz/Jachmann-Michel (Fn. 85), Art. 101 Rn. 34.
⁹¹ Häufig erheblich, vorliegend aber nicht näher zu erörtern, ist die Fallgruppe der nicht hinlänglichen Geschäftsverteilungspläne, vgl. instruktiv Dürig/Herzog/Scholz/Jachmann-Michel (Fn. 85), Art. 101 Rn. 50; Stern/Becker/Grupp (Fn. 85), Art. 101 Rn. 34; Dreier/Schulze-Fielitz (Fn. 87), Art. 101 Rn. 50 jeweils m.w.N.): Der Geschäftsverteilungsplan muss alle bereits anhängigen oder anhängig werdenden Verfahren (Vollständigkeitsprinzip) vor Beginn eines Geschäftsjahres für dessen Dauer (Jährlichkeitsprinzip) im Voraus (Prinzip der Vorauswirkung) nach objektiven und abstrakt-generellen Kriterien (Abstraktionsprinzip) einem konkreten Spruchkörper so eindeutig und genau wie möglich (Bestimmtheitsprinzip) durch schriftlichen Beschluss zuordnen. Die einzelne Sache muss demnach „blindlings“, d.h. aufgrund allgemeiner, vorab festgelegter Merkmale, an den entscheidenden Richter gelangen; vgl. statt vieler BVerfG NJW 2005, 2540, 2541; NJW 1997, 1497; v. Mangoldt/Klein/Starck/Classen (Fn. 86), Art. 101 Abs. 1 Rn. 48.
⁹² Andere Fälle sind z.B. die willkürliche Terminierung oder die absichtlich falsche Zuweisung.

⁹³ KK-StPO/Gericke (Fn. 75), § 338 Rn. 18.
⁹⁴ BGHSt 44, 361, 365 = NStZ 1999, 365; BGH NJW 2001, 3062; NStZ-RR 2019, 218.
⁹⁵ BGHSt 18, 51 = BGH NJW 1962, 2361; MüKo-StPO/Knauer/Kudlich (Fn. 75), § 338 Rn. 31.
⁹⁶ BGHSt 4, 191, 193 = NJW 1953, 1115; MüKo-StPO/Knauer/Kudlich (Fn. 75), § 338 Rn. 32; KK-StPO/Gericke (Fn. 74), § 338 Rn. 48 ff.; BeckOK-StPO/Wiedner (Fn. 81), § 338 Rn. 55; SSW-StPO/Momsen/Momsen-Pflanz (Fn. 75), § 338 Rn. 12.
⁹⁷ BGH NStZ 1982, 41; erneut BGH Beschl. v. 14.10.2020 – 1 StR 616/19 = HRRS 2020 Nr. 1337 = StV 2021, 479 m. Anm. Kühne; „vorrübergehende Müdigkeit“ sei hingegen nicht ausreichend, vgl. BGH NJW 1952, 354; OLG Hamm NJW 2006, 1449.
⁹⁸ BGH NJW 1962, 2212; KK-StPO/Gericke (Fn. 75), § 338 Rn. 51.
⁹⁹ BGHSt 35, 28, 30 = BGH NJW 1988, 103.
¹⁰⁰ KK-StPO/Gericke (Fn. 75), § 338 Rn. 19; kritisch allerdings u.a. SSW-StPO/Momsen/Momsen-Pflanz (Fn. 75), § 338 Rn. 5 und MüKoStPO/Knauer/Kudlich (Fn. 74), § 338 Rn. 18 f. (keine Stütze im Wortlaut, Vermischung mit den Vorgaben des § 337 StPO); vgl. ferner Kudlich, in: FS Fezer (2008), 435, 445 f.
¹⁰¹ St. Rspr, vgl. erneut BVerfG NStZ-RR 2022, 76, 77 = HRRS 2022 Nr. 141 m.w.N.; hierzu v. Mangoldt/Klein/Starck/Classen (Fn. 86), Art. 101 Abs. 1 Rn. 29, 52; Stern/Becker/Grupp (Fn. 85), Art. 101 Rn. 36, jeweils m.w.N. Anders ist es nur, wenn nicht die Überprüfung der Auslegung und Anwendung der Zuständigkeitsvorschrift, sondern die Vorschrift selbst in Frage steht: hier wird eine umfassende Rechtmäßigkeitsprüfung vollzogen, vgl. BVerfG NJW 2005, 2689, 2690; BGH NJW 2010, 625, 627; KK-StPO/Gericke (Fn. 75), § 338 Rn. 19.
¹⁰² BVerfG NStZ-RR 2022, 76, 77 = HRRS 2022 Nr. 141 sowie bereits NJW 1993, 381; NJW 2012, 3357; BGH NStZ 1982, 476, 477; von Münch/Kunig/Kunig (Fn. 85), Art. 101 Rn. 34; KK-StPO/Gericke (Fn. 75), § 338 Rn. 19; Kissel/Mayer (Fn. 48) GVG § 16 Rn. 52.

anzunehmen ist, ist im Hinblick auf die Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu beurteilen.¹⁰³

Zwar handelt es sich bei einer nicht vorschriftsmäßigen Besetzung des Gerichts nach § 338 Nr. 1 Hs. 1 StPO grundsätzlich um einen absoluten Revisionsgrund. Die Besetzungsrüge nach § 338 Nr. 1 StPO stellt nach der Konzeption des Gesetzes jedoch den Ausnahmefall („kann [...] nur gestützt werden [...]“) dar. Die Rüge nach § 338 Nr. 1 StPO ist in Verfahren, für die vor Beginn der erstinstanzlichen Hauptverhandlung die Mitteilung der Gerichtsbesetzung vorgeschrieben ist (§ 222a StPO), mithin nur noch unter besonderen Voraussetzungen zulässig.¹⁰⁴

b) Beschäftigungsverbote gegenüber der Berufsrichterin

Gegen eine Auswirkung der Arbeitsschutzregelungen der §§ 3 und 16 Abs. 1 MuSchG auf die Vorschriftsmäßigkeit der Gerichtsbesetzung spricht, dass sich diese Vorschriften zunächst an den Arbeitgeber richten,¹⁰⁵ denn ausschließlich dieser wird bei Zuwiderhandlungen gegen das Beschäftigungsverbot sanktioniert, §§ 32 Abs. 1 Nr. 1, 33 MuSchG. Zudem liegen Sinn und Zweck der Mutterschutzregelungen im Schutz des gesundheitlichen Schutzes der Mutter und des (ungeborenen) Kindes (s.o. III.1.) und nicht etwa im Schutz des Strafverfahrens oder gar des Angeklagten.¹⁰⁶ Das greift jedoch zu kurz.¹⁰⁷ Besieht man sich den Wortlaut des *absoluten* und *totalen* Beschäftigungsverbots des nachgeburtlichen Mutterschutzes nach § 3 Abs. 2 S. 1 MuSchG („darf [...] nicht beschäftigen“) genauer, wird deutlich, dass dieser nachgeburtliche Mutterschutz nur dann sinnvoll wirken kann, wenn er weder für den Arbeitgeber *noch für die betroffene Mutter* verzichtbar ausgestaltet ist.¹⁰⁸ Das Verbot gilt von Gesetzes wegen.¹⁰⁹ Die Bewertung der Rechtsfolge als totales Beschäftigungsverbot ist nicht teilbar.¹¹⁰ Ob die Mutter faktisch ganz oder teilweise in der Lage wäre, ihrer Betätigung nachzugehen, ist gerade nicht erheblich.¹¹¹

Die *totalen* und *absoluten* Beschäftigungsverbote (s.o. III.1.b.) wirken sich auf zwei Arten direkt auf die Befähigung der Richterin zur Ausübung ihres Amtes aus:

Die *totalen* und *absoluten* Beschäftigungsverbote untersagen zunächst jede Tätigkeit der betroffenen Mutter (totale Wirkung). Sie kann diese Rechtsfolge zudem nicht durch Verzicht umgehen (absolute Wirkung). Ist die Mutter als Richterin beschäftigt, ist ihr demgemäß die Tätigkeit *als Richterin* ohne Ausnahme untersagt. Das hat verfassungsrechtliche Auswirkungen,¹¹² denn dadurch wird der Tätigkeitsbereich des gesetzlichen Richters konturiert.¹¹³ Der durch § 3 Abs. 2 S. 1 MuSchG präzisierte Normbefehl des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG lautet in diesen Fällen: „Richterin kann nicht sein, wer binnen acht Wochen nach der Entbindung seines Kindes tätig werden müsste.“¹¹⁴ Die betroffene Richterin ist sodann verhindert und demzufolge nicht in den Geschäftsverteilungsplan einzubeziehen. Ergeben sich die Voraussetzungen des Beschäftigungsverbots erst im Laufe einer Verhandlung, ist die betroffene Richterin *ab diesem Zeitpunkt* nicht mehr gesetzliche Richterin i.S.d. Art. 101 Abs. 1 Satz 2.¹¹⁵

Das MuSchG hat zumindest für die Berufsrichterin auch dienstrechtliche Wirkungen: Das Dienstleistungsverbot des nachgeburtlichen Mutterschutzes nach § 3 Abs. 2 S. 1 MuSchG führt zum anderen zur *Dienstunfähigkeit der Richterin* für den entsprechenden Zeitraum.¹¹⁶ Dies steht in einer Reihe mit dem aus anderen Gründen dienstunfähigen Richter, der taub, stumm, geistig defizitär oder körperlich so eingeschränkt ist, dass er seinen Dienstpflichten nicht sachgerecht nachkommen kann.¹¹⁷ Der Unterschied zwischen den letztgenannten Einschränkungen und dem Dienstleistungsverbot nach § 3 Abs. 2 S. 1 MuSchG besteht darin, dass es sich einerseits um körperliche Defizite, andererseits um ein gesetzliches Verbot handelt. Es besteht jedoch kein Anlass, diese beiden Fälle zu unterscheiden.¹¹⁸ Es kann schließlich nicht darauf ankommen, worauf die Dienstunfähigkeit beruht; entscheidend ist, *ob* und *dass* sie besteht. Dann aber ist sie in allen Auswirkungen erheblich und muss zu einem Ausschluss des betroffenen Richters führen. Es steht auch nicht zu befürchten, dass dadurch die Schwangerschaft (bzw. deren kurzzeitig zurückliegendes Ende) in die Kategorie der „körperlichen Mängel“ fallen könnte. Ein solcher Einwand ist indes vordergründig und verschleiern: Da die Fallgruppe der in der Person des Richters liegenden Hinderungsgründe ohnehin

¹⁰³ BVerfG NStZ-RR 2022, 76, 77 = HRRS 2022 Nr. 141.

¹⁰⁴ Die Systematik der Rügepräklusion nach § 338 StPO wurde durch die Neuregelung der §§ 222a, 222b, 338 Nr. 1 StPO durch das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens v. 10. Dezember 2019 (BGBl. 2019 I 2121; BT-Drs. 19/14747) nicht verändert (BT-Drucks 532/19, S. 37). Durch die Neuregelung sollen in noch größerem Umfang Fälle der rechtswidrigen Besetzung der Revision nach § 338 Nr. 1 StPO entzogen sein (Meyer-Goßner/Schmitt [Fn. 75], § 338 Rn. 16). Das neu in § 222b Abs. 2 und 3 StPO installierte Vorabentscheidungsverfahren bestimmt, dass ein nicht abgeholfter Besetzungseinwand eines Verfahrens vor Strafkammern der LG dem OLG (§ 121 Abs. 1 Nr. 4 GVG) vorgelegt werden muss, § 222b Abs. 3 S. 1 StPO. Dieses trifft sodann eine endgültige und verbindliche Entscheidung über die Besetzungsfrage. Die Revision kann darauf nicht mehr gestützt werden, vgl. BeckOK-StPO/Wiedner (Fn. 81), § 338 Rn. 9; Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 75), § 222b Rn. 22. Da vorliegend ein Mangel *in der Person* des Richters gerügt wurde, kam es auf die Prüfung der Präklusion der Rüge nach §§ 222a, 222b StPO (die diesen Fall nicht erfassen) nicht an; vgl. auch KK-StPO/Gericke (Fn. 75), § 338 Rn. 48.

¹⁰⁵ Niemöller NStZ 2017, 425, 426.

¹⁰⁶ Pointiert Niemöller NStZ 2017, 425: „Mutterschutz, jetzt auch für den Mann auf der Anklagebank?“.

¹⁰⁷ Ebenso Niemöller NStZ 2017, 425, 426.

¹⁰⁸ LG Bremen Beschl. v. 28.4.2010 – 22 Ks 210 Js 2251/09, BeckRS 2012, 16392; Gravenhorst NStZ 2021, 435.

¹⁰⁹ Norouzi (Fn. 3), S. 349, 351.

¹¹⁰ Niemöller NStZ 2017, 425, 426.

¹¹¹ Niemöller NStZ 2017, 425.

¹¹² Jahn JuS 2017, 277, 278 f.

¹¹³ Norouzi (Fn. 3), S. 349, 352.

¹¹⁴ Norouzi (Fn. 3), S. 349, 352.

¹¹⁵ Norouzi (Fn. 3), S. 349, 353; sodann kann ein Ergänzungsrichter gem. § 192 Abs. 2 GVG eingesetzt werden.

¹¹⁶ Niemöller NStZ 2017, 425, 426.

¹¹⁷ So auch SSW-StPO/Momsen/Momsen-Pflanz (Fn. 75), § 338 Rn. 12; vgl. ferner OLG Hamm Beschl. v. 16. Februar 2016 – 3 RBs 385/15, Rn. 21: „Das individuelle Beschäftigungsverbot und die Mutterschutzfristen stehen in ihren Auswirkungen der Dienstunfähigkeit infolge Erkrankung eines Richters, für die die Anwendung des § 275 Abs. 1 S. 4 StPO in Rechtsprechung und Literatur anerkannt ist [...] gleich.“.

¹¹⁸ So auch Niemöller NStZ 2017, 425, 426.

in körperliche und rechtliche aufgespalten werden kann (vgl. auch § 338 Nr. 2 und 3 StPO), wird lediglich eine dem Gesetz bereits immanente Unterscheidung konsistent fortgeführt.

Ergo: Wirkt eine Richterin, die aufgrund des *nachgeburtlichen* Beschäftigungsverbots nach § 3 Abs. 2 S. 1 MuSchG dienstunfähig ist, weiter an der Verhandlung mit, ist das Gericht vorschriftswidrig besetzt i.S.d. § 338 Nr. 1 StPO und dadurch auch Art. 101 Abs. 1 Satz 2 verletzt.¹¹⁹

Das *totale* und *relative* Beschäftigungsverbot des *vorgeburtlichen* Mutterschutzes nach § 3 Abs. 1 S. 1 MuSchG („darf nicht beschäftigen“) hängt im Gegensatz zum absoluten Verbot nach § 3 Abs. 2 S. 1 MuSchG von der ausdrücklichen Bereiterklärung der Mutter zur Arbeitsleistung ab („soweit“). Der Normbefehl ist damit nicht eindeutig, sondern an die Entscheidung der Mutter, ihre Einwilligung zu erteilen, gebunden. Diese Konstellation berührt die gesetzesmäßige Besetzung des Spruchkörpers bzw. die Ausgestaltung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG somit nicht unmittelbar,¹²⁰ es sei denn, es liegt ein Fall der willkürlichen Handhabe der Regelungen über die Besetzung vor.

Bei § 16 Abs. 1 MuSchG kommt es darauf an: Das *individuelle* Beschäftigungsverbot nach § 16 Abs. 1 MuSchG hängt in seinen Wirkungen vom konkreten Einzelfall und der Reichweite des ärztlichen Attestes ab (s.o. III.1.b.). Besteht aufgrund des Inhalts des Attestes für die Mutter ein *totales* Beschäftigungsverbot, wirkt dieses – da die Mutter auch hier nicht über das Verbot disponieren kann – wie das totale und absolute Verbot i.S.d. § 3 Abs. 2 MuSchG („darf [...] nicht beschäftigen“). Es ist nicht ersichtlich, weshalb Fälle des § 16 Abs. 1 MuSchG bei Vorliegen eines Totalbeschäftigungsverbots anders behandelt werden sollten als solche des § 3 Abs. 2 S. 1 MuSchG. Daher ist auch für den Fall, in dem während einer laufenden Hauptverhandlung die Voraussetzungen des § 16 Abs. 1 MuSchG eintreten, und ein attestinduziertes *Totalbeschäftigungsverbot* besteht, bei weiterem Tätigwerden der betroffenen Richterin während des Beschäftigungsverbots von einer gesetzeswidrigen Besetzung der Kammer und damit einem Verstoß gegen § 338 Nr. 1 StPO i.V.m. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG auszugehen. Gleiches kann gelten, wenn das Attest eine Einschränkung der Beschäftigung vorschreibt (z.B. lediglich zwei Stunden am Stück; nicht mehr als fünf Stunden am Tag): Bei Überschreitung der *erlaubten* Beschäftigung wird die Weiterbeschäftigung unzulässig und die Gerichtsbesetzung *ab diesem Zeitpunkt* vorschriftswidrig.

c) Beschäftigungsverbote der Schöffin

Mit guten Gründen findet das MuSchG keine Anwendung auf ehrenamtliche Richterinnen (s.o. III.1.b.). Der BGH wendet zu Recht ein, dass dem Schutz der Schöffin „durch die Vorlage eines auf die Schöffentätigkeit bezogenen ärztlichen Attestes, das die Verhandlungsunfähigkeit bestätigt, ausreichend Rechnung getragen werden kann.“ Ergibt nun aber dieses Attest, dass eine *totale* Verhandlungsunfähigkeit der Schöffin besteht, ist – abseits der Anwendbarkeit des § 16 Abs. 1 MuSchG – zu hinterfragen, ob auch hier eine *Verhinderung* der Schöffin angenommen werden muss, die sich bei Übergehung auf die Rechtmäßigkeit der Besetzung des Spruchkörpers niederschlägt.

Die durch das Gesetz zur Modernisierung des Strafverfahrens vom 10. Dezember 2019¹²¹ eingeführte Regelung des § 229 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 StPO kann hierfür keine argumentative Hilfestellung bieten. Demnach kann der Fristablauf der Fristen aus § 229 Abs. 1 und Abs. 2 StPO für Fälle des gesetzlichen Mutterschutzes und der Elternzeit für bis zu zwei Monate gehemmt werden, wenn die Hauptverhandlung bereits an mindestens zehn Tagen stattgefunden hat. Zwar formuliert der Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung, dass „die Teilnahme der dem Mutterschutz unterfallenden Richterin an einem Verfahren, jedenfalls soweit sie während eines mutterschutzrechtlichen Beschäftigungsverbots stattfindet, zu einer fehlerhaften Besetzung der Kammer und damit zum Erfolg einer hierauf gestützten Verfahrensrüge“ führt.¹²² Die Geltung des „gesetzlichen Mutterschutzes“ soll dabei auch für alle zur Urteilsfindung berufenen Personen – und damit auch für Schöffinnen – gelten.¹²³ Die Vorschrift soll aber keinen gesetzlichen Mutterschutz für Schöffinnen *sui generis* begründen, sondern lediglich Konkretisierungen zur zulässigen Höchstdauer der Unterbrechung der Hauptverhandlung normieren.¹²⁴

Hilfestellung für die Frage der fehlerhaften Besetzung i.S.d. § 338 Nr. 1 StPO kann aber eine andere Vorschrift bieten: Nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GVG kann ein Schöffe von seiner Dienstleistungspflicht an bestimmten Sitzungstagen entbunden werden, wenn er durch *unabwendbare Umstände* gehindert ist oder wenn ihm die Dienstleistung *nicht zugemutet* werden kann.¹²⁵ Dies ist u.a. dann der Fall, wenn der Schöffe wegen Krankheit nicht in der Lage ist, sein Amt wahrzunehmen.¹²⁶ Bettlägerigkeit ist hierfür ebenso ausreichend wie erhebliche Schwerhörigkeit oder Augenerkrankungen mit erheblichen Sichtbeeinträchtigungen.¹²⁷ Schwangerschaft ist zwar keine Krankheit,¹²⁸ aber *aufgrund* der Schwangerschaft können sich gesundheitliche Beeinträchtigungen der Mutter ergeben.¹²⁹ So ist

¹¹⁹ Besonders resolut: Niemöller NStZ 2017, 425, 426: „An diesem Ergebnis führt kein Weg vorbei. Die Gegenansicht ist nicht zu begründen.“

¹²⁰ Norouzi (Fn. 3), S. 349, 352; Klose NZWiSt 2022, 45, 50; daher auch kein Fall des § 192 Abs. 2 GVG, so MüKoStPO/Kulhanek (Fn. 75), GVG § 192 Rn. 12.

¹²¹ BGBl. I 2019, S. 2122; BT-Drucks. 19/14747, S. 32 f.

¹²² BT-Drucks. 19/14747, S. 32.

¹²³ BT-Drucks. 19/14747, S. 33.

¹²⁴ BeckOK-StPO/Gorf, 43. Ed. (1.4.2022), § 229 Rn. 8; so auch das besprochene Urt. v. 30. September 2021 – 5 StR 161/21, Rn. 39; a.A. wohl Müller-Jacobsen NJW 2022, 1114, 1115.

¹²⁵ Dies gilt auch für erst bevorstehende Hindernisse, vgl. SK-StPO/Degener (Fn. 51), § 54 Rn. 1.

¹²⁶ OLG Düsseldorf NJW 1992, 1712; KK-StPO/Barthe (Fn. 50), GVG § 54 Rn. 3; BeckOK-GVG/Goers, (Fn. 8), § 54 Rn. 11.

¹²⁷ BeckOK-GVG/Goers (Fn. 8), § 54 Rn. 11; Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 75), GVG § 54 Rn. 4; Kissel/Mayer (Fn. 48), GVG § 54 Rn. 2.

¹²⁸ Jäger JA 2017, 312, 313; auch nicht die Entbindung, vgl. Niemöller NStZ 2017, 425, 426; Lilie-Hutz FD-StrafR 2017, 385517; a.A. (zumindest für § 192 Abs. 2 GVG und § 229 Abs. 3 StPO) MüKoStPO/Kulhanek (Fn. 75), GVG § 192 Rn. 12.

¹²⁹ Ausführlich Hussing RoR 2022, 11, 15.

anerkannt, dass für einen Dispens nach § 54 Abs. 1 Satz 2 GVG genügt, dass ein Schöffe wegen Rückenproblemen – oder eine Schöffin wegen Begleiterscheinungen oder den Umständen der Schwangerschaft – nicht mehr lange sitzen kann oder aus gesundheitlichen Gründen auch nicht mehr lange sitzen darf.¹³⁰ Legt der Schöffe eine (entsprechend substantiierte) Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung vor, ist er von seiner Dienstleistungspflicht befreit.

Auch hier ist der Wortlaut der Freistellungsvorschrift entscheidend: Die Entbindung nach § 54 Abs. 1 GVG erfolgt nur auf Antrag des Schöffen,¹³¹ nach dem Ermessen des zuständigen Richters („kann“)¹³² und auch nur für den konkreten Verhandlungstag.¹³³ Die Entscheidung ist nicht anfechtbar, § 54 Abs. 3 S. 1 GVG. Anders als in den Fällen der §§ 3 Abs. 2 S. 1 und 16 Abs. 1 MuSchG ist der schwangeren Schöffin dadurch ein *disponibles* Instrument an die Hand gegeben, um im Einzelfall über ihre Dienstunfähigkeit entscheiden zu lassen. Gerade deshalb verschieden als bei § 3 Abs. 2 S. 1 und 16 Abs. 1 MuSchG fehlt es hier somit an einem eindeutigen gesetzlichen Normbefehl, der zur Präzisierung der Garantien des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG herangezogen werden könnte („darf nicht beschäftigt werden“, s.o. IV.3.b.). § 54 Abs. 1 GVG kann den Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG mithin nicht unmittelbar „konturieren“. Daher kommt eine Verletzung des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG – auch im Rückschluss zu § 54 Abs. 3 S. 1 GVG i.V.m. § 336 S. 2 StPO¹³⁴ – nur in Betracht, wenn ein Fall der „willkürlichen Zuständigkeitsbestimmung“ vorliegt, d.h. wenn die Handhabung der zuständigkeitsbestimmenden Vorschriften (hier: § 54 Abs. 1 GVG) durch den über die Entbindung vom Schöffenamts entscheidenden Richter unter keinem denkbaren Gesichtspunkt mehr vertretbar erscheint, auf sachfremden Erwägungen beruhte, oder die Bedeutung und Tragweite des Rechts auf den gesetzlichen Richter grundlegend verkannt hat (s.o. IV.3.a.).¹³⁵ Mit anderen Worten: Die Rüge nach § 338 Nr. 1 StPO bei weiterer (Nicht-)Mitwirkung der Schöffin trotz Vorliegens eines Attests in Bezug auf schwangerschaftsbedingte Beschwerden ist demnach nur begründet, wenn sich die gerichtliche Entscheidung der (Nicht-)Entbindung der Schöffin nach § 54 Abs. 1 GVG als grob fehlerhaft darstellt.¹³⁶

V. Zusammenfassung

Für die Bewertung der Auswirkungen der Regelungen über den Mutterschutz auf die Fehlerhaftigkeit der Besetzung des Spruchkörpers i.S.d. § 338 Nr. 1 StPO i.V.m. Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist einerseits zwischen Berufsrichterinnen und Schöffinnen, andererseits zwischen *absoluten* und *relativen* sowie *totalen* und *partiellen* Beschäftigungsverboten bzw. sonstigen Besetzungsregelungen zu unterscheiden.

Wirkt eine Berufsrichterin trotz eines bestehenden (schwangerschaftsbedingten) *totalen* und *absoluten* Beschäftigungsverbots (exemplarisch: § 3 Abs. 2 S. 1 MuSchG) weiter an der Hauptverhandlung mit, ist der Spruchkörper i.S.d. § 338 Nr. 1 StPO vorschriftswidrig besetzt und das Recht auf den gesetzlichen Richter nach Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG verletzt. Das ebenfalls *absolute* Beschäftigungsverbot nach § 16 Abs. 1 MuSchG führt, wenn sich aus dem Inhalt des Attests ein *Totalbeschäftigungsverbot* ergibt, bei weiterer Mitwirkung ebenfalls zu einem Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG, der über § 338 Nr. 1 StPO gerügt werden kann. Gleiches gilt bei Überschreitung der zulässigen Beschäftigung in Fällen eines *absoluten* aber *partiellen* Beschäftigungsverbots. *Relative* Beschäftigungsverbote (§ 3 Abs. 1 S. 1 MuSchG) wirken sich hingegen nur dann auf die Gerichtsbesetzung aus, wenn die (Nicht-)Beschäftigung der betroffenen Richterin willkürlich erfolgte und aus diesem Grund eine Verletzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG anzunehmen ist.

Schöffinnen sind in ihrer Eigenschaft als ehrenamtliche Richterinnen nicht von §§ 3 und 16 MuSchG erfasst, da sie nicht vom Gericht „beschäftigt“ werden. Die aus dem MuSchG ergehenden Beschäftigungsverbote wirken sich daher bei weiterer Mitwirkung der Schöffin an der Hauptverhandlung trotz Vorliegens der tatbestandlichen Voraussetzungen der Arbeitsschutznormen nicht auf die Gerichtsbesetzung aus. Ist trotz Bestehens eines Attests wegen schwangerschaftsbedingter Beschwerden der Schöffin jedoch eine willkürliche (Nicht-)Freistellung der Schöffin nach § 54 Abs. 1 GVG erfolgt, kann dies eine Verletzung des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG bedeuten und damit eine Rüge nach § 338 Nr. 1 StPO begründen.

Zwar ist eine Strafkammer grundsätzlich nicht dazu verpflichtet, anlassunabhängige Informationen über bestehende oder zurückliegende Schwangerschaften einzelner Mitglieder des Spruchkörpers zu erteilen. Gerade in Bezug auf die Wirkung der *absoluten* Beschäftigungsverbote (§ 3 Abs. 2 S. 1, § 16 Abs. 1 MuSchG) kann eine Nachfrage seitens der Verteidigung aber zulässig sein und bei nicht vertretbarer „Verweigerungshaltung“ im Einzelfall auch die Besorgnis der Befangenheit i.S.d. § 24 Abs. 2 StPO begründen.

Legt ein Gesetz ein absolutes Beschäftigungsverbot fest, und findet dieses Gesetz auf einen Richter Anwendung, so muss er sich darauf auch ohne Einschränkung berufen können. Apokryphe Gründe, überobligatorisch doch „leisten“ zu müssen – i.d.R., um die Verhandlung nicht zu „gefährden“ – üben Druck auf den Richter aus.¹³⁷ Richterliche Unabhängigkeit setzt jedoch voraus, sich ohne Druck entscheiden zu können. Wie kann das „Risiko platzender Prozesse“ aber abgefangen werden, ohne den Richter zu nötigen?¹³⁸ Eine erste Abfederung des Risikos, dass bei

¹³⁰ SK-StPO/Degener (Fn. 51), § 54 Rn. 2.

¹³¹ SK-StPO/Degener (Fn. 51), § 54 Rn. 11; Kissel/Mayer (Fn. 48), GVG § 54 Rn. 13.

¹³² KK-StPO/Barthe (Fn. 50) GVG § 54 Rn. 11.

¹³³ An seine Stelle muss sodann ein Hilfsschöffe treten, §§ 47, 49 GVG; Kissel/Mayer (Fn. 48), GVG § 54 Rn. 1.

¹³⁴ Kissel/Mayer (Fn. 48), GVG § 54 Rn. 16.

¹³⁵ So aktuell bestätigt in BVerfG NSTz-RR 2022, 76, 77 = HRRS 2022 Nr. 141; vgl. auch die st. Rspr., vgl. u.a. BGH NJW 1981, 2073; NJW 1982, 1655; NJW 1989, 1681; NJW

2002, 1508; NJW 2014, 1604; Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 75), GVG § 54 Rn. 10; Kissel/Mayer (Fn. 48), GVG § 54 Rn. 17.

¹³⁶ Kissel/Mayer (Fn. 48), GVG § 54 Rn. 17; BeckOK-GVG/Goers (Fn. 8), § 54 Rn. 56; Leitmeier NJW 2017, 2086, 2088.

¹³⁷ Norouzi (Fn. 3), S. 349, 358; Jahn JuS 2017, 277, 278.

¹³⁸ Eine – begrenzt geeignete – Lösung findet sich bereits in der Fristenhemmung nach § 229 Abs. 3 Nr. 2 StPO.

Durchgriff des Beschäftigungsverbots des MuSchG auf den Strafprozess reihenweise Hauptverhandlungen unheilbar obstruiert werden, ergibt sich bereits auf Ebene des gesunden Menschenverstands: nicht jede Frau im Richterdienst wird unabwendbar schwanger, wenn sie gerade in einer laufenden Verhandlung eingesetzt ist.¹³⁹ Eine zweite Abfederung lässt sich durch die vorsorgliche Beziehung von Ergänzungsrichtern bewerkstelligen, § 192 Abs. 2 GVG.¹⁴⁰ Daraus entstehende Zusatzkosten muss

die Gewährung der Unabhängigkeit des Richters allen Beteiligten wert sein.¹⁴¹ Keine Lösung kann es hingegen sein, die Einsetzung von Frauen in Umfangsverfahren zu vermeiden. Das ließe sich weder mit Art. 3 Abs. 1 und Abs. 2 GG vereinbaren, noch erscheint es tragbar, die durch die Aussonderung von Frauen bewirkten Qualitätseinbußen für das Strafverfahren und den Beschuldigten als Kollateralschäden einzupreisen.¹⁴²

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

¹³⁹ Die Umkehrung dieser Behauptung zeigt die Absurdität deutlich auf.

¹⁴⁰ Niemöller NStZ 2017, 425, 427; Norouzi (Fn. 3), S. 349, 357.

¹⁴¹ So bereits Jahn JuS 2017, 277, 279; etwas bemühter Niemöller NStZ 2017, 425, 427: „in Kauf zu nehmen“ und „wenn auch

nicht leichten Herzens, unter dem Titel der unvermeidlichen ‚Kosten des Rechtsstaats‘ [zu] verbuchen.“

¹⁴² Ebenso Metz NStZ-RR 2017, 120.

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.

463. BVerfG 1 BvR 576/19 (2. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 12. November 2021 (LG Stuttgart / AG Stuttgart)

Unzulässige Verfassungsbeschwerde gegen die Versagung von Einsicht in die Akten eines Strafverfahrens wegen Marktmanipulation (zivilrechtliche Schadensersatzklage eines in London ansässigen Hedgefonds; ergänzender Vortrag zur Grundrechtsberechtigung nach dem EU-Austritt des Vereinigten Königreichs; Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Hinwirken auf Beiziehung der Strafakten in einem parallelen Zivilverfahren).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 406e StPO; § 474 Abs. 1 StPO; § 475 StPO; § 20a WpHG a.F.

464. BVerfG 2 BvR 1419/18 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. März 2022 (OLG Braunschweig / LG Göttingen)

Fortdauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Freiheitsgrundrecht; Mindestanforderungen an die Wahrheitserforschung; verfassungsrechtliches Gebot bestmöglicher Sachaufklärung; Übertragbarkeit der verfassungsrechtlichen Vorgaben für die prognostische Begutachtung von im psychiatrischen Krankenhaus Untergebrachten auf die Sicherungsverwahrung; Pflicht zur regelmäßigen Heranziehung eines neuen externen Sachverständigen; keine Rechtfertigung der wiederholten Bestellung desselben Sachverständigen zur Fristwahrung; Verletzung der Sachaufklärungspflicht auch bei mangelfreiem Gutachten).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 66 StGB; § 67d Abs. 3 StGB; § 73 Abs. 1 StPO; § 454 Abs. 2 StPO; § 463 Abs. 3 Satz 3 StPO; § 463 Abs. 4 Satz 3 StPO

465. BVerfG 2 BvR 2069/21 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. März 2022 (OLG Hamm)

Auslieferung an die Türkei zum Zwecke der Strafverfolgung (Auslieferungshindernis der drohenden politischen Verfolgung als PKK-Kämpfer; bestandskräftige Flüchtlingsanerkennung in einem EU-Mitgliedstaat; richtlinienkonforme Auslegung; Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof; Recht auf den gesetzlichen Richter; Verfassungsverstoß bei grundsätzlicher Verkennung der Vorlagepflicht; Erfordernis einer Begründung der

Entscheidung über die Vorlagepflicht; Unvollständigkeit der Rechtsprechung; willkürliche Annahme eines „*acte clair*“ oder eines „*acte éclairé*“).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 267 Abs. 3 AEUV; Art. 288 Abs. 3 AEUV; Art. 4 Abs. 3 EUV; Art. 9 Abs. 3 Asyl-VRL; § 6 Satz 2 AsylG

466. BVerfG 2 BvR 2194/21 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 7. April 2022 (BGH / LG Bonn)

Strafrechtliche Vermögensabschöpfung trotz steuerrechtlicher Verjährung (Einziehung bei Steuerhinterziehung großen Ausmaßes durch sogenannte Cum-Ex-Geschäfte; Erlöschen der Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis durch Verjährung; Eigenständigkeit der Einziehung gegenüber Geschädigtenansprüchen; Unanwendbarkeit des spezifisch strafrechtlichen Rückwirkungsverbots; allgemeines Rückwirkungsverbot als Prüfungsmaßstab; konstitutiver Eingriff in die höchstrichterliche Gesetzesauslegung durch den Gesetzgeber; ausnahmsweise Zulässigkeit einer Rückbewirkung von Rechtsfolgen; Vertrauensschutzgebot; Abwägung zwischen Vertrauensschutzbelangen und Gemeinwohl; Rechtfertigung der „echten“ Rückwirkung durch überragende Belange des Gemeinwohls; fortwährende Bemakelung strafrechtswidrig erworbener Vermögenswerte); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Subsidiaritätsgrundsatz; Verbot von Ausnahmerichtern; Erfordernis einer revisionsrechtlichen Verfahrensrüge zur Gerichtsbesetzung).

Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 2 Abs. 5 StGB; § 73e Abs. 1 Satz 2 StGB; Art. 316j Nr. 1 EGStGB; § 47 AO; § 370 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 AO; § 375a AO a. F.

467. BGH 1 StR 369/21 – Beschluss vom 9. Februar 2022 (LG Augsburg)

Gesamtstrafenbildung (Härteausgleich bei bereits vollstreckter Vorverurteilung: Aufrechterhaltung der in der Vorverurteilung angeordneten Maßregel); Strafzumessung.

§ 55 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 62 ff. StGB; § 46 StGB

Der Gedanke des § 55 Abs. 2 StGB gilt für sämtliche Konstellationen, in denen die frühere Tat bei der bereits getroffenen Anordnungsentscheidung der Maßregel hätte mitberücksichtigt werden können, in denen also grundsätzlich die Voraussetzungen für eine nachträgliche Ge-

samtstrafenbildung vorlagen. Auch bei Vornahme eines Härteausgleichs wegen bereits erfolgter Vollstreckung der Vorverurteilung ist deshalb die in der Vorverurteilung angeordnete Maßregel aufrecht zu erhalten und nicht erneut und damit doppelt anzuordnen.

468. BGH 1 StR 21/22 – Beschluss vom 9. März 2022 (LG Traunstein)

Minder schwerer Fall des Totschlags.
§ 213 StGB

469. BGH 1 StR 292/21 – Beschluss vom 13. Januar 2022 (LG Stuttgart)

Unterschlagung (Begriff der Zueignung; Strafbarkeit der wiederholten Zueignung der gleichen Sache).
§ 246 Abs. 1 StGB

470. BGH 1 StR 35/22 – Beschluss vom 10. März 2022 (LG Kempten)

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (minderschwerer Fall: Bedeutung der gehandelten Wirkstoffmenge).
§ 29a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BtMG

471. BGH 1 StR 360/21 – Urteil vom 8. März 2022 (LG Oldenburg)

Steuerhinterziehung (Höhe der Steuerverkürzung: Zulässigkeit einer Schätzung, erforderliche Darstellung im Urteil; Konkurrenzverhältnis zu einer zur Tatvorbereitung begangener Fälschung technischer Aufzeichnungen); Einziehung (erlangtes Etwas bei der Steuerhinterziehung durch Steuerverkürzung; Zeitpunkt des Erlangens, Fälligkeit des Steueranspruchs durch (hypothetische) Festsetzung).
§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 261 StPO; § 267 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 268 Abs. 1 Nr. 2 StGB § 73 Abs. 1 StGB; § 155 Abs. 1 AO

472. BGH 1 StR 366/21 – Urteil vom 22. März 2022 (LG Baden-Baden)

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

473. BGH 1 StR 384/21 – Beschluss vom 9. Februar 2022 (LG Stuttgart)

Untreue (Vermögensnachteil: erforderliche Ermittlung des Verkehrswerts eines pflichtwidrig verkauften Vermögensgegenstands).
§ 266 Abs. 1 StGB

474. BGH 1 StR 62/22 – Beschluss vom 22. März 2022 (LG München II)

Strafzumessung (erforderliche Berücksichtigung des besonderen Strafübels durch Vollstreckung eines noch verbleibenden kurzen Strafrests nach erlittener Untersuchungshaft).
§ 46 StGB; § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 267 Abs. 2 Satz 1 StPO

475. BGH 1 StR 396/21 – Beschluss vom 10. Februar 2022 (LG Konstanz)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang zwischen Tat und Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen).

§ 64 StGB

476. BGH 1 StR 409/21 – Beschluss vom 9. März 2022 (LG Stuttgart)

Adhäsionsantrag (inhaltliche Anforderungen an den Adhäsionsantrag).
§ 404 Abs. 1 Satz 2 StPO

477. BGH 1 StR 422/21 – Beschluss vom 9. Februar 2022 (LG Göttingen)

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

478. BGH 1 StR 425/21 – Urteil vom 22. März 2022 (LG Konstanz)

Strafzumessung (Darstellung im Urteil: allein erforderliche Darstellung der bestimmenden Zumessungsgründe).
§ 46 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

479. BGH 1 StR 436/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (LG Frankfurt a. M.)

Umsatzsteuerhinterziehung (keine steuerbaren Umsätze durch den Handel mit Abdeckrechnungen); Beihilfe zum Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Verjährungsbeginn; Konkurrenzen bei fortlaufenden Beihilfehandlungen).
§ 370 Abs. 1 AO; § 1 Abs. 1 Nr. 1 Satz 1 UStG, § 2 Abs. 1 UStG; § 266a Abs. 1 StGB; § 78a Satz 1 StGB

480. BGH 1 StR 454/21 – Beschluss vom 8. März 2022 (LG Augsburg)

Beweiswürdigung (Würdigung der mangelnden Aussagekonstanz des Belastungszeugen).
§ 261 StPO

481. BGH 1 StR 461/21 – Beschluss vom 26. Januar 2022 (LG Traunstein)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 64 StGB

482. BGH 1 StR 469/21 – Beschluss vom 9. März 2022 (LG Stuttgart)

Räuberische Erpressung (Erfordernis einer qualifizierten Nötigungshandlung).
§ 253 Abs. 1 StGB; § 255 StGB

483. BGH 1 StR 484/21 – Beschluss vom 10. Februar 2022 (LG Hamburg)

Steuerhinterziehung (Schätzung der hinterzogenen Steuer: erforderliche Darstellung im Urteil).
§ 370 Abs. 1 AO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

484. BGH 1 StR 492/21 – Beschluss vom 9. Februar 2022 (LG Ravensburg)

Alkoholbedingt verminderte Schuldfähigkeit (erforderliche Gesamtbetrachtung: indizielle Bedeutung der Blutalkoholkonzentration, weitere relevante psychodiagnostische Kriterien).
§ 20 StGB; § 21 StGB

485. BGH 1 StR 498/21 – Beschluss vom 9. März 2022 (LG Traunstein)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

486. BGH 1 StR 508/21 – Beschluss vom 10. Februar 2022 (LG München I)

Minder schwerer Fall des Totschlags (Begriff des auf der Stelle zur Tat Hingerissenen-Werdens: motivationspsychologischer Zusammenhang zwischen Provokation und Tat).
§ 213 StGB

487. BGH 2 StR 10/22 – Beschluss vom 29. März 2022 (LG Fulda)

Verwerfung des Antrags auf Entscheidung des Revisionsgerichts als unbegründet.
§ 346 Abs. 2 StPO

488. BGH 2 StR 150/21 – Beschluss vom 1. März 2022 (LG Wiesbaden)

Teileinstellung bei mehreren Taten (sexueller Missbrauch von Kindern).
§ 154 Abs. 2 StGB; § 176 StGB a.F.

489. BGH 2 StR 195/21 – Beschluss vom 29. März 2022

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unbegründet.
§ 356a StPO

490. BGH 2 StR 211/21 – Beschluss vom 15. März 2022 (LG Köln)

Verwerfung der Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

491. BGH 2 StR 25/22 – Beschluss vom 29. März 2022 (LG Frankfurt am Main)

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

492. BGH 2 StR 257/21 – Beschluss vom 17. März 2022

Revisionshauptverhandlung (Anwesenheit des Beschuldigten nicht erforderlich: psychotische Erlebens- und Verhaltensweisen des Beschuldigten).
§ 350 Abs. 2 StPO; § 415 Abs. 1 StPO

493. BGH 2 StR 71/22 – Beschluss vom 30. März 2022 (LG Erfurt)

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

494. BGH 2 StR 76/22 – Beschluss vom 11. April 2022 (LG Köln)

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

495. BGH 2 StR 361/21 – Beschluss vom 16. Februar 2022 (LG Frankfurt am Main)

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

496. BGH 2 StR 365/21 – Beschluss vom 1. Februar 2022 (LG Aachen)

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

497. BGH 2 StR 378/20 – Beschluss vom 4. August 2021 (LG Frankfurt am Main)

Beweiswürdigung (beschränkte Revisibilität der Beweiswürdigung; Darlegungs- und Begründungsanforderungen in besonderen Beweislagen; Glaubhaftigkeit eines Zeugen: Gesamtwürdigung aller Einzelumstände).
§ 261 StPO

498. BGH 2 StR 385/21 – Beschluss vom 29. März 2022 (LG Frankfurt am Main)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Aussicht eines Behandlungserfolges: maßgeblicher Zeitpunkt für die Prognoseentscheidung, Taktik des Angeklagten).
§ 64 StGB

499. BGH 2 StR 405/21 – Beschluss vom 31. März 2022 (LG Darmstadt)

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

500. BGH 2 StR 433/20 – Urteil vom 10. November 2021 (LG Frankfurt am Main)

Unerlaubtes Handeln mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen: Tateinheit; Gewerbsmäßigkeit: Vorliegen, auf Wiederholung gerichteter Wille, Nebenerwerb); Dauer der Jugendstrafe (Erziehungsgedanke: Urteilsgründe, Gewicht des Tatunrechts, Folgen der Strafe für die weitere Entwicklung des Heranwachsenden); Strafaussetzung (prognostische Gesamtabwägung); Beweiswürdigung.
§ 29 BtMG; § 52 StGB; § 56 StGB; § 18 Abs. 2 JGG; § 261 StPO

501. BGH 2 StR 437/21 – Beschluss vom 30. März 2022 (LG Fulda)

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

502. BGH 2 StR 444/21 – Beschluss vom 23. Februar 2022 (LG Aachen)

Strafrahmenwahl (minder schwerer Fall: Betäubungsmittelstrafbarkeit, Sperrwirkung hinsichtlich der Mindeststrafe, konkrete Betrachtung, spezialgesetzliche Strafmilderungsgründe, Strafmilderungsgründe im Allgemeinen Teil des StGBs).
§ 30a BtMG; § 29a BtMG; § 29 BtMG; § 27 StGB; § 49 StGB

503. BGH 2 StR 444/21 – Beschluss vom 23. Februar 2022 (LG Aachen)

Strafzumessung (Handeltreiben mit Betäubungsmitteln: in den Verkehr Geraten der gehandelten Drogen; erschöpfende Aufzählung aller in Betracht kommenden zulässigen Strafzumessungserwägungen nicht notwendig; Darlegung in den Urteilsgründen); Einziehung des Wertes von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten (Vereitelung der Einziehung von Tatmitteln: bestimmungsgemäße Verwendung); Einziehung des Wertes von Taterträgen (Verzicht des Angeklagten auf sichergestellten Barbeitrag); Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten (Tatmittel: mehrdeutige Feststellungen, Spesengelder, Tatlohn).
§ 29 BtMG; § 46 StGB; § 74c StGB; § 73c StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

504. BGH 2 StR 455/21 – Beschluss vom 2. März 2022 (LG Gießen)

Gesamtstrafenbildung (mangelnde Erörterung der Möglichkeit einer Gesamtstrafenbildung); Härteausgleich.
§ 54 StGB

505. BGH 2 StR 460/20 – Beschluss vom 11. Januar 2022 (LG Frankfurt am Main)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Feststellung der geschuldeten Beiträge für die Fälligkeitzeitpunkt durch das Tatgericht: Darstellung in den Urteilsgründen, Berechnungsgrundlage, Berechnungen, Schätzung, Beurteilungsspielraum, beschränkte revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).
§ 266a StGB

506. BGH 2 StR 497/21 – Beschluss vom 16. Februar 2022 (LG Fulda)

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

507. BGH 2 StR 519/21 – Beschluss vom 31. März 2022 (LG Köln)

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

508. BGH 2 StR 520/21 – Beschluss vom 29. März 2022 (LG Gießen)

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

509. BGH 4 StR 18/22 – Beschluss vom 15. März 2022 (LG Bochum)

Strafrahmenwahl (besonderer Strafrahmen für minder schwere Fälle: Gesamtabwägung bei gleichzeitiger Gegebenheit eines gesetzlich vertypen Milderungsgrundes, Prüfungsreihenfolge).
§ 29a Abs. 2 BtMG; § 31 BtMG; § 49 Abs. 1 StGB

510. BGH 4 StR 2/22 – Beschluss vom 1. März 2022 (LG Frankenthal)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; symptomatischer Zusammenhang: Vorliegen).
§ 64 StGB

Ein symptomatischer Zusammenhang liegt bereits vor, wenn die Tat in dem Hang ihre Wurzel findet. Die konkrete Tat muss also Symptomwert für den Hang des Täters zum Missbrauch von Rauschmitteln haben, indem sich in ihr seine hangbedingte Gefährlichkeit äußert. Dabei ist nicht erforderlich, dass der Hang die alleinige Ursache für die Anlasstaten ist. Vielmehr ist ein symptomatischer Zusammenhang auch dann zu bejahen, wenn der Hang neben anderen Umständen mit dazu beigetragen hat, dass der Angeklagte erhebliche rechtswidrige Taten begangen hat, und dies bei einem unveränderten Suchtverhalten auch für die Zukunft zu besorgen ist.

511. BGH 4 StR 181/21 – Beschluss vom 30. März 2022 (Pfälzisches OLG Zweibrücken)

Vorlage eines Oberlandesgerichts bei dem Bundesgerichtshof (entgegenstehende rechtliche Divergenz: nicht mehr vertretbares Verständnis der Entscheidung des OLG).

§ 79 Abs. 3 Satz 1 OWiG; § 121 Abs. 2 GVG

512. BGH 4 StR 223/21 – Urteil vom 17. März 2022 (LG Dortmund)

Versuch (Mittäter: einheitliches Eintreten in das Versuchsstadium; unmittelbares Ansetzen: Vorliegen, Zwischenakte, natürliche Einheit, notwendiges Mitwirken des Opfers, Kriterien, Dichte des Tatplans, Grad der Rechtsgutgefährdung); Rücktritt (persönlicher Strafaufhebungsgrund; Beteiligung mehrerer: bewusste Verhinderung der Tatvollendung notwendig, zumindest Mitursächlichkeit für das Ausbleiben der Vollendung, kein aktives Tun zwangsläufig notwendig, Rücktritt durch schlichtes Unterlassen, Beispiele, einvernehmliches nicht mehr Weiterhandeln, Rücktrittshorizont, Darstellung in den Urteilsfeststellungen; Fehlschlag; nachträgliche Korrektur des Rücktrittshorizonts); Mord.
§ 23 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 24 StGB; § 211 StGB

513. BGH 4 StR 311/21 – Beschluss vom 30. März 2022 (LG Berlin)

Verbotene Kraftfahrzeugrennen (Absicht höchstmöglicher Geschwindigkeit: notwendiges Zwischenziel); Entziehung der Fahrerlaubnis (Regelvermutung).
§ 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 69 StGB

514. BGH 4 StR 43/22 – Beschluss vom 17. März 2022 (LG Bochum)

Beschränkung der Verfolgung; Gesamtstrafenbildung (Zusurwirkung einer Verurteilung; Verschlechterungsverbot).
§ 154a StPO; § 54 StGB

515. BGH 4 StR 52/22 – Beschluss vom 15. März 2022 (LG Landau)

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

516. BGH 4 StR 60/22 – Beschluss vom 15. März 2022 (LG Bielefeld)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit: länger andauernder Defekt, paranoide Schizophrenie; Darstellung in den Urteilsgründen: Anschluss an die Beurteilung eines Sachverständigen; Gefahrenprognose: Vordelinquenz); Brandstiftung (bedingter Vorsatz); Sachbeschädigung (Gebrauchs- oder Affektionsinteresse des Eigentümers).
§ 63 StGB; § 306 StGB; § 303 StGB

517. BGH 4 StR 86/22 – Beschluss vom 11. April 2022 (LG Essen)

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

518. BGH 4 StR 97/22 – Beschluss vom 11. April 2022 (LG Kempten)

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

519. BGH 4 StR 356/21 – Beschluss vom 30. März 2022 (LG Dortmund)

Mord (Verdeckungsabsicht: Vorliegen, aufgedeckte Tat, subjektive Sicht des Täters, bedingter Tötungsvorsatz, Verdeckung unabhängig vom Eintritt des Todeserfolgs)

möglich, Verdeckung nur durch Tod des Opfers erreichbar).

§ 211 StGB

520. BGH 4 StR 357/21 – Beschluss vom 1. März 2022 (LG Hagen)

Einziehung von Taterträgen (durch die Tat erlangt: Vorliegen); Betrug (Vermögensschaden: Gefährdungsschaden, Besitz einer Bankkarte, Geheimzahl, Vertiefung und Verfestigung des Schadens; Beendigung: Tatplan, Vermögensvorteil). § 73 StGB; § 73c StGB; § 263 StGB

521. BGH 4 StR 363/21 – Beschluss vom 23. März 2022 (LG Siegen)

Teileinstellung bei mehreren Taten; Adhäsionsentscheidung (Prozesszinsen).

§ 154 StPO; § 403 StPO; § 308 Abs. 1 ZPO

522. BGH 4 StR 379/21 – Beschluss vom 3. März 2022 (LG Bochum)

Besorgnis der Befangenheit (moralische Mitschuld); Beweiswürdigung (tatgerichtliche Wertung: Teilgeständnis). § 24 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; Art. 6 EMRK

523. BGH 4 StR 392/20 – Beschluss vom 16. Februar 2022 (LG Dortmund)

Ablehnung von Beweisanträgen (Ablehnung eines Beweisantrages auf Vernehmung eines Auslandszeugen: Befreiung von dem Verbot der Beweisantizipation, Darlegung im Gerichtsbeschluss, Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalles, breite Beweisgrundlage, ungesichertes Beweisergebnis, Größe der Unwägbarkeiten, Zweifel hinsichtlich Wertes der bisher erhobenen Beweise, zu Erwartendes nicht Folgen der Ladung durch den Zeugen, Auskunftsverweigerungsrecht des Zeugen).

§ 244 StPO

524. BGH 4 StR 396/21 – Beschluss vom 16. Februar 2022 (LG Hagen)

Betrug (Vermögensschaden: Vorliegen, Prinzip der Gesamtsaldierung, Eingehungsbetrug, Zeitpunkt der Vermögensverfügung, Risikogeschäft, ungewisser Vermögensabfluss, wirtschaftlicher Wert des Vermögens, Rückzahlungsanspruch, vorhandenes Unternehmensvermögen, prognostizierte Unternehmensentwicklung).

§ 263 StGB

525. BGH 4 StR 397/21 – Beschluss vom 29. März 2022 (LG Dortmund)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

526. BGH 4 StR 422/21 – Beschluss vom 2. März 2022 (LG Neubrandenburg)

Teileinstellung bei mehreren Verfahren; Einziehung des Wertes von Taterträgen (gesamtschuldnerische Haftung).

§ 154 StPO; § 73c StGB

527. BGH 4 StR 424/21 – Urteil vom 31. März 2022 (LG Münster)

Beihilfe (Gehilfenvorsatz: Beweiswürdigung); Körperverletzung; Nötigung.

§ 27 StGB; § 15 StGB; § 223 StGB; § 240 StGB

528. BGH 4 StR 475/21 – Urteil vom 17. März 2022 (LG Landshut)

Aussetzung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zugleich mit der Anordnung (besondere Umstände: Vorliegen, Eingreifen außerstrafrechtlicher Sicherungssysteme, zivilrechtliche Unterbringung in einer betreuten Wohneinrichtung, Reduktion der fortbestehenden Gefährlichkeit auf ein vertretbares Maß).

§ 67b StGB

529. BGH 4 StR 494/21 – Beschluss vom 31. März 2022 (LG Essen)

Revisionsbegründung (Vortrag der Verfahrenstatsachen: Inbezugnahme von Fundstellen in den Akten); Untreue (Vermögensnachteil: Barabhebung); Einziehung des Wertes von Taterträgen.

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 266 StGB; § 73c StGB

530. BGH 6 StR 14/22 – Beschluss vom 24. März 2022 (LG Potsdam)

Abgabe von Betäubungsmitteln und Überlassen zum unmittelbaren Verbrauch (Abgrenzung: Gewahrsamsübertragung).

§ 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG

531. BGH 6 StR 22/22 – Beschluss vom 23. März 2022 (LG Braunschweig)

Divergenz zwischen der Urteilsformel in der Sitzungsniederschrift und dem Tenor und den Urteilsgründen in der Urteilsurkunde.

§ 274 StPO

532. BGH 6 StR 28/22 – Beschluss vom 22. März 2022 (LG Halle)

Verwerfung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als unzulässig; Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 44 Satz 1 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

533. BGH 6 StR 32/22 – Beschluss vom 9. März 2022 (LG Magdeburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

534. BGH 6 StR 36/22 – Beschluss vom 24. März 2022 (LG Regensburg)

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (Strafzumessung: Nichtberücksichtigung des minder schweren Falls trotz einer Vielzahl gewichtiger Strafmilderungsgründe).

§ 176a Abs. 2, Abs. 4 StGB a.F.

535. BGH 6 StR 49/22 – Beschluss vom 8. März 2022 (LG Potsdam)

Besitzverschaffung kinderpornografischer Schriften (Deliktatur als Dauerdelikt; Verhältnis zum Besitz kinderpornografischer Schriften bei Verjährung des Verschaffensaktes).

§ 184b Abs. 4 Satz 1, Satz 2 StGB a.F.

536. BGH 6 StR 55/22 – Beschluss vom 6. April 2022 (LG Halle)

Verwertung von EncroChat-Daten.

§ 261 StPO

537. BGH 6 StR 57/22 – Beschluss vom 22. März 2022 (LG Potsdam)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (keine Zäsurwirkung; Zuweisung zum Nachverfahren).
§ 354 Abs. 1b Satz 1 StPO; § 460 StPO; § 462 StPO

538. BGH 6 StR 320/21 – Urteil vom 8. März 2022 (LG Würzburg)

Mord (sonstige niedrige Beweggründe; lückenhafte Beweiswürdigung; Handeln im Zustand höchster Wut aufgrund persönlichkeitsbedingter Überforderung; Bezug zu den Befindlichkeiten des Angeklagten während der Tat); Vorsatz beim Tötungsdelikt (Tötungsabsicht: Relevanz für Ermittlung der Beweggründe des Angeklagten).
§ 211 StGB; § 261 StPO

539. BGH 6 StR 343/21 – Urteil vom 23. März 2022 (LG Bamberg)

Versuchtes Tötungsdelikt (Vorsatz: Gefährlichkeit der Tat handlung; Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts; Umstände des Einzelfalles: Gebotene Gesamtschau der bedeutsamen objektiven und subjektiven Tatumstände; spontane, unüberlegt oder in affektiver Erregung ausgeführte Handlungen).
§ 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; 211 StGB; § 212 StGB

540. BGH 6 StR 502/21 – Beschluss vom 16. November 2021 (LG Schweinfurt)

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

541. BGH 6 StR 553/21 – Beschluss vom 24. März 2022 (LG Potsdam)

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unbegründet.
§ 356a StPO

542. BGH 6 StR 602/21 – Beschluss vom 22. März 2022 (LG Göttingen)

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

543. BGH 6 StR 62/22 – Beschluss vom 23. März 2022 (LG Würzburg)

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

544. BGH 6 StR 63/22 – Beschluss vom 23. März 2022 (LG Weiden)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Absehen von einer Begutachtung des Angeklagten; sog. „Evidenzfälle“; eigene Angaben des Angeklagten).
§ 246a Abs. 1 Satz 2 StPO; § 64 StGB

545. BGH 6 StR 76/22 – Beschluss vom 24. März 2022 (LG Lüneburg)

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

546. BGH 6 StR 604/21 – Beschluss vom 23. März 2022 (LG Würzburg)

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unbegründet.
§ 356a StPO

547. BGH 6 StR 606/21 – Beschluss vom 23. März 2022 (LG Schwerin)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Darstellung im Urteil: sorgfältige Prüfung der Anordnungsvoraussetzungen, Darstellung der wesentlichen Umstände; Vorliegen einer schweren anderen seelischen Abartigkeit: vom Tatgericht wertend zu entscheidende Rechtsfrage, Ausprägungsgrad der Störung und ihr Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit; Gefährlichkeitsprognose: frühere Taten).
§ 63 StGB; § 20 StGB

548. BGH 6 StR 617/21 – Urteil vom 6. April 2022 (LG Potsdam)

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Eigenbedarf); Grundsätze der Strafzumessung (Strafschärfende Berücksichtigung: Vorstrafen des Angeklagten, hohe Gewaltbereitschaft, Beschaffung einer „scharfen“ Schusswaffe, weiteres Handeltreiben nach Durchsuchungs- und Sicherstellungsmaßnahmen).
§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 46 StGB

549. BGH 3 StR 136/21 – Beschluss vom 8. März 2022 (LG Kleve)

BGHR; Festlegung der nicht geringen Menge von Betäubungsmitteln.
§ 30a Abs. 1 BtMG

550. BGH 3 StR 15/22 – Beschluss vom 23. Februar 2022 (LG Koblenz)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Mitteilungen zum Vollstreckungsstand; Zäsurwirkung).
§ 55 StGB

551. BGH 3 StR 202/21 – Urteil vom 24. Februar 2022 (LG Düsseldorf)

BGHSt; Regelmäßig kein Wiedereintritt in die Hauptverhandlung nach letztem Wort durch Verkündung des ein Ablehnungsgesuch zurückweisenden Beschlusses (Bezug zur Sachentscheidung; rein formale Vorgänge; ausdrückliche Erklärung; stillschweigender Wiedereintritt; Anforderungen an die Zulässigkeit der Revision; rechtliches Gehör); Ablehnung eines Beweisantrags wegen tatsächlicher Bedeutungslosigkeit (Verbot der Beweisantizipation; Konnexität).
§ 258 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 S. 2 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

552. BGH 3 StR 3/22 – Beschluss vom 8. März 2022 (LG Mönchengladbach)

Erweiterte Einziehung von Taterträgen (Subsidiarität; keine Zuordnung zu konkreten Taten); Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.
§ 73a StGB; § 29 BtMG

553. BGH 3 StR 36/22 – Beschluss vom 22. März 2022 (LG Duisburg)

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

554. BGH 3 StR 37/22 – Beschluss vom 22. März 2022 (LG Kleve)

Neufassung des Tenors nach Berichtigung eines Rechenfehlers bei der Einziehungsentscheidung.

§ 354 Abs. 1 StPO

555. BGH 3 StR 398/21 – Beschluss vom 8. März 2022 (LG Aurich)

Berücksichtigung der beruflichen Nebenwirkungen einer strafrechtlichen Verurteilung auf das Leben des Angeklagten als bestimmender Strafzumessungsgrund bei Verurteilung eines Anwalts wegen Beteiligung an einer Falschaussage.

§ 46 StGB; § 114 BRAO

556. BGH 3 StR 6/22 – Beschluss vom 22. Februar 2022 (LG Trier)

Betäubungsmitteldelikte (Handeltreiben; Erwerb; Besitz; Konkurrenzen); Verhältnis von Unterbringung in der Entziehungsanstalt und Zurückstellen der Strafvollstreckung.

§ 29 BtMG; § 35 BtMG; § 52 StGB; § 53 StGB; § 64 StGB;

Die Maßregel nach § 64 StGB geht der Zurückstellung der Strafvollstreckung gemäß § 35 BtMG vor. Die Beurteilung der konkreten Erfolgsaussicht bedarf einer Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit und aller sonstigen maßgeblichen Umstände. Das Tatgericht hat insbesondere zu prüfen, ob die Chance besteht, die Bereitschaft für eine erfolgversprechende Behandlung während der Therapie nach § 64 StGB zu wecken.

557. BGH 5 StR 153/21 – Beschluss vom 2. Februar 2022 (LG Bremen)

BGHR; erfolgreiche Rüge der fehlerhaften Gerichtsbesetzung bei Ausschluss der Mitwirkung einer Schöffin wegen Besorgnis der Befangenheit ohne Ablehnungsgesuch eines Ablehnungsberechtigten (Besetzungseinwand; Statthaflichkeit; Präkclusion; willkürlicher Eingriff in die Gerichtsbesetzung; gesetzliche Ausschlussgründe; Prüfung von Amts wegen; Selbstablehnung).

§ 24 StPO; § 28 Abs. 1 StPO; § 30 StPO; § 31 StPO; 222b StPO; 338 Nr. 1 StPO

558. BGH 5 StR 278/21 – Beschluss vom 29. März 2022 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

559. BGH 5 StR 320/21 – Urteil vom 16. Februar 2022 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Beweismwürdigung (Lückenhaftigkeit; fehlerhafte Anwendung des Zweifelssatzes; fehlende Gesamtwürdigung); Besitz im Sinne des Betäubungsmittelrechts.

§ 261 StPO; § 29 BtMG

560. BGH 5 StR 340/21 – Beschluss vom 2. März 2022 (LG Berlin)

Kosten der Revision bei lediglich geringfügiger Herabsetzung des Einziehungsbetrages.

§ 473 Abs. 4 StPO

561. BGH 5 StR 340/21 – Beschluss vom 22. März 2022 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Prüfung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 64 StGB

562. BGH 5 StR 358/21 – Urteil vom 30. März 2022 (LG Berlin)

Mord (niedrige Beweggründe bei Bestrafungsmotiv gegenüber einem kindlichen Opfer wegen als respektlos empfundenem Verhalten).

§ 211 StGB

563. BGH 5 StR 369/21 – Urteil vom 16. März 2022 (LG Chemnitz)

Grenzen revisionsrechtlicher Überprüfung der tatrichterlichen Gesamtstrafenbildung.

§ 54 StGB

564. BGH 5 StR 434/21 – Beschluss vom 29. März 2022 (LG Bremen)

Rechtsfehlerhafter Gesamtstrafenausspruch (Zäsurwirkung; einbezogene Strafen),

§ 55 StGB

565. BGH 5 StR 454/21 – Beschluss vom 29. März 2022 (LG Itzehoe)

Anforderungen an die Zulässigkeit des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Wegfall des Hindernisses; Glaubhaftmachung bei Versäumnis von Angestellten des Verteidigers).

§ 45 StPO

In Fällen, in denen die Wahrung der Frist des § 45 Abs. 1 Satz 1 StPO nach Aktenlage nicht offensichtlich ist, gehört zur formgerechten Anbringung des Wiedereinsetzungsgesuchs die Mitteilung, wann das Hindernis, welches der Fristwahrung entgegengestanden hatte, weggefallen sei.

566. BGH 5 StR 497/21 – Beschluss vom 15. März 2022 (LG Berlin)

Mögliche berufsrechtliche Konsequenzen für einen Apotheker als bestimmender Strafzumessungsgrund.

§ 46 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 3 StPO

567. BGH 5 StR 503/21 – Beschluss vom 16. März 2022 (LG Lübeck)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

568. BGH 5 StR 513/21 – Beschluss vom 15. März 2022 (LG Hamburg)

Rechtsfehlerhafter Gesamtstrafenausspruch.

§ 55 StGB