

HRRS-Nummer: HRRS 2020 Nr. 477

Bearbeiter: Christian Becker

Zitiervorschlag: HRRS 2020 Nr. 477, Rn. X

### BGH 3 StR 313/19 - Beschluss vom 4. Februar 2020 (LG Koblenz)

**Ablehnung eines Beweisantrags wegen Wahrunterstellung (Einlösung der Zusage der bis zum Schluss der Hauptverhandlung unwiderrufenen Wahrunterstellung bei der Urteilsfindung; berechtigtes Vertrauen; ausnahmsweise ausdrückliche Erwägung in der Beweiswürdigung); Rügeverkümmern und Hinweispflicht.**

§ 244 Abs. 3 StPO; § 261 StPO; § 274 StPO; § 265 StPO

#### Leitsätze des Bearbeiters

1. Das Tatgericht muss bei der Urteilsfindung die Zusage einlösen, eine bestimmte Behauptung zugunsten des Angeklagten als wahr zu behandeln. Die Urteilsgründe dürfen sich mit einer - bis zum Schluss der Hauptverhandlung unwiderrufen gebliebenen - Wahrunterstellung nicht in Widerspruch setzen. Denn der Angeklagte kann grundsätzlich auf die Einhaltung einer solchen Zusage vertrauen und danach seine Verteidigung einrichten. In diesem berechtigten Vertrauen wird er enttäuscht, wenn das Gericht von der Wahrunterstellung abrückt.

2. Stehen die Urteilsgründe nicht in Widerspruch zu der als wahr unterstellten Tatsache, so müssen sie sich grundsätzlich nicht explizit zu ihr verhalten. Im Einzelfall kann die in der Wahrunterstellung liegende Zusage es allerdings ausnahmsweise weitergehend gebieten, die Tatsache im Rahmen der Beweiswürdigung ausdrücklich mit zu erwägen. Das ist dann der Fall, wenn sich dies angesichts der im Übrigen gegebenen Beweislage aufdrängt und die Beweiswürdigung sich sonst als lückenhaft erweise.

#### Entscheidungsstenor

Auf die Revision des Angeklagten wird das Urteil des Landgerichts Koblenz vom 16. Oktober 2018, soweit es ihn betrifft, mit den Feststellungen aufgehoben.

Die Sache wird zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten des Rechtsmittels, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.

#### Gründe

Das Landgericht hat den Angeklagten wegen gewerbsmäßiger Hehlerei in fünf Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von einem Jahr und vier Monaten verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Weiterhin hat es gegen ihn die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 56.000 € angeordnet. Die auf die Rügen der Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angeklagten hat mit einer Verfahrensrüge Erfolg. Auf die weiteren Verfahrensbeanstandungen und die Sachbeschwerde kommt es daher im Ergebnis nicht mehr an.

I.

Nach den Feststellungen erwarb der Angeklagte, ein Apotheker und Großhändler für Arzneiprodukte, von dem Mitangeklagten C. in fünf Fällen größere Mengen an Blutzuckerteststreifen, insgesamt 2.673 Packungen. Für 2.627 Packungen stellte C. dem Angeklagten einen Einzelpreis von 13,85 € netto in Rechnung, für 46 weitere („Reimporte“) einen solchen von 11,85 € netto. „Allen diesen Lieferungen lagen Teststreifen zugrunde“, die C. betrügerisch erlangt hatte. Entweder hatten seine Komplizen in Ausführung eines gemeinsam mit ihm gefassten Tatplans Vertragsärzte durch Vorspiegelung eines nicht vorhandenen medizinischen Bedarfs dazu veranlasst, Rezepte über Blutzuckerteststreifen auszustellen, die sie sodann in Apotheken kostenfrei eingelöst hatten, oder sie hatten dort entsprechende von C. gefälschte Rezepte vorgelegt, oder er hatte die Ware bei einem Unternehmen unter Angabe einer falschen Identität und Vorspiegelung der Zahlungswilligkeit bestellt. Für den Angeklagten war offenkundig, dass sich C. die Teststreifen durch rechtswidrige Taten verschafft haben könnte. „Wegen der erheblichen Gewinnspanne und der zu erwartenden beträchtlichen Erlöse aus dem Weiterverkauf ... schob der Angeklagte ... diese Bedenken beiseite“ und „fand sich mit ihnen ab“.

II.

1. Die Revision beanstandet mit Recht, das Landgericht habe im Rahmen der Beweiswürdigung eine gemäß § 244 Abs. 3 Satz 2 Variante 7 StPO aF als wahr unterstellte Beweistatsache rechtsfehlerhaft missachtet. 4

a) Nach dem Revisionsvorbringen beantragte der Angeklagte in der Hauptverhandlung, ein Sachverständigengutachten zum Beweis der Tatsache einzuholen, „dass Blutzuckerteststreifen der (an ihn gelieferten, bestimmt bezeichneten) Marke ... über die Internetplattform ebay oder sonstige Auktionsplattformen in Einzelgrößen von je 50 Teststreifen zu einem Preis von unter 14 € je Packung zu erhalten“ seien. Die Strafkammer wies den Antrag gemäß § 244 Abs. 3 Satz 2 Variante 7 StPO aF als unbegründet zurück, weil die behauptete Tatsache so behandelt werden könne, als wäre sie wahr. In dem Beschluss machte sie deutlich, sie gehe entsprechend der Antragsbegründung davon aus, dass es sich bei dem alternativen Bezug der Teststreifen über das Internet um einen Erwerb aus legalen Quellen handele. 5

b) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt im Fall der Ablehnung eines Beweisantrags wegen Wahrunterstellung: 6

Das Tatgericht muss bei der Urteilsfindung die Zusage einlösen, eine bestimmte Behauptung zugunsten des Angeklagten als wahr zu behandeln. Die Urteilsgründe dürfen sich mit einer - bis zum Schluss der Hauptverhandlung unwiderrufen gebliebenen - Wahrunterstellung nicht in Widerspruch setzen. Denn der Angeklagte kann grundsätzlich auf die Einhaltung einer solchen Zusage vertrauen und danach seine Verteidigung einrichten. In diesem berechtigten Vertrauen wird er enttäuscht, wenn das Gericht von der Wahrunterstellung abrückt (s. BGH, Urteil vom 6. Juli 1983 - 2 StR 222/83, BGHSt 32, 44, 46 f.; Beschlüsse vom 28. August 2002 - 1 StR 277/02, NStZ 2003, 101; vom 13. Juni 2017 - 3 StR 48/17, NStZ 2018, 48; LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 317 mwN). 7

Stehen die Urteilsgründe nicht in Widerspruch zu der als wahr unterstellten Tatsache, so müssen sie sich grundsätzlich nicht explizit zu ihr verhalten. Im Einzelfall kann die in der Wahrunterstellung liegende Zusage es allerdings ausnahmsweise weitergehend gebieten, die Tatsache im Rahmen der Beweiswürdigung ausdrücklich mit zu erwägen. Das ist dann der Fall, wenn sich dies angesichts der im Übrigen gegebenen Beweislage aufdrängt und die Beweiswürdigung sich sonst als lückenhaft erweise (s. BGH, Urteil vom 21. Februar 1979 - 2 StR 749/78, BGHSt 28, 310, 311 f.; Beschlüsse vom 7. November 2000 - 1 StR 303/00, BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Wahrunterstellung 36; vom 16. November 2010 - 4 StR 530/10, NStZ 2011, 231; vom 2. Juni 2015 - 4 StR 111/15, juris Rn. 7; LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 244 Rn. 317 mwN). 8

c) Gemessen an diesen Maßstäben begegnet es durchgreifenden rechtlichen Bedenken, dass das Landgericht die als wahr unterstellte Tatsache - die legale Bezugsquelle für die bezeichneten Blutzuckerteststreifen zu einem Preis von unter 14 € je Packung - nicht in die Beweiswürdigung einbezogen hat. Vielmehr befassen sich die Urteilsgründe mit dieser Tatsache allein im Rahmen der rechtlichen Würdigung unter dem Gesichtspunkt der vom Tatbestand der Hehlerei vorausgesetzten Bereicherungsabsicht. 9

aa) Der Angeklagte hat sich nicht zur Sache eingelassen. Die Strafkammer hat als Indiz dafür, dass alle fünf Lieferungen Teststreifen enthielten, die C. durch Betrugstaten erlangt hatte, sowie dafür, dass der Angeklagte diese deliktische Herkunft für möglich hielt und billigend in Kauf nahm, unter anderem den zwischen beiden vereinbarten Kaufpreis (nahezu durchgehend 13,85 € netto je Packung) herangezogen. Nach den Angaben eines als Zeugen vernommenen Apothekers habe dieser Preis deutlich unter denjenigen eines Großhändlers (mindestens 16 € je Packung) gelegen. 10

bb) Die Beweiswürdigung zur deliktischen Herkunft der Teststreifen deckt sich nicht mit der als wahr unterstellten Tatsache. Denn die Strafkammer hat die Feststellung, dass C. betrügerisch erlangte Ware lieferte, ergänzend mit der Erwägung belegt, für ihn hätte sich ein Erwerb „auf legale Weise ... auch nicht rentiert“, wobei sie allein die von dem Apotheker bekundeten Großhandelspreise in den Blick genommen hat (UA S. 31). Trotz der Wahrunterstellung hat die Strafkammer bei ihrer Überzeugungsbildung somit die Möglichkeit eines legalen Erwerbs der Teststreifen durch C. unterhalb des von ihm vereinnahmten Kaufpreises ausgeblendet. 11

Die Erwägung, dass sich ein legaler Erwerb der Teststreifen über das Internet für C. auch dann von vorneherein nicht hätte wirtschaftlich lohnen können, wenn er je Packung zwischen 13,85 € und 13,99 € gezahlt hätte, könnte den Widerspruch zwar auflösen. Eine solche Auslegung der Beweisbehauptung würde allerdings nicht ihrer vollen, sich aus Sinn und Zweck ergebenden Bedeutung gerecht, wie sie sich aus der Antragsbegründung eindeutig ergibt („erheblich unter 14 €“, beginnend „mit einem Gebotspreis von einem Euro“). 12

cc) Die Beweiswürdigung zum Vorsatz ist jedenfalls lückenhaft. Denn in den Urteilsgründen ist dargelegt, der für den Angeklagten äußerst günstige Kaufpreis sei geeignet gewesen, bei ihm begründete Zweifel an der legalen Herkunft der Teststreifen zu wecken. Ihm habe sich die Frage gestellt, weshalb C., der weder Großhändler sei noch naheliegender Weise die Ware von einem solchen bezogen habe, in der Lage gewesen sei, die gelieferte Menge so 13

preiswert anzubieten (s. UA S. 33). Diese Ausführungen lassen außer Acht, dass C. - was das Landgericht als wahr unterstellt hat - die Möglichkeit gehabt hatte, sich die gelieferten Teststreifen über das Internet zu einem derart günstigen Preis zu beschaffen. Diese Möglichkeit zu erwägen, hätte sich aufgedrängt, weil aus Sicht des Angeklagten ein solcher strafloser Bezug der Ware C. s Verhalten hätte wirtschaftlich sinnvoll erscheinen lassen können. In Anbetracht der Beweiswürdigung zur deliktischen Herkunft ist überdies zu besorgen, dass die Strafkammer auch bezogen auf den Vorsatz von vorneherein ausgeschlossen hat, dass sich für C. ein legaler Erwerb der Teststreifen rentieren konnte.

Dem Generalbundesanwalt ist nicht darin zu folgen, dass es im Rahmen der Beweiswürdigung zum Vorsatz deshalb keines gesonderten Eingehens auf die als wahr unterstellte Tatsache bedurft habe, weil bereits die Beweislage im Übrigen erdrückend gewesen sei. Vielmehr ist Bedacht darauf zu nehmen, dass die Strafkammer ihre Überzeugung gerade auch auf den günstigen Kaufpreis gestützt hat, den sie schon für sich als suspekt beurteilt hat, ohne hierfür eine mögliche Erklärung anzubieten. Anhaltspunkte dafür, dass es darauf für sie im Ergebnis nicht ankam, weil sie sich schon wegen der weiteren Indizien vom bedingten Vorsatz überzeugt hat, sind nicht ersichtlich. 14

d) Das Urteil unterliegt der Aufhebung, weil es auf dieser rechtsfehlerhaften Beweiswürdigung beruht (§ 337 Abs. 1 StPO). Jedenfalls hinsichtlich des Vorsatzes ist nicht auszuschließen, dass die Strafkammer zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre, wenn die als wahr unterstellte Tatsache Berücksichtigung gefunden hätte. 15

2. Mit zwei anderen Verfahrensbeanstandungen deckt die Revision weitere Rechtsfehler auf. Da schon die Rüge durchdringt, das Landgericht habe im Rahmen der Beweiswürdigung eine als wahr unterstellte Beweistatsache rechtsfehlerhaft missachtet, kann dahingestellt bleiben, ob auch diese weiteren Verfahrensmängel die Urteilsaufhebung bedingt hätten. Allerdings bemerkt der Senat: 16

a) Mit der Rüge der vorschriftswidrigen Abwesenheit des Angeklagten während eines Teils der Hauptverhandlung (§ 338 Nr. 5 i.V.m. § 230 Abs. 1 StPO) hat die Revision zutreffend geltend gemacht, dass die Beurlaubung des Angeklagten nach § 231c Satz 1 StPO einen Beschluss des Gerichts als Gesamtspruchkörpers erfordert hätte, wohingegen die von der Vorsitzenden getroffene Entscheidung wirkungslos war (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Februar 1985 - 1 StR 7/85, NStZ 1985, 375; LR/Becker, StPO, 27. Aufl., § 231c Rn. 10, 24). Zwar haben die Vorsitzende und die Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle nach Eingang der Revisionsbegründungsschrift das Hauptverhandlungsprotokoll dahin berichtigt, dass die Beurlaubung von der Strafkammer beschlossen wurde. Diese „Erklärung zum Protokoll ... (Berichtigung)“ hat der Verfahrensrüge jedoch nicht zum Nachteil des Beschwerdeführers nachträglich die Tatsachengrundlage entziehen können. 17

Für den Fall der sogenannten Rügeverkümmern hat der Bundesgerichtshof (s. Beschluss vom 23. April 2007 - GSSt 1/06, BGHSt 51, 298 Rn. 61 ff.) im Wege der - vom Bundesverfassungsgericht gebilligten (vgl. Beschluss vom 15. Januar 2009 - 2 BvR 2044/07, BVerfGE 122, 248) - Rechtsfortbildung zur Sicherung der Rechtsposition des Beschwerdeführers ein formalisiertes Verfahren für die Protokollberichtigung geschaffen, das es streng zu beachten gilt. Vorliegend ist das notwendige Berichtigungsverfahren in mehrfacher Hinsicht nicht eingehalten worden: Die Vorsitzende und die Urkundsbeamtin haben keine dienstlichen Erklärungen vorgelegt. Das Schreiben der Vorsitzenden über die Absicht der Protokollberichtigung ist einem der beiden Instanzverteidiger des Beschwerdeführers nicht mitgeteilt worden. Die Stellungnahmen des Beisitzers und der Schöffen, die auf den gegen die beabsichtigte Protokollberichtigung erklärten substantiierten Widerspruch des Revisionsverteidigers eingeholt worden sind, sind weder dem Beschwerdeführer noch seinen Verteidigern vor der Entscheidung über die Protokolländerung bekannt gegeben worden, ebenso wenig die schriftliche Äußerung des Verteidigers des Mitangeklagten C. Die Berichtigungsentscheidung der Urkundspersonen geht auf die mit dem Widerspruch erhobenen Einwände nicht ein, sondern verweist lapidar auf das Schreiben der Vorsitzenden und die Stellungnahmen der übrigen Kammermitglieder. Zumindest in ihrer Gesamtheit führen diese Mängel zur Unbeachtlichkeit der Protokollberichtigung, so dass der revisionsgerichtlichen Prüfung der Verfahrensrüge die Sitzungsniederschrift in der ursprünglichen Fassung zugrunde zu legen ist (vgl. auch BGH, Beschluss vom 22. Dezember 2010 - 2 StR 386/10, StV 2011, 267; KK/Greger, StPO, 8. Aufl., § 271 Rn. 17). 18

b) Mit der Rüge der Verletzung der Hinweispflicht gemäß § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO hat die Revision mit Recht beanstandet, dem Angeklagten sei verfahrensfehlerhaft kein Hinweis erteilt worden, dass als Vortaten der ihm vorgeworfenen gewerbsmäßigen Hehlerei auch Warenkreditbetrügereien des Mitangeklagten C. in Betracht kommen. Den in der Anklageschrift geschilderten Vortaten ist gemein, dass C. s Komplizen die Blutzuckerteststreifen dadurch erlangten, dass sie in Apotheken inkriminierte Rezepte kostenfrei einlösten. Keine Erwähnung findet dort hingegen, dass C. selbst solche Teststreifen auch bei einem Unternehmen unter Angabe einer falschen Identität und Vorspiegelung der Zahlungswilligkeit bestellt haben könnte. Die Änderung des dem Angeklagten vorgeworfenen Sachverhalts im Hinblick auf tatsächlich anders gelagerte Vortaten war für sein Verteidigungsverhalten bedeutsam. 19

Entgegen der Ansicht des Generalbundesanwalts kommt es hier für die Hinweispflicht nicht darauf an, dass der Straftatbestand der Hehlerei keine Zuordnung der gehehlten Ware zu einer bestimmten Vortat erfordert, solange nur 20

feststeht, dass die Sache aus einem gegen fremdes Vermögen gerichteten Delikt stammt (s. BGH, Urteil vom 26. September 1989 - 1 StR 299/89, BGHR StGB § 259 Abs. 1 Vortat 3; LK/Walter, StGB, 12. Aufl., § 259 Rn. 13). Denn der Angeklagte ist in dem Fall, dass die Anklageschrift die deliktische Herkunft in tatsächlicher Hinsicht auf bestimmte Taten konkretisiert, nicht von sich aus gehalten, sich auf den Vorwurf alternativer - wesensverschiedener - Vortaten einzustellen.