

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

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

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

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

## REDAKTION

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

## STÄNDIGE MITARBEITER

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

## Publikationen

Akad. Rat a.Z. Dr. Oliver Harry Gerson, Passau – **Ablehnung eines aus-  
schließlich im Ermittlungsverfahren tätig gewordenen Sachver-  
ständigen wegen Besorgnis der Befangenheit** Zugl. Bespr. zu BGH  
HRRS 2019 Nr. 499 S. 235

Akad. Rat a.Z. Dr. Christian Rückert, Erlangen-Nürnberg – **Tatplan, Vorsatz  
und Irrtum des Mittäters** Zugl. Bespr. zu BGH HRRS 2019 Nr. 84 S. 245

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

## Entscheidungen

BVerfG **Einstweilige Anordnung gegen die Auswertung sicherge-  
stelter Datenträger**

VerfGHBl. **Glaubhaftmachung durch Versicherung des Angeklagten**

BGHSt **(Keine) Revisionsgründe bei Ausschluss der Öffentlichkeit  
ohne Beschluss**

BGHR **Mitgliedschaftliche Beteiligung an terroristischer Organi-  
sation**

BGHR **Keine Einziehung nach bloßem Geldwechseln**

BGHR **Fortdauer der Untersuchungshaft und Verteidigungsver-  
halten**

BGH **Tötungsvorsatz beim Anfahren mit einem Kfz**

Die Ausgabe umfasst 79 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

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

## SCHRIFTFLEITUNG

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

## REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

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

ISSN 1865-6277

20. Jahrgang, Juli 2019, Ausgabe

7

Rechtsprechung

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

### **728. BVerfG 2 BvR 886/19 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Mai 2019 (LG Frankfurt am Main / AG Frankfurt am Main)**

Einstweilige Anordnung gegen die Auswertung sicher-  
gestellter Datenträger (Grundrecht auf informationelle  
Selbstbestimmung; mögliche Verletzung mangels hin-  
reichender Tatsachengrundlage für einen Anfangsver-  
dacht; Folgenabwägung; überwiegendes Interesse am  
Schutz persönlicher Daten).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 13 GG; § 32  
Abs. 1 BVerfGG; § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB; § 102 StPO; §  
110 StPO; § 184b StGB

1. Die Auswertung der bei einer Wohnungsdurchsuchung  
sichergestellten Datenträger verletzt den Beschuldigten

möglicherweise in seinem Grundrecht auf informationel-  
le Selbstbestimmung, wenn die Ermittlungsbehörden den  
Verdacht des Besitzes und des Verbreitens kinderporno-  
graphischer Schriften lediglich darauf stützen, dass von  
einer dem Beschuldigten zuzuordnenden E-Mail-Adresse  
Bildmaterial mit pornographischem Inhalt verschickt  
wurde, das jedoch nicht ausschließlich einen Erwachse-  
nen zeigt und hinsichtlich dessen Versendung jedenfalls  
Verfolgungsverjährung eingetreten wäre.

2. Bei der Folgenabwägung im Rahmen des § 32 Abs. 1  
BVerfGG hat das Interesse der Strafverfolgungsbehörden  
an einer sofortigen Auswertung der sichergestellten Da-  
tenträger hinter dem Interesse des Beschuldigten, grund-  
sätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner  
persönlichen Daten zu bestimmen, jedenfalls dann zu-

rückzustehen, wenn eine Verfolgungsverjährung nicht konkret droht.

**729. BVerfG 2 BvR 1884/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Mai 2019 (BGH / LG Frankfurt am Main)**

Pflicht der Ermittlungsbehörden zur Aktenvollständigkeit (fehlende Mitteilung an den Ermittlungsrichter über Hintergrundermittlungen; Recht auf ein faires Verfahren; besondere Anforderungen an strafprozessuale Beweisverwertungsverbote; Darlegungsanforderungen in einer Verfassungsbeschwerde).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

1. Zwar begegnet es unter dem Gesichtspunkt der Aktenvollständigkeit Bedenken, wenn die Ermittlungsbehörden Hintergrundermittlungen zunächst nicht aktenkundig machen und damit dem Ermittlungsrichter einen unvollständigen Sachverhalt unterbreiten.

2. Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren wegen der Verwertung der Erkenntnisse aus der richterlich angeordneten Ermittlungsmaßnahme ist jedoch nicht substantiiert dargelegt, wenn der Beschuldigte sich nicht hinreichend mit den spezifischen, verfassungsrechtlich anerkannten Anforderungen an strafprozessuale Beweisverwertungsverbote auseinandersetzt.

**730. Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin VerfGH 96/18 – Beschluss vom 9. Mai 2019 (AG Tiergarten, LG Berlin)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Verteidiger; Zustellung; Benachrichtigung; Glaubhaftmachung; eidesstattliche Versicherung; anwaltliche Versicherung; effektiver Rechtsschutz, Strafbefehl; Anhörungsrüge § 44 StPO; § 45 StPO; § 145a StPO; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 15 Abs. 4 BerlVerf; 33a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 15 Abs. 1 BerlVerf

1. Wenn zum Nachweis eines für eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand maßgeblichen Umstandes kein anderes Beweismittel ersichtlich ist als die eigene Versicherung des Antragstellers, so ist es mit der Garantie eines effektiven Rechtsschutzes nicht vereinbar, wenn ein Gericht eine solche Versicherung als Mittel der Glaubhaftmachung grundsätzlich nicht anerkennt. Denn in einer solchen Konstellation kommt der Ausschluss einer Erklärung des Antragstellers als Mittel der Glaubhaftmachung einer Versagung des Rechtsschutzes insgesamt gleich. (VerfGH)

2. Auch bei einem sich selbst verteidigenden Angeklagten ist die gemäß § 145a Abs. 3 Satz 2 StPO vorgeschriebene Benachrichtigung des Verteidigers am Kanzleisitz angesichts der in Kanzleien üblicherweise getroffenen Vorkehrungen zur Wahrung von Fristen keine sinnlose Doppelung. (Bearbeiter)

3. Erfolgt bei einem sich selbst verteidigenden Rechtsanwalt die Zustellung eines Strafbefehls an der Privatschrift und wird die Benachrichtigung am Kanzleisitz unterlassen, so begründet dieser Verstoß gegen § 145a Abs. 3 Satz 2 StPO die Wiedereinsetzung gemäß § 44 StPO, sofern der Fristverstoß auf der unterlassenen Benachrichtigung beruht. (Bearbeiter)

## Rechtsprechung

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**706. BGH 4 StR 442/18 – Urteil vom 25. April 2019 (LG Frankfurt am Main)**

Vorsatz (Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit; bedingter Tötungsvorsatz bei fehlendem Motiv); Grundsätze der Strafzumessung (keine Berücksichtigung der Tatbegehung an sich); gefährliche Körperverletzung (gefährliches Werkzeug; fahrendes Kraftfahrzeug; lebensgefährliche Behandlung; Maßstab); gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr (Absicht; Maßstab).

§ 15 StGB; § 46 Abs. 3 StGB, 223 Abs. 1 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 315 Abs. 3 Nr. 1a StGB, § 315b Abs. 3 StGB

1. Bedingter Vorsatz und bewusste Fahrlässigkeit unterscheiden sich darin, dass der bewusst fahrlässig Han-

delnde mit der als möglich erkannten Folge nicht einverstanden ist und auf deren Ausbleiben vertraut, während der bedingt vorsätzlich handelnde Täter den Eintritt des schädlichen Erfolges um des erstrebten Zieles willen billigend in Kauf nimmt oder sich wenigstens mit der Tatbestandsverwirklichung abfindet. Dabei kann schon eine Gleichgültigkeit gegenüber dem zwar nicht angestrebten, wohl aber hingenommenen Tod des Opfers die Annahme bedingten Tötungsvorsatzes rechtfertigen. Dazu ist eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände erforderlich.

2. Dass ein Tötungsmotiv sich nicht feststellen lässt, steht der Annahme eines bedingten Tötungsvorsatzes für sich genommen nicht entgegen, weil mit bedingtem Tötungsvorsatz handelnde Täter kein Tötungsmotiv

haben und es stattdessen auf die Stärke des anderweitigen Handlungsantriebes ankommt.

3. Eine gefährliche Körperverletzung gemäß § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB liegt vor, wenn der Täter in einer Weise vorgeht, die nach den Umständen des Einzelfalls (generell) geeignet ist, das Leben zu gefährden und er die Umstände kennt, aus denen sich die Lebensgefährlichkeit seines Tuns in der konkreten Situation ergibt.

4. Ein fahrendes Kraftfahrzeug, das zur Verletzung einer Person eingesetzt wird, ist in der Regel als ein gefährliches Werkzeug anzusehen. Wird eine Person durch ein gezieltes Anfahren zu Fall gebracht, kann darin eine gefährliche Körperverletzung liegen, wenn bereits durch den Anstoß eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens und damit eine körperliche Misshandlung ausgelöst worden ist.

5. Für die nach § 315b Abs. 3 i.V.m. § 315 Abs. 3 Nr. 1a StGB erforderliche Absicht reicht es aus, dass der Täter einen Unglücksfall durch einen verkehrsfremden (verkehrsfeindlichen) Eingriff gezielt herbeigeführt hat.

6. Die revisionsgerichtliche Überprüfung der Strafzumessung hat sich am sachlichen Gehalt der Ausführungen des Tatrichters zu orientieren und nicht an dessen möglicherweise missverständlichen Formulierungen.

7. Stellt das Gericht darauf ab, dass der Angeklagte von der Tat hätte absehen können und müssen, liegt darin eine unzulässige strafscharfende Verwertung des Umstandes, dass die Tat überhaupt begangen wurde.

#### **718. BGH 1 StR 19/19 – Beschluss vom 9. Mai 2019 (LG Leipzig)**

Beihilfe (Vorsatz hinsichtlich der Haupttat: erforderliche Vorstellung des Täters von der Haupttat; Tatmehrheit bei Förderung mehrerer Taten durch mehrere Handlungen); Strafaussetzung zur Bewährung (Sozialprognose).

§ 27 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 52 StGB; § 56 StGB

1. Für eine ausreichende Konkretisierung des Vorsatzes des Gehilfen genügt es, wenn er die zentralen Merkmale der Haupttat, namentlich den wesentlichen Unrechtsgehalt und die wesentliche Angriffsrichtung, zumindest bedingt vorsätzlich erfasst hat. Abweichungen der Haupttat vom vorgestellten Geschehensablauf sind dann für die rechtliche Bewertung bedeutungslos, wenn sie sich innerhalb des nach allgemeiner Lebenserfahrung Voraussehbaren halten und keine andere Bewertung der Tat rechtfertigen.

2. Bei der erforderlichen Sozialprognose bei der Entscheidung über die Strafaussetzung zur Bewährung gibt es keinen Erfahrungssatz, dass ein Angeklagter allein deswegen, weil er Vermögensstraftaten verübte, die regelmäßig entsprechende Schadensersatzansprüche auslösen, zur Begleichung dieser Schulden erneute Taten begeht

#### **727. BGH 1 StR 684/18 – Beschluss vom 26. März 2019 (LG Landshut)**

Schuldunfähigkeit (zweistufige Prüfung: erforderliche Darstellung im Urteil; Naheliegen einer Beeinträchtigung des Steuerungsvermögens bei Vorliegen einer schweren anderen seelischen Abartigkeit).

§ 20 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Wird eine schwere andere seelische Abartigkeit als Eingangsmerkmal im Sinne von § 20 StGB bejaht, so liegt wegen der damit festgestellten Schwere der Abartigkeit auch eine erhebliche Beeinträchtigung des Steuerungsvermögens nahe.

2. Die Entscheidung, ob die Schuldunfähigkeit des Angeklagten zur Tatzeit aus einem der in § 20 StGB bezeichneten Gründe ausgeschlossen oder im Sinne von § 21 StGB erheblich vermindert war, erfolgt prinzipiell mehrstufig (vgl. BGH NJW 2015, 3319, 3320). Zunächst ist die Feststellung erforderlich, dass bei dem Angeklagten eine psychische Störung vorliegt, die ein solches Ausmaß erreicht hat, dass sie unter eines der psychopathologischen Eingangsmerkmale des § 20 StGB zu subsumieren ist. Sodann sind der Ausprägungsgrad der Störung und deren Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit des Täters zu untersuchen. Durch die festgestellten psychopathologischen Verhaltensmuster muss die psychische Funktionsfähigkeit des Täters bei der Tatbegehung beeinträchtigt worden sein.

3. Hierzu ist das Gericht jeweils für die Tatsachenbewertung auf die Hilfe eines Sachverständigen angewiesen. Gleichwohl handelt es sich bei der Frage des Vorliegens eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB bei gesichertem Vorliegen eines psychiatrischen Befunds wie bei der Prüfung der aufgehobenen oder erheblich eingeschränkten Steuerungsfähigkeit des Angeklagten zur Tatzeit um Rechtsfragen. Deren Beurteilung erfordert konkretisierende und widerspruchsfreie Darlegungen dazu, in welcher Weise sich die festgestellte psychische Störung bei Begehung der Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Angeklagten in der konkreten Tatsituation und damit auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat (vgl. BGH, NStZ-RR 2013, 145, 146).

#### **685. BGH 2 StR 118/19 – Beschluss vom 23. April 2019 (LG Frankfurt)**

Tateinheit (Deliktserie unter Beteiligung mehrerer Personen: individuelle Prüfung des Tatbeitrages; nicht feststellbare Anzahl der Tathandlungen: Entscheidung „in dubio pro reo“).

§ 52 Abs. 1 StGB

1. Sind an einer Deliktserie mehrere Personen als Mittäter, mittelbare Täter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt, ist die Frage, ob die einzelnen Taten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, bei jedem Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden. Maßgeblich ist dabei der Umfang des erbrachten Tatbeitrags. Leistet ein Mittäter für alle oder einige Einzeltaten einen individuellen, nur diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten – soweit keine natürliche Handlungseinheit vorliegt – als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Fehlt es an einer solchen individuellen Tatförderung, erbringt der Täter aber im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktserie Tatbeiträge, durch die alle oder mehrere Ein-

zeltaten seiner Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als Tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ohne Bedeutung ist dabei, ob die Mittäter die einzelnen Delikte tatmehrheitlich begangen haben.

2. Lässt sich nicht feststellen, durch wieviele Handlungen im Sinne der §§ 52, 53 StGB der Angeklagte die festgestellten Taten gefördert hat, so ist im Zweifel zu seinen Gunsten davon auszugehen, dass er nur eine Handlung begangen hat.

## Rechtsprechung

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

**681. BGH AK 22/19 – Beschluss vom 15. Mai 2019 (OLG Düsseldorf)**

BGHR; Mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung (Förderung von Aufbau, Zusammenhalt oder Tätigkeit der Organisation; „islamischer Staat“; „Leben im Kalifat“; Ehefrau eines „Kämpfers“; Übernahme der Haushaltsführung als vereinigungstypisches Verhalten; Inbesitznahme eines unter Verstoß gegen das Kriegsvölkerrecht eroberten Hauses; Festigung der Herrschaft der Organisation); Kriegsverbrechen gegen Eigentum; dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr; Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate.

§ 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 129b Abs. 1 StGB; § 112 StPO; § 121 Abs. 1 StPO; § 9 Abs. 1 VStGB

1. Zur mitgliedschaftlichen Beteiligung an der terroristischen Vereinigung „Islamischer Staat“ durch Tätigkeiten in deren Herrschaftsgebiet (Fortführung von BGH, Beschluss vom 22. März 2018 – StB 32/17). (BGHR)

2. Die mitgliedschaftliche Beteiligung i.S.d. § 129a Abs. 1 StGB setzt allgemein – jedenfalls nach der bis zum 22. Juli 2017 geltenden Fassung dieser Vorschrift – voraus, dass sich der Täter, getragen von beiderseitigem übereinstimmendem Willen und angelegt auf eine gewisse Dauer, in die Organisation eingliedert, sich ihrem Willen unterordnet und eine aktive Tätigkeit zur Förderung ihrer Ziele entfaltet. (Bearbeiter)

3. Eine Förderungshandlung des Mitglieds kann darin bestehen, unmittelbar zur Durchsetzung der Ziele der Vereinigung beizutragen; sie kann auch darauf gerichtet sein, lediglich die Grundlagen für die Aktivitäten der Vereinigung zu schaffen oder zu erhalten. Ausreichend ist deshalb die Förderung von Aufbau, Zusammenhalt oder Tätigkeit der Organisation. In Betracht kommt etwa ein organisationsförderndes oder ansonsten vereinigungstypisches Verhalten von entsprechendem Gewicht. In Abgrenzung hierzu fehlt es in Fällen einer bloß formalen oder passiven, für das Wirken der Vereinigung bedeutungslosen Mitgliedschaft grundsätzlich an einem aktiven mitgliedschaftlichen Betätigungsakt. (Bearbeiter)

4. Eine mitgliedschaftliche Beteiligung liegt nicht ohne Weiteres bereits darin, dass eine Frau mit einer als

„Kämpfer“ für den sog. „islamischen Staat“ aktiven Person in ehelicher Gemeinschaft lebt. Jedoch kann der Tatbestand erfüllt sein, wenn die Eheleute ein unter Verstoß gegen Kriegsvölkerrecht in Besitz genommenes Haus bewohnen und damit zumindest auch die Herrschaft der Organisation über das eroberte Gebiet festigen. Unter diesen Umständen kann die Haushaltsführung als auf Dauer angelegtes vereinigungstypisches Verhalten zu bewerten sein, das auch der Aufrechterhaltung der Kampfbereitschaft des Ehemannes dient. (Bearbeiter)

**690. BGH 2 StR 530/18 – Urteil vom 22. Mai 2019 (LG Köln)**

Verminderte Schuldfähigkeit (andere seelische Abarbeitung: Voraussetzungen und Gesamtschau im Einzelfall; Begriff der erheblichen Verminderung); Mord (Heimtücke: Ausnutzungsbewusstsein bezüglich der Arg- und Wehrlosigkeit, revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit).

§ 20 StGB; § 21 StGB; § 211 Abs. 2 Var. 5 StGB

1. Für das bewusste Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit genügt es, dass der Täter diese in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Arglosigkeit gegenüber einem Angriff auf Leib und Leben schutzlosen Menschen zu überraschen.

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

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

der Tatsituation bestehenden tatsächlichen Auswirkungen des psychischen Zustands des Täters auf seine Erkenntnisfähigkeit.

4. Bei der Beurteilung der subjektiven Voraussetzungen der Heimtücke handelt es sich um eine vom Tatgericht zu bewertende Tatfrage, die nur in eingeschränktem Maß der revisionsgerichtlichen Kontrolle zugänglich ist.

5. Die Rechtsprechung nennt verschiedene Voraussetzungen für eine schwere andere seelische Abartigkeit, unter anderem das Hervorgehen der Tat aus neurotischen Konflikten, eine konflikthafte Zuspitzung und emotionale Labilisierung in der Zeit vor der Tat, ein abrupter Tatablauf, das Vorliegen konstellativer Faktoren, wie Alkoholisierung, Ermüdung und affektive Erregung. Als gegenläufige Indizien können im Einzelfall eine Tatvorbereitung, planmäßiges Vorgehen, die Fähigkeit zu warten, ein komplexer Handlungsablauf, eine Vorsorge gegen Entdeckung, die Möglichkeit anderen Verhaltens unter vergleichbaren Umständen oder das Hervorgehen des Delikts aus dissozialen Charakterzügen in Betracht kommen. Die Kriterien müssen im Einzelfall nicht sämtlich vorliegen, sie können auch über längere Zeitspannen hinweg variieren. Zudem können sie sehr unterschiedliches Gewicht haben. Maßgebend ist daher eine Gesamtschau aller wesentlichen Umstände des Einzelfalls.

6. Das Ausbleiben von Gewalthandlungen des Angeklagten während der vorläufigen Unterbringung nach der Tat schließt das Vorliegen einer erheblichen Persönlichkeitsstörung bei der Tatbegehung nicht aus.

7. Ob die Steuerungsfähigkeit wegen des Vorliegens einer schweren anderen seelischen Abartigkeit bei Begehung der Tat „erheblich“ im Sinne des § 21 StGB vermindert war, ist eine Rechtsfrage, die der Tatrichter in eigener Verantwortung unter wertender Betrachtung der Gesamtumstände zu beantworten hat. Es ist kein „Zirkelschluss“, wenn das Landgericht dem Vorliegen einer „schweren“ anderen seelischen Abartigkeit einen Hinweis auf deren Erheblichkeit im Sinne von § 21 StGB entnommen hat. Wird nämlich eine „schwere“ andere seelische Abartigkeit im Sinne von § 20 StGB festgestellt, die nicht bei jeder Persönlichkeitsstörung vorliegt und nur in Betracht kommt, wenn Symptome von beträchtlichem Gewicht vorliegen, deren Folgen den Täter vergleichbar schwer belasten oder einengen, wie krankhafte seelische Störungen, liegt es nahe, der konkreten Ausprägung der Persönlichkeitsstörung im Einzelfall auch die Wirkung einer „erheblichen“ Verminderung der Schuldfähigkeit beizumessen.

#### **725. BGH 1 StR 150/19 – Beschluss vom 7. Mai 2019 (LG München I)**

Mord aus niedrigen Beweggründen (Niedrigkeit der Beweggründe bei Tötung des Intimpartners bei vorangegangener Trennung des Tatopfers vom Täter: Bedeutung der Trennungsgründe); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussicht der Therapie bei der deutschen Sprache nicht mächtigen Ausländern: erforderliche Ausführung zur Möglichkeit einer Überstellung des Angeklagten in sein Heimatland zur Vollziehung der Maßregel).

§ 211 StGB; § 64 Satz 2 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO; § 71 IRG

1. Beweggründe sind dann niedrig im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB sind, wenn sie nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und daher besonders, d.h. in deutlich weitreichenderem Maße als bei einem Totschlag, verachtenswert sind. Gefühlsregungen wie Zorn, Wut, Enttäuschung oder Verärgerung können niedrige Beweggründe sein, wenn sie ihrerseits auf niedrigen Beweggründen beruhen, also nicht menschlich verständlich, sondern Ausdruck einer niedrigen Gesinnung des Täters sind. Entbehrt indes das Motiv ungeachtet der Verwerflichkeit, die jeder vorsätzlichen und rechtswidrigen Tötung innewohnt, nicht jeglichen nachvollziehbaren Grundes, so ist es nicht als „niedrig“ zu qualifizieren.

2. Auch die Tötung des Intimpartners, der sich vom Täter abwenden will oder abgewendet hat, muss nicht zwangsläufig als durch niedrige Beweggründe motiviert bewertet werden. Gerade der Umstand, dass eine Trennung vom Tatopfer ausgegangen ist, darf als gegen die Niedrigkeit des Beweggrundes sprechender Umstand beurteilt werden.

3. Für die Beurteilung, ob eine Tötung des zur Trennung entschlossenen Intimpartners auf niedrigen Beweggründen beruht, kommt es danach weder maßgeblich darauf an, ob der Täter tatsachenfundiert auf den Fortbestand der Verbindung zum Opfer vertrauen durfte, noch darauf, wie der Zustand der Beziehung war, ob sich das Tatopfer aus nachvollziehbaren Gründen zur Trennung entschlossen hat, ob der Täter seinerseits maßgeblich verantwortlich für eine etwaige Zerrüttung der Partnerschaft war und ob er – dies ist ohnehin stets der Fall – „die Trennungsentscheidung“ des Partners „hinzunehmen“ hatte. Derartige Erwägungen sind zwar für die entscheidende Frage, ob die – stets als verwerflich anzusehende – vorsätzliche und rechtswidrige Tötung eines Menschen jeglichen nachvollziehbaren Grundes entbehrt, nicht ohne jede Bedeutung; allein der Umstand, dass sich die Trennung des Partners wegen des Vorverhaltens des Täters und des Zustands der Beziehung als „völlig normaler Prozess“ darstellt und (daher) von diesem hinzunehmen ist, ist aber nicht geeignet, die Tötung des Partners, die wie jede vorsätzliche und rechtswidrige Tötung verwerflich ist, als völlig unbegreiflich erscheinen zu lassen.

#### **675. BGH AK 13-14, 16-19/19 – Beschluss vom 7. Mai 2019 (Amtsgericht Chemnitz)**

Terroristische Vereinigung („Revolution Chemnitz“; Vereinigungsbegriff; einheitlicher Verband; hierarchisch organisierte Gruppierungen; Organisationsstruktur; Gründung; Beteiligung als Mitglied; einvernehmliche Eingliederung in die Organisation); Landfriedensbruch (Menschenmenge); Fortdauer der Untersuchungshaft (dringender Tatverdacht; Schwermriminalität; Fluchtgefahr).

§ 129 Abs. 2 StGB; § 129a StGB; § 125 StGB; § 112 StPO

1. § 129 Abs. 2 StGB definiert den Begriff der Vereinigung als einen auf längere Dauer angelegten, von einer

Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängigen organisierten Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses. Erklärtes Ziel der gesetzlichen Regelung ist es, die Anforderungen an die Organisationsstruktur und die Willensbildung abzusenken. Es sollen nunmehr nicht nur Personenzusammenschlüsse erfasst werden, deren Mitglieder sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen, sondern auch hierarchisch organisierte Gruppierungen mit bloßer Durchsetzung eines autoritären Anführerwillens ohne „Gruppenidentität“.

2. Auch nach dieser Legaldefinition handelt es sich bei einer Vereinigung indes um einen organisierten Zusammenschluss von Personen, was zumindest eine gewisse Organisationsstruktur sowie in gewissem Umfang instrumentelle Vorausplanung und Koordinierung erfordert; notwendig ist darüber hinaus das Tätigwerden in einem übergeordneten gemeinsamen Interesse. Auch wenn die Mitgliedschaft in einer Vereinigung auf der Grundlage der Legaldefinition nicht erfordert, dass sich der Täter in das „Verbandsleben“ der Organisation integriert und sich deren Willen unterordnet, so setzt die mitgliedschaftliche Beteiligung an einer Vereinigung auch nach der Legaldefinition des § 129 Abs. 2 StGB eine gewisse, einvernehmliche Eingliederung des Täters in die Organisation voraus

3. Gründer im Sinne von § 129a Abs. 1 StGB sind solche Personen, die den Gründungsakt „führend und richtungsweisend“ bewirken. Dies bedeutet aber nicht, dass allein die Gründungsaktivitäten führender Personen erfasst werden sollen; vielmehr wird nur eine wesentliche Förderung der Gründung verlangt, also ein für das Zustandekommen der Vereinigung weiterführender und richtungsweisender Beitrag, auch wenn dieser im Verhältnis zu den Beiträgen anderer Gründer von lediglich untergeordneter Bedeutung ist.

4. Das Faktum der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung begründet für sich noch keinen rechtswidrigen Zustand; gefordert ist nach dem Gesetzeswortlaut vielmehr eine Beteiligung als Mitglied, also eine Förderung, in der sich die Eingliederung des Täters in die Organisation manifestiert.

5. Der Begriff der Menschenmenge im Sinne des § 125 StGB bezeichnet eine nicht notwendigerweise ungezählte, aber doch so große Personenmehrheit, dass die Zahl nicht sofort überschaubar ist. Der zur Menschenmenge gehörende Personenkreis muss so groß sein, dass es auf das Hinzukommen oder Weggehen Einzelner – und zwar aus Sicht der Außenstehenden – nicht mehr ankommt. Wesentlich ist, dass die Personen einen räumlichen Zusammenhang herstellen, so dass bei Außenstehenden die

Vorstellung einer Menschenmenge als räumlich verbundenes Ganzes entsteht.

6. Eine Ansammlung von 15 bis 20 Personen kann eine Menschenmenge sein im Sinne des § 125 StGB sein, wobei hierin keine strikte Untergrenze zu sehen ist. Sogar eine Gruppe von zehn Personen kann ausreichen, wenn besondere Umstände – insbesondere eine auf die räumliche Enge zurückzuführende Unübersichtlichkeit am Tatort – es für den Außenstehenden unmöglich machen, die Größe der Menge und die von ihr ausgehende Gefahr zu erfassen.

#### **719. BGH 1 StR 37/19 – Beschluss vom 26. April 2019 (LG Augsburg)**

Raub (Zueignungsabsicht).

§ 249 Abs. 1 StGB

Eine Zueignungsabsicht scheidet aus, wenn der Täter die fremde bewegliche Sache nur wegnimmt, um sodann gestellt zu werden und die Sache sogleich wieder an den Eigentümer zurückgelangen zu lassen (vgl. BGH GA 1969, 306 f.). Dass die Aneignung vom Täter nur als mögliche Folge seines Verhaltens in Kauf genommen wird, reicht nicht aus. Vielmehr muss er sie für sich oder einen Dritten mit unbedingtem Willen erstreben.

#### **659. BGH 3 StR 567/18 – Urteil vom 2. Mai 2019 (LG Koblenz)**

Urteilstenor bei der Verurteilung wegen besonders schweren Raubes (Kennzeichnung der Qualifikation; keine Aufnahme der gemeinschaftlichen Begehungsweise).

§ 260 StPO; § 250 Abs. 2 StGB

Bei der Verurteilung wegen besonders schweren Raubes (§ 250 Abs. 2 StGB) verlangt die von § 260 Abs. 4 S. 1 StPO geforderte rechtliche Bezeichnung der Straftat eine Kennzeichnung der Qualifikation in der Urteilsformel, durch die der gegenüber § 250 Abs. 1 StGB erhöhte Unrechtsgehalt zum Ausdruck kommt. Demgegenüber ist die gemeinschaftliche Begehungsweise der Tat nicht in den Urteilstenor aufzunehmen, weil es sich um eine Tatmodalität handelt, die kein eigenes Unrecht verkörpert.

#### **707. BGH 4 StR 449/18 – Beschluss vom 8. Mai 2019 (LG Halle)**

Bedrohung (Konkurrenzen: Gesetzeskonkurrenz gegenüber Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte).

§ 113 StGB; § 241 StGB

Der Straftatbestand der Bedrohung tritt im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter einen gleichzeitig verwirklichten Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte zurück.

## III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

**692. BGH 2 StR 561/18 – Beschluss vom 27. März 2019 (LG Darmstadt)**

BGHR; Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (keine Mitverfügungsbefugnis am Tatertrag eines abgeschlossenen Betäubungsmittelgeschäfts durch Geldwechsell); Einziehung des Wertes von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern (keine Vereitelungshandlung durch tatplangemäße Rückgabe gewechselter Geldscheine); Geldwäsche (Verschleierung durch Geldwechsell).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 74c Abs. 1 StGB; § 261 Abs. 7 StGB

1. Wechselt ein Tatbeteiligter Geldscheine in „kleiner“ Stückelung aus einem vorausgegangenen Betäubungsmittelgeschäft eines Tatgenossen zur Förderung dessen neuerlichen Betäubungsmittelankaufs gegen Geldscheine in „großer“ Stückelung, erlangt er keine Mitverfügungsbefugnis am Tatertrag des abgeschlossenen Betäubungsmittelgeschäfts. (BGHR)

2. Dieses Geld unterfällt der Einziehung als Tatmittel bzw. Tatobjekt des geförderten fremden Drogenankaufs sowie einer von ihm Tateinheitlich begangenen täterschaftlichen Geldwäsche. (BGHR)

3. Die tatplangemäße Rückgabe der gewechselten Geldscheine an den Tatgenossen zur Durchführung dessen Betäubungsmittelankaufs ist keine Vereitelungshandlung im Sinne des § 74c Abs. 1 StGB. (BGHR)

4. Nach § 73 Abs. 1 StGB setzt die Einziehung von Taterträgen voraus, dass der Täter oder Teilnehmer durch eine rechtswidrige Tat oder für sie etwas erlangt hat. Anknüpfungspunkt der Einziehungsentscheidung ist damit die konkrete rechtswidrige Tat, also der Tatbestand desjenigen Strafgesetzes, das der Täter oder Teilnehmer verwirklicht hat. „Durch die Tat“ erlangt sind Vermögenswerte, die dem Täter oder Teilnehmer aufgrund der Verwirklichung dieses Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaus zugewonnen sind, insbesondere also die Beute; „für die Tat“ sind Vorteile erlangt, die einem Beteiligten als Gegenleistung für sein rechtswidriges Handeln gewährt werden, jedoch nicht auf der Tatbestandsverwirklichung beruhen. (Bearbeiter)

5. Wer durch das Wechseln inkriminierter Geldscheine mit dem Ziel, die bei Betäubungsmittelgeschäften häufig vorkommende kleine Stückelung zu beseitigen und so zugleich das Entdeckungsrisiko eines Dritten zu minimieren, verwirklicht den Tatbestand einer Geldwäsche gemäß § 261 Abs. 1 Satz 1, Satz 2 Nr. 2b) StGB, indem er die Herkunft der aus den Betäubungsmittelgeschäften stammenden Gelder verschleiert. (Bearbeiter)

**673. BGH 5 StR 670/18 – Urteil vom 5. Juni 2019 (LG Hamburg)**

Erlangtes Etwas als Gegenstand der Einziehung von Taterträgen (tatsächliche Verfügungsgewalt; mehrere Beteiligte; wirtschaftliche bzw. faktische Mitverfügungsmacht; Abrede über die Beuteteilung; spätere Aufgabe der Verfügungsmacht).

§ 73 StGB

1. Ein Vermögenswert ist im Rechtssinne durch die Tat erlangt, wenn er dem Beteiligten in irgendeiner Phase des Tatablaus unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands so zugewonnen ist, dass er hierüber tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben kann. Bei mehreren Beteiligten genügt insofern, dass sie zumindest eine faktische bzw. wirtschaftliche Mitverfügungsmacht über den Vermögensgegenstand erlangt haben. Das ist regelmäßig der Fall, wenn die Beteiligten im Sinne eines rein tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses ungehinderten Zugriff auf den Vermögensgegenstand nehmen können.

2. Faktische Mitverfügungsgewalt kann aber – jedenfalls bei dem vor Ort anwesenden, die Beute oder Teile davon in den Händen haltenden Mittäter – auch dann vorliegen, wenn sich diese in einer Abrede über die Beuteteilung widerspiegelt. Denn damit „verfügt“ der Mittäter zu seinen oder der anderen Beteiligten Gunsten über die Beute, indem er in Absprache mit Diesen Teile des gemeinsam Erlangten sich selbst oder den anderen zuordnet. Unerheblich ist bei der gebotenen gegenständlichen (tatsächlichen) Betrachtungsweise, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Beteiligte eine unmittelbar durch die Tat gewonnene (Mit-)Verfügungsmacht später aufgegeben hat.

**668. BGH 5 StR 231/19 – Beschluss vom 21. Mai 2019 (LG Leipzig)**

Strafzumessung (straferhöhende Berücksichtigung des Duldens einer falschen Zeugenaussage; Ausdruck von Rechtsfeindlichkeit und Uneinsichtigkeit).

§ 46 StGB

Das bloße Dulden einer vom Angeklagten weder veranlassen noch ihm im Vorhinein bekannten falschen Zeugenaussage darf nur dann strafferhöhend bei der Strafzumessung gewichtet werden, wenn dieses Prozessverhalten Ausdruck von Rechtsfeindlichkeit und Uneinsichtigkeit ist.

**665. BGH 5 StR 188/19 – Beschluss vom 21. Mai 2019 (LG Dresden)**

Einziehung des Wertes von Taterträgen (Schätzung der Höhe des Erlangten; Feststellung der Grundlagen der Schätzung).

§ 73 StGB



Im Rahmen der Einziehung des Wertes von Taterträgen ist eine Schätzung der Höhe des Erlangten grundsätzlich zulässig, sofern der Wert sich nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen lässt oder seine Ermittlung einen unverhältnismäßigen Aufwand an Kosten und Zeit erfordert. Jedoch müssen die Grundlagen, auf welche sich die Schätzung stützt, festgestellt und erwiesen sein.

**696. BGH 4 StR 45/19 – Beschluss vom 28. März 2019 (LG Halle)**

Einziehung des Wertes von Taterträgen (keine Bewilligung von Zahlungserleichterungen im Erkenntnisverfahren nach neuem Recht).

§ 42 StGB; § 73c Abs. 2 StGB aF; § 459g Abs. 5 StPO

1. § 73c Abs. 2 StGB aF, der ausdrücklich auf § 42 StGB verwies und damit die Möglichkeit der Bewilligung von Zahlungserleichterungen im Erkenntnisverfahren eröffnete, ist ersatzlos weggefallen. Etwaige Härten sind nunmehr gemäß § 459g Abs. 5 StPO ausschließlich im Vollstreckungsverfahren zu berücksichtigen. Für eine entsprechende Anwendung des § 42 StGB ist in Ermangelung einer planwidrigen Regelungslücke kein Raum.

2. Der Angeklagte ist durch den hierin liegenden Rechtsfehler jedoch nicht beschwert. Sollte im Vollstreckungsverfahren die Entreicherung des Angeklagten oder sonst festgestellt werden, dass die Vollstreckung der Einziehung des Wertes von Taterträgen unverhältnismäßig ist, so hat die Vollstreckung der Einziehungsanordnung zwingend zu unterbleiben.

**688. BGH 2 StR 450/18 – Beschluss vom 27. März 2019 (LG Frankfurt)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung einer Vorverurteilung; Hinweis auf Aufgabe einer abweichenden Auffassung des 3. Senats).

§ 55 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Das Landgericht hat von der Bildung einer weiteren Gesamtstrafe abgesehen. Dazu hat es auf das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 13. November 1985 – 3 StR 311/85 verwiesen.

2. Darin hatte der 3. Strafsenat – nicht tragend – die von bisheriger Rechtsprechung abweichende Auffassung geäußert, die Zäsurwirkung einer Vorverurteilung entfalle auch dann nicht, wenn die durch das frühere Urteil verhängte Strafe im Sinne von § 55 Abs. 1 Satz 1 StGB erledigt ist. Dem sind die anderen Strafsenate des Bundesgerichtshofs mit Rücksicht auf den Gesetzeswortlaut entgegengetreten. Der 3. Strafsenat hat die genannte Auffassung danach nicht aufrechterhalten.

3. Demnach ist es weiter ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass einer erledigten Verurteilung keine Zäsurwirkung zukommt.

**689. BGH 2 StR 518/18 – Beschluss vom 9. April 2019 (LG Köln)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussicht).

§ 64 Satz 2 StGB

1. Nicht jedes Risiko, dass in einer Entziehungsanstalt ein nachhaltiger Behandlungserfolg nicht erzielt wird, bedeutet zugleich, dass es an einer hinreichend konkreten Erfolgsaussicht fehlt.

2. Im Hinblick auf zahlreiche, in der Vergangenheit gescheiterte Therapien, bedarf es indes der eingehenden Darlegung der für eine hinreichend konkrete Erfolgsaussicht sprechenden Gesichtspunkte unter Mitteilung der diesbezüglichen Ausführungen des von der Strafkammer hinzugezogenen psychiatrischen Sachverständigen.

**674. BGH 5 StR 683/18 – Urteil vom 22. Mai 2019 (LG Hamburg)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gesamtwürdigung von Tat und Täter; Prognose; erhebliche rechtswidrige Taten; mittlere Kriminalität; Abwendung der Gefährdung durch andere medizinische Maßnahmen; Berücksichtigung bei der Vollstreckung).

§ 63 StGB

1. Eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 S. 1 StGB kommt als außerordentlich beschwerende Maßnahme nur dann in Betracht, wenn eine Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat ergibt, dass von ihm infolge seines Zustands erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist.

2. Bei den zu erwartenden Taten muss es sich um solche handeln, die geeignet erscheinen, den Rechtsfrieden schwer zu stören sowie das Gefühl der Rechtssicherheit erheblich zu beeinträchtigen, und damit zumindest dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzuordnen sind. Die Prognose ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstat zu stellen.

3. Für die Entscheidung, ob eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus anzuordnen ist, kommt es nicht darauf an, ob die vom Täter (aktuell noch) ausgehende Gefahr für die Allgemeinheit durch eine konsequente medizinische Behandlung oder andere Maßnahmen außerhalb des Maßregelvollzugs abgewendet werden kann. Ein derartiges täterschonendes Mittel kann erst bei der Frage der Aussetzung der Vollstreckung der Maßregel zur Bewährung Bedeutung erlangen.

**662. BGH 5 StR 109/19 – Beschluss vom 9. Mai 2019 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Schizophrenie; Wahnsymptome; Beweiswürdigung; Umfang der revisionsgerichtlichen Überprüfung; Gefährlichkeitsprognose; länger währende Straffreiheit).

§ 63 StGB

Die für die Maßregelanordnung nach § 63 StGB erforderliche Gefährlichkeitsprognose ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters,

seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstaten zu entwickeln. In diese Würdigung ist eine länger währende Straffreiheit regelmäßig als gewichtiges Indiz gegen die Wahrscheinlichkeit künftiger gefährlicher Taten einzu beziehen.

**694. BGH 4 StR 135/19 – Beschluss vom 7. Mai 2019 (LG Arnsberg)**

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

1. Eine Unterbringung nach § 63 StGB kommt nur in Betracht, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades dafür besteht, dass von dem Täter infolge seines fort dauernden Zustands erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird und er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist.

2. Die notwendige Prognose ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstat(en) zu entwickeln und hat sich darauf zu erstrecken, ob und welche rechtswidrigen Taten von dem Täter infolge seines Zustandes drohen, wie ausgeprägt das Maß der Gefährdung ist (Häufigkeit, Rückfallfrequenz) und welches Gewicht den bedrohten Rechtsgütern zukommt. Der Umstand, dass ein Täter trotz bestehender Grunderkrankung in der Vergangenheit über einen längeren Zeitraum nicht strafrechtlich in Erscheinung getreten ist, kann dabei ein gewichtiges Indiz gegen die Wahrscheinlichkeit künftiger gefährlicher Straftaten sein und ist deshalb regelmäßig zu erörtern.

**667. BGH 5 StR 99/19 – Urteil vom 22. Mai 2019 (LG Berlin)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; Begehung erheblicher

rechtswidriger Taten; Wahrscheinlichkeit höheren Grades; bloße Möglichkeit nicht ausreichend).  
§ 63 StGB

Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB erfordert im Rahmen der Gefährlichkeitsprognose eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades, der Täter werde infolge seines fort dauernden Zustands in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten begehen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird. Die bloße Möglichkeit der krankheitsbedingten Begehung rechtswidriger Taten genügt nicht.

**691. BGH 2 StR 61/19 – Beschluss vom 23. April 2019 (LG Köln)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang).  
§ 64 StGB

1. Ein symptomatischer Zusammenhang liegt vor, wenn der Hang allein oder zusammen mit anderen Umständen dazu beigetragen hat, dass der Täter eine erhebliche rechtswidrige Tat begangen hat und dies bei unverändertem Verhalten auch für die Zukunft zu erwarten ist, mithin die konkrete Tat in dem Hang ihre Wurzeln findet. Ein solcher Zusammenhang ist zu bejahen, wenn der Hang neben anderen Umständen mit dazu beigetragen hat, dass der Angeklagte erhebliche rechtswidrige Taten begangen hat. Dies liegt bei Delikten, die begangen werden, um Rauschmittel selbst oder Geld für ihre Beschaffung zu erlangen, nahe. Dies schließt indes die gegenteilige Feststellung im Einzelfall nicht aus. Inso weit ist jedoch eine sorgfältige und umfassende Analyse der konkreten Bedingungen erforderlich.

2. Der Anordnung einer Maßregel steht der Schluss entgegen, dass auch bei erfolgreichem Verlauf der Behandlung das Ausmaß der Gefährlichkeit des Täters nach Frequenz und krimineller Intensität der von ihm zu befürchtenden Straftaten nicht deutlich herabgesetzt wird.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**716. BGH 4 StR 605/18 – Beschluss vom 9. Mai 2019 (LG Zweibrücken)**

BGHSt; absolute Revisionsgründe (Grundsatz der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung; keine Verletzung durch fehlenden Beschluss über den Ausschluss der Öffentlichkeit für die Schlussvorträge in Verfahren wegen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung).  
§ 171b Abs. 3 Satz 2 GVG; § 174 Abs. 1 Satz 2 GVG; § 338 Nr. 6 StPO

1. Liegen die Voraussetzungen des § 171b Abs. 3 Satz 2 GVG vor, stellt das Fehlen eines den Ausschluss der

Öffentlichkeit für die Schlussvorträge anordnenden Gerichtsbeschlusses keinen absoluten Revisionsgrund nach § 338 Nr. 6 StPO dar. (BGHSt)

2. Die Verletzung des § 174 Abs. 1 Satz 2 GVG vermag auch nach § 337 StPO die Revision nicht zu begründen, weil das Urteil auf dem Verfahrensverstoß nicht beruht. Angesichts der dargestellten gesetzlichen Ausgestaltung des Ausschlussgrundes des § 171b Abs. 3 Satz 2 GVG ist auszuschließen, dass eine Beschlussfassung der Strafkammer zu einem abweichenden Verfahrensablauf geführt hätte. (Bearbeiter)

**682. BGH AK 15/19 StB 9/19 – Beschluss vom 3. Mai 2019 (OLG Stuttgart)**

BGHR; Fortdauer der Untersuchungshaft (Beschleunigungsgebot; Berücksichtigung von ursächlichem Verteidigerverhalten bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung; Versuch der Erzwingung einer zweiten Pflichtverteidigerbestellung; Inkaufnahme einer Aussetzung der Hauptverhandlung; Sachdienlichkeit; länger dauernde Untersuchungshaft); Unterstützung einer terroristischen Vereinigung.

§ 120 Abs. 1 S. 1 StPO; § 121 StPO; Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; § 129a StGB; § 129b StGB

1. Zur Berücksichtigung von für die Verfahrensdauer (mit-)ursächlichem Verteidigerverhalten bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Fortdauer der Untersuchungshaft. (BGHR)
2. Bleibt der Wahlverteidiger trotz Anreise zum und Anwesenheit am Verhandlungsort der Hauptverhandlung fern, um damit entgegen der ihm bekannten Rechtsauffassung des insoweit allein zur Entscheidung befugten Vorsitzenden des Strafsenats des Oberlandesgerichts eine Beiordnung als Pflichtverteidiger zu erzwingen, ist eine darauffolgende Aussetzung der Verhandlung und einer Verlängerung der Verfahrensdauer wesentlich auf das Verteidigerverhalten zurückzuführen. Es kommt für dessen Berücksichtigungsfähigkeit nicht maßgeblich darauf an, ob das Verteidigerverhalten sachdienlich ist. (Bearbeiter)
3. Gegen die Bewertung des unter (2.) geschilderten Verteidigerverhaltens als sachdienlich könnte sprechen, dass der Verteidiger um der Durchsetzung seiner Überzeugung von der Notwendigkeit eines zweiten Pflichtverteidigers willen eine Aussetzung der Hauptverhandlung in Kauf nahm, was im Ergebnis mit einiger Wahrscheinlichkeit zu einer längeren Dauer des Strafverfahrens und der den Angeklagten besonders belastenden Untersuchungshaft führen wird. (Bearbeiter)

**695. BGH 4 StR 16/19 – Beschluss vom 24. April 2019 (LG Offenburg)**

Anwesenheitsrecht bei richterlichen Vernehmungen (Einführung fehlerhafter richterlicher Vernehmungen als nichtrichterliche Vernehmungen).

§ 168c StPO; § 251 Abs. 1 StPO; § 265 StPO

Fehlerhaft zustande gekommene richterliche Vernehmungen, die wegen eines Verstoßes gegen § 168c StPO nicht verwertet werden können, dürfen als nichtrichterliche Vernehmung in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Voraussetzung hierfür ist, dass die Anforderungen des § 251 Abs. 1 StPO erfüllt sind, dass der Tatrichter sich des minderen Beweiswertes bewusst ist und dass dieser die Verfahrensbeteiligten auf die beabsichtigte Verwertung als nichtrichterliche Vernehmung gemäß § 265 StPO hingewiesen hat.

**670. BGH 5 StR 623/18 – Beschluss vom 7. Mai 2019 (LG Berlin)**

Beruhens des Urteils auf einer unterlassenen Entscheidung des Gerichts über die Beanstandung einer Maßnahme des Vorsitzenden (Rechtswidrigkeit der bean-

standeten Maßnahme; Möglichkeit erfolgreicherer Verteidigung); Zulässigkeit von Nachermittlungen der Staatsanwaltschaft.

§ 238 StPO; § 337 StPO; § 160 StPO

Grundsätzlich kann das Urteil nur auf dem Unterlassen einer Entscheidung des Gerichts nach § 238 Abs. 2 StPO beruhen (§ 337 Abs. 1 StPO), wenn die beanstandete Maßnahme des Vorsitzenden gegen das Verfahrensrecht verstoßen hat. War diese hingegen rechtmäßig, kann das Urteil allenfalls dann ausnahmsweise auf der unterbliebenen Entscheidung nach § 238 Abs. 2 StPO beruhen, wenn sich der Angeklagte bei Kenntnis der Gründe für die Zurückweisung seiner Beanstandung anders und erfolgreicher als geschehen hätte verteidigen können.

**657. BGH 3 StR 210/18 – Beschluss vom 2. Mai 2019 (LG Duisburg)**

Unbegründetheit der Anhörungsrüge (keine Begründungspflicht für mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbare Entscheidungen; nachgeschobene Beanstandungen).

§ 356a StPO; § 349 Abs. 2 StPO

Eine Begründungspflicht für letztinstanzliche, mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbare Entscheidungen besteht nicht. Das gilt auch dann, wenn in einer Gegenerklärung zur Antragschrift des Generalbundesanwalts und in späteren Schriftsätzen die Sachrüge erstmals näher ausgeführt wird. Eine Mitteilung des Gerichts, warum es nachgeschobene Beanstandungen für unbegründet erachtet, ist nicht erforderlich.

**693. BGH 2 StR 597/18 – Urteil vom 13. März 2019 (LG Marburg)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit); Revisionsbegründung (Zulässigkeit der Beschränkung der Revision).

§ 261 StPO; § 344 Abs. 1 StPO

1. Eine Beschränkung der Revision nach § 344 Abs. 1 StPO ist nur zulässig, soweit die Beschwerdepunkte nach dem inneren Zusammenhang des Urteils – losgelöst von seinem nicht angefochtenen Teil – tatsächlich und rechtlich unabhängig beurteilt werden können, ohne eine Überprüfung des Urteils im Übrigen erforderlich zu machen. Weiter muss gewährleistet sein, dass die nach Teilanfechtung stufenweise entstehende Gesamtscheidung frei von inneren Widersprüchen bleiben kann. Die Revisionsbeschränkung unter Ausklammerung eines Maßregelausspruchs ist deshalb unwirksam, wenn zugleich jedenfalls auch der Schuldspruch angegriffen wird, der von der Maßregelfrage nicht getrennt werden kann.

2. Die Beweiswürdigung ist originäre Sache des Tatrichters (§ 261 StPO). Allein ihm obliegt es, die Ergebnisse der Hauptverhandlung festzustellen und abschließend zu würdigen. Seine Schlussfolgerungen brauchen nicht zwingend zu sein. Es genügt, dass sie möglich sind. Das Revisionsgericht hat die Beweiswürdigung des Tatrichters selbst dann hinzunehmen, wenn eine anderweitige Beurteilung nähergelegen hätte oder überzeugender gewesen wäre. Es ist auf die Prüfung beschränkt, ob die Beweis-

würdigung des Tatgerichts mit Rechtsfehlern behaftet ist, weil sie Lücken oder Widersprüche aufweist, mit Denkgesetzen oder gesichertem Erfahrungswissen nicht übereinstimmt oder sich so weit von einer Tatsachengrundlage entfernt, dass sich hierzu gezogene Schlussfolgerungen letztlich als reine Vermutung erweisen. Insbesondere sind die Beweise erschöpfend zu würdigen. Dabei ist der Tatrichter gehalten, sich mit den festgestellten Tatsachen unter allen für die Entscheidung wesentlichen Gesichtspunkten auseinanderzusetzen, wenn sie geeignet sind, das Beweisergebnis zu beeinflussen.

**652. BGH 3 StR 21/19 – Beschluss vom 2. Mai 2019 (LG Mönchengladbach)**

Prüfung der Voraussetzungen eines Beweisverwertungsverbots wegen verbotener Vernehmungsmethoden in der Revisionsinstanz (Darlegungsvoraussetzungen; eigene Prüfung durch das Revisionsgericht; Freibeweisverfahren; keine Bindung an Feststellungen oder Beweiswürdigung des Tatgerichts).

§ 136a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 353 StPO

Die Voraussetzungen eines Beweisverwertungsverbots nach § 136a StPO sind in der Revisionsinstanz im Wege des Freibeweises aufzuklären; insoweit ist das Revisionsgericht zu eigener Prüfung berufen. Es ist grundsätzlich weder auf die Feststellungen des Tatgerichts beschränkt noch an dessen Beweiswürdigung gebunden.

**722. BGH 1 StR 79/19 – Beschluss vom 22. Mai 2019 (LG Heilbronn)**

Erforderliche Darstellung des Inhalts eines Sachverständigengutachtens im Urteil (erforderliche Darstellung bei DNA-Vergleichsgutachten: zusätzliche Anforderungen bei Mischspuren); gefährliche Körperverletzung (Begriff des hinterlistigen Angriffs: planvolles Verdecken der Angriffsabsicht).

§ 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

1. Ist dem Tatgericht mangels Sachkunde eine eigene Auseinandersetzung mit dem Inhalt des Gutachtens eines Sachverständigen nicht möglich, so genügt es zwar, dass er sich von der Sachkunde des Gutachters überzeugt und sich danach dem Ergebnis des Gutachtens anschließt. Jedoch muss es in diesem Fall die wesentlichen Anknüpfungstatsachen und Ausführungen des Sachverständigen im Urteil so wiedergeben, dass das Revisionsgericht prüfen kann, ob die Beweiswürdigung auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht und die Schlussfolgerungen nach den Gesetzen der Logik, den Erfahrungssätzen des täglichen Lebens und den Erkenntnissen der Wissenschaft möglich sind (st. Rspr.). Der Umfang der Darlegungspflicht richtet sich dabei nach der jeweiligen Beweislage und der Bedeutung, die der Beweisfrage für die Entscheidung zukommt (vgl. BGH NStZ 2013, 177, 178). Liegt dem Gutachten ein standardisiertes Verfahren zugrunde, wie es etwa beim daktyloskopischen Gutachten, der Blutalkoholanalyse oder der Bestimmung von Blutgruppen der Fall ist, so genügt die bloße Mitteilung des erzielten Ergebnisses (vgl. BGH NStZ 2011, 171 mwN).

2. Für molekulargenetische Vergleichsgutachten gilt nichts anderes. Nach der neueren Rechtsprechung muss in den in der forensischen Praxis gebräuchlichen Verfah-

ren lediglich das Gutachtenergebnis in Form der biostatistischen Wahrscheinlichkeitsaussage in numerischer Form mitgeteilt werden, sofern sich die Untersuchungen auf eindeutige Einzelspuren beziehen und keine Besonderheiten in der forensischen Fragestellung aufweisen (vgl. BGH NJW 2018, 3192, 3193).

3. Diese Vereinfachung gilt aber nicht für Mischspuren; solche Spuren weisen mehr als zwei Allele in einem DNA-System auf, mithin Zellmaterial von mehr als einer einzelnen Person. Insoweit ist nach wie vor grundsätzlich in den Urteilsgründen mitzuteilen, wie viele Systeme untersucht wurden, ob und inwieweit sich Übereinstimmungen in den untersuchten Systemen ergaben, mit welcher Wahrscheinlichkeit die festgestellte Merkmalskombination bei einer weiteren Person zu erwarten ist und, sofern der Angeklagte einer fremden Ethnie angehört, ob dieser Umstand bei der Auswahl der Vergleichspopulation von Bedeutung war. Bei Mischspuren können je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls strengere Anforderungen gelten, auch in Bezug auf die Vergleichspopulation. Gegebenenfalls ist es notwendig, ergänzende molekulargenetische Untersuchungen durchzuführen (vgl. BGH NStZ 2014, 477, 479). Regelmäßig wird sich die Angabe empfehlen, wie viele Spurenverursacher in Betracht kommen und um welchen Typ von Mischspur es sich handelt.

4. Ein hinterlistiger Überfall im Sinne der § 224 Abs. 1 Nr. 4 setzt voraus, dass sich die Absicht des Täters, dem Geschädigten die Verteidigungsmöglichkeit zu erschweren, äußerlich manifestiert, der Täter also seine Verletzungsabsicht planmäßig verbirgt. Ein plötzlicher Angriff oder das bloße Ausnutzen eines Überraschungsmoments reichen für sich allein nicht aus.

**726. BGH 1 StR 665/18 – Beschluss vom 25. April 2019 (LG München II)**

Begriff der prozessualen Tat („Nämlichkeit“ der Tat bei Serienstraftaten).

§ 264 StPO

Die „Nämlichkeit“ der Tat als geschichtlicher Vorgang ist gegeben, wenn ungeachtet möglicher erst durch die Hauptverhandlung aufgeklärter Einzelheiten bestimmte Merkmale die Tat weiterhin als einmaliges unverwechselbares Geschehen kennzeichnen. Auch bei Serienstraftaten wie hier den Missbrauchstaten zu Lasten eines Kindes bzw. einer Jugendlichen, die zudem erst nach längerer Zeit aufgedeckt werden, können der Ort und die Zeit des Vorgangs, das Täterverhalten, die ihm innewohnende Richtung, also die Art und Weise der Tatverwirklichung, und das Opfer die Vielzahl der Fälle ausreichend konkretisieren, sodass nicht nur die Umgrenzungsfunktion gewahrt ist, sondern auch die Übereinstimmung von angeklagtem und ausgeurteiltem Sachverhalt überprüft werden kann (vgl. BGHSt 32, 215, 218).

**653. BGH 3 StR 63/19 – Beschluss vom 2. April 2019 (LG Hannover)**

Voraussetzungen des Antrags auf Wiedereinsetzung (Zulässigkeit; Frist; Angaben über den Hinderungsgrund und den Zeitpunkt des Wegfalls des Hindernisses; eigenes Verschulden des Verteidigers).

## § 45 StPO

Gemäß § 45 Abs. 1 StPO ist der Antrag auf Wiedereinsetzung binnen einer Woche nach Wegfall des Hindernisses zu stellen. Demgemäß muss der Antrag Angaben

nicht nur über die versäumte Frist und den Hinderungsgrund, sondern auch über den Zeitpunkt des Wegfalls des Hindernisses enthalten. Dies gilt auch dann, wenn der Verteidiger eigenes Verschulden geltend macht.

## Rechtsprechung

## V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**713. BGH 4 StR 591/18 – Beschluss vom 15. Mai 2019 (LG Magdeburg)**

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (Mittäterschaft: Maßstab).

§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; 25 Abs. 2 StGB

1. Zwar erfordert der Tatbestand der unerlaubten Einfuhr von Betäubungsmitteln keinen eigenhändigen Transport der Betäubungsmittel über die Grenze, so dass Mittäter nach § 25 Abs. 2 StGB grundsätzlich auch ein Beteiligten sein kann, der das Rauschgift nicht selbst in das Inland verbringt. Voraussetzung dafür ist nach den auch insoweit geltenden Grundsätzen des allgemeinen Strafrechts aber ein die Tatbegehung objektiv fördernder Beitrag, der sich als ein Teil der Tätigkeit aller darstellt und der die Handlungen der anderen als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheinen lässt. Hierzu ist eine wertende Gesamtbetrachtung erforderlich.

2. Von besonderer Bedeutung sind dabei der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Einfluss bei der Vorbereitung der Tat und der Tatplanung, der Umfang der Tatbeteiligung und die Teilhabe an der Tatherrschaft oder jedenfalls der Wille dazu, so dass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch von dem Willen des Betroffenen abhängen. Entscheidender Bezugspunkt ist der Einfuhrvorgang selbst. Das bloße Interesse an dessen Gelingen genügt nicht, wenn der Betroffene keine Tatherrschaft oder keinen Tatherrschaftswillen hat. Eine Person, die den Einfuhrvorgang zwar veranlasst, aber keinen Einfluss auf dessen Durchführung hat, kann weder Mittäter noch Gehilfe der Einfuhr sein.

**703. BGH 4 StR 203/19 – Beschluss vom 8. Mai 2019 (LG Bielefeld)**

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Verwirklichung der qualifizierenden Umstände bei Teilakt des Handeltreibens, der sich auf eine geringe Menge Betäubungsmittel bezieht).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

Für eine Strafbarkeit nach § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG ist nicht erforderlich, dass sich der Teilakt des Handeltrei-

bens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, bei dem der Täter die qualifizierenden Umstände verwirklicht, selbst unmittelbar auf eine nicht geringe Menge an Betäubungsmitteln bezieht. Auch der Umgang mit einer geringen Menge von Betäubungsmitteln unter Mitschließen einer Schusswaffe oder eines sonstigen zur Verletzung von Personen geeigneten und bestimmten Gegenstandes reicht, sofern es sich um den Teilakt eines Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge handelt, zur Tatbestandserfüllung aus.

**712. BGH 4 StR 579/18 – Beschluss vom 22. Mai 2019 (LG Freiburg)**

Tateinheit; Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Tateinheit bei sich überschneidenden Ausführungshandlungen; Tatbestand des Erwerbs).

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

1. Mehrere Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln stehen zueinander in Tateinheit, wenn ihre tatbestandlichen Ausführungshandlungen sich – teilweise – überschneiden. So liegt bei aufeinanderfolgenden, sich auf unterschiedliche Betäubungsmittelmengen beziehenden Umsatzgeschäften eine jedenfalls teilweise Tateinheit begründende Überschneidung der objektiven Ausführungshandlungen darin, dass sich der Täter zu seinem Lieferanten begibt, um einerseits die vorangegangene Lieferung zu bezahlen und dabei zugleich eine neue, zuvor bestellte Lieferung abzuholen. Das Aufsuchen des Lieferanten als verbindendes Element, das gleichermaßen beiden Umsatzgeschäften dient, erfüllt bereits als solches die Voraussetzungen für das Vorliegen einer teilentischen Ausführungshandlung und damit für die Annahme von Tateinheit im Sinne von § 52 Abs. 1 StGB.

2. Der Tatbestand des Erwerbs von Betäubungsmitteln ist dann gegeben, wenn der Täter die Verfügungsgewalt über das Betäubungsmittel entgeltlich oder unentgeltlich im einverständlichen Zusammenwirken mit dem Vorbesitzer erlangt hat. Nur wenn ein solches Zusammenwirken nicht vorliegt oder nicht nachweisbar ist, liegen die Auffangtatbestände des Sichverschaffens oder des Besitzes vor.

# Ablehnung eines ausschließlich im Ermittlungsverfahren tätig gewordenen Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit

„Person vor Papier“ vs. „Heilung durch Hauptverhandlung“ – zugleich Besprechung von BGH, Beschluss vom 13. Februar 2019 – 2 StR 485/18 = HRRS 2019 Nr. 449

Von Dr. iur. Oliver Harry Gerson, Passau\*

## I. Einführung

Der Beschluss vom 13. Februar 2019 behandelt die Unterschiede zwischen „Übersetzer“ (Sachverständiger nach den §§ 72 ff. StPO) und „Dolmetscher“ (Beteiligter *sui generis* i.S.d. § 185 GVG). An der Konstellation ist besonders, dass die „Befangenheit“ (genauer: „Besorgnis der Befangenheit“) eines von den Ermittlungsbehörden beauftragten und ausschließlich im Ermittlungsverfahren tätig gewordenen Übersetzers im Raum steht. Die überwiegende Auffassung geht – gegen den Wortlaut und die Systematik des § 74 StPO – für diese Fälle davon aus, dass eine Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit nur dann möglich sei, wenn dieser in der Hauptverhandlung vom Gericht gehört wird. Die übersetzten Wortprotokolle könnten nach § 249 Abs. 1 StPO in die Hauptverhandlung eingeführt und müssten lediglich auf ihre inhaltliche Richtigkeit überprüft werden. Das ist angreifbar, denn diese zirkuläre Normanwendung führt zu einer empfindlichen Rechtsverkürzung seitens des Ablehnenden. Der für die Überprüfung der Richtigkeit der Übersetzungen definierte Maßstab soll sich zudem in der Pflicht des Tatgerichts zur „gewissenhaften Aufklärung“ erschöpfen. Das „Fortwirken“ von Übersetzungsleistungen eines befangenen Sachverständigen verhindert das nicht.

### 1. Zum Sachverhalt

Im Ausgangsfall des LG Darmstadt<sup>1</sup> ging es um zwei wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in drei Fällen verurteilte

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

<sup>1</sup> LG Darmstadt, Urt. v. 6. Juni 2018 – 900 Js 49484/16 – 12 Kls.

Angeklagte (Gesamtfreiheitsstrafen von sieben Jahren und sieben Jahren und sechs Monaten). Mit zulässiger Verfahrensrüge griffen beide an, dass ein wegen Besorgnis der Befangenheit gestelltes Ablehnungsgesuch gegen einen im Vorverfahren tätig gewordenen Sachverständigen zurückgewiesen wurde. Hintergrund des Ablehnungsantrages waren Übersetzungsarbeiten umfangreicher Gespräche aus Telekommunikationsüberwachung, übertragen und verschriftlicht von einem vom Hessischen LKA beauftragten Übersetzer. Die Übersetzungen waren erforderlich, da die Gespräche teils in spanischer, teils in „Berbersprache“ geführt wurden. Einige der bei den Akten befindlichen und übersetzten Wortprotokolle wurden in der Hauptverhandlung auf Anordnung des Vorsitzenden nach § 249 Abs. 1 StPO verlesen. Um die Einführung weiterer Gesprächsprotokolle zu unterbinden, ersuchten die Angeklagten die „Ablehnung des Dolmetschers, der die TKÜ übersetzt hat“ wegen Besorgnis der Befangenheit. Die Ablehnung wurde darauf gestützt, dass der Übersetzer die ihm vorgelegten Telefongespräche nicht nur wörtlich übertragen, sondern um eigene Interpretationen und Erläuterungen in seiner Verschriftlichung ergänzt habe. In Klammern eingefügt fanden sich in den übersetzten Wortprotokollen u.a. die Hinweise „Er (LKW-Fahrer)“, „dorthin (verm. Ba.)“, „etwas (Probe)“ usw.

Das Landgericht lehnte die Befangenheitsanträge „gegen den Dolmetscher“ mit dem Argument ab, dass der die entsprechende Anwendung der Regelungen über die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit des Sachverständigen anordnende § 191 GVG nur auf solche Dolmetscher bzw. Sachverständige anzuwenden sei, die *vom Gericht* zugezogen werden. Die Revisionsführer bewerteten die Verlesung nach § 249 Abs. 1 StPO von im Ermittlungsverfahren erstellten Übersetzungen des „sachverständigen Dolmetschers“ hingegen wie die Konstellation, in der der Sachverständige selbst in der Hauptverhandlung vernommen wird. Demzufolge hätten die übersetzten Wortprotokolle des – nach Sicht der

Revisionsführer „befangenen Dolmetschers“ – schon nicht durch Verlesung in die Hauptverhandlung eingeführt, zumindest aber nicht verwertet werden dürfen.

## 2. Leitlinien des Beschlusses

Der BGH erkennt keine Rechtsfehler in der Ablehnung des Befangenheitsgesuchs „gegen den Dolmetscher“ durch das Landgericht und verwirft die Revision in diesem Punkt.<sup>2</sup>

Zunächst handele es sich bei dem vom LKA beauftragten Sprachkundigen nicht um einen „Dolmetscher“ i.S.d. §§ 185 ff., 191 GVG, sondern um einen „Übersetzer“, der Sachverständiger sei, und für dessen Ablehnung § 74 StPO direkt gelte.

Außerdem greife ein Ablehnungsgesuch wegen Besorgnis der Befangenheit gegenüber dem ausschließlich im Ermittlungsverfahren tätig gewordenen Übersetzer ins Leere. Es sei nur möglich, einen im Ermittlungsverfahren von den Ermittlungsbehörden herangezogenen Sachverständigen abzulehnen, wenn dieser vom Gericht auch in der Hauptverhandlung vernommen werden soll. Die anstelle der persönlichen Vernehmung nach § 249 Abs. 1 StPO im Wege des Urkundsbeweises prozessordnungsgemäß eingeführten Wortprotokolle mussten von der zuständigen Strafkammer – soweit Einwände erhoben wurden – lediglich auf ihre inhaltliche Richtigkeit hinterfragt werden. Das Tatgericht hatte sich gewissenhaft Aufklärung zu verschaffen, ob die Übersetzung sorgfältig erfolgt sei. Wie sich das Tatgericht diese Überzeugung von der sorgfältigen Übersetzung verschaffe, bleibe ihm nach Maßgabe seiner Aufklärungspflicht selbst überlassen.

Bei den vermeintlich unzulässigen Interpretationen handele es sich zudem ausschließlich um dem Verständnis und der Klarstellung dienende Hinweise. Da diese ausnahmslos in Klammern gesetzt und teilweise mit einem „vermutlich“ gekennzeichnet wurden, sei nicht von einer Überschreitung der einem Übersetzer zugewiesenen Kompetenzen auszugehen, die die Besorgnis der Befangenheit begründen könne.

## II. Bewertung

Zustimmungswürdig sind die Einordnung des tätig gewordenen Sprachkundigen als „Sachverständiger“ (dazu II.1.), sowie die Bewertung in der Sache, dass die Ergänzungen in den Übersetzungen nicht über die Kompetenzen eines Übersetzers hinausgehen und daher die Befangenheit nicht besorgen können (dazu II.2.). Angreifbar ist der generelle Ausschluss eines Befangenheitsgesuchs gegenüber einem nur im Vorverfahren tätig gewordenen und in der Hauptverhandlung nicht vernommenen Übersetzer. Dadurch können Umstände, die eine Befangenheit in der Person des Sachverständigen besorgen, von den Ablehnungsberechtigten nur unzureichend beanstandet werden (dazu II.3.).

<sup>2</sup> Als „Teilerfolg“ wird von der Einziehung sichergestellter Mobiltelefone der Angeklagten nach § 421 Abs. 1 Nr. 2 StPO abgesehen.

## 1. Zur Abgrenzung von § 74 StPO und § 119 GVG

Der BGH hat den im Vorverfahren beauftragten „Übersetzer“, der die Inhalte der TKÜ-Überwachung in deutsche Sprache übersetzt und verschriftlicht hat, zutreffend als Sachverständigen nach §§ 72 ff. StPO und nicht als „Dolmetscher“ i.S.d. § 185 GVG eingeordnet.

### a) Unterschiede zwischen „Dolmetscher“ und „Übersetzer“

Zugang *zum* und Ausweg *aus* dem Rechtsstreit vollziehen sich über Sprache.<sup>3</sup> Im deutschen Verfahren ist die Gerichtssprache Deutsch, § 184 S. 1 GVG.<sup>4</sup> Beherrscht ein Beteiligter die deutsche Sprache nicht oder in nicht ausreichendem Maße, ist ein Dolmetscher hinzuzuziehen. Für die gerichtliche Verhandlung regelt dies § 185 Abs. 1 S. 1, Abs. 2 e. contr. GVG, (auch) für das Ermittlungsverfahren ergibt sich das aus § 187 Abs. 1 S. 1 GVG,<sup>5</sup> jeweils i.V.m. Art. 3 Abs. 3, 103 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK. Aufgabe des Dolmetschers ist die Vermittlung sprachlicher Bedeutungsinhalte im Rechtsverkehr,<sup>6</sup> d.h. die Ermöglichung von „Sich-Verstehen“ durch Schaffung einer gemeinsamen Kommunikationsbasis. Er gewährleistet effektives rechtliches Gehör und dient der Wahrheitsfindung.<sup>7</sup> Die Subjektstellung des Beschuldigten wäre beschädigt, würde man Übersetzungsleistungen versagen, um „Verständigung und Verteidigung“ gegeneinander auszuspielen.<sup>8</sup>

Wenngleich das wesentliche Aufgabengebiet des Dolmetschers in der *Übersetzung* (in der Regel von der Sprache des Gerichts in die Muttersprache oder eine sonst geläufige Sprache des Beteiligten und *vice versa*) liegt,<sup>9</sup> ist er vom „Übersetzer“ bzw. Sprachkundigen zu unterscheiden.<sup>10</sup> Dieser ist für die *schriftliche*<sup>11</sup> (vgl. auch §§ 82,

<sup>3</sup> Zur entscheidenden Rolle eines Dolmetschers und seinem Manipulationspotenzial *Sommer*, Effektive Strafverteidigung, 3. Auflage (2016), S. 415 ff. Zur Funktion der Sprache als Instrument der Wirklichkeitserschaffung *Gerson*, Wahrnehmungslenkende Funktion der Sprache im Strafprozess – Verfahrensbalance durch kommunikative Autonomie, in: Deckers/Köhnken (Hrsg.), Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess (2018), S. 154 ff.

<sup>4</sup> Für die ordentliche Gerichtsbarkeit direkt anwendbar; Verweisungen finden sich in § 9 Abs. 2 ArbGG, § 17 BVerfGG, § 8 FGG, § 52 Abs. 1 FGO, § 61 Satz 1 SGG, § 55 VwGO, § 46 Abs. 1 OWiG.

<sup>5</sup> SSW-StPO/*Rosenau*, 3. Aufl. (2018), § 187 GVG Rn. 1.

<sup>6</sup> BGHSt 1, 4 ff.; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25. März 2003 – 1 Ws 381/02, Rn. 6; HK-StPO/*Schmidt*, Strafprozessordnung, 6. Aufl. (2019), § 185 Rn. 1.

<sup>7</sup> BVerfG NJW 2004, 50, 51. Für das Zivilverfahren OLG Nürnberg, Beschl. v. 6. April 1999 – 5 W 786/99, Rn. 8.

<sup>8</sup> *Bung* StV Editorial 9/2014.

<sup>9</sup> Vgl. auch BGH, Urt. v. 25. Januar 1966 – 1 StR 491/65. Die Bundesregierung plant eine Offensive zur Qualitätssteigerung und – Sicherung für Gerichtsdolmetscher, vgl. BReg, Eckpunkte zur Modernisierung des Strafverfahrens (BT-Drs. 19/10388 v. 16. Mai 2019), Nr. 3.

<sup>10</sup> *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 1517c.; HK-GS/*Habetha*, 4. Aufl. (2017), § 72 Rn. 5.

<sup>11</sup> LR-StPO/*Wickern*, 26. Aufl. (2010), § 184 GVG Rn. 5; SSW-StPO/*Rosenau*, a.a.O. (Fn. 5), § 185 GVG Rn. 8.

168b StPO<sup>12</sup>) Übermittlung und Transkription fremdsprachiger und *außerhalb des Verfahrens* getätigter Äußerungen zuständig.<sup>13</sup> Der Dolmetscher fungiert als Mittler gelebter (Echtzeit-)Kommunikation und trägt zum Gelingen sich aktualisierender Gesprächsinteraktionen bei, der Übersetzer wirkt als Mittler bereits abgeschlossener Kommunikation für einen nachgelagerten, sprachunkundigen Dritten, regelmäßig in Schriftform. Der Übersetzer ist Sachverständiger nach §§ 72 ff. StPO,<sup>14</sup> der Dolmetscher Beteiligter *sui generis*.<sup>15</sup> Beide sind „Gehilfen des Gerichts“.<sup>16</sup>

## b) Zum Fall

Der vom hessischen LKA herangezogene Sprachkundige hat zwar „gelebte Dialoge“ aus Telekommunikationsüberwachung übersetzt. Seine Vermittlung diente jedoch nicht der Echtzeit-Verständigung *während* des Kommunikationsaktes *und zwischen* den unmittelbar Beteiligten, sondern der nachträglichen Verständlichmachung bereits abgeschlossener Kommunikation für einen sprachunkundigen Dritten (hier: die Ermittlungsbehörden) in Schriftform. Der tätig gewordene Sprachkundige ist daher „Übersetzer“ und somit Sachverständiger nach den §§ 72 ff. StPO und nicht „Dolmetscher“ i.S.d. § 185 GVG,<sup>17</sup> so dass für die Frage seiner Ablehnung nicht auf § 191 GVG, sondern auf § 74 GVG rekurriert werden muss. Für den Prüfungsumfang ergibt sich daraus kein Unterschied.<sup>18</sup>

<sup>12</sup> SSW-StPO/Bosch, 3. Aufl. (2018), § 82 Rn. 2.

<sup>13</sup> MüKo-StPO/Trück (2014), § 72 Rn. 24.

<sup>14</sup> OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25. März 2003 – 1 Ws 381/02, Rn. 6; LR-StPO/Wickern a.a.O. (Fn. 11), § 184 GVG Rn. 8; SK-StPO/Rogall, 5. Aufl. (2018), vor § 72 Rn. 96.

<sup>15</sup> So Eisenberg, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 1517; Meyer-Goßner/Schmitt, 62. Aufl. (2019), § 185 GVG Rn. 7; SSW-StPO/Rosenau, a.a.O. (Fn. 5), § 191 GVG Rn. 1.

<sup>16</sup> BGHSt 4, 154 f.; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25. März 2003 – 1 Ws 381/02, Rn. 6; OLG Nürnberg, Beschl. v. 6. April 1999 – 5 W 786/99, Rn. 8; LR-StPO/Wickern, a.a.O. (Fn. 11), § 191 GVG Rn. 2; gegen diese Bezeichnung insbesondere SK-StPO/Rogall, a.a.O. (Fn. 14), vor § 72 Rn. 35.

<sup>17</sup> Vgl. auch Hamm/Pauly, Beweisantragsrecht, 3. Aufl. (2019), Rn. 119. Ungewöhnlich bzw. falsch daher die Verwendung von „Dolmetscher“ in den Beschlüssen des LG Darmstadt StV 1990, 258 und 1995, 239 bei der Übersetzung von Gesprächen aus Telefonüberwachungen sowie des LG Berlin StV 1994, 180 und in BGH, Urt. v. 1. August 1967 – 1 StR 287/67; unscharf auch die Formulierung „[e]in Dolmetscher bzw. Übersetzer wird wie ein Sachverständiger tätig“ in Hessisches Landessozialgericht, Urt. v. 18. Februar 1981 – L 8 Kr 761/80, Rn. 28 für den Fall eines Richters, der ein Attest aufgrund eigener Sprachkenntnisse übersetzt. Auch das RG nannte den Übersetzer einer Urkunde zum Teil „Dolmetscher“, vgl. RGSt 27, 268 ff. Nicht nachvollziehbar ist, weshalb für eine im Vorverfahren für die Polizei tätige Übersetzerin „§§ 74 StPO i.V.m. § 191 GVG“ greifen, vgl. aber BGH NStZ 2008, 50 = HRRS 2007 Nr. 828.

<sup>18</sup> BGH, Urt. v. 4. Juli 2018 – 2 StR 485/17, Rn. 23 = HRRS 2018 Nr. 884; OLG Nürnberg, Beschl. v. 6. April 1999 – 5 W 786/99, Rn. 6; folgerichtig daher auch die Strafbarkeit wegen § 154 StGB bei unrichtiger Übersetzung durch den vereidigten Dolmetscher, vgl. OLG Koblenz, Urt. v. 22. März 2017 – 1 OLG 4 Ss 201/16 (2); LR-StPO/Wickern, a.a.O. (Fn. 11), § 185 GVG Rn. 39; nicht analog anwendbar ist hingegen der § 77 StPO, vgl. OLG Karlsruhe, Beschl. v. 25. März 2003 – 1 Ws 381/02, Rn. 8 ff.; KG Berlin, Beschl.

## 2. Ablehnung eines Sachverständigen wegen „Besorgnis der Befangenheit“

Worteläuterungen des Übersetzers, die lediglich der Klarstellung dienen und auch als solche gekennzeichnet sind, stellen keine Kompetenzüberschreitung dar, die die Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit begründet.

### a) Grundsätzliches zur Ablehnung des Sachverständigen

Die Ablehnung des Sachverständigen richtet sich gem. § 74 Abs. 1 S. 1 StPO nach den für den Richter geltenden §§ 22 ff. StPO.<sup>19</sup> Anders als ein Zeuge, der nicht abgelehnt werden kann, ist ein Sachverständiger grundsätzlich austauschbar.<sup>20</sup> Grund der Ablehnung nach §§ 74 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 24 Abs. 2 StPO ist die (Besorgnis der) Befangenheit.<sup>21</sup> Wie beim Richter<sup>22</sup> (Unparteilichkeit und Unabhängigkeit des Richters fußen<sup>23</sup> auf Art. 97 Abs. 1 GG und Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK<sup>24</sup>) ist die Besorgnis der Befangenheit begründet, wenn aus Sicht des – verständigen – Ablehnenden Misstrauen gegen den

v. 21. November 2007 – 1 AR 1087/07 – 1 Ws 199/07; LG Cottbus, Beschl. v. 11. August 2008 – 24 jug Qs 40/08.

<sup>19</sup> Ein echter Ausschlussgrund für den Sachverständigen existiert nur in § 87 Abs. 2 S. 3 StPO. Die für den Richter als Ausschlussgründe wirkenden §§ 22 Nr. 1 bis 4 StPO werden aber wie „zwingende Ablehnungsgründe“ behandelt, vgl. BGHSt 18, 214 = NJW 1963, 821; Eisenberg, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 1549; SSW-StPO/Bosch, a.a.O. (Fn. 12), § 74 Rn. 2; HK-StPO/Brauer, Strafprozessordnung, 6. Aufl. (2019), § 74 Rn. 3; a.A. Krause, in: Schroeder / Zipf (Hrsg.), FS Maurach (1972), S. 549, 557. Die Konstellation des § 23 StPO hat für den Sachverständigen praktisch keine Bedeutung.

<sup>20</sup> LR-StPO/Krause, 27. Aufl. (2017), § 74 Rn. 1; HK-StPO/Brauer, a.a.O. (Fn. 19), § 74 Rn. 1; SSW-StPO/Bosch, a.a.O. (Fn. 12), § 74 Rn. 1; MüKo-StPO/Trück, a.a.O. (Fn. 13), § 74 Rn. 1. Erb ZStW 121 (2009), 882, 886 f. sieht § 74 StPO hingegen als inkonsequente Regelung an, da der Sachverständige gerade nicht „richterähnlich“ sei. Das Argument der „Austauschbarkeit“ lässt er nicht gelten; diff. Pawlak, Ablehnung des Sachverständigen im Strafverfahren wegen Befangenheit? Eine Untersuchung zur Berechtigung des § 74 StPO (1998), S. 60 ff., 70 ff. mit einer Aufarbeitung des Diskussionsstands seit dem 19. Jhr. Seit dieser Zeit ist die „Doppelnatur des Sachverständigen“ (Gehilfe und Beweismittel) anerkannt, die Ausgestaltung der Ablehnung „gleich dem Richter“ aber umstritten. Die Frage der Ablehnung „gleich einem Richter“ wurde in den einzelnen partikularrechtlichen Kodifikationen eigenständig gehandhabt.

<sup>21</sup> Eine Übersicht zu den häufigsten Fallgruppen bieten Eisenberg NStZ 2006 368, 371 ff. und MüKo-StPO/Trück, a.a.O. (Fn. 13), § 74 Rn. 8 ff.

<sup>22</sup> KK-StPO/Hadamitzky, 8. Aufl. (2019), § 74 Rn. 4.

<sup>23</sup> BVerfGE 30, 149, 153 = NJW 1971, 1029 f.; der EGMR prüft die Garantien eng verknüpft, vgl. nur Findlay vs. Vereinigtes Königreich, Urt. v. 25. Februar 1997 – 22107/93, § 73.

<sup>24</sup> Zur Unabhängigkeit EGMR Piersack v. Belgien, Urt. v. 1. Oktober 1982 – 8692/79, § 27; Kadubec vs. Slowakei, Urt. v. 2. September 1998 – 27061/95, § 56 und vert. LR-StPO/Esser, 26. Aufl. (2012), Art. 6 EMRK, Rn. 140 ff. m.w.N. Zur Unparteilichkeit u.a. EGMR Fey vs. Österreich, Urt. v. 24. Februar 1993 – 14396/88, § 28 (subjective/objective test); Morel vs. Frankreich, Urt. v. 6. Juni 2000 – 34130/96, §§ 40 ff.



Sachverständigen gerechtfertigt erscheint.<sup>25</sup> Dies ist der Fall, wenn die nach außen erkennbare „innere Haltung“ des Abzulehnenden besorgen lässt, dass ihm die erforderliche Neutralität und Distanz zur Sache fehlen.<sup>26</sup> Verlangt werden „vernünftige Gründe“, die auch jedem Dritten einleuchten.<sup>27</sup> Die Regelung in § 74 Abs. 1 S. 1 i.V.m. § 24 Abs. 2 StPO verlagert somit die Perspektive: nicht entscheidend ist, welche Umstände die Urteilskraft / die Expertise des Abzulehnenden *tatsächlich* stören. Maßgeblich ist stattdessen, was ein vernünftiger Dritter (in seiner jeweiligen „Rolle“<sup>28</sup>) unter „befangens-machend“ verstehen kann. Das „innerpsychische Phänomen“<sup>29</sup> der Voreingenommenheit lässt sich nur durch Rückschluss nähern.<sup>30</sup> Eine subjektive Einsicht des Sachverständigen in seine mögliche Befangenheit ist – wie beim Richter – nicht zwingend.<sup>31</sup> Methodisch handelt es sich um eine widerlegliche Vermutung, die für die Unparteilichkeit streitet.<sup>32</sup> Solange keine Zweifel an der Unvoreingenommenheit bestehen und auch sonstige Einflussnahmen Dritter<sup>33</sup> ausgeschlossen sind, soll der Abzulehnenden als unparteilich – und damit unbefangen – gelten.

<sup>25</sup> BGHSt 8, 144, 145; StV 81, 55; 90, 398; LR-StPO/Krause, a.a.O. (Fn. 20), § 74 Rn. 11. Befangenheit hat eine sachliche und eine persönliche Komponente und kann durch den Terminus „Voreingenommenheit“ substituiert werden, vgl. Kierzkowski, Die Unparteilichkeit des Richters im Strafverfahren unter Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK (2016), S. 85; umfassende Begriffsklärungen bei Pawlak, a.a.O. (Fn. 20), S. 97 ff. vor.

<sup>26</sup> BVerfGE 21, 139, 146 = NJW 1967, 1123 f.; BGHSt 1, 34, 37 (LS 2); 45, 342, 353; HK-StPO/Temming, 6. Aufl. (2019), § 24 Rn. 5; Ignor ZIS 2012, 228, 231; Pawlak, a.a.O. (Fn. 20), S. 102 (jeweils für den Richter).

<sup>27</sup> BGHSt 21, 334, 341; BGH NJW 1969, 2293; JR 1957, 68; OLG Hamm NJW 1966, 1880; HK-StPO/Brauer, a.a.O. (Fn. 19), § 74 Rn. 5.

<sup>28</sup> Als Staatsanwalt, Privatkläger oder Beschuldigter, vgl. §§ 24 Abs. 3, 74 Abs. 2 S. 1 StPO. Ebenfalls berechtigt sind der Nebenkläger im Rahmen seiner Verfahrensbeteiligung, § 397 Abs. 1 S. 3 StPO, der Einziehungs- und Nebenbeteiligte, §§ 424, 438 StPO, bei Richtern auch der Antragsteller im Adhäsionsverfahren (BVerfG NJW 2007, 1670 = HRRS 2007 Nr. 127) sowie der Antragsteller im Klageerzwingungsverfahren; vgl. auch HK-StPO/Temming, a.a.O. (Fn. 26), § 24 Rn. 28 und LR-StPO/Krause, a.a.O. (Fn. 20), § 74 Rn. 16 m.w.N.

<sup>29</sup> Herzog, Öffentlichkeits- und Medienarbeit des Strafverteidigers (Litigation-PR), (2014), S. 77.

<sup>30</sup> Pawlak, a.a.O. (Fn. 20), S. 108 ff. Unabhängig jeder normativen Konstruktion bleibt es eine subjektive Frage, so auch Müller, Richterliche Unabhängigkeit und Unparteilichkeit nach Art. 6 EMRK (2015), S. 119.

<sup>31</sup> LR-StPO/Krause, a.a.O. (Fn. 20), § 74 Rn. 11; SSW-StPO/Bosch, a.a.O. (Fn. 12), § 74 Rn. 3; KK-StPO/Hadamitzky, a.a.O. (Fn. 22), § 74 Rn. 4; Eisenberg NStZ 2006, 368, 370 m.w.N.

<sup>32</sup> Für Richter vgl. BGHSt 22, 289 = NJW 1969, 703 (Lesen von Presseberichten durch Laienrichter); Krekeler NJW 1981, 1633, 1635.

<sup>33</sup> Vert. HK-StPO/Temming, a.a.O. (Fn. 26), § 24 Rn. 7: gemeint sind u.a. Beeinflussungen durch Kollegen und durch andere Justizangehörige sowie die Medien zumindest dann, wenn der Richter Anlass zu der Befürchtung gibt, er werde dem Druck nachgeben, vgl. RGSt 66, 385; OLG Celle MDR 1971, 774: „Der Richter hat seine Unabhängigkeit gegen Eingriffe der Justizverwaltung zu verteidigen.“ Entsprechendes dürfte für den Sachverständigen gelten.

Der Ablehnungsantrag gegen den Sachverständigen, der in der Hauptverhandlung zu stellen (bzw. zu wiederholen<sup>34</sup>) ist,<sup>35</sup> ist formlos möglich.<sup>36</sup> Ein erfolgreiches Ablehnungsgesuch schließt die weitere Vernehmung des Sachverständigen als „völlig ungeeignetes Beweismittel“ nach § 245 Abs. 2 StPO aus,<sup>37</sup> zumindest aber ist die Verwertung des bereits erstatteten Gutachtens untersagt.<sup>38</sup> Ein erfolgreich abgelehnter Sachverständiger / Dolmetscher darf auch nicht als Zeuge über den Inhalt der von ihm übersetzten Einlassung des Angeklagten vernommen werden.<sup>39</sup>

Ob Besorgnis der Befangenheit vorgelegen hat, ist – anders als bei der Ablehnung des Richters – eine Rechtsfrage.<sup>40</sup>

## b) Zum Fall

Die eingefügten Anmerkungen in der Verschriftlichung der Übersetzung reichen nicht aus, um eine Befangenheit zu besorgen. Erläuterungen durch den Übersetzer sind zulässig, sofern sie dem Auftraggeber die Interpretationshoheit belassen. Solange eigene – den Übersetzungswortlaut verlassende – Ergänzungen gekennzeichnet werden, verbleibt das „letzte Wort“ beim Rezipienten. Werden Personalpronomen oder Lokaladverbien verwendet, um Bezeichnungen im originären Referenztext einer besseren Verständlichkeit zuzuführen und den Textfluss zu fördern, ist bereits grundsätzlich keine einseitig belastende Interpretation gegeben. Auch liegt kein Fall einer „modifizierten Übersetzung“ vor, bei dem zwischen zwei möglichen Formulierungen bewusst eine tendenziöse verwendet wird.<sup>41</sup> Ein *vernünftiger Dritter* darf nicht davon ausgehen, dass die geschilderte, rein lexikalische Feinsteuerung eine zu Lasten der Angeklagten gehende Kompetenzanmaßung<sup>42</sup> des Übersetzers darstellt, insbesondere, wenn sie jeweils mit einem „vermutlich“ abgeschwächt wird.

<sup>34</sup> BGH NStZ-RR 2004, 118, 119; MüKo-StPO/Trück, a.a.O. (Fn. 13), § 74 Rn. 16.

<sup>35</sup> Eine im Ermittlungsverfahren geäußerte Beanstandung ist zu wiederholen.

<sup>36</sup> LR-StPO/Krause, a.a.O. (Fn. 20), § 74 Rn. 20; Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 15), § 74 Rn. 11.

<sup>37</sup> BGH StV 1999, 576; SSW-StPO/Bosch, a.a.O. (Fn. 12), § 74 Rn. 14.

<sup>38</sup> BGH NJW 2005, 445, 447; Erb ZStW 121 (2009), 882, 914.

<sup>39</sup> LG Köln StV 1992, 460 f.; Eisenberg, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 1561; a.A. für BayObLGSt 1997, 157 zu Fragen nach Gegenständen der „sinnlichen Wahrnehmung“; Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. (2017), § 27 Rn. 15: unverwertbar sind nur die sachverständigen Schlussfolgerungen.

<sup>40</sup> BGH StraFO 2016, 336 = 3 StR 142/15; NStZ 2008, 229 = HRRS 2007 Nr. 1100; SSW-StPO/Bosch, a.a.O. (Fn. 12), § 74 Rn. 17.

<sup>41</sup> Eisenberg, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 1517a mit Beispielen; LR-StPO/Krause, a.a.O. (Fn. 20), § 74 Rn. 15; LR-StPO/Wickern, a.a.O. (Fn. 11), § 191 GVG Rn. 4.

<sup>42</sup> Diese kann die Befangenheit grds. begründen, so Eisenberg, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 1552b und Eisenberg NStZ 2006, 368, 372.

### 3. Zur Aufklärungspflicht des Gerichts und zur „Fortwirkung“ befangener Gutachtertätigkeit

Der Senat schließt sich bei der Frage, ob ein Sachverständiger, der im Vorverfahren auf Veranlassung der Ermittlungsbehörden tätig geworden ist, wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden kann, ausdrücklich der herrschenden Meinung an:<sup>43</sup> diese lässt eine Ablehnung nur für den Fall zu, in dem der Sachverständige vom Gericht in der anschließenden Hauptverhandlung vernommen wird.<sup>44</sup> Geht es um Übersetzungsleistungen, kann das Gutachten, wenn das Gericht von dessen Richtigkeit überzeugt ist, nach § 249 Abs. 1 StPO verlesen werden. Die Feststellung der Richtigkeit habe nach Maßgabe der Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO zu erfolgen. Wie sich das Gericht diese Einsicht verschaffe, bleibe ihm selbst überlassen.

Es wirken folglich zwei Problemkreise zusammen: Zum einen, dass Übersetzungen eines Sachverständigen – als Ausnahme von § 250 StPO – durch Verlesung nach § 249 Abs. 1 StPO in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Zum anderen, dass die in der Person des Sachverständigen gründende Besorgnis der Befangenheit gerade und nur deshalb nicht gerügt werden kann, weil der Sachverständige aufgrund der Anwendung des § 249 Abs. 1 StPO nicht persönlich vom Gericht vernommen wird. Die Rechtsverkürzung für den Ablehnungsberechtigten (dieser verliert die Möglichkeit, erfolgreich ein Befangenheitsgesuch zu stellen) ergibt sich somit aus einer zirkulären Normanwendung.

Es bleibt überdies unbeantwortet, wie der Fall eines – unterstellt tatsächlich – befangenen Sachverständigen überhaupt erkannt werden soll. Erstellt dieser ein durch seine „Befangenheit“ kontaminiertes Gutachten, kann dieses durch Verlesung nach § 249 Abs. 1 StPO in der Überzeugungsbildung des Gerichts fortwirken, ohne dass ein effektives Instrument zur Beanstandung besteht.

#### a) Problemkreis (1): Verlesung der Übersetzung anstelle der Vernehmung des Übersetzers

Beweismittel, die für die gerichtliche Entscheidung von Bedeutung sind, müssen zulässig Teil der Beweisaufnahme werden, damit das Gericht seine Überzeugung vom Ergebnis der Beweisaufnahme aus dem Inbegriff der Verhandlung schöpfen kann, §§ 244 Abs. 2 i.V.m. § 261 StPO. Der in der StPO verankerte „Unmittelbarkeitsgrundsatz“ verlangt dazu die Heranziehung des sach nächsten Beweismittels, weshalb der Personalbeweis dem Urkundsbeweis vorrangig ist.<sup>45</sup> Zwar ist der Ur-

kundsbeweis nach § 249 Abs. 1 StPO grundsätzlich zulässig, soweit er nicht ausdrücklich vom Gesetz ausgeschlossen wird.<sup>46</sup> Sachverständigengutachten sind jedoch grundsätzlich mündlich zu erstatten,<sup>47</sup> da der Sachverständige persönliches Beweismittel ist und (auch) über seine Wahrnehmungen berichtet. Sofern kein Fall der §§ 251, 256 StPO vorliegt, drängt sich bei ersetzender Verlesung seines Gutachtens ein Verstoß gegen § 250 StPO auf.<sup>48</sup>

In der Gerichtspraxis werden Übersetzungen dennoch regelmäßig als Urkunde nach § 249 Abs. 1 StPO verlesen, die vorrangige Pflicht zur persönlichen Vernehmung des Übersetzers also umgangen. Der Sprachkundige müsse insbesondere dann nicht vernommen werden, wenn das Gericht von der Richtigkeit der Übersetzung überzeugt sei.<sup>49</sup> Überlegungen bezüglich der Richtigkeit der Übersetzung seien allerdings erst auf Ebene der Beweiswürdigung angesiedelt, denn die Feststellung der Richtigkeit der Übersetzung sei nicht Voraussetzung ihrer Verlesbarkeit.<sup>50</sup> Das ist zirkelschlüssig, zumindest aber widersprüchlich.

Überzeugender, um das Regel-Ausnahme-Verhältnis von persönlicher Anhörung des Gutachters / Verlesung des Gutachtens auszuhebeln, erscheint ein Abstellen darauf, dass Übersetzungen keine „typischen Gutachten“ sind: Da die Übersetzung von Gesprächen keine individuelle Wahrnehmung des Sachverständigen wiedergebe (vgl. § 250 S. 1 StPO: „Wahrnehmung einer Person“<sup>51</sup>), sondern eine nicht an eine bestimmte Person gebundene und jederzeit wiederholbare und nachprüfbare Leistung sei, stehe § 250 StPO nicht entgegen.<sup>52</sup> Das gelte auch, wenn originär *gesprochene* Sprache erst durch Verschriftlichung des Übersetzers zur Urkunde werde, denn weder existiere ein Satz, dass dem Beweis zugängliche Tatsachen nur in der Gestalt verwendet werden dürfen, in der sie sich ursprünglich in der Außenwelt manifestieren, noch dass jede Transformation von Beweismitteln unzulässig sei.<sup>53</sup>

mann, Der Urkundenbericht im Strafprozess (2018), S. 35 ff.

<sup>46</sup> RGSt 65, 294, 295; BGHSt 20, 160, 162; 27, 135, 136; 49, 68 = HRRS 2004 Nr. 297; SK-StPO/Frister, 5. Aufl. (2016), § 249 Rn. 6.

<sup>47</sup> SK-StPO/Rogall, a.a.O. (Fn. 14), vor § 72 Rn. 105.

<sup>48</sup> SSW-StPO/Kudlich/Schuh, 3. Aufl. (2018), § 249 Rn. 5, 7.

<sup>49</sup> BGH NJW 1993, 3337; KK-StPO/Diemer, 8. Aufl. (2019), § 249 Rn. 15; einschränkend SSW-StPO/Kudlich/Schuh, a.a.O. (Fn. 14), § 249 Rn. 16: insbesondere bei eigener Sachkunde i.S.d. § 244 Abs. 4 S. 1 StPO; a.A. HK-GS/König/Harrendorf, 4. Aufl. (2017), § 249 Rn. 25.

<sup>50</sup> KK-StPO/Diemer, a.a.O. (Fn. 49), § 249 Rn. 15.

<sup>51</sup> Vert. SK-StPO/Velten, a.a.O. (Fn. 45), § 250 Rn. 10.

<sup>52</sup> RGSt 36, 371, 372; 51, 93, 94; BGH, Urt. v. 29. Januar 1952 – 1 StR 545/51; Urt. v. 1. Juli 1971 – 1 StR 362/70; Urt. v. 2. Juli 1974 – 1 StR 130/74 = BGHSt 27, 135, 137; NStZ 2002, 493 f.; KK-StPO/Diemer, a.a.O. (Fn. 49), § 249 Rn. 15; SK-StPO/Frister, a.a.O. (Fn. 46), § 249 Rn. 44; LR-StPO/Mosbacher, 26. Aufl. (2009), § 249 Rn. 33a: Sofern keine abweichenden Gesichtspunkte ersichtlich seien, könne von der Zuverlässigkeit der Übersetzung ausgegangen werden; im Ergebnis auch SSW-StPO/Kudlich/Schuh, a.a.O. (Fn. 48), § 250 Rn. 11: bloß „mittelbare Wahrnehmung“, die nicht von § 250 StPO erfasst werde.

<sup>53</sup> BGHSt 27, 135 ff. Daher dürfe statt Augenscheinahme bei Tonbandaufzeichnungen auch die Verlesung von Wortprotokollen erfolgen.

<sup>43</sup> Vgl. nur BGH, Beschl. v. 9. April 1965 – 4 StR 143/65; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15. Juni 1983 – 1 Ws 506/83; Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 15), § 74 Rn. 12; KK-StPO/Hadamitzky, a.a.O. (Fn. 22), § 74 Rn. 7; SK-StPO/Rogall, a.a.O. (Fn. 14), § 74 Rn. 6 m.w.N.; MüKo-StPO/Trück, a.a.O. (Fn. 13), § 74 Rn. 3; Pawlak, a.a.O. (Fn. 20), S. 30.

<sup>44</sup> Eine Ablehnung ist auch nach Erstattung des Gutachtens möglich, vgl. § 83 Abs. 2 StPO.

<sup>45</sup> Zu den verschiedenen Dimensionen dieses Grundsatzes SK-StPO/Velten, 5. Aufl. (2016), vor § 250 Rn. 7 ff.; Leh-

**aa) Zwingende Beweiswürdigung durch das Gericht**

Im stützend vom Senat herangezogenen Beschluss vom 27.11.2018<sup>54</sup> geht der BGH sogar noch weiter und statuiert, dass das Gericht, welches Übersetzungen von Dokumenten nach § 249 Abs. 1 StPO in die Hauptverhandlung einführt und sich daher eine Überzeugung zur Richtigkeit dieser Übersetzungen bilden muss, zu einer Dokumentation dieser Überzeugungsbildung in den Urteilsgründen nicht verpflichtet sei. Eine Überprüfung der Entstehungsumstände des Gutachtens – z.B. anhand der Anhörung von Zeugen – dränge sich nur auf, wenn in der Hauptverhandlung Einwände gegen die Richtigkeit der Übersetzungen erhoben wurden.

Dem ist nicht zuzustimmen. Die Urteilsgründe müssen stets erkennen lassen, dass das Gericht eine selbstständige Beweiswürdigung vorgenommen hat.<sup>55</sup> Nur auf diese Weise ist die Entscheidungsfindung für die Adressaten (Angeklagter und Revisionsgericht) nachvollziehbar und revisibel.<sup>56</sup> Bei der Heranziehung von Sachverständigen-gutachten ergibt sich eine gesteigerte Darlegungspflicht über das Zustandekommen der richterlichen Überzeugungsbildung.<sup>57</sup> Einer „Entmachtung“ des Gerichts durch den Sachverständigen ist entgegenzuwirken,<sup>58</sup> eine automatische und unkontrollierte Übernahme des Gutachtenbefundes verbietet sich.<sup>59</sup> Hinzu kommt, dass die Frage, ob Befangenheit gegenüber dem Sachverständigen zu besorgen ist, in der Revision nach allgemeiner Meinung eine Rechtsfrage ist (s.o. II.2.a.), und das Revisionsgericht daher an die Tatsachen gebunden ist, die das Tatgericht zur Grundlage seiner Entscheidung gemacht hat.<sup>60</sup>

<sup>54</sup> BGH NStZ-RR 2019, 57 = HRRS 2019 Nr. 71.

<sup>55</sup> BGHSt 12, 311, 314; BGH, Urt. v. 20. Mai 1966 – 4 StR 103/66; SK-StPO/Rogall, a.a.O. (Fn. 14), vor § 72 Rn. 121 ff.; SSW-StPO/Schluckebier, 3. Aufl. (2018), § 261, Rn. 48; instruktiv Pawlak, a.a.O. (Fn. 20), S. 190 ff.

<sup>56</sup> BGHSt 12, 311; 45, 164 ff.

<sup>57</sup> LR-StPO/Krause, a.a.O. (Fn. 20), vor § 72 Rn. 4.

<sup>58</sup> Begriff nach Krauß ZStW 85 (1973), 320, 324. Zumindest für den Bereich der Glaubhaftigkeitsgutachten fügt sich die Rechtsprechung jedoch weitgehend, vgl. die Auswertungen bei Barton, Benötigen wir psychologische Sachverständige für die Glaubhaftigkeitsbeurteilung?, in: Barton / Dubelaar / Kölbel / Lindemann (Hrsg.), „Vom hochgemuteten, vor-eiligen Griff nach der Wahrheit“, (2018), S. 199, 212 ff.; zustimmend HK-GS/Habetha, a.a.O. (Fn. 10), § 72 Rn. 7 f.; instruktiv zum Problem der Überforderung des Richters als „gebildetem Laien“ bei der Lektüre des Gutachtens Erb ZStW 121 (2009), 882, 883 f.: „partizipieren, nicht kapitulieren“; vgl. auch Eisenberg NStZ 2006, 368, 369 und Fischer NStZ 1994, 1, 2 ff. MüKo-StPO/Trück, a.a.O. (Fn. 13), § 72 Rn. 2 bewertet diese Gefahr nicht als dermaßen hoch.

<sup>59</sup> LR-StPO/Krause, a.a.O. (Fn. 20), vor § 72 Rn. 17; Erb ZStW 121 (2009), 882, 884. Dies entspricht auch der geschichtlichen Entwicklung bis zur Kodifikation des § 74 RStPO, vgl. Pawlak, a.a.O. (Fn. 20), S. 88 ff. m.w.N. aus den Motiven.

<sup>60</sup> BGH, Beschl. v. 23. März 1994 – 2 StR 67/94 = NStZ 1994, 388; Urt. v. 12. Juni 2001 – 1 StR 574/00 = NStZ-RR 2002, 66; Beschl. v. 14. April 2011 – 1 StR 458/10 = StV 2011, 728, 731 Rn. 24 m.w.N. = HRRS 2011 Nr. 870; Beschl. v. 22. Juli 2014 – 3 StR 302/14 = HRRS 2014 Nr. 938; LR-StPO/Krause, a.a.O. (Fn. 20), § 74 Rn. 44 m.w.N.; HK-StPO/Brauer, a.a.O. (Fn. 19), § 74 Rn. 22.

**bb) Erforderliche Differenzierung zwischen technischen und „Psychogutachten“**

Die Motive für die regelmäßige Verlesung von Übersetzungen sind profan. Die Umgehung der persönlichen Vernehmung des Übersetzers gründet in der Beschleunigung der Abläufe.<sup>61</sup> Zuzugestehen ist, dass es bei bestimmten Gutachten pragmatisch erscheint, die Verlesbarkeit grundsätzlich anzunehmen und nur ausnahmsweise – d.h. dann, wenn sich Bedenken an der Richtigkeit aufdrängen – zur Überprüfung den Sachverständigen selbst zu befragen. Die ist insbesondere bei technischen Gutachten (sog. „Verrichtungen“<sup>62</sup>, z.B. BAK-Gutachten, Auswertung eines Fahrtenschreibers, vgl. § 256 Abs. 1 Nr. 3 und 4 StPO) sinnvoll, denn die Aussage des Sachverständigen würde sich in der Wiederholung des Messergebnisses erschöpfen. Bei „Psychogutachten“ ist eine entsprechende Handhabe indes bedenklich. Denn rein technische Verfahren stützen sich auf wiederholbare Messabläufe, die die überprüfte Substanz „unberührt“ lassen. Eine Wiederholung ist jederzeit möglich. Soll hingegen eine sachkundige Einschätzung der psychischen Disposition einer Person exploriert werden, ist der auf interpersonaler Kommunikation basierende „Gesamteindruck“ des Sachverständigen in hohem Maße individuell geprägt. Seine Einschätzung ist höchstpersönlich und umstandsinduziert. Eine erneute Begutachtung ist zwar prinzipiell möglich; anders als bei technischen Messungen hat sich das „Prüfobjekt“ jedoch durch die Messung verändert und zwar so, dass eine exakte Wiederholung ausgeschlossen ist.<sup>63</sup>

Eine Übersetzung rangiert inmitten beider Ausprägungen: ist der originäre Wortlaut – als Dokument oder Tonspur – weiterhin vorhanden, kann ein neues Gutach-

<sup>61</sup> Gründe der Einführung weiterer Durchbrechungen des § 250 StPO waren prozessökonomische Erwägungen, vgl. BT-Drs. 15/1508 v. 2. September 2003 (Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung der Justiz „Justizmodernisierungsgesetz – JuMoG), S. 26: Straffung der Hauptverhandlung und Kosteneinsparungen, weil Sachverständige nicht mehr in allen Fällen persönlich anwesend sein müssen; KK-StPO/Diemer, a.a.O. (Fn. 49), § 256 Rn. 1; kritisch SK-StPO/Velten, a.a.O. (Fn. 45), § 256 Rn. 7 ff., die darin teilweise einen Verstoß gegen das Konfrontationsrecht aus Art. 6 Abs. 3 S. 1 lit. d EMRK begründet sieht; ebenso HK-GS/König/Harrendorf, a.a.O. (Fn. 49), § 256 Rn. 13.

<sup>62</sup> MüKo-StPO/Trück, a.a.O. (Fn. 13), § 72 Rn. 5; a.A. SK-StPO/Rogall, a.a.O. (Fn. 14), vor § 72 Rn. 79: bloße Vorber-  
eitungshandlungen.

<sup>63</sup> Instruktiv zu den häufigsten Fehlerquellen in aussagepsychologischen Gutachten Köhnken, in: Deckers/Köhnken (Hrsg.), Die Erhebung und Bewertung von Zeugenaussagen im Strafprozess (2018), S. 25 ff.; besonders erhellend das Fazit: „Ein während des Ermittlungs- oder Zwischenverfahrens erstelltes Gutachten ist immer vorläufig. Das abschließende Gutachten kann erst nach Abschluss der Beweisaufnahme in einer Hauptverhandlung erstattet werden. Im Zuge der Beweisaufnahme können neue Erkenntnisse erlangt werden, die mit den zum Zeitpunkt der (vorläufigen) Gutachtenerstellung verfügbaren Befund- und Anknüpfungstatsachen abgeglichen werden müssen. Hieraus kann die Notwendigkeit einer Neubewertung und, in der Folge, einer Modifikation des Gutachtenergebnisses resultieren. Es wäre falsch (und wird von Gerichten immer wieder kritisiert), ungeachtet des Ergebnisses der Beweisaufnahme bei der Gutachtenerstattung das vorläufige Gutachten einfach zu verlesen und dabei neue Erkenntnisse unerwähnt zu lassen.“

ten unter identischen Ausgangsvoraussetzungen errichtet werden. Andererseits verbieten die Vagheit und Mehrdeutigkeit von Sprache,<sup>64</sup> eine Übersetzung als „wiederholbaren Messvorgang“ zu klassifizieren. Es ist somit zu differenzieren, wie komplex die originäre sprachliche Äußerung ist.<sup>65</sup> Einfache schriftliche Texte, die auch ein automatisiertes Übersetzungsprogramm transformieren könnte, sind von jedem Sprachkundigen übertragbar. Handelt es sich hingegen um wissenschaftlich-fachsprachliche Abhandlungen oder in seltener Mundart *gesprochene* Inhalte, wirkt ein grundsätzliches „Vertrauen“ in die Übersetzungsrichtigkeit und deren präzise Reproduzierbarkeit anmaßend.

Für Übersetzungen „exotischer“ Sprachen ist das Regel-Ausnahme-Verhältnis sogar umzukehren: Grundsätzlich ist der Sachverständige persönlich zu vernehmen, um zugleich klären zu können, inwieweit er die erforderlichen Kenntnisse zur Übersetzung aufweist. Nur ausnahmsweise – z.B. bei bereits mehrmalig erfolgter Heranziehung in routinemäßigen Verfahren (vgl. den Rechtsgedanken von Nr. 70 Abs. 1 RiStBV) – ist ein „voraussetzendes Vertrauen in die Richtigkeit“ vertretbar. Auch ist zu differenzieren, ob originär ein Textdokument zu Grunde liegt, oder ob der Übersetzer *gesprochene Sprache* hört; im zweiten Fall liegt eine „Wahrnehmung“ i.S.d. § 250 S. 1 StPO vor, so dass es beim Grundsatz der persönlichen Vernehmung bleibt. Die Transformation in Verschriftlichungen kann – entgegen der Ansicht der Rechtsprechung<sup>66</sup> – hieran nichts ändern. Die Verlesung bei Übersetzungen von gesprochener Sprache anstelle der persönlichen Vernehmung des Übersetzers sollte die Ausnahme sein, nicht die Regel.<sup>67</sup>

### cc) Zum Fall

„Berbersprache“ wird in Teilen Marokkos, Algeriens, Libyens, Nigers, Malis, Burkina Faso, Tunesiens, Ägyptens und Mauretaniens von etwa 40 Millionen Menschen differenzierter ethnischer und kultureller Zugehörigkeit gesprochen. Durch unterschiedliche Lebensweisen (Post-Kolonialisierung nach unterschiedlicher Besetzung, Sesshaftwerdung / Nomadentum) und die arabischen und französischen Einflüsse der Anrainer haben sich unterschiedliche Dialekte entwickelt (u.a. Tuareg, Tarifit, Tachelhit, Tamazight, Kabylich). Ein „Standardberberisch“ existiert nicht, insbesondere die Aussprache variiert. Es kann somit nicht „automatisch“ davon ausgegangen werden, dass ein Übersetzer von „Berbersprache“ auch „die“ einschlägige Berbersprache beherrscht. Nach den Urteilsgründen hat sich das Gericht von der beruflichen und fachlichen Qualifikation des Übersetzers sowie

dessen Zuverlässigkeit zwar überzeugt und Teile der Übersetzung wurden von einem der Angeklagten bestätigt; gerade bei einer „exotischen“ Sprache ist die bloß nachträgliche Richtigkeitskontrolle aus den genannten Gründen jedoch problematisch.

### b) Problemkreis (2): Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit nur bei Heranziehung des Sachverständigen durch das Gericht?

Regelmäßig wird die im Ermittlungsverfahren erstellte Übersetzung demnach gem. § 249 Abs. 1 StPO durch Verlesung in die Hauptverhandlung eingeführt, eine Befragung des Übersetzers unterbleibt. Damit wird für Fälle, in denen eine Befangenheit des Übersetzers zu besorgen ist – nach dem herrschenden restriktiven Verständnis des § 74 StPO – zugleich die Möglichkeit, ein Befangenheitsgesuch zu stellen, abgeschnitten. Für diese Konstellation solle es den Verfahrensbeteiligten dennoch „unbenommen“ bleiben, schon während des Ermittlungsverfahrens eine Gegenvorstellung bei der Staatsanwaltschaft zu erheben oder zumindest im Rahmen der Hauptverhandlung die ihrer Ansicht nach fehlerhafte Übersetzung zu beanstanden.<sup>68</sup>

Das ist aber nicht gleich effektiv wie beim Personalbeweis. Denn durch die Verlesung als Urkunde wird die Möglichkeit zur Ablehnung der *Person* des Sachverständigen auf die Möglichkeit zur Beanstandung seiner *gutachterlichen Expertise* verringert. Die Ablehnung des Sachverständigen *als Person* ist rechtsschutzintensiver: nach erfolgreicher Ablehnung darf er weder vernommen, noch sein erstelltes Gutachten eingeführt bzw. sein bereits eingeführtes Gutachten verwertet werden (s.o. II.2.a.). Wird die Beanstandung hingegen auf die inhaltliche Richtigkeit des Gutachtens beschränkt, wird aus dem umfassenden Erhebungs- bzw. Verwertungsverbot<sup>69</sup> ein bloßer Abwägungsposten in der Waagschale der Überzeugungsbildung des Gerichts nach § 261 StPO.<sup>70</sup> Der Grund für diese deutliche Rechtsverkürzung ist ein zufälliger: die Vernehmung des Sachverständigen in der Hauptverhandlung bzw. der Verzicht auf sie.<sup>71</sup>

Dies ist aus mehreren Gründen angreifbar:

<sup>68</sup> SK-StPO/Rogall, a.a.O. (Fn. 14), vor § 72 Rn. 76, § 74 Rn. 6 m.w.N.; MüKo-StPO/Trück, a.a.O. (Fn. 13), § 74 Rn. 3.

<sup>69</sup> Vgl. nur BGH NJW 2005, 445, 447 = HRRS 2005 Nr. 113; MüKo-StPO/Trück, a.a.O. (Fn. 13), § 74 Rn. 19; SK-StPO/Rogall, a.a.O. (Fn. 14), vor § 72 Rn. 77; für noch nicht verlesene Gutachten besteht ein Erhebungsverbot.

<sup>70</sup> So BGH, Beschl. v. 9. April 1965 – 4 StR 143/65, Rn. 3.

<sup>71</sup> Für eine Ablehnbarkeit auch des nicht in der Hauptverhandlung vernommenen Sachverständigen auch Eisenberg, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 1556; Eisenberg NSTZ 2006, 368, 373; LR-StPO/Krause, a.a.O. (Fn. 20), § 74 Rn. 21; Gössel DRiZ 1980, 363, 376; HK-StPO/Brauer, a.a.O. (Fn. 19), § 74, Rn. 12; SSW-StPO/Bosch, a.a.O. (Fn. 12), § 74 Rn. 8; Duttge NSTZ 2003, 375, 376 spricht sich dafür aus, gem. § 73 Abs. 1 StPO – unter angemessener Beteiligung der übrigen Prozessbeteiligten – die Auswahlbefugnis für den Sachverständigen in allen Verfahrensstadien dem Gericht (im Vorverfahren also dem Ermittlungsrichter, § 162 StPO) anzuvertrauen; in diesem Sinne auch Tondorf StV 2004, 279.

<sup>64</sup> Zur Interpretationsoffenheit angewandter Sprache vgl. Gerson, a.a.O. (Fn. 3), S. 153, 159 f.

<sup>65</sup> In diese Richtung auch SK-StPO/Frister, a.a.O. (Fn. 46), § 249 Rn. 45: ein Teil der Übersetzungsleistung sei unmittelbar in der Hauptverhandlung zu erbringen, um sich einen Überblick über die Befähigung des Übersetzers zu verschaffen. Keinen Unterschied will LR-StPO/Mosbacher, a.a.O. (Fn. 52), § 249 Rn. 33 ff. annehmen.

<sup>66</sup> St. Rspr. seit BGHSt 27, 135 ff.; folgend KK-StPO/Diemer, a.a.O. (Fn. 49), § 249 Rn. 23 ff.; SK-StPO/Frister, a.a.O. (Fn. 46), § 249 Rn. 38.

<sup>67</sup> So auch HK-GS/König/Harrendorf, a.a.O. (Fn. 49), § 249 Rn. 25.

**aa) § 74 StPO gilt auch im Ermittlungsverfahren**

Aus gesetzessystematischer Sicht ist die Konstruktion der h.M. ungereimt:<sup>72</sup> Denn der § 161a Abs. 1 S. 1 und 2 StPO, der die Beauftragung des Sachverständigen im Ermittlungsverfahren durch die Staatsanwaltschaft (verfassungsgemäß<sup>73</sup>) regelt,<sup>74</sup> verweist umfassend auf die Vorschriften des Sechsten und Siebten Abschnitts der StPO, damit also auch auf § 74 StPO. Der Passus „soweit nichts anderes bestimmt ist“ in § 161a Abs. 1 S. 2 StPO verlangt eine gesetzgeberische Entscheidung, d.h. eine *ausdrückliche* Ausschlussregelung. Eine lediglich in der Rechtsprechung und in Teilen der Literatur verfestigte Überzeugung, § 74 StPO – entgegen seinem Wortlaut und seiner systematischen Stellung – restriktiv zu verstehen, genügt nicht. In entsprechender Anwendung muss es möglich sein, auch den lediglich im Ermittlungsverfahren tätig gewordenen Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen.<sup>75</sup>

**bb) Zweck der Ablehnung ist die Sicherung der Unparteilichkeit *auch* des Gerichts**

Aus teleologischer Sicht entspricht die Möglichkeit, einen als befangen vermuteten Beteiligten frühzeitig und effektiv ausschließen zu können, der Maxime eines fairen Verfahrens nach Art. 20 Abs. 3 GG, Art. 6 Abs. 1 EMRK.<sup>76</sup> Die Vermeidung des bösen Scheins – bzw. die Erhaltung des Vertrauens in die Unbefangenheit der Rechtsprechungsorgane – ist Hauptzweck der Regelungen über Ausschluss und Ablehnung von Gerichtspersonen, §§ 22 ff. StPO.<sup>77</sup> Das Ablehnungsrecht des § 74 StPO – mag es auch bloße Beweiseinrede sein – fungiert dabei als gesetzliches Sicherungsinstrument zur Gewährleistung der Unparteilichkeit des Sachverständigen (d.h. der natürlichen Person), die das „Übergreifen“ der Bemakelung des Sachverständigen auf den Richter (auch eine natürliche Person) verhindern soll.<sup>78</sup>

Den Sachverständigen diszipliniert aus seiner Stellung heraus ein „Gebot unparteiischen Verhaltens“.<sup>79</sup> Dieses ist zwar nicht mit der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Richters gem. Art. 92, 97 GG zu vergleichen (und auch ein Rekurs auf den Eid nach § 79 Abs. 2 StPO ist zirkulär), da der Sachverständige gerade nicht Richter ist.<sup>80</sup> Da er als „iudex facti“ jedoch maßgeblich auf die Entscheidungsfindung einwirkt<sup>81</sup> (er wird im „Kognitionsbereich des Richters“<sup>82</sup> tätig), ist nicht nachvollziehbar, weshalb die an ihn angelegten Maßstäbe der Unparteilichkeit weniger abgesichert sein sollten als die des Richters. Abzulehnen ist insbesondere die Auffassung, schon die abstrakte Möglichkeit der Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit in § 74 StPO sei systemwidrig, da der Sachverständige lediglich „Beweismittel“ sei und diese sich der Ablehnung entzögen.<sup>83</sup> Er ist zwar *auch* Beweismittel, in bedeutendem Maße jedoch Entscheidungsgehilfe<sup>84</sup> des Gerichts, der sich vom Zeugen dadurch unterscheidet (und von diesem unterschieden werden muss<sup>85</sup>), dass er nicht nur „Wahrnehmungen“, sondern Sachkunde beiträgt.<sup>86</sup> Hinzu kommt, dass er – anders als der Zeuge – kein „geborenes“, sondern ein „gekorenes“ Beweismittel ist: Während die Zeugeneigenschaft eine zufällige ist, die allein aufgrund der Verbindung zur mutmaßlichen Tat besteht,<sup>87</sup> ist die Sachverständigeneigenschaft durch tatunabhängige Expertise und aufgrund eines vom Gericht (bzw. gem. § 161a StPO: von der Ermittlungsbehörde) erteilten Auftrags nach § 73 StPO entstanden,<sup>88</sup> der nach § 78 StPO zu überwachen ist.

**cc) „Befangenheit“ ≠ „Richtigkeit“**

Auch „atmosphärisch“ wird die künstliche Zäsur dem Institut der Ablehnung von Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit nicht gerecht. Es geht in diesen Fällen – anders als bei fehlender fachlicher Qualifikation des Sachverständigen – nicht um die „Richtigkeit“ (sprich: die fachliche Vertretbarkeit) des Gutachtens, sondern um die „Redlichkeit“ des Ersteller. Bei mangelnder Sachkunde, welche die Richtigkeit des Gutachtens gefährdet, ist ein anderer Sachverständiger zu bestellen, vgl. §§ 73 Abs. 1, 83 Abs. 1 StPO; Befangen-

<sup>72</sup> So auch HK-GS/Neuhaus, 4. Aufl. (2017), § 74 Rn. 14: dem Gesetz so nicht zu entnehmen.

<sup>73</sup> Vgl. MüKo-StPO/Trück, a.a.O. (Fn. 13), § 73 Rn. 6 m.w.N. Für die Polizei vgl. § 163 Abs. 1 S. 2, Abs. 6 S. 1 StPO.

<sup>74</sup> Im Ergebnis ebenso für § 256 StPO HK-StPO/Julius/Bär, 6. Aufl. (2019), § 256, Rn. 21; HK-GS/Neuhaus, a.a.O. (Fn. 72), § 74 Rn. 15 ff. verweist auf den Antrag, den Sachverständigen nach § 76 Abs. 1 S. 2 StPO entbinden zu lassen; a.A. MüKo-StPO/Trück, a.a.O. (Fn. 13), § 74 Rn. 3: keine entsprechende Anwendung des § 74 StPO, da die nach § 161a Abs. 1 StPO beauftragende Staatsanwaltschaft selbst zu den Ablehnungsberechtigten gehört; ebenso SK-StPO/Rogall, a.a.O. (Fn. 14), vor § 72 Rn. 76, § 74 Rn. 6.

<sup>75</sup> So insbesondere Eisenberg NSTz 2006, 368, 374. Den § 74 StPO in zeitlicher Hinsicht auf das Hauptverfahren zu limitieren solle zudem den gesetzlichen Auftrag des Verteidigers, die Rechte des Beschuldigten allseitig zu sichern und auf eine strenge Justizförmigkeit des gesamten Verfahrens zu achten, unzulässig einschränken. Es handelt sich hierbei jedoch nur um einen Rechtsreflex des § 137 StPO und des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK, die dem Rechtskreis des Beschuldigten zuzurechnen sind.

<sup>76</sup> Krekeler NJW 1981, 1633; Pawlak, a.a.O. (Fn. 20), S. 108, 167 ff. m.w.N.

<sup>77</sup> SK-StPO/Rogall, a.a.O. (Fn. 14), § 74 Rn. 4; LK-StPO/Krause, a.a.O. (Fn. 20), § 74 Rn. 1; im Ergebnis so auch HK-GS/Neuhaus, a.a.O. (Fn. 72), § 74 Rn. 17.

<sup>79</sup> Pawlak, a.a.O. (Fn. 20), S. 121 f.

<sup>80</sup> Ebenso Pawlak, a.a.O. (Fn. 20), S. 239 ff.

<sup>81</sup> So auch SK-StPO/Rogall, a.a.O. (Fn. 14), vor § 72 Rn. 72, 130; HK-GS/Habetha, a.a.O. (Fn. 10), § 72 Rn. 7.

<sup>82</sup> Pawlak, a.a.O. (Fn. 20), S. 211; ähnlich auch BGHSt 9, 292, 296: „Wahrnehmungsorgan des Gerichts“; ablehnend zu diesen Körpermetaphern SK-StPO/Rogall, a.a.O. (Fn. 14), vor § 72 Rn. 35.

<sup>83</sup> So insbesondere Pawlak, a.a.O. (Fn. 20), S. 225 ff., 241.

<sup>84</sup> SSW-StPO/Schluckebier, a.a.O. (Fn. 55), § 261 Rn. 48; HK-GS/Neuhaus, a.a.O. (Fn. 72), § 74 Rn. 1. Sehr kritisch hierzu SK-StPO/Rogall, a.a.O. (Fn. 14), vor § 72 Rn. 35: es bestehe „nicht der geringste Anlass, dem Sachverständigen eine beweisrechtliche Sonderrolle zuzuweisen.“

<sup>85</sup> MüKo-StPO/Trück, a.a.O. (Fn. 13), § 72 Rn. 1, 2, 7.

<sup>86</sup> HK-GS/Habetha, a.a.O. (Fn. 10), § 72 Rn. 2.

<sup>87</sup> SK-StPO/Rogall, a.a.O. (Fn. 14), vor § 72 Rn. 86.

<sup>88</sup> Zustimmung zum Doppelerfordernis von Sachkunde und insbesondere Auftrag SK-StPO/Rogall, a.a.O. (Fn. 14), vor § 72 Rn. 13, 32, 88 f.; MüKo-StPO/Trück, a.a.O. (Fn. 13), § 72 Rn. 21 m.w.N.

heit besorgt die fehlende fachliche Qualifikation nicht.<sup>89</sup> Befangenheit beurteilt sich indes losgelöst der Frage der fachlichen Eignung; sie bezieht sich auf die zwischenmenschliche Ebene. Selbst ein fachlich brillanter Sachverständiger kann bei der Erstellung seines Gutachtens untragbar voreingenommen sein, wenn er sich in und mit dem Fall verstrickt. Inhaltliche Richtigkeit und intersubjektive Unvoreingenommenheit sind kategorial divergente Prädikate, was sich auch in § 83 Abs. 1 („Mangel des Gutachtens“<sup>90</sup>) und Abs. 2 StPO („Mangel des Gutachters“) widerspiegelt. Der Befangenheit besorgende Sachverständige kontaminiert seine Äußerungen und seine schriftliche Ausarbeitung durch den erfüllten Misstrauenstatbestand.<sup>91</sup> Das bloße Beanstanden der Übersetzungsrichtigkeit trifft daher nicht den Kern der lediglich mittelbaren Bemakelung der Sachverständigenleistung durch den befangenen Sachverständigen.<sup>92</sup>

### dd) Vor-Urteil durch Vor-Prägung

Aus psycho-sozialer Sicht mutet es befremdlich an, die „Neutralisierung“ eines befangenen Sachverständigen gerade dann annehmen zu wollen, wenn er *nicht* in der Hauptverhandlung vernommen wird. Die vor-prägende Wirkung des Ermittlungsverfahrens für den weiteren Verlauf des Strafverfahrens gehört inzwischen zum gefestigten Wissensstand.<sup>93</sup> Die Handhabe der Rechtsprechung wirkt wie eine Kapitulation vor den Priming-, Inertia-, und Perseveranzeffekten des Vorverfahrens nach der Devise „aus den Augen, aus dem Sinn“.

Es handelt sich dabei auch nicht um „plakative Vorurteile“<sup>94</sup>, die von einer „traditionell vorwiegend beschuldigtenfreundlichen und justizkritischen“ Wissenschaft „unbesehenen übernommen und zu Missständen umgedeutet“<sup>95</sup> werden. Zutreffend ist zwar, dass eine absichtliche

Bauftragung von „Haussachverständigen“<sup>96</sup> bzw. das bewusste „Sich-Lenken-Lassen“ der Gerichte durch tendenziöse Gutachter dem empirischen Beleg nicht standhält. Daraus rückzuschließen, dass stets alles in Ordnung sei, wenn die Bestellung nur regelkonform erfolge, ist jedoch überzogen. Auch die wiederholten Bekundungen, dass der Sachverständige „Beweismittel wie jedes andere sei“ und nicht als „Gehilfe des Gerichts“ agiere,<sup>97</sup> ändern nichts an der wahrnehmungslenkenden Funktion seiner Expertise.

Diese mag geringer sein, wenn das Gericht – unterhalb der Schwelle zum eigenen Sachverstand i.S.d. § 244 Abs. 4 S. 1 StPO – zumindest in groben Zügen nachvollziehen kann, was sachkundlich exploriert wurde. Durchschlagend und in seiner psychosozialen Bahnungswirkung schlechterdings unübertrefflich ist hingegen die Übersetzungsleistung: Sie verschafft den einzigen Zugang zur originären Äußerung. Das nicht sprachkundige Gericht erfährt den Inhalt erstmalig und ausschließlich *durch die Übersetzung*. Eine „Schlüssigkeitsprüfung“ ist somit nur binnensystematisch, d.h. anhand des bereits übersetzten Textes möglich. Ob und wie bedeutsam die Interpretationsvarianz und Sinndiskrepanz zur originären sprachlichen Äußerung sind, kann ausschließlich über den Abgleich mit der Expertise eines anderen Sachverständigen beurteilt werden. Die Beweiswürdigung nach § 261 StPO schöpft sich bei einer allen Richtern unbekanntem Sprache – anders als bei sonstigen Gutachten – somit auf eine ohne den Sachverständigen nicht zugängliche und endgültig verschlossene „Tatsache“. Für diese Konstellationen eine besonders sensible und kritische Haltung einzunehmen, ist keine „unbesehene Übernahme“ von übersubjektiven Entrüstungsberichten aus der Verteidigerschaft, sondern zwingende Folge der eigenartigen Stellung des Übersetzers als *conditio sine qua non* der Beweiswürdigung fremdsprachlicher Äußerungen.

### ee) Aufklärungspflicht in Fällen der „Befangenheit“ nicht tauglich

Wenn Befangenheit zu besorgen steht, ist allein die Befassung mit der *Person* des Sachverständigen – nicht mit seiner Expertise – zielführend. Das liegt zuletzt daran, dass die von der Rechtsprechung angelegten Anforderungen an die Überprüfung des verlesenen Gutachtens nicht hinreichen, um die durch Befangenheit des *Gutachters* erwirkte Bemakelung zu beheben. Zwar ist an der vom Senat definierten Prüfpflicht, sich „gewissenhaft Aufklärung zur sorgfältigen Übertragung der Gesprächsaufzeichnung zu verschaffen“, im Ergebnis nichts zu erinnern, da sie die für das Gericht nicht verhandelbaren Grundsätze der Untersuchungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO und der Überzeugungsbildung nach § 261 StPO wiederholt.<sup>98</sup> Der Untersuchungsgrundsatz über-

digen Einfluss nehmen zu dürfen; differenzierend SK-StPO/Rogall, a.a.O. (Fn. 14), vor § 72 Rn. 134, der Reformbedarf sieht, ohne eine „prozessuale Systemveränderung“ zu fordern.

<sup>89</sup> BGH NStZ-RR 2002, 110; LR-StPO/Krause, a.a.O. (Fn. 20), § 74 Rn. 14; KK-StPO/Hadamitzky, a.a.O. (Fn. 22), § 74 Rn. 1; SK-StPO/Rogall, a.a.O. (Fn. 14), § 74 Rn. 4; SSW-StPO/Bosch, a.a.O. (Fn. 12), § 74 Rn. 5; HK-StPO/Brauer, a.a.O. (Fn. 19), § 74, Rn. 2.

<sup>90</sup> Die Mangelhaftigkeit ist nur ein Unterfall; ungenügend ist das Gutachten immer dann, wenn es hinsichtlich der Beweisfrage ergebnislos ist, vgl. SK-StPO/Rogall, a.a.O. (Fn. 14), § 83 Rn. 10 ff.; HK-GS/Neuhaus, a.a.O. (Fn. 72), § 83 Rn. 2.

<sup>91</sup> A.A. wohl Erb ZStW 121 (2009), 882, 887, der bestreitet, dass es bei § 74 StPO darum gehe, Misstrauen in die Strafverfolgung zu vermeiden; dann nämlich sei nicht erklärbar, weshalb auch der Staatsanwaltschaft ein Ablehnungsrecht zustehe (§ 74 Abs. 2 S. 1 StPO), wenn der Sachverständige durch den Angeklagten selbst nach § 245 Abs. 2 S. 1 StPO vorgeschlagen wurde.

<sup>92</sup> Im Ergebnis ebenso SSW-StPO/Bosch, a.a.O. (Fn. 12), § 74 Rn. 8, der jedoch ohne Konkretisierung auf den Schutzzweck des § 74 StPO abstellt und darauf, dass es dem Beschleunigungsgrundsatz zuwiderlaufe, „sehenden Auges“ einen befangenen Sachverständigen zu bestellen; ähnlich HK-StPO/Brauer, a.a.O. (Fn. 19), § 74, Rn. 12.

<sup>93</sup> Vgl. nur Sommer, a.a.O. (Fn. 3), S. 162 ff. m.w.N.; Sommer, Vor-Urteil, in: Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des Deutschen Anwaltvereins (Hrsg.), Strafverteidigung im Rechtsstaat, 1. Auflage (2009), S. 846 ff.; Gerson, Das Recht auf Beschuldigung, (2016), S. 150 ff. m.w.N.

<sup>94</sup> So aber MüKo-StPO/Trück, a.a.O. (Fn. 13), § 73 Rn. 7.

<sup>95</sup> MüKo-StPO/Trück, a.a.O. (Fn. 13), § 73 Rn. 23 zu Forderungen der Verteidigung, auf die Auswahl des Sachverständigen

<sup>96</sup> Dazu HK-GS/Neuhaus, a.a.O. (Fn. 72), § 73 Rn. 7 m.w.N.

<sup>97</sup> So insbesondere SK-StPO/Rogall, a.a.O. (Fn. 14), vor § 72 Rn. 119 ff.; gegen den Begriff auch Pawlak, a.a.O. (Fn. 20), S. 183 f.; vgl. aber die Nachweise in (Fn. 16).

<sup>98</sup> SK-StPO/Rogall, a.a.O. (Fn. 14), vor § 72 Rn. 119 ff.

antwortet dem Richter, sich der Wahrheit „im Rahmen des von Recht und Gesetz eingeräumten Spielraums“<sup>99</sup> möglichst exakt anzunähern, d.h. sich eine Erkenntnisgrundlage zu schaffen, anhand derer „in rechtsstaatlich verantwortlicher Weise“<sup>100</sup> entschieden wird. Dies bleibt aber ein leerer Programmsatz, wenn es schon keinen Tatsachengehalt gibt, auf den die Erkenntnis gestützt werden kann. Der Sachverständigenleistung als *Urkunde* ist nicht anzusehen, ob ihr Ersteller, von dem sie geistig herrührt, als *Mensch* voreingenommen agierte. Wird die Methode der Überzeugungsgewinnung zur Richtigkeit von Gutachten potentiell befangener, aber nicht in der Hauptverhandlung vernommener Gutachter allein in die Verantwortung des Tatgerichts unter der Prämisse der Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO gestellt,<sup>101</sup> geht die Bemakelung des „befangenen Gutachtens“ als Abwägungsposten in der „freien Beweiswürdigung“ des Gerichts nach § 261 StPO verloren.<sup>102</sup>

### III. Fazit

Es muss möglich sein, ein Ablehnungsgesuch wegen Besorgnis der Befangenheit gegen einen im Vorverfahren tätig gewordenen Sachverständigen auch dann stellen zu können, wenn dieser nicht in der Hauptverhandlung gehört wird.<sup>103</sup> Die Zäsur über die Hinzuziehung des

<sup>99</sup> KK-StPO/Krehl, 8. Aufl. (2019), § 244 Rn. 28.

<sup>100</sup> AnwK-StPO/Sommer (2009), § 244 Rn. 21.

<sup>101</sup> So bereits BGH, Urt. v. 24. August 1993 – 1 StR 380/93, Rn. 9.; HK-StPO/Julius, 6. Aufl. (2019), § 249 Rn. 17 geht davon aus, dass das Gericht bei der Richtigkeitsprüfung an das Verständlichkeitsgebot des Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK gebunden sei.

<sup>102</sup> Um diese Folge abzuschwächen, möchte Erb ZStW 121 (2009), 882, 915, mit anderer dogmatischer Argumentation, die Überzeugungsgewalt des Gerichts stärken: Da § 74 StPO ohnehin einen „Fremdkörper“ bilde, solle bei Ablehnung des Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit nicht ein Verwertungsverbot statuiert, sondern ein weiterer Sachverständiger gehört werden; in die gleiche Richtung Pawlak, a.a.O. (Fn. 20), S. 255 ff., 274, der den Sachverständigen in Bezug auf die Beweiswürdigung ganz grundsätzlich wie den Zeugen behandeln möchte, so dass die befangenheitsrelevanten Umstände allein der freien Beweiswürdigung unterliegen sollen.

<sup>103</sup> Eine Ausnahme möchten die Befürworter dieser Lösung beim kriminaltechnischen Sachverständigen annehmen, um durch Ablehnung des Gutachters schon im Ermittlungsverfahren keinen Spurenverlust zu bewirken, vgl. Eisenberg NStZ 2006, 368, 374.

Sachverständigen durch das Gericht erscheint willkürlich, die bloße Beanstandung der Sachverständigenleistung verbleibt ein rechtsverkürzendes „Weniger“. Die besprochene Fall-Konstellation zeigt auf, wie der Versuch, Verfahrensabläufe um der bloßen Effizienz Willen zu „optimieren“, in eine „lose-lose-Situation“ für die Beteiligten führt: Dem Beschuldigten wird ein in der StPO garantiertes Recht auf Ablehnung des Sachverständigen aus der Hand geschlagen, das Gericht verstümmelt seine ihm obliegende Aufklärungspflicht nach § 244 Abs. 2 StPO und ein womöglich „befangenes“ Gutachten wirkt fort, ohne dass der böse Schein durch ein wirksames Rügeinstrument beseitigt werden kann. Neben den aufgezeigten dogmatischen, atmosphärischen und psycho-sozialen Gründen straft auch der Umstand, dass es fortlaufend weniger Verfahren bis ins Hauptverfahren „schaffen“, den Weg über die „Heilung“ der Befangenheit des Sachverständigen durch „gewissenhafte Aufklärung der Richtigkeit des Gutachtens“ in der Hauptverhandlung Lüge.

Weder Effizienzbestrebungen noch Beschleunigungsfantasien legitimieren Rechtsverkürzungen. Umso vehementer ist den Plänen der Bundesregierung zur weiteren „Modernisierung“ des Strafverfahrens – auch im „Befangenheitsrecht“ – entgegen zu treten: Es wird u.a. die Einführung einer Fristenregelung in § 29 StPO erwogen, die verhindern soll, dass „statistisch gesehen in aller Regel unbegründete Befangenheitsanträge“ die Hauptverhandlung „obstruieren“.<sup>104</sup> Das Unterfangen ist ohne Übersetzer zu verstehen; in Ansatz und Tonfall bleibt es unverständlich.

<sup>104</sup> BReg, Eckpunkte zur Modernisierung des Strafverfahrens, a.a.O. (Fn. 9), S. 2: Der Grundsatz der Wartepflicht bei Stellung eines Befangenheitsantrags, wonach nur unaufschiebbare Verfahrenshandlungen vom abgelehnten Richter vorgenommen werden dürfen, soll abgeschafft werden. Anstelle der „Wartepflicht“ soll für vor oder nach Beginn der Hauptverhandlung gestellte Ablehnungsgesuche eine Fristenregelung eingeführt werden. Über Befangenheitsgesuche solle innerhalb einer Frist von zwei Wochen bzw. bis zum Beginn des übernächsten Verhandlungstages entschieden werden. Innerhalb dieser Grenzen soll der abgelehnte Richter an der Hauptverhandlung mitwirken dürfen. Befangenheitsanträge, deren Gründe bis zur Mitteilung über die Besetzung bereits bekannt geworden sind, müssen innerhalb einer Woche ab Zustellung der Besetzungsmitteilung gestellt werden; anderenfalls sollen sie ausgeschlossen sein.

# Tatplan, Vorsatz und Irrtum des Mittäters

Zugleich Besprechung von BGH, Urteil vom 1. August 2018 – 3 StR 651/17  
= HRRS 2019 Nr. 84

Von Akademischer Rat a.Z. Dr. Christian Rückert, FAU Erlangen-Nürnberg

*Der Beitrag stellt anhand einer aktuellen Entscheidung die Problematik der Auswirkungen des error in persona des handelnden Mittäters auf die nicht selbst handelnden Mittäter dar. Der Verfasser sucht eine Lösung des Problems im Verhältnis der tatsächlich ausgeführten Tatbeiträge zum Tatplan einerseits und zum Vorsatz der nicht selbst handelnden Mittäter andererseits. Dabei wird auch die bisherige höchstrichterliche Rechtsprechung zum Tatplan und seinem Verhältnis zum Vorsatz der einzelnen Mittäter einer kritischen Analyse unterzogen. Schließlich wird eine Modifikation der Vorsatzdogmatik für den Bereich der Mittäterschaft vorgeschlagen und der aktuelle Fall des BGH anhand dieser Modifikation gelöst. Der error in persona des handelnden Mittäters ist für die anderen, nicht selbst handelnden Mittäter im Ergebnis weder stets unbeachtlich noch stets beachtlich. Die Beachtlichkeit hängt von der konkreten Ausgestaltung des gemeinsamen Tatplans und den konkreten Vorstellungen der nicht selbst handelnden Mittäter ab.*

## I. Der aktuelle Fall: BGH, Urteil v. 1. August 2018 – 3 StR 651/17 = HRRS 2019 Nr. 84

Auch wenn es sich beim error in persona des handelnden Mittäters seit der Entscheidung des BGH im berühmten „Verfolger-Fall“ um einen absoluten Klassiker der Lehrbuchliteratur und der Klausurpraxis in Studium und Referendariat handelt, sind höchstrichterliche Entscheidungen zu der Thematik eher rar gesät. Das mag daran liegen, dass es gewissermaßen einiger Kuriosität in der Sachverhaltsgestaltung bedarf, damit sich ein Gericht mit den Auswirkungen einer Personenverwechslung durch den handelnden Mittäter für die übrigen, nicht selbst handelnden Mittäter beschäftigen muss. Hatte im „Verfolger-Fall“ der handelnde Mittäter versehentlich auf seinen Komplizen geschossen, weil er diesen für einen ihn verfolgenden Polizeibeamten hielt, lag der aktuellen Entscheidung (stark verkürzt und vereinfacht) folgender Sachverhalt zu Grunde:

### 1. Der Sachverhalt

Der Angeklagte A vereinbarte mit drei anderen Beteiligten, Drogenhändlern Betäubungsmittel – notfalls mit Gewalt – abzunehmen, um diese gewinnbringend zu veräußern. Der Angeklagte A rief die Drogenhändler an

und bestellte diese – unter dem Vorwand, Betäubungsmittel erwerben zu wollen – zu seiner Wohnung, in welcher er gerade eine Geburtstagsparty veranstaltete. Er gab einem der Mitangeklagten einen Baseballschläger und begab sich in den Hof, wenige Meter vom Hausflur entfernt. Die andere Beteiligten versteckten sich absprachegemäß im dunklen Erdgeschoss; einer stellte sich auf die Treppe, um eine Flucht der Opfer in die oberen Stockwerke zu verhindern. Vor den Drogenhändlern erschien der Zeuge S auf dem Gelände, der mit allen Beteiligten befreundet war. Der Angeklagte A erkannte diesen, begrüßte ihn und sagte ihm, er solle sich zu den anderen Gästen in die Wohnung begeben. Er ging dabei davon aus, dass seine Komplizen den S rechtzeitig erkennen würden und unterließ es daher, diese vorzuwarnen. Die anderen Beteiligten hielten S jedoch in der Dunkelheit für einen der Drogenhändler. Einer der Komplizen schlug dem S mit dem Baseballschläger auf die Nase, die dadurch brach. Nach Erkennen des Irrtums, wurde der Angriff abgebrochen. S begab sich in die Wohnung, um seine Nase richten zu lassen. Kurz darauf erschienen die beiden angerufenen Drogenhändler, welche der Angeklagte A absprachegemäß in seine Wohnung schickte. Die im Wohngebäude befindlichen anderen Beteiligten nötigten den Drogenhändlern dann 500 Ecstasy-Tabletten mit „einfacher körperlicher Gewalt“ ab, wobei einer der Beteiligten den Baseballschläger weiterhin in der Hand hielt; der Schläger wurde aber von den Drogenhändlern nicht wahrgenommen. Der Großteil der erbeuteten Pillen wurde später vom Angeklagten A gewinnbringend veräußert. Das LG hat den Angeklagten wegen des Angriffs auf S u.a. wegen versuchter besonders schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253, 255, 250 Abs. 2 Nr. 1, 22, 23 StGB und (vollendeter) gefährlicher Körperverletzung gem. §§ 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3, Nr. 4 StGB jeweils in Mittäterschaft verurteilt. Wegen des späteren Überfalls auf die Drogenhändler hat es den Angeklagten wegen schwerer räuberischer Erpressung gem. §§ 253, 255, 250 Abs. 1 Nr. 1 lit. a StGB in Mittäterschaft verurteilt.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> BGH, Urteil v. 1. August 2018 – 3 StR 651/17 = HRRS 2019 Nr. 84.



## 2. Die Entscheidung

Neben vielen weiteren interessanten Problemen setzt sich der BGH in der auch im Übrigen äußerst lesenswerten Entscheidung intensiv – und fast schon lehrbuchartig – mit der Frage auseinander, wie sich der *error in persona* der handelnden Mittäter beim Überfall auf S auf die Zurechnung der Tatbeiträge zum nicht selbst handelnden Mittäter A auswirkt. Das vorinstanzliche Landgericht hatte hier die Grundsätze zur Auswirkung der Identitätsverwechslung durch den Täter auf den Anstifter herangezogen und wegen der Vorhersehbarkeit der Personenverwechslung eine Zurechnung bejaht. Der 3. Senat verneint zwar die Anwendbarkeit der zur Anstiftung (im sog. Hoferbenfall<sup>2</sup>) entwickelten Grundsätze zu Anstiftungsfällen auf Mittäterschaftskonstellationen, hält diesen Fehler des Landgerichts aber für unschädlich, weil auch nach den für die Mittäterschaft geltenden Rechtsgrundsätzen eine Zurechnung bejaht werden könne. Der BGH hält damit an der Rechtsprechung fest, die er im „Verfolger-Fall“ 1958<sup>3</sup> aufgestellt hatte. Er setzt sich dabei jedoch dediziert mit der im Schrifttum vielfach vertretenen Gegenauffassung auseinander.

## 3. Die Gegenauffassung

Fast schon lehrbuchartig stellt der 3. Senat die in der Literatur vertretene Auffassung dar, nach der ein *error in persona* des handelnden Mittäters für die nicht handelnden Mittäter beachtlich sei und eine Zurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB ausschließe. So hat *Roxin* in seinem grundlegenden Werk zur Täterschaftslehre eine Ablehnung der Zurechnung damit begründet, dass es einhelliger Meinung entspräche, bei einem bewussten Exzess des Mittäters (wenn dieser z.B. statt der ins Auge gefassten Körperverletzung eine vorsätzliche Tötung begeht) keine Zurechnung vorzunehmen. Es sei aber kein Grund ersichtlich, einen fahrlässigen Exzess, wie er bei einem *error in persona* des handelnden Mittäters vorliege, anders zu behandeln. In beiden Fällen weiche die Tat vom Tatplan ab und es läge damit keine Zurechnungsgrundlage vor.<sup>4</sup> *Dehne-Niemann* meint, durch den Irrtum des nicht handelnden Mittäters über die in Gang gesetzte Kausalkette bei Fassung des Tatplans, fehle es an einer tatsächlichen Willensübereinstimmung und damit an einem Tatplan als Zurechnungsgrundlage.<sup>5</sup> *Hillenkamp* bedient sich eines Vergleichs zur *aberratio ictus*: Der Irrtum des Vordermannes sei für den nicht handelnden Mittäter eine wesentliche Abweichung vom vorgestellten Tatablauf und daher wie ein „Fehlgehen“ der Tat zu behandeln.<sup>6</sup> Allerdings soll – anders als beim alleinhandelnden Täter<sup>7</sup> – keine Bestrafung wegen Versuchs (in Mittäterschaft) am eigentlich anvisierten Tatobjekt in Betracht kommen.

<sup>2</sup> BGHSt 37, 214.

<sup>3</sup> BGHSt 11, 268.

<sup>4</sup> Zum Ganzen: *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 9. Aufl. (2015), S. 286 f.; Zustimmung bei *Herzberg*, Täterschaft und Teilnahme, S. 62 ff. und *Schreiber* JuS 1985, 873, 876; hiergegen *Hillenkamp*, Die Bedeutung der Vorsatzkonkretisierungen bei abweichendem Tatverlauf, S. 78.

<sup>5</sup> *Dehne-Niemann* ZJS 2008, 351, 354.

<sup>6</sup> *Hillenkamp*, a.a.O. (Fn. 4), S. 78.

<sup>7</sup> Vgl. statt vieler: *Kudlich*, BeckOKStGB, 41. Ed. (2019), § 16 Rn. 8 m.w.N. zur h.M. beim allein handelnden Täter.

Als Grund hierfür wird angeführt, die ausgeführte Tat sei „nicht die, die gemeinsam geplant ist“.<sup>8</sup>

Weiterhin, so der BGH, stützten sich die Gegner seiner Rechtsprechung außerdem auf das sog. Blutbad- oder Gemetzelargument. Danach würde nach der Rechtsprechungsauffassung der nicht handelnde Beteiligte auch für weitere Taten haften, wenn der handelnde Täter seinen Irrtum erkenne und danach das „richtige“ Opfer angreifen wolle, wobei weitere Personenverwechslungen ebenfalls zugerechnet werden müssten (Rn. 58 und 59 der Entscheidung).<sup>9</sup> Die vom BGH im Rahmen des „Gemetzel-Arguments“ zitierten Quellen setzen sich jedoch alle mit der Problematik der Auswirkung des *error in persona* beim Anstifter auseinander und gerade nicht mit derjenigen beim Mittäter.<sup>10</sup> Das ist beachtenswert, weil der BGH das Landgericht dahingehend rügt, es habe nicht hinreichend zwischen den beiden Konstellationen unterschieden. Das Gemetzelargument wird jedoch an anderer Stelle von *Hillenkamp* und *Roxin* auch im Bereich der Mittäterschaft herangezogen.<sup>11</sup>

## 4. Die Argumente des BGH

Der 3. Senat begründet das Festhalten an der bisherigen Rechtsprechung ausführlich. Zunächst argumentiert er damit, dass nur eine Unbeachtlichkeit des Irrtums mit den Grundsätzen der Rechtsprechung zum unmittelbaren Ansetzen beim Versuch vereinbar sei. Denn hiernach würden alle Mittäter gemeinsam in das Versuchsstadium eintreten, wenn nur einer von Ihnen zur Tatbestandsverwirklichung unmittelbar ansetzt (sog. Gesamtlösung). Das gelte auch für den untauglichen Versuch, bei dem eine untaugliche Tathandlung als tauglich zu behandeln sei, wenn sie nach dem Täterplan zur unmittelbaren Tatbestandserfüllung führen soll und nach „natürlicher Auffassung“ auch hierzu führen könne.

Überdies, so der 3. Senat weiter, müsse berücksichtigt werden, dass die Identifizierung des Opfers durch die handelnden Mittäter Bestandteil des Tatplans gewesen sei; das Verwechslungsrisiko sei somit ebenfalls im Tatplan mitinbegriffen gewesen. Tatplan und Vorsatz des Angeklagten hätte fortbestanden. Eine Aktualisierung des Vorsatzes zum Zeitpunkt des Angriffs auf den Zeugen S habe es nicht bedurft. Deshalb sei dies auch kein Fall der *aberratio ictus*.

Schließlich genüge es für den subjektiven Tatbestand des § 224 Abs. 1 StGB, dass „ein anderer“ verletzt würde. Eine nähere Konkretisierung des „anderen“ bedürfe es weder durch die handelnden noch durch die übrigen Mittäter. Auf das Vorhersehbarkeitskriterium sei nicht abzustellen, da Zurechnungsgrundlage der Tatplan sei.

<sup>8</sup> *Hillenkamp*, a.a.O. (Fn. 4), S. 79.

<sup>9</sup> Zum Ganzen: BGH, Urteil v. 1. Augst 2018 – 3 StR 651/17 = HRRS 2019 Nr. 84.

<sup>10</sup> *Roxin*, in: Festschrift für Günter Spindel (1992), S. 289, 300 f.; *Binding*, Die Normen und ihre Übertretung, Band III, S. 214; *Bemmann* MDR 1958, 817, 820 f.

<sup>11</sup> *Hillenkamp*, a.a.O. (Fn. 4), S. 76; *Roxin*, a.a.O. (Fn. 4), S. 287.

Schließlich setzt sich der BGH mit einem – soweit ersichtlich – „neuen“ Problem auseinander: Der error in persona soll auch im Rahmen der räuberischen Erpressung nach §§ 253, 255 StGB unbeachtlich sein. Mittäter könne zwar nur sein, wer selbst die notwendige (Eigen- oder Dritt-)Bereicherungsabsicht aufweise. Dies sei jedoch vorliegend auch beim Angeklagten der Fall gewesen. Der Angeklagte habe seine Eigenbereicherungsabsicht auch nicht aktualisieren müssen, als der Angriff auf den Zeugen S stattfand. Der Versuch sei zwar wegen der Personenverwechslung ein untauglicher, dennoch würden alle Mittäter in vollem Umfang dafür haften, da die handelnden Mittäter den Tatplan auch bezüglich einer räuberischen Erpressung in die Tat umsetzen wollten.<sup>12</sup>

## II. Die Entscheidung des BGH im Kontext der sonstigen Rechtsprechungslinie zum Tatplan als Zurechnungsgrundlage bei der Mittäterschaft

### 1. Die bisherige Rechtsprechung zum Tatplan

Da der BGH in der vorliegenden Entscheidung vor allem auf den Tatplan als – trotz des errors in persona – entscheidende Zurechnungsgrundlage abstellt, bedarf es einer Einordnung der Argumentation des 3. Senats in die übrige Rechtsprechung des BGH zum Tatplan als Zurechnungsgrundlage der Mittäterschaft. Mindestvoraussetzung für das Vorliegen eines Tatplans ist nach der Rechtsprechung des BGH ein gemeinschaftlich (auch konkludent<sup>13</sup>) gefasster Willensentschluss, nach dem jeder Beteiligten seine eigene Tätigkeit „durch die Handlung des anderen ergänzen und diese sich auch zurechnen lassen will“. <sup>14</sup> Dies gilt auch für nachträgliche Erweiterungen des Tatplans.<sup>15</sup> Allerdings kann die Willensübereinstimmung auch erst während der Tatbegehung hergestellt werden und bedarf keiner gemeinsamen Planung im Vorfeld.<sup>16</sup> Eigentlich nicht mit dieser Linie vereinbar ist die Rechtsprechung des Reichsgerichts, wonach es sogar ausreichen soll, dass sich jeder Täter „bewusst“ sei, „daß neben ihm noch ein anderer oder andere mitwirken und diese von dem gleichen Bewußtsein erfüllt sind“, ohne dass die Täter einander kennen.<sup>17</sup> Gleichwohl hat der BGH sie explizit übernommen.<sup>18</sup> Selbstverständlich kann es jedoch nicht ausreichen, wenn einer von zwei Tätern gar nichts von der Unterstützung durch den anderen Täter weiß<sup>19</sup> oder wenn mehrere Täter ohne Absprache gemeinsam gewonnene Erkenntnisse über

eine günstige Tatsituation zur Straftatbegehung ausnutzen<sup>20</sup>.

Der Tatplan bildet nach der Rechtsprechung des BGH nur soweit eine Zurechnungsgrundlage, wie die Vereinbarung zwischen den Tätern reicht. Darüberhinausgehende Taten einzelner Mittäter gelten als Exzess und werden den anderen Mittätern nicht über § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet.<sup>21</sup> Die Abgrenzung zwischen noch vom Tatplan gedeckten Straftaten und Exzesstaten, erfolgt nach Auffassung des BGH danach, ob mit der Abweichung „nach den Umständen des Falles gerechnet werden muß“. <sup>22</sup> Ist dies der Fall, liegt kein Exzess vor und die Taten können zugerechnet werden. Gleiches gilt, wenn „die verabredete Tatausführung durch eine in ihrer Schwere und Gefährlichkeit gleichwertige ersetzt wird“. <sup>23</sup> Ebenso haftet der nicht selbst handelnde Mittäter für jede Ausführungsart der von ihm gebilligten Straftat, wenn ihm die genaue Handlungsweise seiner Mittäter gleichgültig ist.<sup>24</sup> Nicht zugerechnet werden nach dieser Rechtsprechung qualitativ abweichende Begehungsarten, mit denen die anderen Mittäter nicht rechnen mussten und die in Schwere und Gefährlichkeit nicht mit der verabredeten Begehungsweise gleichwertig sind.<sup>25</sup> Abzustellen ist bei der Abgrenzung darauf, wieviel Freiheit der gemeinsam gefasste Tatplan den einzelnen Mittätern bei der Ausführung ihrer Tatbeiträge einräumt.<sup>26</sup> Eine Änderung des Tatplans, die eine qualifizierte Begehungsweise einschließt, kann selbstverständlich auch nachträglich und konkludent getroffen werden.<sup>27</sup>

Zeitlich gesehen kann die Bildung eines gemeinsamen Tatplans im Vorbereitungszeitraum liegen<sup>28</sup>, nach Versuchsbeginn vonstattengehen<sup>29</sup> und sogar im Zeitraum zwischen Vollendung und Beendigung (sog. sukzessive Mittäterschaft) stattfinden<sup>30</sup>. Wird der Tatplan vor Versuchsbeginn gefasst, ist er Grundlage für das – nach der von der Rechtsprechung vertretenen Gesamtlösung für alle Mittäter gemeinsam stattfindenden – unmittelbare Ansetzen: Die Mittäter treten gemeinsam in das Versuchsstadium ein, wenn einer von Ihnen auf Grundlage

<sup>20</sup> BGHSt 24, 286 (288); vgl. auch BGH NStZ 2014, 41 = HRRS 2013 Nr. 518.

<sup>21</sup> BGHSt 36, 231, 234.

<sup>22</sup> BGH NJW 1973, 377; BGH NStZ 2005, 261 = HRRS 2005 Nr. 9; NStZ-RR 2005, 71 = HRRS 2005 Nr. 100.

<sup>23</sup> BGH NJW 1973, 377; vgl. auch BGH NStZ 2005, 261 = HRRS 2005 Nr. 9; NStZ-RR 2005, 71 = HRRS 2005 Nr. 100.

<sup>24</sup> BGH NJW 1973, 377 m.w.N.; BGH NStZ 2005, 261 = HRRS 2005 Nr. 9; NStZ-RR 2005, 71 = HRRS 2005 Nr. 100.

<sup>25</sup> BGH NJW 1977, 377.

<sup>26</sup> Vgl. BGH NStZ 2005, 261 = HRRS 2005 Nr. 9; Schünemann, Leipziger Kommentar StGB, 12. Aufl. (2007), § 25 Rn. 176.

<sup>27</sup> BGH NStZ-RR 2002, 9.

<sup>28</sup> Statt vieler Entscheidungen: BGHSt 11, 268, 271 f.; 37, 289, 292; NStZ 1995, 285; NStZ 2000, 194; NStZ 2008, 273 = HRRS 2008 Nr. 53; NStZ 2009, 25 = HRRS 2008 Nr. 864; NStZ-RR 2012, 270 = HRRS 2012 Nr. 723.

<sup>29</sup> BGHSt 2, 344, 345; BGH GA 1969, 214.

<sup>30</sup> BGHSt 2, 344, 345; BGH GA 1966, 210; BGH NStZ 2010, 146 = HRRS 2009 Nr. 658.

<sup>12</sup> Zum Ganzen: BGH, Urteil v. 1. August 2018 – 3 StR 651/17 = HRRS 2019 Nr. 84; Zustimmung bei Jäger JA 2019, 467.

<sup>13</sup> BGHSt 37, 289, 292; BGH NStZ 1985, 70, 71; BGH NStZ-RR 2011, 200 = HRRS 2011, Nr. 575.

<sup>14</sup> BGH NStZ 1997, 336; NStZ-RR 2011, 111, 112 = HRRS 2011 Nr. 323; NStZ-RR 2011, 200 = HRRS 2011, Nr. 575.

<sup>15</sup> BGH StV 1985, 145; BGH NStZ 1999, 510.

<sup>16</sup> BGH GA 1969, 214.

<sup>17</sup> RGSt 58, 279.

<sup>18</sup> BGH NStZ 2010, 342, 342 = HRRS 2010 Nr. 43.

<sup>19</sup> BGHSt 6, 248, 249.

des Tatplans unmittelbar zur Tatbegehung ansetzt.<sup>31</sup> Dies gilt jedoch (eigentlich selbstverständlich) nur, wenn der handelnde Mittäter auch selbst unmittelbar ansetzt; dafür ist es erforderlich, dass er bei der Ausführungshandlung noch mit Verwirklichungswille handelt.<sup>32</sup> Zu dieser Erkenntnis im Widerspruch steht die sog Münzhändler-Entscheidung, in welcher der BGH den Versuchsbeginn des Versicherungsbetruges durch Abschicken der Schadensmeldung durch den beraubten Münzhändler bejahte, obwohl besagter Münzhändler gar nichts von einem entsprechenden Tatplan zur Begehung eines Versicherungsbetrugs wusste.<sup>33</sup> Hat der Mittäter seine Tatbeiträge auf Grundlage des gemeinsamen Tatplans und in diesem Moment vorsätzlich geleistet, so kann er sich vom gefassten Tatentschluss als Zurechnungsgrundlage nicht mehr einseitig lösen. Wird die Tat vollendet, haftet er nach § 25 Abs. 2 StGB für die Tatvollendung,<sup>34</sup> beim Versuch gilt § 24 Abs. 2 StGB. Dies soll sogar dann gelten, wenn ein Mittäter glaubt, das gemeinsame Ziel (Tötung des Enkelkinds) bereits erreicht zu haben und der andere Mittäter später – nach Erkennen des Irrtums – das Enkelkind ohne weitere Mitwirkung und ohne Kenntnis des nicht anwesenden Mittäters doch noch tötet.<sup>35</sup> Gleichsam kann nach der Rechtsprechung eine Tat sogar dann nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden, wenn ein Mittäter dem anderen Mittäter seine Abstandnahme von der Tat im Vorbereitungsstadium mitteilt, dieser dies akzeptiert, die Tat aber später dennoch selbst und allein ausführt.<sup>36</sup> Eine Anwendung von § 25 Abs. 2 StGB soll nach der Rechtsprechung bei der vollendeten Tat nur dann ausscheiden, wenn der Täter seine geleisteten Tatbeiträge nach seiner Abkehr vom Tatplan neutralisiert.<sup>37</sup> Dies ist beispielsweise der Fall, wenn der Mittäter den anderen Mittätern seine Abkehr vom gemeinsamen Tatplan zur Kenntnis bringt und die verbleibenden Mittäter daher einen neuen Tatentschluss fassen müssen.<sup>38</sup>

Zusammengefasst lässt sich also sagen, dass der BGH den Tatplan als eine zumindest konkludent vereinbarte Übereinkunft zur Tatbegehung zwischen den Mittätern betrachtet, die zwischen Vorbereitungsstadium und Beendigung getroffen werden kann und von der sich ein Mittäter ohne Mitwirkung der anderen Mittäter grds. (für den Versuch gibt § 24 Abs. 2 StGB noch weitere Möglichkeiten) nur lösen kann, wenn er seinen Tatbeitrag neutralisiert. Inhaltlich deckt ein gefasster Tatplan alle Tatbegehungsvarianten, mit denen bei seiner Fassung gerechnet werden musste und grds. (eine andere

Auslegung ist angezeigt, wenn die Täter den Tatplan ausdrücklich und bewusst eng fassen) auch alle Taten gleicher Art und Schwere. Dies führt dazu, dass die konkreten subjektiven Vorstellungen und Willensausrichtungen der einzelnen Mittäter nach der Rechtsprechung in den Hintergrund treten, solange sich die ausgeführte Tat nur innerhalb der Grenzen des Tatplans bewegt.

## 2. Die Einordnung der hiesigen Entscheidung in die bisherige Rechtsprechung

Das erste Argument des 3. Senats, wonach nur die Unbeachtlichkeit des Irrtums zu den Grundsätzen der Gesamtlösung beim unmittelbaren Ansetzen zum Versuch passe, rekurriert (auch ausweislich der vom 3. Senat zitierten Entscheidung) auf den Münzhändler-Fall<sup>39</sup>. Was der Senat also – wenn auch nicht explizit – damit zum Ausdruck bringt, ist, dass sich der Irrtum des handelnden Mittäters deshalb nicht auf die nicht handelnden Mittäter auswirken könne, weil diesen im Wege der Gesamtlösung der Versuchsbeginn des handelnden Mittäters sogar zugerechnet werden könne, wenn der handelnde Mittäter zu einem untauglichen Versuch ansetzt und sogar dann, wenn der handelnde Mittäter gar keinen Tatentschluss zum unmittelbaren Ansetzen aufweist. Erst Recht müsse dann also das unmittelbare Ansetzen zugerechnet werden, wenn der handelnde Mittäter beim Ansetzen zum untauglichen Versuch nur einem unbeachtlichen Irrtum unterliegt und daher sogar mit Tatentschluss unmittelbar ansetzt.

Das Argument, dass das Verwechslungsrisiko Teil des Tatplans gewesen sei und es keiner Aktualisierung des (Einzel-)Vorsatzes des Angeklagten A bedürftig sei, stützt sich – leider ebenfalls in der Entscheidung unausgesprochen – auf das Verständnis des BGH zum Verhältnis des Tatplans zum (Einzel-)Vorsatz des Täters. Auf Grundlage des Tatplans werden von der Rechtsprechung grds. alle Tathandlungen zugerechnet, die diesem entsprechen oder mit denen bei Tatplanfassung gerechnet werden musste oder die in Art und Schwere den geplanten Tathandlungen entsprechen. Weder kann sich der Täter auf eine nur innere Abkehr vom Tatplan noch darauf berufen, dass er sich im Tatzeitpunkt die Tat anders vorgestellt habe, solange sich das Geschehen innerhalb des Tatplans nach den gerade geschilderten Grundsätzen bewegt. Konsequenz ist es dementsprechend, sowohl die Anwendbarkeit der Grundsätze der *abberatio ictus* als auch derjenigen über die Vorhersehbarkeit der Abweichung vom geplanten Kausalverlauf abzulehnen. Denn beide würden voraussetzen, dass es entscheidend auf den (Einzel-)Vorsatz des nicht handelnden Mittäters zum Tatzeitpunkt ankommt. Dies ist jedoch – wie gezeigt – nach der Auffassung der Rechtsprechung nicht der Fall.

Nicht so Recht zu passen vermag in diese Linie das Argument, dass es für den Vorsatz des § 224 Abs. 1 StGB genüge, dass sich dieser auf „einen anderen“ beziehe und es einer näheren Konkretisierung nicht bedürfe. Dies ist zwar für die Einordnung des Irrtums für den handelnden Mittäter als unbeachtlich entscheidend (tatbestandliche Gleichwertigkeit zwischen anvisiertem und getroffenem

<sup>31</sup> BGHSt 36, 249, 250; 40, 299, 301; BGH NStZ 1999, 609, 610.

<sup>32</sup> BGHSt 39, 236.

<sup>33</sup> BGHSt 40, 299, 302; kritisch zu diesem Widerspruch auch *Joeks*, MüKoStGB, 3. Aufl. (2017), § 25 Rn. 271 m.w.N. zur Kritik; der entscheidende Senat hatte zwar zunächst einen Anfragebeschluss gefasst, vgl. NStZ 1994, 534, später aber die Entscheidung doch nicht dem Großen Senat vorgelegt, vgl. *Heine/Weißer*, Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl. (2019), § 22 Rn. 55a.

<sup>34</sup> BGHSt 28, 346, 348; 37, 289, 293; BGH NJW 1951, 410.

<sup>35</sup> BGHSt 9, 180, 181 f.

<sup>36</sup> BGH NStZ 1999, 449, 450.

<sup>37</sup> BGHSt 11, 268, 272; BGH NJW 1951, 410.

<sup>38</sup> BGH NJW 1951, 410 mit Verweis auf die entsprechende reichsgerichtliche Rechtsprechung.

<sup>39</sup> BGHSt 40, 299.

Tatobjekt)<sup>40</sup>, kann es jedoch nach der Linie der Rechtsprechung nicht für die nicht handelnden Mittäter sein. Konsequenz wäre dagegen gewesen, darauf abzustellen, dass es sich beim getroffenen Tatobjekt um ein solches handelt, dass mit dem im Tatplan vorgesehenen Tatobjekt hinsichtlich „der Art und Schwere“ vergleichbar ist.

Dagegen fügt sich gut ein, wenn der 3. Senat von einer durchgehenden, generellen Eigenbereicherungsabsicht des Angeklagten A ausgeht, die im Moment des unmittelbaren Ansetzens durch einen anderen Mittäter auch nicht „aktualisiert“ zu werden braucht.<sup>41</sup> In einer früheren Entscheidung hatte der 1. Senat eine Strafbarkeit lediglich dann verneint, wenn durch eine *vollständige* Aufgabe des Tatplans die subjektive Zueignungsabsicht (in casu: beim Raub) endgültig entfallen ist.<sup>42</sup> Der Fall unterscheidet sich vom vorliegenden dadurch, dass der Angeklagte A hier seinen Tatplan und damit seine „allgemeine“ Zueignungsabsicht nicht *endgültig und vollständig* aufgegeben, sondern diese nur im Moment der Tatausführung nicht aktualisiert hat. Dies passt sich gut in die Grundlinie ein, nach welcher die Rechtsprechung dem Tatplan Vorrang gegenüber den in einzelnen Momenten tatsächlich vorliegenden subjektiven Tatbestandsmerkmalen, Willensausrichtungen und Kenntnissen der einzelnen Mittäter einräumt.

Insgesamt hat der 3. Senat die Linie der Rechtsprechung fortgesetzt bzw. verstärkt, wonach es für die mittäter-schaftliche Zurechnung primär auf die (nach recht extensiven Maßstäben bestimmte) Identität der ausgeführten mit der im Tatplan vereinbarten Tat ankommt und die zu einzelnen Zeitpunkten konkret und tatsächlich vorliegenden Willensausrichtungen und Kenntnisse einzelner Mittäter in den Hintergrund treten.

### III. Der error in persona des Mittäters zwischen Tatausführung, Tatplan und subjektivem Tatbestand der einzelnen Mittäter

Eine sachgerechte Lösung der Fälle des error in persona des handelnden Mittäters muss dagegen m.E. durch eine Betrachtung des Verhältnisses der konkret (durch den irrenden Mittäter) ausgeführten Tat zum Tatplan einerseits und zu den konkreten subjektiven Vorstellungen und Willensausrichtungen der Mittäter andererseits gesucht werden.

#### 1. Der Tatplan als objektive/intersubjektive Unrechtsabrede

Konstruktiv wird man den Tatplan nicht als echten „gemeinsamen Vorsatz“ oder „gemeinsamen Verwirklichungswillen“ (für den Versuch) deuten können. Zum einen kann es rein faktisch weder einen echten „gemeinsamen Willen“ noch ein „gemeinsames Vorstellungsbild“

oder eine exakt gleiche „gemeinsame Kenntnis“ während der gesamten Tatausführung geben. Dies gilt nicht zuletzt für Fälle, in denen die Täter an unterschiedlichen Orten und zu unterschiedlichen Zeiten ihre Tatbeiträge erbringen. Zum anderen wäre auf dieser Grundlage aufgrund der zu erwartenden Abweichungen zwischen den Vorstellungen der einzelnen Mittäter zu einzelnen Zeitpunkten selten eine Zurechnung einzelner Tatbeiträge möglich. Dies gilt vor allem für Fälle, in denen die Mittäter teilweise nicht am unmittelbaren Tatort anwesend sind und somit gar nicht in der Lage sind, zum Handlungszeitpunkt einen mit den anwesenden Mittätern übereinstimmenden Tatentschluss zu bilden. Der Tatplan liegt jeweils nicht allein in der Vorstellung *eines* Mittäters vor, er liegt vielmehr aus der Perspektive jedes einzelnen Mittäters *außerhalb* seiner subjektiven Vorstellung. Andernfalls gäbe es mehrere – ggf. voneinander abweichende – Tatpläne, jedoch keinen gemeinsamen. Dieser Erkenntnis folgend muss es sich beim Tatplan um eine objektiv<sup>43</sup> oder – so der Begriff von *Seher* – „intersubjektiv“<sup>44</sup> vorliegende Übereinkunft handeln (im Sinne eines „Vertrags“ über die Mittäterschaft oder einer „mittäter-schaftlichen Unrechtsvereinbarung“).<sup>45</sup>

Verlangt man – wie die h.M. zu Recht – dass die Vereinbarung durch wechselseitig wahrgenommene – zumindest konkludente – Willensäußerungen zustande gekommen ist,<sup>46</sup> kann sich der Inhalt des Tatplans eigentlich nur am Inhalt der wechselseitig *geäußerten* Willensbekundungen orientieren. Die Reichweite des Tatplans wird man dementsprechend durch Auslegung gewinnen müssen. Diese kann einerseits, aus oben genannten Gründen, nicht rein subjektiv aus Sicht jedes einzelnen Mittäters vorgenommen werden, andererseits auch nicht rein objektiv ex post (aus Sicht des entscheidenden Gerichts), um nicht die Täter für etwas haftbar zu machen, was sie aus ihrer Perspektive gar nicht als vom Tatplan umfasst erkennen konnten. Daher muss es auf eine ex ante (also zum Zeitpunkt der Tatplanfassung, ggf. zum Zeitpunkt einer späteren Tatplanänderung) Auslegung aus einer verobjektivierten Perspektive der Mittäter ankommen. Insofern ist die Formulierung der Rechtsprechung, der Tatplan umfasse alle späteren Varianten der Tatbegehung, mit denen die Mittäter rechnen „mussten“ zumindest etwas unpräzise. Es kann nämlich nur darauf ankommen, welche Tatausführungsvarianten der Tatplan aus Sicht eines objektiven Dritten in der ex ante-Perspektive der Mittäter umfasste. Gleiches gilt für die Frage, ob auch andere Straftaten „von gleicher Art und Schwere“ wie die ausdrücklich ins Auge gefasste Straftat vom Tatplan gedeckt sind. Richtig ist nach diesen Grundsätzen allerdings, dass die Rechtsprechung bei der Abgrenzung zwischen geplanter Tat und Exzesstat auch

<sup>43</sup> Roxin, a.a.O. (Fn. 4), S. 287 spricht von einer „objektiven Beziehung“.

<sup>44</sup> *Seher* JuS 2009, 1, 2.

<sup>45</sup> In diese Richtung auch bereits *Jakobs*, in: Festschrift für Herzberg (2008), S. 395 ff.; anders *Kudlich*, a.a.O. (Fn. 7) § 25 Rn. 49, der den Tatplan ausdrücklich als „subjektives Element“ bezeichnet; es geht freilich hier vor allem um terminologische Unterschiede, da *Kudlich* auch von einem „Einvernehmen, gemeinsam ein deliktisches Ziel zu verfolgen“ spricht, was in der Sache der hier beschriebenen „Unrechtsvereinbarung“ entsprechen dürfte.

<sup>46</sup> Vgl. statt vieler *Joecks*, a.a.O. (Fn. 33), § 25 Rn. 236 m.w.N.

<sup>40</sup> H.M., statt vieler vgl. *Kudlich*, a.a.O. (Fn. 7), § 16 Rn. 6 m.w.N.

<sup>41</sup> Zu diesem Argument vertieft: *Jäger* JA 2019, 467.

<sup>42</sup> BGH NSz 1994, 29, 30.

darauf abstellt, wieviel Freiheit dem handelnden Mittäter nach dem Tatplan eingeräumt wurde. Die Auffassung des einzelnen Mittäters vom Inhalt des Tatplans wird dagegen erst im Rahmen seines eigenen Vorsatzes relevant (siehe hierzu später).

## 2. Das Verhältnis des Tatplans zur tatsächlich ausgeführten Tat

Relativ unstrittig ist das Verhältnis des Tatplans zur tatsächlich ausgeführten Tat. Weicht ein Tatbeitrag wesentlich vom Tatplan ab, liegt ein Exzess vor, der den nicht selbst handelnden Mittätern nicht zugerechnet werden kann. Die Wesentlichkeit bestimmt sich vor allem danach, wie präzise der Tatplan gefasst war bzw. wieviel Handlungsfreiheit den einzelnen Mittätern eingeräumt wurde.<sup>47</sup>

## 3. Das Verhältnis des Tatplans zum subjektiven Tatbestand des einzelnen Mittäters

Deutlich schwieriger zu beantworten ist die Frage, in welchem Verhältnis der subjektive Tatbestand (also Vorsatz und ggf. weitere subjektive Merkmale wie die Bereicherungs- oder Zueignungsabsicht) der einzelnen Mittäter zum gemeinsam gefassten Tatplan steht. Es geht dabei um die Frage, was im Falle eines Auseinanderfallens Vorrang hat. Hierbei lassen sich mehrere Ausgangspunkte/Grundannahmen der Analyse festlegen, die sich aus dem Gesetz bzw. aus allgemein anerkannter Dogmatik des Allgemeinen Teils ergeben:

### a) Grundannahmen des Verhältnisses Tatplan/Vorsatz des einzelnen Mittäters

(1) Gem. §§ 15, 16 StGB ist Mittäterschaft völlig ohne eigenen Vorsatz der beteiligten Mittäter nicht denkbar.

(2) Der Vorsatz im Sinne des Willens zur Verwirklichung eines Straftatbestandes unter Kenntnis seiner relevanten Umstände<sup>48</sup> lässt sich für jeden einzelnen Mittäter stets nur für einen bestimmten Zeitpunkt exakt bestimmen, da sich Wille, Vorstellungen und Kenntnisse im Tatverlauf ändern können. Grundsätzlich ist dies gem. §§ 8, 16 Abs. 1 StGB (zumindest) der Zeitpunkt, an dem der einzelne Täter gehandelt hat (oder im Fall eines Unterlassens hätte handeln müssen).<sup>49</sup>

(3) Vorsatz und alle sonstigen subjektiven Merkmale jedes einzelnen Mittäters müssen jedenfalls zumindest in demjenigen Zeitpunkt vorliegen, in dem der Mittäter

seinen Tatbeitrag erbringt, also selbst handelt. Denn nur dann liegen zurechnungsfähige Tathandlungen bzw. liegt ein zurechnungsfähiges unmittelbares Ansetzen vor.<sup>50</sup> Insofern ist die Rechtsprechung des BGH im sog. Münzhändler-Fall, nach der auch das unmittelbare Ansetzen eines nur vermeintlichen Mittäters zugerechnet werden kann, abzulehnen.

(4) Aus § 24 Abs. 2 StGB lässt sich ableiten, dass eine rein subjektive Aufgabe des auf die Verwirklichung des Tatplans gerichteten Willens durch einzelne Mittäter ab Versuchsbeginn irrelevant sein muss. Denn § 24 Abs. 2 StGB verlangt (je nach vorliegender Konstellation) jedenfalls stets mehr als bloß eine subjektive Aufgabe des Tatplans.<sup>51</sup> Erst Recht muss dies gelten, wenn die Tat bereits vollendet ist. Dies ergibt sich aus §§ 15, 16, 8 StGB, welche die Aufgabe des Verwirklichungswillens nach Vornahme aller für die Vollendung erforderlichen Tathandlungen für unbeachtlich erklären.<sup>52</sup> Insofern kann die subjektiv-einseitige Aufgabe des Willens zur Verwirklichung des Tatplans nur vor Versuchsbeginn relevant werden.<sup>53</sup> Andernfalls würde man § 24 Abs. 2 StGB seines Anwendungsbereichs berauben. § 24 Abs. 2 StGB betrifft dabei jedoch nur die *endgültige* Aufgabe des Verwirklichungswillens. Keine Aussage trifft § 24 Abs. 2 StGB über Fälle, in denen der Täter den Verwirklichungswillen nicht endgültig aufgibt, sondern in denen seine konkreten Vorstellungen und Willensausrichtungen vom Tatplan und/oder von der tatsächlich ausgeführten Tat abweichen.

### b) Schlussfolgerungen

(1) Ein völliger Verzicht auf Vorsatz und andere subjektive Elemente beim nicht-handelnden Mittäter und ein absoluter Vorrang des Tatplans als „genereller Gesamtvorsatz“ oder „Ersatz“ für den Einzelvorsatz kann wegen §§ 15, 16 StGB nicht überzeugen. Allerdings lässt sich bei Lektüre vieler Entscheidungen nicht ablegnen, dass die Rechtsprechung – wenn auch unausgesprochen – gelegentlich in diese Richtung tendiert: So genügt dem BGH zufolge nie – auch nicht im Vorbereitungsstadium – das bloße einseitige Aufgeben des eigenen Tatentschlusses, um eine Zurechnung nach § 25 Abs. 2 StGB auszuschließen,<sup>54</sup> obwohl es in diesen Fällen offensichtlich an einem Verwirklichungswillen (als voluntatives Element des Vorsatzes) fehlt. Im Rahmen der sukzessiven Mittäterschaft werden von der Rechtsprechung den später hinzutretenden Mittätern sogar Handlungen der anderen Mittäter zugerechnet, die bereits vor der (nachträglichen) Verabredung des gemeinsamen Tatplans begangen wurden und bezüglich der die später hinzutretenden Mittäter im (Tat-)Handlungszeitpunkt somit definitiv

<sup>47</sup> Ganz h.M., statt vieler vgl. nur BGHSt 36, 231, 234 f.; BGH NJW 1973, 377; BGH NStZ 2005, 261 = HRRS 2005 Nr. 9; NStZ-RR 2005, 71 = HRRS 2005 Nr. 100; Joecks, a.a.O. (Fn. 33), § 25 Rn. 242; Schönemann, a.a.O. (Fn. 26), § 25 Rn. 176 jeweils m.w.N.

<sup>48</sup> BGHSt 19, 295, 298; Kudlich, a.a.O. (Fn. 7), § 15 Rn. 3 m.w.N.

<sup>49</sup> Vgl. Kudlich, a.a.O. (Fn. 7), § 15 Rn. 9 m.w.N.; es ist strittig, ob darüber hinaus § 8 StGB im Falle der Mittäterschaft so auszulegen ist, dass davon auch alle Zeitpunkte erfasst sind, an denen Mittäter handeln, dazu später.

<sup>50</sup> Dencker, Kausalität und Gesamttat, S. 241, S. 244; vgl. auch Eisele ZStW 112 (2000), 745, 758.

<sup>51</sup> So richtig Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 8. Aufl. (2017), § 20 Rn. 105; Ausnahmen werden lediglich diskutiert, wenn ein Mittäter die Vollendung allein beherrscht, vgl. Loos Jura 1996, 518, 519.

<sup>52</sup> Vgl. auch Eisele ZStW 112 (2000), 745, 758.

<sup>53</sup> So richtig: Eisele ZStW 112 (2000), 745, 758 ff.

<sup>54</sup> BGHSt 28, 346; vgl. auch BGH NJW 1951, 410; BGH NStZ 1999, 449, 450.

keinen Vorsatz bilden konnten.<sup>55</sup> Und schließlich zeigt sich dieser von der Rechtsprechung implizit angenommene Vorrang des Tatplans auch am o.g. Fall, in dem ein Mittäter nach Ausscheiden des anderen Mittäters ohne dessen Kenntnis die Tat vollendet. Der ausscheidende Mittäter ging davon aus, dass die Tat bereits vollendet war. Er konnte somit keinen Vorsatz mehr bezüglich der Tatbegehung durch den anderen haben. Dennoch hat der BGH die Handlungen des noch handelnden Mittäters zugerechnet.<sup>56</sup> Dieser Vorrang des Tatplans vor den subjektiven Vorstellungen der nicht handelnden Mittäter schlägt auch auf die error in persona-Konstellation durch: Auf die konkreten Vorstellungen des Angeklagten A als nicht selbst handelndem Mittäter geht der BGH gar nicht ein. Für den BGH war ausschließlich entscheidend, dass sich das Vorgehen der (im Irrtum befindlichen) Mitangeklagten im Rahmen des gemeinsamen Tatplans bewegte. Dies war nach Auffassung des 3. Senats der Fall, weil mit der Verwechslung bei Tatplanfassung gerechnet werden musste, da die Identifizierung der Opfer den Mittätern überlassen worden war.<sup>57</sup> In diese Linie passt auch die Entscheidung des BGH im sog. Verfolger-Fall: Das Schießen auf Verfolger war Teil des Tatplans. Dass der beschossene Mittäter selbst natürlich erkannte, dass er kein Verfolger war, war für den BGH irrelevant und wurde dementsprechend vom entscheidenden Senat gar nicht thematisiert.<sup>58</sup> Nur selten stellte die Rechtsprechung dagegen vorrangig auf die subjektiven Vorstellungen und Willensausrichtungen des nicht selbst handelnden Täters ab: Im Münzhändler-Fall wurde das unmittelbare Ansetzen des nur vermeintlichen Mittäters dem mit Vorsatz handelnden Mittäter zugerechnet, obwohl es an einem gemeinsamen Tatplan mit dem nur vermeintlichen Mittäter fehlte.<sup>59</sup> In die gleiche Richtung deutet die o.g. Entscheidung des 1. Senats, in welcher dem Fehlen der Zueignungsabsicht (durch endgültige Aufgabe des auf den Tatplan gerichteten Verwirklichungswillens) der Vorrang vor dem vormals gefassten gemeinsamen Tatplan eingeräumt wurde.<sup>60</sup>

(2) Müssen also auch beim nicht selbst handelnden Mittäter grundsätzlich Vorsatz und weitere notwendige subjektive Merkmale festgestellt werden, stellen sich folgende Fragen:

(a) Wann müssen diese subjektiven Tatbestandsmerkmale beim einzelnen Mittäter vorliegen?

(b) Welche Anforderungen sind an den subjektiven Tatbestand des einzelnen Mittäters zu stellen?

Würde man neben dem Tatplan verlangen, dass jeder einzelne Mittäter während der gesamten Tatausführung (also vom Moment des unmittelbaren Ansetzens bis zur Vollendung) nach denselben Maßstäben wie ein Einzeltäter über Verwirklichungswillen und notwendige Kennt-

nisse hinsichtlich aller Tatbestandsmerkmale sowie über weitere notwendige subjektive Merkmale verfügt,<sup>61</sup> würde dies den Anwendungsbereich der mittäterschaftlichen Zurechnung stark einengen. So würde in Fällen, in denen nicht alle Mittäter an dem Ort anwesend sind, an dem ein Mittäter seinen Tatbeitrag erbringt, eine Zurechnung der dort von den anderen Mittätern ausgeführten Handlungen scheitern, wenn nicht die nicht anwesenden Mittäter zumindest eine „Live-Verbindung“ zum Ort des Geschehens haben. Denn die nicht anwesenden Mittäter (die auch nicht in unmittelbarem Sicht- und Hörkontakt zu den handelnden Mittätern stehen) haben keine Kenntnis davon, ob, wann und wie genau der Tatbeitrag erbracht wird. Eine Zurechnung hinge dann davon ab, dass die nicht anwesenden Mittäter einen „dauerhaften“ Deliktvorsatz (und ggf. weitere „dauerhafte“ subjektive Merkmale wie besondere Absichten) von der Planung bis zur Ausführung aufweisen. Dies ist in manchen Fällen schlicht unmöglich (z.B. schlafende Mittäter), in anderen wäre es eine reine Fiktion (z.B. Mittäter, die nur im Planungsstadium beteiligt sind und später gar nicht exakt wissen, wann die Tat ausgeführt wird, sondern nur auf „Rückmeldung“ warten). Daher wäre mit der deckungsgleichen Übertragung der Anforderungen an den subjektiven Tatbestand des Einzeltäters auf die Mittäterschaft gleichzeitig faktisch eine Ablehnung der Tatherrschaft von nicht selbst anwesenden Mittätern (z.B. dem „Bandenchef“) verbunden. Gleiches würde in vielen Fällen „echter“ Arbeitsteilung gelten, in denen verschiedene Mittäter auf Grundlage eines gemeinsamen Tatplans an unterschiedlichen Orten zu unterschiedlichen Zeiten ohne eine „Live-Absprache“ wesentliche Tatbeiträge leisten. Die Mittäterschaft würde auf Fallkonstellationen verengt, in denen alle Mittäter zum Zeitpunkt des unmittelbaren Ansetzens gleichzeitig an einem Tatort zusammenwirken oder zumindest eine „Live-Verbindung“ vor Ort haben.<sup>62</sup>

Eine solche Auffassung müsste im vorliegenden Fall eine Zurechnung verneinen. Denn der Angeklagte A hatte ja den Zeugen S als Freund erkannt und ging auch davon aus, dass seine Komplizen diesen rechtzeitig erkennen würden. Er handelte daher weder mit Vorsatz bezüglich

<sup>61</sup> So *Seher* JuS 2009, 304, 306: „Handlungen eines Mittäters, auf die sich im Moment ihrer Vornahme der Vorsatz der anderen Mittäter nicht erstreckt, können nicht vom gemeinsamen Tatentschluss umfasst sein“ (kursive Hervorhebung durch den Verfasser); ähnlich auch *Seher* JuS 2009, 1, 6, wonach es darauf ankommt, dass „der zuvor gefasste Tatentschluss während der Tatausführung fortbesteht“ und, dass „ausschließlich auf diesen Zeitpunkt – und die dann vom alleseitigen Vorsatz umfassten Verfeinerungen des Tatplans“ abzustellen ist; ähnlich *Puppe* NStZ 1991, 571, 572 a.E.: „Deshalb muß der gemeinsame Tatentschluss und damit auch die ernstliche Tatbereitschaft jedes Genossen mindestens in dem Moment noch vorhanden sein, in dem die Tat ins Ausführungsstadium tritt.“

<sup>62</sup> Damit wäre der Anwendungsbereich des § 25 Abs. 2 StGB noch enger als nach den sog. strengen Tatherrschaftslehren, die eine Mitwirkung jedes Mittäters an der tatbestandlichen Ausführungshandlung verlangen, vgl. *Schild*, Nomos Kommentar, StGB, 5. Aufl. (2017), § 25 Rn. 139 m.w.N.; denn diese Lehren würden immerhin die Möglichkeit anerkennen, dass verschiedene Mittäter verschiedene notwendige tatbestandliche Handlungen an verschiedenen Orten zu verschiedenen Zeiten vornehmen.

<sup>55</sup> BGHSt 2, 344, 345; BGH GA 1966, 210; BGH NStZ 2010, 146.

<sup>56</sup> Gleiche Deutung wie hier bei *Roxin*, a.a.O. (Fn. 4), S. 288.

<sup>57</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 1. August 2018 – 3 StR 651/17 = HRRS 2019 Nr. 84.

<sup>58</sup> BGHSt 11, 268.

<sup>59</sup> BGHSt 40, 299, 302.

<sup>60</sup> BGH NStZ 1994, 29, 30.

der nun stattfindenden Körperverletzung und (versuchten) räuberischen Erpressung zu Lasten des S noch mit einer entsprechenden Bereicherungsabsicht. Er rechnete ja gerade nicht damit, dass es jetzt zu einem Überfall auf den S kommen würde und ging außerdem davon aus, dass der S keine Drogen bei sich hatte, derer sich die Mittäter hätten bemächtigen können. Vorsatz und Bereicherungsabsicht bildete der Angeklagte A erst wieder, als später tatsächlich die beiden Drogendealer erschienen.

(3) Will man dagegen die Möglichkeiten mittäterschaftlicher Zurechnung weiter fassen – insbesondere die Bandenchefkonstellation erfassen und auch eine Mittäterschaft annehmen, wenn die Mittäter ihre Tatbeiträge an unterschiedlichen Orten und/oder zu unterschiedlichen Zeitpunkten ohne unmittelbaren Kontakt miteinander erbringen – muss man anerkennen, dass man die Vorsatzdogmatik für den Einzeltäter nicht unmodifiziert übertragen kann. Das Gesetz jedenfalls lässt eine Modifikation für die Mittäterschaft zu. §§ 15, 16 StGB schreiben zwar vor, dass die Mittäter vorsätzlich handeln müssen, legen jedoch selbst keinen Maßstab der Kenntnis fest, über die ein Täter verfügen muss.<sup>63</sup> § 25 Abs. 2 StGB eröffnet die Möglichkeit einer „gemeinschaftlichen“ Tatbegehung. Da – wie oben ausführlich dargelegt – bei einer „gemeinschaftlichen“ Tatbegehung Willens- und Wissens Elemente aller Mittäter nicht (vor allem nicht zu allen Zeitpunkten) deckungsgleich sein können, muss eine Modifikation der Maßstäbe des Vorsatzes erfolgen. Andernfalls wäre eine „gemeinschaftliche“ Tatbegehung nur in den seltensten Fällen realisierbar. Gleiches muss für sonstige subjektive Merkmale gelten, da auch bei diesen eine „gemeinschaftliche“ Begehung nach § 25 Abs. 2 StGB (als AT-Vorschrift) möglich sein muss.

Eine solche Modifikation könnte wie folgt aussehen:

(a) Was den Zeitpunkt des Vorliegens des Vorsatzes und der sonstigen subjektiven Merkmale angeht, so müssen diese zum einen bei der Erbringung der eigenen Tatbeiträge vorliegen. Dies betrifft nicht nur die Vornahme von tatbestandsmäßigen Handlungen oder das unmittelbare Ansetzen nach § 22 StGB zu diesen, sondern auch sonstige Tatbeiträge, z.B. das Besorgen von Tatmitteln etc. Zum anderen müssen die Merkmale auch zum Zeitpunkt der Bildung des gemeinsamen Tatplans vorliegen, da auch dieser Tatbestandsmerkmal des § 25 Abs. 2 StGB ist und sich der Vorsatz auf alle Tatbestandsmerkmale beziehen muss, vgl. § 16 Abs. 1 StGB. Nicht notwendig ist dagegen, dass Vorsatz und sonstige subjektive Merkmale bei zeitlich gestreckter Verwirklichung des Tatbestandes „dauerhaft“ vorliegen, insbesondere nicht zu Zeitpunkten, zu denen die anderen Mittäter ihre Tatbeiträge erbringen.<sup>64</sup> Hierfür lässt sich auch der Wortlaut des § 8 StGB anführen: Der Zeitpunkt der Tatbegehung in § 16 Abs. 1 StGB wird für jeden Beteiligten durch seine eigenen Handlungen bestimmt.<sup>65</sup>

<sup>63</sup> Vgl. Kudlich, a.a.O. (Fn. 7), § 15 Rn. 2 ff.

<sup>64</sup> Angedeutet bei: Dehne-Niemann ZJS 2008, 351, 354.

<sup>65</sup> Eisele ZStW 112 (2000), 745, 760; v. Heintschel-Heinegg, BeckOKStGB, 41. Ed. (2019), § 8 Rn. 6; Jakobs, Strafrecht Allgemeiner Teil, 2. Aufl. (1991), 4. Kapitel Rn. 53; Böse, Nomos Kommentar, StGB, 5. Aufl. (2017), § 8 Rn. 3; a.A.: (mittäterschaftliche Zurechnung der Handlungen der ande-

(b) Inhaltlich wird man unterscheiden müssen. Bezüglich der eigenen Tatbeiträge und des Tatplans können die allgemeinen Maßstäbe für den Vorsatz und das Vorliegen sonstiger subjektiver Merkmale (des Einzeltäters) übertragen werden. Dort handelt (bzw. plant) der Mittäter ja selbst, sodass es keinen Grund für eine abweichende Behandlung gibt. Bezüglich der Tatbeiträge der anderen Mittäter und Umständen, die bei der Erbringung dieser Tatbeiträge durch die anderen Mittäter eintreten, muss ein extensiverer Maßstab gelten. Denn es ist einer „gemeinschaftlichen“ Tatbegehung immanent, dass jeder Mittäter die Handlungen der anderen Mittäter nicht nach den gleichen Maßstäben kennen kann, wie eigene Handlungen. Hier muss es genügen, wenn der Täter sich Umstände vorstellt, die dem Tatplan entsprechen.

(c) Weicht nun die Erbringung der Tatbeiträge der anderen Mittäter von der Vorstellung ab, die der Täter bei Erbringung seiner eigenen Tatbeiträge und bei Bildung des Tatplans hat, so liegt aus Sicht des nicht selbst handelnden Mittäters eine Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf vor.<sup>66</sup> Diese kann nach denselben Grundsätzen behandelt werden, wie beim Alleintäter. Danach kommt es darauf an, ob die Abweichung noch innerhalb des nach allgemeiner Lebenserfahrung Erwartbaren liegt (dann Zurechnung) oder nicht (dann keine Zurechnung).<sup>67</sup> Bezüglich Abweichungen des Vorsatzes vom Tatplan kommt es dabei darauf an, wie eng oder wie weit dieser (aus Sicht des Mittäters) gefasst wurde. Denn je mehr Handlungsfreiraum seine Mittäter aus Sicht des nicht selbst handelnden Mittäters haben, desto eher rechnet er mit Abweichungen.

#### 4. Anwendung dieser Grundsätze auf den error in persona des Mittäters

Ein error in persona des handelnden Mittäters ist daher für die anderen (nicht handelnden) Mittäter dann beachtlich, wenn die Personenverwechslung eine wesentliche Abweichung vom gemeinsamen Tatplan ist oder, wenn die Personenverwechslung für den nicht handelnden Mittäter eine wesentliche Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf darstellt.<sup>68</sup> Im ersten Fall fehlt es an einer notwendigen objektiven, im zweiten Fall an der erforderlichen subjektiven Zurechnungsgrundlage. Hierfür müssen sowohl der Inhalt des gemeinsamen Tatplans als auch die Vorstellung des nicht handelnden Mittäters zum Zeitpunkt der Tatplanfassung und der Erbringung seiner Tatbeiträge vom Tatgericht bestimmt werden. Dabei wird vor allem entscheidend sein, wieviel Freiraum den handelnden Mittäter nach

ren Mittäter auch bei § 8 StGB): Ambos, MüKoStGB, 3. Aufl. (2017), § 8 Rn. 8; Werle/Jeßberger, Leipziger Kommentar, StGB, 12. Aufl. (2007), § 8 Rn. 17; Satzger, Satzger/Schluckebier/Widmaier, StGB, 3. Aufl. (2016), § 8 Rn. 6.

<sup>66</sup> So bereits Hillenkamp, a.a.O. (Fn. 4), S. 78.

<sup>67</sup> BGHSt 7, 325, 329; BGH NStZ 2001, 29; Kudlich, a.a.O. (Fn. 7), § 15 Rn. 5; Kühl, Lackner/Kühl, StGB, 29. Aufl. (2018), § 15 Rn. 11 jeweils m.w.N.

<sup>68</sup> Insofern greifen sowohl die „Exzesslösung“ als auch die „aberratio ictus-Lösung“, zu beidem siehe oben, m.E. zu kurz, wenn sie nur auf das eine oder auf das andere abstellen.

dem Tatplan und der Vorstellung des nicht handelnden Mittäters bei der Identifizierung des Tatopfers eingeräumt ist. Denn je mehr Freiraum diese haben bzw. je weniger konkret die Identifizierung des Tatopfers im Vorfeld erfolgt, desto eher ist ein Irrtum in der Handlungssituation im Tatplan einkalkuliert und desto eher rechnet auch der nicht handelnde Mittäter mit einer solchen Verwechslung. Der error in persona des handelnden Mittäters ist also für die anderen Mittäter weder stets beachtlich noch stets unbeachtlich. Es kommt auf die konkrete Ausgestaltung des gemeinsamen Tatplans und die konkreten Vorstellungen der nicht handelnden Mittäter über den Tatablauf an.

Für den vorliegenden Fall bedeutet dies: Der gemeinsame Tatplan war darauf gerichtet, zwei Drogendealer zu überfallen und diesen (auch mit Gewalt) Drogen abzunötigen. Nicht vom Tatplan umfasst war es, den Zeugen S zu überfallen. Dies allein würde eine Zurechnung aber dann noch nicht ausschließen, wenn den im Hausflur versteckten Mittätern nach dem Tatplan und in der Vorstellung des Angeklagten A zum Zeitpunkt der Tatplanbildung, seines Lock-Anrufs bei den Drogendealern und der Übergabe des Baseballschlägers (darin bestanden seine Tatbeiträge neben der Planung) ein großer Freiraum bei der Identifizierung eingeräumt wurde bzw. wenn die Identifizierung bei der Tatplanung nicht exakt erfolgt ist. Wie genau diese Identifizierung im Vorfeld erfolgt ist, lässt sich dem vom BGH geschilderten Sachverhalt leider nicht entnehmen. Gegen eine konkrete Identifizierung bereits bei Tatplanfassung spricht allerdings, dass die Drogendealer allen Mittätern unbekannt waren. Weiterhin muss berücksichtigt werden, dass während der geplanten Tat eine Party im Gange war und jederzeit mit dem Eintreffen von Partygästen gerechnet werden musste. Wie sich die Mittäter in dieser Situation überhaupt eine erfolgreiche Identifizierung der Drogendealer vorgestellt haben, bleibt leider bei den knappen Sachverhaltsschilderungen des BGH im Dunklen. Auch die Rolle des Angeklagten A, der räumlich gesehen „vor“ den handelnden Mittätern postiert war, bei dieser Identifizierung ist unklar. Diese Unklarheiten müssten m.E. aufgeklärt werden, um beantworten zu können, ob die Personenverwechslung im Tatplan angelegt war und, ob sie eine wesentliche Abweichung des tatsächlichen Kausalverlaufs von dem vom Angeklagten A vorgestellten Kausalverlauf darstellt. Angesichts der Tatsache, dass ein Überfall auf zwei unbekannte Personen geplant war, es sich bei dem S jedoch nur um eine eintreffende Person handelte und der Zeuge S außerdem allen Mittätern bekannt war, liegt es ohne entsprechende Feststellungen jeden-

falls nicht besonders nahe, dass gerade diese Personenverwechslung im Tatplan angelegt und nach der allgemeinen Lebenserfahrung für den Angeklagten A erwartbar war (dies wäre ggf. anders, wenn die Mittäter aus Versehen zwei andere ihnen unbekannte Männer überfallen hätten). Käme man – nach entsprechenden Feststellungen – zu dem Ergebnis, dass die Personenverwechslung vom Tatplan nicht gedeckt war und/oder eine wesentliche Abweichung des Kausalverlaufs vorliegt, so kommt jedoch auch keine Zurechnung des Angriffs auf S als Versuch des Angriffs auf die Drogendealer in Betracht (weder bezüglich §§ 253, 255 StGB noch bezüglich § 224 StGB).<sup>69</sup> Denn es fehlt dann an der Grundlage für die Zurechnung genau dieses Angriffs (auf den Zeugen S) als unmittelbares Ansetzen.<sup>70</sup> Außerdem war der Tatplan (und der Vorsatz des A) nur auf die Begehung eines Überfalls gerichtet.<sup>71</sup> Die Begehung von zwei Überfällen stellt daher eine wesentliche Abweichung vom Tatplan und vom Vorstellungsbild des A dar. Unberührt bleibt hiervon lediglich eine mögliche Fahrlässigkeitsstrafbarkeit dadurch, dass der A durch sein Verhalten (Tatplanung, Unterlassen einer Warnung seiner Komplizen) sorgfältig die Gefahr einer (Körper-)Verletzung des S geschaffen hat. Dass dagegen nach der Rechtsprechung des BGH durchaus die Zurechnung eines „Gemetzels“ oder „Blutbads“ in Betracht kommt, zeigt sich daran, dass die Verurteilung des Angeklagten A sowohl wegen des Angriffs auf S als auch wegen des Überfalls auf die Drogendealer durch das Landgericht vom BGH gehalten wurde.<sup>72</sup> Es ist nicht ersichtlich, dass der BGH nach den von ihm aufgestellten Grundsätzen anders entscheiden würde, wenn nach dem S noch weitere unbeteiligte Personen verwechselt und überfallen worden wären.

Dagegen ist dem BGH zuzustimmen, wenn er keine „Aktualisierung“ der Bereicherungsabsicht des Angeklagten A verlangt. Nach den o.g. Maßstäben muss die Bereicherungsabsicht des Angeklagten A nur im Zeitpunkt der Fassung des gemeinsamen Tatplans und bei Erbringung seiner eigenen Tatbeiträge vorliegen. Dies war hier der Fall.<sup>73</sup>

<sup>69</sup> So jedoch Scheffler JuS 1992, 920, 922 f. zum sog. Verfolgerfall.

<sup>70</sup> Richtig bereits Hillenkamp, a.a.O. (Fn. 4), S. 79; Dehne-Niemann ZJS 2008, 351, 354.

<sup>71</sup> Richtig: Dehne-Niemann ZJS 2008, 351, 359.

<sup>72</sup> BGH, Urteil v. 1. August 2018 – 3 StR 651/17 = HRRS 2019 Nr. 84.

<sup>73</sup> Im Ergebnis ebenso, jedoch mit anderen (lesenswerten) Argumenten: Jäger JA 2019, 467, 468 f.



## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

## Schrifttum

**Detlef Burhoff: Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren; 8. Auflage 2019, ZAP-Verlag, Bonn, 1724 Seiten, 129,00 €, ISBN 978-3896557957 und Handbuch für die strafrechtliche Hauptverhandlung, 9. Auflage 2019, ZAP-Verlag, Bonn, 1310 Seiten, 119,00 €, ISBN 978-3-89655-796-4**

Soviel vorweggenommen: Jedem im Strafrecht tätigen Rechtsanwalt ist der Kauf dieser beiden hervorragenden Praxishandbücher dringend zu empfehlen, und zwar im Buchpaket des Verlags. Zwar kann der Verfasser aus jahrelanger täglicher Arbeit mit diesen Werken bestätigen, daß man z.B. während der Hauptverhandlung, nicht zwingend das Handbuch EV vermißt: Dennoch gehören sie einfach zusammen und richten sich nach dem typischen Aufbau, wie Strafverteidiger ihren Mandatsablauf erleben.

Der Aufbau nach alphabetisch sortierten Schlagwörtern ist bewährt. Wer die Handbücher noch immer nicht kennt, wird sich schnell daran gewöhnen und dieses System schätzen lernen. Sekundenschneller Zugriff, als würde man eigene Erinnerungen abrufen. Die Masse an Informationen scheint schier unerschöpflich. Das überrascht nicht bei einem Herausgeber, der seit Jahren täglich drei aktuelle Entscheidungen in seinem Blog veröffentlicht und für die Übermittlung von Entscheidungen durch Strafverteidiger und Verkehrsanwälte heute durchaus eine der ersten Anlaufstellen sein könnte. Ob man in der Hauptverhandlung mögliche Ablehnungsgründe prüft oder im Ermittlungsverfahren Argumente und Entscheidungen zur Beiordnung als Pflichtverteidiger: Es gibt hier nichts, was nicht in einer Masse und Tiefe zu finden ist, die durch irgendein anderes Anwaltshandbuch im Strafrecht übertroffen würde.

Manchmal findet der Verteidiger sogar Informationen, die er nicht suchte und doch dringend benötigt und das bloß noch nicht wusste. Ewig in Erinnerung wird dem Verfasser das rein selbstbestätigende Nachschlagen der TOA-Voraussetzungen in einem Raubprozess bleiben. In HV Rn. 2782 springt als letztes Schmankerl die vergütungsrechtliche Auswirkung der Teilnahme an TOA-Gesprächen (Nr. 4102 Nr. 4 VV RVG) ins Auge. Gilt das denn auch bei TOA-Verhandlungen in einer Terminspause? Ja! Wieder schlauer geworden – und sechs weitere Fachanwälte für Strafrecht, die davon noch nie etwas gehört haben, staunen. Sogar die Rechtspflegerin brachte in einem Telefonat über die Pflichtverteidigervergütung ihre Überraschung zum Ausdruck, „dass Sie das alle abrechnen.“ Mit dieser Gebühr wäre das Buch übrigens finanziell amortisiert.

Was hat sich bei den Neuauflagen geändert? Es gibt wesentlich mehr Inhalt, wobei die Bücher aufgrund Formatänderung dünner erscheinen. Ein Problemchen bei den Randnummern der letzten EV-Auflage ist behoben. Dass die Rechtsprechung zu den einzelnen Schlagworten aktualisiert und erweitert wurde, versteht sich leider längst nicht bei jedem Praxishandbuch von selbst – bei Burhoff hingegen schon. 500 (!) neue Entscheidungen im HV, unfassbar. Die Verarbeitung verschiedener unsäglicher StPO-Reformen und des neuen Einziehungsrechts dürfen in einer 2019er Auflage als selbstverständlich vorausgesetzt werden.

Mit dieser Buchkritik ist es ein bisschen wie mit dem Fragerecht des Verteidigers in der Hauptverhandlung: Vorher waren schon die Berufsrichter, die Schöffen, die StA und die Nebenklagevertreter dran – und jetzt gibt als Letzter der Verteidiger seinen Senf dazu, wohl wissend, dass es zu Wiederholungen kommt. Wo immer diese Handbücher bisher besprochen wurden hagelte es Lob in Superlativen. Dem schließt sich diese Besprechung an. Es gibt viele gute Handbücher. Wer geizig ist und/oder

die Kanzeibibliothek schlank halten möchte, benötigt allein die Burhoff-Quadrologie und wird im Tagesgeschäft nichts, aber auch wirklich gar nichts vermissen. Umso mehr erschreckt es, immer noch auf Kollegen zu treffen, die das noch nicht erkannt haben. Dem Verfasser hat insbesondere das Handbuch für die strafrechtliche

Hauptverhandlung so manches Mal die Lufthoheit im Gerichtssaal beschert oder es den Strafverfolgungsbehörden zumindest massiv erschwert, sich durchzusetzen.

Heiko Urbanzyk, Rechtsanwalt / FAStR, Coesfeld

### Rechtsprechung

## Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

### **652. BGH 3 StR 21/19 – Beschluss vom 2. Mai 2019 (LG Mönchengladbach)**

Prüfung der Voraussetzungen eines Beweisverwertungsverbots wegen verbotener Vernehmungsmethoden in der Revisionsinstanz (Darlegungsvoraussetzungen; eigene Prüfung durch das Revisionsgericht; Freibeweisverfahren; keine Bindung an Feststellungen oder Beweismäßigkeit des Tatgerichts).

§ 136a StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 353 StPO

### **653. BGH 3 StR 63/19 – Beschluss vom 2. April 2019 (LG Hannover)**

Voraussetzungen des Antrags auf Wiedereinsetzung (Zulässigkeit; Frist; Angaben über den Hinderungsgrund und den Zeitpunkt des Wegfalls des Hindernisses; eigenes Verschulden des Verteidigers).

§ 45 StPO

### **654. BGH 3 StR 63/19 – Beschluss vom 2. April 2019 (LG Hannover)**

Klarstellung der Verurteilung wegen schweren Wohnungseinbruchsdiebstahls im Schuldspruch; Widerspruch zwischen Urteilsgründen und Urteilstenor beim Strafausspruch.

§ 244a StGB; § 267 StPO

### **655. BGH 3 StR 63/19 – Beschluss vom 2. April 2019 (LG Hannover)**

Kenntlichmachung der Begehung eines schweren Wohnungseinbruchsdiebstahls im Schuldspruch.

§ 244 Abs. 4 StGB; § 260 StPO

### **656. BGH 3 StR 86/19 – Beschluss vom 3. Mai 2019 (LG Lüneburg)**

Verbreitung und Besitz kinderpornographischer Schriften.

§ 184b StGB

### **657. BGH 3 StR 210/18 – Beschluss vom 2. Mai 2019 (LG Duisburg)**

Unbegründetheit der Anhörungsrüge (keine Begründungspflicht für mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbare Entscheidungen; nachgeschobene Beanstandungen).

§ 356a StPO; § 349 Abs. 2 StPO

### **658. BGH 3 StR 210/18 – Beschluss vom 2. Mai 2019 (LG Duisburg)**

Unbegründetheit der Anhörungsrüge (keine Begründungspflicht für mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbare Entscheidungen; nachgeschobene Beanstandungen).

§ 356a StPO; § 349 Abs. 2 StPO

Eine Begründungspflicht für letztinstanzliche, mit ordentlichen Rechtsmitteln nicht mehr anfechtbare Entscheidungen besteht nicht. Das gilt auch dann, wenn in einer Gegenerklärung zur Antragschrift des Generalbundesanwalts und in späteren Schriftsätzen die Sachrüge erstmals näher ausgeführt wird. Eine Mitteilung des Gerichts, warum es nachgeschobene Beanstandungen für unbegründet erachtet, ist nicht erforderlich.

### **659. BGH 3 StR 567/18 – Urteil vom 2. Mai 2019 (LG Koblenz)**

Urteilstenor bei der Verurteilung wegen besonders schweren Raubes (Kennzeichnung der Qualifikation; keine Aufnahme der gemeinschaftlichen Begehungsweise).

§ 260 StPO; § 250 Abs. 2 StGB

### **660. BGH 3 StR 567/18 – Urteil vom 2. Mai 2019 (LG Koblenz)**

Urteilstenor bei der Verurteilung wegen besonders schweren Raubes (Kennzeichnung der Qualifikation; keine Aufnahme der gemeinschaftlichen Begehungsweise).

§ 260 StPO; § 250 Abs. 2 StGB

Bei der Verurteilung wegen besonders schweren Raubes (§ 250 Abs. 2 StGB) verlangt die von § 260 Abs. 4 S. 1 StPO geforderte rechtliche Bezeichnung der Straftat eine Kennzeichnung der Qualifikation in der Urteilsformel, durch die der gegenüber § 250 Abs. 1 StGB erhöhte Unrechtsgehalt zum Ausdruck kommt. Demgegenüber ist die gemeinschaftliche Begehungsweise der Tat nicht in den Urteilstenor aufzunehmen, weil es sich um eine Tatmodalität handelt, die kein eigenes Unrecht verkörpert.

**661. BGH 5 StR 36/19 – Urteil vom 22. Mai 2019 (LG Saarbrücken)**

Anforderungen an die Begründung des Urteils bei Freispruch aus tatsächlichen Gründen; rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung bei fehlender Gesamtwürdigung der einzelnen Beweisergebnisse.

§ 261 StPO; § 267 StPO

1. Bei einem Freispruch aus tatsächlichen Gründen muss die Begründung des Urteils so abgefasst sein, dass das Revisionsgericht überprüfen kann, ob dem Tatgericht bei der Beweiswürdigung Rechtsfehler unterlaufen sind. Deshalb hat es im Urteil in der Regel nach dem Tatvorwurf zunächst in einer geschlossenen Darstellung diejenigen Tatsachen zum objektiven Tatgeschehen festzustellen, die es für erwiesen hält, bevor es in der Beweiswürdigung darlegt, aus welchen Gründen die für einen Schuldspruch erforderlichen – zusätzlichen – Feststellungen zur objektiven und subjektiven Tatseite nicht getroffen werden konnten.

2. Die trichterliche Beweiswürdigung ist rechtsfehlerhaft, wenn die Beweise nicht erschöpfend gewürdigt werden oder sich den Urteilsgründen nicht entnehmen lässt, dass die einzelnen Beweisergebnisse in eine umfassende Gesamtwürdigung eingestellt wurden.

**662. BGH 5 StR 109/19 – Beschluss vom 9. Mai 2019 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhafte Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Schizophrenie; Wahnsymptome; Beweiswürdigung; Umfang der revisionsgerichtlichen Überprüfung; Gefährlichkeitsprognose; länger währende Straffreiheit).

§ 63 StGB

**663. BGH 5 StR 139/19 – Beschluss vom 8. Mai 2019 (LG Bremen)**

Überzeugungsbildung aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung.

§ 261 StPO

**664. BGH 5 StR 177/19 – Beschluss vom 5. Juni 2019 (LG Braunschweig)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**665. BGH 5 StR 188/19 – Beschluss vom 21. Mai 2019 (LG Dresden)**

Einziehung des Wertes von Taterträgen (Schätzung der Höhe des Erlangten; Feststellung der Grundlagen der Schätzung).

§ 73 StGB

Im Rahmen der Einziehung des Wertes von Taterträgen ist eine Schätzung der Höhe des Erlangten grundsätzlich zulässig, sofern der Wert sich nicht mit hinreichender Sicherheit feststellen lässt oder seine Ermittlung einen unverhältnismäßigen Aufwand an Kosten und Zeit erfordert. Jedoch müssen die Grundlagen, auf welche sich die Schätzung stützt, festgestellt und erwiesen sein.

**666. BGH 5 StR 56/19 – Urteil vom 8. Mai 2019 (LG Braunschweig)**

Rechtsfehlerhafte Nichterörterung der Voraussetzungen einer Unterbringung in der Entziehungsanstalt.

§ 64 StGB

**667. BGH 5 StR 99/19 – Urteil vom 22. Mai 2019 (LG Berlin)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; Begehung erheblicher rechtswidriger Taten; Wahrscheinlichkeit höheren Grades; bloße Möglichkeit nicht ausreichend).

§ 63 StGB

**668. BGH 5 StR 231/19 – Beschluss vom 21. Mai 2019 (LG Leipzig)**

Strafzumessung (straferhöhende Berücksichtigung des Duldens einer falschen Zeugenaussage; Ausdruck von Rechtsfeindlichkeit und Uneinsichtigkeit).

§ 46 StGB

**669. BGH 5 StR 499/18 – Beschluss vom 22. Mai 2019 (LG Braunschweig)**

Endgültige Einstellung des Verfahrens.

§ 153a StPO

**670. BGH 5 StR 623/18 – Beschluss vom 7. Mai 2019 (LG Berlin)**

Beruhens des Urteils auf einer unterlassenen Entscheidung des Gerichts über die Beanstandung einer Maßnahme des Vorsitzenden (Rechtswidrigkeit der beanstandeten Maßnahme; Möglichkeit erfolgreicherer Verteidigung); Zulässigkeit von Nachermittlungen der Staatsanwaltschaft.

§ 238 StPO; § 337 StPO; § 160 StPO

**671. BGH 5 StR 643/18 – Beschluss vom 17. April 2019 (LG Flensburg)**

Rechtsfehlerhafte Strafzumessung.

§ 46 StGB

**672. BGH 5 StR 654/18 (alt: 5 StR 162/16) – Beschluss vom 7. Mai 2019 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**673. BGH 5 StR 670/18 – Urteil vom 5. Juni 2019 (LG Hamburg)**

Erlangtes Etwas als Gegenstand der Einziehung von Taterträgen (tatsächliche Verfügungsgewalt; mehrere

Beteiligte; wirtschaftliche bzw. faktische Mitverfügungsmacht; Abrede über die Beuteteilung; spätere Aufgabe der Verfügungsmacht).

§ 73 StGB

**674. BGH 5 StR 683/18 – Urteil vom 22. Mai 2019 (LG Hamburg)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gesamtwürdigung von Tat und Täter; Prognose; erhebliche rechtswidrige Taten; mittlere Kriminalität; Abwendung der Gefährdung durch andere medizinische Maßnahmen; Berücksichtigung bei der Vollstreckung).

§ 63 StGB

**675. BGH AK 13-14, 16-19/19 – Beschluss vom 7. Mai 2019 (Amtsgericht Chemnitz)**

Terroristische Vereinigung („Revolution Chemnitz“; Vereinigungsbegriff; einheitlicher Verband; hierarchisch organisierte Gruppierungen; Organisationsstruktur; Gründung; Beteiligung als Mitglied; einvernehmliche Eingliederung in die Organisation); Landfriedensbruch (Menschenmenge); Fortdauer der Untersuchungshaft (dringender Tatverdacht; Schwere Kriminalität; Fluchtgefahr).

§ 129 Abs. 2 StGB; § 129a StGB; § 125 StGB; § 112 StPO

**676. BGH AK 13-14, 16-19/19 – Beschluss vom 7. Mai 2019 (Amtsgericht Chemnitz)**

Terroristische Vereinigung („Revolution Chemnitz“; Vereinigungsbegriff; einheitlicher Verband; hierarchisch organisierte Gruppierungen; Organisationsstruktur; Gründung; Beteiligung als Mitglied; einvernehmliche Eingliederung in die Organisation); Landfriedensbruch (Menschenmenge); Fortdauer der Untersuchungshaft (dringender Tatverdacht; Schwere Kriminalität; Fluchtgefahr).

§ 129 Abs. 2 StGB; § 129a StGB; § 125 StGB; § 112 StPO

1. § 129 Abs. 2 StGB definiert den Begriff der Vereinigung als einen auf längere Dauer angelegten, von einer Festlegung von Rollen der Mitglieder, der Kontinuität der Mitgliedschaft und der Ausprägung der Struktur unabhängigen organisierten Zusammenschluss von mehr als zwei Personen zur Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses. Erklärtes Ziel der gesetzlichen Regelung ist es, die Anforderungen an die Organisationsstruktur und die Willensbildung abzusenken. Es sollen nunmehr nicht nur Personenzusammenschlüsse erfasst werden, deren Mitglieder sich untereinander als einheitlicher Verband fühlen, sondern auch hierarchisch organisierte Gruppierungen mit bloßer Durchsetzung eines autoritären Anführerwillens ohne „Gruppenidentität“.

2. Auch nach dieser Legaldefinition handelt es sich bei einer Vereinigung indes um einen organisierten Zusammenschluss von Personen, was zumindest eine gewisse Organisationsstruktur sowie in gewissem Umfang instrumentelle Vorausplanung und Koordinierung erfordert; notwendig ist darüber hinaus das Tätigwerden in einem übergeordneten gemeinsamen Interesse. Auch wenn die Mitgliedschaft in einer Vereinigung auf der Grundlage der Legaldefinition nicht erfordert, dass sich der Täter in das „Verbandsleben“ der Organisation inte-

griert und sich deren Willen unterordnet, so setzt die mitgliedschaftliche Beteiligung an einer Vereinigung auch nach der Legaldefinition des § 129 Abs. 2 StGB eine gewisse, einvernehmliche Eingliederung des Täters in die Organisation voraus

3. Gründer im Sinne von § 129a Abs. 1 StGB sind solche Personen, die den Gründungsakt „führend und richtungsweisend“ bewirken. Dies bedeutet aber nicht, dass allein die Gründungsaktivitäten führender Personen erfasst werden sollen; vielmehr wird nur eine wesentliche Förderung der Gründung verlangt, also ein für das Zustandekommen der Vereinigung weiterführender und richtungsweisender Beitrag, auch wenn dieser im Verhältnis zu den Beiträgen anderer Gründer von lediglich untergeordneter Bedeutung ist.

4. Das Faktum der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung begründet für sich noch keinen rechtswidrigen Zustand; gefordert ist nach dem Gesetzeswortlaut vielmehr eine Beteiligung als Mitglied, also eine Förderung, in der sich die Eingliederung des Täters in die Organisation manifestiert.

5. Der Begriff der Menschenmenge im Sinne des § 125 StGB bezeichnet eine nicht notwendigerweise ungezählte, aber doch so große Personenmehrheit, dass die Zahl nicht sofort überschaubar ist. Der zur Menschenmenge gehörende Personenkreis muss so groß sein, dass es auf das Hinzukommen oder Weggehen Einzelner – und zwar aus Sicht der Außenstehenden – nicht mehr ankommt. Wesentlich ist, dass die Personen einen räumlichen Zusammenhang herstellen, so dass bei Außenstehenden die Vorstellung einer Menschenmenge als räumlich verbundenes Ganzes entsteht.

6. Eine Ansammlung von 15 bis 20 Personen kann eine Menschenmenge sein im Sinne des § 125 StGB sein, wobei hierin keine strikte Untergrenze zu sehen ist. Sogar eine Gruppe von zehn Personen kann ausreichen, wenn besondere Umstände – insbesondere eine auf die räumliche Enge zurückzuführende Unübersichtlichkeit am Tatort – es für den Außenstehenden unmöglich machen, die Größe der Menge und die von ihr ausgehende Gefahr zu erfassen.

**677. BGH AK 13-14, 16-19/19 – Beschluss vom 7. Mai 2019 (Amtsgericht Chemnitz)**

Terroristische Vereinigung („Revolution Chemnitz“; Vereinigungsbegriff; einheitlicher Verband; hierarchisch organisierte Gruppierungen; Organisationsstruktur; Gründung; Beteiligung als Mitglied; einvernehmliche Eingliederung in die Organisation); Landfriedensbruch (Menschenmenge); Fortdauer der Untersuchungshaft (dringender Tatverdacht; Schwere Kriminalität; Fluchtgefahr).

§ 129 Abs. 2 StGB; § 129a StGB; § 125 StGB; § 112 StPO

**678. BGH AK 13-14, 16-19/19 – Beschluss vom 7. Mai 2019 (Amtsgericht Chemnitz)**

Terroristische Vereinigung („Revolution Chemnitz“; Vereinigungsbegriff; einheitlicher Verband; hierarchisch organisierte Gruppierungen; Organisationsstruktur; Gründung; Beteiligung als Mitglied; einvernehmliche Eingliederung in

die Organisation); Landfriedensbruch (Menschenmenge); Fortdauer der Untersuchungshaft (dringender Tatverdacht; Schwerekriminalität; Fluchtgefahr).  
§ 129 Abs. 2 StGB; § 129a StGB; § 125 StGB; § 112 StPO

**679. BGH AK 13-14, 16-19/19 – Beschluss vom 7. Mai 2019 (Amtsgericht Chemnitz)**

Terroristische Vereinigung („Revolution Chemnitz“; Vereinigungsbegriff; einheitlicher Verband; hierarchisch organisierte Gruppierungen; Organisationsstruktur; Gründung; Beteiligung als Mitglied; einvernehmliche Eingliederung in die Organisation); Landfriedensbruch (Menschenmenge); Fortdauer der Untersuchungshaft (dringender Tatverdacht; Schwerekriminalität; Fluchtgefahr).  
§ 129 Abs. 2 StGB; § 129a StGB; § 125 StGB; § 112 StPO

**680. BGH AK 13-14, 16-19/19 – Beschluss vom 7. Mai 2019 (Amtsgericht Chemnitz)**

Terroristische Vereinigung („Revolution Chemnitz“; Vereinigungsbegriff; einheitlicher Verband; hierarchisch organisierte Gruppierungen; Organisationsstruktur; Gründung; Beteiligung als Mitglied; einvernehmliche Eingliederung in die Organisation); Landfriedensbruch (Menschenmenge); Fortdauer der Untersuchungshaft (dringender Tatverdacht; Schwerekriminalität; Fluchtgefahr).  
§ 129 Abs. 2 StGB; § 129a StGB; § 125 StGB; § 112 StPO

**681. BGH AK 22/19 – Beschluss vom 15. Mai 2019 (OLG Düsseldorf)**

BGHR; Mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung (Förderung von Aufbau, Zusammenhalt oder Tätigkeit der Organisation; „islamischer Staat“; „Leben im Kalifat“; Ehefrau eines „Kämpfers“; Übernahme der Haushaltsführung als vereinigungstypisches Verhalten; Inbesitznahme eines unter Verstoß gegen das Kriegsvölkerrecht eroberten Hauses; Festigung der Herrschaft der Organisation); Kriegsverbrechen gegen Eigentum; dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr; Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate.  
§ 129a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 129b Abs. 1 StGB; § 112 StPO; § 121 Abs. 1 StPO; § 9 Abs. 1 VStGB

**682. BGH AK 15/19 StB 9/19 – Beschluss vom 3. Mai 2019 (OLG Stuttgart)**

BGHR; Fortdauer der Untersuchungshaft (Beschleunigungsgebot; Berücksichtigung von ursächlichem Verteidigerverhalten bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung; Versuch der Erzwingung einer zweiten Pflichtverteidigerbestellung; Inkaufnahme einer Aussetzung der Hauptverhandlung; Sachdienlichkeit; länger dauernde Untersuchungshaft); Unterstützung einer terroristischen Vereinigung.  
§ 120 Abs. 1 S. 1 StPO; § 121 StPO; Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; § 129a StGB; § 129b StGB

**683. BGH AK 15/19 StB 9/19 – Beschluss vom 3. Mai 2019 (OLG Stuttgart)**

BGHR; Fortdauer der Untersuchungshaft (Beschleunigungsgebot; Berücksichtigung von ursächlichem Verteidigerverhalten bei der Verhältnismäßigkeitsprüfung; Versuch der Erzwingung einer zweiten Pflichtverteidigerbestellung; Inkaufnahme einer Aussetzung der Hauptverhandlung;

Sachdienlichkeit; länger dauernde Untersuchungshaft); Unterstützung einer terroristischen Vereinigung.  
§ 120 Abs. 1 S. 1 StPO; § 121 StPO; Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG; § 129a StGB; § 129b StGB

**684. BGH 2 StR 102/19 – Beschluss vom 17. April 2019 (LG Limburg)**

Aufhebung der Gesamtstrafenaussprüche.  
§ 353 Abs. 1 StPO

**685. BGH 2 StR 118/19 – Beschluss vom 23. April 2019 (LG Frankfurt)**

Tateinheit (Deliktserie unter Beteiligung mehrerer Personen: individuelle Prüfung des Tatbeitrages; nicht feststellbare Anzahl der Tathandlungen: Entscheidung „in dubio pro reo“).  
§ 52 Abs. 1 StGB

**686. BGH 2 StR 138/19 – Beschluss vom 30. April 2019 (LG Kassel)**

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

**687. BGH 2 StR 142/19 – Beschluss vom 7. Mai 2019 (LG Erfurt)**

Feststellung der wirksamen Rücknahme der Revision.  
§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

**688. BGH 2 StR 450/18 – Beschluss vom 27. März 2019 (LG Frankfurt)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung einer Vorverurteilung; Hinweis auf Aufgabe einer abweichenden Auffassung des 3. Senats).  
§ 55 Abs. 1 Satz 1 StGB

**689. BGH 2 StR 518/18 – Beschluss vom 9. April 2019 (LG Köln)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussicht).  
§ 64 Satz 2 StGB

**690. BGH 2 StR 530/18 – Urteil vom 22. Mai 2019 (LG Köln)**

Verminderte Schuldfähigkeit (andere seelische Abartigkeit: Voraussetzungen und Gesamtschau im Einzelfall; Begriff der erheblichen Verminderung); Mord (Heimtücke: Ausnutzungsbewusstsein bezüglich der Arg- und Wehrlosigkeit, revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit).  
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 211 Abs. 2 Var. 5 StGB

**691. BGH 2 StR 61/19 – Beschluss vom 23. April 2019 (LG Köln)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang).  
§ 64 StGB

**692. BGH 2 StR 561/18 – Beschluss vom 27. März 2019 (LG Darmstadt)**

BGHR; Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (keine Mitverfügungsbefugnis am Tatertrag eines abgeschlossenen Betäubungsmittelgeschäfts durch Geldwechseln); Einziehung des Wertes von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern (keine Vereitelungshandlung durch tatplangemäße

Rückgabe gewechselter Geldscheine); Geldwäsche (Verschleierung durch Geldwechseln).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 74c Abs. 1 StGB; § 261 Abs. 7 StGB

**693. BGH 2 StR 597/18 – Urteil vom 13. März 2019 (LG Marburg)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit); Revisionsbegründung (Zulässigkeit der Beschränkung der Revision).

§ 261 StPO; § 344 Abs. 1 StPO

**694. BGH 4 StR 135/19 – Beschluss vom 7. Mai 2019 (LG Arnsberg)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose).

§ 63 StGB

**695. BGH 4 StR 16/19 – Beschluss vom 24. April 2019 (LG Offenburg)**

Anwesenheitsrecht bei richterlichen Vernehmungen (Einführung fehlerhafter richterlicher Vernehmungen als nichtrichterliche Vernehmungen).

§ 168c StPO; § 251 Abs. 1 StPO; § 265 StPO

**696. BGH 4 StR 45/19 – Beschluss vom 28. März 2019 (LG Halle)**

Einziehung des Wertes von Taterträgen (keine Bewilligung von Zahlungserleichterungen im Erkenntnisverfahren nach neuem Recht).

§ 42 StGB; § 73c Abs. 2 StGB aF; § 459g Abs. 5 StPO

**697. BGH 4 StR 49/19 – Beschluss vom 5. Juni 2019 (LG Baden-Baden)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**698. BGH 4 StR 53/19 – Beschluss vom 15. Mai 2019 (LG Bochum)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**699. BGH 4 StR 7/19 – Beschluss vom 15. Mai 2019 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**700. BGH 4 StR 148/19 – Beschluss vom 4. Juni 2019 (LG Baden-Baden)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**701. BGH 4 StR 193/19 – Beschluss vom 21. Mai 2019 (LG Essen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**702. BGH 4 StR 198/19 – Beschluss vom 15. Mai 2019 (LG Bielefeld)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (unterbliebene Anordnung kein Revisionsgrund; Beschwer).

§ 64 StGB

**703. BGH 4 StR 203/19 – Beschluss vom 8. Mai 2019 (LG Bielefeld)**

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Verwirklichung der qualifizieren den Umstände bei Teilakt des Handelstreibens, der sich auf eine geringe Menge Betäubungsmittel bezieht).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

**704. BGH 4 StR 402/18 – Beschluss vom 7. Mai 2019 (LG Bielefeld)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**705. BGH 4 StR 402/18 – Beschluss vom 7. Mai 2019 (LG Bielefeld)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**706. BGH 4 StR 442/18 – Urteil vom 25. April 2019 (LG Frankfurt am Main)**

Vorsatz (Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit; bedingter Tötungsvorsatz bei fehlendem Motiv); Grundsätze der Strafzumessung (keine Berücksichtigung der Tatbegehung an sich); gefährliche Körperverletzung (gefährliches Werkzeug; fahrendes Kraftfahrzeug; lebensgefährliche Behandlung; Maßstab); gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr (Absicht: Maßstab).

§ 15 StGB; § 46 Abs. 3 StGB, 223 Abs. 1 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 315 Abs. 3 Nr. 1a StGB, § 315b Abs. 3 StGB

**707. BGH 4 StR 449/18 – Beschluss vom 8. Mai 2019 (LG Halle)**

Bedrohung (Konkurrenzen: Gesetzeskonkurrenz gegenüber Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte).

§ 113 StGB; § 241 StGB

**708. BGH 4 StR 491/18 – Beschluss vom 13. März 2019 (LG Bochum)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Gesamtstrafenfähigkeit).

§ 55 StGB

Eine Gesamtstrafenfähigkeit der neu abzuurteilenden Tat liegt nur vor, wenn sie vor der früheren Verurteilung beendet war.

**709. BGH 4 StR 529/18 – Beschluss vom 4. Juni 2019 (LG Konstanz)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**710. BGH 4 StR 544/18 – Beschluss vom 27. März 2019 (LG Essen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**711. BGH 4 StR 559/18 – Beschluss vom 15. Mai 2019 (LG Hagen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**712. BGH 4 StR 579/18 – Beschluss vom 22. Mai 2019 (LG Freiburg)**

Tateinheit; Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Tateinheit bei sich überschneidenden Ausführungshandlungen; Tatbestand des Erwerbs).

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

**713. BGH 4 StR 591/18 – Beschluss vom 15. Mai 2019 (LG Magdeburg)**

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln (Mittäterschaft: Maßstab).

§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; 25 Abs. 2 StGB

**714. BGH 4 StR 600/18 – Beschluss vom 24. April 2019 (LG Münster)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**715. BGH 4 StR 600/18 – Beschluss vom 24. April 2019 (LG Münster)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**716. BGH 4 StR 605/18 – Beschluss vom 9. Mai 2019 (LG Zweibrücken)**

BGHSt; absolute Revisionsgründe (Grundsatz der Öffentlichkeit der Hauptverhandlung: keine Verletzung durch fehlenden Beschluss über den Ausschluss der Öffentlichkeit für die Schlussvorträge in Verfahren wegen Straftaten gegen die sexuelle Selbstbestimmung).

§ 171b Abs. 3 Satz 2 GVG; § 174 Abs. 1 Satz 2 GVG; § 338 Nr. 6 StPO

**717. BGH 1 StR 144/19 – Beschluss vom 8. Mai 2019 (LG Düsseldorf)**

Gesamtstrafenbildung.

§ 55 StGB

**718. BGH 1 StR 19/19 – Beschluss vom 9. Mai 2019 (LG Leipzig)**

Beihilfe (Vorsatz hinsichtlich der Haupttat: erforderliche Vorstellung des Täters von der Haupttat; Tatmehrheit bei Förderung mehrerer Taten durch mehrere Handlungen); Strafaussetzung zur Bewährung (Sozialprognose).

§ 27 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 52 StGB; § 56 StGB

**719. BGH 1 StR 37/19 – Beschluss vom 26. April 2019 (LG Augsburg)**

Raub (Zueignungsabsicht).

§ 249 Abs. 1 StGB

**720. BGH 1 StR 49/19 – Beschluss vom 7. Mai 2019 (LG Lübeck)**

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 349 Abs. 1 StPO

**721. BGH 1 StR 50/19 – Beschluss vom 13. März 2019 (LG Augsburg)**

Steuerhinterziehung durch Unterlassen (steuerliche Erklärungspflicht: besonderes persönliches Merkmal).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 28 Abs. 1 StGB

**722. BGH 1 StR 79/19 – Beschluss vom 22. Mai 2019 (LG Heilbronn)**

Erforderliche Darstellung des Inhalts eines Sachverständigengutachtens im Urteil (erforderliche Darstellung bei DNA-Vergleichsgutachten: zusätzliche Anforderungen bei Mischspuren); gefährliche Körperverletzung (Begriff des hinterlistigen Angriffs: planvolles Verdecken der Angriffsabsicht).

§ 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB

**723. BGH 1 StR 80/19 – Beschluss vom 7. Mai 2019 (LG Bayreuth)**

Bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (erforderliche Feststellungen zum Vorsatz).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 15 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

**724. BGH 1 StR 98/19 – Beschluss vom 21. Mai 2019 (LG Mannheim)**

Einziehung von Tatmitteln (erforderliche konkrete Bezeichnung in der Urteilsformel).

§ 74 Abs. 1 StGB

**725. BGH 1 StR 150/19 – Beschluss vom 7. Mai 2019 (LG München I)**

Mord aus niedrigen Beweggründen (Niedrigkeit der Beweggründe bei Tötung des Intimpartners bei vorangegangener Trennung des Tatopfers vom Täter: Bedeutung der Trennungsgründe); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussicht der Therapie bei der deutschen Sprache nicht mächtigen Ausländern: erforderliche Ausführung zur Möglichkeit einer Überstellung des Angeklagten in sein Heimatland zur Vollziehung der Maßregel).

§ 211 StGB; § 64 Satz 2 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO; § 71 IRG

**726. BGH 1 StR 665/18 – Beschluss vom 25. April 2019 (LG München II)**

Begriff der prozessualen Tat („Nämlichkeit“ der Tat bei Serienstraftaten).

§ 264 StPO

**727. BGH 1 StR 684/18 – Beschluss vom 26. März 2019 (LG Landshut)**

Schuldunfähigkeit (zweistufige Prüfung: erforderliche Darstellung im Urteil; Naheliegen einer Beeinträchtigung des Steuerungsvermögens bei Vorliegen einer schweren anderen seelischen Abartigkeit).

§ 20 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

**728. BVerfG 2 BvR 886/19 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Mai 2019 (LG Frankfurt am Main / AG Frankfurt am Main)**

Einstweilige Anordnung gegen die Auswertung sichergestellter Datenträger (Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung; mögliche Verletzung mangels hinreichender Tatsachengrundlage für einen Anfangsverdacht; Folgenabwägung; überwiegendes Interesse am Schutz persönlicher Daten).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 13 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB; § 102 StPO; § 110 StPO; § 184b StGB

**729. BVerfG 2 BvR 1884/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Mai 2019 (BGH / LG Frankfurt am Main)**

Pflicht der Ermittlungsbehörden zur Aktenvollständigkeit (fehlende Mitteilung an den Ermittlungsrichter über Hintergrundermittlungen; Recht auf ein faires Verfahren; besondere Anforderungen an strafprozessuale Beweisverwertungsverbote; Darlegungsanforderungen in einer Verfassungsbeschwerde).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

**730. Verfassungsgerichtshof des Landes Berlin VerfGH 96/18 – Beschluss vom 9. Mai 2019 (AG Tiergarten, LG Berlin)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Verteidiger; Zustellung; Benachrichtigung; Glaubhaftmachung; eidesstattliche Versicherung; anwaltliche Versicherung; effektiver Rechtsschutz, Strafbefehl; Anhörungsrüge

§ 44 StPO; § 45 StPO; § 145a StPO; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 15 Abs. 4 BerlVerf; 33a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 15 Abs. 1 BerlVerf