

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

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

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

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

## REDAKTION

Prof. Dr. Christian Becker; RiLG Dr. Ulf

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

Gaede; RiKG Dr. Holger Mann; RA Dr.

Stephan Schlegel.

## STÄNDIGE MITARBEITER

RA Dr. Christoph Henckel; Wiss. Mit.

Marc-Philipp Bittner; Sina Aaron

Moslehi (Redaktionsassistenten); Prof.

Dr. Jochen Bung, M.A., Univ. Hamburg;

Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M.

(NYU), Univ. Frankfurt; Prof. Dr. Daniela

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

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

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

Cambridge; Prof. Dr. Diethelm Kle-

sczewski, Univ. Leipzig; Prof. Dr. Hans

Kudlich, Univ. Erlangen-Nürnberg; Prof.

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

Zürich; RA Tilo Mühlbauer, Dresden; RA

Prof. Dr. Ralf Neuhaus, Dortmund; RA

Dr. Markus Rübenstahl, mag. iur.,

Frankfurt a.M.; Prof. Dr. Frank Saliger,

LMU München; RA Dr. Hellen Schilling,

Frankfurt a.M.; Prof. Dr. Christoph

Sowada, Univ. Greifswald; RA Klaus-

Ulrich Ventzke, Hamburg und Prof. Dr.

Wolfgang Wohlers, Univ. Basel

## Publikationen

Univ. Prof. Dr. Otto Lagodny, Salzburg – **Transnationaler Strafklagever-  
brauch durch nationale Staatsanwaltschaften** Anm. zu EuGH HRRS  
2021 Nr. 610 S. 252

RA Dr. Ali B. Norouzi, Berlin – **Widerspruch zwecklos – die Derogation  
von § 249 Abs. 2 Satz 2 StPO in der neuen Rechtsprechung des Bun-  
desgerichtshofs** Bespr. von BGH HRRS 2021 Nr. 31 S. 255

Wiss. Mit. Lorenz Kinskofer, Universität Bielefeld – **Versuchter Verdeckungs-  
mord durch Unterlassen nach Medikamentenverwechslung bei einem  
Palliativpatienten durch Pflegekräfte** Anm. zu BGH HRRS 2021 Nr. 21 S. 262

Wiss. Mit. Julia Heß, Bucerius Law School, Hamburg – **Der Vorsatz auf die  
Quasikausalität** Anm. zu BGH HRRS 2021 Nr. 21 S. 266

## Entscheidungen

EuGH **EU-Doppelverfolgungsverbot und Red Notice von Interpol**

BVerfG **Ausdrückliche Zustimmung zum Verständigungsvorschlag**

BVerfG **Unzureichende Sachaufklärung bei einem EU-Haftbefehl**

BGHSt **Bescheidung von nach Fristablauf gestellten Beweisanträ-  
gen nach erneutem Eintritt in die Beweisaufnahme**

BGHSt **Ausfuhr von Kriegswaffen ohne Genehmigung**

BGHR **Durchsetzung einer Wechselgeldforderung nach einem BtM-  
Kauf**

BGHR **Inhaltsgleiche sofortige Beschwerde gegen eine Ablehnung  
der Bestellung zum Pflichtverteidiger**

BGH **Tötungsvorsatz in Polizeifluchtfällen**

Die Ausgabe umfasst 118 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; RiKG Dr. Holger Mann; RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

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

ISSN 1865-6277

22. Jahrgang, Juni 2021, Ausgabe

6

Rechtsprechung

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

### **610. EuGH C-505/19 – Urteil des EuGH (Große Kammer) vom 12. Mai 2021 (WS)**

Außenwirkungen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts: Reichweite des unionsrechtlichen Doppelverfolgungsverbots bei einer durch Interpol herausgegebenen Red Notice betreffend ein Strafverfahren in einem Drittstaat; Recht auf Freizügigkeit in der EU; Vorabentscheidungsverfahren

Art. 21 AEUV; Art. 50 GRC; Art. 54 SDÜ; RL (EU) 2016/680, insbes. Art. 4 Abs. 1 Buchst. a, Art. 8 Abs. 1; Interpol's Rules on the Processing of Data (Interpol-Vorschriften für die Verarbeitung von Daten, im Folgenden RPD)

1. Art. 54 des am 19. Juni 1990 in Schengen unterzeichneten Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen vom 14. Juni 1985 zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen, das am 26. März 1995 in Kraft getreten ist, und Art. 21 Abs. 1 AEUV, jeweils in Verbindung mit Art. 50 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union, sind dahin auszulegen, dass sie der vorläufigen Festnahme einer Person, die Gegenstand einer auf Antrag eines Drittstaats von der Internationalen Kriminalpolizeilichen Organisation (In-

terpol) herausgegebenen Red Notice ist, durch die Behörden eines Vertragsstaats des am 14. Juni 1985 in Schengen unterzeichneten Übereinkommens zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen oder eines Mitgliedstaats nicht entgegenstehen, es sei denn, mit einer in einem Vertragsstaat des genannten Übereinkommens oder in einem Mitgliedstaat ergangenen rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung wird festgestellt, dass die betreffende Person von einem Vertragsstaat des genannten Übereinkommens oder einem Mitgliedstaat wegen derselben Taten, auf die sich die Red Notice bezieht, bereits rechtskräftig abgeurteilt worden ist. (EuGH)

2. Die Vorschriften der Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates in Verbindung mit Art. 54 des am 19. Juni 1990 in Schengen unterzeichneten Übereinkommens zur Durchführung des Übereinkommens von Schengen und Art. 50 der Charta der Grundrechte sind dahin auszulegen, dass sie der Verarbeitung der in einer von der Internationalen Kriminalpolizeilichen Organisation (Interpol) herausgegebenen Red Notice enthaltenen personenbezogenen Daten nicht entgegenstehen, solange nicht mit einer in einem Vertragsstaat des am 14. Juni 1985 in Schengen unterzeichneten Übereinkommens zwischen den Regierungen der Staaten der Benelux-Wirtschaftsunion, der Bundesrepublik Deutschland und der Französischen Republik betreffend den schrittweisen Abbau der Kontrollen an den gemeinsamen Grenzen oder in einem Mitgliedstaat ergangenen rechtskräftigen gerichtlichen Entscheidung festgestellt worden ist, dass das Verbot der Doppelbestrafung bei den Taten, auf die sich die betreffende Red Notice bezieht, greift, und sofern die Verarbeitung der Daten die Voraussetzungen gemäß der Richtlinie (EU) 2016/680 erfüllt, insbesondere im Sinne von deren Art. 8 Abs. 1 für die Erfüllung einer Aufgabe erforderlich ist, die von der zuständigen Behörde wahrgenommen wird. (EuGH)

3. Das in Art. 54 SDÜ aufgestellte Verbot der Doppelbestrafung gilt in ständiger Rechtsprechung auch für zum Strafklageverbrauch führende Verfahren wie das Verfahren gemäß § 153a StPO, in denen die Staatsanwaltschaft eines Vertragsstaats ohne Mitwirkung eines Gerichts ein in dem Vertragsstaat eingeleitetes Strafverfahren einstellt, nachdem der Beschuldigte bestimmte Auflagen erfüllt und insbesondere einen bestimmten, von der Staatsanwaltschaft festgesetzten Geldbetrag entrichtet hat (Urteil vom 11. Februar 2003, Gözütok und Brügge, C-187/01 und C-385/01), sofern die Entscheidung der Staatsanwalt auf einer Prüfung in der Sache beruht (Miraglia, C-469/03). (Bearbeiter)

4. Was das mit Art. 54 SDÜ verfolgte Ziel angeht, geht aus der Rechtsprechung hervor, dass das in dieser Vorschrift aufgestellte Verbot der Doppelbestrafung im Raum

der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts verhindern soll, dass eine rechtskräftig abgeurteilte Person, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch macht, wegen derselben Tat im Hoheitsgebiet mehrerer Vertragsstaaten verfolgt wird, um Rechtssicherheit zu gewährleisten, indem bei fehlender Harmonisierung oder Angleichung der strafrechtlichen Vorschriften der Mitgliedstaaten unanfechtbar gewordene Entscheidungen staatlicher Stellen beachtet werden. In diesem Zusammenhang ist Art. 54 SDÜ nämlich im Licht von Art. 3 Abs. 2 EUV auszulegen, wonach die Union ihren Bürgerinnen und Bürgern einen Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts ohne Binnengrenzen bietet, in dem – in Verbindung mit geeigneten Maßnahmen u. a. in Bezug auf die Verhütung und Bekämpfung der Kriminalität – der freie Personenverkehr gewährleistet ist (Urteil vom 29. Juni 2016, Kossowski, C-486/14). Insbesondere geht aus der Rechtsprechung hervor, dass eine Person, die bereits rechtskräftig abgeurteilt worden ist, von ihrer Freizügigkeit Gebrauch machen können muss, ohne neuerliche Strafverfolgung wegen derselben Tat in einem anderen Vertragsstaat befürchten zu müssen (Urteil vom 28. September 2006, Gasparini u. a., C-467/04). (Bearbeiter)

5. Die Behörden eines Vertragsstaats sind nur dann verpflichtet, von der strafrechtlichen Verfolgung einer Person wegen bestimmter Taten oder der Unterstützung eines Drittstaats bei der Verfolgung der betreffenden Person durch deren vorläufige Festnahme abzusehen, wenn feststeht, dass die Person wegen derselben Tat bereits von einem anderen Vertragsstaat im Sinne von Art. 54 SDÜ rechtskräftig abgeurteilt worden ist, so dass das Verbot der Doppelbestrafung greift. Solange nicht feststeht, dass das Verbot der Doppelbestrafung greift, sind mithin sowohl die Behörden eines Vertrags- als auch die eines Mitgliedstaats befugt, eine Person, die Gegenstand einer von Interpol herausgegebenen Red Notice ist, vorläufig festzunehmen. (Bearbeiter)

6. Sobald die Behörden eines Vertrags- oder Mitgliedstaats, in den sich diese Person begibt, davon Kenntnis erlangen, dass in einem anderen Vertrags- oder Mitgliedstaat eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung ergangen ist, mit der festgestellt wird, dass das Verbot der Doppelbestrafung in Bezug auf die von der genannten Red Notice erfassten Taten greift – gegebenenfalls nach Einholung der erforderlichen Informationen bei den zuständigen Behörden des Vertrags- oder Mitgliedstaats, in dem der Strafklageverbrauch eingetreten sein soll –, stehen sowohl das gegenseitige Vertrauen der Vertragsstaaten, das Art. 54 SDÜ impliziert (siehe oben, Rn. 80), als auch die in Art. 21 Abs. 1 AEUV in Verbindung mit Art. 50 der Charta garantierte Freizügigkeit einer vorläufigen Festnahme bzw. Inhafthaltung der betreffenden Person durch diese Behörden entgegen. In diesen Fällen wäre die mit der vorläufigen Festnahme der Person, die Gegenstand der Red Notice ist, verbundene Beschränkung von deren Freizügigkeit in diesen Fällen nicht durch das legitime Ziel der Vermeidung der Straflosigkeit gerechtfertigt, da die Person wegen der von dieser Red Notice erfassten Taten bereits rechtskräftig abgeurteilt worden ist. (Bearbeiter)

7. Um in solchen Fällen die praktische Wirksamkeit von Art. 54 SDÜ und Art. 21 Abs. 1 AEUV, jeweils in Ver-

bindung mit Art. 50 der Charta, zu gewährleisten, obliegt es den Mitglied- und Vertragsstaaten, sicherzustellen, dass Rechtsbehelfe zur Verfügung stehen, die es den betroffenen Personen ermöglichen, eine rechtskräftige gerichtliche Entscheidung zu erwirken, mit der festgestellt wird, dass das Verbot der Doppelbestrafung greift. (Bearbeiter)

8.. Nach Art. 87 RPD sind die Mitgliedstaaten von Interpol, wenn eine Person, die Gegenstand einer Red Notice ist, in ihrem Hoheitsgebiet gefunden wird, nur dann verpflichtet, die gesuchte Person vorläufig festzunehmen, wenn eine solche Maßnahmen „nach [ihren] Rechtsvorschriften und den geltenden internationalen Verträgen zulässig“ ist. In Fällen, in denen die vorläufige Festnahme einer Person, die Gegenstand einer Red Notice von Interpol ist, nicht mit dem Unionsrecht vereinbar ist, weil die betreffende Red Notice Taten betrifft, bei denen das Verbot der Doppelbestrafung greift, verstößt ein Mitgliedstaat von Interpol, wenn er die betreffende Person nicht vorläufig festnimmt, daher nicht gegen seine Verpflichtungen als Mitglied von Interpol. (Bearbeiter)

9. Die von den Behörden eines Mitgliedstaats auf der Grundlage des nationalen Rechts vorgenommene Speicherung der in einer Red Notice von Interpol enthaltenen personenbezogenen Daten in den Fahndungsdatenbanken dieses Mitgliedstaats stellt eine Verarbeitung dieser Daten dar, die unter die Richtlinie 2016/680 fällt. (Bearbeiter)

10. Die Speicherung der in einer Red Notice von Interpol enthaltenen personenbezogenen Daten in den Fahndungsdatenbanken der Mitgliedstaaten ist nicht mehr erforderlich, wenn die betreffende Person wegen dieser Taten bereits rechtskräftig abgeurteilt worden ist, so dass die betroffene Person gemäß Art. 16 Abs. 2 der Richtlinie 2016/680 von dem Verantwortlichen verlangen können muss, sie betreffende personenbezogene Daten unverzüglich zu löschen. Werden die Daten jedoch weiter gespeichert, müssen sie mit dem Hinweis versehen werden, dass die betreffende Person in einem Mitglied- oder Vertragsstaat aufgrund des Verbots der Doppelbestrafung wegen derselben Taten nicht mehr verfolgt werden darf. (Bearbeiter)

### **523. BVerfG 2 BvR 1543/20 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. April 2021 (BGH / LG Lüneburg)**

Verständigung im Strafverfahren (Erfordernis einer ausdrücklichen Zustimmung zum gerichtlichen Verständigungsvorschlag; konkludente Zustimmung nicht ausreichend; keine Heranziehung des Verfahrensablaufs zur Auslegung sonstiger Prozessklärungen der Staatsanwaltschaft als Zustimmungserklärung; kein strukturelles Regelungsdefizit der Vorschriften über die Verständigung; Transparenz- und Dokumentationspflichten; effektive Kontrolle des Verständigungsgeschehens; regelmäßiges Beruhen des Urteils auf fehlender Zustimmung); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Darlegungen zur Einhaltung der Monatsfrist; Vortrag zu allen Zugangszeitpunkten der strafgerichtlichen Entscheidung in Zweifelsfällen).

Art. 20 Abs. 3 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG; § 37 Abs. 2 StPO; § 257c Abs. 2 Satz 2 StPO; § 257c Abs. 3 Satz 4 StPO

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

2. In Strafsachen werden Entscheidungen regelmäßig sowohl dem Verteidiger als auch dem Beschuldigten bekanntgegeben. Daher ist substantiierter Vortrag zu allen Zugangszeitpunkten – oder die Klarstellung, dass der Beschluss nur einem der Beteiligten bekanntgegeben wurde – jedenfalls dann erforderlich, wenn sich die Einhaltung der Monatsfrist nicht ohne weiteres aus den vorgelegten Unterlagen ergibt. Die Regelung des § 37 Abs. 2 StPO findet im verfassungsgerichtlichen Verfahren keine Anwendung. (BVerfG)

3. Die Vorgaben an die Transparenz des Verständigungsverfahrens erfordern, dass Angeklagter und Staatsanwaltschaft einem gerichtlichen Verständigungsvorschlag ausdrücklich – und nicht lediglich konkludent – zustimmen. Nur in Ausnahmefällen wird ein Urteil nicht darauf beruhen, dass das erkennende Gericht bei einer verfahrenswidrig nur konkludent erklärten Zustimmung von einer wirksamen Verständigung ausgegangen ist. (BVerfG)

4. Der noch immer defizitäre Vollzug des Verständigungsgesetzes führt jedenfalls derzeit noch nicht zur Verfassungswidrigkeit der gesetzlichen Regelungen. Deren wissenschaftliche Evaluation im Jahre 2020 hat kein strukturelles Regelungsdefizit aufgezeigt, sondern ergeben, dass die Transparenz- und Dokumentationsvorschriften jedenfalls in Verfahren vor den Landgerichten mehrheitlich beachtet werden. (Bearbeiter)

5. Die Zustimmungserklärungen des Angeklagten und der Staatsanwaltschaft sind für die Verständigung konstituierend. Wie alle wesentlichen Elemente einer Verständigung sind sie deshalb zum Gegenstand der öffentlichen Hauptverhandlung zu machen und zu protokollieren, um der Öffentlichkeit, der Staatsanwaltschaft und dem Rechtsmittelgericht eine effektive Kontrolle des Verständigungsgeschehens zu ermöglichen. Daraus folgt auch das Gebot einer ausdrücklichen Zustimmung. Eine nur konkludente Zustimmung wäre mit den Transparenz- und Dokumentationspflichten nicht in Einklang zu bringen, könnte zu Unsicherheiten über Form und Inhalt der Erklärung führen und ließe Raum für verfassungsrechtlich unzulässige informelle Absprachen. (Bearbeiter)

6. Auf einer fehlenden ausdrücklichen Zustimmung zur Verständigung wird ein Urteil regelmäßig beruhen, da das Erfordernis einer ausdrücklichen Zustimmung zum Kern des dem Verständigungsgesetz zugrundeliegenden Schutzkonzepts gehört und in engem Zusammenhang mit den Transparenz- und Dokumentationspflichten steht. Die für einen Verstoß gegen diese Pflichten entwickelten Maßstäbe gelten somit auch für Verfahrensfehler

bei Abgabe und Dokumentation der erforderlichen Zustimmung. (Bearbeiter)

7. Auch zum Schutz des Angeklagten ist es unzulässig, den Verfahrensablauf heranzuziehen, um sonstige Prozesserkklärungen der Staatsanwaltschaft als Zustimmungserklärung zu einer Verständigung zu werten, wenn die Prozesserkklärungen zeitlich erst nach dem im Rahmen der Verständigung abgelegten Geständnis abgegeben wurden. (Bearbeiter)

8. Die Verwerfung einer Revision des Angeklagten begegnet verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn das Revisionsgericht für eine wirksame Verständigung eine konkludente Zustimmungserklärung der Staatsanwaltschaft ausreichen lässt, welche daraus hergeleitet wird, dass die Staatsanwaltschaft nach dem verständigungsbasierten Geständnis des Angeklagten einer Verfahrensabtrennung zugestimmt und im Schlussvortrag eine Strafe beantragt hatte, die sich im Rahmen des Verständigungsvorschlags hielt. (Bearbeiter)

**520. BVerfG 2 BvR 156/21 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. April 2021 (Hanseatisches OLG)**

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Auslieferung an Lettland zum Zwecke der Strafverfolgung aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (unionsgrundrechtliches Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung; gerichtliche Aufklärungspflicht; zweistufiges Prüfprogramm; unzureichende Sachaufklärung bei Beschränkung auf die Untersuchungshaftanstalt; Gesamtwürdigung der konkret zu erwartenden Haftbedingungen; Ersuchen um Übermittlung der notwendigen Zusatzinformationen innerhalb angemessener Frist; Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens; Zusicherungen des Ausstellungsmitgliedstaats; Überprüfung der Belastbarkeit durch gerichtliche Gefahrenprognose).

Art. 4 GRCh; Art. 3 EMRK; Art. 15 Abs. 2 RbEuHb; Art. 17 RbEuHb

1. Eine Entscheidung, mit der eine Auslieferung nach Lettland aufgrund eines europäischen Haftbefehls für zulässig erklärt wird, berücksichtigt die Bedeutung und Tragweite von Art. 4 GRCh und die damit verbundenen Aufklärungspflichten nicht in ausreichendem Maße, wenn das Oberlandesgericht bei der Überprüfung der konkret zu erwartenden Haftbedingungen lediglich die Haftanstalt der Untersuchungshaft in den Blick nimmt und dabei außer Acht lässt, dass die lettischen Behörden von einer späteren Unterbringung im geschlossenen oder halboffenen Vollzug ausgehen. Bezüglich der erfragten Haftbedingungen darf sich das Gericht nicht mit einer nicht auf den konkreten Fall zugeschnittenen Mitteilung der lettischen Behörden begnügen, der sich keine Informationen zu den fraglichen Aspekten der Aufschlusszeiten, der Belüftung und des ausreichenden Tageslichts entnehmen lassen (Hauptsacheentscheidung zur einstweiligen Anordnung vom 2. Februar 2021 [= HRRS 2021 Nr. 281]).

2. Aus Art. 4 GRCh folgt für ein mit einem Überstellungsersuchen befasstes Gericht die Pflicht, in zwei Prü-

fungsschritten – zunächst mit Blick auf systemische Mängel der Haftbedingungen im Ausstellungsmitgliedstaat, sodann hinsichtlich der für die Situation des Verfolgten maßgeblichen materiellen Haftbedingungen – von Amts wegen aufzuklären, ob die konkrete Gefahr besteht, dass der zu Überstellende nach einer Übergabe einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung ausgesetzt sein wird. Der zweite Prüfungsschritt erfordert eine Gesamtwürdigung der maßgeblichen materiellen Haftbedingungen und darf nicht auf offensichtliche Unzulänglichkeiten beschränkt werden.

3. Mit dem zweistufigen Prüfprogramm sind Aufklärungspflichten des mit dem Überstellungsersuchen befassten Gerichts verbunden. Dieses muss sich zunächst auf objektive, zuverlässige, genaue und gebührend aktualisierte Angaben über die Haftbedingungen in den Haftanstalten des Ausstellungsmitgliedstaats stützen, die das Vorliegen systemischer oder allgemeiner, bestimmte Personengruppen oder Haftanstalten betreffender Mängel belegen können.

4. Das Gericht muss den Ausstellungsmitgliedstaat sodann um die unverzügliche Übermittlung aller notwendigen zusätzlichen Informationen in Bezug auf die zu erwartenden Haftbedingungen bitten. Der Ausstellungsmitgliedstaat ist verpflichtet, diese Informationen innerhalb der ihm gesetzten Fristen zu übermitteln. Kann die Gefahr einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung nicht innerhalb einer angemessenen Frist ausgeschlossen werden, muss das Gericht darüber entscheiden, ob das Übergabeverfahren zu beenden ist.

5. Die gerichtliche Aufklärungspflicht bezieht sich nicht auf die allgemeinen Haftbedingungen in sämtlichen Haftanstalten. Unter Berücksichtigung des Grundsatzes des gegenseitigen Vertrauens und der für den europäischen Rechtshilfeverkehr vorgesehenen Fristen beschränkt sich diese vielmehr auf die Prüfung derjenigen Haftanstalten, in denen die gesuchte Person wahrscheinlich, sei es auch nur vorübergehend oder zu Übergangszwecken, konkret inhaftiert werden soll.

6. Auf eine konkrete Zusicherung des Ausstellungsmitgliedstaats muss sich das mit dem Überstellungsersuchen befasste Gericht zumindest dann verlassen, wenn keine tatsächlichen Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Haftbedingungen in einer bestimmten Haftanstalt gegen Art. 4 GRCh verstoßen. Auch eine Zusicherung des Ausstellungsmitgliedstaats entbindet das mit einem Überstellungsersuchen befasste Gericht jedoch nicht von der Pflicht, zunächst eine eigene Gefahrenprognose anzustellen, um so die Belastbarkeit der Zusicherung einschätzen zu können.

**521. BVerfG 2 BvR 320/20 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. April 2021 (OLG Naumburg / LG Stendal)**

Fortdauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Freiheitsgrundrecht; Mindestanforderungen an die Wahrheitserforschung; verfassungsrechtliches Gebot bestmöglicher Sachaufklärung; Pflicht zur regelmäßigen Heranziehung eines neuen externen Sachverständigen gerade auch bei Entscheidung nach Aktenla-

ge wegen fehlender Mitwirkungsbereitschaft des Untergebrachten; Gefahr repetitiver Routinebeurteilungen); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Rechtsschutzbedürfnis; Feststellungsinteresse nach prozessualer Überholung einer Fortdauerentscheidung; tiefgreifender Grundrechtseingriff).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 66 StGB; § 67d Abs. 3 StGB; Art. 316e Abs. 1 EGStGB; Art. 316f Abs. 2 Satz 1 EGStGB; § 463 Abs. 3 Satz 3 StPO; § 463 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 454 Abs. 2 StPO

1. Die Anordnung der Fortdauer einer Unterbringung in der Sicherungsverwahrung verletzt das verfassungsrechtliche Gebot bestmöglicher Sachaufklärung, wenn die Strafvollstreckungskammer auf der Grundlage des Gutachtens eines externen Sachverständigen entscheidet, der innerhalb von zweieinhalb Jahren bereits zum vierten Mal mit der Begutachtung des langjährig Untergebrachten beauftragt worden war und der sein Gutachten mangels Mitwirkungsbereitschaft des Untergebrachten lediglich nach Aktenlage erstellt hat, so dass die Gefahr einer repetitiven Routinebeurteilung auf der Hand liegt.

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

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

4. Auch wenn ein neuer Sachverständiger sein Gutachten ohne Exploration des Untergebrachten allein auf der Grundlage der Akten, der Vorgutachten sowie der Unterbringungsunterlagen erstellt hat, erhöht dies regelmäßig die Prognosesicherheit des Gerichts, weil der Gutachter die Feststellungen und Stellungnahmen der Unterbringungseinrichtung einer eigenständigen Bewertung zuführen wird, bei der sich seine gesteigerte Unvoreingenommenheit und kritische Distanz entfalten können.

5. Das Rechtsschutzbedürfnis für die verfassungsgerichtliche Überprüfung einer Entscheidung über die Fortdauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung besteht angesichts des damit verbundenen tiefgreifenden Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht auch dann fort, wenn die angegriffene Entscheidung nicht mehr die aktuelle

Grundlage der Unterbringung bildet, weil zwischenzeitlich eine erneute Fortdauerentscheidung ergangen ist.

**522. BVerfG 2 BvR 1344/20 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. März 2021 (OLG Dresden / LG Chemnitz)**

Verlegung eines Strafgefangenen in eine andere Justizvollzugsanstalt (Beeinträchtigung des Resozialisierungsanspruchs; Abbruch sozialer Bindungen; Verlust von Arbeitsmöglichkeit oder Ausbildungsplatz; Erfordernis einer Rechtfertigung der Verlegungsentscheidung bei entgegenstehendem Willen des Gefangenen; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Rückverlegung nach Fehlverhalten trotz bereits verhängter Disziplinarmaßnahmen); Absehen von der Begründung einer Rechtsbeschwerdeentscheidung (Recht auf effektiven Rechtsschutz; kein Leerlaufen des Rechtsmittels; erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit mit Grundrechten; Abweichung von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 8 StVollzG; § 16 Abs. 1 SächsStVollzG

1. Die (Rück-)Verlegung in eine andere Justizvollzugsanstalt verletzt den Resozialisierungsanspruch des Strafgefangenen, wenn die Strafvollstreckungskammer ohne weitere Sachaufklärung davon ausgeht, der Gefangene wünsche seine Verlegung, obwohl dieser dem entsprechenden Vortrag der Anstalt im gerichtlichen Verfahren detailliert entgegengetreten ist.

2. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit ist verletzt, wenn die Strafvollstreckungskammer nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Verlegung für den Gefangenen den Verlust des Ausbildungsplatzes nach sich zieht und dass das Fehlverhalten des Gefangenen, welches Anlass der Verlegung war, bereits mit Disziplinarmaßnahmen geahndet worden ist.

3. Wird ein Strafgefangener gegen seinen Willen in eine andere Justizvollzugsanstalt verlegt, so greift dies – insbesondere wegen des Abbruchs aller in der Anstalt entwickelten sozialen Beziehungen – in sein Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG ein und kann auch seinen Resozialisierungsanspruch beeinträchtigen. Eine zusätzliche erhebliche Beeinträchtigung ergibt sich, wenn der Wechsel der Anstalt mit dem Verlust einer Arbeitsmöglichkeit verbunden ist.

4. Verlegungen, die nicht ihrerseits durch Resozialisierungsgründe bestimmt sind, bedürfen einer Rechtfertigung und müssen dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gerecht werden.

5. Sieht das Rechtsbeschwerdegericht nach § 119 Abs. 3 StVollzG (teilweise) von einer Begründung seiner Entscheidung ab, so ist dies mit der Rechtsschutzgarantie nur vereinbar, wenn dadurch das Rechtsmittel nicht leerläuft. Letzteres ist bereits dann anzunehmen, wenn erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit der angegriffenen Entscheidung mit Grundrechten bestehen, etwa weil die Entscheidung von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts abweicht.

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

### 630. BGH 4 StR 142/20 – Beschluss vom 24. März 2021 (LG Berlin)

Vorsatz (bedingter Tötungsvorsatz: allgemeiner Prüfungsmaßstab und wertende Gesamtschau; Berücksichtigung eines starken Fluchtwillens bei Polizeifluchtfällen als Indiz für billigende Inkaufnahme des Todes); verbotenes Kraftfahrzeugrennen mit Todesfolge (verbotenes Einzelrennen: Voraussetzungen des objektiven und subjektiven Tatbestandes; Erfassung auch von Polizeifluchtfällen).

§ 15 StGB; § 211 StGB; § 212 StGB; § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB

1. Auch in einem starken Fluchtwillen des Angeklagten kann unter Umständen ein ausschlaggebendes Indiz für die Annahme gesehen werden, er habe auch den Tod anderer als mögliche Folge seines Handelns in Kauf genommen.

2. Objektive Tathandlung des verbotenen Einzelrennens ist das Sich-Fortbewegen als Kraftfahrzeugführer mit nicht angepasster Geschwindigkeit. Das Merkmal der unangepassten Geschwindigkeit ist dabei durch Auslegung des Regelungsgehalts der Strafnorm zu bestimmen. Es meint jede der konkreten Verkehrssituation nach den straßenverkehrsrechtlichen Vorschriften nicht mehr entsprechende Geschwindigkeit und erfasst daher nicht nur Verstöße gegen die Gebote des § 3 Abs. 1 StVO, sondern auch Überschreitungen der in § 3 Abs. 3 StVO geregelten allgemeinen Höchstgeschwindigkeiten.

3. Für das inhaltliche Verständnis der einschränkenden Tatbestandsmerkmale grob verkehrswidrig und rücksichtslos kann auf die zu § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB ergangene Judikatur zurückgegriffen werden. Dabei beziehen sich die Merkmale grob verkehrswidrig und rücksichtslos – wie auch bei der Strafnorm des § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB – auf die objektive Tathandlung, mithin auf das Fahren mit nicht angepasster Geschwindigkeit. Für die Tatbestandsverwirklichung erforderlich ist daher, dass sich gerade die Fortbewegung des Täters mit nicht angepasster Geschwindigkeit als grob verkehrswidrig und rücksichtslos darstellt. Dabei kann sich die grobe Verkehrswidrigkeit allein aus der besonderen Massivität des Geschwindigkeitsverstößes oder aus begleitenden anderweitigen Verkehrsverstößen ergeben, die in einem inneren Zusammenhang mit der nicht angepassten Geschwindigkeit stehen.

4. Das grob verkehrswidrige und rücksichtslose Sich-Fortbewegen mit nicht angepasster Geschwindigkeit

muss im Sinne einer überschießenden Innentendenz von der Absicht getragen sein, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Diese muss darauf gerichtet sein, die nach den Vorstellungen des Täters unter den konkreten situativen Gegebenheiten – wie Motorisierung, Verkehrslage, Streckenverlauf, Witterungs- und Sichtverhältnisse etc. – maximal mögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Hierzu ist weiterhin zu verlangen, dass sich die Zielsetzung des Täters nach seinen Vorstellungen auf eine unter Verkehrssicherheitsgesichtspunkten nicht ganz unerhebliche Wegstrecke bezieht.

5. Die Absicht des Täters, nach seinen Vorstellungen auf einer nicht ganz unerheblichen Wegstrecke die nach den situativen Gegebenheiten maximal mögliche Geschwindigkeit zu erreichen, muss nicht Endziel oder Hauptbeweggrund des Handelns sein. Es reicht vielmehr aus, dass der Täter das Erreichen der situativen Grenzgeschwindigkeit als aus seiner Sicht notwendiges Zwischenziel anstrebt, um ein weiteres Handlungsziel zu erreichen. Dieses Verständnis des Absichtsmerkmals in § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB hat zur Folge, dass beim Vorliegen der weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen auch sogenannte Polizeifluchtfälle von der Strafvorschrift erfasst werden, sofern festgestellt werden kann, dass es dem Täter darauf ankam, als notwendiges Zwischenziel für eine erfolgreiche Flucht über eine nicht ganz unerhebliche Wegstrecke die höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Dabei ist zu beachten, dass aus einer Fluchtmotivation nicht ohne Weiteres auf die Absicht geschlossen werden kann, die gefahrene Geschwindigkeit bis zur Grenze der situativ möglichen Höchstgeschwindigkeit zu steigern.

6. Bedingter Tötungsvorsatz ist gegeben, wenn der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und dies billigt oder sich um des erstrebten Zieles Willen zumindest mit dem Eintritt des Todes eines anderen Menschen abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (Willenselement). Bewusste Fahrlässigkeit liegt dagegen vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und er ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten. Ob der Täter nach diesen rechtlichen Maßstäben bedingt vorsätzlich gehandelt hat, ist in Bezug auf beide Vorsatzelemente in jedem Einzelfall umfassend zu prüfen und gegebenenfalls durch tatsächliche Feststellungen zu belegen.

7. Die Prüfung, ob Vorsatz oder bewusste Fahrlässigkeit vorliegt, erfordert eine Gesamtschau aller objektiven und

subjektiven Umstände, wobei es vor allem bei der Würdigung des voluntativen Vorsatzelements regelmäßig erforderlich ist, dass sich das Tatgericht mit der Persönlichkeit des Täters auseinandersetzt und dessen psychische Verfassung bei der Tatbegehung, seine Motivlage und die für das Tatgeschehen bedeutsamen Umstände – insbesondere die konkrete Angriffsweise – mit in Betracht zieht. Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtschau stellt die auf der Grundlage der dem Täter bekannten Umstände zu bestimmende objektive Gefährlichkeit der Tathandlung wenngleich nicht den alleinigen, so doch einen wesentlichen Indikator sowohl für das kognitive als auch für das voluntative Vorsatzelement dar.

**633. BGH 4 StR 318/20 – Beschluss vom 3. März 2021 (LG Verden)**

Notwehr (Notwehrprovokation; Verteidigungswille; Verfolgung auch anderer Ziele; Gegenwärtigkeit; Erheblichkeit der Absichten des Angreifers).

§ 32 StGB

1. Eine schuldhafte Provokation kann zu einer Einschränkung des Notwehrrechts führen, wenn bei vernünftiger Würdigung aller Umstände des Einzelfalls der Angriff als adäquate und voraussehbare Folge der Pflichtverletzung des Angegriffenen erscheint. Eine Notwehrein-schränkung wegen zumindest leichtfertiger Provokation setzt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allerdings voraus, dass die tatsächlich bestehende Notwehrlage durch ein rechtswidriges, jedenfalls aber sozialetisch zu missbilligendes Vorverhalten des Angegriffenen verursacht worden ist und zwischen diesem Vorverhalten und dem rechtswidrigen Angriff ein enger zeitlicher und räumlicher Zusammenhang besteht.

2. Die bloße Kenntnis oder die („billigende“) Annahme, ein bestimmtes eigenes Verhalten werde eine andere Person zu einem rechtswidrigen Angriff provozieren, kann für sich genommen nicht zu einer Einschränkung des Rechts führen, sich gegen einen Angriff mit den erforderlichen und gebotenen Mitteln zur Wehr zu setzen.

3. Eine Rechtfertigung durch Notwehr kommt auch dann in Betracht, wenn der Täter neben der Abwehr eines Angriffs andere Ziele verfolgt, solange sie den Verteidigungszweck nicht vollständig in den Hintergrund drängen.

4. Zwar dauert ein Angriff in Fällen, in denen der Angreifer, der erfolglos einen Schlag gegen den Angeklagten geführt hatte, an und ist daher gegenwärtig im Sinne des § 32 Abs. 2 StGB, solange eine Wiederholung und damit ein erneuter Umschlag in eine Verletzung unmittelbar zu befürchten ist. Entscheidend sind insoweit jedoch nicht die Befürchtungen des Angegriffenen, sondern die Absichten des Angreifers und die von ihm ausgehende Gefahr einer (neuerlichen oder unverändert fortdauernden) Rechtsgutsverletzung.

**528. BGH 1 StR 53/21 – Beschluss vom 23. März 2021 (LG Baden-Baden)**

Fahren ohne Fahrerlaubnis (Tateinheit mit Diebstahl bei „Diebesfahrten“ und bei nur kurzen Fahrtunterbrechungen).

§ 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG; § 242 StGB; § 52 StGB

1. Bei „Diebesfahrten“ ohne Fahrerlaubnis, bei denen der Täter das Fahrzeug entweder zur Anfahrt oder zur Abfahrt sowie zum Abtransport der Beute führt, steht die Tat des Fahrens ohne Fahrerlaubnis mit der Tat des Diebstahls in Tateinheit.

2. Die Dauerstraftat des Fahrens ohne Fahrerlaubnis endet regelmäßig erst mit Abschluss einer von vornherein für einen längeren Weg geplanten Fahrt und wird nicht durch kurze Unterbrechungen in selbständige Taten aufgespalten (st. Rspr.). Etwas anderes kann nach einer Fahrtunterbrechung gelten, wenn die Fortsetzung der Tat auf einem neu gefassten Willensentschluss beruht.

**615. BGH 5 StR 44/21 – Beschluss vom 27. April 2021 (LG Hamburg)**

Postpendenz und Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei.

Vor § 1 StGB; § 242 StGB; § 259 StGB

Eine Postpendenz zwischen einem Diebstahl und einer Erwerbshehlerei kommt nur dann in Betracht, wenn die Voraussetzungen der späteren Hehlerei zweifelsfrei erfüllt sind. Es muss daher sicher festgestellt sein, dass der Angeklagte das Hehlgut von einem anderen erhielt, also ausgeschlossen sein, dass der Angeklagte die gestohlenen Gegenstände unmittelbar durch die Vortat selbst erlangte. Anderenfalls kommt ggf. eine Wahlfeststellung in Betracht.

**616. BGH 5 StR 500/20 – Urteil vom 28. April 2021 (LG Leipzig)**

Feststellung des Tötungseventualvorsatzes bei konkret lebensgefährlicher Tatausführung (billigende Inkaufnahme; Beweisanzeichen; ernsthaftes tatsachenbasiertes Vertrauen; Gleichgültigkeit).

§ 212 StGB; § 15 StGB

Eine hohe und zudem anschauliche konkrete Lebensgefährlichkeit der Tatausführung (hier: schneller Einsatz eines Messers in einem dynamischen Geschehen gegen den Hals des Opfers) stellt auf beiden Vorsatzebenen das wesentliche auf bedingten Tötungsvorsatz hinweisende Beweisanzeichen dar. Ein etwaiges vorsatzkritisches Vertrauen auf einen glimpflichen Ausgang lebensgefährlichen Tuns darf insoweit nicht auf bloßen Hoffnungen beruhen, sondern muss tatsachenbasiert sein. Schon eine Gleichgültigkeit gegenüber dem zwar nicht erstrebten, wohl aber hingenommenen Tod des Opfers rechtfertigt die Annahme bedingten Tötungsvorsatzes.

**588. BGH 6 StR 132/21 – Beschluss vom 5. Mai 2021 (LG Braunschweig)**

Körperverletzung (Verletzung durch mehrere Handlungen; eine Tat im Rechtssinne; Verhältnis von Vollendung und Versuch; Versuch einer weiteren Qualifikationsvariante).

§ 223 Abs. 1 StGB; § 224 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

1. Wird dieselbe Person durch mehrere Handlungen des Täters verletzt, handelt es sich nur um eine Tat im Rechtssinne, wenn die einzelnen Akte in engem räumlichen und zeitlichen Zusammenhang stehen, ohne dass wesentliche Zäsuren eintreten, und mit der Mehrheit der Handlungen das tatbestandliche Unrecht intensiviert wird. Die Vollendung der Tat ist dann als speziellere

Gestaltung gegenüber dem Versuch desselben Delikts zu verstehen und verdrängt den Versuch.

2. Nichts anderes gilt, wenn der Täter im Rahmen der fortlaufenden Tatbestandsverwirklichung eine weitere Qualifikationsvariante versucht. Denn zwischen den gleichwertigen Tatmodalitäten desselben Qualifikationstatbestands scheidet gleichartige Idealkonkurrenz (§ 52 Abs. 1 Alt. 2 StGB) aus, unabhängig davon, in welcher Weise die Tatmodalitäten aufgezählt sind.

## Rechtsprechung

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

### 614. BGH 5 StR 371/20 – Urteil vom 15. April 2021 (LG Berlin)

BGHR; Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung bei der Erpressung (Betäubungsmittelkauf; Wechselgeld; Anspruch; gesetzliches Verbot; Nichtigkeit; Teilnichtigkeit; dingliche und bereicherungsrechtliche Ansprüche; Versuch; Vorsatz; Parallelwertung in der Laiensphäre); mittäterschaftlich begangene (gefährliche) Körperverletzung.

§ 253 Abs. 1 StGB; § 223 StGB; § 224 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

1. Zur Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung in Fällen, in denen der Käufer von Betäubungsmitteln gegen den Verkäufer die Zahlung von Wechselgeld mit Nötigungsmitteln durchzusetzen sucht. (BGHR)

2. Der Senat hat – hier nicht entscheidungserhebliche – Bedenken, ob dem Käufer von Betäubungsmitteln ein Anspruch auf die Zahlung von seitens des Verkäufers „zu wenig“ herausgegebenem Wechselgeld zusteht. Denn aus dem gesetzlichen Verbot des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (vgl. § 3 Abs. 1 Nr. 1 BtMG) folgt nach § 134 BGB die Nichtigkeit sämtlicher zur Durchführung eines solchen Geschäfts getroffenen schuldrechtlich und dinglich wirkenden Willenserklärungen. Diese Nichtigkeit erstreckt sich regelmäßig auch auf die Vereinbarung und Erfüllung eines Anspruchs auf Zahlung des Wechselgelds. (Bearbeiter)

3. Eine Strafbarkeit wegen eines (untauglichen) Versuchs der räuberischen Erpressung kommt in Betracht, wenn der Angeklagte es für möglich hielt und billigend in Kauf nahm, dass die von ihm geltend gemachte Forderung nicht bestand oder von der Rechtsordnung nicht geschützt war. Dem Tatentschluss des Nötigenden steht es insoweit nicht entgegen, wenn er sich nach den Anschauungen der einschlägig kriminellen Kreise als berechtigter Inhaber eines Anspruchs gegen das Opfer fühlt. Entscheidend ist, ob er sich vorstellt, dass dieser Anspruch auch von der Rechtsordnung gedeckt ist und er seine Forderung demgemäß mit gerichtlicher Hilfe in einem Zivilprozess durchsetzen könnte. (Bearbeiter)

### 605. BGH 3 StR 204/20 – Urteil vom 25. Februar 2021 (LG Potsdam)

Nötigung durch Störung einer Versammlung (Gewalt; körperliche Zwangswirkung; Kraftentfaltung; verbale Einwirkung; Verwerflichkeit; politische Betätigung; Grundrechte; Meinungs- und Versammlungsfreiheit; Unfriedlichkeit); nachträgliche Gesamtstrafenbildung; Zurückweisung eines Beweisantrags.

§ 240 StGB; § 55 StGB; § 244 StPO

1. Wer mit mehreren Personen vor einem Gebäude, in dem gerade eine Veranstaltung stattfindet, laut schreit und mit Fäusten und Füßen gegen Fensterscheiben trommelt, verwirklicht unter Umständen auch unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des BVerfG das Merkmal der Gewalt i.S.d. § 240 StGB. Das gilt jedenfalls dann, wenn aufgrund des Verhaltens sowohl ein Sprechen als auch ein Hören – und damit der verbale Austausch – für die Veranstaltungsteilnehmer in dem Gebäude nicht mehr möglich ist. Anders als in Fällen, in denen das Opfer bei einer bloß verbalen Einwirkung durch den Inhalt der Äußerung zur Aufgabe eines geleisteten oder erwarteten Widerstands motiviert werden soll, handelt es sich in diesen Fällen nicht nur um einen seelischen, sondern auch um körperlich empfundenen Zwang.

2. Die Anwendung des Nötigungsmittels indiziert nicht generell die Verwerflichkeit der Nötigung, da sonst für eine eigenständige Prüfung der Rechtswidrigkeit nach § 240 Abs. 2 StGB kein Raum bliebe. Dies gilt angesichts der Weite des Gewaltbegriffs unter Umständen auch für das Tatbestandsmerkmal der Gewalt. Die Erfüllung der vom Gesetzgeber als Korrektiv vorgesehenen Verwerflichkeitsklausel des § 240 Abs. 2 StGB ist grundsätzlich unter Berücksichtigung aller Umstände zu prüfen.

3. Bei politisch veranlassten Betätigungen ist die Verwerflichkeit i.S.d. § 240 Abs. 2 StGB stets mit Blick auf etwaig betroffene Grundrechte (insbesondere aus Art. 5, 8 GG). Dabei fällt nicht jede politisch veranlasste Aktion aus dem Geltungsbereich dieser Grundrechte heraus, weil sie sich tatbestandlich als eine mit dem Mittel der Gewalt begangene Nötigung darstellt. Auch wenn Art. 8

GG nur das Recht gewährleistet, sich „friedlich“ zu versammeln, kann der Begriff der Unfriedlichkeit nicht ohne Weiteres mit dem von der Rechtsprechung entwickelten weiten Gewaltbegriff des Strafrechts gleichgesetzt werden.

**622. BGH 2 StR 242/20 – Urteil vom 20. Januar 2021 (LG Fulda)**

Betrug (Vorsatz: Eventualvorsatz, Erörterungsmängel hinsichtlich des Verhältnisses zwischen grundsätzlich berechtigten und unberechtigten Rechnungen bei einer Vielzahl von Betrugsfällen); Urteilsgründe (Anforderungen an die Darstellung der Feststellungen und der sie tragenden Beweiserwägungen; grundsätzlich keine Bezugnahmen oder Verweisungen auf Aktenbestandteile; Begriff der Abbildungen, die sich bei den Akten befinden).

§ 15 StGB; § 263 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO

1. Beim Betrug ist hinsichtlich der Täuschung und der Irrtumserregung – jedenfalls wenn es sich nicht um konkludent vorgetäuschte oder innere Tatsachen handelt – bedingter Vorsatz ausreichend. Täuschungsabsicht ist nicht erforderlich.

2. Der Umstand, dass Rechnungsadressaten bei hinreichend sorgfältiger Prüfung eine Täuschung hätten erkennen können, hat für die Frage, ob eine Täuschung vorliegt oder beabsichtigt war, keine Aussagekraft.

3. Die Annahme, mit den anklagegegenständlichen Rechnungen und Mahnungen geltend gemachte Forderungen seien grundsätzlich berechtigt, kann nicht darauf gestützt werden, dass auf die Rechnungen der Angeklagten in erheblichem Umfang Zahlungen geleistet worden seien und weniger als 10% aller Rechnungen zu einer Strafanzeige geführt hätten.

4. Ein Erfahrungssatz des Inhalts, nicht zur Anzeige gebrachte Rechnungen seien stets „fehlerfrei“ in dem Sinne, dass ihnen eine tatsächlich bestehende Forderung zugrunde liegt, existiert nicht.

5. Es ist denkgesetzlich nicht möglich, einen Schluss von dem Anteil der tatsächlich beglichenen Rechnungen auf die grundsätzliche Berechtigung von Forderungen zu ziehen, da die Begleichung einer Rechnung daraus resultieren kann, dass mit ihr erfolgreich eine Täuschung des Adressaten bewirkt worden ist.

6. Gemäß § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO muss jedes Strafurteil, auch ein freisprechendes, aus sich heraus verständlich abgefasst sein und stets eine in sich geschlossene, klare und erschöpfende Darstellung der Feststellungen und der sie tragenden Beweiserwägungen enthalten. Bezugnahmen oder Verweisungen auf Urkunden, auf Aktenbestandteile und auf sonstige Erkenntnisse sind – von den Sonderfällen des § 267 Abs. 1 Satz 3, Abs. 4 Satz 1 StPO abgesehen – nicht statthaft. Soweit gebotene eigene Urteilsfeststellungen oder Würdigungen durch Bezugnahmen ersetzt werden, fehlt es verfahrensrechtlich an einer Urteilsbegründung und sachlich-rechtlich an

der Möglichkeit der Nachprüfung durch das Revisionsgericht.

7. Abbildungen im Sinne des § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO sind Wiedergaben der Außenwelt, die unmittelbar durch den Gesichts- oder Tastsinn wahrgenommen werden können, vor allem statische bildliche Wiedergaben wie Fotografien, gemalte Bilder, Zeichnungen, Skizzen oder dergleichen.

**612. BGH 3 StR 489/20 – Beschluss vom 9. März 2021 (LG Trier)**

Sexuelle Belästigung durch körperliches Berühren.

§ 184i Abs. 1 StGB

Ein körperliches Berühren im Sinne des § 184i Abs. 1 StGB liegt jedenfalls dann vor, wenn der Täter auf das Opfer unmittelbar körperlich einwirkt. Hierfür ist im Grundsatz der Kontakt des Täters mit seinem eigenen Körper am Körper des Opfers erforderlich. Das Kriterium des Körperkontakts dient dabei in erster Linie dem Ausschluss gänzlich körperloser Angriffsarten wie der Vornahme sexueller Handlungen vor einer anderen Person oder der bloßen verbalen Einwirkung auf das Opfer.

**613. BGH 5 StR 339/20 – Urteil vom 29. April 2021 (LG Dresden)**

Vorsatz bei der Geldwäsche (Herrühren aus einer Katalogtat; konkreter Vortäter; Umstände der Tat; andere Katalogtat; Parallelwertung in der Laiensphäre; Eventualvorsatz; Gleichgültigkeit); Konkurrenzen bei mehrfachem Gebrauch einer gefälschten Urkunde.

§ 261 StGB; § 15 StGB; § 267 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Bei der Geldwäsche muss sich der Vorsatz des Täters insbesondere darauf erstrecken, dass der Gegenstand, auf den sich die Tathandlung bezieht, aus einer in § 261 Abs. 1 S. 2 StGB genannten Tat herrührt. Insoweit reicht es aus, wenn der Täter Umstände kennt oder sich vorstellt, aus denen sich in groben Zügen bei rechtlich richtiger Bewertung, die er nur laienhaft erfasst haben muss, eine Katalogtat als Vortat ergibt. Der Vorsatz muss weder den konkreten Vortäter noch die genauen Umstände der Vortat umfassen. Stellt sich der Täter Umstände im Sinne einer anderen Katalogtat als der wirklich begangenen vor, steht dies seinem Vorsatz nicht entgegen.

2. Da für die Strafbarkeit nach § 261 Abs. 1 und 2 StGB bedingter Vorsatz ausreicht, muss der Täter die Herkunft des Gegenstands aus einer Katalogtat nur ernsthaft für möglich halten und billigend in Kauf nehmen. Weder für das Wissens- noch für das Willenselement des bedingten Geldwäschevorsatzes muss sich die subjektive Vorstellung des Täters auf Umstände beziehen, die dem tatsächlichen Vortatgeschehen entsprechen. Ausreichend für das Willenselement ist, wenn der Täter eine „illegale Herkunft“ derartiger Geldeingänge für möglich hält, ohne dabei bestimmte gesetzeswidrige Machenschaften auszuschließen. Gleichgültigkeit gegenüber einer für möglich gehaltenen Herkunft ist für die Bejahung des Willenselements des bedingten Vorsatzes regelmäßig ausreichend.

**530. BGH 1 StR 6/21 – Beschluss vom 23. Februar 2021 (LG Heilbronn)**

Betrug (Vermögensschaden durch Täuschung über fehlenden Willen zur Vertragstreue: nur bei Täuschung über Leistungswille hinsichtlich Primärpflichten, erforderliche konkrete Vermögensgefährdung, hier: Abschluss eines Versicherungsvertrages mit der Absicht, unberechtigte Versicherungsleistungen zu erschleichen; kein Entfall eines Vermögensschadens durch nachträgliche Kompensation; verfassungsrechtliche Anforderungen an die Feststellung eines Vermögensschadens; Konkurrenzen bei mehreren Betrugshandlungen gegenüber einem Opfer in engem zeitlichem Zusammenhang).

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

1. Ein wirtschaftlich messbarer Wert im Sinne des § 263 StGB kommt einer vorhandenen oder auch fehlenden Bereitschaft der Vertragspartner zur „Vertragstreue“ regelmäßig nur dann zu, wenn sich diese auf das primäre Austauschverhältnis der Vertragspartner (§ 241 Abs. 1 BGB) bezieht und damit den Wert von Leistung oder Gegenleistung nachteilig beeinflusst (st. Rspr.), nicht aber dann, wenn sie ausschließlich bloße vertragliche Nebenpflichten (§ 241 Abs. 2 BGB) betrifft.

2. Ein Vermögensschaden einer Versicherung liegt deshalb nicht vor, wenn der Versicherungsnehmer bereits bei Abschluss des Versicherungsvertrages die Absicht hegt, künftig unberechtigte Ansprüche geltend zu machen. Eine solche Absicht lässt den Wert der vom Versicherungsnehmer mit Vertragsschluss versprochenen Leistung – die Zahlung der monatlichen Versicherungsbeiträge – ebenso unberührt lässt wie den Wert der Leistung des Versicherers. Der vom Versicherer geschuldete Versicherungsschutz erstreckt sich nämlich von vornherein nicht auf Kosten, die dem Versicherten oder Versicherungsnehmer nicht angefallen sind (Scheinrechnungen) oder aber bereits ausgeglichen wurden (Mehrfachabrechnungen). Eine etwa beim Versicherungsnehmer bei Vertragsschluss vorhandene Vorstellung oder gar Absicht, das Versicherungsverhältnis für eine spätere unberechtigte Geltendmachung von Versicherungsleistungen zu nutzen, schlägt sich daher nicht wirtschaftlich messbar im vertraglichen Äquivalenzverhältnis nieder.

3. Durch den Vertragsschluss wird in einem solchen Fall lediglich eine abstrakte Gefährdungslage geschaffen, die einem endgültigen Schadenseintritt nicht gleichzusetzen ist. Zu dem für den Vermögensvergleich maßgeblichen Zeitpunkt des Abschlusses des Versicherungsvertrages ist regelmäßig nicht nur offen, welche Rechnungen der Versicherungsnehmer während der Vertragslaufzeit unberechtigt zur Erstattung einreichen wird; es bedarf für die Herbeiführung konkreter und messbarer Vermögensschäden der Versicherer regelmäßig auch weiterer – dem jeweiligen Vertragsschluss nachfolgender – selbständiger Willensentschlüsse des Versicherungsnehmers sowie weiterer Vorbereitungsmaßnahmen, wie insbesondere der Beschaffung der einzureichenden Rechnungen und auch weiterer Tathandlungen in Form der unter Täuschung vorgenommenen Abrechnungen im konkreten Einzelfall. Gegenüber diesen bei Abschluss des jeweiligen Versicherungsvertrages in ihrer konkreten Gestalt noch

ungewissen – allein schadensursächlichen – Kostenabrechnungen, die als selbständige Betrugstaten zu werten sind, stellt sich der jeweilige Abschluss des Versicherungsvertrages lediglich als Vorbereitungshandlung dar.

**631. BGH 4 StR 165/20 – Beschluss vom 29. April 2021 (LG Kempten)**

Verbotene Kraftfahrzeugrennen (verbotene Einzelrennen; Begriff der groben Verkehrswidrigkeit: Massivität des Geschwindigkeitsverstößes; überschießende Innentendenz; Tatbestandsmäßigkeit von Polizeifluchtfällen).  
§ 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB

1. Die Strafvorschrift des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB setzt in objektiver Hinsicht ein Sich-Fortbewegen mit nicht angepasster Geschwindigkeit voraus, das sich nach den konkreten Umständen des Einzelfalls als grob verkehrswidrig und rücksichtslos darstellt. Die grobe Verkehrswidrigkeit des Fahrens mit nicht angepasster Geschwindigkeit kann sich allein aus der besonderen Massivität des Geschwindigkeitsverstößes oder aus begleitenden anderweitigen Verkehrsverstößen ergeben, die in einem inneren Zusammenhang mit der nicht angepassten Geschwindigkeit stehen.

2. Die Tathandlung muss ferner im Sinne einer überschießenden Innentendenz von der Absicht des Täters getragen sein, nach seinen Vorstellungen auf einer nicht ganz unerheblichen Wegstrecke die unter den konkreten situativen Gegebenheiten maximal mögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Diese Absicht braucht nicht Endziel oder Hauptbeweggrund des Handelns zu sein. Es reicht vielmehr aus, dass der Täter das Erreichen der situativen Grenzgeschwindigkeit als aus seiner Sicht notwendiges Zwischenziel anstrebt, um ein weiteres Handlungsziel zu erreichen.

3. Dieses Verständnis des Absichtsmerkmals in § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB hat zur Folge, dass beim Vorliegen der weiteren tatbestandlichen Voraussetzungen auch sogenannte Polizeifluchtfälle von der Strafvorschrift erfasst werden, sofern festgestellt werden kann, dass es dem Täter darauf ankam, als notwendiges Zwischenziel für eine erfolgreiche Flucht über eine nicht ganz unerhebliche Wegstrecke die höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Dabei ist allerdings zu beachten, dass aus einer Fluchtmotivation nicht ohne Weiteres auf die Absicht geschlossen werden kann, die gefahrene Geschwindigkeit bis zur Grenze der situativ möglichen Höchstgeschwindigkeit zu steigern.

**609. BGH 3 StR 68/21 – Beschluss vom 23. März 2021 (LG Düsseldorf)**

Unzulässige Würdigung des vollständigen Schweigens des Angeklagten (Schweigerecht; Selbstbelastungsfreiheit; faires Verfahren; teilweises Schweigen); räuberische Erpressung (Vermögensschaden; Verhindern der Geltendmachung einer Forderung; Sicherungserpressung).

§ 253 StGB; § 136 Abs. 1 S. 2 StPO; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG

1. Eine (ggf. räuberische) Erpressung kommt grundsätzlich in Betracht, wenn dem Opfer unter Anwendung von

Gewalt unmöglich gemacht wird, eine Forderung durchzusetzen. Verhindert der Angeklagte mittels Nötigung hingegen lediglich eine vom Genötigten geforderte sofortige Rückzahlung von betrügerisch erlangtem Geld, und damit die Wiedergutmachung eines bereits eingetretenen Betrugsschadens, handelt es sich regelmäßig um eine sog. „Sicherungserpressung“, bei der mangels Eintritts eines Vermögensschadens keine Strafbarkeit wegen Erpressung gegeben ist. Das gilt insbesondere, wenn der Nötigende dem Geschädigten namentlich bekannt und dieser daher in der Lage ist, seinen Zahlungsanspruch zivilrechtlich durchzusetzen.

2. Ein unbefangener Gebrauch des Schweigerechts des Angeklagten wäre nicht gewährleistet, wenn der Angeklagte eine Prüfung und für ihn nachteilige Bewertung der Gründe für die Geltendmachung dieses Rechts befürchten müsste. Deshalb dürfen weder aus einer durchgängigen noch aus einer anfänglichen Aussageverweigerung eines Angeklagten nachteilige Schlüsse gezogen werden. Der Würdigung grundsätzlich zugänglich ist hingegen ein teilweises Schweigen.

**551. BGH 4 StR 109/20 – Beschluss vom 13. April 2021 (LG Berlin)**

Verbotene Kraftfahrzeugrennen (objektive und subjektive Anforderungen an ein sog. „Einzelrennen“).  
§ 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB

Der Grundtatbestand des § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB setzt in objektiver Hinsicht ein Sich-Fortbewegen mit nicht angepasster Geschwindigkeit voraus, das sich als grob verkehrswidrig und rücksichtslos darstellt. Die Tathandlung muss ferner im Sinne einer überschießenden Innentendenz von der Absicht des Täters getragen sein, nach seinen Vorstellungen auf einer nicht ganz unerheblichen Wegstrecke die unter den konkreten situativen Gegebenheiten maximal mögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Diese Absicht braucht nicht Endziel oder Hauptbeweggrund des Handelns zu sein. Es reicht vielmehr aus, dass der Täter das Erreichen der situativen Grenzgeschwindigkeit als aus seiner Sicht notwendiges Zwischenziel anstrebt, um ein weiteres Handlungsziel zu erreichen.

**569. BGH 4 StR 473/20 – Beschluss vom 18. Februar 2021 (LG Essen)**

Körperverletzung (Gesundheitsbeschädigung: Herbeiführung eines Rauschzustandes).  
§ 223 StGB

Eine Gesundheitsbeschädigung im Sinne des § 223 StGB kann auch in der Herbeiführung eines Rauschzustandes liegen, wenn der Rausch etwa zur Bewusstlosigkeit führt oder der Betroffene sich übergeben muss.

**553. BGH 4 StR 263/20 – Beschluss vom 3. Februar 2021 (LG Hagen)**

Schwere Vergewaltigung (Bei-Sich-Führen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs: Begriff der Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs, subjektiver Tatbestand, sachgedankliches Mitbewusstsein).  
§ 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Die schwere Vergewaltigung gemäß § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB setzt voraus, dass der Täter eine Waffe oder ein anderes gefährliches Werkzeug bei sich führt. Gefährlich sind solche Gegenstände, die – im Fall ihrer Verwendung – geeignet sind, erhebliche Verletzungen herbeizuführen. Bei sich führt der Täter das Werkzeug, wenn er es zu irgendeinem Zeitpunkt der Tatbestandsverwirklichung einsatzbereit am Körper oder in seiner Nähe hat.

2. In subjektiver Hinsicht müssen bei § 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB das Führen und die Gefährlichkeit vom zumindest bedingten Vorsatz umfasst sein. Von dem Erfordernis eines aktuellen Bewusstseins sind dabei insoweit Abstriche vorzunehmen, als sich der Täter im Zeitpunkt der Tat nicht sämtlicher Tatumstände im Sinne eines „Daran-Denkens“ bewusst sein muss.

**566. BGH 4 StR 467/20 – Beschluss vom 18. März 2021 (LG Arnsberg)**

Exhibitionistische Handlungen (Voraussetzung eines durch das Vorzeigen des entblößten Gliedes bewirkten sexuellen Lustgewinns).  
§ 183 StGB

Eine exhibitionistische Handlung setzt voraus, dass der Täter in dem Vorzeigen des entblößten Gliedes einen hierdurch bewirkten sexuellen Lustgewinn erzielen will. Ob dies der Fall ist oder ob nicht lediglich eine Provokation oder eine Demütigung des Tatopfers beabsichtigt ist, ist unter Würdigung aller Umstände und insbesondere des Vorgeschehens und des Anlasses der Tat zu entscheiden.

**634. BGH 4 StR 48/21 – Beschluss vom 31. März 2021 (LG Detmold)**

Konkurrenzen (schwerer sexueller Missbrauch von Kindern; Besitz kinderpornographischer Schriften; Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Inhalte).  
§ 176a Abs. 3 StGB; § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 184b Abs. 3 Alt. 1 und 2 StGB

1. Hat der Täter neben § 176a Abs. 3 StGB jeweils auch den Tatbestand des Herstellens kinderpornographischer Schriften gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB verwirklicht, treten die ebenfalls erfüllten Tatbestände des Sich-Verschaffens kinderpornographischer Schriften gemäß § 184b Abs. 3 Alt. 1 StGB und des Besitzes kinderpornographischer Schriften gemäß § 184b Abs. 3 Alt. 2 StGB dahinter zurück.

2. Dient das Herstellen kinderpornographischer Schriften zugleich der Verschaffung von Eigenbesitz und fallen deshalb der Herstellungs- und der Beschaffungsakt zusammen, wird das Unrecht der Tat von der nach § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB mit höherer Strafe bedrohten Tatvariante des Herstellens kinderpornographischer Schriften vollständig umfasst.

3. Der Besitz kinderpornographischer Schriften nach § 184b Abs. 3 Alt. 2 StGB ist als Auffangtatbestand zu den Verschaffungsdelikten konzipiert. Er tritt deshalb nicht nur hinter das Sich-Verschaffen kinderpornographischer Schriften zurück, sondern auch hinter die Tatvari-

ante des Herstellens kinderpornographischer Schriften, sofern diese das Unrecht der Besitzverschaffung in sich aufnimmt. Die Grundsätze zum konkurrenzrechtlichen Verhältnis zwischen Besitz- und Verbreitungsdelikten, wonach das Dauerdelikt des Besitzes Tateinheitlich neben das jeweilige Verbreitungsdelikt nach § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB tritt, wenn der Besitz in zeitlicher oder quantitativer Hinsicht über den für das Verbreiten bzw. öffentliche Zugänglichmachen erforderlichen Besitz hinausgeht, stehen dem nicht entgegen. Denn diese Bewertung stützt sich in Abgrenzung zur Tatbestandsvariante des Sich-Verschaffens darauf, dass das Zugänglichmachen nicht der Besitzbegründung dient.

**558. BGH 4 StR 91/21 – Beschluss vom 14. April 2021 (LG Bielefeld)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit; „Aussage gegen Aussage“-Konstellationen); Vergewaltigung (schutzlose Lage nach alter Gesetzesfassung).  
§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F.; § 261 StPO

Die Strafvorschrift des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB in der bis 9. November 2016 geltenden Fassung setzt voraus, dass das Opfer aus Furcht vor Gewalteinwirkungen des Täters von – ihm grundsätzlich möglichen – Widerstand absieht, weil es dies aufgrund seiner schutzlosen Lage für aussichtslos hält, und der Täter subjektiv diese tatsächlichen Voraussetzungen der Schutzlosigkeit auch als Bedingung für das Erreichen seiner sexuellen Handlungen erkennt.

## Rechtsprechung

## III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

**607. BGH 3 StR 408/20 – Urteil vom 25. März 2021 (LG Trier)**

Anordnung der unbefristeten Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (schwerer Eingriff; ausgeschlossene oder erheblich verminderte Schuldfähigkeit; verminderte Fähigkeit zur Unrechtseinsicht; psychische Störung; Ausprägungsgrad und Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit; Darstellung in den Urteilsgründen); Beweiswürdigung.

§ 63 StGB; § 261 StPO

1. Für die Entscheidung, ob die Schuldfähigkeit des Beschuldigten zur Tatzeit aus einem der in § 20 StGB bezeichneten Gründe ausgeschlossen oder im Sinne von § 21 StGB erheblich vermindert war, ist mithin zunächst die Feststellung erforderlich, dass bei dem Beschuldigten eine psychische Störung vorliegt, die ein solches Ausmaß erreicht hat, dass sie unter eines der psychopathologischen Eingangsmerkmale des § 20 StGB zu subsumieren ist. Sodann ist der Ausprägungsgrad der Störung und deren Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit des Täters zu untersuchen.

2. In den Urteilsgründen bedarf es einer konkretisierenden Darstellung, in welcher Weise sich die näher festgestellte psychische Störung des Betroffenen in der konkreten Tatsituation auf seine Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit auswirkte. Diese Darlegungsanforderungen hat der Tatrichter grundsätzlich auch dann zu beachten, wenn der Angeklagte eine Exploration abgelehnt hat.

3. Eine möglicherweise nur erheblich verminderte Fähigkeit zur Unrechtseinsicht genügt für die Anordnung einer Unterbringung nach § 63 StGB nicht, weil eine solche strafrechtlich erst dann von Bedeutung ist, wenn sie das Fehlen der Einsicht zur Folge hat.

**635. BGH 4 StR 365/20 – Beschluss vom 27. April 2021 (LG Bochum)**

Erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Subsidiarität gegenüber Einziehung von Taterträgen).

§ 73 Abs. 1 StGB § 73a Abs. 1 StGB

Die erweiterte Einziehung von Taterträgen nach § 73a Abs. 1 StGB ist gegenüber einer Einziehung von Taterträgen nach § 73 Abs. 1 StGB subsidiär und daher erst dann anzuordnen, wenn das Tatgericht nach Ausschöpfung sämtlicher prozessual zulässiger Mittel von der deliktischen Herkunft der erlangten Gegenstände überzeugt ist, sich aber zugleich außerstande sieht, diese Gegenstände eindeutig den abgeurteilten oder anderen rechtswidrigen Taten zuzurechnen.

**534. BGH 1 StR 272/20 – Urteil vom 10. März 2021 (LG Aachen)**

Einziehung (Einziehung von ersparten Aufwendungen: erforderlicher messbarer Vermögensvorteil beim Einziehungsadressaten, mögliche Einziehungsadressaten bei Steuerhinterziehung, Einziehung wegen nicht entrichteter Lohnsteuer und Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung beim Arbeitgeber); Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (erforderliche Feststellungen zu den hinterzogenen Sozialversicherungsbeiträgen).

§ 73 StGB; § 370 Abs. 1 AO; § 37 Abs. 1 AO; § 38 Abs. 1 Satz 1 EstG; § 266a Abs. 1 StGB; § 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Nicht anders als bei der Einziehung von durch Straftaten erlangten Vermögensgegenständen und Rechten setzt das Abschöpfen ersparter Aufwendungen voraus, dass der Tatbeteiligte über diese Ersparnisse tatsächlich ver-

fügen kann; diese Vermögensvorteile müssen sich messbar in seinem Vermögen niederschlagen (st. Rspr). Dies erfordert folglich eine schon vorher bestehende eigene Zahlungsverbindlichkeit.

2. Damit ist die Einziehung bei der Steuerhinterziehung regelmäßig, aber nicht zwingend gegen den Steuerschuldner (§ 37 Abs. 1 AO) zu richten, dem schon begrifflich die Steuerersparnisse zugutekommen. Die Steuerschuldnerschaft ohne die Möglichkeit, die Steuerersparnis im eigenen Vermögen zu realisieren und in diesem Sinne über diese tatsächlich zu verfügen, genügt indes nicht zur Einziehung (vgl. BGHSt 64, 146). Neben den "formellen" Steuerschuldnern kommen als Einziehungsbetroffene auch sonstige Personen in Betracht, die eigene steuerliche Erklärungspflichten und nachfolgend originär steuerliche Verbindlichkeiten aus eigenem Vermögen zu erfüllen haben und damit von der Steuerersparnis profitieren.

3. Nach diesen Maßstäben begegnet die Einziehung im Hinblick auf die durch verkürzte Lohnsteuer ersparten Aufwendungen gegen Arbeitgeber keinen Bedenken. Insoweit gilt im Hinblick auf die Besonderheiten des Lohnsteuerabzugsverfahrens (§ 38 Abs. 1 Satz 1 EStG) nichts anderes als für die Abschöpfung des Wertes der vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge (§ 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV). Die Ersparnis schlägt sich zunächst im Vermögen des Arbeitgebers nieder. Zwar ist die anzumeldende, einzubehaltende und dann abzuführende Lohnsteuer arbeitsvertrags- und einkommensteuerrechtlich dem Arbeitnehmer zuzuordnen; dies ändert aber nichts am Bestehen einer eigenen Entrichtungsschuld des Arbeitgebers.

**637. BGH 4 StR 527/20 – Beschluss vom 17. März 2021 (LG Bielefeld)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose).

§ 63 StGB

1. Eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB kommt nur in Betracht, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades besteht, dass der Täter infolge seines Zustands künftig Straftaten von erheblicher Bedeutung begeht. Die erforderliche Prognose ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstat(en) zu entwickeln.

2. Verhaltensweisen innerhalb einer Einrichtung gegenüber geschultem Personal sind nicht ohne Weiteres mit Handlungen in Freiheit gegenüber beliebigen Dritten oder dem Täter nahe stehenden Personen gleichzusetzen.

**624. BGH 2 StR 359/20 – Beschluss vom 17. März 2021 (LG Köln)**

Anrechnung der Auslieferungshaft in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union (Anrechnungsmaßstab); Urteilsgründe (Anforderungen an Knappheit und Klarheit der Urteilsgründe); Raub mit Todesfolge; Vorsatz (bedingter Tötungsvorsatz: allgemeiner Maßstab, Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit, Berücksichti-

gung der erkannten Gefährlichkeit der Tathandlung, mittäterschaftlich begangene Tötungsverbrechen).

§ 15 StGB; § 51 StGB; § 251 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Auslieferungshaft in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union ist im Maßstab von 1:1 auf die Strafe anzurechnen, wenn nicht besondere Umstände vorliegen, die einen anderen Maßstab erforderlich erscheinen lassen. Mit Blick auf die Überprüfbarkeit eines erhöhten Anrechnungsmaßstabs bedarf dieser regelmäßig einer Begründung anhand der Umstände des konkreten Falles.

2. Zur Abfassung von Urteilsgründen hat der Bundesgerichtshof bereits oft darauf hingewiesen, dass die Urteilsgründe nach § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben müssen, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden; die Sachverhaltsschilderung soll kurz, klar und bestimmt sein und alles Unwesentliche fortlassen. Dies gilt gleichermaßen für die Beweiswürdigung. Als Ergebnis einer wertenden Auswahl des Tatgerichts zwischen Wesentlichem und Unwesentlichem ist das Beweisergebnis nur so weit zu erörtern, wie es für die Entscheidung von Bedeutung ist. Eine schrittweise Angabe von Belegen für jede einzelne Feststellung, mag diese in Bezug auf den Tatvorwurf auch noch so unwesentlich sein, ist entbehrlich und lenkt eher von den wesentlichen Aspekten ab.

3. Bedingter Tötungsvorsatz ist gegeben, wenn der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und dies billig oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Todes eines anderen Menschen abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (Willenselement). Bewusste Fahrlässigkeit liegt dagegen vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und er ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten. Ob der Täter nach diesen Maßstäben bedingt vorsätzlich gehandelt hat, ist in Bezug auf beide Vorsatzelemente in jedem Einzelfall umfassend zu prüfen und durch tatsächliche Feststellungen zu belegen.

4. Die Prüfung, ob Vorsatz oder bewusste Fahrlässigkeit vorliegt, erfordert eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Umstände, wobei es vor allem bei der Würdigung des voluntativen Vorsatzelements regelmäßig erforderlich ist, dass sich das Tatgericht mit der Persönlichkeit des Täters auseinandersetzen und dessen psychische Verfassung bei der Tatbegehung, seine Motivlage und die für das Tatgeschehen bedeutsamen Umstände, insbesondere die konkrete Angriffsweise, mit in Betracht zieht.

5. Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtschau stellt die dem Täter bekannte Gefährlichkeit der Tathandlung einen Indikator sowohl für das kognitive als auch für das voluntative Vorsatzelement dar. Sie ist aber nicht allein maßgeblich; vielmehr kommt es auch bei in hohem Maße gefährlichen Handlungen auf die Umstände des Einzelfalles an. Das gilt besonders, wenn die eigentlich tödliche Tathandlung möglicherweise von einem anderen Täter ausgeführt wurde.

6. Ein mittäterschaftlich begangenes Tötungsverbrechen setzt voraus, dass der gemeinsame Tatentschluss auf die Tötung eines Menschen durch arbeitsteiliges Zusammenwirken gerichtet ist. Für die Annahme eines mittäterschaftlich begangenen Tötungsdelikts reicht es deshalb nicht aus, dass sich die Täter lediglich zu einem gemeinsamen Unternehmen entschlossen haben, durch das ein Mensch zu Tode kommt.

7. Hat einer von mehreren Tatbeteiligten bei einem Raub mit Todesfolge den qualifizierenden Erfolg verursacht, so sind die übrigen nach § 251 StGB strafbar, wenn sich ihr zumindest bedingter Vorsatz auf die Gewalthandlungen erstreckt, durch welche der qualifizierende Erfolg herbeigeführt worden ist, und wenn auch ihnen in Bezug auf die Todesfolge wenigstens Leichtfertigkeit vorzuwerfen ist. Ein Beteiligter haftet somit nach § 251 StGB als Mittäter nur für die Folgen derjenigen Handlungen des den Tod des Opfers unmittelbar herbeiführenden Täters, die er in seine Vorstellungen von dem Tatgeschehen einbezogen hatte.

**585. BGH 6 StR 128/21 – Beschluss vom 7. April 2021 (LG Stendal)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Rücktritt vom Versuch (Urteilsfeststellungen zum Vorstellungsbild; Rücktrittshorizont).  
§ 24 Abs. 1 StGB; § 63 StGB

Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB ist nur zulässig, wenn eine Bestrafung wegen der rechtswidrigen Tat allein an der mangelnden Schuldfähigkeit des Täters scheitert, nicht jedoch, wenn er mit strafbefreiender Wirkung vom Versuch zurückgetreten ist. Das Tatgericht muss zu dem insoweit maßgeblichen Vorstellungsbild des Angeklagten nach dem jeweiligen Abschluss der letzten von ihm vorgenommenen Ausführungshandlung (sog. Rücktrittshorizont) Feststellungen treffen.

**580. BGH 6 StR 6/21 – Urteil vom 21. April 2021 (LG Magdeburg)**

Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (einheitliche Tat des Besitzes); Grundsätze der Strafzumessung (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit; Mitteilung bestimmender Strafzumessungsgründe).  
§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 46 StGB; 267 Abs. 3 Satz 1 StGB

1. Bei der Darstellung seiner Strafzumessungsentscheidung im Urteil ist das Tatgericht nur gehalten, die bestimmenden Zumessungsgründe mitzuteilen (§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO). Eine erschöpfende Aufzählung aller für die Strafzumessungsentscheidung relevanten Gesichtspunkte ist weder gesetzlich vorgeschrieben noch in der Praxis möglich (st. Rspr.).

2. Ein der Strafzumessung in sachlich-rechtlicher Hinsicht anhaftender Rechtsfehler liegt jedoch vor, wenn das Tatgericht bei seiner Zumessungsentscheidung einen Gesichtspunkt, der nach den Gegebenheiten des Einzelfalls als bestimmender Strafzumessungsgrund in Betracht kommt, nicht erkennbar erwogen hat.

3. Die (Gesamt-)Menge der Betäubungsmittel, die der Täter in seinem Besitz hat, ist ebenso wie die Art und Gefährlichkeit eines Rauschgifts sowie dessen Qualität sowohl für den Unrechtsgehalt der Tat als auch für die Schuld des Täters von besonderer Bedeutung und stellt regelmäßig einen bestimmenden Strafzumessungsgrund dar.

**582. BGH 6 StR 79/21 – Beschluss vom 7. April 2021 (LG Potsdam)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensationsentscheidung; keine Aussetzung zur Bewährung bei einer als vollständig vollstreckt geltenden Freiheitsstrafe).  
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 56 Abs. 1 StGB

Eine als voll verbüßt geltende Freiheitsstrafe kann nicht mehr zur Bewährung ausgesetzt werden. Gleichmaßen verhält es sich, wenn die Strafe im Urteilszeitpunkt aufgrund einer Kompensationsentscheidung wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung als vollständig vollstreckt gilt.

**599. BGH 6 StR 200/21 – Beschluss vom 5. Mai 2021 (LG Halle)**

Täter-Opfer-Ausgleich (Erörterung im Urteil; schwerwiegendes Sexualdelikt).  
§ 176a Abs. 2 StGB; § 46a StGB; § 49 Abs. 1 StGB

Der Annahme eines Täter-Opfer-Ausgleichs steht nicht von vornherein entgegen, dass es sich bei dem begangenen Delikt um ein schwerwiegendes Sexualdelikt handelt.

**620. BGH 2 StR 197/20 – Beschluss vom 26. August 2020 (LG Gießen)**

Strafmilderung oder Absehen von Strafe (Offenbaren von Täterwissen: Unerheblichkeit des Motivs der Offenbarung); Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung ungünstiger wirtschaftlicher Verhältnisse oder einer Suchterkrankung).  
§ 46 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 31 BtMG

1. Im Rahmen der Anwendung von § 31 BtMG ist es in der Rechtsprechung anerkannt, dass es hierfür nicht auf die Motive der Offenbarung durch den Täter ankommt. Weder Angst vor Bestrafung noch Offenbarung auf Zureden oder Drängen eines Vernehmenden schließen die Anwendbarkeit grundsätzlich aus. Das Motiv der Offenbarung muss nicht ethisch anerkanntenswert sein; entscheidend ist der Aufklärungsfolg.

2. Diese Grundsätze gelten auch, soweit nicht § 31 BtMG, sondern lediglich § 46 Abs. 2 Satz 2 StGB Anwendung findet, weil die zeitliche Grenze zur Offenbarung in § 31 BtMG überschritten worden ist.

3. Nicht notwendig und insoweit unschädlich ist es, wenn ein Angeklagter mit der Preisgabe von für die Strafverfolgung bedeutsamen Erkenntnissen nicht gleichzeitig auch die Verhinderung weiterer Straftaten erstrebt.

4. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können ungünstige wirtschaftliche Verhältnisse oder eine Suchterkrankung strafmildernd ins Gewicht fallen. Ihr Fehlen darf regelmäßig nicht strafscharfend berücksichtigt werden.

**592. BGH 6 StR 148/21 – Beschluss vom 4. Mai 2021 (LG Braunschweig)**

Rechtsprechung

**IV. Strafverfahrensrecht mit GVG**

**606. BGH 3 StR 300/20 – Beschluss vom 21. April 2021 (LG Oldenburg)**

BGHSt; Bescheidung von nach Fristablauf gestellten Beweisanträgen nach erneutem Eintritt in die Beweisaufnahme (Ablehnung von Beweisanträgen; Beschluss; Bekanntmachung vor dem Schluss der Beweisaufnahme; Ausnahmeregel; Beschleunigung; Verfahrensverzögerungen; Beweisantragsrecht; angemessene Frist; Bescheidung im Urteil; Darlegungen im Beweisantrag; faires Verfahren; rechtliches Gehör).

§ 244 Abs. 6 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK

1. Bestimmt der Vorsitzende des Tatgerichts nach Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme eine angemessene Frist zum Stellen von Beweisanträgen, steht einer Bescheidung von nach deren Ablauf gestellten Beweisanträgen im Urteil nicht grundsätzlich entgegen, dass wieder in die Beweisaufnahme eingetreten worden ist. Dies gilt jedoch ausnahmsweise nicht für solche Beweisanträge, die sich erst aus der Beweisaufnahme nach Wiedereintritt ergeben. (BGHSt)

2. Hierzu sind regelmäßig Darlegungen im Beweisantrag erforderlich. (BGHSt)

3. Im Grundsatz bedarf die Ablehnung eines Beweisantrages gemäß § 244 Abs. 6 S. 1 StPO eines Gerichtsbeschlusses, der vor dem Schluss der Beweisaufnahme bekanntzumachen ist. Bei § 244 Abs. 6 S. 3 bis 5 StPO handelt es sich um eine davon abweichende Ausnahmeregel, die grundsätzlich restriktiv auszulegen ist. (Bearbeiter)

4. § 244 Abs. 6 S. 3 bis 5 StPO sollen einerseits mit später Antragstellung einhergehende Verfahrensverzögerungen vermeiden, andererseits das Beweisantragsrecht der Verfahrensbeteiligten nicht beschneiden. Diesen unterschiedlichen Belangen kommt eine Auslegung entgegen, die zum einen der vorangegangenen Fristsetzung im Falle einer weiteren Beweisaufnahme nicht jegliche Bedeutung versagt, zum anderen aber den Verfahrensbeteiligten eine Bescheidung ihrer Beweisanträge eröffnet, sofern diese auf der neuen Beweiserkenntnis beruhen. Es ist demnach grundsätzlich von der Wirksamkeit einer ordnungsgemäß gesetzten Frist auszugehen und eine Bescheidung ledig-

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang: Intervalle der Abstinenz).

§ 64 Satz 1 StGB

Intervalle der Abstinenz hindern die Annahme eines Hangs nicht ohne Weiteres (st. Rspr.).

lich solcher Beweisanträge, die sich aus der Beweisaufnahme nach Fristablauf ergeben, in der Hauptverhandlung als notwendig anzusehen. (Bearbeiter)

5. Es ist zwar nicht zu verkennen, dass im Einzelfall Abgrenzungsschwierigkeiten bei der Frage auftreten können, ob ein Antrag auf hinzugewonnenen Erkenntnissen beruht. Allerdings handelt es sich hierbei um übliche Fragen der Rechtsanwendung auf den konkreten Sachverhalt, die jedenfalls nicht rechtfertigen, zur Vereinfachung entweder gegen den Gesetzeswortlaut, die ratio legis und den Willen des Gesetzgebers der gesetzten Frist jegliche Bedeutung abzuspochen oder eine Bescheidung sämtlicher Beweisanträge erst im Urteil zuzulassen. (Bearbeiter)

6. Es ist auch unter dem Gesichtspunkt des Rechts auf ein faires Verfahren nicht geboten, eine Anwendung des § 244 Abs. 6 S. 4 StPO generell auszuschließen, wenn nach Fristablauf erneut in die Beweisaufnahme eingetreten wird. Den Verfahrensbeteiligten wird die Möglichkeit, Beweisanträge zu stellen, über die das Gericht befinden muss, nicht genommen. Beschränkt wird allein der Anspruch, über etwaige Ablehnungsgründe noch vor Abschluss der Beweisaufnahme in Kenntnis gesetzt zu werden. Vor dieser Begrenzung erhalten die Beteiligten angesichts der Fristsetzung Gelegenheit, in der Hauptverhandlung zu bescheidende Beweisanträge zu stellen. Machen sie hiervon nicht Gebrauch, liegt dies in ihrem Verantwortungsbereich. Ergibt sich aus erneuten Beweiserhebungen das Bedürfnis weiterer Beweisanträge, ist gewährleistet, dass darüber wie sonst auch noch während der Hauptverhandlung befunden wird. (Bearbeiter)

**617. BGH StB 17/21 – Beschluss vom 21. April 2021 (OLG Stuttgart)**

BGHR; Sofortige Beschwerde gegen die Ablehnung der Bestellung eines Pflichtverteidigers (erneuter inhaltsgleicher Antrag nur bei wesentlicher Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse).

§ 142 Abs. 7 S. 1 StPO; § 144 Abs. 1 StPO; § 304 Abs. 4 Satz 2 Hs. 2 Nr. 1 StPO

1. Ist ein Antrag des Angeklagten auf Bestellung eines zusätzlichen Pflichtverteidigers rechtskräftig abgelehnt worden, kann er einen neuerlichen inhaltsgleichen An-

trag und die sofortige Beschwerde gegen dessen Ablehnung grundsätzlich nicht erfolgreich auf Umstände stützen, die bereits Gegenstand der Erstentscheidung waren, sondern nur auf solche, die sich aufgrund einer wesentlichen Veränderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse ergeben haben. (BGHR)

2. Mit der Ausgestaltung des Rechtsmittels gegen die Bestellung eines Pflichtverteidigers oder ihre Ablehnung als sofortige Beschwerde (§ 142 Abs. 7 Satz 1 StPO) wollte der Gesetzgeber verhindern, dass die Beschwerde zu irgendeinem Zeitpunkt im späteren Verfahren eingelegt wird und dann zu einer Verfahrensverzögerung führen kann. Mit diesem gesetzgeberischen Anliegen ist es unvereinbar, wenn der Angeklagte, dessen Antrag auf Bestellung eines zusätzlichen Pflichtverteidigers abgelehnt worden ist, nach Eintritt der Rechtskraft aufgrund eines neuerlichen inhaltsgleichen Antrags eine Neubeurteilung der Sach- und Rechtslage durch das Ausgangsgericht und anschließend durch das Beschwerdegericht erwirken könnte. Vielmehr ist in Bedacht zu nehmen, dass nach allgemeinen Grundsätzen die nachträgliche Änderung oder Aufhebung rechtskräftiger Erkenntnisse nur ausnahmsweise in Betracht kommt. (Bearbeiter)

### **535. BGH 1 StR 423/20 – Beschluss vom 25. Februar 2021 (LG Mannheim)**

BGHR; Kostenentscheidung (Verringerung der Einziehung durch das Revisionsgericht); Einziehung (Einziehungsgegenstand bei Marktmanipulation).

§ 473 Abs. 4 StPO; § 465 Abs. 2 StPO; § 73 StPO; § 38 Abs. 2 Nr. 1 WpHG aF; § 39 Abs. 2 Nr. 11 WpHG aF; § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WpHG aF

1. Zur Kostenentscheidung bei Verringerung der Einziehung durch das Revisionsgericht. (BGH)

2. Im Falle einer informations- und handlungsgestützten Marktmanipulation ist allein die Wertsteigerung der Aktien im Vermögen der Tatbeteiligten infolge der strafbaren Einwirkung abzuschöpfen; der anschließende Aktienverkauf ist insofern nicht tatbestandlich. (Bearbeiter)

### **561. BGH 4 StR 418/20 – Beschluss vom 14. Januar 2021 (LG Hagen)**

Beruhens des Urteils auf einer Verletzung des Gesetzes (fehlerhaft unterbliebene Verbescheidung des Widerspruchs gegen die Einführung von Urkunden im Wege des Selbstleseverfahrens: nach neuer Rechtsprechung regelmäßig kein Beruhen); prozessualer Tatbegriff (allgemeiner Maßstab und Modifizierung bei einer Vielzahl überwiegend gleichförmig verlaufender sexueller Übergriffe gegenüber Kindern); Grundsätze der Strafzumessung (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit).

§ 46 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 249 Abs. 1 StPO; § 249 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 264 Abs. 1 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

1. Die Frage, ob ein Urteil auf einem Verstoß gegen § 249 Abs. 2 Satz 2 StPO beruht, ist allein daran zu bemessen, ob bei einer Einführung der Urkunde durch Verlesung gemäß § 249 Abs. 1 StPO eine abweichende Entscheidung denkbar wäre.

2. Soweit die Revision unter Berufung auf die frühere Rechtsprechung des 5. Strafsenats des Bundesgerichts-

hofs die Ansicht vertritt, ein Beruhen des Urteils auf einer fehlerhaft unterbliebenen Verbescheidung des Widerspruchs gegen die Einführung von Urkunden (DNA-Gutachten) im Wege des Selbstleseverfahrens könne regelmäßig nicht ausgeschlossen werden, hat der 5. Strafsenat diese Rechtsauffassung aufgegeben und ausgesprochen, dass das Urteil auf einem bloßen Verstoß gegen die Bescheidspflicht nach § 249 Abs. 2 Satz 2 StPO regelmäßig nicht beruht.

3. Gegenstand der Urteilsfindung ist gemäß § 264 Abs. 1 StPO die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Verhandlung darstellt. Zur Tat in diesem Sinne gehört das gesamte Verhalten des Angeklagten, soweit es mit dem durch die Anklage bezeichneten geschichtlichen Vorkommnis nach der Auffassung des Lebens einen einheitlichen Vorgang bildet. In diesem Rahmen muss das Tatgericht seine Untersuchung auch auf Teile der Tat erstrecken, die erst in der Hauptverhandlung bekannt werden. Diese Umgestaltung der Strafklage darf jedoch nicht dazu führen, dass das der Anklage zugrundeliegende Geschehen durch ein anderes ersetzt wird. Die Tatidentität ist gewahrt, wenn ungeachtet gewisser Differenzen bestimmte Merkmale die Tat weiterhin als einmaliges unverwechselbares Geschehen kennzeichnen. Für das Tatbild bestimmend sind in der Regel Ort und Zeit des Geschehens, das Tatopfer, das Täterverhalten sowie die ihm innewohnende Angriffsrichtung.

4. Sind Gegenstand der zugelassenen Anklage eine Vielzahl überwiegend gleichförmig verlaufender sexueller Übergriffe gegenüber Kindern, deren Tatzeit häufig nicht exakt bestimmt werden kann, erlangt neben dem Tatort und der ungefähren Tatzeit insbesondere die Art und Weise der Tatbestandsverwirklichung maßgebliche Bedeutung für die Individualisierung der zum Gegenstand der Anklage und später des Eröffnungsbeschlusses gewordenen Taten.

5. Es ist Sache des Tatgerichts, auf der Grundlage des umfassenden Eindrucks, den es in der Hauptverhandlung von Tat und Täter gewonnen hat, die wesentlichen entlastenden und belastenden Umstände festzustellen, sie zu bewerten und gegeneinander abzuwägen. Ein Eingriff des Revisionsgerichts ist nur möglich, wenn die Strafzumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, wenn das Tatgericht bestimmende Strafzumessungsfaktoren außer Betracht lässt oder wenn sich die Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung löst, gerechter Schuldausgleich zu sein.

### **618. BGH StB 47/20 – Beschluss vom 28. April 2021**

Überwachung von beim Provider gespeicherten E-Mails (Telekommunikation; Telekommunikationsdienst; Dienstanbieter; Verkehrsdaten; Over the Top-Dienste; telekommunikationsrechtliche Begriffsbildung); Statthaftigkeit der Beschwerde.

§ 100a StPO; § 304 StPO

1. Bei versandten oder empfangenen E-Mails handelt es sich um Telekommunikation im Sinne von § 100a StPO selbst dann noch, wenn sie nach Kenntnisnahme beim „Provider“ zwischen- oder endgespeichert werden. Derartige Anbieter, welche die Kommunikation mittels über

das Internet weitergeleiteter E-Mails ermöglichen, erbringen Telekommunikationsdienste im Sinne des § 100a Abs. 4 Satz 1 StPO unabhängig davon, ob sie zugleich den Zugang zum Internet oder lediglich sogenannte „Over the top“-Dienste (OTT-Dienste) bereitstellen.

2. Die Strafprozessordnung verweist zur Bestimmung der Begriffe „Telekommunikation“ und „Telekommunikationsdienst“ nicht generell auf das Telekommunikationsgesetz, so dass die telekommunikationsrechtliche Einordnung einzelner Dienste zwar von Belang, aber nicht ohne Weiteres ausschlaggebend ist. Obschon grundsätzlich bei der Auslegung ein Rückgriff auf die fachgesetzlichen Definitionen zulässig ist, ergibt sich daraus nicht zwingend ein vollständiger Gleichlauf. Vielmehr sind die unterschiedlichen Regelungsgegenstände in den Blick zu nehmen, im vorliegenden Zusammenhang mithin strafverfahrensrechtliche Ermittlungsmaßnahmen einerseits sowie die Wettbewerbsregulierung, die Infrastrukturförderung und die Gewährleistung von Dienstleistungen im Bereich der Telekommunikation (s. § 1 TKG) andererseits.

**552. BGH 4 StR 209/20 – Beschluss vom 4. März 2021 (LG Frankenthal)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Fristver säumung (Sinn und Zweck; Anforderungen).  
Art 103 Abs. 1 GG; § 44 StPO

Das Rechtsinstitut der Wiedereinsetzung dient nicht der Heilung von Zulässigkeitsmängeln hinsichtlich fristgemäß erhobener Verfahrensrügen. Eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zur Nachholung oder Ergänzung einer Verfahrensrüge kommt deshalb nur in besonderen Prozesssituationen in Betracht, wenn dies zur Wahrung des Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) unerlässlich erscheint. Das kann der Fall sein, wenn die entsprechende Verfahrensrüge ohne Kenntnis der Akten nicht begründet werden kann und dem Verteidiger des Beschwerdeführers bis zum Ablauf der Revisionsbegründungsfrist trotz mehrfacher Mahnung Akteneinsicht nicht gewährt wurde.

**546. BGH 2 StR 21/21 – Beschluss vom 17. März 2021 (LG Frankfurt am Main)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Anforderungen bei Verurteilung eines Angeklagten aufgrund des Geständnisses eines Mitangeklagten, das Gegenstand einer verfahrensbeendenden Absprache gewesen ist); Mittäterschaft (Geltung der allgemeinen Voraussetzungen der Mittäterschaft auch im Betäubungsmittelrecht; Maßstab).  
§ 25 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

1. Erfolgt die Verurteilung eines Angeklagten aufgrund des Geständnisses eines Mitangeklagten, das Gegenstand einer verfahrensbeendenden Absprache (§ 257c StPO) gewesen ist, gelten gesteigerte Anforderungen an die Darlegungen und die Beweiswürdigung.

2. Diese Anforderungen bestehen auch für den neuen Rechtsgang fort. Denn es macht regelmäßig keinen Unterschied, ob die verfahrensbeendende Absprache mit dem anderen Tatbeteiligten in demselben oder in

einem anderen Verfahren stattgefunden hat. Auch bei einer Zeugenaussage besteht die Möglichkeit, dass der vormalige Mitangeklagte nur deshalb bei seiner Aussage bleibt, um sich nicht in Widerspruch zu den für ihn vorteilhaften Angaben in seinem eigenen Verfahren zu setzen, selbst wenn dieses inzwischen abgeschlossen ist.

3. Eine besonders kritische Beweiswürdigung kann auch dann veranlasst sein, wenn sich der geständige (vormalige) Mitangeklagte einer konfrontativen Befragung durch den Angeklagten entzieht und für diesen daher keine Möglichkeit besteht, von seinem Fragerecht Gebrauch zu machen.

4. Die Voraussetzungen der Mittäterschaft bemessen sich auch im Betäubungsmittelrecht nach den allgemeinen Grundsätzen. Bei der Beteiligung mehrerer Personen, von denen nicht jede sämtliche Tatbestandsmerkmale verwirklicht, ist Mittäter, wer seinen eigenen Tatbeitrag so in die Tat einfügt, dass dieser als Teil der Handlung eines anderen Beteiligten und umgekehrt dessen Handeln als Ergänzung des eigenen Tatanteils erscheint.

5. Mittäterschaft erfordert dabei zwar nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen selbst; ausreichen kann auch ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Beitrag, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränkt. Daher ist es insbesondere nicht erforderlich, dass der Täter der Einfuhr von Betäubungsmitteln diese eigenhändig in das Inland verbringt. Stets muss sich seine Mitwirkung aber nach dessen Willensrichtung als Teil der Tätigkeit aller darstellen und sich nicht in einer bloßen Förderung fremden Tuns erschöpfen. Wesentliche Anhaltspunkte dafür, ob ein Beteiligter ein so enges Verhältnis zur Tat hat, können dabei der Grad des eigenen Interesses am Taterfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille hierzu sein, so dass die Durchführung und der Ausgang der Tat maßgeblich auch vom Willen des jeweiligen Beteiligten abhängen.

6. Alleine die vorherige Kenntnis einer Person von der Tat und der Wille, diese als gemeinsame anzusehen, können eine Mittäterschaft nicht begründen.

**573. BGH 4 StR 533/20 – Beschluss vom 17. Februar 2021 (LG Hagen)**

Entfernung des Angeklagten bei Vernehmung von Mitangeklagten und Zeugen (enge Auslegung des Begriffs der Vernehmung; keine Erstreckung auf Erhebung eines anderweitigen Sachbeweises).  
§ 247 StPO

Nach dem im Regelungszusammenhang des § 247 StPO aufgrund der hohen Bedeutung der Anwesenheit des Angeklagten in der Hauptverhandlung eng auszulegen- den Begriff der Vernehmung ist die Erhebung eines anderweitigen Sachbeweises, selbst wenn sie in engem Zusammenhang mit der Vernehmung steht, nicht Teil der Vernehmung, so dass die Durchführung der Beweis- erhebung in Abwesenheit des Angeklagten durch den Entfernungsbefehl nach § 247 StPO nicht gedeckt wird.

**570. BGH 4 StR 480/20 – Beschluss vom 18. März 2021 (LG Dortmund)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Anforderungen an die tatgerichtlichen Beweiserwägungen zu einem fehlenden Falschbelastungsmotiv; Anforderungen an die Darlegung der Beweiswürdigung in den Urteilsgründen: gebotene Präzision und Knappheit der Ausführungen insbesondere bei der Wiedergabe von Zeugenaussagen).

§ 261 StPO; § 267 StPO

1. Zu den Anforderungen an die tatgerichtlichen Beweiserwägungen zu einem fehlenden Falschbelastungsmotiv.

2. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatgerichts (§ 261 StPO). Ihm allein obliegt es, sich unter dem umfassenden Eindruck der Hauptverhandlung ein Urteil über die Schuld oder Unschuld des Angeklagten zu bilden. Seine Schlussfolgerungen brauchen nicht zwingend zu sein; es genügt, dass sie möglich sind. Die revisionsgerichtliche Prüfung ist darauf beschränkt, ob dem Tatgericht bei der Beweiswürdigung Rechtsfehler unterlaufen sind. Dies ist in sachlich-rechtlicher Hinsicht unter anderem der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist.

3. Das Tatgericht ist verpflichtet, in den Urteilsgründen darzulegen, dass seine Überzeugung auf einer umfassenden, von rational nachvollziehbaren Erwägungen bestimmten Beweiswürdigung beruht. Die wesentlichen Beweiserwägungen sind in den schriftlichen Urteilsgründen so darzulegen, dass die tatgerichtliche Überzeugungsbildung für das Revisionsgericht nachzuvollziehen und auf Rechtsfehler hin zu überprüfen ist. Im Falle der Verurteilung des Angeklagten ist das Tatgericht grundsätzlich verpflichtet, die für den Schuldspruch wesentlichen Beweismittel im Rahmen seiner Beweiswürdigung heranzuziehen und einer erschöpfenden Würdigung zu unterziehen.

4. Die schriftlichen Urteilsgründe dienen jedoch nicht dazu, den Ablauf der Ermittlungen oder den Gang der Hauptverhandlung in allen Einzelheiten zu dokumentieren. Es ist deshalb in der Regel weder erforderlich noch empfehlenswert, in den Urteilsgründen im Einzelnen wiederzugeben, welche Ergebnisse die im Hauptverhandlungsprotokoll verzeichneten Beweiserhebungen erbracht haben.

**568. BGH 4 StR 471/20 – Beschluss vom 2. Februar 2021 (LG Dortmund)**

Urteilsgründe (Wiedergabe der Einlassungen des Beschuldigten in der Hauptverhandlung); selbständige Einziehung (Anwendbarkeit nur im selbstständigen Einziehungsverfahren, nicht im Sicherungsverfahren).

§ 76a Abs. 1 Satz 1 StGB; § 74 Abs. 1 StGB; § 267 StPO; § 413 StPO; § 435 Abs. 1 StPO

1. Es entspricht gefestigter Rechtsprechung, dass in den Urteilsgründen wiederzugeben ist, ob und gegebenenfalls wie sich der Beschuldigte in der Hauptverhandlung zur Sache eingelassen hat. Zwar ergibt sich dies nicht aus § 267 StPO, der den Inhalt der Urteilsgründe bestimmt.

Aus sachlich-rechtlichen Gründen ist aber regelmäßig eine Wiedergabe der Einlassung des Angeklagten erforderlich, damit das Revisionsgericht nachprüfen kann, ob sich das Tatgericht unter Berücksichtigung der erhobenen Beweise eine tragfähige Grundlage für seine Überzeugungsbildung verschafft und das materielle Recht richtig angewendet hat.

2. Die selbständige Einziehung eines Gegenstands gemäß § 76a Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 74 Abs. 1 StGB ist nicht im Sicherungsverfahren nach § 413 StPO, sondern nur im selbstständigen Einziehungsverfahren gemäß § 435 Abs. 1 StPO möglich.

**543. BGH 2 StR 11/21 – Beschluss vom 3. März 2021 (LG Frankfurt am Main)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit; besondere Darlegungsanforderungen in schwierigen Beweislagen: Tatnachweis im Wesentlichen aufgrund des Wiedererkennens des Angeklagten durch einen Tatzeugen).

§ 261 StPO

1. Es ist allein die Aufgabe des Tatrichters, das Ergebnis der Hauptverhandlung festzustellen und zu würdigen. Die revisionsrechtliche Überprüfung ist auf die Frage beschränkt, ob dem Tatrichter dabei Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist in sachlich-rechtlicher Hinsicht etwa dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung lückenhaft ist, namentlich dann, wenn sie nicht sämtliche Umstände, die dazu geeignet waren, die Entscheidung zu beeinflussen, in ihre Überlegungen einbezogen und wesentliche Feststellungen in der vorzunehmenden umfassenden Gesamtwürdigung nicht berücksichtigt hat.

2. Besondere Darlegungsanforderungen bestehen in schwierigen Beweislagen, zu denen auch Konstellationen zählen, in denen der Tatnachweis im Wesentlichen auf einem Wiedererkennen des Angeklagten durch einen Tatzeugen beruht. Konnte ein Zeuge eine ihm vorher unbekannt Person nur kurze Zeit beobachten, darf sich der Tatrichter nicht ohne Weiteres auf die subjektive Gewissheit des Zeugen beim Wiedererkennen verlassen, sondern muss aufgrund objektiver Kriterien nachprüfen, welche Beweisqualität dieses Wiedererkennen hat, und dies in den Urteilsgründen für das Revisionsgericht nachvollziehbar darlegen. Der Tatrichter ist daher aus sachlich-rechtlichen Gründen regelmäßig verpflichtet, die Angaben des Zeugen zur Täterbeschreibung zumindest in gedrängter Form wiederzugeben und diese Täterbeschreibung zum Erscheinungsbild des Angeklagten in der Hauptverhandlung in Beziehung zu setzen. Darüber hinaus sind in den Urteilsgründen auch diejenigen Gesichtspunkte darzulegen, auf denen die Folgerung des Tatrichters beruht, dass insoweit eine tatsächliche Übereinstimmung besteht.

**603. BGH 3 StR 183/20 – Urteil vom 11. März 2021 (LG Verden)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (naheliegende Schlussfolgerungen; Unterstellung von Tatvarianten ohne konkrete Anhaltspunkte; Zweifelssatz); Feststellungen zu Vorstrafen bei freisprechendem Urteil.

§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO

1. Eine Beweiswürdigung ist rechtsfehlerhaft, wenn eine nach den Feststellungen naheliegende Schlussfolgerung nicht gezogen wird, ohne dass konkrete Gründe angeführt sind, die dieses Ergebnis stützen können. Es ist weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zu Gunsten des Angeklagten Tatvarianten zu unterstellen, für deren Vorliegen keine konkreten Anhaltspunkte erbracht sind.

2. Auch bei freisprechenden Urteilen kann es geboten sein, Feststellungen zu Vorstrafen des Angeklagten insoweit zu treffen, als es um einschlägige Delikte geht, da diese geeignet sind, Aufschluss über die Täterpersönlichkeit zu geben und daher in die Beweiswürdigung einzustellen sein könnten. In welchem Umfang Vorstrafen im Strafurteil zu schildern sind, ist allerdings keiner schematischen Betrachtungsweise zugänglich, sondern stets eine Frage des Einzelfalls. Zumindest in solchen Ausnahmefällen, in denen die früher festgestellten Taten oder Entscheidungserwägungen auch für den jetzigen Tatrichter entscheidungserheblich sind, bedarf es einer Schilderung der zugrundeliegenden Sachverhalte.

**608. BGH 3 StR 60/21 – Beschluss vom 23. März 2021 (LG Oldenburg)**

Unterrichtung des Angeklagten nach seiner vorübergehenden Entfernung während einer Zeugenvernehmung (Art und Weise der Unterrichtung; Videoübertragung; Verhandlungsleistung).  
§ 247 StPO

Die Art und Weise der Unterrichtung gem. § 247 S. 4 StPO ist im Rahmen der Verhandlungsleitung (§ 238 Abs. 1 StPO) vom Vorsitzenden zu bestimmen. Sie kann deshalb in der Gestalt erfolgen, dass der Vorsitzende den Angeklagten, sobald dieser wieder anwesend ist, fragt, ob er durch die Videoübertragung den Aussageinhalt habe erfassen und der Vernehmung auch im Übrigen habe folgen können. Teilt der Angeklagte daraufhin mit, dass er das Verhandlungsgeschehen audiovisuell habe wahrnehmen können, und macht er keine technischen Störungen oder Ausfälle bei der Übertragung geltend, ist dem Unterrichtungserfordernis Genüge getan. Ob – ungeachtet des Wortlauts von § 247 Satz 4 StPO – schon die Videoübertragung als solche eine ausreichende Unterrichtung darstellt, bedarf vorliegend keiner Entscheidung.

**627. BGH 2 StR 431/20 – Beschluss vom 4. März 2021 (LG Frankfurt am Main)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (nur ausnahmsweise Überantwortung in das Beschlussverfahren; Zäsurwirkung der frühesten Vorverurteilung); selbständige Einziehung, selbständiges Einziehungsverfahren; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Stützen der Gefährlichkeitsprognose auf frühere Taten; allgemeiner Maßstab; Psychose aus dem Formenkreis der Schizophrenie; konkrete Feststellung eines akuten Schubs der Erkrankung und Auswirkung auf Tatbegehung).  
§ 53 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB; § 63 StGB; § 76a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 StGB; § 435 StPO; § 460 StPO; § 462 StPO

1. Einziehungsentscheidungen kommen bei schuldunfähigen Tätern allein im selbständigen Einziehungsverfahren gemäß § 435 StPO in Betracht, wenn die Voraussetzungen des § 76a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 StGB vorliegen.

2. Wenn das Tatgericht seine Gefährlichkeitsprognose auch auf frühere Taten stützt, müssen die im Urteil hierzu getroffenen Feststellungen belegen, dass auch diese Taten auf der Erkrankung des Täters beruhen.

3. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB darf nur angeordnet werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der Unterzubringende bei der Begehung der Anlasstat aufgrund eines psychischen Defekts schuldunfähig oder vermindert schuldfähig war und die Tatbegehung auf diesem Zustand beruht. Der Defektzustand muss, um eine Gefährlichkeitsprognose tragen zu können, von längerer Dauer sein. Daneben ist eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades erforderlich, der Täter werde infolge seines fortdauernden Zustands in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten begehen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird (§ 63 Satz 1 StGB). Der Tatrichter hat die der Unterbringungsanordnung zugrundeliegenden Umstände in den Urteilsgründen so umfassend darzustellen, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird, die Entscheidung nachzuvollziehen.

4. Für die Entscheidung, ob die Schuldfähigkeit des Beschuldigten zur Tatzeit aus einem der in § 20 StGB bezeichneten Gründe ausgeschlossen oder im Sinne von § 21 StGB erheblich vermindert war, ist zunächst die Feststellung erforderlich, dass bei dem Beschuldigten eine psychische Störung vorliegt, die ein solches Ausmaß erreicht hat, dass sie unter eines der psychopathologischen Eingangsmerkmale des § 20 StGB zu subsumieren ist. Sodann ist der Ausprägungsgrad der Störung und deren Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit des Täters zu untersuchen. Dies gilt auch in den Fällen einer Psychose aus dem Formenkreis der Schizophrenie; die Diagnose einer solchen Erkrankung führt für sich genommen noch nicht zur Feststellung einer generellen oder längere Zeiträume überdauernden gesicherten erheblichen Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit.

5. Erforderlich ist die Feststellung eines akuten Schubs der Erkrankung sowie die konkretisierende Darlegung, in welcher Weise sich die festgestellte psychotische Störung bei der Begehung der Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Beschuldigten in der konkreten Situation und damit auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat. Beurteilungsgrundlage ist das konkrete Tatgeschehen, wobei neben der Art und Weise der Tatausführung auch die Vorgeschichte, der Anlass zur Tat, die Motivlage des Beschuldigten und sein Verhalten nach der Tat von Bedeutung sein können.

**550. BGH 2 ARs 137/21 (2 AR 97/21) – Beschluss vom 29. April 2021**

Verfahrensverbindung (Voraussetzungen).  
§ 4 Abs. 1 StPO; § 13 Abs. 2 StPO

1. Eine Verfahrensverbindung nach § 4 Abs. 1 StPO setzt voraus, dass zwischen den Strafsachen ein – sachlicher oder persönlicher – Zusammenhang im Sinne von § 3 StPO besteht, die Sachen bei Gerichten unterschiedlicher Rangordnung anhängig gemacht worden sind (bei Gerichten gleicher Ordnung gilt § 13 Abs. 2 StPO) und das Gericht höherer Ordnung das Hauptverfahren eröffnet hat.

2. Demgegenüber ist nicht erforderlich, dass auch das Gericht niedrigerer Ordnung in der bei ihm anhängigen Sache das Hauptverfahren eröffnet hat, sofern die Staatsanwaltschaft, die ihre Anklage jederzeit wieder zurücknehmen könnte und deshalb ihre Dispositionsbefugnis über das Verfahren noch nicht endgültig verloren hat, die Abgabe selbst beantragt oder ihr zustimmt.

### **576. BGH 6 StR 102/21 – Beschluss vom 21. April 2021 (LG Rostock)**

Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens und die Zulassung der Anklage in bereits laufender Hauptverhandlung (Besetzung).

§ 199 Abs. 1 StPO; § 76 Abs. 1 Satz 2 GVG; § 33b Abs. 1, Abs. 7 GVG; § 33a Abs. 2 JGG; § 206a Abs. 1 StPO

Die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens und die Zulassung der Anklage ist, auch wenn sie in bereits laufender Hauptverhandlung vorgenommen wird, von der Großen Straf- oder Jugendkammer stets in der Besetzung außerhalb der Hauptverhandlung, mithin mit drei Berufsrichtern unter Ausschluss der Schöffen zu treffen. Ergibt die Entscheidung nicht in der gesetzlich vorgeschriebenen Besetzung, ist sie unwirksam (st. Rspr.), was ein im selben Verfahren nicht mehr behebbares Verfahrenshindernis zu Folge hat und deshalb zur Einstellung des Verfahrens nach § 206a Abs. 1 StPO führt, soweit es von diesem Mangel betroffen ist.

### **547. BGH 2 StR 302/19 – Beschluss vom 30. März 2021 (LG Frankfurt am Main)**

Anhörungsrüge (Zurücksetzung des Verfahrens nach erfolgreicher Anhörungsrüge hinsichtlich abtrennbarer Teile einer Senatsentscheidung).

§ 356a StPO

Ist eine Anhörungsrüge begründet, ist das Verfahren in die Lage vor dem Erlass der angefochtenen Entscheidung zurückzusetzen, soweit diese von dem Gehörsverstoß betroffen ist.

### **563. BGH 4 StR 447/20 – Beschluss vom 18. Februar 2021 (LG Arnsberg)**

Revision (Zurücknahme und Verzicht: Entscheidung des Revisionsgerichts bei Streit über die Wirksamkeit einer Rechtsmittelrücknahme; Rücknahme durch den Angeklagten; Formerfordernisse).

§ 302 StPO

1. Wird die Wirksamkeit einer Rechtsmittelrücknahme von einem Verfahrensbeteiligten in Zweifel gezogen, ist es nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs Sache des Revisionsgerichts, hierüber eine feststellende Entscheidung zu treffen. Dies gilt auch in Fällen, in denen der Streit über die Wirksamkeit der Rücknahme-

erklärung nach einer feststellenden Entscheidung des iudex a quo fortbesteht.

2. Auch eine vom Verteidiger eingelegte Revision kann vom Angeklagten zurückgenommen werden.

3. Für die Rücknahme eines Rechtsmittels gelten dieselben Formerfordernisse wie für dessen Einlegung.

### **629. BGH 2 ARs 172/20 2 AR 116/20 – Beschluss vom 29. April 2021**

Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer (Organisationshaft im Jugendvollzug).

§ 462a StPO; § 85 Abs. 2, Abs. 4 JGG; § 110 JGG

Die Organisationshaft ist eine Form der Strafhaft, die im Erwachsenenvollzug die Zuständigkeit der örtlichen Strafvollstreckungskammern begründet. Sie tritt mit Rechtskraft der Verurteilung ein und dauert bis zur Verlegung des Verurteilten in den Maßregelvollzug an. Es handelt sich dabei nicht um eine kurzfristige vorübergehende Aufnahme, die noch keine zuständigkeitsbegründende Wirkung entfaltet. Nichts Anderes kann im Jugendvollzug gelten.

### **572. BGH 4 StR 509/20 – Beschluss vom 2. Februar 2021 (LG Bochum)**

Urteil (Berichtigung der Urteilsformel nach Abschluss der mündlichen Urteilsverkündung: Beschränkung auf offensichtliche Verkündungsversehen).

§ 260 StPO

Eine Berichtigung der Urteilsformel nach Abschluss der mündlichen Urteilsverkündung kommt nur bei einem offensichtlichen Verkündungsversehen in Betracht. Die Annahme eines der Berichtigung zugänglichen offensichtlichen Verkündungsversehens setzt voraus, dass sich der Fehler ohne Weiteres aus solchen Tatsachen ergibt, die für alle Verfahrensbeteiligte – auch ohne Berichtigung – klar zutage liegen, und damit der auch nur entfernte Verdacht einer späteren inhaltlichen Änderung des verkündeten Urteils ausgeschlossen ist.

### **636. BGH 4 StR 500/20 – Beschluss vom 28. April 2021**

Kosten und notwendige Auslagen bei Freispruch, Nichteröffnung und Einstellung (Kostenentscheidung im Fall des Todes des Angeklagten; Unbeachtlichkeit der Erfolgsaussichten der Revision hinsichtlich des Rechtsfolgenausspruchs).

§ 467 Abs. 1 StPO; § 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO

1. Die Kostenentscheidung richtet sich im Fall des Todes des Angeklagten nach den Grundsätzen, die bei Einstellung des Verfahrens wegen eines Verfahrenshindernisses allgemein anzuwenden sind. Deshalb fallen die Kosten des Verfahrens gemäß § 467 Abs. 1 StPO der Staatskasse zur Last.

2. Ob neben dem Schuldspruch auch der Rechtsfolgenausspruch Bestand gehabt hätte, ist für die Kostenentscheidung ohne Bedeutung. Zwar hängt die Frage, ob der Staatskasse auch die Aufwendungen des Angeklagten auferlegt werden, von den Erfolgsaussichten der von ihm

eingelegeten Revision ab. Maßgeblich ist insoweit allerdings nicht die Strafzumessung, sondern lediglich, ob der ergangene Schuldspruch Bestand gehabt hätte. Denn bereits dann wäre es unbillig, der Staatskasse die notwendigen Aufwendungen des Angeklagten aufzuerlegen

(vgl. § 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO). Hierfür würde es sogar genügen, wenn das Verfahren überhaupt nur bis zur Schuldspruchreife geführt worden wäre.

## Rechtsprechung

## V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**611. BGH 3 StR 474/19 – Urteil vom 30. März 2021 (LG Stuttgart)**

BGHSt; Ausfuhr von Kriegswaffen ohne Genehmigung (durch falsche amtliche Endverbleibserklärungen erschlichene Genehmigung; Auslegung der Genehmigung; Verwaltungsakzessorietät; präventiven Verbot mit Erlaubnisvorbehalt; repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt; Tatbestandsausschluss; Rechtswidrigkeit); Einziehung von Taterträgen (erlangtes Etwas; Abzugsverbot; Drittbegünstigter; Handeln für einen anderen; Gutgläubigkeit; juristische Person; Organwalter; Entreichering; Härtefall; Bruttoprinzip; Unmittelbarkeit des Dritterwerbs).

§ 22a Abs. 1 KrWaffKG; § 73b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB; § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Erteilte Genehmigungen nach dem Kriegswaffenkontrollgesetz sind nicht deshalb strafrechtlich unbeachtlich, weil sie durch die Vorlage falscher amtlicher Endverbleibserklärungen erschlichen wurden. (BGHSt)

2. Der Einziehung von Taterträgen bei einer juristischen Person gemäß § 73b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB nF steht nicht entgegen, dass deren Organwalter bei Erlangung des Vorteils gutgläubig waren. (BGHSt)

3. Das bei der Bestimmung des Wertes des Erlangten zu beachtende Abzugsverbot (§ 73d Abs. 1 Satz 2 StGB nF) gilt auch für einen gutgläubigen Drittbegünstigten. (BGHSt)

4. Der Anwendungsbereich des Abzugsverbots nach § 73d Abs. 1 Satz 2 StGB umfasst die Aufwendungen eines Drittbegünstigten, so dass das Abzugsverbot nicht etwa von vornherein auf Aufwendungen des Täters oder Teilnehmers beschränkt ist. (Bearbeiter)

5. Im Zuge der Neuregelung des Rechts der Einziehung von Taterträgen hat der Gesetzgeber die Härtevorschrift des § 73c StGB a.F. bewusst gestrichen. Während er dem Sonderfall der Entreichering beim gutgläubigen Drittbegünstigten nach § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB a.F. durch die Schaffung des § 73e Abs. 2 StGB Rechnung getragen hat, können die Härten, die von § 73c Abs. 1 Satz 1 StGB a.F. erfasst wurden, nach der Gesetzesänderung im Hauptverfahren keine Berücksichtigung mehr finden. Damit wollte der Gesetzgeber ersichtlich auch den gutgläubigen bereicherten Dritten auf die Vollstreckungsvorschrift des § 459g Abs. 5 Satz 1 StPO verweisen, sollte das Brut-

toprinzip im Einzelfall zu unverhältnismäßigen Härten führen. (Bearbeiter)

6. Im alten Recht der Einziehung von Taterträgen war eine ausdrückliche Erörterung der Härtefallklausel (§ 73c Abs. 1 Satz 2 StGB a.F.) im Urteil nur erforderlich, wenn naheliegende Anhaltspunkte für das Vorliegen ihrer Voraussetzungen gegeben waren. Für § 73e Abs. 2 StGB, der für den Drittbegünstigten an die Stelle des § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB a.F. getreten ist, gilt insoweit nichts anderes. (Bearbeiter)

7. Mit dem Tatbestandsmerkmal „für“ in § 73d Abs. 1 Satz 2 StGB wollte der Gesetzgeber in Anlehnung an § 817 Satz 2 BGB sicherstellen, dass (nur) das, was in ein verbotenes Geschäft investiert wurde, unwiederbringlich verloren sein soll. Daraus folgt, dass die Handlung oder das Geschäft, das unmittelbar zur Vermögensmehrung führt, selbst verboten sein muss. Gleichzeitig enthält das Tatbestandsmerkmal nach dem Willen des Gesetzgebers eine subjektive Komponente, weshalb nur solche Aufwendungen dem Abzugsverbot unterliegen, die willentlich und bewusst für das verbotene Geschäft eingesetzt wurden. (Bearbeiter)

8. Ein Handeln für einen anderen i.S.d. 73b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB setzt eine Organstellung der handelnden natürlichen Personen nicht voraus. Ist der „andere“ eine Organisation, genügt es vielmehr, dass der Täter dieser angehört und in ihrem Interesse tätig wird. Damit sind auch Angestellte eines Betriebes erfasst, soweit sie sich faktisch im Interesse der drittbegünstigten juristischen Person betätigen. (Bearbeiter)

9. Durch die Tat im Sinne des § 73b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB ist der Vorteil etwa dann erlangt, wenn sie darauf zielte, dem Geschäftsherrn als Drittbegünstigtem einen Vermögensvorteil zu verschaffen. Auf die Unmittelbarkeit des Dritterwerbs kommt es nicht an. Vielmehr ergibt sich der Bereicherungszusammenhang aus dem betrieblichen Zurechnungsverhältnis. (Bearbeiter)

**591. BGH 6 StR 137/21 – Beschluss vom 4. Mai 2021 (LG Stade)**

Subventionsbetrug bei sogenannten Corona-Soforthilfen (Subvention; Subventionserheblichkeit: präzise Verweisung, anzukreuzende Wissenserkklärung, Klarheit über maßgebende Tatsachen und Angaben).

§ 264 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 8 Satz 1, Abs. 9 Nr. 1 StGB

## Aufsätze und Anmerkungen

1. Bei den sogenannten Corona-Soforthilfen kann es sich um Subventionen gemäß § 264 Abs. 8 Satz 1 StGB handeln, die als sogenannte verlorene Zuschüsse ohne eine marktmäßige Gegenleistung von den Ländern aus öffentlichen Mitteln nach Bundes- oder Landesrecht Betrieben und Unternehmen gewährt werden und jedenfalls auch der Förderung der Wirtschaft dienen.

2. Sinn und Zweck des Merkmals der Subventionserheblichkeit (§ 264 Abs. 9 StGB) ist es, angesichts der zahlreichen Normativbegriffe des Subventionsrechts sicherzustellen, dass sowohl die Vergabevoraussetzungen für den Subventionsempfänger als auch etwaige Täuschungshandlungen für den Subventionsgeber und die Strafverfolgungsorgane möglichst klar erkennbar sind.

3. Pauschale oder lediglich formelhafte Bezeichnungen für die Subventionserheblichkeit durch den Subventionsgeber reichen nicht aus; vielmehr muss die Subventionserheblichkeit klar und unmissverständlich auf den konkreten Fall bezogen dargelegt werden.

4. Die Bezeichnung der subventionserheblichen Tatsachen erfordert keine wörtliche Wiederholung, sondern kann sich auch aus einer präzisen Verweisung ergeben. Werden nur einige und zudem fast ausschließlich erhebliche Tatsachen abgefragt, wird die umfangreiche Verweisung nicht zu einem grundsätzlich unzulässigen pauschalen oder lediglich formelhaften Hinweis, vor allem wenn sie sich nur auf im Antragsformular selbst enthaltene Angaben bezieht.

5. Einer wirksamen Bezeichnung der subventionserheblichen Tatsachen durch den Subventionsgeber steht auch nicht entgegen, wenn diese ausschließlich in einer vom Subventionsempfänger anzukreuzenden Wissenserklärung aufgeführt werden. Dies führt nicht dazu, dass der Subventionsnehmer selbst über die Subventionserheblichkeit der Tatsache entscheidet. Vielmehr handelt es sich um eine nach Sinn und Zweck zulässige Gestaltungsmöglichkeit, welche die Kenntnisnahme des Subventionsnehmers nachweist.

6. Auch der Hinweis, dass „alle in diesem Antrag (inklusive dieser Erklärung) anzugebenden Tatsachen subventionserheblich im Sinne von § 264 StGB sind“, kann den Anforderungen des § 264 Abs. 9 Nr. 1 Variante 2 StGB genügen, wenn es nicht dem Antragsteller bzw. Subventionsnehmer überlassen wird, sich Klarheit über die maßgebenden Tatsachen und Angaben zu verschaffen.

### **533. BGH 1 StR 242/20 – Beschluss vom 25. März 2021 (LG Verden)**

Steuerhinterziehung (keine strafbare Hinterziehung von Kirchensteuer); Einziehung (keine gleichzeitige Einziehung von erlangten Bestechungsgeldern und darauf anfallender hinterzogener Steuer).

§ 370 Abs. 1 AO; § 1 Abs. 1 AO; § 73 StGB; § 299 Abs. 1 StGB

1. Die durch Einreichung einer unvollständigen Einkommensteuererklärung neben der Verkürzung von Einkommensteuer und Solidaritätszuschlag zugleich bewirkte Verkürzung von Kirchensteuer stellt keine Steuerhinterziehung dar.

2. Ob mit Blick auf die verkürzte Kirchensteuer eine Strafbarkeit wegen Tateinheitlich verwirklichten Betruges (§ 263 StGB) vorliegt, ist bisher nicht entschieden.

### **529. BGH 1 StR 60/21 – Beschluss vom 6. April 2021 (LG Darmstadt)**

Steuerhinterziehung (Hinterziehung von Festsetzungssteuern durch Unterlassen: erforderliche Feststellungen zum Abschluss der Veranlagungsarbeiten beim zuständigen Finanzamt im Großen und Ganzen).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

Bei Veranlagungssteuern wie der Körperschaft- und Gewerbesteuer ist die Steuerhinterziehung durch aktives Tun (§ 370 Abs. 1 Nr. 1 AO) vollendet, wenn aufgrund unrichtiger oder unvollständiger Angaben zu niedrige Festsetzungen vorgenommen werden. Im Fall der Steuerhinterziehung durch Unterlassen (§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO) ist die Tat in dem Zeitpunkt vollendet, in dem ein Schätzungsbescheid mit zu niedrigen Festsetzungen bekannt gegeben wird oder wenn zuvor die Veranlagungsarbeiten für die betreffende Steuerart und den betreffenden Zeitraum im Wesentlichen abgeschlossen werden.

### **581. BGH 6 StR 67/21 – Beschluss vom 21. April 2021 (LG Magdeburg)**

Insolvenzverschleppung durch faktischen Geschäftsführer (keine Abweichung von bisheriger Rechtsprechung).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 154 Abs. 4 InsO

Der Senat sieht keine Veranlassung, von der bisherigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zur Anwendbarkeit der Insolvenzverschleppung auf den sog. faktischen Geschäftsführer abzuweichen.

### **604. BGH 3 StR 19/21 – Beschluss vom 23. März 2021 (LG Aurich)**

Abgabe von Betäubungsmitteln (Abgrenzung zum Überlassen zum unmittelbaren Verbrauch).

§ 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG

Eine Abgabe von Betäubungsmitteln im Sinne des § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG ist jede Gewahrsamsübertragung an eine andere Person zur freien Verfügung. An einer solchen fehlt es, wenn das Betäubungsmittel zum sofortigen Gebrauch an Ort und Stelle hingegeben wird; in dieser Konstellation liegt vielmehr die Tatbestandsvariante des Überlassens zum unmittelbaren Verbrauch gem. § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG vor.

# Transnationaler Strafklageverbrauch durch nationale Staatsanwaltschaften

## Anmerkung zu EuGH HRRS 2021 Nr. 610

Von Univ. Professor Dr. Otto Lagodny, Salzburg

Vorab sei betont, dass es sich um die Entscheidung einer „Großen Kammer“ mit 15 Richtern handelt und nicht um die einer „Kammer“ mit drei oder fünf Richtern. Damit waren nach Art. 16 der Satzung des EuGH und Art. 15 Abs. 2 der EuGH-Verfahrensordnung nicht nur der EuGH-Präsident als Vorsitzender und die Vizepräsidentin beteiligt, sondern hier konkret sieben (!) Kammerpräsidentinnen und -präsidenten (statt nur drei als satzungsgemäßer Mindestzahl). Schon daraus kann man bereits die allgemeine, grundlegende und nachhaltige Bedeutung dieser Entscheidung erkennen.

Der EuGH-Entscheidung lag ein Verfahren zur Vorabentscheidung zugrunde, in dem es um folgende Problematik ging: Der in Deutschland ansässige Kläger des dortigen deutschen Ausgangsverfahrens vor dem Verwaltungsgericht wollte erreichen, dass er aus einer „Red-Notice“-Fahndung von Interpol gestrichen wird. Hintergrund war das hohe Alter des Klägers, der in seinen EU-Heimatsstaat reisen können wollte. Die Ausschreibung ist von den USA als Drittstaat veranlasst worden, um nach der Festnahme ein Auslieferungersuchen stellen zu können. Art. 54 SDÜ/50 Abs. 2 EU-GrCh stehe einer solchen Fahndung und Festnahme in der Europäischen Union entgegen, weil gegen den Kläger des Ausgangsverfahrens wegen „derselben Taten“, die dieser Fahndung zugrunde gelegen waren, bereits in Deutschland ein Strafverfahren geführt worden sei. Dieses sei nach § 153a StPO eingestellt worden.

Der EuGH antwortete in RN 122 auf die 1. Vorlagefrage in meinen eigenen Worten: Eine Ausschreibung zur Fahndung tangiert als solche nicht Art. 54 SDÜ/50 Abs. 2 EU-GrCh. Das ist aber nur der „Standard-Fall“. Im „Ausnahme-Fall“ greifen Art. 54 SDÜ/50 Abs. 2 EU-GrCh jedoch bereits bei der Ausschreibung oder Festnahme und erst recht hinsichtlich der Auslieferung an einen Drittstaat. Dies alles ist dann unzulässig. Auf diesen Ausnahme-Fall kommt es deshalb nachfolgend an.

Für die deutsche Praxis ist zentral von Bedeutung, warum und unter welchen Voraussetzungen jedenfalls die *Auslieferung* aus einem anderen EU-Staat an einen Drittstaat gegen EU-Verfassungsrecht verstößt. Die Frage nach diesem Ausnahme-Fall war im Urteil dann die ar-

gumentative Voraussetzung für die Schlussfolgerungen zur Fahndungsausschreibung.

Für die deutsche Praxis steht mithin die vom EuGH im Urteil herausgearbeitete Ausnahme im Vordergrund. Dieser Ausnahmefall liegt nach dem Urteil vor, wenn es eine „rechtskräftige Entscheidung“ in einem ersten EU-Staat gibt. Für den EuGH liegt eine solche Ausnahme jedenfalls dann vor, wenn ein *Gericht* diese Entscheidung getroffen hat. Für die Praxis sehr bedeutsam ist jedoch die Frage, unter welchen Voraussetzungen die Entscheidung einer *Staatsanwaltschaft* eine „rechtskräftige Entscheidung“ darstellt.

Hierzu haben der EuGH und auch der Generalanwalt in seinen Schlussanträgen Ausführungen gemacht. Letztere sind für das Verständnis des EuGH-Urteils zentral von Bedeutung. Dies zeigt sich daran, dass die Schlussanträge im offiziellen Amtsblatt bzw. auf der Homepage des Gerichtshofs (curia.eu) veröffentlicht werden. Man vergleicht die Funktion der Generalanwälte wohl zum Teil mit einer Entscheidung erster Instanz, vor allem, weil die Generalanwälte nach der Satzung des Gerichtshofs den EuGH-Richtern völlig gleichgestellt sind. Doch sei dies hier dahingestellt. Die Schlussanträge sind in der Praxis jedenfalls essenziell für das Verständnis jeder EuGH-Entscheidung und keinesfalls nur die bloß unmaßgebliche Meinung eines gleichsam „beliebigen“ Verfahrensbeteiligten.

In aller Deutlichkeit gilt: Ignoriert man die Schlussanträge bei der Analyse eines EuGH-Urteils, so liegt ein glatter Verstoß gegen die juristische „lex artis“ vor.

Die Ausführungen des Generalanwalts hat sich der Gerichtshof zwar nicht ausdrücklich zu eigen gemacht; er ist den Ausführungen des Generalanwalts aber in der Sache weitgehend und sogar in den Schlussanträgen gefolgt.

Zu beachten ist: Der EuGH formuliert in seinen Entscheidungen abstrakt-generelle Rechtssätze, weil er nur abstrakt und generell das EU-Recht verbindlich auslegt. Deshalb muss man aus dem Urteil und den Schlussanträgen subsumtionsfähige abstrakt-generelle Rechtssätze gewinnen, die für die oben angesprochene Rechtsfrage

relevant ist. Diese Rechtsfrage lautet hier: Unter welchen Voraussetzungen führt bereits die Entscheidung einer Staatsanwaltschaft in einem „Erststaat“ zu einem Strafklageverbrauch nach Art. 54 SDÜ bzw. 50 Abs. 2 EU-GRCh?

Dazu formuliere ich vier subsumtionsfähige Rechtssätze. Das ist nicht meine „Erfindung“ oder „Meinung“, sondern nur eine Handreichung für die deutsche Praxis. Diese muss die EuGH-Entscheidung zwingend umsetzen, soll die Bundesrepublik nicht vertragsbrüchig werden.

Für diese Rechtsfrage gelten die Grundsätze der bisherigen Rechtsprechung des EuGH in den Fällen *Miraglia*, *Turansky* und *Schotthöfer* (siehe RN 47 ff. und 72 der Schlussanträge), die Ausführungen des EuGH im neuen Urteil sowie jeweils alle Schlussanträge. Dies alles kann man folgendermaßen in vier abstrakt-generelle Kernrechtssätze zusammenfassen, damit die Entscheidung einer Staatsanwaltschaft allein ausreicht:

**(1) Der Betroffene hat ohne Mitwirkung eines Gerichts bestimmte Auflagen erfüllt und insbesondere einen von der Staatsanwaltschaft festgesetzten Geldbetrag entrichtet** (Schlussanträge, RN 45; EuGH RN 73).

Für die Einstellung nach § 153a StPO ist dies klar, weil die EuGH-Rechtsprechung auf die Entscheidung in den verbundenen Rechtssachen *Gözütök* und *Brügge* und das Urteil vom 11. 2. 2003 (C-187/01 und C-385/01) zurückgeht. Dort ging es zentral um § 153 a StPO.

**(2) Die Einstellung durch die Staatsanwaltschaft erfolgt auf der Grundlage eingehender Ermittlungen und einer Prüfung in der Sache.**

Das Erfordernis einer Prüfung in der Sache hebt der Gerichtshof selbst in seinem Urteil hervor: Die Entscheidung der Staatsanwaltschaft müsse „auf einer Prüfung in der Sache“ beruhen (RN 73 des Urteils). Das hat auch der Generalanwalt in RN 47 ausgeführt: Im Urteil *Miraglia* (C-469/03) habe der EuGH Art. 54 SDÜ deshalb abgelehnt, weil bei der Erstentscheidung durch die Staatsanwaltschaft keine Prüfung in der Sache erfolgt sei. Die Staatsanwaltschaft habe nur deshalb beschlossen, die Strafverfolgung nicht fortzusetzen, weil in einem anderen EU-Staat Strafverfolgungsmaßnahmen gegen den Beschuldigten wegen derselben Tat eingeleitet worden sein.

Dieser Rechtssatz folgt dann auch aus den Ausführungen des Gerichts in RN 81. Dort wird auf die Entscheidung im Fall *Kossowski* (C-486/14, RN 52) Bezug genommen, auf die auch der Generalanwalt in RN 48 seiner Schlussanträge rekurriert. Der Gerichtshof führt in RN 81 aus, es komme darauf an, dass der zweite Vertragsstaat in der Lage sei, sich zu vergewissern, dass es um eine Entscheidung gehe, „die eine Prüfung in der Sache“ enthalte. Es müssten nach den Erwägungen in RN 52f. des Falles *Kossowski* „eingehende Ermittlungen durchgeführt“ worden sein (RN 48 der Schlussanträge).

Gerade die Überlegungen im Fall *Miraglia* zeigen: Eine formale Entscheidung, die man umgangssprachlich cha-

rakterisieren könnte als Ausprägung des „Prinzips der heißen Kartoffel“, reicht nicht aus. Damit ist die Weiterleitung des Falles an einen anderen Staat gemeint, ohne dass die Staatsanwaltschaft den Fall substantiell prüft.

Diese Voraussetzung hat natürlich ihre Tücken wegen ihrer Zweischneidigkeit: Wann entscheidet eine nationale Staatsanwaltschaft ohne substantielle Prüfung?

**(3) Der Umfang der im Erststaat verfolgten Tat muss sich für den Zweitstaat als „verbindlich definiert“ (RN 49 und 83 der Schlussanträge) und damit hinreichend „konkret“ (RN 97 der Schlussanträge) ergeben.**

Dies ergibt sich aus den zitierten Stellen. Ergänzend sei auf RN 49 der Schlussanträge verwiesen. Dort wird in der Sache gefordert, dass es darauf ankommt, ob im Erststaat der „Raum“, also der Umfang des *idem*, nicht offenbleiben dürfe.

Dazu führen die Schlussanträge in RN 49 aus (Hervorhebung von mir, O. L.):

*„Zusammenfassend gibt es einerseits rechtskräftige Entscheidungen wegen einer Straftat (über die Erfüllung oder Nichterfüllung ihrer Tatbestandsmerkmale oder sonstige besondere Formen von Entscheidungen, die eine solche Aussage nicht enthalten, jedoch zu einer wirksamen Beendigung der Rechtssache führen), die nach nationalem Recht jede spätere Strafverfolgung wegen derselben Tat im selben Mitgliedstaat und somit auch in anderen Mitgliedstaaten ausschließen. Andererseits gibt es andere Formen der Einstellung oder Nichteröffnung von Strafverfahren, die typischerweise von den Polizeibehörden auf nationaler Ebene vorgenommen werden und die nicht zu diesen Folgen führen. Diese Abgrenzung ist recht einleuchtend, lässt sich aber angesichts der verschiedenen Regelungen und Verfahren in den Mitgliedstaaten schwer abschließend fassen. Der Grundsatz ne bis in idem kann nur dann wirksam greifen, wenn es eine rechtskräftige Erklärung eines Mitgliedstaats gibt, die den Umfang des idem verbindlich definiert, das ab diesem Zeitpunkt das ne bis ausschließen kann. Wenn, bildlich gesprochen, dieser Raum offenbleibt, sind die anderen Mitgliedstaaten durch nichts daran gehindert, selbst zu ermitteln und die Strafverfolgung durchzuführen.“*

Vor diesem Hintergrund ist es auch zu sehen, dass die Schlussanträge von einer rechtskräftigen „Erklärung“ eines Mitgliedsstaates sprechen (zB RN 49 der Schlussanträge). Damit ist nicht etwa eine völkerrechtlich verbindliche Erklärung im technischen Sinne gemeint, sondern die funktionelle Erklärung durch die Entscheidung einer Justizbehörde des Erststaats, also auch einer Staatsanwaltschaft, sofern deren Entscheidung maßgeblich ist.

**(4) Art. 54 SDÜ bzw. Art. 50 EU-GRCh ist auch auf die Auslieferung aus einem EU-Staat in einen Drittstaat anzuwenden, weil auch in dieser Auslieferung ein Akt der Strafverfolgung zu sehen ist.**

Der EuGH und die Schlussanträge gehen davon aus, dass schon die Auslieferung ein Akt der Strafverfolgung in dem einen (ersuchten) Staat ist, nicht erst die Fortset-

zung der Strafverfolgung im ersuchenden Staat *nach* erfolgter Auslieferung. Das ist eine völlig andere Sichtweise als die herkömmlich in Deutschland vertretene. Danach ist die Auslieferung „nur“ ein Akt der „Rechtshilfe“, nicht der „Rechtspflege“. Dahinter verbergen sich heute überholte Konzeptionen, die nur in Deutschland und nur im Hinblick auf die bundesstaatlichen Kompetenzverteilung nach Art. 30, 70 und 83 GG entwickelt worden sind (siehe dazu: Hackner, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 6. Aufl. 2020, § 74 IRG RN 8-10). Schon für die Grundrechtsgeltung geben sie aber wegen Art. 1 Abs. 3 GG nichts her. Vor allem werden sie nicht EU-weit vertreten. Und schon gar nicht für EU-Primärrecht, um das allein es hier geht.

Man darf deshalb Art. 54 SDÜ bzw. Art. 50 Abs. 2 EU-GrCh nach RN 99 der Schlussanträge „nicht eng auslegen“ und nicht auf die Hauptverhandlung und den „Gerichtssaal“ beschränken. Er greife vielmehr schon bei Akten der Strafverfolgung, die ganz zu Beginn des Ermittlungsverfahren liegen. Dies wurde in RN 99 der Schlussanträge in aller Deutlichkeit ausgeführt. Dort heißt es:

*„Der Grundsatz ne bis in idem wird vom Unionsgesetzgeber nicht lediglich als Verbot dahin verstanden, dass ein Bürger nicht zweimal in einem Gerichtssaal stehen darf. Er geht darüber eindeutig hinaus. Nach diesem Grundsatz müssen zumindest Maßnahmen verboten sein, die unabhängig von ihrer Bezeichnung nach nationalem Recht die Freiheiten einer Person erheblich einschränken (wie eine Verhaftung oder vorübergehende Festnahme) und deren Ergehen in einem logischen, funktionellen und zeitlichen Zusammenhang mit dem Strafverfahren steht, auch wenn dieses in einem Drittstaat stattfindet“* (RN 99 der Schlussanträge).

Auf die Problematik des Verhältnisses eines bilateralen Vertrages zwischen der EU und einem Drittstaat (z. B. USA wie im Vorlageverfahren) gehen die Schlussanträge ein und führen in RN 74-84 aus, dass dies nur insoweit zulässig sei, als die Mitgliedstaaten keine Verpflichtung eingehen, „die mit den sich aus dem Unionsrecht ergebenden Verpflichtungen nicht im Einklang steht“ (RN 80 der Schlussanträge). Das bedeutet: Jeder EU-Staat (und die EU selbst) muss sich fragen, ob er gegenüber dem Drittstaat eine Verpflichtung eingegangen ist, die sogar dem „EU-Verfassungsrecht“, dem Primärrecht, widerspricht. Hier ist es für die europarechtliche Sicht entscheidend, dass Art. 50 EU-GrCh zum EU-„Verfassungsrecht“ gehört. Das Urteil selbst stellt in RN 98 f. sogar noch auf die rein internen Interpol-Vorschriften für die Verarbeitung von Daten (RPD) ab, wonach eine Red-Notice-Fahndung und eine Festnahme nur zulässig seien, wenn solche Maßnahmen „nach [ihren] Rechtsvorschriften und den geltenden internationalen Verträgen zulässig“ sind.

Weder die Union noch die Mitgliedstaaten könnten einen Verstoß gegen die EU-Grundrechte „mit einer ihnen obliegenden Verpflichtung zur Einhaltung eines oder mehrerer völkerrechtlicher Verträge oder Rechtsakte rechtfertigen“. Der Vorrang des Völkerrechts beziehe sich nicht auf das Primärrecht der EU (RN 81 der Schlussanträge).

In den EU-Schlussanträgen des Generalanwalts werden schließlich Ausführungen gemacht, die in der Sache ein geradezu irritiertes Unverständnis ausdrücken für immer noch in Deutschland anzutreffende Auffassungen: Die Anwendung von allgemein akzeptierten Aussagen zu Art. 54 SDÜ und seinem Verhältnis zum Recht auf Freizügigkeit (Art. 21 AEUV) ist nach den Ausführungen des Generalanwalts nämlich sogar „kompromisslos einfach“ (RN 55). Es wäre auch ein „eher seltsames Verständnis“ von Art. 50 der Charta (bzw. Art. 54 SDÜ), wenn die Bedeutung und Reichweite dieses Grundrechts für die Behörden der Mitgliedsstaaten „an der Außengrenze der Union enden würden“ (RN 70 der Schlussanträge).

Genau ein solches (in den Worten des Generalanwalts:) „seltsames Verständnis“ liegt aber den erwähnten deutschen Auffassungen zugrunde, vor allem wenn eine neue Entscheidung des 2. Senats des Bundesverfassungsgerichts vom 1. Dezember 2020 (2 BvR 1845/18 und 2 BvR 2100/18 = HRRS 2021 Nr. 90) noch nicht bekannt ist. Dort hat das BVerfG jetzt ausdrücklich anerkannt (RN 37), dass die Unionsgrundrechte heute zu den „gegenüber der deutschen Staatsgewalt durchzusetzenden Grundrechtsgewährleistungen“ gehören und „ein Funktionsäquivalent zu den Grundrechten des Grundgesetzes“ darstellen. Deshalb bildeten der EuGH in Luxemburg, der EGMR in Straßburg und das BVerfG in Karlsruhe einen „Verfassungsgerichtsverbund“ (RN 38).

Der EuGH und die Schlussanträge argumentieren damit bei Lichte betrachtet schlicht europäisch, weil mit diesem Grundverständnis zur extraterritorialen Reichweite von Grundrechtsgarantien letztlich auch Grundsätze umgesetzt werden, die bereits der Europäische Gerichtshof (zuerst in der Entscheidung *Soering* v. 7. 7. 1989 und dann in der Entscheidung *Matthews* v. 18. 2. 1999) nachdrücklich geprägt hat. Diese sind aber auch über 30 Jahre später im Jahr 2021 in Deutschland im Rechtshilferecht offensichtlich noch nicht umfassend rezipiert, obwohl das BVerfG mit dem Urteil von 19. 5. 2020 – 1 BvR 2835/17 (Grundrechtsschutz im Ausland gegen Aktivitäten des deutschen Auslandsgeheimdienstes) den Weg zeigt.

Um ein praxisrelevantes Beispiel zu wählen: In einer Verjährungskonstellation (mit Einstellung durch die nationale Staatsanwaltschaft im EU-Erststaat) den Schutz durch Art. 54 SDÜ/50 EU-GrCh gegenüber der Auslieferung von einem EU-Zweitstaat an einen Drittstaat abzulehnen, würde vor allem bedeuten, ein ganz großes Feld strafprozessualer Verfahren und die darin Verfolgten letztlich „rechtlos“ zu stellen: Jeder EU-Staat oder jeder Drittstaat mit Verjährungsvorschriften, die länger sind als im Erststaat, könnte sein Recht „durchsetzen“, selbst wenn die Tat im Erststaat (oder auch in weiteren Staaten) verjährt wäre. Diese Rechtlosigkeit wäre eklatant im Widerspruch zu Art. 54 SDÜ/50 EU-GrCh. Man hätte einen ganzen „Flickenteppich“ von EU-weit höchst unterschiedlich verjährenden Strafbefugnissen. Das würde dem Zweck und den Zielen des Art. 54 SDÜ/50 Abs. 2 EU-GrCh zuwiderlaufen.

# Widerspruch zwecklos – die Derogation von § 249 Abs. 2 Satz 2 StPO in der neuen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs

Besprechung von BGH HRRS 2021 Nr. 31

Von Rechtsanwalt Dr. Ali B. Norouzi, Berlin\*

## I. Einleitung

Auch in einem Rechtssystem, dessen Rechtsentwicklung nicht allein auf Richterrecht ruht und das keine strenge Präjudizienbindung kennt, horcht man auf, wenn der BGH seine Rechtsprechung ändert. Geschieht dies innerhalb kurzer Zeit, so liegt die Vermutung nahe, dass der Wandel seinen Ursprung entweder in einem gerichtsin-ternen Dissens zwischen den (nunmehr sechs) *Strafsena-*ten des höchsten Strafgerichts hat (vgl. § 132 Abs. 3 GVG) oder auf externe Impulse (durch BVerfG, EGMR oder EuGH) zur Angleichung an höherrangige Normen zurückgeht. Nicht so hier. Es ist der 5. *Strafsenat*, der nur acht Jahre nachdem er in BGHSt 57, 306 erstmals etwas zur revisionsrechtlichen Bedeutung der unterbliebenen Befassung mit einem Widerspruch gegen die Durchführung des Selbstleseverfahrens nach § 249 Abs. 2 Satz 2 StPO gesagt hatte, nunmehr eo ipso das Gegenteil dessen vertritt, was ihm vormals richtig erschien.

Solch offene Selbstkorrekturen sind in obergerichtlichen Entscheidungen, die ihrer Natur nach in Stil und Duktus autoritativ sein müssen, selten. Denn sie „begründen Zweifel an den Rationalitätsansprüchen gerichtlichen Begründens“.<sup>1</sup> Es wäre daher zu einfach und würde die Bedeutung einzelner Senatsmitglieder in einem nach dem Kollegialprinzip verfassten Spruchkörper – die Entscheidung erging schließlich  *einstimmig*<sup>2</sup> – überbewerten, würde man die Rechtsprechungsumkehr nur mit einem Wechsel im Senatsvorsitz<sup>3</sup> oder damit erklären, dass ein dezidierter

Kritiker<sup>4</sup> von damals nunmehr als Bundesrichter im *Senat* an der neuen Entscheidung mitwirken konnte. Darum lohnt die Begründung des Senats für seine Rechtsprechungsabkehr binnen so kurzer Zeit – ohne Änderung der Sach- und Rechtslage – der näheren Befassung.<sup>5</sup>

## II. Lesen und lesen lassen

### 1. Hintergrund

Urkundeninhalte fließen in die strafgerichtliche Beweis-aufnahme ein, indem man sie verliest (§ 249 Abs. 1 StPO), das bedeutet:  *laut* in der öffentlichen Hauptverhandlung den übrigen Verfahrensbeteiligten  *vorliest*. So etwas kostet Zeit und kann bei längeren (z. B. Vertragstexten), inhaltsgleichen (z. B. Standardbriefen), umständlich oder schwer verlesbar formulierten Schriftstücken (z. B. mehrspaltigen Tabellen) den Vorleser anstrengen, die Zuhörer ermüden und für alle Beteiligten das Gegenteil einer konzentrierten Durchführung der Hauptverhandlung sein. Darum hat der Gesetzgeber 1979 – die (R)StPO feierte den 100. Jahrestag ihres Inkrafttretens und der Fotokopierer auch hierzulande seinen Siegeszug durch die Büroräume<sup>6</sup> – eine Alternative zur mündlichen Verlesung in der Hauptverhandlung geschaffen. Danach genügt es, wenn das Gericht, also jeder Richter für sich, den Urkundeninhalt außerhalb der Hauptverhandlung gelesen hat und die übrigen Verfahrensbeteiligten Gele-

\* Ich danke meinen Mitarbeiter:innen *Laura Diederichs, Anna-Julia Egger* und *Paul Hoffmann* für ihre Unterstützung bei der Recherche und hilfreiche Kommentare zum Manuskript.

<sup>1</sup> Treffend *Möllers* in: *Jestaedt/Lepsius/Möllers/Schönberger, Das entgrenzte Gericht* (2011), S. 281, 320.

<sup>2</sup> Das ergibt sich aus § 349 Abs. 2 StPO, der nur bei Einstimmigkeit eine Revisionsverwerfung, wie hier geschehen, durch *Beschluss* gestattet.

<sup>3</sup> Warum der tendenziell ein autoritäres Richterbild begünstigende „ *richtungsgebende Einfluss*“ des Vorsitzenden (dazu schon BGHSt 2, 71; vgl. auch *Schünemann ZIS* 2012, 1, 4) nicht überwertet werden sollte, hat BVerfG Beschl. v. 23. Mai 2012 – 2 BvR 610/12 – („Doppelvorsitz“) Rdn. 22 ff. klargestellt.

<sup>4</sup> *Mosbacher NSTZ* 2013, 199; *ders.* in: LR-StPO 27. Aufl. (2019), § 249 Rdn. 56 f., der dort bereits relativierend mit Bezug zu BGHSt 57, 306 von der „(bisherigen)  *Auffassung des 5. Strafsenats*“ spricht.

<sup>5</sup> Der Transparenz wegen: Ich war in der Sache 5 StR 251/12, die in BGHSt 57, 306 mündete, gemeinsam mit *Gunter Widmaier* Revisionsverteidiger des Revisionsführers. Die gegenständliche Verfahrensrüge zu § 249 Abs. 2 Satz 2 StPO hatte ich seinerzeit konzipiert und verfasst. Inwieweit diese Vorbefassung die Validität meiner Argumente gegen den nun zu besprechenden Senatsbeschluss beeinflusst, müssen die Leser:innen entscheiden.

<sup>6</sup> Dieser Kontext ist kein Zufall. Medien wirken auf das Recht und seine Entwicklung ein; vgl. *Vesting Rechtstheorie*, 2. Aufl. (2015), Rdn. 277 ff.

genheit zur Kenntnisnahme der fraglichen Urkunden hatten. Man nennt dies das Selbstleseverfahren. Aus dem Gerichtsalltag ist es heute nicht mehr fortzudenken, nicht nur in den seit jeher „urkundsbeweislastigen“ Wirtschaftsstrafverfahren. Die fortlaufende Digitalisierung der Lebenswirklichkeit mag vielleicht zu einem weniger an Papier führen, aber nicht zu einer Minderung verlesbarer Beweisinhalt (wie etwa E-Mails, WhatsApp-Chatverläufe oder PDF-Dokumente). Wer all dem Herr werden möchte, kommt im Interesse einer konzentrierten Durchführung der Hauptverhandlung am Selbstleseverfahren kaum noch vorbei.

## 2. Ablauf

Seine sachliche Zweckmäßigkeit ändert aber nichts daran, dass das Selbstleseverfahren im Strafprozessrecht geregelt wird und sein Ablauf so formale Strukturen erfährt. Er ist in drei Phasen untergliedert. Die Selbstlesung wird zunächst (1) vom Vorsitzenden angeordnet; es werden sodann (2) die betreffenden Urkunden außerhalb der Hauptverhandlung durch alle Mitglieder des gerichtlichen Spruchkörpers gelesen; und es wird (3) nach der tatsächlichen Durchführung des Selbstleseverfahrens zu Protokoll (§ 249 Abs. 2 Satz 3 StPO) festgestellt, dass alle Mitglieder des Gerichts die Urkunden gelesen (das Gesetz spricht etwas umständlich von „vom Wortlaut der Urkunden Kenntnis genommen“) haben und die übrigen Verfahrensbeteiligten hierzu Gelegenheit hatten. Mehr verlangt das Gesetz nicht.<sup>7</sup> Beachtet das Gericht diesen Dreischritt, so werden die fraglichen Urkunden so behandelt, als seien sie in der Hauptverhandlung (öffentlich, unmittelbar und laut) verlesen worden. Sie sind damit Inbegriff der Hauptverhandlung und Gegenstand der gerichtlichen Überzeugungsbildung (§ 261 StPO), mag über ihren Inhalt auch zu keinem Zeitpunkt gesprochen worden sein.

## 3. Anordnung und Widerspruch

Den vorstehenden Dreischritt kann man als „Normalfall“ der Durchführung des Selbstleseverfahrens bezeichnen. Im Gegensatz zur ursprünglichen Fassung von 1979, die die Statthaftigkeit des Selbstleseverfahrens vom ausdrücklichen Verzicht von Staatsanwaltschaft, Angeklagten und Verteidiger auf mündliche Verlesung abhängig gemacht hat (und den Beteiligten so ein Vetorecht einräumte), geht das Gesetz seit 1987 einen anderen Weg.

<sup>7</sup> Was aber *nicht* bedeutet, dass mehr *unzulässig* wäre: Einer transparenten und kommunikativen Verhandlungsführung entspricht es, wenn Gerichte häufig noch vor der förmlichen Anordnung des Selbstleseverfahrens eine Liste mit den vorgesehenen Urkunden ausgeben, die vorgesehene Anordnung auf diese Weise ankündigen und den Beteiligten bereits im Vorfeld Gelegenheit zur Stellungnahme geben (vgl. *Mosbacher* in: LR-StPO, 27. Aufl. (2019), § 249 Rdn. 67a). Und besonders fürsorglich ist es, wenn der Abschluss des Selbstleseverfahrens, wie man es ab und an in Hauptverhandlungsprotokollen lesen kann, mit beherrschungsähnlichen Hinweisen an den Beschuldigten und seine Verteidigung verbunden wird, dass nunmehr der gesamte außerhalb der Hauptverhandlung verarbeitete Urkundensstoff Gegenstand der Urteilsberatung werden kann. Das Gesetz verlangt das alles nicht. Es schadet aber auch nicht, es zu tun.

Die Anordnung des Selbstleseverfahrens liegt zunächst im freien Ermessen des Vorsitzenden. Er entscheidet darüber, welche Urkunden in der Hauptverhandlung verlesen und welche außerhalb der öffentlichen Beweisaufnahme eigenständig gelesen werden sollen – aber nur solange niemand widerspricht. Dann greift der im Zentrum der zu besprechenden Entscheidung stehende § 249 Abs. 2 Satz 2 StPO ein, der vorsieht:

*„Widerspricht der Staatsanwalt, der Angeklagte oder der Verteidiger unverzüglich der Anordnung des Vorsitzenden, so entscheidet das Gericht.“*

Diese spezielle Widerspruchsmöglichkeit, der Anordnung des Vorsitzenden entgegenzutreten, war seinerzeit im Gesetzgebungsverfahren, wie der *Senat* zutreffend feststellt,<sup>8</sup> erst aufgrund der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses eingefügt worden, der die im ursprünglichen Regierungsentwurf sehr weitgehende Gestaltungsmacht des Vorsitzenden bewusst eindämmen und den übrigen Verfahrensbeteiligten zumindest eine formale Einflussmöglichkeit belassen wollte. Bei einem Widerspruch sollte die *Anordnungs*kompetenz vom Vorsitzenden auf das gesamte Gericht *verlagert* werden.<sup>9</sup> Nicht ein einzelner Richter, sondern das gesamte Kollegialorgan sollte darüber entscheiden, ob von einer Verlesung der Urkunden in der Hauptverhandlung abgesehen werden konnte. Das Gesetz kennt solche formalen Sicherungen durch die Aktivierung der gesamten Spruchkörperkompetenz auch an anderer Stelle, wenn die materielle (so in § 251 Abs. 4 Satz 1 StPO) oder formelle (so in § 247a Abs. 1 Satz 1 StPO) Unmittelbarkeit durchbrochen wird. Dort entscheidet der Spruchkörper von Amts wegen, bei § 249 Abs. 2 StPO nur auf unverzüglichem Widerspruch. Das aus einer anderen Zeit stammende Konzept der „schützenden Formen“<sup>10</sup> scheint hier wie dort durch.

## III. Problem: kein Gerichtsbeschluss trotz Widerspruch

Welche Konsequenzen hat es aber, wenn der erklärte Widerspruch übergangen wird, die Anordnung des Selbstleseverfahrens also nicht auf einem Beschluss der Kammer, sondern weiterhin allein auf der kompetenzwidrigen Anordnung des Vorsitzenden beruht?

Dass es sich um einen Verfahrensfehler handelt, ist in Anbetracht der zwingenden gesetzlichen Vorgabe („so entscheidet das Gericht“) unstrittig. Nur gibt das Strafverfahrensgesetz, wie meistens, keine Antwort darauf, welche Folgen der Rechtsfehler für das weitere Verfahren und insbesondere für das Urteil, das es gebiert, haben soll. Das ist eine Frage des Revisionsrechts und ihre Beantwortung hängt davon ab, welche Bedeutung man

<sup>8</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 31, Rdn. 7.

<sup>9</sup> So ausdrücklich BT-Drs. 10/65942, S. 23.

<sup>10</sup> Gemeinhin wird die Begriffsbildung *Zachariä* (Die Gebrechen und die Reform des deutschen Strafverfahrens [1846], S. 93) zugeschrieben. Rezeptionen dieses Gedankens finden sich u. a. bei *Eb. Schmidt* Lehrkommentar I, 2. Aufl. (1964), Rdn. 22. Eindringlich im Hinblick auf die (Rück-)Besinnung hin zu diesem Konzept in der Nachkriegszeit *Jungfer* in: FS für Frieberthäuser (1997), S. 21 ff.

dem Widerspruchserfordernis zumisst und wie man das Selbstleseverfahren, gemessen an den geltenden Maximen der Beweisaufnahme, bewerten möchte.

## 1. Eine Möglichkeit: Inbegriffsdefizit

Eine radikale, aber konsequente Lösung wäre es, mit *Ventzke*<sup>11</sup> zum revisionsrechtlichen Holzhammer zu greifen und ein solchermaßen fehlerhaft initiiertes Selbstleseverfahren in Gänze für bedeutungslos zu erklären. Der Verstoß gegen § 249 Abs. 2 Satz 2 StPO begründet dann zugleich die Inbegriffsrüge. Die Urkunden gelten als nicht eingeführt. Verwertet das Gericht ihren Inhalt gleichwohl im Urteil, so muss es sich, wie auch sonst bei der Verwertung hauptverhandlungsfremden Beweisstoffes,<sup>12</sup> vorwerfen lassen, seine Überzeugungsbildung nicht mehr aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung geschöpft und dadurch § 261 StPO verletzt zu haben. Auf die weitere Funktion des Widerspruchs und eine Bewertung des Selbstleseverfahrens im Vergleich zur unmittelbaren Urkundenverlesung kommt es dann nicht an.

In BGHSt 57, 306 spielte diese Option für den 5. *Strafsenat* keine Rolle.<sup>13</sup> Und auch jetzt wickelt er sie mit dem gleichen Satz ab: Der Widerspruch betreffe „lediglich die Art und Weise der Beweiserhebung – Verlesung oder Selbstlesung – und nicht die Verwertung der Urkunden als solche“.<sup>14</sup> Das beschreibt den Widerspruchsggegenstand richtig, nicht aber seine Wirkung: Wenn der Widerspruch die Anordnungscompetenz dem Vorsitzenden entzieht und in die Hände des Gerichts legt, fehlt es an einer wirksamen Anordnung des Selbstleseverfahrens. Warum Fehler an dessen Anfang anders behandelt werden sollen als Fehler an dessen Ende bei der Feststellung seiner Durchführung, bleibt unklar. So begründet es nach der gefestigten revisionsgerichtlichen Rechtsprechung die Inbegriffsrüge, wenn das Tatgericht die Feststellung des Abschlusses des Selbstleseverfahrens gänzlich versäumt<sup>15</sup> oder unsorgfältig dokumentiert hat.<sup>16</sup> Solche Protokollierungsmissgeschicke werden formenstreng sanktioniert, sodass auch Urkunden, die nach ordentlicher Anordnung zur Kenntnis aller außerhalb der Hauptverhandlung gelesen worden sind, keine Berücksichtigung finden dürfen. Man darf mit Fug anzweifeln, warum die fehlerhafte Anordnung der Selbstlesung durch den hierfür nach dem unverzüglichen Widerspruch nicht mehr zuständigen Vorsitzenden nicht die gleichen revisionsrechtlichen Konsequenzen haben soll.

<sup>11</sup> *Ventzke* StV 2014, 114, 117; so auch *ders.* NStZ 2021, 249, 250.

<sup>12</sup> Vgl. dazu BGH NStZ 2004, 279; NStZ 2010, 409; NStZ-RR 2012, 257; Beschl. v. 13.10.2020 – 5 StR 296/20.

<sup>13</sup> BGHSt 57, 306, 307.

<sup>14</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 31, Rdn. 5.

<sup>15</sup> BGH NStZ 2000, 47; NStZ 2005, 160; NStZ 2014, 224; dazu auch *Ventzke* StV 2014, 114, 117.

<sup>16</sup> Etwa wenn in der Feststellung nicht alle Berufsrichter und Schöffen Erwähnung finden (BGH StV 2010, 225; Beschl. v. 29.06.2011 – 4 StR 56/11, Rdn. 3) oder wenn anstelle der eigentlich einfachen Orientierung am gesetzlichen Wortlaut festgestellt wird, die Richter hätten „Gelegenheit zur Kenntnisnahme“ gehabt (vgl. BGH StV 2011, 426).

## 2. Eine andere Möglichkeit: Relativierung des Widerspruchs

Anstelle des Holzhammers verwendet der *Senat* lieber Operationsbesteck, denkt über Sinn und Zweck des Widerspruchserfordernisses und das Verhältnis von Selbstlesung zur mündlichen Verlesung nach und kommt dabei zu ganz anderen Ergebnissen als acht Jahre zuvor.

Sie lauten: Ordne trotz Widerspruchs der Vorsitzende und nicht das Gericht das Selbstleseverfahren an, bleibe das revisionsrechtlich fast immer folgenlos. Auf solch einem Verfahrensfehler beruhe das Urteil regelmäßig nicht. Denn die unterbliebene Entscheidung der Kammer betreffe nicht, *ob* etwas mit Urkunden bewiesen werden soll, sondern nur, *wie* diese eingeführt werden. Nach der gesetzgeberischen Wertung seien das Verlesen von Urkunden nach § 249 Abs. 1 StPO und das Selbstlesen nach § 249 Abs. 2 StPO gleichwertig. Wenn aber mit Blick auf den Beweisinhalt beide Formen der Beweiserhebung sich entsprechen, könne in der Entscheidung des Vorsitzenden für das Selbstleseverfahren kein Verfahrensfehler bestehen, der mit dem Widerspruch als hauptverhandlungsinternen Rechtsbehelf korrigiert werden müsse. So denkt sich der Senat als Revisionsgericht in die Rolle der Kammer, die über die Entscheidung des Vorsitzenden für das Selbstleseverfahren zu entscheiden gehabt hätte und kommt zu dem Schluss:

„Ein Rechtsfehler bei dieser Wahl ist nur in seltenen Ausnahmefällen<sup>17</sup> denkbar, weil sich die Unterschiede in der Form der Beweiserhebung regelmäßig nicht in einem anderen Beweisinhalt niederschlagen und die Mitwirkungsrechte der Verfahrensbeteiligten in beiden Fällen gewahrt bleiben.“<sup>18</sup>

Der *Senat* betont stattdessen die Vorteile des Selbstleseverfahrens: Man erfasse beim Selbstlesen den Inhalt von Schriftstücken mitunter sogar besser als beim bloßen Zuhören und es trage zu einer beschleunigten Durchführung des Verfahrens bei.<sup>19</sup> Er gesteht zwar Einschränkungen des Mündlichkeitsgrundsatzes zu, sieht aber Verteidigungsbelange des Angeklagten ansonsten nicht berührt, insbesondere das Erklärungsrecht nach § 257 StPO bleibe umfänglich gewahrt.<sup>20</sup> Für diese Einschätzung kann der *Senat* auf die Begründung des ursprünglichen Regierungsentwurfs verweisen.<sup>21</sup>

Wie anders sah die Welt bei gleicher Quellenlage für denselben *Senat* noch in BGHSt 57, 306 aus. Auch damals blickte er in die Materialien des Gesetzgebungsverfahrens, erkannte aber in der Regelungstechnik nach der Intervention des Rechtsausschusses den Willen des Gesetzgebers, am „Ausnahmecharakter“ des Selbstleseverfahrens festzuhalten.<sup>22</sup>

<sup>17</sup> Ein solcher sei etwa der nicht lesekundige Angeklagte.

<sup>18</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 31, Rdn. 18.

<sup>19</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 31, Rdn. 15 f.

<sup>20</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 31, Rdn. 17.

<sup>21</sup> Vgl. BT-Drs. 10/1313, S. 28.

<sup>22</sup> BGHSt 57, 306, 309.

## IV. Bewertung

### 1. Schwächen des historischen Arguments

Zitate aus den Materialien des Gesetzgebungsverfahrens tendieren zur argumentativen Belieblichkeit. Ob man, wie der *Senat* heute, maßgeblich auf die ursprüngliche Entwurfsbegründung der Bundesregierung oder, wie der *Senat* damals, auf die Auswirkungen der Intervention des Rechtsausschusses abstellt, hängt von der Einstellung ab, mit der man dem Selbstleseverfahren begegnet. Die Überbewertung der Materialien läuft stets Gefahr, die weitere Rechtsentwicklung, die der historische Gesetzgeber noch nicht vorhersehen konnte, aus den Augen zu verlieren. Daher muss sich der *Senat* kritisch fragen lassen, warum er es unerwähnt lässt, dass das Selbstleseverfahren mit Blick auf seinen Gegenstand weder 1979 noch 1987 rechtlich die Verlesung in der Hauptverhandlung ersetzen konnte. Es betraf nicht alle Urkunden. Damals waren nicht nur, wie heute, Urkundenverlesungen nach §§ 253 und 254 StPO von der Selbstlesung ausgenommen, sondern auch solche nach §§ 251 und 256 StPO, welche die Ersetzung der persönlichen Vernehmung durch Urkundensurrogate gestatten und in der Praxis besonders bedeutsam sind.<sup>23</sup> Wo bereits die materielle Unmittelbarkeit durchbrochen wurde, sollte nicht auch noch der Mündlichkeitsgrundsatz geschwächt werden. Inzwischen ist das anders. Die Beschränkung wurde 1994 aufgehoben,<sup>24</sup> und die Ausnahmetatbestände zulässiger, den Personalbeweis ersetzender Urkundenverlesungen nach §§ 251 und 256 StPO wurden kontinuierlich erweitert.<sup>25</sup> Diese Entwicklung konnte der historische Gesetzgeber schwerlich voraussehen.

### 2. Ambivalenz der Mündlichkeit

Über die Vorteile des Selbstleseverfahrens muss mit dem *Senat* nicht gestritten werden. Es spart Zeit und Nerven, ermöglicht mitunter eine konzentriertere Wahrnehmung des Urkundeninhalts als es über das (für manche ungewohnte) Zuhören<sup>26</sup> möglich ist und entlastet so die Hauptverhandlung. Doch bei Licht besehen beschreiben

<sup>23</sup> Vgl. BT-Drs. 10/1313, S. 29.

<sup>24</sup> Durch das sog. Verbrechensbekämpfungsgesetz v. 28.10.1994 (BGBl. I S. 3186); krit. dazu *Dahs* NJW 1995, 253, 255 f.

<sup>25</sup> Das sog. 1. Justizmodernisierungsgesetz v. 24.8.2004 (BGBl. I 2198) dehnte die Verlesbarkeit nichtrichterlicher Protokolle in § 251 Abs. 1 StPO erheblich aus und schuf in § 256 Nrn. 1b, 4 und 5 StPO neue Verlesungstatbestände; das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 17.8.2017 (BGBl. I S. 3202) führte den neuen Verlesungstatbestand zur Bestätigung eines Geständnisses des Angeklagten in § 251 Abs. 1 Nr. 2 StPO ein und gestattete die Verlesbarkeit von ärztlichen Körperverletzungsattesten nach § 256 Nr. 2 StPO „unabhängig vom Tatvorwurf“.

<sup>26</sup> Wobei auch hier die fortlaufende Digitalisierung von Akteneinhalten und die verbesserten technischen Möglichkeiten Modifikationen bei der Durchführung der Urkundenverlesung ermöglichen. In manchen Strafverfahren ist es während der Verlesung üblich, die Urkunde als digitalisierte PDF-Datei auf einen großen Bildschirm im Gerichtssaal zu projizieren, so dass alle Beteiligten (und sogar die Öffentlichkeit) mitlesen können.

seine Vorteile nichts anderes als die dem Mündlichkeitsgrundsatz inhärenten Nachteile.<sup>27</sup> Mündlichkeit ist ein ambivalentes Prinzip. Schon *Eberhard Schmidt* hat darauf hingewiesen, dass die Konzentration auf das gesprochene Wort nicht unbedingt zur besseren Informationsverarbeitung beiträgt:

„*Mißverständnisse können durch unbeholfene Ausdrucksweise, durch Hörfehler oder Aufmerksamkeitsmängel entstehen und möglicherweise unentdeckt bleiben. Bei Verhandlungen, die sich lange hinziehen, besteht die Gefahr der Erinnerungsmängel. Erhebliche geistige Konzentrationsfähigkeit ist u. U. erforderlich, um eine komplizierte Verhandlung zu verstehen und in allem Wesentlichen zu behalten.*“<sup>28</sup>

Daran ändert sich nichts, solange von Amts wegen keine inhaltliche Dokumentation der Hauptverhandlung erfolgt, die eine objektive Kontrolle des Beweisinhalts ermöglicht.<sup>29</sup> So besehen gilt das, was der *Senat* für Urkunden feststellt, für vieles, was in der Hauptverhandlung geschieht. Würde etwa ein schriftlicher Schlussvortrag nicht rhetorische Eskamotagen besser entlarven, Sprecher, die weniger talentiert oder geschult, weniger benachteiligen und eine konzentrierte Wahrnehmung der inhaltlichen Argumente für und gegen den Angeklagten sicherstellen?

### 3. Transparenzdefizit

Und doch gibt es Gründe, nicht vorbehaltlos mit dem *Senat* und anderen<sup>30</sup> in den Chor der Selbstlese-euphorie einzustimmen. Der *Senat* belässt es vage bei „*Einschränkungen des Mündlichkeitsgrundsatzes*“, geht aber nicht näher darauf ein, was das bedeutet.<sup>31</sup> Vor acht Jahren war er an dieser Stelle weniger wortkarg:

„*Eine Verlesung in der Hauptverhandlung kann den Verfahrensbeteiligten eine Chance geben, eher zu erkennen, welchen Urkunden oder Urkundeninhalten das Gericht besondere Bedeutung beimisst. Insbesondere ergibt sich durch die Verlesung die Gelegenheit für Erörterungen im unmittelbaren Zusammenhang mit der Einführung des jeweiligen Beweismittels.*“<sup>32</sup>

Und genau hier liegt das zentrale Problem des Selbstleseverfahrens: in seiner Intransparenz.<sup>33</sup> Sie wird deutlich,

<sup>27</sup> Vgl. *Heger* in: Handbuch des Strafrechts VII (2020), § 13 Rdn. 60; vgl. ferner auch *Norouzi* in: FS Fischer (2018), S. 767 dazu, dass die Rückkopplung der Argumentation mit den Prozessmaximen topischen Charakter hat.

<sup>28</sup> *Eb. Schmidt* Lehrkommentar I, 2. Aufl. (1964), Rdn. 431.

<sup>29</sup> Vgl. zur aktuellen Reformdiskussion *Schmitt* NStZ 2019, 1; *Mosbacher* ZRP 2019, 158; *Wehowsky* NStZ 2018, 177; *Bartel* StV 2018, 678; *Serbest* StraFo 2018, 94, 97.

<sup>30</sup> *Arnoldi* NStZ 2013, 474, 475; *Mosbacher* in: LR-StPO, 27. Aufl. (2019), § 249 Rdn. 57; *Ventzke* StV 2014, 114, 118; *ders.* NStZ 2021, 249; differenziert *Feldmann* wistra 2020, 1, 3.

<sup>31</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 31, Rdn. 17.

<sup>32</sup> BGHSt 57, 306, 310.

<sup>33</sup> *Dahs* NJW 1995, 553, 555. Das Transparenzdefizit räumt auch *Mosbacher* (in: LR-StPO, 27. Aufl. [2019], § 249 Rdn. 59) ein, weist aber darauf hin, dem könne der Vorsitzende im Rahmen offener Verhandlungsführung begegnen. Das kann man sich wünschen, das Gesetz selbst setzt es nicht voraus; zum Transparenzdefizit auch *Feldmann* wistra 2020, 1, 3.

wenn man zunächst den Sinn der Mündlichkeit in den Blick nimmt.

Die Mündlichkeit der Beweisaufnahme ist gerade das Wesensmerkmal der tatgerichtlichen Hauptverhandlung. Hierdurch unterscheidet sich die Arbeit des Tatgerichts wesensmäßig von der eines Revisionsgerichts, das sich mit Rechtsfragen beschäftigt, die in einem schriftlichen Verfahren ausreichend geklärt werden können.<sup>34</sup> Bei tatsächlichen Beweisfragen ist das anders. Auch wenn sie, wie Urkunden, vermeintlich objektivierte Beweisinhalte verkörpern, gingen die Väter der RStPO davon aus, und daran hat sich bis heute wenig geändert, diese Inhalte müssten ebenfalls laut zur Sprache gebracht werden, um ihren objektiven Sinn zu ermitteln. Kurz: Ohne Mündlichkeit gibt es keine formelle Unmittelbarkeit der Beweisaufnahme.<sup>35</sup> Der hiergegen gerne bemühte Einwand, bei massenhaft zu verlesenden Urkunden versage der Mündlichkeitsgrundsatz,<sup>36</sup> trägt nur auf den ersten Blick. Denn das Mündlichkeitsprinzip *reguliert sich selbst*. Massenhafte Urkundenverlesungen verhindert die praktische Vernunft des Gerichts. Sie funktionieren schon deshalb nicht, weil sie niemand aushalten würde. So geht es nicht darum, ob *alle* Urkunden besser in der Hauptverhandlung verlesen werden müssen, weil das Gericht schon nach Maßgabe von § 244 Abs. 2 StPO darüber zu befinden hat, *welche* Urkunden in der Hauptverhandlung erörtert und welche nach § 249 Abs. 2 StPO eingeführt werden können. Idealtypisch wird dann entschieden, besonders exemplarische, besonders „knallende“ oder besonders zu Missverständnissen Anlass gebende Urkunden im Einzelnen zu verlesen. Die Wahrung der Mündlichkeit verlangt so eine genaue Vorbereitung der Hauptverhandlung und strukturiert sie zugleich. In der notwendigen Vorauswahl des wesentlichen Urkundsbeweisstoffes liegt eine Stärke der herkömmlichen Verlesung. Sie stellt auch sicher, dass die Hauptverhandlung nicht an der Öffentlichkeit und den Beteiligten „vorbeiläuft“.<sup>37</sup>

Die inzwischen gelebte Praxis sieht anders aus. Das Selbstleseverfahren geschieht „leitzordnerweise“. In herkömmlichen Wirtschaftsstrafverfahren werden gleich zu Beginn (meist mehrere) Selbstleseordner (im Jargon: „SLO“) an die Beteiligten ausgegeben, nicht selten mehrere tausend Seiten stark. Was davon für das Gericht besonders relevant ist, weiß niemand, wenn es dies nicht irgendwann verrät. Materiell wird die Beweisaufnahme so mehr und mehr vom Akteninhalt dominiert.<sup>38</sup> Das Selbstleseverfahren trägt damit zum Bedeutungsverlust der Hauptverhandlung bei. Für das Tatgericht kann das bequem sein.<sup>39</sup> Zunächst finden Urkunden in großer Zahl Eingang in die Beweisaufnahme; ihre Relevanz für Schuld und Strafe muss erst im (schriftlichen) Urteil offengelegt werden. Bildlich gesprochen generiert das Selbstleseverfahren so „Vorratskammern“ des Inbegriffs der Hauptver-

handlung. Gewiss mögen hier für das Gericht gelegentlich revisionsrechtliche Risiken<sup>40</sup> lauern, wenn es sich mit auf diese Weise eingeführten Urkundeninhalten im Urteil nicht auseinandersetzt, obgleich aus diesen beweisrelevante Schlussfolgerungen (zu Lasten oder zum Vorteil des Angeklagten) gezogen werden können.<sup>41</sup> Aber das ist kein Argument für das Selbstleseverfahren, sondern Beleg seiner Schwächen.

## 4. Entwertung des Erklärungsrechts

Der Hinweis, das Erklärungsrecht des Angeklagten nach § 257 StPO werde vom Selbstleseverfahren nicht tangiert,<sup>42</sup> ist formal richtig. Natürlich wird dem Angeklagten nicht das Recht genommen, zu den fraglichen Urkunden eine Erklärung abzugeben. Aber wie effektiv ist diese Erklärung, wenn er faktisch nicht zu sämtlichen Urkunden etwas sagen kann? Wenn er nicht weiß, auf welchen Urkunden aus Sicht des Gerichts der Fokus liegt, welche nur „Hintergrundrauschen“ sind? Und wenn die Erklärung nicht unmittelbar nach der Einführung der Urkunde in der Hauptverhandlung erfolgt, sondern der tatsächliche Zeitpunkt des Selbstlesens und damit der sinnlichen Wahrnehmung möglicherweise schon Wochen zurückliegt?<sup>43</sup> Der Mündlichkeitsgrundsatz stellt eben sicher, dass der Beweisstoff von allen gleichzeitig sinnlich zur Kenntnis genommen werden kann. Auch darin zeigt sich sein Wert.

## 5. Beruhensdeterminierung

Die folgenreichste Kernaussage der Entscheidung liegt aber nicht in der Beschreibung der Vorteile des Selbstleseverfahrens, sondern in der revisionsrechtlichen Bedeutung, die das Übergehen des Widerspruchs haben soll. Der *Senat* meint nämlich, es sei für das Urteil unerheblich, ob es die Kammer bei der Anordnung des Selbstleseverfahrens belassen oder von ihm (teilweise) abgesehen hätte. Auf dem übergangenen Widerspruch beruhe regelmäßig nichts (vgl. § 337 Abs. 1 StPO). Selbstleseverfahren und mündliche Verlesung blieben nämlich beweisrechtlich gleichwertig, Verlesung und Selbstlesung führten fast immer zu identischen Beweisinhalten. Dazu zwei Bemerkungen:

Zum Ersten: Der Sache nach überlegt der *Senat*, wie eine Kammer wohl entschieden hätte, wäre der Widerspruch nicht übergangen worden. Schon die Einnahme dieser Perspektive ist revisionsdogmatisch nicht unproblematisch. Wie der *Senat* an anderer Stelle zutreffend feststellt,<sup>44</sup> bezieht sich der Widerspruch auch auf die Zweckmäßigkeit des Selbstleseverfahrens. Das ist aber

<sup>34</sup> Vgl. *Fezer StV* 2007, 40, 46 f.; *Norouzi StV* 2015, 773, 775 f.

<sup>35</sup> *Eb. Schmidt Lehrkommentar I*, 2. Aufl. (1964), Rdn. 432.

<sup>36</sup> Vgl. *Mosbacher NSTZ* 2013, 201, 202; *Ventzke StV* 2014, 114, 118.

<sup>37</sup> Vgl. *Dahs NJW* 1995, 553, 555.

<sup>38</sup> Manche sehen darin eine Tendenz zur Angleichung an den Zivilprozess (so auch *Dahs NJW* 1995, 553, 556).

<sup>39</sup> Treffend *Scheffler* in: *Handbuch zum Strafverfahren* (2008), VII Rdn. 737.

<sup>40</sup> Und für revisionsgeneigte Verfahrensbeteiligte spiegelbildlich Chancen

<sup>41</sup> Solche in Wirtschaftsstrafsachen zwar gängigen, aber fast nie erfolgreichen („positiven“) Inbegriffsrügen haben nur dann Chancen, wenn der fragliche Beweisinhalt sich auch dem Revisionsgericht ohne nähere Würdigung („auf einen Blick“) aufdrängt; dazu *Widmaier/Norouzi* in: *MAH Strafverteidigung*, 3. Aufl. (im Erscheinen), § 9 Rdn. 125 ff.; *Wehowsky NSTZ* 2018, 177, 178, 179.

<sup>42</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 31, Rdn. 17.

<sup>43</sup> So auch *Dahs NJW* 1995, 553, 555 f.

<sup>44</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 31, Rdn. 11.

eine klassische Beurteilung, die dem Tatgericht, das den gesamten Beweisstoff und die Akteure der Beweisaufnahme kennt, vorbehalten bleiben muss. Wie kann ein Revisionsgericht so etwas verlässlich beurteilen?

Zum Zweiten: Revisionsdogmatisch ist es immer heikel, Aussagen zum Beruhenszusammenhang zu generalisieren. Das Gesetz tut dies nur in § 338 StPO. Jenseits dessen bleibt die Beruhensfrage ihrem Wesen nach etwas einzelfallbezogenes und ergebnisorientiertes.<sup>45</sup> Mittels ihr soll gerade geprüft werden, ob sich der festgestellte Rechtsfehler auf das konkrete Urteil ausgewirkt haben kann. Kommt das Revisionsgericht zu dem Ergebnis, auf einem Verfahrensfehler könne nicht nur im konkreten Fall, sondern über ihn hinaus in (fast) allen Fällen nichts beruhen, wertet es damit zugleich die Geltungskraft der Norm im Verfahren ab. Bleibt ihre Nichtbeachtung ohne revisionsrechtliche Konsequenzen, ist der Druck gegenüber dem Normadressaten, vulgo dem Tatgericht, sich im Verfahren an das Gesetz zu halten (man kann das auch „prozessuale Compliance“ nennen), spürbar gemindert. Das Verfahrensrecht verliert dann seine disziplinierende, genauer: machteinhegende Wirkung.<sup>46</sup> Fasst man die Kernaussage des Beschlusses zusammen, so lautet seine Botschaft an die Tatgerichte: „Ob ihr auf einen unmittelbaren Widerspruch als Kammer prüft, ob das Selbstleseverfahren angeordnet werden soll oder nicht, bleibt euch überlassen.“ Damit nivelliert das Revisionsgericht zugleich die wohl überlegte Entscheidung des Gesetzgebers, die Anordnung des Selbstleseverfahrens zu formalisieren und im Falle eines Widerspruchs in die Hände der Kammer zu legen. Die Geltungskraft des Rechtssatzes „Widerspricht ..., so entscheidet das Gericht“, wird indirekt über den Umweg des Revisionsrechts durch den Rechtssatz „Auf einer unterlassenen Bescheidung eines Widerspruchs gegen das Selbstleseverfahren kann ein Urteil regelmäßig nicht beruhen“ neutralisiert. Die Beachtung des Widerspruchs durch eine Entscheidung des gesamten Spruchkörpers wird so faktisch zu nicht mehr als einer bloßen Höflichkeitsgeste seitens des Gerichts.

Nun ist auch ein Revisionsverteidiger nicht geneigt, die frühere Senatsentscheidung in BGHSt 57, 306 zu erklären. Indem sie mit einer fragwürdigen Begründung das Beruhen im konkreten Fall „ausnahmsweise“ verneinte,<sup>47</sup> zeugte auch sie von einem Denkstil der Revisionsrechtsprechung, der die Erfolgsquote von Verfahrensrügen ergebnisbezogen marginalisierte.<sup>48</sup> Auf dieser Bahn geht der nun vorliegende Beschluss, mag er auch als Rechtsprechungsaufgabe firmieren, nur einen Schritt weiter, wenn er den Beruhenszusammenhang negativ determiniert. Die Entwicklungslinie, auf der beide Entscheidungen mit unterschiedlicher Gewichtung stehen, kann als die „Materialisierung des Verfahrensrechts“ bezeichnet

<sup>45</sup> Frisch in: SK-StPO 5. Aufl. (2017), § 337 Rdn. 186, 191 ff. Zum Wesen der Beruhensfrage eingehend auch ders. in: FS Rudolphi (2004), S. 609 ff.; Schlüchter in: FS Krause (1990), S. 485 ff.

<sup>46</sup> Zu dieser Funktion von Verfahrensrecht Kühne in: LR-StPO, 27. Aufl. (2016), Einleitung G Rdn. 38.

<sup>47</sup> Das war in der Sache sehr zweifelhaft. In seiner Urteilsanmerkung hielt Gössel (JR 2013, 382, 383) die Revision für offensichtlich begründet.

<sup>48</sup> Dazu Widmaier StraFo 2010, 310, 313.

werden.<sup>49</sup> Es wird weniger auf den Eigenwert der Formwahrung geachtet, als auf das in der Sache produzierte und für angemessen befundene Ergebnis. Wenn es stimmig erscheint, verlieren Verfahrensverstöße an Bedeutung.

## V. Schluss: Rechtsprechung im Kontext

Was haben sich die Zeiten geändert! Nachdem das Selbstleseverfahren 1979 Eingang in die StPO gefunden hatte, nannte es Karl Peters, der große und durchaus konservative Prozessrechtsgelehrte der Bonner Republik, „eine gesetzliche Fehlleistung“, die „möglichst bald wieder gestrichen werden [sollte]“<sup>50</sup>. Und Geppert, frisch habilitiert und als Prozessualist ebenso wenig unter Radikalenverdacht stehend, sah in ihm „ein[en] (partielle[n]) Rückfall in Zeiten von Geheimverfahren und Geheimjustiz“.<sup>51</sup> Das eine war eine naive Forderung, das andere eine drastische Zuspitzung. So würde heute niemand mehr sprechen. Vergleicht man diese Kassandrarufer mit den praxisgesättigten Lobesgesängen, die das Selbstleseverfahren nunmehr beim Senat erfährt, merkt man, etwas ist anders geworden. Nur was genau? Meine Vermutung ist: das Vorverständnis.<sup>52</sup>

Wer Recht im Kontext betrachtet,<sup>53</sup> blendet nicht aus, dass Rechtsprechung von Richtern gemacht wird und fragt auch danach, was sich im Senat verändert hat, denn „[h]äufig erklären Änderungen in der personellen Zusammensetzung eines Spruchkörpers eine Rechtsprechungsänderung jenseits veränderter Sach- und Rechtslage, zumal wenn sie sich in kurzen Abständen vollzieht.“<sup>54</sup> Es ist keiner der Richter, die an BGHSt 57, 306 beteiligt waren, mehr da.<sup>55</sup> Vielleicht drückt die eindeutige Distanzierung des Senats von seiner nur acht Jahre zurückliegenden Entscheidung mehr aus, als nur eine geänderte Spruchkörperbesetzung. Vergleicht man beide Spruchgruppen als Alterskohorten nach Geburtsjahrgängen, darf man nämlich von einem Generationenwechsel sprechen: Vier der Richter von BGHSt 57, 306 sind zwischen 1947 und 1956 geboren.<sup>56</sup> Dagegen entstammen vier Mitglieder der nun mit der Sache befassten Spruchgruppe den Geburtsjahrgängen 1966 bis 1968.<sup>57</sup>

Es liegt nahe, nach dem Zusammenhang zwischen Rechtserkenntnis und tatrichterlicher Sozialisation zu

<sup>49</sup> Sie ist an anderer Stelle bereits beschrieben oder beklagt worden; vgl. nur Dallmeyer Beweisführung im Strengbeweissverfahren (2002), S. 184 ff.

<sup>50</sup> Peters Strafprozeß, 4. Aufl. (1985), S. 323.

<sup>51</sup> Geppert Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im Deutschen Strafverfahren (1979), S. 193.

<sup>52</sup> Grundlegend zur Bedeutung des Vorverständnisses für die juristische Begründungstechnik Esser Vorverständnis und Methodenwahl (1970), S. 133 ff.

<sup>53</sup> Dazu etwa Grimm/Kemmerer/Möllers in: dies. (Hrsg.), Gerichte vom Recht (2015), S. 11 ff.; Lepsius JZ 2019, 793.

<sup>54</sup> Lepsius JZ 2019, 793, 800.

<sup>55</sup> Drei sind heute im Ruhestand, die beiden anderen haben den Senat gewechselt.

<sup>56</sup> Nämlich 1947, 1949, 1952 und 1956; der fünfte Richter ist Jahrgang 1960.

<sup>57</sup> Nämlich 1966, 1967, 1967 und 1968; der fünfte Richter ist Jahrgang 1956.

fragen.<sup>58</sup> Wer bereits in den 1990er Jahren Bundesrichter wurde,<sup>59</sup> hatte seine tatrichterlichen Erfahrungen zuvor in den 1970er und 1980er Jahren in einer anderen Verfahrensrealität gesammelt. Damals waren die Hauptverhandlungen vor den Landgerichten im Durchschnitt noch etwas kürzer und der Beweisstoff weniger umfangreich als heute.<sup>60</sup> Das gerade erst eingeführte Selbstleseverfahren spielte in der Praxis der Tatgerichte der 1980er bis Mitte der 1990er Jahre nur eine marginale Rolle<sup>61</sup> (vielleicht dachten noch mehr Beteiligte ähnlich wie Peters). Wer dagegen erst in den späten 1990er und 2000er Jahren in die Tatsacheninstanz kam, lernte eine andere Verfahrenswirklichkeit kennen. Die Verfahren nahmen an Umfang und Dauer zu. Diese Tatrictergeneration kennt das Selbstleseverfahren aus dem Prozessalltag weniger als Fremdkörper, sondern als eine Selbstverständlichkeit zur effektiven Bewältigung der Hauptverhandlungslast.<sup>62</sup> In Verfahren vor den Wirtschaftsstrafkammern ist es inzwischen nicht mehr wegzudenken,<sup>63</sup> auch um rechts-

staatswidrige Verzögerungen zu verhindern, die ansonsten mit einem Vollstreckungsabschlag kompensiert werden müssten. Entsprechend praxisfern muss dessen Abwertung durch BGHSt 57, 306 in ihren Augen erschienen sein. Der Vorwurf, die Verfahrenswirklichkeit aus dem Blick verloren zu haben, klingt jedenfalls an, wenn Mosbacher den an dieser Entscheidung beteiligten

„BGH-Richtern geradezu die Teilnahme an einer Hauptverhandlung in einer großen Zoll- oder Steuerstrafsache wünschen [möchte], in der wirklich – weil nach dem BGH vorzugswürdig – alle Urkunden (Leitzordner voller Rechnungen, Buchhaltungsunterlagen, Zollbelege) nach § 249 I StPO monatelang Tag für Tag ermüdend verlesen würden. Ob sie dann noch zu dem Ergebnis kämen, die Schwächen des Selbstleseverfahrens würden auch nicht durch denkbare Vorteile gegenüber dem Verlesen ausgeglichen, erscheint mehr als zweifelhaft.“<sup>64</sup>

Dieser Einschätzung hat sich der Senat nunmehr angeschlossen.

Ein anderes Thema bleibt, wieviel tatrichterliches Erfahrungswissen für die Arbeit eines Revisionsgerichts notwendig ist und wann es seiner Aufgabenwahrnehmung schadet. Strafprozessuale Regelungen sind einerseits darauf angewiesen, in der Praxis zu funktionieren. Darum müssen Revisionsrichter auch die Folgen ihrer Rechtsauslegung von Prozessnormen für den forensischen Gebrauch im Blick behalten. Andererseits entspricht eine gewisse Sperrigkeit gerade dem Wesen und der Eigenart von Verfahrensrecht: Formen sind nicht pragmatisch.<sup>65</sup> Soll die Rechtserkenntnis im Revisionsverfahren diesen Aspekt des Verfahrensrechts gegenüber einer vorschnell ergebnisorientierten Anwendungspraxis in der Tatsacheninstanz stabilisieren, schadet ihr ein wenig Distanz zum tatrichterlichen Alltag nicht, und das meint auch Selbstdistanz zur eigenen tatrichterlichen Vergangenheit.

<sup>58</sup> Zur subjektiven Betroffenheit des Richters als Norminterpret im Verfahrensrecht Norouzi in: FS Fischer (2018), S. 768 f.

<sup>59</sup> Drei Richter der ersten Spruchgruppe wurden 1990, 1999 bzw. 2000 zu Richtern am Bundesgerichtshof ernannt.

<sup>60</sup> Allein von 2009 bis 2014 sind nach einer Erhebung vom OLG Celle zu 11.753 erstinstanzlichen Verfahren vor dem Landgericht die Verfahren mit mehr als 600 Blatt von 46 % auf 63 % gestiegen (Ferber Strafammerbericht. Fakten und Folgerungen aus einer rechtstatsächlichen Untersuchung landgerichtlicher Strafverfahren [2009–2014], 2017, S. 85 f.).

<sup>61</sup> Gerade damit argumentierte auch der Gesetzgeber der Reform von 1987 bzw. 1994, der durch eine Vereinfachung der formalen Voraussetzungen (so 1987) und Erweiterung des materiellen Anwendungsbereichs (so 1994) einem zurückhaltenden Gebrauch unter den Tatrictern entgegenzutreten wollte (vgl. BT-Drs. 10/1313, S. 28; BT-Drs. 12/6853, S. 33 f.).

<sup>62</sup> Diese Tendenz gilt auch jenseits der Wirtschaftsstrafverfahren. Wurde im Jahre 2009 nach einer repräsentativen Erhebung noch in 5,5 % der erstinstanzlichen Verfahren in Haftsachen vor dem Landgericht vom Selbstleseverfahren Gebrauch gemacht, hat sich die Anzahl bis 2014 bereits auf 11 % verdoppelt (Ferber Strafammerbericht – Fakten und Folgerungen aus einer rechtstatsächlichen Untersuchung landgerichtlicher Strafverfahren [2009–2014], 2017, S. 119 ff.).

<sup>63</sup> Dort stieg sein prozentualer Anteil zwischen 2009 bis 2014 von 46,7 % auf 68,8 % (Ferber Strafammerbericht – Fakten

und Folgerungen aus einer rechtstatsächlichen Untersuchung landgerichtlicher Strafverfahren [2009–2014], 2017, S. 121).

<sup>64</sup> Mosbacher NStZ 2013, 201, 202.

<sup>65</sup> Vgl. Hassemer in: FS Volk (2009), S. 207; s. auch Barton in: FS Mehle (2009), S. 17, 29 ff.; U. Neumann ZStW 101 (1989), S. 52, 55 ff.

# Versuchter Verdeckungsmord durch Unterlassen nach Medikamentenverwechslung bei einem Palliativpatienten durch Pflegekräfte

Anmerkung zu BGH HRRS 2021 Nr. 21

Von Wiss. Mit. Lorenz Kinskofer, Universität Bielefeld\*

## I. Sachverhalt und Entscheidung

Der äußerst tragische Fall, den der 1. Strafsenat des Bundesgerichtshofs zu entscheiden hatte, ist im Bereich der Palliativmedizin angesiedelt. G befindet sich in vollstationärer Unterbringung im Wohnbereich eines Pflegeheims. Er wird – im Einklang mit seiner Patientenverfügung – palliativmedizinisch versorgt mit Schmerzmedikamenten, unter anderem Morphin, und befindet sich in der „Terminalphase seiner Erkrankung“. Im Rahmen der Essensausgabe erhält er versehentlich die Medikamente, die für eine Mitpatientin bestimmt waren, darunter das blutdrucksenkende Mittel „Valsartan“. A, die als Wohnbereichsleiterin für die Pflege des Geschädigten zuständig war, hatte die Medikamente entgegen dem damaligen Sicherheitsstandard und den hausinternen Anweisungen nicht in dem beschrifteten Dispenser belassen, sondern in kleine Becher umgefüllt und die Verwechslung dadurch verursacht. Bei der Schichtübergabe unterrichtet A ihren Kollegen – und späteren Mitangeklagten – K über den Vorfall und bittet ihn, den Gesundheitszustand des Geschädigten zu beobachten. Seine Frage, ob schon ein Arzt informiert sei, verneint A mit dem Hinweis, dass dies nicht nötig sei. Als K der A telefonisch über den verschlechterten Zustand des Geschädigten, insbesondere seinen auffallend niedrigen Blutdruck berichtet und die Hinzuziehung eines Arztes anregt, entgegnet diese: „Spinnst du, die sperren mich ein“ und bemerkt zudem, sie hoffe, dass der Geschädigte endlich sterben könne. Erst vier Tage später informiert K den zuständigen Hausarzt über die Medikamentenverwechslung. Dieser entscheidet, G aufgrund seines schlechten Gesundheitszustands lediglich eine Palliativversorgung zukommen zu lassen. Wiederum drei Tage darauf verstirbt G. Dass die fehlerhaft verabreichten Medikamente maßgeblichen Einfluss auf den Todeseintritt hatten, liegt nahe, wobei eine entsprechende Kausalität nicht nachgewiesen werden konnte.

Das erstinstanzlich zuständige Landgericht verurteilte A wegen versuchten Mordes durch Unterlassen (Verdeckungsabsicht). Der 1. Strafsenat des BGH hob die erstinstanzliche Verurteilung auf und widmete sich dabei zahlreichen interessanten Rechtsproblemen. So bot sich erstmals seit dem Göttinger Organallokationsskandal<sup>1</sup> Gelegenheit, zur Vorsatzdogmatik des Unterlassungsdelikts, genauer zu den Anforderungen an das kognitive Vorsatzelement, Stellung zu beziehen (II.). Die – allenfalls in ihrer Deutlichkeit – überraschende Distanzierung vom 5. Strafsenat in dieser Frage machte eine Anfrage bzw. Vorlage nach § 132 GVG deshalb nicht erforderlich, weil der Senat eine lückenhafte Beweiswürdigung bezüglich des voluntativen Vorsatzelements feststellte (III.). Im Zusammenhang mit den Mordmerkmalen stellt sich neben der Problematik „Motivbündel“ im Rahmen der Verdeckungsabsicht, auf die hier nicht eingegangen werden soll, die etwas exotische und in der Entscheidung nicht behandelte Frage, ob das Mordmerkmal „Heimtücke“ durch Unterlassen begangen werden kann (IV.). Zuletzt gibt die Entscheidung dem neuen Tatgericht Hinweise mit an die Hand, inwieweit eine Rechtfertigung nach den Grundsätzen des Behandlungsabbruchs in Betracht kommt (V.).

## II. Hypothetische Kausalität und bedingter Vorsatz

Der 5. Strafsenat des BGH hatte im sog. Göttinger Fall bekanntlich bezüglich des Wissenselements des Vorsatzes verlangt, dass dem Täter bewusst sein müsse, dass der (Rettungs-)Erfolg mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit eintreten würde.<sup>2</sup> Die Entscheidung hatte seinerzeit weniger im Ergebnis als vielmehr in dessen dogmatischer Begründung zu Recht massive Kri-

<sup>1</sup> BGH NJW 2017, 3249 = HRRS 2017 Nr. 968.

<sup>2</sup> Vgl. BGH NJW 2017, 3249, 3254.

\* Der Verfasser ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Prof. Dr. Lutz Eidam (Universität Bielefeld).

tik erfahren,<sup>3</sup> der sich nun auch der 1. Strafsenat in der vorliegenden Entscheidung anschließt.

So weist er zutreffend darauf hin, dass die vom 5. Strafsenat aufgestellten Vorsatzanforderungen eine grundlegende Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung bedeuteten, was bereits an anderer Stelle ausführlich belegt wurde.<sup>4</sup>

Auch in dogmatischer Hinsicht ist die Formel des 5. Strafsenats verfehlt. Sie beruht letztlich auf einer Vermengung der hypothetischen Kausalität mit dem Beweismaßstab für deren Feststellung.<sup>5</sup> Diese beiden Ebenen werden bereits in der gängigen Definition – hypothetische Kausalität sei gegeben, wenn die gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden könne, ohne dass der Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfele – vermischt. Hypothetische Kausalität ist nur dann gegeben, wenn die gebotene Handlung nicht hinzugedacht werden kann, ohne dass der Erfolg auch tatsächlich entfele. Dieser Zusammenhang wird allerdings bereits dann unterstellt, wenn er mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann. Während der im ersten Satz beschriebene Zusammenhang Teil des objektiven Tatbestands und damit Bezugspunkt des Vorsatzes ist, stellt der zweite Teil lediglich eine Beweisregel auf, deren Einhaltung nicht vom Vorsatz des Täters umfasst sein muss.<sup>6</sup>

Zuletzt ist dem 1. Strafsenat in dieser Frage auch deshalb zu folgen, weil die vom 5. Strafsenat herangezogenen Maßstäbe massive Strafbarkeitslücken zur Konsequenz hätten. Demnach bliebe auch der den Erfolg beabsichtigende Täter stets straffrei, wenn er nicht davon ausginge, dass eine mögliche Rettungshandlung mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit diesen Erfolg verhindern würde. So weist *Hoven*<sup>7</sup> darauf hin, dass z.B. der Vater, der seinen Sohn bei korrekt eingeschätzter Rettungswahrscheinlichkeit von etwa 80 % ertrinken lässt, strafflos bliebe.

Man wird wohl spätestens mit der vorliegenden Entscheidung davon ausgehen können, dass die Tatgerichte künftig bei dieser Frage nicht auf die im sog. Göttinger Fall herangezogenen Maßstäbe abstellen werden, was im Übrigen auch das erstinstanzliche Gericht nicht getan hatte.

### III. Voluntatives Vorsatzelement und vorsatzkritische Indizien

Nach Ansicht des 1. Strafsenats wäre die Tatsache, dass A den K unterrichtete und aufforderte, regelmäßig nach dem Gesundheitszustand des G zu sehen, ebenso als vorsatzkritisches Indiz zu berücksichtigen gewesen wie der Umstand, dass der Eintritt des Todes dem Ziel der A

– der Kaschierung der Verwechslung – letztlich zuwider liefe.

Dabei sollte nicht übersehen werden, dass sich der (ohnehin halbherzige) Vermeidewille<sup>8</sup> der A in dem Zeitpunkt, in dem ihr die konkrete Lebensgefahr des G durch dessen Zustandsverschlechterung anschaulich wurde, gerade nicht aktualisiert hat. Stattdessen wollte sie die zunächst gesetzte Risikoverringerung, als es „hart auf hart“ kam, eben nicht verwirklicht wissen. So verstanden scheint der Sachverhalt doch eher eine kontinuierliche „Vorsatzentwicklung“ als eine – wie der BGH meint – „ambivalente Haltung“ nahe zu legen.

Inwieweit der Umstand, dass der Täter ein Eigeninteresse am Überleben des Opfers hatte, als vorsatzkritisches Indiz von Bedeutung ist, wird in der Rechtsprechung des BGH uneinheitlich beurteilt.<sup>9</sup> Gerade in zwei der vorliegenden ähnlichen Konstellationen, in denen jeweils Ärzte Rettungsmaßnahmen unterließen, um zuvor begangene Behandlungsfehler zu verdecken, ist dieser Umstand einmal<sup>10</sup> das maßgebliche Kriterium und ein anderes Mal<sup>11</sup> ohne Bedeutung. Dabei kann die Frage, ob die Verdeckung im Falle des Überlebens des Patienten noch erfolgsversprechender wäre, nicht der Gradmesser für die Annahme eines bedingten Tötungsvorsatzes sein. Entscheidend muss stattdessen sein, ob ein „nachvollziehbares“ Motiv erklären kann, warum der Täter die ihm unerwünschten Tatfolgen dennoch bewusst riskieren sollte und dies ist hier eben ohne weiteres möglich.<sup>12</sup>

Bedenkt man, dass der BGH der erkannten hochgradigen Lebensgefährlichkeit – zur Erinnerung: A wusste um die Zustandsverschlechterung eines schwerstkranken Palliativpatienten unmittelbar nach einer Falschmedikation – gerade in seiner neueren Rechtsprechung erheblichen Indizwert auch für die Bejahung des voluntativen Elements beimisst,<sup>13</sup> scheint diese Indizwirkung doch erdrückend. Dies umso mehr, wenn man mit dem BGH die sog. Hemmschwellentheorie nicht auf Unterlassungstaten anwendet. So urteilt er in einer Fahrerflucht-Entscheidung: „In Fällen des Unterlassens bestehen [...] generell keine psychologisch vergleichbaren Hemmschwellen vor einem Tötungsvorsatz wie bei positivem Tun. Vor allem bei unterlassener Hilfeleistung nach schuldhaftem Vorverhalten greift dieses psychologische Moment wegen der typischen gegenläufigen Selbstschutzmotive nicht Platz.“<sup>14</sup> Dass man mit dem Schluss von der anschaulichen Lebensgefahr auf den bedingten

<sup>3</sup> Vgl. nur *Greco* GA 2018, 539 ff.; *Haas* HRRS 2016, 384 ff.; *Hoven* NStZ 2017, 707 f.; *Rissing-van Saan/Verrel* NStZ 2018, 57 ff.

<sup>4</sup> Vgl. *Hoven* NStZ 2017, 707, 708.

<sup>5</sup> So auch *Haas* HRRS 2016, 384, 395 sowie *Rissing-van Saan/Verrel*, NStZ 2018, 57, 66.

<sup>6</sup> Ausführlich dazu *Engländer* JuS 2001, 958, 960 f.

<sup>7</sup> Vgl. *Hoven* NStZ 2017, 707.

<sup>8</sup> Zur Anwendung dieses vorsatzkritischen Kriteriums in der Rspr. vgl. BGH NStZ-RR 2006, 100, 101; BGH NStZ 2003, 259, 260 sowie BGH NStZ 2002, 316, 317; krit. dazu *Puppe*, in: *Kindhäuser/Neumann/Paeffgen*, NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 15 Rn. 42, die darin eine unverdiente Privilegierung ggü. dem von vornherein eine geringere Gefahr setzenden Täter sieht.

<sup>9</sup> Vgl. *Puppe* a.a.O. (Fn. 8), § 15 Rn. 91 m. zahlr. Nachw. aus der Rspr.

<sup>10</sup> BGH NJW 2011, 2895, 2897 = HRRS 2011 Nr. 978.

<sup>11</sup> BGH NStZ 2004, 35, 36.

<sup>12</sup> So auch *Kudlich* NJW 2011, 2856, 2858 in Kritik an BGH NJW 2011, 2895.

<sup>13</sup> Vgl. BGH NStZ 2017, 22 = HRRS 2016 Nr. 604 sowie BGH NStZ 2016, 670, 671.

<sup>14</sup> BGH NJW 1992, 583, 584.

Tötungsvorsatz im medizinischen Kontext zurückhaltend verfährt, ist sicherlich gerechtfertigt.<sup>15</sup> Im Falle von Veruschungsbemühungen nach ingentem Vorverhalten sollten jedoch auch in diesem Zusammenhang keine höheren Hürden für die Feststellung des Vorsatzes aufgestellt werden als in jedem anderen Lebensbereich.

Jedenfalls scheint es nach alledem nicht fernzuliegen, dass auch das neue Tatgericht zur Bejahung eines Tötungsvorsatzes gelangen und sich dann auch den folgenden Problembereichen widmen wird.

#### IV. Heimtücke durch Unterlassen?

Hinsichtlich der Mordmerkmale wirft der Fall ein bislang kaum vertieft behandeltes Problem auf, das auch in der Entscheidung nicht aufgegriffen wird: Kann ein Heimtückemord durch Unterlassen verwirklicht werden? Die Frage wurde vom BGH bereits einmal bejaht<sup>16</sup> und wird in der Literatur kontrovers beurteilt.<sup>17</sup>

Ein teilweise vorgebrachter Einwand argumentiert mit der Einordnung des Heimtückemordes als verhaltensgebundenes Delikt, das an die erhöhte Gefährlichkeit der Tat anknüpfe, ohne deren Erfolgsunrecht zu berühren. Die Garantenpflicht beziehe sich dagegen nur auf die Abwendung des Erfolgs.<sup>18</sup> Unabhängig davon, ob eine solche Aufspaltung der Garantenpflicht tatsächlich möglich ist,<sup>19</sup> scheint diese Sichtweise zu verkennen, dass die besondere Gefährlichkeit der Heimtücke letztlich nicht auf einer bestimmten Tätigkeit, sondern gerade auf einem Unterlassen beruht, nämlich dem Unterlassen der Ankündigung des Angriffs.<sup>20</sup> Akzeptiert man – so wie die h.M. dies im Rahmen der Notwehr tut<sup>21</sup> – einen Angriff durch Unterlassen, so resultiert in diesen Fällen in gleicher Weise wie in den Fällen aktiver Begehung die erhöhte Gefährlichkeit der Tat daraus, dass das Opfer in Unwissenheit gelassen wird.

Eine weitere Gegenstimme meint, das Mordmerkmal sei auf der Unterlassungsebene dergestalt zu modifizieren, dass das Opfer nur dann arglos sei, wenn es eine konkrete rettende Maßnahme erwarte. Da das Opfer vom Angriff – also hier vom Nichtstun des Rettungspflichtigen – überrascht werden müsse, setze seine Arglosigkeit voraus, dass es mit der Vornahme einer Rettungshandlung rechne, was wiederum das Bewusstsein der konkreten

<sup>15</sup> So auch *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, *Medizinrecht*, 3. Aufl. 2018, StGB §§ 211, 212 Rn. 15f.; *Kudlich* NJW 2011, 2856, 2857.

<sup>16</sup> HRRS 2009 Nr. 671; insoweit nicht abgedruckt in BGH NStZ 2010, 87.

<sup>17</sup> Für eine Begehrbarkeit durch Unterlassen z.B. *Fischer*, StGB, 67. Aufl. (2020), § 211 Rn. 44b; *Berster* ZIS 2011, 255, 259 ff.; *Zorn*, Die Heimtücke im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB – ein das vortatliche Opferverhalten berücksichtigendes Tatbestandsmerkmal? (2013), S. 107 f.; dagegen: *Arzt*, Festschrift für Roxin (2001), S. 855 ff.; *Bachmann/Goeck* NStZ 2010, 510, 511; *Rauber*, Mord durch Unterlassen? (2008), S. 61 ff.

<sup>18</sup> Vgl. *Rauber*, a.a.O. (Fn. 17), S. 63 m.w.N.

<sup>19</sup> Kritisch dazu *Schneider*, in: Münchner Kommentar zum StGB, Band 4, 3. Aufl. (2017), § 211 Rn. 275.

<sup>20</sup> So auch *Berster* ZIS 2011, 255, 260.

<sup>21</sup> Vgl. nur *Fischer*, a.a.O. (Fn. 17), § 32 Rn. 5a m.w.N.

Gefahrenlage voraussetze.<sup>22</sup> Eine derartige „Spiegelung“ auf die Unterlassungsebene – wer nicht mit einem Unterlassen rechnet, der rechnet mit einer konkreten Handlung – scheint die Dinge auf den Kopf zu stellen.<sup>23</sup> Demnach wäre G im vorliegenden Fall gerade deshalb nicht arglos, weil er sich seiner Lebensgefahr nicht bewusst war und demnach von der Untätigkeit der A nicht überrascht wurde. Vielmehr scheint es doch so zu sein, dass die Arglosigkeit des G gerade aus seinem fehlenden Gefahrbewusstsein resultiert. Dazu beruht seine Wehrlosigkeit gerade auf seiner Arglosigkeit, da er ansonsten auf die Hilfe Dritter hätte zurückgreifen können.

Auch wenn das letzte Wort hier noch nicht gesprochen sein dürfte, sind meines Erachtens keine überzeugenden Einwände gegen die Verwirklichung des Heimtückemerkmals durch Unterlassen erkennbar. Jedenfalls hätte der Sachverhalt eine Auseinandersetzung mit dieser Frage durchaus verdient gehabt.<sup>24</sup>

#### V. Anwendbarkeit der Grundsätze des rechtfertigenden Behandlungsabbruchs

Dem neuen Tatgericht gibt der BGH zuletzt noch den Hinweis mit auf den Weg, dass für den Fall, dass eine selbstbestimmte Entscheidung des G nicht mehr erreichbar gewesen wäre – was aus der erstinstanzlichen Entscheidung offenbar nicht hervorgeht – ein rechtfertigender Behandlungsabbruch nach den vom BGH im sog. Fuldaer Fall<sup>25</sup> entwickelten Grundsätzen in Betracht komme.

#### 1. Das Verhältnis von Strafrecht und Betreuungsrecht

Dabei wirft der Senat zum einen die Frage auf, ob die Einhaltung des betreuungsrechtlich vorgesehenen Verfahrens Wirksamkeitsvoraussetzung für eine Strafbefreiung ist, um diese „wohl“ zu verneinen. Dazu hatte sich der 2. Senat in besagtem Grundsatzurteil bekanntlich widersprüchlich oder mindestens missverständlich geäußert. So legte der Verweis auf die „Einheitlichkeit der Rechtsordnung“ eine zivilrechtsakzessorische Betrachtung nahe, wohingegen die Aussage, es handle sich um eine strafrechtsspezifische Frage, über die im Grundsatz autonom nach materiell-strafrechtlichen Kriterien zu entscheiden sei, in die gegenläufige Richtung deutete.<sup>26</sup> Man wird dem 1. Strafsenat also zustimmen können, wenn er in der vorliegenden Entscheidung bemerkt, die Frage sei seinerzeit „offengelassen“ worden. Kurz darauf nutzte der 2. Strafsenat in einer Folgeentscheidung, dem sog. Kölner Fall,<sup>27</sup> die Gelegenheit, zu dieser Frage erneut Stellung zu beziehen und stellte fest, dass die Voraussetzungen der §§ 1901a und 1901b BGB bei der Bewertung eines Behandlungsabbruchs zukünftig zu beachten sei-

<sup>22</sup> Vgl. *Arzt*, a.a.O. (Fn. 17), S. 859; ihm folgend *Rauber*, a.a.O. (Fn. 17), S. 81 ff.

<sup>23</sup> In diesem Sinne auch *Berster* ZIS 2011, 255, 259.

<sup>24</sup> So auch *Mitsch* NJW 2021, 330.

<sup>25</sup> BGH NJW 2010, 2963 = HRRS 2010 Nr. 704.

<sup>26</sup> BGH NJW 2010, 2963, 2966.

<sup>27</sup> BGH NStZ 2011, 274 = HRRS 2010 Nr. 1078.

en,<sup>28</sup> was überwiegend im Sinne eines zivilrechtsakzessorischen Standpunkts gedeutet wurde.<sup>29</sup> Wenn der 1. Senat einen solchen Standpunkt nun ablehnt, ist ihm darin zu folgen. So bedeutsam die betreuungsrechtlichen Vorschriften sind, um das menschliche Leben gerade in seiner Endphase vor missbräuchlicher Berufung auf einen vermeintlichen Patientenwillen zu schützen, so wenig können die Tötungsdelikte des StGB durch den BGH in Gefährungsdelikte umgedeutet werden.<sup>30</sup>

## 2. Die personelle Reichweite des rechtfertigenden Behandlungsabbruchs

Unabhängig davon – also von der strafrechtlichen Bedeutung der betreuungsrechtlichen Vorschriften –, so der 1. Senat weiter, habe eine Pflegekraft die Entscheidung, dass keine weitere Behandlung stattfindet, nur in Absprache mit einem Arzt, der allein die medizinische Indikation von möglichen Behandlungsmaßnahmen nach der Medikamentenverwechslung zu bestimmen hat, treffen dürfen. Aufgeworfen ist damit die Frage nach der personellen Reichweite des rechtfertigenden Behandlungsabbruchs. In der Fuldaer Entscheidung heißt es dazu, dass Dritte gerechtfertigt sein können, „soweit sie als von dem Arzt, dem Betreuer oder dem Bevollmächtigten für die Behandlung und Betreuung hinzugezogene Hilfspersonen tätig werden.“<sup>31</sup> Ob der BGH damit gesagt hat, dass „Dritte“, die außerhalb des Behandlungskontexts stehen, grundsätzlich nicht befugt sind, scheint nicht ausgemacht.<sup>32</sup> Und auch die für den vorliegenden Fall entscheidende Frage, ob eine Rechtfertigung von „Hilfspersonen“ kompetenzgemäßes Verhalten voraussetzt, ist damit nicht beantwortet.

Ein solches rein formales Kriterium, das bei jedem Zuständigkeitsverstoß von medizinischem und Pflegepersonal eine Rechtfertigung ausschließt, wäre jedenfalls nicht sinnvoll und zum Schutz der Patientenautonomie auch nicht notwendig. Letztlich – und so ist wohl auch der 1. Senat in der vorliegenden Entscheidung zu verstehen – muss es darauf ankommen, ob der Zuständigkeitsverstoß die Zuverlässigkeit der Ermittlung des Patientenwillens

beeinträchtigt.<sup>33</sup> So wird man hier davon ausgehen können, dass die Frage, was medizinisch möglich ist, beantwortet sein muss, um zu beurteilen, ob der Patient dies (mutmaßlich) will und diese Frage kann eben in aller Regel nur ein Arzt beantworten. In solchen Fällen ist die „subjektive Behandlungsbezogenheit“ aber ein geeignetes und auch ausreichendes Kriterium, um eigenmächtige Entscheidungen Unbefugter „ins Blaue hinein“ auszuschließen.<sup>34</sup>

Eine weitere materielle Begrenzung ergibt sich daraus, dass sich der (mutmaßliche) Patientenwille auch auf die Modalität des Behandlungsabbruchs beziehen muss.<sup>35</sup> Lässt sich beispielsweise im vorliegenden Fall feststellen, dass durch Hinzuziehung eines Arztes eine frühere oder effektivere Schmerzlinderung möglich gewesen wäre, steht (zusätzlich) eine vollendete Körperverletzung durch Unterlassen im Raum.

In diesem Sinne ist es zu begrüßen, dass der 2. Senat kürzlich – wenn auch in etwas anderem Zusammenhang<sup>36</sup> – eine mögliche Strafbarkeit nicht an der personellen Unzuständigkeit festmachte, sondern die maßgebenden Kriterien aus dem Prinzip der Patientenautonomie ableitete.<sup>37</sup>

## VI. Ausblick

Ist in dem rechtspolitisch sensiblen Bereich der Sterbehilfe durch das Institut des rechtfertigenden Behandlungsabbruchs auch weitgehend Klarheit geschaffen worden, so wirft der vorliegende Fall das Licht auf eine noch offene Frage, nämlich die nach der strafrechtlichen Beurteilung eigenmächtigen Vorgehens Angehöriger oder medizinischer Hilfspersonen. Folgt man der hier vertretenen Ansicht, dass sich die Strafbarkeit wegen eines Tötungsdelikts nicht allein mit einer Kompetenzanmaßung begründen lässt, gibt der Fall Anlass, über die Einführung eigenständiger Verfahrensvorschriften nachzudenken. In diesem Zusammenhang könnte es durchaus überlegenswert sein, die Zuständigkeit für den Behandlungsabbruch auf ärztliches Personal zu beschränken, um missbräuchlichen oder vorschnellen Behandlungsabbrüchen durch medizinische Laien vorzubeugen.

<sup>28</sup> BGH NStZ 2011, 274, 276.

<sup>29</sup> Vgl. nur *Schneider*, a.a.O. (Fn. 19), vor § 211 Rn. 179 m.w.N.

<sup>30</sup> In diesem Sinne auch die h.M., vgl. nur *Schneider*, a.a.O. (Fn. 19), vor §§ 211 Rn. 180; *Engländer* JZ 2011, 513, 518; *Hirsch* JR 2011, 37, 39; *Rissing-van Saan* ZIS 2011, 545, 548; a.A. *Dölling* ZIS 2011, 345, 348; *Walter*, ZIS 2011, 76, 79.

<sup>31</sup> BGH NJW 2010, 2963, 2968.

<sup>32</sup> So aber die wohl überwiegende Interpretation, vgl. *Engländer*, JZ 2011, 513, 519; *Walter*, ZIS 2011, 76, 79; wie hier *Rissing-van Saan* ZIS 2011, 545, 550.

<sup>33</sup> So auch *Rissing-van Saan* ZIS 2011, 545, 550.

<sup>34</sup> In diese Richtung auch *Rosenau*, in: Leipziger Kommentar zum StGB, Band 7, 12. Aufl. (2018), vor §§ 211 ff. Rn. 66.

<sup>35</sup> Vgl. auch *Verrel* NStZ 2010, 671, 675.

<sup>36</sup> BGH NJW 2019, 3253 = HRRS 2019 Nr. 1006: Eine Pflegekraft verabreichte einem Sterbenden eine die ärztliche Verordnung überschreitende Menge Morphin.

<sup>37</sup> In diese Richtung auch die Anmerkung von *Lorenz* JR 2020, 69, 74.

# Der Vorsatz auf die Quasikausalität

## Anmerkung zu BGH HRRS 2021 Nr. 21

Von Wiss. Mit. Julia Heß, Bucerius Law School, Hamburg\*

Die Frage, welche Anforderungen an das kognitive Vorsatzelement hinsichtlich der Quasikausalität zu stellen sind, spaltet die Strafrechtswissenschaft und Rechtsprechung. Spätestens 2017 flammte der dogmatische Meinungsstreit infolge eines Urteils des 5. Strafsenates<sup>1</sup> auf.<sup>2</sup> Die Literatur wandte sich größtenteils gegen die Ausführungen des 5. Strafsenats,<sup>3</sup> wenige stimmten ihm zu.<sup>4</sup> Nun äußerte sich der 1. Strafsenat in seinem Urteil vom 19.08.2020<sup>5</sup> in Form eines obiter dictums ebenfalls zu der Streitfrage.<sup>6</sup> Dabei schloss er sich vehement den Kritikern des Urteils des 5. Strafsenats an.<sup>7</sup>

Diese Anmerkung setzt sich zum Ziel, die Ergebnisse der Meinungslager – respektive 1. und 5. Strafsenat – auf dogmatische und logische Inkonsistenzen zu überprüfen. Der Fokus liegt dabei nicht darauf, einer der Auffassungen zuzustimmen, sondern vielmehr darauf, objektiv die Vertreterbarkeit der Auffassungen zu untersuchen. Gegebenenfalls soll über eine bloße Überprüfung ihrer genannten dogmatischen Begründungen hinaus auch eruiert werden, ob es einen anderen, dogmatisch konsequenten Ansatz gäbe, der die Ergebnisdifferenz der Meinungslager erklären könnte.

### I. Die Position des 5. Strafsenats

Dem Urteil des 5. Strafsenats aus dem Jahre 2017 lag vereinfacht folgender Sachverhalt zugrunde. Der Angeklagte Arzt stellte seinen Patienten, die auf ein Spenderorgan warteten, falsche medizinische Werte aus.<sup>8</sup> Er beabsichtigte, dass seine Patienten auf der Warteliste für die Organspende höher eingeordnet werden würden und ging davon aus, dass sie so „vorrangige“ Patienten überholen würden.<sup>9</sup> Seinen Patienten wurde daraufhin jeweils ein Spenderorgan zugeteilt.<sup>10</sup> Dem Angeklagten war bekannt, dass im Allgemeinen ein hohes Sterberisiko für einen Patienten in oder unmittelbar nach der Transplantation bestehe.<sup>11</sup>

Der 5. Strafsenat prüfte einen versuchten Totschlag zu lasten jener „überholten“ Patienten und ließ dabei offen, ob es sich um ein Unterlassen oder den Abbruch eines rettenden Kausalverlaufes handelte.<sup>12</sup> Jedenfalls fänden die Grundsätze der Quasikausalität Anwendung.<sup>13</sup> Dem Angeklagten fehle es an dem für den Tatentschluss notwendigen kognitiven Vorsatzelement hinsichtlich der Quasikausalität.<sup>14</sup> Hierfür müsse es „dem Täter bewusst sein, dass der Rettungserfolg mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit eintreten würde“<sup>15</sup> (im Folgenden Sicherheitsthese). Der Angeklagte hielt es zwar für möglich, dass ein „überholter“ Patient mangels

\* Die Verfasserin ist Wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für deutsches, europäisches und internationales Strafrecht und Strafprozessrecht, einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht der Bucerius Law School (Prof. Dr. Karsten Gaede).

<sup>1</sup> BGHSt 62, 223 = HRRS 2017 Nr. 968.

<sup>2</sup> Äußerungen etwa von Kudlich/Hoven, in: Festschrift für Rogall (2018), S. 209 ff.; Gaede, in: Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltverein, Berlin/Institut für Rechtsfragen der Medizin, Düsseldorf (Hrsg.), Aktuelle Entwicklungen im Medizinstrafrecht (2018), S. 11, 27 f.; Rissing-van Saan/Verrel NSTZ 2018, 57, 65 f.; Kudlich NJW 2017, 3255, 3256; Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben JZ 2018, 32, 37; Schroth/Hofmann medstra 2018, 3, 10 f.; Rosenau/Lorenz JR 2018, 168, 179 ff.; Kraatz NSTZ-RR 2017, 329, 333 f.; aus der Rspr. etwa LG München BeckRS 2017, 143145 Rn. 28.

<sup>3</sup> Nur etwa Kudlich/Hoven, in: FS Rogall, S. 209, 220; Rissing-van Saan/Verrel NSTZ 2018, 57, 65 f.; Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben JZ 2018, 32, 37; Hoven NSTZ 2017, 707 f.; Epitropakis, Die Strafbarkeit der Manipulationen bei der Organallokation nach den Tötungs- und Körperverletzungsdelikten (2020), S. 230 f., 249; Weigend, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Leipziger Kommentar, 13. Aufl. (2020), § 13 Rn. 73; zweifelnd auch Gaede, in: Aktuelle Entwicklung Medizinstrafrecht, S. 11, 27 f.; ders., in: Ulsenheimer/Gaede, Arztstrafrecht in der Praxis, 6. Aufl. (2021), Teil 4 Rn. 903; Kudlich NJW 2017, 3255, 3256; vgl. auch Vogel/Bülte, in: LK, § 15 Rn. 60; Kühl, in: Lackner/Kühl, Strafgesetzbuch, 29. Aufl. (2018), § 15 Rn. 23; vgl. hierfür bereits vor der Entscheidung des 5. Strafsenats etwa Haas HRRS 2016, 384, 395 f.; Engländer JuS 2001, 958, 960 f.

<sup>4</sup> Schroth/Hofmann medstra 2018, 3, 10 f.; Rosenau/Lorenz JR 2018, 168, 180 f.; Kraatz NSTZ-RR 2017, 329, 334.

<sup>5</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 21.

<sup>6</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 21, Rn. 20 f.

<sup>7</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 21, Rn. 20 f.

<sup>8</sup> BGHSt 62, 223, 226 Rn. 11 = HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 12.

<sup>9</sup> BGHSt 62, 223, 227 Rn. 17 = HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 18.

<sup>10</sup> BGHSt 62, 223, 227 Rn. 16 = HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 17.

<sup>11</sup> BGHSt 62, 223, 243 Rn. 55 = HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 58.

<sup>12</sup> BGHSt 62, 223, 239 Rn. 46, 241 f. Rn. 53, 242 Rn. 55 = HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 48, 55 f., 58.

<sup>13</sup> BGHSt 62, 223, 241 Rn. 53 = HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 56.

<sup>14</sup> BGHSt 62, 223, 243 Rn. 55 = HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 58.

<sup>15</sup> BGHSt 62, 223, 242 Rn. 55 = HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 58.

Transplantation sterben könnte.<sup>16</sup> Er habe jedoch unter anderem aufgrund „des ihm bekannten hohen Sterberisikos“<sup>17</sup> nicht davon ausgehen können, dass bei diesen ihm unbekanntem Patienten eine Lebensverlängerung infolge einer Transplantation mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit eintreten würde.<sup>18</sup>

## II. Das obiter dictum des 1. Strafsenats

Der 1. Strafsenat befasste sich in seinem Urteil vom 19.08.2020 mit der Strafbarkeit einer Altenpflegerin infolge einer Medikamentenverwechslung.<sup>19</sup> Untersucht wurde die Strafbarkeit wegen versuchten Mordes durch Unterlassen.<sup>20</sup> Der Senat nutzte die Gelegenheit und äußert sich in einem obiter dictum dazu, welche Anforderungen an den Vorsatz hinsichtlich der Quasikausalität zu stellen seien.<sup>21</sup> Er ging explizit auf die vom 5. Strafsenat 2017 vertretene Position ein.<sup>22</sup> Der 1. Strafsenat lehnt den Maßstab des 5. Strafsenats ab – er hob im vorliegenden Urteil gar positiv hervor, dass die Vorinstanz gerade nicht auf dessen Maßstab abstellte.<sup>23</sup> Nach bisheriger Rechtsprechung müsse der Täter sowohl beim aktiven Tun als auch beim Unterlassen den Tod des Opfers nur für möglich halten.<sup>24</sup> Der 5. Strafsenat würde die Frage des Vorsatzes mit Fragen des Beweismaßes für die Feststellung der Quasikausalität als Teil des objektiven Tatbestandes vermischen<sup>25</sup> (im Folgenden Möglichkeitsthese). Einen Grund dafür, aktives Tun und Unterlassen unterschiedlich zu behandeln, nenne der 5. Strafsenat nicht – es sei auch keiner ersichtlich.<sup>26</sup>

## III. Meinungsstand in der Literatur

Ein Teil der Literatur folgt der Sicherheitsthese des 5. Strafsenats.<sup>27</sup> Etwa *Rosenau/Lorenz* stimmen dem Senat in der Sache zu und argumentieren mit der Kongruenz von objektivem und subjektivem Tatbestand als anerkannte Grundregel.<sup>28</sup> Ferner erschiene es zweifelhaft, wegen Versuchs zu bestrafen, „wenn die Feststellung der Erfolgsursächlichkeit i.S.d. »Quasi-Kausalität« beim vollendeten Delikt nie gelingen kann“<sup>29</sup> und der Täter die dafür relevanten Umstände gekannt hätte.<sup>30</sup> *Kraatz* warf der Gegenansicht vor, den gleichen „dogmatischen Fauxpas“<sup>31</sup> zu begehen wie die Anhänger der Risikoerhöhungslehre.<sup>32</sup> Denn sie ließen das Wissen um eine Gefährdungs-

hung des Erfolges genügen.<sup>33</sup> Auch *Schroth/Hofmann* pflichten dem Maßstab des 5. Strafsenats uneingeschränkt bei.<sup>34</sup> Ihre Argumentation beruht dabei auf einem Vergleich der Vorsatzbezugspunkte im aktiven Tun und im Unterlassen.<sup>35</sup>

Die wohl herrschende Lehre folgt grundsätzlich der auch von dem 1. Strafsenat vertretenen Möglichkeitsthese.<sup>36</sup> Bei der Wahrscheinlichkeitsklausel „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ handle es sich um eine bloße Beweisregel, auf die sich der Vorsatz nicht beziehen müsse.<sup>37</sup> Es reiche aus, wenn der Täter es für möglich halte, dass bei Vornahme der gebotenen Handlung der Erfolg entfele.<sup>38</sup> Auch *Kudlich/Hoven* sind diesem Lager grundsätzlich zuzuordnen;<sup>39</sup> sie argumentieren jedoch weiter, dass die beiden Meinungslager letztlich zum selben Ergebnis kommen müssten.<sup>40</sup>

## IV. Analyse

Auf den ersten Blick scheint das Zentrum des Meinungsstreites die dogmatische Einordnung der Wahrscheinlichkeitsklausel zu sein.<sup>41</sup> Denn beide Meinungslager rücken sie in den Fokus. Der überwiegende Teil der Literatur und der 1. Strafsenat ordnen sie als Beweisregel ein.<sup>42</sup> Wer dagegen damit argumentiert, dass die Wahrscheinlichkeitsklausel Teil des subjektiven Tatbestandes sein müsse, erhebt sie damit prinzipiell zum Teil des (objektiven) Unrechtstatbestandes.<sup>43</sup>

Bevor untersucht werden wird, ob die unterschiedliche dogmatische Einordnung der Wahrscheinlichkeitsklausel tatsächlich die unterschiedlichen Ergebnisse der Mei-

<sup>16</sup> BGHSt 62, 223, 243 Rn. 55 = HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 58.  
<sup>17</sup> BGHSt 62, 223, 243 Rn. 55 = HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 58.  
<sup>18</sup> BGHSt 62, 223, 243 Rn. 55 = HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 58.  
<sup>19</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 21, Rn. 3, 5.  
<sup>20</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 21, Rn. 12.  
<sup>21</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 21, Rn. 20 f.  
<sup>22</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 21, Rn. 20 f.  
<sup>23</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 21, Rn. 20.  
<sup>24</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 21, Rn. 20.  
<sup>25</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 21, Rn. 21.  
<sup>26</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 21, Rn. 21.  
<sup>27</sup> *Rosenau/Lorenz* JR 2018, 168, 180 f.; *Schroth/Hofmann* medstra 2018, 3, 10 f.; *Kraatz* NStZ-RR 2017, 329, 334.  
<sup>28</sup> *Rosenau/Lorenz* JR 2018, 168, 180 f.  
<sup>29</sup> *Rosenau/Lorenz* JR 2018, 168, 180.  
<sup>30</sup> *Rosenau/Lorenz* JR 2018, 168, 180; vgl. auch *Rosenau*, in: *Festschrift für Schünemann* (2014), S. 689, 699.  
<sup>31</sup> *Kraatz* NStZ-RR 2017, 329, 334.  
<sup>32</sup> *Kraatz* NStZ-RR 2017, 329, 334.

<sup>33</sup> *Kraatz* NStZ-RR 2017, 329, 334.  
<sup>34</sup> *Schroth/Hofmann* medstra 2018, 3, 10 f.; erneut in *dies.* StV 2018, 747, 753.  
<sup>35</sup> *Schroth/Hofmann* medstra 2018, 3, 11.  
<sup>36</sup> Nur etwa *Kudlich/Hoven*, in: FS Rogall, S. 209, 216 ff.; *Rissing-van Saan/Verrel* NStZ 2018, 57, 66; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben* JZ 2018, 32, 37; *Hoven* NStZ 2017, 707, 708; *Epitropakis*, Organallokation, S. 249; in diese Richtung auch *Gaede*, in: *Ulsenheimer/Gaede*, Teil 4 Rn. 903; *Kudlich* NJW 2017, 3255, 3256; *Weigend*, in: LK, § 13 Rn. 73; *Kühl*, in: *Lackner/Kühl*, § 15 Rn. 23; *Haas* HRRS 2016, 384, 395 f.; *Engländer* JuS 2001, 958, 960 f.  
<sup>37</sup> *Rissing-van Saan/Verrel* NStZ 2018, 57, 66; *Hoven* NStZ 2017, 707, 708; *Puppe* ZIS 2018, 484, 492; *Sternberg-Lieben/Sternberg-Lieben* JZ 2018, 32, 37; *Sternberg-Lieben* MedR 2020, 627, 627 f.; siehe auch *Epitropakis*, Organallokation, S. 249; in diese Richtung auch *Kudlich* NJW 2017, 3255, 3256 und aus der Rspr. LG München BeckRS 2017, 143145 Rn. 28; *Haas* HRRS 2016, 384, 395 f.; *Engländer* JuS 2001, 958, 960 f.  
<sup>38</sup> Etwa *Weigend*, in: LK, § 13 Rn. 73; *Kudlich/Hoven*, in: FS Rogall, S. 209, 220; *Engländer* JuS 2001, 958, 961; *Haas* HRRS 2016, 384, 395 f.; vgl. auch *Puppe* ZIS 2018, 484, 491 f.; *Lorenz* medstra 2020, 156, 164.  
<sup>39</sup> In die Richtung der Einordnung der Wahrscheinlichkeitsklausel als Beweisregel *Kudlich/Hoven*, in: FS Rogall, S. 209, 217.  
<sup>40</sup> *Kudlich/Hoven*, in: FS Rogall, S. 209, 220.  
<sup>41</sup> Vgl. auch *Kudlich/Hoven*, in: FS Rogall, S. 209, 216 ff.  
<sup>42</sup> Siehe Verweise Fn. 38.  
<sup>43</sup> Implizit der 5. Strafsenat, BGHSt 62, 223, 242 f. Rn. 55 = HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 58; explizit *Rosenau/Lorenz* JR 2018, 168, 179, 180 f., indem sie mit der Kongruenz von objektivem und subjektivem Tatbestand argumentieren.

nungslager begründen kann, soll vorab die hiervon abseitsstehende Argumentation von *Schroth/Hofmann* in aller Kürze widerlegt werden.

## 1. Die vorsatzbezogene Argumentation von *Schroth/Hofmann*

*Schroth/Hofmann* stützen das Ergebnis des 5. Strafsenats, indem sie die Bezugspunkte der Möglichkeitsvorstellung im Sinne des Eventualvorsatzes herausstellen.<sup>44</sup> Beim unechten Unterlassungsdelikt könne sich die Möglichkeitsvorstellung nur auf die Möglichkeit des Erfolgseintritts beziehen, nicht hingegen auf die Quasikausalität.<sup>45</sup> Dies leiten sie aus einem Vergleich mit dem aktiven Tun her, bei dem sich die Möglichkeitsvorstellung auf die Kausalität nur insoweit beziehe, „als aus Sicht des Täters nicht feststeht, ob die Tathandlung letztlich in einem Erfolgseintritt mündet oder sich in einer Rechtsgutsgefährdung erschöpft“<sup>46, 47</sup>

In den Ausführungen von *Schroth/Hofmann* fehlt es jedoch an einem letzten Schluss aus dem Vergleich von aktivem Tun und Unterlassen. Auch beim Unterlassen/Abbruch eines rettenden Kausalverlaufes müsste sich die Möglichkeitsvorstellung auf die Quasikausalität jedenfalls insofern beziehen können, als das aus der Sicht des Täters nicht feststeht, ob das Unterlassen letztlich den Erfolg verhindert hätte, oder sich in einer Rechtsgutsgefährdung erschöpft.<sup>48</sup> Ohne Bezugnahme auf die Wahrscheinlichkeitsklausel ist dies dann der Fall, wenn der Täter unsicher ist, ob die gebotene Handlung den Erfolg abwenden würde, ergo wenn er die Erfolgsabwendung für möglich hält. Dies setzt entgegen *Schroth/Hofmann* die Anforderungen an den Vorsatz im Vergleich zum aktiven Tun nicht herab.<sup>49</sup> Vielmehr benennen *Schroth/Hofmann* die parallele Konstellation beim aktiven Tun als Bezugspunkt der Möglichkeitsvorstellung.<sup>50</sup> Demnach stützt die Argumentation von *Schroth/Hofmann* für sich genommen nicht die These des 5. Strafsenats, dass das kognitive Vorsatzelement bei dem bloßen für möglich Halten der Erfolgsabwendung nicht vorliege.

## 2. Die unterschiedliche dogmatische Einordnung der Meinungslager

Nach diesem kurzen Intermezzo folgt nun der nähere Blick auf das scheinbare Zentrum des Meinungsstreites: die unterschiedliche dogmatische Einordnung der Wahrscheinlichkeitsklausel. Die Sicherheitsthese ordnet sie als Teil des objektiven Unrechtstatbestandes ein und die Möglichkeitsthese als Beweisregel (s.o.). Infolgedessen müsse sich der Vorsatz entweder auch auf die Wahrscheinlichkeitsklausel beziehen (Sicherheitsthese)<sup>51</sup> oder

nicht (Möglichkeitsthese)<sup>52</sup>. Hieraus leitet der 5. Strafsenat ab, dass ein bloßes für möglich Halten der Erfolgsabwendung für das kognitive Vorsatzelement nicht ausreiche (Sicherheitsthese)<sup>53</sup> und der 1. Strafsenat, dass dies ausreiche (Möglichkeitsthese).<sup>54</sup>

Diese letzte Ergebnisdifferenz ist jedoch fraglich. Es sei hiermit im Anschluss an *Kudlich/Hoven* die These aufgestellt, dass allein die unterschiedliche dogmatische Einordnung der Sicherheitsklausel die Ergebnisdifferenz nicht begründen kann.<sup>55</sup> Vielmehr müssten beide Meinungslager bei ansonsten identischen Prämissen das kognitive Vorsatzelement des Eventualvorsatzes schon dann bejahen, wenn der Täter eine Erfolgsabwendung durch die gebotene Handlung nur für möglich hielt.<sup>56</sup> Dies ist folgendermaßen zu begründen:

a) Auch wenn sich der Vorsatz entsprechend der Sicherheitsthese auf die Wahrscheinlichkeitsklausel beziehen müsste, modifizierte dies nicht, wie sicher sich der Täter „einer tatsächlichen (Wirk-) Kausalität“<sup>57</sup> sein müsste.<sup>58</sup> Anders ausgedrückt: Es modifizierte nicht, welcher Vorsatzgrad für die Strafbarkeit ausreiche. Es genügen weiterhin alle tauglichen Vorsatzformen – *dolus directus* 1. Grades, 2. Grades und auch der *dolus eventualis*.<sup>59</sup> Das kognitive Vorsatzelement des Eventualvorsatzes müsste unter der dogmatischen Einordnung der Sicherheitsthese folglich derjenige erfüllen, wer es für möglich hält, dass die gebotene Handlung den Erfolg mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit entfallen ließe.<sup>60</sup>

b) Die Anforderungen, welche die Möglichkeitsthese an den Vorsatz auf die Quasikausalität stellt, unterscheiden sich hiervon jedoch nur geringfügig. Man hat sich zu vergegenwärtigen, dass die Möglichkeitsthese die Wahrscheinlichkeitsklausel nur als Beweisregel ansieht, demnach *nicht* als Teil des objektiven Unrechtstatbestandes. Damit setzte Quasikausalität als Teil des objektiven Unrechtstatbestandes nach der Möglichkeitsthese voraus, dass die gebotene Handlung den Erfolg *tatsächlich* verhindert hätte.<sup>61</sup> Entsprechend setzte das kognitive Vorsatzelement des Eventualvorsatzes nach der Möglichkeitsthese voraus, dass der Täter es für möglich hielte, dass die gebotene Handlung den Erfolg *tatsächlich* verhindern würde.<sup>62</sup> Während eine Einordnung der Wahrscheinlichkeitsklausel als Beweisregel demnach Vorsatz auf eine

<sup>44</sup> *Schroth/Hofmann* medstra 2018, 3, 11.

<sup>45</sup> *Schroth/Hofmann* medstra 2018, 3, 11.

<sup>46</sup> *Schroth/Hofmann* medstra 2018, 3, 11.

<sup>47</sup> *Schroth/Hofmann* medstra 2018, 3, 11.

<sup>48</sup> Vgl. zur parallelen Konstellation beim aktiven Tun *Schroth/Hofmann* medstra 2018, 3, 11.

<sup>49</sup> So aber *Schroth/Hofmann* medstra 2018, 3, 11.

<sup>50</sup> *Schroth/Hofmann* medstra 2018, 3, 11.

<sup>51</sup> Vgl. BGHSt 62, 223, 242 Rn. 55 = HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 58; *Rosenau/Lorenz* JR 2018, 168, 179, 180 f.

<sup>52</sup> Siehe Verweise Fn. 37.

<sup>53</sup> Vgl. BGHSt 62, 223, 243 Rn. 55 = HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 58; *Rosenau/Lorenz* JR 2018, 168, 179, 180 f.

<sup>54</sup> Vgl. BGH HRRS 2021 Nr. 21, Rn. 20; für die Lit. siehe Verweise Fn. 38.

<sup>55</sup> Letztlich so auch *Kudlich/Hoven*, in: FS Rogall, S. 209, 220.

<sup>56</sup> *Kudlich/Hoven*, in: FS Rogall, S. 209, 220.

<sup>57</sup> *Kudlich/Hoven*, in: FS Rogall, S. 209, 219.

<sup>58</sup> *Kudlich/Hoven*, in: FS Rogall, S. 209, 219; so auch *Ast* HRRS 2017, 500, 501; *Puppe* ZIS 2018, 484, 492; in diese Richtung auch *Rissing-van Saan/Verrel* NStZ 2018, 57, 66.

<sup>59</sup> Siehe auch *Kudlich/Hoven*, in: FS Rogall, S. 209, 219; *Hoven* NStZ 2017, 707, 708; bzgl. des Eventualvorsatzes auch *Ast* HRRS 2017, 500, 501; *Vogel/Bülte*, in: LK, § 15 Rn. 60; *Rissing-van Saan/Verrel* NStZ 2018, 57, 66; vgl. *Gaede*, in: Aktuelle Entwicklungen Medizinstrafrecht, S. 11, 27.

<sup>60</sup> So auch *Kudlich/Hoven*, in: FS Rogall, S. 209, 218 f.

<sup>61</sup> So auch *Engländer* JuS 2001, 958, 960; *Kudlich/Hoven*, in: FS Rogall, S. 209, 217 ff.

<sup>62</sup> So auch *Engländer* JuS 2001, 958, 961; *Kudlich/Hoven*, in: FS Rogall, S. 209, 219 f.

tatsächliche Erfolgsabwendung erforderte, setzte eine Einordnung der Wahrscheinlichkeitsklausel als Teil des Unrechtstatbestandes nur Vorsatz auf eine *mit an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit* der Erfolgsabwendung voraus (s.o.). Vorsatz auf „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“ stellt jedoch eine geringere Hürde dar als Vorsatz auf „tatsächliche Sicherheit“ und ist als „Minus“ in diesem enthalten.<sup>63</sup>

Genau betrachtet würde die Sicherheitsthese nach ihrer dogmatischen Einordnung der Wahrscheinlichkeitsklausel marginal geringere Anforderungen an das kognitive Vorsatzelement stellen als die Möglichkeitsthese. Demnach müsste die Sicherheitsthese das kognitive Vorsatzelement stets dann bejahen, wenn dies nach dem Maßstab der Möglichkeitsthese zu bejahen wäre.<sup>64</sup> Also, zumindest nach den Vertretern der Möglichkeitsthese, auch dann, wenn der Täter es „nur“ für möglich gehalten habe, dass die gebotene Handlung den Erfolg verhindern könnte.<sup>65</sup> Solch ein Fall lag dem Urteil des 5. Strafsenats zugrunde. Obwohl der Angeklagte die Rettungschance stark vereinfacht mit „nur“ 90 % ansetzte, hielt er es dennoch weiterhin für möglich, dass die Transplantation den Tod des „überholten“ Patienten verhindern könnte.<sup>66</sup> Bei ansonsten identischen Prämissen hätten die Vertreter der Sicherheitsthese wie dem 5. Strafsenat demnach mit den Vertretern der Möglichkeitsthese das kognitive Vorsatzelement des Angeklagten bejahen müssen.<sup>67</sup> Der 5. Strafsenat und die zustimmende Literatur lehnten das kognitive Vorsatzelement in jenem Fall jedoch geschlossen ab.<sup>68</sup>

### 3. Zwischenfazit

Es ist damit festzustellen, dass die unterschiedlichen Ergebnisse des 1. und 5. Strafsenats grundsätzlich nicht dadurch begründet werden können, wie sie die Wahrscheinlichkeitsklausel jeweils dogmatisch einordnen. Bei ansonsten identischen Prämissen müsste dem Ergebnis des 1. Strafsenats respektive der Möglichkeitsthese gefolgt werden. Das kognitive Vorsatzelement läge damit unabhängig von der dogmatischen Einordnung der Wahrscheinlichkeitsklausel jedenfalls dann vor, wenn der Täter es für möglich hält, dass die gebotene Handlung den Erfolg verhindern würde.

Es scheint, dass das Ergebnis des 5. Strafsenats und damit der Sicherheitsthese nicht überzeugt. Bislang wurde jedoch die dogmatische Einordnung der Wahrscheinlichkeitsklausel als einziger explizit genannter Ansatzpunkt betrachtet, welcher die unterschiedlichen Ergebnisse der Meinungslager erklären könnte.

Möglicherweise ist das Ergebnis des 5. Strafsenats unter einem anderen Blickwinkel dogmatisch stringent zumindest begründbar. In diese Richtung deutet auch folgende Überlegung: Es ist zu erwägen, ob die dogmatische Einordnung der Wahrscheinlichkeitsklausel als Teil des Unrechtstatbestandes nicht nur die Anforderungen an das kognitive Vorsatzelement verringerte. Vielmehr könnte es zusätzlich auch Zeichen anderer Grundannahmen hinsichtlich des weltlich realen Zusammenhangs sein, der Grundlage der Quasikausalitäts-Beurteilung ist.

## 4. Der der Quasikausalität zugrundeliegende Zusammenhang

### a) Die notwendige Prämisse der Möglichkeitsthese

Die Vertreter der Möglichkeitsthese gehen davon aus, dass derjenige sich zwangsläufig Quasikausalität vorstellt, der es nur für möglich hält, dass der Erfolg durch seine Handlung abgewendet werden würde.<sup>69</sup> Diese Annahme der Vertreter der Möglichkeitsthese hat nur dann Bestand, wenn der der Quasikausalität zugrundeliegende Zusammenhang nur zwei Ergebnisse kennt – (0) und (1). Entweder wäre der Erfolg bei Vornahme der gebotenen Handlung nicht entfallen (0) oder er wäre entfallen (1). Denn nur dann stellt sich auch derjenige, der die Erfolgsabwendung für unwahrscheinlich, jedoch für möglich hält, zwangsläufig Quasikausalität vor.<sup>70</sup> Damit gehen sie von einem vollkommen deterministischen Weltbild aus, in der es immer ein 100 % sicheres Ergebnis in Bezug auf einen hypothetischen Geschehensablauf gibt.<sup>71</sup>

### b) Indeterminierte und determinierte Prozesse

Was ist aber, wenn die Sicherheitsthese dies nicht zugrunde lege? Wenn es nach ihr nicht einen sicheren Ausgang eines hypothetischen Verlaufes gäbe und der Verlauf folglich indeterminiert wäre? Am Beispiel der Organallokation: Was ist, wenn der 5. Strafsenat davon ausgegangen wäre, dass auch ex post nachdem die gebotene Handlung unterlassen worden wäre, nicht sicher feststehe, ob der Patient im Falle des nicht-Unterlassens überlebt hätte, sondern nur eine *Überlebenswahrscheinlichkeit* festgestellt werden könnte?<sup>72</sup>

*Puppe* weist tatsächlich schon seit langem explizit darauf hin, dass ein vollständig deterministisches Weltbild überholt sei.<sup>73</sup> Es sei vielmehr zwischen zwei Arten der natürlich auftretenden Prozesse zu unterscheiden: determinierte und indeterminierte Prozesse.<sup>74</sup> Bei determinierten Prozessen sei die Frage, welches Ergebnis bei einem bestimmten Geschehensablauf eingetreten wäre,

<sup>69</sup> Siehe Verweise Fn. 38.

<sup>70</sup> Ausdrücklich ist etwa *Engländer* JuS 2001, 958, 960 hiervon ausgegangen; wohl auch *Kudlich/Hoven*, in: FS Rogall, S. 209, 217 ff.; hierzu auch *Puppe*, Strafrecht Allgemeiner Teil, 4. Aufl. (2019), § 2 Rn. 64.

<sup>71</sup> Siehe *Puppe*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen (Hrsg.), Nomos Kommentar, Strafgesetzbuch, 5. Aufl. (2017), Vor § 13 Rn. 146; vgl. *Puppe* JR 1994, 515, 516 f.

<sup>72</sup> So letztlich *Puppe*, in: NK, Vor § 13 Rn. 151a.

<sup>73</sup> Schon etwa in *Puppe* JR 1994, 515, 517.

<sup>74</sup> Etwa in *Puppe*, in: NK, Vor § 13 Rn. 135 ff.

<sup>63</sup> So auch *Kudlich/Hoven*, in: FS Rogall, S. 209, 219; beachte insb. auch das illustrative Bsp. von *dies.*, a.a.O. in Fn. 31.

<sup>64</sup> So letztlich auch *Kudlich/Hoven*, in: FS Rogall, S. 209, 219 f.

<sup>65</sup> So auch *Kudlich/Hoven*, in: FS Rogall, S. 209, 220.

<sup>66</sup> BGHSt 62, 223, 242 f. Rn. 54 f. = HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 57 f.

<sup>67</sup> So auch *Kudlich/Hoven*, in: FS Rogall, S. 209, 220.

<sup>68</sup> BGHSt 62, 223, 243 Rn. 55 = HRRS 2017 Nr. 968, Rn. 58; *Rosenau/Lorenz* JR 2018, 168, 180 f.; *Kraatz* NStZ-RR 2017, 329, 334.

mit 100 % Sicherheit objektiv entscheidbar,<sup>75</sup> bei indeterminierten Prozessen hingegen nicht.<sup>76</sup> Übrig blieben Wahrscheinlichkeiten dafür, ob einzelne Ergebnisse eingetreten wären.<sup>77</sup> Puppe arbeitet dabei insbesondere Krankheitsverläufe als solche indeterminierten Prozesse heraus.<sup>78</sup> Ferner sei menschliches Handeln selbst bzw. seien „menschliche Motivationsprozesse“<sup>79</sup> nicht determiniert.<sup>80</sup>

### c) Die Konsequenz für die Quasikausalität

Nähme man an, dass ein indeterminierter Prozess vorläge, wäre der der Quasikausalität zugrundeliegende Zusammenhang kein (1)/(0) Zusammenhang. Vielmehr gäbe es nur die Wahrscheinlichkeit einzelner Erfolgseintritte. Würde man die Formel der Quasikausalität nicht entsprechend anpassen, träte dann Folgendes ein: Betrüge die Erfolgsabwendungswahrscheinlichkeit etwa 90 %, wäre der Erfolg nicht (sicher) entfallen, wenn die gebotene Handlung vorgenommen worden wäre. Damit würde das Unterlassen nicht quasikausal sein.<sup>81</sup> Eine Versuchsstrafbarkeit eines Unterlassenden, der die Umstände, welche die Indetermination begründen, kennen würde, entfiel.<sup>82</sup> Es würde demnach regelmäßig eine Strafbarkeit in Gänze entfallen.<sup>83</sup>

### d) Die Konsequenz für den Meinungsstreit

Dieses Ergebnis entspricht demjenigen der Vertreter der Sicherheitsthese wie dem 5. Strafsenat. Das kognitive Vorsatzelement des Arztes wegen bekannter bloßer Transplantationserfolgswahrscheinlichkeit von 90 % mit der Sicherheitsthese abzulehnen, ist folglich dann vertretbar, wenn man die Existenz indeterminierter Prozesse anerkennen würde, im behandelten Fall einen solchen annehme und die Quasikausalität unmodifiziert anwende.<sup>84</sup> Die Annahme indeterminierter Prozesse würde auch zu dem (vermeintlich) kriminalpolitischen Störgefühl passen, welches *Rosenau/Lorenz* anmeldeten (s.o.).<sup>85</sup> Zwar bezogen diese sich auf Situationen, in denen der *Nachweis* der Quasikausalität niemals gelingen könnte.<sup>86</sup> Ihre Überlegung berührt jedoch das Problem von indeterminierten Prozessen und der Quasikausalität.

Es schließt sich auch ein Kreis: Man könnte schlussfolgern, dass, wenn man die Wahrscheinlichkeitsklausel wie die Sicherheitsthese als Teil des objektiven Tatbestandes sieht, dies die Annahme, dass indeterminierter Prozesse

existieren, bedingt. Denn die Wahrscheinlichkeitsklausel als Teil des Unrechtstatbestandes setzte voraus, dass es hypothetische Geschehensabläufe gäbe, in denen die Wahrscheinlichkeit der Erfolgsabwendung nicht 100 % betrüge, sondern nur gegen 100 %, mithin weniger als 100 %. Dies ist bei einem rein determinierten Prozess jedoch nicht möglich, demnach würde die Möglichkeit indeterminierter Prozesse vorausgesetzt werden.<sup>87</sup>

Halten der 5. Strafsenat und die Vertreter der Sicherheitsthese an ihrer Verneinung auch der Versuchsstrafbarkeit fest, könnte sich demnach die Frage nach der Existenz indeterminierter Prozesse in den Mittelpunkt des Meinungsstreites schieben.<sup>88</sup> Nimmt man im jeweils beurteilten Fall einen indeterminierten Prozess an, kommt man zum Ergebnis der Sicherheitsthese. Nimmt man einen determinierten Prozess an, kommt man zum Ergebnis der Möglichkeitsthese.<sup>89</sup>

### e) Das Problem indeterminierter Prozesse

Die Frage, ob indeterminierte Sachverhalte existieren, soll an dieser Stelle als eher philosophische, naturwissenschaftliche und den Rahmen dieser Anmerkung sprengende Frage offengelassen werden. Dennoch eine kurze Zwischenbemerkung:

Die Frage nach der Existenz indeterminierter Prozesse ist deswegen so schwierig zu beantworten, da sich die Weltanschauung durch stetig wissenschaftliche Erkenntnisse weiterentwickelt. Nur weil wir zurzeit einzelne Abläufe, physikalische Prozesse oder auch Krankheitsverläufe nicht erklären können, bedeutet dies nicht, dass diese wirklich indeterminiert sind und nicht uns einzig die Erkenntnismöglichkeiten fehlen.<sup>90</sup> Wie *Greco* richtig herausstellt: Es ist zu fragen, „mit welchem Recht sich diese Unkenntnis zulasten des Täters auswirken kann“<sup>91</sup>. Andererseits setzt die Kausalitäts- und Quasikausalitätsbetrachtung zwangsläufig eine Entscheidung über die Frage voraus, ob jegliche Abläufe determiniert sind, oder nicht. Lehnt man ab, dass indeterminierte Prozesse existieren, geht man stets von einem determinierten Prozess aus. Dies kann sich in Form einer verbleibenden Versuchsstrafbarkeit zulasten des Täters auswirken.<sup>92</sup> Wir können uns aber auch nicht sicher sein, ob die von uns angenommene „Theorie der Verursachung richtig und voll-

<sup>75</sup> Siehe *Puppe*, in: NK, Vor § 13 Rn. 146; vgl. *dies.*, Strafrecht AT, § 2 Rn. 64; *dies.* JR 1994, 515, 516 f.

<sup>76</sup> Vgl. *Puppe* JR 1994, 515, 516 f.; *dies.*, Strafrecht AT, § 2 Rn. 21.

<sup>77</sup> Vgl. *Puppe* JR 1994, 515, 516 f.; *dies.*, Strafrecht AT, § 2 Rn. 21.

<sup>78</sup> *Puppe*, in: NK, Vor § 13 Rn. 138; *dies.* JR 1994, 515, 516.

<sup>79</sup> *Puppe*, in: NK, Vor § 13 Rn. 135.

<sup>80</sup> *Puppe*, in: NK, Vor § 13 Rn. 135; *dies.* JR 1994, 515, 516.

<sup>81</sup> *Puppe*, in: NK, Vor § 13 Rn. 139, 151.

<sup>82</sup> *Puppe*, in: NK, Vor § 13 Rn. 139, 151.

<sup>83</sup> *Puppe*, in: NK, Vor § 13 Rn. 139, 151.

<sup>84</sup> Vgl. *Puppe*, in: NK, Vor § 13 Rn. 151a spezifisch bzgl. der Strafbarkeit der Manipulation der Organallokation, wenn man einen indeterminierten Prozess annähme.

<sup>85</sup> *Rosenau/Lorenz* JR 2018, 168, 180.

<sup>86</sup> *Rosenau/Lorenz* JR 2018, 168, 180.

<sup>87</sup> Diese Interpretation ist nicht vollständig zwangsläufig, da man argumentieren könnte, dass die Wahrscheinlichkeitsklausel auch als Teil des Unrechtstatbestandes weiterhin nur eine Beweisregel darstelle. Sie hätte sich nur zum Teil des Unrechtstatbestandes gemauert. Doch trüge eine solche Auffassung die Beweislast dafür, warum in einem Systembruch eine Beweisregel Teil des Unrechtstatbestandes sein sollte.

<sup>88</sup> Vgl. nur *Puppe*, in: NK, Vor § 13 Rn. 151a; *dies.* ZIS 2018, 484, 491 f.

<sup>89</sup> Vgl. zu beidem auch *Puppe*, Strafrecht AT, § 2 Rn. 63 ff. für dieses Ergebnis speziell bzgl. BGHSt 62,223 = HRRS 2017 Nr. 968, wobei sie jedoch bei der Annahme eines indeterminierten Prozesses die Risikoerhöhlungslehre direkt anwendet.

<sup>90</sup> So kritisch auch *Greco* ZIS 2011, 674, 677.

<sup>91</sup> *Greco* ZIS 2011, 674, 677.

<sup>92</sup> Vgl. beispielhaft *Puppe*, Strafrecht AT, § 2 Rn. 64 zur Strafbarkeit im Organallokationsskandal nach dem determinierten „Weltbild“ des BGH.

ständig ist“<sup>93</sup>, d.h. ob es sich tatsächlich um einen determinierten Prozess handelt.<sup>94</sup> Es stellt sich hier folglich gleichermaßen die Frage „mit welchem Recht sich diese Unkenntnis zulasten des Täters auswirken kann“<sup>95</sup>.

### f) Exkurs: Notwendige Modifikation der Quasikausalität bei Annahme indeterminierter Prozesse

Auch wenn diese Anmerkung nicht darauf abzielt zu entscheiden, ob indeterminierte Prozesse existieren oder nicht, sei sich dennoch ein kleiner Exkurs zu wünschenswerten Konsequenzen erlaubt, wenn man die Existenz indeterminierter Prozesse annehme.

Die Quasikausalität ist nicht dazu geeignet, indeterminierte Prozesse zu erfassen. Denn sie setzt gerade voraus, dass ein klares Ergebnis eines hypothetischen Prozesses bestimmbar ist, demnach einen determinierten Prozess.<sup>96</sup> Infolgedessen käme es bei einer unmodifizierten Formel der Quasikausalität zu untragbaren Strafbarkeitslücken; der gesamte Bereich indeterminierter Prozesse wäre dem Strafrecht nicht zugänglich.<sup>97</sup> Dies beträfe insbesondere die Strafbarkeit im Arztstrafrecht, etwa wegen Behandlungsfehlern.<sup>98</sup> Es bestünde insofern eine kriminalpolitische Notwendigkeit, zumindest im Bereich indeterminierter Prozesse die Strafbarkeitsvoraussetzungen entsprechend den Umständen indeterminierter Prozesse anzupassen.<sup>99</sup>

Ein gangbarer Weg wäre es, im Bereich indeterminierter Prozesse die Risikoverminderungslehre anzuwenden.<sup>100</sup> Hiernach setzte eine Bestrafung aus vollendetem Delikt voraus, dass die gebotene Handlung „die Gefahr des Erfolgseintritts vermindert hätte“<sup>101, 102</sup>. Dadurch würden indeterminierte Prozesse handhabbar werden. Denn die Risikoverminderungslehre arbeitet mit Wahrscheinlichkeitsbetrachtungen. Und Wahrscheinlichkeitsbetrachtungen wären alles, was uns im Bereich indeterminierter Prozesse bliebe.<sup>103</sup>

<sup>93</sup> Puppe, in: NK, Vor § 13 Rn. 148.

<sup>94</sup> Siehe Puppe, in: NK, Vor § 13 Rn. 148; *dies.*, Strafrecht AT, § 2 Rn. 26.

<sup>95</sup> Für den Ursprung der Formulierung siehe Fn. 91.

<sup>96</sup> Vgl. noch genereller Puppe, in: NK, Vor § 13 Rn. 151: „Ist die Verletzung nämlich als Verursachung eines determinierten Verletzungsprozesses definiert, so gibt es im nicht-determinierten Bereich keine Verletzungsverbote und demzufolge auch keinen Verletzungsversuch“.

<sup>97</sup> Siehe auch Puppe, in: NK, Vor § 13 Rn. 151.

<sup>98</sup> Puppe, in: NK, Vor § 13 Rn. 139, 148.

<sup>99</sup> Siehe auch Puppe, in: NK, Vor § 13 Rn. 151; *dies.*, Strafrecht AT, § 2 Rn. 22; vgl. auch Greco ZIS 2011, 674, 676, der Strafbarkeitslücken im in der Sache parallelen Fall der Fahrlässigkeitsdelikte sieht.

<sup>100</sup> Puppe, in: NK, Vor § 13 Rn. 151 sieht es sogar als Notwendigkeit an, die Erfolgsszurechnung „auf Risikoerhöhung zu gründen“; zur „Zurechnung nach Wahrscheinlichkeitsgesetzten bei nicht vollständig determinierten Prozessen“ *dies.*, a.a.O. Rn. 135 ff.; zur Risikoverminderungslehre etwa auch Greco ZIS 2018, 674 ff.; Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil Band II (2003), § 31 Rn. 54 ff.

<sup>101</sup> Otto JURA 2001, 275, 276.

<sup>102</sup> Otto JURA 2001, 275, 276; Brammsen MDR 1989, 123, 126; vgl. auch Puppe, in: NK, Vor § 13 Rn. 135; Greco ZIS 2011, 674, 676.

<sup>103</sup> So auch Puppe, in: NK, Vor § 13 Rn. 151.

Jedenfalls das Gegenargument, dass man mit der Risikoverminderungslehre gegen den „in dubio pro reo“-Grundsatz verstoße, verfährt nicht. Dieser Grundsatz greift erst auf prozessualer Ebene; die Risikoverminderungslehre strebt jedoch an, die materiellen Voraussetzungen der Strafbarkeit zu modifizieren.<sup>104</sup>

## V. Fazit und Ausblick

Es ist festzustellen, dass zentraler Punkt der Meinungsverschiedenheit zwischen den Strafsenaten nicht die dogmatische Einordnung der Wahrscheinlichkeitsklausel sein kann. Die unterschiedliche Einordnung kann nicht die unterschiedlichen Ergebnisse der Sicherheitsthese und Möglichkeitsthese begründen. Vielmehr müsste die Sicherheitsthese bei ansonsten identischen Prämissen immer dann das kognitive Vorsatzelement annehmen, wenn dies nach der Möglichkeitsthese anzunehmen wäre. Denn Vorsatz auf „tatsächliche Sicherheit“ umfasst stets auch Vorsatz auf „mit an Sicherheit grenzender Wahrscheinlichkeit“.

In Betracht kommt, dass der 5. Strafsenat respektive die Sicherheitsthese von einer abweichenden Weltanschauung ausgeht. Während das Ergebnis der Möglichkeitsthese stets einen determinierten Prozess voraussetzt, könnte der 5. Strafsenat mittelbar die Existenz indeterminierter Prozesse anerkannt haben. Denn wenn man in der Organtransplantation einen indeterminierten Prozess erkannte, würde man im Organallokationsskandal auch zu dem Ergebnis des 5. Strafsenats kommen – zumindest, wenn man die Quasikausalität unmodifiziert anwendet. Indiz dafür ist, dass, wenn man mit der Sicherheitsthese die Wahrscheinlichkeitsklausel als Teil des Unrechtstatbestandes einordnet, dies implizit voraussetzen könnte, dass indeterminierte Prozesse existieren.

Vorausgesetzt, dass der 5. Strafsenat tatsächlich und nicht nur scheinbar annimmt, dass indeterminierte Prozesse existieren, wäre es jedoch angezeigt, dass sich der Senat zumindest mit einer möglichen Modifikation bzw. Substitution der Quasikausalität auseinandersetzt. Ein gangbarer Weg wäre die Risikoverminderungslehre.

Nun liegt es an dem 5. Strafsenat klarzustellen, ob es sich bei seinem viel diskutierten Maßstab um ein Missverständnis handelt, er in der Tat indeterminierte Prozesse anerkennt, oder er eine anderweitige dogmatisch konsequente Erklärung für sein Ergebnis geben kann.

Festzuhalten ist: Beharrt auch nur einer der beiden Strafsenate entscheidungserheblich auf seiner Auffassung, wäre nach einer erfolglosen Anfrage bei dem jeweils anderen Strafsenat die Streitfrage dem Großen Senat für Strafsachen nach § 132 GVG vorzulegen.<sup>105</sup>

<sup>104</sup> So auch Greco ZIS 2011, 674, 678 f.; zur weiteren Kritik an der Risikoerhöhungslehre und wie diese zu widerlegen ist siehe Puppe, in: NK, Vor § 13 Rn. 141 ff. und Greco ZIS 2011, 674, 678 f.

<sup>105</sup> Etwa Rissing-van Saan/Verrel NStZ 2018, 57, 66 Fn. 76 und Hoven NStZ 2017, 707, 708 schon hinsichtlich des Urteils des 5. Strafsenats.

## Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

## Schrifttum

## Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

## Rechtsprechung

## Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

**520. BVerfG 2 BvR 156/21 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. April 2021 (Hanseatisches OLG)**

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Auslieferung an Lettland zum Zwecke der Strafverfolgung aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (unionsgrundrechtliches Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung; gerichtliche Aufklärungspflicht; zweistufiges Prüfprogramm; unzureichende Sachaufklärung bei Beschränkung auf die Untersuchungshaftanstalt; Gesamtwürdigung der konkret zu erwartenden Haftbedingungen; Ersuchen um Übermittlung der notwendigen Zusatzinformationen innerhalb angemessener Frist; Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens; Zusicherungen des Ausstellungsmitgliedstaats; Überprüfung der Belastbarkeit durch gerichtliche Gefahrenprognose).

Art. 4 GRCh; Art. 3 EMRK; Art. 15 Abs. 2 RbEuHb; Art. 17 RbEuHb

**521. BVerfG 2 BvR 320/20 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. April 2021 (OLG Naumburg / LG Stendal)**

Fortdauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Freiheitsgrundrecht; Mindestanforderungen an die Wahrheitserforschung; verfassungsrechtliches Gebot bestmöglicher Sachaufklärung; Pflicht zur regelmäßigen Heranziehung eines neuen externen Sachverständigen gerade auch bei Entscheidung nach Aktenlage wegen fehlender Mitwirkungsbereitschaft des Untergebrachten; Gefahr repetitiver Routinebeurteilungen); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Rechtsschutzbedürfnis; Feststellungsinteresse nach prozessualer Überholung einer Fortdauerentscheidung; tiefgreifender Grundrechtseingriff).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 66 StGB; § 67d Abs. 3 StGB; Art. 316e Abs. 1 EGStGB; Art. 316f Abs. 2 Satz 1

EGStGB; § 463 Abs. 3 Satz 3 StPO; § 463 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 454 Abs. 2 StPO

**522. BVerfG 2 BvR 1344/20 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 30. März 2021 (OLG Dresden / LG Chemnitz)**

Verlegung eines Strafgefangenen in eine andere Justizvollzugsanstalt (Beeinträchtigung des Resozialisierungsanspruchs; Abbruch sozialer Bindungen; Verlust von Arbeitsmöglichkeit oder Ausbildungsplatz; Erfordernis einer Rechtfertigung der Verlegungsentscheidung bei entgegenstehendem Willen des Gefangenen; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Rückverlegung nach Fehlverhalten trotz bereits verhängter Disziplinarmaßnahmen); Absehen von der Begründung einer Rechtsbeschwerdeentscheidung (Recht auf effektiven Rechtsschutz; kein Leerlaufen des Rechtsmittels; erhebliche Zweifel an der Vereinbarkeit mit Grundrechten; Abweichung von der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 8 StVollzG; § 16 Abs. 1 SächsStVollzG

**523. BVerfG 2 BvR 1543/20 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 29. April 2021 (BGH / LG Lüneburg)**

Verständigung im Strafverfahren (Erfordernis einer ausdrücklichen Zustimmung zum gerichtlichen Verständigungsvorschlag; konkludente Zustimmung nicht ausreichend; keine Heranziehung des Verfahrensablaufs zur Auslegung sonstiger Prozessklärungen der Staatsanwaltschaft als Zustimmungserklärung; kein strukturelles Regelungsdefizit der Vorschriften über die Verständigung; Transparenz- und Dokumentationspflichten; effektive Kontrolle des Verständigungsgeschehens; regelmäßiges Beruhen des Urteils auf fehlender Zustimmung); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Darlegungen zur Einhaltung der Monatsfrist; Vortrag zu allen Zugangszeitpunkten der strafgerichtlichen Entscheidung in Zweifelsfällen).

Art. 20 Abs. 3 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG; § 37 Abs. 2 StPO; § 257c Abs. 2 Satz 2 StPO; § 257c Abs. 3 Satz 4 StPO

**524. BGH 1 StR 15/21 – Beschluss vom 9. März 2021 (LG Freiburg)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Berücksichtigung von Vortaten nur bei Zusammenhang zwischen Vortat und Erkrankung des Täters; erforderliche Darstellungen im Urteil).

§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

**525. BGH 1 StR 20/21 – Beschluss vom 25. Februar 2021 (LG Memmingen)**

Strafzumessung (Annahme eines minderschweren Falls der Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge: maßgebliches Gewicht der Beihilfehandlung, nicht der Schwere der Haupttat).

§ 27 Abs. 1 StGB; § 29a Abs. 2 BtMG

**526. BGH 1 StR 49/21 – Beschluss vom 8. April 2021 (LG Karlsruhe)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**527. BGH 1 StR 52/21 – Beschluss vom 23. März 2021 (LG Kempten)**

Minderschwerer Fall des Totschlags; Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsklinik.

§ 212 StGB; § 213 StGB; § 64 StGB

**528. BGH 1 StR 53/21 – Beschluss vom 23. März 2021 (LG Baden-Baden)**

Fahren ohne Fahrerlaubnis (Tateinheit mit Diebstahl bei „Diebesfahrten“ und bei nur kurzen Fahrtunterbrechungen).

§ 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG; § 242 StGB; § 52 StGB

**529. BGH 1 StR 60/21 – Beschluss vom 6. April 2021 (LG Darmstadt)**

Steuerhinterziehung (Hinterziehung von Festsetzungssteuern durch Unterlassen: erforderliche Feststellungen zum Abschluss der Veranlagungsarbeiten beim zuständigen Finanzamt im Großen und Ganzen).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2 AO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

**530. BGH 1 StR 6/21 – Beschluss vom 23. Februar 2021 (LG Heilbronn)**

Betrug (Vermögensschaden durch Täuschung über fehlenden Willen zur Vertragstreue: nur bei Täuschung über Leistungswille hinsichtlich Primärpflichten, erforderliche konkrete Vermögensgefährdung, hier: Abschluss eines Versicherungsvertrages mit der Absicht, unberechtigte Versicherungsleistungen zu erschleichen; kein Entfall eines Vermögensschadens durch nachträgliche Kompensation; verfassungsrechtliche Anforderungen an die Feststellung eines Vermögensschadens; Konkurrenzen bei mehreren Betrugshandlungen gegenüber einem Opfer in engem zeitlichem Zusammenhang).

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

**531. BGH 1 StR 63/21 – Beschluss vom 7. April 2021**

Festsetzung des Werts des Gegenstands der anwaltlichen Tätigkeit im Revisionsverfahren.

§ 33 Abs. 1 RVG

**532. BGH 1 StR 117/21 – Beschluss vom 22. April 2021 (LG Augsburg)**

Rücknahme der Revision.

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

**533. BGH 1 StR 242/20 – Beschluss vom 25. März 2021 (LG Verden)**

Steuerhinterziehung (keine strafbare Hinterziehung von Kirchensteuer); Einziehung (keine gleichzeitige Einziehung von erlangten Bestechungsgeldern und darauf anfallender hinterzogener Steuer).

§ 370 Abs. 1 AO; § 1 Abs. 1 AO; § 73 StGB; § 299 Abs. 1 StGB

**534. BGH 1 StR 272/20 – Urteil vom 10. März 2021 (LG Aachen)**

Einziehung (Einziehung von ersparten Aufwendungen: erforderlicher messbarer Vermögensvorteil beim Einziehungsadressaten, mögliche Einziehungsadressaten bei Steuerhinterziehung, Einziehung wegen nicht entrichteter Lohnsteuer und Arbeitnehmerbeiträgen zur Sozialversicherung beim Arbeitgeber); Vorenthalten und Ver-

untreuen von Arbeitsentgelt (erforderliche Feststellungen zu den hinterzogenen Sozialversicherungsbeiträgen). § 73 StGB; § 370 Abs. 1 AO; § 37 Abs. 1 AO; § 38 Abs. 1 Satz 1 EstG; § 266a Abs. 1 StGB; § 28e Abs. 1 Satz 1 SGB IV; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

**535. BGH 1 StR 423/20 – Beschluss vom 25. Februar 2021 (LG Mannheim)**

BGHR; Kostenentscheidung (Verringerung der Einziehung durch das Revisionsgericht); Einziehung (Einziehungsgegenstand bei Marktmanipulation). § 473 Abs. 4 StPO; § 465 Abs. 2 StPO; § 73 StPO; § 38 Abs. 2 Nr. 1 WpHG aF, § 39 Abs. 2 Nr. 11 WpHG aF, § 20a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 WpHG aF

**536. BGH 1 StR 65/21 – Beschluss vom 7. April 2021 (LG Mosbach)**

Täter-Opfer-Ausgleich (erforderliche Feststellungen zum kommunikativen Prozess zwischen Täter und Opfer). § 46a Nr. 1 StGB; § 267 Abs. 2 Satz 1 StPO

**537. BGH 1 StR 67/21 – Beschluss vom 6. April 2021 (LG Stuttgart)**

Computerbetrug (Tateinheit bei mehrfacher Nutzung eines Kundenkontos mit den dort gespeicherten unrichtigen Daten). § 263a Abs. 1 StGB

**538. BGH 1 StR 85/21 – Beschluss vom 20. April 2021 (LG Freiburg)**

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

**539. BGH 1 StR 87/21 – Beschluss vom 6. April 2021 (LG Landshut)**

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

**540. BGH 1 StR 483/20 – Beschluss vom 25. Februar 2021 (LG Freiburg)**

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

**541. BGH 1 StR 487/20 – Beschluss vom 9. März 2021 (LG Augsburg)**

Einziehung (erlangtes Etwas: keine Einziehung eines Erbanteils bei Erbwürdigkeit des Einziehungsadressaten). § 73 StGB; § 2339 Abs. 1 Nr. 1 BGB

**542. BGH 1 StR 499/20 – Beschluss vom 10. März 2021 (LG Köln)**

Betrug (erforderliche Bezifferung des Vermögensschadens); Steuerhinterziehung; Mitteilung über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (keine Mitteilungspflicht bei innerhalb der Hauptverhandlung geführten Gesprächen; erforderliche Begründung der Verfahrensrüge). § 263 Abs. 1 StGB; § 370 Abs. 1 AO; § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO, § 344 Abs. 2 StPO

**543. BGH 2 StR 11/21 – Beschluss vom 3. März 2021 (LG Frankfurt am Main)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit; besondere Darlegungsanforderungen in schwierigen Beweislagen: Tatnachweis im Wesentlichen aufgrund des Wiedererkennens des Angeklagten durch einen Tatzeugen). § 261 StPO

**544. BGH 2 StR 14/21 – Beschluss vom 29. März 2021 (LG Aachen)**

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

**545. BGH 2 StR 193/20 – Beschluss vom 3. März 2021 (LG Frankfurt am Main)**

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

**546. BGH 2 StR 21/21 – Beschluss vom 17. März 2021 (LG Frankfurt am Main)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Anforderungen bei Verurteilung eines Angeklagten aufgrund des Geständnisses eines Mitangeklagten, das Gegenstand einer verfahrensbeendenden Absprache gewesen ist); Mittäterschaft (Geltung der allgemeinen Voraussetzungen der Mittäterschaft auch im Betäubungsmittelrecht; Maßstab). § 25 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

**547. BGH 2 StR 302/19 – Beschluss vom 30. März 2021 (LG Frankfurt am Main)**

Anhörungsgrüge (Zurückversetzung des Verfahrens nach erfolgreicher Anhörungsgrüge hinsichtlich abtrennbarer Teile einer Senatsentscheidung). § 356a StPO

**548. BGH 2 StR 346/20 – Beschluss vom 29. März 2021 (LG Aachen)**

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

**549. BGH 2 StR 366/20 – Beschluss vom 29. April 2021 (LG Aachen)**

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

**550. BGH 2 ARs 137/21 (2 AR 97/21) – Beschluss vom 29. April 2021**

Verfahrensverbinding (Voraussetzungen). § 4 Abs. 1 StPO; § 13 Abs. 2 StPO

**551. BGH 4 StR 109/20 – Beschluss vom 13. April 2021 (LG Berlin)**

Verbotene Kraftfahrzeugrennen (objektive und subjektive Anforderungen an ein sog. „Einzelrennen“). § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB

**552. BGH 4 StR 209/20 – Beschluss vom 4. März 2021 (LG Frankenthal)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Fristversäumung (Sinn und Zweck; Anforderungen). Art 103 Abs. 1 GG; § 44 StPO

**553. BGH 4 StR 263/20 – Beschluss vom 3. Februar 2021 (LG Hagen)**

Schwere Vergewaltigung (Bei-Sich-Führen einer Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs: Begriff der Waffe oder eines anderen gefährlichen Werkzeugs, subjektiver Tatbestand, sachgedankliches Mitbewusstsein).  
§ 177 Abs. 7 Nr. 1 StGB; § 16 Abs. 1 Satz 1 StGB

**554. BGH 4 StR 274/20 – Beschluss vom 12. Januar 2021 (LG Bochum)**

Betrug und Computerbetrug (Wahlfeststellung).  
§ 263 StGB; § 263a StGB

Eine Wahlfeststellung zwischen (versuchten) Betrug oder (versuchten) Computerbetrug ist möglich.

**555. BGH 4 StR 310/20 – Beschluss vom 13. April 2021 (LG Dortmund)**

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

**556. BGH 4 StR 311/20 – Beschluss vom 16. März 2021**

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

**557. BGH 4 StR 55/21 – Beschluss vom 27. April 2021 (LG Paderborn)**

Urteilsgründe (gebotene Präzision und Knappheit der Urteilsgründe; in früheren Verurteilungen festgestellter Chatverkehr).  
§ 267 StPO

1. Die schriftlichen Urteilsgründe sind so zu fassen, dass die wesentlichen die Entscheidung tragenden Feststellungen und rechtlichen Erwägungen erkennbar sind. Dies gilt auch für die Darstellung von Vorstrafen.

2. Es besteht in der Regel kein Anlass, in früheren Verurteilungen festgestellten Chatverkehr in seinem vollen Wortlaut in die Urteilsgründe aufzunehmen.

**558. BGH 4 StR 91/21 – Beschluss vom 14. April 2021 (LG Bielefeld)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit; „Aussage gegen Aussage“-Konstellationen); Vergewaltigung (schutzlose Lage nach alter Gesetzesfassung).  
§ 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F.; § 261 StPO

**559. BGH 4 StR 376/20 – Beschluss vom 17. Februar 2021 (LG Hagen)**

Revisionsbegründung (Wirkung der Beschränkung der Revision auf den Rechtsfolgenausspruch für das Revisionsgericht).  
§ 344 Abs. 1 StPO

Durch die Beschränkung des Rechtsmittels auf den Rechtsfolgenausspruch wird das Revisionsgericht nicht nur an die tatsächlichen Feststellungen zur Schuldfrage, sondern auch an die sie betreffende rechtliche Würdigung im angefochtenen Urteil gebunden.

**560. BGH 4 StR 379/20 – Beschluss vom 17. Februar 2021 (LG Essen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**561. BGH 4 StR 418/20 – Beschluss vom 14. Januar 2021 (LG Hagen)**

Beruhens des Urteils auf einer Verletzung des Gesetzes (fehlerhaft unterbliebene Verbescheidung des Widerspruchs gegen die Einführung von Urkunden im Wege des Selbstleseverfahrens: nach neuer Rechtsprechung regelmäßig kein Beruhens); prozessualer Tatbegriff (allgemeiner Maßstab und Modifizierung bei einer Vielzahl überwiegend gleichförmig verlaufender sexueller Übergriffe gegenüber Kindern); Grundsätze der Strafzumessung (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit).  
§ 46 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 249 Abs. 1 StPO; § 249 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 264 Abs. 1 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

**562. BGH 4 StR 445/20 – Beschluss vom 15. Dezember 2020 (LG Essen)**

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

**563. BGH 4 StR 447/20 – Beschluss vom 18. Februar 2021 (LG Arnsberg)**

Revision (Zurücknahme und Verzicht: Entscheidung des Revisionsgerichts bei Streit über die Wirksamkeit einer Rechtsmittelrücknahme; Rücknahme durch den Angeklagten; Formerfordernisse).  
§ 302 StPO

**564. BGH 4 StR 450/20 – Beschluss vom 3. Februar 2021 (LG Dortmund)**

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

**565. BGH 4 StR 457/20 – Beschluss vom 4. Februar 2021 (LG Dortmund)**

Urteilsgründe (Darstellungsanforderungen).  
§ 267 Abs. 4 Satz 1 Halbsatz 2 StPO

**566. BGH 4 StR 467/20 – Beschluss vom 18. März 2021 (LG Arnsberg)**

Exhibitionistische Handlungen (Voraussetzung eines durch das entblößten Gliedes bewirkten sexuellen Lustgewinns).  
§ 183 StGB

**567. BGH 4 StR 467/20 – Beschluss vom 14. April 2021 (LG Arnsberg)**

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

**568. BGH 4 StR 471/20 – Beschluss vom 2. Februar 2021 (LG Dortmund)**

Urteilsgründe (Wiedergabe der Einlassungen des Beschuldigten in der Hauptverhandlung); selbständige Einziehung (Anwendbarkeit nur im selbstständigen Einziehungsverfahren, nicht im Sicherungsverfahren).  
§ 76a Abs. 1 Satz 1 StGB; § 74 Abs. 1 StGB; § 267 StPO; § 413 StPO; § 435 Abs. 1 StPO

**569. BGH 4 StR 473/20 – Beschluss vom 18. Februar 2021 (LG Essen)**

Körperverletzung (Gesundheitsbeschädigung: Herbeiführung eines Rauschzustandes).

§ 223 StGB

**570. BGH 4 StR 480/20 – Beschluss vom 18. März 2021 (LG Dortmund)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Anforderungen an die tatgerichtlichen Beweiserwägungen zu einem fehlenden Falschbelastungsmotiv; Anforderungen an die Darlegung der Beweiswürdigung in den Urteilsgründen: gebotene Präzision und Knappheit der Ausführungen insbesondere bei der Wiedergabe von Zeugenaussagen).

§ 261 StPO; § 267 StPO

**571. BGH 4 StR 485/20 – Beschluss vom 3. März 2021 (LG Hagen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**572. BGH 4 StR 509/20 – Beschluss vom 2. Februar 2021 (LG Bochum)**

Urteil (Berichtigung der Urteilsformel nach Abschluss der mündlichen Urteilsverkündung: Beschränkung auf offensichtliche Verkündungsversehen).

§ 260 StPO

**573. BGH 4 StR 533/20 – Beschluss vom 17. Februar 2021 (LG Hagen)**

Entfernung des Angeklagten bei Vernehmung von Mitangeklagten und Zeugen (enge Auslegung des Begriffs der Vernehmung: keine Erstreckung auf Erhebung eines anderweitigen Sachbeweises).

§ 247 StPO

**574. BGH 4 StR 625/19 – Beschluss vom 16. Februar 2021 (LG Hagen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**575. BGH 4 StR 654/19 – Beschluss vom 28. April 2021 (BGH)**

Verwerfung des Befangenheitsantrags als unzulässig.

§ 26a Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 StPO

**576. BGH 6 StR 102/21 – Beschluss vom 21. April 2021 (LG Rostock)**

Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens und die Zulassung der Anklage in bereits laufender Hauptverhandlung (Besetzung).

§ 199 Abs. 1 StPO; § 76 Abs. 1 Satz 2 GVG; § 33b Abs. 1, Abs. 7 GVG; § 33a Abs. 2 JGG; § 206a Abs. 1 StPO.

**577. BGH 6 StR 114/21 – Beschluss vom 20. April 2021 (LG Hannover)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**578. BGH 6 StR 15/21 – Urteil vom 5. Mai 2021 (LG Saarbrücken)**

Beschränkung der Revision auf Strafausspruch bei Tateinheit; Kognitionspflicht des Gerichts; Härteausgleich.

§ 51 Abs. 2 StGB; § 52 Abs. 1 StGB; 264 StPO

1. Bei Tateinheit kann die Revision nicht wirksam auf einzelne rechtliche Gesichtspunkte des Schuldspruchs

beschränkt werden; das Rechtsmittel erfasst dann den gesamten Schuldspruch.

2. Ein Härteausgleich ist nicht veranlasst, wenn der Angeklagte zu einer Freiheitsstrafe verurteilt ist und es sich bei der grundsätzlich einbeziehungs-fähigen Strafe um eine bezahlte Geldstrafe handelt (st. Rspr.). Dem steht nicht der Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts (HRRS 2018 Nr. 95) entgegen.

**579. BGH 6 StR 61/21 – Beschluss vom 7. April 2021 (LG Verden)**

Einziehung des Wertes von Taterträgen (tatsächliche Verfügungsgewalt bei Mittätern).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73c StGB

Für die Annahme tatsächlicher (Mit-)Verfügungsgewalt genügt es nicht, dass die Angeklagten mittäterschaftlich handelten (st. Rspr.).

**580. BGH 6 StR 6/21 – Urteil vom 21. April 2021 (LG Magdeburg)**

Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (einheitliche Tat des Besitzes); Grundsätze der Strafzumessung (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit; Mitteilung bestimmender Strafzumessungsgründe).

§ 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 46 StGB; 267 Abs. 3 Satz 1 StGB

**581. BGH 6 StR 67/21 – Beschluss vom 21. April 2021 (LG Magdeburg)**

Insolvenzverschleppung durch faktischen Geschäftsführer (keine Abweichung von bisheriger Rechtsprechung).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 154 Abs. 4 InsO

**582. BGH 6 StR 79/21 – Beschluss vom 7. April 2021 (LG Potsdam)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensationsentscheidung; keine Aussetzung zur Bewährung bei einer als vollständig vollstreckt geltenden Freiheitsstrafe).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 13 EMRK; § 56 Abs. 1 StGB

**583. BGH 6 StR 97/21 – Beschluss vom 7. April 2021 (LG Braunschweig)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**584. BGH 6 StR 121/21 – Beschluss vom 5. Mai 2021 (LG Regensburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**585. BGH 6 StR 128/21 – Beschluss vom 7. April 2021 (LG Stendal)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Rücktritt vom Versuch (Urteilsfeststellungen zum Vorstellungsbild; Rücktrittshorizont).

§ 24 Abs. 1 StGB; § 63 StGB

**586. BGH 6 StR 129/21 – Beschluss vom 21. April 2021 (LG Stralsund)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**587. BGH 6 StR 130/21 – Beschluss vom 5. Mai 2021 (LG Lüneburg)**

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

**588. BGH 6 StR 132/21 – Beschluss vom 5. Mai 2021 (LG Braunschweig)**

Körperverletzung (Verletzung durch mehrere Handlungen; eine Tat im Rechtssinne; Verhältnis von Vollendung und Versuch; Versuch einer weiteren Qualifikationsvariante).  
§ 223 Abs. 1 StGB; § 224 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 52 Abs. 1 StGB

**589. BGH 6 StR 134/21 – Beschluss vom 20. April 2021 (LG Saarbrücken)**

Rücktritt vom Versuch (Urteilsfeststellungen zum Vorstellungsbild; Rücktrittshorizont); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.  
§ 24 Abs. 1 StGB; § 63 StGB

**590. BGH 6 StR 135/21 – Beschluss vom 21. April 2021 (LG Schweinfurt)**

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

**591. BGH 6 StR 137/21 – Beschluss vom 4. Mai 2021 (LG Stade)**

Subventionsbetrug bei sogenannten Corona-Soforthilfen (Subvention; Subventionserheblichkeit: präzise Verweigerung, anzukreuzende Wissenserklärung, Klarheit über maßgebende Tatsachen und Angaben).  
§ 264 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 8 Satz 1, Abs. 9 Nr. 1 StGB

**592. BGH 6 StR 148/21 – Beschluss vom 4. Mai 2021 (LG Braunschweig)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Intervalle der Abstinenz).  
§ 64 Satz 1 StGB

**593. BGH 6 StR 152/21 – Beschluss vom 5. Mai 2021 (LG Regensburg)**

Sicherungsverfahren (Antragsschrift als Prozessvoraussetzung).  
§ 414 Abs. 2 StPO

**594. BGH 6 StR 154/21 – Beschluss vom 6. Mai 2021 (LG Dessau-Roßlau)**

Gesamtstrafenbildung (Anforderungen an die Urteilsgründe).  
§ 55 StGB

**595. BGH 6 StR 170/21 – Beschluss vom 4. Mai 2021 (LG Hildesheim)**

Versuchte Erpressung (Gewerbsmäßigkeit; Entkräftung der Regelwirkung).  
§ 253 Abs. 1, Abs. 2, Abs. 4 StGB; § 23 Abs. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

**596. BGH 6 StR 177/21 – Beschluss vom 5. Mai 2021 (LG Hannover)**

Computerbetrug (geringwertiges Tatobjekt); Fehlen eines Strafantrages; Fehlen des Bejahens des besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung.  
§ 263a Abs. 2 StGB; § 263 Abs. 4 StGB; § 248a StGB; § 206a Abs. 1 StPO

**597. BGH 6 StR 190/21 – Beschluss vom 4. Mai 2021 (LG Hannover)**

Unzulässige Rüge der Aktenwidrigkeit.  
§ 261 StPO

**598. BGH 6 StR 197/21 – Beschluss vom 7. Mai 2021 (LG Lüneburg)**

Mord (niedrige Beweggründe; Eigensucht); Aufklärungsrüge (unterbliebene Zeugenvernehmung).  
§ 211 Abs. 2 StGB; § 244 Abs. 2 StPO

**599. BGH 6 StR 200/21 – Beschluss vom 5. Mai 2021 (LG Halle)**

Täter-Opfer-Ausgleich (Erörterung im Urteil; schwerwiegendes Sexualdelikt).  
§ 176a Abs. 2 StGB; § 46a StGB; § 49 Abs. 1 StGB

**600. BGH 6 StR 326/20 – Beschluss vom 26. April 2021 (LG Cottbus)**

Zurückweisung der Erinnerung gegen den Kostenansatz als unbegründet.  
§ 66 Abs. 1 GKG

**601. BGH 6 StR 364/20 – Beschluss vom 20. April 2021 (LG Rostock)**

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unbegründet.  
§ 34 StPO; § 356a StPO

**602. BGH 3 StR 13/21 – Beschluss vom 10. März 2021 (LG Wuppertal)**

Konkurrenzen bei den Brandstiftungsdelikten (schwere Brandstiftung; besonders schwere Brandstiftung; Brandstiftung mit Todesfolge; Versuch; Tateinheit; Gesetzeskonkurrenz).  
§ 306a StGB; § 306b StGB; § 306c StGB; § 52 StGB

**603. BGH 3 StR 183/20 – Urteil vom 11. März 2021 (LG Verden)**

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (naheliegende Schlussfolgerungen; Unterstellung von Tatvarianten ohne konkrete Anhaltspunkte; Zweifelssatz); Feststellungen zu Vorstrafen bei freisprechendem Urteil.  
§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 StPO

**604. BGH 3 StR 19/21 – Beschluss vom 23. März 2021 (LG Aurich)**

Abgabe von Betäubungsmitteln (Abgrenzung zum Überlassen zum unmittelbaren Verbrauch).  
§ 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG

**605. BGH 3 StR 204/20 – Urteil vom 25. Februar 2021 (LG Potsdam)**

Nötigung durch Störung einer Versammlung (Gewalt; körperliche Zwangswirkung; Kraftentfaltung; verbale Einwirkung; Verwerflichkeit; politische Betätigung; Grundrechte; Meinungs- und Versammlungsfreiheit; Unfriedlichkeit); nachträgliche Gesamtstrafenbildung; Zurückweisung eines Beweisantrags.

§ 240 StGB; § 55 StGB; § 244 StPO

**606. BGH 3 StR 300/20 – Beschluss vom 21. April 2021 (LG Oldenburg)**

BGHSt; Bescheidung von nach Fristablauf gestellten Beweisanträgen nach erneutem Eintritt in die Beweisaufnahme (Ablehnung von Beweisanträgen; Beschluss; Bekanntmachung vor dem Schluss der Beweisaufnahme; Ausnahmeregel; Beschleunigung; Verfahrensverzögerungen; Beweisantragsrecht; angemessene Frist; Bescheidung im Urteil; Darlegungen im Beweisantrag; faires Verfahren; rechtliches Gehör).

§ 244 Abs. 6 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK

**607. BGH 3 StR 408/20 – Urteil vom 25. März 2021 (LG Trier)**

Anordnung der unbefristeten Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (schwerer Eingriff; ausgeschlossene oder erheblich verminderte Schuldfähigkeit; verminderte Fähigkeit zur Unrechtseinsicht; psychische Störung; Ausprägungsgrad und Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit; Darstellung in den Urteilsgründen); Beweiswürdigung.

§ 63 StGB; § 261 StPO

**608. BGH 3 StR 60/21 – Beschluss vom 23. März 2021 (LG Oldenburg)**

Unterrichtung des Angeklagten nach seiner vorübergehenden Entfernung während einer Zeugenvernehmung (Art und Weise der Unterrichtung; Videoübertragung; Verhandlungsleistung).

§ 247 StPO

**609. BGH 3 StR 68/21 – Beschluss vom 23. März 2021 (LG Düsseldorf)**

Unzulässige Würdigung des vollständigen Schweigens des Angeklagten (Schweigerecht; Selbstbelastungsfreiheit; faires Verfahren; teilweises Schweigen); räuberische Erpressung (Vermögensschaden; Verhindern der Geltendmachung einer Forderung; Sicherungserpressung).

§ 253 StGB; § 136 Abs. 1 S. 2 StPO; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG

**610. EuGH C-505/19 – Urteil des EuGH (Große Kammer) vom 12. Mai 2021 (WS)**

Außenwirkungen des Raums der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts: Reichweite des unionsrechtlichen Doppelverfolgungsverbots bei einer durch Interpol herausgegebenen Red Notice betreffend ein Strafverfahren in einem Drittstaat; Recht auf Freizügigkeit in der EU; Vorabentscheidungsverfahren

Art. 21 AEUV; Art. 50 GRC; Art. 54 SDÜ; RL (EU) 2016/680, insbes. Art. 4 Abs. 1 Buchst. a, Art. 8 Abs. 1; Interpol's Rules on the Processing of Data (Interpol-Vorschriften für die Verarbeitung von Daten, im Folgenden RPD)

**611. BGH 3 StR 474/19 – Urteil vom 30. März 2021 (LG Stuttgart)**

BGHSt; Ausfuhr von Kriegswaffen ohne Genehmigung (durch falsche amtliche Endverbleibserklärungen ersichliche Genehmigung; Auslegung der Genehmigung; Verwaltungsakzessorität; präventiven Verbot mit Er-

laubnisvorbehalt; repressives Verbot mit Befreiungsvorbehalt; Tatbestandsausschluss; Rechtswidrigkeit); Einziehung von Taterträgen (erlangtes Etwas; Abzugsverbot; Drittbegünstigter; Handeln für einen anderen; Gutgläubigkeit; juristische Person; Organwalter; Entreichung; Härtefall; Bruttoprinzip; Unmittelbarkeit des Dritterwerbs).

§ 22a Abs. 1 KrWaffKG; § 73b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB; § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB

**612. BGH 3 StR 489/20 – Beschluss vom 9. März 2021 (LG Trier)**

Sexuelle Belästigung durch körperliches Berühren.

§ 184i Abs. 1 StGB

**613. BGH 5 StR 339/20 – Urteil vom 29. April 2021 (LG Dresden)**

Vorsatz bei der Geldwäsche (Herrühren aus einer Katalogtat; konkreter Vortäter; Umstände der Tat; andere Katalogtat; Parallelwertung in der Laiensphäre; Eventualvorsatz; Gleichgültigkeit); Konkurrenzen bei mehrfachem Gebrauch einer gefälschten Urkunde.

§ 261 StGB; § 15 StGB; § 267 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

**614. BGH 5 StR 371/20 – Urteil vom 15. April 2021 (LG Berlin)**

BGHR; Rechtswidrigkeit der erstrebten Bereicherung bei der Erpressung (Betäubungsmittelkauf; Wechselgeld; Anspruch; gesetzliches Verbot; Nichtigkeit; Teilnichtigkeit; dingliche und bereicherungsrechtliche Ansprüche; Versuch; Vorsatz; Parallelwertung in der Laiensphäre); mittäterschaftlich begangene (gefährliche) Körperverletzung.

§ 253 Abs. 1 StGB; § 223 StGB; § 224 StGB; § 25 Abs. 2 StGB

**615. BGH 5 StR 44/21 – Beschluss vom 27. April 2021 (LG Hamburg)**

Postpendenz und Wahlfeststellung zwischen Diebstahl und Hehlerei.

Vor § 1 StGB; § 242 StGB; § 259 StGB

**616. BGH 5 StR 500/20 – Urteil vom 28. April 2021 (LG Leipzig)**

Feststellung des Tötungseventualvorsatzes bei konkret lebensgefährlicher Tatausführung (billigende Inkaufnahme; Beweisanzeichen; ernsthaftes tatsachenbasiertes Vertrauen; Gleichgültigkeit).

§ 212 StGB; § 15 StGB

**617. BGH StB 17/21 – Beschluss vom 21. April 2021 (OLG Stuttgart)**

BGHR; Sofortige Beschwerde gegen die Ablehnung der Bestellung eines Pflichtverteidigers (erneuter inhaltsgleicher Antrag nur bei wesentlicher Änderung der tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse).

§ 142 Abs. 7 S. 1 StPO; § 144 Abs. 1 StPO; § 304 Abs. 4 Satz 2 Hs. 2 Nr. 1 StPO

**618. BGH StB 47/20 – Beschluss vom 28. April 2021**

Überwachung von beim Provider gespeicherten E-Mails (Telekommunikation; Telekommunikationsdienst; Dienstanbieter; Verkehrsdaten; Over the Top-Dienste; tele-

kommunikationsrechtliche Begriffsbildung); Statthaf-  
tigkeit der Beschwerde.  
§ 100a StPO; § 304 StPO

**619. BGH 2 StR 125/21 – Beschluss vom 29. April 2021 (LG Fulda)**

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

**620. BGH 2 StR 197/20 – Beschluss vom 26. August 2020 (LG Gießen)**

Strafmilderung oder Absehen von Strafe (Offenbaren von Täterwissen: Unerheblichkeit des Motivs der Offenbarung); Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung ungünstiger wirtschaftlicher Verhältnisse oder einer Suchterkrankung).

§ 46 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 31 BtMG

**621. BGH 2 StR 235/20 – Beschluss vom 13. April 2021 (LG Köln)**

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

**622. BGH 2 StR 242/20 – Urteil vom 20. Januar 2021 (LG Fulda)**

Betrug (Vorsatz: Eventualvorsatz, Erörterungsmängel hinsichtlich des Verhältnisses zwischen grundsätzlich berechtigten und unberechtigten Rechnungen bei einer Vielzahl von Betrugsfällen); Urteilsgründe (Anforderungen an die Darstellung der Feststellungen und der sie tragenden Beweiserwägungen; grundsätzlich keine Bezugnahmen oder Verweisungen auf Aktenbestandteile; Begriff der Abbildungen, die sich bei den Akten befinden).

§ 15 StGB; § 263 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO

**623. BGH 2 StR 31/21 – Beschluss vom 14. April 2021 (LG Aachen)**

Einziehung von Tatobjekten (klare Kennzeichnung der einzuziehenden Gegenstände in der Einziehungsentscheidung, insbesondere bei Betäubungsmitteln).

§ 74 Abs. 2 StGB; § 33 Abs. 2 BtMG

Jede Einziehungsentscheidung hat die einzuziehenden Gegenstände so genau zu kennzeichnen, dass bei allen Beteiligten und der Vollstreckungsbehörde Klarheit über den Umfang der Anordnung besteht; im Falle von Betäubungsmitteln gehört dazu insbesondere die Angabe von Art und Menge des einzuziehenden Rauschgifts, die sich aus dem Urteilstenor ergeben muss.

**624. BGH 2 StR 359/20 – Beschluss vom 17. März 2021 (LG Köln)**

Anrechnung der Auslieferungshaft in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union (Anrechnungsmaßstab); Urteilsgründe (Anforderungen an Knappheit und Klarheit der Urteilsgründe); Raub mit Todesfolge; Vorsatz (bedingter Tötungsvorsatz: allgemeiner Maßstab, Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit, Berücksichtigung der erkannten Gefährlichkeit der Tathandlung, mittäter-schaftlich begangene Tötungsverbrechen).

§ 15 StGB; § 51 StGB; § 251 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

**625. BGH 2 StR 376/20 – Beschluss vom 12. Mai 2021 (LG Frankfurt am Main)**

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

**626. BGH 2 StR 75/21 – Beschluss vom 13. April 2021 (LG Darmstadt)**

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

**627. BGH 2 StR 431/20 – Beschluss vom 4. März 2021 (LG Frankfurt am Main)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (nur ausnahmsweise Überantwortung in das Beschlussverfahren; Zäsurwirkung der frühesten Vorverurteilung); selbständige Einziehung, selbständiges Einziehungsverfahren; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Stützen der Gefährlichkeitsprognose auf frühere Taten; allgemeiner Maßstab; Psychose aus dem Formenkreis der Schizophrenie: konkrete Feststellung eines akuten Schubs der Erkrankung und Auswirkung auf Tatbegehung).

§ 53 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB; § 63 StGB; § 76a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 StGB; § 435 StPO; § 460 StPO; § 462 StPO

**628. BGH 2 StR 446/20 – Beschluss vom 12. Mai 2021 (LG Köln)**

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

**629. BGH 2 ARs 172/20 2 AR 116/20 – Beschluss vom 29. April 2021**

Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer (Organisationshaft im Jugendvollzug).

§ 462a StPO; § 85 Abs. 2, Abs. 4 JGG; § 110 JGG

**630. BGH 4 StR 142/20 – Beschluss vom 24. März 2021 (LG Berlin)**

Vorsatz (bedingter Tötungsvorsatz: allgemeiner Prüfungsmaßstab und wertende Gesamtschau; Berücksichtigung eines starken Fluchtwillens bei Polizeifluchtfällen als Indiz für billigende Inkaufnahme des Todes); verbotenes Kraftfahrzeugrennen mit Todesfolge (verbotenes Einzelrennen: Voraussetzungen des objektiven und subjektiven Tatbestandes; Erfassung auch von Polizeifluchtfällen).

§ 15 StGB; § 211 StGB; § 212 StGB; § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB

**631. BGH 4 StR 165/20 – Beschluss vom 29. April 2021 (LG Kempten)**

Verbotene Kraftfahrzeugrennen (verbotene Einzelrennen; Begriff der groben Verkehrswidrigkeit: Massivität des Geschwindigkeitsverstoßes; überschießende Innentendenz; Tatbestandsmäßigkeit von Polizeifluchtfällen).

§ 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB

**632. BGH 4 StR 300/20 – Beschluss vom 13. Januar 2021 (LG Bielefeld)**

Urteilsgründe (verminderte Schuldfähigkeit: Anforderungen an die Wiedergabe von Anknüpfungspunkten und Darlegungen eines Sachverständigengutachtens durch den Tatrichter); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Begriff der Straftat von erheblicher Bedeutung).

§ 21 StGB; § 63 Satz 1 StGB; § 267 StPO

1. Schließt sich der Tatrichter bei Beurteilung der Schuldfähigkeit den Ausführungen des Sachverständigen an, müssen dessen wesentlichen Anknüpfungspunkte und Darlegungen im Urteil so wiedergegeben werden, wie dies zum Verständnis des Gutachtens und zur Beurteilung seiner Schlüssigkeit erforderlich ist.

2. Die für die Maßregelanordnung erforderliche Gefährlichkeitsprognose ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstaten zu entwickeln. Wenn das Tatgericht die Gefährlichkeitsprognose auf frühere Taten stützt, müssen die im Urteil dazu getroffenen Feststellungen belegen, dass diese Taten ebenfalls auf der Erkrankung des Täters beruhen.

3. Eine Straftat ist nur dann von erheblicher Bedeutung im Sinne des § 63 Satz 1 StGB, wenn sie mindestens der mittleren Kriminalität zuzurechnen ist, den Rechtsfrieden empfindlich stört und geeignet ist, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen. Straftaten, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe unter fünf Jahren bedroht sind, etwa die Bedrohung oder die Sachbeschädigung, sind daher nicht ohne Weiteres dem Bereich der Straftaten von erheblicher Bedeutung zuzurechnen, soweit sie nicht mit aggressiven Übergriffen einhergehen.

**633. BGH 4 StR 318/20 – Beschluss vom 3. März 2021 (LG Verden)**

Notwehr (Notwehrprovokation; Verteidigungswille; Verfolgung auch anderer Ziele; Gegenwärtigkeit: Erheblichkeit der Absichten des Angreifers).

§ 32 StGB

**634. BGH 4 StR 48/21 – Beschluss vom 31. März 2021 (LG Detmold)**

Konkurrenzen (schwerer sexueller Missbrauch von Kindern; Besitz kinderpornographischer Schriften; Verbrei-

tung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Inhalte).

§ 176a Abs. 3 StGB; § 184b Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 184b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 184b Abs. 3 Alt. 1 und 2 StGB

**635. BGH 4 StR 365/20 – Beschluss vom 27. April 2021 (LG Bochum)**

Erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Subsidiarität gegenüber Einziehung von Taterträgen).

§ 73 Abs. 1 StGB § 73a Abs. 1 StGB

**636. BGH 4 StR 500/20 – Beschluss vom 28. April 2021**

Kosten und notwendige Auslagen bei Freispruch, Nichteröffnung und Einstellung (Kostenentscheidung im Fall des Todes des Angeklagten; Unbeachtlichkeit der Erfolgsaussichten der Revision hinsichtlich des Rechtsfolgensausspruchs).

§ 467 Abs. 1 StPO; § 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO

**637. BGH 4 StR 527/20 – Beschluss vom 17. März 2021 (LG Bielefeld)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose).

§ 63 StGB

1. Eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB kommt nur in Betracht, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades besteht, dass der Täter infolge seines Zustands künftig Straftaten von erheblicher Bedeutung begeht. Die erforderliche Prognose ist auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstat(en) zu entwickeln.

2. Verhaltensweisen innerhalb einer Einrichtung gegenüber geschultem Personal sind nicht ohne Weiteres mit Handlungen in Freiheit gegenüber beliebigen Dritten oder dem Täter nahe stehenden Personen gleichzusetzen.