

## 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; Prof. Dr.

Karsten Gaede; RiKG Dr. Holger

Mann; RA Sina Aaron Moslehi; RA Dr.

Stephan Schlegel

## STÄNDIGE MITARBEITER

RA Dr. Christoph Henckel; Wiss. Mit.

Julia HeB (Redaktionsassistenten);

RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; Prof. Dr.

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

Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M.

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

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

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

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

Cambridge; Prof. Dr. Diethelm Kle-

sczewski, Univ. Leipzig; Prof. Dr. Hans

Kudlich, Univ. Erlangen-Nürnberg; Prof.

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

rich; RA Tilo Mühlbauer, Dresden; RA

Prof. Dr. Ralf Neuhaus, Dortmund; RA

Dr. Markus Rübenstahl, mag. iur.,

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

LMU München; RA Dr. Hellen Schilling,

Frankfurt a.M.; Prof. Dr. Christoph So-

wada, Univ. Greifswald; RA Klaus-Ulrich

Ventzke, Hamburg und Prof. Dr. Wolf-

gang Wohlers, Univ. Basel

## Publikationen

Prof. Dr. Bernd Hecker, Tübingen – **Herabwerfen von Steinen von einer Brücke auf fahrende Kfz – nicht immer strafbar nach § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB?** Zugl. Besprechung zu BGH HRRS 2022 Nr. 126 S. 147

Morten Boe, MPI Freiburg – **Befangenheit bei sachlicher Vorbefassung: eine überfällige Rekalibrierung?** Zugl. Besprechung zu EGMR HRRS 2022 Nr. 348 S. 151

## Entscheidungen

EuGH **Vollstreckung von EU-Haftbefehlen aus Polen**

EGMR **Befangenheit infolge Vorbefassung (Meng v. Deutschland)**

BVerfG **Prüfung unmenschlicher Haftbedingungen in Rumänien**

BVerfG **Schutz der Meinungsfreiheit bei Machtkritik**

BGHSt **Verwertbarkeit von Enrochat-Daten**

BGHSt **Wirkung der Revision der Nebenklage**

BGHSt **Nicht geringe Menge synthetischer Cannabinoide**

BGHR **Härteausgleich in transnationalen Fällen**

Die Ausgabe umfasst 115 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

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

## 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; Prof. Dr. Karsten Gaede; RiKG Dr. Holger Mann; RA Sina Aaron Moslehi, RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

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

ISSN 1865-6277

23. Jahrgang, April 2022, Ausgabe

4

Rechtsprechung

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

### 462. EuGH C-562/21 (C-563/21) PPU – Urteil des EuGH (Große Kammer) vom 22. Februar 2022

ECLI:EU:C:2022:100; Eilvorabentscheidungsverfahren; Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen; Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens; Europäischer Haftbefehl (Vollstreckungsvoraussetzungen und laufendes Rechtsstaatsverfahren gegen Anordnungsstaat, echte Gefahr der Verletzung des Grundrechts auf ein faires Verfahren vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht und zuvor durch Gesetz errichteten Gerichts; Darlegungslast des zu Übergebenden/Auszuliefernden).

Art. 2 EUV; Art. 3 EUV; Art. 6 EUV; Art. 7 EUV; Art. 19 EUV; Art. 267 AEUV; Art. 47 GRC; Art. 48 GRC; Art. 6 EMRK; Art. 1 Abs. 2 und 3 RBEuHB; Art. 3 RBEuHB;

Art. 4 RBEuHB; Art. 4a RBEuHB; Art. 5 RBEuHB; Art. 7 RBEuHB; Art. 15 RBEuHB; Art. 107 EuGH-Verfahrensordnung

1. Art. 1 Abs. 2 und 3 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten in der durch den Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom 26. Februar 2009 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass die vollstreckende Justizbehörde, wenn sie über die Übergabe einer Person zu entscheiden hat, gegen die ein Europäischer Haftbefehl ergangen ist, und über Anhaltspunkte für das Bestehen systemischer oder allgemeiner Mängel in Bezug auf die Unabhängigkeit der Justiz des Ausstellungsmitgliedstaats verfügt, insbesondere was das Verfahren zur Ernennung

der Mitglieder der Justiz betrifft, die Übergabe dieser Person nur dann verweigern darf, wenn sie

– bei einem zur Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung ausgestellten Europäischen Haftbefehl feststellt, dass es unter den besonderen Umständen des Falles ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt, dass insbesondere unter Berücksichtigung der Angaben dieser Person zur Zusammensetzung des Spruchkörpers, der mit ihrer Strafsache befasst war, oder zu jedem anderen für die Beurteilung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit dieses Spruchkörpers relevanten Umstand das in Art. 47 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verankerte Grundrecht dieser Person auf ein faires Verfahren vor einem unabhängigen, unparteiischen und zuvor durch Gesetz errichteten Gericht verletzt wurde, und

– bei einem zur Strafverfolgung ausgestellten Europäischen Haftbefehl feststellt, dass es unter den besonderen Umständen des Falles ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt, dass diese Person insbesondere unter Berücksichtigung ihrer Angaben zu ihrer persönlichen Situation, der Art der strafverfolgungsbegründenden Straftat, dem Sachverhalt, auf dem der Europäische Haftbefehl beruht, oder jedem anderen Umstand, der für die Beurteilung der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit des Spruchkörpers, der voraussichtlich mit dem Verfahren gegen sie befasst sein wird, relevant ist, im Fall der Übergabe einer echten Gefahr der Verletzung dieses Grundrechts ausgesetzt ist. (EuGH)

2. Es ist Sache der Person, gegen die ein Europäischer Haftbefehl ergangen ist, konkrete Anhaltspunkte dafür vorzubringen, dass sich die systemischen oder allgemeinen Mängel des Justizsystems des Ausstellungsmitgliedstaats im Fall eines Übergabeverfahrens zum Zweck der Vollstreckung einer Freiheitsstrafe oder einer freiheitsentziehenden Maßregel der Sicherung konkret auf die Behandlung ihrer Strafsache ausgewirkt haben bzw. im Fall eines Übergabeverfahrens zum Zweck der Strafverfolgung konkret auswirken können. (Bearbeiter)

3. Die Information, dass ein oder mehrere Richter, die an dem Verfahren beteiligt waren, das zur Verurteilung der Person geführt hat, um deren Übergabe ersucht wurde, auf Vorschlag eines Gremiums ernannt worden sind, das sich überwiegend aus Mitgliedern zusammensetzt, die die Legislative oder die Exekutive vertreten oder von diesen ausgewählt werden, wie dies im Falle Polens beim KRS seit dem Inkrafttreten des Gesetzes vom 8. Dezember 2017 der Fall ist, reicht zur Darlegung der echten Gefahr einer Verletzung des Art. 47 Abs. 2 GRCh nicht aus. Gleiches gilt für die Möglichkeit, dass einer oder mehrere Richter im Fall einer begehrten Übergabe zur Strafverfolgung unter Beteiligung der KRS ernannt worden sind. Eine solche Feststellung setzt in jedem Fall eine Einzelfallprüfung des Verfahrens zur Ernennung des betreffenden Richters oder der betreffenden Richter voraus. Dies gilt auch dann, wenn eine solche Prüfung erst nach der Übergabe möglich sein sollte. (Bearbeiter)

4. Die vollstreckenden Justizbehörden können die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls grundsätzlich

nur aus den im Rahmenbeschluss 2002/584 abschließend aufgezählten Gründen für die Ablehnung der Vollstreckung verweigern, und die Vollstreckung des Haftbefehls kann nur an eine der Bedingungen geknüpft werden, die in Art. 5 des Rahmenbeschlusses erschöpfend aufgeführt sind. Folglich stellt die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls den Grundsatz dar, während die Ablehnung der Vollstreckung als Ausnahme ausgestaltet und eng auszulegen ist. (Bearbeiter)

5. Bei der Auslegung des Art. 1 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses 2002/584 ist sicherzustellen, dass nicht nur die Grundrechte der Personen gewahrt werden, deren Übergabe beantragt wird, sondern auch andere Interessen berücksichtigt werden, wie die Notwendigkeit, gegebenenfalls die Grundrechte der Opfer der betreffenden Straftaten zu wahren. (Bearbeiter)

6. Die Anwendung des Mechanismus des Europäischen Haftbefehls gegenüber einem Mitgliedstaat darf gemäß Art. 1 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses 2002/584 nicht faktisch ausgesetzt werden, wenn nicht eine schwere und anhaltende Verletzung der in Art. 2 EUV enthaltenen Grundsätze, einschließlich des Rechtsstaatsprinzips, durch einen Mitgliedstaat vorliegt und diese vom Europäischen Rat gemäß Art. 7 Abs. 2 EUV mit den Folgen von Art. 7 Abs. 3 EUV festgestellt wird. (Bearbeiter)

7. Zum Beispiel Informationen, über die die vollstreckende Justizbehörde verfügt und aus denen sich ergibt, dass ein bestimmter Richter an den mit der Strafsache gegen die betreffende Person befassten Spruchkörper abgeordnet wurde wobei der Justizminister diese Abordnung nach Kriterien, die nicht im Vorhinein bekannt sind, beschließen und jederzeit ohne Angabe von Gründen beenden kann, können ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Feststellung sein, dass in diesem konkreten Fall eine echte Gefahr der Verletzung des besagten Grundrechts besteht. (Bearbeiter)

8. Gesichtspunkte, die eine echte Gefahr der Verletzung des besagten Grundrechts belegen, können unter anderem in Erklärungen staatlicher Behörden bestehen, die sich auf den konkreten Fall auswirken könnten. Die vollstreckende Justizbehörde kann sich auch auf jede andere ihr relevant erscheinende Information stützen, wie beispielsweise Informationen über die persönliche Situation der betroffenen Person, die Art der strafverfolgungsbegründenden Straftat und des der Ausstellung des betreffenden Europäischen Haftbefehls zugrunde liegenden Sachverhalts, aber gegebenenfalls auch auf alle sonstigen Informationen, über die sie in Bezug auf die Richter verfügt, mit denen die Spruchkörper besetzt sind, die für das Verfahren gegen diese Person nach ihrer Übergabe an den Ausstellungsmitgliedstaat wahrscheinlich zuständig sein werden. (Bearbeiter)

#### **348. EGMR Nr. 1128/17 – Urteil der Dritten Sektion vom 16. Februar 2021 (Meng v. Deutschland)**

Unparteilichkeit (subjektiver und objektiver Ansatz; Mitwirkung eines Berufsrichters bei früherer Verurteilung des Mitbeschuldigten; rechtliche Beurteilung des Verhaltens der später angeklagten Person; Feststellung der zur Erfüllung eines Straftatbestands erforderlichen

Kriterien auch im Hinblick auf die später angeklagte Person; Vorwegnahme der Schuld; Vorverurteilung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 23 StPO; § 24 StPO; § 30 StPO

1. Ob Unparteilichkeit im Sinne von Artikel 6 Abs. 1 EMRK gegeben ist, ist zum einen anhand einer Prüfung nach subjektiven Kriterien zu bestimmen, bei der auf die persönliche Überzeugung und das Verhalten des betreffenden Richters in einem bestimmten Fall abzustellen ist, und zum anderen anhand einer Prüfung nach objektiven Kriterien, bei der festgestellt wird, ob der Richter hinreichend Gewähr dafür bot, dass diesbezüglich alle berechtigten Zweifel auszuschließen sind.

2. Beim objektiven Ansatz muss bestimmt werden, ob es – abgesehen von dem persönlichen Verhalten der einzelnen Mitglieder dieses Spruchkörpers – feststellbare Tatsachen gibt, die Zweifel an dessen Unparteilichkeit begründen können. In dieser Hinsicht kann bereits der Anschein von einer gewissen Bedeutung sein.

3. Die Besorgnis der Unparteilichkeit lässt sich nicht schon allein damit begründen, dass ein Richter frühere Entscheidungen wegen derselben Straftat erlassen hat. Gleichermaßen reicht allein die Tatsache, dass ein Richter bereits über ähnliche, aber selbständige Tatvorwürfe entschieden hat oder in einem gesonderten Strafverfahren gegen einen Mitbeschuldigten verhandelt hat, nicht aus, um Zweifel an der Unparteilichkeit dieses Richters in einem nachfolgenden Fall zu begründen.

4. Objektiv gerechtfertigte Zweifel können sich ergeben, wenn die innerstaatlichen Gerichte über die Beschreibung der Tatsachen, die die später angeklagte Person betreffen, hinaus auch eine rechtliche Bewertung des Verhaltens dieser Person vornahmen.

5. Zu prüfen ist, ob das vorangegangene Urteil Feststellungen enthielt, durch welche die Beurteilung über die Frage der Schuld der später angeklagten Person tatsächlich vorweggenommen wurde. Dies ist insbesondere zu bejahen, wenn das Gericht detaillierte Feststellungen zur Tatausführung und zum Tatmotiv der später angeklagten Person getroffen und damit zum Ausdruck gebracht hat, dass die zur Erfüllung eines Straftatbestands erforderlichen Kriterien auch im Hinblick auf die später angeklagte Person erfüllt waren.

### **351. BVerfG 2 BvR 1214/21 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Januar 2022 (Saarländisches OLG)**

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen eine Auslieferung nach Rumänien zum Zwecke der Strafvollstreckung aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (unionsgrundrechtliches Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung; gerichtliche Aufklärungspflicht; zweistufiges Prüfprogramm; Gesamtwürdigung der konkret zu erwartenden Haftbedingungen; Bedeutung der Haftraumgröße; Vermutung eines Verstoßes bei unter 3 m<sup>2</sup> Bodenfläche pro Gefangenen in einem Gemeinschaftshaftraum; mögliche Grundrechtsverletzung zwischen 3 m<sup>2</sup> und 4 m<sup>2</sup> bei Hinzutreten weiterer defizitärer Haftbedingungen; Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens; konkrete Zusicherungen des

Ausstellungsmitgliedstaats; Überprüfung der Belastbarkeit durch gerichtliche Gefahrenprognose).

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

1. Ein Oberlandesgericht kommt bei der Entscheidung, mit der es eine Auslieferung nach Rumänien zum Zwecke der Strafvollstreckung aufgrund eines europäischen Haftbefehls für zulässig erklärt, seiner sich aus Art. 4 GRCh ergebenden Pflicht zur Prüfung und Aufklärung, ob dem Verfolgten im Zielstaat eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung droht, nicht hinreichend nach, wenn es hinsichtlich der Haftanstalt, in welcher der Verfolgte eine Quarantänezeit verbringen soll, nicht berücksichtigt, dass Art. 4 GRCh bei Hinzutreten weiterer defizitärer Haftbedingungen auch bei einer Unterbringung des Verfolgten in einer Gemeinschaftszelle mit einem persönlichen Raum zwischen 3 m<sup>2</sup> und 4 m<sup>2</sup> verletzt sein kann. Dasselbe gilt, wenn das Gericht von einer Kompensation defizitärer Haftbedingungen durch die Möglichkeit von Besuchen, Telefonaten oder Aktivitäten außerhalb der Haftzelle ausgeht, es diesbezüglich jedoch an einer eigenen Gefahrenprognose fehlen lässt, die erforderlich ist, um die Belastbarkeit der mitgeteilten Angaben einschätzen zu können (Hauptsacheentscheidung zur einstweiligen Anordnung vom 13. Juli 2021 [= HRRS 2021 Nr. 738]).

2. Aus Art. 4 GRCh folgt für ein mit einem Überstellungsersuchen befasstes Gericht die Pflicht, in zwei Prüfungsschritten – 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. Bei der vorzunehmenden Gesamtwürdigung der Haftbedingungen ist nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union und des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte bei Gemeinschaftszellen hinsichtlich des einem Inhaftierten zur Verfügung stehenden Raums zu unterscheiden, ob dieser unter 3 m<sup>2</sup>, zwischen 3 m<sup>2</sup> und 4 m<sup>2</sup> oder über 4 m<sup>2</sup> liegt. Bei der Berechnung der verfügbaren Fläche in einer Gemeinschaftszelle ist die Fläche der Sanitärvorrichtungen nicht einzuschließen, wohl aber die durch Möbel eingenommene Fläche, wobei es den Gefangenen möglich bleiben muss, sich in der Zelle normal zu bewegen.

4. Liegt der einem Inhaftierten zur Verfügung stehende Raum in einer Gemeinschaftszelle unter 3 m<sup>2</sup>, so besteht eine starke Vermutung für einen Verstoß gegen Art. 4 GRCh beziehungsweise Art. 3 EMRK, die regelmäßig nur widerlegt werden kann, wenn es sich kumulativ erstens um eine kurze, gelegentliche und unerhebliche Reduzierung des persönlichen Raums gegenüber dem geforderten Minimum von 3 m<sup>2</sup> handelt, diese Reduzierung zweitens mit genügend Bewegungsfreiheit und ausreichenden Aktivitäten außerhalb der Zelle einhergeht sowie drittens die Haftanstalt allgemein angemessene Haftbedingungen

bietet und die betroffene Person keinen anderen Bedingungen ausgesetzt ist, die als die Haftbedingungen erschwere Umstände anzusehen sind.

5. Liegt der einem Inhaftierten zur Verfügung stehende Raum in einer Gemeinschaftszelle zwischen 3 m<sup>2</sup> und 4 m<sup>2</sup>, so kann Art. 4 GRCh beziehungsweise Art. 3 EMRK verletzt sein, wenn zu dem Rummangel weitere defizitäre Haftbedingungen hinzutreten, wie etwa fehlender Zugang zum Freistundenhof beziehungsweise zu Frischluft und Tageslicht, schlechte Belüftung, eine zu niedrige oder zu hohe Raumtemperatur, fehlende Intimsphäre in den Toiletten oder schlechte Sanitär- und Hygienebedingungen.

6. Mit dem zweistufigen Prüfprogramm sind Aufklärungspflichten des mit einem Überstellungsersuchen befassten Gerichts verbunden. Dieses muss den Ausstellungsmittgliedstaat um die unverzügliche Übermittlung aller notwendigen Informationen in Bezug auf die konkret zu erwartenden Haftbedingungen bitten. Der Ausstellungsmittgliedstaat ist verpflichtet, diese Informationen innerhalb der ihm vom ersuchten Mitgliedstaat gesetzten Fristen zu übermitteln. Die Aufklärungspflicht beschränkt sich auf die Prüfung derjenigen Haftanstalten, in denen der Verfolgte nach den vorliegenden Informationen wahrscheinlich, sei es auch nur vorübergehend oder zu Übergangszwecken, konkret inhaftiert werden soll.

7. Auf eine konkrete Zusicherung des Ausstellungsmittgliedstaats 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 Ausstellungsmittgliedstaats 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.

### **349. BVerfG 1 BvR 2588/20 (2. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 9. Februar 2022 (BayObLG / LG Landshut)**

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Beleidigung (ehrbeeinträchtigende Äußerung über eine Staatsanwältin in einem Beschwerdeschreiben an den Dienstvorgesetzten; grundsätzliches Erfordernis einer Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht; besonderes Schutzbedürfnis der Machtkritik; Schutz von Amtsträgern vor Verächtlichmachung und Herabwürdigung; Berücksichtigung von Form, Begleitumständen, konkreter Verbreitung und Wirkung der Äußerung; „Kampf ums Recht“).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 185 StGB

1. Die Verurteilung eines Beschuldigten wegen Beleidigung, welcher in einer schriftlichen Eingabe an den Dienstvorgesetzten eine Staatsanwältin, die gegen ihn den Erlass eines Strafbefehls beantragt hatte, in gänzlicher Unkenntnis der hinter dem Strafbefehlsantrag stehenden Person wegen vermeintlicher Mängel der Ermittlungsarbeit als „selten dämlichen Staatsanwalt“ bezeichnet hatte, verletzt das Grundrecht auf Meinungsfreiheit, wenn die Strafgerichte den Aspekt des „Kampfs ums Recht“ nur deshalb

nicht für einschlägig erachten, weil der Strafbefehl bereits in Rechtskraft erwachsen war. Dasselbe gilt, wenn die Gerichte bei der gebotenen Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht den Gesichtspunkt der zulässigen Machtkritik nicht hinreichend würdigen und außer Acht lassen, dass die Äußerung nur einem eng begrenzten Personenkreis bekannt wurde.

2. Das Grundrecht auf Meinungsfreiheit findet seine Schranken in den allgemeinen Gesetzen, zu denen auch die Strafvorschrift des § 185 StGB gehört. Dessen Anwendung erfordert grundsätzlich eine die konkreten Umstände des Falles berücksichtigende Abwägung zwischen der Beeinträchtigung, die der Meinungsfreiheit des sich Äußernden einerseits und der persönlichen Ehre des von der Äußerung Betroffenen andererseits droht. Bei der Abwägungsentscheidung kommt der Meinungsfreiheit kein genereller Vorrang gegenüber dem Persönlichkeitsschutz zu.

3. Bei der Gewichtung der grundrechtlichen Interessen ist dem besonderen Schutzbedürfnis der Machtkritik Rechnung zu tragen. Hierzu gehört die Freiheit der Bürger, Amtsträger ohne Furcht vor Strafe grundsätzlich auch in anklagender und personalisierter Weise für deren Art und Weise der Machtausübung angreifen zu können. Auch der Gesichtspunkt der Machtkritik bleibt allerdings in eine Abwägung eingebunden und erlaubt nicht jede ins Persönliche gehende Beschimpfung von Amtsträgern.

4. Bezüglich der Form und der Begleitumstände einer Äußerung kann von Bedeutung sein, ob sie ad hoc in einer hitzigen Situation oder mit Vorbedacht gefallen ist und ob für die betreffende Äußerung ein konkreter und nachvollziehbarer Anlass bestand. So ist es im Kontext rechtlicher Auseinandersetzungen grundsätzlich erlaubt, auch besonders starke und eindringliche Ausdrücke zu benutzen, um Anliegen zu unterstreichen (sogenannter „Kampf ums Recht“).

5. Bei der Abwägung ist außerdem die konkrete Verbreitung und Wirkung einer ehrbeeinträchtigenden Äußerung in Rechnung zu stellen. Maßgeblich ist, welcher Kreis von Personen von der Äußerung Kenntnis erhält, ob die Äußerung schriftlich oder anderweitig perpetuiert wird und ob sie in wiederholender und anprangernder Weise, etwa unter Nutzung von Bildnissen der Betroffenen, oder besonders sichtbar in einem der allgemeinen Öffentlichkeit zugänglichen Medium getätigt wird.

### **350. BVerfG 2 BvR 723/20 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Februar 2022 (OLG Frankfurt am Main)**

Recht auf effektive Strafverfolgung (Zulässigkeit eines Klageerzwingungsantrags; fehlender Bescheid der Generalstaatsanwaltschaft; Behandlung einer Einstellungsbeschwerde als Dienstaufsichtsbeschwerde mangels Verletzeneigenschaft; Straftaten von Amtsträgern bei Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben; Vertrauen in die Integrität staatlichen Handelns); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Grundsatz der Subsidiarität; Rechtswegerschöpfung; Erfordernis einer Anhörungsrüge).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 33a Satz 1 StPO; § 172 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 172 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 258a Abs. 1 StGB; § 339 StGB

1. Ein Oberlandesgericht verkennt Bedeutung und Tragweite des Rechts auf effektive Strafverfolgung, wenn es einen Klageerzwingungsantrag unter Hinweis auf einen fehlenden Bescheid der Generalstaatsanwaltschaft als unzulässig verwirft, nachdem diese eine gegen die Verfahrenseinstellung durch die Staatsanwaltschaft gerichtete Eingabe lediglich als Dienstaufsichtsbeschwerde behandelt hat, weil dem Betroffenen eine Verletzteneigenschaft nicht zukomme.

2. Steht der Vorwurf im Raum, dass Amtsträger bei der Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben Straftaten begangen

haben und kann ein Verzicht auf eine Verfolgung solcher Taten zu einer Erschütterung des Vertrauens in die Integrität staatlichen Handelns führen, so kommt ein in den Grundrechten wurzelndes Rechts auf effektive Strafverfolgung in Betracht.

3. Zu dem vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde zu erschöpfenden Rechtsweg gehört auch eine nicht offensichtlich aussichtslose Anhörungsrüge, wenn der Beschwerdeführer – ausdrücklich oder der Sache nach – eine Verletzung seines Rechts auf rechtliches Gehör geltend macht.

## Rechtsprechung

## Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

### I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

#### 445. BGH 4 StR 398/21 – Beschluss vom 2. Februar 2022 (LG Hamburg)

Strafzumessung (Rücktrittsprivileg; Vorliegen von vertypen Milderungsgründen; Annahme eines minderschweren Falls, gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr, verminderte Schuldfähigkeit).

§ 46 StGB; § 24 StGB; § 315b Abs. 3 StGB; § 21 StGB

1. Das Rücktrittsprivileg bewirkt, dass der auf die versuchte Straftat gerichtete Vorsatz nicht strafschärfend berücksichtigt werden darf.

2. Das Vorliegen von vertypen Milderungsgründen kann zur Annahme eines minderschweren Falls führen. Bei einer Verurteilung wegen eines im Zustand erheblich verminderter Schuldfähigkeit begangenen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr ist daher bei der Erörterung der Frage, ob ein minderschwerer Fall im Sinne des § 315b Abs. 3 2. Fall StGB vorliegt – neben den allgemeinen Milderungsgründen – auch der vertypete Strafmilderungsgrund des § 21 StGB in die Erwägungen einzubeziehen.

## Rechtsprechung

### II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

#### 456. BGH 4 StR 491/21 – Beschluss vom 15. Februar 2022 (LG Bielefeld)

Mord (Heimtücke: Arglosigkeit, Erwarten eines Angriffs gegen das Leben, Unterschätzen der Gefährlichkeit des erwarteten Angriffs).

§ 211 StGB

Ohne Bedeutung für die Frage der Arglosigkeit ist, ob das Opfer gerade einen Angriff gegen das Leben erwartet oder es die Gefährlichkeit des drohenden Angriffs in ihrer vollen Tragweite überblickt. Besorgt das Opfer einen gewichtigen Angriff auf seine körperliche Integrität, ist es vielmehr selbst dann nicht arglos, wenn es etwa wegen fehlender Kenntnis von der Bewaffnung des Täters die Gefährlichkeit des erwarteten Angriffs unterschätzt.

#### 363. BGH 1 StR 462/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (LG Ravensburg)

Minder schwerer Fall des Totschlags (Provokation durch das Opfer: erforderliche Gesamtbetrachtung, auch der unmittelbar tatauflösenden Situation).

§ 213 StGB

Ohne eigene Schuld im Sinne des § 213 Alt. 1 StGB handelt ein Täter, wenn er für die Provokation seitens des Tatopfers keine genügende Veranlassung gegeben und selbst zur Verschärfung der Situation nicht beigetragen hat. Hierbei sind im Rahmen einer wertenden Gesamtwürdigung alle dafür maßgeblichen Umstände einzubeziehen, wobei nicht allein auf mögliche Konflikte im kriminellen Drogenmilieu abzustellen, sondern vielmehr auch die

unmittelbar tatauslösende Situation in den Blick zu nehmen ist.

**357. BGH 1 StR 424/21 – Beschluss vom 25. Januar 2022 (LG Ulm)**

Verbreiten, Öffentlich-Zugänglichmachen und Zugänglichmachen gegenüber Dritten von kinderpornographischen Inhalten (Verklammerung zur Tateinheit bei mehreren Verbreitungshandlungen und gleichzeitigem Besitz darüberhinausgehender kinderpornographischer Inhalte).

§ 184b Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 StGB; § 52 StGB

Der zeitgleiche Besitz von verbreiteten oder öffentlich zugänglich gemachten und darüberhinausgehenden kinderpornografischen Schriften verknüpft den unerlaubten Besitz kinderpornografischer Schriften mit jeder Verbreitungshandlung zu einer einheitlichen Tat. Da es sich bei der Drittbesitzverschaffung gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 2 StGB um eine dem Verbreiten und öffentlich Zugänglichmachen nach § 184b Abs. 1 Nr. 1 Var. 1 und Var. 2 StGB

gleichgestellte Tatbestandsvariante handelt, kann insoweit nichts anderes gelten.

**383. BGH 3 StR 482/21 – Beschluss vom 22. Februar 2022 (LG Duisburg)**

Besitz kinderpornographischer Schriften (Verhältnis zum Herstellen; Verjährung; Auffangtatbestand; Dauerdelikt; keine Klammerwirkung).

§ 184b StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

1. Zwar tritt der Besitz kinderpornographischer Schriften als Auffangtatbestand regelmäßig hinter dem Herstellen zurück. Steht jedoch der Verfolgbarkeit des verdrängenden Tatbestands das Verfahrenshindernis der Verjährung entgegen, so lebt der subsidiäre Besitztatbestand wieder auf und der Angeklagte ist aus diesem zu bestrafen.

2. Das Dauerdelikt des Besitzes kinderpornographischer Schriften verklammert mit Blick auf dessen geringeren Unwertgehalt tatmehrheitlich begangene Taten des (schweren) sexuellen Missbrauchs nicht zur Tateinheit.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

**380. BGH 3 StR 461/21 – Beschluss vom 26. Januar 2022 (LG Kleve)**

BGHR; Härteausgleich wegen von Gerichten anderer Mitgliedstaaten verhängter Strafen (kein zwingendes Erfordernis einer fiktiven Gesamtstrafenbildung; Ermessen des Tatgerichts).

§ 54 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 55 Abs. 1 StGB; Art. 3 Abs. 1 EURaBes 2008/675

1. Weder der Rahmenbeschluss 2008/675/JI des Rates vom 24. Juli 2008 zur Berücksichtigung der in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ergangenen Verurteilungen in einem neuen Strafverfahren noch die Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union führt zu einem Verständnis, wonach ein Härteausgleich wegen Strafen, die von Gerichten anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union verhängt wurden, zwingend die konkrete Bezifferung der fiktiven Gesamtstrafe bzw. des vorgenommenen Strafabschlags erfordert. (BGHR)

2. Bei der Strafzumessung sind auch solche etwaigen Härten in den Blick zu nehmen, die durch die zusätzliche Vollstreckung von Strafen drohen, die von Gerichten anderer Mitgliedstaaten der Europäischen Union verhängt wurden, wenn diesbezüglich in zeitlicher Hinsicht die Voraussetzungen für eine Gesamtstrafenbildung nach § 55 StGB erfüllt wären. Hiernach ist bei zeitigen Freiheitsstrafen ein Härteausgleich vorzunehmen, um den sich daraus ergebenden Nachteil auszugleichen, dass bei einer früheren Verurteilung durch ein Gericht eines anderen EU-

Mitgliedstaats keine Gesamtstrafe nach § 55 StGB gebildet werden kann. (Bearbeiter)

3. Es steht im Ermessen des Tatgerichts, auf welche Weise es den Härteausgleich vornimmt. Ihm obliegt es, die hierfür maßgeblichen Umstände zu gewichten und die hiernach angemessene Strafe zu bestimmen. Das Revisionsgericht greift nur dann ein, wenn der Umfang des Härteausgleichs nicht mehr ausreichend begründet wurde. Es bleibt dem Tatgericht insbesondere überlassen, ob es zunächst eine „fiktive Gesamtstrafe“ bildet und diese um die vollstreckte Strafe mildert oder ob es den Nachteil unmittelbar bei der Festsetzung der neuen Strafe berücksichtigt. Erforderlich ist lediglich, dass ein angemessener Härteausgleich vorgenommen wird und dies den Urteilsgründen zu entnehmen ist (weitergehend für ein Bezifferungserfordernis BGH HRRS 2020 Nr. 931). (Bearbeiter)

**438. BGH 4 StR 156/20 – Urteil vom 3. März 2022 (LG Bielefeld)**

Einziehung von Taterträgen bei anderen (Vorschriftszweck des Abs. 2: Unterwerfen der Weiterreichung des Wertes des ursprünglich Erlangten der Vermögensabschöpfung bei dem Drittbegünstigten; Voraussetzungen Abs. 2: Bereicherungszusammenhang, Verschleierungsmotivation, Entziehungsmotivation; Grenzen Abs. 2: keine Erkennbarkeit eines Zusammenhangs mit den ursprünglichen Tatvorteilen, keine Verschleierungsmotivation, keine Entziehungsmotivation).

§ 73b StGB; § 316h EGStGB

1. Die Vorschrift des § 73b Abs. 2 StGB dient nach den in der Gesetzesbegründung zum Ausdruck gebrachten Intentionen des Gesetzgebers dem Zweck, auch die Weiterreichung des Wertes des ursprünglich Erlangten der Vermögensabschöpfung bei dem Drittbegünstigten zu unterwerfen.

2. Die Frage, ob die Wertersatzentziehung beim Drittbegünstigten nach § 73b Abs. 2 StGB in subjektiver Hinsicht eine Entziehungs- oder Verschleierungsmotivation des Handelnden bei der Übertragung der Vermögensgegenstände erfordert, hat der Bundesgerichtshof nunmehr dahin entschieden, dass die Einziehung nach § 73b Abs. 2 StGB über den Wortlaut der Norm hinaus einen Bereicherungszusammenhang in dem Sinne voraussetzt, dass die Übertragung des Vermögensgegenstands mit der Zielrichtung vorgenommen wurde, den Wertersatz dem Zugriff des Gläubigers zu entziehen oder die Tat zu verschleiern.

3. Die Einziehung nach § 73b Abs. 2 StGB findet danach ihre Grenzen, wenn ein Zusammenhang mit den ursprünglichen Tatvorteilen nicht mehr erkennbar ist und mit der Transaktion weder das Ziel verfolgt wird, das durch die Tat unmittelbar begünstigte Vermögen des Täters oder eines Dritten dem Zugriff der Gläubiger zu entziehen, noch die Tat zu verschleiern.

#### **358. BGH 1 StR 437/21 – Urteil vom 10. Februar 2022 (LG München I)**

Strafaussetzung zur Bewährung (Kriminalprognose: kein allgemeines Wohlverhalten erforderlich, Bedeutung einer automatischen neuen Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts nach Haftentlassung mangels Aufenthaltstitels; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).  
§ 56 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG

1. Dem Tatgericht kommt bei der Entscheidung über die Aussetzung der Vollstreckung der Strafe zur Bewährung ein weiter Beurteilungsspielraum zu, in dessen Rahmen das Revisionsgericht jede rechtsfehlerfrei begründete Entscheidung hinzunehmen hat. Hat das Gericht die für und gegen eine Aussetzung sprechenden Umstände gesehen und gewürdigt und ist es – namentlich aufgrund seines in der Hauptverhandlung gewonnenen persönlichen Eindrucks – zu dem Ergebnis gekommen, dass die Wahrscheinlichkeit künftigen straffreien Verhaltens nicht größer ist als diejenige neuer Straftaten, so ist dessen Entscheidung grundsätzlich auch dann hinzunehmen, wenn eine andere Bewertung denkbar gewesen. Erforderlich ist aber, dass das Gericht die für und gegen eine Aussetzung sprechenden Umstände vollständig erfasst und würdigt.

2. Für die Aussetzung der Vollstreckung der Strafe zur Bewährung kommt es einzig darauf an, ob ohne Vollstreckung der verhängten Freiheitsstrafe zu erwarten ist, dass der Täter sich in Zukunft und nicht nur während der Bewährungszeit nicht mehr strafbar machen wird; allgemeines Wohlverhalten wird hierfür nicht verlangt.

3. Dass ein Angeklagter ohne Aufenthaltserlaubnis sich nach Entlassung aus der Haftanstalt ohne eigenes Zutun, gleichsam automatisch (erneut) wegen unerlaubten Aufenthalts nach § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG strafbar macht,

kann bei der Kriminalprognose allenfalls untergeordnete Bedeutung zukommen. Demgemäß ist anerkannt, dass die Möglichkeit der Aussetzung der Vollstreckung der Strafe zur Bewährung nicht bereits deshalb ausgeschlossen ist, weil ein Angeklagter aktuell über keinen Aufenthaltstitel für die Bundesrepublik Deutschland verfügt und nicht amtlich gemeldet ist (vgl. BGHSt 6, 138 f.).

#### **401. BGH 6 StR 15/22 – Beschluss vom 23. Februar 2022 (LG Verden)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang: Beeinträchtigung der Gesundheit oder der Arbeits- und Leistungsfähigkeit, Verlust über Kontrolle des Konsums; symptomatischer Zusammenhang: Mitursächlichkeit der Intoxikation).

§ 64 StGB

1. Für die Annahme eines Hangs im Sinne des § 64 StGB ist eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene Neigung ausreichend, immer wieder Rauschmittel zu konsumieren, wobei diese Neigung noch nicht den Grad einer physischen Abhängigkeit erreicht haben muss (st. Rspr.).

2. Die Beeinträchtigung der Gesundheit oder der Arbeits- und Leistungsfähigkeit sowie der Verlust über die Kontrolle des Konsums haben zwar indizielle Bedeutung für das Vorliegen eines Hangs, deren Fehlen schließt ihn jedoch nicht aus.

3. Der erforderliche symptomatische Zusammenhang besteht auch bei einer Mitursächlichkeit der Intoxikation für die Begehung der Tat.

#### **444. BGH 4 StR 380/21 – Urteil vom 17. Februar 2022 (LG Bielefeld)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Vortaten, lange zurückliegende Taten, innerer Zusammenhang mit der festgestellten Erkrankung, Erheblichkeit der Tat, mittlere Kriminalität, Mindeststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe, Gewalt- und Aggressionsdelikte, Zufallsopfer im öffentlichen Raum, Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung, einfache Körperverletzungen, wahnhaftes Verkenntnis der Realität, Abhängen der Verletzung vom Zufall, Mindeststrafe unter fünf Jahren Freiheitsstrafe, konkrete Einzelfallprüfung, Abstellen auf den Zeitpunkt der Hauptverhandlung für die Prognose, Berücksichtigung abzusehender zukünftiger Entwicklungen, zwischenzeitliche Behandlungserfolge, Stabilisierungen).

§ 63 StGB

1. Für die für eine Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus erforderliche Gefährlichkeitsprognose sind etwaige Vortaten von besonderer Bedeutung; auch lange zurückliegenden Taten kann eine indizielle Bedeutung zukommen, wenn sie in einem inneren Zusammenhang mit der festgestellten Erkrankung gestanden haben und ihre Ursache nicht in anderen Umständen zu finden sind. Maßgeblich sind insbesondere die individuell bedeutsamen Bedingungsfaktoren für die bisherige Delinquenz, deren Fortbestand, ihre fehlende Kompensation durch protektive Umstände und das Gewicht dieser Faktoren in künftigen Risikosituationen.



2. Eine Tat ist erheblich 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.

3. Straftaten, die im Höchstmaß mit mindestens fünf Jahren Freiheitsstrafe bedroht sind, können dem Bereich der mittleren Kriminalität zugerechnet werden. Insbesondere Gewalt- und Aggressionsdelikte zählen, soweit es sich nicht um bloße Bagatellen handelt, auch nach der am 1. August 2016 in Kraft getretenen Fassung des § 63 StGB regelmäßig zu den erheblichen Straftaten im Sinne des § 63 Satz 1 StGB.

4. Erheblich können insbesondere Taten sein, die Zufallsoffer im öffentlichen Raum treffen und zu erheblichen Einschränkungen in der Lebensführung des Opfers oder sonst schwerwiegenden Folgen führen; denn derartige Taten sind in hohem Maße geeignet, den Rechtsfrieden empfindlich zu stören und das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen.

5. Anders kann es bei einfachen Körperverletzungen im Sinne des § 223 Abs. 1 StGB liegen, die mit geringer Gewaltanwendung verbunden sind und die Erheblichkeitsschwelle der tatbestandlich vorausgesetzten Beeinträchtigung der körperlichen Unversehrtheit nur unwesentlich überschreiten. Faustschläge ins Gesicht sind aber in der Regel bereits der mittleren Kriminalität zuzurechnen, insbesondere dann, wenn sie Verletzungen zur Folge haben, die ärztlich versorgt werden müssen. Bei der Prüfung der Erheblichkeit ist auch zu bedenken, dass ein Beschuldigter, der in wahnhafter Verkennung der Realität oder krankheitsbedingter Einschränkung oder Aufhebung der Steuerungsfähigkeit handelt, es insbesondere bei Schlägen gegen bzw. in Richtung des Kopfes häufig nicht in der Hand hat, die Folgen seines aggressiven Vorgehens zu steuern, und der Umfang der Verletzungen deshalb häufig vom Zufall abhängt.

6. Straftaten, die im Höchstmaß mit Freiheitsstrafe unter fünf Jahren bedroht sind, etwa die Bedrohung (§ 241 StGB) oder die Sachbeschädigung (§ 303 StGB), sind nicht ohne Weiteres dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzurechnen, soweit sie nicht mit gemeingefährlichen Mitteln begangen werden oder mit aggressiven Übergriffen

einhergehen. Erforderlich ist stets eine konkrete Einzelfallprüfung, wobei neben der konkreten Art der drohenden Taten und dem Gewicht der konkret bedrohten Rechtsgüter auch die zu erwartende Häufigkeit und Rückfallfrequenz von Bedeutung sein können.

7. Für die Prognose ist auf den Zeitpunkt der Hauptverhandlung abzustellen. Dies bedeutet aber nicht, dass in die prognostischen Erwägungen nur Entwicklungen bis zu diesem Zeitpunkt einzustellen wären. Die Gefährlichkeitsprognose muss vielmehr einen längeren Zeitraum in den Blick nehmen. Abzusehende zukünftige Entwicklungen sind zu berücksichtigen und in die prognostischen Überlegungen einzubeziehen. Zwischenzeitlich erzielte Behandlungserfolge und eingetretene Stabilisierungen können daher die Annahme einer die Unterbringung rechtfertigenden Gefährlichkeitsprognose nicht hindern, wenn mit einer Verschlechterung der Verhältnisse und in der Folge mit erneuten rechtswidrigen Taten zu rechnen ist.

#### **368. BGH 1 StR 482/21 – Beschluss vom 25. Januar 2022 (LG Deggendorf)**

Strafzumessung (grundsätzlich keine Berücksichtigung ausländerrechtlicher Folgen einer Verurteilung).  
§ 46 StGB

Ausländerrechtliche Folgen einer Verurteilung sind nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich keine bestimmenden Strafmilderungsgründe. Eine andere strafzumessungsrechtliche Bewertung ist nur gerechtfertigt, wenn im Einzelfall zusätzliche Umstände hinzutreten, welche die Beendigung des Aufenthalts im Inland als besondere Härte erscheinen lassen (st. Rspr).

#### **399. BGH 6 StR 11/22 – Beschluss vom 8. Februar 2022 (LG Würzburg)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang: „Selbstmedikation“).  
§ 64 StGB

Der Konsum eines Betäubungsmittels zum Zweck der „Selbstmedikation“ physischer oder psychischer Leiden schließt die Annahme eines Hangs im Sinne des § 64 StGB nicht aus. Vielmehr kann gerade für das Bestehen eines solchen sprechen, dass der Betroffene die Notwendigkeit einer professionellen Behandlung der psychischen Grunderkrankung offenbar nicht verinnerlicht hat.

## Rechtsprechung

### IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

#### **393. BGH 5 StR 457/21 – Beschluss vom 2. März 2022 (LG Hamburg)**

BGHSt; Verwertbarkeit von im Wege der Rechtshilfe erlangten Daten im sog. EncroChat-Komplex (grenzüberschreitende Überwachung des Telekommunikationsverkehrs; kein Beweisverwertungsverbot; europäischer

Rechtshilfeverkehr; Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen; Vermutung rechtmäßigen Handelns; Verwertung personenbezogener Informationen in einer gerichtlichen Entscheidung; europäische Ermittlungsanordnung; Prüfung der hypothetisch rechtmäßigen Erlangung im Anordnungsstaat;

Verhältnismäßigkeit; Kernbereichsschutz; Schutzzweck von Rechtshilfavorschriften).

§ 261 StPO; § 91g Abs. 6 IRG; Art. 30 RL 2014/41/EU; Art. 82 AEUV

1. Verwertbarkeit von EncroChat-Daten. (BGHSt)
2. Die von Nutzern verschlüsselter „EncroChat-Mobiltelefone“ im Wege der Rechtshilfe erlangten Daten unterliegen in der Regel keinem Beweisverwertungsverbot. (Bearbeiter)
3. Bei EncroChat handelt es sich um eine Art kriminelles Netzwerk eines verdeckt operierenden Kryptohandy-Anbieters, der Kriminellen bewusst für ihre Aktivitäten wie insbesondere den Drogenhandel ein unüberwachbares Kommunikationsmittel an die Hand gibt, diese kriminellen Aktivitäten damit aktiv unterstützt und davon in erheblichem Umfang finanziell profitiert. Vor diesem Hintergrund lässt die zeitlich befristete Erhebung aller Nutzerdaten des EncroChat-Dienstes angesichts der Schwere der in Rede stehenden Straftaten sowie vor dem Hintergrund des staatlichen Auftrags zum Schutz seiner Bürger insbesondere vor den von Drogenhandel und organisierter Kriminalität ausgehenden Gefahren und des verfassungsrechtlichen Gebots einer funktionsfähigen Strafrechtspflege grundlegende Rechtsstaatsdefizite oder einen Verstoß gegen menschen- oder europarechtliche Grundwerte nicht erkennen. (Bearbeiter)
4. Die im Wege europäischer Rechtshilfe erlangten Beweisergebnisse aus dem EncroChat-Komplex dürfen in einem Strafverfahren ohne Einwilligung der überwachten Person nur zur Aufklärung einer Straftat, auf Grund derer eine Maßnahme nach § 100b StPO hätte angeordnet werden können, oder zur Ermittlung des Aufenthalts der einer solchen Straftat beschuldigten Person verwendet werden. Hierbei sind die den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz konkretisierenden einschränkenden Voraussetzungen in § 100b Abs. 1 Nr. 2 und 3 StPO in den Blick zu nehmen. Danach muss die Straftat auch im Einzelfall besonders schwer wiegen und die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsorts auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos sein. Für diese Prüfung ist auf den Erkenntnisstand im Zeitpunkt der Verwertung der Beweisergebnisse abzustellen. Auf die Rekonstruktion der Verdachtslage im Anordnungszeitpunkt kommt es insoweit nicht an. (Bearbeiter)
5. Die Verwertung personenbezogener Informationen in einer gerichtlichen Entscheidung greift zwar in das allgemeine Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG) ein. Verfassungsgemäße Rechtsgrundlage für die Beweisverwertung in einem strafgerichtlichen Urteil ist aber § 261 StPO. Das Gewicht des in der Verwertung liegenden Eingriffs hängt maßgeblich davon ab, welchen Grad an Persönlichkeitsrelevanz die betroffenen Informationen haben und auf welchem Weg sie erlangt wurden. Die Eingriffsintensität ist insbesondere dann gesteigert, wenn die ursprüngliche Erhebung der verwerteten Informationen mit einem Eingriff in Art. 10 oder Art. 13 GG verbunden war. (Bearbeiter)
6. Die Frage, ob im Wege der Rechtshilfe erlangte Beweise verwertbar sind, richtet sich ausschließlich nach dem nationalen Recht des um Rechtshilfe ersuchenden Staates, soweit der um Rechtshilfe ersuchte Staat die unbeschränkte Verwendung der von ihm erhobenen und übermittelten Beweisergebnisse gestattet hat. Demgegenüber ist die Rechtmäßigkeit von Ermittlungshandlungen – jenseits etwaiger Vorgaben des ersuchenden Staates – nach dem Recht des ersuchten Staates zu bewerten. Eine Überprüfung hoheitlicher Entscheidungen des ersuchten Staates am Maßstab von dessen Rechtsordnung durch die Gerichte des ersuchenden Staates findet dabei grundsätzlich nicht statt. Im Rechtshilfeverkehr ist es vielmehr geboten, Strukturen und Inhalte fremder Rechtsordnungen und -anschauungen grundsätzlich zu achten, auch wenn sie im Einzelnen nicht mit den innerstaatlichen – hier deutschen – Auffassungen übereinstimmen. (Bearbeiter)
7. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist bei im Wege der Rechtshilfe erlangten Beweismitteln nicht Voraussetzung der Beweisverwertung, dass das deutsche Strafprozessrecht eine entsprechende Maßnahme vorsieht. Bei der Erlangung von Beweismitteln, die ein anderer Staat nach seiner nationalen Rechtsordnung in eigener Zuständigkeit erhoben hat, kann die Anwendung deutscher Verfahrensregeln grundsätzlich nicht erwartet werden. Die bloße Nichteinhaltung deutschen Rechts bei einer ausländischen Ermittlungsmaßnahme kann daher nicht per se ein selbstständiges Beweisverwertungsverbot begründen. Die Einhaltung rechtsstaatlicher Mindeststandards wird in solchen Fällen durch Prüfung der Vereinbarkeit der Maßnahme mit dem nationalen und europäischen ordre public und eine strikte Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der Beweisverwertung unter Annahme besonderer Verwendungsvorbehalte gewährleistet. (Bearbeiter)
8. Der Rechtshilfeverkehr im Rahmen der EU ist vom Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen geprägt. Die Schaffung eines Raums der Freiheit, Sicherheit und des Rechts innerhalb der Union beruht auf dem gegenseitigen Vertrauen sowie der Vermutung, dass andere Mitgliedstaaten das Unionsrecht und insbesondere die Grundrechte einhalten. Diese Vermutung ist widerlegbar, weshalb der Vollstreckungsstaat die Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung verweigern kann, wenn berechtigte Gründe für die Annahme eines nicht kompensierten Grundrechtsverstosses sprechen. Diese Vermutung rechtmäßigen Handelns wird nicht ohne Weiteres dadurch in Frage gestellt, dass von dem ersuchten Staat eingesetzte Ermittlungsmethoden teilweise der Geheimhaltung unterliegen. (Bearbeiter)
9. Art. 31 Abs. 1 der Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (RL EEA) und § 91g Abs. 6 IRG sollen den Betroffenen nicht vor einer Beweisverwendung im unterrichteten Staat (hier Deutschland), sondern allein vor einer Beweisverwendung im unterrichtenden Staat (hier Frankreich) bzw. im sonstigen europäischen Ausland schützen. Der individuelle Schutzzweck von Art. 31 Abs. 1 RL EEA und § 91g Abs. 6 IRG ist damit auf die Beweisverwendung im Ausland beschränkt und betrifft die Beweisverwendung im Inland nicht. Den Schutz von Betroffenen vor einer Verwendung von Beweismitteln in einem deutschen Strafverfahren können das deutsche Verfassungs- und Prozessrecht ausreichend durch die Annahme eines Beweisverwendungs- oder -verwertungsverbots oder durch bestimmte Verwendungsvorbehalte

leisten; hierfür bedarf es keiner Rechtshilfavorschriften, die lediglich den zwischenstaatlichen Rechtsverkehr regeln. (Bearbeiter)

10. Die auf eine hypothetisch rechtmäßige Erlangung im Anordnungsstaat abzielende Prüfungspflicht des Art. 6 Abs. 1 Buchst. b RL EEA bezieht sich nach ihrem unmissverständlichen Wortlaut und der Systematik lediglich auf ausdrücklich in der Europäischen Ermittlungsanordnung angegebene Ermittlungsmaßnahmen, die der Vollstreckungsstaat noch vornehmen soll, nicht auf solche, die er bereits nach seinem nationalen Recht vorgenommen hat und die dem Transfer bereits vorliegender Beweise lediglich zugrunde liegen. (Bearbeiter)

11. Die RL EEA enthält keinen abschließenden Kanon von Ermittlungsmaßnahmen, deren Ergebnisse im Rahmen einer Europäischen Ermittlungsanordnung übermittelt werden könnten; sie legt in Kapitel IV lediglich für bestimmte Ermittlungsmaßnahmen besondere Regeln fest. (Bearbeiter)

**431. BGH 2 StR 41/21 – Urteil vom 2. Februar 2022 (LG Limburg)**

BGHSt; Wirkung einer Revision der Nebenklage (unbegründete Revision der Nebenklage: keine Erstreckung der Kontrollbefugnis des Revisionsgerichts auf Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf den Rechtsfolgenausspruch, Aufgabe der bisherigen Senatsrechtsprechung, Argumentation, Wortlaut, Neukonzeption der Nebenklage 1986, Gesetzssystematik, Zweck); Versuch (strafbefreiender Rücktritt: Freiwilligkeit, außeratbestandliches Handlungsziel, unbeendeter Versuch). § 400 Abs. 1 StPO; § 401 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 301 StPO; § 23 StGB; § 24 StGB

Bei einer unbegründeten Revision der Nebenklage erstreckt sich die aus § 301 analog StPO folgende Kontrollbefugnis des Revisionsgerichts auf Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten nicht auf den Rechtsfolgenausspruch (Aufgabe der bisherigen Senatsrechtsprechung; Beschluss vom 16. Februar 2001 – 2 StR 501/00). (BGHSt)

**419. BGH 6 StR 639/21 – Beschluss vom 8. Februar 2022 (LG Rostock)**

Verwertbarkeit der aus der Überwachung der Kommunikation über den Krypto-Messengerdienst „EncroChat“ durch französische Behörden gewonnenen Erkenntnisse im Strafverfahren (Recht auf ein faires Verfahren). § 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO; Art. 6 EMRK

Die aus der Überwachung der Kommunikation über den Krypto-Messengerdienst EncroChat durch französische Behörden gewonnenen Erkenntnisse sind deutschen Strafverfahren regelmäßig verwertbar.

**388. BGH 5 StR 243/21 – Beschluss vom 8. Februar 2022 (LG Hamburg)**

Selbstleseverfahren (Bestimmtheit; Bezeichnung der eingeführten Urkunden; Identifizierbarkeit; Individualisierbarkeit). § 249 StPO

1. Urkunden, die im Selbstleseverfahren nach § 249 Abs. 2 StPO eingeführt werden, sind im Hauptverhandlungsprotokoll zu bezeichnen (§ 273 Abs. 1 StPO). Die Bezeichnung muss so genau sein, dass die Urkunden identifizierbar sind, wobei bei umfangreichen Konvoluten eine zusammenfassende und pauschale Benennung der nach § 249 Abs. 2 StPO zu behandelnden Urkunden genügen kann. Dadurch soll sichergestellt werden, dass bei den Verfahrensbeteiligten über Gegenstand und Umfang der Beweisverwendung kein Zweifel entstehen kann.

2. Die Urkunden sind dergestalt zu bezeichnen, dass sie von den Verfahrensbeteiligten ohne weiteres individualisiert werden können. Diese sollen so darauf hingewiesen werden, dass der nach § 249 Abs. 2 StPO ausnahmsweise außerhalb der Hauptverhandlung gewonnene Beweisstoff dennoch als Inbegriff der Hauptverhandlung im Sinne des § 261 StPO der Überzeugungsbildung des Gerichts zugrunde gelegt werden kann. Können die Verfahrensbeteiligten nach dem Wortlaut der Anordnung die Urkunden leicht identifizieren, die zum Gegenstand der Beweisaufnahme gemacht werden, genügt die Anordnung dem Bestimmtheiterfordernis des § 249 Abs. 2 StPO.

3. Das Selbstleseverfahren dient nicht dem Zweck, ohne vorherige Bewertung der Beweisbedeutung große Teile der Akten in die Hauptverhandlung einzuführen und sie so zur potentiellen Grundlage des Urteils zu machen. Vielmehr ist es geboten, die durch ein Selbstleseverfahren einzuführenden Urkunden mit Sorgfalt zusammenzustellen und bereits zu diesem Zeitpunkt ihre (mögliche) Erheblichkeit ebenso wie ihre Verlesbarkeit (insbesondere nach den § 249 Abs. 1, §§ 250, 251 ff. StPO) zu prüfen.

**449. BGH 4 StR 434/21 – Beschluss vom 3. Februar 2022 (LG Essen)**

Verständigung (gescheiterte Verständigung; keine Bindungswirkung, kein Vertrauensschutz, Geständnis, Abweichen von dem vorgeschlagenen Verständigungsstrafrahmen, kein förmlicher Hinweis notwendig). § 257c StPO; § 265 StPO

Eine gescheiterte Verständigung kann von vornherein weder Bindungswirkung noch Vertrauensschutz begründen. Legt der Angeklagte im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung ein Geständnis ab, kann das Gericht daher regelmäßig ohne förmlichen Hinweis nach § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO von dem vorgeschlagenen Verständigungsstrafrahmen abweichen. Denn ohne Hinzutreten besonderer Umstände fehlt es an einem schutzwürdigen Vertrauen des Angeklagten, das Tatgericht werde im Falle eines Geständnisses dennoch eine Strafe in dem in Aussicht gestellten Strafrahmen verhängen.

**434. BGH 2 ARs 223/21 2 AR 166/21 – Beschluss vom 18. Januar 2022**

Zuständigkeitsbestimmung durch das gemeinschaftliche obere Gericht (Anfechtungsantrag gegen eine Verlegungsanordnung); Verlegung eines Strafgefangenen (maßgebliches Landesrecht; Zuständigkeit: örtlich, Verweisungsbeschluss, Bindungswirkung, willkürliche Verweisungsentscheidung;); Abweichen vom Vollstreckungsplan (Verlegung in ein anderes Bundesland:

Einigung der obersten Vollzugsbehörden, verwaltungsinterne Voraussetzung).

§ 14 StPO; § 109 StVollzG; § 110 StVollzG; § 26 StrVollstrO

1. Die Verlegung eines Gefangenen in die Vollzugsanstalt eines anderen Bundeslandes bedarf als länderübergreifende Verlegung zwar gemäß § 26 Abs. 2 Satz 3 StrVollstrO einer Einigung der obersten Vollzugsbehörden beider Länder. Die erforderliche Einigung regelt die Verlegung aber nur im Verhältnis der beteiligten Länder zueinander. Sie ist selbst noch keine Verlegungsanordnung, sondern bildet lediglich eine bundesstaatlich notwendige und lediglich verwaltungsinterne Voraussetzung für die Anordnung der (einseitig nicht umsetzbaren) länderübergreifenden Verlegung, die im Außenverhältnis zum Strafgefangenen weiterhin nur nach Maßgabe des einschlägigen Landesrechts durch die danach zuständige Behörde angeordnet werden kann.

2. Wurde ein Strafgefangener aus einer Justizvollzugsanstalt in eine Justizvollzugsanstalt in einem anderen Bundesland verlegt, findet das für diese Justizvollzugsanstalt maßgebliche Landesrecht Anwendung. Dem Landesrecht kommt nur eine räumlich auf das Staatsgebiet des jeweiligen Bundeslandes begrenzte Geltung zu und es erfasst grundsätzlich alle Personen, die sich innerhalb des Staatsgebietes befinden.

3. Zwar ist ein Beschluss, durch den das Verfahren an eine andere Strafvollstreckungskammer verwiesen wird, entsprechend § 83 Satz 1 VwGO in Verbindung mit § 17a Abs. 2 Satz 3 GVG hinsichtlich der örtlichen Zuständigkeit grundsätzlich bindend. Eine Bindungswirkung tritt jedoch nicht ein, wenn die Verweisungsentscheidung willkürlich erscheint, namentlich, wenn eine örtliche Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer, an welche die Sache verwiesen worden ist, unter keinem Gesichtspunkt in Betracht kommt oder die Verweisung sonst inhaltlich grob und offensichtlich fehlerhaft ist.

#### **430. BGH 2 StR 399/21 – Urteil vom 16. Februar 2022 (LG Frankfurt am Main)**

Beweiswürdigung (eingeschränkte Revisibilität; Zweifel: Zweifelssatz, keine tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Annahme zu Gunsten des Angeklagten, Zweifel theoretischer Natur, vernünftige Zweifel).

§ 261 StPO

Es ist weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zu Gunsten des Angeklagten von Annahmen auszugehen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat. Zweifel, welche sich als bloße Vermutungen ohne gesicherte Tatsachengrundlagen erweisen, sind theoretischer Natur in diesem Sinn. Was völlig abseits liegt, darf und muss außer Betracht bleiben. Daraus folgt, dass nur solche Gründe, die zu vernünftigen Zweifeln in einer für den Schuldspruch relevanten Frage Anlass geben, einer Verurteilung entgegenstehen; nur dann ist „in dubio pro reo“ zu entscheiden.

#### **409. BGH 6 StR 48/22 – Beschluss vom 24. Februar 2022 (LG Bamberg)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Keine Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe aus mit an sich gesamtstrafenfähigen Einzelgeldstrafen wegen des Grundsatzes der Spezialität; Vollstreckungshindernis).

§ 55 StGB; Art. 14 EurAuslÜbk; § 83h Abs. 1 IRG

1. Die Nichtbeachtung des auslieferungsrechtlichen Spezialitätsgrundsatzes bewirkt ein Vollstreckungshindernis mit der Folge, dass eine wegen dieses Hindernisses nicht vollstreckbare Strafe (hier: Einzelgeldstrafen) nicht in eine Gesamtstrafe einbezogen werden darf.

2. Aus dem Umstand, dass es sich bei den nicht vollstreckbaren Strafen um Geldstrafen handelt, folgt nichts anderes. § 83h Abs. 2 Nr. 3 IRG bestimmt zwar, dass das Verbot des § 83h Abs. 1 IRG nicht gilt, wenn die Strafverfolgung nicht zur Anwendung einer die persönliche Freiheit beschränkenden Maßnahme führt. Die Regelung kann aber bei Einbeziehung einer Geldstrafe in eine nicht aussetzungsfähige Gesamtfreiheitsstrafe nicht eingreifen, weil ungeachtet der teilweise verbleibenden Eigenständigkeit der in eine Gesamtstrafe eingestellten Einzelstrafe es insgesamt zur Vollstreckung einer die persönliche Freiheit beschränkenden Maßnahme kommen würde.

#### **378. BGH 3 StR 74/21 – Urteil vom 27. Januar 2022 (LG Duisburg)**

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (Anforderungen an die Individualisierung einzelner Taten bei Aburteilung in Serie begangener sexueller Missbrauchshandlungen; Beweiswürdigung; Begriff des rechtlichen Abkömmlings).

§ 174 StGB; § 261 StPO

1. Bei der Aburteilung in Serie begangener sexueller Missbrauchshandlungen dürfen zur Vermeidung unvertretbarer Strafbarkeitslücken an die Individualisierung der einzelnen Taten im Urteil keine übersteigerten Anforderungen gestellt werden, da eine Konkretisierung der jeweiligen Straftaten nach genauer Tatzeit und exaktem Geschehensablauf oft nicht möglich ist. Das Tatgericht muss sich aber in objektiv nachvollziehbarer Weise zumindest die Überzeugung verschaffen, dass es in einem gewissen Zeitraum zu einer bestimmten Mindestzahl von Straftaten gekommen ist. Entscheidend dabei ist nicht, dass eine – möglicherweise auf nicht völlig sicherer Grundlage hochgerechnete – Gesamtzahl festgestellt wird, sondern dass das Gericht von jeder einzelnen individuellen Straftat, die es aburteilt, überzeugt ist.

2. Ist eine Individualisierung einzelner Taten mangels Besonderheiten im Tatbild oder der Tatumstände nicht möglich, sind zumindest die Anknüpfungspunkte zu bezeichnen, anhand derer das Tatgericht den Tatzeitraum eingrenzt und auf die sich seine Überzeugung von der Mindestzahl und der Begehungsweise der Missbrauchstaten des Angeklagten in diesem Zeitraum gründet. Dabei sind grundsätzlich bei Verurteilungen, die den sexuellen Missbrauch von Geschädigten über 14 Jahren betreffen, an die Konkretisierung einzelner Handlungsabläufe größere Anforderungen zu stellen als bei Tatserien zu Lasten von Kindern.

3. Rechtliche Abkömmlinge eines Mannes i.S.d. § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB sind adoptierte Kinder, die nach § 1754

BGB die rechtliche Stellung eines Kindes des Annehmenden erlangen, oder Kinder, die nach § 1592 Nr. 1 bis 3 BGB rechtlich einem Mann zugeordnet werden, ohne von diesem abzustammen.

### **386. BGH 5 StR 2/21 – Urteil vom 6. Januar 2022 (LG Hamburg)**

Gewährenlassen des Täters beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (kein Anspruch des Täters auf rechtzeitiges Einschreiten); Täterschaft bei Einfuhr von Betäubungsmitteln; Doppelverwertungsverbot beim Zusammentreffen von Milderungsgründen.

§ 29 BtMG; § 50 StGB; Art. 6 EMRK

1. Ein Straftäter hat keinen Anspruch darauf, dass die Ermittlungsbehörden rechtzeitig gegen ihn einschreiten, um seine Taten zu verhindern. Allerdings kann eine engmaschige und lückenlose polizeiliche Überwachung eines Betäubungsmittelgeschäfts ein bestimmender Strafzumessungsgrund zugunsten des Angeklagten sein, dem neben der Sicherstellung der Drogen ein eigenes Gewicht zukommt, wenn hierdurch eine tatsächliche Gefahr für das Rechtsgut der Volksgesundheit durch das In-Verkehr-Gelangen der Betäubungsmittel nicht bestand.

2. Es ist nicht erforderlich, dass der Täter einer Einfuhr von Betäubungsmitteln diese eigenhändig ins Inland bringt (st. Rspr.; siehe zuletzt etwa BGH HRRS 2021 Nr. 99 mwN). Hat jedoch ein mit den eingeführten Betäubungsmitteln Handel treibender Beteiligter keinen Einfluss auf den Einfuhrvorgang und wartet er nur darauf, dass der Lieferant ihm die eingeführten Betäubungsmittel bringt, ist er zwar wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln und gegebenenfalls wegen Teilnahme an der Einfuhr strafbar, jedoch nicht Mittäter der Einfuhr.

3. Die Vorschrift des § 50 StGB verbietet bei der Strafraumenwahl jedoch nicht nur die doppelte Heranziehung des vertypten Strafmilderungsgrundes als solchen, sondern auch die doppelte Berücksichtigung der für seine Annahme entscheidenden Gründe.

### **376. BGH 3 StR 440/21 – Beschluss vom 8. Februar 2022 (LG Oldenburg)**

Prozessualer Tatbegriff (einheitlicher geschichtlicher Vorgang; Veränderung des Tatbildes im Verlauf des Verfahrens; Umgrenzung durch Tatort, Tatzeit und Tatbild). § 264 StPO

1. Gegenstand der Urteilsfindung ist gemäß § 264 Abs. 1 StPO die in der Anklage bezeichnete Tat, wie sie sich nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung darstellt. Tat im Sinne dieser Vorschrift ist ein einheitlicher geschichtlicher Vorgang, der sich von anderen ähnlichen oder gleichartigen unterscheidet und innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht haben soll.

2. Verändert sich im Verlaufe des Verfahrens das Bild des Geschehens, wie es in der Anklageschrift und dem Eröffnungsbeschluss umschrieben ist, so ist die Prüfung der Frage, ob die Identität der prozessualen Tat trotz Veränderung des Tatbildes noch gewahrt ist, nach dem Kriterium der "Nämlichkeit" der Tat zu beurteilen. Dies ist – ungeachtet gewisser Unterschiede – dann gegeben,

wenn bestimmte Merkmale die Tat weiterhin als ein einmaliges und unverwechselbares Geschehen kennzeichnen.

3. Die prozessuale Tat wird in der Regel durch Tatort, Tatzeit und das Tatbild umgrenzt und insbesondere durch das Täterverhalten sowie die ihm innewohnende Angriffsrichtung und durch das Tatopfer bestimmt. Wann die Tat in dem dargelegten Sinne hinreichend umgrenzt ist, kann nicht abstrakt, sondern nur nach Maßgabe der Umstände des jeweiligen Einzelfalls festgelegt werden.

### **384. BGH 3 StR 484/21 – Beschluss vom 22. Februar 2022 (LG Krefeld)**

Teilfreispruch bei gegenüber Anklage und Eröffnungsbeschluss abweichender konkurrenzrechtlicher Beurteilung.

§ 199 StPO; § 200 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB

Geht der Eröffnungsbeschluss davon aus, dass die dem Angeklagten angelasteten strafbaren Handlungen sich aus tatsächlichen oder rechtlichen Gründen als eine einheitliche Tat im materiellrechtlichen Sinne darstellen, muss ein Teilfreispruch dann nicht ergehen, wenn sich eine der Handlungen nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung als nicht nachweisbar oder nicht strafbewehrt erweist, es im Übrigen aber bei der konkurrenzrechtlichen Bewertung der Einzelakte verbleibt. Wenn dagegen die Hauptverhandlung ergibt, dass es sich bei den dem Angeklagten angelasteten Handlungen um selbständige, tatmehrheitliche Delikte handelt, und sich ein dem Angeklagten von Anklage und Eröffnungsbeschluss vorgeworfener Einzelakt als nicht nachweisbar erweist, so ist der Angeklagte insoweit aus Billigkeitsgründen freizusprechen.

### **389. BGH 5 StR 365/21 – Urteil vom 2. März 2022 (LG Zwickau)**

Beweiswürdigung beim freisprechenden Urteil; verständigungsbezogene Mitteilungspflicht (Zeitpunkt der Mitteilung; Rügeanforderungen).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 261 StPO; § 267 StPO; § 244 Abs. 2 S. 2 StPO

1. Zwar müssen die Gründe auch eines freisprechenden Urteils nicht jeden irgendwie beweisheblichen Umstand ausdrücklich würdigen. Das Maß der gebotenen Darlegung hängt vielmehr von der jeweiligen Beweislage und insoweit von den Umständen des Einzelfalls ab; dieser kann so beschaffen sein, dass sich die Erörterung bestimmter einzelner Beweisumstände erübrigt. Insbesondere wenn das Tatgericht auf Freispruch erkennt, obwohl nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung gegen den Angeklagten ein ganz erheblicher Tatverdacht besteht, muss es allerdings in seine Beweiswürdigung und deren Darlegung die ersichtlich wesentlichen, möglicherweise gegen den Angeklagten sprechenden Umstände und Erwägungen einbeziehen.

2. Der Revisionsführer muss nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO sämtliche Tatsachen unterbreiten, die das Revisionsgericht für die Prüfung benötigt, ob – den Vortrag als zutreffend unterstellt – ein Verfahrensfehler vorliegt, wobei auch dem Rügeziel potentiell nachteilige Tatsachen vorzutragen sind.

3. Das Gesetz enthält keine feste zeitliche Vorgabe für die nach § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO gebotene Mitteilung

darüber, ob im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung verständigungsbezogene Gespräche stattgefunden haben.

## Rechtsprechung

# V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

### 371. BGH 3 StR 155/21 – Beschluss vom 27. Januar 2022 (LG Osnabrück)

BGHSt; Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (synthetische Cannabinoide; nicht geringe Menge; Wirkstoffmenge).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

1. Die nicht geringe Menge der synthetischen Cannabinoide 5F-ADB und AMB-FUBINACA beginnt bei einem Gramm Wirkstoffmenge. (BGHSt)

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

### 373. BGH 3 StR 329/21 – Urteil vom 10. Februar 2022 (LG Düsseldorf)

Untreue (Pflichtwidrigkeit bei Vorstandshandeln; Ermessensspielraum; Business Judgement Rule; Unvertretbarkeit; Tatsachengrundlage; Informationspflichten).

§ 266 StGB

Dem Vorstand einer Aktiengesellschaft muss bei der Leitung der Geschäfte eines Unternehmens ein weiter Handlungsspielraum zugebilligt werden. Die insoweit zum Aktienrecht entwickelten, mittlerweile als sog. Business Judgement Rule in § 93 Abs. 1 Satz 2 AktG kodifizierten Grundsätze sind auch Maßstab für das Vorliegen einer Pflichtverletzung im Sinne von § 266 Abs. 1 StGB. Insoweit gilt im Einzelnen:

a) Eine Pflichtverletzung liegt erst dann vor, wenn die Grenzen, in denen sich ein von Verantwortungsbewusstsein getragenes, ausschließlich am Unternehmenswohl orientiertes, auf sorgfältiger Ermittlung der Entscheidungsgrundlagen beruhendes unternehmerisches Handeln bewegen muss, überschritten sind, die Bereitschaft, unternehmerische Risiken einzugehen, in unverant-

wortlicher Weise überspannt wird oder das Verhalten des Vorstands aus anderen Gründen als pflichtwidrig gelten muss.

b) Eine Entscheidung auf unzulänglicher Tatsachengrundlage kann eine solche Pflichtverletzung des Vorstands indizieren. Diese ist letztlich nur dann zu bejahen, wenn ein schlechthin unvertretbares Vorstandshandeln vorliegt; der Leitungsfehler muss sich auch einem Außenstehenden förmlich aufdrängen.

c) Informationspflichten von Vorstandsmitgliedern verlangen grundsätzlich in der konkreten Entscheidungssituation die Ausschöpfung aller verfügbaren Informationsquellen tatsächlicher und rechtlicher Art, um auf dieser Grundlage die Vor- und Nachteile der bestehenden Handlungsoptionen sorgfältig abzuschätzen und den erkennbaren Risiken Rechnung zu tragen. Die konkrete Entscheidungssituation ist danach der Bezugsrahmen des Ausmaßes der Informationspflichten. Dementsprechend ist es notwendig, aber auch ausreichend, dass sich der Vorstand eine unter Berücksichtigung des Faktors Zeit und unter Abwägung der Kosten und Nutzen weiterer Informationsgewinnung „angemessene“ Tatsachenbasis verschafft; je nach Bedeutung der Entscheidung ist eine breitere Informationsbasis rechtlich zu fordern.

d) Dem Vorstand steht danach letztlich ein dem konkreten Einzelfall angepasster Spielraum zu, den Informationsbedarf zur Vorbereitung seiner unternehmerischen Entscheidung selbst abzuwägen. Ausschlaggebend ist dabei nicht, ob die Entscheidung tatsächlich auf der Basis angemessener Informationen getroffen wurde und dem Wohle der Gesellschaft diene, sondern es reicht aus, dass der Vorstand dies vernünftigerweise annehmen durfte. Die Beurteilung des Vorstands im Zeitpunkt der Entscheidungsfindung muss aus der Sicht eines ordentlichen Geschäftsleiters vertretbar erscheinen

### 387. BGH 5 StR 228/21 (alt: 5 StR 366/19) – Urteil vom 3. März 2022 (LG Saarbrücken)

Untreue durch Unterlassen (schadensverhindernde Kompensation; Wertlosigkeit von Dienstleistungen einer Detektei; Vorsatzfeststellung); verständigungsbezogene Mitteilungspflichten (keine Mitteilungsbedürftigkeit bei Vorschlag zur Verfahrenseinstellung; Negativmitteilung); Strafzumessung (fakultative Strafrahmenverschiebung beim Unterlassen; Täter-Opfer-Ausgleich; Beeinträchtigungen des besonders in der Öffentlichkeit stehenden Angeklagten durch intensive Medienberichterstattung).

§ 266 StGB; § 13 StGB; § 15 StGB; § 46 StGB; § 46a StGB; § 243 Abs. 4 StPO

1. Untreue kann auch durch Unterlassen der pflichtgemäß gebotenen Handlung begangen werden, wenn darin der Schwerpunkt der Vorwerfbarkeit liegt; in diesem Fall findet § 13 Abs. 2 StGB Anwendung. Bei der Prüfung, ob eine fakultative Strafraumenverschiebung gemäß § 13 Abs. 2, § 49 Abs. 1 StGB stattzufinden hat, ist eine wertende Gesamtbetrachtung aller strafzumessungsrechtlich beachtlichen Gesichtspunkte, insbesondere der wesentlichen unterlassensbezogenen, vorzunehmen. Welche Gesichtspunkte das Tatgericht dabei berücksichtigt, obliegt seiner wertenden Betrachtung; zu einer erschöpfenden Darlegung ist es nicht verpflichtet.

2. Eine Strafraumenverschiebung nach § 46a Nr. 2 StGB iVm § 49 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass die vollständige oder wenigstens teilweise Entschädigung des Opfers durch die persönliche Leistung oder den persönlichen Verzicht des Täters möglich geworden ist. Damit eine Schadenswiedergutmachung ihre friedensstiftende Wirkung entfalten kann, muss der Täter einen über eine rein rechnerische Kompensation hinausgehenden Beitrag erbringen. Dafür genügt die Erfüllung von Schadensersatzansprüchen allein nicht. Vielmehr muss sein Verhalten Ausdruck der Übernahme von Verantwortung sein.

**354. BGH 1 StR 375/21 – Beschluss vom 20. Oktober 2021 (LG Stuttgart)**

Betrug (Vermögensschaden einer Krankenkasse bei Einsatz unterqualifizierten Personals: sozialrechtliche, streng formale Betrachtungsweise; strafmildernde Berücksichtigung ersparter Aufwendungen).

§ 263 Abs. 1 StGB

1. Verfügen die von einem Pflegedienst eingesetzten Pflegekräfte nicht die im Vertrag mit der Krankenkasse vereinbarte Qualifikation führt das nach den insoweit maßgeblichen Grundsätzen des Sozialrechts auch dann zum vollständigen Entfallen des Vergütungsanspruchs gegen die Krankenkasse und damit zu einem Vermögensschaden, wenn die Leistungen im Übrigen ordnungsgemäß erbracht wurden („streng formale Betrachtungsweise“). Die Arbeitsleistung als solche stellt keine gleichwertige Gegenleistung für die Krankenkassen dar.

2. Allerdings ist bei der Strafzumessung zu berücksichtigen, dass die Krankenkasse wegen der tatsächlich erbrachten Pflegeleistungen keinen anderen Pflegedienst beauftragen und bezahlen musste.

**407. BGH 6 StR 461/21 – Beschluss vom 11. Januar 2022 (LG Göttingen)**

Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetz (überragende Bedeutung der nicht geringen Menge trotz fehlender „Vertatbestandlichkeit“); Einziehung von Taterträgen und Einziehung des Wertes von Taterträgen (tatsächliche Verfügungsgewalt bei Mittätern: faktische bzw. wirtschaftliche Mitverfügungsmacht).

§ 4 Abs. 3 NpSG; §§ 29 ff. BtMG

Trotz fehlender „Vertatbestandlichkeit“ der nicht geringen Menge in § 4 NpSG kommt dem Maß einer etwaigen

Grenzwertüberschreitung des jeweiligen psychoaktiven Stoffs für die Strafzumessung – wie im Betäubungsmittelgesetz – auch im Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetz überragende Bedeutung zu.

**379. BGH 3 StR 458/21 – Beschluss vom 8. Februar 2022 (LG Koblenz)**

Überlassen von Betäubungsmitteln zum unmittelbaren Verbrauch an einen Minderjährigen (Abgrenzung von Abgabe und Verabreichung; fehlende Kenntnis des Minderjährigen); Vorwegvollzug eines Teils der Strafe bei Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 67 StGB

1. 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 Betäubungsmittel – wie im Fall II. 4. der Urteilsgründe – zum sofortigen Gebrauch an Ort und Stelle hingegeben werden; in dieser Konstellation liegt vielmehr die Tatbestandsvariante des Überlassens zum unmittelbaren Verbrauch vor. Dies gilt auch dann, wenn der Täter dem Minderjährigen ein Lebensmittel zum sofortigen Verzehr übergibt, dabei verschweigt, dass dieses Betäubungsmittel enthält und der Empfänger das Rauschgift daher unwissentlich konsumiert.

2. Die Abgrenzung der Tatbestandsvariante des Verabreichens von Betäubungsmitteln von derjenigen der Verbrauchsüberlassung bestimmt sich allein nach dem äußeren Geschehensablauf. Ein Verabreichen ist gegeben, wenn der Täter dem Empfänger das Betäubungsmittel ohne dessen aktive Mitwirkung zuführt, etwa durch Injizieren, Einreiben oder Einflößen. Übergibt der Täter dagegen einer anderen Person Betäubungsmittel und führt diese sie sich eigenständig zu (Eigenapplikation), unterfällt die Tat der Variante der Verbrauchsüberlassung. Darauf, ob der Empfänger Kenntnis davon hat, dass er ein Betäubungsmittel konsumiert, kommt es demgegenüber nicht an.

3. Nach § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB soll das Gericht bei der Anordnung einer Unterbringung in einer Entziehungsanstalt neben einer zeitigen Freiheitsstrafe von mehr als drei Jahren bestimmen, dass ein Teil der Strafe vor der Maßregel zu vollziehen ist. Hiervon darf das Gericht nur absehen und es beim Vorwegvollzug der Maßregel nach § 67 Abs. 1 StGB belassen, wenn dadurch aus gewichtigen Gründen des Einzelfalles eher ein Therapieerfolg zu erwarten ist. Der Teil der nach § 67 Abs. 2 Satz 2 StGB vorweg zu vollstreckenden Strafe ist so zu bemessen, dass nach seiner Vollziehung und einer anschließenden Unterbringung eine Entlassung des Verurteilten zum Halbstrafenzeitpunkt grundsätzlich möglich ist (§ 67 Abs. 2 Satz 3, Abs. 5 Satz 1 StGB).

**367. BGH 1 StR 481/21 – Beschluss vom 13. Januar 2022 (LG Neuruppin)**

Einziehung (Erlangen des Tatertrags bei mehreren Tatbeteiligten: faktische oder wirtschaftliche (Mit-)Verfügungsmacht; erlangtes Etwas bei der Steuerhhelei).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 374 Abs. 1 AO

1. Ein Vermögenswert ist nach § 73 Abs. 1 StGB durch die Tat erlangt, wenn er dem Beteiligten in irgendeiner Phase

des Tatablaufs aus der Verwirklichung des Tatbestands so zugeflossen ist, dass er hierüber tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben kann. Bei mehreren Beteiligten genügt insofern, dass sie zumindest eine faktische bzw. wirtschaftliche Mitverfügungsmacht über den Vermögensgegenstand erlangt haben. Dies ist der Fall, wenn sie im Sinne eines rein tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses ungehindert auf den Vermögensgegenstand zugreifen können. Faktische Mitverfügungsgewalt kann sich – jedenfalls bei dem vor Ort anwesenden, die Beute oder Teile davon in den Händen haltenden Mittäter – auch in einer Abrede über die Beuteteilung widerspiegeln. Denn damit verfügt der Mittäter zu seinen oder der anderen Beteiligten Gunsten über die Beute, indem er in Absprache mit diesen Teile des gemeinsam Erlangten sich selbst oder den anderen zuordnet.

2. Bei der Steuerhhelei sind das "erlangte etwas" die der Steuer unterliegenden Waren, nicht etwa die von den Vortätern erzielte Steuerersparnis (st. Rspr.). Eine steuerliche (Mit-) Haftung nach § 71 Variante 2, § 374 Abs. 1 Variante 1 AO für die hinterzogenen Verbrauchsteuern oder Einfuhrabgaben ist für die durch eine gegenständliche Betrachtungsweise geprägte strafrechtliche Vermögensabschöpfung unerheblich.

### **375. BGH 3 StR 436/21 – Urteil vom 10. Februar 2022 (auswärtige Strafkammer des Landgerichts Kleve in Moers)**

Verhängung von Jugendstrafe wegen der Schwere der Schuld bei Gewaltverbrechen (Erziehungsgedanke; gerechter Schuldausgleich).

§ 17 JGG

1. Kommt die Verhängung von Jugendstrafe wegen der Schwere der Schuld in Betracht, ist diese zu prüfen und nach jugendspezifischen Kriterien zu bestimmen. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt ist die innere Tatseite. Dem äußeren Unrechtsgehalt der Tat kommt aber insoweit Bedeutung zu, als aus ihm Schlüsse auf die Persönlichkeit des Täters und das Maß der persönlichen Schuld gezogen werden können. Er darf demnach bei der Prüfung, ob die Verhängung einer Jugendstrafe geboten ist, nicht vollends unberücksichtigt bleiben.

2. Insbesondere bei Gewaltverbrechen kann die Schwere der Schuld neben dem Erziehungszweck der Jugendstrafe eigenständige Bedeutung haben. Schwere Gewaltdelikte begründen regelmäßig die Schwere der Schuld. Der Strafzweck des gerechten Schuldausgleichs darf in solchen Fällen jedenfalls nicht völlig hinter den Erziehungsgedanken zurücktreten; denn auf die Möglichkeit der Bestrafung schwerer Straftaten durch Verhängung einer Jugendstrafe kann auch in Fällen nicht verzichtet werden, in denen ein Jugendlicher oder Heranwachsender nicht erziehungsbedürftig oder erziehungsfähig ist. Welches Gewicht den einzelnen Zumessungserwägungen zukommt, ist abhängig vom Einzelfall. Das Tatgericht hat dazu eine umfassende Abwägung vorzunehmen.

### **428. BGH 2 StR 295/21 – Urteil vom 2. Februar 2022 (LG Kassel)**

Revision (beschränkte Revisibilität der Verhängung von Jugendstrafen: beachtliche Lücken oder

Wertungsfehler); Entscheidung über die Verhängung von Jugendstrafen (Schwere der Schuld: besonders schwere Straftaten, Abstellen auf das einzelfallbezogene konkrete Tatbild, Verwirklichung weiterer Straftatbestände, Alter eines Heranwachsenden, Gewichtung der für die Schuldbemessung maßgeblichen jugendspezifischen Gesichtspunkte, Vor- und Nachtatverhalten, lediglich Mitverursacher einer Schädigung des Opfers bei § 176 Abs. 2 StGB a.F., keine konkrete Zuordnung möglich; kein Erziehungsbedarf feststellbar: Verhängung von Jugendstrafe, Schuldausgleich, Heranwachsender zur Tatzeit, Erwachsener im Urteilszeitpunkt, Erforderlichkeit einer Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld, schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes); Revisionsbegründung (Beschränkung der Revision auf bestimmte Beschwerdepunkte).

§ 17 JGG; § 176a StGB a.F.; § 176 StGB a.F.; § 344 StPO

1. Die Entscheidung über die Verhängung von Jugendstrafe ist Sache des Tatgerichts; ihm obliegt es, auf der Grundlage des umfassenden Eindrucks, den es in der Hauptverhandlung von der Tat und der Persönlichkeit des Täters gewonnen hat, die für die Rechtsfolgenentscheidung wesentlichen Umstände festzustellen, sie zu bewerten und gegeneinander abzuwägen. Rechtsfehlerhaft ist eine solche Rechtsfolgenentscheidung allerdings, wenn sie beachtliche Lücken oder Wertungsfehler aufweist.

2. Besonders schwere Straftaten, zu denen neben schweren Gewaltdelikten auch gravierende Sexualdelikte gehören können, begründen regelmäßig die Schwere der Schuld. Auch insoweit ist jedoch nicht auf die abstrakte rechtliche Einordnung des verwirklichten Straftatbestands, sondern einzelfallbezogen auf das konkrete Tatbild – einschließlich des Vor- und Nachtatverhaltens – abzustellen, um Rückschlüsse auf die Persönlichkeit des Angeklagten und das Maß seiner persönlichen Schuld zu ziehen. Bedeutung entfaltet auch, ob die Tatbegehung mit der Verwirklichung weiterer Straftatbestände einhergeht. Die Schwere der Schuld ist dabei mit zunehmendem Alter eines Heranwachsenden differenziert zu beurteilen, so bei der Gewichtung der für die – auf den Tatzeitpunkt bezogenen – Schuldbemessung maßgeblichen jugendspezifischen Gesichtspunkte wie Persönlichkeitsentwicklung und Reifegrad des Täters.

3. Das Vor- und Nachtatverhalten stellt auch bei der Anwendung von Jugendstrafrecht einen rechtsfolgenbestimmenden Umstand dar, der in den Urteilsgründen zwingend zu erörtern ist, wenn es Rückschlüsse auf die innere Einstellung des Täters zulässt.

4. Es handelt sich bei § 176a Abs. 2 StGB aF um eine Qualifikation des abstrakten Gefährdungsdeliktens § 176 Abs. 1 und Abs. 2 StGB. Insoweit vermag es einen Täter nicht zu entlasten, wenn er „lediglich“ als Mitverursacher einer Schädigung des Opfers in Betracht kommt.

5. Ist bei dem Missbrauch eines Kindes durch mehrere Täter eine konkrete Zuordnung der damit einhergehenden Folgen für das Kind nicht möglich, trägt jeder der Täter Verantwortung für die dem Opfer erwachsenen Schäden, mag auch der individuelle Anteil nicht konkret bestimmbar sein.



6. Der Verhängung von Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld steht nicht entgegen, dass bei einem Angeklagten ein Erziehungsbedarf nicht (mehr) festgestellt werden kann. Erziehungsgedanke und Schuldausgleich stehen in der Regel miteinander im Einklang; bei Kapitalverbrechen und anderen besonders schweren Taten darf der Strafzweck des gerechten Schuldausgleichs jedoch nicht völlig hinter den Erziehungsgedanken zurücktreten. Auf die Möglichkeit der Bestrafung besonders schwerer Straftaten durch Verhängung einer Jugendstrafe kann auch in Fällen nicht verzichtet werden, in denen ein zur Tatzeit jugendlicher oder Heranwachsender nicht (mehr) erziehungsbedürftig oder erziehungsfähig ist.

7. Dies gilt erst recht, wenn ein Angeklagter zur Tatzeit gerade noch Heranwachsender war und im Urteilszeitpunkt bereits Erwachsener ist. In solchen Fällen schwindet das Gewicht spezialpräventiver Gesichtspunkte der Jugendstrafe. Dass ein Erziehungsbedarf des jetzt Erwachsenen nicht mehr festgestellt werden kann, hat zwar Einfluss auf die Frage, wie auf die festgestellte Gesetzesverletzung nunmehr zu reagieren ist, bestimmt aber nicht abschließend, welches Unrecht der damals Heranwachsende verwirklicht und welche Schuld er auf sich geladen hat.

8. Zwar sind nicht alle gewichtigen Straftaten besonders schwere, die unter dem Gesichtspunkt des gerechten Schuldausgleichs die Verhängung von Jugendstrafe erfordern. Der schwere sexuelle Missbrauch eines Kindes ist angesichts des schon nach seiner Strafandrohung hohen Unrechtsgehalts und der für das Tatopfer oftmals gravierenden Auswirkungen als eine solche besonders schwere Straftat zu bewerten, die die Verhängung von Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld erfordert.

### 356. BGH 1 StR 401/21 – Urteil vom 8. Februar 2022 (LG Baden-Baden)

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Vorsatz des Kuriers hinsichtlich der transportierten Betäubungsmittel-Menge).  
§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 16 Abs. 1 StGB; § 15 StGB

Ein Kurier, der sich zum Transport von Betäubungsmitteln bereit erklärt und weder auf die Menge des ihm übergebenen Rauschgifts Einfluss nehmen noch diese Menge überprüfen kann, wird in der Regel damit rechnen müssen, dass ihm mehr Rauschgift zum Transport übergeben wird, als man ihm offenbart hat. Das gilt jedenfalls dann, wenn zwischen ihm und seinem Auftraggeber kein persönliches Vertrauensverhältnis besteht. Ist ihm bei dieser Sachlage die tatsächliche Menge der Betäubungsmittel gleichgültig, so handelt er mit bedingtem Vorsatz bezüglich der tatsächlich transportierten Gesamtmenge.

### 390. BGH 5 StR 366/21 – Urteil vom 3. März 2022 (LG Chemnitz)

Bandenmäßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Begriff und Zustandekommen der Bandenabrede).  
§ 30a BtMG

1. Bei einer Bande handelt es sich um die auf eine gewisse Dauer angelegte Verbindung von mindestens drei Personen zur gemeinsamen Deliktsbegehung. Ob jemand Mitglied einer Bande ist, bestimmt sich allein nach der

deliktischen Vereinbarung, der sogenannten Bandenabrede. Die Begründung der Mitgliedschaft folgt nicht aus der Bandentat, sondern geht dieser regelmäßig voraus. Mitglied einer Bande kann dabei auch derjenige sein, dem nach der Bandenabrede nur Aufgaben zufallen, die sich bei wertender Betrachtung als Gehilfentätigkeit darstellen.

2. Es ist nicht erforderlich, dass sich sämtliche Bandenmitglieder untereinander kennen und gemeinsam an der Abrede beteiligt waren. Diese muss nicht ausdrücklich getroffen werden; es genügt vielmehr jede Form einer stillschweigenden Vereinbarung, die aus dem wiederholten deliktischen Zusammenwirken mehrerer Personen hergeleitet werden kann. Die bloße Schilderung eines wiederholten deliktischen Zusammenwirkens ist für sich grundsätzlich aber nicht ausreichend, um das Zustandekommen einer Bandenabrede zu belegen. Jedoch kommt in Betracht, dass zwischen einigen Bandenmitgliedern eine ausdrückliche Absprache getroffen wird, der Beitritt anderer zur Bande aber aus dem Verhalten der Beteiligten folgt.

3. Eine Bandenabrede setzt nicht voraus, dass sich alle Beteiligten gleichzeitig absprechen. Sie kann etwa durch aufeinander folgende Vereinbarungen entstehen, die eine bereits bestehende Vereinigung von Mittätern zu einer Bande werden lassen, oder dadurch zustande kommen, dass sich zwei Täter einig sind, künftig Straftaten mit zumindest einem weiteren Beteiligten zu begehen, und der Dritte, der durch einen dieser beiden Täter über ihr Vorhaben informiert wird, sich der deliktischen Vereinbarung – sei es im Wege einer gemeinsamen Übereinkunft, gegenüber einem Beteiligten ausdrücklich, gegenüber dem anderen durch sein Verhalten oder nur durch seine tatsächliche Beteiligung – anschließt. Dabei kann es sich um den Anschluss an eine bereits bestehende Bande handeln; ebenso kann durch den Beitritt erst die für eine Bandentat erforderliche Mindestzahl von Mitgliedern erreicht werden.

### 411. BGH 6 StR 553/21 – Beschluss vom 22. Februar 2022 (LG Potsdam)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Tateinheit: teildentische Ausführungshandlung; natürliche Handlungseinheit; Raubdelikt zur Beibehaltung des Restkaufpreises); Urteilsgründe (Gutachten: Mitteilung wesentlicher Anknüpfungstatsachen und Ausführungen).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 267 StPO

1. Bei aufeinanderfolgenden, sich auf unterschiedliche Betäubungsmittelmengen beziehenden Umsatzgeschäften liegt eine jedenfalls teilweise, Tateinheit begründende Überschneidung der objektiven Ausführungshandlungen darin, dass sich der Täter zu seinem Lieferanten begibt, um einerseits die vorangegangene Lieferung zu bezahlen und dabei zugleich eine neue, zuvor bestellte Lieferung abzuholen. In diesen Fällen dient das Aufsuchen des Lieferanten als verbindendes Element gleichermaßen beiden Umsatzgeschäften, so dass dieses als teildentische Ausführungshandlung die Annahme von Tateinheit im Sinne von § 52 Abs. 1 StGB begründet).

2. Selbst ohne eine für alle Umsatzgeschäfte teildentische Ausführungshandlung verbinden sich mehrere

Handelsgeschäfte zu einer einheitlichen Tat im Sinne einer natürlichen Handlungseinheit, wenn es im Rahmen einer bestehenden Lieferbeziehung zur Entgegennahme weiterer Betäubungsmittel aus Anlass der Bezahlung bereits zuvor „auf Kommission“ erhaltener Rauschgiftmengen kommt. Nichts Anderes hat zu gelten, wenn ein Lieferant seinerseits im Rahmen einer bestehenden Handelsbeziehung Rauschmittel an seinen Abnehmer übergibt und gleichzeitig das Geld für vorangegangene Lieferungen entgegennimmt.

3. Dient ein Raubdelikt der Beitreibung des Restkaufpreises für die zuletzt gelieferten Betäubungsmittel, steht es

als Teil des vorausgehenden Handelstreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit hierzu.

4. Stützt sich das Tatgericht bei seiner Überzeugungsbildung auf das Gutachten eines Sachverständigen, hat es im Urteil dessen wesentliche Anknüpfungstatsachen und Ausführungen so darzulegen, dass das Rechtsmittelgericht prüfen kann, ob die Beweiswürdigung auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage beruht und die Schlussfolgerungen nach den Gesetzen der Logik, den Erfahrungssätzen des täglichen Lebens und den Erkenntnissen der Wissenschaft möglich sind (st. Rspr.).

### Aufsätze und Anmerkungen

# Herabwerfen von Steinen von einer Brücke auf fahrende Kfz – nicht immer strafbar nach § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB?

Zugl. Besprechung von BGH HRRS 2022 Nr. 126

Von Prof. Dr. Bernd Hecker, Tübingen\*

## I. Vorbemerkung

Dem Urteil des 4. Strafsenats des BGH v. 9.12.2021 liegt eine Fallkonstellation zugrunde, die bei wortlautgetreuer und dem Normzweck<sup>1</sup> entsprechender Gesetzesanwendung eigentlich als klarer Fall eines von § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB erfassten gefährlichen (Außen-)Eingriffs in den Straßenverkehr eingestuft werden müsste. Doch dieser Anschein trägt, wie man bei der Lektüre der Urteilsgründe feststellen muss. Seinem Wortlaut nach ist § 315b Abs. 1 StGB erfüllt, wenn der Täter (1) eine Tathandlung nach Abs. 1 Nr. 1 bis 3 begeht, die (2) eine Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs bewirkt und sich (3) zu einer über die latente Verkehrsgefährlichkeit hinausreichenden konkreten Gefahr für eines der im objektiven Tatbestand bezeichneten Schutzobjekte verdichtet hat. Jedoch verlangt der 4. Strafsenat zusätzlich die Feststellung, dass die Tathandlung zu einer konkreten „verkehrsspezifischen“ Gefahr geführt hat. Diese Tatbestandsrestriktion,

die ihren Ausgangspunkt in dem Grundsatzurteil des BGH v. 4.12.2002<sup>2</sup> findet, verdient Kritik und Widerspruch.

## II. Das Urteil des 4. Strafsenats

### 1. Sachverhalt und Gang des Verfahrens

Der Angeklagte warf von einer Brücke aus 14 teilweise scharfkantige Schottersteine von unterschiedlicher Größe zwischen 3x3 cm bis 4x7 cm und einem Gesamtgewicht von etwa 470 g auf einen mit einer Geschwindigkeit von ca. 70–80 km/h fahrenden Pkw. Die Steine trafen das Dach des Pkw und verursachten dort einen Sachschaden von etwa 4.800 EUR. Ansonsten blieb der Steinwurf ohne weitere Folgen. Die mit dem Aufprall verbundenen Geräusche veranlassten den erschrockenen Fahrer nicht zu einem unkontrollierten Fahrmanöver. Nach den zur subjektiven Tatseite getroffenen Feststellungen nahm der Angeklagte den Tod, die Verletzung oder eine Gefährdung der

\* Der Verfasser ist Inhaber der Professur für Deutsches und Europäisches Strafrecht, Strafprozessrecht sowie Umwelt- und Wirtschaftsstrafrecht an der Universität Tübingen.

<sup>1</sup> BGH NJW 2015, 500 (501) = HRRS 2015 Nr. 102, Rn. 11; König, in: LK-StGB, 13. Aufl. (2021), § 315b Rn. 3 und § 315 Rn. 3 ff. (primär Schutz der Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs); a. A. Pegel, in: MüKoStGB, 3. Aufl. (2019),

§ 315b Rn. 1 (primär, aber nicht ausschließlich Schutz von Individualrechtsgütern); wiederum a. A. Hecker, in: Schönke/Schröder 30. Aufl. (2019), § 315b Rn. 1; Zieschang, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 315b Rn. 7 (gleichrangiger Schutz der Verkehrssicherheit und Individualrechtsgüter).

<sup>2</sup> BGHSt 48, 119 (124 f.).

Fahrzeuginsassen nicht billigend in Kauf. Den am Fahrzeugdach eingetretenen Sachschaden billigte er hingegen. Das LG Verden verurteilte den Angeklagten wegen vorsätzlichen gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr in Tateinheit mit Sachbeschädigung zu einer Freiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten.<sup>3</sup> Die hiergegen zu Ungunsten des Angeklagten eingelegte Revision der Staatsanwaltschaft verwarf der 4. Strafsenat, soweit beanstandet wurde, dass das LG die Verwirklichung des Qualifikationstatbestands des § 315b Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 i. V. m. § 315 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. a StGB verneint hatte. Im Übrigen hob der 4. Strafsenat das Urteil zugunsten des Angeklagten (§ 301 StPO) mit den Feststellungen auf und verwies die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des LG zurück.

## 2. Wesentliche Entscheidungsgründe

Nach Auffassung des 4. Strafsenats scheidet bereits die Vollendung des Grundtatbestands des § 315 b Abs. 1 Nr. 3 StGB aus.<sup>4</sup> Den tatrichterlichen Feststellungen lasse sich nicht entnehmen, dass es als Folge des Abwurfs der Steine zum Eintritt einer konkreten *verkehrsspezifischen* Gefahr gekommen ist. Zwar habe der Angeklagte die Sicherheit des Straßenverkehrs gefährdet. Da der Fahrzeugführer seinen Pkw aber unbeeinträchtigt weiterführen konnte, sei es nicht zu einem „Beinaheunfall“ gekommen, also zu einer kritischen Verkehrssituation, bei welcher das Ausbleiben eines Schadens nur noch vom Zufall abhängt bzw. bei der ein unbeteiligter Beobachter zu der Einschätzung gelangt, dass „das gerade noch einmal gut gegangen ist“.<sup>5</sup> Soweit das Fallenlassen der Steine unmittelbar zu einem Sachschaden geführt hat, ergebe sich aus den getroffenen Feststellungen nicht, dass dieser Verletzungserfolg zumindest auch auf die Wirkungsweise der für Verkehrsvorgänge typischen Fortbewegungskräfte, d. h. auf die Dynamik des fahrenden Kraftfahrzeugs zurückzuführen ist.

Selbst eine möglicherweise festzustellende Absicht des A, durch den Abwurf der Steine Schäden am Dach des unter der Brücke durchfahrenden Fahrzeugs zu verursachen, sei nicht geeignet, den Qualifikationstatbestand des § 315b Abs. 3 StGB i. V. m. § 315 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. a StGB zu verwirklichen.<sup>6</sup> Hierzu müsse der Nachweis geführt werden, dass es dem Täter darauf angekommen sei, einen Unglücksfall herbeizuführen und zwar gerade dadurch, dass sich die von ihm verursachte konkrete Gefahr verwirklicht. Eine mögliche Absicht des Angeklagten, durch den Abwurf der Steine lediglich das Dach des passierenden Fahrzeugs zu beschädigen, genüge diesen Anforderungen nicht.<sup>7</sup> Denn das Vorstellungsbild des Angeklagten sei nicht auf die Verwirklichung einer *verkehrsspezifischen*

Gefahr gerichtet gewesen und unterscheide sich damit nicht von einer Sachbeschädigung eines abgestellten Fahrzeugs. Den getroffenen Feststellungen lasse sich noch nicht einmal eine bedingt vorsätzliche Herbeiführung eines Unfalls entnehmen. Auch sei es dem Angeklagten nicht darauf angekommen, die Frontscheibe des Pkw zu beschädigen, wo sich beim Aufprall der Steine die Dynamik des Straßenverkehrs ausgewirkt hätte.<sup>8</sup>

Allenfalls komme eine Verurteilung wegen versuchten gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr (§ 315b Abs. 2 StGB) in Betracht, wenn sich feststellen lässt, dass der Tatentschluss des Angeklagten zumindest auch darauf gerichtet war, die Windschutzscheibe des Fahrzeugs oder dessen Front zu treffen oder ihm die Trefferfläche gleichgültig war, sich mithin nach dem Vorstellungsbild des Angeklagten jedenfalls auch die Fahrzeugdynamik in einem i. S. d. § 315b StGB bedeutenden Schadenseintritt auswirken konnte.<sup>9</sup>

## III. Analyse der Entscheidungsgründe und Einordnung des Urteils

### 1. Kein Fall des § 315b Abs. 1 Nr. 1 StGB

Zu Recht haben weder das LG noch der 4. Strafsenat eine Strafbarkeit nach § 315b Abs. 1 Nr. 1 StGB in Betracht gezogen. Zwar hat der Angeklagte durch den Steinwurf das Dach des unter der Brücke durchfahrenden Fahrzeugs beschädigt. Der Eintritt einer konkreten Gefahr für eine „fremde Sache von bedeutendem Wert“<sup>10</sup> kann aber nicht etwa bereits deshalb angenommen werden, weil am Fahrzeug ein Sachschaden in Höhe von 4.800 EUR entstanden ist. Denn die Tathandlung des § 315b Abs. 1 Nr. 1 StGB muss dem Eintritt eines hierdurch bewirkten konkreten Gefährdungserfolgs vorausgehen. Die bloße Beschädigung eines Fahrzeugs ohne hierdurch verursachte weitere Folgen erfüllt als solche nicht den objektiven Tatbestand des § 315b I Nr. 1 StGB.<sup>11</sup>

### 2. Gefährlicher Eingriff i. S. d. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB

Bei dem Steinwurf auf das fahrende Kfz des Geschädigten handelt es sich jedoch – wovon auch der 4. Strafsenat zutreffend ausgeht – um einen dem Tathandlungserfolg des § 315b Abs. 1 Nr. 1 (Beschädigung eines Fahrzeugs) vorgelagerten, von dem Auffangtatbestand des § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB erfassten „ähnlichen, ebenso gefährlichen Eingriff“<sup>12</sup>, der generell geeignet ist, die Sicherheit des

<sup>3</sup> LG Verden BeckRS 2020, 52931.

<sup>4</sup> HRRS 2022 Nr. 126, Rn. 23-25.

<sup>5</sup> Vgl. hierzu BGH NJW 1995, 3131 (3132); BGH HRRS 2017, Nr. 706 (Rz. 6); BGH NStZ-RR 2019, 343 (344); Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 315c Rn. 33; König, in: LK-StGB (Fn. 1), § 315b Rn. 63; Rengier, Strafrecht BT II, 22. Aufl. (2021), § 44 Rn. 10 ff.

<sup>6</sup> HRRS 2022 Nr. 126, Rn. 15-18.

<sup>7</sup> HRRS 2022 Nr. 126, Rn. 19.

<sup>8</sup> HRRS 2022 Nr. 126, Rn. 20.

<sup>9</sup> HRRS 2022 Nr. 126, Rn. 26.

<sup>10</sup> Wertuntergrenze bei 750 Euro: BGH NStZ 2013, 167 = HRRS 2013 Nr. 220; BGH BeckRS 2017, 110004 (Rz. 3);

König, in: LK-StGB (Fn. 1), § 315b Rn. 82; für Wertuntergrenze bei 1300 Euro: OLG Jena StV 2009, 194; Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 315c Rn. 31; Rengier, Strafrecht BT II (Fn. 5), § 44 Rn. 21.

<sup>11</sup> BGH NStZ 1995, 31; BGH NJW 1996, 329; BGH StV 2012, 217; Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 315b Rn. 3; König, in: LK-StGB (Fn. 1), § 315b Rn. 26; Rengier, Strafrecht II (Fn. 5), § 45 Rn. 5, 10.

<sup>12</sup> BGHSt 48, 119 ff.; BGH NStZ 2003, 206; BGH NStZ 2010, 572 = HRRS 2010 Nr. 440; Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 315b Rn. 9; König, in: LK-StGB (Fn. 1), § 315b Rn. 40; Rengier, Strafrecht BT II (Fn. 5), § 45 Rn. 10, 24 f.

öffentlichen Straßenverkehrs zu beeinträchtigen.<sup>13</sup> Eine konkrete Gefahr für Leib oder Leben eines anderen Menschen ist nicht eingetreten, denn der Führer des getroffenen Fahrzeugs ist trotz des Schreckmoments nicht etwa in die akute Gefahr des Schleuderns und/oder eines unkontrollierten Abkommens von der Fahrbahn geraten. Jedoch lässt sich aus dem Befund, dass das Fahrzeugdach beschädigt wurde, ableiten, dass der im Steinewerfen zu sehende gefährliche Eingriff in den Straßenverkehr sich bereits zu einer konkreten Gefahr für fremde Sachen von bedeutendem Wert<sup>14</sup> verdichtet hat. Denn die Verletzung eines Schutzobjekts lässt zwingend den Schluss auf das Vorliegen einer vorangegangenen konkreten Gefährdung des Schutzobjekts zu.<sup>15</sup> Seinem Wortlaut nach ist der objektive Tatbestand des § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB erfüllt.

### 3. Das Erfordernis einer „verkehrsspezifischen“ konkreten Gefahr

Die höchstrichterliche Rechtsprechung verlangt jedoch seit der Grundsatzentscheidung des BGH v. 4.12.2002,<sup>16</sup> dass sich bei einem Außeneingriff in der eingetretenen konkreten Gefahr zugleich eine *verkehrsspezifische* Gefahr realisieren muss, also eine solche, die auf die Wirkungsweise der für Verkehrsvorgänge typischen Fortbewegungskräfte zurückzuführen ist. Dies soll nicht der Fall sein, wenn die aus der Tathandlung resultierende Gefahr in keiner inneren Verbindung mit der Dynamik des Straßenverkehrs steht. Das Herabschütten von Lackfarbe auf das Dach von zwei unter einer Autobahnbrücke durchfahrende Lkw soll demnach nicht zur Annahme einer vollendeten Tat nach § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB führen, da sich in dem hierdurch eingetretenen Sachschaden keine verkehrsspezifische Gefahr realisieren.<sup>17</sup>

Ebenso kein Anwendungsfall des § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB soll nach der Rechtsprechung des BGH gegeben sein, wenn der Täter Schüsse auf ein fahrendes Kfz abgibt, die dort einschlagenden Projektile aber nicht zu einer Beeinträchtigung des Fahrverhaltens oder der Fahrsicherheit des betroffenen Fahrers führen und der Schaden am Fahrzeug ausschließlich auf der durch die auftreffenden Projektile freigesetzten Kräfte beruht.<sup>18</sup> Der Schlag auf den Kopf eines fahrenden Radfahrers soll nicht von § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB erfasst sein, wenn sich der geschlagene Radfahrer auf seinem Fahrrad halten konnte (kein „Beinaheunfall“) und sich nicht feststellen lässt, dass die erlittene Kopfverletzung auch auf die Wirkungsweise der für Verkehrsvorgänge typischen Fortbewegungskräfte zurückzuführen ist.<sup>19</sup> In dem Fall des Wurfs eines Bolzenschneiders in die Windschutzscheibe eines Eisverkaufswagens hielt es der BGH für fernliegend, dass die mit dem Eingriff unmittelbar einhergehende Beschädigung der

Windschutzscheibe und Gefährdung der körperlichen Integrität des Fahrzeugführers in einem relevanten Zusammenhang mit der Eigendynamik des gerade erst langsam anfahrenen Wagens standen und lehnte daher eine Strafbarkeit gem. § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB mangels Eintritts einer verkehrsspezifischen Gefahr ab.<sup>20</sup>

Der 4. Strafsenat greift in seinem Urteil v. 9.12.2021 diesen auf die Grundsatzentscheidung des BGH v. 4.12.2002 zurückgehenden restriktiven Gefahrbegriff des § 315b Abs. 1 StGB auf und verneint auf dieser Wertungsbasis folgerichtig bereits die Verwirklichung des Grunddelikts. Außerdem überträgt er diese Auslegungsmaxime – ebenfalls nur folgerichtig – auf das in § 315b Abs. 3 StGB i.V.m. § 315 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. a StGB normierte Absichtsmerkmal, indem er verlangt, dass die auf Herbeiführung eines Unfalls abzielende Vorstellung des Täters auf die Verwirklichung einer von ihm herbeigeführten *verkehrsspezifischen* konkreten Gefahr gerichtet sein muss. Der angeklagte Steinewerfer ist daher nur wegen Sachbeschädigung strafbar, wenn die für eine Strafbarkeit wegen versuchter Tat gem. §§ 315b Abs. 1 Nr. 3, 22, 23 Abs. 1 StGB erforderlichen Feststellungen nicht getroffen werden können. Dazu müsste dem Angeklagten nachgewiesen werden, dass sein Tatentschluss beim Herabwerfen der Steine die Verwirklichung eines Geschehensablauf – die Beschädigung der Windschutzscheibe oder Fahrzeugfront – umfasste, bei dem sich die Fahrzeugdynamik in einem i. S. d. § 315b StGB bedeutenden Schadenseintritt auswirken konnte.

### IV. Kritik und Widerspruch

In der Sache vermag die vom BGH seit dem 4.12.2002 in ständiger Rechtsprechung praktizierte und vom 4. Strafsenat fortgeführte restriktive Auslegung des Gefahrmerkmals nicht zu überzeugen. Die mit dem Kriterium der „verkehrsspezifischen“ konkreten Gefahr vorgenommene Tatbestandsreduktion beschneidet den Anwendungsbereich des § 315b Abs. 1 StGB in einer den Schutzzweck der Norm konterkarierenden Weise und sendet bei evident gemeingefährlichen Taten wie der Schussabgabe auf fahrende Kfz,<sup>21</sup> dem Schlagen eines Fahrradfahrers<sup>22</sup> oder – wie hier – Steinwürfen auf unter einer Brücke durchfahrende Kfz ein kriminalpolitisch befremdliches Signal aus.<sup>23</sup>

Auf der Grundlage der BGH-Judikatur wird die Strafbarkeit eines Steinewerfers wegen einer Tat nach § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB an das reine Zufallsereignis geknüpft, an welcher Stelle ein fahrendes Fahrzeug getroffen wird. Wird lediglich das Fahrzeugdach getroffen (sogar durch massive Steine), dann wirkt sich allein die Wucht der Steine auf das Schutzobjekt aus, was dann mangels Realisierung

<sup>13</sup> Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 315b Rn. 3; König, in: LK-StGB (Fn. 1), § 315b Rn. 58 ff.

<sup>14</sup> Vgl. hierzu die Nachw. in Fn. 10.

<sup>15</sup> König, in: LK-StGB (Fn. 1), § 315b Rn. 64 u. § 315 Rn. 57; Rengier, Strafrecht BT II (Fn. 5), § 44 Rn. 10.

<sup>16</sup> BGHSt 48, 119 (124 f.) mit zust. Anm. Berz/Saal NZV 2003, 198 f. und krit. Anm. König JR 2003, 255 f.; vgl. hierzu Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 315b Rn. 14; König, in: LK-StGB (Fn. 1), § 315b Rn. 40, 63a.

<sup>17</sup> BGHSt 48, 119 (124 f.); zu Recht abl. König, in: LK-StGB (Fn. 1), § 315b Rn. 63a.

<sup>18</sup> BGH NStZ 2009, 100 = HRRS 2008 Nr. 1112; BGH NStZ-RR 2015, 352 = HRRS 2015 Nr. 1086; BGH NStZ-RR 2017, 356 = HRRS 2017 Nr. 1087; zust. Obermann NStZ 2009, 539 ff.; Pegel, in: MüKoStGB (Fn. 1), § 315b Rn. 53; zu Recht abl. König, in: LK-StGB (Fn. 1), § 315b Rn. 63a u. § 315 Rn. 97d.

<sup>19</sup> BGH HRRS 2021 Nr. 1162 (Rz. 7).

<sup>20</sup> BGH NStZ 2021, 743 = HRRS 2021 Nr. 223.

<sup>21</sup> Vgl. hierzu die Nachw. in Fn. 18.

<sup>22</sup> Vgl. hierzu die Nachw. in Fn. 19.

<sup>23</sup> Vgl. hierzu und zum Nachfolgenden nur König, in: LK-StGB (Fn. 1), § 315b Rn. 63a u. § 315 Rn. 97d.

einer „verkehrsspezifischen“ Gefahr zum Ausschluss des objektiven Tatbestands führen soll. Entsprechendes gilt bei einem seitlichen Auftreffen des Wurfobjekts. Aber selbst wenn die Fahrzeugfront getroffen wird, ist nicht immer von einer „verkehrsspezifischen“ Gefahr und damit von einer Tatbestandserfüllung auszugehen, falls sich – wie im Fall des Wurfs eines Bolzenschneiders in die Windschutzscheibe eines langsam fahrenden Fahrzeugs<sup>24</sup> – nicht feststellen lässt, dass die hierdurch physikalisch auf das Fahrzeug einwirkende Kraft in einem relevanten Zusammenhang mit der Eigendynamik des Fahrzeugs stand.

Die von dieser Judikatur ausgehenden Verwerfungen setzen sich auf der Ebene des subjektiven Tatbestands fort. In zwei Fällen, in denen der Täter mit Tötungsvorsatz auf den Fahrer schoss und dabei auch die Konsequenz eines „führerlosen“ Kfz billigend in Kauf nahm, genügten dem BGH die tatrichterlich getroffenen Feststellungen noch nicht einmal für die Annahme eines versuchten gefährlichen Eingriffs in den Straßenverkehr.<sup>25</sup> Im Fall des Wurfs eines Bolzenschneiders in die Windschutzscheibe eines langsam fahrenden Eiswagens hielt es der BGH für wenig wahrscheinlich, dass ergänzende Feststellungen getroffen werden können, die eine Versuchsstrafbarkeit des Angeklagten im Hinblick auf eine Tat nach § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB tragen könnten.<sup>26</sup>

Ein Autobahn-Steinewerfer, der sich unwiderlegt dahingehend einlässt, er habe doch – wenn überhaupt – nur das Dach eines vorbeifahrenden Pkw treffen wollen, aber nicht daran gedacht, dass der Stein auch in die Fahrzeugfront einschlagen könnte, kann nicht wegen versuchter Tat nach §§ 315b Abs. 1 Nr. 3, 22, 23 Abs. 1 StGB bestraft werden. Falls er die Windschutzscheibe getroffen und beschädigt hat, haftet er nur wegen einer Fahrlässigkeitstat gem. § 315b Abs. 4 StGB in Tateinheit mit § 303 Abs. 1 StGB oder – falls kein Stein das Fahrzeug getroffen hat – nur wegen versuchter Sachbeschädigung, obwohl die Gemeingefährlichkeit seiner die Sicherheit des öffentlichen Straßenverkehrs beeinträchtigenden Handlung offensichtlich ist.

Um dem berechtigten Anliegen des BGH Rechnung zu tragen, bloße Sachbeschädigungen, die sich im öffentlichen Verkehrsraum ereignen, aus dem Anwendungsbereich des § 315b Abs. 1 StGB auszuschließen, bedarf es nicht des Rückgriffs auf den diffusen und reine Zufallsergebnisse produzierenden Gradmesser des „Wirkens von Fortbewegungskräften“.<sup>27</sup> Denn bereits das Erfordernis einer Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit sorgt dafür, dass Sachbeschädigungshandlungen, von denen keine Verkehrsfährdung ausgeht, vom Anwendungsbereich des § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB ausgeklammert werden. Zu denken ist etwa an den lediglich von § 303 Abs. 1 StGB erfassten Fall des Steinwerfens auf ein geparktes Fahrzeug.

Geht man richtigerweise davon aus, dass sich die Gemeingefährlichkeit des von § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB erfassten gefährlichen Außeneingriffs in der Herbeiführung einer konkreten Gefährdung oder Verletzung fremder Individualrechtsgüter indiziell ausprägt,<sup>28</sup> so ist der Angeklagte im hier interessierenden Fall wegen einer vollendeten Tat nach § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB zu bestrafen. Denn die von dem Steinewerfen auf ein fahrendes Fahrzeug ausgehende Beeinträchtigung der Verkehrssicherheit hat sich – wie der eingetretene und vom Angeklagten billigend in Kauf genommene Schaden am getroffenen Fahrzeugdach belegt – zu einer konkreten Gefahr für eine fremde Sache von bedeutendem Wert verdichtet. Den Qualifikationstatbestand des § 315b Abs. 3 StGB i.V.m. § 315 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. a StGB hat der Angeklagte auf der Grundlage der tatrichterlich getroffenen Feststellungen nicht erfüllt, ohne dass es hierbei auf das vom 4. Strafsenat als Bezugspunkt des „Unglücksfalls“ herangezogene Kriterium der „verkehrsspezifischen“ Gefahr ankommt. Denn es ließ sich nur feststellen, dass der Angeklagte die Herbeiführung eines Sachschadens billigend in Kauf genommen hat. Die Verwirklichung des Absichtsmerkmals setzt jedoch den Nachweis voraus, dass es dem Steinewerfer im Sinne von *dolus directus* 1. Grades gerade darauf angekommen ist, eine i. S. d. § 315b Abs. 1 Nr. 1 StGB erhebliche Gefahr für fremde Sachen von bedeutendem Wert in Gestalt eines Sachschadens herbeizuführen.<sup>29</sup>

<sup>24</sup> Vgl. hierzu den Nachweis in Fn. 20.

<sup>25</sup> BGH NStZ-RR 2015, 352 = HRRS 2015 Nr. 1086; BGH NStZ-RR 2017, 356 (357) = HRRS 2017 Nr. 1087; krit. hierzu König, in: LK-StGB (Fn. 1), § 315b Rn. 84.

<sup>26</sup> BGH NStZ 2021, 743 = HRRS 2021 Nr. 223.

<sup>27</sup> Vgl. hierzu auch den Hinweis von Krumm, NJW 2022, 412, wonach in der Praxis bereits kleinste Formulierungsungenauigkeiten im Rahmen der tatrichterlichen

Feststellungen Schwierigkeiten verursachen, die die Abgrenzung zwischen einer konkreten Gefahr und einer „verkehrsspezifischen“ Gefahr nicht mehr ausreichend ermöglichen.

<sup>28</sup> Zutr. König, in: LK-StGB (Fn. 1), § 315 Rn. 97d.

<sup>29</sup> BGH NJW 1996, 329 (330); OLG München NJW 2005, 3794; Hecker, in: Schönke/Schröder (Fn. 1), § 315b Rn. 17; König, in: LK-StGB (Fn. 1), § 315 Rn. 113.

# Befangenheit bei sachlicher Vorbefassung: eine überfällige Rekalibrierung?

Zugl. Besprechung zu EGMR, Rechtsache Meng v. Deutschland, Urteil vom 16. Februar 2021, Individualbeschwerde Nr. 1128/17 = HRRS 2022 Nr. 348

Von Morten Boe, LL.M., Freiburg i. Br.\*

## I. Einführung

Das hier zu besprechende Urteil des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (EGMR) vom 16. Januar 2021 beschäftigte sich mit der Frage nach berechtigten Zweifeln an der Unparteilichkeit eines Richters aufgrund einer sachlichen Vorbefassung mit dem streitgegenständlichen Sachverhalt.<sup>1</sup> Der EGMR stellte eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Konvention für Menschenrechte (EMRK) fest. Die konsekutive Beteiligung eines Richters sowohl an dem vorangegangenen, abgetrennten Verfahren gegen einen Mittäter, in dessen Urteil umfangreiche Feststellungen über die Beschwerdeführerin getroffen wurden, als auch an dem späteren Hauptsacheverfahren gegen die Beschwerdeführerin, verletze diese in ihrem Recht auf ein faires Verfahren. Die Individualbeschwerde wandte sich dabei auch mittelbar gegen das Revisionsurteil des Bundesgerichtshofs (BGH) vom 10. Februar 2016, welches die Besetzungsrüge der Beschwerdeführerin nach schon erfolglosem Befangenheitsantrag in der Hauptsache abgewiesen hatte.<sup>2</sup> Ziel dieser Anmerkung ist neben einer inhaltlichen Analyse der Entscheidung den auffälligen Kontrast im Problembewusstsein herauszuarbeiten, der zwischen den nationalen Gerichten und dem EGMR bei einer so zentralen Verfahrensgarantie wie der Unparteilichkeit des Richters zu bestehen scheint. Während der BGH an tradierten Systemprinzipien der Strafprozessordnung festzuhalten versucht, bekennt sich der EGMR im Lichte der Konventionsrechte und des notwendigen gesellschaftlichen Vertrauens in den Rechtsstaat zu einem selbstkritischen Blick auf die richterliche Tätigkeit. Das Urteil des EGMR bietet daher Anlass, in grundsätzlicher Weise über das deutsche Befangenheitsrecht im Kontext sachlicher Vorbefassung nachzudenken.

\* Der Verfasser ist Doktorand am Max-Planck-Institut zur Erforschung von Kriminalität, Sicherheit und Recht, Freiburg im Breisgau (Strafrechtliche Abteilung, Prof. Dr. Tatjana Hörnle, M.A. (Rutgers) [m.boe@csl.mpg.de]). Der Beitrag spiegelt allein die persönliche Auffassung des Verfassers wider.

<sup>1</sup> EGMR, Meng v. Deutschland, Urteil vom 16. Februar 2021, 1128/17 = NJW 2021, 2947 m. Anm. Rządowski = HRRS 2022 Nr. 348.

## II. Hintergrund und Prozessgeschichte

Ausgangspunkt des streitgegenständlichen Befangenheitsvorwurfes ist das Urteil des Landgerichts Darmstadt vom 11. Juli 2011, in welchem der neue Lebensgefährte (G.S.) der Beschwerdeführerin (M.) wegen Mordes an deren Ehemann zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe verteilt wurde.<sup>3</sup> Die Schwurgerichtskammer, unter Beteiligung von Richter M. als Berichterstatter, verwies im Urteil umfassend auf das Verhalten und die Rolle der Beschwerdeführerin im Rahmen des Tatgeschehens und stellte u.a. fest, dass nach dem „vom Angeklagten und M.“ gefassten Plan, G.S. den Ehemann in dessen Wohnung aus Habgier tötete, um beiden den Zugriff auf dessen Vermögenswerte dauerhaft zu sichern, da der Ehemann nach der Trennung von M. nun beabsichtigte sein Vermögen ins Ausland zu transferieren.<sup>4</sup> Im Rahmen eines späteren Verfahrens verurteilte das Landgericht Darmstadt die Beschwerdeführerin M. am 9. April 2014 nach einer eigenständigen Beweisaufnahme wegen gemeinschaftlich mit G.S. begangenen Habgiermordes an ihrem Ehemann zu einer lebenslangen Freiheitsstrafe.<sup>5</sup> An dem Urteil der Schwurgerichtskammer war Richter M. nunmehr als Vorsitzender Richter beteiligt, obwohl die Angeklagte früh seine Ablehnung beantragt hatte. Zu Beginn des Verfahrens am 11. Oktober 2013 war zunächst eine – durch eine informelle Anfrage der Verteidigung ausgelöste – Anzeige nach § 30 StPO des Richters M., ob seine Vorbefassung als Berichterstatter im Verfahren gegen G.S. ein Verhältnis sei, das eine Ablehnung rechtfertige, unter Beteiligung der beiden anderen Berufsrichter der Schwurgerichtskammer negativ beschieden worden. Die sachliche Darstellung des Verhaltens und die Erwähnung der jetzt Angeklagten seien notwendig gewesen, um den Sachverhalt im Verfahren gegen G.S. aufzuklären und das Mordmotiv der

<sup>2</sup> BGH, 2 StR 533/14, Urteil v. 10. Februar 2016, NStZ-RR 2016, 130 = HRRS 2016 Nr. 607.

<sup>3</sup> Die folgende Darstellung beruht auf den Ausführungen in EGMR, Meng (Fn. 1), Rn. 5-22 und BGH, HRRS 2016 Nr. 607, Rn. 2-8.

<sup>4</sup> Vgl. EGMR, Meng (Fn. 1), Rn. 7.

<sup>5</sup> LG Darmstadt, Urteil v. 9. April 2014, 500 Js 55270/12 (unveröffentlicht).

Habgier zu begründen. Der formale Befangenheitsantrag gem. § 24 Abs. 2 StPO wurde dann am 18. Oktober 2013 von einer anderen Strafkammer des Landgerichts unter Verweis auf die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass die Mitwirkung eines Richters an dem Verfahren gegen einen Mitbeschuldigten für sich genommen keine berechtigten Zweifel an dessen Unvoreingenommenheit aufkommen lassen könne, zurückgewiesen. Die Feststellungen zur Beteiligung der M. seien einerseits zur Darlegung des Tatgeschehens und zum Schuldnachweis gegenüber G.S. notwendig gewesen, andererseits seien Berufsrichter in der Lage, trotz der Vorbefassung ihre Überzeugung allein auf Grundlage der Beweisergebnisse des nachfolgenden Verfahrens zu bilden.

Gegen das Urteil des Landgerichts vom 9. April 2014 legte M. Revision ein. Der BGH verwarf diese mit Urteil vom 10. Februar 2016 und befand u.a., dass die Befangenheitsrüge gem. § 338 Nr. 3 StPO unbegründet sei.<sup>6</sup> Unter Verweis auf seine eigene Rechtsprechung zur richterlichen Befangenheit aufgrund sachlicher Vorbefassung in einem früheren Strafverfahren insbesondere gegen Mittäter derselben Straftat stellte er fest, dass im vorliegenden Fall keine besonderen Umstände, wie etwa unnötige und sachlich unbegründete Werturteile oder in sonstiger Weise nachteilige Äußerungen im Urteil, hinzugetreten seien. Die Passage im Urteil gegen G.S., wonach „die Rücksichtslosigkeit zu berücksichtigen sei, mit welcher [G.S. und M.] vorgingen und durch die Ermordung [des Ehemanns] versuchten, statt diesem in dessen Geschäfte einzutreten und die hierbei entstehenden Gewinne selbst zu vereinnahmen“, entspreche als „Bewertung des festgestellten Tatgeschehens und der Annahme eines aus Habgier begangenen Mordes“.<sup>7</sup> Die Darstellung der Beteiligung der M. sei zur Vermeidung von Darstellungsmängeln und zum Ausdruck der nach § 261 StPO erforderlichen Sicherheit geboten gewesen, weil das Gericht das Motiv der Habgier aus M.s wirtschaftlicher Abhängigkeit von ihrem Ehemann abgeleitet hatte und die Überzeugung bezüglich der Täterschaft des G.S. auf Beweisanzeichen gestützt habe, die auch für die Tatbeteiligung der M. sprachen. Auch die „in den Urteilsgründen enthaltenen Hinweise auf die feste bzw. sichere Überzeugung des Gerichts von der Mittäterschaft der Angeklagten“ könnten die Befangenheitsrüge nicht stützen.<sup>8</sup> Ob solche Formulierungen Anlass zu Missdeutungen geben, könne dahinstehen.

Eine Verfassungsbeschwerde der M., die eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren, sowie des Rechts auf den gesetzlichen Richter rügte, wurde ohne Angabe von Gründen nicht zur Entscheidung angenommen.<sup>9</sup>

### III. Die Entscheidung des EGMR

Mit Urteil vom 16. Februar 2021 stellte der EGMR eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 der Europäischen Konvention für Menschenrechte (EMRK) fest. Die Beteiligung

von Richter M. als Berichterstatter im Verfahren gegen G.S., dessen Urteil zahlreiche Verweise auf die Beschwerdeführerin enthalte, begründe eine objektiv gerechtfertigte Besorgnis der Befangenheit und rechtfertige die Sorge der Beschwerdeführerin, dass Richter M. hinsichtlich ihrer Schuld eine vorgefasste Meinung habe.<sup>10</sup> Die Prüfung der Unparteilichkeit umfasse neben der Frage nach der subjektiven Voreingenommenheit auch die anhand von objektiven Kriterien zu beantwortende Frage, ob Tatsachen vorliegen, die objektiv gerechtfertigte Zweifel an der Unparteilichkeit des Gerichts begründen, bzw. die nachvollziehbar nahelegen, dass der Richter nicht hinreichend Gewähr bot, alle berechtigten Zweifel auszuschließen.<sup>11</sup> Allein die Tatsache, dass ein Richter über ähnliche, aber selbstständige Tatvorwürfe bezüglich desselben Sachverhalts oder gegenüber einem Mitbeschuldigten verhandelt und entschieden hat, begründe keine gerechtfertigten Zweifel an der Unparteilichkeit.<sup>12</sup> Insbesondere in komplexen Strafverfahren mit mehreren Beteiligten könne es unerlässlich sein, dass das Gericht zur Urteilsfindung gegenüber dem Angeklagten auf die Beteiligung Dritter eingehe, gegen die später möglicherweise ein gesondertes Verfahren bezüglich desselben Tatkomplexes geführt werde.<sup>13</sup> Zweifel an der Unparteilichkeit könnten aber gerechtfertigt sein, wenn das frühere Urteil nach den Umständen des konkreten Falles bezüglich einer später angeklagten Person durch eine detaillierte Bewertung der Rolle, durch eine bestimmte Einordnung der Beteiligung oder durch Hinweise auf die Erfüllung der für einen Straftatbestand erforderlichen Kriterien als eine Vorverurteilung bzw. als Ausdruck einer vorgefassten Meinung gegenüber der später angeklagten Person verstanden werden könne.<sup>14</sup> Objektiv gerechtfertigte Zweifel könnten sich insbesondere dann ergeben, wenn das Gericht über die Beschreibung der Tatsachen hinaus auch eine rechtliche Bewertung des Verhaltens der später angeklagten Person vornimmt.<sup>15</sup> Gegen berechtigte Zweifel spreche, wenn der Name der später angeklagten Person nur am Rande und nicht in belastenden Zusammenhängen erwähnt wurde und keine Bewertung der Tatbeteiligung insbesondere in Hinblick auf die persönliche Schuld oder durch Einordnung als „Täter“ oder „Mittäter“ stattgefunden habe.<sup>16</sup>

Auf den konkreten Fall bezogen, kommt der Gerichtshof zu dem Schluss, dass die Beteiligung von Richter M. als Berichterstatter im Verfahren gegen G.S. eine objektiv gerechtfertigte Besorgnis der Befangenheit begründe. Zwar sei neben der professionellen Ausbildung des Berufsrichters M. festzustellen, dass im späteren Verfahren gegen M. eine neue Tatsachenfeststellung und eine neue rechtliche Würdigung vorgenommen worden sei, die hinsichtlich des Sachverhalts zu in Details abweichenden Tatsachenfeststellungen geführt habe.<sup>17</sup> Diese Faktoren könnten den Gerichtshof jedoch nicht davon entbinden zu prüfen, ob Feststellungen im früheren Urteil die Frage der Schuld der Beschwerdeführerin vorweggenommen haben.<sup>18</sup> Zu beachten sei nämlich, dass M. in dem früheren Verfahren

<sup>6</sup> BGH HRRS 2016 Nr. 607.

<sup>7</sup> BGH HRRS 2016 Nr. 607, Rn. 14.

<sup>8</sup> BGH HRRS 2016 Nr. 607, Rn. 14.

<sup>9</sup> BVerfG, Beschl. v. 11. Juli 2016, 2 BvR 1168/16 (unveröffentlicht).

<sup>10</sup> EGMR, Meng (Fn. 1), Rn. 63.

<sup>11</sup> EGMR, Meng (Fn. 1), Rn. 42-46.

<sup>12</sup> EGMR, Meng (Fn. 1), Rn. 47.

<sup>13</sup> EGMR, Meng (Fn. 1), Rn. 47.

<sup>14</sup> EGMR, Meng (Fn. 1), Rn. 48.

<sup>15</sup> EGMR, Meng (Fn. 1), Rn. 48.

<sup>16</sup> EGMR, Meng (Fn. 1), Rn. 49.

<sup>17</sup> EGMR, Meng (Fn. 1), Rn. 55f. i.V.m. Rn. 50-52.

<sup>18</sup> EGMR, Meng (Fn. 1), Rn. 57.

gegen G.S. nicht förmlich angeklagt war und daher unstreitig bloß Zeugin (bzw. Dritte) gewesen sei. Das Urteil enthalte aber umfangreiche Tatsachenfeststellungen, die sich auch auf die Beschwerdeführerin beziehen. Diese Feststellungen seien im Urteil nicht als Vermutungen oder Schilderungen eines Geschehens, sondern „als Tatsachen mit entsprechender rechtlicher Einordnung“ dargestellt worden. Dies sei durch den BGH selbst bestätigt worden, indem dieser angab, dass die Hinweise des Landgerichts auf die Überzeugung von der Mittäterschaft der M. als Grundlage für die Verurteilung von G.S. und zur Vermeidung von Darstellungsmängeln notwendig gewesen seien.<sup>19</sup> Die würdigen Feststellungen gegenüber M. seien vorgenommen worden, obwohl G.S. als Alleintäter angeklagt war und nach Auffassung des Landgerichts am Tatort allein handelte.<sup>20</sup> Aus Sicht des EGMR geht die ausführliche Würdigung der Rolle der M. daher über eine sachliche Darstellung der Umstände der Tat hinaus. Die getroffenen Feststellungen würden auch gegenüber der Beschwerdeführerin die zur Erfüllung eines Straftatbestandes erforderlichen Kriterien tragen. Insbesondere mit der Beschreibung der Beweggründe der Beschwerdeführerin, sich in rücksichtsloser Art und Weise das Vermögen des Ehemannes einverleiben zu wollen, habe das Landgericht eine rechtliche Würdigung der Tat auch im Hinblick auf die Beschwerdeführerin vorgenommen. Das Landgericht habe dem Inhalt nach festgestellt, dass „auch die Beschwerdeführerin aus Habgier gehandelt habe und dass [M.] demnach an dem Mord [des Ehemanns] beteiligt und dessen gleichermaßen schuldig gewesen sei.“<sup>21</sup> Der Gerichtshof komme daher nicht umhin festzustellen, dass die rechtliche Würdigung der Handlungen der Beschwerdeführerin über das hinausgehe, was notwendig gewesen sei, um die Tat von G.S. rechtlich einzustufen.<sup>22</sup>

## IV. Analyse und Einordnung

### 1. Die Rechtsprechung des EGMR

Vertieft man sich in die bisherige EGMR-Rechtsprechung zur Problematik, so zeigt sich, dass auch der EGMR weit davon entfernt ist, in jeder Form der sachlichen Vorbefassung berechnete Zweifel an der Unparteilichkeit zu erblicken.<sup>23</sup> Ganz im Gegenteil, auch die EGMR-Rechtsprechung ist zunächst von einer restriktiven Grundhaltung geprägt und billigt Berufsrichtern großes Vertrauen in ihre Unparteilichkeit auch bei herausfordernden Situationen zu. In der vorliegenden Entscheidung hat der EGMR aber nun gleichsam die unüberschreitbaren Grenzen aus menschenrechtlicher Sicht festgesteckt. Dabei reiht sich das Urteil schlüssig in die Rechtsprechungsentwicklung des Gerichtshofs ein. Diese hatte schon im

Vorlauf der hier besprochenen Entscheidung für ein Spannungsverhältnis mit dem deutschen Befangenheitsrecht gesorgt.<sup>24</sup>

Zur Illustration herausgegriffen sei an dieser Stelle ein früheres Verfahren vor dem EGMR gegen Deutschland aus dem Jahr 2014,<sup>25</sup> welchem ebenfalls die Konstellation einer getrennten Aburteilung von Mittätern zugrunde lag. Allerdings hatte der Beschwerdeführer die umfassenden Ausführungen zu seiner Person im Urteil gegen mutmaßliche Mittäter isoliert als Verstoß gegen den Grundsatz der Unschuldsvermutung gerügt. Der EGMR verneinte eine Verletzung von Art. 6 Abs. 2 EMRK und stellte in seiner Begründung maßgeblich darauf ab, dass das nationale Gericht den Beschwerdeführer das ganze Urteil hindurch als „gesondert Verfolgten“ bezeichnet hatte. Dadurch habe das Gericht verdeutlicht, dass es die Schuld des Beschwerdeführers nicht zu beurteilen hatte, sondern sich entsprechend den Bestimmungen des innerstaatlichen Strafprozessrechts nur mit der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Personen befasste, die in dem in Rede stehenden Verfahren angeklagt waren.<sup>26</sup> Der Gerichtshof erkannte die Notwendigkeit an, bei komplexen Strafverfahren Ausführungen zur Tatbeteiligung von Dritten vorzunehmen. Er betonte jedoch, dass das Tatgericht es vermeiden solle, mehr Informationen zu geben als für die Bewertung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der in dem betreffenden Verfahren angeklagten Personen nötig.<sup>27</sup> Diese wichtige Differenzierung, die auch in der vorliegenden Entscheidung aufscheint, zeigt, wie sehr „Unschuldsvermutung“ und „Unparteilichkeit des Gerichts“ vom EGMR als untrennbare Annexgewährleistungen unter dem Schirm des Rechts auf ein faires Verfahren verstanden werden.<sup>28</sup>

Im Rahmen einer Folgeentscheidung, die sich maßgeblich auf die hier besprochene stützt, ist dies nunmehr auch explizit durch den EGMR anerkannt worden. Die Unparteilichkeit des Gerichts (Art. 6 Abs. 1 EMRK) und die Unschuldsvermutung (Art. 6 Abs. 2 EMRK) seien in strafrechtlichen Verfahren miteinander verknüpft und müssten bei der Prüfung gegenseitig berücksichtigt werden.<sup>29</sup> Anders gesagt: Äußerungen in einem früheren Urteil, die die Unschuldsvermutung tangieren, können zugleich berechnete Zweifel an der Unparteilichkeit der an diesem Urteil beteiligten Richter begründen.<sup>30</sup> Die Unschuldsvermutung des Art. 6 Abs. 2 EMRK wird immer dann verletzt, wenn Äußerungen oder Handlungen gegenüber einer beschuldigten Person so verstanden werden können, als hätte die öffentliche Amtsperson oder Stelle sich eine Meinung über die Schuld gebildet oder sei in dieser Frage voreingenommen, bevor die Schuld rechtsförmig festgestellt

<sup>19</sup> EGMR, Meng (Fn. 1), Rn. 60.

<sup>20</sup> EGMR, Meng (Fn. 1), Rn. 61.

<sup>21</sup> EGMR, Meng (Fn. 1), Rn. 61.

<sup>22</sup> EGMR, Meng (Fn. 1), Rn. 61.

<sup>23</sup> Zur Entwicklung der EGMR-Rechtsprechung vgl. ausf. Kierzowski, Die Unparteilichkeit des Richters im Strafverfahren unter Berücksichtigung von Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK, 2016.

<sup>24</sup> Vgl. Gaede, in: Münchener Kommentar, StPO, Bd. III-2, 1. Aufl. (2018), Art. 6 EMRK, Rn. 116; Weßlau/Deiters, in: Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. I., 5. Aufl. (2018), Rn. 23ff.

<sup>25</sup> EGMR, Karaman v. Deutschland, Urteil vom 27. Februar 2014, 17102/10 = NJW 2015, 37.

<sup>26</sup> EGMR, Karaman (Fn. 25), Rn. 69.

<sup>27</sup> EGMR, Karaman (Fn. 25), Rn. 64.

<sup>28</sup> Vgl. zum Verhältnis von Teilgarantien und Gesamtrecht in der Rechtsprechung des EGMR, Gaede, in: Münchener Kommentar, StPO, Bd. III-2, 1. Aufl. (2018), Art. 6 EMRK, Rn. 16-21.

<sup>29</sup> EGMR, Mucha v. Slowakei, Urteil vom 25. November 2021, 63703/19, Rn. 48.

<sup>30</sup> Vgl. EGMR, Meng (Fn. 1), Rn. 57; EGMR, Mucha (Fn. 29), Rn. 52.



wurde.<sup>31</sup> Nach Auffassung des EGMR müssen Gerichtsentscheidungen daher so formuliert werden, dass eine mögliche vorzeitige Beurteilung der Schuld der betroffenen Dritten vermieden wird, die die faire und unvoreingenommene Prüfung der gegen sie in einem gesonderten Verfahren erhobenen Vorwürfe gefährden könnte.<sup>32</sup> Auch wenn Feststellungen zu Dritten erforderlich sind, sei daher durch Formulierungen deutlich zu machen, dass die dritte Person in einem separaten Verfahren verfolgt wird und in dem hiesigen Verfahren keine abschließende Beurteilung der Schuld stattfindet.<sup>33</sup>

Vor diesem Hintergrund wird der Schwerpunkt verständlich, den der EGMR seit jeher in Fällen sachlicher Vorbefassung auf die Frage legte, ob die Feststellungen in den Urteilsgründen als Voreingenommenheit hinsichtlich der Schuldfrage oder als Vorwegnahme dieser verstanden werden können.<sup>34</sup> Auch in dem hier besprochenen Urteil ist dieser Gedankengang erkennbar, wenn auf eine im früheren Verfahren liegende und insbesondere aus dem Wortlaut des Urteils hervorgehende Vorverurteilung oder sonstige rechtliche Bewertung des Verhaltens der Person abgestellt wird.<sup>35</sup> Unter Berücksichtigung des Zusammenspiels von Art. 6 Abs. 1 und Abs. 2 EMRK versteht man zudem, warum für die Entscheidungsfindung im vorliegenden Fall zwei Faktoren für den EGMR von besonderer Bedeutung waren. Einerseits wird im Urteil insbesondere auf die getroffenen Feststellungen zu den Motiven und Beweggründen der Beschwerdeführerin im Kontext des Mordmerkmals „Habgier“ abgestellt. Die Problematik solcher Feststellungen leuchtet auch aus dem Blickwinkel deutscher Strafrechtsdogmatik unmittelbar ein. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH sind die Mordmerkmale der ersten und dritten Gruppe täterbezogen; Habgier ist nach herrschender Meinung ein besonderes persönliches Merkmal besonderer Schuld.<sup>36</sup> Besondere persönliche Merkmale (und allg. Schuldmerkmale) werden nach dem Grundsatz der limitierten Akzessorität nicht zugerechnet,<sup>37</sup> sondern müssen gem. §§ 28, 29 StGB für jeden Beteiligten gesondert festgestellt werden.<sup>38</sup> In diesem Lichte betrachtet, wird andererseits die Kritik des EGMR verständlich, dass umfangreiche Feststellungen und Würdigungen hinsichtlich der Beschwerdeführerin vorgenommen wurden, obwohl G.S. als Alleintäter angeklagt war.<sup>39</sup>

Im Rahmen der Alleintäterschaft findet aber keinerlei Zurechnung statt, die eine rechtliche Bewertung des Verhaltens der M. erforderlich gemacht hätte. Gleichwohl spricht der BGH in seinem Urteil von den „in den Urteilsgründen enthaltenen Hinweise auf die feste bzw. sichere Überzeugung des Gerichts von der Mittäterschaft der Angeklagten.“<sup>40</sup> Gunther Arzt hat die Problematik klar vorausgesehen, als er schon im Jahr 1969(!) schrieb, dass „[ü]berall dort, wo im vorausgegangenen Verfahren (gegen X) der Gedanke der Mit- oder gar Alleintäterschaft des im späteren Verfahren Beschuldigten (Y) gewissermaßen auf den Richter zurückgeführt werden kann, wo also insbesondere nicht schon die Anklage gegen X von der Möglichkeit der Mittäterschaft des Y ausging, [...] ein Ablehnungsrecht des Y anzuerkennen [ist].“<sup>41</sup>

## 2. Das Verhältnis zur deutschen Rechtsordnung

Bestand schon immer ein Spannungsverhältnis, so führte die Sichtweise des EGMR im vorliegenden Fall zum offenen Konflikt mit der jetzt wohl revisionsbedürftigen Rechtsprechung des BGH.<sup>42</sup> Dabei teilen sich EGMR und BGH zunächst die gleiche normative Ausgangsüberzeugung: Sachliche Vorbefassung – für sich allein – kann die Besorgnis der Befangenheit bzw. berechtigte Zweifel an der Unparteilichkeit nicht begründen.<sup>43</sup> Eine Divergenz besteht allerdings beim Verständnis der Ausnahmen von diesem Grundsatz.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH müssen zur sachlichen Vorbefassung „besondere Umstände“ hinzutreten, die beispielsweise in unnötigen und sachlich unbegründeten Werturteilen erblickt werden können.<sup>44</sup> Eine Befangenheitsrüge könne daher nicht auf die Behauptung gestützt werden, dass das Tatgericht aufgrund der in dem früheren Urteil festgestellten Tatbeteiligung voreingenommen sei.<sup>45</sup> Begründet wird dieser restriktive Ansatz u.a. mit dem systematischen Umkehrschluss, dass neben den gesetzlich ausdrücklich geregelten Ausschlussgründen für bestimmte Vorbefassungen kein legitimes Misstrauen bei anderen Formen der Vorbefassung mehr

<sup>31</sup> EGMR, Karaman (Fn. 25), Rn. 63.

<sup>32</sup> EGMR, Mucha (Fn. 25), Rn. 48 unter Verweis auf EuGH, Pometon SpA v. Kommission, Urteil v. 18. März 2021, C-440/19P, Rn. 63; EGMR, Karaman (Fn. 25), Rn. 64f.; EGMR, Navalnyy und Ofitserov v. Russland, Urteil v. 23. Februar 2016, 46632/13 & 28671/14, Rn. 99. Vgl. auch EGMR, Cleve v. Deutschland, 15.01.2015, 48144/09, = NJW 2016, 3225 (3228), = HRRS 2015 Nr. 425, Rn. 63 zu negativen Auswirkungen auf Folgeverfahren.

<sup>33</sup> EGMR, Mucha (Fn. 29), Rn. 60f. unter Verweis auf EuGH, AH et al., Urteil v. 5. September 2019, C-377/18, Rn. 45.

<sup>34</sup> Vgl. Meyer, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, 3. Aufl. (2022), Art. 6 Rn. 57.

<sup>35</sup> EGMR, Meng (Fn. 1), Rn. 48, 61f.

<sup>36</sup> Für Habgier, vgl. BGH NJW 1982, 2738; Roxin/Greco, Strafrecht AT, Bd. I, 5. Aufl. (2020), § 10 Rn. 73 m.w.N.; Roxin, Strafrecht AT, Bd. II (2003), § 27 Rn. 1.

<sup>37</sup> Roxin, a.a.O. (Fn. 36), § 27 Rn. 4.

<sup>38</sup> Vgl. Joecks/Scheinfeld, in: Münchener Kommentar, StGB, Bd. I, 4. Aufl. (2020), § 28 Rn. 1ff. m.w.N.

<sup>39</sup> EGMR, Meng (Fn. 1), Rn. 61.

<sup>40</sup> BGH HRRS 2016 Nr. 607, Rn. 14.

<sup>41</sup> Arzt, Der befangene Strafrichter (1969), 85.

<sup>42</sup> Vgl. die Einschätzung von *Rzadkowski*, NJW 2021, 2947, 2951. In einem jüngst erschienen Beschluss hat der BGH sich damit begnügt, auszuführen, dass der Fall, in dem ein Richter eine dritte Person, die später als Mittäterin angeklagt wurde, in einem früheren Verfahren als „moralisch mitschuldig“ bezeichnet hatte, von der Sachverhaltskonstellation der hier besprochenen EGMR-Entscheidung abzugrenzen sei, da diese Äußerung erkennbar vorläufigen Charakter gehabt habe und als moralische Wertung keine rechtliche Würdigung beinhalte, vgl. BGH, Beschluss vom 03. März 2022, 4 StR 379/21, = BeckRS 2022, 6830.

<sup>43</sup> Bzgl. des EGMR vgl. *Kierzowski*, a.a.O. (Fn. 23), 143, 146ff., 165ff. Bzgl. Deutschland vgl. *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl. (2021), § 23 Rn. 2, § 24 Rn. 12ff. m.w.N.

<sup>44</sup> Vgl. BGH, Urteil v. 15. Mai 2018, 1 StR 159/17 = HRRS 2018 Nr. 1042, Rn. 56; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl. (2021), § 24 Rn. 13a.

<sup>45</sup> BGH, HRRS 2016 Nr. 607, Rn. 14; differenzierend *Weßlau/Deiters*, in: Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. I, 5. Aufl. (2018), § 24 Rn. 32.

bestehen könne.<sup>46</sup> In der Literatur wird dies schon vor dem Hintergrund der Entstehungsgeschichte der Normen für einen problematischen Fehlschluss gehalten.<sup>47</sup> Da Ausschlussgründe normlogisch nur vom konkreten Fall abstrahierbare Konstellationen betreffen, müssten sich Zweifel an der Unparteilichkeit – auch bei sachlicher Vorbefassung – immer noch aus den Umständen des Einzelfalls ergeben können; eine Sperrwirkung des § 23 StPO anzunehmen, sei verfehlt.<sup>48</sup> Unabhängig von diesem systematischen Streit ist aber zu konstatieren, dass die gesteigerte Formulierung des BGH, dass als besondere Umstände unnötige und unsachliche Werturteile hinzutreten müssen, allzu leicht dazu verleiten kann, die Generalklausel des § 24 StPO bei sachlicher Vorbefassungen auf außergewöhnliche und rechtsfremde Äußerungen zu reduzieren. Dies läuft auf eine kaum widerlegbare Vermutung der Unparteilichkeit hinaus, bei der jede prozessrechtlich nicht explizit ausgeschlossene Vorbefassung vor legitimen Zweifeln weitgehend immunisiert und der üblichen objektiven Prüfung der Besorgnis der Befangenheit aus Sicht des verständigen Angeklagten weitgehend entzogen wird; auch dann, wenn nicht notwendige, gleichwohl aber sachliche, rechtliche Feststellungen und Wertungen über einen Dritten getroffen wurden.<sup>49</sup>

Selbst wenn man den Umkehrschluss des BGH im Grundsatz akzeptieren wollte, müsste eine solche einfachgesetzliche Systemüberlegung ihre Grenze doch stets in einer grundrechts- und konventionsrechtskonformen Auslegung der strafprozessualen Vorschriften finden.<sup>50</sup> An einer Berücksichtigung nationaler Grundrechte (und erst recht internationaler Menschenrechte) durch die deutschen Fachgerichte fehlte es hier aber. Dass die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen wurde, könnte dabei mit dem tradierten Prüfungsmaßstab des BVerfG, der nur eine Willkürkontrolle vorsieht,<sup>51</sup> zusammenhängen. Dies enthebt die Fachgerichte gleichwohl nicht von dem Gebot der verfassungskonformen Auslegung des einfachgesetzlichen Rechts; insbesondere dann nicht, wenn man StPO und GVG als „Ausführungsgesetze“ des Grundgesetzes versteht.<sup>52</sup> Die Befangenheitsregelungen der Strafprozessordnung sind in diesem Sinne Ausgestaltung des grundrechtsgleichen Rechts auf den

gesetzlichen Richter, Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG.<sup>53</sup> Das Grundgesetz gewährleistet den Beteiligten eines gerichtlichen Verfahrens vor einem unabhängigen und unparteilichen Richter, einem „nicht beteiligten Dritten“, zu stehen.<sup>54</sup> Das BVerfG nimmt die „unbedingte Neutralität“ zum Maßstab; ein unabhängiger und unparteilicher Richter müsse die Gewähr für Neutralität gegenüber allen Verfahrensbeteiligten und dem Verfahrensgegenstand bieten.<sup>55</sup> Es gehe darum, „bereits den bösen Schein einer möglicherweise fehlenden Voreingenommenheit zu vermeiden.“<sup>56</sup> Eine Berücksichtigung des Verfassungsrechts hätte mithin – einen entsprechenden Willen freilich vorausgesetzt – im vorliegenden Fall zu einer durchaus anderen Auslegung des § 24 StPO führen können. Eine solche individualschutzbezogene Sichtweise prägt nun die Rechtsprechung des EGMR und auch das hier besprochene Urteil. Ausgangspunkt der normativen Überlegungen des Straßburger Gerichtshofs ist das Recht des Betroffenen auf ein faires Verfahren und die Wahrung des Grundsatzes der Unschuldsvermutung.<sup>57</sup> Deshalb kann es für den EGMR – auch bei prozessrechtlich vorgesehenen, sachlichen Vorbefassungen – keine unüberwindbare Vermutung der Unparteilichkeit geben.<sup>58</sup> Grundlegender Maßstab muss die vom Betroffenen ausgehende Betrachtung sein, ob ein Anlass zur Besorgnis gegeben ist, dass ein beteiligter Richter in Bezug auf die Frage der Schuld voreingenommen ist. Nichts anderes ergibt sich prinzipiell unter der Geltung des Grundgesetzes: Systemstrukturen des einfachen Rechts können von der Prüfung und Achtung der Grundrechte nicht entbinden. Unter Berücksichtigung der besonderen Relevanz der EGMR-Rechtsprechung für die Auslegung des innerstaatlichen (Verfassungs-)Rechts,<sup>59</sup> wird in Folge des hier besprochenen Urteils auch das BVerfG seine Willkürkontrolle neu justieren müssen.

Nichtsdestotrotz wurde das Urteil des EGMR wegen der Vorgabe, dass die rechtliche Würdigung von Handlungen nicht über das hinausgehen dürfe, was zur rechtlichen Einstufung der konkret angeklagten Person erforderlich sei, zum Teil zurückhaltend aufgenommen. Die von der Vorsitzenden Richterin am Bundesgerichtshof *Cirener* angebrachte Kritik, dass diese Leitlinie des EGMR dazu

<sup>46</sup> Vgl. BGH NStZ 2011, 44 (46) = HRRS 2010 Nr. 706, Rn. 27f.; *Cirener*, in BeckOK, StPO, 41. Edition (01.10.2021), § 24 Rn. 13.

<sup>47</sup> Vgl. dazu *Arzt*, a.a.O. (Fn. 41), 61ff.

<sup>48</sup> *Arzt*, a.a.O. (Fn. 41), 65ff.; *Weßlau/Deiters*, in: Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. I., 5. Aufl. (2018), Vor § 22 Rn. 20, § 24 Rn. 3; *Conen/Tsambikakis*, in: Münchener Kommentar, StPO, Bd. I, 1. Aufl. (2014), § 24 Rn. 52.

<sup>49</sup> Ähnlich schon *Kierzowski*, a.a.O. (Fn. 23), 174f.

<sup>50</sup> Vgl. allg. zur grundrechtsfreundlichen Auslegung von Verfahrensvorschriften, BVerfGE 6, 55 (72); 15, 275 (281f.); 53, 30 (56f., 72f.); 69, 315 (355f.). Vgl. konkret *Weßlau/Deiters*, in: Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. I., 5. Aufl. (2018), § 24 Rn. 15, 23; *Conen/Tsambikakis*, in: Münchener Kommentar, StPO, Bd. I, 1. Aufl. (2014), § 24 Rn. 52.

<sup>51</sup> BVerfG, Beschluss vom 01. Juli 2021, 2 BvR 890/20, = NJW 2021, 2955 (2956), Rn. 14 m.w.N.

<sup>52</sup> So *Eb. Schmidt*, Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Teil 1: Die rechtstheoretischen und rechtspolitischen Grundlagen des Strafverfahrensrechts, 2. Aufl. (1964), 8.

<sup>53</sup> Vgl. daneben das aus Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG abgeleitete Recht auf ein faires Verfahren, BVerfGE 118, 212 (231ff.) m.w.N.

<sup>54</sup> BVerfGE 4, 412 (416); 21, 139 (145); 133, 168 (202f.).

<sup>55</sup> BVerfG, Beschluss vom 01. Juli 2021, 2 BvR 890/20, = NJW 2021, 2955 (2956), Rn. 14. Nach Rechtsprechung des BVerfG können Zweifel an der Unvoreingenommenheit insbesondere dann begründet sein, „wenn die Umstände Anlass zur Sorge geben, dass ein Richter oder eine Richterin aus persönlichen oder anderen Gründen auf eine bestimmte Rechtsauffassung schon so festgelegt ist, dass er oder sie sich gedanklich nicht mehr lösen kann oder will und entsprechend für Gegenargumente nicht mehr offen ist.“ (BVerfG, Beschluss vom 20. Juli 2021, 2 BvE 4/20, = NJW 2021, 2797 (2798), Rn. 19 m.w.N.).

<sup>56</sup> BVerfG, Beschluss vom 20. Juli 2021, 2 BvE 4/20, = NJW 2021, 2797 (2798), Rn. 19 m.w.N.

<sup>57</sup> Vgl. *Weßlau/Deiters*, in: Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. I., 5. Aufl. (2018), Rn. 15, die darauf hinweisen, dass der EGMR nicht durch systematische Überlegungen eingeengt wird.

<sup>58</sup> Vgl. *Gaede*, in: Münchener Kommentar, StPO, Bd. III-2, 1. Aufl. (2018), Art. 6 EMRK, Rn. 114.

<sup>59</sup> Vgl. BVerfGE 111, 307 (315ff.) (konventionsrechtsfreundliche Auslegung).

führe, dass das Tatgericht gehalten sei, einen Sachverhalt festzustellen, der mit den Erkenntnissen, die Inbegriff der Hauptverhandlung waren, nicht übereinstimme,<sup>60</sup> verfängt allerdings nicht. Zunächst gilt, dass die schriftlichen Urteilsgründe nicht der Dokumentation all dessen dienen, was in der Hauptverhandlung ausgesagt oder verlesen wurde, sondern das Ergebnis der Hauptverhandlung darstellen und damit lediglich die Nachprüfung der getroffenen Entscheidung ermöglichen sollen, vgl. § 276 Abs. 1 StPO.<sup>61</sup> Außerdem hat der EGMR in der Folgeentscheidung nochmals explizit die Notwendigkeit anerkannt, bei komplexen Strafverfahren auch das Verhalten von Dritten detailliert feststellen zu müssen, ohne dies als bloße Vermutungen oder Beschuldigungen darstellen zu können.<sup>62</sup> Damit korrigiert der Gerichtshof die jedenfalls missverständliche Formulierung in der hier besprochenen Entscheidung, dass im Urteil des Landgerichts Feststellungen zu M. als „Tatsachen mit rechtlicher Wertung und nicht als reine Vermutungen“ dargestellt worden seien.<sup>63</sup> In der Tat muss das tatsächliche Geschehen, auch soweit es Dritte betrifft, zur Überzeugung des Gerichts festgestellt werden, soweit es erforderlich ist, um die Verurteilung der angeklagten Person zu tragen. Ein Gericht ist allerdings auch bei Darstellungserfordernissen hinsichtlich der Tatbeiträge Dritter nicht gehindert, durch entsprechende Formulierungen deutlich zu machen, dass es „sich angesichts der eingeschränkten Entscheidungsbasis in diesem Verfahren sowie der Notwendigkeit bewusst ist, den Sachverhalt in der späteren Hauptverhandlung würdigen [zu] müssen“.<sup>64</sup> Zudem ist das vermeintliche „Postulat“ des EGMR, die inhaltliche Notwendigkeit der rechtlichen Erwägungen und Feststellungen im früheren Verfahren zu fordern,<sup>65</sup> auch im deutschen Befangenheitsrecht alles andere als unbekannt.<sup>66</sup> Nach Rechtsprechung des BGH kann eine bei einer Zwischenentscheidung geäußerte Rechtsmeinung keinen Ablehnungsgrund begründen, es sei denn, es treten besondere Umstände in Form und Inhalt hinzu, „die über die Tatsache bloßer Vorbefassung als solcher und die damit notwendig verbundenen inhaltlichen Äußerungen hinausgehen.“<sup>67</sup>

Nun argumentierte der BGH im vorliegenden Fall, dass die Feststellungen zu M. aus Darstellungsgründen notwendig gewesen seien.<sup>68</sup> Dies ist aber zu bezweifeln. Wie oben bereits dargestellt, weist schon die deutsche Beteiligungsdogmatik und der dortige Grundsatz der limitierten Akzessorität auf die Grenzen zulässiger Feststellungen im

Rahmen eines Verfahrens gegen einen Beteiligten hin. Ohne die Argumentation hier im Einzelnen ausführen zu können, folgt auch aus den §§ 261, 264, 267 StPO in dieser Hinsicht nichts anderes: Der Erkenntnisgegenstand des Gerichtes ist durch die Anklage sachlich auf die bezeichnete Tat und personell auf den Anklagten konkretisiert und limitiert.<sup>69</sup> Der strafprozessuale Aufklärungsauftrag bezieht sich allein auf die rechtliche Bewertung des Verhaltens des Angeklagten.<sup>70</sup> Es erscheint angebracht, § 155 Abs. 1 StPO im Wortlaut zu zitieren: „Die Untersuchung und Entscheidung erstreckt sich nur auf die in der Klage bezeichnete Tat und auf die durch die Klage beschuldigten Personen.“ Freilich kann es in gewissen Konstellationen erforderlich sein, das Verhalten Dritter in Bezug auf Tatbestandsmäßigkeit und Rechtswidrigkeit zu würdigen, soweit dieses Verhalten dem Angeklagten gem. §§ 25-27 StGB zugerechnet werden soll. Allgemein dürfen über das Verhalten Dritter aber nur Tatsachenfeststellungen ange stellt werden, wenn und soweit diese zum Beweis der Tat des Angeklagten erforderlich sind.<sup>71</sup> Zu verfahrensfremden Feststellungen, zu über den Anklagegegenstand hinausgehenden, rechtlichen Wertungen und zu sonstigen Äußerungen oder Vermutungen über eine dritte Person ist ein staatliches Gericht vor dem Hintergrund des allgemeinen Persönlichkeitsrechts und der Unschuldsvermutung aber schlechterdings nicht befugt.

### 3. Die europarechtliche Dimension

Nicht zuletzt hat die vorliegende Rechtsfrage eine – bisher unterschätzte – europarechtliche Dimension. So muss neben den allgemeinen Gewährleistungen der Art. 48, 49 der Europäischen Grundrechte-Charta insbesondere die EU-Richtlinie zur Unschuldsvermutung und Anwesenheit des Beschuldigten im Strafverfahren (EU-RL 2016/343) berücksichtigt werden.<sup>72</sup> In Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie heißt es, dass sicherzustellen ist, dass, „solange die Schuld eines Verdächtigen oder einer beschuldigten Person nicht rechtsfähig nachgewiesen wurde, [...] in nicht die Frage der Schuld betreffenden gerichtlichen Entscheidungen nicht so auf die betreffende Person Bezug genommen wird, als sei sie schuldig“.<sup>73</sup> Liegt eine solche Bezugnahme vor, werde die Unschuldsvermutung des Art. 3 der Richtlinie verletzt.<sup>74</sup> Eine innerstaatliche Umsetzung dieser Inhalte der Richtlinie fand in Deutschland nicht statt, da nach Auffassung der Bundesregierung das deutsche Recht diesen Vorgaben der Richtlinie bereits entspreche.<sup>75</sup> Daran

<sup>60</sup> Cirener, in BeckOK, StPO, 41. Edition (01.10.2021), § 24 Rn. 15a.

<sup>61</sup> BGH, Beschluss vom 28. Juli 1998, 4 StR 293/98, = StV 2000, 76, Rn. 9f.

<sup>62</sup> EGMR, Mucha (Fn. 29), Rn. 58. Anders noch das Minderheitsvotum in EGMR, Karaman (Fn. 25).

<sup>63</sup> EGMR, Meng (Fn. 1), Rn. 60.

<sup>64</sup> Weßlau/Deiters, in: Systematischer Kommentar zur StPO, Bd. I., 5. Aufl. (2018), § 24 Rn 32.

<sup>65</sup> So Cirener, in BeckOK, StPO, 41. Edition (01.10.2021), § 24 Rn. 15a.

<sup>66</sup> Vgl. Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 64. Aufl. (2021), StPO, 64. Aufl. 2021, § 24 Rn. 13a.

<sup>67</sup> BGH, Beschluss v. 19. August 2014, 3 StR 283/14, = NStZ 2015, 46 = HRRS 2014 Nr. 1033, Rn. 7. [Hervorhebung M.B.]

<sup>68</sup> Vgl. BGH HRRS 2016 Nr. 607, Rn. 14 unter Berufung auf BGH NJW 1997, 3034 (3036).

<sup>69</sup> Vgl. zur subjektiv-personalen Komponente des Tatbegriffs Norouzi, in: Münchener Kommentar, StPO, Bd. II, 1. Aufl. (2016), § 264 Rn. 4; Eschelbach, in: BeckOK, StPO, 41. Edition (01.10.2021), § 264 Rn. 4.

<sup>70</sup> Dies ergibt sich schon aus §§ 151, 155, 200 StPO. Vgl. auch BGHSt 32, 215 (217).

<sup>71</sup> So jetzt auch Eschelbach, in: BeckOK, StPO, 41. Edition (01.10.2021), § 264 Rn. 4.

<sup>72</sup> Zu beachten ist, dass die Richtlinie am 11. März 2016 erlassen wurde; also erst nach dem Revisionsurteil des BGH, allerdings noch vor der Nichtannahme der Verfassungsbeschwerde. Vgl. aber jetzt BVerfG, Beschluss v. 22. November 2021, 2 BvR 1872/21, Rn. 10.

<sup>73</sup> Art. 4 Abs. 1 EU-RL 2016/343.

<sup>74</sup> Vgl. Erwägungsgrund (16) der Richtlinie.

<sup>75</sup> Vgl. die Begründung des Referentenentwurfs zum Gesetz zur Stärkung des Rechts des Angeklagten in der Verhandlung vom 17. Dezember 2018, BGBl. I, S. 2571f.

kann man – grundsätzlich, aber insbesondere im Lichte der besprochenen Entscheidung – Zweifel hegen.<sup>76</sup>

In zwei jüngeren Vorlageverfahren hat der Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) zudem den Regelungsinhalt der Richtlinie in Sachverhaltskonstellationen präzisiert, die der besprochenen Entscheidung ähneln.<sup>77</sup> Feststellungen und Ausführungen zu in einem separaten Verfahren abzuurteilenden Mitbeschuldigten seien mit Art. 4 Abs. 1 der Richtlinie vereinbar, stünden aber unter der Voraussetzung, dass diese Angaben *erstens* für die Einordnung der rechtlichen Verantwortlichkeit der beschuldigten Person erforderlich seien und *zweitens* die Entscheidung eindeutig darauf hinweise, dass gegen die andere Person ein gesondertes Strafverfahren geführt wird und ihre Schuld nicht rechtsförmlich nachgewiesen worden ist.<sup>78</sup> Die im besprochenen Urteil formulierten Anforderungen ergeben sich mithin in gleicher Weise auch aus dem Europarecht.

## V. Zusammenfassung und Ausblick

Die Verurteilung Deutschlands im vorliegenden Fall ist nach alledem keine Überraschung.<sup>79</sup> Dem EGMR ist vollumfänglich zuzustimmen: Ein Rechtssystem lebt vom Vertrauen der Gesellschaft. Dass dieses Vertrauen fragil ist, nie selbstverständlich, und daher Entscheidung für Entscheidung erarbeitet, bestätigt und wiedergewonnen werden muss, sollte eigentlich keiner Begründung bedürfen. Vertrauen entsteht aber nicht dadurch, dass man wirklichkeitsfremd auf die Unfehlbarkeit der Richterschaft und die Unbedenklichkeit von Vorbefassungen pocht. In Zeiten, in denen kognitionswissenschaftliche Erkenntnisse über die Unzulänglichkeiten des menschlichen Denkens zum gesamtgesellschaftlichen Gemeingut werden, vermag ein pauschaler Rückzug auf die professionelle Ausbildung und den hohen sittlichen Charakter der Richter – auf die Vorstellung, dass ein Richter, der an einer früheren Entscheidung mitgewirkt hat, „selbstverständlich“ in der Lage ist, sich in einem neuen Verfahren unbefangen ein neues Urteil zu bilden – nicht mehr zu überzeugen.<sup>80</sup> Im Kontext der Krise des Rechtsstaats in Europa,<sup>81</sup> und der immensen Wirkmächtigkeit von (medial verstärkten) Eindrücken bedarf es stattdessen eines aufgeklärten und selbstkritischen

Blicks auf die richterlichen Entscheidungsfindung im demokratischen Rechtsstaat. Bei sachlichen Vorbefassungen können die psychologischen Erkenntnisse zum sog. „confirmation bias“, der unterbewussten Tendenz auf einer einmal gefällten Entscheidung unter Ausblendung entgegenstehender Fakten zu beharren, nicht länger ignoriert werden.<sup>82</sup> Gesellschaftliches Vertrauen folgt dann vielmehr aus dem offenen Eingeständnis menschlicher Schwächen und der prozessrechtlichen Vermeidung von Situationen, in denen nach wahrnehmungspsychologischen Erkenntnissen kognitive Verzerrungen, emotionale Affekte und unterbewusste Motive den Richter in seiner Entscheidungsfindung beeinflussen können.<sup>83</sup> Der Richter im 21. Jahrhundert ist Mensch und Mitbürger; weder Subsumtionsmaschine, noch gottgleiches Wesen.

Auch wegen dieses Gesellschaftsbezugs wird das Befangenheitsrecht von dem alten Rechtsgrundsatz durchdrungen, dass schon der „böse Schein“ zu vermeiden ist.<sup>84</sup> In Fällen sachlicher Vorbefassung geht es dabei weniger um den Schein einer Unparteilichkeit im eigentlichen Sinne, sondern eher um eine gewisse „Betriebsblindheit“, eine sachliche Voreingenommenheit.<sup>85</sup> Gerade deutschen Juristen und Richtern, die mit den Strukturen des Strafprozessrechts und den dort geregelten Vorbefassungen sozialisiert wurden,<sup>86</sup> kann aber die Sensibilität für den äußeren Schein fehlen, der sich bei einer sachlichen Vorbefassung für den Angeklagten, die sonstigen Prozessbeteiligten und die Gesellschaft ergeben kann. Umso wichtiger erscheint es daher, sich auch im deutschen Prozessrecht darauf zurückzubedenken, dass die „Unparteilichkeit und Unabhängigkeit der Justiz mehr ein Menschenrecht der Rechtsunterworfenen ist als ein Privileg der Justiz um ihrer selbst willen.“<sup>87</sup> Es geht im Befangenheitsrecht – aller u.U. missbräuchlich gestellten Anträge der Verteidigung zum Trotz – nicht darum, Zweifel für unberechtigt erklären zu können,<sup>88</sup> sondern „dem Beschuldigten soll das *sichere* Gefühl gegeben werden, dass sein Prozess von einem Richter abgewickelt wird, der [ihm] völlig unvoreingenommen [...] gegenübertritt.“<sup>89</sup> Die Sozialisation deutscher Richter mit der Alltäglichkeit sachlicher Vorbefassung darf also nicht dazu führen, dass die Rechte des Beschuldigten und die Maßgeblichkeit seiner Perspektive aus dem Blick

[[https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE\\_Staerkung\\_Recht\\_Angeklagter\\_Anwesenheit\\_Verhandlung.pdf](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_Staerkung_Recht_Angeklagter_Anwesenheit_Verhandlung.pdf)].

<sup>76</sup> Vgl. die Stellungnahme des Republikanischen Anwältinnen und Anwälteverein e.V. vom 04.04.2018, verfasst v. *Pollähne*. [[https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/05182018\\_Anwesenheit\\_Verhandlung\\_RAV.pdf](https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Stellungnahmen/2018/Downloads/05182018_Anwesenheit_Verhandlung_RAV.pdf)].

<sup>77</sup> Der EGMR nimmt in einer Folgeentscheidung explizit auf die Entscheidungen des EuGH Bezug, vgl. EGMR, Mucha (Fn. 25), Rn. 48.

<sup>78</sup> EuGH, AH *et al.*, Urteil vom 05. September 2019, C-377/18, Rn. 45; EuGH, UL und VM, Beschluss v. 28. Mai 2020, C-709/18, Rn. 36.

<sup>79</sup> Vgl. schon die Forderungen nach einer Anpassung der nationalen Rechtsprechung bei *Kierzowski*, (Fn. 23), 175; *Steinfatt*, Die Unparteilichkeit des Richters in Europa im Lichte der Rechtsprechung des EGMR (2012), 187; *Conen/Tsambikakis*, in: Münchener Kommentar, StPO, Bd. I, 1. Aufl. (2014), § 24 Rn. 53ff.

<sup>80</sup> So schon das Minderheitsvotum der BVR *Leibholz, Geiger* und *Rinck* in BVerfGE, 30, 149 (158ff.).

<sup>81</sup> Vgl. dazu EGMR, Meng (Fn. 1), Rn. 43.

<sup>82</sup> Vgl. *Sommer*, in: FS der Arbeitsgemeinschaft Strafrecht des DAV (2009), 846, 852ff.

<sup>83</sup> Vgl. *Eschelbach* GA 2019, 593, insb. 604ff.

<sup>84</sup> Vgl. BVerfG, Beschluss vom 20. Juli 2021, 2 BvE 4/20, = NJW 2021, 2797, 2798, Rn. 19. Ausf. *Hilp*, „Den bösen Schein vermeiden“ – Zu Ethos und Recht des Amtes in Kirche und Staat (2004).

<sup>85</sup> Vgl. *Arzt*, a.a.O. (Fn. 41), 66.

<sup>86</sup> Vgl. *Gaede*, in: Münchener Kommentar, StPO, Bd. III-2, 1. Aufl. (2018), Art. 6 EMRK, Rn. 116.

<sup>87</sup> UN Human Rights Commission, Study on the Independence and Impartiality of the Judiciary, Jurors and Assessors and the Independence of Lawyers, Final Report by the Special Rapporteur Mr. *Singhvi*, UN Doc E/Cn.4/Sub.2/1985/18/Add.1, 22. Juli 1985, Rn. 75. („that impartiality and independence of the judiciary is more a human right of the consumers of justice than a privilege of the judiciary for its own sake.“)

<sup>88</sup> Vgl. zur Problematik der Beweislast *Ignor* ZIS 2012, 228, 232.

<sup>89</sup> BVerfGE, 30, 149 (162) (Abweichende Meinung BVR *Leibholz, Geiger, Rinck*) [Hervorhebung i.O.].

geraten.<sup>90</sup> Genau dies scheint aber im vorliegenden Fall geschehen zu sein. Statt bei der Konkretisierung des abstrakten Maßstabs des § 24 Abs. 2 StPO auf etablierte Grundsätze sowohl des deutschen Verfassungsrechts, des Europarechts und des Menschenrechtsregimes der EMRK zurückzugreifen, wurde im deutschen Instanzenzug eine prozessrechtssystematische Überlegung – die Unbedenklichkeit aller sachlicher Vorbefassung – in bedenklicher Weise verabsolutiert.

Im Umkehrschluss besteht für die Zukunft und mit dem hiesigen EGMR-Urteil an der Hand der klare Auftrag, auf eine verfassungskonforme, konventionsrechtsfreundliche und europarechtskonforme Auslegung und Anwendung der deutschen Befangenheitsregelungen in Fällen sachlicher Vorbefassung zu achten.<sup>91</sup> Neben der

Grundkonstellation einer getrennten Aburteilung mehrerer Beteiligter können strukturelle Probleme immer dort auftreten, wo systemhafte Tatkomplexe mit zahlreichen Beteiligten von Spruchkörpern mit Sonderzuständigkeiten zu verhandeln sind, z.B. in Wirtschaftsstrafverfahren oder Völkerstrafrechtsprozessen.<sup>92</sup> Für die Wissenschaft besteht daher die Aufgabe, das Verständnis des Regelungsgefüges der §§ 22ff. StPO neu zu kalibrieren und mit den menschenrechtlichen Anforderungen in Einklang zu bringen.<sup>93</sup> Dabei sollte nicht aus dem Blick geraten, dass auch das hier besprochene Urteil des EGMR aller Voraussicht nach nur einen Zwischenstatus beschreibt.<sup>94</sup> Aus rechtsstaatlicher wie aus kognitionswissenschaftlicher Sicht wird sich auch in Zukunft immer wieder die Frage aufdrängen, ob nicht sachliche Vorbefassungen, so umfassend wie nur eben möglich, vermieden werden sollten.

Dokumentation

# Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

# Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

<sup>90</sup> Vgl. *Ignor* ZIS 2012, 228, 232; *Siolek*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2016), § 24 Rn. 8.

<sup>91</sup> Vgl. zu den Folgenpflichten nach einem Konventionsrechtsverstoß, BVerfGE 111, 307, 324ff.

<sup>92</sup> Zur besonderen Problematik der Unparteilichkeit von Richtern an internationalen Straftribunalen, vgl. *Boe*, Disqualification of Judges, in Klip/Freeland (Hrsg.), Annotated

Leading Cases of International Criminal Tribunals, Bd. 70, im Erscheinen (2022).

<sup>93</sup> Vgl. *Kierzowski*, a.a.O. (Fn. 23), 176 („keine weitgreifenden Umbrüche, doch aber ein Umdenken an wesentlichen Stellen“).

<sup>94</sup> Vgl. allg. zur „evolutiven Auslegung“ der EMRK, *Gaede*, in: Münchener Kommentar, StPO, Bd. III-2, 1. Aufl. (2018), Art. 6 EMRK, Rn. 8.

# 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.

## **348. EGMR Nr. 1128/17 – Urteil der Dritten Sektion vom 16. Februar 2021 (Meng v. Deutschland)**

Unparteilichkeit (subjektiver und objektiver Ansatz; Mitwirkung eines Berufsrichters bei früherer Verurteilung des Mitbeschuldigten; rechtliche Beurteilung des Verhaltens der später angeklagten Person; Feststellung der zur Erfüllung eines Straftatbestands erforderlichen Kriterien auch im Hinblick auf die später angeklagte Person; Vorwegnahme der Schuld; Vorverurteilung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 23 StPO; § 24 StPO; § 30 StPO

## **349. BVerfG 1 BvR 2588/20 (2. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 9. Februar 2022 (BayObLG / LG Landshut)**

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Beleidigung (ehrbeeinträchtigende Äußerung über eine Staatsanwältin in einem Beschwerdeschreiben an den Dienstvorgesetzten; grundsätzliches Erfordernis einer Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und Persönlichkeitsrecht; besonderes Schutzbedürfnis der Machtkritik; Schutz von Amtsträgern vor Verächtlichmachung und Herabwürdigung; Berücksichtigung von Form, Begleitumständen, konkreter Verbreitung und Wirkung der Äußerung; „Kampf ums Recht“).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 185 StGB

## **350. BVerfG 2 BvR 723/20 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 11. Februar 2022 (OLG Frankfurt am Main)**

Recht auf effektive Strafverfolgung (Zulässigkeit eines Klageerzwingungsantrags; fehlender Bescheid der Generalstaatsanwaltschaft; Behandlung einer Einstellungsbeschwerde als Dienstaufsichtsbeschwerde mangels Verletzeneigenschaft; Straftaten von Amtsträgern bei Wahrnehmung hoheitlicher Aufgaben; Vertrauen in die Integrität staatlichen Handelns); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Grundsatz der Subsidiarität; Rechtswegerschöpfung; Erfordernis einer Anhörungsrüge).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 33a Satz 1 StPO; § 172 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 172 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 258a Abs. 1 StGB; § 339 StGB

## **351. BVerfG 2 BvR 1214/21 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Januar 2022 (Saarländisches OLG)**

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen eine Auslieferung nach Rumänien zum Zwecke der Strafvollstreckung aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (unionsrechtliches Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung; gerichtliche Aufklärungspflicht; zweistufiges Prüfprogramm; Gesamtwürdigung der konkret zu erwartenden Haftbedingungen; Bedeutung der Haftraumgröße; Vermutung eines Verstoßes bei unter 3 m<sup>2</sup> Bodenfläche pro Gefangenen in einem Gemeinschaftshaftraum; mögliche Grundrechtsverletzung zwischen 3 m<sup>2</sup> und 4 m<sup>2</sup> bei Hinzutreten weiterer defizitärer Haftbedingungen; Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens; konkrete Zusicherungen des Ausstellungsmitgliedstaats; Überprüfung der Belastbarkeit durch gerichtliche Gefahrenprognose).

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

## **352. BGH 1 StR 1/22 – Beschluss vom 26. Januar 2022 (LG Stuttgart)**

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsklinik (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen).

§ 64 StGB

## **353. BGH 1 StR 362/21 – Beschluss vom 15. Dezember 2021 (LG Augsburg)**

Umsatzsteuerhinterziehung (Verhältnis von Umsatzsteuervoranmeldung und Umsatzsteuerjahreserklärung; Vollendung bei Umsatzvoranmeldungen mit negativem Vorauszahlungsbetrag).

§ 370 Abs. 1 AO; § 168 Satz 2 AO

## **354. BGH 1 StR 375/21 – Beschluss vom 20. Oktober 2021 (LG Stuttgart)**

Betrug (Vermögensschaden einer Krankenkasse bei Einsatz unterqualifizierten Personals: sozialrechtliche, streng formale Betrachtungsweise; strafmildernde Berücksichtigung ersparter Aufwendungen).

§ 263 Abs. 1 StGB

## **355. BGH 1 StR 380/21 – Beschluss vom 9. März 2022 (LG Stuttgart)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

## **356. BGH 1 StR 401/21 – Urteil vom 8. Februar 2022 (LG Baden-Baden)**

Unerlaubte Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Vorsatz des Kuriers hinsichtlich der transportierten Betäubungsmittel-Menge).

§ 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 16 Abs. 1 StGB; § 15 StGB

**357. BGH 1 StR 424/21 – Beschluss vom 25. Januar 2022 (LG Ulm)**

Verbreiten, Öffentlich-Zugänglichmachen und Zugänglichmachen gegenüber Dritten von kinderpornographischen Inhalten (Verklammerung zur Tateinheit bei mehreren Verbreitungshandlungen und gleichzeitigem Besitz darüberhinausgehender kinderpornographischer Inhalte).  
§ 184b Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2 StGB; § 52 StGB

**358. BGH 1 StR 437/21 – Urteil vom 10. Februar 2022 (LG München I)**

Strafaussetzung zur Bewährung (Kriminalprognose: kein allgemeines Wohlverhalten erforderlich, Bedeutung einer automatischen neuen Strafbarkeit wegen unerlaubten Aufenthalts nach Haftentlassung mangels Aufenthaltstitels; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 56 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG

**359. BGH 1 StR 440/21 – Beschluss vom 26. Januar 2022 (LG Augsburg)**

Strafzumessung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).  
§ 46 StGB

**360. BGH 1 StR 446/21 – Beschluss vom 9. Februar 2022 (LG München I)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**361. BGH 1 StR 447/21 – Beschluss vom 11. Januar 2022 (LG München I)**

Strafzumessung (strafscharfende Berücksichtigung von Tatumständen nur bei Vorwerfbarkeit gegenüber dem Angeklagten); Schuldunfähigkeit (Persönlichkeitsstörung als schwere seelische Störung).

§ 46 Abs. 1 StGB; § 20 StGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dürfen einem Angeklagten Anlass, Tatmotive oder -modalitäten nur dann ohne Abstriche strafscharfend zur Last gelegt werden, wenn sie ihm in vollem Umfang vorwerfbar sind, nicht aber, wenn hierfür eine von ihm nicht oder nur eingeschränkt zu vertretende geistig-seelische Beeinträchtigung ursächlich ist. Gleiches gilt für das Nachtatverhalten.

2. Eine diagnostizierte Persönlichkeitsstörung kann das Eingangsmerkmal der schweren anderen seelischen Störung im Sinne des § 20 StGB erfüllen. Der Täter muss dazu aufgrund der Störung aus einem mehr oder weniger unwiderstehlichen Zwang heraus gehandelt haben. Für eine solche Annahme bedarf es einer Gesamtschau, ob die Persönlichkeitsstörung Symptome aufweist, die in ihrer Gesamtheit das Leben des Angeklagten vergleichbar schwer und mit ähnlichen Folgen stören, belasten oder einengen wie krankhafte seelische Störungen; der Ausprägungsgrad der Störung und der Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit sind entscheidend (st. Rspr.). Die bloße Angabe einer Diagnose im Sinne eines der Klassifikationsmerkmale ICD-10 genügt jedenfalls nicht. Die Charakter- und

Verhaltensauffälligkeiten müssen Besonderheiten erkennen lassen, die sich nicht mehr „normalpsychologisch“ und nicht mit der Dissozialität erklären lassen, die der (mehrfachen) Begehung von schweren Straftaten immanent ist.

**362. BGH 1 StR 453/21 – Beschluss vom 27. Januar 2022 (LG Mannheim)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Erwartung erheblicher rechtswidriger Taten, Bedrohung).

§ 63 Satz 1 StGB; § 241 StGB

Zwar sind Bedrohungen nicht von vornherein als unerhebliche Taten i.S.d. § 63 Satz 1 StGB einzustufen. Namentlich Todesdrohungen, die den Bedrohten nachhaltig und massiv in seinem elementaren Sicherheitsempfinden zu beeinträchtigen vermögen, können den Rechtsfrieden schwerwiegend stören. Allerdings ist schon im Hinblick auf das Gewicht der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus erforderlich, dass die Bedrohung in ihrer konkreten Ausgestaltung aus der Sicht des Betroffenen die naheliegende Gefahr ihrer Verwirklichung in sich trägt.

**363. BGH 1 StR 462/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (LG Ravensburg)**

Minder schwerer Fall des Totschlags (Provokation durch das Opfer: erforderliche Gesamtbetrachtung, auch der unmittelbar tatauslösenden Situation).

§ 213 StGB

**364. BGH 1 StR 464/21 – Beschluss vom 13. Januar 2022 (LG Heidelberg)**

Schuldunfähigkeit (erforderliche Unterscheidung zwischen Einschränkung der Einsichts- oder der Steuerungsfähigkeit); Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Einordnung der zu erwartenden Straftaten als erheblich, erforderliche Gesamtbetrachtung).

§ 20 StGB; § 63 Satz 1 StGB

**365. BGH 1 StR 471/21 – Beschluss vom 11. Januar 2022 (LG Traunstein)**

Geldwäsche (Einziehung von Geldwäscheobjekten).

§ 261 Abs. 7 Satz 1 StGB a.F.; § 74 Abs. 2 StGB

**366. BGH 1 StR 474/21 – Beschluss vom 8. Februar 2022 (LG Berlin)**

Einziehung (Erlangen für die Tat).

§ 73 Abs. 1 StGB

**367. BGH 1 StR 481/21 – Beschluss vom 13. Januar 2022 (LG Neuruppin)**

Einziehung (Erlangen des Tatertrags bei mehreren Tatbeteiligten: faktische oder wirtschaftliche (Mit-)Verfügbarmacht; erlangtes Etwas bei der Steuerhehlerei).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 374 Abs. 1 AO

**368. BGH 1 StR 482/21 – Beschluss vom 25. Januar 2022 (LG Deggendorf)**

Strafzumessung (grundsätzlich keine Berücksichtigung ausländerrechtlicher Folgen einer Verurteilung).

§ 46 StGB

**369. BGH 1 StR 491/21 – Beschluss vom 26. Januar 2022 (LG Augsburg)**

Rücktritt vom Versuch der Vergewaltigung.  
§ 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB

**370. BGH 1 StR 518/20 – Beschluss vom 26. Januar 2022 (LG Kaiserslautern)**

Steuerhinterziehung (Vorsatz: Steueranspruchstheorie).  
§ 370 Abs. 1 AO; § 16 Abs. 1 StGB; § 15 StGB

**371. BGH 3 StR 155/21 – Beschluss vom 27. Januar 2022 (LG Osnabrück)**

BGHSt; Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (synthetische Cannabinoide; nicht geringe Menge; Wirkstoffmenge).  
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

**372. BGH 3 StR 279/21 – Beschluss vom 22. Februar 2022 (LG Gera)**

Materiellrechtlich fehlerhafter Strafausspruch im Jugendstrafrecht (Jugendstrafe; Schwere der Schuld; Berücksichtigung des Erziehungsgedankens bei der Strafzumessung; einheitliche Rechtsfolgenentscheidung).  
§ 17 JGG; § 18 JGG; § 31 JGG

**373. BGH 3 StR 329/21 – Urteil vom 10. Februar 2022 (LG Düsseldorf)**

Untreue (Pflichtwidrigkeit bei Vorstandshandeln; Ermessensspielraum; Business Judgement Rule; Unvertretbarkeit; Tatsachengrundlage; Informationspflichten).  
§ 266 StGB

**374. BGH 3 StR 374/21 – Beschluss vom 8. Februar 2022 (LG Krefeld)**

Korrektur der Anordnung der Einziehung von Wertersatz.  
§ 73c StGB

**375. BGH 3 StR 436/21 – Urteil vom 10. Februar 2022 (auswärtige Strafkammer des Landgerichts Kleve in Moers)**

Verhängung von Jugendstrafe wegen der Schwere der Schuld bei Gewaltverbrechen (Erziehungsgedanke; gerechter Schuldausgleich).  
§ 17 JGG

**376. BGH 3 StR 440/21 – Beschluss vom 8. Februar 2022 (LG Oldenburg)**

Prozessualer Tatbegriff (einheitlicher geschichtlicher Vorgang; Veränderung des Tatbildes im Verlauf des Verfahrens; Umgrenzung durch Tatort, Tatzeit und Tatbild).  
§ 264 StPO

**377. BGH 3 StR 447/21 – Beschluss vom 9. Februar 2022 (LG Mainz)**

Vorsätzliches unerlaubtes Führen einer halbautomatischen Kurzwaffe; Gesetzeskonkurrenz zwischen Sachbeschädigung und Landfriedensbruch.  
§ 52 Abs. 1 Nr. 2 lit. b) WaffG; § 125 StGB; § 303 StGB; § 52 StGB

**378. BGH 3 StR 74/21 – Urteil vom 27. Januar 2022 (LG Duisburg)**

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (Anforderungen an die Individualisierung einzelner Taten bei Aburteilung in Serie begangener sexueller Missbrauchshandlungen; Beweiswürdigung; Begriff des rechtlichen Abkömmlings).  
§ 174 StGB; § 261 StPO

**379. BGH 3 StR 458/21 – Beschluss vom 8. Februar 2022 (LG Koblenz)**

Überlassen von Betäubungsmitteln zum unmittelbaren Verbrauch an einen Minderjährigen (Abgrenzung von Abgabe und Verabreichung; fehlende Kenntnis des Minderjährigen); Vorwegvollzug eines Teils der Strafe bei Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.  
§ 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 67 StGB

**380. BGH 3 StR 461/21 – Beschluss vom 26. Januar 2022 (LG Kleve)**

BGHR; Härteausgleich wegen von Gerichten anderer Mitgliedstaaten verhängter Strafen (kein zwingendes Erfordernis einer fiktiven Gesamtstrafenbildung; Ermessen des Tatgerichts).  
§ 54 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 55 Abs. 1 StGB; Art. 3 Abs. 1 EURaBes 2008/675

**381. BGH 3 StR 464/21 – Beschluss vom 25. Januar 2022 (LG Duisburg)**

Urteilsformel bei Verurteilung wegen Betäubungsmitteldelikten; Einziehung von Taterträgen.  
§ 260 Abs. 4 StPO; § 73 StGB

**382. BGH 3 StR 465/21 – Beschluss vom 26. Januar 2022 (LG Osnabrück)**

Wirksame Revision der minderjährigen Nebenklägerin.  
§ 395 StPO

**383. BGH 3 StR 482/21 – Beschluss vom 22. Februar 2022 (LG Duisburg)**

Besitz kinderpornographischer Schriften (Verhältnis zum Herstellen; Verjährung; Auffangtatbestand; Dauerdelikt; keine Klammerwirkung).  
§ 184b StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

**384. BGH 3 StR 484/21 – Beschluss vom 22. Februar 2022 (LG Krefeld)**

Teilfreispruch bei gegenüber Anklage und Eröffnungsbeschluss abweichender konkurrenzrechtlicher Beurteilung.  
§ 199 StPO; § 200 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB

**385. BGH 3 StR 487/21 – Beschluss vom 25. Januar 2022 (LG Osnabrück)**

Versagung einer Strafrahmensminderung bei vom Täter zu verantwortender Berausung (erheblich verminderte Schuldfähigkeit); nachträgliche Gesamtstrafenbildung.  
§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 55 StGB

Zwar kommt die Versagung einer Strafrahmensverschiebung nach den §§ 21, 49 Abs. 1 StGB grundsätzlich in Betracht, wenn die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit auf eine selbst zu verantwortende Berausung des Täters zurückzuführen ist. Das setzt aber voraus, dass dem Angeklagten die Intoxikation zum Vorwurf gemacht werden kann. Seine Berausung ist dem Täter jedoch



dann nicht uneingeschränkt vorwerfbar, wenn er alkoholkrank, alkoholüberempfindlich oder drogenabhängig ist.

**386. BGH 5 StR 2/21 – Urteil vom 6. Januar 2022 (LG Hamburg)**

Gewährenlassen des Täters beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (kein Anspruch des Täters auf rechtzeitiges Einschreiten); Täterschaft bei Einfuhr von Betäubungsmitteln; Doppelverwertungsverbot beim Zusammentreffen von Milderungsgründen.

§ 29 BtMG; § 50 StGB; Art. 6 EMRK

**387. BGH 5 StR 228/21 (alt: 5 StR 366/19) – Urteil vom 3. März 2022 (LG Saarbrücken)**

Untreue durch Unterlassen (schadensverhindernde Kompensation; Wertlosigkeit von Dienstleistungen einer Detektei; Vorsatzfeststellung); verständigungsbezogene Mitteilungspflichten (keine Mitteilungsbedürftigkeit bei Vorschlag zur Verfahrenseinstellung; Negativmitteilung); Strafzumessung (fakultative Strafraumenverschiebung beim Unterlassen; Täter-Opfer-Ausgleich; Beeinträchtigungen des besonders in der Öffentlichkeit stehenden Angeklagten durch intensive Medienberichterstattung).

§ 266 StGB; § 13 StGB; § 15 StGB; § 46 StGB; § 46a StGB; § 243 Abs. 4 StPO

**388. BGH 5 StR 243/21 – Beschluss vom 8. Februar 2022 (LG Hamburg)**

Selbstleseverfahren (Bestimmtheit; Bezeichnung der eingeführten Urkunden; Identifizierbarkeit; Individualisierbarkeit).

§ 249 StPO

**389. BGH 5 StR 365/21 – Urteil vom 2. März 2022 (LG Zwickau)**

Beweiswürdigung beim freisprechenden Urteil; verständigungsbezogene Mitteilungspflicht (Zeitpunkt der Mitteilung; Rügeanforderungen).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 261 StPO; § 267 StPO; § 244 Abs. 2 S. 2 StPO

**390. BGH 5 StR 366/21 – Urteil vom 3. März 2022 (LG Chemnitz)**

Bandenmäßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Begriff und Zustandekommen der Bandenabrede).

§ 30a BtMG

**391. BGH 5 StR 394/21 – Urteil vom 16. März 2022 (LG Berlin)**

Revisionsgerichtliche Überprüfung der Beweiswürdigung.

§ 261 StPO

**392. BGH 5 StR 401/21 – Beschluss vom 15. Februar 2022 (LG Berlin)**

Änderung des Ausspruchs über die Einziehung von Tatgegenständen.

§ 74 StGB

**393. BGH 5 StR 457/21 – Beschluss vom 2. März 2022 (LG Hamburg)**

BGHSt; Verwertbarkeit von im Wege der Rechtshilfe erlangten Daten im sog. EncroChat-Komplex (grenzüberschreitende Überwachung des Telekommunikationsverkehrs; kein Beweisverwertungsverbot; europäischer

Rechtshilfeverkehr; Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen; Vermutung rechtmäßigen Handelns; Verwertung personenbezogener Informationen in einer gerichtlichen Entscheidung; europäische Ermittlungsanordnung; Prüfung der hypothetisch rechtmäßigen Erlangung im Anordnungsstaat; Verhältnismäßigkeit; Kernbereichsschutz; Schutzzweck von Rechtshilfevorschriften).

§ 261 StPO; § 91g Abs. 6 IRG; Art. 30 RL 2014/41/EU; Art. 82 AEUV

**394. BGH StB 1/22 – Beschluss vom 22. Februar 2022**

Erfolgreiche sofortige Beschwerde gegen die Aussetzung der Vollstreckung des Strafrests zur Bewährung unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit.

§ 57 Abs. 1 StGB

**395. BGH StB 2 und 3/22 – Beschluss vom 22. Februar 2022**

Ablehnung des Antrags auf Verteidigerwechsel (sofortige Beschwerde; Pflichtverteidigerbestellung; Störung des Vertrauensverhältnisses; Interessenkonflikt; Wegfall der Verschwiegenheitspflicht).

§ 143a StPO; § 304 StPO

**396. BGH StB 2 und 3/22 – Beschluss vom 22. Februar 2022**

Ablehnung des Antrags auf Verteidigerwechsel (sofortige Beschwerde; Pflichtverteidigerbestellung; Störung des Vertrauensverhältnisses; Interessenkonflikt; Wegfall der Verschwiegenheitspflicht).

§ 143a StPO; § 304 StPO

**397. BGH StB 4/22 – Beschluss vom 8. März 2022 (OLG Stuttgart)**

Unzulässige Beschwerde gegen die Anordnung von Hygiene- und Schutzmaßnahmen.

§ 304 Abs. 4 StPO

**398. BGH 6 StR 10/22 – Beschluss vom 8. Februar 2022 (LG Nürnberg-Fürth)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**399. BGH 6 StR 11/22 – Beschluss vom 8. Februar 2022 (LG Würzburg)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang: „Selbstmedikation“).

§ 64 StGB

**400. BGH 6 StR 1/22 – Beschluss vom 27. Januar 2022 (LG Braunschweig)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**401. BGH 6 StR 15/22 – Beschluss vom 23. Februar 2022 (LG Verden)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang: Beeinträchtigung der Gesundheit oder der Arbeits- und Leistungsfähigkeit, Verlust über Kontrolle des Konsums; symptomatischer Zusammenhang; Mitursächlichkeit der Intoxikation).

§ 64 StGB

**402. BGH 6 StR 18/22 – Beschluss vom 24. Februar 2022 (LG Coburg)**

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

**403. BGH 6 StR 31/22 – Beschluss vom 22. Februar 2022 (LG Frankfurt [Oder])**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Einbeziehung früherer Einziehungsentscheidung).  
§ 55 Abs. 2 StGB; § 73 StGB; § 73c Satz 1 StGB

**404. BGH 6 StR 3/22 – Beschluss vom 8. Februar 2022 (LG Lüneburg)**

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

**405. BGH 6 StR 5/22 – Beschluss vom 8. März 2022 (LG Schweinfurt)**

Entscheidung über die Vollstreckung einer aussetzungsfähigen Gesamtfreiheitsstrafe (erforderliche Darlegung in den Urteilsgründen).  
§ 58 Abs. 1 StGB; § 56 Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 4 StPO

Unabhängig von § 267 Abs. 3 Satz 4 StPO sind aus materiell-rechtlichen Gründen Ausführungen im Urteil zur Strafaussetzung zur Bewährung erforderlich, wenn angesichts der konkreten Umstände des Falls eine Strafaussetzung zur Bewährung nicht so fern liegt, dass eine ausdrückliche Erörterung der Aussetzungsfrage entbehrlich erscheint.

**406. BGH 6 StR 38/22 – Beschluss vom 23. Februar 2022 (LG Aschaffenburg)**

Verwerfung der Revision als unzulässig.  
§ 345 Abs. 1 StPO

**407. BGH 6 StR 461/21 – Beschluss vom 11. Januar 2022 (LG Göttingen)**

Neue-psychoaktive-Stoffe-Gesetz (überragende Bedeutung der nicht geringen Menge trotz fehlender „Vertatbestandlichung“); Einziehung von Taterträgen und Einziehung des Wertes von Taterträgen (tatsächliche Verfügungsgewalt bei Mittätern: faktische bzw. wirtschaftliche Mitverfügungsmacht).  
§ 4 Abs. 3 NpSG; §§ 29 ff. BtMG

**408. BGH 6 StR 469/21 – Beschluss vom 13. Januar 2022 (LG Coburg)**

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

**409. BGH 6 StR 48/22 – Beschluss vom 24. Februar 2022 (LG Bamberg)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Keine Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe aus mit an sich gesamtstrafenfähigen Einzelgeldstrafen wegen des Grundsatzes der Spezialität; Vollstreckungshindernis).  
§ 55 StGB; Art. 14 EurAuslÜbk; § 83h Abs. 1 IRG

**410. BGH 6 StR 493/21 – Urteil vom 22. Februar 2022 (LG Hannover)**

Versuchtes Tötungsdelikt; Zweifelssatz (keine Feststellbarkeit von Chronologie und konkretem

Geschehensablauf der Ereignisse bei einem dynamischen Geschehen; gegenseitig zugefügte potenziell lebensgefährliche Verletzungen); Notwehr (Notwehrlage; Gegenwärtigkeit des rechtswidrigen Angriffs: Keine Verneinung der Gegenwärtigkeit bei mit Aussicht auf Erfolg versehenem Ringen um Tatwerkzeug [hier: Messer]; Erforderlichkeit: Keine pauschale Verneinung der Erforderlichkeit der Zufügung mehrerer Stiche zur Abwehr eines rechtswidrigen, lebensgefährdenden Messerangriffs bei dynamisch und rasch ablaufendem Kampfgeschehen).  
§ 261 StPO; § 32 StGB

**411. BGH 6 StR 553/21 – Beschluss vom 22. Februar 2022 (LG Potsdam)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Tateinheit: teilidentische Ausführungshandlung; natürliche Handlungseinheit; Raubdelikt zur Beitreibung des Restkaufpreises); Urteilsgründe (Gutachten: Mitteilung wesentlicher Anknüpfungstatsachen und Ausführungen).  
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 267 StPO

**412. BGH 6 StR 597/21 – Beschluss vom 24. Februar 2022 (LG Göttingen)**

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

**413. BGH 6 StR 604/21 – Beschluss vom 23. Februar 2022 (LG Würzburg)**

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

**414. BGH 6 StR 615/21 – Beschluss vom 23. Februar 2022 (LG Verden)**

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

**415. BGH 6 StR 620/21 – Beschluss vom 26. Januar 2022 (LG Magdeburg)**

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

**416. BGH 6 StR 622/21 – Beschluss vom 8. Februar 2022 (LG Dessau-Roßlau)**

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

**417. BGH 6 StR 625/21 – Beschluss vom 9. Februar 2022 (LG Nürnberg-Fürth)**

Versuchte gefährliche Körperverletzung (Rücktrittshorizont).  
§ 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 22 StGB; § 24 Abs. 1 StGB

**418. BGH 6 StR 632/21 – Beschluss vom 22. Februar 2022 (LG Halle)**

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

**419. BGH 6 StR 639/21 – Beschluss vom 8. Februar 2022 (LG Rostock)**

Verwertbarkeit der aus der Überwachung der Kommunikation über den Krypto-Messengerdienst „EncroChat“ durch französische Behörden gewonnenen Erkenntnisse im Strafverfahren (Recht auf ein faires Verfahren).

§ 100e Abs. 6 Nr. 1 StPO; Art. 6 EMRK

**420. BGH 6 StR 642/21 – Beschluss vom 8. Februar 2022 (LG Stade)**

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

**421. BGH 6 StR 643/21 – Beschluss vom 22. Februar 2022 (LG Rostock)**

Adhäsionsverfahren (Beginn des Zinslaufs; Schmerzensgeld: Einheitlichkeit des Schmerzensgeldes; Ersatz künftiger materieller Schäden: Begründung des hinreichenden Feststellungsinteresses; Grundsatz der Antragsbindung [ne ultra petita]).

§ 403 StPO; § 291 BGB; § 256 ZPO; § 308 Abs. 1 ZPO

**422. BGH 6 StR 644/21 – Beschluss vom 9. Februar 2022 (LG Dessau-Roßlau)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (fehlende Feststellungen zum Vollstreckungsstand; Verbot der reformatio in peius); Einziehung des Wertes von Taterträgen (Verfügungsgewalt); Urteilsformel (Zuordnung von Schuldsprüchen und Gesamtstrafen).

§ 55 StGB; § 73 StGB; § 73c StGB; § 260 Abs. 4 StPO

**423. BGH 6 StR 650/21 – Beschluss vom 23. Februar 2022 (LG Hannover)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Erfolgsaussicht; Höchstfrist).

§ 64 StGB; § 67d Abs. 1 StGB

**424. BGH 6 StR 654/21 – Beschluss vom 9. März 2022 (LG Frankfurt [Oder])**

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

**425. BGH 2 StR 145/21 – Beschluss vom 23. Februar 2022 (LG Gießen)**

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

**426. BGH 2 StR 253/21 – Beschluss vom 14. Dezember 2021 (LG Köln)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Vorliegen eines Hangs: Beweiswürdigung, Abweichen von der Einschätzung eines Sachverständigen, Darstellung in den Urteilsgründen).

§ 64 StGB; § 246a StPO; § 261 StPO; § 267 StPO

**427. BGH 2 StR 273/21 – Beschluss vom 7. Dezember 2021 (LG Köln)**

Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten (Ermessensentscheidung).

§ 74 Abs. 1 StGB; 74a Nr. 1 StGB

**428. BGH 2 StR 295/21 – Urteil vom 2. Februar 2022 (LG Kassel)**

Revision (beschränkte Revisibilität der Verhängung von Jugendstrafen: beachtliche Lücken oder Wertungsfehler); Entscheidung über die Verhängung von Jugendstrafen (Schwere der Schuld: besonders schwere Straftaten, Abstellen auf das einzelfallbezogene konkrete Tatbild, Verwirklichung weiterer Straftatbestände, Alter eines Heranwachsenden, Gewichtung der für die Schuldbemessung

maßgeblichen jugendspezifischen Gesichtspunkte, Vor- und Nachtatverhalten, lediglich Mitverursacher einer Schädigung des Opfers bei § 176 Abs. 2 StGB a.F., keine konkrete Zuordnung möglich; kein Erziehungsbedarf feststellbar: Verhängung von Jugendstrafe, Schuldausgleich, Heranwachsender zur Tatzeit, Erwachsener im Urteilszeitpunkt, Erforderlichkeit einer Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld, schwerer sexueller Missbrauch eines Kindes); Revisionsbegründung (Beschränkung der Revision auf bestimmte Beschwerdepunkte).

§ 17 JGG; § 176a StGB a.F.; § 176 StGB a.F.; § 344 StPO

**429. BGH 2 StR 323/21 – Urteil vom 19. Januar 2022 (LG Meiningen)**

Gefährliche Körperverletzung (Vorsatz: Abgrenzung des bedingten Tötungsvorsatzes, Beweiswürdigung).

§ 224 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO

**430. BGH 2 StR 399/21 – Urteil vom 16. Februar 2022 (LG Frankfurt am Main)**

Beweiswürdigung (eingeschränkte Revisibilität; Zweifel: Zweifelsatz, keine tatsächlichen Anhaltspunkte für eine Annahme zu Gunsten des Angeklagten, Zweifel theoretischer Natur, vernünftige Zweifel).

§ 261 StPO

**431. BGH 2 StR 41/21 – Urteil vom 2. Februar 2022 (LG Limburg)**

BGHSt; Wirkung einer Revision der Nebenklage (unbegründete Revision der Nebenklage: keine Erstreckung der Kontrollbefugnis des Revisionsgerichts auf Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf den Rechtsfolgenauspruch, Aufgabe der bisherigen Senatsrechtsprechung, Argumentation, Wortlaut, Neukonzeption der Nebenklage 1986, Gesetzessystematik, Zweck); Versuch (strafbefreiender Rücktritt: Freiwilligkeit, außertatbestandliches Handlungsziel, unbeendeter Versuch).

§ 400 Abs. 1 StPO; § 401 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 301 StPO; § 23 StGB; § 24 StGB

**432. BGH 2 StR 457/21 – Beschluss vom 2. Februar 2022 (LG Aachen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**433. BGH 2 ARs 16/22 2 AR 251/21 – Beschluss vom 23. Februar 2022**

Zusammentreffen mehrerer Gerichtsstände (Übertragung der Untersuchung und Entscheidung).

§ 12 Abs. 2 StPO

**434. BGH 2 ARs 223/21 2 AR 166/21 – Beschluss vom 18. Januar 2022**

Zuständigkeitsbestimmung durch das gemeinschaftliche obere Gericht (Anfechtungsantrag gegen eine Verlegungsanordnung); Verlegung eines Strafgefangenen (maßgebliches Landesrecht; Zuständigkeit: örtlich, Verweisungsbeschluss, Bindungswirkung, willkürliche Verweisungsentscheidung;); Abweichen vom Vollstreckungsplan (Verlegung in ein anderes Bundesland: Einigung der obersten Vollzugsbehörden, verwaltungsinterne Voraussetzung).

§ 14 StPO; § 109 StVollzG; § 110 StVollzG; § 26 StrVollstrO

**435. BGH 2 ARs 381/21 2 AR 259/21 – Beschluss vom 1. März 2022**

Zuständigkeitsbestimmung durch das gemeinschaftliche obere Gericht (Entscheidung über die Reststrafenaussetzung: Befasstsein, aktenkundig, Vorlaufzeit, Zwei-Drittel-Termin, Verlegung).

§ 14 StPO; § 462a StPO

**436. BGH 2 ARs 394/21 2 AR 258/21 – Beschluss vom 23. Februar 2022**

Zuständigkeitsbestimmung durch das gemeinschaftliche obere Gericht (Entscheidung über die Aussetzung zur Vollstreckung des Restes der Freiheitsstrafe).

§ 14 StPO; § 462a StPO; § 36 Abs. 5 BtMG

**437. BGH 4 StR 13/22 – Beschluss vom 1. März 2022 (LG Stade)**

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 349 Abs. 1 StPO

**438. BGH 4 StR 156/20 – Urteil vom 3. März 2022 (LG Bielefeld)**

Einziehung von Taterträgen bei anderen (Vorschriftszweck des Abs. 2: Unterwerfen der Weiterreichung des Wertes des ursprünglich Erlangten der Vermögensabschöpfung bei dem Drittbegünstigten; Voraussetzungen Abs. 2: Bereicherungszusammenhang, Verschleierungsmotivation, Entziehungsmotivation; Grenzen Abs. 2: keine Erkennbarkeit eines Zusammenhangs mit den ursprünglichen Taterträgen, keine Verschleierungsmotivation, keine Entziehungsmotivation).

§ 73b StGB; § 316h EGStGB

**439. BGH 4 StR 248/21 – Beschluss vom 17. Februar 2022 (LG Frankenthal)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung einer Vorverurteilung: unerledigte Vorverurteilung zum Zeitpunkt des Erlasses des Urteils).

§ 55 StGB

**440. BGH 4 StR 278/21 – Beschluss vom 17. Februar 2022 (LG Gera)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Voraussetzungen: Verschulden, psychische Erkrankung).

§ 44 StPO; § 45 Abs. 2 Satz 3 StPO

**441. BGH 4 StR 295/21 – Beschluss vom 2. März 2022 (LG Münster)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**442. BGH 4 StR 310/21 – Beschluss vom 1. Februar 2022 (LG Arnberg)**

Verjährung (sexueller Missbrauch einer Schutzbefohlenen); Strafzumessung (Berücksichtigung verjährter Taten).

§ 78 StGB; § 174 Abs. 1 Nr. 3 StGB a.F.; § 46 StGB

**443. BGH 4 StR 367/21 – Beschluss vom 1. März 2022 (LG Landau)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**444. BGH 4 StR 380/21 – Urteil vom 17. Februar 2022 (LG Bielefeld)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Vortaten, lange zurückliegende Taten, innerer Zusammenhang mit der festgestellten Erkrankung, Erheblichkeit der Tat, mittlere Kriminalität, Mindeststrafe von fünf Jahren Freiheitsstrafe, Gewalt- und Aggressionsdelikte, Zufallsopfer im öffentlichen Raum, Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung, einfache Körperverletzungen, wahnhafte Verkennung der Realität, Abhängen der Verletzung vom Zufall, Mindeststrafe unter fünf Jahren Freiheitsstrafe, konkrete Einzelfallprüfung, Abstellen auf den Zeitpunkt der Hauptverhandlung für die Prognose, Berücksichtigung abzusehender zukünftiger Entwicklungen, zwischenzeitliche Behandlungserfolge, Stabilisierungen).

§ 63 StGB

**445. BGH 4 StR 398/21 – Beschluss vom 2. Februar 2022 (LG Hamburg)**

Strafzumessung (Rücktrittsprivileg; Vorliegen von vertypen Milderungsgründen: Annahme eines minderschweren Falls, gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr, verminderte Schuldfähigkeit).

§ 46 StGB; § 24 StGB; § 315b Abs. 3 StGB; § 21 StGB

**446. BGH 4 StR 403/21 – Beschluss vom 16. Februar 2022 (LG Dortmund)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Bewertungseinheit); Einziehung des Wertes von Taterträgen (fehlerhafte Berechnung).

§ 29 BtMG; § 30 BtMG; § 30a BtMG; § 73c StGB

**447. BGH 4 StR 404/21 – Beschluss vom 1. Februar 2022 (LG Bielefeld)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (Bestimmen; Vornahme einer sexuellen Handlung: teilweises Entkleiden der Geschädigten, fehlender körperlicher Kontakt); Einziehung von Tatmitteln (Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Inhalte; Verhältnismäßigkeit; Ermessensausübung).

§ 176 StGB a.F.; § 74 StGB; § 184b Abs. 6 Satz 2 StGB a.F.

**448. BGH 4 StR 432/21 – Beschluss vom 18. Januar 2022 (LG Münster)**

Adhäsionsentscheidung (Fehlen eines wirksam gestellten Adhäsionsantrags: Stellen eines Adhäsionsantrags unter einer Bedingung, unbedingte Antragsstellung).

§ 404 Abs. 1 Satz 1 StPO

**449. BGH 4 StR 434/21 – Beschluss vom 3. Februar 2022 (LG Essen)**

Verständigung (gescheiterte Verständigung: keine Bindungswirkung, kein Vertrauensschutz, Geständnis, Abweichen von dem vorgeschlagenen Verständigungsstrafrahmen, kein förmlicher Hinweis notwendig).

§ 257c StPO; § 265 StPO

**450. BGH 4 StR 436/21 – Beschluss vom 17. Februar 2022 (LG Bielefeld)**

Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften (Konkurrenzen: Herstellen, Drittbesitzverschaffung); Beschränkung der Verfolgung (Verfolgungsverjährung); Teileinstellung bei mehreren Taten.

§ 184b StGB a.F.; § 154a Abs. 2 StPO; § 154 Abs. 2 StPO

**451. BGH 4 StR 436/21 – Beschluss vom 17. Februar 2022 (LG Bielefeld)**

Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften (Sich Verschaffen: Tatmehrheit); Einstellung des Verfahrens bei Verfahrenshindernis (Nachantragsklage); Teileinstellung bei mehreren Taten.

§ 184b StGB a.F.; § 53 StGB; § 206a Abs. 1 StPO; § 154 Abs. 2 StPO

**452. BGH 4 StR 449/21 – Beschluss vom 1. Februar 2022 (LG Detmold)**

Strafzumessung (Sexualdelikte: Berücksichtigung von Tatfolgen, unmittelbare Folge einzelner Taten, Folge aller abgeurteilten Straftaten); Adhäsionsausspruch (künftige immaterielle Schäden: Feststellungsinteresse).

§ 46 StGB; § 406 StPO

**453. BGH 4 StR 477/21 – Beschluss vom 1. März 2022 (LG Bochum)**

Zurückweisung der Gegenvorstellung (mangelnde Staatshaftigkeit).

§ 349 Abs. 2 StPO; § 356a StPO

**454. BGH 4 StR 480/21 – Beschluss vom 1. März 2022 (LG Gießen)**

Strafzumessung (minder schwerer Fall des Totschlags: Strafmilderungsgründe, Versuch).

§ 46 StGB; § 213 StGB; § 23 Abs. 2 StGB

**455. BGH 4 StR 485/21 – Beschluss vom 15. Februar 2022 (LG Zweibrücken)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensationsentscheidung).

Art. 6 Abs. 1 EMRK

**456. BGH 4 StR 491/21 – Beschluss vom 15. Februar 2022 (LG Bielefeld)**

Mord (Heimtücke: Arglosigkeit, Erwarten eines Angriffs gegen das Leben, Unterschätzen der Gefährlichkeit des erwarteten Angriffs).

§ 211 StGB

**457. BGH 4 StR 493/21 – Beschluss vom 2. März 2022 (LG Essen)**

Adhäsionsausspruch (Begründungsanforderungen: immaterielle Schäden, Einheitlichkeit des Schmerzensgeldes).

§ 406 Abs. 1 Satz 3 StPO

**458. BGH 4 StR 495/21 – Beschluss vom 2. Februar 2022 (LG Zweibrücken)**

Diebstahl eines Fahrzeuges (Konkurrenzen: Fahren ohne Fahrerlaubnis, Tateinheit, Zusammenfallen der tatbestandsmäßigen Ausführungshandlungen).

§ 242 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 21 StVG

**459. BGH 4 StR 496/21 – Beschluss vom 1. Februar 2022 (LG Hagen)**

Anforderungen an einen Wiedereinsetzungsantrag (Wochenfrist).

§ 45 Abs. 1 Satz 1 StPO

**460. BGH 4 StR 498/21 – Beschluss vom 2. März 2022 (LG Hagen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**461. BGH 4 StR 503/21 – Beschluss vom 15. Februar 2022 (LG Dortmund)**

Höchstdauer einer Unterbrechung (Stattdfinden einer Verhandlung: Fortsetzen der Hauptverhandlung, Verhandlung zur Sache und Förderung des Verfahrens, Sachverhaltsaufklärung, Befassung mit Verfahrensfragen, Dolmetschervereidigung; Beruhen des Urteils).

§ 229 Abs. 1 StPO

**462. EuGH C-562/21 (C-563/21) PPU – Urteil des EuGH (Große Kammer) vom 22. Februar 2022 (-)**

ECLI:EU:C:2022:100; Eilvorabentscheidungsverfahren; Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen; Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens; Europäischer Haftbefehl (Vollstreckungsvoraussetzungen und laufendes Rechtsstaatsverfahren gegen Anordnungsstaat, echte Gefahr der Verletzung des Grundrechts auf ein faires Verfahren vor einem unabhängigen und unparteiischen Gericht und zuvor durch Gesetz errichteten Gerichts; Darlegungslast des zu Übergebenden/Auszuliefernden).

Art. 2 EUV; Art. 3 EUV; Art. 6 EUV; Art. 7 EUV; Art. 19 EUV; Art. 267 AEUV; Art. 47 GRC; Art. 48 GRC; Art. 6 EMRK; Art. 1 Abs. 2 und 3 RBEuHB; Art. 3 RBEuHB; Art. 4 RBEuHB; Art. 4a RBEuHB; Art. 5 RBEuHB; Art. 7 RBEuHB; Art. 15 RBEuHB; Art. 107 EuGH-Verfahrensordnung