

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

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

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Prof. Dr. Christian Becker; Prof. Dr.

Karsten Gaede; RA Dr. Christoph

Henckel; RiKG Dr. Holger Mann; RA

Sina Aaron Moslehi; RA Dr. Stephan

Schlegel

STÄNDIGE MITARBEITER

Wiss. Mit. Julia Heß (Redaktionsassis-
tentin); 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. Biele-

feld; Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur

(Oxon), Univ. Cambridge; Prof. Dr. Diet-

helm Kleszczewski, Univ. Leipzig; Prof.

Dr. Hans Kudlich, Univ. Erlangen-Nürn-

berg; Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M.

(Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer,

Dresden; RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus,

Dortmund; RA Dr. Markus Rübenstahl,

mag. iur., Frankfurt a.M.; Prof. Dr.

Frank Saliger, LMU München; RA Dr.

Hellen Schilling, Frankfurt a.M.; Prof.

Dr. Christoph Sowada, Univ. Greifswald;

RA Klaus-Ulrich Ventzke, Hamburg und

Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Univ. Basel

Publikationen

Prof. Dr. Erol Pohlreich, Univ. Frankfurt (Oder) – **Mit dem Zweiten sieht man schlechter – Plädoyer für die Verfassungswidrigkeit von § 362 Nr. 5 StPO** S. 140

Cand. iur. Tom Priebering, Würzburg – **§ 362 Nr. 5 StPO – Stellt der Gesetzgeber so wirklich materielle Gerechtigkeit her?** S. 156

Entscheidungen

BVerfG **Rechtswidrige Abhörung des Sohnes eines Tatverdächtigen**

BVerfG **Einstweiliger Rechtsschutz im Strafvollzug**

BGH **Grundlage und Grenzen des V-Personeneinsatzes**

BGH **Berücksichtigung der Verurteilungen in anderen EU-Mitgliedstaaten**

BGH **Ausnutzen einer Drohkulisse als Nötigung („Göttinger Hochschullehrer“)**

BGH **Erheblichkeit von sexuellen Handlungen**

BGH **Begriff des Dritt Vorteils bei der Amtsträgerkorruption**

Die Ausgabe umfasst 128 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

RA Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
gerhard.strate@strate.net

SCHRIFTFLEITUNG

Professor Dr. Karsten Gaede
Lehrstuhl für dt., europ. und int. Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht
Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Wiss. Mit. Julia Heß (Redaktionsassistentin); 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

24. Jahrgang, Mai 2023, Ausgabe

5

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

485. BVerfG 2 BvR 626/20 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. März 2023 (LG Hamburg/AG Hamburg)

Verletzung des Fernmeldegeheimnisses durch Telekommunikationsüberwachung beim Sohn eines Mordverdächtigen (Einschränkung des Fernmeldegeheimnisses; Beachtung der grundlegenden Bedeutung des Grundrechts; Telekommunikationsüberwachung gegenüber Nichtbeschuldigten; Eigenschaft als Nachrichtenmittler; Unerlässlichkeit einer gesicherten Tatsachenbasis; fehlende Grundlage für die Erwartung einer Kontaktaufnahme).

Art. 10 Abs. 1 GG; Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG; § 100a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 100a Abs. 3 StPO

1. Eine Telekommunikationsüberwachung bei dem Sohn eines Mordverdächtigen, der nach der 1980 begangenen Tat alsbald nach Costa Rica ausgewandert ist und dessen letzter Kontakt zu seinem Sohn 30 Jahre zurückliegt, ist von Verfassungs wegen nicht haltbar, wenn die Behörden den selbst nicht verdächtigen Sohn als „Nachrichtenmittler“ im Sinne des § 100a Abs. 3 StPO einstufen, obwohl keine konkreten Tatsachen für die Annahme sprechen, er könnte mit seinem Vater in Verbindung treten.

2. Das Fernmeldegeheimnis schützt die unkörperliche Übermittlung von Informationen an individuelle Empfänger mit Hilfe des Telekommunikationsverkehrs und umfasst nicht nur den Inhalt, sondern auch die Umstände der

Kommunikation. Das Grundrecht will den Gefahren begegnen, die sich aus dem Übermittlungsvorgang einschließlich der Einschaltung eines Dritten ergeben. Die Nutzung des Kommunikationsmediums soll in allem vertraulich sein.

3. Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses dürfen nur aufgrund eines Gesetzes angeordnet werden. Dieses ist in seiner grundrechtsbegrenzenden Wirkung seinerseits wieder im Lichte des Fernmeldegeheimnisses und unter Beachtung der grundlegenden Bedeutung dieses Grundrechts auszulegen.

4. Unter den Voraussetzungen des § 100a Abs. 3 StPO kann eine Telekommunikationsüberwachung auch gegenüber einem Nichtbeschuldigten angeordnet werden. Für die Annahme der insoweit gesetzlich vorausgesetzten Eigenschaft als Nachrichtenmittler ist von Verfassungs wegen eine gesicherte Tatsachenbasis unerlässlich. Das Gewicht des Eingriffs verlangt Verdachtsgründe, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen. Erforderlich ist, dass aufgrund der Lebenserfahrung oder der kriminalistischen Erfahrung fallbezogen aus Zeugenaussagen, Observationen oder anderen sachlichen Be-weiszeichen auf die Eigenschaft als Nachrichtenmittler geschlossen werden kann.

483. BVerfG 2 BvR 116/23 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. März 2023 (LG Berlin)

Einstweiliger Rechtsschutz gegen die Verlegung eines Strafgefangenen aus der Sozialtherapeutischen Anstalt in den Regelvollzug (Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz bei Eilanträgen gegen belastende vollzugliche Maßnahmen; Recht auf wirksame gerichtliche Kontrolle in angemessener Zeit; Verhinderung des Eintritts vollendeter Tatsachen; verzögerte Entscheidung erst nach mehreren Monaten und nach Vollzug der Maßnahme; keine Rechtfertigung überlanger Verfahrensdauer durch angespannte Personalsituation oder Erkrankung des zuständigen Richters; richterlicher Ermessensspielraum bei der Prioritätensetzung nur innerhalb des Rahmens der Rechtsschutzgarantie; keine Erledigung eines Eilantrages mit Vollziehung einer anstaltsinternen Verlegung).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 114 Abs. 2 StVollzG; § 18 StVollzG Bln

1. Eine Strafvollstreckungskammer verletzt einen Strafgefangenen in dessen Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz, wenn sie über seinen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die langfristig angekündigte Verlegung aus der Sozialtherapeutischen Anstalt in den Regelvollzug erst nach knapp drei Monaten und nach zwischenzeitlichem Vollzug der Verlegung entscheidet, nachdem der zuständige Richter zeitweise erkrankt und zeitweise mit der Abfassung eines Urteils in einem anderen Verfahren befasst war.

2. Begehrt ein Gefangener im Eilrechtsschutzverfahren die vorläufige Aussetzung einer angekündigten anstaltsinternen Verlegung beziehungsweise nach deren Vollzug dessen Rückgängigmachung, so ist es mit dem Recht auf effektiven Rechtsschutz nicht vereinbar, wenn die

Strafvollstreckungskammer den Eilantrag mit der Begründung zurückweist, dieser habe sich mit dem Vollzug der Maßnahme erledigt, so dass das Rechtsschutzbedürfnis entfallen sei. Vielmehr ist die vorläufige Aussetzung des Vollzugs auch in diesem Fall gerade der typische Regelungsgehalt des vorläufigen gerichtlichen Rechtsschutzes gegen belastende Maßnahmen.

3. Wenngleich es von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden ist, dass der Gesetzgeber im Bereich des Strafvollzugs die sofortige Vollziehung einer Maßnahme als Regel und die Aussetzung des Vollzugs als Ausnahme vorsieht, muss mit Blick auf das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz gewährleistet sein, dass der Gefangene umgehend eine gerichtliche Entscheidung darüber herbeiführen kann, ob sein Interesse an der Aussetzung das öffentliche Interesse an der sofortigen Vollziehung im konkreten Einzelfall überwiegt. Bei dieser Abwägung fällt der Rechtsschutzanspruch des Betroffenen umso stärker ins Gewicht, je schwerer die ihm auferlegte Belastung ist und je mehr die Maßnahme Unabänderliches bewirkt.

4. Für die Fachgerichte ergeben sich aus der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes Anforderungen auch für den vorläufigen Rechtsschutz, der eine wirksame Kontrolle in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht in angemessener Zeit zu eröffnen und so weit wie möglich dem Eintritt vollendeter Tatsachen zuvorzukommen hat.

5. Die Angemessenheit der Verfahrensdauer bestimmt sich dabei nach den Umständen des Einzelfalls, wobei innerhalb des staatlichen Verantwortungsbereichs liegende Umstände, wie etwa eine allgemein angespannte Personalsituation, eine überlange Verfahrensdauer nicht rechtfertigen können. Im Falle der Erkrankung des zuständigen Richters obliegt es dem Gericht, die erforderliche Vertretung sicherzustellen oder andere geeignete Maßnahmen zu ergreifen, um Verzögerungen durch einen krankheitsbedingten Ausfall auf ein Maß zu reduzieren, das dem Anspruch auf Rechtsschutz in angemessener Zeit Rechnung trägt.

6. Zwar steht einem Gericht für die Bearbeitung anhängiger Verfahren grundsätzlich ein Ermessensspielraum zu, innerhalb dessen es nach eigener Gewichtung Prioritäten setzen kann. Eine solche Prioritätensetzung darf aber insbesondere in einstweiligen Rechtsschutzverfahren nicht dazu führen, dass Anträge wegen Zeitmangels nicht mehr zu einer wirksamen gerichtlichen Kontrolle führen oder der Eintritt vollendeter Tatsachen durch das Gericht in Kauf genommen wird.

484. BVerfG 2 BvR 325/23 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. März 2023 (Schleswig-Holsteinisches OLG)

Erfolgsloser Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen eine Auslieferung nach Polen (Abwesenheitsurteil auf Grundlage einer Verfahrensverständigung; Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Erfordernis der Anhörungsrüge auch bei Geltendmachung eines anderen Grundrechtsverstößes; Verstoß gegen das Recht auf rechtliches Gehör bei fehlender Bescheidung des Kerns des Parteivorbringens).

§ 32 Abs. 1 BVerfGG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 33a StPO; § 77 Abs. 1 IRG; § 83 Abs. 1 Nr. 3 IRG

1. Die Entscheidung eines Oberlandesgerichts, mit der eine Auslieferung nach Polen für zulässig erklärt wird, verletzt den Verfolgten in seinem Anspruch auf rechtliches Gehör, wenn die Beschlussgründe auf den Kern seines Vorbringens nicht eingehen, wonach es ein Auslieferungshindernis begründe, dass das dem Auslieferungsersuchen zugrundeliegende polnische Strafurteil – wenngleich diesem eine mit der Staatsanwaltschaft getroffene Verfahrensabsprache zugrunde lag – in seiner Abwesenheit ergangen ist.

2. Zur Wahrung des Grundsatzes der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde ist ein Beschwerdeführer gehalten, eine unter Verletzung seines Rechts auf rechtliches Gehör ergangene Entscheidung zunächst mit einer Anhörungsrüge anzugreifen. Dies gilt auch dann, wenn der Beschwerdeführer zwar keinen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG rügen will, durch die Anhörungsrüge aber die Möglichkeit wahr, dass damit auch die geltend gemachten Grundrechtsverletzungen beseitigt werden.

3. Das Recht auf rechtliches Gehör gewährleistet den Verfahrensbeteiligten das Recht, sich nicht nur zu dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt, sondern auch zur Rechtslage zu äußern.

4. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein Gericht seiner aus Art. 103 Abs. 1 GG folgenden Verpflichtung, das Vorbringen der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen, nachgekommen ist, auch wenn es sich in den Entscheidungsgründen nicht ausdrücklich damit befasst. Schweigt eine Entscheidung jedoch zum Kern des Parteivorbringens, der für den Verfahrensausgang eindeutig von entscheidender Bedeutung ist, so lässt dies den Schluss zu, dass der Vortrag nicht beachtet worden ist.

486. BVerfG 2 BvR 829/21 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. März 2023 (OLG Frankfurt am Main / LG Marburg)

Fortdauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung über zehn Jahre in einem „Altfall“ (Voraussetzungen der gesetzlichen Übergangsvorschrift; psychische Störung; hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten; Gefährlichkeitsprognose; Konkretisierung künftig zu erwartender Delikte; Grad der Wahrscheinlichkeit; Gebot bestmöglicher Sachaufklärung; Einholung eines Sachverständigengutachtens; Verweigerung der Exploration; Heranziehung von Vorgutachten; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Freiheitsgrundrecht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; Abwägung im Einzelfall; Bedeutung von Vollzugslockerungen; Rückfallrisiko bei unvorbereiteter Entlassung; Hinweispflicht der Strafvollstreckungsgerichte gegenüber der Vollzugsbehörde; Eigenverantwortung des Untergebrachten).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 62 StGB; § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB; Art. 316f Abs. 2 EGStGB

1. Die Anordnung der Fortdauer einer seit über zehn Jahre vollzogenen Unterbringung in der Sicherungsverwahrung in einem sogenannten Altfall verletzt den Untergebrachten nicht in seinem Freiheitsgrundrecht, wenn die

Strafvollstreckungskammer unter Heranziehung des Maßstabs aus der Übergangsregelung des Art. 316f Abs. 2 Satz 2 EGStGB vertretbar darlegt, dass bei dem Verurteilten zwar keine dissoziale Persönlichkeitsstörung, jedoch eine gleichwohl als psychische Störung zu qualifizierende antisoziale und psychopatische Persönlichkeitsstruktur fortbesteht, in Folge derer er mit hoher Wahrscheinlichkeit den Anlasstaten vergleichbare, mit impulshaften Gewalttaten verbundene und besonders schwerwiegende Raubtaten begehen wird.

2. Im Zusammenhang mit der Feststellung einer psychischen Störung und der Gefahrprognose ist das Vollstreckungsgericht zur Einholung eines weiteren Sachverständigengutachtens nicht verpflichtet, wenn der Untergebrachte bereits eine Exploration durch die gerichtlich beauftragte, von ihm selbst benannte Sachverständige verweigert hat. Die Heranziehung von Vorgutachten ist insoweit ebenfalls verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn das Gericht gleichwohl die aktuelle Entwicklung in den Blick nimmt.

3. Die Entscheidung über die Fortdauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung erfordert eine eigenständige, auf die Besonderheiten des Einzelfalls bezogene Prognoseentscheidung des Gerichts, die sich darauf zu erstrecken hat, ob und welche Art rechtswidriger Taten von dem Untergebrachten drohen, wie ausgeprägt das Maß der Gefährdung ist (Häufigkeit, Rückfallfrequenz) und welches Gewicht den bedrohten Rechtsgütern zukommt. Die von dem Untergebrachten ausgehende Gefahr ist hinreichend zu konkretisieren; der Grad der Wahrscheinlichkeit zukünftiger rechtswidriger Taten ist zu bestimmen.

4. Das auch für den Vollzug der Sicherungsverwahrung geltende Gebot bestmöglicher Sachaufklärung erfordert es, dass sich eine Fortdauerentscheidung auf ein hinreichend substantiiertes und anerkanntes wissenschaftliches Standards genügendes Sachverständigengutachten stützt. Dabei kommt auch einem ohne Exploration des Betroffenen allein nach Aktenlage erstellten Gutachten Bedeutung zu, weil der Sachverständige die Stellungnahmen der Unterbringungseinrichtung einer eigenständigen Bewertung zuführen wird, bei der sich seine gesteigerte Unvoreingenommenheit und kritische Distanz entfalten können. Ist der Untergebrachte zu einer Exploration nicht bereit, so hat er es hinzunehmen, dass das Gutachten nur auf eingeschränkter Beurteilungsgrundlage erstellt werden kann.

5. Bei dem Begriff der psychischen Störung im Sinne des Art. 316f Abs. 2 Satz 2 EGStGB handelt es sich um einen unbestimmten Rechtsbegriff, der mit den überkommenen Kategorisierungen der Psychiatrie nicht deckungsgleich ist. Ob seine Merkmale im Einzelfall erfüllt sind, haben die Gerichte – regelmäßig auf der Grundlage eines Sachverständigengutachtens – eigenständig zu prüfen. Abzustellen ist dabei auf den aktuellen psychischen (Dauer-)Zustand des Betroffenen und die daraus resultierende künftige Gefährlichkeit.

6. Bei der Entscheidung über die Fortdauer einer freiheitsentziehenden Maßregel ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz dadurch Rechnung zu tragen, dass das Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit und der Freiheitsan-

spruch des Untergebrachten einander als wechselseitiges Korrektiv gegenübergestellt und im Einzelfall gegeneinander abgewogen werden. Angesichts der unbestimmten Dauer der Sicherungsverwahrung kommt der Prüfung der Verhältnismäßigkeit insbesondere bei langandauernden Unterbringungen zur Wahrung einer realisierbaren Freiheitsperspektive über die strengen tatbestandlichen Voraussetzungen für die Fortdaueranordnung hinaus eine eigenständige Bedeutung zu. Dabei sind die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit des Freiheitsentzugs umso strenger, je länger die Unterbringung in der Sicherungsverwahrung andauert.

7. Dem zunehmenden Gewicht des Freiheitsanspruchs kann insbesondere auch bei der Entscheidung über die Gewährung von Vollzugslockerungen Rechnung zu tragen sein. Denn bei langandauernden Unterbringungen kommt

eine unvorbereitete Entlassung in der Regel nicht in Betracht. Den in Freiheit nicht erprobten Untergebrachten nach langen Jahren der Unterbringung unvorbereitet in die Freiheit zu entlassen, begründete für sich genommen einen erheblichen Risikofaktor für einen Rückfall.

8. Ist die Vollzugsbehörde bei der Gewährung von Vollzugslockerungen dem Freiheitsgrundrecht nicht hinreichend gerecht geworden, müssen die Strafvollstreckungsgerichte ihr unter Ausschöpfung ihrer prozessualen Möglichkeiten deutlich machen, dass Vollzugslockerungen geboten sind. Zugleich verlangt allerdings die Eigenverantwortung des Untergebrachten, dass er die Möglichkeit nutzt, sich (weitergehende) Lockerungen zu erstreiten, und dass er gewährte Lockerungen auch in Anspruch nimmt.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

554. BGH 4 StR 252/22 – Urteil vom 16. März 2023 (LG Kaiserslautern)

Beweiswürdigung (beschränkte Revisibilität; Notwehr); Notwehr (gegenwärtiger Angriff: maßgeblicher Zeitpunkt, unmittelbares in eine Verletzung Umschlagen Können, andauernder Angriff; Notwehrlage: Maßgeblichkeit der objektiven Sachlage, subjektive Befürchtungen, Zweifelssatz; Verteidigungswille: andere Beweggründe, Zurücktreten des Verteidigungswillens).

§ 261 StPO; § 32 StGB

1. Ein gegenwärtiger Angriff liegt nicht erst vor, wenn der Angreifer tatsächlich eine Verletzungshandlung begangen hat. Ein Angriff ist vielmehr bereits dann gegenwärtig, wenn das Verhalten des Angreifers unmittelbar in eine Rechtsgutsverletzung umschlagen kann, so dass durch das Hinausschieben einer Verteidigungshandlung entweder deren Erfolg in Frage gestellt wäre oder der Verteidiger das Wagnis erheblicher eigener Verletzungen auf sich nehmen müsste. Maßgeblich ist insoweit bereits der Zeitpunkt der durch den bevorstehenden Angriff geschaffenen bedrohlichen Lage; als Angriff in diesem Sinne ist daher auch ein Verhalten zu werten, das zwar noch kein Recht verletzt, aber unmittelbar in eine Verletzung umschlagen kann und deshalb ein Hinausschieben der Abwehrhandlung unter den gegebenen Umständen entweder deren Erfolg gefährden oder den Verteidiger zusätzlichen nicht hinnehmbaren Risiken aussetzen würde. Hat der Angreifer bereits eine Verletzungshandlung begangen, dauert der Angriff an, solange mit einer Wiederholung zu rechnen und ein erneuter Umschlag in eine Verletzung unmittelbar zu befürchten ist.

2. Für die Prüfung der Notwehrlage in diesem Sinne ist die objektive Sachlage maßgeblich. Es kommt auf die tatsächlichen Absichten des Angreifers und die von ihm ausgehende Gefahr einer Rechtsgutsverletzung an, die zugleich das Maß der erforderlichen und gebotenen Abwehrhandlung bestimmen. Allein die subjektive Befürchtung, ein Angriff stehe unmittelbar bevor, begründet noch keine Notwehrlage.

3. Nach gefestigter Rechtsprechung ist ein Verteidigungswille auch dann noch als relevantes Handlungsmotiv anzuerkennen, wenn andere Beweggründe wie etwa Vergeltung, Verärgerung oder Wut hinzutreten; erst wenn diese anderen Beweggründe so dominant sind, dass hinter ihnen der Wille, das Recht zu wahren, ganz in den Hintergrund tritt und deshalb von einem Abwehrverhalten keine Rede mehr sein kann, scheidet die Annahme eines Verteidigungswillens aus (vgl. BGH NJW 2013, 2133, 2135 mwN).

534. BGH 2 StR 252/21 – Beschluss vom 29. März 2023 (LG Köln)

Notwehr (Erforderlichkeit: endgültige Beseitigung der Gefahr, mehrere Verteidigungsmöglichkeiten; Irrtum); Notwehrexzess; Urteilsgründe (Tatsachen: gesetzliche Merkmale der Straftat).

§ 32 StGB; § 33 StGB; § 267 StPO

1. Wird eine Person rechtswidrig angegriffen, ist sie grundsätzlich berechtigt, das Abwehrmittel zu wählen, welches eine endgültige Beseitigung der Gefahr gewährleistet; unter mehreren Verteidigungsmöglichkeiten ist

der Angegriffene nur dann auf eine für den Angreifer weniger gefährliche Alternative zu verweisen, wenn ihm genügend Zeit zur Wahl des Mittels sowie zur Abschätzung der Lage zur Verfügung steht.

2. Der Bundesgerichtshof hat bereits mehrfach entschieden, dass die Urteilsgründe nach § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben müssen, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden; die Sachverhaltsschilderung soll kurz, klar und bestimmt sein und alles Unwesentliche fortlassen.

528. BGH 2 StR 147/21 – Beschluss vom 29. März 2023 (LG Köln)

Rücktritt vom Versuch (Maßgeblichkeit des subjektiven Vorstellungsbilds des Täters: Fehlvorstellung, Korrektur des Rücktrittshorizonts, mehraktiges Geschehen, subjektives Vorstellungsbild nach jedem Einzelakt, örtlich und zeitlich einheitliches Geschehen, Abschluss der letzten Ausführungshandlung; Angriff eines Dazwischentretenden; kein Entschluss zum endgültigen Verzicht auf die Durchführung).

§ 24 StGB

1. Nach § 24 Abs. 1 Satz 1 erste Alternative StGB wird wegen Versuchs nicht bestraft, wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt. Voraussetzung ist zunächst, dass der Täter zu diesem Zeitpunkt noch nicht mit einem Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolgs rechnet (unbeendeter Versuch), seine Herbeiführung aber noch für möglich hält. Scheitert der Versuch, so kommt es darauf an, ob der Täter nach anfänglichem Misslingen des vorgestellten Tatablaufs sogleich zu der Annahme gelangt, er könne ohne zeitliche Zäsur mit den bereits eingesetzten oder bereitstehenden Mitteln die Tat noch vollenden. Nur dann liegt kein fehlgeschlagener, sondern ein unbeendeter Versuch vor, von dem der Täter noch durch freiwillige Aufgabe der weiteren Tatausführung zurücktreten kann.

2. Maßgebend ist dabei das subjektive Vorstellungsbild des Täters zum Zeitpunkt der letzten Ausführungs-

handlung (sog. „Rücktrittshorizont“) und zwar selbst dann, wenn diese auf einer Fehlvorstellung beruht oder wenn der Täter nach der Tatausführung Umstände erkennt, die seine bisherigen Vorstellungen erschüttern. Bei einem mehraktigen Geschehen, innerhalb dessen der Täter verschiedene Handlungen vornimmt, die auf die Herbeiführung eines strafrechtlichen Erfolges gerichtet sind, kommt es auf das subjektive Vorstellungsbild des Täters nach jedem Einzelakt an. Bilden jedoch die Einzelakte untereinander und mit der letzten Tathandlung ein durch die subjektive Zielsetzung des Täters verbundenes, örtlich und zeitlich einheitliches Geschehen, so ist für die Bestimmung des Rücktrittshorizonts allein die subjektive Sicht des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung maßgeblich.

520. BGH 5 StR 432/22 – Urteil vom 15. März 2023 (LG Leipzig)

Rücktritt vom Versuch (beendeter Versuch; Feststellungen und Beweiswürdigung zum Vorstellungsbild des Täters); Strafrahmenwahl bei mehreren Gesetzesverletzungen.

§ 24 StGB; § 52 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

1. Ein Tötungsversuch ist beendet, wenn der Täter nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung den Eintritt des Todes bereits für möglich hält oder sich keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns macht.

2. Nach § 52 Abs. 2 StGB muss die Strafe nach dem Gesetz bestimmt werden, das die schwerste Strafe androht. Für die Ermittlung der maßgeblichen Strafdrohung gilt danach nicht die abstrakte Betrachtungsweise in dem Sinne, dass die Regelstrafrahmen der in Betracht kommenden Tatbestände darüber entscheiden, welches Gesetz die höhere Strafe androht. Maßgeblich ist vielmehr ein Vergleich der konkret in Betracht kommenden Strafrahmen unter Berücksichtigung von Ausnahmestrafrahmen, etwa dem Vorliegen eines minder schweren oder eines besonders schweren Falls bei dem jeweiligen Delikt.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

512. BGH 5 StR 218/22 – Urteil vom 18. Januar 2023 (LG Hamburg)

Sexueller Missbrauch von Kindern (Erheblichkeit von sexuellen Handlungen).

§ 176 StGB; § 184h StGB

1. An einem Kind mit Körperkontakt vorgenommene Handlungen (hier: wenige Sekunden währender Kuss auf den Mund verbunden mit Schlag mit flacher Hand auf das Gesäß) sind sexuelle Handlungen, wenn diese bereits objektiv, also allein gemessen an ihrem äußeren Erscheinungsbild die Sexualbezogenheit erkennen lassen.

Daneben können aber auch sogenannte ambivalente Tätigkeiten, die für sich betrachtet nicht ohne Weiteres einen sexuellen Charakter aufweisen, tatbestandsmäßig sein. Insofern ist auf das Urteil eines objektiven Betrachters abzustellen, der alle Umstände des Einzelfalles kennt. Dazu gehören auch die Zielrichtung des Täters und seine sexuellen Absichten. Der notwendige Sexualbezug kann sich mithin etwa aus der den Angeklagten leitenden Motivation ergeben, seine sexuellen Bedürfnisse zu befriedigen.

2. Als erheblich im Sinne von § 184h Nr. 1 StGB sind solche sexualbezogenen Handlungen anzusehen, die nach

Art, Intensität und Dauer eine sozial nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung des im jeweiligen Tatbestand geschützten Rechtsguts darstellen. Die Feststellung der Erheblichkeit erfordert eine Gesamtbetrachtung sämtlicher Umstände hinsichtlich der Gefährlichkeit der Handlung für das betroffene Rechtsgut.

3. Bei Tatbeständen, die – wie § 176 Abs. 1 StGB – dem Schutz von Kindern und ihrer ungestörten sexuellen Entwicklung dienen, sind an das Merkmal der Erheblichkeit geringere Anforderungen zu stellen als bei Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung Erwachsener. Nur unter diesem Gesichtspunkt belanglose Handlungen wie kurze, flüchtige oder aus anderen Gründen unbedeutende Berührungen reichen insoweit nicht aus. Dass der Gesetzgeber die Straftat des § 176 StGB zu einem Verbrechen hochgestuft hat, bedingt es nicht, die Erheblichkeitsschwelle höher zu legen. Auch aus der Einführung der Absehmöglichkeit des § 176 Abs. 2 StGB folgt nichts anderes.

606. BGH 6 StR 378/22 – Urteil vom 8. März 2023 (LG Göttingen)

„Göttinger Hochschullehrer“; Nötigung (Drohung mit einem empfindlichen Übel: konkludente Drohung, „Drohkulisse“, fortwirkende Drohwirkung früherer Drohungen); sexuelle Nötigung (Ausnutzen einer schutzlosen Lage: Angst vor einer Gewalteinwirkung des Täters).

§ 240 Abs. 1 StGB; § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB aF

1. Auch frühere Drohungen können eine in die Tatgegenwart fortwirkende Drohwirkung entfalten. Deshalb kann im Einzelfall auch das Ausnutzen einer „Drohkulisse“ ausreichen, wenn durch eine ausdrückliche oder konkludente Erklärung des Täters eine finale Verknüpfung mit dem Nötigungserfolg hergestellt und dies vom Opfer als Drohung empfunden wird. In diese Bewertung sind neben den Erklärungen des Täters namentlich auch das Tatbild früherer Zwangslagen sowie deren Identität mit der aktuellen Tat-situation, die Art des zuvor angedrohten Übels und der zeitliche Abstand zueinander einzustellen.

2. Das Ausnutzen einer schutzlosen Lage im Sinne des § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB aF erfordert, dass das Opfer möglichen nötigenden Gewalteinwirkungen des Täters schutzlos ausgeliefert ist. Diese Schutzlosigkeit muss eine Zwangswirkung auf das Opfer in der Weise entfalten, dass es aus Angst vor einer Gewalteinwirkung des Täters in Gestalt von Körperverletzungs- oder gar Tötungshandlungen einen Widerstand unterlässt und entgegen seinem eigenen Willen sexuelle Handlungen vornimmt oder duldet (st. Rspr.). Es genügt demzufolge nicht, wenn das Opfer Widerstand aus Angst vor der Zufügung anderer Übel unterlässt.

567. BGH 4 StR 451/22 – Beschluss vom 14. März 2023 (LG Traunstein)

Besonders schwerer räuberischer Diebstahl (auf frischer Tat betroffen: Nötigungshandlung eine Folge des Betroffenseins, Nötigungsmittel im Rahmen der Nacheile, Verfolgung ohne Zäsur bis zum Einsatz des Nötigungsmittels fortgesetzt); gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr (Beinahe-Unfall; Versuch); Einziehung von Tatmitteln (Ermessensentscheidung; Einziehung

von Gegenständen von nicht unerheblichem Wert: bestimmender Strafzumessungsgrund).

§ 252 StGB; § 250 StGB; § 315b StGB

1. Das Tatbestandsmerkmal „auf frischer Tat betroffen“ im Sinne dieser Vorschrift ist erfüllt, wenn der Dieb noch in unmittelbarer Nähe zum Tatort und alsbald nach der Tatausführung wahrgenommen wird, also im Moment der Wahrnehmung noch ein enger, sowohl örtlicher als auch zeitlicher Zusammenhang mit der Vortat besteht.

2. Ist dies der Fall und wendet der Täter in der Folge eines der in § 252 StGB genannten Nötigungsmittel in Besitzerhaltungsabsicht an, kommt es für die Tatbestandsverwirklichung im Übrigen nicht mehr darauf an, dass sich das Nötigungsmittel gegen eine Person richtet, die ihn auf frischer Tat betroffen hat. Vielmehr genügt es, dass die Nötigungshandlung eine Folge des Betroffenseins ist und zu diesem in einem Bezug steht.

3. Ein derartiger Bezug ist auch dann noch gegeben, wenn das Nötigungsmittel im Rahmen der sogenannten Nacheile angewendet wird. Voraussetzung hierfür ist, dass der Täter in unmittelbarem Anschluss an das Betreffen auf frischer Tat verfolgt wird und diese Verfolgung bis zu dem Einsatz des Nötigungsmittels ohne Zäsur fortgesetzt wird. Ist dies der Fall, kommt es auf einen engen zeitlichen und räumlichen Zusammenhang zwischen Vortat und dem Einsatz des Nötigungsmittels nicht mehr an.

544. BGH 2 StR 462/21 – Urteil vom 15. März 2023 (LG Köln)

Mord (Verdeckungsabsicht: zu verdeckende Vortat, bedingter Vorsatz, Unterlassen, Misshandlung Schutzbefohlener, Handlung von Anfang an mit bedingtem Tötungsvorsatz, Zweifelsgrundsatz; Versuch; Unterlassen: Abgrenzung zum positiven Tun; grausame Tatbegehung); Misshandlung von Schutzbefohlenen (böswillige Vernachlässigung).

§ 211 StGB; § 225 StGB

1. Böswillig im Sinne von § 225 Abs. 1 3. Alternative StGB handelt, wer seine Pflicht für einen anderen zu sorgen, aus einem verwerflichen Beweggrund vernachlässigt; das Gesinnungsmerkmal der Böswilligkeit ist gekennzeichnet durch feindseliges Verhalten aus Bosheit, Lust an fremdem Leid, Hass und anderen verwerflichen Gründen, etwa auch aus Geiz und Eigensucht; Gleichgültigkeit, Abgestumpftheit oder Schwäche sowie Überforderung wegen mangelnder Reife reichen hingegen in der Regel nicht aus.

2. Der Annahme eines Verdeckungsmordes steht grundsätzlich nicht entgegen, dass sich bereits die zu verdeckende Vortat gegen Leib und Leben des Opfers richtet oder die Tat mit bedingtem Vorsatz und durch Unterlassen begangen wurde. Auch kann für eine Absicht der Eltern, die vorangehende Misshandlung Schutzbefohlener durch den Tod des Opfers zu verdecken, und damit für das Vorliegen des Mordmerkmals der Verdeckungsabsicht sprechen, dass sie niemanden mehr zu dem Kind ließen, weil sie die lebensbedrohliche Verschlechterung des Zustandes des Kindes bemerkten und weil sie die Einschaltung des Jugendamtes fürchteten, und dass sie Dritten gegenüber wahrheitswidrige Angaben zum Gesundheitszustand des Kindes machten.

3. Um eine zu verdeckende „andere Straftat“ (§ 211 Abs. 2 StGB) handelt es sich dann nicht, wenn der Täter nur diejenige Tat verdecken will, die er gerade begeht. Handelte der Täter bereits von Anfang an mit (bedingtem) Tötungsvorsatz, ist für die Annahme eines Verdeckungsmordes kein Raum. Es fehlt folglich an einer für das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht erforderlichen „anderen“ Straftat, wenn der Täter das Tatopfer zunächst mit (bedingtem) Tötungsvorsatz misshandelt und es anschließend unterlässt, zur Verdeckung dieses Geschehens Maßnahmen zur Rettung des überlebenden Opfers einzuleiten; ist diese Möglichkeit nicht auszuschließen, muss sie wegen des Zweifelsgrundsatzes gegebenenfalls zugunsten des Angeklagten angenommen werden.

552. BGH 4 StR 211/22 – Urteil vom 16. Februar 2023 (LG Kleve)

Revisionsbeschränkung (Staatsanwaltschaft; Wirksamkeit: eine Tat im prozessualen Sinne, Tatmehrheit, Garantstellung infolge vorangegangener Tat); Totschlag (bedingter Tötungsvorsatz; Beweiswürdigung, ungelöstes Spannungsverhältnis zu weiteren Ausführungen); verbotenes Kraftfahrzeugrennen (bedingter Gefährdungsvorsatz).

§ 344 StPO; § 261 StPO; § 315d StGB § 212 StGB; § 13 StGB

Ein bedingter Gefährdungsvorsatz im Sinne des § 315d Abs. 2 StGB liegt vor, wenn der Täter über die allgemeine Gefährlichkeit des Kraftfahrzeugrennens hinaus auch die Umstände kennt, die den in Rede stehenden Gefährerfolg im Sinne eines Beinaheunfalls als naheliegende Möglichkeit erscheinen lassen, und er sich mit dem Eintritt einer solchen Gefahrenlage zumindest abfindet.

500. BGH 1 StR 474/22 – Beschluss vom 7. März 2023 (LG Traunstein)

Geldwäsche (Einziehung des Geldwäscheobjekts: Anwendung der §§ 74 ff. StGB als milderes früheres Recht).

§ 261 Abs. 7 StGB a.F.; § 261 Abs. 10 Satz 1 StGB; § 2 Abs. 3, Abs. 5 StGB; § 73 StGB; § 74 StGB; § 74c StGB

Bei Geldwäschetaten, die vor dem 9. März 2021 begangen wurde, kann das Geldwäscheobjekt auf Grundlage der gemäß § 2 Abs. 1 StGB für den Tatzeitraum geltenden Fassung des § 261 Abs. 7 StGB grundsätzlich nur nach § 74 Abs. 2 StGB eingezogen werden. Die Wertersatzeinziehung richtet sich daher ausschließlich nach § 74c StGB. Anders als die im Ermessen des Gerichts stehende Anordnung nach §§ 74, 74c StGB ist nunmehr die Einziehung nach den §§ 73 ff. StGB nach § 261 Abs. 10 Satz 1 StGB zwingend vorgeschrieben. Diese sind mithin nicht das mildere Recht im Sinne des § 2 Abs. 3 und Abs. 5 StGB.

559. BGH 4 StR 306/22 – Beschluss vom 1. März 2023 (LG Dortmund)

Erpressung (Versuch; Konkurrenzen: weitere unter Drohung mit dem Messer ausgeführte Erpressungshandlung, mehrere Angriffe auf die Willensentschließung des Opfers, vollständiges Erreichen des Ziels, Aufsetzen der sukzessiv ausgeführten tatbestandlichen Handlung auf die vorhergehende, eine versuchte

besonders schwerer räuberische Erpressung, Bewertungseinheit, natürliche Handlungseinheit).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 250 StGB; § 52 StGB

1. Für den Erpressungstatbestand (§ 253 StGB) ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zwar anerkannt, dass mehrere Angriffe auf die Willensentschließung des Opfers als eine Tat im Rechtssinne zu werten sind, wenn dabei lediglich die ursprüngliche Drohung den Umständen angepasst und aktualisiert, im Übrigen aber dieselbe Leistung gefordert wird. Die rechtliche Bewertungseinheit endet in diesen Fällen erst, wenn der Täter sein Ziel vollständig erreicht hat oder nach den insoweit entsprechend heranzuziehenden Wertungen des Rücktrittsrechts von einem fehlgeschlagenen Versuch auszugehen ist.

2. Die Annahme einer Bewertungseinheit setzt auch voraus, dass die sukzessive ausgeführten tatbestandlichen Handlungen auf die vorhergehende aufsetzen und sich nicht als neuer Anlauf zur Erreichung des ursprünglich angestrebten Taterfolgs darstellen.

564. BGH 4 StR 351/22 – Beschluss vom 9. November 2022 (LG Dortmund)

Besonders schwerer Raub (Finalität: Entschluss zur Wegnahme nach Abschluss der Nötigungshandlung, Einheitlichkeit des Wegnahmevorsatzes, Abweichung vom Tatplan; Drohung: konkludent, Ausnutzen der durch die vorangegangene Gewaltanwendung entstandene Angst, schlüssige Erklärung).

§ 250 Abs. 2 StGB

1. Ob der Wegnahmevorsatz derselbe bleibt, wenn er sich im Rahmen einer einheitlichen Tat hinsichtlich des Tatgegenstands verengt, erweitert oder sonst ändert, ist danach zu beurteilen, ob es sich um eine unwesentliche Abweichung vom Tatplan handelt, die sich innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung und aus Tätersicht Voraussehbaren hält.

2. Als Raubmittel kommt auch die konkludente Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben, nämlich der Fortführung der Gewalt, in Betracht. Dafür genügt jedoch weder allein der Umstand, dass die Wirkungen eines ohne Wegnahmevorsatz eingesetzten Nötigungsmittels noch andauern und der Täter dies ausnutzt, noch das bloße Ausnutzen der durch die vorangegangene Gewaltanwendung entstandenen Angst eines der Einwirkung des Täters schutzlos ausgelieferten Opfers. Vielmehr muss sich den Gesamtumständen einschließlich der zuvor verübten Gewalt die aktuelle Drohung erneuter Gewaltanwendung entnehmen lassen, der Täter also in irgendeiner Form schlüssig erklärt haben, er werde einen eventuell geleisteten Widerstand mit Gewalt gegen Leib oder Leben brechen.

601. BGH 6 StR 324/22 – Urteil vom 22. März 2023 (LG Neuruppin)

„Tötungsdelikt in ehemaligem Bunker bei Oranienburg“; Mord (Heimtücke: Arg- und Wehrlosigkeit, ausnahmsweises Absehen vom Erfordernis der Arglosigkeit zu Beginn der Tötungshandlung: Vorkehrungen des Täters, die bei Ausführung der Tat noch fortwirken); Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung

(kein Ausgehen von Annahmen zugunsten des Angeklagten ohne konkrete tatsächliche Anhaltspunkte).
§ 211 StGB; § 261 StPO

Bei einer von langer Hand geplanten und vorbereiteten Tat kann das heimtückische Vorgehen im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB auch in Vorkehrungen liegen, die der Täter ergreift, um eine günstige Gelegenheit zur Tötung zu schaffen, sofern diese bei der Ausführung der Tat noch fortwirken. Wird das Tatopfer planmäßig in einen Hinterhalt gelockt oder ihm gezielt eine raffinierte Falle gestellt, kommt es daher nicht mehr darauf an, ob es zu Beginn der Tötungshandlung noch arglos war (st. Rspr.).

560. BGH 4 StR 312/22 – Urteil vom 2. März 2023 (LG Dresden)

Verstoß gegen Weisungen während der Führungsaufsicht (Weisung: hinreichend bestimmt, Führungsaufsichtsbeschluss, strafbewehrte Weisung, ausdrückliche Bezugnahme, keine weitere Erläuterung, Missverständnisse, mündliche Belehrung); Strafzumessung (strafscharfende Berücksichtigung des Fehlens von Strafmilderungsgründen: keine Aufarbeitung der kriminogenen Faktoren, passivabwartendes Vermeidungsverhalten); Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (erhebliche Straftaten: Gesamtwürdigung, Kriterien aus der gesetzgeberischen Wertung, schwerer sexueller Missbrauch von Kindern); schwerer sexueller Missbrauch von Kindern.

§ 145a StGB; § 68b StGB; § 46 StGB; § 176a StGB aF; § 66 StGB

1. Eine Verurteilung nach § 145a StGB setzt voraus, dass die Weisung, gegen die der Täter verstoßen hat, hinreichend bestimmt ist. In Anbetracht des Gebots aus Art. 103 Abs. 2 GG und des Umstands, dass § 68b Abs. 2 StGB auch nicht strafbewehrte Weisungen zulässt, muss sich aus dem Führungsaufsichtsbeschluss selbst ergeben, dass es sich bei der Weisung, auf deren Verletzung die Verurteilung gestützt werden soll, um eine solche gemäß § 68b Abs. 1 StGB handelt, die nach § 145a Satz 1 StGB strafbewehrt ist. Dafür ist zwar einerseits eine ausdrückliche Bezugnahme auf § 68b Abs. 1 StGB nicht erforderlich; andererseits wird eine solche Bezugnahme aber ohne weitere Erläuterung regelmäßig nicht ausreichen, um dem Verurteilten die notwendige Klarheit zu verschaffen. Dass eine Weisung strafbewehrt ist, muss in dem Führungsaufsichtsbeschluss unmissverständlich klargestellt sein. Wegen der Gefahr von Missverständnissen und Ungewissheiten kann diese Klarstellung nicht durch eine mündliche Belehrung ersetzt werden.

2. Erhebliche Straftaten im Sinne des § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB sind nach ständiger Rechtsprechung solche, die den Rechtsfrieden empfindlich stören. Kriterien hierfür ergeben sich zwar zunächst aus den in § 66 Abs. 1 StGB zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen Wertungen. Dabei kann aber kein genereller Maßstab angelegt werden, sondern es bedarf stets der Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalles, bei der neben der Schwere der zu erwartenden Taten und den – auch nur potentiell bzw. typischerweise eintretenden – Folgen für die Opfer auch die Tathäufigkeit oder die Rückfallgeschwindigkeit ins Gewicht fallen können.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

487. BGH 1 StR 130/22 – Beschluss vom 8. März 2023 (LG Freiburg)

Berücksichtigung EU-ausländischer Verurteilungen (fiktive Gesamtstrafenbildung: Verhängung eigenständiger Strafe auch zulässig, wenn zulässiges Höchstmaß für eine (fiktive) Gesamtstrafe überschritten würde).

Artikel 3 Abs. 1, Abs. 5 Rahmenbeschluss 2008/675/JI, § 55 StGB

Bei einer an sich bestehenden Gesamtstrafenlage zwischen deutschen und EU-ausländischen Verurteilungen für die inländische Straftat kann auch dann eine Strafe verhängt werden, wenn eine fiktive Einbeziehung der EU-ausländischen Strafe dazu führen würde, dass das nach deutschem Recht zulässige Höchstmaß für eine Gesamtstrafe bei zeitigen Freiheitsstrafen überschritten würde.

496. BGH 1 StR 376/22 – Beschluss vom 8. Februar 2023 (LG Arnsberg)

Einziehung von Taterträgen (Begriff des Erlangten: kein Erlangen vor Tatbegehung, kein „Weiterreichen“ ersparter Aufwendungen; keine Dritteinziehung bei

Tatbeteiligten); Einziehung von Tatlohn (erforderliche Gewährung durch Dritten, kein Tatlohn bei eigenmächtigem Zugriff des Täters auf das Erlangte).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73b Abs. 1 Nr. 1 StGB

1. Durch die Tat erlangt der Täter einen Gegenstand, wenn er ihm in irgendeiner Phase des Tatablaus aus der Verwirklichung des Tatbestands so zugeflossen ist, dass er hierüber tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben kann (st. Rspr.). Dies setzt notwendigerweise als zeitlich vorgelagerten Schritt die Begehung der Tat voraus.

2. Für die Tat erlangt der Täter nur dann etwas, wenn es ihm von anderen Personen für seine Tatbeteiligung zugewendet wird.

518. BGH 5 StR 95/23 – Beschluss vom 12. April 2023 (LG Berlin)

Notwendigkeit einer konkreten Feststellung des Wirkstoffgehalts bei Verurteilung wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln.

§ 29 BtMG

Bei der Verurteilung wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln wird der Schuldumfang der Tat und die Schuld des Täters maßgeblich durch den Wirkstoffgehalt bestimmt, so dass es hierzu einer konkreten Feststellung. Das Tatgericht muss daher die Wirkstoffmenge oder den Wirkstoffgehalt unter Berücksichtigung der festgestellten Tatumstände (wie etwa Herkunft, Preis, Aussehen, Verpackung, Beurteilung der Qualität durch Tatbeteiligte oder Handelsstufe), gegebenenfalls unter Berücksichtigung des Zweifelssatzes, zahlenmäßig schätzen. Eine Umschreibung in allgemeiner Form, etwa als „durchschnittliche Qualität“, reicht nicht aus.

510. BGH 5 StR 78/23 – Beschluss vom 11. April 2023 (LG Kiel)

Strafzumessung bei Verurteilung wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (In-Verkehr-Gelangen kein Strafschärfungsgrund; Sicherstellung als Strafmilderungsgrund).

§ 29 BtMG; § 46 StGB

Es gehört zum Normalfall des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln, dass sie in den Verkehr gelangen. Diese Tatsache ist deshalb kein Strafschärfungsgrund. Im Gegenteil stellt die Sicherstellung zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmter Betäubungsmittel einen Strafmilderungsgrund dar.

503. BGH 5 StR 21/23 – Beschluss vom 29. März 2023 (LG Hamburg)

Strafzumessung bei Verurteilung wegen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Inverkehrbringen kein Strafschärfungsgrund; Doppelverwertungsverbot; Beruhen). § 29 BtMG; § 46 Abs. 3 StGB

Bei dem Umstand, dass Betäubungsmittel in den Verkehr gelangen, handelt es sich um den Normalfall des Handeltreibens. Er stellt deshalb keinen Strafschärfungsgrund dar.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

536. BGH 2 StR 270/22 – Urteil vom 15. Februar 2023 (LG Erfurt)

V-Person (Zulässigkeit des Einsatzes: Umgehung der Vorschriften über den Verdeckten Ermittler, Straftat von erheblicher Bedeutung, Verhältnismäßigkeit, Katalogtat, Kontaktaufnahme anderer Personen mit dem Beschuldigten, rechtsstaatliche Grenzen, nemo tenetur, generelle Unverwertbarkeit der Angaben; Konfrontationsrecht: Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, einzelfallbezogene Gesamtwürdigung, Gesichtspunkte, besonders strenge Beweis- und Begründungsanforderungen, Unverwertbarkeit; Aufzeichnung der Gespräche: Verwertungsverbot, verbotswidrige Fixierung des Gesprächs, akustische Überwachung außerhalb von Wohnraum); Rechtsmittelbeschränkung (Revision der Staatsanwaltschaft: Revisionsbegründung); Konkurrenzen (Tateinheit).

Art. 6 EMRK; § 110a StPO; § 100f StPO; § 345 StPO; § 52 StGB

1. Der heimliche Einsatz von Personen, die den Beschuldigten befragen, um ihn zu belastenden Äußerungen zu veranlassen, ist jedenfalls dann zulässig, wenn es sich bei der den Gegenstand der Verfolgung bildenden Tat um eine Straftat von erheblicher Bedeutung handelt und wenn der Einsatz anderer Ermittlungsmethoden – für deren Auswahl untereinander wiederum der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt – erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert wäre. Für die Beantwortung der Frage, wann eine Straftat von erheblicher Bedeutung vorliegt, vermitteln die Kataloge in §§ 98a, 100a, 110a StPO Hinweise; die Aufzählung ist nicht abschließen.

2. Dass der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15. Juli 1992 (OrgKG) für bestimmte Formen besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität den Einsatz Verdeckter Ermittler, der bis dahin auf die Generalklauseln der §§ 161, 163 StPO gestützt wurde, durch Einfügung der §§ 110a ff. StPO im Einzelnen geregelt hat, rechtfertigt nicht den Schluss, dass er die traditionell als zulässig anerkannte Inanspruchnahme anderer Personen ausschließen wollte. Die Kontaktaufnahme solcher anderen Personen mit dem Beschuldigten hat der Gesetzgeber in diesem Gesetz bewusst nicht geregelt. Diese sollte weiterhin zulässig sein.

3. Indes sind rechtsstaatliche Grenzen zu beachten, die der vernehmungähnlichen Befragung von Tatverdächtigen ohne Aufdeckung der Ermittlungsabsicht – wegen ihrer Nähe zum nemo-tenetur-Prinzip – gesetzt sind. Aus dieser Nähe sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip, speziell dem Grundsatz des fairen Verfahrens kann sich eine heimliche Befragung im Einzelfall auch unter Berücksichtigung des Gebotes einer effektiven Strafverfolgung als unzulässig erweisen.

4. Eine weitergehende generelle Unverwertbarkeit der Angaben des Beschuldigten gegenüber einer V-Person mit Blick auf §§ 136 Abs. 1, 136a Abs. 1 Satz 1 StPO ist abzulehnen, da gerade keine Vernehmung vorliegt und die Aussagefreiheit des Beschuldigten nicht berührt ist. So hat der EGMR eine Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungs-

freiheit in einem Fall verneint, in welchem es dem Beschuldigten, der sich weder in Haft befand noch bis dahin polizeilich vernommen worden war, freistand, sich mit dem Informanten der Polizei, der das verdeckt geführte Gespräch heimlich aufzeichnete, zu unterhalten.

5. Das von Art. 6 Abs. 3 Buchst. d EMRK garantierte Recht des Angeklagten auf konfrontative Befragung von Belastungszeugen stellt eine besondere Ausformung des Grundsatzes des fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK dar. Ob die fehlende Gelegenheit für den Angeklagten beziehungsweise seinen Verteidiger, einen Zeugen selbst zu befragen, eine Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK begründet, hängt von einer einzelfallbezogenen Gesamtwürdigung ab.

6. Dabei ist nicht nur in Rechnung zu stellen, ob die Nichtgewährung des Konfrontationsrechts im Zurechnungsbereich der Justiz liegt, sondern vor allem auch in den Blick zu nehmen, mit welchem Gewicht die Verurteilung des Angeklagten auf die Bekundungen eines nicht konfrontativ befragten Zeugen gestützt worden ist und ob das Gericht die Unmöglichkeit der Befragung des Zeugen durch den Angeklagten oder seinen Verteidiger kompensiert hat, namentlich durch eine besonders kritische und zurückhaltende Würdigung der Bekundungen des Zeugen.

7. Ein Verwertungsverbot kommt dann in Betracht, wenn das Gespräch zwischen einer Vertrauensperson und dem Tatverdächtigen verbotswidrig fixiert wurde. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass eine Verwertung von Gesprächsaufzeichnungen unter Beteiligung einer Vertrauensperson möglich ist, wenn die Aufzeichnung rechtmäßig angeordnet wurde.

556. BGH 4 StR 298/22 – Urteil vom 2. März 2023 (LG Frankenthal (Pfalz))

Ablehnung von Beweisanträgen (unterlassene Bescheidung eines Beweisantrages: Ablehnung des Beweisantrags von der Strafkammer ersichtlich nicht beabsichtigt; Kommunikationspflicht der Verteidigung; Selbstlesterverfahren); Einziehung; Revisionsbeschränkung (Anfechtung nur des Ausspruches über die Gesamtstrafe: Möglichkeit, Bezugnahme auf die zur Festsetzung der Einzelstrafen niedergelegten Erwägungen; Beschränkung auf den Strafausspruch); Wahl des Strafrahmens (Verletzung mehrerer Strafrahmen); Strafzumessung (Anrechnung des Vollzuges von Untersuchungshaft; Verbundenheit der erlittenen Untersuchungshaft mit Beschwernissen für den Angeklagten: Strafmilderungsgrund).

§ 244 Abs. 6 Satz 1 StPO; § 33 BtMG; § 52 StGB; 46 StGB; § 51 StGB

Eine Rüge der unterlassenen Bescheidung eines Beweisantrages entgegen § 244 Abs. 6 Satz 1 StPO ist unbegründet, wenn der Beweisantrag nach dem Eindruck aller Verfahrensbeteiligten durch eine – allerdings nach § 249 Abs. 1 Satz 1 StPO rechtsfehlerhafte – Verlesung von Chatprotokollen seitens der Vertreterin der Staatsanwaltschaft direkt im Anschluss an die Antragstellung erledigt worden ist und eine Ablehnung des Beweisantrags von der Strafkammer ersichtlich nicht beabsichtigt war.

549. BGH 2 ARs 65/22 2 ARs 113/22 2 ARs 163/22 2 ARs 164/22 2 ARs 166/22 2 ARs 167/22 2 ARs 201/22 2 ARs 202/22 2 ARs 203/22 2 ARs 204/22 2 ARs 205/22 2 ARs 206/22 2 ARs 207/22 2 ARs 208/22 2 ARs 217/22 2 ARs 237/22 2 ARs 238/22 2 ARs 239/22 2 ARs 241/22 2 ARs 245/22 2 ARs 255/22 2 ARs 280/22 2 ARs 290/22 2 ARs 291/22 2 ARs 294/22 2 ARs 297/22 2 ARs 298/22 2 ARs 340/22 2 ARs 341/22 – Beschluss vom 28. Februar 2023

Verwerfung mehrerer Rechtsbehelfe; zukünftiges Unterlassen der Bescheidung substanzloser und offensichtlich aussichtsloser Anträge oder Eingaben vergleichbarer Art (Rechtsschutzgarantie; missbräuchliche Anträge).

§ 304 StPO; Art 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

Die Rechtsschutzgarantie aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG umfasst nicht den Anspruch, eine förmliche Entscheidung auch auf Eingaben zu erhalten, die missbräuchlich, offensichtlich wiederholend oder sinnlos vorgebracht werden. Gerichte müssen eindeutig missbräuchliche Anträge ebenso wenig bescheiden wie ganz offensichtlich schlicht wiederholende, den Streit lediglich verlängernde Anträge in derselben Sache. Dies gilt auch dann, wenn die Anträge zwar formal auf neue Entscheidungen gerichtet sind, letztlich aber demselben Muster folgen und dazu dienen, eine andere Entscheidung in der Sache zu erwirken, über die gerichtlich bereits entschieden worden war.

561. BGH 4 StR 318/22 – Urteil vom 30. März 2023 (LG Bochum)

Untersuchungsgrundsatz (Umstände, die begründete Zweifel an der Richtigkeit der Überzeugung wecken müssen; weder Nachweis noch Widerlegung eines entscheidungserheblichen Umstands); Beweiswürdigung (Widerlegung von Entlastungsbehauptungen eines Angeklagten; beschränkte Revisibilität der Beweiswürdigung).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

1. § 244 Abs. 2 StPO gebietet es, von Amts wegen Beweis zu erheben, wenn aus den Akten oder aus dem Stoff der Verhandlung Umstände und Möglichkeiten bekannt oder erkennbar sind, die bei verständiger Würdigung der Sachlage begründete Zweifel an der Richtigkeit der – auf Grund der bisherigen Beweisaufnahme erlangten – Überzeugung wecken müssen bzw. geeignet sind, noch vorhandene Zweifel, die einer Überzeugungsbildung entgegenstehen, auszuräumen. Ergibt die Beweisaufnahme weder den Nachweis noch die Widerlegung eines entscheidungserheblichen Umstands, so muss das Gericht, bevor es zu dem fraglichen Punkt zugunsten des Angeklagten entscheidet, von Amts wegen nach eventuellen weiteren Aufklärungsmöglichkeiten forschen und anordnen, dass bekannte oder erkennbare weitere, bisher nicht genutzte Beweismittel, die eine Aufklärung erwarten lassen, herbeigeschafft und gebraucht werden.

2. Die bloße Widerlegung von Entlastungsbehauptungen eines Angeklagten für sich allein ist kein Schuldindiz, weil auch ein Unschuldiger Zuflucht zur Lüge nehmen kann.

576. BGH 3 StR 246/22 – Urteil vom 9. März 2023 (OLG München)

Verbrechen gegen die Menschlichkeit (minder schwerer Fall: Gesamtwürdigung aller strafzumessungserheblichen Umstände; Spielraum des Tatgerichts; eingeschränkte revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Darstellung der Strafzumessungserwägungen im Urteil; Rechtswirksamkeit einer Revisionsbeschränkung.

§ 7 VStGB; § 46 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 344 Abs. 1 StPO

1. Das Revisionsgericht kann in die Strafzumessung einschließlich der Strafrahmenwahl nur eingreifen, wenn die Zumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstoßen wird oder sich die verhängte Strafe von ihrer Bestimmung eines gerechten Schuldausgleichs so weit löst, dass sie nicht mehr innerhalb des dem Tatgericht eingeräumten Spielraums liegt. Bei der Darstellung seiner Strafzumessungserwägungen ist das Tatgericht lediglich gehalten, die bestimmenden Zumessungsgründe mitzuteilen (§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO).

2. Eine erschöpfende Aufzählung aller in Betracht kommenden Erwägungen ist weder vorgeschrieben noch möglich. Daraus, dass ein für die Zumessung bedeutsamer Gesichtspunkt nicht ausdrücklich angeführt worden ist, kann nicht ohne Weiteres geschlossen werden, das Tatgericht habe ihn nicht gesehen oder nicht gewertet. Ein Rechtsfehler liegt dagegen vor, wenn aus den Urteilsgründen erkennbar hervorgeht, dass es einen wesentlichen, die Tat prägenden Umstand nicht bedacht hat.

3. Die Entscheidung über die Anwendung des Regel- oder des Sonderstrafrahmens ist ein Vorgang tatrichterlicher Wertung; dabei kommt es darauf an, ob der Fall insgesamt – nicht allein die Tat – minder schwer wiegt. So ist in der Gesamtabwägung nicht nur Bedacht auf die die Deliktsverwirklichung kennzeichnenden Erschwerungs- und Milderungsgründe zu nehmen, sondern etwa auch auf die der Tatbegehung nachfolgenden je nach dem Einzelfall bedeutsamen Umstände wie Geständnis, Stabilisierung der Lebensverhältnisse, Aufklärungshilfe oder besonders einschneidende Wirkungen von Tatfolgen oder Verfahren.

4. Die Verletzung mehrerer Strafgesetze durch ein und dieselbe Tat im materiellrechtlichen Sinne wirkt grundsätzlich strafscharfend. Dies gilt umso mehr, wenn es sich um die Beteiligung an versuchten Tötungsdelikten handelt.

5. Bei der Bemessung der Strafe wegen des Verbrechens gegen die Menschlichkeit durch Versklavung mit Todesfolge steht das Verbot der Doppelverwertung gemäß § 46 Abs. 3 StGB der Berücksichtigung menschenverachtender Beweggründe und Ziele nicht entgegen. Eine solche Tatmotivation, wie sie sich für die Angeklagte aufdrängt, gehört nicht zum Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 3 VStGB.

526. BGH 2 StR 119/22 – Beschluss vom 2. März 2023 (LG Gießen)

Beweiswürdigung (beschränkte Revisibilität: Entfernung von einer festen Tatsachengrundlage, bloße Vermutungen; Beihilfe zum Handeltreiben mit

Betäubungsmitteln; Erfahrungssatz: allgemeine Lebenserfahrung, wissenschaftliche Erkenntnisse, andere Deutungsmöglichkeiten); Beihilfe (Vorsatz: andere rechtliche Einordnung der Haupttat durch den Gehilfen, tatbestandliche Verwandtschaft).

§ 261 StPO; § 29a BtMG; § 27 StGB; § 15 StGB

1. Echte, allgemeingültige Erfahrungssätze sind auch bei der Vorsatzfeststellung nur auf Grund allgemeiner Lebenserfahrung oder wissenschaftlicher Erkenntnisse gewonnene Regeln, die keine Ausnahme zulassen und eine an Sicherheit grenzende Wahrscheinlichkeit zum Inhalt haben.

2. In subjektiver Hinsicht genügt für eine Strafbarkeit wegen Beihilfe ein bedingter Vorsatz zur Förderung der fremden Haupttat. Der Gehilfe muss seinen eigenen Tatbeitrag, aber nur die wesentlichen Merkmale der Haupttat, insbesondere deren Angriffsrichtung, kennen und wollen oder für möglich halten und billigend in Kauf nehmen. Einzelheiten der Haupttat braucht der Gehilfe nicht zu kennen und auch keine bestimmte Vorstellung von ihr zu haben. Eine andere rechtliche Einordnung der Haupttat durch den Gehilfen ist für die Vorsatzfeststellung nur dann unerheblich, wenn es sich nicht um eine grundsätzlich andere Tat handelt. Zwischen abweichend vorgestellter und tatsächlich begangener Tat muss eine tatbestandliche Verwandtschaft bestehen.

523. BGH 5 StR 455/22 – Beschluss vom 1. März 2023 (LG Berlin)

Zulässigkeit der Verfahrensrüge; Sachkunde von Berufsrichtern bei der Anwendung aussagepsychologischer Kriterien.

§ 261 StPO; § 344 Abs. 2 S. 2 StPO

1. Die gem. § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO erforderliche Vorlage von Aktenbestandteilen, auf die im Rahmen einer Verfahrensrüge Bezug genommen wird, ist nicht deshalb entbehrlich, wenn die Unterlagen – ohne dass hierauf im Einzelnen verwiesen wird – in einer Zusammenstellung von Aktenanteilen enthalten sind, die einer anderen, mit gesondertem Schriftsatz erhobenen Verfahrensrüge beigelegt ist.

2. Es ist regelmäßig davon auszugehen, dass Berufsrichter – hier zumal die Mitglieder einer Jugendschutzkammer – über die erforderliche Sachkunde bei der Anwendung der maßgeblichen aussagepsychologischen Kriterien verfügen, um auch Aussagen von Zeugen kindlichen oder jugendlichen Alters sachgerecht würdigen zu können.

595. BGH StB 6+7/23 – Beschluss vom 8. März 2023

Frist der sofortigen Beschwerde (Wochenfrist; Bekanntmachung der Entscheidung bei Zustellung an die Staatsanwaltschaft).

§ 35 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 35a Satz 1 StPO; § 36 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 41 Satz 1 StPO; § 311 Abs. 2 StPO

1. Den Anforderungen an eine Zustellung an die Staatsanwaltschaft gemäß § 41 StPO ist dadurch genügt, dass diese aus der Übersendungsverfügung in Verbindung mit der aus den Akten zu ersehenden Verfahrenslage erkennen

kann, mit der Übersendung an sie werde die Zustellung nach § 41 StPO bezweckt. Es bedarf keines ausdrücklichen Hinweises auf diese Vorschrift.

2. Für den Zeitpunkt der Zustellung kommt es allein auf den Eingang bei der Behörde, nicht aber auf den bei der zuständigen Abteilung oder gar dem das Verfahren bearbeitenden Staatsanwalt an.

3. Das Fehlen einer Rechtsmittelbelehrung steht einem Zustellungswillen und der Wirksamkeit einer Zustellung an die Staatsanwaltschaft nicht entgegen. Eine Belehrung sieht § 35a Satz 1 StPO nur gegenüber Betroffenen, nicht gegenüber der Staatsanwaltschaft vor.

488. BGH 1 StR 19/23 – Beschluss vom 8. März 2023 (LG Landshut)

Mitteilung über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (Umfang der Mitteilung: Verweis auf Gesprächsvermerk unzureichend; Darlegungsanforderungen und Beruhen).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 257c StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

Werden in einem Verständigungsgespräch außerhalb der Hauptverhandlung durch die Beteiligten Strafmaßvorstellungen geäußert, sind diese in der Hauptverhandlung mitzuteilen. Der Verweis auf einen über das Gespräch gefertigten Vermerk genügt insofern nicht.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

575. BGH 3 StR 167/22 – Beschluss vom 8. Februar 2023 (LG Mainz)

Untreue (Haushaltsuntreue: Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit; Vermögensnachteil: persönlicher Schadenseinschlag; Verhältnis zu Vorschriften des PartG); Bestechlichkeit (Vorteilsannahme: Anforderungen beim Drittverteil).

§ 266 StGB; § 332 StGB; § 31c Abs. 1 Satz 1 PartG

1. Zur Frage, ob das Tatbestandsmerkmal der Annahme in § 332 StGB auch erfüllt ist, wenn der Vorteil auf der Grundlage der Unrechtsvereinbarung unmittelbar an den Dritten geleistet wird und bei diesem verbleiben soll.

2. Für die Auffassung, die eine Vorteilsannahme durch einen Dritten mit Kenntnis und Einverständnis des Amtsträgers genügen lässt, spricht die Gesetzesbegründung, nach der durch die Gesetzesänderungen klargestellt werden sollte, dass auch die Vorteilsgewährung an Dritte erfasst wird. Zudem streitet der Gesetzeszweck, die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes und das Vertrauen der Öffentlichkeit in diese zu schützen, dafür, die Vorteilsannahme unmittelbar durch Dritte im Einverständnis mit dem Amtsträger ausreichen zu lassen.

489. BGH 1 StR 22/23 – Beschluss vom 8. März 2023 (LG Berlin)

Umsatzsteuerhinterziehung (Einziehung: keine ersparten Aufwendungen bei bloßem Rechnungsschreiben: kein „Weiterreichen“ ersparter Aufwendungen).

§ 370 Abs. 1 AO; § 14c Abs. 2 Satz 2 UStG; § 73 Abs. 1 StGB

1. Auch innerhalb einer Umsatzsteuerhinterziehungskette ergibt sich ein messbarer wirtschaftlicher und damit abschöpfbarer Vorteil nur für denjenigen Tatbeteiligten, in dessen Vermögen sich eine Steuerersparnis niederschlägt, also insbesondere bei den Unternehmern, die ihre aus realen Ausgangsumsätzen resultierenden Umsatzsteuerzahllasten durch Verrechnung mit aus Eingangsscheinrechnungen gezogenen Vorsteuern zu Unrecht verringern.

2. Dies ist bei den zwischengeschalteten bloßen Rechnungsschreibern, deren Steuerschuld sich aus § 14c Abs. 2 Satz 2 ergibt, nicht der Fall. Dies gilt umfassend, also auch insoweit, als sie mit den unberechtigten aus Eingangsscheinrechnungen gezogenen Vorsteuerbeträgen ihre sich allein aus § 14c Abs. 2 Satz 2 UStG ergebenden Zahllasten sogleich wieder vermindern.

608. BGH 6 StR 427/22 – Beschluss vom 7. Februar 2023 (LG Lüneburg)

Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Umtausch einer zum Weiterkauf erworbenen Rauschgiftmenge in eine andere Menge; Akzessorietät der Teilnahme).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 27 Abs. 1 StGB

Wird eine zum Weiterverkauf erworbene Rauschgiftmenge in eine andere Menge umgetauscht, weil etwa die gelieferte Qualität nicht den Erwartungen entspricht, so sind auch die Bemühungen um die Rückgabe der mangelhaften und die Nachlieferung einer mangelfreien Ware auf die Abwicklung ein- und desselben Rauschgiftgeschäfts gerichtet.

Mit dem Zweiten sieht man schlechter – Plädoyer für die Verfassungswidrigkeit von § 362 Nr. 5 StPO

Von Prof. Dr. Erol Pohlreich, Frankfurt (Oder)*

§ 362 Nr. 5 StPO ist verfassungswidrig.¹ Die Vorschrift verletzt das Mehrfachverfolgungsverbot² aus Art. 103 Abs. 3 GG (I.) und, soweit sie auch Fälle erfasst, in denen Freisprüche vor Inkrafttreten von § 362 Nr. 5 StPO in Rechtskraft erwachsen sind, das im allgemeinen Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Rückwirkungsverbot aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG (II.).

I. Mehrfachverfolgungsverbot (Art. 103 Abs. 3 GG)

Art. 103 Abs. 3 GG trägt den Beeinträchtigungen und Grundrechtseingriffen jedes im Strafverfahren Angeklagten Rechnung. Dass der Angeklagte sie zu erdulden hat, kann ihm nur dann abverlangt werden, wenn mit dem Strafverfahren untrennbar das Versprechen der Rechtsgemeinschaft verknüpft ist, den Angeklagten nach Eintritt der Rechtskraft nicht nur für die nächste Zeit, sondern auf immer in Ruhe zu lassen.³ Art. 103 Abs. 3 GG verbürgt die Einmaligkeit des Strafverfahrens mithin als Kompensation für die mit einem solchen Verfahren typischerweise verbundenen Belastungen für Beschuldigte⁴ und beschränkt sie auf diese Weise auf das unbedingt Notwendige.⁵ Dass der gegen den Einzelnen in Gestalt der Anklage erhobene

Verdacht mit Eintritt der Rechtskraft nach einem früheren Verfahren, das der Angeklagte zu dulden hatte, ein für alle Mal erledigt ist, ist mithin kein Preis, den man um der Rechtssicherheit willen zahlen muss, sondern vielmehr der Preis, den man dafür zahlen muss, überhaupt das frühere Verfahren durchzuführen.⁶

1. Schutzzweck

Die angegriffene Regelung missachtet den hinter Art. 103 Abs. 3 GG stehenden Schutzzweck, einen Ausgleich für die mit einem Strafverfahren verbundenen Belastungen für Beschuldigte auszugleichen. Diese Belastungen wurden im Gesetzgebungsverfahren nicht annähernd in Ansatz gebracht. Da sie aber für das Verständnis des Verfassungssatzes wichtig sind, sollen sie hier zumindest skizziert werden.⁷

Bis hin zur klinischen Depression⁸ belastet jeden Beschuldigten zunächst einmal die Ungewissheit des Verfahrensausgangs. Neben dem entehrenden⁹ Schuldspruch ist mit der Strafe das schärfste Schwert des Staates und damit einer der invasivsten Grundrechtseingriffe unserer Rechtsordnung zu befürchten. Darüber hinaus ist eine Verurteilung nicht selten mit mittelbaren rechtlichen Folgen, die

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Strafrecht, Strafprozessrecht und Nebengebiete an der Europa-Universität Viadrina Frankfurt (Oder). Im Verfassungsbeschwerdeverfahren mit dem Aktenzeichen 2 BvR 900/22 vertritt der Verfasser die Bundestagsfraktionen der FDP und von Bündnis 90/Die Grünen. Der Beitrag beruht auf der vom Verfasser in diesem Verfahren abgegebenen schriftlichen Stellungnahme.

¹ So die herrschende Lehre, s. *Brade* NStZ 2020, 717; *Aust/Schmidt* ZRP 2020, 251; *Ruhs* ZRP 2021, 88, 90; *Arne-mann* StraFo 2021, 442, 443 ff.; *Eichhorn* KriPoZ 2021, 358; *Leitmeier* StV 2021, 341; *Slogsnat* ZStW 133 (2021), 741; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 66. Aufl. (2023), § 362 Rn. 16 ff.; *Jahn* JuS 2022, 554; *Kaspar* GA 2022, 21; *Singelstein* NJW 2022, 1058; *Schuster*, in: *Löwe-Rosenberg*, StPO, 27. Aufl. 2022, § 362 Rn. 27 f.; vgl. auch *Frister/Müller* ZRP 2019, 101, 103; *Schmahl*, in: *Schmidt-Bleibtreu*, GG, 15. Aufl. (2021), Art. 103 Rn. 88; *Bayer*, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht, 2019, S. 324; *Bohn*, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuegunsten des Angeklagten vor dem Hintergrund neuer Beweise, 2016, passim; *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 978 ff.

² Begriff nach *Nolte*, in: *Merten/Papier*, Handbuch der Grundrechte, Bd. 5, § 135 Rn. 1; zur Anwendbarkeit von Art. 103 Abs. 3 GG auch auf Freisprüche s. *BVerfGE* 12, 62, 66; *Pohlreich*, in: *Bonner Kommentar*, GG, Stand November 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 42 m.w.N.

³ *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 312; vgl. auch *Remmert*, in: *Dürig/Herzog/Scholz*, GG, Stand November 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 40; *Marxen/Tiemann* ZIS 2008, 188, 189; ähnlich *Swoboda* HRRS 2009, 188, 197.

⁴ *Pohlreich*, in: *Bonner Kommentar*, GG, Stand November 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 35 m.w.N.

⁵ *Nolte*, in: *HGR*, Bd. 5, § 135 Rn. 7.

⁶ Treffend *Greco*, Strafprozesstheorie und materielle Rechtskraft, 2015, S. 981.

⁷ Eingehend mit zahlenreichen Nachweisen *Gaede* ZStW 129 (2017), 911.

⁸ Vgl. *OLG Karlsruhe* VersR 2016, 839.

⁹ Die entehrende Wirkung von Strafe erkennt auch das Bundesverfassungsgericht an, wenn es in der Strafe ein autoritatives Unwerturteil sieht (*BVerfGE* 22, 49, 79) oder hervorhebt, dass die Strafe den in der Menschenwürde wurzelnden Wert- und Achtungsanspruch berührt (*BVerfGE* 109, 133, 171 ff.; 140, 317, 343 ff.).

über die eigentliche Sanktion hinausgehen, verbunden – man denke etwa an die Folgen für Beamte und die, die es werden wollen, an die Erbnwürdigkeit nach § 2339 BGB oder aufenthaltsrechtliche Konsequenzen wie eine Ausweisung oder Abschiebung. Aber auch soziale Nachteile stehen auf dem Spiel beziehungsweise gehen nicht selten schon mit dem bloßen Verfahren einher. Selbst die Unschuldsumutung vermag Beschuldigte nicht davor zu bewahren, im Familiären und sonst Privaten zunehmend stigmatisiert, ausgegrenzt und isoliert zu werden. Dasselbe gilt für die berufliche und wirtschaftliche Entwicklung von Beschuldigten, die das Recht als Arbeitnehmer kaum vor Verdachtskündigungen schützt.¹⁰

Das Verfahren selbst belastet Beschuldigte zunächst auch durch verfahrenssichernde Zwangsmaßnahmen wie die Untersuchungshaft,¹¹ deren besondere Eingriffsintensität sich unter anderem darin manifestiert, dass in Deutschland die Suizidrate von Untersuchungsgefangenen fünfmal so hoch ist wie die von Strafgefangenen.¹² Die Dauer der Untersuchungshaft bildet eine Lücke im Lebenslauf, die die Chancen auf dem Arbeitsmarkt schmälert, bei älteren Beschuldigten mitunter ganz beseitigt. Die mit einem Strafverfahren verbundenen wirtschaftlichen Belastungen kompensiert das geltende Recht nur sehr zurückhaltend. Die Kosten für die Verteidigung werden im Fall eines Freispruchs nur im Rahmen der notwendigen Auslagen erstattet, §§ 497 f. StPO. Die Entschädigung für die Strafverfolgung als solche nach dem StrEG ist mühsam,¹³ nur auf Leistung in Geld gerichtet¹⁴ und hinsichtlich des immateriellen Schadens auf eine Pauschale in Höhe von gerade einmal 75 € für jeden Tag der Freiheitsentziehung limitiert (§ 7 Abs. 3 StrEG). Hinzukommt, dass ein Freigesprochener keinen Anspruch darauf hat, so gestellt zu werden, wie er vor dem Verfahren stand oder ohne das Verfahren jetzt stehen würde.¹⁵ Zu guter Letzt belastet das Verfahren selbst, weil in der Hauptverhandlung – sogar bei Ausschluss der Öffentlichkeit – mitunter Gegenstände der Intimsphäre in Gegenwart vieler Verfahrensbeteiligter – Mitglieder des Gerichts, Sitzungsvertretung der Staatsanwaltschaft, Verteidigung, Zeugenpersonen, Sicherheitskräfte der Justiz, Sachverständige, Nebenkläger und deren Vertretung etc. – verhandelt werden, ohne dass sich

die zur Anwesenheit verpflichteten Beschuldigten (§§ 230 f. StPO) dem entziehen könnte.

Diese Belastungen waren schon immer hoch. Im Zeitalter medialer Berichterstattung und in den sozialen Medien haben sie gewiss nicht abgenommen.

In Fällen des § 362 Nr. 5 StPO sind die Belastungen noch deutlich härter. Weil die Öffentlichkeit ein besonderes Interesse an einer individualisierenden und identifizierenden¹⁶ Berichterstattung gerade über Schwereverbrechen – und damit über alle von § 362 Nr. 5 StPO erfassten Delikte – hat,¹⁷ müssen die von einer Wiederaufnahme nach dieser Vorschrift Betroffenen mit einer (erneuten) Berichterstattung über sie rechnen. Vor allem aber muss jeder Freigesprochene in den Fällen des § 362 Nr. 5 StPO mit – typischerweise erneuter¹⁸ – Untersuchungshaft rechnen. Für den Fall, dass das Verfahren wegen des Verdachts des Mordes nach § 211 StGB oder des Völkermords nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 VStGB wiederaufgenommen wird, ergibt sich dies aus § 112 Abs. 3 StPO. So befanden sich im Jahr 2020 von den insgesamt 176 wegen vollendeten Mordes Abgeurteilten insgesamt 153 in Untersuchungshaft; 73 von ihnen hatten sich zum Urteilszeitpunkt länger als ein Jahr in Untersuchungshaft befunden.¹⁹ Für die übrigen völkerrechtlichen Tatbestände, auf die § 362 Nr. 5 StPO verweist, wird üblicherweise zumindest der Haftgrund der Fluchtgefahr gemäß § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO anzunehmen sein. Im Jahr 2020 befanden sich fünf von fünf insgesamt wegen Straftaten nach dem VStGB abgeurteilten Personen in Untersuchungshaft, und zwar vier von ihnen länger als ein Jahr.²⁰

Vor allem aber sieht sich jeder im Strafverfahren Angeklagte einer Staatsanwaltschaft gegenüber, die, anders als er, über einen Wissensvorsprung, über hoheitliche Eingriffsbefugnisse und insbesondere über einen Apparat mit erheblichen sachlichen und personellen Mitteln für weitreichende Ermittlungen verfügt.²¹ Die deutlich bessere Ausgangslage der Staatsanwaltschaft ist zwar eine dem Strafverfahrensrecht immanente Notwendigkeit, weswegen auch von Verfassungs wegen im Grundsatz nichts dagegen zu erinnern ist, dass Staatsanwaltschaft und

¹⁰ Vgl. Gaede ZStW 129 (2017), 911, 914 m.w.N.

¹¹ Vgl. aber auch die auf Sachverhaltsaufklärung zielenden, nicht selten besonders grundrechtsinvasiven Zwangsmaßnahmen nach §§ 81 ff., 100a ff. StPO.

¹² Bennefeld-Kersten, Suizide von Gefangenen in Deutschland 2000 bis 2010, passim.

¹³ Im Schnitt nimmt ein Entschädigungsverfahren 15 Monate in Anspruch, Hoffmann/Leuschner, Rehabilitation und Entschädigung nach Vollstreckung einer Freiheitsstrafe und erfolgreicher Wiederaufnahme, 2017, S. 47.

¹⁴ Krit. Pohlreich JöR 69 (2021), 233, 241.

¹⁵ Gaede ZStW 129 (2017), 911, 915.

¹⁶ BVerfGE 152, 152, 200; EGMR, Urteil vom 28. Juni 2018, Nr. 60798/19 u.a., M.L. und W.W. ./ Deutschland, §§ 104 f.

¹⁷ Vgl. BVerfGE 35, 202, 231.

¹⁸ Dass der in § 362 Nr. 5 StPO vorausgesetzte Freispruch sich auf einen der dort genannten Straftatbestände bezogen haben muss, für die typischerweise Untersuchungshaft anzuordnen ist, lässt sich der Vorschrift nicht entnehmen. Vielmehr genügt jeder Freispruch.

¹⁹ Vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 3, Rechtspflege Strafverfolgung, 2021, S. 380 f.

²⁰ Vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 3, Rechtspflege Strafverfolgung, 2021, S. 406 f.

²¹ Während der Beschuldigte zu seiner Entlastung mitunter auf Spenden angewiesen ist, um eine hierzu notwendige sachverständige Begutachtung zu finanzieren, verfügt die Staatsanwaltschaft über entsprechende kriminaltechnische Labore. Fälle wie der von Manfred Gendetzki, der als vermeintlicher Badewannenmörder 13 Jahre unschuldig in Haft verbrachte und nur durch Spenden empörter Menschen ein Wiederaufnahmeverfahren anstrengen und das Gericht von seiner Unschuld überzeugen konnte (<https://www.sueddeutsche.de/bayern/jusitz-badewannen-1.5638601?reduced=true>, abgerufen am 16. Mai 2023), haben in Deutschland bemerkenswerterweise nicht zu allgemeineren Initiativen nach Beispiel des US-amerikanischen Innocence Projects geführt, mit dessen Hilfe unschuldige Gefangene die Unterstützung bekommen, derer sie zur Wiedererlangung ihrer Freiheit bedürfen (<https://innocenceproject.org/about/>, abgerufen am 16. Mai 2023).

Verteidigung durchaus nicht mit gleichen Waffen kämpfen.²² Ungeachtet solcher strukturellen Asymmetrien im Strafprozess von Waffengleichheit zu sprechen, hat aber erst dann seine Berechtigung, wenn jedem Angeklagten nachteilskompensierende Rechte an die Hand gegeben werden. Waffengleichheit im Strafverfahren setzt daher voraus, verfahrensspezifische Unterschiede zwischen der Staatsanwaltschaft und den Angeklagten auszugleichen.²³ Diese den Angeklagten zum Ausgleich vermittelten Rechte erschöpfen sich dabei allerdings nicht in solchen, die sie im laufenden Verfahren haben, wie etwa das Schweigerecht oder das Recht auf effektive Verteidigung. Vielmehr ist auch die Günstigstellung von Angeklagten im Wiederaufnahmerecht dazu bestimmt, das Übergewicht der Anklagebehörde im Prozess auszugleichen.²⁴ Von daher gilt auch im Recht der Wiederaufnahme ein Abstandsgebot in dem Sinne, dass die ungünstige Wiederaufnahme wesentlich höheren Voraussetzungen unterliegen muss als die günstige.

Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied des reformierten Strafprozesses zum Inquisitionsverfahren des gemeinen Rechts. Letzteres räumte der materiellen Gerechtigkeit Vorrang gegenüber der Rechtskraft ein, die dort eher als Fremdkörper erscheint,²⁵ indem es mit dem Institut der Lossprechung von der Instanz („absolutio ab instantia“) ermöglichte, dass Strafverfahren aus Mangel an Beweisen nur vorläufig beendet und dann fortgesetzt werden konnten, wenn neue verdachtsbegründende Tatsachen oder Beweise bekannt wurden.²⁶ Mit der Reichsstrafprozessordnung verzichtete der Gesetzgeber bewusst auf das Institut und die Zulassung von neuen Tatsachen und Beweisen als ungünstigen Wiederaufnahmegrund, weil sich zum einen mit den nun gewährleisteten „schützenden Formen“ der Rechtskraftgedanke durchsetzt und weil zum anderen nunmehr die Staatsanwaltschaft als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ konzipiert und damit berufen ist, ein einmal aufgenommenes Ermittlungsverfahren bei unsicherer Beweislage nach § 170 Abs. 2 StPO vorläufig einzustellen und bei veränderter Beweislage fortzuführen.²⁷ Die Vorstellung, dass neue Tatsachen oder Beweismittel keine ungünstige Wiederaufnahme tragen dürfen, ist also mit alldem aufs Engste verwoben. Denn angesichts der im Vergleich mit der des Angeklagten deutlich günstigeren Ausgangslage der Staatsanwaltschaft darf erwartet werden, dass sie „alle zur Verfügung stehenden Ermittlungsmaßnahmen ergreift und die Ermittlungen sorgfältig und vollständig führt. Es ist ein durchaus richtiger Gedanke, daß die Gefahr einer schlechteren Ermittlungstätigkeit entstehen würde, wenn auch zuungunsten des Angeklagten bei jeder neuen Tatsache oder jedem neuen Beweismittel die Wiederaufnahme zulässig wäre.“²⁸ Den vorstehend skizzierten Schutzzweck von Art. 103 Abs. 3 GG missachtet

die mit der Verfassungsbeschwerde angegriffene Neuregelung in gravierender Weise.

2. Historischer Hintergrund der Verfassungsgarantie

Dass der Gesetzgeber die ungünstige Wiederaufnahme nicht um den Grund neuer Tatsachen oder Beweise erweitern durfte, folgt auch aus dem historischen Hintergrund der Verfassungsgarantie. Die grundgesetzlichen Garantien betreffend die Strafrechtspflege verstehen sich als Reaktion darauf, dass die Nationalsozialisten die Strafrechtspflege in den Dienst ihrer Herrschaftsausübung und -sicherung stellten.²⁹ Es ging den Müttern und Vätern des Grundgesetzes also darum, die Justiz in einer Weise zu binden und zu schützen, die es verhindert, dass sie für justizfremde Zwecke missbraucht werden kann:

„Eine unabhängige, unpolitische und rein sachlich eingestellte Rechtspflege ist ein besonders wichtiges Erfordernis und zugleich eine unentbehrliche Bürgschaft des Rechtsstaats. Auf diesem Gebiet hat das nationalsozialistische Regime ein großes Vertrauenskapital zerstört. Die schon in den Länderverfassungen in Angriff genommene Aufgabe, hier von Grund aus aufzubauen, muß im Grundgesetz fortgesetzt werden. Zum Teil handelt es sich darum, alte bewährte Grundsätze [...] wieder zu Ehren kommen zu lassen, zum Teil darum, neue Formulierungen zu finden, um früher unbekanntes, in der nationalsozialistischen Zeit eingerissenen Mißbräuchen für die Zukunft den Boden zu entziehen (Öffentlichkeit der Gerichtsverhandlungen, Anspruch auf rechtliches Gehör, Recht auf einen Verteidiger, ne bis in idem).“³⁰

Von daher lässt sich für die Annahme eines weiten gesetzgeberischen Spielraums bei der Erweiterung des § 362 StPO nicht ins Feld führen, dass heutzutage keine Entmachtung der Justiz durch die politische Führung, wie sie im Nationalsozialismus vollzogen wurde, zu befürchten sei.³¹ Die Grundrechte des Grundgesetzes stehen nicht unter dem Vorbehalt einer realen Gefahr für die freiheitlich-demokratische Grundordnung, sondern haben umgekehrt erst die Ordnung geschaffen, unter der ein Missbrauch nicht mehr konkret zu befürchten ist. Deshalb kann die derzeitige gesellschaftliche Ordnung gerade nicht zu einer Verkürzung des Schutzgehalts von Grundrechten herhalten.

Die Beratungen im Parlamentarischen Rat exemplifizieren die Missbräuche aus nationalsozialistischer Zeit, deren Wiederholung Art. 103 Abs. 3 GG verhüten soll. Dort war das schlagende Argument für die Aufnahme der Garantie in das Grundgesetz, dass „die Rechtsprechung der

²² Vgl. BVerfGE 63, 45, 67; 63, 380 392 f.; 122, 248, 272; 133, 168, 200.

²³ BVerfGE 38, 105, 111; 63, 45, 61; 122, 248, 272; BVerfG NJW 2007, 499, 500; 2014, 2563.

²⁴ Stock, Strafprozeßrecht, 1952, S. 175.

²⁵ Schuster, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2022), Vor § 359 Rn. 15.

²⁶ Grünwald ZStW 120 (2008), 545, 549 ff. m.w.N.

²⁷ Marxen/Tiemann ZIS 2008, 188, 190.

²⁸ Peters, Strafprozeß, 4. Aufl. (1985), S. 671; vgl. auch Schuster, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2022), § 362 Rn. 4.

²⁹ Wormier, Das Verhältnis von materiellem und formellem Strafrecht während des Nationalsozialismus, 2010, S. 35 f.

³⁰ Entwurf eines Grundgesetzes des Verfassungskonvents der Ministerpräsidentenkonferenz der westlichen Besatzungszonen auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. August 1948 – Darstellender Teil, abgedruckt bei Bucher, Der Parlamentarische Rat 1948-1949, Band 2, 1981, S. 504, 572 f.

³¹ Vgl. Hoven JZ 2021, 1154, 1160.

Nazizeit eine Ergänzungsmöglichkeit des Urteils entwickelt hat. Wenn beispielsweise jemand wegen einfachen Landfriedensbruchs bestraft war, aber tatsächlich schweren Landfriedensbruch begangen hat, konnte das Urteil ergänzt werden. Das bedeutet eine Durchbrechung des Grundsatzes der materiellen Rechtskraft.³² Hieraus zu folgern, Art. 103 Abs. 3 GG solle im Kern gewährleisten, dass der Staat missliebige Urteile nicht austauschen dürfe,³³ wäre freilich zu kurz gegriffen, weil dies den Verständnishorizont der Mitglieder des Parlamentarischen Rates ausblendet, denen die von ihnen noch untechnisch als „Ergänzungsmöglichkeit“ bezeichneten Missbräuche der Nationalsozialisten jedenfalls der Sache nach bestens bekannt waren. Ihnen muss bewusst gewesen sein, dass die Nationalsozialisten jedenfalls nach ihrem eigenen Verständnis durchaus nicht nach Belieben missliebige Strafurteile austauschen wollten.

Die nationalsozialistische Abkehr vom Satz „nulla poena sine lege“ bei gleichzeitiger Hinwendung zum dictum „nullum crimen sine poena“³⁴ verlangte mit Sicht auf das Mehrfachverfolgungsverbot Beschränkungen, weil die Nationalsozialisten hierin eine bloß zeitgebundene, nunmehr überholte Entscheidung sahen, die es zu überwinden galt, wo die materielle Gerechtigkeit es verlangte.³⁵ Dementprechend begann der Volksgerichtshof im Jahr 1938, den Grundsatz *ne bis in idem* im Fall eines wegen eines Passvergehens rechtskräftig Verurteilten auszuhöhlen, indem er *praeter legem* eine ungünstige Wiederaufnahme wegen nachträglich bekannt gewordener Tatsachen zuließ, die auf einen Landesverrat hindeuteten. Allerdings sollte diese Ausnahme vom Grundsatz *ne bis in idem* zum Wohle der materiellen Gerechtigkeit nicht grenzenlos zu verstehen sein. Vielmehr kommen in der Argumentation des Volksgerichtshofs der materiellen Gerechtigkeit und der besonderen Schwere des aufgrund neuer Tatsachen bekannt gewordenen Verbrechens zentrale Bedeutung zu:

„Das Ergebnis würde sonst sein, daß der Angeklagte, der sich des nach nationalsozialistischer Rechtsauffassung schwersten Verbrechens am Deutschen Volke schuldig gemacht hat, nur wegen einer allerdings im Zusammenhang mit diesem Verbrechen stehenden, aber an sich

nebensächlichen Straftat eine im Verhältnis zu seiner gesamten verbrecherischen Tätigkeit völlig geringfügige Strafe erleiden, daß aber das eigentlich schwere Verbrechen keine Sühne finden würde. Dieses Ergebnis ist widersinnig und schlägt jedem gesunden Volksempfinden und dem Interesse des Staates, schwerste Verbrechen gegen seine und des Volkes Sicherheit entsprechend zu bestrafen, ins Gesicht. Der Schutz des Staates und des Volkes geht der Anwendung von Verfahrensgrundsätzen vor, wenn diese in ihrer letzten Folge zum Widersinne führen.“³⁶

Die Einschränkung des Grundsatzes *ne bis in idem* verstand der Volksgerichtshof mithin nicht so, als würden neue Tatsachen oder Beweise ohne weiteres die Durchbrechung der Rechtskraft zuungunsten des Abgeurteilten erlauben, sondern nur bei einem krassen Auseinanderklaffen des früheren Urteilsspruchs mit dem nun höchstwahrscheinlichen.

Weitere Angriffe auf die Rechtskraft waren neben der Einführung des außerordentlichen Einspruchs, mit dem ab 1939 Oberreichsanwälte binnen Jahresfrist sonst unanfechtbare Urteile „wegen schwerwiegender Bedenken gegen [ihre] Richtigkeit“ einer rückwirkenden Korrektur zuführen lassen konnten,³⁷ und der zunächst auf „ungerechte“ Rechtsfehler beschränkten,³⁸ ab 1942 aber um Angriffe gegen die Tatsachenfeststellungen und den Strafausspruch erweiterten Nichtigkeitsbeschwerde³⁹ vor allem auch die gesetzliche Zulassung der ungünstigen Wiederaufnahme *propter nova* im Jahr 1943.⁴⁰ § 359 Abs. 1 Nr. 2 RStPO lautete fortan: „Ein durch rechtskräftiges Urteil geschlossenes Verfahren wird wieder aufgenommen, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht sind, die allein oder verbunden mit den früheren geeignet sind, die Verurteilung eines Freigesprochenen oder eine wesentlich strengere Ahndung oder statt der Einstellung des Verfahrens die Verurteilung des Angeklagten zu begründen.“ Hinter dieser Erweiterung der ungünstigen Wiederaufnahme stand vor allem mangelndes Verständnis dafür, warum ein Geständnis die ungünstige Wiederaufnahme gestatte, aber nicht „sichere Beweise“ für die Täterschaft des Freigesprochenen.⁴¹ Zugleich sollte allerdings nicht die

³² Zinn, Wortprotokoll der 8. Sitzung des Ausschusses für Verfassungsgerichtshof und Rechtspflege vom 7. Dezember 1948, abgedruckt bei Büttner/Wettenger, Rat 13/II, S. 1449, 1465; s.a. Zinn, a.a.O., S. 1472.

³³ Schaedler, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu BTDrucks 19/30399, S. 2, <https://www.bundestag.de/resource/blob/848910/afb0dcd0044b2ccf64528079af787a12/stellungnahme-schaedler-data.pdf> (abgerufen am 16. Mai 2023).

³⁴ Schmitt JW 1934, 713, 714.

³⁵ Grünewald ZStW 120 (2008), 545, 553 m.w.N.

³⁶ VGH DJ 1938, 1193; vgl. die ähnliche Begründungsstruktur in VGH DJ 1941, 1077.

³⁷ § 3 des Gesetzes zur Änderung von Vorschriften des allgemeinen Strafverfahrens, des Wehrmichtsverfahrens und des Strafgesetzbuches vom 16. September 1939, RGBI I, S. 1841. Weil die neue Entscheidung durch das Vordergewicht ihrerseits mit Rechtsmitteln angegriffen werden konnte, ermöglichte die Nichtigkeitsbeschwerde, rechtskräftige Erkenntnisse der Strafjustiz so lange anzugreifen, bis das Urteil „gerecht“ war, Wormier, Das Verhältnis von

materiellem und formellem Strafrecht während des Nationalsozialismus, 2010, S. 65.

³⁸ Art. V §§ 34 ff. der Verordnung über die Zuständigkeit der Strafgerichte, die Sondergerichte und sonstige strafverfahrensrechtliche Vorschriften vom 21. Februar 1940, RGBI I, S. 405.

³⁹ Art. 7 § 2 der Verordnung zur weiteren Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 13. August 1942, RGBI I, S. 508.

⁴⁰ Art. 6 Nr. 2 der Dritten Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 29. Mai 1943, RGBI I, 342.

⁴¹ Doerner, in: Gürtner, Das kommende deutsche Strafverfahren, 1938, S. 428, 431. Dass die Erweiterung der ungünstigen Wiederaufnahme zugleich die Selbstbelastungsfreiheit der Angeklagten beeinträchtigen würde, ging in der damaligen Diskussion durchaus nicht unter: „Wenn sich künftig die Angeklagten infolge der Aussicht einer späteren Wiederaufnahme bei Aufkommen neuer Verdachtsmomente dazu bequemen sollten, selbst die Wahrheit anzugeben, dann wäre dies gewiß kein Schaden und würde eine Wiederaufnahme in den hier in Rede stehenden Fällen in zunehmendem Maße entbehrlich machen.“, Niederrreuther GS 1939, 303, 333.

gemeinrechtliche absolutio ab instantia wiederaufleben,⁴² sondern es sollte um eine Lockerung ohne „uferlose Durchbrechung der Rechtskraft“⁴³ gehen. Das war nicht nur qualitativ gemeint, gingen doch selbst Reformbefürworter davon aus, dass die Lockerung nicht zu einer großen Zahl von Wiederaufnahmeverfahren führen würde.⁴⁴ Der Begrenzung der Wiederaufnahme gemäß § 359 Abs. 1 Nr. 2 RStPO diene Absatz 2, wonach die ungünstige Wiederaufnahme nur zulässig sein sollte, „wenn die neue Verfolgung zum Schutze des Volkes notwendig ist“,⁴⁵ wenn also mit anderen Worten der Bestand des früheren Urteils „für eine der Gerechtigkeit und der Sicherung der Allgemeinheit dienende Strafrechtspflege untragbar“ war.⁴⁶ Inwieweit die damit bezweckte Eingrenzung, nur schwerwiegende Delikte zu erfassen und die Wiederaufnahme nur bei hoher Verdachtslage zuzulassen,⁴⁷ trotz des Mangels klarer Entscheidungsmaßstäbe für die Staatsanwaltschaften und Strafgerichte tatsächlich erreicht wurde, lässt sich zwar auch im Rückblick schwer beurteilen. In der Summe war die nationalsozialistische Willkürherrschaft aus Sicht der unmittelbar nachkriegsdeutschen Rechtswissenschaft aber gerade auch dadurch gekennzeichnet, dass „der Freispruch des Richters dem Freigesprochenen die Freiheit nicht mehr verschaffte“.⁴⁸ Dasselbe gilt, wie später zu zeigen sein wird, für § 362 Nr. 5 StPO. Gerade deshalb kann der neue Wiederaufnahmegrund schon vor dem historischen Hintergrund der Verfassungsgarantie keinen Bestand haben.

3. Keine Korrektur des Grenzbereichs

Im Folgenden wird herausgearbeitet, dass die Neuregelung keinesfalls unter Hinweis auf BVerfGE 56, 22 gerechtfertigt werden kann (a), sondern dass sie – auch unter Berücksichtigung von § 373a StPO (c) – auf einen gravierenden Systembruch mit den herkömmlichen ungünstigen Wiederaufnahmegründen hinausläuft (b) und auf diese Weise die Rechtskraft in weitreichender und verfassungswidriger Weise verwässert (d).

a) BVerfGE 56, 22

Mit der Einführung von § 362 Nr. 5 StGB nahm der Gesetzgeber keine zulässige Grenzkorrektur im Sinne von BVerfGE 56, 22 vor. Zum einen präziserte das Bundesverfassungsgericht in dieser Entscheidung nur, dass die in seiner früheren Rechtsprechung betonte Bezugnahme des Art. 103 Abs. 3 GG auf den vorkonstitutionellen Stand des Prozessrechts und dessen Auslegung durch die herrschende Rechtsprechung⁴⁹ durchaus offen für Lösungen neu auftauchender Gesichtspunkte sei, die sich der Prozessrechtswissenschaft und der Rechtsprechung so noch

nicht gestellt hatten und insofern der Tatbegriff – also eine die Auslegungs- und Anwendungsebene des § 362 Nr. 5 StPO betreffende Frage – in bislang ungeklärten Grenzfällen durchaus neu interpretiert werden dürfe, ohne dass dies zwingend gegen Art. 103 Abs. 3 GG verstieße.⁵⁰ Die Entscheidung betrifft also die Rechtsanwendungs-, nicht die Rechtssetzungsebene. Für die Annahme, der Gesetzgeber dürfe bei solchen neu auftauchenden Gesichtspunkten § 362 StPO nach Belieben um weitere Wiederaufnahmegründe ergänzen, gibt die Entscheidung nichts her.⁵¹

Zum anderen löst § 362 Nr. 5 StPO keinen neu auftauchenden Gesichtspunkt, der sich der Prozessrechtswissenschaft und der Literatur so noch nicht gestellt hat. Insofern kann dahinstehen, ob sich der aus BVerfGE 56, 22 ergebende Maßstab auch auf die Gesetzgebung übertragen lässt. Neue Tatsachen oder Beweismittel im Sinne von § 362 Nr. 5 StPO, etwa in Gestalt eines neuen glaubwürdigen Belastungszeugen oder geständnisgleicher Tagebucheinträgen des später freigesprochenen Angeklagten, sind kein solcher Gesichtspunkt,⁵² sondern Erkenntnis-mittel, denen der Gesetzgeber der Reichsstrafprozessordnung bewusst die Eigenschaft als ungünstiger Wiederaufnahmegrund versagt hatte. Eine damalige Äußerung aus der Literatur verdeutlicht dies:

„Daß nicht darüber hinaus hier wie bei der Wiederaufnahme zu Gunsten bei irgend welchen neuen Thatsachen das Rechtsmittel zugelassen ist, wird man nicht tadeln mögen. Denn ein Umstand spricht sehr wesentlich dafür, die Voraussetzungen für die Wiederaufnahme zu Ungunsten enger zu begrenzen als für die zu Gunsten. Wenn der Angeklagte in dem ersten Verfahren verurtheilt ist, so geschah dies, weil der Beweis der Schuld in genügender Weise geführt wurde und ein Unschuldsbeweis entweder gar nicht versucht oder mißlungen ist. Bei einer späteren Wiederaufnahme zu Gunsten handelt es sich also darum, jenen Beweis der Schuld zu widerlegen, sei es, indem die Unrichtigkeit seiner Fundamente dargethan wird, sei es, indem nun die Führung des Unschuldsbeweises gelingt. Es ist also etwas Positives vorhanden, was beseitigt werden muß. Anders dagegen bei der Wiederaufnahme zu Ungunsten des Angeklagten. Die Freisprechung desselben wird in der großen Mehrzahl der Fälle deshalb erfolgt sein, weil ein genügender Schuldbeweis mangelte, nur selten, weil ein Unschuldsbeweis geführt wurde. Ist aber das erstere der Fall, so ist überhaupt nichts Positives vorhanden, wogegen der Angriff sich zu richten hätte. Der Freigesprochene befindet sich hier nicht, wie im andern Fall der Staat, im Besitzstande, auf dessen Vertheidigung er sich beschränken könnte, sondern er ist vielmehr in der gleichen Lage, als ob ein Urtheil überhaupt noch nicht

⁴² Freisler DJ 1937, 730, 731; Siegert DS 1935, 283, 287.

⁴³ Doerner, in: Gürtner, Das kommende deutsche Strafverfahren, 1938, S. 428, 429; vgl. auch Niederreuther GS 1939, 303, 335 ff.; Freisler DJ 1937, 730, 734: „Damm gegen Uferlosigkeiten“.

⁴⁴ Doerner, in: Gürtner, Das kommende deutsche Strafverfahren, 1938, S. 428, 431; vgl. auch Henkel, Das deutsche Strafverfahrensrecht, 1943, S. 447.

⁴⁵ Art. 6 Nr. 2 der Dritten Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege vom 29. Mai 1943, RGBl I, 342.

⁴⁶ Henkel, Das deutsche Strafverfahrensrecht, 1943, S. 447 f.

⁴⁷ Vgl. Gürtner, Das kommende deutsche Strafverfahren, 1938, S. 591 f.

⁴⁸ Bader, Die deutschen Juristen, 1947, S. 14.

⁴⁹ BVerfGE 3, 248, 252.

⁵⁰ BVerfGE 56, 22, 34 f.

⁵¹ Conen, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu BTDrucks 19/30399, S. 5 f., https://www.bundestag.de/resource/blob/848592/64681eb33676f05e69226708321d1bc7/stellungnahme-conen_dav-data.pdf (abgerufen am 16. Mai 2023).

⁵² Jahn JuS 2022, 554, 556.

ergangen wäre. Wenn daher die Rechtskraft des Urteils zu Gunsten wie zu Ungunsten des Angeklagten gleichmäßig wirksam sein soll, so darf nicht unter denselben Voraussetzungen hier wie dort, die Wiederaufnahme gestattet werden, sondern das Gesetz muß auf diese in der Natur der Sache begründete Verschiedenheit Rücksicht nehmen und sie dadurch ausgleichen, daß es die Fälle der Wiederaufnahme zu Ungunsten viel enger bestimmt, als die zu Gunsten des Angeklagten.“⁵³

Abgesehen von den zwei letzten Jahren der NS-Zeit, in denen die ungünstige Wiederaufnahme aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel zulässig war, war die Regelung über die ungünstige Wiederaufnahme (früher § 402 RStPO, jetzt § 362 StPO) mit dem glaubhaften Geständnis des Angeklagten als einzig zulässigem Novum seit dem Inkrafttreten der Reichsstrafprozessordnung im Jahr 1879 – also über 140 Jahre lang – im Kern unverändert geblieben. Es ist nicht ersichtlich, dass das Vertrauen der Bevölkerung in die Fähigkeit der Strafrechtspflege, materiell gerechte Entscheidungen zu fällen, hierdurch ins Wanken geraten wäre. Das Ergebnis der vom Gesetzgeber⁵⁴ zur Rechtfertigung des neuen Wiederaufnahmegrundes in Anspruch genommenen Petition mit der Überschrift „Gerechtigkeit für meine ermordete Tochter Frederike: Der Mord muss gesühnt werden können“⁵⁵ ändert an diesem Befund nichts, schon weil die Petition nicht auf einer informierten Entscheidung der Unterschriftleistenden beruht.⁵⁶ Der Text auf der Petitionseite war einseitig auf die Opferperspektive und die der Hinterbliebenen ausgerichtet, ließ aber die Perspektive von Freigesprochenen völlig unbeachtet. Vor allem aber erweckten die erläuternden Hinweise auf der Petitionseite den unmissverständlichen Eindruck, es gehe um „nachweislich falsch freigesprochene Mordtaten“. Nichts anderes gilt für die im Jahr 2016 durchgeführte Umfrage durch infratest dimap, bei der sich 91 % der Befragten für eine Erweiterung der ungünstigen Wiederaufnahme ausgesprochen haben, wenn durch neue Untersuchungsmethoden Beweismittel gründlicher ausgewertet werden können,⁵⁷ blieb doch auch hier angesichts der Fragestellung die Situation von freigesprochenen Angeklagten unberücksichtigt.

Es verdient Erwähnung, dass schon in den Jahren nach Inkrafttreten der Reichsstrafprozessordnung erkannt wurde, dass die gesetzlich anerkannten Gründe für eine Wiederaufnahme in malam partem die Wiederaufnahme propter nova nicht vorsahen, ohne dass dies zwingend Anlass zu Reformforderungen gegeben hätte: „Ein vor der Freisprechung abgegebenes, aber erst später ermitteltes Geständnis würde lediglich die Bedeutung eines neuen Beweismittels haben; auf neue Beweise kann aber die zu Ungunsten

des Angeklagten stattfindende Wiederaufnahme des Verfahrens nicht begründet werden.“⁵⁸ Vor allem aber belegt der Umstand, dass der historische Gesetzgeber schon bei Inkrafttreten der Reichsstrafprozessordnung mit § 399 Nr. 5 RStPO (jetzt § 359 Nr. 5 StPO) die Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten auch wegen neuer Tatsachen oder Beweismittel anerkannt hatte, dass propter nova kein neuer Gesichtspunkt im Sinne von BVerfGE 56, 22 (34 f.) sind, sondern der Gesetzgeber bewusst – eben in Abkehr von der gemeinrechtlichen absolutio ab instantia – von der Einstufung neuer Erkenntnismittel als Grund für eine Wiederaufnahme zuungunsten des Angeklagten abgesehen hatte.⁵⁹

Dasselbe gilt für kriminaltechnische Methoden, die es zurzeit des Inkrafttretens der Reichsstrafprozessordnung im Jahr 1879 noch nicht gab. Die in der Gesetzesbegründung besonders hervorgehobene molekulargenetische Untersuchung setzt eine lange Entwicklung, die die Kriminaltechnik genommen hat, nur fort und ist insofern nichts prinzipiell Neues: Statt vieler seien genannt die Blutgruppenbestimmung, die Daktyloskopie, die Textiluntersuchung, Stimmenanalyse etc.⁶⁰

In diesem Zusammenhang ist darüber hinaus zu bedenken, dass das Wiederaufnahmerecht nicht dazu dienen darf, Mängel, die in der Struktur des gesetzlichen Verfahrens selbst wurzeln, auszugleichen.⁶¹ Um einen solchen Mangel geht es aber bei § 362 Nr. 5 StPO. Denn jedes gerichtliche Verfahren nach der Strafprozessordnung ist denknotwendig zeitgebunden in dem Sinne, dass das Gericht nur auf die zum Verfahrenszeitpunkt verfügbaren Erkenntnismittel zurückgreifen kann und überdies – nicht nur wegen des bisherigen kriminaltechnischen Fortschritts, sondern beispielsweise auch wegen zeugnisverweigerungsberechtigten Ehepartnern, die im früheren Verfahren geschwiegen haben und nun, nach Scheidung der Ehe, aussagen wollen – die Aussicht realistisch ist, dass in Zukunft neue Erkenntnismittel auftauchen werden. Solche Veränderungen, denen § 362 Nr. 5 StPO Rechnung tragen will, sind jedem gerichtlichen Verfahren nach der Strafprozessordnung immanent und gerade kein Sonderfall, der die Durchbrechung der Rechtskraft trägt. Auch in dieser Hinsicht unterscheidet sich der neue Wiederaufnahmegrund von den herkömmlichen.

b) Systembruch

Verstanden als Postulat möglichst starker Annäherung an das materielle Recht hat die Gerechtigkeit als solche im Wiederaufnahmerecht selbst dort, wo es um eine günstige Wiederaufnahme geht und Art. 103 Abs. 3 GG

⁵³ Kries GA 1878, 169, 184.

⁵⁴ BTDrucks 19/30399, S. 10.

⁵⁵ <https://www.change.org/p/bmjv-bund-gerechtigkeit-f%C3%BCr-die-ermordete-frederike-nachweislich-falsch-freigesprochene-mordtaten-verdienen-nicht-den-schutz-des-gesetzes-362-der-strafprozessordnung-muss-erg%C3%A4nzt-werden> (abgerufen am 16. Mai 2023).

⁵⁶ So aber Kubicel GA 2021, 380, 387.

⁵⁷ Vgl. die Pressemitteilung auf <https://germancircle.blogspot.com/2016/04/wenn-neue-methoden-vorliegen.html> (abgerufen am 16. Mai 2023).

⁵⁸ Löwe, StPO, 5. Aufl. (1888), § 402 Rn. 8.

⁵⁹ Conen, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu BTDrucks 19/30399, S. 6, https://www.bundestag.de/resource/blob/848592/64681eb33676f05e69226708321d1bc7/stellungnahme-conen_dav-data.pdf (abgerufen am 16. Mai 2023); Frister/Müller ZRP 2019, 101, 103.

⁶⁰ Marxen/Tiemann ZIS 2008, 188, 191.

⁶¹ Schmidt, in: Karlsruher Kommentar, StPO, 8. Aufl. (2019), Vor § 359 Rn. 5, unter Hinweis auf Hanack JZ 1973, 393 f. (Fn. 8).

infolgedessen nicht den Weg zu legislativen Erweiterungen der Möglichkeiten einer Rechtskraftdurchbrechung versperrt,⁶² nur eine untergeordnete Rolle. So ist beispielsweise nach § 363 StPO auch eine günstige Wiederaufnahme zum Zwecke der bloßen Änderung der Strafzumessung oder zur Strafmilderung wegen verminderter Schuldfähigkeit unstatthaft, obwohl dies Belange sind, die unter dem Gesichtspunkt möglichst starker Annäherung an das materielle Recht eigentlich den Weg zur Wiederaufnahme begründen können müssten. Insofern enthält das Gesetz auch dem Verurteilten die Aussicht auf eine in dieser Frage gerechtere Entscheidung vor.⁶³ Abgesehen davon wäre, wenn sich im Wiederaufnahmerecht Rechtskraft und materielle Gerechtigkeit gleichberechtigt gegenüberstünden, nicht zu erklären, warum die ungünstige Wiederaufnahme engeren Voraussetzungen unterliegt als die günstige.⁶⁴

Das Grundgesetz räumt mit Art. 103 Abs. 3 GG der Rechtssicherheit strikt den Vorrang gegenüber der materiellen Gerechtigkeit ein,⁶⁵ verbürgt insofern in seinem Anwendungsbereich bereits ein Abwägungsergebnis zwischen diesen beiden Belangen⁶⁶ und tritt in dieser Frage somit wertefordernd an die Bevölkerung heran. Die vom Grundgesetz geschaffene Ordnung versteht sich als klarer Gegenentwurf zu einer vom (vermeintlichen oder realen) Willen der Bevölkerung bestimmten Strafrechtspflege. Gleichzeitig garantiert die Verfassung auch deren Rationalität, indem sie mit Absolutheitsansprüchen Sätze wie das Analogieverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG oder mit Art. 102 GG das Verbot der Todesstrafe verbürgt, ohne deren Geltung von der öffentlichen Zustimmung abhängig zu machen oder einer Abwägung mit Belangen der materiellen Gerechtigkeit per se zugänglich zu sein. In dieses Bild fügen sich die herkömmlichen Wiederaufnahmegründe ein. Diese verfolgen mitnichten Belange der materiellen Gerechtigkeit, sondern nehmen allesamt Angriffe auf den Rechtsfrieden durch menschliches Verhalten zum Anlass für eine Wiederaufnahme, weswegen § 362 Nr. 5 StPO ein Fremdkörper im Recht der ungünstigen Wiederaufnahme ist.⁶⁷ Den herkömmlichen Gründen liegt die Leitlinie zugrunde, dass selbst – gemessen am materiellen Recht – ungerechte, günstige Urteile hinzunehmen sind, es sei denn, sie sind ihrerseits Ergebnis einer Straftat oder der Freigesprochene selbst greift den Rechtsfrieden an.

Die in § 362 Nr. 1 bis 3 StPO genannten Gründe sehen die ungünstige Wiederaufnahme „wegen gewissen menschlichen Verhaltens [vor], das das rechtskräftige Urteil ‚fälschend‘ beeinflusst hat“.⁶⁸ Unabhängig davon, ob man

hierzu – restriktiv – ein auf den Angeklagten zurückgehendes Handeln fordert⁶⁹ oder nicht, betreffen diese falsche Fälle, in denen das Gericht im früheren Verfahren von Anfang an nicht zu einer materiell gerechten Entscheidung hatte gelangen können, weil das hohe Risiko einer Fehlentscheidung bereits in der menschengemachten Beweismittelmanipulation (Nr. 1 und 2) beziehungsweise der Mitwirkung eines einer strafbaren Amtspflichtverletzung schuldigen – und damit aus Sicht Dritter nicht an einem gemessen am Recht richtigen Urteil interessierten – Richters (Nr. 3) angelegt war. Dahinter steht die Erkenntnis des historischen Gesetzgebers, „daß man gegen die Fundamentalsätze des Strafrechts verstößt, wenn man es zulassen will, daß der Verbrecher der verwirkten Strafe durch die Begehung eines neuen Verbrechens entzogen werde.“⁷⁰

Der Wiederaufnahmegrund des glaubwürdigen Geständnisses nach § 362 Nr. 4 StPO beruht – neben dem darin zum Ausdruck kommenden Verzichtsgedanken⁷¹ – darauf, dass der Freigesprochene durch sein Handeln die materielle Gerechtigkeit als abstrakte Idee mit Füßen tritt: „Es steht in dem freien Willen des Angeklagten, ob er nach erfolgter Freisprechung ein Geständnis der That ablegen will; eine Gefährdung der Interessen des Angeklagten ist also mit jener Vorschrift nicht verbunden; wohl aber kann das Rechtsbewußtsein im Volke leicht irre geführt werden, wenn ein Verbrecher, nachdem er wegen mangelnden Beweises freigesprochen worden, sich ungestraft des Verbrechens selbst bezichtigen, oder gar rühmen darf.“⁷² Dies erklärt, warum der reuige Täter, der ein Geständnis ablegt, schlechter gestellt sein soll als der raffinierte Täter, der erst viele Jahre nach dem Freispruch durch einen genetischen Fingerabdruck überführt werden kann.⁷³ Abgesehen davon, dass in einem Rechtsstaat von einem „Täter“ nur gesprochen werden kann, wenn ein Strafgericht rechtskräftig die Schuld des Einzelnen festgestellt hat, ist der Geständige selbst für seine Offenbarung verantwortlich und provoziert mit seinem im Geständnis liegenden Angriff auf den Rechtsfrieden eine Reaktion der Rechtsgemeinschaft in Gestalt der Verfahrenswiederaufnahme.

Das erst späte Auftauchen neuer Erkenntnisse im Sinne von § 362 Nr. 5 StPO ist niemandem vorzuwerfen. Dies ist bei den herkömmlichen Wiederaufnahmegründen anders: § 362 Nr. 1 bis 3 StPO betrifft strafbare Vorgänge. Hier lässt sich ein Vorwurf an den Staat begründen: Die strafbaren Vorgänge sind im früheren Verfahren unerkannt geblieben und auch die Strafgesetzgebung vermochte sie nicht zu verhindern. Bei Nr. 4 StPO tritt die Rechtskraft

⁶² Pohlreich, in: Bonner Kommentar, GG, Stand November 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 65 m.w.N.

⁶³ Frister, in: Systematischer Kommentar, StPO, 5. Aufl. (2018), Vorbem. § 359 Rn. 6.

⁶⁴ Grünwald ZStW 120 (2008), S. 545, 547 f.

⁶⁵ Engländer/Zimmermann, in: Münchener Kommentar, StPO, 1. Aufl. (2019), Vor § 359 Rn. 3.

⁶⁶ Dreier/Schulze-Fielitz, GG, Bd. III, 3. Aufl. (2018), Art. 103 Abs. 3 Rn. 13 und 37; Nolte/Aust, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. (2018), Art. 103 Rn. 181; Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand November 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 62; Pohlreich, in: Bonner Kommentar, GG, Stand November 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 36.

⁶⁷ Im Ergebnis ebenso Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl. (2023), § 362 Rn. 19 f.: „Paradigmenwechsel“.

⁶⁸ Beling, Deutsches Reichsstrafprozessrecht, 1928, S. 432.

⁶⁹ Grünwald ZStW 120 (2008), 545, 574 f.; Pohlreich, in: Bonner Kommentar, GG, Stand November 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 66; Bayer, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht, 2019, S. 315.

⁷⁰ Motive des RStPO-Entwurfs von 1874 zu § 323, S. 217, in: Hahn, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen III/1, 1880, S. 263.

⁷¹ Vgl. Kaspar GA 2022, 21, 30, demzufolge Art. 103 Abs. 3 GG keinen Schutz des Täters „gegen sich selbst“ garantiert.

⁷² Motive des RStPO-Entwurfs von 1874 zu § 323, S. 218, in: Hahn, Die gesammten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen III/1, 1880, S. 263.

⁷³ A.A. Letzgus NSTz 2020, 717, 718.

zurück, weil der Angeklagte mit seinem glaubhaften Geständnis den Rechtsfrieden selbst stört. Hier gibt er selbst Anlass für die Überwindung der Rechtskraft. § 362 Nr. 5 StPO unterscheidet sich hiervon grundlegend, indem die Vorschrift neue Tatsachen oder Beweise unabhängig von ihrer Herkunft und unabhängig von menschlichem Verhalten genügen lässt und insofern der materiellen Gerechtigkeit um ihrer selbst willen den Vorrang vor der Rechtskraft gibt. Noch stärker ist der Unterschied, wenn man – abweichend vom Wortlaut, aber entsprechend dem hinter § 362 Nr. 5 StPO stehenden Anlass – auf Früchte des technischen Fortschritts abstellt.⁷⁴ Die Rechtskraft soll hier nicht durchbrochen werden, weil ein Angriff auf die den Rechtsfrieden oder die Gerechtigkeit hierzu Anlass gegeben hätte, sondern es wird sogar vielmehr an einen Umstand angeknüpft, auf den die Verfahrensbeteiligten naturgemäß keinen Einfluss gehabt haben können: Aus ihrer Sicht ist das Auftauchen neuer Tatsachen oder Beweismittel nicht notwendiger-, aber doch typischerweise schicksalhaft. Soweit vereinzelt der Versuch unternommen wird, die Wiederaufnahme propter nova zuungunsten des Freigesprochenen mit einer „qualifiziert defizitären Beweisführung“ zu rechtfertigen, und hierin ein Vorwurf an die Beweisführenden – und damit Menschen – anklingt, führt dies evident in die Irre: Man kann einem Gericht schwerlich eine mangelnde Beweisführung vorhalten, die es schlechterdings nicht erfüllen kann, wenn der Mangel in der Nichterhebung (noch) nicht erhebbarer Beweise liegt.

Ein weiterer Unterschied betrifft die zeitliche Distanz zwischen dem früheren Freispruch und der Wiederaufnahme und die mit großem Zeitablauf verknüpften Beeinträchtigungen für die gerichtliche Wahrheitsfindung. Anders als bei den Wiederaufnahmegründen in den Nummern 1 bis 4 ist für Fälle des § 362 Nr. 5 StPO geradezu typisch, dass zwischen der früheren Aburteilung und dem Wiederaufnahmeantrag eine erhebliche Zeitspanne liegt. Weil Jahrzehnte zurückliegende Freisprüche Triebfeder der Einführung von § 362 Nr. 5 StPO waren, muss man davon ausgehen, dass der Gesetzgeber sehenden Auges in Kauf genommen hat, dass Freigesprochene trotz erheblich verschlechterter Beweislage ein neues Strafverfahren über sich ergehen lassen müssen. Mit zunehmendem Zeitablauf werden Zweifel, ob sich bei erneuter Verhandlung bessere Tatsachenfeststellungen – und damit mehr materielle Gerechtigkeit – als im ersten Verfahren erzielen lassen, begründeter.⁷⁵ Die mit dem Zeitablauf nach einem Freispruch verbundenen Gefahren, dass der Freigesprochene im berechtigten Vertrauen auf die Rechtskraft des für ihn günstigen

Urteils entlastende Beweismittel nicht mehr aufbewahrt oder dass das Erinnerungsvermögen von Zeugen verblasst,⁷⁶ sind nicht nur theoretischer Natur: Es ist empirisch gesichert, dass die Tatsachenfeststellungen im zweiten Strafverfahren nach erfolgter Wiederaufnahme strukturell fehleranfälliger sind als im ersten Verfahren.⁷⁷ Die im Prozessrecht vorhandenen Möglichkeiten, das verblasende Erinnerungsvermögen von Zeugen oder gar die (etwa durch Tod) bedingte Unmöglichkeit, früher vernommene Zeugen nochmals zu vernehmen, zu kompensieren, liegen vor allem in der Verwertung von Surrogaten in Gestalt der Verlesung der Vernehmungsniederschrift nach § 251 beziehungsweise § 253 StPO. Diese Möglichkeiten beseitigen allerdings in den im Zusammenhang mit § 362 Nr. 5 StPO interessierenden Fällen die Gefahren für die Wahrheitsfindung keineswegs, sondern verschlimmern die Gefahrenlage sogar. Nicht ohne Grund, sondern zum Wohle der strafgerichtlichen Wahrheitsfindung⁷⁸ gilt gemäß § 250 StPO als Kernprinzip des Strafprozesses⁷⁹ ein Vorrang des Personalbeweises vor dem Urkundenbeweis. Damit ermöglicht das Gesetz dem erkennenden Gericht, von den Zeugen oder Sachverständigen einen persönlichen Eindruck zu gewinnen und Nachfragen zu stellen, und den Verfahrensbeteiligten, ihr Konfrontationsrecht auszuüben und so von ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör Gebrauch zu machen.⁸⁰ Folgerichtig sind die Vorschriften der §§ 251, 253 StPO als Ausnahmenvorschriften konzipiert.⁸¹ In Fällen des § 362 Nr. 5 StPO wird eine die Zeugenvernehmung surrogierende Urkundenverlesung allerdings die Regel sein. Von daher ist die Gefahr hoch, dass auch Unschuldige nach einer Wiederaufnahme aufgrund von § 362 Nr. 5 StPO ungerechtfertigt verurteilt werden.

c) Keine Parallele zu § 373a StPO

Die Durchbrechung der Rechtskraft lässt sich auch nicht auf Parallelen zwischen § 362 Nr. 5 StPO einerseits und § 373a StPO andererseits stützen, wie es das OLG Celle in seinem angegriffenen Beschluss zu begründen versucht. Beide Vorschriften unterscheiden sich grundlegend voneinander, weswegen sich eine Übertragung der die Verfassungsmäßigkeit von § 373a StPO tragenden Gründe aus BVerfGE 3, 248 auf die hier verfahrensgegenständliche Vorschrift verbietet. Bei Strafbefehlen setzt die Rechtskraftdurchbrechung voraus, dass erst ein novum den Verdacht eines Verbrechens begründet. Abgesehen davon, dass die Rechtskraftdurchbrechung nach § 373a StPO ihre Rechtfertigung im vorläufigen und summarischen Charakter des Strafbefehlsverfahrens findet⁸² und diese

⁷⁴ Am Rande sei bemerkt, dass die Verursachung von Spuren hier nicht Anknüpfungspunkt der Betrachtungen sein kann, auch wenn dies in der Literatur vereinzelt versucht wird (*Zehetgruber* JR 2020, 157, 163). Denn das Gesetz stellt seinem Wortlaut nach auf neue Tatsachen oder Beweise ab, die etwa im Fall des Beschwerdeführers nicht auf die Verursachung einer Spur zurückgehen, sondern auf die erst nach Rechtskraft eintritt möglich gewordene Spurenuntersuchung und -auswertung.

⁷⁵ *Frister/Müller* ZRP 2019, 101, 102.

⁷⁶ *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 1374 ff.; *Eschelbach*, in: *KMR-StPO*, § 362 Nr. 5 (August 2005).

⁷⁷ Vgl. *Bayer*, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht, Baden-Baden 2020, S. 35 f. m.w.N.

⁷⁸ *Kreicker*, in: *Münchener Kommentar, StPO*, 1. Aufl. (2016), § 250 Rn. 2.

⁷⁹ *Kreicker*, in: *Münchener Kommentar, StPO*, 1. Aufl. (2016), § 250 Rn. 1.

⁸⁰ *Diemer*, in: *Karlsruher Kommentar, StPO*, 9. Aufl. (2023), § 250 Rn. 1.

⁸¹ *Kreicker*, in: *Münchener Kommentar, StPO*, 1. Aufl. (2016), § 250 Rn. 5.

⁸² BVerfGE 65, 377, 382 f.; *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 66. Aufl. (2023), § 362 Rn. 20; *Aust/Schmidt* ZRP 2020, 251, 252. Zur entsprechenden Rechtfertigung des Wiederaufnahmegrundes in § 89 Abs. 3 Satz 2 OWiG s. *BTDrucks V/1269*, S. 110.

Rechtfertigung in Fällen des § 362 Nr. 5 StPO nicht greift, weil die Tat hier bereits Gegenstand eines auf umfassender Sachverhaltsaufklärung beruhenden Urteils war,⁸³ hat sich das Gericht im Strafbefehlsverfahren notwendigerweise noch nicht mit dem Verbrechen auseinandergesetzt, dessen Verdacht durch das novum begründet ist. In den Fällen des § 362 Nr. 5 StPO ist das anders, weil die Vorschrift auch dann Anwendung findet, wenn das im Erstverfahren behandelte Delikt und das nach erfolgter Wiederaufnahme anzuklagende dasselbe ist. Von daher kann ein Vergleich mit § 373a StPO nicht dafür herhalten, die Vereinbarkeit von § 362 Nr. 5 StPO mit Art. 103 Abs. 3 GG zu begründen. Vielmehr trifft das Gegenteil zu: Die hinter § 373a StPO stehende Ratio zeigt, dass die Rechtskraft eines auf umfassender Sachaufklärung beruhenden Urteils einen weitergehenden Schutz vor einer Wiederaufnahme verdient als ein Strafbefehl.⁸⁴

d) Verwässerung der Rechtskraft

Der neue Wiederaufnahmegrund hat auch einen deutlich weiteren Anwendungsbereich als die bisherigen geregelten Wiederaufnahmegründe. Der Gesetzgeber hat das selbstgesetzte Ziel eines „eng umgrenzten Wiederaufnahmegrundes“⁸⁵ klar verfehlt. Zwar setzt die Vorschrift – insoweit durchaus noch in gewissem Maße begrenzend – einen Freispruch und den dringenden Verdacht eines der dort genannten Delikte voraus, weswegen etwa eine frühere Verurteilung wegen eines mildereren Delikts (fahrlässige Tötung statt Mord), der dringende Verdacht eines der dort genannten Delikte in der Begehungsform des Versuchs oder der dringende Verdacht eines anderen Delikts der Schwere der Kriminalität (besonders schwerer Fall des Totschlags nach § 212 Abs. 2 StGB) für eine Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO nicht genügt. Andererseits lässt die Vorschrift bereits das Beibringen neuer Tatsachen oder Beweismittel genügen, ohne auch insoweit eine Eingrenzung vorzunehmen. Dass dieses Merkmal ausweislich der Gesetzesbegründung praktisch relevant werden soll bei Erkenntnissen, „die auf Grund der weiterentwickelten Möglichkeiten der DNA-Analyse gewonnen werden konnten und die zum Zeitpunkt des freisprechenden Urteils noch nicht verfügbar waren“,⁸⁶ zeigt, welche Vorstellung der Gesetzgeber von den praktischen Anwendungsfällen des neugeschaffenen Wiederaufnahmegrundes vor Augen hatte. Diese (begrenzende) Vorstellung findet allerdings im Normwortlaut keinen Widerhall.

Sie entspricht auch nicht der anerkannten Auslegung der entsprechenden Merkmale in § 359 Nr. 5 StPO, die nach

dem Willen des Gesetzgebers⁸⁷ auch für § 362 Nr. 5 StPO maßgeblich sein soll. Tatsachen sind danach schon dann neu, wenn sie der Überzeugungsbildung des erkennenden Gerichts nicht zugrunde gelegt wurden, auch wenn das theoretisch möglich gewesen wäre.⁸⁸ Sie sind beispielsweise sogar dann neu, wenn sie sich aus den Akten ergaben und von daher in der Hauptverhandlung an sich ohne weiteres zur Sprache hätten gebracht werden können.⁸⁹ Auch der Umstand, dass ihr Gegenteil im früheren Urteil festgestellt ist, nimmt einer Tatsache nicht die Eigenschaft als neu.⁹⁰ Mit den neuen Beweismitteln sind alle erfasst, derer sich das Gericht im früheren Verfahren nicht bedient hat;⁹¹ erfasst sind damit sogar solche Beweismittel, die das Gericht sehr wohl kannte, von denen es aber nicht Gebrauch gemacht hat. Selbst Zeugen, die in der Hauptverhandlung zu anderen Beweistatsachen gehört wurden, können ein neues Beweismittel im Sinne der Vorschrift sein.⁹² Neue Beweise werden sich schnell finden lassen. Es genügt, wenn ein aussage- oder zeugnisverweigerungsberechtigter Zeuge im früheren Verfahren von seinem Recht Gebrauch gemacht und nach Rechtskrafteintritt seine Meinung geändert hat.⁹³ Besonders bedenklich werden die Dinge, wenn der Staat selbst neue Beweismittel schafft. Er kann dies, etwa indem der Dienstherr nachträglich eine im früheren Verfahren noch versagte Aussagegenehmigung für dem öffentlichen Dienst angehörende Zeugen erteilt (§ 54 StPO) oder eine im früheren Verfahren noch bestehende Sperrerklärung für eine Vertrauensperson aufhebt.⁹⁴ Es ist der Staatsanwaltschaft sehr leicht möglich, neue Tatsachen oder neue Beweismittel zu finden; Freigesprochene müssen mithin damit rechnen, dass die Staatsanwaltschaften entsprechend vorgehen werden. Dies gilt umso mehr, als es in der Situation des § 359 Nr. 5 StPO dem Eigeninteresse des Verurteilten entspricht, in der erneuten Hauptverhandlung möglichst alle für ihn sprechenden neuen Tatsachen oder Beweismittel dem Gericht zu unterbreiten, während ein entsprechender Anreiz auf Seiten der Staatsanwaltschaft nach erfolgter Wiederaufnahme gemäß § 362 Nr. 5 StPO fehlt, zumal die nach dieser Vorschrift zulässige Wiederaufnahme nicht auf eine begrenzt ist, solange die Staatsanwaltschaft immer wieder neue Tatsachen oder Beweismittel präsentieren kann. Denn der insoweit indifferente § 362 Nr. 5 StPO erlaubt die Wiederaufnahme sogar wegen solcher neuen Tatsachen oder Beweise, deren Einführung in das Verfahren und Auswertung die Strafverfolgungsbehörden oder das Gericht schuldhaft versäumt haben.⁹⁵

Dass ein so niedrigschwelliger Anknüpfungspunkt wie neue Tatsachen oder Beweismittel für eine ungünstige

⁸³ Eschelbach, in: KMR-StPO, § 362 Rn. 10 (August 2005).

⁸⁴ Vgl. Eschelbach, in: KMR-StPO, § 362 Rn. 10 (August 2005); vgl. auch Leitmeier StV 2021, 341, 345.

⁸⁵ BTDrucks 19/30399, S. 2.

⁸⁶ BTDrucks 19/30399, S. 10.

⁸⁷ BTDrucks 19/30399, S. 10. Eindeutig ist freilich auch dies nicht, soll der neue Wiederaufnahmegrund doch nach dem Willen des Gesetzgebers nur „nachträglich verfügbare Beweismittel“ (BTDrucks 19/30399, S. 2) genügen lassen, was wiederum für ein anderes Begriffsverständnis spräche als im Zusammenhang mit § 359 Nr. 5 StPO.

⁸⁸ BVerfG NJW 2007, 207, 208; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl. (2023), § 359 Rn. 30.

⁸⁹ Schuster, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2022), § 359 Rn. 93.

⁹⁰ OLG Frankfurt a.M. NJW 1978, 841; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl. (2023), § 359 Rn. 31 m.w.N.

⁹¹ Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl. (2023), § 359 Rn. 32 m.w.N.

⁹² Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl. (2023), § 362 Rn. 14.

⁹³ Schuster, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2022), § 359 Rn. 110.

⁹⁴ Mit Blick hierauf krit. Schuster, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2022), § 362 Rn. 32.

⁹⁵ Schuster, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2022), § 362 Rn. 27.

Wiederaufnahme in Fällen der Schwerstkriminalität genügen soll, ist umso bedenklicher, als nicht unwahrscheinlich ist, dass immer wieder neue Tatsachen oder Beweismittel auftauchen und damit für die Freigesprochenen die Gefahr repetitiver Strafverfolgung real wird. Insofern zieht letztlich vor allem die Lebenszeit des Betroffenen, nicht der Gesetzgeber, die Grenze für die Höchstzahl der wegen einer Tat möglichen ungünstigen Wiederaufnahmen. Angeklagte müssen selbst dann, wenn sie nach einer Wiederaufnahme gemäß § 362 Nr. 5 StPO erneut freigesprochen werden, ständig mit erneuter Strafverfolgung und dementsprechend auch mit Strafe rechnen. Nur die (zu milde) Verurteilung schafft Rechtskraft. Demgegenüber steht jeder Freispruch im Anwendungsbereich von § 362 Nr. 5 StPO unter „ewigem Vorbehalt“,⁹⁶ ist mit anderen Worten ein potenzieller „processus ad infinitum“.⁹⁷ Weil § 362 Nr. 5 StPO dem Staat unbegrenzt viele Versuche einer Verurteilung verschafft,⁹⁸ müssen viele Freigesprochene davon ausgehen, dass ihr Verfahren mit dem Freispruch nicht weggelagt wird, sondern die Staatsanwaltschaft es im Hintergrund kontinuierlich weiter betreiben wird.⁹⁹ Für sie wird das Regel-Ausnahme-Verhältnis des Art. 103 Abs. 3 GG in sein Gegenteil verkehrt: Die Rechtssicherheit wird zur Ausnahme, Rechtskraftdurchbrechungen zum Wohle der materiellen Gerechtigkeit die Regel.¹⁰⁰ Für die Strafgerichte bedeutet die Vorschrift, dass ihre freisprechenden Urteile in Mordverfahren oder in Verfahren nach den in § 362 Nr. 5 StPO genannten völkerstrafrechtlichen Delikten an Autorität verlieren und ihre rechtsfriedenstiftende Funktion ab initio nicht erfüllen können, weil sie angesichts der recht niedrigschwelligen Voraussetzungen von § 362 Nr. 5 StPO in den Augen der Öffentlichkeit nicht mehr als das letzte Wort gelten können.

Freigesprochene verlieren nicht wirklich ihren Beschuldigtenstatus¹⁰¹ und müssen mit repetitiver staatlicher Strafverfolgung rechnen, wenn der Verdacht eines der in § 362 Nr. 5 StPO genannten Delikte nicht ausgeschlossen ist. Paradoxerweise schafft eine ex post zu milde erscheinende Verurteilung nunmehr eine robustere Vertrauensgrundlage als ein Freispruch. Dass Freigesprochene wegen § 362 Nr. 5 StPO schlechter gestellt sind als Verurteilte und sich jederzeit auf erneute Strafverfolgung einstellen und sie erdulden müssen, betrifft den Kern des Art. 103 Abs. 3 GG. Mit den Worten *Dürigs*: „In Art. 103 Abs. 3 fällt des Bürgers wegen die Entscheidung zugunsten der formalen Sicherheit. Der Bürger soll nicht dauernd unter dem Damoklesschwert einer erneuten Strafverhandlung und eventueller Bestrafung stehen. Diese Forderung folgt aus der grundgesetzlich anerkannten Freiheit und Würde des Menschen (Art. 1, 2 Abs. 1). Diese wären aber empfindlich getroffen, wenn der Freigesprochene oder Bestrafte

ständig damit rechnen müsste, erneut strafrechtlich belangt zu werden. Der Bürger würde damit [...] zum Objekt staatlicher Gewalt und staatlichen Geschehens.“¹⁰² Der Gesetzgeber mag mit der Beschränkung der Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO auf bestimmte Delikte den Kreis der wiederaufnahmefähigen Freisprüche das Ziel verfolgt haben, diesen zu begrenzen und so einen Ausgleich mit der materiellen Gerechtigkeit zu schaffen. Für diesen Kreis nimmt das Strafverfahren aber mit keinem Freispruch sein Ende, sondern ist dieses – für alle Beteiligten erkennbar – eine offene und für jeden Freigesprochenen nicht nur dauerhafte, sondern zeitlich potenziell unbegrenzte Bedrohungslage. Dieser Betroffenenkreis ist insofern reines Objekt staatlicher Strafbedürfnisse.

Die hierin wurzelnde Furcht Freigesprochener vor repetitiver Strafverfolgung lässt sich auch nicht mit der Unverjährbarkeit des Mordes rechtfertigen, wie der Gesetzgeber es versucht hat.¹⁰³ Dass der Mord nicht verjährt, rechtfertigt nur, dass der Staat gegebenenfalls auch viele Jahrzehnte nach der Tat gegen einen Beschuldigten vorgehen kann. Es geht bei der Verjährung aber nicht darum, dem Staat beliebig viele Strafverfahren gegen den Einzelnen wegen ein und derselben Straftat offenzuhalten. Die Unverjährbarkeit des Mordes muss dem Freigesprochenen nicht Anlass geben, auch nach seinem Freispruch mit erneuter Verfolgung zu rechnen.

Mit dieser Sorge müssen im Übrigen nicht nur, wie in der Literatur vereinzelt vertreten, die wegen Mordes oder eines anderen in § 362 Nr. 5 StPO genannten Delikts Freigesprochenen¹⁰⁴ leben. Der Kreis der Betroffenen ist viel weiter, weil § 362 Nr. 5 StPO keine Begrenzung auf wegen des Vorwurfs bestimmter Delikte Freigesprochene vorsieht, sondern auf alle Freigesprochenen anwendbar ist. Weil die in der Vorschrift aufgeführten Delikte erst bei der Frage des dringenden Verdachts relevant sind, ist die Vorschrift durchaus anwendbar etwa bei wegen des Vorwurfs der fahrlässigen Tötung oder des Raubes mit Todesfolge Freigesprochenen, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel den dringenden Verdacht des Mordes begründen.

Das Problem lässt sich auf der Auslegungsebene nicht beheben. Eine restriktive Auslegung, die das Merkmal der neuen Tatsachen und Beweismittel dahin begrenzt, dass diese durch Untersuchungsmethoden mit gerichtsverwertbarem Ergebnis gewonnen sein müssen, die erst nach dem früheren Urteil allgemeine wissenschaftliche Anerkennung gefunden haben, scheidet aus, weil der Gesetzgeber an anderer Stelle der Gesetzesbegründung selbst klargestellt hat, dass das Merkmal der neuen Tatsachen und Beweismittel begrifflich dem entsprechenden Merkmal in

⁹⁶ *Leitmeier* StV 2021, 341 (346); vgl. auch *Schuster*, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. 2022, § 362 Rn. 27.

⁹⁷ Die entsprechende Beurteilung von *Marxen/Tiemann* ZIS 2008, 188 (190) zum Gesetzesentwurf in BR-Drucks 655/07 trifft auch auf § 362 Nr. 5 StPO zu.

⁹⁸ *Leitmeier* StV 2021, 341, 346.

⁹⁹ *Marxen/Tiemann* ZIS 2008, 188, 190.

¹⁰⁰ *Brade* ZIS 2021, 362, 363.

¹⁰¹ *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 66. Aufl. (2023), § 362 Rn. 20: „Ein [...] rechtskräftig Freigesprochener befindet sich unter diesen Voraussetzungen potentiell in einem permanenten Beschuldigtenstatus“.

¹⁰² Zitiert nach *Marxen/Tiemann* ZIS 2008, 188, 192.

¹⁰³ Vgl. die Redebeiträge der MdB *Müller* und *Hoffmann* in BTPlenProt 19/234, S. 30372 ff.

¹⁰⁴ So *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 66. Aufl. (2023), § 362 Rn. 20; *Ruhs* ZRP 2021, 88, 89; vgl. auch *Conen*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu BTDrucks 19/30399, S. 9, https://www.bundestag.de/resource/blob/848592/64681eb33676f05e69226708321d1bc7/stellungnahme-conen_dav-data.pdf (abgerufen am 16. Mai 2023).

§ 359 Nr. 5 StPO beziehungsweise § 373a StPO entspricht.¹⁰⁵

4. Aushöhlung des Kernbereichs von Art. 103 Abs. 3 GG

§ 362 Nr. 5 StPO höhlt das grundrechtsgleiche Recht aus Art. 103 Abs. 3 GG in seinem Kern aus.¹⁰⁶ In diesem Zusammenhang ist zu bedenken, dass schon das allgemeine Rechtsstaatsprinzip dem Bürger Vertrauensschutz – verstanden als Vertrauen in die Rechtssicherheit und den Rechtsbestand gerichtlicher Erkenntnisse – verbürgt und dieser Vertrauensschutz durchaus mit anderen Gütern in Verfassungsrang abwägbar ist. Die *lex specialis* des Art. 103 Abs. 3 GG ist aber keine bloße Deklamation. Von daher ergibt der durch Art. 103 Abs. 3 GG gewährleistete Vertrauensschutz für den Bereich der Strafrechtspflege nur Sinn, wenn er über den ohnehin durch das allgemeine Rechtsstaatsgebot verbürgten Vertrauensschutz hinausgeht.¹⁰⁷ Ausdruck der Sonderstellung von Art. 103 Abs. 3 GG ist, dass das mit dieser Vorschrift wertefordernd verbürgte Primat der individuellen Rechtssicherheit gegenüber der materiellen Gerechtigkeit nicht schon dann Ausnahmen zugeführt werden darf, wenn andernfalls schlechterdings unerträgliche Ergebnisse zu befürchten wären.¹⁰⁸ Denn abgesehen davon, dass Art. 103 Abs. 3 GG für den Bereich der Strafrechtspflege eine klare wie verbindliche Entscheidung für das Primat der Rechtskraft gegenüber der Gerechtigkeit ausdrückt,¹⁰⁹ lässt sich schwerlich für „unerträgliche“ Ergebnisse aus dem Rechtsstaatsprinzip etwas anderes herleiten, wenn Art. 103 Abs. 3 GG doch gerade das Rechtsstaatsprinzip konturieren soll und diese Konturierung durch Rekurs auf das allgemeine Rechtsstaatsprinzip unterlaufen zu werden droht.¹¹⁰

§ 362 Nr. 5 StPO höhlt den Kernbereich des Mehrfachverfolgungsverbot aus, indem die Vorschrift in ihrem Anwendungsbereich frühere Entscheidungen zu „Freisprüchen unter Vorbehalt“ degradiert.¹¹¹ In allen Fällen, in denen ein Mord nicht ganz ausgeschlossen ist, ändert sich für den Angeklagten nicht viel, wenn er freigesprochen ist. Da die Voraussetzungen des § 362 Nr. 5 StPO durchaus niedrigschwellig sind, muss der Freigesprochene damit rechnen, jederzeit in die Rolle des Inkulpaten zurückgeworfen zu werden. Umgekehrt werden die

Strafverfolgungsorgane im Fall eines Freispruchs gewiss sein dürfen, dass mit dem ersten Anlauf noch nichts verloren ist.

In diesem Zusammenhang verdient Berücksichtigung, dass die Gefahr einer schleichenden Aushöhlung von Art. 103 Abs. 3 GG durch eine sukzessive Ausweitung des in § 362 Nr. 5 StPO in Bezug genommenen Deliktskreises konkret ist.¹¹² Im Vereinigten Königreich ist die ungünstige Wiederaufnahme aufgrund neuer und zwingender Beweismittel¹¹³ nach anfänglicher Beschränkung der Diskussion um die Einführung der ungünstigen Wiederaufnahme auf Mord und Völkermord¹¹⁴ nunmehr für insgesamt 29 Straftatbestände möglich.¹¹⁵ Auch hierzulande werden schon jetzt Forderungen nach einer Erweiterung der in § 362 Nr. 5 StGB aufgeführten Tatbestände laut.¹¹⁶ Es ist nur eine Frage der Zeit, wann diese Forderungen erhört werden. Auch unter Beachtung, dass für die Neuregelung die Unverjährbarkeit der in § 362 Nr. 5 StPO in Bezug genommenen Delikte (mit) ausschlaggebend war, wäre die „systemgerechte“ Aufnahme neuer Delikte ohne weiteres möglich, indem der Gesetzgeber den Kreis der unverjährbaren Delikte ausweitet. Entsprechender Druck lastet etwa mit Sicht auf schwere Sexualdelikte schon jetzt auf dem Gesetzgeber. Verfassungsrechtliche Bindungen, die ihn davon wirksam abhalten oder den Kreis der betroffenen Delikte zumindest begrenzen könnten, sind nicht ersichtlich.

5. Materielle Gerechtigkeit rechtfertigt keine Verkürzung von Art. 103 Abs. 3 GG

Dass § 362 Nr. 5 StPO der materiellen Gerechtigkeit zum Durchbruch verhilft, ist ein Belang, zu dessen Berücksichtigungsfähigkeit – das Vorliegen der Voraussetzungen dieses Wiederaufnahmegrundes vorausgesetzt – gesichert sein müsste, dass der Freigesprochene sich des Mordes oder eines anderen dort genannten Delikts schuldig gemacht hat. Da die Frage, ob der Freispruch – gemessen am tatsächlichen Lebenssachverhalt und dessen korrekter materiellrechtlicher Beurteilung – wirklich zu Unrecht erfolgt ist, wegen der Unschuldsvermutung naturgemäß erst nach einem erneuten Strafverfahren beantwortet werden kann,¹¹⁷ kann es, entgegen der Annahme des Gesetzgebers,¹¹⁸ zur verfassungsrechtlichen Rechtfertigung von § 362 Nr. 5 StPO nicht darauf ankommen, ob der

¹⁰⁵ BTDrucks 19/30399, S. 10.

¹⁰⁶ Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 66. Aufl. (2023), § 362 Rn. 19; Frister/Müller ZRP 2019, 101, 103; Aust/Schmidt ZRP 2020, 251, 252 ff.

¹⁰⁷ Remmert, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, Stand November 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 62; Brade ZIS 2021, 362, 363; Eichhorn KriPoZ 2021, 358, 359.

¹⁰⁸ So aber Sachs/Degenhart, GG, 9. Aufl. (2021), Art. 103 Rn. 84; Radtke, in: BeckOK, GG, Stand August 2022, Art. 103 Rn. 47; Dreier/Schulze-Fielitz, GG, Bd. III, 3. Aufl. (2018), Art. 103 Rn. 32; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke/Schmahl, GG, 15. Aufl. (2021), Art. 103 Rn. 87.

¹⁰⁹ Pohlreich, in: Bonner Kommentar, GG, Stand November 2018, Art. 103 Abs. 3 GG Rn. 64 f.; Nolte/Aust, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, 7. Aufl. (2018), Art. 103 Rn. 181.

¹¹⁰ Aust/Schmidt ZRP 2020, 251, 253.

¹¹¹ Aust/Schmidt ZRP 2020, 251, 253 f. unter Hinweis auf Suliak, in: LTO vom 19. November 2019,

<https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/strafrecht-freispruch-verurteilung-mord-dna-wiederaufnahme-doppelbestrafungsverbot/> (abgerufen am 16. Mai 2023); Kaspar GA 2022, 21, 33.

¹¹² Eichhorn KriPoZ 2021, 358, 369; Frister/Müller ZRP 2019, 101, 104; Pabst ZIS 2010, 126, 133; Scherzberg ZRP 2010, 271; a.A. Zehetgruber JR 2020, 157, 167; Hoven JZ 2021, 1154, 1160.

¹¹³ Art. 75 ff. Criminal Justice Act 2003.

¹¹⁴ The Law Commission (N° 267), Double Jeopardy and Prosecution Appeals, March 2001, §§ 4.22, 4.29-4.32, 4.41.

¹¹⁵ Vgl. Schedule 5 Part 1 zum Criminal Justice Act 2003.

¹¹⁶ Für eine Erweiterung um schwere Straftaten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter wie Leib und Leben, die sexuelle Selbstbestimmung oder die Freiheit Hörnle GA 2022, 184, 190 f.

¹¹⁷ Slognat ZStW 133 (2002), S. 741, 756 f.

¹¹⁸ Vgl. BTDrucks 19/30399, S. 9 f.

Freispruch wegen Mordes oder eines der dort genannten Verbrechen nach dem Völkerstrafgesetzbuch ungerechtfertigt ist und damit den Rechtsfrieden genauso stört wie die Verurteilung eines unschuldigen Angeklagten. Zum einen nimmt die Unschuldsvermutung, die als Ausprägung des Rechtsstaats verlangt, den Beschuldigten bei nicht behebbaren tatsächlichen Zweifeln in *dubio pro reo* freizusprechen, hin, lieber neun Schuldige laufen zu lassen als einen Unschuldigen zu verurteilen, so dass vom Standpunkt des Rechtsstaats aus betrachtet die Verurteilung eines Unschuldigen weniger erträglich ist als der Freispruch eines Schuldigen.¹¹⁹ Vor allem aber ist die entscheidende Frage nicht die vom Gesetzgeber gestellte, sondern die, ob schon der dringende Verdacht eines bestimmten Verbrechens genügt, um den Rechtsfrieden zu stören und dem Freigesprochenen zu erklären, warum er erneut ein Strafverfahren und die hiermit verbundenen Belastungen erdulden muss. Bei § 362 Nr. 5 StPO geht es insofern nicht so sehr um Gerechtigkeit, sondern – mit den Worten *Kaspars* – in Wahrheit „um die Ermöglichung einer Bestrafung des (vermeintlich) schuldigen Täters, nachdem dieser rechtskräftig freigesprochen wurde, weil man ihn eben bestraft sehen möchte“¹²⁰ – also um Bedürfnisbefriedigung.

Wer rechtskräftig freigesprochen ist, gilt mindestens als ebenso unschuldig wie der Angeklagte vor dem Urteil. Die These, neue Tatsachen oder Beweismittel könnten einen Freispruch zu einem „erwiesenermaßen“¹²¹ ungerechtfertigten machen, beruht auf einer groben Verkennung der Unschuldsvermutung und demonstriert zugleich ein naives Verständnis für die Realitäten strafgerichtlicher Wahrheitsfindung. Ob das neue Beweismittel oder die neue Tatsache den Freispruch ungerechtfertigt macht, ist ein Umstand, der einer Hauptverhandlung und den dortigen Äußerungen, insbesondere des zuvor Freigesprochenen, vorbehalten ist. Insofern nimmt die gesetzgeberische Annahme, die ungünstige Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO fördere die materielle Gerechtigkeit, entweder sehenden Auges fehlerhafte Schuldprüche in Kauf¹²² oder sie nimmt einen Schuldspruch ohne Verhandlung vorweg.

a) Dringender Tatverdacht schützt Unschuldige nur unzureichend

Daran ändert auch der Umstand nichts, dass § 362 Nr. 5 StPO einen durch neue Tatsachen oder Beweismittel begründeten hohen Verdachtsgrad eines der dort genannten Delikte voraussetzt. Der insoweit erforderliche dringende Tatverdacht ist letztlich auch nur ein Verdacht – wenn auch ein sehr hoher – und setzt gerade nicht die gerichtliche Überzeugung voraus, dass ein von der Vorschrift

erfasstes Delikt durch den Freigesprochenen begangen wurde. Auch in der Rechtswirklichkeit führt längst nicht jeder Fall, in dem ein Gericht für die Anordnung von Untersuchungshaft dringenden Tatverdacht bejaht hat, auch zu einer Verurteilung. Das gilt insbesondere für das im Zusammenhang mit § 362 Nr. 5 StPO interessierende Delikt des Mordes.¹²³ Hier ist die Freispruchquote bei wegen vollendeten Mordes abgeurteilten Untersuchungsgefangenen deutlich höher als im Gesamtaufkommen der Untersuchungsgefangenen. Im Jahr 2020 wurden von den insgesamt 27.542 Personen, gegen die Untersuchungshaft angeordnet wurde, 462 Personen freigesprochen. Die Freispruchquote liegt damit bei 1,68 %. Demgegenüber wurden von den 153 Personen, bei denen wegen des Verdachts des vollendeten Mordes Untersuchungshaft angeordnet wurde, nur 129 Personen zu einer Freiheitsstrafe (84,31 %) und 6 Personen zu einer Jugendstrafe (3,92 %) verurteilt. Bei den übrigen Personen ergingen andere Entscheidungen; insbesondere wurden 5 Personen freigesprochen (3,27 %).¹²⁴ Die Freispruchquote ist beim vollendeten Mord damit doppelt so hoch wie im Gesamtaufkommen aller Straftaten. Aufgrund der mit dem Zeitabstand zwischen dem früheren und neuen Verfahren einhergehenden Verlust der Beweismittelqualität und der daraus resultierenden Anfälligkeit des neuen Verfahrens für Fehler besteht Grund zur Prognose, dass die Freispruchquote bei Wiederaufnahmen nach § 362 Nr. 5 StPO deutlich höher liegen wird.

Vorschläge, den Verdachtsgrad höher anzusetzen, indem man etwa eine grundlegende Änderung der Sachverhaltsrekonstruktion oder Beweislage durch die neue Tatsache oder das neue Beweismittel fordert¹²⁵ oder eine besonders hohe Verlässlichkeit der neuen Tatsache oder des neuen Beweismittels,¹²⁶ führen nicht weiter, weil der Unterschied zum dringenden Tatverdacht unklar bleibt und es auch bleiben muss. Ist es nicht selbstverständlich, dass bei einem aus Mangel an Beweisen Freigesprochenen die neuen Tatsachen oder Beweismittel, die einen dringenden Verdacht gegen ihn begründen, zugleich die Beweislage grundlegend ändern (früher: keine Überzeugung im Sinne von § 261 StPO, heute: große Verurteilungswahrscheinlichkeit)? Und worauf soll eine große Verurteilungswahrscheinlichkeit nach einem früheren Freispruch denn sonst gründen, wenn nicht auf besonders verlässlichen neuen Tatsachen oder Beweismitteln? Wenn man für die ungünstige Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO – weitergehend – voraussetzte, dass die neuen Tatsachen oder Beweise die Verurteilung des Freigesprochenen „zweifelsfrei“ tragen,¹²⁷ geriete dies in Konflikt mit der für die Ergebnisoffenheit des – zu dem Zeitpunkt ja noch nicht abgeschlossenen – neuen Verfahrens streitenden

¹¹⁹ *Leitmeier* StV 2021, 341, 343.

¹²⁰ *Kaspar* GA 2022, 21, 31.

¹²¹ Vgl. *BTDrucks* 19/30399, S. 10.

¹²² *Frister/Müller* ZRP 2019, 101, 103.

¹²³ In diesem Zusammenhang sind die in § 362 Nr. 5 StGB aufgeführten unverjährbaren Delikte nach dem VStGB im Vergleich zum Mord vernachlässigbar: Im Jahr 2020 steht die Aburteilung von 176 wegen vollendeten Mordes angeklagten Personen der Aburteilung von gerade einmal 5 wegen Straftaten nach dem VStGB angeklagten Personen gegenüber; von diesen 5 Personen wurde keine freigesprochen, vgl.

Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 3, Rechtspflege Strafverfolgung, 2021, S. 60 f. und 88.

¹²⁴ Vgl. Statistisches Bundesamt, Fachserie 10 Reihe 3, Rechtspflege Strafverfolgung, 2021, Tabelle 6.2, S. 416 f.

¹²⁵ *Hörnle* GA 2022, 184, 193 f.

¹²⁶ *Gärditz*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu *BTDrucks* 19/30399, S. 6, <https://www.bundestag.de/resource/blob/848600/9/936b15d9f8bb01892ff71409db0b46b/stellungnahme-gaerditz-data.pdf> (abgerufen am 16. Mai 2023).

¹²⁷ Vgl. *Letzgas*, in: *FS Geppert*, S. 785, 797.

Unschuldsumsetzung:¹²⁸ Die Zweifelsfreiheit lässt sich schließlich nur auf Grundlage der neuen Erkenntnisse und der bisherigen – also nach Aktenlage – beurteilen.

b) Fehlerquellen

Obwohl eine Beschränkung auf solche Erkenntnismittel im Wortlaut des § 362 Nr. 5 StPO nicht zum Ausdruck kommt, argumentiert die Gesetzesbegründung mit wahrheitsfördernden Potenzialen neuer Technik.¹²⁹ Dem hier durchscheinenden Unvertrauen, neue Technik bringe der Strafrechtspflege unmittelbar mehr Wahrheit und mittelbar mehr Gerechtigkeit, wird nicht nur durch die unvermeidbare Fehleranfälligkeit jeder Technik – man erinnere sich etwa an den Fall des „Heilbronner Phantoms“ – die Grundlage entzogen.¹³⁰ Schwerer wiegt, dass das mit neuer Technik Beweisbare gerade mit Blick auf die von § 362 Nr. 5 StPO erfassten Delikte sehr begrenzt ist. Beispielsweise kann mit einer DNA-Analyse ohne Hinzutreten weiterer Verdachtsmomente bestenfalls die Anwesenheit eines Menschen an einem bestimmten Ort bewiesen werden,¹³¹ wobei bei Lichte betrachtet schon dies mit Vorsicht zu genießen ist: Im Grunde genommen beweist eine DNA-Spur am Tatort nur, dass dort eine solche vorhanden ist, aber nicht, wie sie dorthin gekommen sein mag. So oder so taugt sie schon gar nicht zur Abgrenzung zwischen Mord und Totschlag.¹³² DNA-Spuren in Gestalt von Sekretanhaftungen an einem Opfer mögen beispielsweise darauf hindeuten, dass der Angeklagte mit dem Opfer den Geschlechtsverkehr ausgeführt hat; sie sagen aber nichts darüber aus, ob dieser Geschlechtsverkehr einvernehmlich oder mit Gewalt oder durch Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben – dies setzte das Anfang der Achtzigerjahre geltende Strafrecht für eine Vergewaltigung oder sexuelle Nötigung voraus – erfolgte; das Ergebnis molekulargenetischer Untersuchungen solcher Spuren sagt ebenso wenig über innere Vorgänge des Angeklagten aus. Es kann insbesondere nicht erhellen, ob das Opfer zur Verdeckung eines zuvor erzwungenen Geschlechtsverkehrs getötet wurde. Dem neuen Wiederaufnahmegrund liegt die naive Vorstellung zugrunde, als wäre die neue Tatsache oder das neue Beweismittel das fehlende Puzzlestück, das bis jetzt zur Überführung des Freigesprochenen gefehlt hätte, und als wäre der Fall mit diesem neuen Erkenntnismittel glasklar. In Wahrheit wird das Gericht im Fall einer Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO nicht umhinkommen, auf weitere Erkenntnismittel zurückzugreifen. Die Erkenntnismittel, auf die das Gericht

zurückgreifen muss, werden freilich mit zunehmendem Zeitablauf an Qualität verloren haben.

Zu berücksichtigen ist auch, dass der Gesetzgeber mit § 362 Nr. 5 StPO zwar eine Rechtskraftdurchbrechung zur Verfolgung unverjährbarer Straftaten erlaubt, aber mit § 51 BZRG gleichzeitig in diesem Zusammenhang oft wichtige Beweismittel für unverwertbar erklärt. Nach dieser Vorschrift sind Beweise im Zusammenhang mit tilgungsreifen Vorverurteilungen unverwertbar – auch wenn nunmehr der Vorwurf eines in § 362 Nr. 5 StPO aufgeführten Delikts in Rede steht. Solche tilgungsreifen „Vorstrafen und die mit ihr im Zusammenhang stehenden Ermittlungserkenntnisse stellen in der Praxis sehr häufig äußerst wichtige Beweismittel dar, die sich gerade bei der Aufklärung lange zurückliegender Taten nicht nur für die Tataufklärung als relevant, sondern im Unterschied zu anderen Beweismitteln auch als valide rekonstruierbar erweisen. Außerdem geben Vorverurteilungen oft Auskunft über die Persönlichkeit und die Lebensweise des Beschuldigten in einer spezifischen Lebensphase und stellen, selbst wenn kein direkter indizieller Zusammenhang zur Tat besteht, wichtige mittelbare Indizatsachen dar. [...] Nicht selten ergeben sich [...] sogar die ausschlaggebenden Beweisanzeichen aus dem Tatmuster bzw. dem modus operandi anderer Straftaten.“¹³³

Es besteht nach alledem Grund zur Annahme, dass nach § 362 Nr. 5 StPO wiederaufgenommene Prozesse häufig mit einem Freispruch enden werden.¹³⁴ Dies betrifft wohl auch die Konstellation der Nichterweislichkeit eines Mordmerkmals bei gleichzeitiger Erweislichkeit einer vorsätzlichen Tötung durch den Angeklagten. Allerdings ist die Gesetzeslage unklar. Dem durchaus berechtigten Hinweis in einer Stellungnahme zum Gesetzesentwurf in BTDrucks 19/30399, wegen § 373 Abs. 1 StPO dürfe der Beschuldigte nach Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO wegen Mordverdachts dann, wenn am Ende der erneuten Hauptverhandlung sich kein Mordmerkmal zur Überzeugung des Gerichts feststellen lässt, wegen Totschlags verurteilen, und der Gesetzgeber müsse, wenn er dies anders wolle, dies in § 373 StPO klarstellen,¹³⁵ ist keine gesetzgeberische Entscheidung gefolgt. Andererseits sprechen für einen Freispruch der Wortlaut von § 362 Nr. 5 StPO („wegen Mordes [...] verurteilt wird“) und der Umstand, dass die diesen Wiederaufnahmegrund aus Sicht des Gesetzgebers tragende Unverjährbarkeit der dort genannten Delikte für den einfachen Totschlag nach § 212

¹²⁸ *Isfen*, in: Oğlakcioğlu/Schuhr/Rückert, *Axiome des nationalen und internationalen Strafverfahrensrechts*, 2016, S. 37, 49.

¹²⁹ Vgl. etwa BTDrucks 19/30399, S. 2: „Diese neuen technischen Verfahren führen dazu, dass zum Zeitpunkt des betreffenden Strafverfahrens bereits vorhandene und den Ermittlungsbehörden bekannte Beweismittel neu ausgewertet werden können, mit denen ein Tatnachweis so sicher geführt werden kann, dass ein Festhalten an der Rechtskraft des freisprechenden Urteils einen unerträglichen Gerechtigkeitsverstoß darstellen würde.“

¹³⁰ Näher zur Fehleranfälligkeit der DNA-Analyse *Artkämper* StV 2017, 553, 555 ff.

¹³¹ *Marxen/Tiemann* ZIS 2008, 188, 191; *Pabst* ZIS 2010, 126, 129; *Frister/Müller* ZRP 2019, 101, 103.

¹³² *Marxen/Tiemann* ZIS 2008, 188, 193 f.

¹³³ *Bröckers* KriPoZ 2022, 15, 17.

¹³⁴ Vgl. *Bohn* Betrifft Justiz 2016, S. 182, 185; *Mansdörfer*, in: *Legal Tribune Online* vom 11. September 2015, abrufbar unter http://www.lto.de/persistent/a_id/16851 (abgerufen am 16. Mai 2023).

¹³⁵ Vgl. *Gärditz*, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu BTDrucks 19/30399, S. 2, <https://www.bundestag.de/resource/blob/848600/9936b15d9f8bb01892ff71409db0b46b/stellungnahme-gaerditz-data.pdf> (abgerufen am 16. Mai 2023); *Schuster*, in: *Löwe-Rosenberg*, StPO, 27. Aufl. (2022), § 362 Rn. 30; *Hoven* JZ 2021, 1154, 1162.

Abs. 1 StGB nicht greift.¹³⁶ Zwar dürfte dieses Ergebnis für das Gerechtigkeitsgefühl der Bevölkerung, in der die Vorstellung, Mord sei jede vorbedachte beziehungsweise mit Überlegung entsprechend einem Plan vorgenommene und Totschlag jede im Affekt begangene Tötung, nach wie vor verbreitet ist,¹³⁷ schwer vermittelbar sein. Warum aber die vom Gesetzgeber sehenden Auges geschaffene unklare Rechtslage zum Nachteil des Einzelnen aufzulösen sein soll, versteht sich nicht von selbst. Mag § 362 Nr. 5 StPO mit Sicht auf die von dieser Vorschrift erfassten Delikte noch hinreichend bestimmt sein, gilt ein anderes für das Zusammenspiel dieser Norm mit § 373 StPO. Insofern ist das Verfassungspostulat der Rechtsklarheit verletzt, das über die Bestimmtheit von Einzelnormen hinausgehend die Klarheit des Norminhalts und die Voraussehbarkeit der Ergebnisse der Normanwendung gerade auch im Hinblick auf das Zusammenwirken von Normen absichert.¹³⁸ An der aus Gründen der Rechtsklarheit geforderten Widerspruchsfreiheit des Zusammenspiels von Normen¹³⁹ fehlt es, weil der Gesetzgeber versäumt hat, den Widerspruch zwischen § 362 Nr. 5 StPO (nach erneuter Hauptverhandlung ist nur eine Verurteilung wegen der dort genannten Delikte zulässig oder der Angeklagte ist freizusprechen) und § 373 Abs. 1 StPO (nach erneuter Hauptverhandlung ist das Gericht nicht auf eine Verurteilung der in § 362 Nr. 5 StPO genannten Delikte beschränkt) aufzulösen. Dieses Versäumnis ist gravierend, zumal der Gesetzgeber im Gesetzgebungsverfahren auf diesen Widerspruch hingewiesen worden war.

6. Internationale Rechtsentwicklung

Wenn Befürworter der Neuregelung auf das englische Strafverfahrensrecht oder das 7. Zusatzprotokoll zur EMRK verweisen¹⁴⁰ und damit der Sache nach eine eindeutige internationale Rechtsentwicklung behaupten, führt dies in die Irre. Die internationalen Entwicklungstendenzen weisen keineswegs eindeutig in Richtung einer erleichterten ungünstigen Wiederaufnahme. Das Beispiel Frankreichs, wo die ungünstige Wiederaufnahme des Strafverfahrens ausnahmslos unzulässig (Art. 368 Code de procédure pénale) und diese Unzulässigkeit auch verfassungsrechtlich abgesichert ist,¹⁴¹ zeigt, dass öffentlichen Stimmungen durchaus standgehalten werden kann, ohne dass das Vertrauen der Allgemeinheit in die Justiz hieran Schaden nimmt. Auch in Frankreich gab es Fälle, in denen Jahrzehnte nach einem Freispruch DNA-Analysen auf eine Täterschaft des im früheren Verfahren Freigesprochenen hindeuteten und die darin gipfelten, dass 91 % der Franzosen damaligen Umfragen zufolge eine Lockerung des Wiederaufnahmerechts befürworteten. Am Ende hielt

der Gesetzgeber am absoluten Verbot der ungünstigen Wiederaufnahme fest.¹⁴²

Art. 4 Abs. 2 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK trägt die Erweiterung des § 362 StPO um Nr. 5 nicht. Die Vorschrift verbürgt den Satz *ne bis in idem* im Grundsatz mit ähnlicher Zielrichtung wie Art. 103 Abs. 3 GG, enthält aber anders als die Verfassungsnorm eine Schrankenregelung. Die Vorschrift schließt die Wiederaufnahme nicht aus, „falls neue oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen“:

“The provisions of the preceding paragraph shall not prevent the reopening of the case in accordance with the law and penal procedure of the State concerned, if there is evidence of new or newly discovered facts, or if there has been a fundamental defect in the previous proceedings, which could affect the outcome of the case.”

Es wäre indes schon im Ansatz verfehlt, die grundgesetzliche Schutznorm des Art. 103 Abs. 3 GG im Hinblick auf die Schrankenregelung des Art. 4 Abs. 2 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK einschränkend auszulegen. Denn zum einen hat die Bundesrepublik das 7. Zusatzprotokoll zur EMRK nicht ratifiziert, weswegen diesem insofern für die Bundesrepublik von vorneherein keine Bindungswirkung zukommt. Zum anderen reicht der Begriff der neuen Tatsachen oder Beweismittel in § 362 Nr. 5 StPO über den Gehalt des nach Art. 4 Abs. 1 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK zur Beschränkung des Satzes *ne bis in idem* Zulässigen hinaus. Nach der einschlägigen Rechtsprechung des EGMR sind Tatsachen „neu bekannt geworden“ („newly discovered“), wenn es sie im früheren Verfahren bereits gab, aber sie dem Gericht verborgen waren und sie erst nach dem Verfahren bekannt werden; sie sind „neu“ („new“), wenn sie erst nach dem Abschluss des früheren Verfahrens entstehen:

„[...] circumstances relating to the case which exist during the trial, but remain hidden from the judge, and become known only after the trial, are ‚newly discovered‘. Circumstances which concern the case but arise only after the trial are ‚new‘ [...].“¹⁴³

Weil für § 362 Nr. 5 StPO – wie auch für § 359 Nr. 5 StPO – schon genügt, dass Tatsachen oder Beweismittel in der früheren Hauptverhandlung nicht erörtert wurden und daher nicht zur Urteilsgrundlage gemacht werden konnte, es aber der Wiederaufnahme nach dieser Vorschrift nicht entgegensteht, wenn das Gericht im früheren Verfahren sehr wohl Kenntnis von diesen Tatsachen oder Beweismitteln hatte, würden zahlreiche Wiederaufnahmen nach § 362 Nr. 5 StPO auch gegen Art. 4 des 7. Zusatzprotokolls zur

¹³⁶ Eisele, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu BTDrucks 19/30399, S. 5, <https://www.bundestag.de/resource/blob/848326/7b398e9ecb912c0345208dd82c3fd5ba/stellungnahme-eisele-data.pdf> (abgerufen am 16. Mai 2023).

¹³⁷ Höcker, Lexikon der Rechtsirrtümer, S. 199; vgl. auch OLG Celle, Urteil vom 14. April 2016 – 5 U 121/15 – juris, Rn. 32.

¹³⁸ Vgl. BVerfGE 108, 52, 75; 110, 33, 53 f.

¹³⁹ BVerfGE 98, 106, 118 f.; 108, 169, 181 und 183; 119, 331, 366.

¹⁴⁰ Statt vieler Hörnle GA 2022, 184 f.

¹⁴¹ Näher Pohlreich, in: Bonner Kommentar, GG, Stand November 2018, Art. 103 Abs. 3 Rn. 18 m.w.N.

¹⁴² Eingehend zu Anlass und Gang der parlamentarischen Debatte in Frankreich Bayer, Die strafrechtliche Wiederaufnahme im deutschen, französischen und englischen Recht, 2019, S. 192 ff.

¹⁴³ EGMR, Urteil der Grand Chamber vom 8. Juli 2019 – 54012/10 (Mihalache v. Rumänien), § 131.

EMRK verstoßen, wenn dieser für die Bundesrepublik verbindlich wäre.

Vor allem aber ist jeder Versuch, Art. 103 Abs. 3 GG unter Hinweis auf die EMRK restriktiv zu verstehen, aber schon im Ansatz verfehlt, weil der internationale Menschenrechtsstandard nicht so interpretiert werden darf, dass er für eine Verkürzung des nationalen Grundrechtsschutzes erhalten kann. Gemäß Art. 7 des 7. Zusatzprotokolls in Verbindung mit Art. 53 EMRK ist ein weiterreichender Grundrechtsschutz nach nationalem Recht gerade konstitutiv geschützt. Dies ist auch im Wortlaut von Art. 4 des Zusatzprotokolls angelegt („Wiederaufnahme des Verfahrens nach dem Gesetz [...] des betreffenden Staates“). Es ist gerade nicht Sinn der Konventionsverbürgungen, zur Rechtfertigung für eine Schmälerung des nationalen Grundrechtsschutzes herzuhalten, sondern vielmehr, einen Mindeststandard für das gesamte Konventionsgebiet zu etablieren.¹⁴⁴

Aus diesem Grunde wäre es – anders als bei einem auf eine Grundrechtsschutzerweiterung zielenden Blick auf die internationale Entwicklung¹⁴⁵ – auch verfehlt, eine etwaige restriktive Entwicklung der Interpretation und Anwendung des Satzes ne bis in idem im Bereich der Konventionsstaaten oder sogar noch darüber hinaus mit Verweis auf nicht durch die Konvention gebundene Staaten als Begründung für eine restriktive Neuinterpretation des Art. 103 Abs. 3 GG heranzuziehen. Sicher ist ein Blick auf internationale Entwicklungen sinnvoll, wenn es um die Stärkung des nationalen Grundrechtsschutzes geht.¹⁴⁶ Eine restriktive Neuinterpretation der deutschen Grundrechtsordnung im Hinblick auf internationale Schutzregime mit einem niedrigeren Schutzniveau wäre aber grundsätzlich und besonders für die historisch aufgeladene Norm des Artikel 103 Absatz 3 GG nicht vertretbar.

II. Rückwirkungsverbot (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG)

§ 362 Nr. 5 StPO bewirkt, soweit die Vorschrift auch vor ihrem Inkrafttreten in Rechtskraft erwachsene Freisprüche erfasst, eine echte Rückwirkung. Zwar lässt sich dem Wortlaut der Vorschrift keine klare Aussage zu ihrem intertemporalen Anwendungsbereich entnehmen. Da der Gesetzgeber bei Einführung von § 362 Nr. 5 StPO aber gerade den Fall des Beschwerdeführers vor Augen hatte und ermöglichen wollte, diesen mit dem neuen Wiederaufnahmegrund erneuter Strafverfolgung zuzuführen, ist davon auszugehen, dass die Vorschrift durchaus auf Fälle

anwendbar ist, in denen der Freispruch vor dem 30. Dezember 2021, dem Datum des Inkrafttretens von § 362 Nr. 5 StPO, rechtskräftig geworden war. Der in dieser Beziehung offene Wortlaut der Norm lässt diese Auslegung zu.

1. Echte Rückwirkung

So verstanden entfaltet § 362 Nr. 5 StPO eine echte Rückwirkung.¹⁴⁷ Der hierfür vorauszusetzende ändernde Eingriff in einen abgeschlossenen Sachverhalt¹⁴⁸ ist hier darin zu sehen, dass § 362 Nr. 5 StPO seinem Wortlaut und Zweck nach bewirkt, die vor Inkrafttreten dieser Norm eingetretene Rechtskraft von Freisprüchen unter den dort genannten Voraussetzungen zu überwinden. Bisher konnten die von § 362 Nr. 5 StPO Betroffenen darauf vertrauen, dass eine Wiederaufnahme nur unter den Voraussetzungen von § 362 Nr. 1 bis 4 StPO zulässig ist. Schon weil die Möglichkeit außerordentlicher Rechtsbehelfe, wie des Antrags auf Wiederaufnahme des Verfahrens, den Eintritt der Rechtskraft nicht hindert,¹⁴⁹ macht die bloße Möglichkeit der Wiederaufnahme aus dem mit dem Freispruch rechtskräftig abgeschlossenen Strafverfahren, also einem abgeschlossenen Sachverhalt, keinen noch laufenden, zumal Art. 103 Abs. 3 GG den mit dem Freispruch bewirkten Verfahrensabschluss vorbehaltlos mit Verfassungskraft schützt und die Wiederaufnahmevorschrift in § 362 StPO als Ausnahme konzipiert ist.¹⁵⁰

2. Keine absehbare Neuregelung

Diesem Vertrauen, für das die Rechtsordnung mit der früheren Gesetzeslage selbst die Grundlage geschaffen hat, entzieht die Neuregelung nachträglich und von den Betroffenen unerwartet den Boden. Die im Schrifttum vereinzelt vertretene Auffassung, alle von § 362 Nr. 5 StPO betroffenen Freigesprochenen hätten schon vor der Reform mit einer Wiederaufnahme rechnen müssen, weil § 362 StPO allgemein klarstelle, dass jedes rechtskräftige Strafurteil unter dem Vorbehalt exzeptioneller Wiederaufnahmegründe stehe,¹⁵¹ ist lebensfern und wird der orientierungsgebenden Funktion des gesetzten Verfahrensrechts nicht gerecht.

Dem Vertrauen der Betroffenen in die Rechtskraft ihrer Freisprüche und in die Möglichkeit einer ungünstigen Wiederaufnahme nur unter den Voraussetzungen von § 362 Nr. 1 bis 4 StPO wurde auch nicht dadurch die Grundlage entzogen, dass die Erweiterung des § 362 StPO seit Jahrzehnten wiederholt Gegenstand von –

¹⁴⁴ Thienel, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, 3. Aufl. 2022, Art. 53 Rn. 2.

¹⁴⁵ Hierzu etwa BVerfGE 157, 30; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 9. Dezember 2021 – 2 BvR 1789/16 –, juris, Rn. 18 f.

¹⁴⁶ Exemplarisch BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 24. März 2021 – 1 BvR 2656/18 – oder BVerfG, Beschluss vom 9. Dezember 2021 – 2 BvR 1789/16.

¹⁴⁷ Aust/Schmidt ZRP 2020, 251, 254; Eichhorn KriPoZ 2021, 358, 361; Kuhli/May GA 2022, 37, 50; Gerson StV 2022, 124, 126; Schuster, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2022), § 362 Rn. 28; vgl. auch Bohn, Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten vor dem

Hintergrund neuer Beweise, S. 269 f.; Pabst ZIS 2010, 126, 130; Wissenschaftlicher Dienst des Bundestages, WD 7 – 3000 – 121/16, S. 13; Kubiciel GA 2021, 380, 394.

¹⁴⁸ BVerfGE 132, 302, 318; 148, 217, 255.

¹⁴⁹ Kühne, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2006), Einl. Abschn. K Rn. 69.

¹⁵⁰ Vgl. Kaspar GA 2022, 21, 34.

¹⁵¹ Gärditz, Stellungnahme zur öffentlichen Anhörung des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz zu BTDrucks 19/30399, S. 7, <https://www.bundestag.de/resource/blob/848600/9/936b15d9f8bb01892ff71409db0b46b/stellungnahme-gaerditz-data.pdf> (abgerufen am 16. Mai 2023).

überwiegend gescheiterten – Gesetzesinitiativen war. Zwar entfällt schutzwürdiges Vertrauen in die geltende Rechtslage bereits dann, wenn mit einer Neuregelung ernsthaft zu rechnen ist.¹⁵² Die zur Vertrauensbeseitigung erforderliche hohe Wahrscheinlichkeit, mit der die Rechtsänderung absehbar gewesen sein muss, besteht grundsätzlich erst mit dem Gesetzesbeschluss.¹⁵³

Soweit – wohlbemerkt nur für die hier nicht einschlägige unechte Rückwirkung – ausnahmsweise genügen soll, dass ein initiativberechtigtes Organ einen Gesetzentwurf in den Bundestag einbringt,¹⁵⁴ ist zu bedenken, dass die Gesetzesinitiativen sich zwar auf die Einführung einer ungünstigen Wiederaufnahme propter nova bezogen, aber insbesondere an das neue Erkenntnismittel unterschiedliche Anforderungen stellten:

- In BTDrucks 12/6219, S. 3 und BTDrucks 13/3594, S. 3 ging es um „neue Tatsachen oder Beweismittel [...], die allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen **jeden begründeten Zweifel ausschließen**, daß der Angeklagte in einer neuen Hauptverhandlung der Begehung eines **Mordes (§ 211 StGB) oder Völkermordes (§ 220a StGB)** überführt werden wird.“
- In BTDrucks 16/7957, S. 5 sowie in BRDrucks 222/10, S. 7 sollte die ungünstige Wiederaufnahme zugelassen werden, „wenn **auf der Grundlage neuer, wissenschaftlich anerkannter technischer Untersuchungsmethoden**, die bei Erlass des Urteils, in dem die dem Urteil zu Grunde liegenden Feststellungen letztmalig geprüft werden konnten, nicht zur Verfügung standen, neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit den früheren Beweisen **zur Überführung des Freigesprochenen“ wegen „vollendeten Mordes (§ 211 des Strafgesetzbuchs), Völkermordes (§ 6 Abs. 1 Nr. 1 des Völkerstrafgesetzbuchs), des Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 des Völkerstrafgesetzbuchs) oder Kriegsverbrechens gegen eine Person (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 des Völkerstrafgesetzbuchs) oder wegen der mit lebenslanger Freiheitsstrafe zu ahndenden vollendeten Anstiftung zu einer dieser Taten“ geeignet sind.**

Mit § 362 Nr. 5 StPO vergleichbar sind indessen nur die ersten beiden Gesetzesinitiativen. Ihr Scheitern durfte das Vertrauen der Betroffenen in den Fortbestand der früheren Rechtslage bestärken. Hieran änderten auch die im Jahr 2007 mit BTDrucks 16/7957 und im Jahr 2010 mit BRDrucks 222/10 unternommenen Anläufe nichts, weil sie den Kreis der wiederaufnahmebegründenden neuen Erkenntnismittel auf Früchte des kriminaltechnischen Fortschritts beschränkten und weil auch sie scheiterten. Frühestens mit dem Gesetzesentwurf BTDrucks 19/30399

hätte also mit einer Verschlechterung der Rechtslage gerechnet werden müssen, wobei wiederum nach der Vielzahl von gescheiterten Initiativen bezweifelt werden darf, ob wirklich „ernsthaft“ mit deren Erfolg zu rechnen war, zumal die vergangene Regierungskoalition das Thema auf die lange Bank geschoben und erst in den letzten Tagen des letzten Bundestages erledigt hat.

3. Kein zwingender Gemeinwohlbelang

Die empirisch nicht valide fundierte und damit rein spekulative Annahme, das Vertrauen der Allgemeinheit in die Integrität der Rechtsordnung nähme ohne den neuen Wiederaufnahmegrund Schaden, weswegen ein die echte Rückwirkung rechtfertigender zwingender Gemeinwohlbelang verfolgt würde, greift nicht durch. Wenn die Mütter und Väter des Grundgesetzes mit Art. 103 Abs. 3 GG in der Abwägung zwischen Rechtskraft und Gerechtigkeit klar für den Vorrang der Rechtskraft eingeräumt haben,¹⁵⁵ kann der Umgelegenheit dieses Abwägungsergebnisses für die von § 362 Nr. 5 StPO betroffenen Fälle nicht die Eigenschaft als zwingender Gemeinwohlbelang zugesprochen werden.¹⁵⁶ Bei der Beurteilung, ob eine echte Rückwirkung ausnahmsweise zulässig ist, sind über die Grundsätze des Vertrauensschutzes und der Rechtssicherheit hinaus auch die von der Rückwirkung beeinträchtigten Grundrechtspositionen zu berücksichtigen.¹⁵⁷

III. Schlussfolgerungen

Eine Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO kann nicht den Anspruch erheben, materielle Gerechtigkeit herzustellen, weil für eine solche Wiederaufnahme schon der Verdacht bestimmter Straftaten genügt. Die Strafrechtspflege richtet hier realen Schaden an, ohne sicher zu wissen oder auch nur sicher wissen zu können, ob der frühere Freispruch auch tatsächlich zu Unrecht erfolgt war. Die Idee, man könne diesmal ein besseres – also materiell gerechteres – Ergebnis erzielen, ist realitätsfern, weil sich typischerweise die Beweislage zwischenzeitlich verschlechtert und hat damit das Risiko von Fehlurteilungen zugenommen. Eine Strafrechtspflege, die dieses Fehlurteilsrisiko sehenden Auges hinnimmt und dem Freigesprochenen, der ja bereits ein Verfahren durchlaufen hat, die erheblichen Belastungen weiterer Strafverfahren zumutet, ohne Gewissheit über die Berechtigung dieses Annehmens haben zu können, ist kurzsichtig.

Selbst unterstellt, der Freispruch wäre aus tatsächlichen Gründen zu Unrecht erfolgt, gibt die Schwere der Katalogtaten nach § 362 Nr. 5 StPO keinen Anlass zur Überwindung der Rechtskraft. Im Gegenteil: Die Schwere der Katalogtaten verlangt gerade nach besonderem Schutz der Rechtskraft. Rechtskraft soll Rechtsfrieden schaffen; weil aber Schwere der Katalogtaten den Rechtsfrieden besonders empfindlich stört, besteht gerade hier ein besonderer Bedarf nach Rechtskraft. Denn das erst späte Auftauchen neuer Erkenntnisse ist bei § 362 Nr. 5 StPO grundsätzlich niemandem vorzuwerfen. Bei den herkömmlichen

¹⁵² BVerfGE 126, 369, 396.

¹⁵³ BVerfGE 72, 200, 262; stRspr.

¹⁵⁴ Vgl. BVerfGE 127, 31, 50; 132, 302, 324 f.; 145, 20, 98.

¹⁵⁵ S. die Nachweise in Fußnote 66.

¹⁵⁶ Aust/Schmidt ZRP 2020, 251, 254.

¹⁵⁷ BVerfGE 72, 200, 242.

Wiederaufnahmegründen ist das anders. § 362 Nr. 1 bis 3 StPO betreffen strafbare Vorgänge. Hier lässt sich ein Vorwurf an den Staat begründen: Die strafbaren Vorgänge sind im früheren Verfahren unerkannt geblieben und auch die Strafgesetzgebung vermochte sie nicht zu verhindern. Bei Nr. 4 StPO tritt die Rechtskraft zurück, weil der

Angeklagte mit seinem glaubhaften Geständnis den Rechtsfrieden selbst stört. Hier gibt er selbst Anlass für die Überwindung der Rechtskraft. Das Auftauchen neuer Tatsachen oder Beweismittel ist dagegen schicksalhaft, es ist niemandem anzulasten.

Aufsätze und Anmerkungen

§ 362 Nr. 5 StPO – Stellt der Gesetzgeber so wirklich materielle Gerechtigkeit her?

Von cand. iur. Tom Priebornig, Würzburg*

Kurz vor Ende der letzten Legislaturperiode hat der Bundestag das „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ verabschiedet. Im Zentrum steht dabei die Regelung des § 362 Nr. 5 StPO: Danach ist die Wiederaufnahme eines rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens möglich, wenn auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel dringende Gründe dafürsprechen, dass der Freigesprochene wegen Mordes oder anderer unverjährbarer Delikte aus dem Völkerstrafrecht verurteilt wird. Im Ergebnis hat der Gesetzgeber den Katalog der Wiederaufnahmegründe eines rechtskräftig abgeschlossenen Verfahrens damit zu Lasten des Verurteilten erweitert. Aus Wissenschaft und Praxis wurden gegen die Einführung des § 362 Nr. 5 StPO bereits frühzeitig verfassungsrechtliche Bedenken angemeldet. Obwohl der Bundespräsident jedenfalls einige Zweifel an der Vereinbarkeit der Neuregelung mit dem Grundgesetz teilte,¹ unterzeichnete er das Gesetz, das somit in Kraft treten konnte. Eine nähere Betrachtung der Vorschrift des § 362 Nr. 5 StPO vor dem Hintergrund ihrer Entstehungsgeschichte (I), Tatbestandsvoraussetzungen (II) und gesetzgeberischen Zielsetzung (III) ergibt, dass die Neuregelung sowohl gegen das Verbot der Mehrfachverfolgung (Art. 103 Abs. 3 GG, dazu IV 1) als auch gegen das Rückwirkungsverbot (Art. 2 Abs. 1 i. V. m. Art. 20 Abs. 3 GG, dazu IV 2) verstößt. Darüber hinaus sind mit der Regelung schwerwiegende Probleme für die strafprozessuale Praxis verbunden (IV 3).

I. Entstehungsgeschichte der Norm

Im Fokus der bereits seit geraumer Zeit geführten Diskussion² um eine Erweiterung der Wiederaufnahmegründe des § 362 StPO zu Lasten des Betroffenen stehen Fälle, in denen der mutmaßliche Täter bereits in einer Hauptverhandlung vom Mordvorwurf freigesprochen wurde, nun aber neue Beweismittel oder Tatsachen (insbesondere DNA-Beweismittel) die Täterschaft des Freigesprochenen nahelegen.³ In der Öffentlichkeit erregte der Fall Frederike von Möhlmann⁴ größere Aufmerksamkeit:⁵ Der Beschuldigte Ismet H. wurde verdächtigt, im Jahre 1981 das zu diesem Zeitpunkt 17-jährige Mädchen Frederike von Möhlmann vergewaltigt und ermordet zu haben.⁶ Von diesem Mordvorwurf wurde er im Jahr 1983 rechtskräftig freigesprochen.⁷ Die modernen technischen Möglichkeiten der DNA-Analyse haben allerdings im Jahr 2012 ergeben, dass Ismet H. möglicher Verursacher einer Sekretspur im Slip der Getöteten sein könnte.⁸ Angesichts der Rechtskraft des Freispruchs konnte jedoch kein neues Verfahren eröffnet werden. Die Vorschrift des § 362 StPO sah in seiner Fassung vor Inkrafttreten des „Gesetzes zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“⁹ eine derartige Wiederaufnahmemöglichkeit nicht vor.¹⁰ Die Schaffung des § 362 Nr. 5 StPO ist unter anderem auf eine Onlinepetition von

* Der Verfasser ist studentischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht, Rechtstheorie, Informationsrecht und Rechtsinformatik an der Universität Würzburg (Prof. Dr. Dr. Eric Hilgendorf).

¹ www.bundespraesident.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2021/12/211222-Gesetzesausfertigung-StPO-362.html (zuletzt aufgerufen am 07.03.2023).

² Rieß NStZ 1994, 153, 159; BT-Drucks. 12/6219, 3 (1993); BT-Drucks. 16/7957 (2008); Kaspar GA 2022, 21.

³ Kaspar GA 2022, 21; Eichhorn KriPoZ 2021, 357.

⁴ Hoven JZ 2021, 1154, 1159.

⁵ Siehe <https://www.ndr.de/fernsehen/sendungen/panorama3/Mordfall-Frederike-Was-ist-ein-Freispruch-wert,mordfall198.html> (zuletzt aufgerufen am 13.03.2023);

<https://www.spiegel.de/panorama/justiz/mordfall-frederike-von-moehlmann-ein-vater-kaempft-und-kaempft-a-1083877.html> (zuletzt aufgerufen am 13.03.2023).

⁶ <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/frederike-von-moehlmann-mutmasslicher-moerder-ist-wieder-frei-a-be89e3e6-816d-42fa-b578-86eff3079525> (zuletzt aufgerufen am 13.03.2023).

⁷ Jahn JuS 2022, 554; <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/frederike-von-moehlmann-mutmasslicher-moerder-ist-wieder-frei-a-be89e3e6-816d-42fa-b578-86eff3079525> (zuletzt aufgerufen am 13.03.2023).

⁸ Jahn JuS 2022, 554.

⁹ BGBl. I S. 5252.

¹⁰ Jahn JuS 2022, 554.

Hinterbliebenen der *Frederike von Möhlmann* zurückzuführen.¹¹ Nach Inkrafttreten der neuen Regelung wurde ein neues Verfahren gegen Ismet H. vor dem LG Verden angestrengt, der sich seitdem jedoch gegen eine neue Hauptverhandlung und drohende Verurteilung insbesondere mit dem Mittel der Verfassungsbeschwerde zur Wehr setzt (Az. 2 BvR 900/22).¹² Die Vereinbarkeit des Wiederaufnahmegrunds mit dem Grundgesetz stellt den Mittelpunkt der juristischen Diskussion dar (siehe unten IV 1 und 2). Problematisch sind in diesem Zusammenhang allerdings auch eine Vielzahl praktischer strafprozessualer Aspekte (siehe unten IV 3). Schon frühere Reformvorhaben des § 362 StPO waren an verfassungsrechtlichen Zweifeln im Zusammenhang mit dem *ne bis in idem*-Grundsatz, Art. 103 Abs. 3 GG gescheitert.¹³

II. Tatbestandsvoraussetzungen des § 362 Nr. 5 StPO

Die Regelung des § 362 Nr. 5 StPO setzt für eine Wiederaufnahme voraus, dass sich aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel dringende Gründe ergeben, die dafür sprechen, dass es in einer erneuten Hauptverhandlung zu einer Verurteilung des zuvor Freigesprochenen wegen Mordes oder anderer unverjährbarer Taten aus dem Völkerstrafrecht kommen wird.¹⁴

1. Neue Tatsachen und Beweismittel

Die Begrifflichkeiten der neuen Tatsachen oder Beweismittel sollen nach dem Willen des Gesetzgebers identisch mit deren Bedeutung bei § 359 Nr. 5 StPO sein.¹⁵ Ein Unterschied ergibt sich allerdings dahingehend, dass nur *nachträglich* verfügbare Tatsachen und Beweismittel vom Anwendungsbereich des § 362 Nr. 5 StPO umfasst sein sollen, während § 359 Nr. 5 StPO auch Tatsachen und Beweise zulässt, die zum damaligen Zeitpunkt bereits vorlagen, aber aus anderen Gründen von dem zuständigen Gericht nicht verwertet wurden.¹⁶

2. Dringende Gründe

Aus den neuen Tatsachen oder Beweismitteln müssen sich „dringende Gründe“ ergeben, die eine spätere Verurteilung nahelegen.¹⁷ Im Wege dieses erhöhten Verdachtsgrads soll eine zusätzliche Hürde geschaffen werden, die

dem dringenden Tatverdacht gem. § 112 Abs. 1 StPO entspricht.¹⁸ Allerdings ist zu bemerken, dass die günstige Wiederaufnahme gem. § 359 Nr. 5 StPO bereits ohne ein solches Kriterium äußerst restriktiv gehandhabt wird.¹⁹ Es erscheint daher zweifelhaft, ob die Voraussetzung „dringender Gründe“ tatsächlich eine zusätzlich Hürde schafft oder nicht vielmehr lediglich theoretischer Natur bleibt.²⁰

3. Freispruch

Der Wortlaut des § 362 Nr. 5 StPO setzt außerdem einen früheren Freispruch voraus. Eine fehlerhafte Verurteilung kann demnach nicht über die neue Vorschrift korrigiert werden.²¹ Kam es in dem früheren Verfahren über die Tat zu einer mildernden Strafe, bspw. wegen Totschlags (§ 212 StGB) oder gar lediglich gefährlicher Körperverletzung (§ 224 StGB), so kann die Rechtskraft eines solchen Urteils nicht im Wege des § 362 Nr. 5 StPO erschüttert werden.²²

III. Gesetzgeberische Zielsetzung

Nach der Gesetzesbegründung soll mit § 362 Nr. 5 StPO eine Möglichkeit geschaffen werden, Personen die schwerste Straftaten begangen haben einem neuen Verfahren zuzuführen. Damit wird bezweckt, das für die Durchsetzung von Gerechtigkeit erforderliche²³ Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in die Funktionsfähigkeit der Strafjustiz zu stärken.²⁴ Neue Tatsachen oder Beweismittel mit hoher Aussagekraft, die einen entsprechend schweren Verdacht erneuern, sollen einen solchen auch aufklären dürfen.²⁵ Übergeordnetes Ziel ist die Herstellung materieller Gerechtigkeit. Der Gesetzgeber leitet seinen Auftrag insoweit insbesondere aus dem mutmaßlichen gesellschaftlichen Willen und mutmaßlich sehr großen Zustimmungswerten zu etwaigen Reformvorhaben ab.²⁶

Vermeintlich repräsentative Umfragen, die die Zustimmung der Bevölkerung zur Erweiterung der ungünstigen Wiederaufnahme widerspiegeln sollen, lassen jedoch regelmäßig die Perspektive der Freigesprochenen vermissen und richten ihre Fragestellung in erster Linie auf die Opferperspektive.²⁷ Darüber hinaus ist darauf hinzuweisen, dass im Zusammenhang mit der materiellen Gerechtigkeit bereits nicht unerhebliche terminologische Unschärfen bestehen.²⁸ Zwar ist der Begriff der materiellen Gerechtigkeit im Grundsatz anerkannt,²⁹ an einer allgemeingültigen

¹¹ *Jahn JuS* 2022, 554.

¹² <https://www.lto.de/recht/nachrichten/n/wiederaufnahmestrafverfahren-mord-verfassungsbeschwerde-frederike-moehlmann-bverfg-olg-celle/> (zuletzt aufgerufen am 13.03.2023).

¹³ *Lenk StV* 2022, 118; *Kaspar GA* 2022, 21, 22; *Aust/Schmidt ZRP* 2020, 251.

¹⁴ *BT-Drucks.* 19/30399, 5.

¹⁵ *BT-Drucks.* 19/30399, 10.

¹⁶ *Kaspar GA* 2022, 21, 23.

¹⁷ *Kaspar GA* 2022, 21, 23.

¹⁸ *BT-Drucks.* 19/30399, 10; *Kaspar GA* 2022, 21, 23.

¹⁹ *Kaspar GA* 2022, 21, 23; vgl. *Clausing NStZ* 2020, 644, 645; *Hirschberg*, Das Fehlurteil im Strafprozeß, Zur Pathologie der Rechtsprechung, Kohlhammer Verlag, Stuttgart 1960.

²⁰ *Kaspar GA* 2022, 21, 23

²¹ *BT-Drucks.* 19/30399, 10.

²² *BT-Drucks.* 19/30399, 10; *Lenk StV* 2022, 118, 122; *Kaspar GA* 2022, 21, 23.

²³ *BVerfGE* 122, 248, 272.

²⁴ *BT-Drucks.* 19/30399, 10; *Singelstein NJW* 2022, 1058, 1059; *Kubiciel* Stellungnahme im BT zur Änderung der StPO, Ausschussdrucksache 19(6)280, 6.

²⁵ *Kubiciel* Stellungnahme im BT zur Änderung der StPO, Ausschussdrucksache 19(6)280, 2.

²⁶ Vgl. *Pohlreich* Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 12. Die Stellungnahme für die FDP und die Grünen stellte Prof. Pohlreich dem Verfasser auf Anfrage zur Verfügung. Sie ist in diesem Heft abgedruckt.

²⁷ *Pohlreich* Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 12.

²⁸ Ähnlich *Kaspar GA* 2022, 21, 30.

²⁹ *BVerfGE* 7, 89, 92; *Grünwald ZStW* 120 2008, 545, 547.

Definition von Gerechtigkeit vermag sich jedoch kaum einer überhaupt zu versuchen. Dies hat gute Gründe: Das Verständnis von Gerechtigkeit ist stark abhängig vom Blickwinkel des konkreten Betrachters im jeweiligen Einzelfall und wird auch nicht zuletzt von kulturellen Prägungen beeinflusst, womit eine Verallgemeinerung der Begrifflichkeit kaum möglich sein dürfte. Ob sich materielle Gerechtigkeit und Rechtssicherheit überhaupt zwangsläufig gegensätzlich gegenüberstehen müssen³⁰ erscheint jedenfalls zweifelhaft. Vor dem Hintergrund der hier beleuchteten Problematik erscheint es nicht abwegig, den Vorrang der Rechtssicherheit gleichzeitig auch als Aspekt der materiellen Gerechtigkeit zu werten.³¹ Schließlich könnte der materiellen Gerechtigkeit auch damit gedient sein, dass sich ein rechtskräftig Freigesprochener nicht einem erneuten Prozess gegen seine Person hingeben muss oder gar dem Risiko einer nachträglichen Falschverurteilung. Dass die Gesetzesbegründung den Begriff für die Gesellschaft gewissermaßen vordefiniert und so für seine vermeintlich edlen Bestrebungen heranzieht, erscheint vor diesem Hintergrund nahezu anmaßend.

Weiter argumentiert die Gesetzesbegründung damit, dass bereits der Freispruch in einem einzigen Verfahren das Vertrauen der Rechtsgemeinschaft in die Strafrechtspflege erschüttern könne,³² wie es an dem Fall der Frederike von Möhlmann erkennbar sei.³³ Außerdem erfordere ein Menschenleben als höchstes Gut der Rechtsordnung einen umfassenden Schutz.³⁴ Die ausgewählten Katalogtaten der neuen Vorschrift sollen diesen „unerträglichen Gerechtigkeitsverstoß“ im Vergleich zu minder schwerer Kriminalität widerspiegeln.³⁵ Schließlich postuliere das Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) gerade die Herbeiführung materieller Gerechtigkeit.³⁶

IV. Verfassungsrechtliche und strafprozessuale Bedenken

1. Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG

a) Grundlagen der Zulässigkeit von Wiederaufnahmegründen zu Lasten des Verurteilten

Weitgehende Einigkeit besteht darüber, dass Erweiterungen der Wiederaufnahmegründe zuungunsten des Verurteilten – wenn überhaupt – nur insoweit zulässig sind, als

sie nicht in den Kernbereich des Art. 103 Abs. 3 GG eingreifen und nur sog. „Grenzkorrekturen“ darstellen.³⁷ Insofern ist zu beachten, dass das Doppelbestrafungsverbot des Art. 103 Abs. 3 GG nach h.M. auch ein Verbot wiederholter Strafverfolgung in derselben Sache enthält, soweit der Betroffene rechtskräftig von dem in Rede stehenden Vorwurf freigesprochen wurde.³⁸ Die Vorschrift des Art. 103 Abs. 3 GG schützt den Freigesprochenen in dessen Vertrauen auf die Rechtskraft des Urteils mit Rang eines grundrechtsgleichen Rechts.³⁹

b) Gesetzesbegründung: § 362 Nr. 5 StPO als reine Grenzkorrektur

Nach der Gesetzesbegründung greift § 362 Nr. 5 StPO nicht in den Kerngehalt des Art. 103 Abs. 3 GG ein.⁴⁰ So sei der Anwendungsbereich der neuen Regelung auf einen eng abgegrenzten Bereich schwerster Straftaten beschränkt.⁴¹ Darüber hinaus seien nicht alle neuen Tatsachen und Beweismittel geeignet die Rechtskraft aufzuheben, sondern nur solche, die eben dringende Gründe für eine nachträgliche Verurteilung nahelegen.⁴² Dadurch werde den Interessen des Freigesprochenen hinreichend Rechnung getragen.⁴³ Es sei überdies zu erwarten, dass durch Weiterentwicklungen der digitalen Forensik zukünftig viele weitere abgeurteilte Fälle aufkommen könnten, in denen nachträglich eine Täterschaft beweisbar wird.⁴⁴ Die aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG abgeleitete Forderung nach materieller Gerechtigkeit, könne dem Art. 103 Abs. 3 GG hier als kollidierendes Verfassungsrecht entgegengehalten werden und einer Abwägung zugänglich machen.⁴⁵

Die in der Gesetzesbegründung angeführten Argumente, § 362 Nr. 5 StPO als eine bloße Grenzkorrektur einzuordnen, vermögen aus mehreren Gründen nicht zu überzeugen, wie aus den nachfolgenden Ausführungen deutlich wird.

c) Grundsätzliche Abwägungsentscheidung im Grundgesetz zu Gunsten von Rechtsfrieden und Rechtssicherheit

Zunächst ist auf die Abwägungsentscheidung des Grundgesetzgebers hinzuweisen, wonach Art. 103 Abs. 3 GG die materielle Gerechtigkeit hinter der Rechtssicherheit

³⁰ Vgl. *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG; 62. EL (2022), § 79 Rn. 2.

³¹ Treffende Darstellung des Art. 103 Abs. 3 GG als Ausformung der materiellen Gerechtigkeit *Gerson StV* 2022, 124, 128.

³² Kritisch *Kaspar GA* 2022, 21, 32.

³³ BT-Drucks. 19/30399, 10; vgl. *Hoven JZ* 2021, 1155, 1162.

³⁴ BT-Drucks. 19/30399, 9; *Kubiciel* Stellungnahme im BT zur Änderung der StPO, Ausschussdrucksache 19(6)280, 7.

³⁵ BT-Drucks. 19/30399, 9; *Hoven JZ* 2021, 1162.

³⁶ BVerfGE 133, 168; BVerfGE 7, 89, 92.

³⁷ Vgl. BVerfGE 56, 22, 34 f.; *Singelstein NJW* 2022, 1058, 1059; *Jahn JuS* 2022, 554, 555; *Kubiciel* Stellungnahme im BT zur Änderung der StPO, Ausschussdrucksache 19(6)280, 6.

³⁸ BVerfGE 12, 62, 66; *Schulze-Fielitz*, in: Dreier, GG, 3. Aufl. (2018), Art. 103 Abs. 3 Rn. 25; *Jahn JuS* 2022, 554, 555; *Jansen/Hoppen JuS* 2021, 1132; *Bung HRRS* 2022, 109, 110.

³⁹ *Kaspar GA* 2022, 21, 22; *Kment*, in: Jarass/Piero, GG, 17. Aufl. (2022), Art. 103 Rn. 95; *Slognsnat ZStW* 2021, 741, 760; *Bung HRRS* 2022, 109, 110; *Jahn JuS* 2022, 554, 555; *Aust/Schmidt ZRP* 2020, 251.

⁴⁰ *Kubiciel* Stellungnahme im BT zur Änderung der StPO, Ausschussdrucksache 19(6)280, 6.

⁴¹ Dazu kritisch *Jahn JuS* 2022, 554, 555; *Singelstein NJW* 2022, 1058, 1059.

⁴² *Kubiciel* Stellungnahme im BT zur Änderung der StPO, Ausschussdrucksache 19(6)280, 7.

⁴³ *Hoven JZ* 2021, 1155, 1162.

⁴⁴ BT-Drucks. 19/30399, 2.

⁴⁵ *Schweiger ZfStW* 2022, 397; *Aust/Schmidt ZRP* 2020, 251, 253.

zurückstehen lässt.⁴⁶ Die Einzelfallgerechtigkeit – welche mit § 362 Nr. 5 StPO maßgeblich bezweckt wird⁴⁷ – muss nach der grundsätzlichen Wertungsentscheidung des Grundgesetzes hinter dem Rechtsfrieden und der Rechtssicherheit zurücktreten.⁴⁸ Dies ergibt sich auch aus § 79 Abs. 2 S. 1 BVerfGG, der die gesetzgeberische Entscheidung noch verdeutlicht.⁴⁹ Die Regelung des § 79 Abs. 2 S. 1 BVerfGG stellt die Rechtssicherheit über die materielle Gerechtigkeit, indem für die Nichtigerklärung einer Norm durch das BVerfG grundsätzlich keine Konsequenzen für früher vollzogene Rechtsbeziehungen angeordnet werden.⁵⁰ Daraus folgt, dass Rechtssicherheit und materielle Gerechtigkeit womöglich zwar einer gegenseitigen Abwägung zugänglich; die materielle Gerechtigkeit im Einzelfall jedoch erheblich überwiegen muss, um eine Entscheidung zugunsten jener zu rechtfertigen. Andernfalls wäre auch nicht begreiflich zu machen, weshalb die Wiederaufnahme zuungunsten des Verurteilten engeren Voraussetzungen unterfällt als die zu seinen Gunsten.⁵¹

d) Umkehrung des Regel-Ausnahme-Verhältnisses von Art. 103 Abs. 3 GG und § 362 StPO

In diesem Zusammenhang fällt auf, dass sich § 362 Nr. 5 StPO gerade nicht in die verfassungsrechtliche Systematik des Wiederaufnahmerechts einfügen lässt. Art. 103 Abs. 3 GG – *ne bis in idem* – sollte historisch eben jene erneute Strafverfolgung verhindern, wobei die Belastung des Einzelnen durch den Strafprozess bislang stärker gewichtet wurde als die Strafverfolgung um jeden Preis.⁵² Die übrigen Wiederaufnahmegründe nach § 362 Nr. 1–4 StPO sind dem Angeklagten selbst zuzurechnen, während sich § 362 Nr. 5 StPO mittels neuer Tatsachen oder Beweise auf technischen Fortschritt und neue naturwissenschaftliche Erkenntnisse stützt.⁵³ Dies ist verfassungsrechtlich problematisch: Durch die Schaffung von § 362 Nr. 5 StPO wird nämlich das bislang bestehende Regel-Ausnahme-Verhältnis von § 362 StPO zu Art. 103 Abs. 3 GG sehr zum Nachteil des Vertrauensschutzes verschoben oder gar ins Gegenteil verkehrt,⁵⁴ womit sich eine Grenzkorrektur schon deshalb nicht mehr behaupten lässt.⁵⁵ Die obigen Ausführungen lassen erkennen, dass eine Abwägung zugunsten der materiellen Gerechtigkeit nicht durch das einfache Gesetz des § 362 Nr. 5 StPO stattfinden kann, sondern jedenfalls einer Grundgesetzänderung bedarf. Im Ergebnis billigt § 362 Nr. 5 StPO den Ermittlungsbehörden des Staates

eine unbegrenzte Anzahl an Verurteilungsversuchen zu.⁵⁶ Dieser Umstand führt dazu, dass ein Freigesprochener faktisch weiterhin Beschuldigter bleibt und der Freispruch quasi unter Vorbehalt steht.⁵⁷ Vor allem für (tatsächlich) Unschuldige ist diese Entwertung des Freispruchs unzumutbar.

e) Kein Wertungswiderspruch zu § 362 Nr. 4 StPO

Befürwortern der neuen Regelung zufolge sei es unverstänlich, weshalb ein geständiger Täter im Sinne von § 362 Nr. 4 StPO schlechter gestellt werden sollte als der raffinierte Täter, der erst nach Jahren überführt werden kann.⁵⁸ Denn auch § 362 Nr. 4 StPO lässt die Wiederaufnahme propter nova zu. Dabei wird verkannt, dass sich der Freigesprochene im Rahmen des § 362 Nr. 4 StPO möglicherweise selbst eines Verbrechens bislang ungestraft rühmt und sich so der Rechtssicherheit unverdient macht.⁵⁹ Darüber hinaus hängt die Wiederaufnahme im Wege des § 362 Nr. 4 StPO ausschließlich von intrinsischen Faktoren des Betroffenen ab. Denn hier entscheidet der Betroffene selbst darüber, ob er nachträglich ein Geständnis ablegt. Während die Faktoren im Rahmen von § 362 Nr. 5 StPO ausschließlich extrinsischer Natur sind und die Wiederaufnahme von den Strafverfolgungsbehörden abhängt.

f) Keine Rechtfertigung mit der Unverjährbarkeit der Taten

Nach der Gesetzesbegründung handele es sich bei § 362 Nr. 5 StPO ferner deshalb um eine bloße Grenzkorrektur, da der Widerspruch zwischen der Rechtskraft des Freispruchs und der materiellen Gerechtigkeit im Rahmen von Straftaten, die aufgrund ihrer herausragenden Schwere nicht der Verjährung unterliegen, besonders schwer wiege.⁶⁰

Dies ändert gleichwohl nichts an der Tiefe des Grundrechtseingriffs gegenüber dem Betroffenenkreis.⁶¹ Das Nichteintreten der Verjährung rechtfertigt zwar die Strafverfolgung auch viele Jahre nach der Tat.⁶² Das Ausbleiben der Verjährung soll aber nicht dazu dienen willkürlich viele Strafverfahren gegen einen Beschuldigten in ein und

⁴⁶ So auch BVerfGE 3, 248, 252 f.; BVerfGE 7, 194; *Laurenz KriPoZ* 2021, 357, 359; *Pohlreich* Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 15; *Engländer/Zimmermann*, in: Münchener Kommentar, StPO, 1. Aufl. (2019), Vor § 359 Rn. 3; *Brade AöR* 2021, 130, 167; *Eichhorn KriPoZ* 2021, 357, 358; *Remmert*, in: Maunz/Dürig, GG, Werkstand: 94. EL (2021), Art. 103 Abs. 3 Rn. 39.

⁴⁷ Vgl. <https://www.spiegel.de/panorama/justiz/mordfall-frederike-von-moehlmann-petition-laeuft-ins-leere-a-1113107.html>.

⁴⁸ BVerfGE 2, 380; *Aust/Schmidt ZRP* 2020, 251, 253.

⁴⁹ *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 62. EL (2022), § 79 Rn. 3.

⁵⁰ *Bethge*, in: Schmidt-Bleibtreu/Klein/Bethge, BVerfGG, 62. EL (2022), § 79 Rn. 7.

⁵¹ *Pohlreich* Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 14.

⁵² *Jahn JuS* 2022, 554, 555.

⁵³ *Jahn JuS* 2022, 554, 555.

⁵⁴ *Pohlreich* Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 21.

⁵⁵ Treffend *Bung HRRS* 2022, 109, 111; *Singelstein NJW* 2022, 1058, 1059.

⁵⁶ *Leitmeier StV* 2021, 341, 346.

⁵⁷ *Aust/Schmidt ZRP* 2020, 251, 252; *Eichhorn KriPoZ* 2021, 357, 362; *Pohlreich* Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 21; *Kaspar GA* 2022, 21, 29.

⁵⁸ *Hoven JZ* 2021, 1155, 1160; *Pohlreich* Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 16.

⁵⁹ *Pohlreich* Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 16.

⁶⁰ BT-Drucks. 19/30399, 2; *Kubicicel* Stellungnahme im BT zur Änderung der StPO, Ausschussdrucksache 19(6)280, 7; vgl. auch *Hörmler GA* 2022, 184, 190.

⁶¹ *Kaspar GA* 2022, 21, 28.

⁶² *Pohlreich* Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 22.

derselben Sache führen zu können.⁶³ Es erscheint weiterhin widersprüchlich, die Rechtfertigung der Norm überhaupt in diesem Ausmaß aus dem Argument der Unverjährbarkeit abzuleiten. Gerade bei Delikten, die einer langen Verjährung bzw. gar nicht der Verjährung unterliegen und eine hohe Strafandrohung beinhalten, sollte ein noch höheres Bedürfnis an Rechtssicherheit bestehen als bspw. bei einem „einfachen Ladendiebstahl“.

g) Mangelnde Berücksichtigung der Belastungen des Beschuldigten im Strafverfahren

Bereits im Gesetzgebungsverfahren wurden die Belastungen des Beschuldigten innerhalb des Strafverfahrens, die Art. 103 Abs. 3 GG ausgleichen soll, grob verkannt.⁶⁴ Jeder Beschuldigte ist zunächst der Unsicherheit des Verfahrensausgangs ausgesetzt, welche bis hin zur psychischen Krankheit führen kann.⁶⁵ Folgeschwere Nachteile ergeben sich für Beschuldigte aber auch eigens aus dem Verfahren, welches regelmäßig mit Zwangsmaßnahmen wie der Untersuchungshaft verbunden ist.⁶⁶ Selbst die Unschuldsvermutung vermag eine hinzukommende soziale Ächtung oftmals nicht zu vermeiden.⁶⁷ Gerade in den Fällen des § 362 Nr. 5 StPO fallen vorgenannte Belastungen besonders hoch aus. Zumal die Öffentlichkeit ein gesteigertes Interesse an Berichterstattung über schwerste Verbrechen hat, müssen Betroffene eines Wiederaufnahmeverfahrens nach § 362 Nr. 5 StPO damit rechnen, erneut „durch die Medien gezogen zu werden“.⁶⁸ Ebenfalls ist mit erneuter Untersuchungshaft für den vormals Freigesprochenen zu rechnen.⁶⁹ Vor all jenen Belastungen soll Art. 103 Abs. 3 GG die Betroffenen wenigstens nach einem (ersten) rechtskräftigen Freispruch schützen. Mit Eintritt der Rechtskraft eines Freispruchs hat der vormals Beschuldigte „für immer in Ruhe gelassen zu werden“.⁷⁰ Der Schutzcharakter des Art. 103 Abs. 3 GG wird durch § 362 Nr. 5 StPO schwerwiegend missachtet.

2. Verstoß gegen Art 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG

Darüber hinaus verstößt § 362 Nr. 5 StPO gegen das Rückwirkungsverbot. Im Hinblick auf die hier behandelte Problematik nicht einschlägig ist zwar das Rückwirkungsverbot aus Art. 103 Abs. 2 GG, das als grundrechtsgleiches

Recht⁷¹ dem Gesetzgeber nachträgliche Änderungen zur Begründung oder Verschärfung der Strafbarkeit zu Lasten des Täters verbietet.⁷² Die herrschende Ansicht gesteht die Anwendung von Art. 103 Abs. 2 GG jedoch ausschließlich dem materiellen Recht zu, während sie dem Prozessrecht verschlossen bleibt.⁷³ Ein darüber hinausgehendes, allgemeines Rückwirkungsverbot ergibt sich jedoch aus dem Rechtsstaatsprinzip, Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG,⁷⁴ welches auch auf das Prozessrecht anwendbar ist.⁷⁵ Anders als das des Art. 103 Abs. 2 GG, bezieht sich das allgemeine Rückwirkungsverbot nicht nur auf die reine Tathandlung, sondern auch auf den gesamten in der Vergangenheit liegenden Tatbestand und damit auch auf die Strafverfolgung.⁷⁶

Folge der Regelung des § 362 Nr. 5 StPO ist die Aufhebung der Rechtskraft für einen in der Vergangenheit abgeschlossenen Sachverhalt.⁷⁷ Eine solche Rechtsfolge verbietet sich regelmäßig und kann nur in engen Ausnahmekonstellationen Bestand haben,⁷⁸ etwa, wenn das Vertrauen des Betroffenen nicht schutzwürdig ist.⁷⁹ Dies ist im Hinblick auf § 362 Nr. 5 StPO jedoch gerade nicht der Fall. Zunächst ist darauf hinzuweisen, dass im Rahmen des Art. 103 Abs. 3 GG selbst der tatsächlich Schuldige geschützt wird.⁸⁰ Von der Regelung § 362 Nr. 5 StPO ist darüber hinaus aber auch der Unschuldige betroffen: Die Aufnahme „dringender Gründe“ für eine erneute Verurteilung als Tatbestandsvoraussetzung schließt nicht aus, dass sich am Ende des wiederaufgenommenen Verfahrens, gleichwohl die Unschuld des Angeklagten herausstellt. Die Regelung des § 362 Nr. 5 StPO führt damit im Ergebnis dazu, dass sämtlichen Freigesprochenen ausnahmslos der Vertrauensschutz verwehrt wird.⁸¹ Bei § 362 Nr. 5 StPO handelt sich damit um eine echte Rückwirkung,⁸² die als verfassungswidrig angesehen werden muss.⁸³ Die rückwirkende Anwendung des § 362 Nr. 5 StPO ist im Ergebnis unzulässig.

3. Probleme der strafprozessualen Praxis

Neben den dargestellten verfassungsrechtlichen Problemen wird anhand der nachfolgend beschriebenen Beispiele deutlich, dass der Gesetzgeber sich nicht ausreichend mit aus der neuen Vorschrift erwachsenden Problemstellungen beschäftigt hat.

⁶³ Pohlreich Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 22.

⁶⁴ Treffend Pohlreich Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 3.

⁶⁵ Pohlreich Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 3.

⁶⁶ Pohlreich Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 3.

⁶⁷ Pohlreich Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 3.

⁶⁸ Pohlreich Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 4.

⁶⁹ Vgl. BeckRS 2022, 7939 Rn. 9; BeckRS 2022, 7938 Rn. 78.

⁷⁰ BVerfGE 12, 62, 66; Pohlreich, in: Bonner Kommentar, GG, Art. 103 Abs. 3 Rn. 42 m.w.N.

⁷¹ BVerfGE 85, 69, 72; Kment, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. (2022), Art. 103 Rn. 95.

⁷² Degenhart, in: Sachs, GG, 9. Aufl. (2021), Art. 103 Rn. 71; Gerson StV 2022, 124, 125.

⁷³ BVerfG, NJW 2022, 1222, 1223; BVerfG 1968, 1467, 1471; BVerfGE 113, 273, 308; Schultze-Fielitz, in: Dreier, GG, 3. Aufl. (2018), Art. 103 Abs. 2 Rn. 51 Kment, in: Jarass/Pieroth, GG, 17. Aufl. (2022), Art. 103 Rn. 68, Rn. 68; Kubiciel GA 2021, 380, 393.

⁷⁴ BVerfG NJW 2021, 2424, 2425; so auch Kaspar GA 2022, 21, 33; Aust/Schmidt ZRP 2020, 251, 254; Pabst ZIS 2010, 126, 130.

⁷⁵ Gerson StV 2022, 124, 126; Kaspar GA 2022, 21, 33.

⁷⁶ Gerson StV 2022, 124, 126.

⁷⁷ Gerson StV 2022, 124, 126.

⁷⁸ Gerson StV 2022, 124, 126.

⁷⁹ BVerfGE 30, 367, 387 ff.; BVerfG NJW 1962, 291.

⁸⁰ Kaspar GA 2022, 21, 35.

⁸¹ Vgl. Kaspar GA 2022, 21, 35.

⁸² Aust/Schmidt ZRP 2020, 251, 254; Pabst ZIS 2010, 126, 130; Lenk StV 2022, 118.

⁸³ Jahn JuS 2022, 554, 556.

a) Wertungswiderspruch am Beispiel des § 51 BZRG

Offenbar übersehen wurde zunächst das Beweisverwertungsverbot des § 51 BZRG.⁸⁴ Danach ist sowohl das Vorhalten als auch die Verwertung von einer vergangenen Tat untersagt, sofern diese im Bundeszentralregister bereits getilgt oder tilgungsreif ist. § 51 BZRG schränkt die Wahrheitsfindung zum Schutze der Verurteilten ein, um dessen Resozialisierung zu fördern und Stigmatisierung zu beenden.⁸⁵ Insoweit sind verschiedene Konstellationen denkbar, in denen ein Wiederaufnahmeverfahren nach § 362 Nr. 5 StPO betrieben werden soll, notwendige Beweise hierfür aber durch § 51 BZRG in einer neuen Hauptverhandlung gesperrt sind. Das kann vor allem dann der Fall sein, wenn ein Beschuldigter nach rechtskräftigem Freispruch vom Mordvorwurf weitere Taten begeht, für die er auch verurteilt wird und die in einem späteren Wiederaufnahmeverfahren in der Mordsache Indizcharakter haben könnten, diese Taten aber wegen § 51 BZRG nicht in die neue Hauptverhandlung einfließen dürfen.⁸⁶ Der hierdurch entstehende Wertungswiderspruch führt zwar nicht zu einer unmittelbaren Beeinträchtigung von Grundrechtsträgern; erschwert aber die strafprozessuale Praxis und befördert die Besorgnis um die Sorgfaltslosigkeit rund um die gesamte Reform der ungünstigen Wiederaufnahme.

b) Voraussetzung des Freispruchs unter strafprozessualer Betrachtung ungerecht

Wie oben bereits angedeutet (II 3), ergeben sich auch Schwierigkeiten aus der Tatbestandsvoraussetzung eines früheren Freispruchs. Für einen wegen Totschlags verurteilten Täter bleibt eine Wiederaufnahme gem. § 362 Nr. 5 StPO trotz nachträglich beweisbaren Mordes mangels Freispruchs gesperrt. Der Gesetzgeber sieht in dieser Konstellation wohl keinen „unerträglichen“ Gerechtigkeitsverstoß,⁸⁷ da der Täter mindestens zu einer Freiheitsstrafe i.H.v. 5 Jahren verurteilt worden ist. Allerdings ergibt sich gerade aus jener Konstellation eine jedenfalls strafprozessuale Ungerechtigkeit. Derjenige, der möglicherweise sogar aufgrund einer sehr dünnen Beweislage vom Mordvorwurf freigesprochen wurde, wird prozessual schlechter gestellt als derjenige, der wegen einwandfrei nachweisbaren Totschlags verurteilt wurde.⁸⁸ In ähnlicher Weise kann die Norm wegen der Voraussetzung des Freispruchs nicht greifen, soweit der damalige Täter jedenfalls für ein „mitbegangenes“ Waffendelikt verurteilt worden ist.⁸⁹ An diesem Beispiel wird erneut deutlich, dass § 362 Nr. 5 StPO dem Ziel, mehr Einzelfallgerechtigkeit zu schaffen, nicht gerecht wird.

c) Voraussetzung der neuen Tatsachen oder Beweismittel mit praktischen Defiziten

Auch die Voraussetzung der neuen Tatsachen oder Beweismittel (II 1) bleibt nicht unproblematisch. Denn an dieser Stelle liegt der Erweiterung des § 362 StPO die unzutreffende Erwartung zugrunde, dass in der neuen Tatsache oder dem neuen Beweismittel der letzte entscheidende Hinweis zur eindeutigen Überführung des vormals Angeklagten läge.⁹⁰ Praktisch wird man indessen nicht darauf verzichten können weitere Erkenntnisse einzubeziehen, die geeignet sind einen Schuldspruch zu begründen.⁹¹ Außerdem gilt zu beachten, dass das Wiederaufnahmeverfahren nicht Abhilfe schaffen darf, wo Defizite bereits im gesetzlichen Verfahren selbst verankert sind.⁹² Indessen zielt § 362 Nr. 5 StPO aber auf ein eben solches Defizit ab.⁹³ Nicht allzu fernliegend sind Konstellationen, in denen ein vormals zeugnisverweigerungsberechtigter Ehepartner, der damals von diesem Recht Gebrauch gemacht hat, nach erfolgter Scheidung, nun aussagen möchte.⁹⁴ So wird auch außerhalb neuer kriminaltechnischer Möglichkeiten ein Wiederaufnahmegrund geschaffen, der eigentlich an die im ersten Verfahrenszeitpunkt vorliegenden Erkenntnisse gebunden sein sollte.⁹⁵

d) "Dringende Gründe" als Bias für die Richterschaft?

Ein mehr psychologisches als juristisches Problem ergibt sich in der Praxis jedenfalls mittelbar aus der Voraussetzung der „dringenden Gründe“, welche sich eigentlich als Einschränkung und somit positiv für den Betroffenen auswirken sollte. Allerdings ist regelmäßig das Wiederaufnahmegericht auch dasjenige, welches in der Hauptsache entscheiden wird, vgl. § 140a GVG.⁹⁶ Aus Sicht des Wiederaufnahmegerichts müssen demnach „dringende Gründe“ im Sinne eines dringenden Tatverdachts bzgl. einer Katalogtat vorliegen, die eine spätere Verurteilung nahelegen, um das Wiederaufnahmeverfahren zu eröffnen.⁹⁷ Es erscheint nicht ausgeschlossen, dass die Kammer sich von einer solchen Vorabentscheidung auch in einer späteren Hauptverhandlung leiten lässt.⁹⁸ Die Objektivität der Richterschaft könnte bei der Ermittlung des Sachverhalts durch Selbstbestätigungseffekte und partielle Informationssuche abhandengekommen sein, weil es schließlich zuvor bereits die „dringenden Gründe“ bejaht hat.⁹⁹

V. Fazit

Unstreitig kann die Durchbrechung des verfassungsrechtlichen Schutzes vor Mehrfachverfolgung nicht vom Rechtsgefühl der Gesellschaft abhängig gemacht werden

⁸⁴ Bröcker KriPoZ 2022, 15.
⁸⁵ Bröcker KriPoZ 2022, 15, 16.
⁸⁶ Bröcker KriPoZ 2022, 15, 16.
⁸⁷ BT-Drucks. 19/30399, 2; vgl. Hoven JZ 2021, 1162.
⁸⁸ Dieses Paradox beschreibend auch Lenk StV 2022, 118, 122.
⁸⁹ Jahn JuS 2022, 554, 556.
⁹⁰ Pohlreich Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 28; Aust/Schmidt ZRP 2020, 251, 253.
⁹¹ BGHSt 38, 320, 322 ff., Pohlreich Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 28.
⁹² Pohlreich Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 13; Schmidt, in: Karlsruher Kommentar, StPO, 8. Aufl. (2019), Vor § 359 Rn. 5.

⁹³ Pohlreich Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 13.
⁹⁴ So auch Pohlreich Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 13; Kaspar GA 2022, 21, 29.
⁹⁵ Pohlreich Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 13.
⁹⁶ Engländer/Zimmermann, in: MüKo, StPO, 1. Aufl. (2019), § 373 StPO Rn. 6; Kaspar GA 2022, 21, 22.
⁹⁷ Kaspar GA 2022, 21, 23.
⁹⁸ Kaspar GA 2022, 21, 25.
⁹⁹ Kaspar GA 2022, 21, 25; Schünemann StV 2000, 159, 160 ff.

(vgl. Umfragen zur Wiedereinführung der Todesstrafe entgegen Art. 102 GG).¹⁰⁰ Auch eine solche Entscheidung des Verfassungsgesetzgebers im Sinne von Art. 102 GG bleibt einer Abwägung mit der materiellen Gerechtigkeit verschlossen.¹⁰¹ Die auf dem Grundgesetz beruhende verfassungsmäßige Ordnung ist als manifester Gegenentwurf zu einer sich nach dem gesellschaftlichen Willen richtenden Strafjustiz zu verstehen.¹⁰² Die Verkürzung von Grundrechten im Kontext der ungünstigen Wiederaufnahme betrifft gerade Grundrechtsträger, die regelmäßig bereits tiefgreifendste Eingriffe hinnehmen mussten. Ein

sensiblerer und besonnenerer Umgang mit diesen Rechten wäre zu begrüßen. Anstatt sich fortwährend mit der Verengung von Beschuldigtenrechten zu befassen, stünde es dem Gesetzgeber gut zu Gesicht, sich einmal der Öffnung der günstigen Wiederaufnahme zuzuwenden,¹⁰³ die in der Praxis nach wie vor kaum durchsetzbar ist.¹⁰⁴ Nach der mündlichen Verhandlung des BVerfG am 24.05.2023¹⁰⁵ bleibt zu hoffen, dass der zweite Senat sich in seiner Entscheidung als Hüter der strafprozessualen Grundrechte erweisen wird.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

¹⁰⁰ Lenk StV 2022, 118, 121-122; Pohlreich Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 15; Kaspar GA 2022, 21, 32.

¹⁰¹ Pohlreich Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 13.

¹⁰² Pohlreich Stellungnahme im Verfassungsbeschwerdeverfahren, 2 BvR 900/22, 15.

¹⁰³ So auch Clausing NStZ 2020, 644, 645.

¹⁰⁴ Clausing NStZ 2020, 644; vgl. Schwenn StV 2010, 705, 710; vgl. Strate StV 1999, 228, 229.

¹⁰⁵ Siehe <https://www.bundesverfassungsgericht.de/Shared-Docs/Pressemitteilungen/DE/2023/bvg23-033.html> (zuletzt aufgerufen am 22.03.2023).

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.

483. BVerfG 2 BvR 116/23 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. März 2023 (LG Berlin)

Einstweiliger Rechtsschutz gegen die Verlegung eines Strafgefangenen aus der Sozialtherapeutischen Anstalt in den Regelvollzug (Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz bei Eilanträgen gegen belastende vollzugliche Maßnahmen; Recht auf wirksame gerichtliche Kontrolle in angemessener Zeit; Verhinderung des Eintritts vollendeter Taten; verzögerte Entscheidung erst nach mehreren Monaten und nach Vollzug der Maßnahme; keine Rechtfertigung überlanger Verfahrensdauer durch angespannte Personalsituation oder Erkrankung des zuständigen Richters; richterlicher Ermessensspielraum bei der Prioritätensetzung nur innerhalb des Rahmens der Rechtsschutzgarantie; keine Erledigung eines Eilantrages mit Vollziehung einer anstaltsinternen Verlegung).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 114 Abs. 2 StVollzG; § 18 StVollzG Bln

484. BVerfG 2 BvR 325/23 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. März 2023 (Schleswig-Holsteinisches OLG)

Erfolgreicher Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen eine Auslieferung nach Polen (Abwesenheitsurteil auf Grundlage einer Verfahrensverständigung; Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Erfordernis der Anhörungsrüge auch bei Geltendmachung eines anderen Grundrechtsverstoßes; Verstoß gegen das Recht auf rechtliches Gehör bei fehlender Bescheidung des Kerns des Parteivorbringens).

§ 32 Abs. 1 BVerfGG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 33a StPO; § 77 Abs. 1 IRG; § 83 Abs. 1 Nr. 3 IRG

485. BVerfG 2 BvR 626/20 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. März 2023 (LG Hamburg/AG Hamburg)

Verletzung des Fernmeldegeheimnisses durch Telekommunikationsüberwachung beim Sohn eines Mordverdächtigen (Einschränkung des Fernmeldegeheimnisses; Beachtung der grundlegenden Bedeutung des Grundrechts; Telekommunikationsüberwachung gegenüber Nichtbeschuldigten; Eigenschaft als Nachrichtenmittler; Unerlässlichkeit einer gesicherten Tatsachenbasis; fehlende Grundlage für die Erwartung einer Kontaktaufnahme).

Art. 10 Abs. 1 GG; Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG; § 100a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 100a Abs. 3 StPO

486. BVerfG 2 BvR 829/21 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. März 2023 (OLG Frankfurt am Main / LG Marburg)

Fortdauer der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung über zehn Jahre in einem „Altfall“ (Voraussetzungen der gesetzlichen Übergangsvorschrift; psychische Störung; hochgradige Gefahr schwerster Gewalt- oder Sexualstraftaten; Gefährlichkeitsprognose; Konkretisierung künftig zu erwartender Delikte; Grad der Wahrscheinlichkeit; Gebot bestmöglicher Sachaufklärung; Einholung eines Sachverständigengutachtens; Verweigerung der Exploration; Heranziehung von Vorgutachten; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Freiheitsgrundrecht; Sicherungsbelange der Allgemeinheit; Abwägung im Einzelfall; Bedeutung von Vollzugslockerungen; Rückfallrisiko bei unvorbereiteter Entlassung; Hinweispflicht der Strafvollstreckungsgerichte gegenüber der Vollzugsbehörde; Eigenverantwortung des Untergebrachten).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 62 StGB; § 67d Abs. 3 Satz 1 StGB; Art. 316f Abs. 2 EGStGB

487. BGH 1 StR 130/22 – Beschluss vom 8. März 2023 (LG Freiburg)

Berücksichtigung EU-ausländischer Verurteilungen (fiktive Gesamtstrafenbildung; Verhängung eigenständiger Strafe auch zulässig, wenn zulässiges Höchstmaß für eine (fiktive) Gesamtstrafe überschritten würde).

Artikel 3 Abs. 1, Abs. 5 Rahmenbeschluss 2008/675/JI, § 55 StGB

488. BGH 1 StR 19/23 – Beschluss vom 8. März 2023 (LG Landshut)

Mitteilung über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (Umfang der Mitteilung: Verweis auf Gesprächsvermerk unzureichend; Darlegungsanforderungen und Beruhen).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 257c StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

489. BGH 1 StR 22/23 – Beschluss vom 8. März 2023 (LG Berlin)

Umsatzsteuerhinterziehung (Einziehung: keine ersparten Aufwendungen bei bloßem Rechnungsschreiben: kein „Weiterreichen“ ersparter Aufwendungen).

§ 370 Abs. 1 AO; § 14c Abs. 2 Satz 2 UStG; § 73 Abs. 1 StGB.

490. BGH 1 StR 266/22 – Beschluss vom 20. März 2023 (LG München I)

Verschreiben von Betäubungsmitteln entgegen § 13 Abs. 1 BtMG; Berufsverbot (Wiederholungsgefahr).
§ 29 Abs. 1 Nr. 6 lit. a) BtMG; § 13 Abs. 1 BtMG; § 70 StGB

491. BGH 1 StR 28/23 – Beschluss vom 8. März 2023 (LG Koblenz)

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

492. BGH 1 StR 336/22 – Beschluss vom 22. März 2023 (LG Bochum)

Konkurrenzen bei Beteiligung mehrerer an einer Vielzahl von Taten (individuelle Betrachtung für jeden Beteiligten, uneinheitliches Organisationsdelikt); Umsatzsteuerhinterziehung (erforderliche Feststellung des Taterfolgs durch Zustimmung der Finanzbehörde bei Steuervergütung).
§ 52 StGB; § 53 StGB; § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO; § 168 Satz 2 AO

493. BGH 1 StR 343/22 – Beschluss vom 22. März 2023 (LG Cottbus)

Einziehung bei Steuerhinterziehung (Erlangen ersparter Aufwendungen allein durch den Steuerschuldner).
§ 73 Abs. 1 StGB; § 370 Abs. 1 AO

494. BGH 1 StR 68/23 – Beschluss vom 21. März 2023 (LG Stuttgart)

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

495. BGH 1 StR 360/22 – Urteil vom 22. März 2023 (LG Hechingen)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Zäsurwirkung).
§ 55 Abs. 1 StGB

496. BGH 1 StR 376/22 – Beschluss vom 8. Februar 2023 (LG Arnberg)

Einziehung von Taterträgen (Begriff des Erlangten: kein Erlangen vor Tatbegehung, kein „Weiterreichen“ ersparter Aufwendungen; keine Dritteinziehung bei Tatbeteiligten); Einziehung von Tatlohn (erforderliche Gewährung durch Dritten, kein Tatlohn bei eigenmächtigem Zugriff des Täters auf das Erlangte).
§ 73 Abs. 1 StGB; § 73b Abs. 1 Nr. 1 StGB

497. BGH 1 StR 408/22 – Beschluss vom 8. März 2023 (LG Darmstadt)

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

498. BGH 1 StR 430/22 – Beschluss vom 7. Februar 2023 (LG München I)

Umsatzsteuerhinterziehung (geschuldete Steuer für Scheinrechnungen: Entstehung der Steuerschuld erst, wenn Rechnung den Bereich des Unternehmers verlassen hat).
§ 370 Abs. 1 AO; § 14c Abs. 2 Satz 2 UStG

499. BGH 1 StR 451/22 – Beschluss vom 26. Januar 2023 (LG Berlin)

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

500. BGH 1 StR 474/22 – Beschluss vom 7. März 2023 (LG Traunstein)

Geldwäsche (Einziehung des Geldwäscheobjekts: Anwendung der §§ 74 ff. StGB als milderes früheres Recht).
§ 261 Abs. 7 StGB a.F.; § 261 Abs. 10 Satz 1 StGB; § 2 Abs. 3, Abs. 5 StGB; § 73 StGB; § 74 StGB; § 74c StGB

501. BGH 1 StR 489/22 – Beschluss vom 9. März 2023 (LG Augsburg)

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

502. BGH 1 StR 497/22 – Beschluss vom 23. März 2023 (LG Memmingen)

Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

503. BGH 5 StR 21/23 – Beschluss vom 29. März 2023 (LG Hamburg)

Strafzumessung bei Verurteilung wegen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Inverkehrbringen kein Strafschärfungsgrund; Doppelverwertungsverbot; Beruhen).
§ 29 BtMG; § 46 Abs. 3 StGB

504. BGH 5 StR 24/23 – Beschluss vom 28. März 2023 (LG Hamburg)

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

505. BGH 5 StR 28/23 – Beschluss vom 14. März 2023 (LG Berlin)

Selbstleseverfahren.
§ 249 StPO

506. BGH 5 StR 4/23 – Beschluss vom 15. März 2023 (LG Kiel)

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

507. BGH 5 StR 43/23 – Beschluss vom 13. April 2023 (LG Berlin)

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

508. BGH 5 StR 60/23 – Beschluss vom 28. März 2023 (LG Leipzig)

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

509. BGH 5 StR 71/23 – Beschluss vom 11. April 2023 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhaftes Absehen von der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Gelegenheitskonsum).
§ 64 StGB

510. BGH 5 StR 78/23 – Beschluss vom 11. April 2023 (LG Kiel)

Strafzumessung bei Verurteilung wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (In-Verkehr-Gelangen kein Strafschärfungsgrund; Sicherstellung als Strafmilderungsgrund).
§ 29 BtMG; § 46 StGB

511. BGH 5 StR 118/23 – Beschluss vom 28. März 2023 (LG Itzehoe)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.
§ 45 StPO

512. BGH 5 StR 218/22 – Urteil vom 18. Januar 2023 (LG Hamburg)

Sexueller Missbrauch von Kindern (Erheblichkeit von sexuellen Handlungen).
§ 176 StGB; § 184h StGB

513. BGH 5 StR 346/22 – Urteil vom 29. März 2023 (LG Chemnitz)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (entlastende Einlassung des Angeklagten; Prüfung; Plausibilität; Wahrheitsgehalt; Zweifelssatz).
§ 261 StPO

Entlastende Angaben eines Angeklagten sind – wie andere Beweismittel – eigenständig und kritisch insbesondere auf ihre Plausibilität und anhand des übrigen Beweisergebnisses auf ihren Wahrheitsgehalt zu prüfen; sie brauchen nicht etwa mit Blick auf den Zweifelsgrundsatz als „unwiderlegt“ den Feststellungen zugrunde gelegt werden, wenn es für ihre Richtigkeit oder Unrichtigkeit keine Beweise gibt.

514. BGH 5 StR 358/22 – Beschluss vom 29. März 2023 (LG Itzehoe)

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

515. BGH 5 StR 404/22 – Beschluss vom 14. März 2023 (LG Hamburg)

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

516. BGH 5 StR 406/22 – Beschluss vom 12. April 2023 (LG Berlin)

Verwerfung der Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

517. BGH 5 StR 79/23 – Beschluss vom 29. März 2023 (LG Hamburg)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (zweifelsfreie Feststellung der Schuldunfähigkeit/verminderten Schuldfähigkeit; Beruhen der Tatbegehung; verminderte Einsichtsfähigkeit; fehlende Unrechtseinsicht).
§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

1. Nach § 63 StGB darf die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nur angeordnet werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der Unterzubringende bei der Begehung der Anlasstaten schuldunfähig oder vermindert schulfähig war und die Tatbegehung hierauf beruhte.

2. Eine verminderte Einsichtsfähigkeit ist erst dann strafrechtlich von Bedeutung, wenn sie das Fehlen der Unrechtseinsicht zur Folge hat. In diesen Fällen ist § 21 StGB als Sonderregelung des Verbotsirrtums (§ 17 StGB) erfüllt, wenn das Fehlen der Unrechtseinsicht vorwerfbar ist; kann ein solcher Vorwurf nicht erhoben werden, greift § 20 StGB ein. Erkennt der Täter dagegen das Unrecht

seiner Tat, handelt er – unbeschadet seiner eingeschränkten Einsichtsfähigkeit – voll schuldhaft. Die bloße Feststellung, die Einsichtsfähigkeit sei bei Tatbegehung erheblich vermindert gewesen, reicht daher nicht zur Annahme von § 21 StGB und belegt damit auch nicht diese notwendige Voraussetzung des § 63 StGB.

518. BGH 5 StR 95/23 – Beschluss vom 12. April 2023 (LG Berlin)

Notwendigkeit einer konkreten Feststellung des Wirkstoffgehalts bei Verurteilung wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln.
§ 29 BtMG

519. BGH 5 StR 408/22 – Beschluss vom 1. Februar 2023 (LG Flensburg)

Tateinheit beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Überschneidung der Ausführungshandlungen; Teilakt; Besitzausübung; tatsächliche Verfügungsgewalt).
§ 29 BtMG; § 52 StGB

Mehrere Taten des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln stehen zueinander dann in Tateinheit im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB, wenn ihre tatbestandlichen Ausführungshandlungen sich – teilweise – überschneiden. Da das Vorhalten einer Handelsmenge zum Vertrieb als Teilakt des Handeltreibens anzusehen ist, kann der gleichzeitige Besitz zweier für den Verkauf bestimmter Vorräte dann Tateinheit in diesem Sinne begründen, wenn die Art und Weise der Besitzausübung über eine bloße Gleichzeitigkeit hinausgeht und die Wertung rechtfertigt, dass die tatsächliche Ausübung des Besitzes über die eine Menge zugleich die Ausübung der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die andere darstellt.

520. BGH 5 StR 432/22 – Urteil vom 15. März 2023 (LG Leipzig)

Rücktritt vom Versuch (beendeter Versuch; Feststellungen und Beweiswürdigung zum Vorstellungsbild des Täters); Strafrahmenwahl bei mehreren Gesetzesverletzungen.
§ 24 StGB; § 52 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

521. BGH 5 StR 440/22 – Beschluss vom 14. März 2023 (LG Dresden)

Teilweise Verfahrenseinstellung wegen Verjährung.
§ 206a Abs. 1 StPO; § 78 StGB

522. BGH 5 StR 440/22 – Beschluss vom 1. März 2023 (LG Dresden)

Verwerfung der Revision als unzulässig wegen fehlender Einlegung in elektronischer Form.
§ 32d StPO

523. BGH 5 StR 455/22 – Beschluss vom 1. März 2023 (LG Berlin)

Zulässigkeit der Verfahrensrüge; Sachkunde von Berufsrichtern bei der Anwendung aussagepsychologischer Kriterien.
§ 261 StPO; § 344 Abs. 2 S. 2 StPO

524. BGH 5 StR 487/22 – Beschluss vom 1. Februar 2023 (LG Hamburg)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 45 StPO

525. BGH 5 StR 555/22 (alt: 5 StR 160/21) – Beschluss vom 14. März 2023 (LG Flensburg)

Nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Aufhebung der Gesamtstrafe durch das Revisionsgericht; Vollstreckungssituation zum Zeitpunkt der früheren tatrichterlichen Verurteilung).

§ 55 StGB

Die Gesamtstrafenbildung im Fall der Aufhebung einer Gesamtstrafe durch das Revisionsgericht und Zurückverweisung der Sache an das Tatgericht in der neuen Verhandlung nach Maßgabe der Vollstreckungssituation zum Zeitpunkt der früheren tatrichterlichen Verhandlung vorzunehmen, damit einem Revisionsführer ein erlangter Rechtsvorteil durch nachträgliche Gesamtstrafenbildung nicht durch sein Rechtsmittel genommen wird.

526. BGH 2 StR 119/22 – Beschluss vom 2. März 2023 (LG Gießen)

Beweiswürdigung (beschränkte Revisibilität: Entfernung von einer festen Tatsachengrundlage, bloße Vermutungen; Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Erfahrungssatz: allgemeine Lebenserfahrung, wissenschaftliche Erkenntnisse, andere Deutungsmöglichkeiten); Beihilfe (Vorsatz: andere rechtliche Einordnung der Haupttat durch den Gehilfen, tatbestandliche Verwandtschaft).

§ 261 StPO; § 29a BtMG; § 27 StGB; § 15 StGB

527. BGH 2 StR 136/21 – Beschluss vom 8. Februar 2023 (LG Wiesbaden)

Sexueller Missbrauch von Kindern (Konkurrenzen: Herstellung kinderpornographischer Schriften, sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen, Zweifelssatz, Tateinheit, Tatmehrheit); Adhäsionsentscheidung (noch nicht abgeschlossene Schadensentwicklung).

§ 176 StGB aF; § 176a StGB aF; § 174 StGB aF; § 184b StGB aF; § 52 StGB; § 53 StGB; § 406 StPO

528. BGH 2 StR 147/21 – Beschluss vom 29. März 2023 (LG Köln)

Rücktritt vom Versuch (Maßgeblichkeit des subjektiven Vorstellungsbilds des Täters: Fehlvorstellung, Korrektur des Rücktrittshorizonts, mehraktiges Geschehen, subjektives Vorstellungsbild nach jedem Einzelakt, örtlich und zeitlich einheitliches Geschehen, Abschluss der letzten Ausführungshandlung; Angriff eines Dazwischentretenenden; kein Entschluss zum endgültigen Verzicht auf die Durchführung).

§ 24 StGB

529. BGH 2 StR 159/22 – Urteil vom 23. November 2022 (LG Kassel)

Beweiswürdigung (beschränkte Revisibilität: überspannte Anforderungen an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit, Zweifel, denktheoretische Möglichkeit; Mordmerkmale: Verdeckungsabsicht, restriktive Auslegung).

§ 261 StPO

1. Das Revisionsgericht muss es grundsätzlich hinnehmen, wenn das Tatgericht eine dem Angeklagten günstige Entscheidung trifft, weil es Zweifel an der Tat oder an Erschwerungsgründen nicht zu überwinden vermag. Die

Beweiswürdigung ist Sache des Tatgerichts. Ihm obliegt es, das Ergebnis der Hauptverhandlung festzustellen und zu würdigen. Seine Schlussfolgerungen brauchen nicht zwingend zu sein, es genügt, dass sie möglich sind.

2. Die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob dem Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind. Dies ist der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen die Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt. Das Urteil muss erkennen lassen, dass der Tatrichter wesentliche Umstände, die geeignet sind, die Entscheidung zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten zu beeinflussen, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat. Aus den Urteilsgründen muss sich ferner ergeben, dass die einzelnen Beweisergebnisse nicht nur isoliert gewertet, sondern in eine umfassende Gesamtwürdigung eingestellt wurden.

3. Rechtsfehlerhaft ist eine Beweiswürdigung schließlich, wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen gestellt worden sind. Dies ist auch der Fall, wenn zu besorgen ist, dass die Zweifel des Gerichts ohne konkrete Anhaltspunkte hierfür auf bloß denktheoretische Möglichkeiten gestützt sind.

530. BGH 2 StR 17/23 – Beschluss vom 14. Februar 2023 (LG Fulda)

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

531. BGH 2 StR 204/22 – Beschluss vom 8. Februar 2023 (LG Frankfurt am Main)

Beweiswürdigung (Urkundenbeweis: keine förmliche Verlesung, kein Selbstleseverfahren, Vorhalt an einen Zeugen, längere und komplexe Urkunden); Insiderhandel (Feststellungen, aufgrund welcher Insiderinformationen die Angeklagten welche Derivate erwerben notwendig; strafschärfende Berücksichtigung: reines Gewinnstreben, gutes Einkommen, Fehlen eines Strafmilderungsgrundes); Einziehung von Taterträgen (durch die verbotenen Insidergeschäfte erworbene Derivate: Veräußerung, Wert, Kosten und Gebühren, Steuer, abzuziehende Aufwendungen des Täters, Aufwendungen für den Erwerb der durch den verbotenen Insiderhandel angeschafften Derivate, Abzugsverbot, Marktmanipulation, Rückausnahme, kein individualschützender Charakter, wiederholte Reinvestition, Gesamtbetrachtung, analoge Anwendung des § 73a Abs. 2 StGB).
§ 261 StPO; § 249 StPO; § 119 Abs. 3 Nr. 1 WpHG; Art. 14 lit. a) MAR; § 46 StGB; § 73 StGB; § 73d StGB; § 73a StGB

1. Die Inaugenscheinnahme eines Schriftstücks ist nicht geeignet, dessen Inhalt zu beweisen, da dieser auf das äußere Erscheinungsbild der Urkunde und nicht auf dessen Inhalt abzielt.

2. Zwar kann der Inhalt einer Urkunde auch durch ihren Vorhalt an einen Zeugen zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht werden; dies unterliegt indes Grenzen bei längeren und komplexen Urkunden.

3. Wird die Einziehung von durch den verbotenen Insiderhandel angeschafften Derivate durch die Veräußerung der

Derivate unmöglich, ist deren Wert maßgeblich. Die bis zum Eintritt der Unmöglichkeit eingetretenen Wertsteigerungen werden berücksichtigt. Kosten und Gebühren für die nachträgliche Verwertung der Derivate unterfallen nicht der Regelung des § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB, da sie keine Aufwendung für das Erlangen der Taterträge darstellen. Selbiges gilt für die aufgrund der Veräußerung anfallenden Steuern, da diese nicht für das Erlangen der Derivate als Tatertrag aufgewendet werden.

4. Aufwendungen für den Erwerb der durch einen verbotenen Insiderhandel angeschafften Derivate sind nicht zu berücksichtigen. Diese unterfallen dem Abzugsverbot des § 73d Abs. 1 Satz 2 1. Halbsatz. Ein Täter des verbotenen Insidergeschäfts hat wie bei der verbotenen Marktmanipulation angesichts des ihm nach § 119 Abs. 3 Nr. 1 WpHG i.V.m. Art. 14 lit. a) MAR treffenden Handlungs- und Geschäftsverbotes bewusst in den ihm verbotenen Erwerb der Derivate investiert; insofern unterscheidet sich der Fall grundlegend von den Fällen der informations- oder handelsgestützten Marktmanipulation. Dabei greift das Abzugsverbot bereits dann, wenn die zur unmittelbaren Vermögensmehrung führende Handlung verboten war, selbst wenn dies nicht die zivilrechtliche Unwirksamkeit des bewirkten Rechtsgeschäfts nach sich zieht.

532. BGH 2 StR 239/22 – Beschluss vom 30. März 2023 (LG Köln)

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

533. BGH 2 StR 44/23 – Beschluss vom 1. März 2023 (LG Köln)

Konkurrenzen (besonders schwerer Raub; Freiheitsberaubung; erpresserischer Menschenraub; schwere räuberische Erpressung; Computerbetrug; Tateinheit; Tatmehrheit).

§ 250 StGB; § 239 StGB; § 239a StGB; § 255 StGB; § 263a StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

534. BGH 2 StR 252/21 – Beschluss vom 29. März 2023 (LG Köln)

Notwehr (Erforderlichkeit: endgültige Beseitigung der Gefahr, mehrere Verteidigungsmöglichkeiten; Irrtum); Notwehrexzess; Urteilsgründe (Tatsachen: gesetzliche Merkmale der Straftat).

§ 32 StGB; § 33 StGB; § 267 StPO

535. BGH 2 StR 265/22 – Beschluss vom 14. März 2023 (LG Kassel)

Urteil (Urteilsformel: Berichtigung nach der Urteilsverkündung, offensichtliches Schreib- bzw. Verkündungsversehen, strenger Maßstab, Sitzungsniederschrift, dienstliche Erklärung, Einverständnis aller Verfahrensbeteiligten).

§ 260 StPO

536. BGH 2 StR 270/22 – Urteil vom 15. Februar 2023 (LG Erfurt)

V-Person (Zulässigkeit des Einsatzes: Umgehung der Vorschriften über den Verdeckten Ermittler, Straftat von erheblicher Bedeutung, Verhältnismäßigkeit, Katalogtat, Kontaktaufnahme anderer Personen mit dem Beschuldigten, rechtsstaatliche Grenzen, nemo tenetur, generelle

Unverwertbarkeit der Angaben; Konfrontationsrecht: Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, einzelfallbezogene Gesamtwürdigung, Gesichtspunkte, besonders strenge Beweis- und Begründungsanforderungen, Unverwertbarkeit; Aufzeichnung der Gespräche: Verwertungsverbot, verbotswidrige Fixierung des Gesprächs, akustische Überwachung außerhalb von Wohnraum); Rechtsmittelbeschränkung (Revision der Staatsanwaltschaft: Revisionsbegründung); Konkurrenzen (Tateinheit).

Art. 6 EMRK; § 110a StPO; § 100f StPO; § 345 StPO; § 52 StGB

537. BGH 2 StR 270/22 – Urteil vom 15. Februar 2023 (LG Erfurt)

V-Person (Zulässigkeit des Einsatzes: Umgehung der Vorschriften über den Verdeckten Ermittler, Straftat von erheblicher Bedeutung, Verhältnismäßigkeit, Katalogtat, Kontaktaufnahme anderer Personen mit dem Beschuldigten, rechtsstaatliche Grenzen, nemo tenetur, generelle Unverwertbarkeit der Angaben; Konfrontationsrecht: Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK, einzelfallbezogene Gesamtwürdigung, Gesichtspunkte, besonders strenge Beweis- und Begründungsanforderungen, Unverwertbarkeit; Aufzeichnung der Gespräche: Verwertungsverbot, verbotswidrige Fixierung des Gesprächs, akustische Überwachung außerhalb von Wohnraum); Rechtsmittelbeschränkung (Revision der Staatsanwaltschaft: Revisionsbegründung); Konkurrenzen (Tateinheit).

Art. 6 EMRK; § 110a StPO; § 100f StPO; § 345 StPO; § 52 StGB

1. Der heimliche Einsatz von Personen, die den Beschuldigten befragen, um ihn zu belastenden Äußerungen zu veranlassen, ist jedenfalls dann zulässig, wenn es sich bei der den Gegenstand der Verfolgung bildenden Tat um eine Straftat von erheblicher Bedeutung handelt und wenn der Einsatz anderer Ermittlungsmethoden – für deren Auswahl untereinander wiederum der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gilt – erheblich weniger erfolversprechend oder wesentlich erschwert wäre. Für die Beantwortung der Frage, wann eine Straftat von erheblicher Bedeutung vorliegt, vermitteln die Kataloge in §§ 98a, 100a, 110a StPO Hinweise; die Aufzählung ist nicht abschließen.

2. Dass der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität vom 15. Juli 1992 (OrgKG) für bestimmte Formen besonders gefährlicher und schwer aufklärbarer Kriminalität den Einsatz Verdeckter Ermittler, der bis dahin auf die Generalklauseln der §§ 161, 163 StPO gestützt wurde, durch Einfügung der §§ 110a ff. StPO im Einzelnen geregelt hat, rechtfertigt nicht den Schluss, dass er die traditionell als zulässig anerkannte Inanspruchnahme anderer Personen ausschließen wollte. Die Kontaktaufnahme solcher anderen Personen mit dem Beschuldigten hat der Gesetzgeber in diesem Gesetz bewusst nicht geregelt. Diese sollte weiterhin zulässig sein.

3. Indes sind rechtsstaatliche Grenzen zu beachten, die der vernehmungsförmigen Befragung von Tatverdächtigen ohne Aufdeckung der Ermittlungsabsicht – wegen ihrer Nähe zum nemo-tenetur-Prinzip – gesetzt sind. Aus dieser Nähe sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip, speziell dem

Grundsatz des fairen Verfahrens kann sich eine heimliche Befragung im Einzelfall auch unter Berücksichtigung des Gebotes einer effektiven Strafverfolgung als unzulässig erweisen.

4. Eine weitergehende generelle Unverwertbarkeit der Angaben des Beschuldigten gegenüber einer V-Person mit Blick auf §§ 136 Abs. 1, 136a Abs. 1 Satz 1 StPO ist abzulehnen, da gerade keine Vernehmung vorliegt und die Aussagefreiheit des Beschuldigten nicht berührt ist. So hat der EGMR eine Verletzung des Rechts auf Selbstbelastungsfreiheit in einem Fall verneint, in welchem es dem Beschuldigten, der sich weder in Haft befand noch bis dahin polizeilich vernommen worden war, freistand, sich mit dem Informanten der Polizei, der das verdeckt geführte Gespräch heimlich aufzeichnete, zu unterhalten.

5. Das von Art. 6 Abs. 3 Buchst. d EMRK garantierte Recht des Angeklagten auf konfrontative Befragung von Belastungszeugen stellt eine besondere Ausformung des Grundsatzes des fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK dar. Ob die fehlende Gelegenheit für den Angeklagten beziehungsweise seinen Verteidiger, einen Zeugen selbst zu befragen, eine Verletzung des Anspruchs auf ein faires Verfahren nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK begründet, hängt von einer einzelfallbezogenen Gesamtwürdigung ab.

6. Dabei ist nicht nur in Rechnung zu stellen, ob die Nichtgewährung des Konfrontationsrechts im Zurechnungsbereich der Justiz liegt, sondern vor allem auch in den Blick zu nehmen, mit welchem Gewicht die Verurteilung des Angeklagten auf die Bekundungen eines nicht konfrontativ befragten Zeugen gestützt worden ist und ob das Gericht die Unmöglichkeit der Befragung des Zeugen durch den Angeklagten oder seinen Verteidiger kompensiert hat, namentlich durch eine besonders kritische und zurückhaltende Würdigung der Bekundungen des Zeugen.

7. Ein Verwertungsverbot kommt dann in Betracht, wenn das Gespräch zwischen einer Vertrauensperson und dem Tatverdächtigen verbotswidrig fixiert wurde. Im Umkehrschluss folgt daraus, dass eine Verwertung von Gesprächsaufzeichnungen unter Beteiligung einer Vertrauensperson möglich ist, wenn die Aufzeichnung rechtmäßig angeordnet wurde.

538. BGH 2 StR 270/22 – Beschluss vom 15. Februar 2023 (LG Erfurt)

Strafzumessung (minder schwerer Fall: gesetzlich vertypeter Milderungsgrund, allgemeine Strafzumessungsgründe, Prüfungsreihenfolge).
§ 46 StGB

539. BGH 2 StR 270/22 – Beschluss vom 15. Februar 2023 (LG Erfurt)

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

540. BGH 2 StR 270/22 – Beschluss vom 15. Februar 2023 (LG Erfurt)

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

541. BGH 2 StR 343/22 – Urteil vom 29. März 2023 (LG Aachen)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Gefahr der zukünftigen Begehung erheblicher rechtswidriger und auf den Hang zurückzuführender Straftaten: naheliegende Wahrscheinlichkeit, Gesamtabwägung).
§ 64 StGB

Die Gefahr der zukünftigen Begehung erheblicher rechtswidriger und auf den Hang zurückzuführender Straftaten setzt eine naheliegende Wahrscheinlichkeit voraus. Eine bloße Wiederholungsmöglichkeit genügt nicht. Dies erfordert eine umfassende Gesamtabwägung aller maßgeblichen Umstände, wobei sich Anhaltspunkte hierfür etwa aus der Persönlichkeit des Täters, seinem bisherigen Rauschmittelkonsum, seinem Vorleben und seinen Vorstrafen ergeben können.

542. BGH 2 StR 344/22 – Beschluss vom 8. Februar 2023 (LG Köln)

Berichtigung der Urteilsformel (offensichtliches Schreib- bzw. Verkündungsversehen: Sitzungsniederschrift, Beschluss).
§ 268 StPO; § 260 StPO

543. BGH 2 StR 346/22 – Beschluss vom 2. März 2023 (LG Frankfurt am Main)

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

544. BGH 2 StR 462/21 – Urteil vom 15. März 2023 (LG Köln)

Mord (Verdeckungsabsicht: zu verdeckende Vortat, bedingter Vorsatz, Unterlassen, Misshandlung Schutzbefohlener, Handlung von Anfang an mit bedingtem Tötungsvorsatz, Zweifelsgrundsatz; Versuch; Unterlassen: Abgrenzung zum positiven Tun; grausame Tatbegehung); Misshandlung von Schutzbefohlenen (böswillige Vernachlässigung).
§ 211 StGB; § 225 StGB

545. BGH 2 StR 508/21 – Beschluss vom 17. Januar 2023 (LG Köln)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Einstellung des Verfahrens bei Verfahrenshindernis (fehlender Strafantrag: Schriftform).
§ 44 StPO; § 206a StPO

546. BGH 2 ARs 254/22 2 AR 167/22 – Beschluss vom 29. März 2023

Verbindung und Trennung rechtshängiger Strafsachen; Gerichtsstand bei zusammenhängenden Strafsachen.
§ 4 StPO; § 13 StPO

547. BGH 2 ARs 3/23 2 AR 218/22 – Beschluss vom 16. März 2023

Verbindung und Trennung rechtshängiger Strafsachen.
§ 4 StPO

548. BGH 2 ARs 403/22 2 AR 214/22 – Beschluss vom 14. Februar 2023

Verwerfung der Beschwerde als unzulässig.
§ 304 StPO

549. BGH 2 ARs 65/22 2 ARs 113/22 2 ARs 163/22 2 ARs 164/22 2 ARs 166/22 2 ARs 167/22 2 ARs 201/22 2 ARs 202/22 2 ARs 203/22 2 ARs 204/22 2 ARs 205/22 2 ARs 206/22 2 ARs 207/22 2 ARs 208/22 2 ARs 217/22 2 ARs 237/22 2 ARs 238/22 2 ARs 239/22 2 ARs 241/22 2 ARs 245/22 2 ARs 255/22 2 ARs 280/22 2 ARs 290/22 2 ARs 291/22 2 ARs 294/22 2 ARs 297/22 2 ARs 298/22 2 ARs 340/22 2 ARs 341/22 – Beschluss vom 28. Februar 2023

Verwerfung mehrerer Rechtsbehelfe; zukünftiges Unterlassen der Bescheidung substanzloser und offensichtlich aussichtsloser Anträge oder Eingaben vergleichbarer Art (Rechtsschutzgarantie; missbräuchliche Anträge).

§ 304 StPO; Art 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG

Die Rechtsschutzgarantie aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG umfasst nicht den Anspruch, eine förmliche Entscheidung auch auf Eingaben zu erhalten, die missbräuchlich, offensichtlich wiederholend oder sinnlos vorgebracht werden. Gerichte müssen eindeutig missbräuchliche Anträge ebenso wenig bescheiden wie ganz offensichtlich schlicht wiederholende, den Streit lediglich verlängernde Anträge in derselben Sache. Dies gilt auch dann, wenn die Anträge zwar formal auf neue Entscheidungen gerichtet sind, letztlich aber demselben Muster folgen und dazu dienen, eine andere Entscheidung in der Sache zu erwirken, über die gerichtlich bereits entschieden worden war.

550. BGH 2 ARs 475/22 2 AR 264/22 – Beschluss vom 13. April 2023

Verbindung und Trennung rechtshängiger Strafsachen.
§ 4 StPO

551. BGH 4 StR 16/23 – Beschluss vom 1. März 2023 (LG Bielefeld)

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

552. BGH 4 StR 211/22 – Urteil vom 16. Februar 2023 (LG Kleve)

Revisionsbeschränkung (Staatsanwaltschaft; Wirksamkeit: eine Tat im prozessualen Sinne, Tatmehrheit, Garantstellung infolge vorangegangener Tat); Totschlag (bedingter Tötungsvorsatz: Beweiswürdigung, unaufgelöstes Spannungsverhältnis zu weiteren Ausführungen); verbotenes Kraftfahrzeugrennen (bedingter Gefährdungsvorsatz).

§ 344 StPO; § 261 StPO; § 315d StGB; § 212 StGB; § 13 StGB

Ein bedingter Gefährdungsvorsatz im Sinne des § 315d Abs. 2 StGB liegt vor, wenn der Täter über die allgemeine Gefährlichkeit des Kraftfahrzeugrennens hinaus auch die Umstände kennt, die den in Rede stehenden Gefährerfolg im Sinne eines Beinaheunfalls als naheliegende Möglichkeit erscheinen lassen, und er sich mit dem Eintritt einer solchen Gefahrenlage zumindest abfindet.

553. BGH 4 StR 248/22 – Beschluss vom 26. Oktober 2022 (LG Berlin)

Gefährdung des Straßenverkehrs (konkrete Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert: Beinahe-Unfall, enge räumliche Nähe zum Tatfahrzeug, überdurchschnittlich gute Reaktion des Gefährdeten); verbotenes Kraftfahrzeugrennen (Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen: Mitinsasse, Tatbeteiligte; Milderungsgrund: Selbstgefährdung des Mitfahrers durch die Teilnahme an der Fahrt).

§ 315c StGB; § 315d StGB; § 46 StGB

554. BGH 4 StR 252/22 – Urteil vom 16. März 2023 (LG Kaiserslautern)

Beweiswürdigung (beschränkte Revisibilität; Notwehr); Notwehr (gegenwärtiger Angriff: maßgeblicher Zeitpunkt, unmittelbares in eine Verletzung Umschlagen Können, andauernder Angriff; Notwehrlage: Maßgeblichkeit der objektiven Sachlage, subjektive Befürchtungen, Zweifelssatz; Verteidigungswille: andere Beweggründe, Zurücktreten des Verteidigungswillens).

§ 261 StPO; § 32 StGB

555. BGH 4 StR 274/22 – Beschluss vom 19. Januar 2023 (LG Bielefeld)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen: Tateinheit, mehrere Taten, Überschneidung der tatbestandlichen Ausführungshandlungen, gleichzeitiger Besitz zweier für den Verkauf bestimmter Vorräte, enger räumlicher und zeitlicher Zusammenhang).

§ 52 StGB; § 30a BtMG

Da das Vorhalten einer Handelsmenge zum Vertrieb als Teilakt des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln anzusehen ist, begründet der gleichzeitige Besitz zweier für den Verkauf bestimmter Vorräte jedenfalls dann Tateinheit, wenn die Art und Weise der Besitzausübung wegen eines engen räumlichen und zeitlichen Zusammenhangs über eine bloße Gleichzeitigkeit hinausgeht und die Ausübung des Besitzes über die eine Menge zugleich die Ausübung der tatsächlichen Verfügungsgewalt über die andere darstellt.

556. BGH 4 StR 298/22 – Urteil vom 2. März 2023 (LG Frankenthal (Pfalz))

Ablehnung von Beweisanträgen (unterlassene Bescheidung eines Beweisantrages: Ablehnung des Beweisantrags von der Strafkammer ersichtlich nicht beabsichtigt; Kommunikationspflicht der Verteidigung; Selbstleseverfahren); Einziehung; Revisionsbeschränkung (Anfechtung nur des Ausspruches über die Gesamtstrafe: Möglichkeit, Bezugnahme auf die zur Festsetzung der Einzelstrafen niedergelegten Erwägungen; Beschränkung auf den Strafausspruch); Wahl des Strafrahmens (Verletzung mehrerer Strafrahmen); Strafzumessung (Anrechnung des Vollzuges von Untersuchungshaft; Verbundenheit der erlittenen Untersuchungshaft mit Beschwernissen für den Angeklagten: Strafmilderungsgrund).

§ 244 Abs. 6 Satz 1 StPO; § 33 BtMG; § 52 StGB; § 46 StGB; § 51 StGB

557. BGH 4 StR 61/23 – Beschluss vom 28. März 2023 (LG Essen)

Schwerer Raub (Scheinwaffen: offensichtlich ungefährlich, Luftpumpe, Einsatz als Schlagwerkzeug, zugleich beabsichtigte Täuschung).

§ 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB

558. BGH 4 StR 300/22 – Beschluss vom 15. Februar 2023 (LG Landau)

Versuchte Nötigung (Rücktritt); gefährliche Körperverletzung (mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung; Vorsatz); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang).

§ 224 StGB; § 240 StGB; § 24 StGB; § 64 StGB

559. BGH 4 StR 306/22 – Beschluss vom 1. März 2023 (LG Dortmund)

Erpressung (Versuch; Konkurrenzen: weitere unter Drohung mit dem Messer ausgeführte Erpressungshandlung, mehrere Angriffe auf die Willensentschließung des Opfers, vollständiges Erreichen des Ziels, Aufsetzen der sukzessiv ausgeführten tatbestandlichen Handlung auf die vorhergehende, eine versuchte besonders schwerer räuberische Erpressung, Bewertungseinheit, natürliche Handlungseinheit).

§ 253 StGB; § 255 StGB; § 250 StGB; § 52 StGB

560. BGH 4 StR 312/22 – Urteil vom 2. März 2023 (LG Dresden)

Verstoß gegen Weisungen während der Führungsaufsicht (Weisung: hinreichend bestimmt, Führungsaufsichtsbeschluss, strafbewehrte Weisung, ausdrückliche Bezugnahme, keine weitere Erläuterung, Missverständnisse, mündliche Belehrung); Strafzumessung (strafschärfende Berücksichtigung des Fehlens von Strafmilderungsgründen: keine Aufarbeitung der kriminogenen Faktoren, passivabwartendes Vermeidungsverhalten); Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (erhebliche Straftaten: Gesamtwürdigung, Kriterien aus der gesetzgeberischen Wertung, schwerer sexueller Missbrauch von Kindern); schwerer sexueller Missbrauch von Kindern.

§ 145a StGB; § 68b StGB; § 46 StGB; § 176a StGB aF; § 66 StGB

561. BGH 4 StR 318/22 – Urteil vom 30. März 2023 (LG Bochum)

Untersuchungsgrundsatz (Umstände, die begründete Zweifel an der Richtigkeit der Überzeugung wecken müssen; weder Nachweis noch Widerlegung eines entscheidungserheblichen Umstands); Beweiswürdigung (Widerlegung von Entlastungsbehauptungen eines Angeklagten; beschränkte Revisibilität der Beweiswürdigung).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO

562. BGH 4 StR 337/22 – Beschluss vom 1. Februar 2023 (LG Münster)

Konkurrenzen (mittelbare Täterschaft: individuelle Gegebenheiten des eigenen Tatbeitrags; Tatmehrheit); Urteils-tenor (rechtliche Bezeichnung der Tat: gesetzliches Regelbeispiel, Schuldform).

§ 25 Abs. 1 Alt. 2 StGB; § 53 StGB; § 260 StPO

563. BGH 4 StR 349/22 – Beschluss vom 1. März 2023 (LG Dessau-Roßlau)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang: Vorliegen zum Urteilszeitpunkt, Zweifel; Erfolgsaussicht: Prognose, auf Tatsachen gegründete Wahrscheinlichkeit des Behandlungserfolgs, bloße Möglichkeit einer therapeutischen Veränderung, Darlegung).

§ 64 StGB

1. Während sich die Frage der Schuldfähigkeit auf den Tatzeitpunkt bezieht, muss der Hang i.S.d. § 64 StGB zum Urteilszeitpunkt bestehen. Sein Vorliegen zu diesem Zeitpunkt muss sicher festgestellt sein. Zweifel wirken sich zugunsten des Angeklagten aus und stehen einer Maßregelanordnung entgegen.

2. Die Unterbringung in einer Entziehungsanstalt darf nach § 64 Satz 2 StGB nur angeordnet werden, wenn die hinreichend konkrete Aussicht besteht, den Verurteilten durch die Behandlung innerhalb der Frist des § 67d Abs. 1 Satz 1 oder 3 StGB zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf den Hang zurückgehen. Notwendig, aber auch ausreichend für die vom Tatgericht zu treffende Prognose ist eine auf Tatsachen gegründete Wahrscheinlichkeit des Behandlungserfolgs. Einer sicheren und unbedingten Gewähr bedarf es hierfür zwar nicht. Erforderlich ist aber, dass in der Persönlichkeit und den Lebensumständen des Verurteilten konkrete Anhaltspunkte für einen erfolgreichen Verlauf der Therapie vorliegen. Die bloße Möglichkeit einer therapeutischen Veränderung genügt hierfür nicht.

3. Damit das Revisionsgericht prüfen kann, ob eine Erfolgsaussicht in dem vom Gesetzgeber geforderten Ausmaß besteht, bedarf es der hinreichenden Darlegung konkreter, durch den Tatrichter als prognostisch bedeutsam für einen die Behandlung im Maßregelvollzug überdauernden Therapieerfolg bewerteter Umstände.

564. BGH 4 StR 351/22 – Beschluss vom 9. November 2022 (LG Dortmund)

Besonders schwerer Raub (Finalität: Entschluss zur Wegnahme nach Abschluss der Nötigungshandlung, Einheitlichkeit des Wegnahmevorsatzes, Abweichung vom Tatplan; Drohung: konkludent, Ausnutzen der durch die vorangegangene Gewaltanwendung entstandene Angst, schlüssige Erklärung).

§ 250 Abs. 2 StGB

565. BGH 4 StR 376/22 – Beschluss vom 1. März 2023 (LG Bochum)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

566. BGH 4 StR 412/22 – Beschluss vom 6. Dezember 2022 (LG Berlin)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Anlasstat: Beweiswürdigung, Aussage eines Zeugen von Hörensagen; Gefahrenprognose: Anlasstat Ausdruck des gefährlichen Zustands, nicht verfahrensgegenständliche Taten; Schuldfähigkeit: Sachverständiger, Darstellung im Urteil, Steuerungsfähigkeit, schizoaffektive Psychose, konkretes Tatgeschehen als Beurteilungsgrundlage); gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr (Beinahe-Unfall: Beweiswürdigung).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 315b StGB; § 261 StPO

1. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatgerichts, dem es obliegt, das Ergebnis der Hauptverhandlung festzustellen

und zu würdigen. Die revisionsgerichtliche Überprüfung ist darauf beschränkt, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind. Dies ist in sachlich-rechtlicher Hinsicht dann der Fall, wenn die Beweiswürdigung in einer Weise dargestellt ist, die dem Revisionsgericht die Nachprüfung nicht ermöglicht, ob sich der Tatrichter eine tragfähige Grundlage für seine Überzeugungsbildung verschafft hat. Auf die Aussage eines Zeugen vom Hörensagen kann eine Feststellung nur dann gestützt werden, wenn sie durch andere wichtige und im unmittelbaren Bezug zum Tatgeschehen stehende Gesichtspunkte bestätigt wird.

2. Für die Frage eines Ausschlusses oder einer erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit kommt es maßgeblich darauf an, in welcher Weise sich die festgestellte und unter eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB zu subsumierende psychische Störung bei Begehung der jeweiligen Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Beschuldigten in der konkreten Tatsituation ausgewirkt hat. Die Diagnose einer schizoaffektiven Psychose führt für sich genommen nicht zur Feststellung einer – generellen oder zumindest längere Zeiträume überdauernden – Schuldunfähigkeit. Die Beurteilung der Auswertung der festgestellten Störung auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit kann daher – von offenkundigen Ausnahmefällen abgesehen – nicht abstrakt, sondern nur in Bezug auf eine bestimmte Tat erfolgen. Beurteilungsgrundlage ist das konkrete Tatgeschehen, wobei neben der Art und Weise der Tatausführung auch die Vorgeschichte, der Anlass zur Tat, die Motivlage des Beschuldigten und sein Verhalten nach der Tat von Bedeutung sein können.

3. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB darf nur angeordnet werden, wenn neben den weiteren Voraussetzungen der Maßregel eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades besteht, der Täter werde infolge seines fortdauernden Zustands in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten begehen, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich erheblich geschädigt oder erheblich gefährdet werden oder schwerer wirtschaftlicher Schaden angerichtet wird. Der gefährliche Zustand muss daher in den Anlasstaten seinen Ausdruck finden. Gleiches gilt für nicht verfahrensgegenständliche Taten, die zur Begründung der Gefährlichkeitsprognose in die Gesamtabwägung einbezogen werden. Auch diese müssen ihrerseits in einem irgendwie gearteten Zusammenhang mit der Erkrankung des Beschuldigten stehen.

567. BGH 4 StR 451/22 – Beschluss vom 14. März 2023 (LG Traunstein)

Besonders schwerer räuberischer Diebstahl (auf frischer Tat betroffen: Nötigungshandlung eine Folge des Betroffenseins, Nötigungsmittel im Rahmen der Nacheile, Verfolgung ohne Zäsur bis zum Einsatz des Nötigungsmittels fortgesetzt); gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr (Beinahe-Unfall; Versuch); Einziehung von Tatmitteln (Ermessensentscheidung; Einziehung von Gegenständen von nicht unerheblichem Wert: bestimmender Strafzumessungsgrund).

§ 252 StGB; § 250 StGB; § 315b StGB

568. BGH 4 StR 452/22 – Beschluss vom 28. Februar 2023 (LG Bielefeld)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Erfolgsaussicht der Behandlung; positive Prognosefaktoren, junges Alter, erfolgreiche Entzugsbehandlung).

§ 64 StGB

569. BGH 4 StR 475/22 – Beschluss vom 14. März 2023 (LG Zweibrücken)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (minder schwerer Fall: kein akuter Suchtdruck, bloßes Fehlen eines Strafmitderungsgrundes).

§ 30a Abs. 3 BtMG

570. BGH 4 StR 477/22 – Beschluss vom 28. Februar 2023 (LG Essen)

Urteilsgründe (Aussage gegen Aussage: Darstellung, Umstände des Einzelfalls, Gesamtwürdigung).

§ 267 StPO

571. BGH 4 StR 488/22 – Beschluss vom 28. März 2023 (LG Dortmund)

Strafzumessung (mehrere Strafrahen: Gesamtabwägung).

§ 46 StGB

572. BGH 4 StR 492/22 – Beschluss vom 1. Februar 2023 (LG Münster)

Strafzumessung (minder schwerer Fall: schwerer Bandendiebstahl, Gesamtwürdigung).

§ 46 StGB; § 244a StGB

573. BGH 3 StR 11/23 – Beschluss vom 22. März 2023 (LG Kleve)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

574. BGH 3 StR 15/23 – Beschluss vom 8. März 2023 (LG Wuppertal)

Mitteilungspflicht über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (wesentlicher Inhalt: Teilnehmer des Gesprächs; Initiator eines Vorschlags; Beruhen des Urteils auf fehlerhafter Mitteilung).

§ 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 337 StPO

575. BGH 3 StR 167/22 – Beschluss vom 8. Februar 2023 (LG Mainz)

Untreue (Haushaltsuntreue: Gebot der Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit; Vermögensnachteil: persönlicher Schadenseinschlag; Verhältnis zu Vorschriften des PartG); Bestechlichkeit (Vorteilsannahme: Anforderungen beim Drittverteil).

§ 266 StGB; § 332 StGB; § 31c Abs. 1 Satz 1 PartG

576. BGH 3 StR 246/22 – Urteil vom 9. März 2023 (OLG München)

Verbrechen gegen die Menschlichkeit (minder schwerer Fall: Gesamtwürdigung aller strafzumessungserheblichen Umstände; Spielraum des Tatgerichts; eingeschränkte revisionsrechtliche Überprüfbarkeit); Darstellung der Strafzumessungserwägungen im Urteil; Rechtswirksamkeit einer Revisionsbeschränkung.

§ 7 VStGB; § 46 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 344 Abs. 1 StPO

577. BGH 3 StR 255/22 – Beschluss vom 21. März 2023 (LG Kleve)

Anhörungsrüge.
§ 356a StPO; § 34 StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

578. BGH 3 StR 29/23 – Beschluss vom 7. März 2023 (LG Kleve)

Verwerfung der Revision als unbegründet; Festlegung der nicht geringen Menge von Betäubungsmitteln (Mephedron).
§ 349 Abs. 2 StPO; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

579. BGH 3 StR 33/23 – Beschluss vom 8. März 2023 (LG Düsseldorf)

Verjährung (Tateinheit; strafschärfende Berücksichtigung verjährter Taten).
§ 78 StGB; § 46 StGB

580. BGH 3 StR 4/23 – Beschluss vom 7. März 2023 (LG Düsseldorf)

Verwerfung der Revision als unbegründet; bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Urteilstenor); Straftaten nach dem WaffG (Urteilstenor); Einziehung von Wertersatz (gesamtschuldnerische Haftung).
§ 349 Abs. 2 StPO; § 30a BtMG; § 52 WaffG; § 73c StGB

581. BGH 3 StR 310/21 – Beschluss vom 21. März 2023 (LG Dresden)

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

582. BGH 3 StR 363/22 – Urteil vom 23. März 2023 (LG Mönchengladbach)

Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme (Gesamtbetrachtung: Tatherrschaft, Tatinteresse); nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Vollstreckungsstand der Vorverurteilung); Einziehung des Wertes von Taterträgen (gesamtschuldnerische Haftung mehrere Tatbeteiligter, Kennzeichnung im Urteilstenor).
§ 239a Abs. 1 StGB; § 249 Abs. 1 StGB; § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 253 Abs. 1 und 2 StGB; § 255 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 27 Abs. 1 StGB; § 55 StGB; § 73 StGB; § 73c StGB

583. BGH 3 StR 375/22 – Beschluss vom 22. Februar 2023 (LG Krefeld)

Strafrahmenwahl bei Vorliegen eines besonderen Strafrahmens für minder schwere Fälle und eines gesetzlich vertypen Milderungsgrundes.
§ 213 Alt. 2 StGB; § 23 Abs. 2 StGB

584. BGH 3 StR 392/22 – Urteil vom 9. März 2023 (LG Krefeld)

Schwerer räuberischer Diebstahl (Besitzerhaltungsabsicht bei Fluchtabsicht); Körperverletzung (Konkurrenzen); Beweiswürdigung des Tatgerichts; sachlich-rechtliche Anforderungen an die Beweiswürdigung (Tatgericht; revisionsgerichtliche Prüfung; widersprüchlich, unklar oder lückenhaft; Verstoß gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze; umfassende Würdigung); verminderte Schuldfähigkeit.
§ 223 StGB; § 250 StGB; § 252 StGB; § 21 StGB; § 52 StGB; § 261 StPO

585. BGH 3 StR 497/22 – Beschluss vom 7. März 2023 (LG Kleve)

Konkurrenzen beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Einbeziehung früherer Einziehungsentscheidungen).
§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 52 StGB; § 55 StGB; § 73 StGB; § 73c StGB

Sofern im Rahmen einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung die tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen für die (weitere) Vollstreckung vorliegen, ist die frühere Einziehungsentscheidung in das neue Urteil einzubeziehen. Dies geschieht – trotz des auf die Aufrechterhaltung der früheren Entscheidung gerichteten Wortlauts des § 55 Abs. 2 StGB – durch das Zusammenzählen der früheren und der aktuellen Einziehungsentscheidung.

586. BGH 3 StR 503/22 – Beschluss vom 23. März 2023 (LG Wuppertal)

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

587. BGH AK 10/23 – Beschluss vom 8. März 2023

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr; Haftgrund der Schwermriminalität; besondere Schwierigkeit und Umfang der Ermittlungen); Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat (Konkurrenzen); mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland.
§ 112 StPO; § 121 StPO; § 89a StGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 22a KrWaffKG

588. BGH AK 11 und 12/23 – Beschluss vom 5. April 2023 (OLG Hamburg)

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr; Haftgrund der Schwermriminalität; besondere Schwierigkeit und Umfang der Ermittlungen); Unterstützen einer terroristischen Vereinigung (verbindliche Zusage zur Begehung einer Straftat).
§ 112 StPO; § 121 StPO; § 89a StGB; § 129a StGB; § 129b StGB

589. BGH AK 11 und 12/23 – Beschluss vom 5. April 2023 (OLG Hamburg)

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr; Haftgrund der Schwermriminalität; besondere Schwierigkeit und Umfang der Ermittlungen); Unterstützen einer terroristischen Vereinigung (verbindliche Zusage zur Begehung einer Straftat).
§ 112 StPO; § 121 StPO; § 89a StGB; § 129a StGB; § 129b StGB

590. BGH AK 13/23 – Beschluss vom 30. März 2023 (OLG Frankfurt am Main)

Fortdauer der Untersuchungshaft über neun Monate (besondere Schwierigkeit und Umfang der Ermittlungen).
§ 112 StPO; § 121 StPO; § 122 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB

591. BGH StB 10/23 – Beschluss vom 15. März 2023

Zulässigkeit der Beschwerde gegen Verfügungen des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs (fehlende Staatshaftigkeit bei Beanstandung der Art und Weise des Vollzugs einer Durchsuchung).

§ 304 Abs. 5 StPO

592. BGH StB 11/23 – Beschluss vom 15. März 2023

Gegenstandslosigkeit der Beschwerde (Eintritt der Unzulässigkeit eines Rechtsmittels nach Einlegung; Beschwer; Kostenentscheidung).

§ 304 StPO

593. BGH StB 12/23 – Beschluss vom 15. März 2023

Zulässigkeit der Beschwerde gegen Verfügungen des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs (fehlende Staatshaftigkeit bei Beanstandung der Art und Weise des Vollzugs einer Durchsuchung).

§ 304 Abs. 5 StPO

594. BGH StB 16/23 – Beschluss vom 28. März 2023

Zulässigkeit der Beschwerde gegen Verfügungen des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs (fehlende Staatshaftigkeit bei Beanstandung der Art und Weise des Vollzugs einer Durchsuchung).

§ 304 Abs. 5 StPO

595. BGH StB 6+7/23 – Beschluss vom 8. März 2023

Frist der sofortigen Beschwerde (Wochenfrist; Bekanntmachung der Entscheidung bei Zustellung an die Staatsanwaltschaft).

§ 35 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 35a Satz 1 StPO; § 36 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 41 Satz 1 StPO; § 311 Abs. 2 StPO

596. BGH StB 6+7/23 – Beschluss vom 8. März 2023

Frist der sofortigen Beschwerde (Wochenfrist; Bekanntmachung der Entscheidung bei Zustellung an die Staatsanwaltschaft).

§ 35 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 35a Satz 1 StPO; § 36 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 41 Satz 1 StPO; § 311 Abs. 2 StPO

1. Den Anforderungen an eine Zustellung an die Staatsanwaltschaft gemäß § 41 StPO ist dadurch genügt, dass diese aus der Übersendungsverfügung in Verbindung mit der aus den Akten zu ersehenden Verfahrenslage erkennen kann, mit der Übersendung an sie werde die Zustellung nach § 41 StPO bezweckt. Es bedarf keines ausdrücklichen Hinweises auf diese Vorschrift.

2. Für den Zeitpunkt der Zustellung kommt es allein auf den Eingang bei der Behörde, nicht aber auf den bei der zuständigen Abteilung oder gar dem das Verfahren bearbeitenden Staatsanwalt an.

3. Das Fehlen einer Rechtsmittelbelehrung steht einem Zustellungswillen und der Wirksamkeit einer Zustellung an die Staatsanwaltschaft nicht entgegen. Eine Belehrung

sieht § 35a Satz 1 StPO nur gegenüber Betroffenen, nicht gegenüber der Staatsanwaltschaft vor.

597. BGH StB 58/22 – Beschluss vom 30. März 2023

Durchsuchung bei Beschuldigten (Anfangsverdacht); Durchsuchung bei anderen Personen (Auffindeverdacht für bestimmte Beweismittel; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit); Sicherstellung zum Zwecke der Durchsicht von elektronischen Speichermedien.

§ 102 StPO; § 103 StPO; § 110 StPO; § 129 StGB; § 129a StGB

598. BGH 6 StR 101/23 – Beschluss vom 4. April 2023 (LG Braunschweig)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung).

§ 55 Abs. 1 Satz 1 StGB

599. BGH 6 StR 24/23 – Beschluss vom 7. März 2023 (LG Potsdam)

Erfolgreicher Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 44 Satz 1 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

600. BGH 6 StR 32/23 – Beschluss vom 4. April 2023 (LG Halle)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

601. BGH 6 StR 324/22 – Urteil vom 22. März 2023 (LG Neuruppin)

„Tötungsdelikt in ehemaligem Bunker bei Oranienburg“; Mord (Heimtücke: Arg- und Wehrlosigkeit, ausnahmsweises Absehen vom Erfordernis der Arglosigkeit zu Beginn der Tötungshandlung; Vorkehrungen des Täters, die bei Ausführung der Tat noch fortwirken); Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (kein Ausgehen von Annahmen zugunsten des Angeklagten ohne konkrete tatsächliche Anhaltspunkte).

§ 211 StGB; § 261 StPO

602. BGH 6 StR 53/23 – Beschluss vom 21. März 2023 (LG Hannover)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

603. BGH 6 StR 85/23 – Beschluss vom 4. April 2023 (LG Stade)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

604. BGH 6 StR 88/23 – Beschluss vom 21. März 2023 (LG Frankfurt [Oder])

Bindung des Tatgerichts (Aufhebung nur des Strafausspruchs mit den zugehörigen Feststellungen; Horizontale Teilrechtskraft; verminderte Schuldfähigkeit).

§ 358 Abs. 1 StPO; § 21 StGB

Die Aufhebung des Strafausspruchs mit den zugehörigen Feststellungen durch das Revisionsgericht bezieht sich auch auf die Feststellungen und die Entscheidung des früheren Tatgerichts zur Frage einer verminderten Schuldfähigkeit des Täters im Sinne von § 21 StGB.

605. BGH 6 StR 96/23 – Beschluss vom 4. April 2023 (LG Halle)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (mangelnde Feststellungen im Urteil: letztmalige Prüfung der tatsächlichen Feststellungen).

§ 55 Abs. 1 Satz 2 StGB

606. BGH 6 StR 378/22 – Urteil vom 8. März 2023 (LG Göttingen)

„Göttinger Hochschullehrer“; Nötigung (Drohung mit einem empfindlichen Übel: konkludente Drohung, „Drohkulisse“, fortwirkende Drohwirkung früherer Drohungen); sexuelle Nötigung (Ausnutzen einer schutzlosen Lage: Angst vor einer Gewalteinwirkung des Täters).

§ 240 Abs. 1 StGB; § 177 Abs. 1 Nr. 3 StGB aF

607. BGH 6 StR 398/22 – Urteil vom 22. März 2023 (LG Halle)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang: symptomatischer Zusammenhang zwischen Hang und Anlasstat).

§ 64 StGB

608. BGH 6 StR 427/22 – Beschluss vom 7. Februar 2023 (LG Lüneburg)

Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Umtausch einer zum Weiterkauf erworbenen Rauschgiftmenge in eine andere Menge; Akzessorietät der Teilnahme).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 27 Abs. 1 StGB

609. BGH 6 StR 492/22 – Beschluss vom 4. April 2023 (LG Cottbus)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

610. BGH 6 StR 546/22 – Beschluss vom 5. April 2023 (LG Braunschweig)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO