

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; RiKG Dr. Holger

Mann; RA Sina Aaron Moslehi; RA Dr.

Stephan Schlegel

STÄNDIGE MITARBEITER

RA Dr. Christoph Henckel; Wiss. Mit.

Julia Heß (Redaktionsassistenten);

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

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

Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M.

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

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

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

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

Cambridge; Prof. Dr. Diethelm Kle-

sczewski, Univ. Leipzig; Prof. Dr. Hans

Kudlich, Univ. Erlangen-Nürnberg; Prof.

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

rich; RA Tilo Mühlbauer, Dresden; RA

Prof. Dr. Ralf Neuhaus, Dortmund; RA

Dr. Markus Rübenstahl, mag. iur.,

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

LMU München; RA Dr. Hellen Schilling,

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

wada, Univ. Greifswald; RA Klaus-Ulrich

Ventzke, Hamburg und Prof. Dr. Wolf-

gang Wohlers, Univ. Basel

Publikationen

Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Hamburg – **Ungünstige Wiederaufnahme – eine kritische Betrachtung** S. 109

Dr. Tobias Wickel, Ulm – **Zwischenverfahren und Eröffnungsbeschluss im selbständigen Einziehungsverfahren** S. 113

Sophie-Charlotte von Bierbrauer zu Brennstein, LL.B., M.A., Potsdam – **Der neue § 362 Nr. 5 StPO im System der Wiederaufnahmegründe** S. 118

Die Ausgabe umfasst eine Rezension.

Entscheidungen

BVerfG **Diskriminierungsverbot bei rechtfertigender Pflichtenkollision (Triage)**

BVerfG **Begrenzung des Verschleifungsverbots**

BGH **Beweiswürdigung bei Nichtgewährung des Konfrontationsrechts bzgl. eines Belastungszeugen**

BGH **Mangelndes Beruhen bei Verstößen gegen Vereidigungsvorschriften**

BGH **Widersprüche zu als erwiesen behandelten Tatsachen**

Die Ausgabe umfasst 103 Entscheidungen.

HRRS

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

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

REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

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

ISSN 1865-6277

23. Jahrgang, März 2022, Ausgabe

3

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

245. BVerfG 1 BvR 1541/20 (Erster Senat) – Beschluss vom 16. Dezember 2021

Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage (Verteilung pandemiebedingt knapper intensivmedizinischer Behandlungsressourcen; Schutzdimensionen des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG; subjektives Abwehrrecht; Förderauftrag; objektive Wertentscheidung; Auftrag für den Gesetzgeber zum Schutz vor Benachteiligungen; Verdichtung zur konkreten Schutzpflicht in Konstellationen besonderer Schutzbedürftigkeit wie in einer Triage-Situation; tatsächliche Anhaltspunkte für Benachteiligungsrisiken in der Triage; unbewusste Stereotypisierung; Annahme von Komorbiditäten oder schlechten Genesungsaussichten; Kriterium der Erfolgsaussicht einer Behandlung im Sinne des Überlebens der aktuellen Erkrankung; Fehlen

hinreichender gesetzlicher Vorkehrungen; Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers; gesetzgeberisches Unterlassen als Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde; hohe Darlegungsanforderungen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG; § 90 Abs. 1 BVerfGG; Art. 14 EMRK; Art. 1 Abs. 1 BRK; Art. 4 Abs. 1 BRK; Art. 10 BRK; Art. 11 BRK; Art. 25 BRK; Art. 2 IPbPR; Art. 2 IPwskR; § 1 AGG

1. Aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ergibt sich für den Staat das Verbot unmittelbarer und mittelbarer Diskriminierung wegen Behinderung und ein Auftrag, Menschen wirksam vor Benachteiligung wegen ihrer Behinderung auch durch Dritte zu schützen. (BVerfG)

2. Der Schutzauftrag des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG kann sich in bestimmten Konstellationen ausgeprägter Schutzbedürftigkeit zu einer konkreten Schutzpflicht verdichten. Dazu gehören die gezielte, als Angriff auf die Menschenwürde zu wertende Ausgrenzung von Personen wegen einer Behinderung, eine mit der Benachteiligung wegen Behinderung einhergehende Gefahr für hochrangige grundrechtlich geschützte Rechtsgüter wie das Leben oder auch Situationen struktureller Ungleichheit.

Der Schutzauftrag verdichtet sich hier, weil das Risiko der Benachteiligung wegen einer Behinderung bei der Zuteilung knapper, überlebenswichtiger intensivmedizinischer Ressourcen besteht. (BVerfG)

3. Dem Gesetzgeber steht auch bei der Erfüllung einer konkreten Schutzpflicht aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Entscheidend ist, dass er hinreichend wirksamen Schutz vor einer Benachteiligung wegen der Behinderung bewirkt. (BVerfG)

4. Der Gesetzgeber hat die sich aus dem Schutzauftrag des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ergebende Handlungspflicht verletzt, indem er keine Vorkehrungen getroffen hat, damit bei einer Entscheidung über die Verteilung pandemiebedingt knapper intensivmedizinischer Behandlungsressourcen, also im Fall einer Triage, niemand aufgrund seiner Behinderung benachteiligt wird. (Bearbeiter)

5. Eine Behinderung im Sinne des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG liegt vor, wenn eine Person in der Fähigkeit zur individuellen und selbständigen Lebensführung längerfristig nicht nur geringfügig beeinträchtigt ist. Nach diesen Maßgaben schützt das Grundrecht auch chronisch Kranke; denn auf den Grund der Behinderung kommt es nicht an. (Bearbeiter)

6. Als subjektives Abwehrrecht schützt Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG gegen staatliche Benachteiligung durch Regelungen und Maßnahmen, die die Situation von Behinderten verschlechtern. Das Grundrecht enthält zugleich einen Förderauftrag und vermittelt einen Anspruch auf Eröffnung gleichberechtigter Teilhabe nach Maßgabe der verfügbaren Möglichkeiten. Zudem ist Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG als objektive Wertentscheidung in allen Rechtsgebieten zu beachten und daher insbesondere auch im Zivilrecht bei der Interpretation von Generalklauseln und anderen auslegungsbedürftigen Normen zur Geltung zu bringen. (Bearbeiter)

7. Aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG ergibt sich außerdem ein Auftrag für den Gesetzgeber zum Schutz vor Benachteiligungen wegen einer Behinderung auch durch Dritte. Der Schutzauftrag kann sich in bestimmten Konstellationen ausgeprägter Schutzbedürftigkeit zu einer konkreten Schutzpflicht verdichten. Zu solchen Konstellationen gehören die gezielte, als Angriff auf die Menschenwürde zu wertende Ausgrenzung. Zudem kann eine Handlungspflicht bestehen, wenn mit einer Benachteiligung wegen Behinderung Gefahren für hochrangige grundrechtlich geschützte Rechtsgüter einhergehen; dies ist insbesondere der Fall, wenn der Schutz des Lebens in Rede steht. Darüber hinaus kann sich eine konkrete Handlungspflicht

auch in Situationen struktureller Ungleichheit ergeben. (Bearbeiter)

8. Diese Auslegung des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG steht im Einklang mit den dabei zu beachtenden völkerrechtlichen Verpflichtungen aus der Europäischen Menschenrechtskonvention in ihrer Auslegung durch den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte, aus dem Übereinkommen der Vereinten Nationen über die Rechte von Menschen mit Behinderungen sowie aus den Internationalen Pakten über bürgerliche und politische Rechte und über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte. (Bearbeiter)

9. Der allgemeine Schutzauftrag des Staates aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG verdichtet sich angesichts des Risikos der Benachteiligung wegen einer Behinderung in einer Triage-Situation bei der Zuteilung knapper intensivmedizinischer Behandlungsressourcen zu einer konkreten Handlungspflicht. In einer Rechtsordnung, die auf eine gleichberechtigte Teilhabe behinderter Menschen an der Gesellschaft ausgerichtet ist, kann eine Benachteiligung wegen einer Behinderung nicht hingenommen werden, der die Betroffenen nicht ausweichen können und die unmittelbar zu einer Gefährdung der nach Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG als überragend bedeutsam geschützten Rechtsgüter Gesundheit und Leben führt. Die Betroffenen können sich in einer solchen Situation zudem nicht selbst schützen. (Bearbeiter)

10. Es bestehen belastbare Anhaltspunkte dafür, dass für Menschen mit Behinderungen ein Risiko besteht, bei Entscheidungen über die Verteilung pandemiebedingt nicht ausreichender überlebenswichtiger Ressourcen in der Intensivmedizin aufgrund ihrer Behinderung benachteiligt zu werden. Aus sachkundigen Einschätzungen und Stellungnahmen ergibt sich, dass sich in der komplexen Entscheidung über eine intensivmedizinische Therapie subjektive Momente ergeben können, die Diskriminierungsrisiken beinhalten, weil die Lebenssituation und -qualität von Menschen mit Behinderungen oft sachlich falsch beurteilt wird oder eine unbewusste Stereotypisierung stattfindet. (Bearbeiter)

11. Die fachlichen Empfehlungen der Deutschen Interdisziplinären Vereinigung für Intensiv- und Notfallmedizin (DIVI) für intensivmedizinische Entscheidungen bei pandemiebedingter Knappheit beseitigen das Risiko einer Benachteiligung nicht. Indem sie – für sich genommen verfassungsrechtlich unbedenklich – entscheidend auf das Kriterium der klinischen Erfolgsaussicht der Behandlung im Sinne des Überlebens der aktuellen Erkrankung abstellen, bergen sie insbesondere das Risiko, dass bei der vorgesehenen und im Grundsatz ebenfalls zulässigen Berücksichtigung von Komorbiditäten eine Behinderung pauschal mit solchen in Verbindung gebracht oder stereotyp mit schlechten Genesungsaussichten verbunden wird. (Bearbeiter)

12. Der Gesetzgeber hat bislang keine hinreichenden Vorkehrungen getroffen, um Menschen mit Behinderungen wirksam vor einer solchen Benachteiligung zu schützen. Insbesondere genügt das allgemeine zivilrechtliche Benachteiligungsverbot in § 1 AGG nicht, um in der extremen Entscheidungssituation einer pandemiebedingten

Triage sicherzustellen, dass allein nach der aktuellen und kurzfristigen Überlebenswahrscheinlichkeit entschieden wird. (Bearbeiter)

13. Dem Gesetzgeber steht bei der Entscheidung, wie er das Schutzgebot des Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG konkret erfüllt, ein Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum zu. Insoweit kann er selbst materielle Maßstäbe für die intensivmedizinische Verteilungsentscheidung vorgeben oder andere Vorkehrungen treffen und etwa ein Mehraugen-Prinzip bei Auswahlentscheidungen einführen oder sich für Vorgaben zur Dokumentation oder für die Aus- und Weiterbildung insbesondere des intensivmedizinischen Personals entscheiden. (Bearbeiter)

14. Ein gesetzgeberisches Unterlassen kann Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde sein, wenn sich eine Handlungspflicht des Gesetzgebers aus dem Grundgesetz herleiten lässt, wie sie aufgrund des Diskriminierungsverbotes aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG in Betracht kommt. (Bearbeiter)

15. Das Bundesverfassungsgericht kann die Verletzung einer Schutzpflicht angesichts des dem Gesetzgeber insoweit grundsätzlich eröffneten weiten Gestaltungsspielraums nur feststellen, wenn Schutzvorkehrungen entweder überhaupt nicht getroffen sind, wenn die Regelungen offensichtlich ungeeignet oder völlig unzulänglich sind oder wenn sie erheblich hinter dem Schutzziel zurückbleiben. Dies hat der Beschwerdeführer unter Berücksichtigung des gesamten gesetzlichen Regelungszusammenhangs darzulegen. (Bearbeiter)

246. BVerfG 2 BvL 1/20 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 9. Februar 2022 (AG Villingen-Schwenningen)

Verfassungsmäßigkeit der Strafnorm über verbotene Kraftfahrzeugrennen (Bestimmtheitsgebot; hinreichende Präzisierung der Tatbestandsmerkmale „grob verkehrswidrig“ und „rücksichtslos“; ausreichend klarer Bezugspunkt der Fortbewegung mit nicht angepasster Geschwindigkeit; Bestimmtheit des Absichtserfordernisses bezüglich des Erreichens einer höchstmöglichen Geschwindigkeit; Vergleich mit dem Verbot von Mehrpersonenrennen; Ausnahme bei räumlich eng umgrenzten Verkehrsvorgängen; keine Verschleifung des Absichtserfordernisses und des Merkmals der nicht angepassten Geschwindigkeit); Bestimmtheit von Strafnormen (Zulässigkeit der Verwendung ausfüllungsbedürftiger Begriffe und ineinander aufgehender Tatbestandsmerkmale durch den Gesetzgeber; Analogieverbot, Präzisierungsgebot und Verschleifungsverbot als Vorgaben für die Rechtsprechung; Klarheits- und Bestimmtheitsgebot der EMRK); Zulässigkeit einer Richtervorlage im Zwischenverfahren (abstrakte Normenkontrolle; Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage für die Eröffnung des Hauptverfahrens; keine Aktualisierung des Vorlagebeschlusses bei neuen Entwicklungen).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; Art. 7 EMRK; § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 3 Abs. 1 Satz 2 StVO; § 3 Abs. 3 StVO

1. Zu Inhalt und Reichweite des Verbots einer Verschleifung strafrechtlicher Tatbestandsmerkmale (Art. 103 Abs. 2 GG). (BVerfG)

2. § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB ist mit dem Grundgesetz vereinbar. Die Vorschrift genügt insbesondere den verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsanforderungen. Die im Straßenverkehrsrecht bereits an anderer Stelle verwendeten Tatbestandsmerkmale „grob verkehrswidrig“ und „rücksichtslos“ sind durch die hierzu ergangene Rechtsprechung hinreichend präzisiert. Hinsichtlich des Tatbestandsmerkmals der Fortbewegung mit nicht angepasster Geschwindigkeit ist deren notwendiger Bezugspunkt nicht zuletzt der Gesetzesbegründung zu entnehmen, die auf § 3 Abs. 1 Satz 2 StVO und dessen Auslegung verweist. (Bearbeiter)

3. Das neu eingeführte Absichtserfordernis („um eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen“) ist ebenfalls hinreichend bestimmt. Hinsichtlich der Parameter, nach welchen sich die höchstmögliche Geschwindigkeit bemisst, verweisen die Gesetzesmaterialien auf die Straßen-, Sicht- und Wetterverhältnisse zum Zeitpunkt der Tathandlung. Als Anknüpfungspunkt für die Auslegung kommt zudem ein Vergleich mit den in derselben Norm geregelten Mehrpersonenrennen in Betracht, bei denen es genügt, dass einer der Rennbeteiligten schneller als die anderen ist, ohne dass absolut gesehen die höchstmögliche Geschwindigkeit erreicht wird. Eine Entgrenzung des Absichtserfordernisses wird durch die einschränkende Auslegung in der Rechtsprechung vermieden, wonach räumlich eng umgrenzte Verkehrsvorgänge von einer Strafbarkeit ausgenommen werden (Bezugnahme auf BGH, Beschlüsse vom 17. Februar 2021 – 4 StR 225/20 – und vom 24. März 2021 – 4 StR 142/20 –; Urteil vom 24. Juni 2021 – 4 StR 79/20 – [= HRRS 2021 Nr. 342, Nr. 630 und Nr. 864]). Nach dieser Rechtsprechung sind das Absichtserfordernis, eine höchstmögliche Geschwindigkeit zu erreichen, sowie das Tatbestandsmerkmal der nicht angepassten Geschwindigkeit außerdem einer Auslegung zugänglich, die ihre Verschleifung ausschließt. (Bearbeiter)

4. Art. 103 Abs. 2 GG enthält für die Gesetzgebung ein striktes Bestimmtheitsgebot. Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber selbst abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet. Zugleich sollen die Normadressaten im Regelfall bereits anhand des Gesetzeswortlauts vorhersehen können, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht. Dies schließt die Verwendung wertausfüllungsbedürftiger Begriffe bis hin zu Generalklauseln im Strafrecht nicht aus, sofern sich mit Hilfe der üblichen Auslegungsmethoden, insbesondere durch Heranziehung anderer Vorschriften desselben Gesetzes, durch Berücksichtigung des Normzusammenhangs oder aufgrund einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für die Auslegung und Anwendung der Norm gewinnen lässt. (Bearbeiter)

5. Mit dem Bestimmtheitsgebot für die Gesetzgebung korrespondiert ein an die Rechtsprechung gerichtetes Verbot strafbegründender Analogie. Ausgeschlossen ist danach nicht nur eine gewohnheitsrechtliche oder rückwirkende Strafbegründung, sondern jede Rechtsanwendung, die tat-

bestandsausweitend über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht, wobei der mögliche Wortlaut als äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation aus der Sicht des Normadressaten zu bestimmen ist. (Bearbeiter)

6. Die Rechtsprechung trifft eine Verpflichtung, verbleibende Unklarheiten über den Anwendungsbereich einer Norm durch Präzisierung und Konkretisierung im Wege der Auslegung nach Möglichkeit auszuräumen (Präzisierungsgebot). Dies gilt insbesondere bei Tatbeständen, die der Gesetzgeber im Rahmen des Zulässigen durch Verwendung von Generalklauseln verhältnismäßig weit und unscharf gefasst hat und bei denen sich erst aufgrund einer gefestigten Rechtsprechung eine zuverlässige Grundlage für ihre Auslegung und Anwendung gewinnen lässt. (Bearbeiter)

7. Das Bestimmtheitsgebot verbietet es den Gerichten, einzelne Tatbestandsmerkmale auch innerhalb ihres möglichen Wortsinns so weit auszulegen, dass sie vollständig in anderen Tatbestandsmerkmalen aufgehen, also zwangsläufig mit diesen mitverwirklicht werden (Verbot der Verschleifung von Tatbestandsmerkmalen). Demgegenüber ist es dem Gesetzgeber nicht verwehrt, ihm zur Klarstellung wichtige, wenn auch ineinander aufgehende und damit im Ergebnis „verschleifende“ Tatbestandsmerkmale ausdrücklich in den Gesetzestext aufzunehmen. Eine verschleifende Auslegung derartiger Tatbestandsmerkmale durch die Gerichte verstößt nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG, wenn der Gesetzgeber ihnen eine tatbestandsbegrenzende Funktion nicht beigemessen hat. (Bearbeiter)

8. Das Klarheits- und Bestimmtheitsgebot des Art. 7 der Europäischen Menschenrechtskonvention, die als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite der Grundrechte des Grundgesetzes heranzuziehen ist, geht über den Gewährleistungsgehalt von Art. 103 Abs. 2 GG nicht hinaus. (Bearbeiter)

9. Der Zulässigkeit der Richtervorlage eines Strafgerichts steht nicht entgegen, dass sie bereits im Zwischenverfahren erfolgt ist, wenn das Gericht darlegt, dass die Eröffnung des Hauptverfahrens von der Gültigkeit einer anzuwendenden Strafnorm abhängt. Eine vollständige Subsumtion unter die Strafnorm ist dabei insoweit entbehrlich, als das Gericht hierzu nicht in der Lage ist, weil es die Norm tatbestandlich für nicht hinreichend bestimmt erachtet. (Bearbeiter)

10. Es besteht keine generelle verfassungsprozessuale Verpflichtung eines vorliegenden Gerichts, seinen Vorlagebeschluss im Hinblick auf erhebliche tatsächliche oder rechtliche Entwicklungen, die sich erst nach der Vorlage ergeben, fortlaufend zu überwachen und gegebenenfalls zu aktualisieren. (Bearbeiter)

250. BVerfG 2 BvR 1910/21 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. Februar 2022 (OLG München / LG München I)

Recht auf rechtliches Gehör bei Verfahrenseinstellung (Verpflichtung zur Anhörung des Beschuldigten vor einer ihn beschwerenden Auslagenentscheidung);

Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (kein Offenhalten der Monatsfrist durch unstatthaften Rechtsbehelf). Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG; § 33 Abs. 1 StPO; § 154 Abs. 2 StPO; § 464 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 StPO

1. Zur Wahrung des Rechts auf rechtliches Gehör ist der Beschuldigte auch vor einer nicht zustimmungsbedürftigen Verfahrenseinstellung nach § 154 Abs. 2 StPO anzuhören, wenn er durch das Auferlegen der eigenen Auslagen oder der Auslagen des Nebenklägers beschwert wird.

2. Eine sofortige Beschwerde gegen die Auslagenentscheidung in einem nicht anfechtbaren Einstellungsbeschluss ist gemäß § 464 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 StPO nicht statthaft. Sie gehört daher nicht zu dem vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde zu erschöpfenden Rechtsweg und kann die Monatsfrist des § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG nicht offenhalten.

251. BVerfG 2 BvR 2611/18 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Dezember 2021 (LG Kempten (Allgäu) / AG Kempten (Allgäu))

Durchsuchungsbeschluss und rechtliches Gehör (Nachholung des Gehörs im Beschwerdeverfahren bei Ermittlungsmaßnahmen ohne vorherige Anhörung; Abwarten einer angekündigten Beschwerdebegründung); Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Erfordernis einer Anhörungsrüge).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 33 Abs. 4 StPO; § 33a StPO; § 105 StPO

1. Wird eine Eingriffsmaßnahme im Strafverfahren – wie regelmäßig im Falle der Durchsuchung – ohne vorherige Anhörung des Beschuldigten angeordnet, so ist das rechtliche Gehör jedenfalls im Beschwerdeverfahren nachträglich zu gewähren. Hat der Beschuldigte eine Begründung seiner Beschwerde angekündigt, so hat das Beschwerdegericht, sofern es nicht ohnehin eine Frist zur Einreichung der Beschwerdebegründung bestimmt, mit einer der Beschwerde nicht stattgebenden Entscheidung angemessene Zeit zu warten.

2. Zur Wahrung des Grundsatzes der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde ist ein Beschwerdeführer gehalten, eine unter Verletzung seines Rechts auf rechtliches Gehör ergangene Beschwerdeentscheidung zunächst mit einer Anhörungsrüge anzugreifen.

247. BVerfG 2 BvR 75/22 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. Januar 2022 (OLG Frankfurt am Main)

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen eine sitzungspolizeiliche Anordnung (Verbot des Mitschreibens in der Verhandlung; Ausnahmeregelung nur für den Fall eines wissenschaftlichen Interesses; Pflicht der Gerichte zur Erwägung und Bescheidung jedes grundrechtsrelevanten Vorbringens; Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Erfordernis eines Antrags an das Strafgericht).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 176 Abs. 1 GVG

Eine Verfassungsbeschwerde gegen eine sitzungspolizeiliche Anordnung, mit der Zuschauern das Mitschreiben in der Hauptverhandlung untersagt wird, ist wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Subsidiarität unzulässig, wenn der Beschwerdeführer es unterlassen hat, einen Antrag auf Gestattung der Anfertigung von Mitschriften zu stellen, auch wenn die Anordnung dies explizit nur für den Fall eines wissenschaftlichen Interesses vorsieht. Denn das Strafgericht ist gehalten, jedes grundrechtsrelevante Vorbringen zu erwägen und zu bescheiden, um die Grundrechte des Beschwerdeführers zu wahren und durchzusetzen.

248. BVerfG 2 BvR 167/22 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Februar 2022 (LG Regensburg)

Recht auf effektiven Rechtsschutz im strafvollzugsrechtlichen Eilverfahren (Notrufsystem in Hafträumen; verzögerte Entscheidung über einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 109 Abs. 1 StVollzG; § 114 StVollzG

Ein Notrufsystem in Hafträumen stellt für Gefangene in Notfällen und Gefahrensituationen eine wichtige Möglichkeit der Kommunikation dar. Hat eine Strafvollstreckungskammer über einen entsprechenden Antrag eines Straffe-

fangenen auf einstweiligen Rechtsschutz nach über vier Monaten noch nicht entschieden, so liegt eine Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz nahe.

249. BVerfG 2 BvR 1872/21 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. Januar 2022 (BGH / LG Bonn)

Unzulässigkeit einer Gegenvorstellung gegen Nichtannahmeentscheidungen des BVerfG (grundsätzlich fehlende Abänderungskompetenz der Kammer; mögliche Ausnahme bei Gehörsverletzung (offengelassen)).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 93b Satz 1 BVerfGG

1. Kammerentscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, mit denen eine Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen wird, sind unanfechtbar und können auf Gegenvorstellungen hin grundsätzlich nicht mehr abgeändert werden (Folgeentscheidung zum Beschluss vom 22. November 2021 [= HRRS 2021 Nr. 1191]).

2. Ob ausnahmsweise eine Abänderungskompetenz der Kammer besteht, wenn bei der Entscheidung entscheidungserheblicher, dem Bundesverfassungsgericht vorliegender Prozessstoff in einer Art. 103 Abs. 1 GG verletzenden Weise außer Acht geblieben ist kann dahinstehen, soweit ein solcher Fall nicht gegeben ist.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

301. BGH 2 StR 148/21 – Beschluss vom 4. August 2021 (LG Aachen)

Verminderte Schuldfähigkeit (Beweiswürdigung: Tatplanung, gezielte Durchführung, Hemmungsvermögen, schwere Persönlichkeitsstörung, Handlungsalternativen eines Wahnkranken, Tatmotiv ohne direkte Beziehung zum Wahnthema).

§ 20 StGB; § 21 StGB

1. Dass eine Tat geplant und gezielt durchgeführt wird, sagt in solchen Fällen nichts Abschließendes über das Hemmungsvermögen eines Angeklagten bei der Begehung einer Tat aus. Auch bei einem geplanten und geordneten Vorgehen kann die Fähigkeit, Anreize zu einem bestimmten Verhalten und Hemmungsvorstellungen gegeneinander abzuwägen und danach den Willensentschluss zu bilden, aufgehoben oder erheblich vermindert sein. Das Tatverhalten wie auch das Verhalten vor und nach der Tat sind wenig aussagekräftig für das Hemmungsvermögen, wenn eine schwere Persönlichkeitsstörung zu diagnostizieren ist.

2. Einem Wahnkranken stehen in Situationen, die durch den Wahn bestimmt sind, Handlungsalternativen praktisch nicht zur Verfügung.

3. Wahnhafte Störungen können sich zwar bei akuten psychotischen Phasen erheblich auf die Schuldfähigkeit – insbesondere das Einsichtsvermögen – auswirken; standen Tatmotiv und -handlung aber nicht in einer direkten Beziehung zum Wahnthema, ist allein aus der Diagnose einer wahnhaften Störung regelmäßig noch keine Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit herzuleiten.

337. BGH 6 StR 431/21 – Beschluss vom 11. Januar 2022 (LG Stendal)

Versuchter Mord (Rücktritt vom Versuch: beendeter Versuch, unbeendeter Versuch; Erreichen des außertatbestandmäßigen Handlungsziels; Vorstellungsbild des Täters).

§ 211 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 StGB

Ein strafbefreiender Rücktritt vom unbeendeten Versuch ist auch dann möglich, wenn der Täter von weiteren Handlungen allein deshalb absieht, weil er sein außertatbestandsmäßiges Handlungsziel bereits erreicht hat. Auch in diesen Fällen kommt es für die Abgrenzung des

unbeendeten vom beendeten Versuch und damit für die Voraussetzungen eines strafbefreienden Rücktritts allein darauf an, ob der Täter nach der letzten von ihm konkret vorgenommenen Ausführungshandlung den Eintritt des tatbestandsmäßigen Erfolges für möglich hält (st. Rspr.).

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

315. BGH 2 StR 391/21 – Beschluss vom 8. Dezember 2021 (LG Köln)

Vollrausch (Eventualvorsatz: Beweiswürdigung, Vorhersehbarkeit der Schwere des Rausches).

§ 323a StGB; § 15 StGB

Bedingt vorsätzlich im Sinne des § 323a Abs. 1 StGB handelt, wer es bei dem Genuss von Rauschmitteln für möglich hält und billigend in Kauf nimmt, dass er sich dadurch in einen Rauschzustand versetzt, der seine Einsichtsfähigkeit oder sein Hemmungsvermögen jedenfalls erheblich vermindert, wenn nicht ganz ausschließt.

279. BGH 3 StR 445/21 – Beschluss vom 26. Januar 2022 (LG Duisburg)

Nötigungsmittel beim Raub (Gewalt gegen eine Person; durch List, Schnelligkeit und Geschicklichkeit geprägtes Tatbild; Fortwirken der Gewalt als konkludente Drohung; Aktualisierung der Nötigungslage; finale Verknüpfung).

§ 249 StGB

1. Gewalt gegen eine Person i.S.d. § 249 StGB liegt vor, wenn die Kraft, die der Täter entfaltet, wesentlicher Bestandteil der Wegnahme ist. Sie muss so erheblich sein, dass sie geeignet ist, erwarteten Widerstand zu brechen; vom Opfer muss sie als körperlicher Zwang empfunden werden. Die körperliche Einwirkung braucht zwar letztlich für Leib oder gar Leben des Opfers nicht gefährlich zu sein. Sie darf aber auch nicht ganz unbedeutend sein. Nur wegen Diebstahls ist demzufolge zu verurteilen in Fällen, in denen das Überraschungsmoment bestimmend ist, weil das Tatbild eher durch List, Schnelligkeit und Geschicklichkeit als durch körperlichen Zwang geprägt wird.

2. Auch bei einem durch List, Schnelligkeit und Geschicklichkeit geprägten Vorgehen wird indes die Schwelle zur gewaltsamen Wegnahme überschritten, wenn das Opfer

die Absicht des Täters noch rechtzeitig erkennt und die Sache (z.B. die Handtasche) derart festhält, dass sie vom Täter nur mittels erheblicher Kraftentfaltung entrissen werden kann. Entscheidend sind letztlich die konkreten Umstände des jeweiligen Einzelfalls, deren Beurteilung primär Sache des Tatgerichts ist.

3. Eine vorangegangene Gewaltanwendung mit der daraus resultierenden Einschüchterung genügt für eine Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben mangels finaler Verknüpfung in der Regel nicht, wenn der Täter die Wirkung einer ohne Wegnahmevorsatz erfolgten (aber nicht mehr fortgesetzten) Nötigungshandlung nur ausnutzt und aufgrund eines neuen Entschlusses Sachen wegnimmt. Ein Fortwirken der Gewalt als (konkludente) Drohung bedarf grundsätzlich einer Aktualisierung der Nötigungslage dergestalt, dass der Täter die Gefahr für Leib oder Leben deutlich in Aussicht stellt, sie also durch ein bestimmtes Verhalten genügend erkennbar macht. Es reicht nicht aus, wenn das Opfer nur erwartet, der Täter werde es an Leib oder Leben schädigen. Ein derartiges die Nötigungslage aktualisierendes Verhalten ist auch im Urteil festzustellen.

334. BGH 6 StR 388/21 – Urteil vom 12. Januar 2022 (LG Rostock)

Schwerer Bandendiebstahl (Bandenabrede: wiederholtes deliktisches Zusammenwirken; Gehilfentätigkeit).

§ 244a Abs. 1 StGB

1. Das Vorliegen einer Bandenabrede kann auch aus dem konkret feststellbaren, wiederholten deliktischen Zusammenwirken mehrerer Personen hergeleitet werden.

2. Mitglied einer Bande kann auch sein, wer eine künftige (dauerhafte) Gehilfentätigkeit zugesagt hat. Der Mitgliedschaft steht daher nicht entgegen, dass einzelne Beteiligte stets nur Gehilfen sein sollen.

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

302. BGH 2 StR 158/21 – Urteil vom 24. November 2021 (LG Köln)

Strafzumessung (eingeschränkte Revisibilität; Strafmilderungsgrund: Verzicht auf ansonsten einziehbare Gegenstände, Verzicht auf andere werthaltige Gegenstände zu Gunsten des Staates, Berücksichtigung einer Einziehung; Enthemmung: Konsum von Rauschmitteln in Kenntnis der bevorstehenden Tat); Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern (Charakter einer Nebenstrafe).

§ 46 StGB; § 74 Abs. 1 StGB

Der Verzicht auf Gegenstände, die ansonsten nach § 74 Abs. 1 StGB eingezogen werden könnten, kann einen Strafmilderungsgrund darstellen. Eine Anordnung nach § 74 Abs. 1 StGB hat den Charakter einer Nebenstrafe; wird dem Täter auf diese Weise ein ihm zustehender Gegenstand von nicht unerheblichem Wert eingezogen, so ist dies deshalb ein bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafen und insoweit im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der den Täter treffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen. Dies gilt ebenso für einen Verzicht auf andere werthaltige Gegenstände zu Gunsten des Staates.

274. BGH 3 StR 415/21 – Beschluss vom 11. Januar 2022 (LG Koblenz)

Einziehung von mit Erträgen aus Betäubungsmitteln erworbenen Kryptowährungen (Surrogat; Berücksichtigung bei weitergehender Wertersatzeinziehung; Zeitpunkt; Wertsteigerung); Einziehung von Tatmitteln.

§ 73 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 73c StGB; § 74 StGB

1. Investiert der Täter eines Betäubungsmitteldeliktens einen Teil der erwirtschafteten Erträge in Kryptowährungen, sind diese grundsätzlich als Surrogate (vgl. § 73 Abs. 3 StGB) einzuziehen. Sofern darüber hinaus eine Einziehung von Wertersatz (§ 73c StGB) hinsichtlich weiterer Taterträge stattfindet, ist der Wert der als Surrogat eingezogenen Kryptowährungen hiervon abzuziehen. Dabei kommt es grundsätzlich auf den Wert im Zeitpunkt des Erwerbs an. Eine etwaige Wertsteigerung führt nicht dazu, dass der inzwischen höhere Wert abzuziehen wäre. Für den Fall, dass es zwischenzeitlich zu einer Wertminderung gekommen wäre, käme in dieser Höhe jedoch gemäß § 73c Satz 2 StGB eine Einziehung des Wertes von Taterträgen neben der Surrogateinziehung in Betracht.

2. Nach § 74 Abs. 1 StGB können Gegenstände, die zur Begehung oder Vorbereitung einer vorsätzlichen Tat gebraucht worden oder bestimmt gewesen sind, als Tatmittel eingezogen werden. Die Anordnung einer solchen Einziehung steht, wie sich bereits aus dem Gesetzeswortlaut ergibt, im Ermessen des Tatgerichts. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit darf die nicht vorgeschriebene

Einziehung nicht angeordnet werden, wenn sie zur begangenen Tat und zum Vorwurf, der den von der Einziehung Betroffenen trifft, außer Verhältnis stünde (§ 74f Abs. 1 Satz 1 StGB). Den Urteilsgründen muss grundsätzlich zu entnehmen sein, dass sich das Tatgericht bewusst war, eine Ermessensentscheidung zu treffen, und welche Gründe für die Ausübung des Ermessens gegeben waren.

314. BGH 2 StR 372/21 – Beschluss vom 26. Oktober 2021 (LG Hanau)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (positive Feststellung der Schuldunfähigkeit oder verminderten Schuldfähigkeit: Schizophrenieerkrankung, Beurteilung in Bezug auf eine bestimmte Tat; symptomatischer Zusammenhang: Eigenschaften und Verhaltensweisen schulfähiger Menschen; Darstellung in den Urteilsgründen).

§ 63 StGB

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus setzt unter anderem die positive Feststellung voraus, dass der Beschuldigte eine rechtswidrige Tat im Zustand der Schuldunfähigkeit (§ 20 StGB) oder der verminderten Schuldfähigkeit (§ 21 StGB) begangen hat. Hierfür muss vom Tatgericht zunächst im Einzelnen dargelegt werden, wie sich die festgestellte, einem Merkmal von §§ 20, 21 StGB unterfallende Erkrankung in der jeweiligen Tatsituation auf die Einsichts- oder die Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat und warum die Anlasstaten auf den entsprechenden psychischen Zustand zurückzuführen sind.

2. Allein die Diagnose einer Schizophrenieerkrankung führt nicht schon für sich genommen zu der Feststellung einer generellen oder über längere Zeiträume andauernden gesicherten Beeinträchtigung oder Aufhebung der Schuldfähigkeit; vielmehr ist stets im Einzelnen darzulegen, wie sich die Erkrankung in der konkreten Tatsituation auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat und warum die Anlasstaten auf sie zurückzuführen sind. Dabei kann die Beurteilung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit – von offenkundigen Ausnahmefällen abgesehen – nicht abstrakt, sondern nur in Bezug auf eine bestimmte Tat erfolgen.

3. Mit Blick auf den symptomatischen Zusammenhang zwischen Anlasstat und psychischer Erkrankung ist ferner zu untersuchen, ob in der Person des Beschuldigten oder in seinen Taten letztlich nicht nur Eigenschaften und Verhaltensweisen hervortreten, die sich im Rahmen dessen halten, was bei schulfähigen Menschen anzutreffen und übliche Ursache für strafbares Verhalten ist.

4. Neben der sorgfältigen Prüfung der Anordnungsvoraussetzungen ist der Tatrichter auch verpflichtet, die insoweit wesentlichen Umstände in den Urteilsgründen so

umfassend darzustellen, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird, die Entscheidung nachzuvollziehen.

271. BGH 3 StR 381/21 – Beschluss vom 21. Dezember 2021 (LG Osnabrück)

Einziehung und erweiterte Einziehung von Wertersatz (Erlangen; tatsächlicher Vorgang; faktische Verfügungsgewalt; Herrschaftsverhältnis; ungehinderter Zugriff; keine sichere Zuordnung).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB

1. Beim Erlangen im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB handelt es sich um einen tatsächlichen Vorgang. Durch die Tat erlangt wird ein Vermögenswert, wenn er dem Täter oder Teilnehmer unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes in irgendeiner Phase des Tatablaufs derart zufließt, dass er seiner faktischen Verfügungsgewalt unterliegt. Auf zivilrechtliche Besitz- oder Eigentumsverhältnisse kommt es dabei nicht an. Faktische Verfügungsgewalt liegt jedenfalls dann vor, wenn der Tatbeteiligte im Sinne eines rein tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses ungehinderten Zugriff auf den betreffenden Vermögensgegenstand nehmen kann.

2. Die Anwendung des § 73a Abs. 1 StGB, auch in Verbindung mit § 73c Satz 1 StGB, setzt voraus, dass die Herkunft der Einziehungsgegenstände aus rechtswidrigen Taten feststeht, aber eine sichere Zuordnung zu konkreten oder zumindest konkretisierbaren einzelnen Taten nach Ausschöpfung aller Beweismittel ausgeschlossen ist. Sofern die betreffenden Gegenstände einzelnen rechtswidrigen Herkunftstaten zugeordnet werden können oder könnten, und sei es erst nach weiteren Ermittlungen oder Beweiserhebungen, scheidet eine erweiterte Einziehung von Taterträgen (§ 73a Abs. 1 StGB) beziehungsweise des Wertes von Taterträgen (§ 73c StGB) aus. Vielmehr ist dann eine Einziehung von Taterträgen nach § 73 Abs. 1 StGB beziehungsweise des Wertes von Taterträgen nach § 73c Satz 1 StGB einem (gesonderten) Verfahren wegen dieser anderen Straftaten vorbehalten. § 73a Abs. 1 StGB ist mithin subsidiär gegenüber § 73 Abs. 1 StGB.

254. BGH 1 StR 312/21 – Urteil vom 16. Dezember 2021 (LG Karlsruhe)

Einziehung (Erlangen durch die Tat bei mittelbarem Erlangen über einen anderen Tatbeteiligten).

§ 73 Abs. 1 StGB

Für ein Erlangen „durch“ die Tat reicht aus, dass zunächst einer der Tatbeteiligten den Taterlös vereinnahmt, bevor er ihn an den von der Einziehung betroffenen Tatbeteiligten überträgt. Der Kausal- und Zurechnungszusammenhang zwischen Tatbeitrag und Vereinnahmen des Tatertrags wird dadurch nicht unterbrochen. Die Mittelbarkeit eines solchen Zuflusses steht der Einziehung nicht entgegen.

284. BGH 3 StR 493/21 – Beschluss vom 25. Januar 2022 (LG Kleve)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (mangelnde Sprachkenntnis; fehlende Erfolgsaussicht; Aussicht auf Therapie im Herkunftsland nach Überstellung).

§ 64 StGB

Begründet die Unkenntnis der deutschen Sprache die fehlende Erfolgsaussicht einer Therapie, so ist die ungewisse und vom erkennenden Gericht nicht zu beeinflussende Möglichkeit, dass es eventuell zu einer – gemäß § 85 Abs. 1 Satz 1 IRG im Ermessen der Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde liegenden – Überstellung in das Herkunftsland und dann dort zur Unterbringung in einer Einrichtung kommt, die einer Entziehungsanstalt im Sinne des § 64 StGB entspricht, nicht geeignet, die hinreichend konkrete Erfolgsaussicht positiv festzustellen und hierauf die den Angeklagten zusätzlich belastende Maßregelanordnung zu stützen (vgl. aber – nicht tragend – BGH HRRS 2018 Nr. 814).

328. BGH 4 StR 330/21 – Beschluss vom 20. Dezember 2021 (LG Hagen)

Gesamtstrafenbildung (eigenständiger Zumessungsakt; eingehende Begründung bei Gesamtstrafe Nahe der oberen oder unteren Grenzen des Zulässigen; rechtsfehlerhafte Orientierung an der Summe der Einzelstrafen); Widerruf der Strafaussetzung (Leistungen auf Bewährungsaufgaben: Vollstreckung verkürzende Anrechnung, kein Ermessen im Regelfall in den Fällen des § 58 Abs. 2 StGB); Einziehung des Wertes von Taterträgen (Gesamtschuldnerhaftung; Mitverfügungsgewalt).

§ 54 StGB; § 56f StGB; § 58 StGB; § 73c StGB

1. Die Gesamtstrafenbildung nach § 54 Abs. 1 StGB ist ein eigenständiger Zumessungsakt, bei dem vor allem das Verhältnis der einzelnen Taten zueinander, ihre größere oder geringere Selbstständigkeit, die Häufigkeit der Begehung, die Gleichheit oder Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter und der Begehungsweisen sowie das Gesamtgewicht des abzuurteilenden Sachverhalts zu berücksichtigen sind.

2. Das Tatgericht braucht zwar insoweit wie bei den Einzelstrafen nur die bestimmenden Zumessungsgründe im Urteil darzulegen; eine erschöpfende Darstellung ist nicht erforderlich. Allerdings ist der Gesamtstrafenausspruch umso eingehender zu begründen, je mehr sich die Gesamtstrafe der oberen oder unteren Grenze des Zulässigen nähert. Fehlt es in einem solchen Fall an einer näheren Begründung, ist die Besorgnis gerechtfertigt, dass sich der Tatrichter bei der Bemessung der Gesamtstrafe nicht an den hierfür maßgeblichen Kriterien, sondern rechtsfehlerhaft an der Summe der Einzelstrafen orientiert hat.

3. Nach § 56f Abs. 3 Satz 2 StGB sind Leistungen, die auf Bewährungsaufgaben nach § 56b Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 bis 4 StGB erbracht worden sind, durch eine die Vollstreckung verkürzende Anrechnung auf die erneut zu bildende Gesamtfreiheitsstrafe auszugleichen. Die Anrechnung der erbrachten Bewährungsaufgabe steht in den Fällen des § 58 Abs. 2 StGB nicht im Ermessen des Gerichts, sondern hat in der Regel zu erfolgen.

330. BGH 4 StR 389/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (LG Münster)

Beleidigung (Strafantrag); Strafzumessung (strafscharfende Berücksichtigung: Verfahrenshindernis; Beleidigung mit sexuellem Bezug); Bedrohung (Konkurrenzen: versuchte Nötigung).

§ 185 StGB; § 241 StGB; § 240 StGB; § 46 StGB

1. Auch Taten, deren Verfolgung ein Verfahrenshindernis entgegensteht, können strafschärfend berücksichtigt werden.

2. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs tritt der Tatbestand der Bedrohung (§ 241 StGB) auch hinter einer nur versuchten Nötigung zurück.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

268. BGH 3 StR 341/21 – Urteil vom 13. Januar 2022 (LG Kleve)

Beweiswürdigung bei Nichtgewährung des Konfrontationsrechts bzgl. eines Belastungszeugen (Gesamtbeurteilung; justizielles Verschulden; besonders kritische und zurückhaltende Würdigung der Aussage; frühere Einlassung eines möglichen Mittäters); versuchte Anstiftung zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kettenanstiftung; Anstiftung zur Beihilfe).

Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 lit. c EMRK; § 261 StPO; § 26 StGB; § 27 StGB; § 30 StGB; § 29 BtMG

1. 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. 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.

2. Bei Nichtgewährleistung des Rechts auf konfrontative Befragung nach Art. 6 Abs. 3 Buchst. d EMRK ist daher zum einen eine besonders sorgfältige und kritische Überprüfung der Aussage des betreffenden Belastungszeugen geboten. Dies gilt auch in der hier vorliegenden Fallkonstellation, in der es um die Würdigung der früheren Einlassung eines möglichen Mittäters geht, der in der Hauptverhandlung von seinem Auskunftsverweigerungsrecht Gebrauch gemacht hat. Zum anderen darf eine Feststellung zu Lasten des Angeklagten regelmäßig – allerdings nicht zwingend – nur dann auf eine frühere Aussage des Zeugen gestützt werden, wenn sie durch andere wichtige und in unmittelbarem Tatbezug stehende Gesichtspunkte außerhalb der Aussage selbst bestätigt worden ist.

273. BGH 3 StR 406/21 – Beschluss vom 11. Januar 2022 (LG Aurich)

Ausnahmsweise kein Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen die Vereidigungsvorschriften (Unwirksamkeit des Eides durch Fristablauf; Glauben an die Wirksamkeit; keine Auswirkungen auf die Übersetzungsleistung).

§ 189 GVG; § 337 StPO

1. Ein Urteil beruht regelmäßig nicht auf einem Rechtsfehler im Zusammenhang mit der Vereidigung eines in der Hauptverhandlung tätig gewordenen Dolmetschers, wenn dieser allgemein beeidigt war, sich im Glauben an die Wirksamkeit des Eides und dessen Erstreckung auf die konkrete Übersetzungsleistung auf diesen berufen hat und auch das Gericht von der Wirksamkeit des Eides ausgegangen ist, die allgemeine Beeidigung aber im Einzelfall mangelbehaftet oder unzureichend war. Das gilt auch dann, wenn die Wirksamkeit eines allgemein geleisteten Eides aufgrund einer gesetzlichen Regelung erloschen ist.

2. In der Regel beruht ein Urteil jedoch auf einem Verstoß gegen die Vereidigungsvorschriften des § 189 GVG, weil zumeist nicht ausgeschlossen werden kann, dass ein nach § 189 Abs. 1 GVG vom Gericht einzelfallbezogen vereidigter oder ein nach § 189 Abs. 2 GVG allgemein beeidigter Dolmetscher, der sich zudem unmittelbar vor seinem Tätigwerden in der Hauptverhandlung auf die allgemeine Beeidigung berufen und sich damit seine Eidespflicht noch einmal vergegenwärtigt hat, sorgfältiger als ein nicht vereidigter Dolmetscher übersetzt hätte.

3. Vielfach ohne Auswirkungen auf die Übersetzungsleistung ist hingegen das bloße Unterbleiben einer ausdrücklichen Berufung eines tatsächlich gemäß § 189 Abs. 2 GVG wirksam allgemein beeidigten Dolmetschers auf diesen Eid. In einem solchen Fall kann, sofern es sich um einen seit langem regelmäßig in Hauptverhandlungen tätig werdenden Dolmetscher handelt und keine Zweifel an der Richtigkeit der erbrachten Übersetzungsleistung vorliegen, regelmäßig ausgeschlossen werden, dass das versehentliche und vereinzelte Unterbleiben einer Berufung auf die allgemeine Beeidigung die Qualität der Übersetzung negativ beeinflusst haben könnte, womit das Urteil nicht auf dem Rechtsfehler der fehlenden Berufung auf den wirksamen Eid beruht.

318. BGH 2 StR 477/19 – Beschluss vom 13. Oktober 2021 (LG Köln)

Urteilsfeststellungen (Widersprüche zu einem Ablehnungsbeschluss: durch Beschluss als erwiesen erachtete unter Beweis gestellte Tatsache, Bindungskraft); historisches Stadtarchiv Köln.

§ 244 Abs. 3 Satz 3 StPO; § 222 StGB

Erachtet das Gericht durch Beschluss eine unter Beweis gestellte Tatsache als erwiesen, so ist diese damit auch für

das Urteil bindend. Das Gericht darf sich im Urteil zu ihr nicht in Widerspruch setzen. Dazu gehört auch, dass diese Tatsache in ihrer vollen, aus Sinn und Zweck sich ergebenden Bedeutung unverändert als erwiesen behandelt und nicht in unzulässiger Weise eingeengt wird. Maßgebend ist dabei nicht der Wortlaut des Antrages, sondern dessen Sinn und Zweck, wie er sich aus dem gesamten Vorbringen des Angeklagten sowie aus dem Gang der Hauptverhandlung ergibt.

270. BGH 3 StR 380/21 – Beschluss vom 21. Dezember 2021 (LG Düsseldorf)

Beweiswürdigung hinsichtlich der Einlassung des Angeklagten (Verteidigererklärung; Nachfragen; Teilschweigen).

§ 261 StPO

1. Bei einer Einlassung mittels Verteidigererklärung ohne Möglichkeit kritischer Nachfragen ist das Tatgericht nicht nur befugt, sondern sogar gehalten, im Rahmen seiner Beweiswürdigung zu berücksichtigen, dass dieser von vornherein nur ein erheblich verminderter Beweiswert zukommt, weil es sich um ein – in der Regel im Vorfeld der Angaben schriftlich ausgearbeitetes – situativ nicht hinterfragbares Verteidigungsvorbringen handelt. Solche Einlassungen sind nur sehr eingeschränkt einer Glaubhaftigkeitsprüfung zugänglich. Anders als bei einer mündlich abgegebenen Sachäußerung kann aus ihnen kein unmittelbarer Eindruck des Aussageverhaltens gewonnen werden. Der Beweiswert eines solchen Einlassungssurrogats bleibt substanziell hinter dem einer dem gesetzlichen Leitbild der Einlassung entsprechenden, nicht nur persönlich und mündlich, sondern auch in freier Rede und vollständig getätigten Äußerung zurück.

2. Das teilweise Schweigen eines Angeklagten darf als Beweiszeichen zu seinem Nachteil verwertet werden. Denn ein Angeklagter, der durch eine Einlassung zur Sache an der Aufklärung des gegen ihn erhobenen Tatvorwurfs mitwirkt, jedoch bei seinem Vorbringen einzelne Tat- oder Begleitumstände eines einheitlichen Geschehens verschweigt beziehungsweise auf einzelne Nachfragen und Vorhalte keine oder lückenhafte Antworten gibt, unterstellt aus freiem Entschluss seine Einlassung insgesamt einer Würdigung durch das erkennende Gericht. Allerdings dürfen aus einem Teilschweigen im Rahmen einer Einlassung zu einem bestimmten, einheitlichen Geschehen nur dann nachteilige Schlüsse für den Angeklagten gezogen werden, wenn nach den Umständen Angaben zu dem verschwiegenen Punkt zu erwarten gewesen wären, andere mögliche Ursachen des Verschweigens ausgeschlossen werden können und die gemachten Angaben nicht ersichtlich lediglich fragmentarischer Natur sind, es sei denn, der Angeklagte hat zu dem betreffenden Teilaspekt auch auf konkrete Nachfrage hin keine Antwort gegeben.

281. BGH 3 StR 470/21 – Beschluss vom 25. Januar 2022 (LG Düsseldorf)

Beweiswürdigung (tatrichterliche Überzeugungsbildung; Urteilsgründe; einsehbare Tatsachengrundlage).

§ 261 StPO

Die Urteilsgründe müssen erkennen lassen, dass die Beweiswürdigung auf einer tragfähigen, verstandesmäßig einsehbaren Tatsachengrundlage beruht und die vom Gericht gezogene Schlussfolgerung nicht etwa nur eine Annahme ist oder sich als bloße Vermutung erweist, die letztlich nicht mehr als einen Verdacht zu begründen vermag. Es genügt nicht, lediglich das Ergebnis der Schlussfolgerungen, nicht aber die Tatsachen, die einen solchen Schluss zulassen können, in den Urteilsgründen mitzuteilen, da andernfalls eine revisionsrechtliche Nachprüfung der tatrichterlichen Überzeugungsbildung nicht möglich ist.

280. BGH 3 StR 448/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (LG Düsseldorf)

Revision der Staatsanwaltschaft zu Gunsten des Angeklagten.

§ 296 StPO

Die Frage, ob ein Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft zugunsten eines Angeklagten eingelegt ist, kann nur nach dem Gesamtinhalt der Rechtsmittelerklärungen beantwortet, nicht aber aus Umständen außerhalb dieser geschlussfolgert werden. Zu den Rechtsmittelerklärungen in diesem Sinne gehören aber nicht nur die Revisionseinlegungs- und die Revisionsbegründungsschrift, sondern auch sonstige auf das Rechtsmittel bezogene und vor Ablauf der Revisionsbegründungsfrist gegenüber dem Gericht abgegebene Erklärungen der Staatsanwaltschaft (hier: dem erkennenden Gericht vor Ablauf der Revisionsbegründungsfrist übersandter Vermerk).

277. BGH 3 StR 428/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (OLG Dresden)

Keine Bindung des Revisionsgerichts an die Antragsbegründung der Staatsanwaltschaft bei Verwerfung der Revision im Beschlussweg.

§ 349 Abs. 2 StPO

Das Revisionsgericht ist im Rahmen von § 349 Abs. 2 StPO nicht an die Antragsbegründung der Staatsanwaltschaft gebunden. Dem Sinn und Zweck der Norm, eine Erledigung ohne Hauptverhandlung (nur) in den Fällen zu ermöglichen, in denen Staatsanwaltschaft und Gericht unabhängig voneinander zu der Überzeugung gelangen, dass das Rechtsmittel offensichtlich unbegründet ist, wird durch Antrags- und Einstimmigkeitserfordernis hinreichend Genüge getan; weitere Anforderungen sind nicht zu stellen.

260. BGH 1 StR 418/21 – Beschluss vom 16. Dezember 2021 (LG Tübingen)

Mitteilung über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (Verständigungsgespräche in früherer, ausgesetzter Hauptverhandlung; Umfang der Mitteilungspflicht; regelmäßiges Beruhen des Urteils auf einer unterlassenen Belehrung).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

Es lässt die Mitteilungspflicht nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO nicht entfallen und schränkt auch deren Umfang nicht ein, dass die Verständigungsgespräche in einem aus-

gesetzten Verfahren geführt und im Rahmen dieser Hauptverhandlung ordnungsgemäß mitgeteilt sowie protokolliert wurden, Denn Hauptverhandlung im Sinne von § 243 Abs. 4 StPO ist allein diejenige, die zum Urteil geführt hat.

326. BGH 4 StR 209/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (LG Frankenthal)

Gang der Hauptverhandlung (Erörterung mit dem Ziel einer Verständigung: Mitteilungspflicht, Schutzzweck, Beruhensprüfung).

§ 243 Abs. 4 Satz 1 StPO

1. Die Mitteilungspflicht des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO verfolgt zum einen den Zweck, den Angeklagten, der an den Verständigungsgesprächen nicht teilgenommen hat, durch eine umfassende Unterrichtung über die wesentlichen Gesprächsinhalte seitens des Gerichts in die Lage zu versetzen, eine sachgerechte autonome Entscheidung über sein Verteidigungsverhalten zu treffen. Zum anderen sollen die Transparenz- und Dokumentationspflichten aus § 243 Abs. 4 StPO zum Schutz des Angeklagten eine effektive Kontrolle des Verständigungsgeschehens durch die Öffentlichkeit, die Staatsanwaltschaft und das Rechtsmittelgericht ermöglichen.

2. Im Rahmen der bei einer Verletzung der Mitteilungspflicht des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO anzustellenden Beruhensprüfung sind beide Aspekte der durch die Regelung des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO bezweckten Schutzwirkung in den Blick zu nehmen.

3. Das Beruhen des Urteils auf einer Verletzung der Mitteilungspflicht des § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO kann im Einzelfall nur ausgeschlossen werden, wenn der Mitteilungsmangel sich einerseits nicht in entscheidungserheblicher Weise auf das Prozessverhalten des Angeklagten ausgewirkt haben kann und mit Blick auf die Kontrollfunktion der Mitteilungspflicht andererseits der Inhalt der geführten Gespräche zweifelsfrei feststeht und diese nicht auf die Herbeiführung einer gesetzwidrigen Absprache gerichtet waren.

289. BGH 5 StR 366/21 – Beschluss vom 4. Februar 2022 (LG Chemnitz)

Anforderungen an die Begründung einer Pflichtverteidigerwechsels aufgrund eines zerstörten Vertrauensverhältnisses.

§ 143a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 StPO

Gemäß § 143a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 StPO ist die Bestellung des Pflichtverteidigers aufzuheben und ein neuer Pflichtverteidiger zu bestellen, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen Verteidiger und Beschuldigtem endgültig zerstört ist oder aus einem sonstigen Grund keine angemessene Verteidigung des Beschuldigten gewährleistet ist. Ob dies der Fall ist, beurteilt sich vom Standpunkt eines vernünftigen und verständigen Beschuldigten und muss vom Antragsteller substantiiert dargelegt werden; die behauptete Zerstörung des Vertrauensverhältnisses muss mit konkreten Tatsachen belegt werden, so dass pauschale, nicht näher belegbare Vorwürfe einen Pflichtverteidigerwechsel nicht rechtfertigen.

253. BGH 1 StR 234/21 – Urteil vom 14. Dezember 2021 (LG Ingolstadt)

Vorbereitung eines Sachverständigengutachtens (keine Sachaufklärung über Exploration hinaus); tatrichterliche Beweiswürdigung (Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen).

§ 80 StPO; § 261 StPO

Nachforschungen eines aussagepsychologischen Sachverständigen dürfen über „informativische Befragungen“ dahingehend, wo beweiserhebliches Tatsachenmaterial zu finden ist, nicht hinausgehen dürfen. Sachaufklärung durch ihn – von der umfassenden Befragung des Opferzeugen im Rahmen der Exploration abgesehen – sind mit § 80 StPO nicht zu vereinbaren (vgl. BGHSt 45, 164, 174).

291. BGH 5 StR 410/21 – Beschluss vom 20. Januar 2022 (LG Dresden)

Anforderungen an die Beweiswürdigung bei DNA-Mischspuren.

§ 261 StPO

Während bei DNA-Einzelspuren jedenfalls das Gutachtenergebnis in Form einer numerischen biostatistischen Wahrscheinlichkeitsaussage mitgeteilt werden muss, ist bei Mischspuren hingegen grundsätzlich darzulegen, wie viele Systeme untersucht wurden, ob und inwieweit sich Übereinstimmungen in den untersuchten Systemen ergeben haben und mit welcher Wahrscheinlichkeit die festgestellte Merkmalskombination bei einer anderen Person zu erwarten ist.

278. BGH 3 StR 441/20 – Urteil vom 15. Dezember 2021

Beweiswürdigung (Rechtsfehler; freisprechendes Urteil; Tatgericht; Revisionsinstanz; Vertretbarkeitskontrolle; Darstellung in den Urteilsgründen); Beihilfe.

§ 261 StPO; § 27 StGB

1. Liegt ein Rechtsfehler bei der Beweiswürdigung nicht vor, hat das Revisionsgericht die tatrichterliche Überzeugungsbildung auch dann hinzunehmen, wenn eine abweichende Würdigung der Beweise möglich oder sogar näherliegend gewesen wäre. Gleichermäßen Sache des Tatgerichts ist es, die Bedeutung und das Gewicht der einzelnen be- und entlastenden Indizien zu bewerten. Das Revisionsgericht ist insoweit auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt und nicht befugt, auf der Grundlage einer abweichenden Beurteilung der Bedeutung der Indiziatatsachen in die Überzeugungsbildung einzugreifen.

2. Zwar verpflichtet § 261 StPO das Tatgericht, alle festgestellten Tatumstände und Beweisergebnisse, soweit sie für oder gegen den Angeklagten sprechen können oder beide Möglichkeiten zulassen, einer umfassenden Würdigung zu unterziehen und diese in den Urteilsgründen darzulegen. Die in den Urteilsgründen dargestellte Beweiswürdigung kann jedoch ihrer Natur nach nicht in dem Sinne erschöpfend sein, dass alle irgendwie denkbaren Gesichtspunkte und Würdigungsvarianten ausdrücklich abgehandelt werden. Eine solche exzessive Erörterung überstiege die Möglichkeiten und Ressourcen der Gerichte, ohne dass

jemals absolute Vollständigkeit erreicht werden könnte sie ist daher von Rechts wegen nicht zu verlangen.

3. Ausreichend für die Darstellung der Beweiswürdigung ist – auch beim freisprechenden Erkenntnis – die Angabe des für die Entscheidung Wesentlichen; die Urteilsgründe müssen deutlich machen, dass das Tatgericht naheliegende erhebliche Beweistatsachen nicht übersehen oder unvertretbar gewertet hat. Aus einzelnen tatsächlich

bestehenden oder denkbaren Lücken der ausdrücklichen Erörterung kann nicht abgeleitet werden, das Tatgericht habe nach den sonstigen Urteilsgründen auf der Hand liegende Wertungsgesichtspunkte nicht bedacht. Eine revisionsrechtlich beachtliche Lücke liegt vielmehr erst vor, wenn eine wesentliche Feststellung überhaupt nicht erörtert oder ein aus den Urteilsgründen ersichtliches bedeutendes Beweisergebnis übergangen wird.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

311. BGH 2 StR 364/21 – Beschluss vom 9. Dezember 2021 (LG Aachen)

Jugendstrafe (schädliche Neigung); Einziehung von Tatmitteln; Teilfreispruch (geänderte Konkurrenzverhältnisse; nicht nachweisbarer Einzelakt; versuchte besonders schwere Zwangsprostitution).

§ 17 Abs. 2 JGG; § 27 JGG; § 74 StGB; § 232a StGB

Ergibt eine Hauptverhandlung, dass es sich bei den dem Angeklagten angelasteten Handlungen um selbständige, tatmehrheitliche Delikte handelt, etwa weil das verbindende Element, das die Einzelakte zu einer natürlichen Handlungseinheit verschmolzen hätte, nicht zu belegen ist und erweist sich in diesem Fall ein dem Angeklagten von Anklage und Eröffnungsbeschluss vorgeworfener Einzelakt als nicht nachweisbar, so ist der Angeklagte insoweit freizusprechen.

336. BGH 6 StR 426/21 – Beschluss vom 25. Januar 2022 (LG Saarbrücken)

Betrug (Abrechnungsbetrug, Medizinische Versorgungszentren [MVZ], Gebührenordnung für Ärzte [GOÄ]); Einziehung des Wertes von Taterträgen (Für eine Gesellschaft handelnder Täter: Änderung der Vermögensbilanz des Täters).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73c Satz 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB

Zur Begründung einer Einziehungsanordnung gegen den für eine Gesellschaft handelnden Täter bedarf es einer über die faktische Verfügungsgewalt hinausgehenden Feststellung, ob dieser selbst etwas erlangte, was zu einer Änderung seiner Vermögensbilanz führte (st. Rspr.). Es müssen besondere, den Zugriff auf das Vermögen des Täters rechtfertigende Umstände dargelegt werden.

Ungünstige Wiederaufnahme

Eine kritische Betrachtung

Von Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Hamburg*

Um die Bedeutung der jüngsten Reform des Wiederaufnahmerechts¹ angemessen einschätzen zu können², ist es ratsam, die im Interesse der Reform stehende Vorschrift des § 362 StPO möglichst aus dem Kontext des Begriffs der Wiederaufnahme herauszulösen, sie also nicht als Komplementärvorschrift zu § 359 StPO aufzufassen, sondern als Norm mit einem selbständigen Zweck, der sich aus sich selbst heraus verdeutlichen lässt und Probleme aufwirft, die schnell verdeckt werden, wenn man sich vom Begriff der Wiederaufnahme leiten lässt.³ Das ist keine einfache gedankliche Operation, denn immerhin spricht der Wortlaut der Norm selbst von der „Wiederaufnahme [...] zuungunsten des Angeklagten“ und ist die Norm – systematisch – dem vierten Buch der Strafprozessordnung zugewiesen, der einen allgemeinen Begriff der Wiederaufnahme zugrunde legt, wonach es zwei Formen dieses prozessualen Instituts gibt.

I. Irreführende Symmetrie- oder Komplementaritätsannahmen

Diese Systematik – „Wiederaufnahme zugunsten“ und „Wiederaufnahme zuungunsten“ – verstärkt und reproduziert ein Denkschema, das zwar intuitiv einleuchtet, aber als genereller Argumentationsleitfaden der Funktionsweise des Rechts im Rechtsstaat häufig nicht gerecht wird. Das Recht im Rechtsstaat funktioniert nicht nach dem Prinzip, dass, wer die Vorteile von etwas in Anspruch nehmen will, auch damit einhergehende Nachteile in Kauf nehmen muss. Was hier Ausdruck findet, ist ein simplistisches Verständnis vom Sozialkontrakt, prominent

vorgetragen im *Contrat social* höchstselbst, wo *Rousseau* behauptet, dass diejenigen, die in die Gesellschaft eingetreten sind, die vor Mördern schützt, selber bereitwillig als Mörder sterben müssen, wenn sie zu solchen werden.⁴ Dieses Argument ist dem Schema sich einander entsprechender Rechte und Pflichten verhaftet, das vom gegenseitigen Vertragsverhältnis, dem es entstammt, unverändert auf öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse übertragen wird und damit den Rechtscharakter derselben verfehlt. Ist das Verhältnis der Bürgerinnen und Bürger zum Staat die institutionalisierte Asymmetrie, können sich in dieser Asymmetrie die Rechte und Pflichten richtigerweise nicht weiter symmetrisch zueinander verhalten. Das wird – gleichsam neo-rousseauianisch – in der strafprozessualen Diskussion jedoch immer wieder behauptet. Für *Kubiciel* etwa gehört „zur verfahrensförmigen Durchsetzung des der Aufrechterhaltung von Freiheit dienenden Rechts auch die Pflicht [...], sich einem Verfahren zu stellen.“⁵ Freiheits- und pflichtentheoretisch, so *Kubiciel* in Anlehnung an *Pawlik*⁶ weiter, sei nämlich „das Strafverfahrensrecht [...] ähnlich geformt wie das zu verwirklichende materielle Recht.“⁷ Deswegen, so die Schlussfolgerung „lässt sich [nicht] begründen, dass die Mitwirkungspflicht mit einem Freispruch unwiederbringlich erlischt. Sie kann vielmehr dann wiederaufleben, wenn neue Tatsachen oder Beweise von besonderer Qualität dem Freispruch die tatsächliche Grundlage nehmen und eine Klärung des substanziiell erneuerten Verdachts dringlich erscheinen lassen, um auf eine Straftat ggf. mit einer – bislang ausgebliebenen – normstabilisierenden Reaktion antworten zu

* Der Verfasser ist Inhaber des Lehrstuhls für Rechtsphilosophie und Strafrecht der Universität Hamburg.

¹ Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung – Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten gemäß § 362 StPO und zur Änderung der zivilrechtlichen Verjährung (Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit) vom 21. Dezember 2021 (BGBl. I 2021, S. 5252 f.), am 29. Dezember 2021 im Bundesgesetzblatt verkündet und einen Tag später in Kraft getreten. Das Gesetz geht zurück auf einen Entwurf, den die Fraktionen der CDU/CSU und SPD am 9. Juni 2021 in den Bundestag eingebracht haben, BT-Drs. 19/30399, Entwurf eines Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung – Erweiterung der Wiederaufnahmemöglichkeiten zuungunsten des Verurteilten gemäß § 362 StPO (Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit); zur jüngeren Vorgeschichte der Gesetzesreform *Hoven JZ* 2021, 1154, 1155 mit Hinweisen zur Diskussion. Diese Diskussion hat sich mittlerweile derart

ausgedehnt, dass ich um Nachsicht dafür bitte, dass ich in dieser kurzen Stellungnahme sehr selektiv auf Literatur zugreife.

² In der Diskussion um die Reform des § 362 StPO gibt es Kritik und „Kritik der Kritik“ (*Hoven JZ* 2021, 1154). Die hier vorgelegene Kritik wäre dann – jedenfalls zum Teil – als Kritik der Kritik der Kritik zu verstehen, ich belasse es aber bei dem einfachen Begriff.

³ Für einen solchen Zugang *Bayer/Bung*, GA 168 (2021), 586 ff.

⁴ *Rousseau*, Du contrat social/ Vom Gesellschaftsvertrag [1762], 2010, S. 74/75 (2. Buch, Kap. 5).

⁵ *Kubiciel* GA 168 (2021), 382, 384. Daraus wird auch ganz unmittelbar auf eine Pflicht des Angeklagten zur Anwesenheit in der Hauptverhandlung geschlossen. Zur Dekonstruktion einer solchen Anwesenheitspflicht demnächst grundlegend *Romund*, Strafprozess und Dekonstruktion (Diss. Hamburg).

⁶ Systematisch ist diese Freiheits- und Pflichtenlehre entwickelt in *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2012.

⁷ *Kubiciel* GA 168 (2021), 380, 384 f.

können“⁸. *Kubiciel* meint daher, dass es „[z]wingende strafprozessrechtstheoretische Gründe, die gegen eine (vorsichtige) Erweiterung der Wiederaufnahmegründe in § 362 StPO sprechen, [nicht] gibt“⁹.

Die seiner Beweisführung in Klammern hinzugefügte Anmahnung von „Vorsicht“ bei der Ausweitung des § 362 StPO beruhigt mich nicht, ebenso wenig die Beschwichtigung, aus der Freiheit folgende (komplementäre) Unfreiheiten ließen sich nicht uneingeschränkt, gleichsam „ad infinitum“ annehmen.¹⁰ Das ist eine wohlfeile Geste, denn hier auf Erden und zwischen Menschen gibt es nichts ad infinitum. Die beschwichtigenden Klauseln bleiben der vorgetragenen Strafprozessrechtstheorie äußerlich, sie ändern nichts an den Grundaussagen, die ich für zweifelhaft und irreführend halte, nämlich die Engführung von materiellem Recht und Prozessrecht sowie die Symmetrisierung von Recht und Pflicht. Rechte und Pflichten treten – wie *Hegel* bemerkt hat¹¹ – im verfassten Zustand auseinander¹² und es kommt zu jenen spezifisch rechtsstaatlichen Garantien, die in der allgemeinen Öffentlichkeit häufig als unverdiente Begünstigung von Normbrechern missverstanden werden. Natürlich geht es beim Verhältnis zwischen Staat und Bürgern um Rechte und Pflichten, aber es kommt in diesem Verhältnis, wenn der Staat ein Rechtsstaat ist, vor allem auf die Rechte an. Und zwar nicht aus dem Blickwinkel einer womöglich individuell unverdienten Gratifikation, sondern aus dem allgemeinen Gesichtspunkt, dass diejenigen, die ihre natürliche Macht an den Staat abgegeben haben, dies vernünftigerweise nur dann tun, wenn sich diese Macht wirksame Bindungen auferlegt. Dass die Existenz dieser Bindungen – äußerlich betrachtet – dazu führt, dass einige Individuen bessergestellt werden, als sie es verdienen, ist klar, verhält sich aber zur Vernünftigkeit der Selbstbindung staatlichen Handelns normativ gewissermaßen kontingent.

II. Zweifelhafte Relativierung des Absoluten

Recht ist im Ursprung eine auf Symmetrie, Synallagma, Ausgleich und Äquivalenz angelegte Normenordnung. Das gilt wesentlich in vertraglichen Beziehungen, die nichts anderes als die ursprüngliche Form des Rechts darstellen, sie verlängert sich aber ins öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnis hinein. Insbesondere ist dem Strafrecht ein unveräußerlicher Aspekt der Vergeltung

eingeschrieben, wonach der Täter bekommen soll, was er verdient (vgl. § 46 Abs. 1 StGB). Da aber der Sinn staatlicher Strafe gerade nicht Rache ist, sondern sich staatliche Strafe gerade als Durchbrechung des ewigen Kreislaufs der Rache entwickelt¹³, muss insbesondere der strafende Staat, dem zur erfolgreichen Wahrnehmung dieser Aufgabe die eingriffstiefsten Befugnisse eingeräumt sind, sich zugleich die allergrößten Bindungen auferlegen. Deswegen sind die Garantieverprechen, die überhaupt den Charakter des rechtsstaatlichen Rechts ausmachen, im Strafrecht von besonderer Bedeutung. Und daher ist es ganz richtig, dass allgemeine Rechtsgarantien wie Gesetzlichkeit und Vertrauensschutz nicht einfach nur genauso im Strafrecht gelten, sondern dort eine Geltungssteigerung und -bekräftigung erfahren. Diese Garantien, die als grundrechtsgleiche Rechte oder Justizgrundrechte wesentlicher Bestandteil der Verfassung sind – im Fall der genannten Beispiele in Gestalt von Art. 103 Abs. 2 GG (nulla poena sine lege) und Art. 103 Abs. 3 GG (ne bis in idem) kommen nicht von ungefähr, sondern sind geronnene Abwägungen, die bestimmte Spannungsverhältnisse, die sich in modernen Verfassungen aus der Grundspannung zwischen kollektiven und individuellen Interessen ergeben, zu einer Auflösung gebracht haben, die sich der weiteren Abwägung entzieht.

Unter Umgehung der Annahme, Art. 103 Abs. 3 GG stelle eine abschließende Abwägung dar¹⁴, argumentiert *Hoven*, die Einbeziehung des Mehrfachverfolgungsverbots in das Doppelbestrafungsverbot sei eine *petitio principii*¹⁵ und sei „weder durch den Wortlaut noch durch die ratio der Verfassungsnorm ohne weiteres gedeckt“¹⁶, weswegen weitere, „komplexere“¹⁷ Abwägungen erforderlich seien.¹⁸ Das Wortlautargument überzeugt nicht, weil Wortlaut rechtsmethodisch nicht Wortlaut, sondern Grenze des möglichen Wortsinns heißt und diese Grenzen offen sind. Das gilt generell, aber ganz besonders im Verfassungsrecht, wo „dem Gesetzestext [...] nur selten begrenzende Funktion zu[kommt]“¹⁹. Aber auch systematisch (Vergleich mit Art. 103 Abs. 2 GG), historisch (Beratungen im Parlamentarischen Rat) und teleologisch (gesteigerte Garantiefunktion des Rechts im Strafrecht) sprechen die besseren Gründe für eine inklusive Lesart der Verfassungsgarantie des Art. 103 Abs. 3 GG.²⁰ Der von *Hoven* richtig erkannte zirkuläre Charakter dieser Lesart ist Ausdruck dessen, dass das Doppelbestrafungsverbot das Verbot der Mehrfachverfolgung notwendig einschließt, wie es auch

⁸ *Kubiciel* GA 168 (2021), 380, 385.

⁹ *Kubiciel* GA 168 (2021), 380, 385.

¹⁰ *Kubiciel* GA 168 (2021), 380, 385.

¹¹ *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts [1820], Werke Bd. 7, 14. Aufl. 2015, S. 408 (§ 261).

¹² S. dazu auch *Bung*, Philosophie der Selbstbelastungsfreiheit, FS Schlothauer, 2018, S. 29, 31.

¹³ *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts [1820], Werke Bd. 7, 14. Aufl. 2015., S. 196 ff. (§§ 102, 103).

¹⁴ S. dazu *Brade* ZIS 2021, 362, 363 („einseitige und unbedingte Vorrangentscheidung“) unter Verweis auf BVerfGE 56, 22, 31 f. und mit weiteren Nachweisen. Für Abwägungsunzugänglichkeit des Art. 103 Abs. 3 GG mit dem Argument, Art. 103 Abs. 3 GG sei bereits das Ergebnis einer Abwägung, auch *Eichhorn* KriPoZ 2021, 357, 358 f. m.w.N.; s. auch die Stellungnahme von *Aust* in der Sachverständigenanhörung zum Gesetzentwurf, einsehbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/848324/5a2861c8f1e0d981b47c129ab27170c5/stellungnahme-aust-data.pdf>, (S. 4 m.w.N.) sowie die

Stellungnahme von *Conen* für den DAV: https://www.bundestag.de/resource/blob/848592/64681eb33676f05e69226708321d1bc7/stellungnahme-conen_dav-data.pdf (S. 8).

¹⁵ *Hoven* JZ 2021, 1154, 1156.

¹⁶ *Hoven* JZ 2021, 1154, 1156 f.

¹⁷ *Hoven* JZ 2021, 1154, 1156.

¹⁸ *Hoven* stützt sich in ihrer Argumentation wesentlich auf *Letz-gus* NStZ 2020, 717 ff., dagegen krit. *Brade* ZIS 2021 ff. sowie *Eichhorn* KriPoZ 2021, 357, 360: die enge Auslegung greife zu kurz und verkenne das Normtelos. Schließt man den Schutz vor erneuter Strafverfolgung aus Art. 103 Abs. 3 GG aus, verbleiben der Norm „kaum relevante Anwendungsbereiche“, wie *Gärditz* in seiner – affirmativen – Stellungnahme zum Gesetzentwurf hervorhebt, s. <https://www.bundestag.de/resource/blob/848600/9936b15d9f8bb01892ff71409db0b46b/stellungnahme-gaerditz-data.pdf> (S. 2 m.w.N.).

¹⁹ *Brade* ZIS 2021, 362.

²⁰ Vgl. dazu *Eichhorn* KriPoZ 2021, 357, 358 ff., s. auch *Brade* ZIS 2021, 362.

der BGH vortragen hat.²¹ Während *Hoven* sich dafür ausspricht, „das Verbot der Mehrfachverfolgung nicht in Art. 103 Abs. 3 GG zu verorten, sondern als Bestandteil des Rechtsstaatsprinzips anzuerkennen“²², um eben jene „komplexeren“ Abwägungen zu ermöglichen, die ne bis in idem aushebeln, ist mit besseren Gründen an der Inklusivität und Absolutheit der Verfassungsgarantie des Art. 103 Abs. 3 GG festzuhalten.²³

Methodisch ist es ein Kinderspiel, auch Abwägungsergebnisse wieder abzuwägen, nichts sperrt sich in ihnen selbst gegen eine solche Relativierung. Aber Abwägungen – so sehr sie auch charakteristisch sind für das Recht insgesamt (nicht nur für das öffentliche Recht) – machen den vollständigen Begriff des Rechts nicht aus, das Recht braucht – um Recht zu sein – bestimmte Ausprägungen des Absoluten, in denen sich die Reflexion widerspiegelt, dass das Absolute *wirklich* absolut und „nicht nur Attribut [ist]“²⁴.

III. „Grenzkorrekturen“, technische Entwicklungen und menschliche Empörungen

In der Diskussion zur Reform des § 362 StPO wird immer wieder eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts von 1981 zitiert, wonach Art. 103 Abs. 3 GG Grenzkorrekturen nicht entgegenstehe.²⁵ Es liegt nahe, dass affirmative Stellungnahmen zur Reform sich auf die Argumentationslinie begeben, bei der Ausdehnung des § 362 StPO handele es sich um eine solche zulässige Grenzkorrektur²⁶ oder taste – wenn man sich nicht auf diesen Begriff festlegen möchte²⁷ – jedenfalls nicht den Kern der Garantie des Art. 103 Abs. 3 GG an.²⁸ Nun ist der Begriff der Grenzkorrektur, wie jener der Grenze selbst (wie oben bereits beim Thema der Wortlautgrenze erörtert) mit Unschärfen

behaftet. Deswegen eröffnen sich im Anschluss an solche Begriffe – unvermeidbar – jene unabsehbaren Argumentationsspielräume, in denen verschiedene, auch gänzlich einander widersprechende Auffassungen möglich sind, die immer wieder auf interessante und aufschlussreiche Weise belegen, dass die Jurisprudenz keine formale Wissenschaft, sondern eine rhetorische Disziplin ist.²⁹ Mir scheint, dass man in der Beurteilung der Annahme, bei der Reform des § 362 StPO handele es sich um eine bloße Grenzkorrektur oder sei jedenfalls keine Verletzung des Kerns einer Verfassungsgarantie, ein materielles und ein formelles Verständnis auseinanderhalten muss. Eine materielle Betrachtung kann sich darauf verlegen zu sagen, die Durchbrechung des Verbots der Mehrfachverfolgung durch neue Tatsachen und Beweise nach Maßgabe von § 362 Nr. 5 StPO n.F. betreffe lediglich einige wenige besondere Fälle, in denen es um allerschwerstes Unrecht, nämlich Mord oder bestimmte Delikte nach dem Völkerstrafrecht geht.³⁰ Allerdings können nicht nur materielle und quantitative, sondern müssen – vor allem – formelle und qualitative Kriterien darüber entscheiden, was eine bloße Grenzkorrektur und was eine Verletzung des Kerns einer Verfassungsnorm ist. Dass der reformierte § 362 StPO die Möglichkeit der Durchbrechung des Doppelstrafungsverbots durch neue Tatsachen und Beweise eröffnet, ist unabhängig davon, welche Normen und wie viele Fälle von ihr betroffen sind (und auch unabhängig von den epistemischen Anforderungen an die fraglichen Beweise und Tatsachen), ein qualitativer Sprung und er betrifft die formelle Dimension der Rechtsgarantie des Art. 103 Abs. 3 GG evident und elementar.³¹

Die rechtsstaatliche Grammatik des Rechts ist nicht nur durch vermeintliche Grenzkorrekturen bedroht, die Hauptbedrohungen gehen aus von Effektivitätserwägungen, Empörungen und technischen Entwicklungen. Bei der Reform des § 362 StPO spielen in besonderer Weise

²¹ BGH NJW 1954, 609, 610; dazu krit. *Hoven* JZ 2021, 1154, 1156: die Ausführungen beruhen „auf einer falschen Prämisse“.

²² *Hoven* JZ 2021, 1154, 1157.

²³ So dezidiert auch *Eichhorn* KriPoZ 2021, 357, 358. Das bedeutet nicht, dass diese Garantie nicht relativierbar ist, aber eben nicht durch einfaches Gesetz, *Eichhorn* KriPoZ 2021, 357, 359, zu den Anforderungen an eine Verfassungsänderung *Brade* ZIS 2021, 362, 264. Gegen Erforderlichkeit einer Verfassungsänderung und gegen Absolutheit hingegen *Eisele* in der Sachverständigenanhörung zum Gesetzesentwurf, Stellungnahme einsehbar unter <https://www.bundestag.de/resource/blob/848326/7b398e9ecb912c0345208dd82c3fd5ba/stellungnahme-eisele-data.pdf> (S. 1 ff.). *Eiseles* Hinweis auf „bereits bestehende Durchbrechungen, gegen die praktisch kaum der Einwand der Verfassungswidrigkeit erhoben wird“ (S. 2) überzeugt nicht, weil die bereits vor der Reform bestehenden Konstellationen des § 362 StPO als einfachrechtliche Bestimmungen nichts in Bezug auf Verfassungsrecht besagen, auch der Hinweis auf die Spezialvorschrift des § 373a StPO für das Strafbefehlsverfahren (S. 3) greift nicht durch. Dagegen will *Gärditz* in seiner Stellungnahme das Strafprozessrecht als „immanente Schranke“ des Art. 103 Abs. 3 GG plausibel machen, <https://www.bundestag.de/resource/blob/848600/9936b15d9f8bb01892ff71409db0b46b/stellungnahme-gaerditz-data.pdf> (S. 5) womit sich alles auf die Frage der Verhältnismäßigkeit reduzieren lässt.

²⁴ *Hegel*, Wissenschaft der Logik. Erster Band: Die objektive Logik [1812/1813], 1978, S. 373.

²⁵ BVerfGE 56, 22, 34 f, dazu *Kubiciel* GA 168 (2021), 380, 385 ff.

²⁶ Krit. bereits im Hinblick auf einen früheren Entwurf der Länder Nordrhein-Westfalen und Hamburg (BR-Drs. 655/07 und BT-Drs. 16/7957) *Pabst* ZIS 2010, 126, 128.

²⁷ In BT-Drs. 19/30399, S. 9 wird behauptet, BVerfGE 56, 22, 34 könne „nicht so gedeutet werden [...], dass dem Gesetzgeber nur Grenzkorrekturen möglich seien.“ *Kubiciel* GA, 168 (2021), 380, 388, begründet dies aus einem erweiterten Begriff des Randes ohne Umschweife wie folgt: „Da Änderungen an den Rändern nie den inneren Kern berühren, besteht zwischen einer (jedenfalls erlaubten) Grenzkorrektur und einem verbotenen Zugriff auf den Kern des Art. 103 Abs. 3 GG ein zusätzlicher, durchaus substanzieller Spielraum für eine Änderung des § 362 StPO.“

²⁸ BT-Drs. 19/30399, S. 9.

²⁹ Vgl. dazu *Hoven* JZ 2021, 1154, 1157 mit dem zutreffenden Hinweis, der Begriff der Grenzkorrektur habe „kaum restriktives Potential“; vgl. auch *Kubiciel* GA 168 (2021), 380, 388.

³⁰ In diesem Sinne schon die Begründung des früheren Entwurfs, BR-Drs. 655/07, S. 6 wonach neben dem Aspekt technischer Neuerungen auch das „Ausmaß des Unrechts“ zu berücksichtigen ist. Ebenso auch BT-Drs. 19/30399, S. 9 f. s. auch *Kubiciel* GA 168 (2021), 380, 390. Zu Unstimmigkeiten im Katalog der erfassten Tatbestände *Hoven* JZ 2021, 1154, 1161.

³¹ Zutr. *Eichhorn* KriPoZ 2021, 2021, 357, 360 f.; s. auch *Brade* ZIS 2021, 362, 363 sowie bereits *Pabst* ZIS 2010, 126, 128 mit dem Argument, die Assimilierung von § 359 StPO und § 362 StPO über die Einbeziehung neuer Tatsachen und Beweise in § 362 StPO sei „keine Grenzkorrektur mehr, wie sie das Bundesverfassungsgericht zugelassen hat.“ *Aust* spricht anschaulich von einer „Operation am offenen Herzen von „ne bis in idem““, <https://www.bundestag.de/resource/blob/848324/5a2861c8f1e0d981b47c129ab27170c5/stellungnahme-aust-data.pdf>, S. 3 u.

technische Entwicklungen und Empörungen eine Rolle. Dabei betrifft die technische Entwicklung kriminalistische Methoden wie molekulargenetische Untersuchungen (DNA-Analysen), die es in unserer Zeit möglich gemacht haben, dass unaufgeklärte Kriminalfälle auch noch nach Jahrzehnten aufgeklärt werden können, dass sie jedenfalls einen hinreichend konkretisierten Verdacht auf eine einzelne Person als mögliche oder mutmaßliche Täterin ergeben. Aus dem Hinweis auf veränderte technische Möglichkeiten folgt aber noch überhaupt nichts für eine Änderung des Gesetzes, vielmehr scheint die Forderung, dass technische Entwicklungen die Entwicklung des Rechts bestimmen, wie der Musterfall eines naturalistischen Fehlschlusses.³²

Menschliche Empörung war ein erheblicher Faktor beim Vorantreiben der Reform des § 362 StPO, die, worauf *Hoven* hinweist, „maßgeblich durch den Fall Möhlmann motiviert [wurde]“³³, was auch von ihr, die die Reform grundsätzlich begrüßt und die auch die produktive Rolle der Medien zur Strafrechtsentwicklung anerkennt, als „einzelfallorientierte Gesetzgebung“ und als „nicht unproblematisch“ kritisiert wird.³⁴ Die Empörungssproblematik der Gesetzesreform betrifft aber nicht nur ihre konkrete Genese, sondern das strukturelle Empörungspotenzial, das Begriffen wie „Mord“ und „Völkermord“ inneohnt. Mord ist das strafrechtliche Empörungssymbol par excellence. Man denke nur an seinen Einsatz im Kontext der sog. Raser-Fälle, um das Potential der Erregung zu erfassen, das mit ihm aktiviert und mit dem die Rechtsrationalität schnell unterlaufen werden kann. Man muss daran erinnern, dass es Tötungen gibt, die zwar einem Mordmerkmal des § 211 Abs. 2 StGB subsumiert werden können, aber das teleologische Kriterium des Mordes, besonders verwerfliche Tötungen zu sein, nicht erfüllen. Ein rationales Strafrecht – zugegebenermaßen ein schwieriger, aber nicht unmöglicher Begriff – sollte den Begriff des Mordes aufgeben, es handelt sich um ein archaisches

Zeichen, ein Stigma, nicht zufälligerweise vom NS-Unrechtssystem in einer Weise hochstilisiert, die uns noch heute zu schaffen macht und deren Reform bedauerlicherweise wieder in den Hintergrund geraten ist. Stattdessen wird mit der Reform des § 362 StPO die weitere Stilisierung des Mordes betrieben, wird der unterschwellige Exorzismus (der Glaube, die Beschwörung möge uns vom Bösen erlösen) vertieft.

IV. Fazit

Technische Entwicklungen und menschliche Empörungen sind selbstverständlich nichts, das man ignorieren oder über das man sich mit elitärer Geste erheben sollte³⁵, Strafrecht ist nicht nur etwas für Expertinnen und Eingeweihte, sondern in besonderer Weise (anders als etwa Versicherungsrecht) gesellschaftlich, öffentlich und demokratisch und unterliegt deswegen notwendig auch spezifischen Stimmungen und Schwankungen und kann schwerlich auf Dauer gestellt werden.³⁶ Völlig außer Frage steht, dass die Opfer von Straftaten unsere besondere Solidarität verdienen. Aber das Rechtsversprechen des Rechtsstaats ist die Garantiefunktion des Rechts, das ist keine Rechtsmetaphysik³⁷, sondern die Bedingung der Legitimität des Gewaltmonopols. Das macht die spezifische und komplizierte (oder zumindest häufig kontraintuitive) Grammatik des rechtsstaatlichen Strafrechts aus, seine Zerbrechlichkeit. Das Beispiel der Reform des § 362 StPO – von der man hoffen muss, dass sie keinen Bestand haben wird – zeigt anschaulich, wie das rechtsstaatliche Strafrecht unter Druck geraten kann, durch technische Entwicklungen, menschliche Empörungen, vermeintliche Grenzkorrekturen, zweifelhafte Relativierungen und (latent) repressive Freiheitsverständnisse. Deswegen ist es wichtig, dass gerade diese aktuelle Diskussion (gerne auch unter stärkerer Einbeziehung der Frage der Verfassungskonformität von § 362 StPO insgesamt) weitergeführt wird.

³² Gegen Begründung aus dem Gesichtspunkt der Entwicklung kriminalistischer Technik überzeugend *Pabst* ZIS 2010, 126, 128 f. Insgesamt kritisch zum Verhältnis von Recht und Technik in der Wiederaufnahmediskussion *Bayer* RuP 57 (2021), 231 ff.

³³ *Hoven* JZ 2021, 1154, 1159.

³⁴ *Hoven* JZ 2021, 1154, 1159.

³⁵ Gegen elitäre Strafrechtstheorie *Bung*, Strafgesetzgebung und Strafgerechtigkeit im materiellen Strafrecht, in: Zabel (Hg.), Strafrechtspolitik. Über den Zusammenhang von

Strafgesetzgebung, Strafrechtswissenschaft und Strafgerechtigkeit, 2018, S. 181-194.

³⁶ Dieser Zusammenhang gehört wesentlich zur Soziologie des Strafrechts, maßgeblich herausgearbeitet von *Émile Durkheim*, s. *Durkheim*, Die Regeln der soziologischen Methode [1895], 9. Aufl. 2019, insbes. S. 157 ff.

³⁷ Für eine „metaphysische Ableitung“ des Rechts *Naucke* Über die Zerbrechlichkeit des rechtsstaatlichen Strafrechts, 2000, S. 384 ff.; den Begriff der „nachmetaphysischen Strafrechtswissenschaft“ verwendet *Kubicel* GA 168 (2021), 380.

Zwischenverfahren und Eröffnungsbeschluss im selbständigen Einziehungsverfahren

Zugl. Anmerkung zu OLG Koblenz, Beschluss vom 30.11.2021 – 2 Ws 682/21

Von Dr. Tobias Wickel, Ulm*

I. Einleitung

Die gerichtliche Entscheidung im selbständigen Einziehungsverfahren setzt nach § 435 Absatz 3 Satz 1 StPO grundsätzlich die Durchführung eines dem Zwischenverfahren i.S.d. §§ 199 ff. StPO im Wesentlichen gleichkommenden Verfahrens und dementsprechend den Erlass eines Eröffnungsbeschlusses voraus. In jüngerer Zeit sind einige obergerichtliche Entscheidungen zu verzeichnen, in denen es zur Einstellung selbständiger Einziehungsverfahren infolge fehlender Beschlüsse über deren Eröffnung kam. Der Beitrag setzt sich vor diesem Hintergrund mit dem Beschluss des OLG Koblenz vom 30.11.2021, der eine solche Konstellation betrifft, auseinander und wendet sich insbesondere der dort am Rande behandelten Frage zu, wann das der Einziehungsanordnung vorgeschaltete Zwischenverfahren nicht ausführbar und damit ein Eröffnungsbeschluss entbehrlich ist.

II. Der Beschluss des OLG Koblenz

Der Entscheidung des 2. Strafsenats des OLG Koblenz lag, soweit hier von Bedeutung, folgender Sachverhalt zugrunde: Die Staatsanwaltschaft beantragte in ihrer Antragschrift die selbständige Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von knapp 120.000 Euro gegen die beiden flüchtigen Einziehungsbeteiligten. In der Antragschrift wurde hinsichtlich der tatsächlichen Umstände der den Einziehungsbeteiligten angelasteten Straftaten auf die gegen sie ergangenen Haftbefehle sowie eine Anklageschrift gegen einen gesondert verfolgten Dritten Bezug genommen.

Der Vorsitzende des Gerichts verfügte in der Folge die Zustellung der Antragschrift an die Rechtsanwälte der Einziehungsbeteiligten, für die sich zwar keine Vollmacht für das selbständige Einziehungsverfahren, wohl aber für ein parallel geführtes Strafverfahren bei den Akten befand. Es wurde Gelegenheit zur Stellungnahme binnen eines Monats gewährt, die Rechtsanwälte zeigten daraufhin ihre

Bevollmächtigung für das selbständige Einziehungsverfahren an.

Das Gericht ordnete sodann die Einziehung des Wertes von Taterträgen in das Vermögen der Einziehungsbeteiligten, wie von der StA beantragt, an. Hiergegen legte ein Einziehungsbeteiligter sofortige Beschwerde ein, die zur Aufhebung der landgerichtlichen Beschlüsse und zur Einstellung des selbständigen Einziehungsverfahrens mit Wirkung für beide Einziehungsbeteiligte führte.

Nach Auffassung des 2. Strafsenats genügte bereits die Antragschrift angesichts ihrer zahlreichen Bezugnahmen auf jeweilige Haftbefehle nicht den gesetzlichen Anforderungen.

Darüber hinaus habe es das Gericht versäumt, einen – nach § 435 Absatz 3 Satz 1 i.V.m. §§ 203, 207 StPO gebotenen – Eröffnungsbeschluss zu fassen. Denn grundsätzlich habe ein dem strafprozessualen Zwischenverfahren entsprechendes Verfahren stattzufinden. Zwar habe dies gemäß § 435 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 StPO nur zu erfolgen, soweit ein solches Verfahren ausführbar sei und wäre nach h.M. entbehrlich, sofern der Einziehungsadressat flüchtig oder unbekanntes Aufenthalts sei. Ob eine solche Ausnahme infolge der landgerichtlich festgestellten Flucht der Einziehungsbeteiligten hier vorliege, kann nach Ansicht des Senats aber dahinstehen. Das Landgericht habe sich hier jedenfalls zur Durchführung eines Zwischenverfahrens entschieden, indem es die Antragschrift den aus dem ursprünglichen Ermittlungsverfahren bekannten Verteidigern zugestellt und einem Einziehungsbeteiligten anschließend einen Pflichtverteidiger bestellt habe. Werde ein Zwischenverfahren durch das Gericht eingeleitet, habe es dieses gemäß den Vorgaben aus §§ 435 Abs. 3 Satz 1, 203, 207 StPO durch eine Entscheidung über die Eröffnung abzuschließen, bevor es gemäß § 436 StPO die Entscheidung im selbständigen Einziehungsverfahren treffe. Das Landgericht habe weder eine ausdrückliche noch eine konkludente Eröffnungsentscheidung getroffen; insbesondere konnte letztere nicht gemeinsam mit dem

* Der Verfasser ist ab April 2022 als Rechtsanwalt in der Kanzlei Derra, Meyer & Partner Rechtsanwälte PartGmbH am Standort Ulm tätig.

Einziehungsbeschluss ergehen, da der Eröffnungsbeschluss als Sachurteilsvoraussetzung notwendigerweise vor dieser Entscheidung zu ergehen habe.

III. Einordnung der Entscheidung

Die Entscheidung des 2. Strafsenats des OLG Koblenz fügt sich in eine Reihe obergerichtlicher Judikate zum selbständigen Einziehungsverfahren ein, die allesamt mit der Einstellung infolge eines nicht behebbaren Verfahrenshindersnisses in Gestalt eines fehlenden Eröffnungsbeschlusses endeten.¹ Dies mag damit erklärt werden, dass das Gesetz erst seit dem Jahr 2017 die Durchführung eines Zwischenverfahrens im Rahmen des selbständigen Einziehungsverfahrens vorsieht, während dies in der Vorgängervorschrift des § 440 a.F. StPO nicht der Fall war, ein Eröffnungsbeschluss dementsprechend auch nicht zu fassen war. Angesichts der gestiegenen Bedeutung selbständiger Einziehungsverfahren² stehen weitere Entscheidungen dieser Art zu erwarten.

Die Besonderheit des vorliegenden Falles liegt darin begründet, dass die Einziehungsbeteiligten nach den landgerichtlichen Feststellungen flüchtig gewesen sind. Gemäß § 435 Absatz 3 Satz 1 Halbsatz 2 StPO gelten die in Halbsatz 1 in Bezug genommenen Vorschriften über das Zwischenverfahren nur, „soweit dies ausführbar ist“. Die herrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur vertritt nun im Anschluss an die Gesetzesbegründung die Auffassung, dass das (gesamte) Zwischenverfahren i.S.d. § 435 Absatz 3 Satz 1 StPO nicht ausführbar und damit entbehrlich sein soll, wenn der Einziehungsadressat flüchtig oder unbekanntes Aufenthalts ist.³ Gleichwohl sei vorliegend eine Eröffnungsentscheidung nach Ansicht des Senats erforderlich gewesen: Denn mit der Entscheidung, die Antragsschrift den aus dem parallel geführten Strafverfahren bekannten Verteidigern zuzustellen, habe das Landgericht sich zugleich für die Durchführung des Zwischenverfahrens entschieden. Dieses habe dann in rechtmäßiger Weise, d.h. mit Eröffnungsentscheidung, abzulaufen.⁴ Angesichts der in Rechtsprechung und Literatur zügig und unkritisch rezipierten Definition des Merkmals „Ausführbarkeit“ in der Gesetzesbegründung, die wahrlich keine hohen Hürden an den Fortfall des Zwischenverfahrens statuiert (Flucht oder unbekannter Aufenthaltsort des Einziehungsadressaten), mag die vergleichsweise strenge Sichtweise des OLG Koblenz zunächst verwundern. Sie ist aber – wie zu zeigen sein wird – zumindest im Ergebnis zutreffend.

IV. Das Zwischenverfahren i.S.d. § 435 Absatz 3 Satz 1 StPO

Der Beschluss gibt zunächst Veranlassung, sich näher mit den Modalitäten des Zwischenverfahrens i.S.d. § 435 Absatz 3 Satz 1 StPO zu befassen.

1. Ablauf

§ 435 Absatz 3 Satz 1 StPO verweist auf §§ 201 bis 204, 210 und 211 StPO, die entsprechend gelten, soweit dies ausführbar ist. Damit ist auch dem selbständigen Einziehungsverfahren ein dem Zwischenverfahren entsprechendes Verfahrensstadium vorgeschaltet.

Der prinzipielle Ablauf dieses Zwischenverfahrens folgt den vorbezeichneten Vorschriften:⁵ Nach Eingang der Antragsschrift teilt das Gericht diese dem Einziehungsadressaten mit und fordert ihn unter Fristsetzung auf, sich ggf. hierzu zu erklären (§ 435 Absatz 3 Satz 1 i.V.m. § 201 Absatz 1 Satz 1 StPO). Der Einziehungsadressat hat die Möglichkeit, Einwendungen zu erheben und Beweiserhebungen zu beantragen, über die das Gericht entscheidet (§ 435 Absatz 3 Satz 1 i.V.m. § 201 Absatz 1 Satz 1, Absatz 2 StPO). Möglich sind ebenfalls Erörterungen über den Verfahrensstand (§ 435 Absatz 3 Satz 1 i.V.m. § 202a StPO). Alsdann hat das Gericht gemäß § 435 Absatz 3 Satz 1 i.V.m. § 203 StPO zu prüfen, ob die Eröffnungsvoraussetzungen gegeben sind, d.h. ob die Anordnung der selbständigen Einziehung zu erwarten ist. Das ist der Fall, wenn die Einziehung nach dem Ergebnis der Ermittlungen wahrscheinlich ist und richtet sich materiellrechtlich nach § 76a StGB.⁶ Im Rahmen der Prüfung kann das Gericht ergänzende Beweiserhebungen anordnen (§ 435 Absatz 3 Satz 1 i.V.m. § 202 StPO). Erkennt das Gericht danach eine hinreichende Einziehungswahrscheinlichkeit, erlässt es einen Eröffnungsbeschluss (§ 435 Absatz 3 Satz 1 i.V.m. § 203 StPO), andernfalls lehnt es die Eröffnung ab (§ 435 Absatz 3 Satz 1 i.V.m. § 204 StPO). Während der Einziehungsbeteiligte den Eröffnungsbeschluss nicht anfechten kann (§ 435 Absatz 3 Satz 1 i.V.m. § 210 Absatz 1 StPO), bleibt dies dem Antragsteller bei einer Ablehnung der Eröffnung unbenommen (§ 435 Absatz 3 Satz 1 i.V.m. § 210 Absatz 2 StPO).

2. Fortfall des Zwischenverfahrens nach § 435 Absatz 3 Satz 1 Hs. 2 StPO

Nach § 435 Absatz 3 Satz 1 Hs. 2 StPO findet das Zwischenverfahren allerdings nur statt, „soweit dies ausführbar ist“. Wie bereits dargestellt, vertritt die vorherrschende Meinung in Rechtsprechung und Literatur im Anschluss an die Gesetzesbegründung die Auffassung, dass

¹ KG Berlin, Beschluss vom 01.11.2021 – 4 Ws 80/21 = BeckRS 2021, 36888; OLG Oldenburg, Beschluss vom 10.08.2020 – 1 Ws 265/20 = BeckRS 2020, 21398; OLG Bamberg, Beschluss vom 08.02.2019 – 1 Ws 165/18 = StV 2020, 736.

² Gaede in LR-StPO, 27. Auflage (2022), § 435 Rn. 1; hingewiesen sei hier auch auf die Ausweitungen selbständiger Einziehungsverfahren, die sich aus dem zum 01.07.2021 neu eingefügten § 435 Absatz 4 StPO ergeben, dazu Bittmann NSTZ 2022, 8, 12 f.

³ BT-Drs. 18/9525, S. 92; OLG Bamberg, 1 Ws 165/18 v. 08.02.2019, juris Rn. 3; Scheinfeld/Langlitz in MüKo-StPO,

2019, § 435 Rn. 28; Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, StPO, 64. Aufl. (2021), § 435 Rn. 16; Schmidt in KK-StPO, 8. Auflage (2019), § 435 Rn. 14; Temming in Beck-OK StPO, 41. Edition (2021), § 435 Rn. 9.

⁴ OLG Koblenz, Beschluss vom 30.11.2021 – 2 Ws 682/21 juris Rn. 15.

⁵ Siehe dazu ausführlich Metzger in KMR-StPO, 86. Lfg. (2018), § 435 Rn. 22 ff.

⁶ Schmidt in KK-StPO, a.a.O. (Fn. 3), § 435 Rn. 2 f.; Gaede in LR-StPO, a.a.O. (Fn. 2), § 435 Rn. 27; BT-Drs. 18/9525, S. 91.

das (gesamte) Zwischenverfahren i.S.d. § 435 Absatz 3 Satz 1 StPO einschließlich des Erlasses eines Eröffnungsbeschlusses nicht ausführbar und damit entbehrlich sei, wenn der Einziehungsadressat flüchtig oder unbekanntes Aufenthalts ist.⁷ Dieses Verständnis der „Nicht-Ausführbarkeit“ ist soweit ersichtlich bislang nicht kritisch hinterfragt worden.⁸ Vielmehr wurde die vorstehende Definition der diesbezüglich nicht weiter ergiebigen Gesetzesbegründung⁹ entnommen. Die Auslegung des § 435 Absatz 3 Satz 1 StPO erhellt jedoch, dass dieses recht weitgehende Verständnis keinen Bestand haben kann. Im Einzelnen:

a) Gesetzeswortlaut

Betrachtet man den Wortlaut des § 435 Absatz 3 Satz 1 StPO, legt dieser keineswegs nahe, dass im Falle der Nicht-Ausführbarkeit sogleich das gesamte Zwischenverfahren fortfallen soll. Angesichts der Formulierung der Vorschrift („soweit dies ausführbar ist“) erscheint es vielmehr naheliegender, dass nur der jeweilige, im ersten Halbsatz in Bezug genommene Verfahrensschritt (etwa Zustellung nach § 201 Absatz 1 Satz 1 StPO, Beweiserhebungen nach § 202 StPO, Fassung des Eröffnungsbeschlusses nach §§ 203, 207 StPO etc.), der konkret nicht ausgeführt werden kann, entbehrlich ist, die übrigen Verfahrensschritte aber durchzuführen sind. Das in der Gesetzesbegründung wiedergegebene Verständnis hat im Wortlaut des Gesetzes selbst jedenfalls keinerlei Niederschlag gefunden.

b) Gesetzssystematik

In systematischer Hinsicht ist § 426 Absatz 1 Satz 2 StPO in den Blick zu nehmen. Anders als dort spricht § 435 Absatz 3 Satz 1 StPO nicht vom Anschein der Ausführbarkeit („ausführbar erscheint“), sondern davon, dass das Zwischenverfahren „ausführbar ist“. Diese Abweichung spricht für die Geltung eines strengen Maßstabs bei der Auslegung des Merkmals. Jedenfalls dürfen keine unüberwindbaren faktischen Barrieren vor der Durchführung des Verfahrens stehen.¹⁰ Zu beachten ist in diesem Zusammenhang ferner, dass das Merkmal der „Ausführbarkeit“ im Abschnitt über das Verfahren bei Einziehung und Vermögensbeschlagnahme des sechsten Buches der StPO in den §§ 425 und 426 StPO und deren Vorgängervorschriften (§§ 431 Absatz 1 Satz 3, 432 Absatz 1 Satz 1 a.F.) bislang nur im Kontext einer Anhörung Betroffener Bedeutung erlangt hat. § 435 Absatz 3 Satz 1 StPO schreibt indes keine bloße Anhörung des Einziehungsadressaten zur Antragsschrift, sondern eine entsprechende Geltung der Vorschriften über das Zwischenverfahren vor. Das Zwischenverfahren erfüllt aber, wie sogleich gezeigt werden wird,

mehr als nur die Funktion einer Anhörung. Auch deshalb erscheint eine restriktive Auslegung geboten.

c) Sinn und Zweck

Entscheidend dürfte es auf den Zweck der in § 435 Absatz 3 Satz 1 Hs. 1 StPO in Bezug genommenen Vorschriften des strafprozessualen Zwischenverfahrens ankommen. Zutreffend ist, dass im Zwischenverfahren rechtliches Gehör gewährt und damit der verfassungsrechtlich fundierte Anspruch aus Art. 103 Abs. 1 GG einfachrechtlich umgesetzt wird.¹¹ Sofern die Gesetzesbegründung dem Zwischenverfahren des § 435 Absatz 3 Satz 1 StPO als Funktion aber allein die Gewährung rechtlichen Gehörs zuschreibt, ist dies verfehlt, denn neben dieser Aufgabe kommt dem Zwischenverfahren zuvörderst eine sog. Filterfunktion zu. Sie ist darauf gerichtet, die durch die Staatsanwaltschaft eingereichte Antragsschrift zu kontrollieren, um unberechtigte Anträge von vornherein auszusortieren.¹² Diese Kontrolle entfaltet eine Schutzwirkung in zwei Richtungen: Einerseits soll der Einziehungsadressat vor der unberechtigten Durchführung des selbständigen Einziehungsverfahrens, welches unter den Voraussetzungen von § 436 Absatz 2 i.V.m. § 434 Absatz 3 Satz 1 StPO auch mit der Belastung durch eine öffentliche Hauptverhandlung einhergehen kann, andererseits das Gericht vor unnötigem Mehraufwand geschützt werden.¹³ Dass diese Filterfunktion auch im Verfahren nach § 435 Absatz 3 Satz 1 StPO zum Tragen kommt, ist bereits im Verweis auf § 203 StPO erkennbar, der die Verdachtskontrolle vorschreibt. Im Übrigen kommt dem Zwischenverfahren auch die Funktion zu, das zuständige Gericht zu bestimmen und den Verfahrensstoff zu fixieren.¹⁴ Danach zeigt sich, dass das in § 435 Absatz 3 Satz 1 Hs. 1 StPO vorgeschriebene Verfahren weit mehr Funktionen erfüllt als die bloße Gewährung rechtlichen Gehörs. Das Zwischenverfahren ist eben keine bloße Anhörung, es ist Ausdruck einer besonderen verfahrensmäßigen Schutzfunktion, deren Fehlen grundsätzlich zu einem nicht behebbaren Verfahrenshindernis und damit zur Einstellung führt.¹⁵

d) Wille des Gesetzgebers

Dies scheint der Gesetzgeber bei der Konkretisierung des Merkmals „Ausführbarkeit“ allerdings nicht bedacht zu haben. Seine Intention ist in der Gesetzesbegründung wie folgt niedergelegt: „Zudem sieht die Neufassung grundsätzlich ein Zwischenverfahren vor. Das Verfahren lehnt sich damit eng an das Verfahren im Fall der Anklageerhebung an.“¹⁶ Damit finde, so die Begründung weiter, der

⁷ BT-Drs. 18/9525, S. 92; OLG Bamberg, 1 Ws 165/18 v. 08.02.2019, juris Rn. 3; Scheinfeld/Langlitz in MüKo-StPO, a.a.O. (Fn. 3), § 435 Rn. 28; Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, a.a.O. (Fn. 3), § 435 Rn. 16; Schmidt in KK-StPO, a.a.O. (Fn. 3), § 435 Rn. 14; Temming in BeckOK-StPO, a.a.O. (Fn. 3), § 435 Rn. 9.

⁸ Siehe allerdings Gaede in LR-StPO, a.a.O. (Fn. 2), § 435 Rn. 32, der die allgemeine Ausführbarkeitsschranke als „Angstklausele“ einordnet und zurecht auf die Gefahr hinweist, dass das Zwischenverfahren durch diese Regelungstechnik unter Effizienzgesichtspunkten sogleich wieder in Frage gestellt werden könnte.

⁹ BT-Drs. 18/9525, S. 91 f.

¹⁰ Scheinfeld/Langlitz in MüKo-StPO, a.a.O. (Fn. 3), § 435 Rn. 28; Gaede in LR-StPO, a.a.O. (Fn. 2), § 435 Rn. 33.

¹¹ Wenske in MüKo-StPO, 2016, § 199 Rn. 4; Heghmanns, Das Zwischenverfahren im Strafprozess, S. 62 ff.; Wickel, Das strafprozessuale Zwischenverfahren, S. 35 m.w.N.

¹² Vormbaum ZIS 2015, 328 f. m.w.N.; Wenske in MüKo-StPO, a.a.O. (Fn. 10), § 199 Rn. 4; Heghmanns, Das Zwischenverfahren im Strafprozess, S. 62 ff.

¹³ Fischer in KK-StPO, a.a.O. (Fn. 3), Einleitung Rn. 163.

¹⁴ Wickel, Das strafprozessuale Zwischenverfahren, S. 36 ff. m.w.N.

¹⁵ BGHSt 50, 267, 269 = NJW 2006, 240, 241; NSTz 1981, 448; NSTz 1987, 239.

¹⁶ BT-Drs. 18/9525, S. 91.

hohe Stellenwert des Gebots rechtlichen Gehörs hinreichend Berücksichtigung.¹⁷

An dieser Begründung irritiert zunächst das zumindest verwässerte Postulat eines „Gebots“ rechtlichen Gehörs, sieht doch Art. 103 Absatz 1 GG als eines der elementaren Prozessgrundrechte einen Anspruch des Einziehungsadressaten auf Gewährung rechtlichen Gehörs vor. Dessen ungeachtet steht angesichts der oben formulierten systematischen Erwägungen zu besorgen, dass der Gesetzgeber im Rahmen der Schaffung des § 435 Absatz 3 Satz 1 StPO die Unterschiede zwischen einer bloßen Anhörung, die nach der gesetzlichen Systematik seit jeher bei fehlender Ausführbarkeit entbehrlich war,¹⁸ und dem Zwischenverfahren nicht berücksichtigt hat. Wenn der Gesetzgeber aber formuliert, dass sich das Verfahren des § 435 Absatz 3 Satz 1 StPO „eng an dasjenige bei Anklageerhebung anlehnt“¹⁹, dürfte feststehen, dass er mehr als eine bloße Anhörung schaffen und mit der entsprechenden Geltung der §§ 201 ff. StPO eine verfahrensmäßige Absicherung im selbständigen Einziehungsverfahren implementieren wollte. Damit verträgt es sich dann aber nicht, auf diese verfahrensmäßige Absicherung bei Flucht oder unbekanntem Aufenthaltsort des Einziehungsadressaten pauschal zu verzichten, da zwar eine Anhörung in diesen Fällen nicht ausführbar sein mag, die weiteren Ausprägungen dieser verfahrensmäßigen Sicherung aber sehr wohl umsetzbar sind.

3. Konsequenzen für das Merkmal der Ausführbarkeit

Der herrschenden Auffassung in ihrer Pauschalität ist nach alledem eine Absage zu erteilen. In Konsequenz vorstehender Erkenntnisse ist entgegen der Verlautbarung der Gesetzesbegründung und im Einklang mit Wortlaut, Systematik und Sinn und Zweck des § 435 Absatz 3 Satz 1 StPO zunächst davon auszugehen, dass nur der jeweilige Verfahrensschritt der §§ 201 ff. StPO, der im konkreten Fall nicht ausführbar ist, ausnahmsweise entbehrlich ist, nicht aber stets das gesamte Zwischenverfahren fortfällt. Maßgeblich für die Frage der Ausführbarkeit ist daher eine konkrete Einzelfallbetrachtung der tatsächlichen Realisierbarkeit der einzelnen Verfahrensschritte vor dem Hintergrund ihrer jeweiligen Funktionen.

Es bedarf folglich in jedem Einzelfall der genauen Prüfung, ob der jeweilige Verfahrensschritt tatsächlich nicht ausführbar ist:

Konstellationen, in denen die Prüfung der hinreichenden Einziehungswahrscheinlichkeit (§ 435 Absatz 3 Satz 1 StPO i.V.m. § 203 StPO) nach Aktenlage nicht ausführbar ist, sind dabei von vornherein nicht vorstellbar. Es ist auch nicht nachzuvollziehen, warum diese Kernaufgabe des Zwischenverfahrens bei Flucht oder unbekanntem Aufenthaltsort preisgegeben werden soll. Denn weder ist der Einziehungsadressat unbekanntem Aufenthaltsortes weniger

schutzwürdig, noch kann das Gericht vor unnötigem Mehraufwand infolge einer sachlich unrichtigen Antragschrift der Staatsanwaltschaft geschützt werden, sondern müsste selbst in Fällen, in denen die Antragschrift die Eröffnungsvoraussetzungen nicht erfüllt, in das gerichtliche Einziehungsverfahren eintreten.

Nicht ausführbar mag allenfalls die Zustellung der Antragschrift oder des Eröffnungsbeschlusses sein, wenn der Einziehungsadressat flüchtig oder unbekanntem Aufenthaltsort ist. Gleichwohl hält die StPO auch für derartige Probleme mitunter Lösungen vor: So kommt etwa die Zustellung der Antragschrift (§ 435 Absatz 3 Satz 1 StPO § 201 Absatz 1 Satz 1 StPO) statt an einen Einziehungsadressaten unbekanntem Aufenthaltsort möglicherweise an dessen bevollmächtigten Verteidiger in Betracht; ein Eröffnungsbeschluss kann dem Flüchtigen nach § 435 Absatz 3 Satz 2 i.V.m. § 429 Absatz 1 Hs. 2, Absatz 2 StPO entsprechend § 40 StPO öffentlich zugestellt²⁰ werden.

Es lässt sich jedenfalls festhalten, dass der gänzliche Fortfall des Zwischenverfahrens i.S.d. § 435 Absatz 3 Satz 1 StPO nicht in Betracht kommt, ein Eröffnungsbeschluss vielmehr stets gefasst werden kann und muss. Nur dies wird den hinter § 435 Absatz 3 Satz 1 StPO stehenden Schutzfunktionen gerecht.

V. Bewertung der Entscheidung

Gemessen an den vorstehend gefundenen Erkenntnissen erweist sich der Beschluss des 2. Strafsenats des OLG Koblenz als im Ergebnis zutreffend, in der Begründung aber nur teilweise überzeugend.

Als zutreffend erweist sich zunächst die Einstellung des Verfahrens, da das Landgericht einen Eröffnungsbeschluss nicht gefasst hatte. Der vom OLG gewählten Begründung, das Gericht habe sich durch die Zustellung an die Verteidiger gleichsam konkludent dazu entschlossen, das Zwischenverfahren durchzuführen,²¹ hätte es unter Zugrundelegung der hier entwickelten Auffassung indes nicht bedurft. Richtigerweise ist nämlich die Prüfung des hinreichenden Einziehungsverdachts und der damit verbundene Erlass eines Eröffnungsbeschlusses stets ausführbar.

Auch ist zu konstatieren, dass der Vorsitzende die Zustellung der Antragschrift an die Verteidiger zu Recht verfügt hatte. Denn obschon die Einziehungsadressaten flüchtig waren, standen ihnen aus dem parallel geführten Ermittlungsverfahren Verteidiger zur Seite, die zwar keine Vollmacht hinsichtlich des selbständigen Einziehungsverfahrens zur Akte gereicht hatten. In einer solchen Situation, insbesondere angesichts des engen Zusammenhangs der Verfahren, drängt es sich aber geradezu auf, diesen Verteidigern die Antragschrift zuzustellen, zumal das Fehlen einer diesbezüglichen Vollmacht in den Akten nichts über eine womöglich bestehende rechtsgeschäftliche

¹⁷ BT-Drs. 18/9525, S. 92.

¹⁸ Vgl. etwa §§ 431 Absatz 1 Satz 3, 432 Absatz 1 Satz 1 StPO a.F.; §§ 425 Absatz 2 Satz 2, 426 Absatz 1 Satz 2, 459j Absatz 3, 459k Absatz 3, 459l Absatz 3, 462 Absatz 2 StPO.

¹⁹ BT-Drs. 18/9525, S. 91.

²⁰ Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, a.a.O. (Fn. 3), § 435 Rn. 9 tritt dafür ein, auch die Antragschrift im Falle des unbekanntem

Aufenthalts öffentlich zuzustellen, was indes bei einer Anklageschrift umstritten ist, dazu Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 3), § 40 Rn. 1 m.w.N.

²¹ Was i.Ü. als Kunstgriff erscheint, da die Kammer des LG gerade keinen Eröffnungsbeschluss erlassen hat und daher tatsächlich wohl kein Zwischenverfahren durchführen wollte.

Zustellungsvollmacht²² aussagt. Zumindest aber hätte das Gericht in Wahrnehmung seiner Fürsorgepflicht gegenüber dem flüchtigen Einziehungsadressaten zunächst Kontakt zu diesen Verteidigern aufnehmen dürfen, der mit hoher Wahrscheinlichkeit zur Vollmachtsvorlage geführt hätte.

Die Argumentation des Senats impliziert ferner, dass das Landgericht vorliegend unter schlichtem Verweis auf die Flucht der Einziehungsbeteiligten von fehlender Ausführbarkeit des Zwischenverfahrens hätte ausgehen dürfen und damit vollständig auf diese verfahrensmäßige Absicherung, insbesondere den Eröffnungsbeschluss, hätte verzichten können.²³ Dass diese Sichtweise erheblich zu kurz greift, weil sie die Funktionen des strafprozessualen Zwischenverfahrens verkennt, wurde bereits ausführlich dargelegt. Insofern ist der Entscheidung zu widersprechen.

Auch soweit der Senat Zweifel daran anmeldet, ob „diese Verfahrensweise [Anm.: gemeint ist die Durchführung des Zwischenverfahrens] sinnvoll [sic!] ist, da das Gericht [...] grundsätzlich ohne mündliche Verhandlung durch Beschluss entscheidet“,²⁴ zeugt dies von einem bedenklichen Verständnis verfahrensrechtlicher Sicherungen. Zum einen basieren die Eröffnungsentscheidung und die Einziehungsentscheidung – auch wenn letztere durch Beschluss ergeht – auf unterschiedlichen Prüfungsmaßstäben: Während erstere „nur“ hinreichenden Einziehungsverdacht voraussetzt,²⁵ erfordert letztere die Überzeugung²⁶ des Gerichts. Zum anderen verkennt diese Sichtweise die Bedeutung des Eröffnungsbeschlusses und der in ihm zum Ausdruck kommenden gerichtlichen Verurteilungsprognose für die weitere effektive und sachgerechte Verteidigung des Einziehungsbeteiligten. Denn § 436 Absatz 2 i.V.m. § 434 Absatz 3 Satz 1 StPO gewährt der Staatsanwaltschaft und dem Einziehungsbeteiligten das Recht, eine mündliche Verhandlung zu beantragen, die dann zwingend durchzuführen ist.²⁷ Sinnvollerweise kann ein solcher Antrag allerdings überhaupt erst nach der Eröffnungsentscheidung²⁸ gestellt werden, bei Nichteröffnung wäre er nicht statthaft. Denkt man demgegenüber

das vom Senat und wohl auch vom Gesetzgeber geteilte Verständnis konsequent zu Ende, käme es zu Situationen, in denen auf den staatsanwaltschaftlichen Einziehungsantrag umgehend die gerichtliche Einziehungsanordnung folgt. Für den Einziehungsbeteiligten – dem mangels Zwischenverfahrens nicht einmal die Chance der Kenntnisnahme gegeben würde – käme diese Anordnung nicht selten völlig überraschend. Gegen sie kann er sich dann nur noch mittels einer sofortigen Beschwerde zur Wehr setzen;²⁹ eine mündliche Verhandlung kann er nicht beantragen. An diesem Beispiel wird die Notwendigkeit einer verfahrensmäßigen Absicherung zur Einhegung exzessiver Einziehungsbestrebungen aufseiten der Justiz offenbar.

VI. Fazit

Zusammenfassend lässt sich festhalten: Das Zwischenverfahren im selbständigen Einziehungsverfahren ist keine bloße Anhörung, sondern erfüllt hierüber hinausgehende Funktionen. Daher kann auf seine Durchführung nur insoweit, als es tatsächlich nicht ausführbar ist, verzichtet werden. Der hinreichende Einziehungsverdacht nach Aktenlage ist stets zu prüfen, ein Eröffnungsbeschluss stets zu fassen. Fehlt er, liegt ein Verfahrenshindernis vor, welches zur Einstellung des selbständigen Einziehungsverfahrens führt. Im Übrigen kommt es hinsichtlich der Frage der Ausführbarkeit des Verfahrens auf eine konkrete Einzelfallbetrachtung der tatsächlichen Realisierbarkeit der einzelnen Verfahrensschritte an. Die von Rechtsprechung und Literatur zügig und unkritisch rezipierte Definition des Merkmals „Ausführbarkeit“ in der Gesetzesbegründung, nach der Flucht oder unbekannter Aufenthaltsort des Einziehungsadressaten für einen vollständigen Fortfall des Zwischenverfahrens hinreichen sollen, ist nach alledem nicht haltbar und somit abzulehnen. Dass in § 435 Absatz 3 Satz 1 StPO überhaupt die Möglichkeit vorgesehen ist, auf das Zwischenverfahren zu verzichten, spiegelt die zunehmende Gleichgültigkeit des Gesetzgebers vor verfahrensmäßigen Absicherungen als einem Gebot der Rechtsstaatlichkeit wider. Auch deshalb ist eine restriktive Auslegung dringend angezeigt.

²² Dazu Meyer-Goßner/Schmitt, a.a.O. (Fn. 3), § 145a Rn. 2a m.w.N.

²³ Klefenz jurisPR-StrafR 2/2022, Anm. 3.

²⁴ OLG Koblenz, Beschluss vom 30.11.2021 – 2 Ws 682/21 juris Rn. 16.

²⁵ Schmidt in KK-StPO, a.a.O. (Fn. 3), § 435 Rn. 2 f.; BT-Drs. 18/9525, S. 91.

²⁶ Siehe § 437 Absatz 1 Satz 1 StPO; BT-Drs. 18/9525, S. 92.

²⁷ Dazu OLG Dresden, Beschluss vom 27.09.2019 – 2 Ws 212/19 juris Rn. 8.

²⁸ Dafür spricht auch die systematische Stellung des Antragsrechts, das in § 436 Absatz 2 StPO und damit nach der Vorschrift über das Zwischenverfahren in § 435 Absatz 3 StPO geregelt ist.

²⁹ §§ 436 Absatz 2, 434 Absatz 2 StPO.

Der neue § 362 Nr. 5 StPO im System der Wiederaufnahmegründe

Von Sophie-Charlotte von Bierbrauer zu Brennstein, LL.B., M.A., Potsdam*

I. Einleitung

Am 30.12.2021 ist das „Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit“ und ein neuer § 362 Nr. 5 StPO in Kraft getreten.¹ Nach dieser neuen Vorschrift ist eine Wiederaufnahme des Strafverfahrens zuungunsten des Angeklagten fortan auch zulässig, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit früher erhobenen Beweisen dringende Gründe dafür bilden, dass der freigesprochene Angeklagte wegen Mordes (§ 211 StGB), Völkermordes (§ 6 Abs. 1 VStGB), des Verbrechens gegen die Menschlichkeit (§ 7 Abs. 1 Nr. 1 und 2 VStGB) oder Kriegsverbrechens gegen eine Person (§ 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB) verurteilt wird. Damit reagiert der Gesetzgeber auf die als unzumutbar empfundene Situation, dass bislang außerhalb der eng umgrenzten Wiederaufnahmegründe der §§ 362, 373a StPO selbst im Falle schwerster Verbrechen und einer eindeutigen neuen Beweislage, z.B. aufgrund neuer Untersuchungsmethoden wie DNA-Analyse und digitaler Forensik, keine Möglichkeit bestand, das Verfahren zuungunsten des Angeklagten wieder aufzunehmen.²

Das Gesetz begegnet strafprozessualen und verfassungsrechtlichen Bedenken. Auch Bundespräsident Steinmeier äußerte verfassungsrechtliche Zweifel, bevor er das Gesetz ausgefertigt hat. Er hat angeregt, das Gesetz erneut parlamentarisch zu prüfen und vom Gesetzesinitiativrecht aus Art. 76 Abs. 1 GG Gebrauch zu machen. Auf der Hand liegt neben des potenziellen Verstoßes gegen das Rückwirkungsverbot der Einwand, dass die Regelung gegen das Doppelbestrafungsverbot aus Art. 103 Abs. 3 GG („ne bis in idem“) verstoßen könnte.³ Danach ist es grundsätzlich verboten, eine Tat nach einem abschließenden Sachurteil noch einmal zum Gegenstand eines Strafverfahrens zu machen. Das Doppelbestrafungsverbot gilt allerdings nicht

absolut. Relevant sind neben dem von Art. 103 Abs. 3 GG bezweckten Rechtsfrieden auch die übrigen Strafverfahrenszwecke, mit denen dieser interagiert. Dazu zählt insbesondere der Grundsatz materieller Gerechtigkeit, der im Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG wurzelt.

Im Folgenden soll gezeigt werden, dass sich die Neuregelung in die Struktur des tradierten Strafverfahrensrechts, nämlich die Ziele des Strafverfahrens und die Systematik der Wiederaufnahmegründe, einfügt. Bedenkt man, dass es sich bei § 362 Nr. 5 StPO um eine eng umgrenzte Ausnahmevorschrift handelt, wird man in ihr auch dann keinen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 3 GG erblicken können, wenn man Erweiterungen des Wiederaufnahmerechts mit der wohl herrschenden Meinung nur für zulässig hält, wenn sie sich als „systeminhärente Fortschreibung“ darstellen.⁴

II. Strafverfahrenszwecke und die Durchbrechung der Rechtskraft

Zum einen dient das Strafverfahren der Durchsetzung des materiellen Strafrechts und damit der *materiellen Gerechtigkeit*, indem die gesetzlich vorgesehene, im Verhältnis zur Schuld angemessene Strafe im konkreten Fall angeordnet werden soll. Eine solche gerechte Bestrafung, die auf dem im Verfahren ermittelten („wahren“) Sachverhalt beruht, bezweckt – entsprechend den herrschenden Vereinigungstheorien – die Genugtuung des Opfers und dessen Angehörigen sowie die General- und Spezialprävention.⁵

Zum anderen soll die gerechte Bestrafung des Täters dem *Rechtsfrieden* der Gesellschaft dienen, der Selbstjustiz verboten und die somit auf die Durchsetzung des

* Die Verfasserin ist Akademische Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Strafrecht und Strafprozessrecht der Universität Potsdam (Professor Dr. Georg Steinberg).

¹ BGBl. I 2021 S. 5252.

² Gesetzesentwurf: BT-Drucks. 19/3099, S. 1 f.

³ Die Verfassungswidrigkeit des neuen § 362 Nr. 5 StPO vertretend Ruhs, ZRP 2021, 88, 90 f.; Brade, ZIS 2021, 362, 362 ff.; Slognsat, ZStW 2021, 741, 772 f.; Aust/Schmidt, ZRP 2020, 251, 252 f.; Frister/Müller, ZRP 2019, 101, 102 f.; Arnemann, NJW-Spezial 2021, 440.

⁴ Letzgas, NSTZ 2020, 717 ff.; Jarass/Pieroth GG/Kment, 16. Aufl. 2020, Art. 103 Rn. 106; nach a. A. ist Art. 103 Abs. 3 GG bereits das Ergebnis einer abschließenden Abwägung des Verfassungsgesetzgebers und deshalb keiner Erweiterung

zugänglich, vgl. Arnemann, NJW-Spezial 2021, 440; Maunz/Dürig GG/Remmert, 94. EL 2021, Art. 103 Rn. 62 f., 86; v. Mangoldt/Klein/Starck GG/Nolte/Aust, 7. Auflage 2018, Art. 103 Rn. 181, 223; Dreier GG/Schulze-Fielitz, 3. Auflage 2018, Art. 103 Rn. 35; zurückhaltend, von Münch/Saliger GG/Kunig/Saliger, 7. Auflage 2021, Art. 103 Rn. 78; BVerfGE 2, 380 in NJW 1953, 1137, 1138.

⁵ MüKo StGB/Maier, 4. Auflage 2020, § 46 Rn. 46; Satzger/Schluckebier/Widmaier StPO/Beulke, 4. Auflage 2020, Einl. Rn. 5, 7 f.; Meyer-Goßner/Schmitt StPO/Schmitt, 63. Auflage 2020, Einl. Rn. 18; MüKo StPO/Kudlich, 1. Auflage 2014, Einl. Rn. 5; Karlsruher Kommentar StPO/Fischer, 8. Auflage 2019, Einl. Rn. 3.

Strafanspruchs durch den Staat angewiesen ist.⁶ Denn eine evident unrichtige Entscheidung kann dem Rechtsfrieden nicht dienen.⁷ Auf den Rechtsfrieden ist jedoch auch der formale Abschluss des Strafverfahrens und der von Art. 103 Abs. 3 GG grundsätzlich vorgesehene Strafklageverbrauch gerichtet. Denn mit der rechtskräftigen Entscheidung soll der Angeklagte grundsätzlich sicher sein können, nicht noch einmal strafrechtlich wegen der Tat verfolgt zu werden. Im Interesse des Rechtsfriedens müssen sich die soziale Umgebung der Straftat und die Öffentlichkeit grundsätzlich mit der einmal getroffenen rechtskräftigen Entscheidung abfinden. Die Frage, ob eine ungerichtete rechtskräftige Entscheidung ausnahmsweise korrigiert werden kann, ist also eine Konkretisierung des Spannungsfelds zwischen den Verfahrenszielen der materiellen Gerechtigkeit und des Rechtsfriedens.

Zugelassen ist eine Rechtskraftdurchbrechung nur ausnahmsweise, nämlich im Fall der Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei unverschuldeter Fristversäumung (§§ 44–47 StPO), der Aufhebung des Urteils zugunsten eines Mitangeklagten (§ 357 StPO) sowie der Urteilsaufhebung durch das Bundesverfassungsgericht bei erfolgreicher Verfassungsbeschwerde (§ 95 Abs. 2 BVerfGG).

Daneben besteht die hier näher interessierende Möglichkeit der Wiederaufnahme. *Nur zugunsten* des Angeklagten war diese bislang möglich, wenn das Urteil auf einer mit dem Grundgesetz für unvereinbar oder für nichtig erklärten Norm oder auf der Auslegung einer Norm beruht, die vom Bundesverfassungsgericht für unvereinbar mit dem Grundgesetz erklärt worden ist (§ 79 Abs. 1 BVerfGG), wenn der EGMR eine Verletzung der EMRK oder ihrer Protokolle festgestellt hat und das Urteil auf dieser Verletzung beruht (§ 359 Nr. 6 StPO), wenn ein zivilgerichtliches Urteil, auf welches das Strafurteil gegründet ist, durch ein anderes rechtskräftig gewordenes Urteil aufgehoben ist (§ 359 Nr. 4 StPO) oder wenn Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die allein oder in Verbindung mit den früher erhobenen Beweisen die Freisprechung des Angeklagten oder in Anwendung eines milderen Strafgesetzes eine geringere Bestrafung oder eine wesentlich andere Entscheidung über eine Maßregel der Besserung und Sicherung zu begründen geeignet sind (§ 359 Nr. 5 StPO). *Zugunsten wie zuungunsten* des Angeklagten kann das Verfahren bei einer früheren Verfahrensmanipulation wieder aufgenommen werden (§§ 359 Nr. 1–3, 362 Nr. 1–3 StPO). *Nur zuungunsten* des Angeklagten war eine Wiederaufnahme bislang zulässig, wenn sich nach Erlass eines Strafbefehls neue Tatsachen oder Beweismittel ergeben, die geeignet sind, die Verurteilung wegen eines Verbrechens zu begründen (§ 373a StPO) oder wenn von dem Freigesprochenen vor Gericht oder außergerichtlich ein glaubwürdiges Geständnis der Straftat abgelegt wird (§ 362 Nr. 4 StPO). Im Folgenden ist nun zu zeigen, wie sich § 362 Nr. 5 StPO in dieses bestehende System einfügt.

⁶ Satzger/Schluckebier/Widmaier StPO/Beulke, 4. Auflage 2020, Einl. Rn. 13; Karlsruher Kommentar StPO/Fischer, 8. Auflage 2019, Einl. Rn. 1.

⁷ Zehetgruber, JR 2020, 157, 158; MüKo StPO/Kudlich, 1. Auflage 2014, Einl. Rn. 517; Karlsruher Kommentar StPO/Fischer, 8.

III. § 362 Nr. 5 StPO im System der Wiederaufnahmegründe

1. § 359 Nr. 5 StPO

Nur auf den ersten Blick steht § 362 Nr. 5 StPO dem Wiederaufnahmegrund in § 359 Nr. 5 StPO nah, weil auch hiernach eine Wiederaufnahme aufgrund neuer Beweismittel zugelassen ist. Anders als die nun vorgesehene Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO schützt diejenige aufgrund neuer Tatsachen oder Beweismittel nach § 359 Nr. 5 StPO jedoch in erster Linie den Verurteilten, der durch die fälschliche Verurteilung in seinen Grundrechten auf die freie Entfaltung seiner Persönlichkeit und die Freiheit seiner Person verletzt ist. Die Wiederaufnahmemöglichkeit zugunsten des (fälschlich) Verurteilten folgt also, anders als die Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO, nicht nur aus dem Prinzip der materiellen Gerechtigkeit, sondern vor allem aus den verfassungsrechtlich geschützten Freiheitsrechten aus Art. 2 Abs. 1 und Abs. 2 S. 2 GG.⁸

2. § 362 Nr. 1–3 StPO

Eine gewisse Ähnlichkeit besteht dagegen zwischen § 362 Nr. 1–3 StPO und § 362 Nr. 5 StPO. Wesentlicher Unterschied zwischen diesen Regelungen ist jedoch, dass sich die Gründe des § 362 Nr. 1–3 StPO auf vergangene Verfahrensmängel beziehen und nicht auf neue Beweismittel und Tatsachen, weshalb sich ihnen eine unmittelbare systematische und teleologische Aussage hinsichtlich § 362 Nr. 5 StPO nicht entnehmen lässt. Zu bedenken ist aber, dass § 362 StPO insgesamt die Förderung der materiellen Gerechtigkeit bezweckt. Vor diesem Hintergrund leuchtet es nicht ein, dass zwar eine unechte oder verfälschte Urkunde (§ 362 Nr. 1 StPO) oder eine Falschaussage (§ 362 Nr. 2 StPO) zur Wiederaufnahme berechtigen sollten, bedeutendere Anhaltspunkte (wie neue Beweismittel und Tatsachen) hingegen nicht. Das gilt umso mehr, als die Bemakelung des Verfahrens und der materiellen Gerechtigkeit in den Fällen des § 362 Nr. 5 StPO wesentlich stärker ausfallen kann als in den Fällen des § 362 Nr. 1–3 StPO.⁹ Auch wenn nicht verkannt werden darf, dass ein wesentlicher Unterschied zwischen der Wiederaufnahme wegen vergangenen Verfahrensmängeln und neuen Tatsachen und Beweisen besteht, erscheint eine Erweiterung der Wiederaufnahmegründe deshalb gesetzessystematisch vertretbar.

3. § 373a StPO

Eine gewisse Parallele besteht auch zu § 373a StPO, demzufolge die Wiederaufnahme eines durch rechtskräftigen Strafbefehl abgeschlossenen Verfahrens zuungunsten des Verurteilten auch zulässig ist, wenn neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht sind, die allein oder in Verbindung mit den früheren Beweisen geeignet sind, die Verurteilung wegen eines Verbrechens zu begründen. Zwar tritt

Auflage 2019, Einl. Rn. 401; vgl. auch BT-Drucksache 18/30399, S. 9.

⁸ MüKo StPO/Engländer/Zimmermann, 1. Auflage 2019, Vorb. zu § 359 Rn. 2.

⁹ Zehetgruber, JR 2020, 157, 164.

die Rechtssicherheit hier in erster Linie deshalb zurück, weil das Strafbefehlsverfahren aufgrund des Fehlens der Hauptverhandlung auf einer unsicheren Tatsachengrundlage beruht und damit besonders fehleranfällig ist. Anders als im Falle eines Freispruchs nach der Hauptverhandlung kann nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass das Gericht sämtlichen Beweisen usw. nachgegangen ist.¹⁰ Darüber hinaus belastet das Strafbefehlsverfahren den Beschuldigten in der Regel weniger als das strafrechtliche Hauptverfahren, weshalb die Wiederaufnahme des Verfahrens und die Durchführung einer Hauptverhandlung ihm eher zuzumuten ist.

Gemeinsam ist § 373a StPO und § 362 Nr. 5 StPO jedoch, dass beide Regelungen dem Umstand Rechnung tragen, dass der Sachverhalt aufgrund eingeschränkter Ermittlungsmöglichkeiten (sei es, weil sie rechtlich nicht vorgesehen waren, sei es, weil diese zum Zeitpunkt des Strafverfahrens faktisch noch nicht zur Verfügung standen) nicht abschließend aufgeklärt wurde. Die dennoch nur eingeschränkte Vergleichbarkeit der beiden Konstellationen berücksichtigt das Gesetz dabei insofern, als § 373a StPO bereits neue Tatsachen und Beweismittel ausreichen lässt, die *geeignet* sind, die Verurteilung wegen eines Verbrechens zu begründen, während § 362 Nr. 5 StPO neue Tatsachen und Beweismittel voraussetzt, die *dringende Gründe* für die Verurteilung wegen einer Katalogtat bilden, also deutlich höhere Anforderungen an eine Wiederaufnahme stellt.

4. § 362 Nr. 4 StPO

Darüber hinaus besteht eine deutliche Parallele zu § 362 Nr. 4 StPO, der die Wiederaufnahme zulässt, wenn der Freigesprochene vor Gericht oder außergerichtlich ein glaubwürdiges Geständnis der Straftat ablegt. Denn in beiden Fällen liegt die Schuld klar zu Tage – hier aufgrund des Geständnisses, im Falle des § 362 Nr. 5 StPO aufgrund neuer Beweismittel. Dann aber würde das Beharren auf der Rechtssicherheit den Rechtsfrieden erheblich stören. Ein Unterschied liegt zwar darin, dass es der Freigesprochene selbst in der Hand hat, nachträglich zu gestehen, während er neue technische Entwicklungen, die zu einer ihn belastenden Beweislage beitragen können, weder vorhersehen noch beeinflussen kann.¹¹ Ob dieser Unterschied von solchem Gewicht ist, dass er eine Ungleichbehandlung der beiden Konstellationen rechtfertigen würde, ist jedoch aus systematischen Gründen fraglich. Denn auch die Wiederaufnahmegründe des § 362 Nr. 1–3 StPO verlangen nicht, dass der Freigesprochene den Wiederaufnahmegrund in eigener Person veranlasst hat.¹² Hinzukommt, dass § 362 Nr. 5 StPO gerade die Ungleichheit behebt, dass zwar ein freiwilliges Geständnis zur Wiederaufnahme führen kann, andere freiwillige Veränderungen der

Beweislage durch den Freigesprochenen bislang dagegen nicht. Zudem wird der Ungerechtigkeit entgegengewirkt, dass ein reuiger, geständiger Täter nach früherer Rechtslage schlechter gestellt war, als ein solcher, der erst mittels neuer Ermittlungsmethoden überführt werden konnte.¹³

5. § 362 Nr. 5 StPO

Kritisieren werden mag an § 362 Nr. 5 StPO, dass dieser dazu führt, dass Freisprüche in den dort genannten Fällen in Zukunft stets nur unter dem Vorbehalt künftig neuer Beweise und wissenschaftlicher Neuerungen und Technologien erfolgen werden. Dies kann über die mit jedem Strafverfahren zwangsläufig einhergehenden (psychischen, sozialen und wirtschaftlichen) zu weiteren Belastungen des Freigesprochenen führen und das Vertrauen in den Rechtsstaat und die endgültige Klärung des individuellen Schicksals gefährden.¹⁴ Hinzukommt, dass es nach der neuen Gesetzesfassung genügt, dass „neue Tatsachen oder Beweismittel beigebracht werden, die ... dringende Gründe“ für die Schuld bilden, dass am Anfang des Wiederaufnahmeverfahrens also lediglich ein Verdacht steht, sodass die Belastung nicht nur den Schuldigen, sondern auch Unschuldige treffen kann, weil der Verdacht zu Beginn des Wiederaufnahmeverfahrens fälschlich entstanden sein kann. Kommt es erst (wie nicht selten) nach langer Zeit zum Wiederaufnahmeverfahren, kann dies zudem zu einer besonders unsicheren Beweislage führen, und dem Freigesprochenen wird es häufig nicht mehr gelingen, entlastende Beweise vorzulegen, weil er diese im Vertrauen auf den Freispruch nicht konserviert hat.¹⁵ Ganz besonders problematisch kann dies im Fall von Freisprüchen sein, die vor Erlass des (rückwirkenden) § 362 Nr. 5 StPO erfolgt sind. Flankierend ist zu bedenken, dass die Wiederaufnahmemöglichkeit, also die potentielle Vorläufigkeit, das Gewicht von Freisprüchen in Fällen der in § 362 Nr. 5 StPO genannten Straftaten erheblich relativiert, was dem Vertrauen in die Justiz – seitens des Betroffenen und seitens der Gesellschaft – abträglich sein könnte.

Gleichwohl relativiert sich diese Kritik erheblich, wenn man bedenkt, dass sich die Beweisauswertung durch die DNA-Forschung und digitale Forensik wesentlich weiterentwickelt hat, weshalb die Beweisauswertung auch Jahre nach der Tat nicht schlechter sein muss, sondern im Gegenteil nicht selten besser sein wird.¹⁶ Auch wird der Angeklagte dadurch geschützt, dass § 362 Nr. 5 StPO nur solche neuen Tatsachen und Beweise ausreichen lässt, die einen *dringenden* Grund für die Verurteilung bilden, die Vorschrift also mehr verlangt als für die Eröffnung des Hauptverfahrens erforderlich ist. Reicht die indizielle Wirkung der neuen Tatsachen und Beweise noch nicht aus, um eine

¹⁰ Aust/Schmidt, ZRP 2020, 251, 253; Ruhs, ZRP 2021, 88, 91 m. w. N.; Slogsnat, ZStW 2021, 741, 769 m. w. N.; BeckOK StPO/Singelstein, 40. Edition 2021, § 373 Rn. 1; Karlsruher Kommentar StPO/Schmidt, 8. Auflage 2019, § 373a Rn. 4; MüKo StPO/Engländer/Zimmermann, 1. Auflage 2019, § 373a Rn. 9; BVerfGE 3, 248, 253 f.

¹¹ Scherzberg/Thië, ZRP 2008, 80, 82; zusätzlich auf das Autoritätskonzept des Gerichts abstellend Slogsnat, ZStW 2021, 741, 767.

¹² Zehetgruber, JR 2020, 157, 163; MüKo StPO/Engländer/Zimmermann, 1. Auflage 2019, § 362 Rn. 9; Graf StPO/Hoffmann-

Holland, 2. Auflage 2012, § 362 Rn. 4; Meyer-Goßner/Schmitt StPO/Schmitt, 63. Auflage 2020, § 362 Rn. 3; Satzger/Schluckebier/Widmaier StPO/Kaspar, 4. Auflage 2020, § 362 Rn. 5.

¹³ BT-Drucksache 19/30399, S. 9; Letzgus, NStZ 2020, 717, 718.

¹⁴ Scherzberg/Thië, ZRP 2008, 80, 81; Ruhs, ZRP 2021, 88, 90.

¹⁵ Scherzberg/Thië, ZRP 2008, 80, 81; Beweisrecht der StPO/Eisenberg, 10. Auflage 2017, Rn. 433; hierin einen Verstoß gegen die Unschuldsvermutung und den Grundsatz der Waffengleichheit zwischen Verteidigung und Staatsanwaltschaft sehend Slogsnat, ZStW 2021, 741, 772.

¹⁶ A. A. Slogsnat, ZStW 2021, 741, 756 f.

solche Wahrscheinlichkeit zu begründen, findet auch keine Wiederaufnahme nach § 362 Nr. 5 StPO statt.

Dass die Einführung des § 362 Nr. 5 StPO insgesamt zu begrüßen ist, stützt sich vor allem darauf, dass sie die Wiederaufnahme ausschließlich bei allerschwersten Verbrechen, nämlich Mord, Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen gegen eine Person erlaubt. Bei diesen handelt es sich um die Gesellschaft potentiell erheblich destabilisierende Straftaten, die jenseits einer „Erträglichkeitsgrenze“ liegen. Aus demselben Grund, aus dem diese nicht der Verjährung unterliegen (§ 78 Abs. 2 StGB; § 5 VStGB), muss die individuelle Rechtssicherheit hinter dem Interesse der Gesellschaft an einer materiell gerechten Bestrafung zurücktreten.¹⁷ Hier bewegt sich § 362 Nr. 5 StPO auf einer Linie mit den übrigen Wiederaufnahmegründen zuungunsten des Angeklagten. Denn auch im Fall einer Verfahrensmanipulation (§ 362 Nr. 1–3 StPO) oder eines glaubhaften Geständnisses des Freigesprochenen (§ 362 Nr. 4 StPO) ist eine „Erträglichkeitsgrenze“ überschritten.¹⁸

Dabei handelt es sich beim Merkmal der Unerträglichkeit keinesfalls – wie vereinzelt behauptet – um eine Emotionalisierung des Rechts aufgrund eines objektiv nicht nachprüfbaren Wertekanons,¹⁹ sondern vielmehr um eine *rechtliche* Unerträglichkeit, die ihren Grund darin hat, dass die frühere Entscheidung auf einer (im Fall des § 362 Nr. 5 StPO: höchst-)wahrscheinlich fehlerhaften

Tatsachengrundlage beruht und deshalb das Verfahrensziel der materiellen Gerechtigkeit nicht erreichen kann.²⁰ Erst hierauf gründet sich der Einwand, dass die Gesellschaft und das Opfer (bzw. dessen Angehörigen) das Vertrauen in die Rechtsordnung verlieren können, wenn trotz erheblich belastender Beweismittel eine Verurteilung selbst bei den schwersten Verbrechen nicht möglich ist,²¹ und dass – hieraus folgend – ein erwiesenermaßen ungegerechtfertigter Freispruch den Rechtsfrieden und das Vertrauen in die Strafrechtspflege genauso beeinträchtigen kann, wie die Verurteilung eines unschuldigen Angeklagten.²²

IV. Fazit

Es zeigt sich also, dass sich § 362 Nr. 5 StPO in das bestehende System der Wiederaufnahmegründe einfügt. Die Ergänzung ist sinnvoll, weil sie der materiellen Ungerechtigkeit entgegenwirken kann, die sich aus einem unberechtigten Freispruch vom Vorwurf schwerster Verbrechen ergeben kann. Der Rechtsfrieden des Freigesprochenen muss aus diesem Grund insoweit zurücktreten. Die Gefahr einer Ausuferung dürfte mit der Neuregelung nicht einhergehen. Denn die Beschränkung auf die schwersten Verbrechen sowie das Erfordernis dringender Gründe betont den Ausnahmecharakter der Vorschrift und bestätigt hierdurch die traditionelle Linie, nach der neue Beweise grundsätzlich keine Wiederaufnahme rechtfertigen.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

¹⁷ BT-Drucksache 19/30399, S. 9; Zehetgruber, JR 2020, 157, 166; an die Unverjährbarkeit anknüpfend auch Satzger/Schluckebier/Widmaier StPO/Kaspar, 4. Auflage 2020, § 362 Rn. 14; a. A. Slogsnat, ZStW 2021, 741, 754 f.

¹⁸ Karlsruher Kommentar StPO/Schmidt, § 362 Rn. 1; Jarass/Pieroth GG/Kment, 16. Auflage 2020, Art. 103 Rn. 106.

¹⁹ So aber Schiffbauer, NJW 2021, 2097; Frister/Müller, ZRP 2019, 101, 103; in diese Richtung auch Ruhs, ZRP 2021, 88, 90.

²⁰ Zehetgruber, JR 2020, 157, 165.

²¹ BT-Drucksache 19/30399, S. 8.

²² BT-Drucksache 19/30399, S. 10.

Schrifttum

Walther, Franziska Maria: Der „Vollrausch“ als Straftat (§ 323a StGB) – Zur Legitimation der rechtlichen Missbilligung (abstrakt) gefährlicher Verhaltensweisen und ihrer Sanktionierung, Duncker & Humblot, Strafrechtliche Abhandlungen, Band 300, 2021, 163 S., ISBN: 978-3-428-18141-4).

Spindel bezeichnete den Vollrausch mit Fug und Recht als eine der umstrittensten, wenn nicht gar die strittigste Strafvorschrift des ganzen Strafgesetzbuchs (LK, 11. Aufl. 2005, § 323 Rn. 1). Dieser Umstand führte dazu, dass seit Einführung des Vollrauschtatbestands durch das Gewohnheitsverbrechergesetz von 1933 nicht nur zahlreiche Monographien und Zeitschriftenbeiträge erschienen sind, sondern auch die meisten Kommentierungen zu § 323a StGB einen geradezu monographisch anmutenden Umfang einnehmen. § 323a StGB und die mit ihm einhergehenden Probleme (auch um dessen Legitimation) könnte man vor diesem Hintergrund als „ausgeschrieben“ bezeichnen. Umso mehr darf man darauf gespannt sein, was *Walther* mit ihrer von *Georg Freund* betreuten und 2021 veröffentlichten Marburger Dissertation Neues beitragen kann und will.

Um es gleich vorweg zu nehmen: Das von der *Verf.* erkannte Ergebnis ist nicht neu und auch der von ihr skizzierte Weg dorthin enthält kaum innovatives Neues; anderes gilt für den unterbreiteten Gesetzesvorschlag *de lege ferenda*. Nach Ansicht der *Verf.* stellt § 323a Abs. 1 StGB seiner Deliktsnatur nach ein fahrlässiges Erfolgsdelikt dar, demgemäß der Täter nur dann strafbar ist, „wenn er nach seinen individuellen Verhältnissen im Zeitpunkt des Sichberauschens zumindest erkennen und vermeiden konnte, dass es zu der Rauschtat kommt, und wenn er genau dies von Rechts wegen vermeiden musste“ (vgl. die zusammenfassende Schlussbetrachtung, S. 146 ff.). Dabei soll aber nicht verschwiegen werden, dass es der *Verf.* durchaus gelingt, die Probleme des § 323a StGB auf 138 Seiten (reiner Textumfang) konzise und prägnant darzustellen und einer bedenkenswerten Lösung zuzuführen. Die wesentlichen Gedankenschritte dieser Lösung sollen iRd Rezension dargestellt werden, um sich am Ende kritisch mit dem Ergebnis auseinanderzusetzen.

Die Arbeit ist klar in sechs Teile gegliedert, lässt durchweg einen roten Faden erkennen und ist stets leserlich und gut verständlich geschrieben: Nachdem im *Ersten Teil* kurz in die Problemstellung eingeführt und ein historischer Abriss zum Vollrauschtatbestand gegeben wird (S. 11-15), projiziert *Verf.* die Grundlagen ihrer Problemlösung zunächst in abstrakter Weise, wobei sie insb. den Fragen nach der Legitimation von Strafe und der Zulässigkeit von Verhaltens- und Sanktionsnorm im Lichte des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes nachgeht (*Zweiter Teil*; S. 16-41). Die abstrakten Grundsätze finden im *Dritten Teil* Anwendung auf den Straftatbestand des § 323a Abs. 1 StGB (S. 42-85). Die daraus gewonnen Erkenntnisse werden im *Vierten Teil* für die

Bestimmung des Deliktstypus des § 323a Abs. 1 StGB fruchtbar gemacht, wobei sich die *Verf.* mit den unterschiedlichen von Rechtsprechung und Literatur vertretenen Konzepten auseinandersetzt (S. 86-130). Im *Fünften Teil* skizziert *Verf.* die „Konsequenzen für die Strafzumessung, den richtigen Schuldspruch, die Konkurrenzen und Erwägungen lege ferenda“ auf knapp 14 Seiten (S. 131-145), bevor schlussbetrachtend die Ergebnisse zusammengefasst und die rechtspolitischen Konsequenzen aufgezeigt werden (*Sechster Teil*; S. 146-148).

Durchweg orientiert sich *Verf.* eng an den Lehren ihres Doktorvaters *Freund*, der in seiner 2020 erschienen Kommentierung zu § 323a StGB die weitgehend selben Ergebnisse bereits publizierte (*ders.*, in: Hdb. des Strafrechts, Bd. 5, Strafrecht Besonderer Teil II, 2020, § 46). Dies gilt insbesondere auch für die (auf *Binding* zurückgehende und von *Freund* vielerorts fortentwickelte) Unterscheidung zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm, welche die *Verf.* ihrer Arbeit als Grundlage der Problemlösung voranstellt (S. 20 ff.). Hiernach betreibt das Strafgesetz (Sanktionsnorm) bekanntlich nur mittelbaren Rechtsgüterschutz, indem es die Geltungskraft der der Sanktionsnorm vorgelagerten (ungeschriebenen) Verhaltensnorm sichert. Verständlich wird dargelegt, dass in einem rechtsstaatlichen Strafrecht sowohl Verhaltens- als auch Sanktionsnorm dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügen müssen, indem sie – jeweils für sich genommen – einem legitimen Ziel dienen, hierfür geeignet, erforderlich und angemessen sind (hierzu S. 28). Dabei setzt sich *Verf.* auch mit jenen Kritikern auseinander (S. 37 ff.), welche den Unterschied zwischen Verhaltens- und Sanktionsnorm bestreiten (stellvertretend dafür dezidiert *Herzberg*, ZIS 2021, 420 ff., auch wenn sich *Verf.* mit dessen Kritik angesichts des Erscheinungsdatums nicht mehr auseinandersetzen konnte).

Überzeugend führt *Verf.* aus, dass Bezugspunkt der Verhaltensnorm nicht die Rauschtat, sondern nur das Sichberauschen sein kann, weil eine Verhaltensnorm einen legitimen Zweck nicht erfüllen kann, wenn sie sich an einen Schuldunfähigen richtet (S. 46 ff.). Aber auch eine am bloßen Sichberauschen orientierte Verhaltensnorm hält *Verf.* mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz für nicht vereinbar, weil sie die allgemeine Handlungsfreiheit – zumal in Anbetracht der sozialen Adäquanz des Alkoholkonsums in westlichen Gesellschaften – unangemessen beeinträchtigt (S. 58 ff.). Die Ausführungen provozieren den *Rezensenten* nicht etwa deshalb zu Widerspruch, weil er ein strikter Verächter alkoholischer Getränke wäre als vielmehr aus dem Grunde heraus, dass *Verf.* hierbei letztlich demselben Irrtum wie viele andere Diskutanten auch unterliegt, die in § 323a StGB so etwas wie den Anfang der Prohibition erkennen wollen. Darum geht es § 323a Abs. 1 StGB aber gerade nicht; vielmehr statuiert § 323a StGB nur das dahingehende Verbot, berauschende Mittel bis zum Zustand nicht mehr ausschließbarer Schuldunfähigkeit zu konsumieren (vgl. bereits *Puppe*, GA 1974, 98 [110]). Das erkennt im Ausgangspunkt auch die *Verf.*, wenn sie die am Verhältnismäßigkeitsprinzip gemessene Verhaltensnorm wie folgt formuliert: „Du darfst dich nicht durch alkoholische Getränke oder andere Mittel bis zum Zustand der nicht ausschließbaren

Schuldunfähigkeit berauschen“. Deshalb geht die Frage, ob der Alkoholgenuss als solcher in Deutschland sozialadäquat ist, am Wesentlichen vorbei. Richtigerweise ist sie allein darauf zu konkretisieren, ob auch ein so übermäßiger Alkoholgenuss noch als sozialadäquat angesehen werden kann, der die Steuerungs- und Einsichtsfähigkeit des Konsumenten (nicht ausschließbar) ausschließt. Das dürfte aufgrund der von der *Verf.* zitierten (S. 58 f.) und in BGHSt 1, 124 (125 f.) genannten Gründe kaum der Fall sein, mag der Rausch bei zahlreichen Bürgern auch einen „harmlosen“ Verlauf nehmen. Der von der *Verf.* im Folgenden projizierte Maßstab, wonach ein verfassungsrechtlich legitimierbares Verbot des Vollrauschs hinreichende Anhaltspunkte dafür erfordert, dass der Konsum *in concreto* zu bestimmten Übergriffen führen kann („Du darfst dich nicht berauschen, wenn und weil du dadurch aufgrund deiner persönlichen Neigungen rauschbedingt für Rechtsgüter anderer zu gefährlich werden könntest“ [S.75]) erscheint vor diesem Hintergrund verfassungsrechtlich nicht zweifelsfrei belegt. Auf der Grundlage der so gewonnenen Verhaltensnorm prüft *Verf.* im Folgenden die Verhältnismäßigkeit der darauf bezugnehmenden Sanktionsnorm, die vor dem Hintergrund der eng gefassten – weil (volle) Fahrlässigkeit im Bezug auf die später konkret begangene Rauschat voraussetzenden (vgl. dazu an späterer Stelle, S. 116 f.) – Verhaltensnorm weitgehend unproblematisch (und insoweit zu Recht) angenommen wird (S. 76 ff.).

Im Folgenden setzt sich *Verf.* eingehend mit den zu § 323a StGB vertretenen Konzeptionen zur Tatbestandsstruktur auseinander. Vor dem Hintergrund der legitimierbaren Verhaltensnorm, die nach Ansicht der *Verf.* einen Fahrlässigkeitsbezug zur Rauschat verlangt, ist eigentlich schon entschieden, dass § 323a StGB kein abstraktes Gefährdungsdelikt darstellt, bei der die Rauschat nur objektive Bedingung der Strafbarkeit darstellt (iErg. S. 99). *Verf.* sieht in einer solchen Betrachtung überdies einen Verstoß gegen das Schuldprinzip: Hierfür kann sie zum einen die Rechtsprechung, welche die Schwere der Rauschat – obwohl als objektive Bedingung der Strafbarkeit verstanden – für die Strafzumessungsschuld (*contra legem* § 46 Abs. 2 S. 2 StGB – „verschuldete[] Auswirkungen der Tat“) heranziehen will (so zuletzt BGH NStZ-RR 2020, 250), zum anderen das unschlussige Normgefälle zwischen § 323a Abs. 1 StGB und § 122 Abs. 1 OWiG anführen. Mit ähnlicher Begründung lehnt *Verf.* jenes Modell ab, wonach § 323a Abs. 1 StGB eine Ausnahmevorschrift zu den §§ 20, 21 StGB darstellen soll (S. 99 ff.). Schließlich erteilt sie auch der Konzeption des § 323a Abs. 1 StGB als einem konkreten Gefährdungsdelikt eine Absage. Sie begründet das damit, dass für § 323a Abs. 1 StGB nicht nur die konkrete Gefahr einer Rauschat ausreiche, sondern es zur Begehung einer Rauschat gekommen sein muss; daraus schließt sie auf ein Verletzungsdelikt (S. 110), für das der bloße Eintritt einer Gefährdung nicht ausreiche. Ob sie damit jener Meinungsgruppe gerecht wird, die im Vollrauschatbestand ein konkretes Gefährdungsdelikt erkennen, erscheint fraglich. Denn Ansatz verleugnet freilich nicht die Notwendigkeit der tatsächlichen Begehung einer Rauschat; vielmehr begrenzt er das Unrecht auf Fälle des sog. „qualifizierten Sich-Betrinkens“ (teils auch: „unter besonderen gefahr begründenden Umständen“), bei dem sich der Täter der objektiven Gemeingefährlichkeit des Rausches bewusst sein muss. Nur unter diesen, im Einzelnen umstrittenen Anforderungen an die subjektive Vorhersehbarkeit (irgendeine Rauschat oder Rauschat von der Art der eingetretenen) lässt sich hiernach der Straffrahmen von bis zu fünf Jahren Freiheitsstrafe hinreichend rechtfertigen (vgl. hierzu exempl. MüKo-StGB/*Geisler*, 3. Aufl. 2019, § 323a Rn. 9). Im Ergebnis ist aber richtig, dass auch diese Konzeption hinter jener der Verfasserin zurückbleibt, die „volle“ Fahrlässigkeit im Bezug auf die Rauschat fordert.

Soweit *Verf.* ihr Verständnis von § 323a Abs. 1 StGB (fahrlässiges Erfolgsdelikt) im Folgenden kritisch, etwa im Hinblick auf den unzureichenden Anwendungsbereich neben der *actio libera*

in causa oder daraus resultierende Strafbarkeitslücken, hinterfragt, gelingt es ihr, diese Einwände argumentativ auszuräumen (S. 115 ff.; zu weiteren [nicht gesehenen] Kritikpunkten s.u.); überdies lässt ihr Verständnis von der Vorschrift das Rechtsfolgegefälle zwischen § 323a Abs. 1 StGB und § 122 Abs. 1 OWiG unschwer erklären (dazu S. 113ff.) und Zweifel an der Vereinbarkeit der Vorschrift mit dem Schuldprinzip nicht aufkommen (S. 129). Zuletzt macht *Verf.* einen Gesetzesvorschlag *de lege ferenda*, welcher die gewonnenen Erkenntnisse im Gesetzeswortlaut zum Ausdruck bringt: Die umbenannte „Unerlaubte Berauschung“ besteht aus einer Handlungs- (Versetzen „in einen zu gefährlichen Rausch“) und Erfolgskomponente („und dadurch wenigstens fahrlässig eine rechtswidrige Tat begeht“), die sich durch eine Vorsatz-Fahrlässigkeits- und Fahrlässigkeits-Fahrlässigkeitskonstruktion verwirklichen lassen. Der neu eingeführte Begriff des „zu gefährlichen Rauschs“ erscheint aber eher noch problematischer als es der bisherige Rauschbegriff ohnehin schon ist, zumal *Verf.* auf die Benennung der eingetretenen Schuldunfähigkeit bzw. nicht ausschließbaren Schuldunfähigkeit im Gesetzeswortlaut verzichtet. In Abs. 4 erfolgt eine Definition des Rauschs; in Abs. 5 wird der Berauschung das Versetzen in einen gefährlichen Zustand auf andere Weise (etwa mittels eines technischen Geräts) gleichgestellt, wobei *Verf.* offenbar Fälle eines „Hirnschrittmachers“ vor Augen hat, ohne dass der Leser erfährt, was es damit genau auf sich hat (S. 142). Alternativ bringt *Verf.* einen neuen § 15 Abs. 2 StGB ins Spiel, wonach eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit allgemein für Fälle angeordnet wird, „wenn sich ein Täter vorsätzlich oder fahrlässig durch alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel in einen zu gefährlichen Rausch versetzt und dadurch wenigstens fahrlässig eine rechtswidrige Tat begeht“.

Die unterbreiteten Gesetzesvorschläge dürfen freilich nicht den Blick darauf verschränken, dass es der *Verf.* in den vorangehenden 129 Seiten darum ging, bereits die derzeit geltende Gesetzesfassung entsprechend auszuliegen. Hierbei beruft sich *Verf.* letztlich auf die Auslegungsmethode der verfassungskonformen Auslegung (S. 139), übersieht dabei aber (wie zahlreiche andere Autoren auch, weshalb der Vorwurf ihr [allein] keineswegs zu machen ist), dass mit einer solchen „Gesetzesumdeutung“ die Grenzen der Gesetzesauslegung längst überschritten sind. Die verfassungskonforme Auslegung erspart dem Gesetzgeber das Verdikt der Verfassungswidrigkeit (vgl. Dürig/Herzog/Scholz/Walter, Kommentar GG, 95. EL – Juli 2021, Art. 93 Rn. 112) und ist von der Vermutung getragen, dass sich der Gesetzgeber verfassungskonform verhalten will (vgl. BVerfGE 2, 266 [282]). Die Auslegungsgrenzen markieren – neben dem im Strafrecht besonders bedeutsamen Wortlaut (Art. 103 Abs. 2 GG) – auch gesetzgeberische Absichten, Grundentscheidungen und Wertungen (vgl. zuletzt im Zshg. mit dem Verbot der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung BVerfGE 153, 182 [307] mwN). Dann nämlich versagt der der verfassungskonformen Auslegung zugrundeliegende Gedanke, wonach sich der Gesetzgeber verfassungskonform verhalten will; im Gegenteil möchte er das Gesetz genau so ausgelegt haben, wie er es in der Gesetzesbegründung dargelegt hat. Eine anderslautende (vermeintlich) „verfassungskonforme“ Auslegung wäre ihrerseits verfassungswidrig, weil sie einer originären judikativen Rechtssetzung gleichkäme, womit die Strafbarkeit – entgegen Art. 103 Abs. 2 GG – nicht mehr „gesetzlich“ bestimmt wäre (BVerfGE 153, 182 [307 f.]).

So liegt es auch bei § 323a StGB. In der Historie des § 323a StGB hat der Gesetzgeber nie einen Zweifel daran gelassen, dass er die Rauschat als objektive Bedingung der Straftat verstanden wissen wollte. Bereits in der Amtlichen Begründung zu § 330a StGB im Jahr 1933 hieß es, dass er das Verhalten des Täters (über die mithilfe der *actio libera in causa* abzuurteilenden Fälle hinaus) auch dann für strafwürdig erachtet, wenn sich der Täter schuldhaft in einen Rausch versetzt, obwohl er nicht damit

rechnet, in diesem Zustand eine strafbare Handlung zu begehen (vgl. Erste Beilage zum Reichsanzeiger v. 27.11.1933, Nr. 277). Später glich der Gesetzgeber § 330a StGB ausdrücklich an die Fassung des § 122 OWiG an (BT-Drs. 7/550, S. 268), dessen „mit Geldbuße bedrohte Handlung“ er offen als objektive Bedingung der Ahndung bezeichnete (vgl. BT-Drs. 5/1269, S. 66). Vor diesem Hintergrund geht es nicht an, den gesetzgeberischen Willen unter dem Vorwand einer verfassungskonformen Auslegung zu missachten und die Strafvorschrift von einem abstrakten Gefährungsdelikt mit objektiver Strafbarkeitsbedingung in ein fahrlässiges Erfolgsdelikt eigenwillig umzudeuten. Auch bleibt unbeantwortet, wie sich eine solche Auslegung mit § 15 StGB verträgt, der für eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit deren gesetzliche Normierung verlangt. Aus § 323a Abs. 1 StGB erschließt sich diese ebenso wenig wie aus § 18 StGB, weil nicht erkennbar ist, dass der Eintritt der Rauschat eine „schwerere“ Strafe (ggü. was?) nach sich zieht (vgl. Mitsch, in: Baumann/Weber/

Mitsch/Eisele, Strafrecht Allgemeiner Teil, 13. Aufl. 2021, § 20 Rn. 7).

Konsequenterweise müssten also diejenigen, die im (bloßen) „Sich-in-einen-Rausch-versetzen“ kein strafwürdiges Unrecht erblicken wollen, § 323a StGB für verfassungswidrig erklären. Zwingend ist das freilich nicht, zumal die Verfassung dem Gesetzgeber bei der Schaffung von Strafvorschriften einen weiten Beurteilungsspielraum zugesteht; auf die fortbestehenden Probleme unter einem solchen Verständnis (zuvorderst der überhöhte Strafrahmen und das unerklärliche Normgefälle zwischen § 323a StGB und § 122 OWiG) hat die *Verf.* zu Recht hingewiesen. Über die alten Probleme einer Strafvorschrift immer wieder von Neuem nachzudenken, ist denn auch das Verdienst von *Walthers* Dissertation zum Vollrausch.

Dr. Maximilian Lenk, Tübingen

Rechtsprechung

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

245. BVerfG 1 BvR 1541/20 (Erster Senat) – Beschluss vom 16. Dezember 2021

Benachteiligungsrisiken von Menschen mit Behinderung in der Triage (Verteilung pandemiebedingt knapper intensivmedizinischer Behandlungsressourcen; Schutzdimensionen des Grundrechts aus Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG; subjektives Abwehrrecht; Förderauftrag; objektive Wertentscheidung; Auftrag für den Gesetzgeber zum Schutz vor Benachteiligungen; Verdichtung zur konkreten Schutzpflicht in Konstellationen besonderer Schutzbedürftigkeit wie in einer Triage-Situation; tatsächliche Anhaltspunkte für Benachteiligungsrisiken in der Triage; unbewusste Stereotypisierung; Annahme von Komorbiditäten oder schlechten Genesungsaussichten; Kriterium der Erfolgsaussicht einer Behandlung im Sinne des Überlebens der aktuellen Erkrankung; Fehlen hinreichender gesetzlicher Vorkehrungen; Einschätzungs-, Wertungs- und Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers; gesetzgeberisches Unterlassen als Gegenstand einer Verfassungsbeschwerde; hohe Darlegungsanforderungen).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 3 Abs. 3 Satz 2 GG; § 90 Abs. 1 BVerfGG; Art. 14 EMRK; Art. 1 Abs. 1 BRK; Art. 4 Abs. 1 BRK; Art. 10 BRK; Art. 11 BRK; Art. 25 BRK; Art. 2 IPbPR; Art. 2 IPwskR; § 1 AGG

246. BVerfG 2 BvL 1/20 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 9. Februar 2022 (AG Villingen-Schwenningen)

Verfassungsmäßigkeit der Strafnorm über verbotene Kraftfahrzeugrennen (Bestimmtheitsgebot; hinreichende

Präzisierung der Tatbestandsmerkmale „grob verkehrswidrig“ und „rücksichtslos“; ausreichend klarer Bezugspunkt der Fortbewegung mit nicht angepasster Geschwindigkeit; Bestimmtheit des Absichtserfordernisses bezüglich des Erreichens einer höchstmöglichen Geschwindigkeit; Vergleich mit dem Verbot von Mehrpersonenrennen; Ausnahme bei räumlich eng umgrenzten Verkehrsvorgängen; keine Verschleifung des Absichtserfordernisses und des Merkmals der nicht angepassten Geschwindigkeit; Bestimmtheit von Strafnormen (Zulässigkeit der Verwendung ausfüllungsbedürftiger Begriffe und ineinander aufgehender Tatbestandsmerkmale durch den Gesetzgeber; Analogieverbot, Präzisierungsgebot und Verschleifungsverbot als Vorgaben für die Rechtsprechung; Klarheits- und Bestimmtheitsgebot der EMRK); Zulässigkeit einer Richtervorlage im Zwischenverfahren (abstrakte Normenkontrolle; Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage für die Eröffnung des Hauptverfahrens; keine Aktualisierung des Vorlagebeschlusses bei neuen Entwicklungen).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; Art. 7 EMRK; § 315c Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 3 Abs. 1 Satz 2 StVO; § 3 Abs. 3 StVO

247. BVerfG 2 BvR 75/22 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 26. Januar 2022 (OLG Frankfurt am Main)

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen eine sitzungspolizeiliche Anordnung (Verbot des Mitschreibens in der

Verhandlung; Ausnahmeregelung nur für den Fall eines wissenschaftlichen Interesses; Pflicht der Gerichte zur Erwägung und Bescheidung jedes grundrechtsrelevanten Vorbringens; Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde; Erfordernis eines Antrags an das Strafgericht).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 176 Abs. 1 GVG

248. BVerfG 2 BvR 167/22 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. Februar 2022 (LG Regensburg)

Recht auf effektiven Rechtsschutz im strafvollzugsrechtlichen Eilverfahren (Notrufsystem in Hafträumen; verzögerte Entscheidung über einen Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 109 Abs. 1 StVollzG; § 114 StVollzG

249. BVerfG 2 BvR 1872/21 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. Januar 2022 (BGH / LG Bonn)

Unzulässigkeit einer Gegenvorstellung gegen Nichtannahmeentscheidungen des BVerfG (grundsätzlich fehlende Abänderungskompetenz der Kammer; mögliche Ausnahme bei Gehörsverletzung (offengelassen)).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 93b Satz 1 BVerfGG

250. BVerfG 2 BvR 1910/21 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. Februar 2022 (OLG München / LG München I)

Recht auf rechtliches Gehör bei Verfahrenseinstellung (Verpflichtung zur Anhörung des Beschuldigten vor einer ihn beschwerenden Auslagenentscheidung); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (kein Offenhalten der Monatsfrist durch unstatthafter Rechtsbehelf).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 93 Abs. 1 Satz 1 BVerfGG; § 33 Abs. 1 StPO; § 154 Abs. 2 StPO; § 464 Abs. 3 Satz 1 Halbsatz 2 StPO

251. BVerfG 2 BvR 2611/18 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Dezember 2021 (LG Kempten (Allgäu) / AG Kempten (Allgäu))

Durchsuchungsbeschluss und rechtliches Gehör (Nachholung des Gehörs im Beschwerdeverfahren bei Ermittlungsmaßnahmen ohne vorherige Anhörung; Abwarten einer angekündigten Beschwerdebeurteilung); Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Erfordernis einer Anhörungsrüge).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 33 Abs. 4 StPO; § 33a StPO; § 105 StPO

252. BGH 1 StR 203/21 – Beschluss vom 26. Januar 2022 (LG München I)

Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

253. BGH 1 StR 234/21 – Urteil vom 14. Dezember 2021 (LG Ingolstadt)

Vorbereitung eines Sachverständigengutachtens (keine Sachaufklärung über Exploration hinaus); tatrichterliche Beweiswürdigung (Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen).

§ 80 StPO; § 261 StPO

254. BGH 1 StR 312/21 – Urteil vom 16. Dezember 2021 (LG Karlsruhe)

Einziehung (Erlangen durch die Tat bei mittelbarem Erlangen über einen anderen Tatbeteiligten).

§ 73 Abs. 1 StGB

255. BGH 1 StR 331/21 – Beschluss vom 16. November 2021 (LG München I)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen: erforderliche Gesamtwürdigung).

§ 261 StPO

256. BGH 1 StR 348/21 – Urteil vom 25. Januar 2022 (LG Ravensburg)

Anordnung der Jugendstrafe neben der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 5 Abs. 3 JGG

257. BGH 1 StR 364/21 – Beschluss vom 16. Dezember 2021 (LG Traunstein)

Konkurrenzen (Tathandlungen im Vorbereitungsstadium einer Tatserie).

§ 52 StGB

258. BGH 1 StR 371/21 – Urteil vom 11. Januar 2022 (LG Landshut)

Tatrichterliche Beweiswürdigung.

§ 261 StPO

259. BGH 1 StR 393/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (LG Karlsruhe)

Strafzumessung (Verhältnis von minder schwerem Fall und vertypem Strafmilderungsgrund).

§ 50 StGB

260. BGH 1 StR 418/21 – Beschluss vom 16. Dezember 2021 (LG Tübingen)

Mitteilung über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (Verständigungsgespräche in früherer, ausgesetzter Hauptverhandlung; Umfang der Mitteilungspflicht; regelmäßiges Beruhen des Urteils auf einer unterlassenen Belehrung).

§ 243 Abs. 4 StPO; § 337 Abs. 1 StPO

261. BGH 1 StR 426/21 – Beschluss vom 30. November 2021 (LG Heidelberg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

262. BGH 1 StR 487/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (LG Stuttgart)

Einziehung (erforderlicher gerichtlicher Hinweis).

§ 73 StGB; § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO

263. BGH 1 StR 493/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (LG Offenburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

264. BGH 3 StR 318/21 – Urteil vom 13. Januar 2022 (LG Düsseldorf)

Rüge der unvollständigen oder unrichtigen Würdigung einer verlesenen Urkunde.

§ 249 StPO; § 344 StPO

265. BGH 3 StR 325/21 – Beschluss vom 11. Januar 2022 (LG Düsseldorf)

Einziehung (Anordnung der gesamtschuldnerischen Haftung in der Urteilsformel).

§ 73 StGB

266. BGH 3 StR 339/21 – Beschluss vom 21. Dezember 2021 (LG Kleve)

Rechtsfehlerhafte Einziehung von Bargeld bei Verurteilung wegen Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.

§ 73 StGB

267. BGH 3 StR 340/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (LG Koblenz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

268. BGH 3 StR 341/21 – Urteil vom 13. Januar 2022 (LG Kleve)

Beweiswürdigung bei Nichtgewährung des Konfrontationsrechts bzgl. eines Belastungszeugen (Gesamtbetrachtung; justizielles Verschulden; besonders kritische und zurückhaltende Würdigung der Aussage; frühere Einlassung eines möglichen Mittäters); versuchte Anstiftung zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Kettenanstiftung; Anstiftung zur Beihilfe).

Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 lit. c EMRK; § 261 StPO; § 26 StGB; § 27 StGB; § 30 StGB; § 29 BtMG

269. BGH 3 StR 378/21 – Beschluss vom 16. November 2021 (LG Mönchengladbach)

Rechtsfehlerhafte Gesamtstrafbildung; Erörterungsmangel wegen fehlender Erörterung einer Kompensation wegen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung.

§ 55 StGB; Art. 6 EMRK

270. BGH 3 StR 380/21 – Beschluss vom 21. Dezember 2021 (LG Düsseldorf)

Beweiswürdigung hinsichtlich der Einlassung des Angeklagten (Verteidigererklärung; Nachfragen; Teilschweigen).

§ 261 StPO

271. BGH 3 StR 381/21 – Beschluss vom 21. Dezember 2021 (LG Osnabrück)

Einziehung und erweiterte Einziehung von Wertersatz (Erlangen; tatsächlicher Vorgang; faktische Verfügungsgewalt; Herrschaftsverhältnis; ungehinderter Zugriff; keine sichere Zuordnung).

§ 73 StGB; § 73a StGB; § 73c StGB

272. BGH 3 StR 394/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (LG Krefeld)

Aufklärungshilfe im Betäubungsmittelstrafrecht; erweiterte Einziehung.

§ 31 BtMG; § 73a StGB

273. BGH 3 StR 406/21 – Beschluss vom 11. Januar 2022 (LG Aurich)

Ausnahmsweise kein Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen die Vereidigungsvorschriften (Unwirksamkeit des Eides durch Fristablauf; Glauben an die Wirksamkeit; keine Auswirkungen auf die Übersetzungsleistung).

§ 189 GVG; § 337 StPO

274. BGH 3 StR 415/21 – Beschluss vom 11. Januar 2022 (LG Koblenz)

Einziehung von mit Erträgen aus Betäubungsmitteln erworbenen Kryptowährungen (Surrogat; Berücksichtigung bei weitergehender Wertersatzeinziehung; Zeitpunkt; Wertsteigerung); Einziehung von Tatmitteln.

§ 73 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 73c StGB; § 74 StGB

275. BGH 3 StR 416/21 – Beschluss vom 11. Januar 2022 (LG Koblenz)

Erwerb von Betäubungsmitteln bei Postversand (Verfügungsgewalt; Versuch; Rücktritt).

§ 29 BtMG

276. BGH 3 StR 424/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (LG Kleve)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

277. BGH 3 StR 428/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (OLG Dresden)

Keine Bindung des Revisionsgerichts an die Antragsbegründung der Staatsanwaltschaft bei Verwerfung der Revision im Beschlusswege.

§ 349 Abs. 2 StPO

278. BGH 3 StR 441/20 – Urteil vom 15. Dezember 2021

Beweiswürdigung (Rechtsfehler; freisprechendes Urteil; Tatgericht; Revisionsinstanz; Vertretbarkeitskontrolle; Darstellung in den Urteilsgründen); Beihilfe.

§ 261 StPO; § 27 StGB

279. BGH 3 StR 445/21 – Beschluss vom 26. Januar 2022 (LG Duisburg)

Nötigungsmittel beim Raub (Gewalt gegen eine Person; durch List, Schnelligkeit und Geschicklichkeit geprägtes Tatbild; Fortwirken der Gewalt als konkludente Drohung; Aktualisierung der Nötigungslage; finale Verknüpfung).

§ 249 StGB

280. BGH 3 StR 448/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (LG Düsseldorf)

Revision der Staatsanwaltschaft zu Gunsten der Angeklagten.

§ 296 StPO

281. BGH 3 StR 470/21 – Beschluss vom 25. Januar 2022 (LG Düsseldorf)

Beweiswürdigung (tatrichterliche Überzeugungsbildung; Urteilsgründe; einsehbare Tatsachengrundlage).

§ 261 StPO

282. BGH 3 StR 476/21 – Beschluss vom 26. Januar 2022 (LG Düsseldorf)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

283. BGH 3 StR 492/21 – Beschluss vom 25. Januar 2022 (LG Mönchengladbach)

Vorrang der nachträglichen Gesamtstrafbildung vor den Regeln über die mehrfache Anordnung der Maßregel.

§ 55 StGB; § 67f StGB

284. BGH 3 StR 493/21 – Beschluss vom 25. Januar 2022 (LG Kleve)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (mangelnde Sprachkenntnis; fehlende Erfolgsaussicht; Aussicht auf Therapie im Herkunftsland nach Überstellung).

§ 64 StGB

285. BGH 3 StR 499/21 – Beschluss vom 8. Februar 2022 (LG Kleve)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

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

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

287. BGH 5 StR 282/21 – Urteil vom 2. Februar 2022 (LG Berlin)

Rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung beim freisprechenden Urteil (Einlassung des Angeklagten; fehlende Plausibilitätsprüfung).

§ 261 StPO

288. BGH 5 StR 294/21 – Beschluss vom 20. Januar 2022 (LG Hamburg)

Keine „Gegenvorstellung“ gegen Verwerfung der Revision durch Beschluss.

§ 349 Abs. 2 StPO

289. BGH 5 StR 366/21 – Beschluss vom 4. Februar 2022 (LG Chemnitz)

Anforderungen an die Begründung einer Pflichtverteidigerwechsels aufgrund eines zerstörten Vertrauensverhältnisses.

§ 143a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 StPO

290. BGH 5 StR 373/21 – Beschluss vom 1. Februar 2022 (LG Lübeck)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

291. BGH 5 StR 410/21 – Beschluss vom 20. Januar 2022 (LG Dresden)

Anforderungen an die Beweiswürdigung bei DNA-Mischspuren.

§ 261 StPO

292. BGH 5 StR 427/21 – Beschluss vom 20. Januar 2022 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

293. BGH 5 StR 437/21 – Beschluss vom 2. Februar 2022 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

294. BGH 5 StR 447/21 – Beschluss vom 20. Januar 2022 (LG Lübeck)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

295. BGH 5 StR 475/21 – Beschluss vom 20. Januar 2022

Prozesskostenhilfe für den Adhäsionskläger in der Revisionsinstanz.

§ 404 StPO; § 119 ZPO

296. BGH 5 StR 475/21 – Beschluss vom 19. Januar 2022

Prozesskostenhilfe für den Nebenkläger.

§ 397a StPO

297. BGH 5 StR 478/21 – Beschluss vom 2. Februar 2022 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

298. BGH 5 ARs 25/21 5 AR (VS) 12/21 – Beschluss vom 1. Februar 2022

Unzulässigkeit der Beschwerde gegen unanfechtbaren Beschluss.

§ 29 EGGVG

299. BGH 5 ARs 28/21 – Beschluss vom 20. Januar 2022

Anfrageverfahren zur selbständigen Einziehung.

§ 132 Abs. 3 GVG; § 413 StPO; § 435 StPO

300. BGH AK 1/22 – Beschluss vom 26. Januar 2022

Fortdauer der Untersuchungshaft über neun Monate hinaus.

§ 112 StPO; § 121 Abs. 1 StPO; § 122 StPO

301. BGH 2 StR 148/21 – Beschluss vom 4. August 2021 (LG Aachen)

Verminderte Schuldfähigkeit (Beweiswürdigung: Tatplanung, gezielte Durchführung, Hemmungsvermögen, schwere Persönlichkeitsstörung, Handlungsalternativen eines Wahnkranken, Tatmotiv ohne direkte Beziehung zum Wahnthema).

§ 20 StGB; § 21 StGB

302. BGH 2 StR 158/21 – Urteil vom 24. November 2021 (LG Köln)

Strafzumessung (eingeschränkte Revisibilität; Strafmilderungsgrund: Verzicht auf ansonsten einziehbare Gegenstände, Verzicht auf andere werthaltige Gegenstände zu Gunsten des Staates, Berücksichtigung einer Einziehung; Enthemmung: Konsum von Rauschmitteln in Kenntnis der bevorstehenden Tat); Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern (Charakter einer Nebenstrafe).

§ 46 StGB; § 74 Abs. 1 StGB

303. BGH 2 StR 207/21 – Beschluss vom 24. November 2021 (LG Köln)

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (minder schwerer Fall: Altersgefälle; Strafzumessung: Geständnis des Angeklagten, rechtmäßiges Verteidigerverhalten).

§ 176a StGB a.F.

304. BGH 2 StR 241/21 – Beschluss vom 14. Dezember 2021 (LG Aachen)

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

305. BGH 2 StR 33/21 – Beschluss vom 10. November 2021 (LG Bonn)

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

306. BGH 2 StR 66/20 – Beschluss vom 24. Januar 2022

Zurückweisung der Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

307. BGH 2 StR 88/20 – Beschluss vom 2. Februar 2022 (LG Gießen)

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

308. BGH 2 StR 97/21 – Beschluss vom 15. Dezember 2021 (LG Darmstadt)

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

309. BGH 2 StR 241/21 – Beschluss vom 14. Dezember 2021 (LG Aachen)

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

310. BGH 2 StR 362/21 – Beschluss vom 8. Dezember 2021 (LG Marburg)

Reihenfolge der Vollstreckung (Vorwegvollziehung; Umstände des Einzelfalls, Unterbringung in einer Entziehungsanstalt, Sollvorschrift, mehrfache Anordnung der Maßregel, Dauer, prognostizierte Therapiedauer, Begründungsanforderungen).
§ 67 Abs. 2 Satz 1 StGB; § 67f StGB

311. BGH 2 StR 364/21 – Beschluss vom 9. Dezember 2021 (LG Aachen)

Jugendstrafe (schädliche Neigung); Einziehung von Tatmitteln; Teilfreispruch (geänderte Konkurrenzverhältnisse; nicht nachweisbarer Einzelakt; versuchte besonders schwere Zwangsprostitution).
§ 17 Abs. 2 JGG; § 27 JGG; § 74 StGB; § 232a StGB

312. BGH 2 StR 364/21 – Beschluss vom 9. Dezember 2021 (LG Aachen)

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

313. BGH 2 StR 371/21 – Beschluss vom 14. Dezember 2021 (LG Darmstadt)

Betäubungsmitteldelikte (Konkurrenzen); Beleidigung (Zäsurwirkung des Urteils).
§ 256 StPO; § 29a BtMG; § 52 StGB; § 185 StGB

314. BGH 2 StR 372/21 – Beschluss vom 26. Oktober 2021 (LG Hanau)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (positive Feststellung der Schuldunfähigkeit oder verminderten Schuldfähigkeit: Schizophrenieerkrankung, Beurteilung in Bezug auf eine bestimmte Tat; symptomatischer Zusammenhang; Eigenschaften und Verhaltensweisen schuldfähiger Menschen; Darstellung in den Urteilsgründen).
§ 63 StGB

ger Menschen; Darstellung in den Urteilsgründen).
§ 63 StGB

315. BGH 2 StR 391/21 – Beschluss vom 8. Dezember 2021 (LG Köln)

Vollrausch (Eventualvorsatz: Beweiswürdigung, Vorhersehbarkeit der Schwere des Rausches).
§ 323a StGB; § 15 StGB

316. BGH 2 StR 447/21 – Beschluss vom 1. Februar 2022 (LG Frankfurt am Main)

Zurückweisung der Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

317. BGH 2 StR 472/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (LG Köln)

Zwangsprostitution (Konkurrenzen: Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger).
§ 232a StGB; § 180 StGB

318. BGH 2 StR 477/19 – Beschluss vom 13. Oktober 2021 (LG Köln)

Urteilsfeststellungen (Widersprüche zu einem Ablehnungsbeschluss: durch Beschluss als erwiesen erachtete unter Beweis gestellte Tatsache, Bindungskraft); historisches Stadtarchiv Köln.
§ 244 Abs. 3 Satz 3 StPO; § 222 StGB

319. BGH 2 StR 491/21 – Beschluss vom 15. Dezember 2021 (LG Erfurt)

Betäubungsmitteldelikte (Strafzumessung: THC-Anteil); Einziehung des Wertes von Taterträgen (nichtiger Schuldenerlass); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 29 BtMG; § 46 StGB; § 73c StGB; § 64 StGB

320. BGH 2 StR 522/21 – Beschluss vom 18. Januar 2022 (LG Gießen)

Schwerer sexuelle Missbrauch von Kindern (Strafzumessung).
§ 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB a.F.

321. BGH 2 ARs 234/21 2 AR 171/21 – Beschluss vom 9. Dezember 2021

Gerichtsstand kraft Übertragung bei Hinderung des zuständigen Gerichts (Entscheidungszuständigkeit: übergeordnetes Gericht; restriktive Handhabung; rechtliche Verhinderung: Besorgnis der Befangenheit).
§ 15 StPO

322. BGH 2 ARs 268/21 2 AR 147/21 – Beschluss vom 23. November 2021

Zuständigkeitsbestimmung durch das gemeinschaftliche obere Gericht (Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer: keine Zuständigkeitsfixierung durch Befasstsein des Tatgerichts).
§ 14 StPO

323. BGH 2 ARs 289/21 2 AR 214/21 – Beschluss vom 11. Januar 2022

Zuständigkeitsbestimmung durch das gemeinschaftliche obere Gericht (Aussetzung der weiteren Vollstreckung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Befasstsein: abschließende Entscheidung).

§ 14 StPO

324. BGH 2 ARs 345/21 2 AR 229/21 – Beschluss vom 15. Dezember 2021

Verbindung rechtshängiger Strafsachen.
§ 4 StPO

325. BGH 2 ARs 363/21 2 AR 256/21 – Beschluss vom 15. Dezember 2021

Zuständigkeitsbestimmung durch das gemeinschaftliche obere Gericht (Gegenstand: Führungsaufsichtsstelle für die Überwachung des Verurteilten, keine richterliche Tätigkeit, Aufgabe der Justizverwaltung); Zuständigkeit der Aufsichtsstelle.
§ 14 StPO; § 68 StGB; § 463a Abs. 5 StPO

326. BGH 4 StR 209/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (LG Frankenthal)

Gang der Hauptverhandlung (Erörterung mit dem Ziel einer Verständigung: Mitteilungspflicht, Schutzzweck, Beruhensprüfung).
§ 243 Abs. 4 Satz 1 StPO

327. BGH 4 StR 212/21 – Beschluss vom 11. Januar 2022 (LG Essen)

Betäubungsmitteldelikte (Konkurrenzen).
§ 29a BtMG; § 53 StGB; § 265 StPO

328. BGH 4 StR 330/21 – Beschluss vom 20. Dezember 2021 (LG Hagen)

Gesamtstrafenbildung (eigenständiger Zumessungsakt; eingehende Begründung bei Gesamtstrafe Nahe der oberen oder unteren Grenzen des Zulässigen; rechtsfehlerhafte Orientierung an der Summe der Einzelstrafen); Widerruf der Strafaussetzung (Leistungen auf Bewährungsaufgaben: Vollstreckung verkürzende Anrechnung, kein Ermessen im Regelfall in den Fällen des § 58 Abs. 2 StGB); Einziehung des Wertes von Taterträgen (Gesamtschuldnerhaftung: Mitverfügungsgewalt).
§ 54 StGB; § 56f StGB; § 58 StGB; § 73c StGB

329. BGH 4 StR 381/21 – Beschluss vom 2. Februar 2022 (LG Bochum)

Strafzumessung (strafscharfende Erwägung: Sohn als Gehilfe, elterliche Sorge, Hausgemeinschaft).
§ 46 StGB

330. BGH 4 StR 389/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (LG Münster)

Beleidigung (Strafantrag); Strafzumessung (strafscharfende Berücksichtigung: Verfahrenshindernis; Beleidigung mit sexuellem Bezug); Bedrohung (Konkurrenzen: versuchte Nötigung).
§ 185 StGB; § 241 StGB; § 240 StGB; § 46 StGB

331. BGH 4 StR 455/21 – Beschluss vom 2. Februar 2022 (LG Essen)

Betäubungsmitteldelikte (Sich-Verschaffen; Besitz; Konkurrenzen: Tateinheit, Bewertungseinheit, Verstöße nach dem Waffengesetz, funktionaler Zusammenhang, Ausüben der tatsächlichen Gewalt über mehrere Waffen).
§ 29 BtMG; § 30a BtMG; § 51 WaffG; § 52 WaffG; § 52 StGB

332. BGH 4 StR 456/21 – Beschluss vom 19. Januar 2022 (LG Dortmund)

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

333. BGH 4 StR 463/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (LG Frankenthal)

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

334. BGH 6 StR 388/21 – Urteil vom 12. Januar 2022 (LG Rostock)

Schwerer Bandendiebstahl (Bandenabrede: wiederholtes deliktisches Zusammenwirken; Gehilfentätigkeit).
§ 244a Abs. 1 StGB

335. BGH 6 StR 395/21 – Urteil vom 26. Januar 2022 (LG Bückeburg)

Freispruch aus tatsächlichen Gründen (Darstellung im Urteil: Anforderungen an die Urteilsgründe).
§ 261 StPO; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO

Wird ein Angeklagter aus tatsächlichen Gründen freigesprochen, so müssen nach Mitteilung des Anklagevorwurfs zunächst in einer geschlossenen Darstellung diejenigen Tatsachen festgestellt werden, die das Tatgericht für erwiesen hält. Erst auf dieser Grundlage ist in der Beweiswürdigung darzulegen, aus welchen Gründen die für einen Schuldspruch erforderlichen zusätzlichen Feststellungen nicht getroffen werden können. Nur hierdurch wird das Revisionsgericht in die Lage versetzt, nachprüfen zu können, ob der Freispruch auf rechtlich bedenkenfreien Erwägungen beruht.

336. BGH 6 StR 426/21 – Beschluss vom 25. Januar 2022 (LG Saarbrücken)

Betrug (Abrechnungsbetrug, Medizinische Versorgungszentren [MVZ], Gebührenordnung für Ärzte [GOÄ]); Einziehung des Wertes von Taterträgen (Für eine Gesellschaft handelnder Täter: Änderung der Vermögensbilanz des Täters).
§ 73 Abs. 1 StGB; § 73c Satz 1 StGB; § 263 Abs. 1 StGB

337. BGH 6 StR 431/21 – Beschluss vom 11. Januar 2022 (LG Stendal)

Versuchter Mord (Rücktritt vom Versuch: beendeter Versuch, unbeendeter Versuch; Erreichen des außertatbestandsmäßigen Handlungsziels; Vorstellungsbild des Täters).
§ 211 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 StGB

338. BGH 6 StR 522/21 – Beschluss vom 26. Januar 2022 (LG Frankfurt [Oder])

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

339. BGH 6 StR 547/21 – Beschluss vom 13. Januar 2022 (LG Bayreuth)

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

340. BGH 6 StR 552/21 – Beschluss vom 11. Januar 2022 (LG Cottbus)

Besonders schwerer Fall des Computerbetrugs (natürliche Handlungseinheit: zeitlich aufeinanderfolgende Abhebungen in selber Bankfiliale mit selber Karte; Gewerbsmäßigkeit: Wiederholungsabsicht); Fahren ohne Fahrerlaubnis (keine Aufspaltung in selbständige Taten bei längerer Wegstrecke und kurzen Unterbrechungen).

§ 263a Abs. 2, Abs. 3 Satz 1, Satz 2 Nr. 1 StGB; § 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG

341. BGH 6 StR 7/22 – Beschluss vom 8. Februar 2022 (LG Frankfurt [Oder])

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Anlassat; Gefährlichkeitsprognose); versuchte schwere Brandstiftung (unmittelbares Ansetzen; Vorstellungsbild des Täters).

§ 63 StGB; 22 StGB; 23 Abs. 1 StGB; 306a Abs. 1 StGB

342. BGH 6 StR 573/21 – Beschluss vom 11. Januar 2022 (LG Potsdam)

Versuchter schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (Versuchsbeginn: unmittelbares Ansetzen; straflose Vorbereitungshandlung: Aufforderung an das Kind, mit dem Täter an einen bestimmten Ort zu gehen); Revisionsbeschränkung (Entfallen der Bindung des Revisionsgerichts hieran). § 176a Abs. 1 StGB a.F.; § 176 Abs. 2 Nr. 1 StGB a. F.; § 22 StGB; § 344 Abs. 1 StPO

343. BGH 6 StR 588/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (LG Frankfurt [Oder])

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

344. BGH 6 StR 590/21 – Beschluss vom 12. Januar 2022 (LG Bückeburg)

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

345. BGH 6 StR 595/21 – Beschluss vom 9. Februar 2022 (LG Amberg)

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

346. BGH 6 StR 626/21 – Beschluss vom 28. Januar 2022 (LG Braunschweig)

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

347. BGH 6 StR 633/21 – Beschluss vom 26. Januar 2022 (LG Stendal)

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