

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

## REDAKTION

RiLG Dr. Fabian Afshar; Prof. Dr.

Christian Becker; Prof. Dr. Karsten

Gaede; RA Dr. Christoph Henckel;

RiKG Dr. Holger Mann; RA Sina Aaron

Moslehi; RA Dr. Stephan Schlegel

## STÄNDIGE MITARBEITER

Wiss. Mit. Julia Heß (Redaktionsassis-  
tentin); RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.;

Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Univ.

Hamburg; Prof. Dr. Christoph Burchard,

LL.M. (NYU), Univ. Frankfurt; Prof. Dr.

Daniela Demko, LL.M., Univ. Leipzig;

Prof. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Univ. Biele-

feld; Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur

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

helm Kleszczewski, Univ. Leipzig; Prof.

Dr. Hans Kudlich, Univ. Erlangen-Nürn-

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

(Yale), Univ. Heidelberg; RA Tilo Mühl-

bauer, Dresden; RA Prof. Dr. Ralf Neu-

haus, Dortmund; RA Dr. Markus Rüben-

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

Dr. Frank Saliger, LMU München; RA Dr.

Hellen Schilling, Frankfurt a.M.; Prof.

Dr. Christoph Sowada, Univ. Greifswald;

RA Klaus-Ulrich Ventzke, Hamburg und

Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Univ. Basel

## Publikationen

RA Dr. h.c. Gerhard Strate, Hamburg – **Die EuGH-Entscheidung zu Encro-Chat** S. 226

RA Prof. Dr. Tilman Reichling, Frankfurt a.M. – **Zum Abrechnungsbetrug bei der Durchführung von (Nicht-)Arztleistungen nach § 12 der Coronavirus-Testverordnung** S. 231

RA Dr. Tarig Elobied, Berlin – **Zur Einführung von polizeilichen Vernehmungsinhalten in die Hauptverhandlung** S. 237

RA Dr. Sebastian Seel, Berlin – **Schillernde Normativierung: Das Bundesverfassungsgericht und die Beruhensprüfung bei Verstößen gegen § 243 Abs. 4 StPO** Zugl. Anm. zu BVerfG HRRS 2024 Nr. 231 S. 248

## Entscheidungen

BVerfG **Auslieferung an die Türkei bei Suizidalität**

BGHSt **Übrige Beteiligte des Selbstleseverfahrens**

BGHSt **Jugendstrafe ohne Erziehungsbedarf**

BGHSt **Einschleusen von Ausländern und Vermögensvorteil**

BGH **Glaubhaftmachung nach Fristablauf im Beweisantragsrecht**

BGH **Cannabis keine weiche Droge**

Die Ausgabe umfasst 129 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

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

## SCHRIFTLEITUNG

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

## REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Wiss. Mit. Julia Heß (Redaktionsassistentin); RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Univ. Hamburg; Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frankfurt; Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., Univ. Leipzig; Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), Univ. Cambridge; Prof. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Univ. Bielefeld; Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski, Univ. Leipzig; Prof. Dr. Hans Kudlich, Univ. Erlangen-Nürnberg; Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Heidelberg; 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

25. Jahrgang, Juli 2024, Ausgabe

7

Rechtsprechung

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

### 818. BVerfG 2 BvR 1694/23 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Mai 2024 (OLG Braunschweig)

Auslieferung an die Republik Türkei zum Zwecke der Strafvollstreckung (türkischer Staatsangehöriger; Schutz vor Auslieferung bei akuter Suizidalität; Recht auf effektiven Rechtsschutz; unzureichende gerichtliche Sachaufklärung; unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze; verbindlicher völkerrechtlicher Mindeststandard; Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens; Erschütterung des Vertrauens bei systemischen Defiziten im Zielstaat; völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen; Zweifel an der Belastbarkeit; eigene gerichtliche Gefahrprognose; Berücksichtigung der Gewährleistungen der EMRK; Aufklärungs- und Prüfungspflichten bei

Gefahr einer ernsthaften und irreversiblen Gesundheitsverschlechterung; erneuter Suizidversuch; Transport- und Haftfähigkeit; unzureichende Behandlungsangebote im türkischen Strafvollzug; Haftbedingungen in der Türkei; verfassungsgerichtliche Überprüfbarkeit der auslieferungsrechtlichen Bewilligungsentscheidung nur ausnahmsweise bei Abweichung von der Zulässigkeitsentscheidung).

Art. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 25 GG; Art. 79 Abs. 3 GG; Art. 3 EMRK; § 12 IRG

1. Eine auslieferungsrechtliche Zulässigkeitsentscheidung verletzt den Verfolgten in seinem Recht auf effektiven Rechtsschutz, wenn das Oberlandesgericht nicht weiter aufgeklärt hat, ob der Gefahr eines erneuten

Suizidversuchs des Betroffenen hinreichend Rechnung getragen ist, indem es insbesondere zur Frage der Transport- und Haftfähigkeit kein Sachverständigengutachten eingeholt hat, obwohl die Ärzte im Straf- und Maßregelvollzug von einem hohen Suizidrisiko ausgegangen sind und deshalb von einer Auslieferung dringend abgeraten haben und obwohl nach einer Mitteilung der türkischen Behörden unklar geblieben ist, ob die in der dortigen Haft angebotene psychologische Betreuung für eine adäquate Behandlung des Verfolgten ausreicht (Hauptsacheentscheidung zur einstweiligen Anordnung vom 4. Dezember 2023 [= HRRS 2024 Nr. 2]).

2. Hingegen konnte das Oberlandesgericht die konkrete Gefahr einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung des Verfolgten mit Blick auf die allgemeinen Haftbedingungen in der Türkei ohne Verstoß gegen die Sachaufklärungspflicht verneinen, nachdem es auf der Grundlage einer Stellungnahme des Auswärtigen Amtes zu der Feststellung gelangt war, dass in türkischen Haftanstalten EMRK-Standards grundsätzlich eingehalten werden könnten und dass Zusicherungen der Türkei belastbar seien, wonach der Verfolgte ausschließlich in solchen Anstalten untergebracht werde.

3. Bei der Beurteilung der Zulässigkeit einer Auslieferung haben die deutschen Gerichte zu prüfen, ob die Auslieferung und die ihr zugrundeliegenden Akte die unabdingbaren verfassungsrechtlichen Grundsätze und das unabdingbare Maß an Grundrechtsschutz sowie – insbesondere im Auslieferungsverkehr mit Staaten, die nicht Mitgliedstaaten der Europäischen Union sind – den nach Art. 25 GG in der Bundesrepublik verbindlichen völkerrechtlichen Mindeststandard wahren.

4. Dem ersuchenden Staat ist im Auslieferungsverkehr grundsätzlich Vertrauen entgegenzubringen. Dies gilt nicht nur gegenüber den Mitgliedstaaten der Europäischen Union, sondern auch im allgemeinen völkerrechtlichen Auslieferungsverkehr. Das Vertrauen kann jedoch durch entgegenstehende Tatsachen – wie etwa systemische Defizite im Zielstaat – erschüttert werden, angesichts derer gerade im konkreten Fall eine beachtliche Wahrscheinlichkeit dafür besteht, dass die Mindeststandards nicht beachtet werden.

5. Völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen des ersuchenden Staates sind zwar grundsätzlich geeignet, etwaige Bedenken hinsichtlich der Zulässigkeit einer Auslieferung auszuräumen, sofern nicht im Einzelfall zu erwarten ist, dass die Zusicherung nicht eingehalten wird. Eine Zusicherung entbindet die Gerichte jedoch nicht von der Pflicht, zunächst eine eigene Gefahrenprognose anzustellen, um die Situation im Zielstaat und so die Belastbarkeit einer Zusicherung einschätzen zu können.

6. Zur Bindung der Gerichte an Recht und Gesetz gehört die Berücksichtigung der Gewährleistungen der Europäischen Menschenrechtskonvention. Sind für die Beurteilung eines Sachverhalts Entscheidungen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte einschlägig, so sind die von diesem berücksichtigten Aspekte auch in die verfassungsrechtliche Würdigung einzubeziehen und es hat eine Auseinandersetzung mit den vom Gerichtshof gefundenen Abwägungsergebnissen stattzufinden.

7. Hat ein Verfolgter stichhaltige Gründe für die Annahme vorgebracht, dass ihm im Falle der Auslieferung die reale Gefahr einer gegen Art. 3 EMRK verstoßenden unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung droht, weil die Möglichkeit einer ernsthaften und irreversiblen Gesundheitsverschlechterung infolge unzureichender Behandlungsmöglichkeiten und ein damit verbundenes intensives Leid beziehungsweise eine erhebliche Verkürzung der Lebenserwartung besteht, so obliegt es nach der Rechtsprechung des EGMR den Vertragsstaaten, das bestehende Risiko sorgfältig aufzuklären. Dabei sind sowohl die Bedingungen im Herkunftsland als auch individuelle Umstände zu berücksichtigen und allgemeine Quellen wie Berichte der Weltgesundheitsorganisation und namhafter Nichtregierungsorganisationen sowie vorhandene Atteste heranzuziehen.

8. Die Durchführung einer Auslieferung ohne angemessene Risikobeurteilung kann eine Verletzung von Art. 3 EMRK darstellen, wenn gewichtige Gründe für eine fehlende Reisefähigkeit aufgrund einer physischen oder psychischen Erkrankung bestehen. Die Prüfung der mit der Auslieferung verbundenen spezifischen Risiken muss dabei auf einer aktuellen fachkundigen Einzelfallbeurteilung des Gesundheitszustands der betroffenen Person beruhen, die auch die Bedingungen der geplanten Übergabe in der spezifischen Auslieferungssituation berücksichtigt.

9. Die auslieferungsrechtliche Bewilligungsentscheidung ist einer isolierten verfassungsgerichtlichen Überprüfung nur zugänglich, wenn sie zulasten der Rechtsposition des Verfolgten von der vorangegangenen Zulässigkeitsentscheidung abweicht, weil dann im Rahmen des präventiven Rechtsschutzes nicht alle subjektiven öffentlichen Rechtspositionen berücksichtigt werden konnten und der von Art. 19 Abs. 4 GG gebotene Rechtsschutz nicht in hinreichendem Maße gewährt werden konnte.

### **817. BVerfG 2 BvR 475/24 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. Mai 2024 (OLG Karlsruhe)**

Kein Ausschluss von Bundesverfassungsrichtern von der Ausübung ihres Richteramtes betreffend ein missbräuchlich betriebenes Klageerzwingungsverfahren (eigene Betroffenheit bei Strafanzeige gegen den Richter; teleologische Reduktion der Ausschließungsvorschriften bei rechtsmissbräuchlichem Verhalten des Beschwerdeführers; Verwerfung unter Mitwirkung des betroffenen Richters; Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur Richterablehnung).

§ 18 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG; § 19 Abs. 1 BVerfGG; § 172 Abs. 2 StPO

1. Begehrt ein Beschwerdeführer mit seiner gegen die Verwerfung eines Klageerzwingungsantrags gerichteten Verfassungsbeschwerde die Strafverfolgung eines Richters des Bundesverfassungsgerichts, so ist dieser grundsätzlich von der Ausübung seines Richteramtes ausgeschlossen, weil er von der Sache unmittelbar rechtlich betroffen ist (§ 18 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG).

2. Abweichendes gilt jedoch, wenn der formal verwirklichte Ausschlussgrund auf ein offensichtlich rechtsmissbräuchliches Verhalten des Beschwerdeführers

zurückgeht, weil dieser die Strafanzeige allein wegen der bloßen Mitwirkung des Richters an einer Entscheidung über die Nichtannahme einer früheren Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers erstattet hat, ohne auch nur ansatzweise Anhaltspunkte für ein möglicherweise strafbares Verhalten aufzuzeigen.

3. Ebenso wie bei missbräuchlichen Ablehnungsgesuchen ist in derartigen Fällen unter Mitwirkung des abgelehnten Richters zu entscheiden. Dies gilt auch mit Rücksicht auf das ansonsten drohende Risiko einer missbräuchlichen Herbeiführung der Beschlussunfähigkeit des jeweiligen Spruchkörpers des Bundesverfassungsgerichts.

## Rechtsprechung

## Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

### I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

#### 812. BGH 5 StR 542/23 – Urteil vom 8. Mai 2024 (LG Hamburg)

Anforderungen an die Feststellung des Gehilfenvorsatzes.

§ 27 StGB; § 15 StGB

An den Vorsatz des Gehilfen sind geringere Anforderungen als an denjenigen des Täters zu stellen. Derjenige, der lediglich eine fremde Tat fördert, braucht Einzelheiten dieser Tat nicht zu kennen und keine bestimmten Vorstellungen von ihr zu haben. Es ist lediglich ein Mindestmaß an Konkretisierung erforderlich. Der Hilfeleistende muss die zentralen Merkmale der Haupttat, namentlich den wesentlichen Unrechtsgehalt und die wesentliche Angriffsrichtung, im Sinne bedingten Vorsatzes zumindest für möglich halten und billigen.

#### 853. BGH 3 StR 1/24 – Beschluss vom 16. April 2024 (LG Düsseldorf)

Nötigung (Konkurrenzen: rechtliche Bewertungseinheit); Beihilfe zum unerlaubten Erbringen von Zahlungsdiensten (Hawala-Banking).

§ 240 StGB; § 52 StGB; § 63 Abs. 1 ZAG

1. Die von der Rechtsprechung zur sog. rechtlichen Bewertungseinheit bei der Erpressung aufgestellten Maßstäbe sind auch auf den Tatbestand der Nötigung zu übertragen.

2. Danach können mehrere natürliche Handlungen als eine Tat im Rechtssinne anzusehen sein (sog. rechtliche Bewertungseinheit), wenn sie sich als Teilakte einer sukzessiven Tatausführung darstellen. Mehrere Angriffe sind auf die Willensentschließung des Opfers als eine Tat im Rechtssinne zu werten, wenn dabei die anfängliche Drohung lediglich den Umständen angepasst und aktualisiert wird, im Übrigen aber nach wie vor dieselbe Leistung gefordert wird.

3. Dabei stellen ein Wechsel des Angriffsmittels, räumliche Trennungen oder zeitliche Intervalle zwischen den jeweiligen Einzelakten die Annahme einer rechtlichen Bewertungseinheit nicht grundsätzlich in Frage. Diese endet erst dann, wenn der Täter sein Ziel vollständig erreicht hat

oder wenn nach den insoweit entsprechend heranzuziehenden Wertungen des Rücktrittsrechts von einem fehlgeschlagenen Versuch auszugehen ist.

#### 814. BGH 5 StR 561/23 – Beschluss vom 13. Februar 2024 (LG Hamburg)

Schuldunfähigkeit (Eingangsmerkmal; schwere andere seelische Störung; gesicherter psychiatrischer Befund; Beeinträchtigung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit; Sachverständiger).

§ 20 StGB; § 21 StGB

1. Bei der Frage des Vorliegens eines Eingangsmerkmals im Sinne des § 20 StGB bei gesichertem psychiatrischen Befund wie auch bei der Prüfung einer aufgehobenen oder erheblich beeinträchtigten Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit des Angeklagten zur Tatzeit handelt es sich um Rechtsfragen. Deren Beurteilung erfordert konkretisierende und widerspruchsfreie Darlegungen dazu, in welcher Weise sich die festgestellte Störung bei Begehung der Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Angeklagten in der konkreten Tatsituation und damit auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat. Das Tatgericht hat die Darlegungen des Sachverständigen insoweit eigenständig zu überprüfen und ist verpflichtet, seine Entscheidung in einer für das Revisionsgericht nachvollziehbaren Weise zu begründen.

2. Für die Annahme des Eingangsmerkmals einer schweren anderen seelischen Störung infolge einer diagnostizierten Persönlichkeitsstörung der Feststellung konkreter Einschränkungen des beruflichen und sozialen Handlungsvermögens des Angeklagten auch außerhalb des angeklagten Delikts, was anhand konkreter Umstände zu belegen ist. Erst wenn das Muster des störungsbedingt beeinträchtigten Denkens, Fühlens oder Verhaltens sich im Zeitverlauf als stabil erwiesen hat, können die psychiatrischen Voraussetzungen vorliegen, die rechtlich das genannte Eingangsmerkmal erfüllen.

3. Auch bei geplantem und geordnetem Vorgehen kann die Fähigkeit erheblich eingeschränkt sein, Anreize zu einem bestimmten Verhalten und Hemmungsvorstellungen

gegeneinander abzuwägen und danach den Willensentschluss zu bilden. Dem Tatverhalten wie auch dem Verhalten vor und nach der Tat kommt beim Vorliegen einer schweren Persönlichkeitsstörung kein maßgebliches Gewicht zu. Steuerungsfähigkeit darf nicht mit zweckrationalem Verhalten verwechselt werden.

### 815. BGH 5 StR 590/23 – Urteil vom 18. Januar 2024 (LG Bremen)

Erhebliche Minderung der Schuldfähigkeit bei Entzugserscheinungen eines Rauschgiftsüchtigen; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Beschränkung der Revision innerhalb des Rechtsfolgenausspruchs (Wechselwirkung zwischen Strafe und Maßregel).  
§ 21 StGB; § 64 StGB; § 344 StPO

1. Eine erhebliche Minderung der Schuldfähigkeit ist bei einem Rauschgiftsüchtigen nur ausnahmsweise gegeben, etwa wenn ein langjähriger Betäubungsmittelmissbrauch zu schwersten Persönlichkeitsänderungen geführt hat, der Täter unter starken Entzugserscheinungen leidet und durch sie dazu getrieben wird, sich mittels einer Straftat Drogen zu verschaffen, oder unter Umständen, wenn er die Tat im Zustand eines akuten Rauschs verübt. Auch die Angst vor unmittelbar bevorstehenden Entzugserscheinungen, die der Täter schon einmal als äußerst unangenehm erlitten hat, kann zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit führen.

2. Eine Beschränkung der Revision innerhalb des Rechtsfolgenausspruchs ist grundsätzlich möglich. Deren Rechtswirksamkeit setzt aber voraus, dass der Beschwerdepunkt nach dem inneren Zusammenhang des Urteils losgelöst von dem nicht angefochtenen Teil rechtlich und tatsächlich unabhängig beurteilt werden kann, ohne eine Überprüfung des Urteils im Übrigen erforderlich zu machen, und die nach dem Teilrechtsmittel stufenweise entstehende Gesamtentscheidung frei von inneren

Widersprüchen bleibt. Angesichts der Zweispurigkeit von Strafe und Maßregel besteht zwischen beiden im Regelfall keine Wechselbeziehung, die eine Beschränkung auf den Strafausspruch nicht zuließe; anders ist es hingegen, wenn das Gericht eine solche Wechselbeziehung durch entsprechende Erwägungen in den Urteilsgründen hergestellt hat.

### 852. BGH 3 StR 1/24 – Beschluss vom 16. April 2024 (LG Düsseldorf)

Nötigung (Konkurrenzen: rechtliche Bewertungseinheit); Beihilfe zum unerlaubten Erbringen von Zahlungsdiensten (Hawala-Banking).  
§ 240 StGB; § 52 StGB; § 63 Abs. 1 ZAG

1. Die von der Rechtsprechung zur sog. rechtlichen Bewertungseinheit bei der Erpressung aufgestellten Maßstäbe sind auch auf den Tatbestand der Nötigung zu übertragen.

2. Danach können mehrere natürliche Handlungen als eine Tat im Rechtssinne anzusehen sein (sog. rechtliche Bewertungseinheit), wenn sie sich als Teilakte einer sukzessiven Tatausführung darstellen. Mehrere Angriffe sind auf die Willensentschließung des Opfers als eine Tat im Rechtssinne zu werten, wenn dabei die anfängliche Drohung lediglich den Umständen angepasst und aktualisiert wird, im Übrigen aber nach wie vor dieselbe Leistung gefordert wird.

3. Dabei stellen ein Wechsel des Angriffsmittels, räumliche Trennungen oder zeitliche Intervalle zwischen den jeweiligen Einzelakten die Annahme einer rechtlichen Bewertungseinheit nicht grundsätzlich in Frage. Diese endet erst dann, wenn der Täter sein Ziel vollständig erreicht hat oder wenn nach den insoweit entsprechend heranzuziehenden Wertungen des Rücktrittsrechts von einem fehlgeschlagenen Versuch auszugehen ist.

## Rechtsprechung

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

### 908. BGH 6 StR 479/23 – Urteil vom 28. Mai 2024 (LG Verden)

Mord (Heimtücke: von langer Hand geplante und vorbereitete Tat, planmäßiger Hinterhalt, raffinierte Falle, Fortwirkung bei Ausführung der Tat; Fehlen von Kampf- oder Abwehrverletzungen, gewichtiges Beweisanzeichen; kurze Zeitspanne zwischen Erkennen der Gefahr und unmittelbarem Angriff).  
§ 211 StGB

1. Bei einer von langer Hand geplanten und vorbereiteten Tat kann das heimtückische Vorgehen im Sinne des § 211 Abs. 2 StGB auch in Vorkehrungen liegen, die der Täter ergreift, um eine günstige Gelegenheit zur Tötung zu

schaffen, sofern diese bei der Ausführung der Tat noch fortwirken. Wird das Tatopfer etwa planmäßig in einen Hinterhalt gelockt oder ihm gezielt eine raffinierte Falle gestellt, kommt es daher nicht mehr darauf an, ob es zu Beginn der Tötungshandlung noch arglos war (st. Rspr.).

2. Das Fehlen von Kampf- oder Abwehrverletzungen kann schon für sich genommen ein gewichtiges Beweisanzeichen für das Vorliegen von Heimtücke sein.

3. Das Tatopfer kann auch dann arglos (und deshalb wehrlos) sein, wenn der Täter ihm zwar offen feindselig entgegentritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass

keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff zu begegnen oder ihn wenigstens zu erschweren, wobei für die Beurteilung die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs maßgebend ist.

**868. BGH 5 StR 80/24 – Beschluss vom 14. März 2024 (LG Kiel)**

Abgrenzung von Computerbetrug und Betrug bei abredewidriger Verwendung täuschungsbedingt erlangter Bankkarte.

§ 263 StGB; § 263a StGB

1. „Unbefugt“ i.S.d. § 263a Abs. 1 StGB handelt nicht schon derjenige, der Daten entgegen dem Willen des Berechtigten verwendet oder die verwendeten Daten rechtswidrig erlangt hat. Das Tatbestandsmerkmal erfordert vielmehr eine betrugsspezifische Auslegung. Danach stellt die missbräuchliche Benutzung der vom Berechtigten mit seiner Geheimnummer erlangten Bankkarte durch den Täter bei Abhebungen am Geldautomaten nur dann einen Computerbetrug nach § 263a Abs. 1 StGB dar, wenn die Abhebung am Bankschalter rechtlich als Betrug im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB zu würdigen wäre.

2. Das Merkmal der unbefugten Verwendung der Daten gilt mithin nicht für denjenigen, der die Bankkarte und die Geheimnummer vom Berechtigten jeweils mit dessen Willen erlangt, mag die Überlassung auch auf einer Täuschung beruhen. Vielmehr begeht derjenige, der vom berechtigten Karteninhaber eine Bankkarte nebst zugehöriger Geheimzahl durch dessen täuschungs- und irrtumsbedingte Verfügung erhält und dabei in der Absicht handelt, unter Einsatz der Karte und Geheimnummer (abrede- und zweckwidrige) Abhebungen an Geldautomaten vorzunehmen, allein einen Betrug nach § 263 Abs. 1 StGB zulasten des Berechtigten und nicht zusätzlich einen Computerbetrug.

**789. BGH 2 StR 192/23 – Beschluss vom 14. März 2024 (LG Frankfurt am Main)**

Fälschung beweis erheblicher Daten (Stellvertretung: eBay, Zugangsdaten, Aussteller, Gedankenerklärung, Anmeldung mit einem bestehenden Nutzerkonto, unechte Urkunde, Verkaufsangebot, Vertretungsmacht, Identitätstäuschung, Datenurkunde; Urteilsgründe: Tatsachenmitteilung, Daten, Beweiserheblichkeit, Scan, Lichtbild, Zurechenbarkeit); Mittäterschaft; Betrug; Urkundenfälschung (schriftliche Lüge; Bestellung).

§ 269 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 263 StGB; § 267 StGB; § 267 StPO

1. Nach § 269 Abs. 1 StGB ist erforderlich, dass bei unterstellter visueller Wahrnehmbarkeit eine unechte oder verfälschte Urkunde vorliegen würde. Eine Urkunde ist unecht, wenn sie über den Aussteller täuscht, eine echte Urkunde ist verfälscht, wenn ihre gedankliche Erklärung so verändert wurde, dass der geänderte Inhalt nicht mehr von dem scheinbaren Aussteller herrührt. Nach einer bloßen Anmeldung mit einem bestehenden Nutzerkonto liegt keine unechte oder verfälschte Urkunde vor, da weder über die Ausstellereigenschaft getäuscht noch eine veränderte gedankliche Erklärung abgegeben wird.

2. Im Grundsatz besteht eine Strafbarkeit nach § 269 StGB, wenn der Täter über online-Plattformen an einen Geschädigten unter dem Namen eines Dritten ein konkretes Verkaufsangebot macht, ohne dazu von dem Dritten bevollmächtigt zu sein. Im Falle der Stellvertretung scheidet eine Strafbarkeit nach § 269 StGB bereits tatbestandlich aus, da bei einem Handeln unter fremdem Namen keine Identitätstäuschung vorliegt. Handelt der Erklärende dagegen ohne Vertretungsmacht, kann der Tatbestand des § 269 Abs. 1 StGB erfüllt sein. Die Erklärung über den Vertragspartner stellt eine beweis erhebliche Tatsache dar. Die Datenurkunde ist im Falle des Fehlens von Vertretungsmacht auch unecht, da über den Aussteller getäuscht wird.

3. Unter den Begriff der Daten im Sinne des § 269 StGB fallen zunächst elektronisch gespeicherte Informationen, auch solche, die magnetisch oder sonst nicht sichtbar oder unmittelbar lesbar gespeichert sind. Im Falle der visuellen Wahrnehmbarkeit ist ein Fall des § 267 StGB gegeben. Beweiserheblich sind die Daten, wenn sie geeignet und bestimmt sind, bei einer Verarbeitung im Rechtsverkehr als Beweisdaten für rechtlich erhebliche Tatsachen benutzt zu werden.

**850. BGH 3 StR 107/24 – Beschluss vom 14. Mai 2024 (LG Duisburg)**

Betrug (Vermögensverlust großen Ausmaßes: Versuch des Regelbeispiels).

§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB

Das Regelbeispiel des Vermögensverlustes großen Ausmaßes in § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alternative 1 StGB setzt voraus, dass ein solcher Verlust herbeigeführt, also tatsächlich eingetreten, nicht lediglich im Rahmen des Versuchs angestrebt worden ist.

**905. BGH 6 StR 386/23 – Beschluss vom 18. April 2024 (LG Stade)**

Rechtsbeugung durch Verletzung der Anhörungspflichten bei Unterbringungsmaßnahmen; Rechtsbeugung (elementarer Rechtsverstoß: Wertende Betrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalles); Urteilsgründe (Unvollständigkeit); Beweiswürdigung (Lückenhaftigkeit).

§ 339 StGB; § 261 StPO; § 267 StPO

1. Die Feststellungen zur Sache müssen erkennen lassen, welche Tatsachen das Tatgericht als seine Feststellungen über die Tat der rechtlichen Beurteilung zugrundegelegt hat. Fehlen sie oder sind sie in wesentlichen Teilen unvollständig, so ist dies ein Mangel des Urteils, der auf die Sachrüge zu dessen Aufhebung führt.

2. Nicht jede unrichtige Rechtsanwendung beugt das Recht. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs erfasst § 339 StGB vielmehr nur den Rechtsbruch als elementaren Verstoß gegen die Rechtspflege, bei dem sich der Amtsträger bewusst in schwerwiegender Weise zugunsten oder zum Nachteil einer Partei vom Gesetz entfernt und sein Handeln als Organ des Staates statt an Recht und Gesetz an seinen eigenen Maßstäben ausrichtet.

3. Ob ein elementarer Rechtsverstoß vorliegt, ist auf der Grundlage einer wertenden Gesamtbetrachtung aller Umstände zu entscheiden. Bei einem Verstoß gegen Verfahrensrecht kann neben dessen Ausmaß und Schwere insbesondere auch Bedeutung erlangen, welche Folgen dieser für die Partei hatte, inwieweit die Entscheidung materiell rechtskonform blieb und von welchen Motiven sich der Richter leiten ließ.

**865. BGH 5 StR 40/24 – Beschluss vom 24. April 2024 (LG Bremen)**

Beutesicherungsabsicht beim räuberischen Diebstahl.  
§ 252 StGB

Für die nach § 252 StGB erforderliche Beutesicherungs- oder auch Besitzerhaltungsabsicht genügt es nicht, wenn der Täter das Nötigungsmittel nur deshalb einsetzt, um die Aufklärung der Tat oder die Feststellung seiner Person zu verhindern.

**786. BGH 1 StR 423/23 – Urteil vom 30. April 2024 (LG München II)**

Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses (Vornahme von sexuellen Handlungen an einer Person, die dem Täter zur psychotherapeutischen Behandlung anvertraut ist: Sonderdelikt, Beschränkung auf Psychotherapeuten im Sinne des PsychThG).

§ 174c Abs. 2 StGB; § 1 Abs. 1 Satz 4 PsychThG

Der Senat hält an seiner Rechtsprechung fest, wonach Täter im Sinne des § 174c Abs. 2 StGB nur sein kann, wer berechtigt ist, die Bezeichnung „Psychotherapeut“ im Sinne von § 1 Abs. 1 Satz 4 PsychThG zu führen und sich bei der Behandlung wissenschaftlich anerkannter

psychotherapeutischer Verfahren bedient (vgl. BGHSt 54, 169 Rn. 8 ff.).

**832. BGH 2 StR 511/23 – Beschluss vom 27. März 2024 (LG Meiningen)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (Urteilsgründe: Konkretisierung von Serientaten, Individualisierung, Anknüpfungspunkte; schwerer sexueller Missbrauch von Kindern: kinderpornographische Absicht, Verbreiten).

§ 176 StGB; § 176c StGB

Bei der Aburteilung in Serie begangener sexueller Missbrauchshandlungen dürfen zur Vermeidung unvertretbarer Strafbarkeitslücken an die Individualisierung der einzelnen Taten im Urteil keine übersteigerten Anforderungen gestellt werden, da eine Konkretisierung der jeweiligen Straftaten nach genauer Tatzeit und exaktem Geschehensablauf oft nicht möglich ist. Das Tatgericht muss sich aber in objektiv nachvollziehbarer Weise zumindest die Überzeugung verschaffen, dass es in einem gewissen Zeitraum zu einer bestimmten Mindestzahl von Straftaten gekommen ist. Entscheidend ist dabei, dass das Gericht von jeder einzelnen individuellen Straftat, die es aburteilt, überzeugt ist. Ist eine Individualisierung einzelner Taten mangels Besonderheiten im Tatbild oder der Tatumstände nicht möglich, sind zumindest die Anknüpfungspunkte zu bezeichnen, anhand derer das Tatgericht den Tatzeitpunkt eingegrenzt hat und auf die sich seine Überzeugung von der Mindestzahl und der Begehungsweise der Missbrauchstaten des Angeklagten in diesem Zeitraum gründet. Dabei sind grundsätzlich bei Verurteilungen, die den sexuellen Missbrauch von Geschädigten über 14 Jahren betreffen, an die Konkretisierung einzelner Handlungsabläufe größere Anforderungen zu stellen als bei Tatserien zu Lasten von Kindern.

## Rechtsprechung

### III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

**886. BGH 6 StR 116/24 (alt: 6 StR 458/22) – Beschluss vom 16. Mai 2024 (LG Lüneburg)**

Entscheidung bei Gesetzesänderung, Schuldpruchänderung; Meistbegünstigungsprinzip (milderes Gesetz); Konsumcannabisgesetz (keine strafmildernde Wirkung: Cannabis als „weiche Droge“); verbotener Besitz von Cannabis; Beihilfe zum Handeltreiben mit Cannabis.

§ 2 Abs. 3 StGB; § 354a StPO; § 354 StPO; § 34 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b, Nr. 4 KCanG; § 27 Abs. 1 StGB

Dem Umstand, Cannabis sei eine „weiche Droge“, darf aus gesetzessystematischen Gründen keine strafmildernde Wirkung mehr beigemessen werden, weil das KCanG Regelungen allein zu dieser Droge enthält.

**813. BGH 5 StR 554/23 – Urteil vom 23. Mai 2024 (LG Chemnitz)**

Strafzumessung bei Zusammentreffen von Freiheitsstrafe und Geldstrafe.

§ 53 Abs. 2 StGB

Ob beim Zusammentreffen einer Freiheitsstrafe mit einer oder mehreren Einzelgeldstrafen gemäß § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB eine Gesamtfreiheitsstrafe gebildet oder eine Geldstrafe selbständig neben der Freiheitsstrafe ausgesprochen wird, liegt im pflichtgemäßen Ermessen des Gerichts. Dabei hat es unter Berücksichtigung der allgemeinen Strafzumessungserwägungen zu prüfen, ob eher eine längere Gesamtfreiheitsstrafe oder eine kürzere Freiheitsstrafe neben einer Geldstrafe den Strafzwecken entspricht. Aus Wortlaut und Systematik des § 53 Abs. 2 StGB ergibt sich, dass die selbständige Verhängung einer Geldstrafe neben einer Freiheitsstrafe die Ausnahme bildet; sie bedarf daher besonderer Begründung. Dies gilt erst recht, wenn bei im

Wesentlichen gleich gelagerten Taten, die Anwendung der Ausnahmegesetz des § 53 Abs. 2 Satz 2 StGB nicht nahe liegt.

**806. BGH 3 StR 113/24 – Beschluss vom 17. April 2024 (LG Düsseldorf)**

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Auflösung einer fehlerhaft gebildeten früheren Gesamtstrafe; fehlende Bindungswirkung früherer Gesamtstrafenbeschlüsse).

§ 53 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB

Einem fehlerhaften Beschluss über eine nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe kommt keine Bindungswirkung für ein neu über eine Gesamtstrafe zu entscheidendes Gericht zu.

**816. BGH 5 StR 68/24 – Urteil vom 23. Mai 2024 (LG Hamburg)**

Gesamtstrafenbildung (eigenständiger Strafzumessungsakt; Begründungsanforderungen; Beschränkung der Revision.).

§ 54 StGB; § 344 StPO

1. Die Bemessung der Gesamtstrafe nach § 54 Abs. 1 StGB ist ein eigenständiger Zumessungsakt, bei dem die Person des Täters und die einzelnen Straftaten zusammenfassend zu würdigen sind. Dabei sind vor allem das Verhältnis der einzelnen Taten zueinander, ihre größere oder geringere Selbständigkeit, die Häufigkeit der Begehung, die Gleichheit oder Verschiedenheit der verletzten Rechtsgüter und der Begehungsweisen sowie das Gesamtgewicht des abzuurteilenden Sachverhalts zu berücksichtigen. Besteht zwischen den einzelnen Taten ein enger zeitlicher, sachlicher und situativer Zusammenhang, hat die Erhöhung der Einsatzstrafe in der Regel geringer auszufallen.

2. Auch bei der Gesamtstrafenbildung braucht der Tatrichter nach § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO nur die bestimmenden Zumessungsgründe im Urteil darzulegen. Eine Bezugnahme auf die zu den Einzelstrafen gemachten Ausführungen ist grundsätzlich zulässig. Einer eingehenderen Begründung bedarf es hingegen, wenn die Einsatzstrafe nur geringfügig überschritten oder die Summe der Einzelstrafen nahezu erreicht wird.

3. Eine Beschränkung der Revision auf die Gesamtstrafenaussprüche ist grundsätzlich statthaft. Soweit in der Rechtsprechung des BGH eine solche Revisionsbeschränkung als unwirksam erachtet wurde, wenn bei der Begründung der Gesamtstrafe zur Vermeidung von Wiederholungen auf die zur Festsetzung der Einzelstrafen niedergelegten Erwägungen Bezug genommen worden ist (vgl. zuletzt BGH HRRS 2023 Nr. 556), sähe der Senat darin – ohne dass dies hier entscheidungserheblich wäre – keinen tragfähigen Grund, einer grundsätzlich möglichen Rechtsmittelbeschränkung die Wirksamkeit abzuspüren.

**875. BGH 5 StR 390/23 – Beschluss vom 30. Mai 2024 (LG Itzehoe)**

Anordnung der Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt (Gefährlichkeitsprognose; Vordelinquenz; Fehlen eines symptomatischen Zusammenhangs).

§ 63 StGB

Vordelinquenz soll zur Begründung der Gefährlichkeitsprognose im Rahmen des § 63 StGB nur dann herangezogen werden können, wenn diesen Taten auch Symptomcharakter zukommt, sie also auf dem Zustand im Sinne des § 63 StGB beruhen. Ob das Fehlen des symptomatischen Zusammenhangs allerdings nur einer tragenden Heranziehung entgegensteht (so BGH HRRS 2020 Nr. 1283) oder überhaupt einer Berücksichtigung (vgl. nur BGH HRRS 2022 Nr. 1063), wird uneinheitlich beantwortet. Der Senat neigt der Ansicht zu, dass sich individuell bedeutsame Bindungsfaktoren für die zu erwartende Delinquenz im Einzelfall auch aus nicht von der Störung beeinflusstem Vorverhalten ergeben können, was zu begründen ist (vgl. dazu schon BGH HRRS 2023 Nr. 1355). Denn kriminalitätsfördernde Faktoren, die in Vordelinquenz zu Tage treten, verlieren durch das Hinzutreten einer Störung im Sinne des § 20 StGB nicht zwingend ihre Relevanz für das erwartete zukünftige Verhalten und mithin auch nicht für eine die Persönlichkeit des Täters umfassende Prognose.

**881. BGH 5 StR 578/23 – Beschluss vom 10. April 2024 (LG Hamburg)**

Berufsverbot (Missbrauch von Beruf oder Gewerbe; berufstypischer Zusammenhang).

§ 70 StGB

1. Ein Missbrauch von Beruf oder Gewerbe im Sinne § 70 StGB liegt vor, wenn der Täter unter bewusster Missachtung der ihm gerade durch seinen Beruf oder sein Gewerbe gestellten Aufgaben seine Tätigkeit ausnutzt, um einen diesen Aufgaben zuwiderlaufenden Zweck zu verfolgen. Dazu genügt nicht ein bloß äußerer Zusammenhang in dem Sinne, dass der Beruf dem Täter lediglich die Möglichkeit gibt, Straftaten zu begehen. Die strafbare Handlung muss vielmehr Ausfluss der jeweiligen Berufs- oder Gewerbetätigkeit selbst sein und einen berufstypischen Zusammenhang erkennen lassen; sie muss symptomatisch für die Unzuverlässigkeit des Täters im Beruf erscheinen.

2. Eine Verletzung der mit dem Beruf oder Gewerbe verbundenen Pflichten ist ferner nur zu bejahen, wenn der Täter bei Tatbegehung gegen eine der speziellen Pflichten verstößt, die ihm bei der Ausübung seines Berufs oder Gewerbes auferlegt sind. Auch hierfür bedarf es eines berufstypischen Zusammenhangs der Tat zu der ausgeübten beruflichen Tätigkeit.

**902. BGH 6 StR 216/24 – Beschluss vom 16. Mai 2024 (LG Potsdam)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Intelligenzminderung; mögliche kognitive Weiterentwicklung, Erhebung und Mitteilung aktueller und aussagekräftiger Befundtatsachen; Minderung der geistigen Leistungsfähigkeit, umfassende Würdigung der Persönlichkeit des Angeklagten; symptomatischer Zusammenhang zwischen der diagnostizierten Erkrankung und den Anlasstaten).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

Für die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bedarf es einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Angeklagten. Allein die Minderung der geistigen Leistungsfähigkeit vermag kein Eingangsmerkmal des § 20 StGB zu begründen.

## IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**927. BGH 2 StR 382/23 – Urteil vom 27. März 2024 (LG Köln)**

BGHSt; Selbstleseverfahren (übrige Beteiligten: Nebenklage, Auslegung; Revision des Angeklagten: Rüge der Nichtbeteiligung der Nebenklage, Rechtskreis des Angeklagten; Feststellung des Vorsitzenden: Durchführung ohne Beteiligung der Nebenklage, Auslegung; Disponibilität der Teilnahme am Selbstleseverfahren: Nebenklage, keine gesonderte Protokollierung, ungewollte Abwesenheit wegen Verhinderung; fehlendes Einverständnis der Nebenklage: Auslegung).

§ 249 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 337 StPO

1. Nebenkläger und deren bestellte anwaltliche Vertreter rechnen zu den übrigen Beteiligten im Sinne des § 249 Abs. 2 Satz 1 StPO und haben das Recht, dass ihnen Gelegenheit zur Kenntnisnahme von den in der Selbstleseanordnung genannten Urkunden gewährt wird. (BGHSt)
2. Die Teilnahme am Selbstleseverfahren ist für Nebenkläger und deren bestellte anwaltliche Vertreter disponibel. Ein Selbstleseverfahren kann auch ohne deren Beteiligung durchgeführt werden. (BGHSt)
3. Waren Nebenkläger und/oder deren anwaltliche Vertreter an einem Selbstleseverfahren nicht beteiligt, müssen diese auch nicht von der Feststellung des Vorsitzenden nach § 249 Abs. 2 Satz 3 StPO umfasst sein, um den ordnungsgemäßen Abschluss des Selbstleseverfahrens und damit die ordnungsgemäße Einführung der in das Selbstleseverfahren gegebenen Urkunden in die Hauptverhandlung zu bewirken. (BGHSt)

**876. BGH 5 StR 393/23 – Beschluss vom 13. März 2024 (LG Bremen)**

Glaubhaftmachung bei Beweisantrag nach Fristablauf (hinreichende Wahrscheinlichkeit; pflichtgemäßes Ermessen; Mittel der Glaubhaftmachung; „parate“ Beweismittel; ladungsfähige Anschrift des Zeugen).

§ 244 Abs. 6 StPO

1. Gemäß § 244 Abs. 6 Satz 5 StPO sind diejenigen Tatsachen, die eine Einhaltung der für Beweisanträge bestimmten Frist unmöglich gemacht haben, mit dem nach Fristablauf gestellten Antrag glaubhaft zu machen. Als Ergebnis der Glaubhaftmachung müssen die entscheidungsrelevanten Tatsachen zwar nicht in einer Weise bewiesen sein, dass sie zur Überzeugung des Gerichts feststehen. Das Gericht muss die relevanten Umstände – insoweit gilt nichts anderes als etwa bei § 45 Abs. 2 StPO – aber zumindest für hinreichend wahrscheinlich ansehen, wobei es nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden hat.
2. Zur Glaubhaftmachung sind grundsätzlich „parate“ Beweismittel zu verwenden. Dies folgt aus Sinn und Zweck der Glaubhaftmachung, die dem Gericht eine sofortige

Entscheidung ermöglichen soll, ohne dass weitergehende Untersuchungen über die Hintergründe der Verspätung, die das Verfahren weiter verzögern würden, erforderlich sind. Dieser Zweck würde konterkariert, wenn ein Zeuge, der in der Hauptsache gehört werden soll, auch als Mittel der Glaubhaftmachung herangezogen wird und dieser insofern lediglich mit ladungsfähiger Anschrift im Antrag angegeben ist.

**877. BGH 5 StR 413/23 – Urteil vom 28. Februar 2024 (LG Bremen)**

Absoluter Revisionsgrund bei Verstoß gegen Vorschriften über den Ausschluss der Öffentlichkeit (erneute Zeugenvernehmung; neuer Beschluss; restriktive Interpretation des absoluten Revisionsgrundes).

§ 338 Nr. 6 StPO; § 171b GVG; § 174 GVG

1. Die strafrechtliche Hauptverhandlung ist grundsätzlich öffentlich (§ 169 GVG). Die Öffentlichkeit kann nur ausnahmsweise nach Maßgabe der §§ 171 ff. GVG ausgeschlossen werden. Stets ist hierfür nach § 174 Abs. 1 Satz 2 GVG ein Beschluss des erkennenden Gerichts notwendig. Dies gilt auch, wenn ein Zeuge in der laufenden Hauptverhandlung – nach seiner Entlassung (§ 248 StPO) – erneut unter Ausschluss der Öffentlichkeit vernommen werden soll. Der erforderliche neue Beschluss kann nicht durch eine Anordnung des Vorsitzenden ersetzt werden, in der auf einen vorangegangenen, die Öffentlichkeit ausschließenden, Beschluss Bezug genommen wird. Eine Ausnahme hiervon kann nur in ganz engen zeitlichen Grenzen in Betracht kommen, etwa wenn die Entlassung des Zeugen sofort zurückgenommen und sich die erneute Vernehmung zusammen mit der vorausgegangenen als eine einheitliche Vernehmung darstellt.

2. Trotz des eindeutigen Wortlauts des § 338 Nr. 6 StPO hat der Bundesgerichtshof für den Fall des Fehlens eines von § 174 Abs. 1 Satz 2 GVG vorgeschriebenen Gerichtsbeschlusses eine restriktive Auslegung des § 338 Nr. 6 StPO für den Ausschluss der Öffentlichkeit für die Schlussanträge (§ 171b Abs. 2 Satz 3 GVG) angenommen (vgl. BGH HRRS 2019 Nr. 716). Denn wenn die Öffentlichkeit von der Verhandlung wegen einer in § 171b Abs. 2 GVG genannten Straftat ganz oder teilweise ausgeschlossen war, ist sie nach § 171b Abs. 3 Satz 2 GVG für die Schlussanträge zwingend auszuschließen, ohne dass es eines hierauf gerichteten Antrags bedarf. Diese Folge steht ab dem Öffentlichkeitsausschluss mithin für alle Verfahrensbeteiligten und die Öffentlichkeit fest. Ein derartiger tatbestandlicher Rückbezug auf eine feststehende innerprozessuale Tatsache lässt sich der Regelung des § 171b Abs. 3 Satz 1 GVG indes nicht entnehmen, weshalb hier mit Blick auf die hohe Bedeutung der Öffentlichkeitsmaxime im demokratischen Rechtsstaat eine vergleichbar restriktive Interpretation von § 338 Nr. 6 StPO nicht in Betracht kommt.

**879. BGH 5 StR 469/23 – Beschluss vom 21. Mai 2024 (LG Berlin)**

Keine Hinweispflicht in der Revisionsinstanz bei beabsichtigter Schuldspruchänderung.  
§ 265 StPO; § 354 Abs. 1 StPO

Das Revisionsgericht ist weder einfachgesetzlich noch verfassungsrechtlich verpflichtet, den Verurteilten auf seine Rechtsauffassung oder den Inhalt seiner beabsichtigten Entscheidung hinzuweisen. Dies gilt auch dann, wenn es eine entsprechend § 354 Abs. 1 StPO zulässige Schuldspruchverschärfung vornimmt. Eine solche Hinweispflicht ergibt sich insbesondere nicht aus § 265 StPO, denn die auf die Besonderheiten der Tatsacheninstanz zugeschnittene Vorschrift ist im Revisionsverfahren nicht anwendbar.

**869. BGH 5 StR 85/24 – Beschluss vom 10. April 2024 (LG Berlin)**

Hinweispflicht (Eindeutigkeit; bloße Bezeichnung abweichender Gesetzesbestimmungen; Tatsachen).  
§ 265 StPO

1. Nach § 265 Abs. 1 StPO hat das Gericht einen förmlichen Hinweis zu erteilen, wenn infolge einer anderen rechtlichen Beurteilung bei gleichbleibendem Sachverhalt oder wegen neuer Erkenntnisse in tatsächlicher Hinsicht eine Verurteilung wegen eines anderen als dem in der Anklage bezeichneten Strafgesetzes in Betracht kommt. Der Hinweis muss geeignet sein, dem Angeklagten Klarheit über die tatsächliche Grundlage des abweichenden rechtlichen Gesichtspunktes zu verschaffen und ihn vor einer Überraschungsentscheidung zu bewahren.

2. Der Hinweis muss eindeutig sein und den Angeklagten und seinen Verteidiger in die Lage versetzen, die Verteidigung auf den neuen rechtlichen Gesichtspunkt einzurichten. Daher muss für den Angeklagten und den Verteidiger aus dem Hinweis allein oder in Verbindung mit der zugelassenen Anklage nicht nur erkennbar sein, auf welches Strafgesetz nach Auffassung des Gerichts eine Verurteilung möglicherweise gestützt werden kann, sondern auch, durch welche Tatsachen das Gericht die gesetzlichen Merkmale des Straftatbestandes als möglicherweise erfüllt ansieht.

3. Im Einzelfall kann bei einem Hinweis nach § 265 Abs. 1 StPO auch die bloße Bezeichnung der neu in Betracht kommenden Gesetzesbestimmungen ausreichen; dies gilt insbesondere bei unveränderter Sachlage, aber auch, wenn die tatsächlichen Grundlagen des neu in Betracht gezogenen Straftatbestandes für den Angeklagten ohne Weiteres zweifelsfrei ersichtlich sind.

4. Durch den mit Gesetz vom 17. August 2017 geschaffenen § 265 Abs. 2 Nr. 3 StPO ist der Umfang der Hinweispflicht nach § 265 Abs. 1 StPO nicht erweitert worden.

**887. BGH 6 StR 117/24 (alt: 6 StR 295/23) – Beschluss vom 29. April 2024 (LG Würzburg)**

Entscheidung bei Gesetzesänderung, Schuldspruchänderung (Teilrechtskraft); Meistbegünstigungsprinzip (milderes Gesetz); Konsumcannabisgesetz; Handeltreiben mit Cannabis.

§ 2 Abs. 3 StGB; § 354a StGB; § 354 StGB; § 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG

Das Revisionsgericht hat eine nach der Entscheidung des Tatgerichts eingetretene, das angewendete Strafgesetz mildernde Gesetzesänderung trotz Rechtskraft des Schuldspruchs jedenfalls dann zu berücksichtigen, wenn nur die Strafandrohung gemildert worden oder die Strafbarkeit entfallen ist. Dies gilt gleichermaßen, wenn nur noch die Entscheidung über die Strafaussetzung zur Bewährung anhängig ist.

**835. BGH 2 ARs 176/23 (2 AR 68/23) – Beschluss vom 14. Februar 2024**

Zuständigkeitsbestimmung durch das gemeinschaftliche obere Gericht (nachträgliche Entscheidung über die Strafaussetzung zur Bewährung oder Verwarnung mit Strafvorbehalt; Nichtigkeit einer gerichtlichen Entscheidung, keine Rechtswirkung, fehlerhafte richterliche Entscheidung, Geist der Strafprozessordnung, Bewährungswiderrufsentscheidung, Aufhebung nach Eintritt der Rechtskraft).

§ 14 StPO; § 453 StPO

1. Nur in eng umgrenzten Ausnahmefällen leiden gerichtliche Entscheidungen unter derart schwerwiegenden Mängeln, dass sie nichtig sind und von ihnen aufgrund dessen keine Rechtswirkungen ausgehen.

2. Eine fehlerhafte richterliche Entscheidung in diesem Sinne ist nur dann unbeachtlich, wenn es für die Rechtsgemeinschaft geradezu unerträglich wäre, die Entscheidung wegen des Ausmaßes und des Gewichts ihrer Fehlerhaftigkeit als gültig anzuerkennen, weil die Entscheidung ihrerseits dem Geist der Strafprozessordnung und wesentlichen Prinzipien der rechtsstaatlichen Ordnung widerspricht und dies offenkundig ist. Ob eine fehlerhafte gerichtliche Entscheidung in diesem Sinne noch hinnehmbar ist, bestimmt sich nicht allein nach der Schwere des Fehlers und der Offenkundigkeit seines Vorliegens, sondern auch nach der sachlichen Bedeutung der gerichtlichen Entscheidung für das Verfahren. Ein und derselbe Verfahrensfehler hat deshalb nicht bei jeder von ihm betroffenen Entscheidung dieselbe Folge.

**836. BGH 2 ARs 408/23 (2 AR 170/23) – Beschluss vom 4. April 2024**

Sachliche Zuständigkeit in Auslieferungssachen (Annekompentenz; Unanfechtbarkeit: verfassungskonforme Auslegung).

§ 13 IRG; Art. 19 Abs. 4 GG

Die in § 13 Abs. 1 Satz 2 IRG geregelte Unanfechtbarkeit von Entscheidungen des Oberlandesgerichts, die für alle Entscheidungen im Auslieferungsverfahren gilt, beruht auf einer bewussten Entscheidung des Gesetzgebers. Gegen § 13 Abs. 1 Satz 2 IRG werden im Schrifttum im Hinblick auf Art. 19 Abs. 4 GG verfassungsrechtliche Bedenken geltend gemacht, die der Senat nicht teilt. Die dort teilweise vorgeschlagene „verfassungskonforme Auslegung“, die dazu führen soll, über § 77 Abs. 1 IRG in entsprechender Anwendung des § 304 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 eine Beschwerde zum Bundesgerichtshof zuzulassen, ist verfassungsrechtlich nicht geboten und scheidet im Übrigen

im Hinblick auf den Wortlaut und den klar erkennbaren gesetzgeberischen Willen aus.

**796. BGH 2 StR 528/23 – Beschluss vom 16. Mai 2024 (LG Hanau)**

Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens (Eröffnungsbeschluss: Unterzeichnung, Wirksamkeitsvoraussetzung, mündliche Beschlussfassung, Verfahrenshindernis).

§ 199 StPO

Zwar ist die Unterzeichnung eines Eröffnungsbeschlusses durch die erlassenden Richter als solche keine Wirksamkeitsvoraussetzung. Vielmehr kann auch anderweit nachgewiesen werden, dass der Beschluss tatsächlich von allen hierzu berufenen Richtern gefasst worden ist. Das setzt jedoch eine mündliche Beschlussfassung oder eine dahin zu verstehende gemeinsame Besprechung oder Beratung voraus.

**807. BGH 3 StR 373/23 – Beschluss vom 21. Februar 2024 (LG Mainz)**

Pflicht zur Aushändigung einer schriftlich übersetzten Anklage (verspätete Überlassung an den Angeklagten; Ausnahmen; Aussetzung; Unterbrechung); Recht auf ein faires Verfahren.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK; § 201 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 265 Abs. 4 StPO; § 187 Abs. 2 GVG

Im Falle einer verspäteten Überlassung einer schriftlich übersetzten Anklage an den Angeklagten besteht keine allgemeine Pflicht zur Aussetzung der Hauptverhandlung; im Einzelfall kann eine Unterbrechung der Aussetzung vielmehr vorzuziehen sein.

**809. BGH 5 StR 26/24 – Beschluss vom 21. Mai 2024 (LG Hamburg)**

Keine Erwähnung von Aussagen der Jugendgerichtshilfe in der Beweiswürdigung; Ausschöpfungsrüge.

§ 261 StPO; § 344 StPO; § 38 JGG

1. Allein die Nichterwähnung eines erhobenen Beweises (hier: der Aussage der Jugendgerichtshilfe zum Reifegrad des Angeklagten) belegt nicht, dass das Ergebnis der Beweiswürdigung nicht in die Überzeugungsbildung eingeflossen ist. Entscheidend ist vielmehr, ob das Gericht alle nach den Umständen des Einzelfalls relevanten Umstände erörtert hat (Klarstellung gegenüber BGH HRRS 2011 Nr. 565).

2. Eine sogenannte Ausschöpfungsrüge verspricht nur Erfolg, wenn in den Urteilsgründen eine Auseinandersetzung mit Beweisergebnissen (hier: dem Bericht der Jugendgerichtshilfe) fehlt, obwohl diese im Hinblick auf die vollständige Erfassung des relevanten Beweisstoffes und die inhaltliche Richtigkeit der Feststellungen geboten war. Ob dies der Fall ist, kann in aller Regel beurteilt werden, wenn auch –unter Beachtung des Rekonstruktionsverbots – der Inhalt des nach dem Beschwerdevorbringen zu berücksichtigenden Beweisergebnisses vorgetragen wird.

**801. BGH 4 StR 173/23 – Beschluss vom 12. März 2024 (LG Münster)**

Ausschluss der Einziehung des Tatertrages oder des Wertersatzes (Auslegung von Verträgen durch den Tatrichter: beschränkte Revisibilität, D&O-Versicherung, Wissentlichkeitsklausel, Risikoausschluss, Haftpflichtschuld, Tilgung, Haftpflichtversicherung für fremde Rechnung; Erlöschen des Ersatzanspruches: Gesamtschuld, Vergleich; Übergang von Ersatzansprüchen: D&O-Versicherung).

§ 73e StGB; § 86 VVG; § 267 BGB; § 362 BGB; 426 BGB

Die Auslegung von Verträgen durch den Tatrichter unterliegt als wertender Akt einer nur eingeschränkten revisionsrechtlichen Kontrolle. Das Revisionsgericht kann sie nur auf Rechtsfehler hin überprüfen, insbesondere darauf, ob sie in sich widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist, die Beweismittel nicht ausschöpft oder (sonst) gegen Denk- oder Erfahrungssätze verstößt.

**878. BGH 5 StR 447/23 – Beschluss vom 1. Februar 2024 (LG Berlin)**

Rechtsmittelbefugnis des Nebenklägers (Anschlussberechtigung des Verletzten; gerichtliche Entscheidung).

§ 395 StPO; § 396 Abs. 2 StPO; § 400 Abs. 1 StPO

1. Nach § 400 Abs. 1 StPO kann der Nebenkläger das Urteil nicht mit dem Ziel anfechten, dass der Angeklagte wegen einer Gesetzesverletzung verurteilt wird, die nicht zum Anschluss des Nebenklägers berechtigt. Der Prüfungsumfang bei der Nebenklägerrevision erstreckt sich selbst dann nicht auf rechtswidrige Taten im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB, die nicht zum Anschluss des Nebenklägers berechtigen, wenn diese materiellrechtlich mit der zum Anschluss berechtigenden Straftat in Tateinheit stehen.

2. Zum Anschluss berechtigt ist bei einer rechtswidrigen Tat aus einer Deliktsgruppe des § 395 Abs. 3 StPO (hier der §§ 249 bis 255 StGB) nur der Verletzte, über dessen Berechtigung zum Anschluss als Nebenkläger das Gericht durch den Zulassungsbeschluss nach § 396 Abs. 2 StPO positiv entschieden hat. Denn anders als in den Fällen des § 395 Abs. 1 und 2 StPO kommt der gerichtlichen Zulassung hier angesichts der Notwendigkeit einer wertenden gerichtlichen Entscheidung über das Vorliegen der besonderen Gründe im Sinne von § 395 Abs. 3 StPO konstitutive Bedeutung zu.

3. Die Rechtsmittelbefugnis des Nebenklägers nach § 400 Abs. 1 StPO ist in diesen Fällen mithin davon abhängig, dass er gemäß § 395 Abs. 3 StPO für eine rechtswidrige Tat aus einer der dort genannten Deliktsgruppen gerichtlich als Nebenkläger zugelassen ist. Nur insoweit kann er das Urteil anfechten. Leitet der Verletzte seine Anschlussbefugnis als Nebenkläger aus einer rechtswidrigen Tat im Sinne von § 395 Abs. 3 StPO ab, so ist für das Revisionsverfahren mithin der hierfür konstitutive Zulassungsbeschluss nach § 396 Abs. 2 Satz 2 StPO maßgeblich.

**851. BGH 3 StR 121/24 – Beschluss vom 14. Mai 2024 (LG Kleve)**

Unzulässige Würdigung des Schweigens des Angeklagten (Schweigerecht; Selbstbelastungsfreiheit; faires Verfahren; anfängliches Schweigen); Verschlechterungsverbot (Schuldpruchänderung zum Nachteil des

Angeklagten); Raub und räuberische Erpressung (Abgrenzung; tateinheitliches Zusammentreffen).  
§ 249 StGB; § 255 StGB; § 136 Abs. 1 S. 2 StPO; § 358 Abs. 2 StPO; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG

1. Um das Schweigerecht des Angeklagten als elementarer Bestandteil eines fairen Verfahrens nicht zu entwerten, dürfen weder aus einem durchgängigen noch einem anfänglichen Schweigen eines Angeklagten für diesen nachteilige Schlüsse gezogen werden.
2. Raub und räuberische Erpressung sind nach dem äußeren Erscheinungsbild des Tatgeschehens abzugrenzen, und zwar danach, ob der Täter dem Opfer die betreffende Sache unter Anwendung beziehungsweise Androhung körperlicher Gewalt wegnimmt (Raub) oder das Opfer sie ihm eingedenk der Gewaltanwendung beziehungsweise -androhung herausgibt (räuberische Erpressung).
3. Raub und räuberische Erpressung können tateinheitlich zusammentreffen, wenn die Wegnahme auf ein anderes Tatobjekt gerichtet ist als die Herausgabe eines Vermögensbestandteils.

**860. BGH StB 28/24 – Beschluss vom 29. Mai 2024 (OLG Stuttgart)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde gegen Ablehnung der Aussetzung des Strafrests zur Bewährung (technische Probleme; Versäumnisse der Verteidigung; Legalprognose).

§ 44 StPO; § 45 StPO; § 454 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB

Im Rahmen einer sofortigen Beschwerde nach § 454 Abs. 3 Satz 1 StPO gelten grundsätzlich die gleichen Maßstäbe für das Verschulden eines Beschwerdeführers in Fällen der Versäumung einer Frist wie bei Rechtsbehelfen gegen den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch. Soweit Beteiligte in Teilbereichen des Strafverfahrens für das Verschulden ihres anwaltlichen Vertreters einzustehen haben, stellt dies die Ausnahme dar und betrifft jedenfalls nicht Entscheidungen über das „Ob“ ihrer Haft.

**906. BGH 6 StR 458/23 – Urteil vom 14. Mai 2024 (LG Hof)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Überzeugung; Gesamtwürdigung des Beweisstoffs, Indiztatsachen).  
§ 261 StPO

Ist eine Vielzahl einzelner Erkenntnisse angefallen, so ist eine Gesamtwürdigung vorzunehmen. Erst sie entscheidet letztlich darüber, ob der Richter die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten und den sie tragenden Feststellungen gewinnt. Auch wenn keine der Indiztatsachen für sich allein zum Nachweis der Täterschaft des Angeklagten ausreicht, besteht die Möglichkeit, dass sie in ihrer Gesamtschau dem Tatrichter die entsprechende Überzeugung vermitteln. Dabei müssen die Indizien zueinander in Bezug gesetzt und gegeneinander abgewogen werden.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**874. BGH 5 StR 205/23 (alt: 5 StR 115/21) – Urteil vom 4. Juni 2024 (LG Hamburg)**

BGHSt; Erziehungsbedürftigkeit und -fähigkeit keine Voraussetzung der Verhängung von Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld.  
§ 17 Abs. 2 Var. 2 JGG

1. Ist wegen der Schwere der Schuld Strafe erforderlich, ist eine Jugendstrafe zu verhängen, ohne dass es darauf ankommt, ob eine Erziehungsbedürftigkeit oder -fähigkeit festgestellt werden kann. (BGHSt)
2. Nach § 17 Abs. 2 Var. 2 JGG wird Jugendstrafe verhängt, wenn wegen der Schwere der Schuld Strafe erforderlich ist. Die Schuldsschwere ist nach jugendspezifischen Kriterien zu bestimmen. Maßgeblicher Anknüpfungspunkt ist die innere Tatseite; dem äußeren Unrechtsgehalt der Tat kommt nur insofern Bedeutung zu, als hieraus Schlüsse auf die Persönlichkeit des Täters und das Maß der persönlichen Schuld gezogen werden können. Entscheidend ist, inwieweit sich die charakterliche Haltung, die Persönlichkeit und die Tatmotivation des jugendlichen oder heranwachsenden Täters in der Tat in

vorwerfbarer Schuld niedergeschlagen haben. (Bearbeiter)

3. Ein Erfordernis der Erziehungsbedürftigkeit bei der wegen der Schwere der Schuld erforderlichen Jugendstrafe sieht der Wortlaut des § 17 Abs. 2 JGG nicht vor. Das zwischen den beiden Varianten stehende „oder“ macht vielmehr deutlich, dass mit § 17 Abs. 2 Alt. 1 JGG (schädliche Neigungen) die sog. „Erziehungsstrafe“ adressiert ist, und mit § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG – als selbständige Alternative dazu – die sog. „Schuldstrafe“. Diese setzt nach dem Wortlaut des § 17 Abs. 2 JGG gerade nicht voraus, dass ihre Verhängung zu Erziehungszwecken notwendig ist. (Bearbeiter)

4. Aus dem in § 2 Abs. 1 JGG normierten Leitprinzip, nach dem vorrangig alle Rechtsfolgen am Erziehungsgedanken auszurichten sind, sowie aus der Regelung des § 18 Abs. 2 JGG lässt sich eine andere wortgetreue Auslegung des § 17 Abs. 2 Alt. 2 JGG nicht herleiten. Solches ergibt sich insbesondere nicht daraus, dass bei der Bemessung der Jugendstrafe „die erforderliche erzieherische Einwirkung“ zu ermöglichen ist. Denn daraus kann angesichts des

dargelegten Wortlauts des § 17 Abs. 2 JGG gerade nicht der Schluss gezogen werden, ein Erziehungsbedürfnis und eine -fähigkeit würden auch schon bei der Verhängung vorausgesetzt. (Bearbeiter)

5. § 17 Abs. 2 Var. 2 JGG lässt als Voraussetzung der Verhängung einer Jugendstrafe genügen, dass „wegen der Schwere der Schuld Strafe erforderlich ist.“ Eine besondere Fallgruppe der „Kapitaldelikte“, der „schweren Gewaltdelikte“ oder der „gravierenden Sexualdelikte“ sieht das Gesetz hingegen nicht vor. Es mag zwar zutreffen, dass die Schwere der Schuld insbesondere bei Straftaten gegen das Leben und anderen besonders schweren Straftaten häufiger zu bejahen ist; eine hierauf beschränkte schematische Betrachtung ist jedoch unzulässig. (Bearbeiter)

### **787. BGH 1 StR 464/23 – Beschluss vom 8. Mai 2024 (LG Mannheim)**

BGHSt; Einschleusen von Ausländern (Erlangen eines Vermögensvorteils: Ersparnis von Steuern und Sozialabgaben durch die Arbeitstätigkeit eingeschleuster Personen, kein unmittelbarer Zusammenhang mit der Einschleusung erforderlich; Aufenthalt ohne erforderlichen Aufenthaltstitel als normatives Tatbestandsmerkmal: Abgrenzung zur Blankettvorschrift, keine Anwendbarkeit des lex mitior-Grundsatzes auf ausfüllende Rechtsvorschriften).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG aF; § 2 Abs. 3 StGB

1. Ein kausaler und finaler Vermögensvorteil im Sinne von § 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG (in der Fassung vom 12. Juli 2018) kann sich auch aus der Nichtabführung von Sozialabgaben und der Nichtanmeldung von Lohnsteuer für die Arbeitstätigkeit der eingeschleusten Person im Inland ergeben. Eines unmittelbaren Zusammenhangs mit der Einschleusung bedarf es nicht. (BGHSt)

2. Bei § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG aF handelt es sich nicht um ein echtes Blankettgesetz. Die Norm selbst umschreibt das strafbare Verhalten – Aufenthalt im Bundesgebiet ohne erforderlichen Aufenthaltstitel – und ist für den Normadressaten schon aus sich heraus verständlich. (Bearbeiter)

3. Änderungen in Rechtsvorschriften, die das normative Tatbestandsmerkmal „ohne erforderlichen Aufenthaltstitel nach § 4 Absatz 1 Satz 1“ aus § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG aF ausfüllen, stellen deshalb keine Rechtsänderung im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB dar. Durch Verweisungen ins Leere entstandene Lücken können daher durch eine ergänzende Auslegung anhand des mutmaßlichen gesetzgeberischen Willens geschlossen werden. (Bearbeiter)

4. Bei der Beurteilung von Fehlverweisungen im strafrechtlichen Kontext ist zwischen (echten) Blanketttatbeständen und Tatbeständen mit normativen Tatbestandsmerkmalen zu unterscheiden. Allein Fehlverweisungen in (echten) Blankettgesetzen führen stets zu einem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG und zur (vorübergehenden) Straffreiheit gemäß § 2 Abs. 3 StGB, während Fehlverweisungen in Ausfüllungsnormen normativer Tatbestandsmerkmale im Grundsatz einer Korrektur durch (ergänzende) Auslegung zugänglich sind. (Bearbeiter)

### **911. BGH 6 StR 536/23 – Beschluss vom 30. April 2024 (LG Braunschweig)**

Entscheidung bei Gesetzesänderung, SchuldSpruchänderung; Meistbegünstigungsprinzip (milderes Gesetz); Verstoß gegen das Waffengesetz, Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Strafklageverbrauch: prozessualer Tatbegriff, Zäsur: Entschluss des Täters zur Verbrechensbegehung); Konsumcannabisgesetz, Handeltreiben mit Cannabis (nicht geringe Menge: kein Abzug der konsumnahen und nicht strafbaren Freimenge), verbotener Besitz von Cannabis (geänderte Risikobewertung des Gesetzgebers, Abzug der konsumnahen und nicht strafbaren Freimenge).

Art. 103 Abs. 3 GG; § 264 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB; § 52 Abs. 3 Nr. 1 WaffG; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 2 Abs. 3 StGB; § 354a StPO; § 354 StPO; § 2 Abs. 3 KCanG; § 34 Abs. 4 Nr. 4 KCanG; § 34 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) KCanG

1. Das Dauerdelikt des Waffenbesitzes (§ 52 Abs. 3 Nr. 1 WaffG) erfährt sachlich-rechtlich eine Zäsur, wenn sich der Täter entschließt, mit dieser Waffe ein Verbrechen zu begehen. Dann stellen die Abschnitte vor und nach dieser Tat jeweils eigene selbstständige Handlungen (§ 53 Abs. 1 StGB) dar und sind regelmäßig auch als eigenständige prozessuale Taten im Sinne von § 264 StPO zu qualifizieren.

2. Bei der zum weiterhin uneingeschränkt verbotenen Handeltreiben mit Cannabis bestimmten Menge ist eine konsumnahe und nicht strafbare Freimenge (§ 2 Abs. 3 KCanG) nicht abzuziehen.

3. Beim verbotenen Besitz von Cannabis ist der geänderten Risikobewertung des Gesetzgebers dadurch Rechnung zu tragen, dass die für die verfahrensgegenständliche Umgangsform bestimmte Menge in dem Umfang außer Acht bleibt, in dem ihr Besitz nicht strafbar ist. Bei Abzug der jeweils erlaubten und vom Gesetzgeber als unbedenklich erachteten Freimengen bleibt ein hinreichender, in den Normalstrafrahmen (§ 34 Abs. 1 Nr. 1 KCanG) einzuordnender Strafbarkeitsbereich.

### **820. BGH 1 StR 426/23 – Urteil vom 30. April 2024 (LG Stade)**

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Bindungswirkung einer Entsendebescheinigung nach neuem Recht auch bei missbräuchlich erlangter Bescheinigung: Bestimmtheitsgrundsatz, rückwirkende Aufhebung begründet keine Strafbarkeit).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 266a Abs. 1 StGB; Art. 5 Abs. 1 VO 987/2009

1. Der Senat hält auch nach neuem Recht daran fest, dass eine von einem anderen Mitgliedstaat der Europäischen Union erteilte Entsendebescheinigung A 1 auch die deutschen Organe der Strafrechtspflege bindet. Die Bindungswirkung entfällt grundsätzlich auch bei missbräuchlich oder betrügerisch erwirkte Bescheinigungen andere Mitgliedstaaten.

2. Strafrechtlich entfaltet vor dem Hintergrund des Bestimmtheitsgrundsatzes (Art. 103 Abs. 2 GG) bei verwaltungsakzessorischen Straftatbeständen die Verwaltungsentscheidung, hier in Form der Entsendebescheinigung,

grundsätzlich Tatbestandswirkung. Es kommt allein auf die formelle Wirksamkeit der Entscheidung, nicht auf ihre materielle Rechtmäßigkeit an (vgl. BGHSt 65, 257 Rn. 49 ff.). Da die Tatbestandswirkung auf dem Bestimmtheitsgrundsatz beruht, kann sie strafrechtlich nicht rückwirkend entfallen, unabhängig davon, ob eine solche Rückwirkung verwaltungsrechtlich möglich wäre.

### 791. BGH 2 StR 480/23 – Beschluss vom 6. Mai 2024 (LG Aachen)

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen: wiederholtes Auffüllen eines Betäubungsmittelvorrats, Bewertungseinheit, Verklammerung, jedenfalls teilweise gemeinsame Veräußerung, einheitliche Vorratsmenge, Tateinheit, Überschneidung der tatbestandlichen Ausführungshandlungen, gleichzeitiger Besitz zweier für den Verkauf bestimmter Vorräte, räumlicher und zeitlicher Zusammenhang; Strafklageverbrauch); Umgang mit Konsumcannabis (geringe Menge).

§ 29a BtMG; § 52 StGB; Art. 103 Abs. 3 GG; § 34 KCanG

1. Die nicht geringe Menge Cannabis gemäß § 34 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 KCanG entspricht weiter dem bisherigen Grenzwert für die nicht geringe Menge nach dem Betäubungsmittelgesetz, der bei 7,5 Gramm Tetrahydrocannabinol (THC) liegt.

2. Das wiederholte Auffüllen eines Betäubungsmittelvorrats führt grundsätzlich nicht zur Verklammerung der Erwerbsakte zu einer Bewertungseinheit. Eine Bewertungseinheit kommt zwar dann in Betracht, wenn die Betäubungsmittel aus verschiedenen Erwerbsvorgängen zu einem einheitlichen Verkaufsvorrat vereint werden, im Sinne einer jedenfalls teilweisen gemeinsamen Veräußerung. Der bloße Umstand, dass bei jedem Neukauf noch Reste der vorangegangenen Lieferung vorhanden waren, die mit den neuerworbenen Betäubungsmitteln vermischt wurden, verbindet jedoch nicht sämtliche Ankäufe zu einer einheitlichen Vorratsmenge. Dies gilt selbst dann, wenn die einzelnen Portionen von einem Lieferanten stammten und dieser sie seinerseits aus einem einheitlichen Vorrat entnommen hatte. Allein der gleichzeitige Besitz mehrerer Betäubungsmittelmengen verbindet die hierauf bezogenen Handlungen nicht zu einer Tat des Handeltreibens.

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

### 811. BGH 5 StR 4/24 – Beschluss vom 24. April 2024 (LG Chemnitz)

Strafbarkeit wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln nach gesetzlicher Neuregelung; „Beihilfe zur Beihilfe“ (Förderung der Haupttat; bloße Kenntnisnahme; psychische Beihilfe); Einziehung (Erlangung tatsächlicher Verfügungsgewalt; Mittäterschaft).

§ 34 KCanG; § 27 StGB; § 73 StGB

1. Die Neuregelung des Gesetzes zum kontrollierten Umgang mit Cannabis und zur Änderung weiterer Vorschriften (Cannabisgesetz) vom 27. März 2024 sieht sowohl für das Handeltreiben mit Cannabis (in nicht geringer Menge) im Sinne des § 34 Abs. 1 Nr. 4, Abs. 3 Satz 1 und 2 Nr. 4 KCanG als auch für den Regel- und den minder schweren Fall des bandenmäßigen Handeltreibens mit Cannabis (in nicht geringer Menge) im Sinne des § 34 Abs. 4 Nr. 3 KCanG gegenüber den § 29a Abs. 1 sowie des § 30a Abs. 1 und 3 BtMG geringere Strafraumen vor und ist deshalb das mildere Gesetz im Sinne des § 2 Abs. 3 StGB; dies hat das Revisionsgericht auf die Sachrüge hin zu beachten.

2. Beihilfe kann grundsätzlich auch dadurch geleistet werden, dass der Gehilfe seinerseits die Tatförderung eines (weiteren) Gehilfen unterstützt (sogenannte „Beihilfe zur Beihilfe“ oder auch „Kettenbeihilfe“). Voraussetzung hierfür ist aber (allgemeinen Grundsätzen entsprechend), dass der Angeklagte die weitere Tatbestandsverwirklichung nach Kenntniserlangung durch ein strafrechtlich relevantes Verhalten in irgendeiner Weise objektiv fördert. Die bloß einseitige Kenntnisnahme von der Tat eines anderen und deren subjektive Billigung ohne einen die Tatbegehung objektiv fördernden Beitrag reichen grundsätzlich als (auch nur psychische) Beihilfe nicht aus.

3. Allein die mittäterschaftliche Tatbeteiligung eines Angeklagten belegt oder begründet für sich betrachtet keine tatsächliche Verfügungsgewalt im Sinne von § 73 StGB. Einem Tatbeteiligten kann die Gesamtheit des aus der Tat Erlangten mit der Folge einer gesamtschuldnerischen Haftung nur dann zugerechnet werden, wenn sich die Beteiligten einig sind, dass jedem die Mitverfügungsgewalt hierüber zukommen soll, und er diese auch tatsächlich hatte. Dabei genügt es, dass der Tatbeteiligte zumindest faktische oder wirtschaftliche Mitverfügungsgewalt über den Vermögensgegenstand erlangte. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn er im Sinne eines rein tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses ungehinderten Zugriff auf den betreffenden Vermögensgegenstand nehmen konnte.

### 840. BGH 4 StR 50/24 – Beschluss vom 24. April 2024 (LG Siegen)

Handeltreiben mit Cannabis (besonders schwerer Fall: nicht geringe Menge, 7,5g THC, Auslegung, geringere Gefährlichkeit, wissenschaftliche Grundlage, Eigenanbau, Eigenkonsum; Bezugspunkt der Tathandlung: Teil der Gesamtmenge, Straffreiheit des Umgangs, Auslegung, Freigrenze, Wirkstoffgehalte, Absehen von der Strafe).

§ 34 KCanG

1. Der Grenzwert der nicht geringen Menge im Sinne der Vorschrift liegt bei 7,5 g THC. Der Senat sieht weder Anlass noch Möglichkeit, den bislang unter der Geltung des BtMG für Cannabisprodukte anerkannten Grenzwert abweichend festzusetzen.

2. Bei der Prüfung, ob und in welchem Maß sich die Tat handlung auf eine in diesem Sinn nicht geringe Menge bezogen hat, wird – ebenso wie in den weiteren Fällen des straffreien Umgangs mit Cannabis (§ 34 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 12 KCanG) – derjenige Teil der Gesamtmenge, mit dem der jeweilige Umgang straffrei wäre, außer Betracht zu bleiben haben und erst die die Grenze zur Strafbarkeit überschreitende Stoffmenge daraufhin zu untersuchen sein, ob und inwieweit sie ihrem Wirkstoffgehalt nach den Grenzwert von 7,5 g THC erreicht bzw. überstiegen hat.

**900. BGH 6 StR 174/24 – Beschluss vom 29. Mai 2024 (LG Hildesheim)**

Entscheidung bei Gesetzesänderung, Schuld spruchänderung; Meistbegünstigungsprinzip (milderes Gesetz); Konsumcannabisgesetz (keine strafmildernde Wirkung: Cannabis als „weiche Droge“); Handeltreiben mit Cannabis.

§ 2 Abs. 3 StGB; § 354a StPO; § 354 StPO; § 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG

Dem Umstand, Cannabis sei eine „weiche Droge“, darf aus gesetzessystematischen Gründen keine strafmildernde Wirkung mehr beigemessen werden, weil das KCanG Regelungen allein zu dieser Droge enthält.

## Aufsätze und Anmerkungen

# Die EuGH-Entscheidung zu EncroChat

Von RA Dr. iur. h.c. Gerhard Strate, Hamburg

*Vorbemerkung: Das lange erwartete Urteil der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs vom 30.04.2024 (C-670/22) = HRRS 2024 Nr. 644 hat eine größere Tragweite, als es die bislang spärlichen Reaktionen in der Fachliteratur erwarten lassen. In der nachfolgenden Analyse wird versucht, dies darzulegen. Um die Verständlichkeit und Lesbarkeit der hier angestellten Überlegungen zu erhöhen, werden im Folgenden vermehrt Originalzitate eingeflochten, um den Duktus der Gedankenführung nicht durch das Erfordernis ständigen Nachschlagens in den Literaturquellen zu unterbrechen. Das ist vor allem wegen der Eigenheiten des Europarechts angezeigt, das durch spezifische Begrifflichkeiten gekennzeichnet ist, die sich erst bei mehrmaligem Lesen dem Verständnis öffnen.*

1. Voranzustellen ist bei allem Weiteren die Erkenntnis, dass die Auslegung der im Mittelpunkt der EuGH-Entscheidung stehenden Richtlinie 2014/41 originär unionsrechtliche Bestimmungen betrifft. Alle staatlichen Stellen, insbesondere Gerichte und Behörden, sind entsprechend dem sog. **Anwendungsvorrang** verpflichtet, den Vorschriften des Unionsrechts den Vorrang in jedem konkret zu entscheidenden Fall einzuräumen und unionsrechtswidriges nationales Recht außer Anwendung zu lassen. Dies hat der Europäische Gerichtshof auch in jüngster Zeit akzentuiert eingefordert<sup>1</sup>. Das Unionsrecht ist dabei grundsätzlich **von Amts wegen** und nicht allein dann

heranzuziehen, wenn sich ein Einzelner auf seine Geltung beruft<sup>2</sup>.

2. Das hier in Rede stehende Urteil der Großen Kammer des Europäischen Gerichtshofs vom 30.04.2024<sup>3</sup> weicht in drei wesentlichen Punkten von dem am 02.03.2022 – ohne vorherige Verhandlung über die Revision – gefassten Beschluss des Bundesgerichtshofs<sup>4</sup> ab.

Die belangvollen Abweichungen betreffen die Frage,

- ob es sich bei der Richtlinie 2014/41 (im Folgenden auch: RL EEA) um eine abschließende, den Rechthilfeverkehr innerhalb der EU-Staaten bestimmende Regelung handelt oder nicht; dies wird vom BGH verneint, vom EuGH bejaht (a);
- ob es sich bei der Infiltration von mobilen Endgeräten um eine Maßnahme der Telekommunikationsüberwachung handelt oder nicht. Dies wird vom BGH angezweifelt, vom EuGH bejaht (b);
- ob den Regelungen des Art. 31 der Richtlinie 2014/41 individualschützende Bedeutung zukommt oder nicht. Das wird vom BGH verneint, vom EuGH bejaht (c).

a) In dem Beschluss des BGH vom 02.03.2022 heißt es:

werden kann, wenn der am 02.03.2022 gefasste Beschluss durch den Beschwerdeführer in der Vorinstanz nicht beanstandet wurde.

<sup>3</sup> NJW 2024, 1723 ff.

<sup>4</sup> BGH, Beschluss vom 02.03.2022 – 5 StR 457/21, bei Juris; NJW 2022, 1539 ff. = HRRS 2022 Nr. 393.

<sup>1</sup> So beispielsweise die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofes, Urteil vom 21.12.2021 (verbundene Rechtssachen C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 und C-840/19) in dessen Entscheidungsgründen (Rdnrn. 250 ff.).

<sup>2</sup> Wegener in Callies/Ruffert, EUA und, AEUV, 6. Aufl., Rdnr. 48 zu Art. 19 EUV. Das bedeutet in einem **Strafprozess**, dass die unterlassene Berücksichtigung unionsrechtlicher Vorgaben in einem Revisionsverfahren auch dann gerügt

„Einen abschließenden Kanon von Ermittlungsmaßnahmen, deren Ergebnisse im Rahmen einer Europäischen Ermittlungsanordnung übermittelt werden könnten, enthält die RL EEA nicht (vgl. Erwägungsgrund Nr. 8, Art. 3 RL EEA)“<sup>5</sup>

Demgegenüber betont der Europäische Gerichtshof, dass es sich bei Richtlinie 2014/41 um eine unionsübergreifende Vorgabe handele, die folgenden Zweck erfüllen soll:

„86 Insoweit ist darauf hinzuweisen, dass die Richtlinie 2014/41, wie sich aus ihren Erwägungsgründen 5 bis 8 ergibt, den fragmentierten und komplizierten Rahmen für die Erhebung von Beweismitteln in Strafverfahren mit grenzüberschreitenden Bezügen ersetzen und durch die Einführung eines vereinfachten und wirksameren Systems, das auf einem einheitlichen Instrument beruht, das als Europäische Ermittlungsanordnung bezeichnet wird, die justizielle Zusammenarbeit erleichtern und beschleunigen soll, um zur Verwirklichung des der Union gesteckten Ziels beizutragen, zu einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu werden, und ein hohes Maß an Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten voraussetzt (Urteil vom 8. Dezember 2020. Staatsanwaltschaft Wien [Gefälschte Überweisungsaufträge], C-584/19, EU:C:2020:1002, Rn. 39).“<sup>6</sup>

b) In seiner Entscheidung vom 02.03.2022 zieht der Bundesgerichtshof in Frage, ob es sich bei der (geheimdienstlichen) Infiltration von Endgeräten überhaupt um eine „Überwachung des Telekommunikationsverkehrs“ im Sinne von Art. 31 Abs. 1 der Richtlinie 2014/41 handele und bezweifelt, dass die in Art. 31 Abs. 1 (sowie einfachgesetzlich in § 91g Abs. 6 IRG) geregelten Unterrichtungspflichten des „überwachenden Staates“ (hier Frankreich) gegenüber dem zu „unterrichtenden Staat“ (hier: Deutschland) überhaupt dem Individualschutz des betroffenen Nutzers dienen; auf jeden Fall gelte der Individualschutz **nicht im (deutschen) Inland:**

„Losgelöst von der Frage, ob es bei der in Rede stehenden Beweisgewinnung überhaupt um die Überwachung des Telekommunikationsverkehrs im Sinne von Art. 31 Abs. 1 RL EEA und § 91g Abs. 6 IRG geht (vgl. United Kingdom, Court of Appeal [Criminal Division] vom 5. Februar 2021 – [2021] EWCA Crim 128, CRi 2021, 62; vgl. auch Erwägungsgrund Nr. 30 der RL EEA), sollen diese Vorschriften den Betroffenen aber nicht vor einer Beweisverwendung im unterrichteten Staat (hier Deutschland),

sondern allein vor einer Beweisverwendung im unterrichtenden Staat (hier Frankreich) bzw. im sonstigen europäischen Ausland schützen (vgl. Wahl, ZIS 2021, 452, 457; Zimmermann, ZfStW 2022, 173, 178). Nur auf diesen Individualschutz stellt die Gesetzesbegründung ab (vgl. BT-Drucks. 18/9757, S. 75). Dies entspricht auch der Systematik des Rechtshilferechts. Die Unterrichtungspflicht dient zum einen vorrangig dem Schutz der deutschen Staatssouveränität, indem hiesige Stellen entscheiden sollen, welche strafprozessualen Ermittlungsmaßnahmen mit direkten Auswirkungen auf deutsches Hoheitsgebiet durchgeführt werden dürfen. Zum zweiten dient die Unterrichtungspflicht dem Grundrechtsschutz der betroffenen Person, allerdings nur insoweit, als es um die Beweisverwendung im Ausland geht. Den Schutz von Betroffenen vor einer Verwendung von Beweismitteln in einem deutschen Strafverfahren können das deutsche Verfassungs- und Prozessrecht ausreichend durch die Annahme eines Beweisverwendungs- oder -verwertungsverbots oder durch bestimmte Verwendungsvorbehalte leisten; hierfür bedarf es keiner Rechtshilfavorschriften, die lediglich den zwischenstaatlichen Rechtsverkehr regeln. **Der individuelle Schutzzweck von Art. 31 Abs. 1 RL EEA und § 91g Abs. 6 IRG ist damit auf die Beweisverwendung im Ausland beschränkt und betrifft die Beweisverwendung im Inland nicht.**“<sup>7</sup>

Demgegenüber **bejaht** der Europäische Gerichtshof ausdrücklich, dass es sich bei der Infiltration von Endgeräten, die auf die Abschöpfung von Kommunikationsdaten, aber auch von Verkehrs- und Standortdaten eines internetbasierten Kommunikationsdienstes abzielt, um eine „Überwachung des Telekommunikationsverkehrs“ im Sinne von Art. 31 Abs. 1 der Richtlinie 2014/41 handele:

„113 Was drittens das Ziel von Art. 31 der Richtlinie 2014/41 betrifft, geht aus deren 30. Erwägungsgrund hervor, dass die Möglichkeiten der Zusammenarbeit im Rahmen dieser Richtlinie über die Überwachung des Telekommunikationsverkehrs nicht auf den Inhalt des Telekommunikationsverkehrs beschränkt sein sollten, sondern sich auch auf die Erhebung von Verkehrs- und Standortdaten im Zusammenhang mit diesem Telekommunikationsverkehr erstrecken könnten.

**114 Folglich handelt es sich bei einer Infiltration von Endgeräten, die auf die Abschöpfung von Kommunikationsdaten, aber auch**

<sup>5</sup> BGH, Beschluss vom 02.03.2022 – 5 StR 457/21, bei Juris, Rdnr. 48 = HRRS 2022 Nr. 393.

<sup>6</sup> EuGH (Große Kammer), Urteil vom 30.04.2024 – Rechtssache C-670/22, Rdnr. 86. Der durch den EuGH jetzt auch inhaltlich widerlegten Behauptung, die RL EEA enthalte keinen abschließenden Kanon von Ermittlungsmaßnahmen (BGH a.a.O. Rdnr. 48) versuchte der 5. Strafsenat zusätzlich durch den Hinweis auf die Monographie von Ronsfeld, Rechtshilfe, Anerkennung und Vertrauen – Die Europäische

Ermittlungsanordnung, Berlin 2015, aufzuhelfen, indem er durch ein Falschzitat den Eindruck zu erwecken versuchte, der Autor verträte ebenfalls diese Einschätzung einer beschränkten Anwendungsbreite der RL EEA. Das Gegenteil war richtig: „Grundsätzlich werden von der RL EEA alle Ermittlungsmaßnahmen erfasst, Erwägungsgrund 8, Art. 3 RL EEA“ (Ronsfeld a.a.O. S. 134 – meine Hervorhebung).

<sup>7</sup> Meine Hervorhebung, BGH a.a.O. Rdnr. 48.

von Verkehrs- oder Standortdaten eines internetbasierten Kommunikationsdiensts abzielt, um eine „Überwachung des Telekommunikationsverkehrs“ im Sinne von Art. 31 Abs. 1 der Richtlinie 2014/41.“<sup>8</sup>

c) Auch betont der Europäische Gerichtshof – im Gegensatz zu der eben zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs –, dass Art. 31 der Richtlinie 2014/41 sich auch auf den Schutz der Rechte der von den Überwachungsmaßnahmen betroffenen Personen im „unterrichteten Staat“ (hier: Deutschland) erstreckt:

Mit Frage 4 c) möchte das vorlegende Gericht im Wesentlichen wissen, ob Art. 31 der Richtlinie 2014/41 dahin auszulegen ist, dass er bezweckt, die Rechte der von einer Maßnahme der ‚Überwachung des Telekommunikationsverkehrs‘ im Sinne dieses Artikels betroffenen Nutzer zu schützen, und dass sich dieser Schutz auch auf die Verwendung der so gesammelten Daten zur Strafverfolgung im unterrichteten Mitgliedstaat erstreckt. (...)

124 Art. 31 der Richtlinie 2014/41 soll somit nicht nur die Achtung der Souveränität des unterrichteten Mitgliedstaats gewährleisten, sondern auch sicherstellen, dass das in diesem Mitgliedstaat im Bereich der Überwachung des Telekommunikationsverkehrs garantierte Schutzniveau nicht unterlaufen wird. Da eine Maßnahme der Überwachung des Telekommunikationsverkehrs einen Eingriff in das in Art. 7 der Charta verankerte Recht auf Privatleben und Kommunikation der Zielperson darstellt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 17. Januar 2019, Dzivev u. a., C-310/16, EU:C:2019:30, Rn. 36), ist daher davon auszugehen, dass Art. 31 der Richtlinie 2014/41 auch den Schutz der Rechte der von einer solchen Maßnahme betroffenen Personen bezweckt und dass sich dieser Zweck auf die Verwendung der Daten zu Strafverfolgungszwecken im unterrichteten Mitgliedstaat erstreckt.“<sup>9</sup>

3. Von entscheidender Bedeutung ist vor allem, dass der EuGH den individualschützenden Charakter des Art. 31 der Richtlinie 2014/41 anerkennt.

Zuvor ist allerdings die Feingliederung des EuGH-Urteils ins Bewusstsein zu rufen. Das Urteil des Europäischen Gerichtshofs ist Abschluss eines Vorabentscheidungsverfahrens gemäß Art. 267 AEUV. Der Gerichtshof entscheidet keinen Fall, sondern beantwortet Fragen.

Die erste Frage des LG Berlin betraf die Zuständigkeit für den Erlass einer Europäischen Ermittlungsanordnung.

Das Landgericht Berlin war der Auffassung, wenn die EEA sich auf Beweismittel richte, die im Anordnungsstaat nur durch die Entscheidung eines Richters zugänglich gemacht werden, dies auch für den Vollstreckungsstaat, in dessen Händen sich die Beweismittel befinden, gelten müsse<sup>10</sup>. Der zweite Fragenkomplex des Landgerichts Berlin betraf eine von ihm gesehene Diskrepanz zwischen der Rechtsprechung des EuGH zur Zulässigkeit einer Vorratsdatenspeicherung einerseits und der Auffassung des Bundesgerichtshofs, eine nicht spezifizierte Verdachtslage hinsichtlich vielfältiger Straftaten sei ausreichend gewesen, um eine Europäische Ermittlungsanordnung zu erlassen<sup>11</sup>. Die dritte Frage des Landgerichts Berlin bezog sich auf Art. 6 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2014/41, demzufolge – so die Meinung des LG Berlin – die Anordnungsbehörde (hier: in Deutschland) den Erlass einer Europäischen Ermittlungsanordnung am Maßstab des innerstaatlichen Rechts prüfen müsse<sup>12</sup>. Alle diese Fragen hat der Europäische Gerichtshof verneint. Der Gerichtshof betont hierbei, dass die Europäische Ermittlungsanordnung ein Instrument der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen im Sinne des Art. 82 Abs. 1 AEUV sei, die auf dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung gerichtlicher Urteile und Entscheidungen beruhe<sup>13</sup>. Scheinbar abschließend kommt der Europäische Gerichtshof zu folgendem Resümee:

„Daraus folgt, dass die Anordnungsbehörde, wenn sie mittels einer Europäischen Ermittlungsanordnung um Übermittlung von Beweismitteln ersucht, die sich bereits im Besitz der zuständigen Behörden des Vollstreckungsstaats befinden, nicht befugt ist, die Ordnungsmäßigkeit des gesonderten Verfahrens zu überprüfen, mit dem der Vollstreckungsmitgliedstaat die Beweise, um deren Übermittlung sie ersucht, erhoben hat. Insbesondere würde eine gegenteilige Auslegung von Art. 6 Abs. 1 dieser Richtlinie in der Praxis zu einem komplexeren und weniger effizienten System führen, das dem mit der Richtlinie verfolgten Ziel abträglich wäre.“<sup>14</sup>

Bis hin zu dieser Passage vermittelt das Urteil des EuGH den Eindruck, in den hergebrachten Bahnen zu verlaufen<sup>15</sup>. Dass dem nicht so ist, sondern der Europäische Gerichtshof nun doch völlig neue Wege betritt, zeigen die folgenden Passagen des Urteils, die sich der Wirkungsbreite des Art. 31 der Richtlinie 2014/41 widmen<sup>16</sup>. Zum Zwecke höherer Verständlichkeit sei den folgenden Passagen hier nochmals Art. 31 der Richtlinie 2014/41 in vollem Wortlaut vorangestellt:

**Die Unterrichtung des Mitgliedstaats, in dem sich die Zielperson der Überwachung befindet und dessen technische Hilfe nicht erforderlich ist**

<sup>8</sup> EuGH a.a.O. (Fn. 4), Rdnr. 113, 114 (meine Hervorhebung).

<sup>9</sup> EuGH a.a.O. Rdnr. 120 und 124 (meine Hervorhebung).

<sup>10</sup> EuGH a.a.O. Rdnr. 99.

<sup>11</sup> EuGH a.a.O. Rdnr. 36.

<sup>12</sup> EuGH a.a.O. Rdnrn. 38 und 40.

<sup>13</sup> EuGH a.a.O.

<sup>14</sup> EuGH a.a. O. Rdnr. 100 (meine Hervorhebung).

<sup>15</sup> Von diesen Passagen hat sich m.E. Gaede NJW 2024, 1731, 1732, zu sehr beeindruckt lassen.

<sup>16</sup> EuGH a.a.O. Rdnrn. 197 – 125 sowie die Leitsätze 3 und 4 (Rdnr.132).

(1) Wenn zum Zwecke der Durchführung einer Ermittlungsmaßnahme die Überwachung des Telekommunikationsverkehrs von der zuständigen Behörde eines Mitgliedstaats („überwachender Mitgliedstaat“) genehmigt wurde und der in der Überwachungsanordnung bezeichnete Kommunikationsanschluss der Zielperson der Überwachung im Hoheitsgebiet eines anderen Mitgliedstaats („unterrichteter Mitgliedstaat“) genutzt wird, von dem für die Durchführung der Überwachung keine technische Hilfe benötigt wird, so hat der überwachende Mitgliedstaat die zuständige Behörde des unterrichteten Mitgliedstaats von der Überwachung wie folgt zu unterrichten:

a) vor der Überwachung in Fällen, in denen die zuständige Behörde des überwachenden Mitgliedstaats bereits zum Zeitpunkt der Anordnung der Überwachung davon Kenntnis hat, dass sich die Zielperson der Überwachung im Hoheitsgebiet des unterrichteten Mitgliedstaats befindet oder befinden wird;

b) während oder nach der Überwachung, und zwar unmittelbar nachdem sie davon Kenntnis erhält, dass sich die Zielperson der Überwachung während der Überwachung im Hoheitsgebiet des unterrichteten Mitgliedstaats befindet oder befunden hat.

(2) Für die Unterrichtung gemäß Absatz 1 wird das in Anhang C festgelegte Formblatt verwendet.

(3) Die zuständige Behörde des unterrichteten Mitgliedstaats kann in dem Fall, dass die Überwachung in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht genehmigt würde, der zuständigen Behörde des überwachenden Mitgliedstaats unverzüglich und spätestens innerhalb von 96 Stunden nach Erhalt der Unterrichtung gemäß Absatz 1 mitteilen,

a) dass die Überwachung nicht durchgeführt werden kann oder zu beenden ist und

b) erforderlichenfalls, dass das Material, das bereits gesammelt wurde, während sich die Zielperson der Überwachung im Hoheitsgebiet des unterrichteten Mitgliedstaats befand, nicht oder nur unter den von ihm festzulegenden Bedingungen verwendet werden darf. Die zuständige Behörde des unterrichteten Mitgliedstaats setzt die zuständige Behörde des überwachenden Mitgliedstaats von den Gründen für diese Bedingungen in Kenntnis.

(4) Artikel 5 Absatz 2 gilt sinngemäß für die Mitteilung gemäß Absatz 2.

Die Große Kammer des Europäischen Gerichtshofs widmet sich in zwei Leitsätzen ihrer Entscheidung vom 30.04.2024 der Auslegung des Art. 31 der Richtlinie 2014/41:

HRRS Juli (7/2024)

„3. Art. 31 der Richtlinie 2014/41

ist dahin auszulegen, dass

eine mit der Infiltration von Endgeräten verbundene Maßnahme zur Abschöpfung von Verkehrs-, Standort- und Kommunikationsdaten eines internetbasierten Kommunikationsdiensts eine „Überwachung des Telekommunikationsverkehrs“ im Sinne dieses Artikels darstellt, von der die Behörde zu unterrichten ist, die von dem Mitgliedstaat, in dessen Hoheitsgebiet sich die Zielperson der Überwachung befindet, zu diesem Zweck bestimmt wurde. Sollte der überwachende Mitgliedstaat nicht in der Lage sein, die zuständige Behörde des unterrichteten Mitgliedstaats zu ermitteln, so kann diese Unterrichtung an jede Behörde des unterrichteten Mitgliedstaats gerichtet werden, die der überwachende Mitgliedstaat für geeignet hält.

4. Art. 31 der Richtlinie 2014/41

ist dahin auszulegen, dass

er auch bezweckt, die Rechte der von einer Maßnahme der „Überwachung des Telekommunikationsverkehrs“ im Sinne dieses Artikels betroffenen Nutzer zu schützen.“ (Rdnr. 132)

Über diese Leitsätze noch etwas hinausgehend ist die Begründung des EuGH-Urteils, indem darin ausdrücklich festgehalten wird:

„124 Da eine Maßnahme der Überwachung des Telekommunikationsverkehrs einen Eingriff in das in Art. 7 der Charta verankerte Recht auf Privatleben und Kommunikation der Zielperson darstellt (vgl. in diesem Sinne Urteil vom 17. Januar 2019, Dzivev u. a., C-310/16, EU:C:2019:30, Rn. 36), ist daher davon auszugehen, dass Art. 31 der Richtlinie 2014/41 auch den Schutz der Rechte der von einer solchen Maßnahme betroffenen Personen bezweckt und dass sich dieser Zweck auf die Verwendung der Daten zu Strafverfolgungszwecken im unterrichteten Mitgliedstaat erstreckt.“

Damit hat der Europäische Gerichtshof ausdrücklich auch den Transfer der Daten vom „überwachenden Mitgliedstaat“ (hier: Frankreich) auf den „unterrichteten Staat“ (hier Deutschland) den Vorgaben des Art. 31 der Richtlinie 2014/41 unterstellt.

Dies bedeutet: Die französischen Behörden waren gemäß Art. 31 Abs. 1 der Richtlinie 2014/41 verpflichtet, die deutschen Behörden über die Überwachung des Telekommunikationsverkehrs der in Deutschland sich aufhaltenden Nutzer des Encro-Chat-Dienstes zu unterrichten.

Das taten sie dann auch: In der Zeit vom 03.04.2020 bis zum 28.06.2020 rief das Bundeskriminalamt die von den französischen Behörden auf dem Europol-Server bereitgestellten Daten der in Deutschland genutzten Mobiltelefone ab<sup>17</sup>. Den deutschen Behörden (dem Bundeskriminalamt und anschließend der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt) waren hierbei nicht die Einzelheiten der Datenabschöpfung beim EncroChat-Server bekannt; wohl aber war Ihnen bekannt, dass die ihnen übermittelten Daten durch die Aufspielung einer Trojaner-Software auf den Endgeräte der EncroChat-Nutzer beigebracht wurden. Die Infiltration des EncroChat-Servers in Roubaix förderte die IMEI der in dem jeweiligen Land festgestellten Endgeräte zutage, ebenso die jeweils zugehörigen E-Mail-Adressen, E-Mail-Adressen der Kontaktpartner, Datum und Uhrzeit der Kommunikation, den Standort des Funkmastes, über den das jeweilige Endgerät eingebucht war, sowie die in den Chats übermittelten Texte und Bilder<sup>18</sup>.

Die deutschen Behörden nutzten die Unterrichtung durch die französischen Behörden allerdings nicht dazu, den aus Art. 31 Abs. 3 der Richtlinie 2014/41 folgenden Verpflichtungen nachzukommen –

**Um nochmals an den Wortlaut des Art. 31 Abs. 3 RL EEA zu erinnern:**

Die zuständige Behörde des unterrichteten Mitgliedstaats kann in dem Fall, dass die Überwachung in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht genehmigt würde, der zuständigen Behörde des überwachenden Mitgliedstaats unverzüglich und spätestens innerhalb von 96 Stunden nach Erhalt der Unterrichtung gemäß Absatz 1 mitteilen,

a) dass die Überwachung nicht durchgeführt werden kann oder zu beenden ist und

b) erforderlichenfalls, dass das Material, das bereits gesammelt wurde, während sich die Zielperson der Überwachung im Hoheitsgebiet des unterrichteten Mitgliedstaats befand, nicht oder nur unter den von ihm festzulegenden Bedingungen verwendet werden darf. Die zuständige Behörde des unterrichteten Mitgliedstaats setzt die zuständige Behörde des überwachenden Mitgliedstaats von den Gründen für diese Bedingungen in Kenntnis.

– sondern wurden über die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt den Staatsanwaltschaften in den einzelnen Bundesländern – so auch in Hamburg – zur Auswertung und zur Einleitung von Ermittlungsverfahren zur Verfügung gestellt.

**Völlig ignoriert** wurde hierbei, dass nach deutscher Rechtslage die von den französischen Behörden unterrichteten zuständigen Behörden in Deutschland nicht nur – im

Rahmen pflichtgemäßen Ermessens – gehalten waren, zunächst einmal die Vorgaben des Art. 31 Abs. 3 der Richtlinie 2014/41 zu prüfen **und danach zu handeln**. Sie waren von dieser Prüfungspflicht nicht etwa deswegen befreit, weil der Besitz der Beweismittel im „Vollstreckungsstaat“ sich auf einen **vergangenen** Sachverhalt bezog<sup>19</sup>.

Während es in der Richtlinie 2014/41 noch heißt –

Die zuständige Behörde des unterrichteten Mitgliedstaats **kann** in dem Fall, dass ...

– erlegt der deutsche Gesetzgeber den unterrichteten Behörden (in Deutschland) eine **ausnahmslos bestehende Verpflichtung** auf, wie folgt zu handeln (§ 91g IRG):

(6) Sind Ersuchen auf eine grenzüberschreitende Überwachung des Telekommunikationsverkehrs gerichtet, ohne dass für die Durchführung der Überwachung die technische Hilfe der Bundesrepublik Deutschland benötigt wird, und würde die Ermittlungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall nicht genehmigt, ist der zuständigen Stelle des ersuchenden Mitgliedstaates unverzüglich, spätestens aber innerhalb von 96 Stunden nach Eingang des Ersuchens mitzuteilen, dass

1. die Überwachung nicht durchgeführt werden kann oder zu beenden ist und

2. Erkenntnisse, die bereits gesammelt wurden, während sich die überwachte Person im Hoheitsbereich der Bundesrepublik Deutschland befand, nicht oder nur unter Bedingungen verwendet werden dürfen; die Bedingungen und ihre Gründe sind mitzuteilen.

In der Gesetzesbegründung heißt es hierzu:

„Die Vorschrift setzt Artikel 31 Absatz 3 der RL EEA um, der selbst keine Verpflichtung für die Mitgliedstaaten vorsieht, auf Unterrichtungen des überwachenden Mitgliedstaates zu reagieren. Verschweigen sich die unterrichteten Mitgliedstaaten aber, gilt dies nach der Systematik der Norm als Bewilligung der Überwachungsmaßnahme. Damit besteht das Risiko, dass sensible Daten, die aus Telekommunikationsüberwachungen auf deutschem Hoheitsgebiet gewonnen werden, im europäischen Ausland auch dann verwendet werden, wenn die Überwachung nach deutschem Recht nicht zulässig wäre. Zum Schutz der Grundrechte von betroffenen Personen und zum Schutz der deutschen

<sup>17</sup> Vgl. die Sachverhaltsschilderung im Urteil des EuGH unter Rdnr.25.

<sup>18</sup> So die Sachverhaltsschilderung bei LG Berlin, Beschluss vom 01.07.2021 (bei Juris), Rdnr. 11.

<sup>19</sup> Vgl. die Formulierung in Art. 31 Abs. 1 Buchst. b der Richtlinie 2014/41 umschließt auch in der Vergangenheit abgeschlossene Sachverhalte: Die Unterrichtungspflicht besteht „während oder **nach** der Überwachung“.

Staatsouveränität ist Absatz 6 deshalb als **verbindliche Regelung** ausgestaltet.“<sup>20</sup>

Der deutsche Gesetzgeber hat die Lücke, die Art 31 Abs. 3 der Richtlinie 2014/41 lässt, nämlich dass der unterrichtete Mitgliedstaat (hier Deutschland) nicht reagiert und damit die Fiktion einer Bewilligung von Überwachungsmaßnahmen des überwachenden Staates (hier: Frankreich) auslöst, gesehen. Diese Lücke wird in der Gesetzesbegründung angesprochen; der Gesetzgeber wollte sie schließen. Handelt es sich um Überwachungsmaßnahmen des überwachenden Staates (hier Frankreich), die nach dem Recht des unterrichteten Staates (hier: Deutschland) nicht zulässig gewesen wären, hat der deutsche Gesetzgeber für diesen Fall ausdrücklich dekretiert, dass die nach deutschem Recht widerrechtlich gesammelten Erkenntnisse „nicht ... verwendet werden dürfen“<sup>21</sup>. Die vorgesehene „**verbindliche Regelung**“ sei erforderlich „**zum Schutz der Grundrechte von betroffenen Personen und zum Schutz der deutschen Staatsouveränität**“. Das sind „sachgemäße Erwägungen“ im Sinne der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts<sup>22</sup>, die einer Unterminierung durch „abwägende“ Überlegungen nicht zugänglich sind. Auch lässt sie der eindeutige Wortlaut des § 91g Abs. 6 Buchst. b) IRG nicht zu.

Die Regelung des § 91g Abs. 6 IRG ist hinsichtlich des an Art. 31 der Richtlinie 2014/41 anschließenden Gebrauchs

des Wortes „Ersuchen“ etwas verwirrend. Da es hier gerade um eine Maßnahme geht, die die Anordnungsbehörde (in Frankreich) ohne technische Unterstützung durch den Gebietsstaat (Deutschland) eigenständig vollziehen kann, geht es letztlich nicht um ein „Ersuchen“, sondern um eine **Unterrichtung** der zuständigen Stellen des Gebietsstaats (Vollstreckungsstaats – in diesem Falle Deutschland).<sup>23</sup> Auch wenn die deutschen Behörden keine technische Hilfe bei der Überwachungsmaßnahme leisten, so sind sie doch im Hinblick auf Art. 1 Abs. 3 GG verpflichtet, bei der von der (französischen) Anordnungsbehörde betriebenen Überwachung der Telekommunikation auf deutschem Hoheitsgebiet dafür zu sorgen, dass das **nach deutschem Recht bestehende Schutzniveau** gewährleistet bleibt<sup>24</sup>.

Um es nochmals zu betonen: der Gesetzgeber wollte eine **verbindliche** Regelung. Waren die Voraussetzungen einer Überwachung zum Zeitpunkt ihrer Durchführung nach deutschem Recht nicht gegeben, dann dürfen die bereits gesammelten Erkenntnisse „nicht oder nur unter Bedingungen verwendet“ werden (§ 91g Abs. 6 Nr. 2 IRG). Das ist ein **Verwendungsverbot**, das sich unmittelbar aus dem Gesetz ergibt und den Absichten des Gesetzgebers entspricht.

## Aufsätze und Anmerkungen

# Zum Abrechnungsbetrug bei der Durchführung von (Nicht-)Arztleistungen nach § 12 der Coronavirus-Testverordnung

Von RA Prof. Dr. Tilman Reichling, Frankfurt am Main

## A. Problemaufriss

Die Corona-Pandemie stellte Regierungen weltweit vor beispiellose Herausforderungen. Auch in Deutschland führte sie zu einer Reihe von Gesetzen und Verordnungen,

die darauf abzielten, die Ausbreitung des Virus zu kontrollieren und die öffentliche Gesundheit zu schützen. Von besonderer Bedeutung war die Verordnung zum Anspruch auf bestimmte Testungen für den Nachweis des Vorliegens einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2<sup>1</sup> (im

<sup>20</sup> BT-Drucksache 18/9757, S. 75 (meine Hervorhebung)

<sup>21</sup> Das ist die **grundsätzliche Aussage** der in § 91g Abs. 6 IRG getroffenen Regelung; unter welchen „Bedingungen“ doch eine Freigabe der „gesammelten Erkenntnisse“ erfolgen dürfe, wird weder im Gesetzestext noch in der Gesetzesbegründung angesprochen; zu denken ist an eine Freigabe unter der Bedingung, dass die deutschen Eingriffsvoraussetzungen bei Erhebung der Daten (z.B. nach §§ 100a und 100b StPO) vorgelegen haben. Das steht hier aber nicht zur Debatte.

<sup>22</sup> Vgl. nur BVerfGE 36, 174, 191 (zu dem Verwertungsverbot aus §§ 61, 49 Abs. 1 BZRG).

<sup>23</sup> Böse in Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas/Brodowski (Hrsg.) Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 3. Aufl., Rdnr. 14 zu § 91g IRG

<sup>24</sup> Böse a.a.O.

<sup>1</sup> Verordnung vom 08.06.2020, veröffentlicht im Bundesanzeiger am 09.06.2020, BAnz AT 09.06.2020 V1.

Folgenden: TestV). Die Tests waren ein wichtiger Baustein der Öffnungsstrategie(n) und ermöglichten es, Lockerungen unter der Bedingung von tagesaktuellen Testergebnissen umzusetzen.

Die TestV durchlief mehrere Änderungen, die auf die sich ständig ändernden Umstände der Pandemie reagierten.<sup>2</sup> Die häufigen Änderungen führten in einigen Fällen zu Verwirrung und Kritik. Nicht wenige Bürgerinnen und Bürger empfanden die Entscheidungen als chaotisch und schwer nachvollziehbar. Ob die Maßgaben zu den Masken, den (Schnell-)Tests oder die Einschränkungen des (Sozial-)Lebens im Allgemeinen: Vieles mag sich im Nachhinein als „falsch“ und oder missbrauchsanfällig herausgestellt haben, doch es bleibt ein Fakt: „hinterher ist man immer schlauer“.

Eine zentrale Rolle kam den sog. Bürgertests zu, die zum 08.03.2021 von der Bundesregierung eingeführt wurden. Deutschland befand sich zu dieser Zeit in einer kritischen Phase der Corona-Pandemie.<sup>3</sup> Die Tests waren Teil einer umfassenden Strategie, die es allen Bürgerinnen und Bürgern ermöglichte, sich regelmäßig und kostenlos auf das Virus testen zu lassen. Ziel war es, asymptomatische Infektionen frühzeitig zu erkennen und so die Übertragungsketten zu unterbrechen. Gleichzeitig wurden schrittweise Öffnungen geplant, um der Bevölkerung und der Wirtschaft Perspektiven zu bieten.<sup>4</sup> Die Verfügbarkeit der Bürgertests trug am Ende wesentlich dazu bei, das öffentliche Leben trotz der Pandemie jedenfalls teilweise wiederherzustellen.

Trotz der zweifelsohne wichtigen Rolle, die die TestV – und im Besonderen die Bürgertests – für die Eindämmung der Gefahren spielte, gab es schon früh Berichte über Missbrauchsfälle. Erst kürzlich sprach sich Bundesgesundheitsminister Karl Lauterbach noch für eine Verlängerung der Prüffrist im Bereich des Abrechnungsbetrugs nach der TestV aus.<sup>5</sup> Die Missbrauchsanfälligkeit der TestV wirft rechtspolitisch zentrale Fragen auf: Wie kann ein Gleichgewicht zwischen Zugänglichkeit und Kontrolle geschaffen werden? Wie können Betrug und Missbrauch effektiv verhindert werden, ohne die Verfügbarkeit und den einfachen Zugang zu Tests zu beeinträchtigen? Hierbei handelt es sich um Fragen, die für zukünftige

gesundheitspolitische Maßnahmen relevant bleiben, auch wenn die Corona-Pandemie vorerst beendet scheint.

Von ebenso hoher Bedeutsamkeit ist die strafrechtliche Nachbetrachtung der Pandemie, die sich im Zusammenhang mit der TestV auf verschiedene Betrugskonstellationen konzentriert: Wurde überhaupt getestet? Liegt eine zureichende Dokumentation über die Testungen vor? Ist bezüglich der tatsächlich durchgeführten Tests zutreffend abgerechnet worden? Zu letzterem Problemkreis zählt unter anderem die Einordnung der Beauftragten als ärztlicher oder nicht ärztlicher Leistungserbringer nach § 12 Abs. 1, 2 TestV<sup>6</sup>, die mittlerweile auch die Strafjustiz im Rahmen der Aufarbeitung möglicher Betrugsfälle beschäftigt.

## B. Ärztlicher Leistungserbringer nach § 12 Abs. 1 TestV (i.d.F. v. 08.03.2021)

Nach § 12 Abs. 1 TestV beträgt die an die nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und 3 TestV berechtigten ärztlichen und zahnärztlichen Leistungserbringer zu zahlende Vergütung für das Gespräch, die Entnahme von Körpermaterial, die PoC-Diagnostik, die Ergebnismitteilung und die Ausstellung eines Zeugnisses über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 im Zusammenhang mit einer Testung je Testung 15 Euro. Nach § 12 Abs. 2 TestV beträgt die zu zahlende Vergütung für diese Leistungen je Testung 12 Euro, sofern der nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 TestV als weiterer Leistungserbringer beauftragte Dritte *kein* ärztlicher oder zahnärztlicher Leistungserbringer ist.

Als weitere Leistungserbringer in diesem Sinne können gemäß § 6 Abs. 1 S. 2 TestV Ärzte, Zahnärzte, ärztlich oder zahnärztlich geführte Einrichtungen, medizinische Labore, Apotheken, Rettungs- und Hilfsorganisationen und weitere Anbieter, die eine ordnungsgemäße Durchführung, insbesondere nach einer Schulung nach § 12 Abs. 4 TestV, garantieren, beauftragt werden.

Eine Definition, wann von einem ärztlichen bzw. einem nichtärztlichen Leistungserbringer im Sinne der TestV auszugehen ist, fehlt. Es bestand seinerzeit zudem weder

<sup>2</sup> V. v. 14.10.2020, BAnz AT 14.10.2020 V1; V. v. 30.11.2020, BAnz AT 01.12.2020 V1; V. v. 27.01.2021, BAnz AT 27.01.2021 V2; V. v. 08.03.2021, BAnz AT 09.03.2021 V1; V. v. 03.05.2021, BAnz AT 04.05.2021 V1; V. v. 24.06.2021, BAnz AT 25.06.2021 V1; V. v. 12.11.2021, BAnz AT 12.11.2021 V1; V. v. 16.12.2021, BAnz AT 17.12.2021 V1; V. v. 07.01.2022, BAnz AT 10.01.2022 V1; V. v. 11.02.2022, BAnz AT 11.02.2022 V1; V. v. 29.03.2022, BAnz AT 30.03.2022 V1; V. v. 29.06.2022, BAnz AT 29.06.2022 V1; V. v. 31.08.2022, BAnz AT 31.08.2022 V2; V. v. 24.11.2023, BAnz AT 24.11.2022 V2; V. v. 11.01.2023, BGBl. 2023 I Nr. 13.

<sup>3</sup> Im Situationsbericht des RKI vom 08.03.2021, S. 1 heißt es: „Nach wie vor ist eine hohe Anzahl an Übertragungen in der Bevölkerung in Deutschland zu beobachten. Das RKI schätzt die Gefährdung für die Gesundheit der Bevölkerung in Deutschland insgesamt als sehr hoch ein.“, abrufbar unter: [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Situationsberichte/Maerz\\_2021/2021-03-08-](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Situationsberichte/Maerz_2021/2021-03-08-)

[de.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](#) (zul. abgerufen am 27.06.2024).

<sup>4</sup> „Strategie und Handreichung zur Entwicklung von Stufenkonzepten bis Frühjahr 2021“, herausgegeben durch das RKI: „Derzeit finden Überlegungen zu Strategien und Stufenplänen auf verschiedenen Ebenen statt. Gleichzeitig ist ein Rückgang der Akzeptanz von Maßnahmen in der Bevölkerung zu beobachten, was die Notwendigkeit einer klaren Zielstellung und transparenten Perspektive für die nächsten Monate unterstreicht.“, abrufbar unter: [https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges\\_Coronavirus/Downloads/Stufenplan-Fruehjahr21.pdf?\\_\\_blob=publicationFile](https://www.rki.de/DE/Content/InfAZ/N/Neuartiges_Coronavirus/Downloads/Stufenplan-Fruehjahr21.pdf?__blob=publicationFile) (zul. abgerufen am: 27.06.2024).

<sup>5</sup> <https://www.spiegel.de/politik/deutschland/gesundheitsminister-karl-lauterbach-verlaengert-frist-fuer-abrechnungsbetrug-bei-coronatests-a-72102789-13e1-4c3e-870f-82a1b083aa3e> (zul. abgerufen am: 27.06.2024).

<sup>6</sup> Die Differenzierung findet sich erstmals in der V. v. 27.01.2021, BAnz AT 27.01.2021 V2.

eine Handreiche<sup>7</sup> oder eine Kommentierung zum Verständnis des Begriffs noch lag insoweit einschlägige Rechtsprechung vor. Letztlich fehlt es hieran – soweit ersichtlich – bis heute. Die Leistungserbringer waren in der maßgeblichen Zeit der Testungen und deren Abrechnung konzeptionell auf sich selbst gestellt, das heißt wahlweise auf ihr eigenes „Judiz“ angewiesen oder zumindest angehalten, eigeninitiativ bei den Kassenärztlichen Vereinigungen der verschiedenen Länder nachzufragen, die wiederum für sich die Norm *interpretieren* mussten.

Verortet man die Bürgertestungen zutreffend als Massentestgeschäft<sup>8</sup> fernab von Arztleistungen im klassischen Sinne, wird schnell klar, dass bei der Differenzierung zwischen einem ärztlichen und einem nicht ärztlichen Leistungserbringer nicht die persönliche Durchführung des Arztes als Maßstab dienen kann.<sup>9</sup> Es bedarf vielmehr einer Auslegung im Gesamtzusammenhang der TestV, des Sinn und Zwecks und auch der Eingriffsintensität eines (Nasen-)Abstrichs.

## C. Begriffsbestimmung anhand klassischer Auslegungsmethoden

Entscheidend ist mithin, wer als „ärztlicher Leistungserbringer“ im Sinne der TestV zu verstehen ist, mithin wann eine ärztliche Leistung bzw. Leistungserbringung im Kontext der TestV vorliegt.

### I. Wortlautauslegung

Die Wortlautauslegung bzw. die grammatische Auslegung ist bekanntlich die zentrale Methode der Rechtsinterpretation in der Rechtswissenschaft – „Jede Auslegung eines Textes wird mit dem Wortsinn beginnen“<sup>10</sup>. In ständiger Rechtsprechung des BVerfG heißt es hierzu: „Maßgebend für die Auslegung von Gesetzen ist der in der Norm zum Ausdruck kommende objektivierte Wille des Gesetzgebers, wie er sich aus dem Wortlaut der Vorschrift und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den sie hineingestellt ist.“<sup>11</sup>

Die Auslegung anhand des Wortlauts der Norm basiert auf dem Prinzip, dass der buchstäbliche Text eines Gesetzes der primäre (wenn auch nicht ausschließliche) Indikator für dessen Bedeutung ist. Sie verlangt von den

Auslegenden, sich eng an den Text zu halten und dabei den natürlichen Sprachgebrauch und, falls ein solcher feststellbar ist, auch den besonderen Sprachgebrauch zu berücksichtigen. Weiter schließt dies die Grammatik, die Syntax und den Kontext ein, in dem die Worte verwendet werden.<sup>12</sup>

Als „Leistungserbringer“ gelten *per definitionem* Personen, die (Dienst-)Leistungen erbringen; letztlich handelt es sich um die gesundheitsökonomische Bezeichnung für natürliche oder juristische Personen, die im deutschen Gesundheitssystem Leistungen erbringen. Der Begriff findet so vielfach Verwendung im SGB V.<sup>13</sup> Vom Wortlaut erfasst werden nicht nur die unmittelbar dienstleistenden, das heißt handelnden Personen, sondern entsprechend des üblichen (kontextualisierten) Sprachgebrauchs auch Personengruppen bzw. Unternehmen.

Damit unterfällt dem Wortlaut des § 12 Abs. 1 TestV eine Vielzahl möglicher Verständnisse: So könnte mit dem Begriff des „ärztlichen Leistungserbringers“ der unmittelbar handelnde Arzt gemeint sein, wenn dieser etwa den Abstrich (selbst) vornimmt, aber auch jede andere (angestellte) Person, die in einem ärztlich organisierten oder geleiteten Betrieb Leistungen erbringt. Aus zuletzt bezeichneter Bewertung ergeben sich zudem Folgefragen: Muss der Arzt, wenn er den Abstrich nicht selbst abnimmt, „vor Ort“ sein? Muss er „zugegen“ sein? Oder reicht es, wenn er für die behandelnden Personen „erreichbar“ und im Übrigen für den betrieblichen Ablauf verantwortlich ist? Der Begriff des ärztlichen Leistungserbringers nach § 12 Abs. 1 TestV ist somit unbestimmt. Eine taugliche Umgrenzung des Tatbestandes kann nach dem Wortlaut der Norm nicht vorgenommen werden.

### II. Systematische Auslegung

Die systematische Auslegung konzentriert sich auf das Verhältnis einzelner Normen zueinander und sucht nach einem Bedeutungszusammenhang innerhalb des gesamten Normengefüges. Der Systematik kommt – so das BVerfG – „eine nicht unerhebliche Indizwirkung“<sup>14</sup> zu. Bei der Auslegung wird der gesamte Kontext berücksichtigt, in dem eine Norm steht. Dies hilft dabei, den Inhalt einer Norm im Gesamtgefüge des Rechts zu verstehen und zu interpretieren.<sup>15</sup> Sie ist besonders nützlich, wenn es

<sup>7</sup> Die „Vorgaben der KBV für die Leistungserbringer zur Coronavirus-Testverordnung vom 27. Januar 2021“, abrufbar unter: [https://www.kbv.de/media/sp/2021-02-08\\_KBV\\_Vorgaben\\_Pflichten\\_LE\\_TestV\\_v.27.01.2021.pdf](https://www.kbv.de/media/sp/2021-02-08_KBV_Vorgaben_Pflichten_LE_TestV_v.27.01.2021.pdf) (zul. abgerufen am: 27.06.2024) verhalten sich wie auch die Vorgaben der KBV mit Wirkung zum 08.03.2021, abrufbar unter: [https://www.kbv.de/media/sp/2021-03-19\\_KBV\\_Vorgaben\\_Pflichten\\_LE\\_TestV\\_v.08.03.2021.pdf](https://www.kbv.de/media/sp/2021-03-19_KBV_Vorgaben_Pflichten_LE_TestV_v.08.03.2021.pdf) (zul. abgerufen am: 27.06.2024) zum Verständnis bzw. der Differenzierung zwischen den beiden Leistungsarten gerade nicht.

<sup>8</sup> Nach Zahlen anhand der zum 24.04.2023 gegenüber den Kassenärztlichen Vereinigungen eingereichten Abrechnungen sind über 740 Mio. Leistungen als Abstrich nach § 4a i.V.m. § 12 der TestV abgerechnet worden, [https://www.kbv.de/media/sp/Zahlen\\_Buergertes-tung\\_Abrechnungsmonat.xlsx](https://www.kbv.de/media/sp/Zahlen_Buergertes-tung_Abrechnungsmonat.xlsx) (zul. abgerufen am: 27.06.2024).

<sup>9</sup> Vgl. dazu die Vereinbarung über die Delegation ärztlicher Leistungen an nichtärztliches Personal in der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung gemäß § 28 Abs. 1 S. 3 SGB V vom 1. Oktober 2013, abrufbar unter: [https://www.kbv.de/media/sp/24\\_Delegation.pdf](https://www.kbv.de/media/sp/24_Delegation.pdf) (zul. abgerufen am: 27.06.2024).

<sup>10</sup> Vgl. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl. (1991), S. 320.

<sup>11</sup> BVerfGE 133, 168, 205 = HRRS 2013 Nr. 222 ; so schon BVerfGE 1, 299, 312; 11, 126, 130 f.; 105, 135, 157.

<sup>12</sup> Larenz, a.a.O. (Fn. 10), S. 320 ff.

<sup>13</sup> Vgl. dort die Überschrift des Vierten Kapitels: „Beziehungen der Krankenkassen zu den Leistungserbringern“.

<sup>14</sup> BVerfGE 133, 168, 205 = HRRS 2013 Nr. 222.

<sup>15</sup> BVerfGE 48, 246, 256: „Dabei kann gerade die systematische Stellung einer Vorschrift im Gesetz, ihr sachlich-logischer Zusammenhang mit anderen Vorschriften diesen Sinn und Zweck freilegen.“

darum geht, die Kohärenz und Harmonie innerhalb der Rechtsordnung zu wahren und ermöglicht es, Widersprüche zu vermeiden und die Einheitlichkeit der Rechtsanwendung zu sichern.<sup>16</sup>

In dieser Hinsicht ist zunächst die weitere Verwendung des Begriffes des „Leistungserbringers“ in der TestV zu betrachten. Nach § 6 Abs. 1 S. 2 TestV können als sog. „weitere Leistungserbringer“ Ärzte, Zahnärzte, ärztlich oder zahnärztlich geführte Einrichtungen, medizinische Labore, Apotheken, Rettungs- und Hilfsorganisationen und weitere Anbieter, die eine ordnungsgemäße Durchführung, insbesondere nach einer Schulung nach § 12 Abs. 4 TestV, garantieren, beauftragt werden. Als „Leistungserbringer“ versteht die TestV mithin explizit (auch) Organisationen, was die obige Wortlautauslegung stützt. Dieses Verständnis stützt obendrein § 7 Abs. 1 TestV, der in Bezug auf sämtliche genannten Stellen nach § 6 Abs. 1 S. 1 TestV<sup>17</sup> von „berechtigten Leistungserbringern“ spricht, worunter wiederum organisierte Betriebe fallen.

Zur Einordnung der Leistungserbringer als ärztlich oder nicht ärztlich kommt es damit systematisch nicht auf die unmittelbar dienstleistende Person an, sondern auf die Frage, ob der Leistungserbringer ärztlich organisiert ist bzw. unter ärztlicher Leitung steht. Für ein solches Verständnis spricht indiziell, dass § 6 Abs. 1 S. 2 TestV *expressis verbis* „ärztlich geführte Einrichtungen“ als berechnete Leistungserbringer anerkennt.

Für ein weites Verständnis des Begriffes des ärztlichen Leistungserbringers spricht im Übrigen auch § 28 Abs. 1 S. 2 SGB V. Danach gehört „(z)ur ärztlichen Behandlung (...) auch die Hilfeleistung anderer Personen, die von dem Arzt angeordnet und von ihm zu verantworten ist.“ Zur Konkretisierung der insoweit delegierbaren Leistungen hat die Kassenärztliche Bundesvereinigung in Beteiligung mit dem GKV-Spitzenverband gemäß § 28 Abs. 1 S. 3 SGB V eine Vereinbarung getroffen.<sup>18</sup> Aus dieser ergibt sich letztlich, dass die Anforderungen an die Delegation umso geringer sind, je weniger gefahrenträchtig ein Eingriff erscheint. So können bspw. allgemeine Laborleistungen (z.B. Blutzuckermessung) stets durch nicht ärztliches Personal als Teil-Arztleistung durchgeführt werden, ohne dass insoweit Besonderheiten vereinbart wurden oder Hinweise zu beachten wären.<sup>19</sup>

Überträgt man die Bewertung auf die Konstellation der Testleistung, dann stellt die Realisierung der Tests durch nichtärztliches Personal eine ärztliche Behandlung dar, so wie diese „von dem Arzt angeordnet und von ihm zu verantworten“ ist. Unter welchen Voraussetzungen eine Verantwortlichkeit des Arztes im Kontext der TestV gegeben sein könnte, soll noch näher dargelegt werden (vgl. dazu B.IV.). Die Systematik deutet eher auf ein weites Verständnis hin.

### III. Historische Auslegung

Weiterhin ist regelmäßig die Entstehungsgeschichte bei der Auslegung einer Norm bedeutsam.<sup>20</sup> Die historische Auslegung beruht auf der Annahme, dass das historische Verständnis des Gesetzgebers für die Anwendung des Rechts in der Gegenwart von Bedeutung ist. Relevant sind insbesondere die Gesetzes- bzw. Entstehungsmaterialien.<sup>21</sup>

Hintergrund und Ziel der TestV im Gesamten war die Bereitstellung eines niederschweligen und umfassenden Angebots für die Bürgerinnen und Bürger, sich regelmäßig kostenlos testen zu lassen.<sup>22</sup> Die Verbreitung des Coronavirus SARS-CoV-2 sollte erkannt und durch geeignete Maßnahmen verhindert werden. Für die hiesige Auslegung ist diese Programmatik hingegen unergiebig; Rückschlüsse auf das Verständnis von § 12 TestV sind nicht möglich.

Demgegenüber sind die „Gesetzgebungsunterlagen“, präzisierter die „Verordnungsgeberunterlagen“, die sich konkret zu § 12 TestV verhalten, für die Auslegung unmittelbar relevant:

Die Differenzierung zwischen einem ärztlichen Leistungserbringer und einem nichtärztlichen Leistungserbringer erfolgte erstmals mit Fassung v. 27.01.2021. In der Begründung heißt es dazu:

*„Die berechtigten ärztlichen und zahnärztlichen Leistungserbringer nach § 6 Absatz 1 Satz 1 veranlassen die Labordiagnostik. Alternativ wenden sie einen PoC-Antigen-Test selbst an und werten diesen aus. [...] Der Anspruch nach § 1 Absatz 1 umfasst auch das Gespräch in Zusammenhang mit der Testung, die Entnahme des zu untersuchenden Körpermaterials sowie die Ausstellung eines ärztlichen Zeugnisses. Für diese ärztlichen oder zahnärztlichen Leistungen beträgt die Vergütung je Testung 15 Euro*

<sup>16</sup> Weiterführend Larenz, a.a.O. (Fn. 10), S. 324 ff.

<sup>17</sup> D.h. die zuständigen Stellen des öffentlichen Gesundheitsdienstes und die von ihnen betriebenen Testzentren (1.), die von den Stellen nach Nummer 1 als weitere Leistungserbringer oder als Testzentrum beauftragten Dritten (2.) und (3.) Arztpraxen und die von den Kassenärztlichen Vereinigungen betriebenen Testzentren.

<sup>18</sup> Vereinbarung über die Delegation ärztlicher Leistungen an nichtärztliches Personal in der ambulanten vertragsärztlichen Versorgung gemäß § 28 Abs. 1 S. 3 SGB V vom 1. Oktober 2013, Anlage 24 BMV-Ä, abrufbar unter: [https://www.kbv.de/media/sp/24\\_Delegation.pdf](https://www.kbv.de/media/sp/24_Delegation.pdf) (zul. abgerufen am: 27.06.2024).

<sup>19</sup> Vereinbarung über die Delegation ärztlicher Leistungen an nichtärztliches Personal in der ambulanten

vertragsärztlichen Versorgung gemäß § 28 Abs. 1 S. 3 SGB V vom 1. Oktober 2013 a.a.O. (Fn. 18), S. 6.

<sup>20</sup> BVerfGE 133, 168, 205 = HRRS 2013 Nr. 222.

<sup>21</sup> Larenz, a.a.O. (Fn. 10), S. 328 ff.

<sup>22</sup> In der Begründung zur ersten Fassung der TestV heißt es: „Ziel ist es, umfassender als bisher insbesondere Personengruppen zu testen, bei denen noch keine Symptome für das Vorliegen einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 vorliegen, bei denen aber dennoch eine Infektion naheliegender erscheint oder bei denen eine hohe Gefahr besteht, dass sie oder andere Personen in ihrem Umfeld bei Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2 besonders gefährdet wären.“, abrufbar unter: [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/C/Coronavirus/Corona-Test-VO\\_20i\\_SGB\\_V\\_mit\\_Begrueundung.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/Corona-Test-VO_20i_SGB_V_mit_Begrueundung.pdf) (zul. abgerufen am: 27.06.2024).

unabhängig von der Testmethode. [...] Soweit es bei den beauftragten Personen und Einrichtungen nicht um ärztliche oder zahnärztliche Leistungserbringer handelt, beträgt die Vergütung für die Durchführung von Tests 9 Euro je Test. Die unterschiedliche Vergütungshöhe rechtfertigt sich durch das unterschiedliche Qualifikationsniveau der Leistungserbringer“<sup>23</sup>.

Die Begründung ist in den späteren Fassungen der TestV entsprechend.<sup>24</sup>

Zumindest bemerkenswert ist, dass die Diskrepanz zwischen den beiden Leistungskategorien zunehmend durch den Ordnungsgeber abgeschafft wurde. Zwischen einer ärztlichen und einer nichtärztlichen Leistung bestand zunächst ein Delta von sechs Euro<sup>25</sup>, dann von drei Euro<sup>26</sup> und ab dem 01.07.2021, also nur ein halbes Jahr nach der Einführung, wurden die Leistungen schließlich als wertgleich ausgestaltet.<sup>27</sup> Zur Begründung der Anpassung ist im Referentenentwurf lediglich angegeben: „Die unterschiedlichen Vergütungen werden vereinheitlicht und in der Höhe angepasst.“<sup>28</sup> Es dürfte daher zumindest erörterungsbedürftig sein, ob und inwieweit bei objektiv-wirtschaftlicher Betrachtungsweise ein Vermögensschaden bei unterstellt fälschlich qualifizierter Abrechnung tatsächlich angenommen werden kann.

Ungeachtet dessen bestätigt die historische Auslegung die vorläufige Bewertung, wonach eine ärztliche Leistungserbringung auch bei Delegation auf nichtärztliches Personal anzunehmen ist. Die Begründung führt als Kriterium die „Veranlassung“ des Arztes an – eine aktive Mitwirkung setzt dies nicht voraus. Der Bewertung steht auch nicht entgegen, dass die unterschiedliche Vergütungshöhe Ausfluss des abweichenden Qualifikationsniveaus sein soll. Zwar könnte dies indiziell dafürsprechen, dass der ärztlichen Leistungserbringung nur solche Leistungen unterfallen sollten, bei denen die Qualifikation des Arztes sich tatsächlich auf irgendeine Weise auswirkt. Die Qualifikation des Arztes kann als Kriterium der Leitung und der Organisation der Teststelle jedoch unabhängig von der aktiven Mitwirkung Berücksichtigung finden – § 6 Abs. 1 S. 2 TestV gibt dies wortwörtlich vor, wenn von „ärztlich geführte(n) Einrichtungen“ die Rede ist.

Rein faktisch erscheint die Annahme einer höherwertigen Leistungserbringung auf Grund der Qualifikation des Arztes durch die tatsächlichen Gegebenheiten zudem überholt. Nur so erklärt es sich letztlich auch, dass der

Verordnungsgeber die Vergütungsbeträge einander sukzessive und in nur kurzer Zeit angeglichen hat.

#### IV. Teleologische Auslegung

Schließlich spielen der Sinn und Zweck einer Norm und damit *teleologische* Gesichtspunkte eine bedeutsame, wenn nicht sogar *die* Rolle bei der Auslegung einer Rechtsnorm.<sup>29</sup> Das BVerfG hat dazu bspw. ausgeführt: „Unter Umständen wird erst im Zusammenhang mit dem Sinn und Zweck des Gesetzes [...] die im Wortlaut ausgedrückte, vom Gesetzgeber verfolgte Regelungskonzeption deutlich“<sup>30</sup>. Die teleologische Interpretation gewährleistet, dass eine Norm ihrer Funktion gerecht wird. Sie ist insbesondere bei einer nach dem Wortlaut unklaren Rechtslage bedeutsam. Maßgebend ist der objektivierte Wille des Gesetzgebers.<sup>31</sup>

Der objektivierte Wille des Ordnungsgebers bei der Differenzierung zwischen ärztlichen und nicht ärztlichen Leistungserbringern geht dahin, dass den Testleistungen unterschiedliche Qualifikationsniveaus zu Grunde liegen sollen, wodurch die unterschiedliche Bezahlung schließlich gerechtfertigt sei. Eine Präzisierung dessen, was den Mehrwert im Einzelnen begründen soll, findet nicht statt.

Indiziell von Bedeutung ist die Bezeichnung in § 6 Abs. 1 S. 2 TestV: „ärztlich oder zahnärztlich geführte Einrichtungen“ sowie die Maßgabe der „Veranlassung eines Schnelltests“ durch einen Arzt als Faktor zur Annahme eines ärztlichen Leistungserbringers.

Die Formulierung zeigt eine mögliche Parallele zu medizinischen Versorgungszentren (nachfolgend: „MVZ“) als Ausgangspunkt für hiesige Überlegungen auf. Nach § 95 Abs. 1 S. 2 SGB V sind MVZ ärztlich geleitete Einrichtungen, in denen Ärzte als Angestellte oder Vertragsärzte gemeinsam tätig sind. Gemäß § 95 Abs. 1 S. 3 SGB V muss der ärztliche Leiter in dem MVZ selbst als angestellter Arzt oder als Vertragsarzt tätig sein, was nach der entsprechenden sozialgerichtlichen Bewertung eine zumindest halbtägliche Beschäftigung voraussetzt.<sup>32</sup>

Übertragen auf den Teststellenbetrieb ließe dies ein Verständnis zu, wonach ein ärztlicher Leistungserbringer nach § 12 Abs. 1 TestV gegeben ist, wenn ein Arzt zu jedenfalls 50 Prozent der Zeit in der Teststelle anwesend ist, sofern er die Verantwortung für die Betriebsabläufe trägt.

<sup>23</sup> Abrufbar unter: [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/C/Coronavirus/Verordnungen/Corona-TestV\\_mit\\_Begruendung\\_270121.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/Verordnungen/Corona-TestV_mit_Begruendung_270121.pdf), dort S. 32 f. (zul. abgerufen am: 27.06.2024).

<sup>24</sup> Vgl. insbes. die Begründung der TestV vom 08.03.2021, abrufbar unter: [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/C/Coronavirus/Verordnungen/Corona-TestV\\_mit\\_Begruendung\\_080321.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/Verordnungen/Corona-TestV_mit_Begruendung_080321.pdf) (zul. abgerufen am: 27.06.2024).

<sup>25</sup> V. v. 27.01.2021, BAnz AT 27.01.2021 V2.

<sup>26</sup> V. v. 08.03.2021, BAnz AT 09.03.2021 V1.

<sup>27</sup> V. v. 24.06.2021, BAnz AT 25.06.2021 V1.

<sup>28</sup> Abrufbar unter: [https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3\\_Downloads/C/Coronavirus/Verordnungen/CoronavirusTestV\\_Juni\\_2021\\_mit\\_Begruendung.pdf](https://www.bundesgesundheitsministerium.de/fileadmin/Dateien/3_Downloads/C/Coronavirus/Verordnungen/CoronavirusTestV_Juni_2021_mit_Begruendung.pdf), dort S. 2 (zul. abgerufen am: 27.06.2024).

<sup>29</sup> Larenz, a.a.O. (Fn. 10), S. 333 ff.

<sup>30</sup> BVerfGE 133, 168, 205 = HRRS 2013 Nr. 222.

<sup>31</sup> So schon BVerfGE 1, 299, 312.

<sup>32</sup> Vgl. bspw. Bayerisches Landessozialgericht, Urteil vom 27. Januar 2016 – L 12 KA 69/14 –, Rn. 25: „Das Erfordernis einer wenigstens halbtägigen Beschäftigung des ärztlichen Leiters im MVZ ergibt sich zwar nicht direkt aus dem Wortlaut des § 95 Abs. 1 Satz 3 SGB V, aber aus Sinn und Zweck der Erfordernisse einer ärztlichen Leitung. Dem ärztlichen Leiter eines MVZ kommt eine besondere Pflichtenstellung hinsichtlich des ordnungsgemäßen Ablaufs der vertragsärztlichen Versorgung im MVZ zu. Er hat die Verantwortung für die ärztliche Steuerung der Betriebsabläufe und eine Gesamtverantwortung gegenüber der KÄV.“

Wäre dies gegeben, unterfielen sämtliche Leistungen, auch während der Abwesenheit des Arztes, dem Tatbestand des § 12 Abs. 1 TestV.

Wenn Sinn und Zweck der Differenzierung mithin letztlich die Sicherstellung des ordnungsgemäßen Ablaufs ist, würde es dem Sinn und Zweck der Norm womöglich jedoch ebenso entsprechen, wenn der ärztliche Leiter nicht 50 Prozent der Zeit in der Teststelle ist, sondern weniger, da es sich – anders als bei einem MVZ im Regelfall – um wiederkehrende Leistungen handelt, die in jedem Einzelfall dem gleichen Ablauf unterliegen.

Darüber hinaus geht die Durchführung eines Schnelltests auch mit kaum körperlichen Risiken einher. Die häufigsten Beschwerden können allenfalls leichte Unannehmlichkeiten im Nasen- oder Rachenraum sein, je nachdem, wo die Probe entnommen wird. In seltenen Fällen kann es zu Nasenbluten kommen, insbesondere wenn der Test nicht korrekt durchgeführt wird.<sup>33</sup> Bei der Bewertung ist überdies beachtlich, dass die in Rede stehenden Tests letztlich (auch) für eine sichere *Eigenanwendung* konzipiert sind. Die körperlichen Risiken bei der Durchführung eines Corona-Schnelltests sind insgesamt minimal.

Die Organisation der Teststelle (also etwa die Ausarbeitung eines Test- und Hygienekonzeptes) als Leitungsaufgabe sowie die Mitarbeiterauswahl und deren Schulung wäre nach dieser Prämisse im Vergleich zur Durchführung der Tests und deren Beaufsichtigung von größerer Tragweite. Dies gilt besonders im Hinblick auf etwaige Infektionsrisiken, wie sie vor allem organisatorisch auszu-schließen sind.

Insofern erscheint es mit dem Sinn und Zweck und auch dem Wortlaut von § 12 Abs. 1 TestV ebenso vereinbar, als ärztliche Leistungserbringer etwa solche Teststellen zu verstehen, die ärztlich konzipiert bzw. organisiert sind und darüber hinaus einer zumindest regelmäßigen Prüfung des Arztes unterliegen. Die gesteigerte Qualifikation des Arztes als Organisator fände dadurch in ebenso „werterhöhender Weise“ Berücksichtigung.

Gegen eine solche Auslegung könnte zwar eingewandt werden, dass § 12 TestV die Konzeption und die Organisation nicht als Teil des (Einzel-)Leistungskatalogs auf-führt; die Vergütung ist gemäß § 12 TestV zu gewähren „für das Gespräch, die Entnahme von Körpermaterial, die PoC-Diagnostik, die Ergebnismitteilung und die Ausstellung eines Zeugnisses über das Vorliegen oder Nichtvorliegen einer Infektion mit dem Coronavirus SARS-CoV-2.“ Gleichwohl ist die Konzeption und auch die Organisation des Teststellenbetriebs zumindest mittelbar leistungsrelevant – auch im Hinblick auf das Gespräch, die Entnahme etc.

Mit dem Sinn und Zweck der Norm schließlich nicht mehr vereinbar wäre die Annahme eines ärztlichen Leistungser-bringers, sofern weder die Konzeption der Teststelle in Verantwortung eines Arztes stattfindet noch der Testbe-trieb unter ärztlicher Leitung steht. Insbesondere kann die bloße Schulung des Personals durch einen Arzt nicht zur Qualifikation der Teststelle als ärztlicher Leistungserbringer reichen, da die Schulung gerade der Sachkundevermittlung gegenüber nichtärztlichen Leistungserbringern dient.<sup>34</sup>

Eine eindeutige Auslegung von § 12 Abs. 1, 2 TestV kann auch anhand des Sinns und Zwecks der Norm nicht voll-zogen werden. Sicher ausgeschlossen ist die Annahme eines ärztlichen Leistungserbringers allein für die Fälle, in welchen sich die Qualifikation des Arztes auf den Gesamt-betrieb oder die einzelnen Testungen nicht auswirkt.

## D. Fazit

Die Rechtspraxis sieht sich immer wieder neuen Geset-zen, Verordnungen oder Konstellationen gegenüber, die es auszulegen (und anzuwenden) gilt. Das allein ist nichts Neues. Die TestV zeigt dies als extremes Beispiel auf – mit rund 15 Fassungen seit dem 08.06.2020.

Die Dynamik entsprechender Vorgaben hat jedoch im Rahmen der strafrechtlichen „Aufarbeitung“ regelmäßig unmittelbare Auswirkungen für die Prüfung eines Betrugs: Eine Täuschung über Tatsachen setzt ausweislich der höchstrichterlichen Rechtsprechung bekanntlich eine „Einwirkung auf die Vorstellungen des Getäuschten vor-aus, nämlich ein Verhalten des Täters, das objektiv geeig-net und subjektiv bestimmt ist, beim Adressaten eine Fehlvorstellung über tatsächliche Umstände hervorzuru-fen.“<sup>35</sup> Ob insbesondere die subjektive Bestimmung zur Täuschung tatsächlich im Einzelfall mit zureichender Si-cherheit ermittelt werden kann, wenn die Norm sich – erstens – ständig ändert und – zweitens – in hohem Maße auslegungsbedürftig ist, ist oftmals zweifelhaft und in jeden Fall sorgfältig zu prüfen. Eine Täuschung über Tatsachen ist keineswegs zwingend, selbst wenn die Erklä-rung sich später als falsch erweist; umso kritischer dürfte in solchen Fällen der Vorsatz zu betrachten sein.

In den Konstellationen des Abrechnungsbetrugs stellt sich zudem die Qualifikation des Leistungserbringers regelmä-ßig als bewertungsrelevanter Umstand dar.<sup>36</sup> Fernab der Debatten zur formellen Schadensberechnung ist in diesen Fällen die Leistung stets dahingehend zu prüfen, ob sie auf Grund des Qualifikationsmangels qualitativ vermindert war, so dass zwischen Leistung und Abrechnung ein Miss-verhältnis besteht. Die TestV statuiert mit § 12 Abs. 1 und Abs. 2 in den entsprechenden Fassungen einen Grenzfall, bei dem es sehr wohl vertretbar erscheint, wie es auch der Verordnungsgeber im Nachgang entsprechend angepasst hat, von einer *wirtschaftlichen* Gleichwertigkeit von

<sup>33</sup> Vgl. etwa: [https://www.sueddeutsche.de/gesundheits-corona-test-kribbeln-nach-nasenabstrich-nicht-ungewoehnlich-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-210108-99-947730](https://www.sueddeutsche.de/gesundheit/gesundheits-corona-test-kribbeln-nach-nasenabstrich-nicht-ungewoehnlich-dpa.urn-newsml-dpa-com-20090101-210108-99-947730) (zul. abgerufen am: 27.06.2024).

<sup>34</sup> Vgl. § 12 Abs. 4 TestV v. 08.03.2021: „Für die ärztliche Schulung des Personals in nichtärztlich oder

nichtzahnärztlich geführten Einrichtungen nach § 4 Absatz 2 Nummer 1 bis 4 und von einem nach § 6 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 als Leistungserbringer beauftragten Dritten, der kein ärztlicher oder zahnärztlicher Leistungserbringer ist.“

<sup>35</sup> BGHSt 47, 1, 5.

<sup>36</sup> Vgl. exempl. BGH NStZ 2014, 640 = HRRS 2014 Nr. 830.

ärztlicher und nichtärztlicher Leistung auszugehen, obgleich der unterschiedlichen Vergütung. Das Kriterium des Vermögensschadens wäre im Einzelfall daher ebenso kritisch zu betrachten.

Strafrecht ist stets *ultima ratio*. Strafrechtliche Sanktionen sollten nur als letztes Mittel eingesetzt werden, wenn andere weniger einschneidende Maßnahmen nicht

ausreichen, um den Rechtsfrieden zu wahren (etwa zivilrechtliche oder verwaltungsrechtliche Maßnahmen). Nicht alles, was sich nachträglich als möglicherweise „falsch“ darstellt, ist zugleich als Betrug zu deklarieren. Erst recht gilt dies, wenn es unterschiedliche Interpretationsmöglichkeiten von Vorgaben bzw. Voraussetzungen bestehen, wie dies in Zusammenhang der Corona-Pandemie für viele (Rechts-) Fragen gilt.

## Aufsätze und Anmerkungen

# Zur Einführung von polizeilichen Vernehmungsinhalten in die Hauptverhandlung

Von RA Dr. Tarig Elobied, Berlin

## A. Einleitung

Ein Kollege schilderte folgenden Sachverhalt:<sup>1</sup> Der Zeuge Z wurde in der Hauptverhandlung einvernommen. Nachdem er abgetreten war, wollte der Vorsitzende das Protokoll über die polizeiliche Vernehmung des Zeugen verlesen. Auf die Beanstandung des Verteidigers hin wurde die Anordnung des Vorsitzenden bestätigt. Die einem bunten Potpourri gleichende Begründung lautete wie folgt:

„Der [Zeuge] hat in der Hauptverhandlung umfassend Angaben, die den Gegenstand der früheren Vernehmungen abdecken, gemacht. Durch eine anschließende Verlesung einer Niederschrift über frühere Vernehmungen wird die Vernehmung in der Hauptverhandlung nicht ersetzt, so dass ein solcher Urkundenbeweis als vernehmungsergänzende Verlesung von § 250 [StPO] nicht untersagt und nach § 249 Abs. 1 [StPO] statthaft ist. Eine solche Verlesung kann insbesondere dann angezeigt sein, wenn es darum geht, zur Feststellung der Glaubwürdigkeit oder Unglaubwürdigkeit der Beweisperson und der Glaubhaftigkeit oder Unglaubhaftigkeit ihrer Bekundungen die Aussagekonstanz durch Einführung früherer Bekundungen in die Hauptverhandlung zu belegen. Hierfür bedarf es in solchen Fällen weder einer zeugenschaftlichen Vernehmung des damaligen Vernehmungsbeamten noch eines Einverständnisses der Verfahrensbeteiligten mit einer Verlesung nach § 251 Abs. 1 Nr. 1 oder Abs. 2 Nr. 3 [StPO]. Selbst die Einführung im Selbstleseverfahren ist zulässig.“

Der Beschluss hat zu einer lebhaften Diskussion über die Zulässigkeit des Vorgehens geführt: Das Meinungsspektrum reichte von Ablehnung über teilweises Verständnis bis hin zur Zustimmung. Durfte der Vorsitzenden so vorgehen? Um es vorwegzunehmen: Die Antwort lautet „Jein“!

## I. Problemstellung

Zeugen sagen in der Hauptverhandlung idR nicht zum ersten Mal aus. Im Gros der Fälle wurden sie bereits im Ermittlungsverfahren von der Polizei vernommen. Von diesen Vernehmungen gibt es meist ein Protokoll. Sagt ein Zeuge dann nach Monaten oder Jahren in der Hauptverhandlung aus, können die im Protokoll niedergeschriebenen mit den in der Hauptverhandlung gemachten Angaben übereinstimmen. Sie können aber auch davon abweichen, sei es, dass es sich dabei um ein Mehr, ein Weniger oder einen Widerspruch handelt. Dies kann dazu führen, dass die Verfahrensbeteiligten ein Interesse daran haben, die Übereinstimmung oder Abweichung (Aussage[in]konstanz) festzustellen. Auch kann ein Interesse daran bestehen, Lücken in der Beweisführung zu schließen.<sup>2</sup>

Dazu ist es nötig, den Inhalt der polizeilichen Vernehmung in die Hauptverhandlung einzuführen: Der Zeuge kann in der Hauptverhandlung vernommen und – auch unter Nutzung des Vernehmungsbehelfs Vorhalt – befragt werden. Daneben oder anstelle der Einvernahme des Zeugen kommt auch die der Vernehmungsperson als Zeuge vom Hörensagen<sup>3</sup> in Betracht. Schließlich bietet die

<sup>1</sup> Es handelt sich um den Kollege Rechtsanwalt *Rakow*, Berlin/Rostock, der auch das nachfolgende Zitat beigesteuert hat.

<sup>2</sup> Vgl. *Norouzi*, in: Müller/Schlothauer/Knauer, Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 3. Auflage 2022, § 9

Rn. 165; *Sommer*, Effektive Strafverteidigung, 4. Auflage, 2020 Rn. 1245.

<sup>3</sup> *Cirener/Sander*, in: Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Großkommentar, 27. Aufl. 2019; § 250 Rn. 4a.

Verlesung des über die frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls eine Möglichkeit, die Inhalte einzuführen.

## II. Erkenntnisinteresse

Die Frage, ob und wie Vernehmungsinhalte durch Vorhalt oder Vernehmung der Vernehmungsperson als Zeuge vom Hörensagen zulässig in die Hauptverhandlung eingeführt werden dürfen, ist weitgehend geklärt (III.). Die zentrale Frage, die hier behandelt wird, ist, ob und wieweit außerhalb des Anwendungsbereichs des § 251 StPO und – nach h.M. – des § 253 StPO polizeiliche Vernehmungsprotokolle nach dem Grundsatz der Freiheit des Urkundenbeweises<sup>4</sup> verlesen werden dürfen. Diese Frage verursacht in der Praxis eine nicht zu übersehende Unsicherheit, die einerseits auf eine verwirrend kasuistische, unübersichtliche und zu Teilen in sich widersprüchliche Rechtsprechung<sup>5</sup> und andererseits auf eine lakonische und unzutreffende, die Differenzierung der Rspr. verkennende Wiedergabe derselben zurückzuführen ist.<sup>6</sup> Ziel der folgenden Ausführungen ist es daher, das Knäuel der zu dieser Frage

vertretenen Auffassungen zu entwirren, die wesentlichen Argumentationsstränge typisierend aufzuzeigen (B.) und diese einer Kritik zu unterziehen (C.).

## III. Der Ausgangspunkt: Das herrschende Paradigma

Dabei werden – sofern nicht unbedingt zum Verständnis erforderlich – Fragen zur Zulässigkeit der Verlesung anderer Erklärungen gemäß § 250 S. 2 2. Alt. StPO sowie zur Beweiswürdigung ausgeklammert. Außerdem wird vom derzeit herrschenden Paradigma ausgegangen,<sup>7</sup> das von der späteren Rspr. des RG,<sup>8</sup> der Rspr. des BGH<sup>9</sup> und der h.M. in der Literatur<sup>10</sup> vertreten wird. Dieses ist insbesondere dadurch gekennzeichnet, dass § 253 StPO<sup>11</sup> die Einführung von polizeilichen Vernehmungsprotokollen durch den *Urkundenbeweis* regelt. Einigkeit besteht auch insoweit, als dass sowohl der Vorhalt<sup>12</sup> als auch die Einvernahme der Vernehmungsperson als Zeuge vom Hörensagen<sup>13</sup> in der Hauptverhandlung für zulässig erachtet werden. Demgegenüber steht die frühe Rspr. des RG<sup>14</sup> sowie

<sup>4</sup> BGH NJW 1965, 874; *Hamm/Pauly*, Die Revision in Strafsachen, 8. Auflage 2021, Rn. 1067.

<sup>5</sup> *Mosbacher* NStZ 2014, 1; *Wömpner* NStZ 1983, 293.

<sup>6</sup> *Gubitz/Bock* Jus 2007, 130, 131, Fn. 11; *Wömpner* NStZ 1983, 293.

<sup>7</sup> Grundlegend: *Thomas S. Kuhn*, The Structure of Scientific Revolutions, 2. Aufl. 1970, (Preface viii).

<sup>8</sup> Seit RGSt 20, 220, 222; vgl. auch RGSt 38, 432, 433; RGSt 50, 129, 130; RGSt 54, 13, 17; RGSt 61, 9 f.

<sup>9</sup> BGHSt 20, 169 ff.; BGH NJW 2004, 1468, 1469 = HRRS 2004 Nr. 297; BGH NStZ-RR 2019, 188 = HRRS 2019 Nr. 516

<sup>10</sup> *R. Fischer*, in: Heintschel-Heinegg/Bockemühl, KMR Kommentar zur Strafprozessordnung, § 253, Rn. 2; *Ganter*, in: Graf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar, Strafprozessordnung, Ed. 1.1.2024, StPO § 253 Rn. 1; *Schmitt*, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung mit GVG und Nebengesetzen, Kommentar, 66. Aufl. 2023, StPO § 253, Rn. 1; vgl. zum Streitstand *Scheffler*, in: Heghmanns/Scheffler, Handbuch zum Strafverfahren, Kap. VII, Rn. 706 ff. m.w.N. Nach *Göbel*, Strafprozess, 8. Auflage 2013, S. 164 müssen auch im Falle des § 253 StPO die Voraussetzungen des § 251 Abs.1 Nr. 1 StPO erfüllt sein.

<sup>11</sup> Für den Praktiker instruktiv *Gerst* StraFo 2018, 273 ff., insb. 279 zum Paradigmenwechsel.

<sup>12</sup> Vgl. zum Streitstand *Diemer*, in: Barthe/Gericke (Hrsg.), Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung, 9. Aufl. 2023, StPO § 249 Rn. 44 f. und *Hanack*, FS-Schmidt-Leichner, 83, 84 Fn. 6 m.w.N. Hier ist nur darauf hinzuweisen, dass der Vorhalt danach nicht unbegrenzt zulässig ist. Es bestehen Grenzen sowohl hinsichtlich seines Gegenstandes (vgl. BGH NStZ 2022, 119 = HRRS 2021 Nr. 931; OLG Düsseldorf NJW 1988, 217, 218 sowie *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Auflage, 2015, Rn. 940 und *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 8. Auflage 2015, Rn. 636) als auch seiner Art und Weise, insbesondere dann, wenn es sich um längere oder sehr komplexe Ausführungen handelt (BGH NJW 2011, 3733 = HRRS 2011 Nr. 1154). In diesen Fällen soll vom Vorhalt „nur in dem durch die Sachlage gebotenen Umfang und in einer Weise Gebrauch gemacht [werden], die [...] ausschließt,“ dass die Laien nicht verstünden, dass „nicht der Inhalt der vorgehaltenen Urkunde, sondern allein die durch den Vorhalt herbeigeführte Erklärung des Befragten“ [...] „Grundlage für die vom Gericht zutreffende Entscheidung ist“ (BGH NJW 1953, 192). Wird der Vorhalt rechtsmissbräuchlich eingesetzt, steht den

Verfahrensbeteiligten nach § 238 Abs. 2 StPO die Möglichkeit zu, eine auf die Sachleitung bezügliche Anordnung des Vorsitzenden zu beanstanden (BGH NJW 1953, 192, 293).

<sup>13</sup> Vgl. *Cirener/Sander*, a.a.O. (Fn. 3), § 250 Rn. 25 ff. und *Diemer*, a.a.O. (Fn. 12), § 250 Rn. 10 jeweils m.w.N. Zur Beweiswürdigung in diesen Fällen: *Bartel*, in: Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2024, StPO § 261 Rn. 293; kritisch zum Beweiswert der Protokolle *Eisenberg* JZ 1984, 912 ff.

<sup>14</sup> RGSt 1, 409, 413; RG Rspr. 5 (1883), 145, 147; ursprünglich ging das RG davon aus, dass § 252 RStPO (=§ 253 StPO) lediglich den Vorhalt regelt. So führte es in RGSt 1, 409, 413 bereits am 7. Mai 1880 aus, dass „es sich [bei der Verlesung nach § 252 RStPO] um einen Akt der Beweisaufnahme [...] überhaupt nicht handelt, sondern gerade die unmittelbare Vernehmung dadurch vorbereitet und in ihren Ergebnissen befördert werden soll“; und a.a.O. 412 wird auf die Protokolle der Reichstagskommission verwiesen, wonach „selbstverständlich die Verlesung nur als Anhalt für die mündliche Verhandlung dienen, nicht dieselbe ersetzen“ soll. Im Übrigen sei nach RG a.a.O., 413 ein „freier“ Vorhalt nur für „eine vorherige Befragung über seine [des Zeugen] Wissenschaft“ zulässig und für die Anwendung des § 252 RStPO auch notwendig“ und es sei nach RG Rspr. 5 (1883), 145, 147 „nicht ausgeschlossen, daß [...] der Vorsitzende dem Zeugen Vorhalt darüber macht, daß [nicht wie! Hervorhebung d. Verf.] er früher genaue Wissenschaft von dem Vorgange gehabt, oder in ganz widersprechender Weise ausgesagt habe. Mit Urteil vom 30. Jan. 1890 schwenke das RG dann in RGSt 20, 220, 222 auf die heute h.M. um führte aus, dass § 252 RStPO=§ 253 StPO nicht zu der Annahme berechtige, dass der nach „§ 252 St.P.O. zulässigen Verlesung eine andere Bedeutung beizulegen sei, als der Verlesung anderer Schriftstücke“ und „das eingeräumte Recht der freie Beweiswürdigung eingeschränkt sein soll“ (vgl. auch RGSt 38, 432, 433; RGSt 50, 129, 130). Und weiter: „Die Verlesung nach § 252 StPO [...] macht den Inhalt des Verlesenen zum Gegenstande des Beweisergebnisses“. Und spätestens mit Urteil vom 7. November 1919 hat das RG klargestellt, dass „Vorhalte aus polizeilichen Protokollen [...] nicht schlechthin unstatthaft [seien]; sie können insbesondere auch in der Form erfolgen, daß hierzu Teile des Protokolls verlesen werden“ (RGSt 54, 13, 17); so auch bspw. RGSt 61, 9 f. Diese Rspr. hat der BGH mit Urteil vom 23. September 1952 übernommen und seitdem in ständiger Rspr. fortgeführt.

einer Mindermeinung in der Literatur,<sup>15</sup> wonach § 253 StPO nicht den Urkundenbeweis, sondern den Vorhalt regelt.<sup>16</sup> Nach dieser Ansicht schieden darüber hinaus „[Zeugen-]Aussagen, die zwar im Strafverfahren, aber nicht in der Hauptverhandlung getätigt wurden, [...] als Erkenntnisquelle aus, wenn nicht ausnahmsweise die §§ 251, 253 [...] [StPO] ihre Verwendung gestatten“.<sup>17</sup> Dieses Verbot umfasse neben der ergänzenden Verlesung auch die Vernehmung von Vernehmungspersonen wie auch den freien bzw. formlosen Vorhalt.<sup>18</sup>

Die Beschränkung auf das herrschende Paradigma ist von einem praktischen Erkenntnisinteresse aus gesehen gerechtfertigt. Zwar gibt es ein sicherlich nicht zu unterschätzendes theoretisches Erkenntnisinteresse daran, ob eher der einen oder der anderen Ansicht zu folgen ist.<sup>19</sup> Angesichts dessen, dass die h.M. ihren Standpunkt bereits vor über 150 Jahren aufgebaut und er sich seitdem fest etabliert hat, ist in praktischer Hinsicht allerdings nicht davon auszugehen, dass es hier zu einem Paradigmenwechsel kommen wird.<sup>20</sup>

## B. Der Meinungsstand

Ausgehend vom herrschenden Paradigma wird die Frage, ob und inwieweit außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 251, 253 StPO polizeiliche Vernehmungsprotokolle nach dem Grundsatz der „Freiheit des Urkundenbeweises“ verlesen werden dürfen, differenziert beantwortet. Es findet sich die Auffassung, dass insoweit eine Verlesung von Vernehmungsprotokollen stets unzulässig sei (I.). Wiederum andere halten eine solche Verlesung für teilweise zulässig (II.),<sup>21</sup> wobei sich deren Vertreter uneins über die dogmatische Herleitung und darüber sind, in welchem Umfang die Verlesung für zulässig erachtet werden soll. Unter den Stichworten „wahrnehmungsunabhängige Tatsachen“ (1.)<sup>22</sup>, „zulässige Ergänzung“ (2.)<sup>23</sup> und „das

Vernehmungsprotokoll als Berichtsurkunden“ (3.)<sup>24</sup> kann man drei verschiedene Auffassungen ausmachen. Letztlich finden sich noch Auffassungen, die – zumindest auf den ersten Blick – eine Verlesung immer für zulässig erachten (III.).

## I. Keine (ergänzende) Verlesung

Nach einem vereinzelt gebliebenen Judikat der späten Rspr. des RG<sup>25</sup> sowie einer in der Literatur vertretenen Mindermeinung<sup>26</sup> verbiete § 250 StPO einen Rückgriff auf die Verlesung von Vernehmungsprotokollen außerhalb der §§ 251, 253 StPO gänzlich. Dieses Verbot gelte unabhängig davon, ob die Verlesung der Feststellungen zur Glaubwürdigkeit oder der unmittelbaren Sachverhaltsfeststellung dient.<sup>27</sup> Zum einen würde eine Verlesung dem „Kernstück des Wesens des modernen Strafverfahrens“, dem Prinzip der Mündlichkeit<sup>28</sup> und Unmittelbarkeit, widersprechen.<sup>29</sup> Zum anderen würde unabhängig vom Zweck der Verlesung ein Inhalt eingeführt werden, der von der Vernehmungsperson „sinnlich erfasst wurde“, so dass „§ 250 [S. 1] StPO automatisch wieder ins Spiel“ komme<sup>30</sup> und folglich die Vernehmungsperson einzuvernehmen sei. Schließlich stützten die §§ 253, 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO diese Ansicht.<sup>31</sup>

## II. Rückgriff auf Protokolle z.T. zulässig

Der Großteil der h.M. sowie der „jüngeren“ Rspr. hält in unterschiedlichem Ausmaß und mit unterschiedlicher Begründung eine Verlesung von Vernehmungsprotokollen außerhalb der §§ 251, 253 StPO für zulässig.<sup>32</sup>

<sup>15</sup> Velten, in: Wolter (Hrsg.), Systematischer Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. V, 5. Aufl. 2016, § 250 Rn. 13 ff. sowie § 253 Rn. 5 f.; Gerst StraFo 2018, 273 ff.; Hanack, a.a.O. (Fn. 12), S. 83, 87 (a.A. ders. JZ 1972, 274); Eb. Schmidt JZ 1964 537, 540.

<sup>16</sup> Velten, a.a.O. (Fn. 15), § 253 Rn. 5.

<sup>17</sup> Velten, a.a.O. (Fn. 15), § 250 Rn. 15.

<sup>18</sup> Velten, a.a.O. (Fn. 15), § 250 Rn. 4, 17, 20

<sup>19</sup> Insb. deshalb, weil beide Auffassungen auf die Beratungen in der Reichstagskommission zurückgehen. Vgl. insb. die Diskussion zu § 214 E-RStPO in Hahn (Hrsg.), Die Gesamten Materialien zu den Reichs-Justizgesetzen. Dritter Band. Materialien zur Strafprozeßordnung, Zweite Abt., S. 1343 ff.

<sup>20</sup> Schneidewin JR 51, 481, 485 spricht von „einem durch Gewohnheit festgelegten Rechtszustand;“ vgl. zum Paradigmenwechsel auch das grundlegende Werk von Kuhn, a.a.O. (Fn. 7).

<sup>21</sup> Ganter, a.a.O. (Fn. 10), § 250 Rn. 4 ff.; Diemer, a.a.O. (Fn. 12), § 250 Rn. 2; Kreicker, in: Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2024, § 250 Rn. 22; Julius/Engelstätter in: Gercke/Temming/Zöller, Strafprozessordnung, 7. Auflage 2023, § 250 StPO Rn. 4, 8; Knierim in: Esser/Rübenstahl/Saliger/Tsambikakis, Wirtschaftsstrafrecht, § 250 StPO, Rn. 5; Kudlich/Schuhr, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StPO-Kommentar, 5. Aufl. 2023, StPO § 250 Rn. 13; Velten, a.a.O. (Fn. 15), § 250 Rn. 17 ff.

<sup>22</sup> Diemer, a.a.O. (Fn. 12), § 250 Rn. 2

<sup>23</sup> Kreicker, a.a.O. (Fn. 21), § 250 Rn. 22 ff.

<sup>24</sup> Mosbacher NSTZ 2014, 1, 4 ff., OLG Zweibrücken Beschluss vom 12.9.2016 – 1 Ss 36/16, BeckRS 2016, 16734.

<sup>25</sup> RGSt 33, 128 f.

<sup>26</sup> Grünwald JZ 1966, 489, 493; Schneidewin JR 1951, 481, 483; Schünemann DRiZ 1979, 101, 107; aus der jüngeren Literatur: Gubitz/Bock JuS 2007, 130 ff.; dies. NJW 2008, 958, 961; wohl auch Kölbel NSTZ 2005, 220, 221: „Weil sich also außerhalb der engen Sonderfälle des § 253 StPO, in denen dieses Verbot suspendiert ist, die Anhörung der Verhörsperson nicht ersetzen lässt, kann die Befragung der Auskunftsperson ansonsten nur durch den Zeugenbeweis, nicht aber durch das Protokoll ergänzt [!] werden“. So wohl auch Kühne, a.a.O. (Fn. 12), Rn. 926 ff. und 935 ff.

<sup>27</sup> RGSt 33, 128 f.; Grünwald JZ 1966, 489, 493.

<sup>28</sup> Vgl. dazu Paul StV 2019, 768; a.A. Hamm, Die Revision in Strafsachen, 7. A. 2010, Rn. 857.

<sup>29</sup> Schneidewin JR 1951, 481, 482; wenn man „Mündlichkeit [...] als Synonym für unvermittelte Kommunikation zwischen mehreren sich von zu Person gegenüberstehenden Individuen“ auffasst; Kühne, a.a.O. (Fn. 12), Rn. 710.

<sup>30</sup> Kölbel NSTZ 2005, 220, 221; vgl. auch RGSt 33, 128 f.: „Es ist daher der Verdacht nicht abzuweisen, daß die Verlesung der früheren Aussagen des Zeugen noch für erforderlich erachtet worden ist, um seine Erklärungen in der Hauptverhandlung zu unterstützen und glaubwürdiger erscheinen zu lassen“.

<sup>31</sup> Gubitz NJW 2008, 958, 961; Kölbel NSTZ 2005, 220, 221.

<sup>32</sup> Ganter, a.a.O. (Fn. 10), § 250 Rn. 4.

## 1. Die wahrnehmungsunabhängigen Tatsachen

Nach der überwiegenden Rspr.<sup>33</sup> sowie einigen Vertretern aus der Literatur<sup>34</sup> dürfe „zum Nachweis von wahrnehmungsunabhängigen Tatsachen, etwa für die (Un)glaubwürdigkeit des Vernommenen bei einem seiner Aussage widersprechenden Vernehmungsprotokoll“<sup>35</sup> dieses nach dem Grundsatz der „Freiheit des Urkundenbeweises“ verlesen werden, ohne gegen §§ 250, 253 StPO zu verstoßen. Einerseits wird behauptet, mit „Beweis einer Tatsache“ iSd des § 250 S. 1 StPO seien nur Haupttatsachen („Beweis in der Sache“) gemeint.<sup>36</sup> Hilfstatsachen, die die Glaubwürdigkeit betreffen, seien vom Anwendungsbereich ausgenommen.<sup>37</sup> Andererseits wird behauptet, dass es bei der Glaubwürdigkeitsbeurteilung nicht um die Feststellung von „Wahrnehmungen“ iSd § 250 S. 1 StPO gehe. Wahrnehmungen iSd seien nur solche, die Gegenstand der früheren Vernehmung des Zeugen gewesen waren.<sup>38</sup> Es gehe bei der Beurteilung der (Un)glaubwürdigkeit aber um die Feststellung eines Widerspruchs oder einer Übereinstimmung zwischen den Angaben bei der Polizei und denen in der Hauptverhandlung.<sup>39</sup> Diese Feststellung sei von der Wahrnehmung des Zeugen unabhängig und § 250 S. 1 StPO stehe einer Verlesung nicht entgegen.<sup>40</sup> So führte bereits das RG aus, „der Beweis der Tatsache, daß [der Zeuge zu] [...] Protokoll gewisse Erklärungen abgegeben hatte, beruhte nicht auf seinen Wahrnehmungen über die Tat des Angeklagten, sondern ergab sich aus dem Vorhandensein und Inhalt jenes Protokolls und durfte nach § 249 StPO durch Verlesung geführt werden“.<sup>41</sup>

Nach dieser Auffassung kann sowohl die Aussagekonstanz als auch -inkonstanz durch Verlesung in die Hauptverhandlung eingeführt werden.<sup>42</sup> Soll mit Hilfe der Verlesung hingegen eine vom Zeugen bei der Polizei geschilderte Tatsache festgestellt werden, kommt eine Verlesung nur nach §§ 251, 253 StPO in Betracht.<sup>43</sup> Bei diesem Ergebnis handelt es sich bei Lichte betrachtet um eine Einschränkung des Rechts der freien Beweiswürdigung. Denn dem Gericht wird die Befugnis genommen, im Rahmen seiner Beweiswürdigung, „an Stelle der unglaubwürdigen Zeugenaussage [in der Hauptverhandlung] die glaubwürdigen Angaben im Protokoll zu setzen“.<sup>44</sup>

## 2. Ergänzende Verlesung

Nach einem anderen in Rspr. und Literatur vertretenen Argumentationsstrang, dem z.T. eine Ablehnung der Differenzierung zwischen wahrnehmungsabhängigen und -unabhängigen Tatsachen zugrunde liegt,<sup>45</sup> ist § 250 S. 2 StPO der Ausgangspunkt für die zulässige Verlesung von Protokollen. Denn nach § 250 S. 2 StPO darf die Vernehmung nicht durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls oder einer Erklärung ersetzt werden.<sup>46</sup> Wenn die Vernehmung hingegen bloß ergänzt wird, stünde § 250 StPO einer Verlesung nicht entgegen.<sup>47</sup> Allerdings ist – auch innerhalb der Judikate des BGH – umstritten, worauf sich das Begriffspaar „Ergänzung und Ersetzung der Vernehmung“ bezieht.<sup>48</sup> Bezieht es sich auf die Vernehmung des Zeugen als einen formalen Akt, dessen Ablauf in §§ 68 ff. StPO normiert ist (1.),<sup>49</sup>

<sup>33</sup> Ausdrücklich RGSt 61, 9; vgl. auch BGH NStZ-RR 2008, 48 = HRRS 2007 Nr. 968; BGH NStZ 2014, 607, 608 = HRRS 2014 Nr. 737; BGH, Urteil vom 29.08.2007 – 5 StR 103/07, HRRS 2007 Nr. 881 Rn. 17; vgl. auch Mosbacher NStZ 2014, Fn. 5; a.A. RGSt. 33, 128 f.

<sup>34</sup> Diemer, a.a.O. (Fn. 12), § 250 Rn. 2; unklar Kudlich/Schuh, a.a.O. (Fn. 21), § 250, Rn. 13: „kann auch [!] der Überprüfung der Richtigkeit der Aussage dienen“; Lickleder/Sturm in: Breyer/Endler/Sturm, AnwaltFormulare Strafrecht, Kapitel 5, Rn. 512; Sättele, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), StPO-Kommentar, 5. Aufl. 2023, StPO § 244 Rn. 187; Peters JZ 1965, 650. Wömpner NStZ 1983, 293, 294; vgl. auch Hanauer, in: Hahn (Fn. 8), Erste Abt., S. 864.

<sup>35</sup> Julius/Engelstätter, a.a.O. (Fn. 21), § 250 StPO Rn. 4.

<sup>36</sup> Vgl. Kuckuck, Zur Zulässigkeit von Vorhalten aus Schriftstücken in der Hauptverhandlung des Strafverfahrens, 1977, S. 226; Schneidewin JR 1951, 481, 482

<sup>37</sup> Peters JZ 1965, 650: „Die Glaubwürdigkeitsfrage wird von § 250 StPO überhaupt nicht berührt“.

<sup>38</sup> Vgl. RGSt 31, 318.

<sup>39</sup> Vgl. Wömpner NStZ 1983, 293, 295, der zwar einen logisch gültigen Schluss präsentiert, aber verkennt, dass die inhaltliche Wahrheit seiner Konklusion davon abhängt, dass die Prämisse (Inhalt des Protokolls=Inhalt der Vernehmung) wahr ist. Ob diese wahr ist, kann und muss im Strengbeweisverfahren bewiesen werden.

<sup>40</sup> Wömpner NStZ 1983, 293, 295.

<sup>41</sup> RGSt 61, 9; vgl. auch RGSt 37, 317, 318: danach verliere „das Protokoll das Wesen eines Zeugenprotokolls und nimmt den Charakter einer Beweisurkunde an“, wenn „lediglich festgestellt werden [soll], daß [...] der Zeuge früher bereits eine Aussage [...] gemacht hat;“ vgl. zur Beweisurkunde § 60 SGB I.

<sup>42</sup> Vgl. speziell zur Inkonstanz bspw. BGH NStZ 2014, 607 f.

<sup>43</sup> RGSt 61, 9 f.

<sup>44</sup> Koffka ZStW 1972, S. 668, 707; vgl. auch Alsborg, Der Beweisanspruch im Strafprozess, 8. Auflage 2022, Teil 2, Kap. 5, Rn. 182; Wömpner NStZ 1983, 293, 295; RGSt 61, 9: „Hiernach handelte es sich bei dieser Verlesung nicht darum, durch sie Beweis über die von St. wahrgenommenen Tatsachen zu erheben, was allerdings nach § 250 StPO unzulässig gewesen sein würde;“ dieses Ergebnis steht nicht im Widerspruch zu anderen Aussagen des RG, wonach das Recht der freien Beweiswürdigung bei der Verlesung nach § 252 RStPO=§ 253 StPO nicht eingeschränkt sei (RGSt 20, 220, 222, RGSt 38, 432, 433 und RGSt 50, 129, 130).

<sup>45</sup> Cirener/Sander, a.a.O. (Fn. 3), § 250 Rn. 2; Mosbacher NStZ 2014, 1, 2 und bei Fn. 5, wo er sich insb. gegen eine „teilw. ältere Auffassungen [ausspricht], wonach die Glaubwürdigkeit betreffende Tatsachen (wie etwa die Aussagekonstanz) überhaupt nicht von § 250 StPO erfasst werden, so dass zur Feststellung des früheren Aussageinhalts Vernehmungsprotokolle stets verlesen werden“ könnten.

<sup>46</sup> Vgl. BGH NStZ-RR 2008, 48: „§ 250 StPO untersagt nämlich nur die Ersetzung der Zeugenaussage [...], dass neben der Vernehmung [...] eine frühere protokollarisch [...] festgehaltene Äußerung dieser Person im Wege des Urkundenbeweises verwertet wird, verbietet die Vorschrift nicht“; Elbs/Klemke, Einführung in die Praxis der Strafverteidigung, Rn. 978; Hamm/Pauly, a.a.O. (Fn. 4), Rn. 1072; unklar Kudlich/Schuh, a.a.O. (Fn. 21), § 250, Rn. 13: „kann auch [!] der Überprüfung der Richtigkeit der Aussage dienen;“ Sättele, a.a.O. (Fn. 40), § 244 Rn. 187; Schlotthauer/Weider/Wollschläger, Verteidigung im Revisionsverfahren, 3. Aufl. 2018, Rn 1235.

<sup>47</sup> Was nicht heißt, dass die Verlesung zugleich erlaubt sein muss!

<sup>48</sup> Tondorf/Tondorf, in: Hamm/Leipold, Beck'sches Formularbuch für den Strafverteidiger, 5. Auflage 2010, S. 356 (VII A. 15 Hauptverfahren, Beweisverbote 5. b ff.).

<sup>49</sup> Vgl. BGH NStZ 1982, 342.

oder darüber hinaus auch auf den Inhalt der Vernehmung (2.).<sup>50</sup>

### a. Ergänzung im formalen Sinn

Nach dem formalen Verständnis<sup>51</sup> hieße es in § 250 S. 1 StPO: „Die [Durchführung der] Vernehmung darf nicht [...] ersetzt werden.“<sup>52</sup> Wenn es zur Durchführung kommt, stellt eine Verlesung lediglich deren Ergänzung dar. Allerdings ist umstritten, wann dies der Fall ist. Nach einer streng formalistischen Spielart liegt eine Vernehmung bereits dann vor, wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung erscheint und sie damit beginnt, „dass der Zeuge über Vornamen, Nachnamen, Geburtsnamen, Alter, Beruf und vollständige Anschrift befragt wird“, § 68 Abs. 1 StPO.<sup>53</sup> Dass es weder zum freien Bericht noch zum Verhör kommt, der Zeuge also keine Angaben zur Sache macht, ist unschädlich.<sup>54</sup> Nach einer anderen, an § 69 StPO orientierten formal-normativen Auffassung, liegt eine Vernehmung, die ergänzt werden kann, erst dann vor, „wenn sich das Gericht anhand der erfolgten Angaben einen eigenen Eindruck von der Beweisperson und den Umständen ihrer Wahrnehmung machen konnte“.<sup>55</sup> Beide Spielarten stimmen aber darin überein,<sup>56</sup> dass für den Fall, dass im Vergleich zu früheren Aussagen Widersprüche aufgehoben oder nachgewiesen oder Erinnerungslücken behoben werden sollen, die Verlesung nach § 253 StPO nur während der laufenden Vernehmung erfolgen darf.<sup>57</sup> Die Freiheit des Urkundenbeweises bezieht sich nach den Vertretern dieser Ansicht demnach nur auf den Nachweis von Übereinstimmungen zwischen den Angaben des Zeugen in der Hauptverhandlung und denen bei der Polizei.<sup>58</sup> Die Konsequenz dieser Auffassung im Falle von willentlichen Lücken, z.B. in Fällen der schlichten Aussagegeweigerung oder des Berufens auf ein Auskunftsverweigerungsrecht in der Hauptverhandlung, wäre danach eigentlich, dass der ergänzenden Verlesung zumindest § 250 StPO

nicht entgegensteht. Diese wird aber – soweit ersichtlich – nicht gezogen (vgl. dazu unten C. II. 2. B. cc.).

### b. Ergänzung im materiellen Sinn

Nach dem materiellen Verständnis<sup>59</sup> heißt es in § 250 S. 1 StPO: „[Der Inhalt der] Vernehmung darf nicht [...] ersetzt werden“. Eine zulässige ergänzende Verlesung liegt danach nur dann vor,<sup>60</sup> wenn sie sich auf Umstände bezieht, die der Zeuge bereits in der Hauptverhandlung bekundet hat. Bei einer inhaltlichen Abweichung handelt es sich demgegenüber um eine unzulässige Ersetzung; hier bleibt nur die Verlesung nach § 253 StPO. Allerdings ist umstritten, wann eine inhaltliche Abweichung vorliegt. Nach einer strengen Spielart stellt jedwede inhaltliche Abweichung zwischen dem Inhalt der Angaben im Protokoll und denen in der Hauptverhandlung eine Ersetzung (dieses Inhalts) dar.<sup>61</sup> Nach einer anderen, materiell-normativen Auffassung liegt eine Ersetzung erst dann vor, wenn das Protokoll *Sachbereiche* betrifft, zu denen der Zeuge in der HV keine Angaben gemacht hat,<sup>62</sup> wobei die Kriterien für die Abgrenzung von dem einen zu dem anderen Sachbereich offenbleiben. Nach beiden Spielarten kann die ergänzende Verlesung außerhalb des § 253 StPO – also nach dem Grundsatz der Freiheit des Urkundenbeweises – nur dem Nachweis von *Übereinstimmungen* zwischen den Angaben des Zeugen in der Hauptverhandlung und bei der Polizei dienen.

### 3. Protokoll als Berichtsurkunde

Nach einer weiteren Ansicht<sup>63</sup> dürfe ergänzend zur Vernehmung der Vernehmungsperson das von ihr gefertigte Vernehmungsprotokoll verlesen werden. Nach *Mosbacher* sei Voraussetzung dafür, dass der Zeuge (dessen Angaben verschriftlicht worden sind) bereits über den Inhalt der Vernehmung vernommen worden ist,<sup>64</sup> wohingegen dies

<sup>50</sup> BGH NJW 2007, 2341, 2342 (Rn. 20) = HRRS 2007 Nr. 623.

<sup>51</sup> Vgl. *Kreicker*, a.a.O. (Fn. 21), § 250 Rn. 34.

<sup>52</sup> Vgl. *Artkämper/Sotelsek* JURA 2008, 579, 581.

<sup>53</sup> BGH NStZ 1982, 342; BGH NJW 2007, 2195. 2197 = HRRS 2007 Nr. 583: „[...] ist aber eine Vernehmung möglich. Der Zeuge muss Angaben zur Person machen; gegebenenfalls muss er gem. § 56 StPO das Bestehen des Auskunftsverweigerungsrechts glaubhaft machen;“ BGH NJW 2018, 2809, 2811 (Rn. 18) = HRRS 2018 Nr. 630; so wohl auch *Julius/Engelstätter*, a.a.O. (Fn. 21), § 250 Rn. 8; *Martin*, in: *Krekeler/Löffelmann* (Hrsg.), *Anwaltkommentar Strafprozessordnung*, 2. Auflage, Bonn 2010, § 250 Rn. 5

<sup>54</sup> BGH NStZ 1982, 342; BGH NJW 2007, 2195. 2197; *Wömpner* NStZ 1983, 293, 294.

<sup>55</sup> *Cirener/Sander*, a.a.O. (Fn. 3), § 250 Rn. 19; einerseits formal, da nicht auf den Inhalt der Angaben abgestellt wird, andererseits normativ, da die Kriterien, ab wann eine Vernehmung vorliegt, eine wertende Betrachtung erfordern.

<sup>56</sup> *Cirener/Sander*, a.a.O. (Fn. 3), § 250 Rn. 17.

<sup>57</sup> *Cirener/Sander*, a.a.O. (Fn. 3), § 250 Rn. 17; *Kudlich/Schuh*, a.a.O. (Fn. 21), 250 Rn. 13 i.V.m. § 253 Rn. 6.

<sup>58</sup> Die Relevanz dieser Auffassung zeigt sich erst bei der Anwendung auf andere Erklärungen i.S.d. § 250 S. 2. Alt. StPO, da für diese § 253 StPO nicht gilt und somit auch Widersprüche und Ergänzungen in durch die Verlesung eingeführt werden können.

<sup>59</sup> *Artkämper/Sotelsek* JURA 2008, 579, 581; *Cornelius* NStZ 2008, 244, 245; *Eckstein*, in: *Hilgendorf/Kudlich/Valerius*, *Handbuch des Strafrechts* Band 8, § 49 Unmittelbarkeit

der Beweisaufnahme, Rn. 75; *Mitsch* JZ 1992, 174, 179; BGH NJW 2007, 2341, 2342 (Rn. 20.) dort im Zusammenhang mit § 251 StPO: „wenn ein Zeuge zwar [...] erscheint, seine Angaben aber, [...] unvollständig sind [...] kann es die in § 244 II StPO normierte Pflicht zu umfassender Sachaufklärung ebenfalls erfordern, die fehlenden Teile einer Aussage in der Hauptverhandlung gem. § 251 StPO zu ‚ersetzen‘.“ So auch *Pauly*, in: *Radtke/Hohmann*, *Strafprozessordnung*, 2011, § 250 Rn. 21.

<sup>60</sup> *Kreicker*, a.a.O. (Fn. 21), § 250 Rn. 31 ff.

<sup>61</sup> BGH NStZ 2016, 428 = HRRS 2016 Nr. 58; *Kreicker*, a.a.O. (Fn. 21), § 250 Rn. 31 ff.

<sup>62</sup> *Eisenberg*, *Beweisrecht der StPO*, 10. Aufl. 2017, Rn. 2082 hält eine ergänzende Verlesung nach § 250 StPO für unzulässig, wenn das Protokoll *Sachbereiche* betrifft, zu denen der Zeuge in der HV keine Angaben gemacht hat; BGH NStZ 2016, 428: „Sachverhaltskomplex“.

<sup>63</sup> *Mosbacher* NStZ 2014, 1, 4 ff. sowie *Mosbacher*, in: *Becker/Erb/Esser/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor* (Hrsg.), *Löwe/Rosenberg*, *Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz*, Großkommentar, 27. Aufl. 2019; § 253 Rn. 10; ihm ausdrücklich folgend OLG Zweibrücken Beschluss vom 12.9.2016 – 1 Ss 36/16, BeckRS 2016, 16734; OLG Frankfurt/Main StV 1996, 202; unklar BGH Beschl. v. 24.1.2012 – 4 StR 493/11, HRRS 2012 Nr. 271; wohl auch *Kloke* NStZ 2019, 374, 378.

<sup>64</sup> *Mosbacher* NStZ 2014, 1, 8: „Allerdings dürfte es unzulässig sein, schriftliche Angaben von Zeugen in die Hauptverhandlung einzuführen, bevor der Zeuge vernommen wurde“ und

nach Ansicht des OLG Zweibrückens wohl nicht notwendig sei.<sup>65</sup> Begründet wird die Auffassung wie folgt: Zum einen stelle das Vernehmungsprotokoll in Relation zur Vernehmungsperson lediglich eine Berichtsurkunde i.S.d. § 250 StPO dar, da es Aufzeichnungen der Vernehmungsperson über ihre während der Vernehmung gemachten Wahrnehmungen enthalte.<sup>66</sup> Dann aber stünden weder § 253 StPO als *lex specialis* für Protokolle noch § 250 StPO einer Verlesung entgegen,<sup>67</sup> soweit die „Berichtsurkunde“ der Vernehmungsperson ergänzend zu deren Einvernahme verlesen wird. Zudem sei § 250 StPO teleologisch Ausdruck des Unmittelbarkeitsgrundsatzes, der durch Rückgriff auf das unmittelbare Beweismittel die Sachaufklärung fördern wolle. Hat die Vernehmungsperson keine (vollständige) Erinnerung an die Vernehmung, würde die Nichtverlesung die Sachaufklärung verhindern und Sinn und Zweck des § 250 StPO geradezu in ihr Gegenteil verkehren.<sup>68</sup> Schließlich habe der BGH diese Art der Verlesung bereits für zulässig erklärt und dieser Ansicht sei daher zu folgen.<sup>69</sup>

### III. Ergänzende Verlesung schriftlicher Protokolle immer zulässig?

Einige Kommentierungen zu § 250 StPO können schließlich so interpretiert werden, dass die Verlesung schriftlicher Protokolle ergänzend zu der persönlichen Vernehmung des Zeugen stets zulässig sei.<sup>70</sup> Es ist fraglich, ob damit der generellen Zulässigkeit das Wort geredet werden soll. Denn entweder wird direkt oder indirekt auf BGHSt 20, 160 (161 f.) verwiesen, um dies zu begründen. Nach dieser Entscheidung steht zwar § 250 StPO nicht entgegen, dass „neben der Vernehmung der in Betracht kommenden Person als Zeuge eine frühere protokollarisch [...] festgehaltene Äußerung dieser Person im Wege des Urkundenbeweises verwertet wird“. Allerdings führt der BGH dann weiter aus, dass „das Gesetz [...] insofern in § 253 StPO [...] eine besondere Vorkehrung für die Verwendung von Protokollen getroffen [hat], deren Verlesung

zum Zweck des Urkundenbeweises es erst (als letzten Ausweg) zulässt.“<sup>71</sup> Die „Autorität“, auf die sich die Autoren zur Stützung ihrer Auffassung berufen, geht also bei der Verlesung von Protokollen davon aus, dass deren Verlesung auch am Maßstab des § 253 StPO zu messen ist.<sup>72</sup> Insofern wird hier davon ausgegangen, dass es sich um eine missglückte Formulierung handelt und die Autoren die – allerdings inkonsistente Rspr. – des BGH rezipieren wollten; andernfalls blieben die Autoren einer Begründung für ihre Ansicht schuldig.<sup>73</sup>

## C. Kritik

Die Frage, welche der vorgestellten Argumentationsstränge am überzeugendsten ist, lässt sich durch die Frage ersetzen, ob es einen Rechtssatz gibt, der die Verlesung von Vernehmungsprotokollen grds. untersagt.

### I. Verlesung ist unzulässig

Das bejahen die Vertreter der Auffassung (B. I.), wonach § 250 StPO nicht mehr ausdrücken möchte, als dass ein Rückgriff auf die Ergebnisse des Ermittlungsverfahrens nicht statthaft sei, sofern die dort benutzten Beweismittel dem erkennenden Gericht selbst zugänglich sind.<sup>74</sup> Zuzugeben ist der Auffassung zwar, dass eine Verlesung die Prinzipien der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit tangiert. Wenn man aus diesen Prinzipien jene These allerdings deduktiv ableitet, wird das Auslegungsproblem vorab dadurch geklärt, dass diese Prinzipien absolut gesetzt werden. Es ist aber gerade die durch Auslegung zu beantwortende Frage, ob das „rechtspolitisch [!] begründete Unmittelbarkeitsprinzip, das ohnehin Ausnahmen ausdrücklich zulässt [...] eine begründbare sinnvolle Ausnahme findet“.<sup>75</sup> Der Verweis der Vertreter dieser Auffassung auf § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO ist nur überzeugend, wenn man bereits die zu beweisende These teilt, da § 256 Abs. 1 StPO lediglich eine (Unter-) Ausnahmenvorschrift zu § 250 StPO darstellt.<sup>76</sup> Ist § 250 StPO schon nicht einschlägig –

„hat die Vernehmung [...] stattgefunden [...] ist [...] eine ergänzende Verlesung [...] zulässig.“

<sup>65</sup> Dem liegt meine Interpretation von OLG Zweibrücken Beschluss vom 12.9.2016 – 1 Ss 36/16, BeckRS 2016, 16734 zugrunde.

<sup>66</sup> Mosbacher NStZ 2014, 1, 4 ff.

<sup>67</sup> Ein Vorläufer dieser Idee findet sich bereits bei RGSt 37, 317, 318, wonach „das Protokoll das Wesen eines Zeugenprotokolls“ verlieren und „den Charakter einer Beweisurkunde an[-nehmen]“ könne.

<sup>68</sup> Mosbacher NStZ 2014, 1, 5.

<sup>69</sup> Mosbacher NStZ 2014, 1, 6.

<sup>70</sup> Ganter, a.a.O. (Fn. 10), Rn. 4 und Soiné, in: Soiné, Strafprozessordnung, 144. Lieferung, 12/2023, § 250 StPO stellen auf BGH NJW 2004, 1468 f. ab, der wie Paulus, in: Heintschel-Heinegg/Bockemühl, KMR Kommentar zur Strafprozessordnung, § 250 Rn. 9 f. dann auf BGHSt 20, 160 rekurriert; unklar auch Sommer, a.a.O. (Fn. 2), Rn. 1245: „spricht nichts [!] dagegen [...] sein [...] Vernehmungsprotokoll im Urkundenbeweis einzuführen.“

<sup>71</sup> BGH NJW 1965, 874.

<sup>72</sup> Dies gilt auch für solche Entscheidungen wie BGH NStZ-RR 2008, 48, die bspw. ausführen, „dass neben der Vernehmung [...] eine frühere protokollarisch [...] im Wege des Urkundenbeweises verwertet wird, verbietet [...] [§ 250 StPO] nicht. Es ist vielmehr von dem [...] Grundsatz auszugehen,

dass das Gesetz den Urkundenbeweis zulässt, wo es ihn nicht ausdrücklich untersagt.“ Denn die Entscheidung verweist auf BGHSt 20, 160, 161 und damit darauf, dass „das Gesetz [...] insofern in § 253 StPO [...] eine besondere Vorkehrung für die Verwendung von Protokollen getroffen“ hat.

<sup>73</sup> BGH NStZ-RR 2008, 48 mit Verweis auf BGHSt 20, 160.

<sup>74</sup> Vgl. Schneidewin JR 1951, 481, 482 f.: „Richtig sein kann allein die Auslegung, daß der Urkundenbeweis seines Mangels an Zuverlässigkeit wegen, mag er nun allein oder neben anderen Beweismitteln stehen, schlechthin unzulässig ist. Das Wort ‚ersetzen‘ dient nur einer sprachlich gefälligen Einkleidung für das Verbot des Urkundenbeweises, ohne daß das Verbot an dieser Stelle eingeschränkt werden soll;“ RGSt 33, 128 f.: „Ein Zurückgehen auf die Ergebnisse der Voruntersuchung ist nicht statthaft, insofern die dort benutzten Beweismittel dem erkennenden Gerichte selbst zugänglich gemacht werden können“.

<sup>75</sup> Sax JZ 1967, 229, 230.

<sup>76</sup> Krüger, in: Schneider (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung, 2. Aufl. 2024, § 256 Rn. 1; vgl. auch BT-Drs. 15/1508, S. 26: „Durch die Änderung soll vermieden werden, dass jeder Angehörige einer Strafverfolgungsbehörde, insbesondere ein Polizeibeamter, dessen Tätigkeit auch nur zu einer Indizatsache im Prozess beiträgt, als Zeuge aussagen muss. Ausdrücklich nicht verlesen werden können jedoch Vernehmungsprotokolle; soweit eine

z.B. weil man davon ausgeht, dass § 250 StPO sich nur auf ersetzende Verlesungen bezieht –, dann steht § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO auch einer ergänzenden Verlesung nicht entgegen. Wenn man aus § 253 StPO vor dem Hintergrund der Annahme, § 250 StPO setze das Unmittelbarkeitsprinzip absolut, wiederum den Schluss ziehen will, es handele sich um eine abschließende Regelung für die Verlesung von Protokollen,<sup>77</sup> so wird dem entgegengehalten, dass § 250 StPO das Unmittelbarkeitsprinzip eben nicht absolut setze und § 253 StPO nicht abschließend regele, wann Vernehmungsprotokolle verlesbar seien.<sup>78</sup> Die Begründung ist also zirkulär, weil sie die zu beweisende These – das Unmittelbarkeitsprinzip gilt absolut – bereits stillschweigend als Prämisse bei dem Verständnis der §§ 253, 256 StPO voraussetzt. Ob das Unmittelbarkeitsprinzip tatsächlich absolut oder doch insoweit gilt, als dass es den Rückgriff neben der Einvernahme ausschließt, ist eine Frage der „externen Kritik“ und wird weiter unten behandelt (III.).

## II. Verlesung ist (teilweise) zulässig

Die Vertreter der Auffassungen, die eine Verlesung von polizeilichen Vernehmungsprotokollen für (teilweise) zulässig erachten, gehen daher davon aus, dass es keinen Rechtssatz gibt, der die Verlesung von Vernehmungsprotokollen grds. untersagt. Aber auch diesen Auffassungen können Argumente entgegenhalten werden.

### 1. Die Berichtsurkunde

Dies trifft zunächst für die Ansicht zu, die dem Vernehmungsprotokoll in Bezug zur Vernehmungsperson diesen Charakter absprechen will (B. II. 3.). Denn es lässt sich einwenden, dass das Vernehmungsprotokoll ein solches auch dann bleibt, wenn es in Relation zur Vernehmungsperson als eine Berichtsurkunde aufgefasst wird.<sup>79</sup> Was das teleologische Argument betrifft, ist es ambivalent. Denn die Verlesung einer solchen Urkunde kann die materielle Sachaufklärung gleichermaßen fördern wie auch konterkarieren. Es besteht die Gefahr, dass das Protokoll den Inhalt der Vernehmung nur unvollständig oder inhaltlich falsch widerspiegelt, weil, so der BGH, „eine Verhörsperson ihre [des Zeugen] Erklärungen mißverstanden oder durch die Wahl eigener Formulierungen entstellt hätte“.<sup>80</sup> Ist dies

der Fall, streitet die Sachaufklärung gerade gegen die Verlesung. Dass dies Probleme in der Beweiswürdigung zeitigen kann, sieht *Mosbacher* zwar, klammert diese aber bei der Frage nach der Zulässigkeit der Verlesung aus.<sup>81</sup> Der Rekurs auf die Rspr. ist größtenteils nicht weiterführend. Soweit *Mosbacher* auf die Rspr. des BGH abstellt,<sup>82</sup> handelt es sich teilweise nur um obiter dicta,<sup>83</sup> so dass ein Präjudiz und damit ein Bezugspunkt für eine etwaige Bindung der Instanzgerichte an die Rspr. der Obergerichte nicht vorliegt.<sup>84</sup> Außerdem bleibt unklar, ob den Entscheidungen nicht vielmehr die – von *Mosbacher* abgelehnte<sup>85</sup> – Differenzierung zwischen wahrnehmungsabhängigen und -unabhängigen Tatsachen zu Grunde liegt,<sup>86</sup> wonach § 250 S. 1 StPO einer Verlesung ohnehin nicht im Wege steht. Der von *Mosbacher* angeführte Beschluss vom OLG Hamm betrifft wiederum nicht die Verlesung eines Vernehmungsprotokolls, sondern die Verlesung einer Postzustellurkunde im Zusammenhang mit der Einvernahme des die Urkunde ausstellenden Postzustellers. Einzig das OLG Frankfurt a.M. scheint seine Auffassung zu stützen.<sup>87</sup> Für seine Begründung führt es ein inhaltliches Argument allerdings nicht an, sondern verweist auf BGHSt 20, 160, 161 f. Dort ging es jedoch um die Zulässigkeit des Urkundenbeweises durch Verlesen der zu Beweis Zwecken verfassten schriftlichen Erklärung (§ 250 S. 2 2. Alt. StPO) eines Zeugen im Zusammenhang mit seiner Vernehmung.<sup>88</sup> Hinzu kommt, dass der BGH ebenfalls – und zwar tragend – ausgeführt hat, dass „Verhörspersonen [...] die darüber aufgenommenen Niederschriften zwar vorgehalten werden [können], sie [...] aber nicht, wie hier, zum ergänzenden Urkundenbeweis bei Erinnerungsmängeln benutzt werden [dürfen]“.<sup>89</sup> Im Übrigen zeigt die Entscheidung des OLG Zweibrücken, dass das von *Mosbacher* aus der Aufklärungspflicht folgende Erfordernis, dass der Zeuge bereits vernommen worden sein muss, ausgehebelt werden kann.

### 2. Die weiteren Auffassungen

Auch die weiteren, namentlich von der Rspr. vertretenen Konzepte der „wahrnehmungsunabhängigen Tatsachen“ wie der bloßen „Ergänzung der Vernehmung“ weisen Schwächen auf.

Verlesung derartiger Protokolle nach anderen Vorschriften möglich ist, bleibt dies unberührt.“

<sup>77</sup> *Gubitz/Bock* JuS 2007, 130, 130; *Kölbel* NStZ 2005, 220; *Kuckuck*, a.a.O. (Fn. 42), S. 225; *Löhr*, Der Grundsatz der Unmittelbarkeit im deutschen Strafprozess, 1972, S. 127 f.; *Oetker* JW 1925, 2474; *Peters* JZ 1965, 649; vgl. auch *Mosbacher* NStZ 2014, 1, 4.

<sup>78</sup> *Cirener/Sander*, a.a.O. (Fn. 3), § 250 Rn. 18a; *Kudlich/Schuh*, a.a.O. (Fn. 21), § 253, Rn. 1; *Wömpner* NStZ 1983, 293, 296.

<sup>79</sup> Vgl. *Eckstein*, a.a.O. (Fn. 59), Rn. 148; *Wömpner* NStZ 1983, 293, 296 spricht von Doppelnatur.

<sup>80</sup> BGH NJW 1961, 327; vgl. *Eisenberg* JZ 1984, 912 ff.

<sup>81</sup> *Mosbacher* NStZ 2014, 1, 6; vgl. auch unten III. 2.

<sup>82</sup> *Mosbacher* NStZ 2014, 1, in Fn. 24.

<sup>83</sup> BGH NStZ 1995, 609; BGH StV 1990, 533.

<sup>84</sup> Vgl. *Schlüchter*, Mittlerfunktion der Präjudizien, S. 83 ff.

<sup>85</sup> Lehnt er die Prämisse dieser Auffassung ab, kann er sie nicht schlüssig in seine Argumentation einbauen.

<sup>86</sup> Dafür spricht bspw. die ebenfalls von *Mosbacher* angeführte Entscheidung BGH 4 StR 493/11, wonach das Vernehmungsprotokoll zwar „zum Zwecke der Feststellung der inhaltlichen Übereinstimmung der Angaben der Zeugen KHK S. und KHK B. mit diesem Protokoll verlesen worden“ seien, diese Verlesung aber „lediglich [sic!] der Überprüfung der Glaubhaftigkeit der Angaben des Zeugen KHK S. gedient hat“ und „der in § 250 StPO niedergelegte Grundsatz der Unmittelbarkeit [daher] nicht verletzt“ sei.

<sup>87</sup> OLG Frankfurt/Main StV 1996, 202; das OLG Zweibrücken bezieht sich mit Beschluss vom 12.9.2016 – 1 Ss 36/16, BeckRS 2016, 16734 ohne weitere Begründung auf *Mosbacher*s Auffassung.

<sup>88</sup> BGH NJW 1965, 874 ff.; diese mangelnde Differenzierung kritisieren auch *Gubitz/Bock* JuS 2007, 130, 131 a.E.

<sup>89</sup> BGH NStZ 2013, 479 = HRRS 2013 Nr. 427; vgl. BGH Urt. v. 2. 3. 1983 – 2 StR 744/82 bei *Pfeiffer/Miebach* NStZ 1984, 14, 17 (Nr. 17); vgl. *Schmitt*, a.a.O. (Fn. 10), § 250 Rn. 12 a.E.

**a. Die wahrnehmungsunabhängigen Tatsachen**

Der Differenzierung zwischen wahrnehmungsabhängigen und -unabhängigen Tatsachen wird entgegengehalten, dass sich § 250 S. 1 StPO auf alle Tatsachen, „also auf Haupttatsachen, Indiztatsachen und Hilfstatsachen, auch solche, die für die Frage des Beweiswerts eines Beweismittels von Bedeutung sind“ beziehe.<sup>90</sup> Begründet wird dies damit, dass § 250 S. 1 StPO nicht von Wahrnehmungen über die Tat des Angeklagten, sondern nur allgemein von Wahrnehmungen und Tatsachen spricht, die bewiesen werden müssen. Zum einen, so die Argumentation weiter, enthalte „das Vernehmungsprotokoll [...] Aufzeichnungen der Vernehmungsperson über ihre Wahrnehmungen hinsichtlich der Angaben der Auskunftsperson“.<sup>91</sup> Diese Kritik ist berechtigt, weil heute von Wahrnehmungen iSd § 250 StPO nur dann nicht ausgegangen wird, wenn es sich um „ein schriftliches Dokument [handelt], das von einer Person im Rahmen einer von persönlichen Umständen sowie individuellem und subjektivem Erleben vollständig oder zumindest weitestgehend unabhängigen mechanischen Tätigkeit angefertigt worden ist“.<sup>92</sup> Dies ist bei Vernehmungen offensichtlich nicht der Fall. Zum anderen ist der Umstand, wie ein Zeuge in der Vergangenheit ausgesagt hat, eine Tatsache, die im Strengbeweisverfahren bewiesen werden muss, wenn sie zur Grundlage des Urteils gemacht werden soll.<sup>93</sup> Dieser Beweis darf dann aber nach § 250 S. 1 StPO nicht durch Verlesung des Protokolls, sondern muss durch die Einvernahme der Vernehmungsperson geführt werden. Außerdem werde über den Umweg der Glaubwürdigkeit schließlich doch der Beweis in der Sache geführt.<sup>94</sup>

**b. Zulässige Ergänzung**

Was die Differenzierung zwischen Ersetzung und Ergänzung angeht, so wird deren Berechtigung daraus abgeleitet, dass die Prinzipien der Mündlichkeit und der Unmittelbarkeit gegenüber dem Aufklärungsinteresse relativ seien und nicht absolut gesetzt werden dürften.<sup>95</sup> Diese Relativität habe zur Folge, dass ein Rückgriff auf ein mittelbares Beweismittel – hier das Vernehmungsprotokoll – im Interesse der Aufklärung unschädlich sei. Ausgehend von dieser Prämisse,<sup>96</sup> werden folgende Einwände vorgebracht:

**aa. Einwände gegen die formale Spielart**

Der formalen Spielart wird vorgeworfen, zu sachlich nicht gerechtfertigten Differenzierungen zu gelangen.<sup>97</sup> Die Kritiker argumentieren, dass es keinen Unterschied mache, ob ein Zeuge Angaben zu einem Tatgeschehen macht, aus denen sich lediglich der Eindruck seiner Person und seiner Wahrnehmungsbedingungen ergibt, oder ob er überhaupt keine Angaben macht. Dass in diesem Fall eine Verlesung unzulässig, in jenem Fall aber zulässig sei, bedeute daher einen Wertungswiderspruch. Zwar hat diese Kritik ihre Berechtigung, doch bezieht sie sich lediglich auf die normativ-formale und nicht die streng formale Spielart.

**bb. Einwände gegen die materielle Spielart**

Der materiellen Spielart wird entgegengehalten, inkonsistent zu sein. Denn nur die Einführung eines neuen Umstandes soll – zumindest nach der strengen Spielart – eine Ersetzung sein, die nach § 250 S. 2 StPO nicht durch Verlesung in die Hauptverhandlung eingeführt werden darf. Die Inkonsequenz wird darin gesehen, dass nicht nur erstmals in der Hauptverhandlung vom Zeugen bekundete Umstände, sondern auch die Bestätigung dessen, was der Zeuge zuvor bekundet hatte, eine neue Tatsache darstelle, nämlich dass der Zeuge eben dies schon einmal ausgesagt hat.<sup>98</sup> Soweit die materiell-normative Spielart betroffen ist, bleiben die Kriterien unklar, nach denen sich bemisst, ob ein neuer Sachbereich betroffen ist.<sup>99</sup> Ein weiteres Argument gegen diese Auffassung ergibt sich, wenn man die sonstigen Erklärungen in § 250 S. 2 StPO mit in den Blick nimmt. Angenommen ein Zeuge hat einen schriftlichen Bericht<sup>100</sup> zur Akte gereicht und erinnert sich in der Hauptverhandlung nicht mehr oder bekundet im Widerspruch zu seiner schriftlichen Erklärung. In diesem Fall stünde § 250 S. 2 StPO nach dem materiellen Verständnis der Verlesung entgegen und die Erklärung könnte weder nach § 253 StPO (da kein Protokoll) noch nach § 251 StPO (Tatbestandsvoraussetzungen lägen nicht [zwingend] vor<sup>101</sup>) verlesen werden. Da dieses Ergebnis aber – rechtsdogmatisch gesprochen – mit der Aufklärungspflicht bzw. – rechtspolitisch gesprochen – mit dem gewünschten Ergebnis in Widerstreit treten kann, ist der einzige Ausweg eine analoge Anwendung des § 253 StPO.<sup>102</sup>

<sup>90</sup> *Cirener/Sander*, a.a.O. (Fn. 3), § 250 Rn. 2; *Mosbacher* NStZ 2014, 1, 2 und bei Fn. 5, wo er sich insb. gegen eine „teilw. ältere Auffassungen [ausspricht], wonach die Glaubwürdigkeit betreffende Tatsachen (wie etwa die Aussagekonstanz) überhaupt nicht von § 250 StPO erfasst werden, so dass zur Feststellung des früheren Aussageinhalts Vernehmungsprotokolle stets verlesen werden“ könnten.

<sup>91</sup> *Köbel* NStZ 2005, 220, 221; *Mosbacher* NStZ 2014, 1, 4; vgl. bereits RGSt 67, 253, 254.

<sup>92</sup> *Kreicker*, a.a.O. (Fn. 21), § 250 Rn. 11.

<sup>93</sup> RGSt 67, 253, 254; *Köbel* NStZ 2005, 220, 221.

<sup>94</sup> *Kuckuck*, a.a.O. (Fn. 42), S. 226.

<sup>95</sup> In RGSt 71, 10 f. wird auf die „Natur“ des in § 250 StPO geregelten Grundsatzes abgestellt; vgl. auch BGH NJW 1965, 874, 875 und BGH NJW 2018, 2809, 2811: „der in § 250 S. 2 StPO normierte Vorrang des Personalbeweises

[schränkt] den grundsätzlich zulässigen (*BGHSt* 20, 160 [161 f.] = NJW 1965, 1965, 874) Urkundenbeweis nicht weiter als für seine Zielsetzung einer besseren Sachaufklärung erforderlich ein.“

<sup>96</sup> Auch hier gilt die bereits oben (C. I.) geäußerte Kritik von *Sax* JZ 1967, 229, 230: Dadurch, dass die Relativität des Unmittelbarkeitsprinzip vorausgesetzt wird, wird das Auslegungsproblem vorab geklärt.

<sup>97</sup> *Kreicker*, a.a.O. (Fn. 21), § 250 Rn. 34.

<sup>98</sup> *Gubitz* NJW 2008, 958, 960.

<sup>99</sup> Vgl. BGH NStZ 2016, 428; „Sachverhaltskomplex“.

<sup>100</sup> Vgl. § 163a Abs. 1 S. 2 StPO.

<sup>101</sup> Vgl. *Langkeit/Cramer* StV 1996, 230, 231; *Gatzweiler/Mehle*, in: *Brüssow/Gatzweiler/Krekeler/Mehle*, Strafverteidigung in der Praxis, 4. Auflage 2007, § 9, Rn. 341.

<sup>102</sup> *Kreicker*, a.a.O. (Fn. 21), § 250 Rn. 37.

**cc. Formales Verständnis zeitigt angemessenere Ergebnisse**

Gesetzt den Fall, man geht davon aus, dass die Verlesung schriftlicher Erklärungen in dieser Konstellation ein angemessenes Ergebnis ist, so lässt sich dies mit einem formalen Verständnis von „ersetzt werden“ begründen. Der Zeuge wird in der Hauptverhandlung vernommen, § 68 StPO, und jedwede Verlesung stellt eine grds. zulässige Ergänzung zu seiner Vernehmung dar. Da kein Protokoll vorliegt, ist auch der Anwendungsbereich des § 253 nicht betroffen. Bereits hier zeigt sich, dass ein formales Verständnis einfacher, nämlich ohne Rückgriff auf Analogien (oder normative Abgrenzungen), zu rechtspolitisch erwünschten Ergebnissen führt. Dies zeigt sich weiter, wenn „Aufklärungslücken [...] auftreten, wenn ein Zeuge zwar in der Hauptverhandlung erscheint, seine Angaben aber [...] unvollständig sind“.<sup>103</sup> So gilt für die umstrittene Konstellation, in der sich ein Zeuge in der Hauptverhandlung auf sein (umfassendes) Auskunftsverweigerungsrecht beruft,<sup>104</sup> Folgendes: Nach der materiellen Spielart würde es sich bei der Verlesung des Teils des Protokolls, zu denen der Zeuge schweigt, um eine unzulässige ersetzende Verlesung handeln. Wird das Einverständnis nach § 251 Abs. 1 Nrn. 1 und 2 StPO nicht erteilt, ist die Verlesung unzulässig oder man muss Hilfsüberlegungen anstellen, um die im Einzelfall rechtspolitisch erwünschte Verlesung begründen zu können.<sup>105</sup> Dieses Ergebnis lässt sich wie bei den sonstigen Erklärungen iSd § 250 S. 2 StPO einfacher erzielen, wenn man das Ersetzungsverbot rein formal auffasst. Für ein rein formales Verständnis spricht auch § 68 StPO, nach dem die Vernehmung damit beginnt, dass der Zeuge über seinem Namen etc. befragt wird. Auch § 253 StPO steht diesem Ergebnis nicht entgegen, weil es sich in Fällen der Aussageverweigerung weder um einen Widerspruch noch um eine Erinnerungslücke handelt.

**dd. Rechtspolitisches Vorverständnis**

Wenn man diese rechtspolitisch erwünschten Ergebnisse als Folge eines formalen Verständnisses von Ersetzung iSd § 250 S. 2 StPO akzeptiert, so muss man zwei Einwände überwinden.

**(1.) Dogmatischer Einwand**

Ein dogmatischer Einwand könnte aus § 250 StPO selbst folgen, da nach dessen S. 1 (unabhängig von der Aufklärungspflicht) eigentlich die Vernehmungsperson über ihre bei der Vernehmung gemachten Wahrnehmungen einzuvernehmen wäre und deren Vernehmung außerhalb des § 253 StPO nicht nach § 250 S. 2 StPO ersetzt werden dürfte.<sup>106</sup> Dagegen ließe sich einwenden, dass die Differenzierung zwischen unzulässiger Ersetzung und zulässiger Ergänzung in § 250 S. 2 StPO zwangsläufig damit einhergehe, dass die Ergänzung der Vernehmung des Zeugen

durch die Ersetzung der Vernehmung der Vernehmungsperson zu erfolgen hat und § 250 S. 1 StPO gleichsam „außer Kraft setzt“. Wollte man diese Konsequenz nicht ziehen, so hätte die Differenzierung womöglich keinen Sinn. Einerseits könnte man – was bei der internen Kritik zu unterbleiben hat – diesen Einwand zum Anlass nehmen das der Differenzierung zugrundeliegenden Vorverständnis, die Relativität des Unmittelbarkeitsprinzip, grundsätzlich in Frage zu stellen (vgl. unten III.). Andererseits könnte man aber auch ausgehend von diesem Vorverständnis argumentieren, dass die Differenzierung auch bei konsequenter Anwendung des § 250 S. 1 StPO weiterhin ihre Berechtigung bei den sonstigen Erklärungen iSd § 250 S. 2 StPO hätte.<sup>107</sup> Aber selbst dann spricht der Einwand, § 250 S. 1 StPO stünde einer ergänzenden Verlesung des Protokolls entgegen, nicht gegen die ergänzende Verlesung als solche, sondern nur gegen eine singuläre, sich bloß auf die Auskunftsperson beziehende Ergänzung. Dogmatisch folgerichtig müsste es in diesem Fall zu einer doppelten ergänzenden Verlesung kommen. D.h., dass das Protokoll nur ergänzend zur Vernehmung sowohl des Zeugen als auch der Vernehmungsperson verlesen werden darf, wodurch auch die bspw. von *Mosbacher* für erforderlich gehaltene vorherige Vernehmung der Vernehmungsperson zu erklären ist.

**(2.) Wertungswidersprüche**

Dieses Ergebnis könnte einen doppelten Wertungswiderspruch enthalten.<sup>108</sup> Denn welchen sachlichen Grund gibt es zum einen dafür, dass einerseits Protokolle nur nach Maßgabe des § 253 StPO (Widerspruch, Erinnerungslücken) und andererseits nach § 249 StPO (Übereinstimmung, Weigerung) verlesen werden dürfe? Eine Erklärung könnte lauten, dass in jenem Fall der Widerspruch nur behoben und die Erinnerung hervorgerufen werden kann, wenn der Zeuge bei der Verlesung anwesend ist. Weigert sich der Zeuge Angaben zu machen oder soll nur bestätigt werden, was er ohnehin in der Hauptverhandlung bekundet hat, so würde eine Verlesung nach Maßgabe des § 253 StPO – u.a. in seiner Anwesenheit<sup>109</sup> – keinen weiteren Erkenntnisgewinn bringen. Es stellt sich zum anderen die Frage, welchen sachlichen Grund es dafür gibt, im Falle des § 253 auf die Vernehmung der Vernehmungsperson zu verzichten, im Fall der bloßen ergänzenden Verlesung nach § 249 StPO aber zu fordern, dass sowohl Zeuge als auch Vernehmungsperson einzuvernehmen sind. Diesen Wertungswiderspruch muss man m.E. „hinnehmen“, zumal er dadurch abgemildert wird, dass § 253 StPO nur subsidiär gilt und die Aufklärungspflicht auch in diesem Falle die Vernehmung der Vernehmungsperson gebieten kann.<sup>110</sup>

<sup>103</sup> BGH NJW 2007, 2341, 2342.

<sup>104</sup> Wird vom Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch gemacht, kann allerdings § 252 StPO einer Verlesung entgegenstehen.

<sup>105</sup> Vgl. BGH NJW 2007, 2341, 2342 f.

<sup>106</sup> Vgl. *Wömpner* NStZ 1983, 293, 296; vgl. zum Verhältnis der §§ 249, 250 und 253 StPO untereinander einerseits *Kloke* NStZ 2019, 374, 378 und andererseits *Schmitt*, a.a.O. (Fn. 10), § 253 Rn. 1; *Mosbacher*, a.a.O. (Fn. 63), § 253 Rn. 1;

*Diemer*, a.a.O. (Fn. 12), § 253 Rn. 1 und *Eckstein*, a.a.O. (Fn. 59), Rn. 145.

<sup>107</sup> Kritisch zu einer Gleichbehandlung von Protokollen und Erklärungen auch *Mosbacher* NStZ 2014, 1, 4.

<sup>108</sup> Vgl. auch das Beispiel bei *Kreicker*, a.a.O. (Fn. 21), § 250 Rn. 34.

<sup>109</sup> OLG Saarbrücken JR 1973, 472.

<sup>110</sup> *Kudlich/Schuh*, a.a.O. (Fn. 21), § 253 Rn. 6.

### 3. Zwischenfazit

Trotz aller Schwächen ist der Ansicht, die von einem streng formalen Ersetzungsverbot iSd § 250 StPO ausgeht, innerhalb des Spektrums der Meinungen, die eine Verlesung von Protokollen außerhalb der §§ 251, 253 StPO für zulässig halten, der Vorzug zu geben. Denn sie führt ohne Rückgriff auf Analogien, also einfacher, zu angemessenen Ergebnissen.<sup>111</sup>

### III. Unmittelbarkeitsprinzip und Aufklärungspflicht

Es bleibt aber die Frage, ob diesem Verständnis auch der Vorzug gegenüber der Ansicht gebührt, die einen Rückgriff außerhalb der §§ 251, 253 StPO für unzulässig hält (vgl. oben B. I.). Somit kristallisiert sich eine alles entscheidende Frage heraus: Will § 250 StPO das Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsprinzip absolut setzen, indem er den Gebrauch von Protokollen über frühere Vernehmungen verbietet? Oder will § 250 StPO einen Ausgleich zwischen dem Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsprinzip einerseits und dem diesem Prinzip ggf. widersprechenden Interesse an Aufklärung andererseits herstellen und damit den Beweis mit Beweissurrogaten<sup>112</sup> im Interesse der besseren Sachaufklärung nur im Regelfall verhindern?<sup>113</sup>

#### 1. Kein Aufklärungsinteresse bei mangelnder Unmittelbarkeit

Die Befürworter jener Auffassung akzeptieren nur „unmittelbare“ Beweismittel und ziehen in Zweifel, dass das Gericht im Interesse einer Aufklärung auf mittelbare Beweismittel, konkret: Vernehmungsprotokolle zurückgreifen dürfe. Diese seien mangelhaft und dienen nicht der Aufklärung. So wird einerseits die mangelnde Qualität der Vernehmungsprotokolle und andererseits die Abwesenheit des unmittelbaren Eindrucks des Zeugen hervorgehoben.<sup>114</sup> Zuzugeben ist, dass Protokolle inhaltlich mangelhaft sein können und idR nur ein Zerrbild der Aussage des Vernommenen darstellen.<sup>115</sup> Protokolle können aber auch das zuverlässigere Beweismittel sein.<sup>116</sup> Einschränkend ist weiter zu berücksichtigen, dass im Falle der ergänzenden Verlesung der Zeuge idR teilweise Angaben macht, so dass die Verfahrensbeteiligten zumindest einen ersten Eindruck erhalten. Die Frage lautet daher: Reicht diese potentielle Mangelhaftigkeit aus, um einen generellen Vorrang

des Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsprinzips vor dem Aufklärungsinteresse zu rechtfertigen?

#### 2. Die dienende Funktion des Unmittelbarkeitsprinzips

Geht man mit der h.M. davon aus, dass das Unmittelbarkeitsprinzip aus der Aufklärungspflicht des Gerichts folgt<sup>117</sup> und damit eine Konkretisierung dieser Pflicht darstellt, dann folgt daraus abstrakt, dass das Unmittelbarkeitsprinzip im Konflikt mit dem Aufklärungsinteresse zurückzutreten hat.<sup>118</sup> Bezogen auf die ergänzende Verlesung sprechen dafür konkret sowohl dogmatische als auch normative Gründe.

Zunächst einmal zeigen die gesetzlichen Verlesungsmöglichkeiten nach den §§ 251, 253, 256 StPO, dass die in § 250 StPO zum Ausdruck kommenden Prinzipien der Unmittelbarkeit und Mündlichkeit nicht absolut gesetzt sind, sondern im Gegenteil in vielfacher Hinsicht relativiert sind und die StPO einen Ausgleich mit dem vom Gesetz vorausgesetzten Aufklärungsmöglichkeiten anstrebt.<sup>119</sup> Insbesondere zeigt sich daran, dass materielle Mängel des Beweismittels deren zulässiger Einführung und Verwertung nicht grds. entgegenstehen, so dass *teleologische* Gründe gegen eine Absolutsetzung sprechen. Der *Wortlaut* lässt weiterhin eine Differenzierung zwischen Ersetzung und Ergänzung zu. *Systematisch* lässt sich ein formales Verständnis zumindest mit den §§ 68 ff. StPO in Einklang bringen, wonach die Vernehmung damit beginnt, dass der Zeuge über seinem Namen etc. befragt wird. Soweit man *historisch* überhaupt irgendetwas aus den Gesetzesmaterialien zur RStPO folgern möchte,<sup>120</sup> so könnte dem der methodische Rückgriff dadurch entzogen sein, dass nach der Gründung der BRD das Rechtsvereinheitlichungsgesetz vom 12. September 1950 die §§ 250, 253 StPO in – zumindest theoretischer – Kenntnis der Rechtsprechung unangetastet ließ.

Des Weiteren lassen sich durch die ergänzende Verlesung *angemessenere* Ergebnisse erzielen und zwar sowohl in Fällen der Berufung auf ein Auskunftsverweigerungsrecht als auch in den Fällen, in denen das Risiko besteht, dass es wegen eines mangelhaften Vernehmungsprotokolls zu einem materiell rechtswidrigen Urteil kommt. Würde diese potentielle Mangelhaftigkeit nur dazu führen, dass Angeklagte der materiellen Wahrheit zu wider freigesprochen werden, dann wäre allerdings nicht einzusehen, warum ein solches mangelhaftes Protokoll verlesen werden sollte.

<sup>111</sup> Vgl. *Duignan*, "Occam's razor". Encyclopedia Britannica, 27. Mai 2024, <https://www.britannica.com/topic/Occams-razor>. Letzter Zugriff am 2. Juni 2024.

<sup>112</sup> *Cirener/Sander*, a.a.O. (Fn. 3), § 250 Rn. 1.

<sup>113</sup> *Cirener/Sander*, a.a.O. (Fn. 3), § 250 Rn. 1.

<sup>114</sup> *Gubitz NJW* 2008, 958, 961.

<sup>115</sup> *Gubitz NJW* 2008, 958, 961.

<sup>116</sup> Vgl. *Hamm*, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 858a.

<sup>117</sup> Vgl. *Hamm*, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 858, 872; *Kudlich/Schuhr*, a.a.O. (Fn. 21), § 250 Rn. 5; *Kühne*, a.a.O. (Fn. 12), Rn. 914.

<sup>118</sup> Vgl. *Hamm*, a.a.O. (Fn. 28), Rn. 858: „Oberster [...] Grundsatz des Strafverfahrens ist die Pflicht des Richters, von Amts wegen die Wahrheit zu erforschen („Aufklärungspflicht“). [...] Dass die Beweisaufnahme regelmäßig eine

unmittelbare sein muss, ist nach deutschem Recht [...] kein Verfahrensgrundsatz, sondern nur ein Anwendungsfall der Aufklärungspflicht“, etwas schwächer *Hamm/Pauly*, a.a.O. (Fn. 4), Rn. 1069.

<sup>119</sup> *Sax JZ* 1967, 229, 230 bemängelt bspw., dass das Auslegungsergebnis dadurch entschieden wird, dass man das Unmittelbarkeitsprinzip absolut setzt.

<sup>120</sup> Kritisch *Velten*, a.a.O. (Fn. 15), § 250 Rn. 1; die Motive, vgl. *Hahn*, a.a.O. (Fn. 8), Erste Abt. S. 194 ff., sind insoweit unergiebig; die Diskussion in der Reichtstagskommission, vgl. *Hahn*, a.a.O. (Fn. 8), Erste Abt. 863 ff. und a.a.O., Zweite Abt., S. 1343 ff. ergibt kein homogenes Bild; ohnehin bildet *Hahns* Materialiensammlung nur einen kleinen Teil der Gesetzgebungsgeschichte ab, vgl. *Schubert JZ* 1978, 98.

Denn nur die Aufklärung der materiellen Wahrheit stellt ein (straf-) rechtlich relevantes Bewertungskriterium dar.<sup>121</sup> So ist es aber nicht. Gesetzt den Fall, dass im Protokoll wahrheitsgemäß ein entlastender Umstand aufgeführt ist und dieser unter Rekurs auf das absolute gesetzte Unmittelbarkeits- und Mündlichkeitsprinzip nicht verlesen wird, dann kann ein Angeklagter der materiellen Wahrheit zu wider verurteilt werden. In diesem Fall streitet das mit Verfassungsrang ausgestattete Aufklärungsinteresse an der materiellen Wahrheit<sup>122</sup> trotz der Mittelbarkeit des Beweismittels für eine Verlesung. Da man aber nicht weiß, ob und an welcher Stelle im Protokoll sich das Risiko der Mangelhaftigkeit verwirklicht, löst die alleinige Zulassung als Beweismittel das Problem, zu Unrecht verurteilt zu werden, nicht: Es bleibt ein Vabanquespiel. Das Risiko ließe sich allerdings auf der Ebene der Beweiswürdigung dadurch minimieren, dass das ergänzend verlesene Protokoll besonders vorsichtig gewürdigt wird und es ggf. zur Anwendung des Zweifelssatzes kommt.<sup>123</sup> Dies lässt sich mit der o.a. Mangelhaftigkeit des Beweismittels einerseits und mit der mangelnden Möglichkeit der Konfrontation andererseits begründen. Konkret bedeutet dies, dass im Falle von entlastenden Angaben im Protokoll (im Zusammenspiel mit den nicht ausreichenden entlastenden Bekundungen in der HV) es regelmäßig zu einer Überzeugungsbildung kommt, die nur ausnahmsweise entkräftet werden kann. Umgekehrt würde dann gelten, dass es im Falle von belastenden Angaben (im Zusammenspiel mit den nicht ausreichenden belastenden Bekundungen in der HV) regelmäßig nicht zu einer Überzeugungsbildung kommt, sondern nur dann, wenn noch weitere belastende Umstände hinzukommen.<sup>124</sup> Zwar würde mit einer solchen Minimierung des Risikos materiell rechtswidriger Verurteilungen die Steigerung des Risikos materiell rechtswidriger Freisprüche zunehmen. Allerdings „ist es besser, dass zehn Schuldige entkommen, als dass ein Unschuldiger verfolgt wird“.<sup>125</sup>

## D. Zusammenfassung

Wie eingangs bereits ausgeführt wird innerhalb des herrschenden Paradigmas der freie Vorhalt und die Einvernahme des Vernehmungsbeamten als Zeugen vom Hörensagen in der Hauptverhandlung für zulässig erachtet (A.

III. 1.). Die Frage, ob und inwieweit außerhalb des Anwendungsbereichs der §§ 251, 253 StPO Vernehmungsprotokolle verlesen werden dürfen, ist strittig (B.): Sieht man von den unter B III. referierten Äußerungen ab bzw. interpretiert sie wohlwollend als Rezeption der Rspr. des BGH, ergibt sich zusammenfassend folgendes Bild:

In der Literatur werden zwar theoretische Konzepte vertreten, die eine (ergänzende) Verlesung nach dem Grundsatz der Freiheit des Urkundenbeweises sowohl grds. – nämlich in Ergänzung zur Vernehmungsperson – zulassen (B. II. 3.) als auch ausschließen wollen (B. I.). In der Praxis hat sich jedoch die partielle Zulässigkeit der Verlesung durchgesetzt. Begründet wird dies unter Rückgriff einmal auf § 250 S. 1 StPO (B. II. 1., wahrnehmungsunabhängige Tatsachen) und ein andermal auf § 250 S. 2 StPO (B. II. 2; zulässige Ergänzung). Jede dieser Begründungen ist Kritik ausgesetzt (C.). Am „überzeugendsten“<sup>126</sup> ist jedoch die Auffassung, die eine (ggf. doppelte) ergänzende Verlesung zur formal begonnenen Vernehmung nach dem Grundsatz der Freiheit des Urkundenbeweises für zulässig erachten, wenn die Beweiswürdigung besonders sorgsam durchgeführt und der Zweifelssatz für den Angeklagten spricht (C. III.). Betrifft die Verlesung Erinnerungslücken oder Widersprüche, kommt eine Verlesung nur nach Maßgabe des § 253 StPO in Betracht.<sup>127</sup> Verweigert der Zeuge in der Hauptverhandlung – rechtmäßig oder unrechtmäßig – die Angaben zur Sache, so steht § 250 StPO der Verlesung des Protokolls nicht im Wege. Da es sich bei der Weigerung weder um Erinnerungslücken noch um Widersprüche handelt, kommt die Verlesung grds. nach § 249 StPO ergänzend in Betracht, es sei denn andere Normen, wie z.B. § 252 StPO, stehen der Verlesung entgegen. § 256 Abs. 1 Nr. 5 StPO steht als Ausnahmvorschrift zu § 250 StPO einer ergänzenden Verlesung nicht im Wege: Wurde der Zeuge in der Hauptverhandlung gehört, dann können Protokolle sowie in einer Urkunde enthaltene Erklärungen der Strafverfolgungsbehörden auch dann verlesen werden, soweit sie eine Vernehmung dieses Zeugen zum Gegenstand haben. Aber auch hier gilt: Ist bei dieser ergänzenden Verlesung der Anwendungsbereich des § 253 StPO eröffnet, dann ist die Verlesung nur nach dessen Maßgabe zulässig. Das heißt, dass die Verlesung nur als letztes Mittel und in Anwesenheit des Zeugen zulässig ist, was u.a. die Einführung im Selbstleseverfahren unmöglich macht.

<sup>121</sup> Vgl. Metz ZStW 2021, 447, 464.

<sup>122</sup> Vgl. Metz ZStW 2021, 447, 464.

<sup>123</sup> Vgl. BGHSt 49, 112 = HRRS 2004 Nr. 200; vgl. ähnlich zu § 253 StPO *Artkämper/Sotelsek* JURA 2008, 579, 585.

<sup>124</sup> So zu § 253 StPO *Artkämper/Sotelsek* JURA 2008, 579, 586: „Dem Urkundenbeweis [...] kommt wegen grundsätzlicher Bedenken gegen seinen Beweiswert nicht die Fähigkeit zu, allein eine zweifelsfreie richterliche Überzeugung zu begründen, die für eine Verurteilung [!] erforderlich ist;“ vgl. auch BGH NJW 1966, 211 und auch BGH NSTZ 1993, 293,

wonach eine unberechtigte Aussageverweigerung bei der richterlichen Überzeugungsbildung zugunsten des Angeklagten verwertet werden darf.

<sup>125</sup> Vgl. zu „Blackstone’s ratio“ *Halvorsen*, Criminal Justice Ethics Volume 23, 2004, Ausgabe 2, 3 ff.

<sup>126</sup> Einschränkend ist zu sagen, dass es Probleme dann gibt, wenn die Vernehmungsperson verstorben ist. Denn dann kann es streng genommen nicht zu einer doppelten ergänzenden Verlesung kommen.

<sup>127</sup> Vgl. dazu instruktiv *Gerst* StraFo 2018, 273 ff.

# Schillernde Normativierung: Das Bundesverfassungsgericht und die Beruhensprüfung bei Verstößen gegen § 243 Abs. 4 StPO

Zugl. Anm. zu BVerfG HRRS 2024 Nr. 231

Von RA Dr. Sebastian Seel, Berlin\*

## A. Einleitung

Der im Rahmen dieses Beitrags zu besprechende aktuelle Beschluss des Bundesverfassungsgerichts behandelt im Schwerpunkt eine Frage, die schon Gegenstand früherer verfassungsgerichtlicher Entscheidungen war: Wie ist ein zentraler Begriff des Revisionsrechts, nämlich das Beruhen des Urteils auf einer Gesetzesverletzung (§ 337 Abs. 1 StPO), bei Verstößen gegen die Mitteilungspflicht gemäß § 243 Abs. 4 S. 1, 2 StPO zu verstehen? Die Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, die dem aktuellen Beschluss vorausgegangen sind, haben ein normatives Element in die Beruhensprüfung eingeführt. Der Bundesgerichtshof ist nach einiger Gegenwehr des dritten Strafsenats<sup>1</sup> den verfassungsrichterlichen Vorgaben grundsätzlich gefolgt. Welcher Stellenwert dem normativen Element bei der Beruhensprüfung zukommt, hat das Bundesverfassungsgericht allerdings in seinen bisherigen Entscheidungen nicht eben klar formuliert. In der Literatur ist die Normativierung der Beruhensprüfung ganz überwiegend auf Ablehnung gestoßen.

Im Folgenden werde ich zunächst die Entwicklungen zum normativen Element der Beruhensprüfung in der bisherigen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts herausarbeiten und auf die Rezeption dieser Rechtsprechung durch den Bundesgerichtshof und die strafrechtliche Literatur eingehen. Auf dieser Grundlage soll der aktuelle Beschluss des Bundesverfassungsgerichts analysiert und zugleich diskutiert werden, inwieweit sich die schon zuvor gegen eine Normativierung der Beruhensprüfung erhobenen Einwände auch diesem Beschluss entgegenhalten lassen.

## B. Die bisherigen Entwicklungen

### I. Die verfassungsgerichtliche Rechtsprechung vor dem aktuellen Beschluss

#### 1. Ausführungen zum Beruhen im Absprachenurteil von 2013

Das Bundesverfassungsgericht hat in seinem Absprachenurteil aus dem Jahr 2013 mehrere grundsätzliche Aussagen zur Beruhensfrage bei Verstößen gegen die mit dem Verständigungsgesetz eingeführten Transparenz- und Dokumentationsvorschriften getroffen. Die Regelungen zu Absprachen im Strafprozess sind danach „als eine untrennbare Einheit aus Zulassung und inhaltlicher Beschränkung von Verständigungen bei gleichzeitiger Einhegung durch die Mitteilungs-, Belehrungs- und Dokumentationspflichten zu begreifen“.<sup>2</sup> Für dieses Konzept seien die Transparenz- und Dokumentationspflichten zentral, weil sie die vom Gesetzgeber intendierte umfassende Kontrolle des Verständigungsgeschehens durch die Öffentlichkeit sicherten und damit der Gefährdung der verfassungsrechtlichen Vorgaben an den Strafprozess entgegenwirkten.<sup>3</sup> Eine unter Verstoß gegen die Transparenz- und Dokumentationspflichten zustande gekommene Verständigung sei grundsätzlich rechtswidrig. Folge ein Gericht einer solchen Verständigung, sei ein Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensfehler grundsätzlich nicht auszuschließen, „weil die Verständigung, auf der das Urteil beruht, ihrerseits mit einem Gesetzesverstoß behaftet“ sei.<sup>4</sup> Dem stehe nicht entgegen, dass Verstöße gegen die Transparenz- und Dokumentationspflichten nicht als absolute Revisionsgründe geregelt worden seien, weil der Gesetzgeber diesen Pflichten zentrale Bedeutung zugewiesen habe.<sup>5</sup> Auch

\* Der Verfasser ist seit 2024 als Rechtsanwalt angestellt bei Schneider Mick Rechtsanwälte in Berlin.

<sup>1</sup> Siehe insbesondere BGH NStZ 2016, 221, 224 ff. = HRRS 2015 Nr. 1125.

<sup>2</sup> BVerfGE 133, 168 Rn. 96 = HRRS 2013 Nr. 222.

<sup>3</sup> Ebd.

<sup>4</sup> BVerfGE 133, 168 Rn. 97.

<sup>5</sup> Ebd.

wenn eine Verständigung nicht zustande gekommen sei, müsse nach dem Zweck der Absprachenregelungen bei Verstößen gegen die Transparenz- und Dokumentationspflichten grundsätzlich von einem Beruhen des Urteils auf dem Gesetzesverstoß ausgegangen werden, weil sich dann regelmäßig eine informelle Absprache oder darauf abzielende Gespräche als Urteilsgrundlage nicht ausschließen ließen. Anders sei es nur dann, wenn sicher feststehe, dass es keine auf eine Verständigung bezogenen Gespräche gegeben habe.<sup>6</sup> Im Kontrast zu den umfangreichen Ausführungen zum Beruhen ist in dieser Entscheidung die Verbindung zwischen dem Grundrecht auf ein faires Verfahren, der Vorschrift des § 243 Abs. 4 StPO und der Beruhensprüfung nur zu erahnen.<sup>7</sup>

## 2. Nähere Ausführungen zum normativen Element der Beruhensprüfung in nachfolgenden Kammerbeschlüssen

In zwei im Jahr 2015 veröffentlichten Kammerbeschlüssen hat das Bundesverfassungsgericht seine Position zur Beruhensfrage bei Verstößen gegen § 243 Abs. 4 StPO näher ausgeführt. Beide Beschlüsse benennen beim verfassungsrechtlichen Maßstab das Grundrecht auf ein faires Verfahren und gehen dann sehr ausführlich auf die mit den Transparenz- und Dokumentationspflichten im Verständigungsgesetz bezweckte Kontrolle durch die Öffentlichkeit ein. Die auch in Art. 6 Abs. 1 EMRK normierte Kontrolle durch die Öffentlichkeit sei vom Rechtsstaatsprinzip umfasst und von maßgeblicher Bedeutung für die Demokratie. Im Zusammenhang mit Verständigungen im Strafprozess, denen von vornherein ein Element der Intransparenz anhafte, sichere diese Kontrolle „das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Fähigkeit des Staates, mittels einer wirksamen Strafverfolgung öffentliche Sicherheit und Ordnung zu gewährleisten und Gerechtigkeit im Einzelfall sowie eine gleichmäßige Behandlung aller zu garantieren“.<sup>8</sup> Die Ausführungen zum Zusammenhang zwischen der öffentlichen Kontrolle und dem Grundrecht auf ein faires Verfahren fallen in beiden Beschlüssen dagegen sehr knapp aus: Die Transparenzvorschriften schützten den Angeklagten vor geheimen Allianzen zwischen Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidigung und wirkten sachfremden Einflussnahmen entgegen. Intransparente Absprachen gefährdeten das Schuldprinzip samt der darin enthaltenen Pflicht zur Wahrheitserforschung und das Recht auf ein faires Verfahren und seien deshalb verboten.<sup>9</sup>

Wie aber sieht nun angesichts dieser verfassungsrechtlichen Vorgaben die Beruhensprüfung bei Verstößen gegen die Mitteilungspflicht nach § 243 Abs. 4 StPO aus? Prüft ein Revisionsgericht das Beruhen allein hinsichtlich einer Auswirkung des Verstoßes auf das Aussageverhalten des Angeklagten, so verkennt es laut dem Bundesverfassungsgericht den Aspekt der Kontrolle durch die Öffentlichkeit, wobei diese Kontrolle auch dem Schutz des Angeklagten in seinem Grundrecht auf ein faires Verfahren dient.<sup>10</sup> Danach erhält die Beruhensprüfung ein normatives Element.

Allerdings bleibt das genaue Verhältnis zwischen klassischer, nach einem Kausalzusammenhang fragender Beruhensprüfung und diesem normativen Element in beiden Kammerbeschlüssen dunkel. Unglücklich erscheint die folgende Formulierung, die sich wortgleich in beiden 2015 veröffentlichten Beschlüssen findet: „Dieser Schutzgehalt des § 243 Abs. 4 StPO, der unabhängig vom Aussageverhalten des Angeklagten Geltung beansprucht, hätte bei der Beruhensprüfung Berücksichtigung finden müssen.“<sup>11</sup> Es ist unklar, was „Berücksichtigung finden“ in diesem Zusammenhang heißt. Wenn die Kontrolle durch die Öffentlichkeit „unabhängig“ von einem Einfluss auf das Aussageverhalten „Geltung beansprucht“, dann müsste es eigentlich auch ein rein normatives Beruhen geben können. „Berücksichtigung finden“ könnte aber auch meinen, dass das normative Element lediglich ergänzend neben einer herkömmlichen Kausalitätsprüfung heranzuziehen ist, wobei dann das Verhältnis beider Elemente der Beruhensprüfung weiter unklar wäre. Schwammig sind auch die weiteren Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur normativen Seite des Beruhens, wonach „die Beruhensprüfung gegebenenfalls um normative Aspekte anzureichern“ ist, „die über eine reine Kausalitätsprüfung hinausgehen“.<sup>12</sup> Das liest sich ganz so, als bilde eine reine Kausalitätsprüfung stets den Ausgangspunkt und sei lediglich in einigen Fällen normativ zu ergänzen. Wie das zu den vorangehenden Ausführungen passen soll, wonach der normative Aspekt der Kontrolle durch die Öffentlichkeit „unabhängig vom Aussageverhalten des Angeklagten Geltung beansprucht“, erschließt sich nicht.

Jedenfalls soll nicht bei jedem Verstoß gegen § 243 Abs. 4 StPO das Urteil auf diesem Verstoß beruhen. Da Verstöße gegen § 243 Abs. 4 StPO nicht als absolute Revisionsgründe normiert worden seien, könnten die Revisionsgerichte Art und Schwere des Verstoßes bei der Beruhensprüfung berücksichtigen, ebenso den Inhalt des jeweiligen Gesprächs. Lasse sich im konkreten Fall ohne Zweifel ausschließen, dass das Gespräch auf eine gesetzwidrige Absprache gerichtet war, dürfe das Beruhen verneint werden.<sup>13</sup> In einem späteren Beschluss hat das Bundesverfassungsgericht auch den Umstand, dass der Angeklagte umfassend über ein Verständigungsgespräch informiert war, für berücksichtigungsfähig erklärt, dabei aber mit dem Bundesgerichtshof darauf hingewiesen, dass eine nichtrichterliche Mitteilung eine richterliche Mitteilung in der Hauptverhandlung grundsätzlich nicht ersetzen könne.<sup>14</sup>

## II. Rezeption der bisherigen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung

Der Bundesgerichtshof ist dem Bundesverfassungsgericht bei der zumindest teilweisen Normativierung der

<sup>6</sup> BVerfGE 133, 168 Rn. 98.

<sup>7</sup> Siehe BVerfGE 133, 168 Rn. 115.

<sup>8</sup> BVerfG NStZ 2015, 170, 171 = HRRS 2015 Nr. 174; BVerfG NStZ 2015, 172, 173 = HRRS 2015 Nr. 176.

<sup>9</sup> BVerfG NStZ 2015, 170, 171; BVerfG NStZ 2015, 172, 173.

<sup>10</sup> BVerfG NStZ 2015, 170, 171; BVerfG NStZ 2015, 172, 173.

<sup>11</sup> BVerfG NStZ 2015, 170, 171; BVerfG NStZ 2015, 172, 173.

<sup>12</sup> BVerfG NStZ 2015, 170, 172; BVerfG NStZ 2015, 172, 174.

<sup>13</sup> BVerfG NStZ 2015, 170, 172; siehe auch BVerfG NJW 2020, 2461, 2464 = HRRS 2020 Nr. 340.

<sup>14</sup> Siehe BVerfG NJW 2020, 2461, 2464.

Beruhensprüfung grundsätzlich gefolgt.<sup>15</sup> Eine Ausnahme bildet eine kämpferische Entscheidung des dritten Strafsenats aus dem Jahr 2016, die eine Reihe auch in der Literatur erhobener Einwände gegen eine solche Normativierung vorgebracht hat.<sup>16</sup>

In der Literatur sind die verfassungsrichterlichen Ausführungen zum Beruhen bei Verstößen gegen § 243 Abs. 4 StPO auf starke Kritik gestoßen: Das Bundesverfassungsgericht habe die Grenzen des Verfassungsverfahren mit einer umfassenden Auslegung einfachen Rechts überschritten.<sup>17</sup> Die verfassungsrechtliche Grundlage für eine Normativierung der Beruhensprüfung sei unklar.<sup>18</sup> Die grundsätzlichen Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts zum Beruhen seien zirkulär.<sup>19</sup> Das Bundesverfassungsgericht habe entgegen der gesetzlichen Differenzierung zwischen relativen und absoluten Revisionsgründen in §§ 337, 338 StPO einen neuen absoluten Revisionsgrund eingeführt.<sup>20</sup> Damit habe es den gängigen Beruhensbegriff preisgegeben.<sup>21</sup> Dabei könnten normative Erwägungen bei dogmatisch konsequenter Betrachtung nicht relevant werden, wenn schon ein Kausalzusammenhang zwischen Verfahrensverstöß und Urteil fehle.<sup>22</sup> Zuletzt müsse man angesichts der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bei Verstößen gegen andere Verfahrensnormen wie § 136a StPO, die noch höher-rangige Verfassungsgrundsätze schützen, die Beruhensprüfung ebenfalls normativieren. Hier finde aber ganz unstrittig eine klassische Beruhensprüfung statt.<sup>23</sup> Auf diese Einwände wird bei der Diskussion des aktuellen Beschlusses zurückzukommen sein.

## C. Der aktuelle Beschluss

### I. Argumentative Struktur

Das Bundesverfassungsgericht knüpft in seinem aktuellen Beschluss an seine bisherige Rechtsprechung zum normativen Element der Beruhensprüfung an. Erneut nennt es als rechtlichen Anknüpfungspunkt das Grundrecht auf ein faires Verfahren, um dann ausführlich die Bedeutung der Kontrolle durch die Öffentlichkeit für ganz andere verfassungsrechtlich geschützte Prinzipien und Güter darzulegen: für die Wahrheitserforschungspflicht, das Schuldprinzip und ein verfassungsrechtlich schwer greifbares „Vertrauen der Öffentlichkeit in die Fähigkeit des Staates, mittels einer wirksamen Strafverfolgung öffentliche Sicherheit und Ordnung zu gewährleisten und Gerechtigkeit im Einzelfall sowie eine gleichmäßige Behandlung aller zu garantieren“. Nur in einem Halbsatz weist das Bundesverfassungsgericht im Anschluss darauf hin, dass

§ 243 Abs. 4 StPO auch einer „Gefährdung“ des Prinzips des fairen Verfahrens vorbeugen solle. Auch bei den Ausführungen zum Beruhen wandelt es zunächst auf bekannten Pfaden, wenn es die grundsätzlichen Vorgaben zum Beruhen aus dem Absprachenurteil von 2013 wiederholt und erläutert, bei einer einzelfallbezogenen Gesamtbetrachtung dürften die Revisionsgerichte die Schwere des Verfahrensverstößes, die Art der nicht mitgeteilten Gesprächsinhalte und den Informationsstand des Angeklagten berücksichtigen. Mit der Erwägung, das Beruhen könne hinsichtlich des Aspekts der Kontrolle durch die Öffentlichkeit beispielsweise dann ausgeschlossen werden, wenn der Gesprächsinhalt zweifelsfrei feststeht und das Gespräch nicht auf eine gesetzeswidrige Absprache gerichtet war, folgt das Bundesverfassungsgericht ebenfalls noch der Linie seiner früheren Kammerbeschlüsse.

Es folgt eine überraschende Wendung: Der Generalbundesanwalt hatte die Auffassung vertreten, ein Beruhen komme unter normativen Gesichtspunkten nicht in Betracht, weil das Verständigungsgespräch keinen unzulässigen Inhalt gehabt habe. Einer solchen Argumentation erteilt das Bundesverfassungsgericht eine Absage. Die Frage eines unzulässigen Inhalts ist danach „nur ein Gesichtspunkt, der im Rahmen der normativen Gesamtbetrachtung Berücksichtigung finden kann“. Bei dieser Gesamtbetrachtung „ist generell in den Blick zu nehmen, ob die nicht mitgeteilten Informationen zu einer nennenswerten Verkürzung der Kontrolle des Verständigungsgeschehens durch die Öffentlichkeit geführt haben könnten.“ Das Bundesverfassungsgericht beruft sich im Anschluss auf seine allgemeinen Ausführungen aus dem Absprachenurteil zum vom Gesetzgeber mit dem Verständigungsgesetz verfolgten Anliegen einer umfassenden Kontrolle durch die Öffentlichkeit. Die Öffentlichkeit müsse nicht nur die Verständigung als solche, also das Ergebnis, umfassend kontrollieren können, sondern auch den gesamten Weg dorthin („um die Entwicklung des Verständigungsvorschlags des Gerichts sowie die Motivation der Staatsanwaltschaft und des Beschwerdeführers zur Zustimmung nachvollziehen zu können“).

Diese Ausführungen weisen der Kontrolle durch die Öffentlichkeit einen noch höheren Eigenwert zu als die vorangehenden Entscheidungen. Demnach wäre ein Beruhen des Urteils bei einer unzureichenden Mitteilung zu einem Verständigungsgespräch auch dann möglich, wenn dieses Gespräch zweifelsohne nicht auf eine unzulässige Absprache gerichtet war. Denn auch in diesem Fall wird eine umfassende Kontrolle des Prozesses, an dessen Ende eine Verständigung steht (oder auch nicht steht), unterlaufen. Aufschlussreich ist es auch, dass das

<sup>15</sup> Siehe nur BGHSt 60, 150, 153 f. = HRRS 2015 Nr. 229; BGH NStZ 2018, 363, 364 = HRRS 2018 Nr. 317; BGH NStZ 2021, 61, 62 = HRRS 2020 Nr. 1277.

<sup>16</sup> Siehe BGH NStZ 2016, 221, 224 ff. = HRRS 2015 Nr. 1125.

<sup>17</sup> MüKo-StPO/Arnoldi, 2. Aufl. (2024), § 243 Rn. 133; LR-StPO/Becker, 27. Aufl. (2020), § 243 Rn. 115; Niemöller NStZ 2015, 489, 494.

<sup>18</sup> LR-StPO/Becker, § 243 Rn. 115; kritisch auch Mosbacher NZWiSt 2013, 201, 206.

<sup>19</sup> Kudlich NStZ 2013, 379, 381; Stuckenberg ZIS 2013, 212, 215; siehe auch KK-StPO/Schneider, 9. Aufl. (2023), § 243 Rn. 127.

<sup>20</sup> MüKo-StPO/Arnoldi, § 243 Rn. 133; Niemöller NStZ 2015, 489, 494; Stuckenberg ZIS 2013, 212, 215; siehe auch Knauer NStZ 2013, 433, 436, der das Vorgehen des Bundesverfassungsgerichts begrüßt, weil zuvor viele Verstöße gegen die Mitteilungspflicht folgenlos geblieben seien.

<sup>21</sup> MüKo-StPO/Arnoldi, § 243 Rn. 133; Niemöller NStZ 2015, 489, 494; KK-StPO/Schneider, § 243 Rn. 127.

<sup>22</sup> Niemöller NStZ 2015, 489, 494; zustimmend KK-StPO/Schneider, § 243 Rn. 127.

<sup>23</sup> Niemöller NStZ 2015, 489, 494.

Bundesverfassungsgericht im aktuellen Beschluss von einer „normativen Gesamtbetrachtung“ bei der Beruhensprüfung spricht. Man könnte also annehmen, die Gewichte hätten sich weiter in Richtung eines rein normativen Beruhensbegriffs in dem Sinne verschoben, dass schon jede erhebliche Beschränkung der Kontrolle durch die Öffentlichkeit unabhängig von einer Auswirkung auf das Aussageverhalten des Angeklagten, aber auch unabhängig vom Inhalt des Verständigungsgesprächs zu einem Beruhen des Urteils auf dem Verfahrensfehler führt.

Letztlich bekennt das Bundesverfassungsgericht aber in diesem Punkt nicht Farbe. Fast so, als hätte es Angst vor der eigenen Courage bekommen, ergänzt es seine Erwägungen zum normativen Aspekt der Beruhensprüfung um einige Argumente dafür, dass wohl auch bei klassischem Verständnis des Beruhensbegriffs das Urteil auf dem Verfahrensfehler beruht.

## II. Diskussion

Auch im aktuellen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts ist der grundrechtliche Anknüpfungspunkt als solcher klar, nämlich das Grundrecht auf ein faires Verfahren. Erneut unterstreicht das Bundesverfassungsgericht aber die Bedeutung der Kontrolle durch die Öffentlichkeit für andere Verfassungsgüter, während es die Verbindung zwischen dieser Kontrolle und dem Grundrecht auf ein faires Verfahren nur am Rande erwähnt. Dem entspricht es, dass das Gericht auch im aktuellen Beschluss nicht näher begründet, weshalb Verstöße gegen § 243 Abs. 4 StPO und eine darauffolgende Beruhensprüfung ohne Berücksichtigung des Aspekts der Kontrolle durch die Öffentlichkeit grundsätzlich als *Verletzung* des Angeklagten in seinem Grundrecht auf ein faires Verfahren anzusehen sind. Eine solche Begründung wäre schon aus dem Grund notwendig, dass das Gericht zuvor erläutert, mit der Mitteilungspflicht aus § 243 Abs. 4 StPO solle einer „Gefährdung des Schuldprinzips, der darin verankerten Wahrheitserforschungspflicht und des dem Rechtsstaatsprinzip innewohnenden Prinzips des fairen Verfahrens durch intransparente, unkontrollierbare ‚Deals‘ vorgebeugt“ werden. Eine bloße Gefährdung ist noch keine Grundrechtsverletzung. Damit lässt sich auch dem aktuellen Beschluss entgegenhalten, dass die verfassungsrechtliche Grundlage für die Normativierung der Beruhensprüfung und den darin liegenden weitreichenden Eingriff in die einfachgesetzliche Unterscheidung zwischen relativen und absoluten Revisionsgründen jenseits einer bloßen Benennung des einschlägigen Grundrechts unklar ist.

Solange das Bundesverfassungsgericht den Zusammenhang zwischen mangelhafter Kontrolle durch die Öffentlichkeit, Beruhen und Verletzung des Grundrechts auf ein faires Verfahren nicht näher erläutert, lässt sich auch der Einwand einer zirkulären Argumentation bei der Beruhensfrage nicht entkräften. Dieser Einwand ist berechtigt, solange man von einem klassischen Beruhensverständnis ausgeht, wonach ein Verfahrensverstoß die Beruhensprüfung erst in Gang setzt, das Beruhen sich also nicht mit dem Verfahrensverstoß als solchem begründen lässt. Ein sicherlich mit Blick auf §§ 337, 338 StPO wenig eleganter Ausweg läge in einer konsequenten Normativierung des Beruhensbegriffs bei Grundrechtsverstößen: Ein Urteil, das unter *Verletzung* eines Verfahrensgrundrechts oder sonstigen Grundrechts

zustande gekommen ist, beruht im normativen Sinne auf dieser Grundrechtsverletzung. Denn ein mit einem derart schweren Mangel behaftetes Urteil darf unter dem Rechtsstaatsprinzip und im Interesse des Grundrechtsschutzes keinen Bestand haben. Vor einer solchen konsequenten Normativierung schreckt das Bundesverfassungsgericht aber auch im aktuellen Beschluss zurück. Zwar wagt es dort einen Schritt in Richtung einer noch stärkeren Normativierung der Beruhensprüfung. Die nachgeschobenen Ausführungen zum Beruhen im klassischen Sinne sprechen aber dafür, dass das Gericht sich bei der Reichweite dieser Normativierung selbst nicht sicher war.

Die einfachgesetzliche Unterscheidung zwischen relativen und absoluten Revisionsgründen in §§ 337, 338 StPO wäre auch bei einer konsequenten Normativierung der Beruhensprüfung preisgegeben. Würde das Bundesverfassungsgericht das normative Element des Beruhens aber präziser und detaillierter auf Grundrechtsschutz und Rechtsstaatsprinzip zurückführen, ließe sich der entsprechenden Kritik immerhin entgegen, eine Durchbrechung der einfachrechtlichen Systematik der Revisionsgründe erfolge auf einer tragfähigen verfassungsrechtlichen Grundlage. Bei konsequenter Normativierung der Beruhensprüfung im Fall einer Grundrechtsverletzung könnte man zudem das Verhältnis zwischen klassischem und normativem Beruhensverständnis klarer fassen. Danach wäre in einem ersten Schritt zu klären, ob der Verfahrensverstoß möglicherweise kausal für das Urteil war. Auch wenn das nicht der Fall ist, würde ein Urteil dann auf dem Verfahrensverstoß beruhen, wenn in diesem Verstoß zugleich eine Grundrechtsverletzung läge. Kein Beruhen im normativen Sinne wäre bei einer bloßen Grundrechts*gefährdung* oder bei ganz geringfügigen Beeinträchtigungen unterhalb eines Grundrechtseingriffs anzunehmen. Dass bei Verstößen gegen andere auch grundrechtsschützende Verfahrensnormen wie § 136a StPO bislang nur eine klassische Beruhensprüfung erfolgt, ist schließlich nicht unbedingt ein Argument gegen ein normatives Beruhensverständnis: Man kann sich durchaus die Frage stellen, weshalb Urteile, die unter schweren Grundrechtsverletzungen bis hin zur Verletzung der Menschenwürde zustande gekommen sind, in einem rechtsstaatlichen System Bestand haben sollen, nur weil dasselbe Ergebnis auch ohne solche Verstöße zustande gekommen wäre.

## D. Fazit

Das Bundesverfassungsgericht führt in seinem aktuellen Beschluss die losen Enden der vorangehenden Entscheidungen zum normativen Element der Beruhensprüfung nicht zusammen. Für die revisionsrechtliche Praxis ist der Beschluss daher wenig hilfreich. Insbesondere bleibt unklar, ob nun ein Beruhen des Urteils bei nicht nur unerheblichen Verstößen gegen die Mitteilungspflicht auch dann zu bejahen ist, wenn ein Verständigungsgespräch zweifelsfrei keinen gesetzeswidrigen Inhalt hatte und der Angeklagte umfassend über den Inhalt des Gesprächs informiert wurde. Unklar ist weiter auch das grundsätzliche Verhältnis von klassischer und normativer Beruhensprüfung. Abzuwarten bleibt insbesondere, wie das Bundesverfassungsgericht mit der Beruhensfrage bei Verstößen gegen die Mitteilungspflicht umgehen wird, wenn der Angeklagte bei einem Verständigungsgespräch ohne gesetzeswidrigen Inhalt persönlich anwesend war.

## Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

## Schrifttum

## Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

## Rechtsprechung

## Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

**784. BGH 1 StR 127/24 – Beschluss vom 29. April 2024 (LG Essen)**

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Berechnung des Bruttolohns: Berücksichtigung der persönlichen Verhältnisse der Arbeitnehmer).

§ 266a Abs. 1 StGB; § 14 Abs. 2 SGB IV

**785. BGH 1 StR 136/24 – Beschluss vom 14. Mai 2024 (LG Karlsruhe)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**786. BGH 1 StR 423/23 – Urteil vom 30. April 2024 (LG München II)**

Sexueller Missbrauch unter Ausnutzung eines Beratungs-, Behandlungs- oder Betreuungsverhältnisses (Vornahme von sexuellen Handlungen an einer Person, die dem Täter zur psychotherapeutischen Behandlung anvertraut ist: Sonderdelikt, Beschränkung auf Psychotherapeuten im Sinne des PsychThG).

§ 174c Abs. 2 StGB; § 1 Abs. 1 Satz 4 PsychThG

**787. BGH 1 StR 464/23 – Beschluss vom 8. Mai 2024 (LG Mannheim)**

BGHSt; Einschleusen von Ausländern (Erlangen eines Vermögensvorteils: Ersparnis von Steuern und Sozialabgaben durch die Arbeitstätigkeit eingeschleuster Personen, kein unmittelbarer Zusammenhang mit der Einschleusung erforderlich; Aufenthalt ohne erforderlichen Aufenthaltstitel als normatives Tatbestandsmerkmal: Abgrenzung zur Blankettvorschrift, keine Anwendbarkeit des lex mitior-Grundsatzes auf ausfüllende Rechtsvorschriften).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG aF; § 2 Abs. 3 StGB

**788. BGH 2 StR 134/23 – Beschluss vom 10. April 2024 (LG Köln)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (neue Fassung; Hang; überwiegendes Zurückgehen: Mitursächlichkeit).

§ 64 StGB nF

**789. BGH 2 StR 192/23 – Beschluss vom 14. März 2024 (LG Frankfurt am Main)**

Fälschung beweisbarer Daten (Stellvertretung: eBay, Zugangsdaten, Aussteller, Gedankenerklärung, Anmeldung mit einem bestehenden Nutzerkonto, unechte Urkunde, Verkaufsangebot, Vertretungsmacht, Identitäts-täuschung, Datenurkunde; Urteilsgründe: Tatsachenmitteilung, Daten, Beweiserheblichkeit, Scan, Lichtbild, Zu-rechenbarkeit); Mittäterschaft; Betrug; Urkundenfälschung (schriftliche Lüge; Bestellung).

§ 269 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 263 StGB; § 267 StGB; § 267 StPO

**790. BGH 2 StR 25/24 – Beschluss vom 10. April 2024 (LG Wiesbaden)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**791. BGH 2 StR 480/23 – Beschluss vom 6. Mai 2024 (LG Aachen)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen: wiederholtes Auffüllen eines Betäubungsmittelvorrats, Bewertungseinheit, Verklammerung, jedenfalls teilweise gemeinsame Veräußerung, einheitliche Vorratsmenge, Tateinheit, Überschneidung der tatbestandlichen Ausführungs-handlungen, gleichzeitiger Besitz zweier für den Verkauf bestimmter Vorräte, räumlicher und zeitlicher Zusammenhang; Strafklageverbrauch); Umgang mit Konsumcannabis (geringe Menge).

§ 29a BtMG; § 52 StGB; Art. 103 Abs. 3 GG; § 34 KCanG

**792. BGH 2 StR 501/23 – Beschluss vom 27. März 2024 (LG Bonn)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**793. BGH 2 StR 55/23 – Beschluss vom 8. Mai 2024 (LG Köln)**

Wertfestsetzung für die Rechtsanwaltsgebühren (Adhäsionsverfahren).

§ 33 RVG

**794. BGH 2 StR 57/24 – Beschluss vom 9. April 2024 (LG Kassel)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**795. BGH 2 StR 57/24 – Beschluss vom 21. Mai 2024 (LG Kassel)**

Zurücknahme der Revision.

§ 302 StPO

**796. BGH 2 StR 528/23 – Beschluss vom 16. Mai 2024 (LG Hanau)**

Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens (Eröffnungsbeschluss: Unterzeichnung, Wirksamkeitsvoraussetzung, mündliche Beschlussfassung, Verfahrenshindernis).

§ 199 StPO

**797. BGH 2 ARs 431/23 2 AR 220/23 – Beschluss vom 7. Mai 2024**

Zuständigkeitsbestimmung durch den Bundesgerichtshof.  
§ 13a StPO

**798. BGH 2 ARs 466/23 5 AR (VS) 23/23 – Beschluss vom 20. Februar 2024 (OLG Saarbrücken)**

Weitere Beschwerde (Zuständigkeit).

§ 310 StPO

**799. BGH 2 ARs 81/24 (2 AR 9/24) – Beschluss vom 25. März 2024 (LG Freiburg)**

Verbindung rechtshängiger Strafsachen.

§ 4 StPO

**800. BGH 4 StR 117/24 – Beschluss vom 23. April 2024 (LG Bochum)**

Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot: schwerer sexueller Missbrauch von Kindern, Intensität der sexuellen Handlung, Schutzaltersgrenze, Schutzwürdigkeit).

§ 46 Abs. 3 StGB; § 176a StGB aF

**801. BGH 4 StR 173/23 – Beschluss vom 12. März 2024 (LG Münster)**

Ausschluss der Einziehung des Tatertrages oder des Wertersatzes (Auslegung von Verträgen durch den Tatrichter: beschränkte Revisibilität, D&O-Versicherung, Wissentlichkeitsklausel, Risikoausschluss, Haftpflichtschuld, Tilgung, Haftpflichtversicherung für fremde Rechnung; Erlöschen des Ersatzanspruches: Gesamtschuld, Vergleich; Übergang von Ersatzansprüchen: D&O-Versicherung).

§ 73e StGB; § 86 VVG; § 267 BGB; § 362 BGB; 426 BGB

**802. BGH 4 StR 43/24 – Beschluss vom 15. Mai 2024 (LG Lüneburg)**

Zurückweisung der Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**803. BGH 4 StR 46/24 – Beschluss vom 24. April 2024 (LG Dortmund)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**804. BGH 4 StR 180/24 – Beschluss vom 21. Mai 2024 (LG Dortmund)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**805. BGH 4 StR 476/23 – Beschluss vom 24. April 2024 (LG Bielefeld)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**806. BGH 3 StR 113/24 – Beschluss vom 17. April 2024 (LG Düsseldorf)**

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Auflösung einer fehlerhaft gebildeten früheren Gesamtstrafe; fehlende Bindungswirkung früherer Gesamtstrafenbeschlüsse).

§ 53 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB

**807. BGH 3 StR 373/23 – Beschluss vom 21. Februar 2024 (LG Mainz)**

Pflicht zur Aushändigung einer schriftlich übersetzten Anklage (verspätete Überlassung an den Angeklagten;

Ausnahmen; Aussetzung; Unterbrechung); Recht auf ein faires Verfahren.

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 6 Abs. 3 lit. a EMRK; § 201 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 265 Abs. 4 StPO; § 187 Abs. 2 GVG

**808. BGH 3 StR 428/23 – Beschluss vom 16. April 2024 (LG Koblenz)**

Beschwerde gegen Zurückweisung der Anhörungsgrüge (keine Statthaftigkeit).

§ 304 StPO; § 356a StPO

**809. BGH 5 StR 26/24 – Beschluss vom 21. Mai 2024 (LG Hamburg)**

Keine Erwähnung von Aussagen der Jugendgerichtshilfe in der Beweiswürdigung; Ausschöpfungsrüge.

§ 261 StPO; § 344 StPO; § 38 JGG

**810. BGH 5 StR 303/23 – Urteil vom 24. April 2024 (LG Berlin)**

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Beweiswürdigung beim freisprechenden Urteil.

§ 261 StPO

**811. BGH 5 StR 4/24 – Beschluss vom 24. April 2024 (LG Chemnitz)**

Strafbarkeit wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln nach gesetzlicher Neuregelung; „Beihilfe zur Beihilfe“ (Förderung der Haupttat; bloße Kenntnisnahme; psychische Beihilfe); Einziehung (Erlangung tatsächlicher Verfügungsgewalt; Mittäterschaft).

§ 34 KCanG; § 27 StGB; § 73 StGB

**812. BGH 5 StR 542/23 – Urteil vom 8. Mai 2024 (LG Hamburg)**

Anforderungen an die Feststellung des Gehilfenvorsatzes.

§ 27 StGB; § 15 StGB

**813. BGH 5 StR 554/23 – Urteil vom 23. Mai 2024 (LG Chemnitz)**

Strafzumessung bei Zusammentreffen von Freiheitsstrafe und Geldstrafe.

§ 53 Abs. 2 StGB

**814. BGH 5 StR 561/23 – Beschluss vom 13. Februar 2024 (LG Hamburg)**

Schuldunfähigkeit (Eingangsmerkmal; schwere andere seelische Störung; gesicherter psychiatrischer Befund; Beeinträchtigung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit; Sachverständiger).

§ 20 StGB; § 21 StGB

**815. BGH 5 StR 590/23 – Urteil vom 18. Januar 2024 (LG Bremen)**

Erhebliche Minderung der Schuldfähigkeit bei Entzugerscheinungen eines Rauschgiftsüchtigen; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Beschränkung der Revision innerhalb des Rechtsfolgenausspruchs (Wechselwirkung zwischen Strafe und Maßregel).

§ 21 StGB; § 64 StGB; § 344 StPO

**816. BGH 5 StR 68/24 – Urteil vom 23. Mai 2024 (LG Hamburg)**

Gesamtstrafenbildung (eigenständiger Strafzumessungsakt; Begründungsanforderungen; Beschränkung der Revision.).

§ 54 StGB; § 344 StPO

**817. BVerfG 2 BvR 475/24 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 22. Mai 2024 (OLG Karlsruhe)**

Kein Ausschluss von Bundesverfassungsrichtern von der Ausübung ihres Richteramtes betreffend ein missbräuchlich betriebenes Klageerzwingungsverfahren (eigene Betroffenheit bei Strafanzeige gegen den Richter; teleologische Reduktion der Ausschließungsvorschriften bei rechtsmissbräuchlichem Verhalten des Beschwerdeführers; Verwerfung unter Mitwirkung des betroffenen Richters; Übertragbarkeit der Rechtsprechung zur Richterablenkung).

§ 18 Abs. 1 Nr. 1 BVerfGG; § 19 Abs. 1 BVerfGG; § 172 Abs. 2 StPO

**818. BVerfG 2 BvR 1694/23 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Mai 2024 (OLG Braunschweig)**

Auslieferung an die Republik Türkei zum Zwecke der Strafvollstreckung (türkischer Staatsangehöriger; Schutz vor Auslieferung bei akuter Suizidalität; Recht auf effektiven Rechtsschutz; unzureichende gerichtliche Sachaufklärung; unabdingbare verfassungsrechtliche Grundsätze; verbindlicher völkerrechtlicher Mindeststandard; Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens; Erschütterung des Vertrauens bei systemischen Defiziten im Zielstaat; völkerrechtlich verbindliche Zusicherungen; Zweifel an der Belastbarkeit; eigene gerichtliche Gefahrprognose; Berücksichtigung der Gewährleistungen der EMRK; Aufklärungs- und Prüfungspflichten bei Gefahr einer ernsthaften und irreversiblen Gesundheitsverschlechterung; erneuter Suizidversuch; Transport- und Haftfähigkeit; unzureichende Behandlungsangebote im türkischen Strafvollzug; Haftbedingungen in der Türkei; verfassungsgerichtliche Überprüfbarkeit der auslieferungsrechtlichen Bewilligungsentscheidung nur ausnahmsweise bei Abweichung von der Zulässigkeitsentscheidung).

Art. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 Satz 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 25 GG; Art. 79 Abs. 3 GG; Art. 3 EMRK; § 12 IRG

**819. BGH 1 StR 154/24 – Beschluss vom 14. Mai 2024 (LG München II)**

Abänderung des Schuldspruchs infolge des KCanG.

§ 354a StPO

**820. BGH 1 StR 426/23 – Urteil vom 30. April 2024 (LG Stade)**

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Bindungswirkung einer Entsendebescheinigung nach neuem Recht auch bei missbräuchlich erlangter Bescheinigung; Bestimmtheitsgrundsatz, rückwirkende Aufhebung begründet keine Strafbarkeit).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 266a Abs. 1 StGB; Art. 5 Abs. 1 VO 987/2009

**821. BGH 2 StR 128/24 – Beschluss vom 23. April 2024 (LG Köln)**

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

**822. BGH 2 StR 134/23 – Beschluss vom 10. April 2024 (LG Köln)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (neue Fassung; Hang; überwiegendes Zurückgehen auf den Hang).  
§ 64 StGB nF

**823. BGH 2 StR 167/24 – Beschluss vom 8. Mai 2024 (LG Darmstadt)**

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

**824. BGH 2 StR 218/23 – Urteil vom 24. April 2024 (LG Hanau)**

Mord (Beweiswürdigung: beschränkte Revisibilität, Täterschaft).  
§ 211 StGB; § 261 StPO

**825. BGH 2 StR 348/23 – Urteil vom 22. Mai 2024 (LG Frankfurt am Main)**

Ablehnung von Beweisanträgen (Beweisantrag: Konnexität zwischen Beweistatsachen und Beweismittel, Hilfsbeweisantrag, tatsächliche Bedeutungslosigkeit; Beruhen).  
§ 244 StPO

**826. BGH 2 StR 375/23 – Beschluss vom 7. Mai 2024 (LG Köln)**

Zurückweisung der Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**827. BGH 2 StR 382/23 – Urteil vom 27. März 2024 (LG Köln)**

BGHSt; Selbstleseverfahren (übrige Beteiligten: Nebenklage, Auslegung; Revision des Angeklagten: Rüge der Nichtbeteiligung der Nebenklage, Rechtskreis des Angeklagten; Feststellung des Vorsitzenden: Durchführung ohne Beteiligung der Nebenklage, Auslegung; Disponibilität der Teilnahme am Selbstleseverfahren: Nebenklage, keine gesonderte Protokollierung, ungewollte Abwesenheit wegen Verhinderung; fehlendes Einverständnis der Nebenklage: Auslegung).  
§ 249 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 337 StPO

**828. BGH 2 StR 88/24 – Beschluss vom 8. Mai 2024 (LG Darmstadt)**

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

**829. BGH 2 StR 444/23 – Beschluss vom 25. März 2024 (LG Aachen)**

Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Ermessen: gegen eine Anordnung der Maßregel sprechende Umstände).  
§ 66 StGB

**830. BGH 2 StR 454/23 – Urteil vom 24. April 2024 (LG Kassel)**

Beweiswürdigung (beschränkte Revisibilität; Zweifelsatz: keine Beweisregel, Entscheidungsregel).  
§ 261 StPO

**831. BGH 2 StR 472/23 – Beschluss vom 21. Mai 2024 (LG Frankfurt am Main)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.  
§ 46 StPO

**832. BGH 2 StR 511/23 – Beschluss vom 27. März 2024 (LG Meiningen)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (Urteilsgründe: Konkretisierung von Serientaten, Individualisierung, Anknüpfungspunkte; schwerer sexueller Missbrauch von Kindern: kinderpornographische Absicht, Verbreiten).  
§ 176 StGB; § 176c StGB

**833. BGH 2 StR 524/23 – Beschluss vom 7. Mai 2024 (LG Frankfurt am Main)**

Strafzumessung (minder schwerer Fall: gesetzlich vertypte Strafmilderungsgründen).  
§ 49 StGB

**834. BGH 2 StR 524/23 – Beschluss vom 7. Mai 2024 (LG Frankfurt am Main)**

Strafzumessung (minder schwerer Fall: gesetzlich vertypte Strafmilderungsgründe).  
§ 49 StGB

**835. BGH 2 ARs 176/23 (2 AR 68/23) – Beschluss vom 14. Februar 2024**

Zuständigkeitsbestimmung durch das gemeinschaftliche obere Gericht (nachträgliche Entscheidung über die Strafaußsetzung zur Bewährung oder Verwarnung mit Strafverbehalt: Nichtigkeit einer gerichtlichen Entscheidung, keine Rechtswirkung, fehlerhafte richterliche Entscheidung, Geist der Strafprozessordnung, Bewährungswiderrufsentscheidung, Aufhebung nach Eintritt der Rechtskraft).  
§ 14 StPO; § 453 StPO

**836. BGH 2 ARs 408/23 (2 AR 170/23) – Beschluss vom 4. April 2024**

Sachliche Zuständigkeit in Auslieferungssachen (Annexkompetenz; Unanfechtbarkeit: verfassungskonforme Auslegung).  
§ 13 IRG; Art. 19 Abs. 4 GG

**837. BGH 4 StR 119/24 – Beschluss vom 22. Mai 2024 (LG Bochum)**

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

**838. BGH 4 StR 1/24 – Beschluss vom 27. März 2024 (LG Paderborn)**

Schwerer Bandendiebstahl (Bandenabrede: Beweiswürdigung); Sachbeschädigung (Konkurrenzen: Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion); Strafzumessung (beschränkte Revisibilität).  
§ 244a StGB; § 303 StGB; § 308 StGB; § 52 StGB; § 46 StGB

**839. BGH 4 StR 42/24 – Beschluss vom 23. Mai 2024 (LG Essen)**

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

**840. BGH 4 StR 50/24 – Beschluss vom 24. April 2024 (LG Siegen)**

Handeltreiben mit Cannabis (besonders schwerer Fall: nicht geringe Menge, 7,5g THC, Auslegung, geringere Gefährlichkeit, wissenschaftliche Grundlage, Eigenanbau, Eigenkonsum; Bezugspunkt der Tathandlung: Teil der Gesamtmenge, Straffreiheit des Umgangs, Auslegung, Freigrenze, Wirkstoffgehalte, Absehen von der Strafe).

§ 34 KCanG

**841. BGH 4 StR 5/24 – Beschluss vom 6. Mai 2024 (LG Saarbrücken)**

Handeltreiben mit Cannabis (Handeltreiben: Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; besonders schwerer Fall: Grenzwert, herkömmliche Bestimmung, durchschnittliche Konsumeinheit, geringere Gefährlichkeit, Auslegung, Anbau von Cannabispflanzen).

§ 34 KCanG; § 29 BtMG

Der Grenzwert der nicht geringen Menge im Sinne des § 34 Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 KCanG liegt bei 7,5 g THC. Der Senat sieht weder Anlass noch Möglichkeit, den bislang unter der Geltung des BtMG für Cannabisprodukte anerkannten Grenzwert abweichend festzusetzen.

**842. BGH 4 StR 59/24 – Beschluss vom 5. Juni 2024 (LG Hagen)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 44 StPO

**843. BGH 4 StR 87/24 – Beschluss vom 23. April 2024 (LG Köln)**

Gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr (Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs durch Beschädigung eines fremden Fahrzeugs; ähnlicher Eingriff: restriktive Auslegung, verkehrsspezifische Gefahr, Schuss).

§ 315b StGB

**844. BGH 4 StR 90/24 – Beschluss vom 24. April 2024 (LG Aachen)**

Gefährdung des Straßenverkehrs (rauschemittelbedingte Fahrunsicherheit: Blutwirkstoffbefund, aussagekräftige Beweisanzeichen, Gesamtleistungsfähigkeit, Gesamtwürdigung, Nachtatverhalten; Konkurrenzen: Tateinheit).

§ 315c StGB; § 52 StGB

**845. BGH 4 StR 121/24 – Beschluss vom 21. Mai 2024 (LG Münster)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**846. BGH 4 StR 197/23 – Beschluss vom 7. Mai 2024 (LG Bochum)**

Beweiswürdigung (Aussage gegen Aussage: sorgfältige Würdigung, Unwahrheit eines Aussageteils, Darstellung in den Urteilsgründen, Konstananalyse, suggestive Einflüsse).

§ 261 StPO; § 267 StPO

**847. BGH 4 StR 401/23 – Beschluss vom 27. Februar 2024 (LG Frankenthal (Pfalz))**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Beihilfe: Abgrenzung Täterschaft und Teilnahme, Beteiligung am Transport, Selbstständigkeit, eigenes

Interesse am Gesamtgeschäft, faktische Handlungsspielräume).

§ 29a BtMG; § 27 StGB; § 25 StGB

**848. BGH 4 StR 422/23 – Beschluss vom 17. Januar 2024 (LG Bielefeld)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Darlegung in den Urteilsgründen: Schuldfähigkeitsprüfung, multipler Substanzmissbrauch, schizoaffektive Störung, negative Gefährlichkeitsprognose).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 267 StPO

**849. BGH 4 StR 433/23 – Beschluss vom 27. März 2024 (LG Hagen)**

Ablehnung von Beweisanträgen (Sachverständigenbeweis; Beweisantrag; Beweisziel, Beweisersuchen; Aufklärungsrüge).

§ 244 StPO

**850. BGH 3 StR 107/24 – Beschluss vom 14. Mai 2024 (LG Duisburg)**

Betrug (Vermögensverlust großen Ausmaßes: Versuch des Regelbeispiels).

§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 Alt. 1 StGB

**851. BGH 3 StR 121/24 – Beschluss vom 14. Mai 2024 (LG Kleve)**

Unzulässige Würdigung des Schweigens des Angeklagten (Schweigerecht; Selbstbelastungsfreiheit; faires Verfahren; anfängliches Schweigen); Verschlechterungsverbot (SchuldSpruchänderung zum Nachteil des Angeklagten); Raub und räuberische Erpressung (Abgrenzung; tateinheitliches Zusammentreffen).

§ 249 StGB; § 255 StGB; § 136 Abs. 1 S. 2 StPO; § 358 Abs. 2 StPO; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG

**852. BGH 3 StR 1/24 – Beschluss vom 16. April 2024 (LG Düsseldorf)**

Nötigung (Konkurrenzen: rechtliche Bewertungseinheit); Beihilfe zum unerlaubten Erbringen von Zahlungsdiensten (Hawala-Banking).

§ 240 StGB; § 52 StGB; § 63 Abs. 1 ZAG

**853. BGH 3 StR 1/24 – Beschluss vom 16. April 2024 (LG Düsseldorf)**

Nötigung (Konkurrenzen: rechtliche Bewertungseinheit); Beihilfe zum unerlaubten Erbringen von Zahlungsdiensten (Hawala-Banking).

§ 240 StGB; § 52 StGB; § 63 Abs. 1 ZAG

**854. BGH 3 StR 1/24 – Beschluss vom 16. April 2024 (LG Düsseldorf)**

Nötigung (Konkurrenzen: rechtliche Bewertungseinheit); Beihilfe zum unerlaubten Erbringen von Zahlungsdiensten (Hawala-Banking).

§ 240 StGB; § 52 StGB; § 63 Abs. 1 ZAG

1. Die von der Rechtsprechung zur sog. rechtlichen Bewertungseinheit bei der Erpressung aufgestellten Maßstäbe sind auch auf den Tatbestand der Nötigung zu übertragen.

2. Danach können mehrere natürliche Handlungen als eine Tat im Rechtssinne anzusehen sein (sog. rechtliche Bewertungseinheit), wenn sie sich als Teilakte einer

sukzessiven Tatausführung darstellen. Mehrere Angriffe sind auf die Willensentschließung des Opfers als eine Tat im Rechtssinne zu werten, wenn dabei die anfängliche Drohung lediglich den Umständen angepasst und aktualisiert wird, im Übrigen aber nach wie vor dieselbe Leistung gefordert wird.

3. Dabei stellen ein Wechsel des Angriffsmittels, räumliche Trennungen oder zeitliche Intervalle zwischen den jeweiligen Einzelakten die Annahme einer rechtlichen Bewertungseinheit nicht grundsätzlich in Frage. Diese endet erst dann, wenn der Täter sein Ziel vollständig erreicht hat oder wenn nach den insoweit entsprechend heranzuziehenden Wertungen des Rücktrittsrechts von einem fehlgeschlagenen Versuch auszugehen ist.

**855. BGH 3 StR 1/24 – Beschluss vom 16. April 2024 (LG Düsseldorf)**

Nötigung (Konkurrenzen: rechtliche Bewertungseinheit); Beihilfe zum unerlaubten Erbringen von Zahlungsdiensten (Hawala-Banking).  
§ 240 StGB; § 52 StGB; § 63 Abs. 1 ZAG

1. Die von der Rechtsprechung zur sog. rechtlichen Bewertungseinheit bei der Erpressung aufgestellten Maßstäbe sind auch auf den Tatbestand der Nötigung zu übertragen.

2. Danach können mehrere natürliche Handlungen als eine Tat im Rechtssinne anzusehen sein (sog. rechtliche Bewertungseinheit), wenn sie sich als Teilakte einer sukzessiven Tatausführung darstellen. Mehrere Angriffe sind auf die Willensentschließung des Opfers als eine Tat im Rechtssinne zu werten, wenn dabei die anfängliche Drohung lediglich den Umständen angepasst und aktualisiert wird, im Übrigen aber nach wie vor dieselbe Leistung gefordert wird.

3. Dabei stellen ein Wechsel des Angriffsmittels, räumliche Trennungen oder zeitliche Intervalle zwischen den jeweiligen Einzelakten die Annahme einer rechtlichen Bewertungseinheit nicht grundsätzlich in Frage. Diese endet erst dann, wenn der Täter sein Ziel vollständig erreicht hat oder wenn nach den insoweit entsprechend heranzuziehenden Wertungen des Rücktrittsrechts von einem fehlgeschlagenen Versuch auszugehen ist.

**856. BGH 3 StR 147/24 – Beschluss vom 14. Mai 2024 (LG Kleve)**

Straflosigkeit in Fällen des Besitzes von Cannabis (alte Rechtslage); Einheitsjugendstrafe (Ausschluss des Beruhens einer Strafe auf Verurteilung wegen Cannabisdelikt).  
§ 29 BtMG; § 34 CanG; § 31 Abs. 2 Satz 1 JGG

**857. BGH 3 StR 29/24 – Beschluss vom 30. April 2024 (LG Osnabrück)**

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

**858. BGH 3 StR 163/23 – Beschluss vom 14. Mai 2024 (LG Koblenz)**

Verwerfung der Anhörungsrüge (keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör; ein Recht auf Begründung der Entscheidung).  
§ 356a StPO; § Art. 103 Abs. 1 GG

**859. BGH StB 24/24 – Beschluss vom 29. Mai 2024 (OLG Stuttgart)**

Beschwerde gegen die Beschlagnahme eines Briefes durch das Oberlandesgericht (Zulässigkeit; Bedeutung als Beweismittel).  
§ 304 Abs. 4 Satz 2 Hs. 2 Nr. 1 Var. 6 StPO § 94 StPO; § 98 StPO

**860. BGH StB 28/24 – Beschluss vom 29. Mai 2024 (OLG Stuttgart)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Versäumung der Frist zur Einlegung der sofortigen Beschwerde gegen Ablehnung der Aussetzung des Strafrests zur Bewährung (technische Probleme; Versäumnisse der Verteidigung; Legalprognose).  
§ 44 StPO; § 45 StPO; § 454 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB

**861. BGH StB 31/24 – Beschluss vom 29. Mai 2024 (OLG München)**

Unstatthaftigkeit der Beschwerde gegen Verfügung des Oberlandesgerichts.  
§ 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 StPO

**862. BGH StB 32/24 – Beschluss vom 12. Juni 2024**

Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Durchsuchung (Statthaftigkeit der Beschwerde beim Bundesgerichtshof; Rechtsschutzinteresse nach Abschluss der Durchsuchung).  
§ 102 StPO; 103 StPO; § 105 StPO; § 169 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 304 StPO; § 306 Abs. 2 StPO; § 135 Abs. 2 Nr. 2 GVG

**863. BGH 5 StR 127/24 – Beschluss vom 4. Juni 2024 (LG Bremen)**

Handeltreiben mit Cannabis.  
§ 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG

**864. BGH 5 StR 20/24 – Beschluss vom 6. Mai 2024 (LG Hamburg)**

Eigennützigkeit als Voraussetzung des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln.  
§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG

Täterschaftlichen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln setzt eine eigennützige, auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit voraus. Es handelt derjenige in diesem Sinne eigennützig, der von einem Streben nach Gewinn geleitet wird oder sich irgendeinen anderen persönlichen Vorteil davon verspricht, durch den er materiell oder – objektiv messbar – immateriell bessergestellt wird.

**865. BGH 5 StR 40/24 – Beschluss vom 24. April 2024 (LG Bremen)**

Beutesicherungsabsicht beim räuberischen Diebstahl.  
§ 252 StGB

**866. BGH 5 StR 53/24 – Beschluss vom 21. Mai 2024 (LG Lübeck)**

Verurteilung wegen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln nach Inkrafttreten des Konsumcannabisgesetz.  
§ 34 KCanG

**867. BGH 5 StR 68/24 – Beschluss vom 23. Mai 2024 (LG Hamburg)**

Schuldpruchkorrektur bei Verurteilung wegen Handel-treibens mit Cannabis.  
§ 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG

**868. BGH 5 StR 80/24 – Beschluss vom 14. März 2024 (LG Kiel)**

Abgrenzung von Computerbetrug und Betrug bei abrede-widriger Verwendung täuschungsbedingt erlangter Bank-karte.  
§ 263 StGB; § 263a StGB

**869. BGH 5 StR 85/24 – Beschluss vom 10. April 2024 (LG Berlin)**

Hinweispflicht (Eindeutigkeit; bloße Bezeichnung abwei-chender Gesetzesbestimmungen; Tatsachen).  
§ 265 StPO

**870. BGH 5 StR 92/24 – Beschluss vom 7. Mai 2024 (LG Hamburg)**

Rechtsfehlerhafte Entscheidung über die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Widerspruch zwischen Gefährlichkeitsprognose und Aussetzungsentscheidung).  
§ 63 StGB; § 67b StGB

**871. BGH 5 StR 165/24 – Beschluss vom 4. Juni 2024 (LG Berlin)**

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

**872. BGH 5 StR 167/24 – Beschluss vom 4. Juni 2024 (LG Berlin)**

Beihilfe zum Handeltreiben mit Cannabis.  
§ 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG

**873. BGH 5 StR 199/24 – Beschluss vom 4. Juni 2024 (LG Hamburg)**

Handeltreiben mit Cannabis.  
§ 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG

**874. BGH 5 StR 205/23 (alt: 5 StR 115/21) – Ur-teil vom 4. Juni 2024 (LG Hamburg)**

BGHSt; Erziehungsbedürftigkeit und -fähigkeit keine Vo-raussetzung der Verhängung von Jugendstrafe wegen Schwere der Schuld.  
§ 17 Abs. 2 Var. 2 JGG

**875. BGH 5 StR 390/23 – Beschluss vom 30. Mai 2024 (LG Itzehoe)**

Anordnung der Unterbringung in einer psychiatrischen Anstalt (Gefährlichkeitsprognose; Vordelinquenz; Fehlen eines symptomatischen Zusammenhangs).  
§ 63 StGB

**876. BGH 5 StR 393/23 – Beschluss vom 13. März 2024 (LG Bremen)**

Glaubhaftmachung bei Beweisantrag nach Fristablauf (hinreichende Wahrscheinlichkeit; pflichtgemäßes Ermes-sen; Mittel der Glaubhaftmachung; „parate“ Beweismittel; ladungsfähige Anschrift des Zeugen).  
§ 244 Abs. 6 StPO

**877. BGH 5 StR 413/23 – Urteil vom 28. Februar 2024 (LG Bremen)**

Absoluter Revisionsgrund bei Verstoß gegen Vorschriften über den Ausschluss der Öffentlichkeit (erneute Zeugen-vernehmung; neuer Beschluss; restriktive Interpretation des absoluten Revisionsgrundes).  
§ 338 Nr. 6 StPO; § 171b GVG; § 174 GVG

**878. BGH 5 StR 447/23 – Beschluss vom 1. Feb-ruar 2024 (LG Berlin)**

Rechtsmittelbefugnis des Nebenklägers (Anschlusssbe-rechtigung des Verletzten; gerichtliche Entscheidung).  
§ 395 StPO; § 396 Abs. 2 StPO; § 400 Abs. 1 StPO

**879. BGH 5 StR 469/23 – Beschluss vom 21. Mai 2024 (LG Berlin)**

Keine Hinweispflicht in der Revisionsinstanz bei beabsich-tigter Schuldpruchänderung.  
§ 265 StPO; § 354 Abs. 1 StPO

**880. BGH 5 StR 481/23 – Beschluss vom 21. Mai 2024 (LG Bremen)**

Änderung des Schuldspruchs bei Verurteilung wegen Han-deltreibens mit Cannabis.  
§ 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG

**881. BGH 5 StR 578/23 – Beschluss vom 10. Ap-ril 2024 (LG Hamburg)**

Berufsverbot (Missbrauch von Beruf oder Gewerbe; be-ruftypischer Zusammenhang).  
§ 70 StGB

**882. BGH 5 StR 624/23 – Urteil vom 6. Juni 2024 (LG Bremen)**

Anforderungen an die Beweiswürdigung beim freispren-chenen Urteil; lückenhafte Beweiswürdigung zur Not-wehr.  
§ 261 StPO; § 32 StGB

**883. BGH 5 StR 631/23 – Beschluss vom 5. Juni 2024 (LG Berlin)**

Umstellung des Schuldspruchs bei Verurteilung zu Bei-hilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.  
§ 29 BtMG; § 27 StGB

**884. BGH 5 StR 634/23 – Beschluss vom 4. Juni 2024 (LG Görlitz)**

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsan-stalt (hinreichende Aussicht auf Therapieerfolg).  
§ 64 StGB

**885. BGH 6 StR 102/24 – Beschluss vom 29. Ap-ril 2024 (LG Magdeburg)**

Entscheidung bei Gesetzesänderung, Schuldpruchände-rung; Meistbegünstigungsprinzip (milderes Gesetz); Kon-sumcannabisgesetz; Handeltreiben mit Cannabis; verbote-ner Besitz von Cannabis.  
§ 2 Abs. 3 StGB; § 354a StPO; § 354 StPO; § 34 Abs. 1 Nr. 1, Nr. 4, Abs. 3 Satz 2 Nr. 4 KCanG

**886. BGH 6 StR 116/24 (alt: 6 StR 458/22) – Be-schluss vom 16. Mai 2024 (LG Lüneburg)**

Entscheidung bei Gesetzesänderung, Schuldpruchände-rung; Meistbegünstigungsprinzip (milderes Gesetz);

Konsumcannabisgesetz (keine strafmildernde Wirkung: Cannabis als „weiche Droge“); verbotener Besitz von Cannabis; Beihilfe zum Handeltreiben mit Cannabis.  
§ 2 Abs. 3 StGB; § 354a StPO; § 354 StPO; § 34 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b, Nr. 4 KCanG; § 27 Abs. 1 StGB

**887. BGH 6 StR 117/24 (alt: 6 StR 295/23) – Beschluss vom 29. April 2024 (LG Würzburg)**

Entscheidung bei Gesetzesänderung, Schuldspruchänderung (Teilrechtskraft); Meistbegünstigungsprinzip (milderes Gesetz); Konsumcannabisgesetz; Handeltreiben mit Cannabis.  
§ 2 Abs. 3 StGB; § 354a StGB; § 354 StGB; § 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG

**888. BGH 6 StR 124/24 – Beschluss vom 29. April 2024 (LG Nürnberg-Fürth)**

Entscheidung bei Gesetzesänderung, Schuldspruchänderung; Meistbegünstigungsprinzip (milderes Gesetz); Konsumcannabisgesetz; Handeltreiben mit Cannabis.  
§ 2 Abs. 3 StGB; § 354a StPO; § 354 StPO; § 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG

**889. BGH 6 StR 52/24 – Beschluss vom 28. Mai 2024 (LG Magdeburg)**

Entscheidung bei Gesetzesänderung, Schuldspruchänderung; Meistbegünstigungsprinzip (milderes Gesetz); Konsumcannabisgesetz.  
§ 2 Abs. 3 StGB; § 354a StPO; § 354 StPO

**890. BGH 6 StR 73/24 – Beschluss vom 15. Mai 2024 (LG Ansbach)**

Entscheidung bei Gesetzesänderung, Schuldspruchänderung; Meistbegünstigungsprinzip (milderes Gesetz); Konsumcannabisgesetz.  
§ 2 Abs. 3 StGB; § 354a StPO; § 354 StPO; § 34 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe a), Abs. 4 Nr. 4 KCanG

**891. BGH 6 StR 74/24 – Beschluss vom 30. April 2024 (LG Frankfurt [Oder])**

Verwerfung der Revision als unbegründet; Adhäsionsverfahren (Beginn des Zinslaufs).  
§ 349 Abs. 2 StPO; § 304 StPO; § 404 Abs. 2 StPO; § 291 Satz 1 BGB; § 187 Abs. 1 BGB

**892. BGH 6 StR 86/24 – Beschluss vom 29. April 2024 (LG Göttingen)**

Verwerfung des Antrags auf Entscheidung des Revisionsgerichts als unbegründet; Elektronischer Rechtsverkehr mit Strafverfolgungsbehörden und Gerichte, Pflicht zur elektronischen Übermittlung (Eingang: besonderes elektronisches Anwaltspostfach [beA], beA-Prüfprotokoll, Übermittlungscode 9710, Mitteilung „Interner Fehler des Suppliers bei der Zertifikatsprüfung“).  
§ 346 Abs. 2 StPO; § 32a Abs. 5 StPO; § 32d Satz 2 StPO

**893. BGH 6 StR 128/24 – Beschluss vom 29. April 2024 (LG Dessau-Roßlau)**

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

**894. BGH 6 StR 138/24 (alt: 6 StR 243/22) – Beschluss vom 14. Mai 2024 (LG Nürnberg-Fürth)**

Rücktritt vom Versuch (Nichtberücksichtigung durch das Tatgericht; Rücktrittshorizont).  
§ 24 Abs. 1 StGB

**895. BGH 6 StR 142/24 – Beschluss vom 28. Mai 2024 (LG Saarbrücken)**

Entscheidung bei Gesetzesänderung, Schuldspruchänderung; Meistbegünstigungsprinzip (milderes Gesetz); Konsumcannabisgesetz; Handeltreiben mit Cannabis.  
§ 2 Abs. 3 StGB; § 354a StPO; § 354 StPO; § 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG

**896. BGH 6 StR 144/24 – Beschluss vom 28. Mai 2024 (LG Hannover)**

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang: Mitursächlichkeit des Hangs, Überwiegen).  
§ 64 StGB

**897. BGH 6 StR 158/24 – Beschluss vom 28. Mai 2024 (LG Dessau-Roßlau)**

Gewaltschutzgesetz (Strafvorschriften: Zuwiderhandlung; Prüfung der materiellen Rechtmäßigkeit; Vollstreckbarkeit der Anordnungen: Zustellung).  
§ 1 Abs. 1 Satz 1 GewSchG; § 4 Satz 1 GewSchG; § 87 Abs. 2 FamFG

Die Annahme einer rechtswidrigen Tat nach § 4 Satz 1 GewSchG wegen einer Zuwiderhandlung gegen eine Anordnung nach § 1 Abs. 1 Satz 1 GewSchG setzt voraus, dass das Strafgericht selbst die materielle Rechtmäßigkeit der Anordnung überprüft und dabei eigenständig deren tatbestandliche Voraussetzungen ohne Bindung an die amtsgerichtliche Entscheidung feststellt.

**898. BGH 6 StR 161/24 – Beschluss vom 15. Mai 2024 (LG Schweinfurt)**

Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens (Entscheidung in bereits laufender Hauptverhandlung).  
§ 199 Abs. 1 StPO; § 76 Abs. 2 GVG; § 206a Abs. 1 StPO

**899. BGH 6 StR 172/24 – Beschluss vom 15. Mai 2024 (LG Cottbus)**

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

**900. BGH 6 StR 174/24 – Beschluss vom 29. Mai 2024 (LG Hildesheim)**

Entscheidung bei Gesetzesänderung, Schuldspruchänderung; Meistbegünstigungsprinzip (milderes Gesetz); Konsumcannabisgesetz (keine strafmildernde Wirkung: Cannabis als „weiche Droge“); Handeltreiben mit Cannabis.  
§ 2 Abs. 3 StGB; § 354a StPO; § 354 StPO; § 34 Abs. 1 Nr. 4 KCanG

**901. BGH 6 StR 179/24 – Beschluss vom 16. Mai 2024 (LG Magdeburg)**

Entscheidung bei Gesetzesänderung, Schuldspruchänderung; Meistbegünstigungsprinzip (milderes Gesetz); Konsumcannabisgesetz; verbotener Besitz von Cannabis; Beihilfe zum Handeltreiben mit Cannabis.  
§ 2 Abs. 3 StGB; § 354a StPO; § 354 StPO; § 34 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. b, Nr. 4 KCanG; § 27 Abs. 1 StGB

**902. BGH 6 StR 216/24 – Beschluss vom 16. Mai 2024 (LG Potsdam)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Intelligenzminderung; mögliche kognitive Weiterentwicklung, Erhebung und Mitteilung aktueller und aussagekräftiger Befundtatsachen; Minderung der geistigen Leistungsfähigkeit, umfassende Würdigung der Persönlichkeit des Angeklagten; symptomatischer Zusammenhang zwischen der diagnostizierten Erkrankung und den Anlasstaten).

§ 63 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB

**903. BGH 6 StR 313/23 – Beschluss vom 14. Mai 2024 (LG Stade)**

Zurückweisung der erneuten Anhörungsgrüge als unzulässig.

§ 356a StPO

**904. BGH 6 StR 374/23 – Urteil vom 15. Mai 2024 (LG Saarbrücken)**

Verfahrensrüge: Angabe der den Mangel enthaltenden Tatsachen (Vorlage des polizeilichen Durchsuchungsberichts); Beweisverwertungsverbot (Anordnung der Durchsuchung beim Beschuldigten, Gefahr im Verzug, Richter vorbehalt).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; Art. 13 Abs. 2 GG; § 102 StPO; § 105 Abs. 1 StPO

**905. BGH 6 StR 386/23 – Beschluss vom 18. April 2024 (LG Stade)**

Rechtsbeugung durch Verletzung der Anhörungspflichten bei Unterbringungsmaßnahmen; Rechtsbeugung (elementarer Rechtsverstoß: Wertende Betrachtung aller objektiven und subjektiven Umstände des Einzelfalles); Urteilsgründe (Unvollständigkeit); Beweiswürdigung (Lückenhaftigkeit).

§ 339 StGB; § 261 StPO; § 267 StPO

**906. BGH 6 StR 458/23 – Urteil vom 14. Mai 2024 (LG Hof)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Überzeugung; Gesamtwürdigung des Beweisstoffs, Indiztatsachen).

§ 261 StPO

**907. BGH 6 StR 465/23 – Urteil vom 14. Mai 2024 (LG Braunschweig)**

Fahrlässige Tötung, Totschlag (Beweiswürdigung [Widerspruch]: bedingter Tötungsvorsatz; Schusswaffe, Schussabgabe: willentlich, versehentlich).

§ 222 StGB; § 212 StGB

**908. BGH 6 StR 479/23 – Urteil vom 28. Mai 2024 (LG Verden)**

Mord (Heimtücke: von langer Hand geplante und vorbereitete Tat, planmäßiger Hinterhalt, raffinierte Falle, Fortwirkung bei Ausführung der Tat; Fehlen von Kampf- oder Abwehrverletzungen, gewichtiges Beweisanzeichen; kurze Zeitspanne zwischen Erkennen der Gefahr und unmittelbarem Angriff).

§ 211 StGB

**909. BGH 6 StR 488/21 – Beschluss vom 30. April 2024 (LG Saarbrücken)**

Verwerfung der Anhörungsgrügen als unbegründet.

§ 356a StPO

**910. BGH 6 StR 521/23 – Urteil vom 15. Mai 2024 (LG Halle)**

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang: Substanzkonsumstörung; Mitursächlichkeit des Hangs, Überwiegen); Einziehung des Wertes von Taterträgen (Schätzung: sichere Schätzungsgrundlage).

§ 64 StGB n.F.; § 73 Abs. 1 StGB; § 73c Satz 1 StGB; § 73d Abs. 2 StGB

**911. BGH 6 StR 536/23 – Beschluss vom 30. April 2024 (LG Braunschweig)**

Entscheidung bei Gesetzesänderung, Schuldspruchänderung; Meistbegünstigungsprinzip (milderes Gesetz); Verstoß gegen das Waffengesetz, Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Strafklageverbrauch: prozessualer Tatbegriff, Zäsur: Entschluss des Täters zur Verbrechensbegehung); Konsumcannabisgesetz, Handeltreiben mit Cannabis (nicht geringe Menge: kein Abzug der konsumnahen und nicht strafbaren Freimenge), verbotener Besitz von Cannabis (geänderte Risikobewertung des Gesetzgebers, Abzug der konsumnahen und nicht strafbaren Freimenge).

Art. 103 Abs. 3 GG; § 264 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB; § 52 Abs. 3 Nr. 1 WaffG; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 2 Abs. 3 StGB; § 354a StPO; § 354 StPO; § 2 Abs. 3 KCanG; § 34 Abs. 4 Nr. 4 KCanG; § 34 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b) KCanG

**912. BGH 6 StR 606/23 – Beschluss vom 30. April 2024 (LG Stralsund)**

Entscheidung bei Gesetzesänderung, Schuldspruchänderung; Meistbegünstigungsprinzip (milderes Gesetz); Betäubungsmittelgesetz, Konsumcannabisgesetz; Rücktritt vom Versuch (Rücktrittshorizont); Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (fehlende Feststellungen zum Vollstreckungsstand); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang).

§ 2 Abs. 3 StGB; § 354a StPO; § 354 StPO; § 29a BtMG; § 34 KCanG; § 4 Abs. 3 Nr. 1 NpSG; § 24 StGB; § 55 StGB; 64 StGB