

**Editorial**

Herausgeber:  
Detlef Burhoff  
Rechtsanwalt, Richter am OLG a.D., Leer/Augsburg



Liebe Kolleginnen und Kollegen,  
liebe Leserinnen und Leser,

wir übersenden heute die Dezember-Ausgabe 2020, die letzte Ausgabe des „Corona-Jahres“.

Im Praxisforum fasst RiAG Dr. Deutscher die Rechtsprechung der letzten Zeit zur Vermögensabschöpfung (§§ 73 ff. StGB) zusammen. Die damit zusammenhängenden Fragen beschäftigen, wie die Veröffentlichungen zeigen, die Rechtsprechung sehr.

Daher sind auch im Rechtsprechungsteil dazu einige Entscheidungen zu finden. Und auch das Gebührenrecht widmet sich mit einer Entscheidung des AG Frankfurt am Main der Nr. 4142 VV RVG, die in dem Zusammenhang eine große Rolle spielt.

Ich weise dann nur der Vollständigkeit halber darauf hin, dass im materiellen Teil der Rechtsprechung zwei Entscheidungen enthalten sind, die neue Autoren bearbeitet haben: RiAG Patrick Hecken und RA/FAStR Harald Stehr.

Zum Schluss: Ich wünsche Ihnen viel Spaß beim Lesen! Und: Ich wünsche Ihnen – trotz aller Widrigkeiten durch Covid-19 – ein frohes Weihnachtsfest und einen guten Rutsch in ein hoffentlich entspannteres Jahr 2021.

Herzliche Grüße

und noch immer bzw. gerade jetzt: Bleiben Sie gesund.

**Inhalt**

**StRR-Kompakt** .....2

**Praxisforum**

Rechtsprechungsübersicht zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung (2019–2020) .....6

**Rechtsprechungsreport**

**Verfahrensrecht**

Kostenentscheidung nach Tod des Angeklagten im Revisionsverfahren ..... 18

Fehlender Eröffnungsbeschluss..... 20

Verständigung und Befangenheit ..... 21

Berechnung der Frist für die Unterbrechung der Hauptverhandlung ..... 23

Nachträgliche Pflichtverteidigerbestellung ..... 25

Bestellung eines Pflichtverteidigers in KiPo-Verfahren ..... 27

**StGB/Nebengebiete**

(Keine) Sittenwidrigkeit der Einwilligung bei Zweikampf..... 28

Mutmaßliche Einwilligung in Körperverletzung?..... 31

Einziehung von Wertersatz: Tatbeute bei Drittbegünstigten vorhanden ..... 33

Absehen von der Vollstreckung einer Einziehungsentcheidung..... 35

**Ordnungswidrigkeitenrecht**

Selbstständiger Einziehungsbescheid: statthaftes Rechtsmittel..... 38

**Anwaltsvergütung**

Zusätzliche Verfahrensgebühr bei Einziehung wegen Schadensersatzes..... 40



### Durchsuchung: Anordnungsvoraussetzungen

Eine Durchsuchungsanordnung wird ihrer Begrenzungsfunktion nicht gerecht, wenn sie die dem beschuldigten Rechtsanwalt vorgeworfene Geltendmachung unberechtigter Forderungen im Auftrag eines Inkassounternehmens im Hinblick auf den Tatzeitraum, die Anzahl der Taten und den Gegenstand entsprechender Abmahnungen nicht näher eingrenzt und die Suche nach einer unbestimmten Vielzahl denkbarer Unterlagen gestattet.

BVerfG, Beschl. v. 29.7.2020 – 2 BvR 1324/15

### Anklageschrift: Serienstraftaten

Die Rechtsprechung, nach der die Anklageschrift in bestimmten Fällen von Serienstraftaten bereits dann ihre Umgrenzungsfunktion erfüllt, wenn sie den Verfahrensgegenstand durch den zeitlichen Rahmen der Tatserie, die Nennung der Höchstzahl der innerhalb dieses Rahmens begangenen Taten, das Tatopfer und die wesentlichen Grundzüge des Tatgeschehens bezeichnet, hat Ausnahmecharakter und ist nicht auf Fälle des Fahrens ohne Fahrerlaubnis übertragbar.

OLG Celle, Beschl. v. 5.10.2020 – 3 Ss 40/20

### Klageerzwingungsverfahren: Wiederaufnahme der Ermittlung

Nimmt die Staatsanwaltschaft die Ermittlungen wieder auf, hat sich ein zuvor bei dem OLG gestellter Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 172 Abs. 2 StPO erledigt. Eine Kostenentscheidung ist nicht zu treffen. Die durch den Klageerzwingungsantrag veranlassten Kosten gehören zu den notwendigen Auslagen, die nach Zulassung des Antragstellers als Nebenkläger dem Angeklagten im Falle einer Verurteilung zur Last fallen. Die Erledigung der Hauptsache während des Prozesskostenhilfverfahrens führt zum Wegfall der Erfolgsaussichten für die Rechtsverfolgung. Die nachträgliche Bewilligung von Prozesskostenhilfe für einen inzwischen erledigten Klageerzwingungsantrag kommt grundsätzlich nicht in Betracht.

OLG Nürnberg, Beschl. v. 27.7.2020 – Ws 590/20

### Durchsuchung: anonyme Anzeige

Bei anonymen Anzeigen müssen die Voraussetzungen des § 102 StPO im Hinblick auf die schutzwürdigen Interessen des Beschuldigten wegen der erhöhten Gefahr und des nur schwer bewertbaren Risikos einer falschen Verdächtigung besonders sorgfältig geprüft werden. Bei der Prüfung des Tatverdachts und der Verhältnismäßigkeitsabwägung sind insbesondere der Gehalt der anonymen Aussage sowie etwaige Gründe für die Nichtoffenlegung der Identität der Auskunftsperson in den Blick zu nehmen.

LG Hildesheim, Beschl. v. 27.10.2020 – 26 Qs 61/20

### Pflichtverteidiger: Anhörungspflicht und Umbeordnung

Von der in § 142 Abs. 5 Satz 1 StPO begründeten Anhörungspflicht kann nur in seltenen Ausnahmefällen abgewichen werden. Dem Beschuldigten ist dabei eine angemessene Überlegungsfrist zur Stellungnahme und Auswahl eines Verteidigers zu gewähren. Dies gilt auch in Haftsachen. Wird dem Beschuldigten eine zu kurze Überlegungsfrist oder mangels jeglicher Belehrung über sein Wahlrecht gar keine

Verfassungsrecht

Ermittlungsverfahren

## **StRR-Kompakt**

---

Frist gesetzt, ist eine Auswechslung des Pflichtverteidigers auch noch nach Ablauf der Dreiwochenfrist des § 143a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 StPO möglich.

LG Mainz, Beschl. v. 5.11.2020 – 3 Qs 62/20 jug

### **Anfangsverdacht: Auskunftsverweigerungsrecht**

Aus der Geltendmachung des Auskunftsverweigerungsrechts dürfen in einem Strafverfahren gegen den Zeugen keine Schlüsse zu seinem Nachteil gezogen werden und die Auskunftsverweigerung darf allein nicht zum Anlass eines Ermittlungsverfahrens gegen einen Zeugen genommen werden.

LG Mannheim, Beschl. v. 15.9.2020 – 7 Qs 20/20

### **U-Haft: Telefonate wegen Corona**

Kann das einem Untersuchungshaftgefangenen eingeräumte Besuchsrecht aufgrund der derzeitigen Lage im Hinblick auf die Corona-Pandemie nicht oder nur sehr erschwert ausgeübt werden, besteht ein berechtigtes Interesse an Telefonaten insbesondere mit Familienangehörigen.

AG Kempten, Beschl. v. 28.10.2020 – 1 Gs 3356/20

### **Zeugnisverweigerung: Verwertung der früher gemachten Angaben**

Zwar kann ein zur Zeugnisverweigerung berechtigter Zeuge die Verwertung seiner in einer polizeilichen Vernehmung getätigten Angaben wirksam gestatten, wenn er zuvor über die Folgen des Verzichts ausdrücklich belehrt worden ist (sog. „qualifizierte Belehrung“; st. Rspr.; vgl. BGHSt 45, 203, 208; NStZ 2007, 352, 353; NStZ 2015, 232). Es muss sich jedoch aus dem Hauptverhandlungsprotokoll ergeben, dass eine qualifizierte Belehrung erfolgte.

BGH, Beschl. v. 25.8.2020 – 2 StR 202/20

### **Urteilsabsetzungsfrist: Coronaschutzmaßnahmen**

Coronaschutzmaßnahmen hemmen nach dem eindeutigen Wortlaut des § 10 EGStPO die Urteilsabsetzungsfrist nicht.

OLG Karlsruhe, Beschl. v. 5.11.2020 – 3 Rv 32 Ss 485/20

### **Rechtsbeschwerde: Zweifel an Fristwahrung für Rechtsbeschwerdeeinlegung**

Ist nicht mehr aufklärbar, ob eine vom Verteidiger ausweislich eines von ihm vorgelegten Sendebereichs per Telefax übermittelte Rechtsbeschwerdeeinlegungsschrift tatsächlich innerhalb der Wochenfrist bei Gericht eingegangen ist, ist das Rechtsmittel zugunsten des Beschwerdeführers als rechtzeitig eingegangen anzusehen und zu behandeln, wenn sein tatsächlicher Eingang bei Gericht feststeht

BayObLG, Beschl. v. 23.7.2020 – 201 ObOWi 881/20

### **Kostenentscheidung: Rechtsmittelverfahren**

Ein Gericht ist grundsätzlich nicht dazu befugt, eine getroffene Kostenentscheidung selbst wieder abzuändern. Eine Abänderung einer Kostenentscheidung ist regelmäßig nur dadurch zu erreichen, dass gegen die beanstandete Entscheidung das zulässige Rechtsmittel eingelegt wird. Etwas anderes gilt aber, wenn die getroffene Entschei-

**Hauptverhandlung**

**Rechtsmittelverfahren**

## **StRR-Kompakt**

---

nung nicht mit einem Rechtsmittel anfechtbar ist. In einem derartigen Fall ist eine Abänderung der unanfechtbaren Entscheidung über das in § 33a StPO normierte Verfahren der Nachholung des rechtlichen Gehörs vorzunehmen.

LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 5.8.2020 – 2 Qs 41/20

### **Anhörung: Anwesenheit eines Verteidigers**

Zwar handelt es sich bei der Anhörung im Vollstreckungsverfahren nicht um eine förmliche Vernehmung im Sinne der §§ 163a, 168c StPO. Jedoch gebietet es der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnde Grundsatz des fairen Verfahrens, dem Verteidiger in den Fällen der notwendigen Verteidigung in entsprechender Anwendung der Vorschriften auch bei der mündlichen Anhörung im Vollstreckungsverfahren die Teilnahme zu gestatten.

LG Bielefeld, Beschl. v. 6.10.2020 – 3 Qs 326/20

### **Fahren ohne Fahrerlaubnis: einheitliche Tat**

Geschehnisse am Tatort stellen mit der Fahrt zum bzw. vom Tatort keine einheitliche prozessuale Tat dar (§ 264 StPO).

BGH, Beschl. v. 23.9.2020 – 2 StR 606/19

### **Bewährung: Anforderungen an die Urteilsgründe**

Bei einem schon vielfach vorbestraften Täter, der die Tat während zweier laufender Bewähungen begangen hat, bestehen besonders hohe Anforderungen an die Begründungstiefe der Prognoseentscheidung. Trotz der zunächst gegebenen Bewertungsprärogative des Tatrichters, der sich aufgrund mündlicher Verhandlung einen persönlichen Eindruck über die aktuelle Lebenssituation des Angeklagten verschaffen kann, genügen in Fällen mehrfachen Bewährungsversagens die schlichten Angaben des Angeklagten hierzu nicht.

BayObLG, Urt. v. 27.7.2020 – 203 StRR 210/20

### **Widerruf der Bewährung: JGG-Verfahren**

Bei einem Widerruf der Bewährung gem. § 26 JGG richtet sich das einzuhaltende Verfahren auch dann nach § 58 JGG, wenn der Verurteilte – wie hier – im Zeitpunkt der Widerrufsentscheidung bereits erwachsen ist; an dem Verfahren ist grundsätzlich auch die Jugendgerichtshilfe zu beteiligen und zwar selbst dann, wenn der Verurteilte im Zeitpunkt der Widerrufsentscheidung bereits 26 Jahre alt ist. Von der Beteiligung der Jugendgerichtshilfe kann lediglich dann abgesehen werden, wenn eine Beeinflussung der Entscheidung durch die Einholung einer Stellungnahme der Jugendgerichtshilfe angesichts der Gesamtumstände von vornherein ausgeschlossen erscheint und ihre Durchführung daher zur inhaltslosen Formalie würde.

OLG Celle, Beschl. v. 5.10.2020 – 2 Ws 321/20

### **Vorenthalten/Veruntreuen von Arbeitsentgelt: Verjährung**

Die Verjährung jeder Tat des Vorenthalteins und Veruntreuens von Arbeitsentgelt gemäß § 266a Abs. 1 StGB beginnt mit dem Verstreichen des Fälligkeitszeitpunktes für jeden Beitragsmonat nach § 23 Abs. 1 SGB IV.

BGH, Beschl. v. 1.9.2020 – 1 StR 58/19

**Vollstreckung**

**StGB – Allgemeiner Teil**

**StGB – Besonderer Teil**

### Verbreitung von KiPo: sexuell aufreizende Wiedergabe

Eine sexuell aufreizende Wiedergabe der unbedeckten Genitalien oder des unbedeckten Gesäßes eines Kindes gemäß § 184b Abs. 1 Nr. 1 Buchst. c StGB liegt vor, wenn die genannten Körperteile aus Sicht eines durchschnittlichen Betrachters in sexuell motivierter Weise im Blickfeld stehen. Hierfür sind die aus der Schrift (§ 11 Abs. 3 StGB) zu entnehmenden Umstände heranzuziehen; auf die daraus nicht ersichtlichen Beweggründe der die Wiedergabe erstellenden oder damit umgehenden Person kommt es nicht an.

BGH, Beschl. v. 1.9.2020 -3 StR 275/20

### Bußgeldverfahren: zusätzliche Verfahrensgebühr

Die zusätzliche Verfahrensgebühr Nr. 5115 VV RVG entsteht nicht dadurch, dass der Verteidiger durch Anträge pp. den Eintritt der absoluten Verjährung erreicht und dann das Verfahren von Amts wegen eingestellt wird.

LG Bayreuth, Beschl. v. 13.10.2020 – 3 Qs 84/20

### Zusätzliche Verfahrensgebühr: Einstellung nach § 154 Abs. 2 StPO

Auch die Einstellung gemäß § 154 Abs. 2 StPO ist eine nicht nur vorläufige Einstellung im Sinne der Nr. 4141 VV RVG. Welchen Umfang die anwaltliche Mitwirkung hat, ist unerheblich. Für die Beurteilung der anwaltlichen Tätigkeit kommt es nur darauf an, ob ein Beitrag des Verteidigers vorliegt, der objektiv geeignet ist, das Verfahren in formeller und/oder materieller Hinsicht im Hinblick auf eine Verfahrensbeendigung außerhalb der Hauptverhandlung zu fördern.

LG Verden, Beschl. v. 29.10.2020 – 4 KLS 461 Js 23425/20 (9/20)

### Verfahrensgebühr: Rücknahme des Strafbefehlsantrags

Nimmt die Staatsanwaltschaft ihren Strafbefehlsantrag zurück, versetzt sie damit das Verfahren in den Stand des Ermittlungsverfahrens zurück, mit der Folge, dass der Rechtsanwalt, der vom Beschuldigten erst nach Antragstellung beauftragt worden ist, grundsätzlich die Verfahrensgebühr Nr. 4104 VV RVG verdient.

LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 13.10.2020 – 7 Qs 56/20

### Umsatzsteuer: geänderter Umsatzsteuersatz

Für die Anwendung des USt.-Satzes ist auf den Zeitpunkt der Fälligkeit nach § 8 RVG, also die Beendigung des Rechtszuges abzustellen.

AG Solingen, Beschl. v. 5.11.2020 – 14 C 44/20

### Zusätzliche Verfahrensgebühren: Rücknahme des Einspruchs; Einziehung des Führerscheinformulars

Wird der Einspruch gegen den Strafbefehl nachträglich, nachdem der Einspruch zunächst auf die Höhe des Tagessatzes beschränkt war, insgesamt zurückgenommen, fällt die entstandene Gebühr Nr. 4141 Anm. 1 Nr. 4 VV RVG nicht weg. Für die Einziehung des Führerscheinformulars entsteht die Gebühr Nr. 4142 VV RVG.

AG Freiburg, Urt. v. 6.11.2020 – 11 C 1193/20

## Anwaltsvergütung

### Zusätzliche Verfahrensgebühr: Einstellung des Verfahrens

Eine zusätzliche Verfahrensgebühr entsteht nicht, wenn das Gericht ungeachtet einer vom Verteidiger vorgetragene Einlassung des Angeklagten das Verfahren nach § 154 StPO wegen einer zu erwartenden Strafe in einem anderen Verfahren einstellt.

AG Nürnberg, Beschl. v. 17.11.2020 – 59 Gs 4066/20

## Praxisforum

---

### Rechtsprechungsübersicht zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung (2019–2020)

Richter am Amtsgericht Dr. Axel Deutscher, Bochum

#### I. Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung zum 1.7.2017

Durch das Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13.4.2017 (BGBl I, S. 872) sind die materiellen und verfahrensrechtlichen Vorschriften zu „Einziehung“ und „Verfall“ zum 1.7.2017 grundlegend neu gestaltet worden (hierzu Deutscher, StRR 9/2017, 4 und ZAP F. 21, 301; Köhler, NStZ 2017, 497 und Köhler/Burkhard, NStZ 2017, 665). Ziel der Änderung war die Vereinfachung des Rechts der Vermögensabschöpfung, die Stärkung der Position von Verletzten sowie die Schließung nicht vertretbarer Abschöpfungslücken. Über drei Jahre nach Inkrafttreten der Reform hat sich die Praxis auf die Änderungen eingestellt. Die gedachte Arbeitserleichterung ist allerdings bei Gerichten und Staatsanwaltschaften nicht angekommen. Hier wird im Anschluss an die Übersicht in StRR 2/2019, 5 und 3/2019, 4 die seitdem erschienene Rechtsprechung vorgestellt.

#### **Hinweis**

Rechtsprechungsübersicht zur Reform auch bei Bittmann, NStZ 2019, 383, 447; 2020, 517, 648.

#### II. Anwendbarkeit der neuen Vorschriften

##### 1. Zeitliche Geltung

Bedingt durch den Zeitablauf von über drei Jahren seit dem Inkrafttreten der Reform haben die Übergangsvorschriften für Altfälle (materielles Strafrecht: Art. 316h EGStGB; Bußgeldrecht: § 133 Abs. 6 OWiG, Verfahrensrecht: § 14 EGStPO) kaum mehr Bedeutung. Die Vorschrift des § 73a StGB n.F. ist nach Art. 316h EGStGB auch auf Taten anzuwenden, die vor dem 1.7.2017 begangen worden sind, über die aber nach diesem Zeitpunkt zu entscheiden ist (OLG Celle NStZ 2020, 357). Vorrangig nach Zurückverweisung durch das Revisionsgericht kommt eine Anwendung der früheren Vorschriften in Betracht (Beispiel: BGH StRR 6/2020, 20 [Gehm]). Der selbstständigen Einziehung des Erlangten aus nach § 154a Abs. 2 StPO abgetrennten Teilen der Tat ist das seit dem 1.7.2017 geltende Recht der Vermögensabschöpfung auch dann zugrunde zu legen, wenn vor Inkrafttreten des neuen Rechts bereits ein Urteil über andere abtrennbare Teile der Tat ergangen ist, in dem eine Verfallsanordnung wegen entgegenstehender Ansprüche der Verletzten unterblieben ist (OLG Celle StraFo 2019, 123 = wistra 2019, 294).

Reform zum 1.7.2017

Zeitliche Geltung

### 2. Sachlicher Anwendungsbereich

Wird ein Erblasser von einem Erbberechtigten vorsätzlich getötet, liegt die Überlegung nahe, den durch die Tat erlangten Nachlass einzuziehen. Dem ist der BGH (NStZ 2020, 477 m. Anm. Bittmann/Seeger/Tschallert = StRR 6/2020, 22 [Burhoff]) entgegengetreten: Eine Einziehung nach den §§ 73 ff. StGB ist ausgeschlossen, wenn der Anwendungsbereich der Vorschriften über die strafrechtliche Vermögensabschöpfung nicht eröffnet ist, weil der Angeklagte infolge der Tötung des Erblassers Erbe geworden ist. Im Falle einer Tötung des Erblassers durch dessen Erben sind §§ 2339 Abs. 1 Nr. 1, 2340 ff. BGB vorrangig und abschließend.

### 3. Jugendstrafrecht

Weiterhin schwierig ist die Einziehung von Taterträgen oder des Wertes von Taterträgen bei Jugendlichen oder Heranwachsenden, auf die Jugendstrafrecht angewendet wird. Der 2. Senat des BGH (NStZ 2019, 221) hält die Vorschriften der §§ 73 ff. StGB über die Verweisung in § 2 Abs. 2 JGG auch in diesem Bereich für anwendbar (ebenso der 4. Senat: Beschl. v. 17.6.2019 – 4 StR 62/19, juris, und der 5. Senat: StRR 9/2019, 20 [Deutscher]; LG Köln NStZ-RR 2019, 232, Ls.; OLG Hamm, Beschl. v. 18.8.2020 – 4 RVs 90/20, juris; OLG Frankfurt, Beschl. v. 28.1.2019 – 1 Ss 180/18, juris). Der 1. Senat (Anfragebeschl. NStZ 2019, 682 = StraFo 2019, 428 m. Anm. Schumann) will hingegen die Entscheidung über die Einziehung von Taterträgen oder des Wertes von Taterträgen im Jugendstrafverfahren in das Ermessen des Tatrichters stellen (§ 8 Abs. 3 Satz 1 JGG). Der 4. Senat (NStZ-RR 2020, 261) und der 5. Senat (NStZ-RR 2020, 124) halten an ihrer Ansicht fest. Einen Vorlagebeschluss des AG Norden zur Klärung dieser Frage hat das BVerfG (NStZ-RR 2020, 156) als unzulässig angesehen. Für die erste Ansicht spricht, dass Härtefälle über §§ 421, 459g Abs. 5 StPO aufgefangen werden können. Der 1. Senat hat die Frage nunmehr dem Großen Senat des BGH zur Entscheidung vorgelegt (StraFo 2020, 425).

### III. Materielles Recht

Etwas „erlangt“ im Sinne der Vorschriften über die Einziehung hat ein Täter oder Teilnehmer, wenn ihm durch eine rechtswidrige Tat ein Vermögenswert in irgendeiner Phase des Tatablaufs so zugeflossen ist, dass er die tatsächliche Verfügungsgewalt über ihn ausüben kann (BGH NStZ-RR 2019, 22; zur Bestimmung näher Pananis, StraFo 2020, 439).

#### 1. Bestimmung der erlangten Taterträge oder deren Wertes

##### a) Handelsketten beim Handel mit Betäubungsmitteln

Bei einem Absatz von Betäubungsmitteln in einer Handelskette von einem als Zwischenhändler oder als selbstständiger Vermittler agierenden Täter sind auch solche Geldbeträge wirtschaftlich erlangt, die er von seinem Abnehmer vereinnahmt und in der Folgezeit an den Lieferanten weitergibt (BGH NStZ-RR 2019, 22). Da für jeden Beteiligten das Bruttoprinzip gilt, kann bei einer Handelskette die Summe der Beträge, hinsichtlich derer gegen die verschiedenen Händler die Einziehung angeordnet wurde, den maximalen Handelspreis des umgesetzten Betäubungsmittels um ein Mehrfaches übersteigen (BGH NStZ-RR 2019, 382).

##### b) Spätere Rückgabe des Kaufpreises von Betäubungsmitteln

Ein vollendetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln liegt bereits dann vor, wenn der Verkäufer dem Kaufinteressenten ein verbindliches und ernsthaftes Verkaufsangebot unterbreitet. Deshalb hat der Täter den gesamten Kaufpreis auch dann erlangt, wenn

Sachlicher Anwendungsbereich

Jugendliche und Heranwachsende

Materielles Recht

Handelsketten beim Handel mit Betäubungsmitteln

Spätere Rückgabe



sein Abnehmer mit dem Kaufpreis in Vorleistung getreten ist, es später aber nicht zu dem ursprünglich vereinbarten Umsatzgeschäft gekommen ist und der Täter einen Teil des Kaufpreises an den Abnehmer zurückgezahlt hat. Denn der vereinnahmte Kaufpreis war seinem Vermögen so zugeflossen, dass er jedenfalls vorübergehend die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Geldbetrag ausüben konnte (BGH NStZ 2019, 272).

### **c) Erlöse aus dem Verkauf betrügerisch erlangter Fahrzeuge**

Werden Fahrzeuge betrügerisch durch Vorspiegelung nicht vorhandener Zahlungsbereitschaft erlangt und sodann mit gefälschten Dokumenten veräußert, kann sich die Einziehung zum einen auf den Wertersatz der Fahrzeuge beim Täter und auf die Einziehung der Fahrzeuge selbst bei den Drittbegünstigten (Erwerberrn) erstrecken. Zum Konkurrenzverhältnis hat der BGH (NJW 2020, 346 m. Anm. Habetha, StRR 12/2020, 32 [Deutscher], vorgesehen für BGHSt) Stellung genommen: Die Einziehung von Wertersatz gegenüber dem Tatbeteiligten ist auch dann zulässig, wenn bei dem Drittbegünstigten die Einziehung des aus der Tat erlangten Gegenstands in Betracht kommt (a.A. wohl OLG Braunschweig, Beschl. v. 7.5.2020 – 1 Ss 23/20, burhoff.de).

### **d) Mittelbare Gewinne**

Mittelbare, durch den Einsatz eines betrügerisch bei einem Internet-Wettanbieter erlangten Neukundenbonus erzielte Glücksspielgewinne fallen nicht unter § 73 StGB (OLG Hamm NStZ-RR 2019, 108, Ls.).

### **e) Organe einer juristischen Person**

Zur Begründung einer Einziehungsanordnung gegen den als Organ einer juristischen Person handelnden Täter bedarf es einer über die faktische Verfügungsgewalt hinausgehenden Feststellung, ob dieser selbst etwas erlangt hat, was zu einer Änderung seiner Vermögensbilanz führte. Eine tatsächliche oder rechtliche Vermutung spricht dafür nicht. Haben Angeklagte als faktische Geschäftsführer oder Scheingeschäftsführer einer Kapitalgesellschaft für diese unrichtige Umsatzsteuererklärungen abgegeben und damit eine Umsatzsteuerersparnis für die Gesellschaft bewirkt, kommt eine Einziehung nur in Betracht, wenn auch im Anschluss an die Steuerverkürzungen begangene Taten – etwa Begünstigung nach § 257 StGB oder insbesondere (Selbst-)Geldwäsche nach § 261 Abs. 9 S. 3 StGB – angeklagt werden (BGH NStZ 2020, 404; NStZ-RR 2019, 278; wistra 2019, 187). Dies gilt auch, wenn der Täter eine legale Zugriffsmöglichkeit auf das Geschäftsvermögen hat. Dann sind die Einziehungsanordnungen gegen die Gesellschaft zu richten. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Täter die juristische Person nur als formalen Mantel benutzt und die Geldzuflüsse an die Gesellschaft gleich an ihn weitergeleitet werden (BGH StV 2019, 42 = wistra 2019, 22 m. Bespr. Rönnau/Begemeier, NStZ 2020, 1). Lag einem solchen Vermögenstransfer ein nicht bemakelter Vertrag zugrunde, der mit der Straftat in keinem Zusammenhang stand, so ist die (Wertersatz-) Einziehung beim Täter regelmäßig ausgeschlossen (BGHSt 64, 234 = NJW 2020, 1309 m. Anm. Wilke; BGH StV 2019, 735).

#### **Hinweis**

Zum Vermögensvorteil bei einem fingierten Arbeitsverhältnis zur Erlangung von Krankenversicherungsschutz BGH StRR 7/2020, 25 [Gehm].

**Erlöse aus dem Verkauf betrügerisch erlangter Fahrzeuge**

**Mittelbare Gewinne**

**Organe einer juristischen Person**



### **f) Steuerdelikte**

Ein Schwerpunkt lag im Berichtszeitraum auf Fragen des einziehungsfähigen Vorteils bei Steuerdelikten (zur tatsächlichen Verständigung als Ausschlussgrund für die Einziehung im Steuerstrafrecht Spatschek/Spilker, NStZ 2019, 508). Beim Delikt der Steuerhinterziehung kann die verkürzte Steuer „erlangtes Etwas“ i.S.v. § 73 Abs. 1 StGB sein, weil sich der Täter die Aufwendungen für diese Steuern erspart.

#### **aa) Umsatzsteuer: Scheinlieferungen**

Bei der Hinterziehung von Umsatzsteuer im Rahmen einer Scheinlieferbeziehung kommt eine Einziehung des Wertes von Taterträgen (§§ 73 Abs. 1, 73c StGB) in Höhe der entgegen § 14c Abs. 2 Satz 2 Alt. 2 UStG nicht angemeldeten Umsätze beim Aussteller der Scheinrechnungen nicht in Betracht, weil die unterlassene Steueranmeldung nicht dazu führt, dass sich ein Vermögensvorteil in dessen Vermögen niederschlägt. Ein gegebenenfalls abzuschöpfender Vermögensvorteil tritt nur im Vermögen desjenigen ein, der auf Grundlage von Scheinrechnungen unberechtigt (vgl. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 UStG) Vorsteuerabzüge geltend macht (BGH NJW 2020, 79; NStZ-RR 2020, 348).

#### **bb) Tabaksteuer und andere Verbrauchs- und Warensteuern**

Da die Einziehung an einen durch die Tat beim Täter tatsächlich eingetretenen Vermögensvorteil anknüpft, ergibt sich im Hinblick auf die Struktur der Tabaksteuer als Verbrauchs- bzw. Warensteuer ein unmittelbar messbarer wirtschaftlicher Vorteil nur, soweit sich die Steuerersparnis im Vermögen des Täters dadurch niederschlägt, dass er aus den Tabakwaren, auf die sich die Hinterziehung der Tabaksteuern bezieht, einen Vermögenszuwachs erzielt (BGHSt 64, 146 = NJW 2019, 3012; BGH NStZ-RR 2020, 315; ebenso für alle Verbrauchs- und Warensteuern BGH NStZ-RR 2020, 250). Allein die Erfüllung des Steuerstrafatbestandes reicht für eine Abschöpfung nicht aus (BGH StraFo 2019, 479 = StRR 9/2019, 14 [Gehm]). Hat der Angeklagte als Entlohnung für die Durchführung der Transportfahrten einen Geldbetrag erhalten, so unterliegt nur dieser Betrag der Einziehung, wenn er durch die Taten keinen darüber hinausgehenden wirtschaftlichen Vorteil durch die Hinterziehung von Tabaksteuer erzielt hat. In diesem Fall spiegelt sich die im Wert der Tabakwaren verkörperte Steuerersparnis nicht in seinem Vermögen in irgendeiner Form wider (BGH NStZ-RR 2019, 348).

#### **cc) Surrogate**

Sind durch Steuerhinterziehungen ersparte Aufwendungen in Höhe nicht gezahlter Steuern erlangt, stellen Vermögensgegenstände, die mit dem entsprechenden Geldbetrag angeschafft wurden, keine Surrogate des Erlangten dar. Ersparte Aufwendungen als nicht gegenständliche Vorteile verbrauchen sich bereits mit ihrer Inanspruchnahme und unterliegen von vornherein dem Wertersatzverfall nur in entsprechender Höhe (BGH NJW 2019, 867 = NStZ 2019, 465).

#### **dd) Keine Doppelbelastung des Täters**

Eine Einziehung des Wertes der für die verkürzten Steuern ersparten Aufwendungen gem. § 73c StGB neben der Einziehung des Wertes der vom Angeklagten erlangten Bestechungsleistungen nach § 73c StGB kommt nicht in Betracht, wenn ihm im Ergebnis ein um mehr als 40 Prozent höherer Betrag entzogen würde, als ihm zugeflossen ist. Dies wäre nicht mit der Rechtsprechung des BVerfG zu vereinbaren, wonach es durch Besteuerung und Vermögensabschöpfung nicht zu einer doppelten Belastung des Täters kommen darf (BVerfGE 81, 228 = NJW 1990, 1900). Allein das

zeitliche Auseinanderfallen zwischen der Einziehung der Bestechungsleistungen und der Berücksichtigung dieser Einziehung im Rahmen der steuerlichen Veranlagung kann keine Rechtfertigung dafür liefern, auch noch den Wert der ersparten Aufwendungen für eine Steuer einzuziehen, die aus verfassungsrechtlichen Gründen zur Vermeidung einer verfassungswidrigen Doppelbelastung im Veranlagungszeitraum der Einziehung zwingend einen steuerrechtlichen Ausgleich nach sich zieht (BGH NJW 2019, 3798 = StRR 12/2019, 17 [Gehm]).

### **ee) Versuchte Steuerhinterziehung**

Der dem Täter einer versuchten Einkommensteuerhinterziehung in Form der Nichtabgabe von Steuererklärungen durch die erlangte Steuerersparnis zugeflossene Vermögensvorteil stellt ein „erlangtes Etwas“ i.S.v. § 73 Abs. 1 StGB dar und unterliegt daher der Einziehung (OLG Celle StV 2019, 757 = StRR 9/2019, 23 [Deutscher]).

### **2. Abzug von Aufwendungen**

§ 73d Abs. 1 StGB ermöglicht den Abzug von Aufwendungen. Auf der ersten Stufe der Bestimmung des Erlangten wird der Umfang des Zuflusses auf der Grundlage des Brutto-Prinzips festgestellt, auf der zweiten Stufe werden hiervon abzugsfähige Aufwendungen abgezogen. Nicht abzugsfähig sind Aufwendungen für die Begehung der Tat oder für ihre Vorbereitung, außer wenn es sich um Leistungen zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gegenüber dem Verletzten der Tat handelt (§ 73d Abs. 1 Satz 2 letzter Hs. StGB). „Für“ die Vorbereitung oder Begehung beinhaltet eine subjektive Komponente. In einer zur bußgeldrechtliche Vermögensabschöpfung nach § 29a OWiG ergangenen Entscheidung weist das OLG Karlsruhe (VRR 8/2019, 17 [Deutscher] = NZV 2019, 539 [Fromm]) darauf hin, dass nach dem Verständnis des Gesetzgebers solche Aufwendungen bei der Bestimmung des Erlangten abzuziehen sind, die zwar für ein verbotenes Geschäft angefallen sind, bei denen der Täter (oder Teilnehmer) das Verbotene des Geschäfts jedoch lediglich fahrlässig verkannt hat, sodass die Aufwendungen nicht „bewusst (vorsätzlich)“ für eine Straftat getätigt wurden (ebenso OLG Zweibrücken NStZ 2020, 427). Bei diesen Konstellationen sind allerdings strenge Anforderungen zu stellen, da anderenfalls gegen den Willen des Gesetzgebers, durch die Reform das Bruttoprinzip zu stärken, auf kaltem Weg das Nettoprinzip wieder eingeführt würde (krit. zur subjektiven Komponente daher BeckOK-OWiG/Meyberg, § 29a Rn 44; a.A. Emmert, NZWiSt 2016, 449). Abzugsfähig bleiben Aufwendungen, die eine synallagmatische Verbindung mit der Leistung des Geschädigten aufweisen, die sich also etwa als Gegenleistung eines durch Betrug zustande gekommenen Austauschvertrages darstellen (OLG Celle StraFo 2019, 123 = wistra 2019, 294). Gibt ein gerichtlich bestellter Sachverständiger einen falschen akademischen Grad an, entfällt sein Honoraranspruch selbst dann, wenn er die für die Begutachtung notwendige Ausbildung besitzt. Der Marktwert seiner Gutachten ist nicht aufgrund der Rückausnahmeregelung bei Austauschverhältnissen nach § 73d Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 StGB von den vereinnahmten Honorargeldern abzuziehen. Denn wegen der Verwirkung entsprechend § 654 BGB sind die Gutachten wirtschaftlich wertlos und die Leistungen mit null anzusetzen (BGH NStZ 2019, 462).

### **3. Schätzung**

Umfang und Wert des Erlangten und der Aufwendungen können nach § 73d Abs. 2 StGB geschätzt werden. Schätzen heißt allerdings nicht raten. Eine Schätzung kommt nur in Betracht, wenn die maßgebenden Werte nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden können oder ihre Ermittlung einen unverhältnismäßigen Aufwand an Zeit oder Kosten erfordert. Die der Schätzung zugrunde liegenden Tatsachen

## Aufwendungen

## Schätzung

müssen im Urteil festgestellt werden, wobei insoweit – nicht dagegen für die Schätzung selbst – der Zweifelsatz anzuwenden ist (BGH NStZ-RR 2019, 142).

### 4. Mehrere Tatbeteiligte

#### a) Grundsätze

Ein Vermögenswert ist aus der Tat erlangt, wenn er dem Täter oder Teilnehmer unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestandes in irgendeiner Phase des Tatablaufs so zugeflossen ist, dass er hierüber tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben kann. Bei mehreren Beteiligten genügt insofern, dass sie zumindest eine faktische bzw. wirtschaftliche Mitverfügungsmacht über den Vermögensgegenstand erlangt haben, also im Sinne eines rein tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses ungehinderten Zugriff auf den Vermögensgegenstand nehmen können. Faktische Mitverfügungsgewalt kann jedenfalls bei dem vor Ort anwesenden, die Beute oder Teile davon in den Händen haltenden Mittäter auch dann vorliegen, wenn sich diese in einer Abrede über die Beuteteilung widerspiegelt. Denn damit „verfügt“ der Mittäter zu seinen oder der anderen Beteiligten Gunsten über die Beute (BGH NStZ 2020, 76; StRR 9/2019, 22 [Deutscher]). Ein ganz kurzzeitiger, sog. transitorischer Zugriff auf einen der Einziehung unterliegenden Gegenstand wie etwa die Hilfe beim Abtransport der Beute begründet keine wirtschaftliche Mitverfügungsgewalt an ihm (BGH NStZ 2019, 81). Unerheblich ist es, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Täter oder Teilnehmer eine unmittelbar aus der Tat gewonnene (Mit-)Verfügungsmacht später aufgegeben hat und etwa der zunächst erzielte Vermögenszuwachs später durch Beuteteilung gemindert wurde (BGH wistra 2019, 234).

#### Hinweis

Wechselt ein Tatbeteiligter Geldscheine in „kleiner“ Stückelung aus einem vorausgegangenen Betäubungsmittelgeschäft eines Tatgenossen zur Förderung dessen neuerlichen Betäubungsmittelankaufs gegen Geldscheine in „großer“ Stückelung, erlangt er keine Mitverfügungsbefugnis am Tatertrag des abgeschlossenen Betäubungsmittelgeschäfts. Dieses Geld unterfällt der Einziehung nach § 74 StGB als Tatmittel bzw. Tatobjekt des geförderten fremden Drogenankaufs sowie einer von ihm Tateinheitlich begangenen täterschäftlichen Geldwäsche (BGH NJW 2019, 2182 = StRR 9/2019, 16 [Deutscher]).

#### b) Gesamtschuldnerische Haftung

Bei der Anordnung einer Einziehung nach §§ 73, 73c StGB bei mehreren Beteiligten, die an demselben Vermögenswert unmittelbar aus der Tat (Mit-)Verfügungsmacht gewonnen haben, besteht eine gesamtschuldnerische Haftung. Hierdurch kann den Beteiligten das aus der Tat Erlangte entzogen werden, wird aber zugleich verhindert, dass dies mehrfach erfolgt. Die gesamtschuldnerische Haftung muss tenoriert werden, was von den Tatgerichten gelegentlich übersehen wird (BGH NStZ-RR 2019, 313). Ein unbekannt gebliebener Gesamtschuldner muss nicht angegeben werden (BGH NStZ-RR 2019, 176). Die Gesamtschuld beschränkt sich bei mehreren Beteiligten und Taten auf die gemeinschaftlichen Taten (BGH NStZ-RR 2020, 343).

### 5. Ausschluss der Einziehung von Tatertrag und Wertersatz

#### a) Zustimmung zur außergerichtlichen Einziehung

Der 5. Senat des BGH (BGHSt 63, 116 = NJW 2018, 2278 = NStZ 208, 334 = StRR 6/2018, 18 [Deutscher]; NStZ-RR 2019, 108 Ls.) hatte auch unter Geltung der

## Grundlagen

### Haftung als Gesamtschuldner

### Zustimmung zur Einziehung

Neufassung die bisherige Praxis bestätigt, dass eine gerichtliche Entscheidung im Urteil über die Einziehung bereits sichergestellter Gegenstände und Taterlöse entbehrlich ist, wenn der Angeklagte der außergerichtlichen Einziehung dieser Sachen zustimmt. Derselbe Senat (BGHSt 63, 305 = NJW 2019, 1692 m. Bespr. Habetha 1642 = StRR 3/2019, 15 (Deutscher)) hat dies näher konkretisiert: Bei einem vom Angeklagten in der Hauptverhandlung erklärten Verzicht auf Rückgabe bestimmter Gegenstände handelt es sich um eine rechtsgeschäftliche Willenserklärung des Angeklagten an den Justizfiskus, die auf Übertragung des Eigentums an einem sichergestellten Gegenstand gerichtet ist. Mit der Annahme des Angebots durch den Staat wird das Eigentum gemäß § 929 S. 2 BGB auf diesen übertragen. Bei einem wirksamen Verzicht auf sichergestelltes Bargeld erlischt der staatliche Zahlungsanspruch nach § 73c StGB in Höhe des jeweiligen Betrages und die Einziehung des Wertes des Tatertrages ist insoweit ausgeschlossen. Bei anderen Verzichtsgegenständen wie bestimmten Wertgegenständen und Bankguthaben muss festgestellt werden, ob und wie die StA auf das Übereignungsangebot des Angeklagten reagiert hat. Denn da der staatliche Einziehungsanspruch auf Wertersatz, mithin einen Geldbetrag, gerichtet ist (§ 73c S. 1 StGB), stellt die angebotene Leistung nicht die geschuldete dar. Die Staatsanwaltschaft kann die angebotene Leistung in solchen Fällen an Erfüllung statt (§ 364 Abs. 1 BGB) oder erfüllungshalber annehmen. Beide Erfüllungsvereinbarungen haben aber unterschiedliche Rechtswirkungen, was sich auch auf die zu treffende Einziehungsentscheidung auswirkt. Trotz wirksamen Verzichts soll nach Ansicht des 3. Senats eine gerichtliche Einziehungsanordnung möglich bleiben (BGH JR 2020, 187 m. Anm. Schäfer; ebenso zur erweiterten Einziehung gem. § 73a Abs. 1 StGB BGHSt 63, 314 = NJW 2019, 1961 = NStZ 2019, 603 = StRR 9/2019, 18 (Deutscher)), wenngleich dies nach den überzeugenden Ausführungen des 5. Senats jedenfalls unnötig ist.

### **b) Verjährung des Steueranspruchs**

Die Einziehung des Tatertrags und des Wertersatzes ist ausgeschlossen, soweit der Anspruch, der dem Verletzten aus der Tat auf Rückgewähr des Erlangten oder auf Ersatz des Wertes des Erlangten erwachsen ist, erloschen ist (§ 73e Abs. 1 StGB). Das ist der Fall, wenn die Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis zum Zeitpunkt des Urteilerlasses (§ 78c Abs. 3 Satz 3, § 78b Abs. 3 StGB) bereits verjährt sind (§§ 169 Abs. 2 Satz 2, 171 Abs. 7 AO; BGH NStZ-RR 2020, 46 = StraFo 2020, 80 = StRR 1/2020, 23 [Gehm]).

### **6. Einziehung bei einem Drittbegünstigten**

Die Dritteinziehung richtet sich nach den Vorgaben des § 73b StGB (zu einem Verschiebungsfall an die Ehefrau nach § 73b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2a StGB OLG Düsseldorf StraFo 2020, 336; vgl. a. BGH NStZ-RR 2020, 343). Durch die Urteilsgründe muss das Vorliegen der Voraussetzungen des § 73b Abs. 1 Nr. 2 StGB bei einem Einziehungsbeteiligten zweifelsfrei belegt werden. Dass Überweisungen auf Konten „ohne Gegenleistung“ erfolgt sind, kann zwar die Voraussetzungen des § 73b Abs. 1 Nr. 2a Alt. 1 StGB erfüllen, setzt aber eine eigenständige tatrichterliche Würdigung im Urteil voraus (OLG Köln, Beschl. v. 19.6.2019 – III-1 RVs 97/19, III-1 RVs 99/19, juris). Für den relevanten Kenntnisstand im Rahmen der subjektiven Komponente bei der Bestimmung von abzugsfähigen Aufwendungen für die Tat (o. III. 2., hier: Benzinkosten und Fahrerlohn bei Überladungsfahrt) kommt es beim Tätigwerden des Täters für einen Dritten (Betriebsinhaber) maßgeblich auf das Wissen dieses Dritten an. Der Dritte muss sich aber auch bei eigener Unkenntnis das Wissen des Täters (hier: Fahrers) über den Rechtsgedanken der §§ 131, 166 BGB zurechnen lassen mit der Folge eines

### **Verjährung des Steueranspruchs**

### **Drittbegünstigte**

Abzugsverbots (OLG Karlsruhe VRR 8/2019, 17 [Deutscher] = NZV 2019, 539 [Fromm]). Handelt der Fahrer eigenmächtig ohne Kenntnis oder gegen ausdrückliche Weisung des Betriebsinhabers, können sich hieraus ergebende Härten beim Betriebsinhaber nur bei der nach § 29a OWiG erforderlichen Ermessensentscheidung berücksichtigt werden (OLG Karlsruhe a.a.O.; a.A. Buschbell/Höke/Mielchen, MAH StVR, 5. Aufl. 2020, § 58 Rn 43 ff.: keine Aufwendung des Betriebsinhabers für rechtswidrige Tat; KK/Mitsch, § 29a Rn 48).

### Hinweis

Zum Verhältnis von Täter- und Dritteinziehung o. III. 1. c). Zur Einziehung bei Straftaten des Organs einer juristischen Person o. III. 1. e). Unternehmen als Adressaten der Dritteinziehung von Taterträgen gem. § 73b StGB erörtern Kämpfer/Schwerdtfeger, StraFo 2020, 313.

### 7. Erweiterte Einziehung

Die Vorschrift des § 73a StGB ist gegenüber § 73 StGB subsidiär. Eine erweiterte Einziehung von Taterträgen beim Täter kommt nur dann in Betracht, wenn das Tatgericht aufgrund erschöpfender Beweiserhebung und -würdigung die volle Überzeugung gewonnen hat, dass der Angeklagte die Gegenstände aus rechtswidrigen Taten erlangt hat. Einer Feststellung der konkreten Taten bedarf es jedoch nicht. Der bloße Verdacht der illegalen Herkunft eines Gegenstandes reicht nicht aus (BGH, Beschl. v. 25.10.2018 – 1 StR 275/18, juris). Es ist ausgeschlossen, Gegenstände der erweiterten Einziehung zu unterwerfen, die der Angeklagte aus anderen, von der Anklageschrift nicht erfassten, aber konkretisierbaren Straftaten erlangt hat. Diese Taten können und müssen zum Gegenstand eines gesonderten Strafverfahrens gemacht werden (BGH NStZ 2020, 213). Wird die Einziehung gemäß § 73a Abs. 1 StGB angeordnet, dann muss das Urteil Feststellungen dazu enthalten, dass der eingezogene Geldbetrag dem Angeklagten im Sinne des § 73a StGB gehört oder zusteht (BGH NStZ 2019, 141). Surrogate werden von der Norm nicht erfasst (BGH NStZ 2020, 661).

### 8. Selbstständige Einziehung

Da die Sicherstellung wegen einer Katalogtat erfolgt sein muss (AG Frankfurt StraFo 2020, 341, LG Hamburg StRR 9/2019, 25 [Burhoff]), ist gewährleistet, dass der von der Sicherstellung Betroffene sich gegen die auf den Verdacht einer Katalogstraftat gestützte Beschlagnahme wehren und gerichtlichen Rechtsschutz in Anspruch nehmen kann. Die Rechtsschutzmöglichkeit der Überprüfung durch einen Ermittlungsrichter wäre ausgehebelt, wenn die Verknüpfung zwischen der Sicherstellung und dem Verdacht für eine Katalogstraftat erst nach der Sicherstellung von den Ermittlungsbehörden hergestellt werden könnte. Eine selbstständige Einziehung scheidet aus, wenn bei der Durchsuchung der Verdacht allein auf die Begehung von Delikten nach dem AMG gerichtet ist, die nicht im Katalog des § 76a Abs. 4 Satz 3 StGB enthalten sind (BGHSt 64, 186 = NJW 2020, 164 m. Anm. Kraushaar = NStZ 2020, 149 m. Anm. Bittmann; näher zu den Voraussetzungen des § 76a Abs. 4 StGB KG, Beschl. v. 30.9.2020 – 4 Ws 46/20, juris).

### 9. Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten

Die Entscheidung steht sowohl hinsichtlich der „Ob“ als auch des Umfangs der Einziehung nach § 74 StGB im Ermessen des Gerichts („können“). Die Einziehung setzt voraus, dass die konkret einzuziehenden Sachen Gegenstand einer von der Anklage-

### Erweiterte Einziehung

### Selbstständige Einziehung

### Einziehung von Tatgegenständen

schrift umschriebenen und vom Gericht festgestellten Anknüpfungstat sind (BGH NStZ-RR 155 Ls.). Angaben zu Art und Menge der eingezogenen Betäubungsmittel müssen sich eindeutig zumindest aus den Urteilsgründen ergeben (BGH NStZ-RR 2019, 155 Ls.; zur Einziehung nach § 74a StGB BGH wistra 2019, 275).

### **a) Einziehung von Fahrzeugen**

Behauptet ein Dritter (z.B. der Ehegatte eines Beschuldigten), Eigentümer eines beschlagnahmten, weil der Einziehung als Tatmittel unterliegenden Kfz zu sein, stellt die Haltereigenschaft für das Kfz lediglich ein Indiz für die Eigentümerstellung dar, das widerlegt werden kann, etwa wenn der Dritte angibt, das Fahrzeug werde ausschließlich von dem Beschuldigten genutzt, da er selbst schon längere Zeit nicht mehr Auto fahre, und das Fahrzeug sei nur aus versicherungstechnischen Gründen auf ihn zugelassen (BGH NStZ-RR 2020, 171). Zunehmende Bedeutung kommt der Einziehung des Tatfahrzeugs wegen verbotener Kraftfahrzeugrennen nach § 315d StGB über die Vorschrift des § 315f StGB zu (näher Bleckat, NStZ 2020, 715, allg. Steinert, SVR 2020, 412). Trotz der Zielrichtung des Gesetzgebers, solchen Tätern ihr meist hochwertiges „Lieblingsspielzeug“ wegzunehmen, handelt es sich um eine Kann-Bestimmung. Das verlangt eine Gesamtschau der Umstände des Einzelfalls im Rahmen der Ermessensentscheidung unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit (§ 74f StGB). Kriterien sind dabei die Gefahr weiterer verkehrsrechtlicher Verstöße des Täters, die Länge der gefahrenen Strecke, Art und Weise des Renngeschehens, das Ausmaß der Gefährdung anderer sowie die Frage, ob etwa die Familie des Täters auf das Fahrzeug angewiesen ist (LG Berlin NZV 2019, 541 [Winkelmann]; eingehend OLG Hamm zfs 2020, 647, demnächst in VRR [Deutscher]). Zu erwägen ist auch der Vorbehalt der Einziehung verbunden mit entsprechenden Anweisungen nach § 74f Abs. 1 Satz 3 Nrn. 1–3 StGB (OLG Köln DAR 2020, 643 = NStZ-RR 2020, 323 = VRR 7/2020, 17 = StRR 8/2020, 25 (jew. Deutscher); LG Berlin, Urt. v. 9.9.2020 – (561) 236 AR 126/20 Ns (64/20), demnächst in NZV [Deutscher]).

### **b) Auswirkungen auf die Strafzumessung**

Die Einziehung von Gegenständen nach § 74 StGB hat den Charakter einer Nebenstrafe und stellt damit eine Strafzumessungsentscheidung dar. Wird dem Täter auf diese Weise ein ihm zustehender Gegenstand von nicht unerheblichem Wert entzogen, so ist dies deshalb ein bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafe und insoweit im Wege einer Gesamtbetrachtung der den Täter treffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen (BGH NStZ 2019, 82; 2020, 407). Dies gilt auch bei der Einziehung des Tatfahrzeugs nach einem Verstoß gegen das BtMG (NStZ-RR 2019, 209 = NZV 2019, 645 [Rinio]; NStZ 2020, 407).

## **IV. Verfahrensrecht**

### **1. Rechtlicher Hinweis**

Der Große Senat des BGH wird auf Vorlage des 5. Senats (Beschl. v. 14.4.2020 – 5 StR 20/19, juris) zu entscheiden haben, ob und unter welchen Umständen bei der in der Anklageschrift nicht aufgeführten Einziehung des Wertes von Taterträgen nach § 73c StGB ein Hinweis gem. § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO erteilt werden muss. Nach Ansicht des 1. Senats ist der Angeklagte, falls dieses nicht bereits in der Anklage erfolgt ist, zwingend in der Hauptverhandlung förmlich darauf hinzuweisen (BGH NStZ 2019, 747; NJW 2019, 2486; NStZ-RR 2020, 25). Der 5. Senat hingegen meint, eine Hinweispflicht auf die Rechtsfolge einer obligatorischen Einziehung, die an bereits in der

Fahrzeuge

Strafzumessung

Rechtlicher Hinweis



Anklageschrift enthaltene tatsächliche Umstände anknüpft, sei strafprozessual grundsätzlich nicht vorgesehen. Eine Hinweispflicht auf die Rechtsfolge der nach den §§ 73, 73c StGB obligatorischen Einziehung, die an bereits in der Anklageschrift enthaltene tatsächliche Umstände anknüpft, sähen weder § 265 Abs. 1 StPO noch § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO vor (NStZ 2019, 748).

### **2. Teileinstellung nach § 154 Abs. 2 StPO und Einziehung**

Die Einziehung von Taterträgen nach § 73 Abs. 1 StGB setzt voraus, dass die jeweilige Bezugstat Gegenstand der Verurteilung ist, was nach einer Teileinstellung gemäß § 154 Abs. 2 StPO nicht der Fall ist. Es kommt dann nur die Einziehung im selbstständigen Verfahren nach §§ 76a Abs. 1, Abs. 3 StGB in Betracht. Für die Durchführung des selbstständigen Einziehungsverfahrens muss die StA ihren entsprechenden Willen durch einen expliziten Antrag nach § 435 Abs. 1 Satz 1 StPO kundtun, wofür allein der im Schlussvortrag gestellte Antrag auf Einziehung von Gegenständen und Betäubungsmitteln nicht ausreicht (BGH NStZ 2019, 271).

### **3. Unterlassene oder vergessene Anordnung (reformatio in peius)**

Hat eine Verurteilung des Angeklagten stattgefunden, so kann eine vergessene Einziehungsentscheidung betreffend die Gewinne aus Drogenverkäufen nicht nachgeholt werden (AG Dortmund StraFo 2019, 385 = StRR 9/2019, 12 [Deutscher]). Das Verbot der Verschlechterung schließt die erstmalige Anordnung der Einziehung nach den §§ 73 ff. StGB auf lediglich vom Angeklagten, von seinem gesetzlichen Vertreter oder zu seinen Gunsten von der Staatsanwaltschaft eingelegte Rechtsmittel oder Wiederaufnahmeanträge auch dann aus, wenn eine selbstständige Einziehung nach § 76a StGB möglich wäre (BGHSt 64, 48 = NJW 2019, 1008; BGH NStZ-RR 2019, 228 Ls.).

### **4. Nachträgliche Gesamtstrafenbildung**

Im Falle der nachträglichen Bildung der Gesamtstrafe sind gem. § 55 Abs. 2 StGB Maßnahmen, auf die in der früheren Entscheidung erkannt war, aufrechtzuerhalten. Eine Maßnahme ist auch die dort ausdrücklich genannte Einziehung nach §§ 73 ff. StGB. Eine Aufrechterhaltung von Maßnahmen kommt aber dann nicht in Betracht, wenn die tatsächlichen oder rechtlichen Voraussetzungen für ihre (weitere) Vollstreckung entfallen sind (BGH NStZ-RR 2019, 207 Ls.). Die Aufrechterhaltung geschieht durch das Zusammenzählen der Beträge aus der früheren und der aktuellen Einziehungsentscheidung (BGH wistra 2020, 75).

### **5. Einziehung und Sicherungsverfahren**

Im Sicherungsverfahren nach § 413 StPO können nur Maßregeln der Besserung und Sicherung angeordnet werden. Einziehungsentscheidungen kommen bei schuldunfähigen Tätern dagegen allein im selbstständigen Einziehungsverfahren gem. § 435 StPO in Betracht, wenn die Voraussetzungen des § 76a Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 StGB vorliegen. Dazu muss der gemäß § 435 Abs. 1 Satz 1 StPO erforderliche gesonderte Antrag gestellt werden (BGH StV 2019, 231 Ls.; NZWiSt 2020, 44).

### **6. Auslandsbezug**

Ein Betrag der Wertersatzeinziehung ist in EUR anzugeben, nicht in einer Fremdwährung. Eine eingezogene Fremdwährungssumme ist mit dem Wechselkurs umzurechnen, der im Zeitpunkt des Erlangens galt (BGH NStZ 2019, 468). Der Umstand, dass ausländische Behörden den originären Tatertrag sichergestellt haben, ist bei der erweiterten Einziehung des Wertes des Erlangten nicht zu berücksichtigen, sondern erst im Vollstreckungsverfahren gemäß § 459g Abs. 5 StPO (BGH NStZ-RR 2019, 142 Ls.).

**Teileinstellung nach § 154 Abs. 2 StPO und Einziehung**

**Unterlassene oder vergessene Anordnung**

**Nachträgliche Gesamtstrafenbildung**

**Einziehung und Sicherungsverfahren**

**Auslandsbezug**



### 7. Absehen von der Vollstreckung und Zahlungserleichterungen

§ 73c Abs. 2 StGB a.F., der auf § 42 StGB verwies und damit die Möglichkeit von Zahlungserleichterungen im Erkenntnisverfahren eröffnete, ist ersatzlos weggefallen. Etwaige Härten sind nunmehr gem. § 459g Abs. 5 StPO im Vollstreckungsverfahren zu berücksichtigen (BGH NStZ-RR 2019, 252).

Anders als § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB a.F. schreibt § 459g Abs. 5 Satz 1 StPO nunmehr das Unterbleiben der Vollstreckung zwingend vor, wenn der Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Tatbeteiligten vorhanden ist. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Angeklagte womöglich unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten nach Maßgabe von §§ 818 Abs. 4, 819 BGB verschärft haftet (OLG Schleswig StraFo 2020, 158; OLG Nürnberg StraFo 2020, 393; OLG Jena StraFo 2020, 394; LG Bochum, Beschl. v. 24.4.2020 – 12 KLS 6/19, juris, StRR 12/2020, 35 [Burhoff]).

### 8. Die Einziehungsbeteiligten

Die Beteiligung von Personen, die nicht Beschuldigte sind, gegen die sich aber die Einziehung richtet (Einziehungsbeteiligte), ist in §§ 424 ff. StPO geregelt. Auch nach der Neufassung bleibt es dabei, dass im selbstständigen Einziehungsverfahren auf Antrag eines Einziehungsbeteiligten (nunmehr gem. §§ 436 Abs. 2, 434 Abs. 3 S. 1 StPO) eine mündliche Verhandlung durchzuführen und durch Urteil zu entscheiden ist. Im selbstständigen Einziehungsverfahren hat jeder Einziehungsadressat einschließlich des Angeklagten im rechtskräftig abgeschlossenen Hauptverfahren das Recht, durch seinen Antrag eine mündliche Verhandlung zu erzwingen. Die dauerhafte Verhandlungsunfähigkeit des Einziehungsadressaten und die darauf gestützte Einstellung des Strafverfahrens steht der Durchführung einer mündlichen Verhandlung im selbstständigen Einziehungsverfahren nicht entgegen (OLG Dresden NZWiSt 2019, 436 = StRR 11/2019, 15 [Deutscher], zum statthaften Rechtsmittel [Rechtsbeschwerde oder sofortige Beschwerde] nach teilweiser Urteilsaufhebung und Zurückverweisung bei einem selbstständigen Einziehungsbescheid gem. § 29a Abs. 5 OWiG, wenn im zweiten Durchlauf nunmehr durch Beschluss entschieden wird, näher BGH NStZ-RR 2020, 322 = StRR 12/2020, 37 [Deutscher]). § 357 S. 1 StPO ist auf Einziehungsbeteiligte analog anzuwenden, die zwar Revision gegen die Anordnung der Einziehung eingelegt haben, aber mit Einwendungen gegen den Schuldspruch ausgeschlossen sind (BGH NStZ-RR 2020, 152); zur Bindung an die Hauptsacheentscheidung Emmert, NStZ 2020, 587.

### V. Vermögensarrest

Zur Sicherung einer späteren Wertersatzeinziehungsanordnung ermöglicht § 111e StPO den Vermögensarrest (Zum Rechtsschutz nach Vollziehung einer Beschlagnahme oder eines Vermögensarrests – Die gerichtliche Entscheidung im Sinne des § 111 k III StPO s. Rettke, NJW 2019, 2898). Auch nach Neuregelung der Voraussetzungen des strafprozessualen Vermögensarrestes in § 111e StPO n.F. hat sich an den – schon aus dem in der „Sicherung der Vollstreckung“ liegenden Anordnungszweck und aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgenden – Anforderungen an den Sicherungsgrund nichts geändert. Dieser Sicherungsgrund liegt nicht schon im Verdacht einer vorgeworfenen Straftat selbst. Erforderlich sind vielmehr darüber hinaus konkrete Anhaltspunkte dafür, dass ein Beschuldigter Maßnahmen zur Vereitelung oder Erschwerung einer Vollstreckung begehen wird (OLG Schleswig wistra 2019, 254). Das Vollstreckungsverbot des § 111h Abs. 2 Satz 1 StPO unterbindet nur die Zwangsvollstreckung aus Rechten, die gegenüber dem in Vollziehung des Vermögensarrests entstandenen Sicherungsrecht der Staatsanwaltschaft nachrangig sind (BGH [Z] NJW 2020, 2237).

## Zahlungserleichterungen

## Einziehungsbeteiligte

## Vermögensarrest

### Hinweis

Gegen die Entscheidung der StA, nach § 111i Abs. 2 StPO einen Antrag auf Eröffnung des Insolvenzverfahrens zu stellen, ist der Rechtsweg nach §§ 23 ff. EGGVG eröffnet. Der Überprüfung unterliegt dabei nur, ob die Voraussetzungen des § 111i Abs. 2 StPO vorliegen (BGH NJW 2020, 2123 m. Anm. Rettke = StraFo 2020, 412; zum Verhältnis Staatsanwaltschaft/Drittschuldner Rettke, NJW 2020, 3641).

## VI. Gebührenrecht

Abschließend ist auf einige gebührenrechtliche Entscheidungen hinzuweisen.

### 1. Verfahrensgebühr nach Nr. 4142 VV RVG

Die Gebühr setzt keine gerichtliche Tätigkeit des Verteidigers voraus. Insbesondere muss die Einziehung nicht im Verfahren beantragt worden sein. Ausreichend ist es, wenn sie in Betracht kommt oder nach Aktenlage geboten erscheint (LG Verden NStZ-RR 2019, 128 = StRR Sonderausgabe 7/2019, 15 [Burhoff]; LG Chemnitz und OLG Dresden StRR-Sonderausgabe 11/2020, 30 [Burhoff]; a.A. LG Amberg StRR Sonderausgabe 7/2019, 12 u. 14 [jew. Burhoff]; AG Mainz StRR Sonderausgabe 7/2019, 17 und 18 [jew. Burhoff]). Die Gebühr entsteht für die Tätigkeiten des Verteidigers unabhängig davon, ob die Vermögensabschöpfung auch der Entschädigung von Tatverletzten dient oder ob dies nicht der Fall ist (LG Hanau StRR 9/2019, 31 [Burhoff]).

### 2. Verfahrensgebühr nach Nr. 5116 VV RVG

Für die gerichtliche Vertretung in einem Einziehungsverfahren nach § 29a OWiG kann neben der Verfahrensgebühr bei Einziehung Nr. 5116 VV RVG auch die Grundgebühr Nr. 5100 VV RVG als allgemeine Gebühr entstehen (LG Freiburg StRR 6/2020, 31 [Burhoff]). Der Verteidiger eines Einziehungsbeteiligten kann im selbstständigen Einziehungsverfahren nach § 29a Abs. 4 OWiG dieselben Gebühren geltend machen wie der Verteidiger eines wegen der Ordnungswidrigkeit Verfolgten. Der Verteidiger muss bei der Bestimmung der konkreten Verfahrensgebühren aber angemessen berücksichtigen, dass es an einer individuellen Bedeutung der anwaltlichen Tätigkeit insoweit fehlt (LG Stuttgart StRR 6/2020, 34 [Burhoff]; vgl. a. LG Kassel StRR Sonderausgabe 7/2019, 24 [jew. Burhoff]).

### 3. Gegenstandswert

Der Gegenstandswert bemisst sich nach dem wirtschaftlichen Interesse des Angeklagten an der Abwehr der Einziehung. Maßgeblich ist – wie bei Festsetzung der Kosten im Zivilprozess – der Nominalwert der titulierten Einziehungsforderung. Eine Verringerung des Gegenstandswerts wegen fehlender Durchsetzbarkeit des Zahlungsanspruchs ist generell weder im Streitwert- noch im Kostenfestsetzungsverfahren vorgesehen. Es kommt daher nicht darauf an, ob wegen einer Vermögenslosigkeit des Angeklagten erhebliche Zweifel an der Werthaltigkeit der Einziehungsforderung bestehen (BGH StRR 9/2019, 28 [Burhoff]). Für die Bestimmung des Gegenstandswertes für diese besondere Verfahrensgebühr ist nicht maßgeblich darauf abzustellen, in welcher Höhe eine Einziehung im Urteil letztlich angeordnet worden ist, sondern vielmehr darauf, in welcher Höhe dem Beschuldigten eine Einziehung drohte. Der Gegenstandswert selbst ist sodann nach dem objektiven Wert derjenigen Gegenstände und Vermögenswerte zu bestimmen, auf die sich die Tätigkeit des Rechtsanwalts bezieht. Das subjektive Interesse des Betroffenen hingegen ist insoweit ohne Belang

**Nr. 4142 VV RVG**

**Nr. 5116 VV RVG**

**Gegenstandswert**

## Rechtsprechungsreport

---

(LG Essen, Beschl. v. 4.12.2018 – 64 Qs 23/18, juris). Bei einem dinglichen Arrest nach § 111b Abs. 2 ist der Gegenstandswert für eine zusätzliche Verfahrensgebühr nach Nr. 4142 VV RVG ausgehend von dem zu sichernden Anspruch zu schätzen. Maßgebend ist dabei das wirtschaftliche Interesse des Betroffenen an der Abwehr der Arrestforderung, wobei die konkrete wirtschaftliche Situation in den Blick zu nehmen ist. Beträge, deren Durchsetzbarkeit nicht ernstlich in Betracht kommt und die deshalb eher fiktiven Charakter haben, bleiben unberücksichtigt. Das für die Wertberechnung maßgebliche Interesse des Betroffenen an der Abwehr des Arrests geht nicht weiter, als Vermögenswerte vorhanden sind, auf die im Wege der Arrestvollziehung zugegriffen werden kann. Entscheidend ist dabei der Zeitpunkt, zu dem der Anwalt – gegebenenfalls auch nur beratend – tätig wird (BGH zfs 2019, 165 m. Anm. Hansens = StRR Sonderausgabe 7/2019, 19 [Burhoff]).

## Rechtsprechungsreport

---

### Verfahrensrecht

#### Kostenentscheidung nach Tod des Angeklagten im Revisionsverfahren

**Der Staatskasse sind die notwendigen Auslagen des im Revisionsverfahren verstorbenen Angeklagten nicht aufzuerlegen, wenn dessen Rechtsmittel keine Aussicht auf Erfolg gehabt hätte. (Leitsatz des Verfassers)**

*BGH, Beschl. v. 21.7.2020 – 2 StR 319/19*

**§ 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO ist im Sicherungsverfahren weder unmittelbar noch entsprechend anwendbar. (Leitsatz des Verfassers)**

*BGH, Beschl. v. 25.8.2020 – 4 StR 167/20*

#### I. Sachverhalt

Das LG hat den Angeklagten wegen Mordes in Tateinheit mit Raub mit Todesfolge zu einer Freiheitsstrafe von 14 Jahren und 6 Monaten verurteilt. Dagegen hat der Angeklagte Revision eingelegt. Während des Revisionsverfahrens ist der Angeklagte verstorben. Der BGH hat das Verfahren eingestellt, die notwendigen Auslagen des Angeklagten sind der Staatskasse nicht auferlegt worden.

#### II. Entscheidung

Nach Auffassung des BGH sei das Strafverfahren, ohne dass das Urteil des LG einer Aufhebung bedürfe, gem. § 206a StPO einzustellen (BGHSt 45, 108 ff.). Die Kostenentscheidung richte sich im Fall des Todes eines Angeklagten nach den Grundsätzen, die bei Einstellung des Verfahrens wegen eines Verfahrenshindernisses allgemein anzuwenden seien. Deshalb würden die Auslagen der Staatskasse dieser gem. § 467 Abs. 1 StPO zur Last fallen. Dies gelte – so der BGH – nach § 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO aber nicht für die notwendigen Auslagen des Angeklagten, weil er nur deshalb nicht rechtskräftig verurteilt wurde, da mit seinem Tod ein Verfahrenshindernis eingetreten ist. Das Rechtsmittel des Angeklagten hätte nämlich nach Ansicht des BGH aus den vom GBA in seiner Antragschrift genannten Gründen keine Aussicht auf Erfolg gehabt, sodass es unbillig gewesen wäre, der Staatskasse die notwendigen Auslagen des Angeklagten aufzuerlegen.

**Angeklagter verstirbt während des Revisionsverfahrens**

**Kostenentscheidung im Fall des Todes des Angeklagten**

### III. Bedeutung für die Praxis

1. Die Entscheidung entspricht der ständigen Rechtsprechung des BGH (vgl. z.B. auch noch aus neuerer Zeit BGH, Beschl. v. 25.8.2020 – 6 StR 124/20). Der BGH bestätigt noch einmal, dass der Tod des Angeklagten vor rechtskräftigem Abschluss des Strafverfahrens ein Verfahrenshindernis darstellt, das zur Einstellung nach § 206a StPO führt (BGHSt 45, 108 ff.). Im Ansatz zutreffend ist es dann auch, wenn der BGH für die Kostenentscheidung § 467 StPO heranzieht. Problematisch ist allerdings das Abstellen auf § 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO. § 467 StPO entspricht dem Rechtsgedanken, dass als Folge der Unschuldsvermutung und unbeschadet eines fortbestehenden Verdachts die notwendigen Auslagen der Staatskasse zur Last fallen, sofern der Beschuldigte nicht rechtskräftig abgeurteilt werden konnte (LR-StPO/Hilger, 26. Aufl., § 467 Rn 1). Dies gilt ebenso für § 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO, der aber der Unschuldsvermutung insoweit widerspricht, als er dem Gericht einen Ermessensspielraum hinsichtlich der Kostenfolge einräumt, falls das Verfahrenshindernis die alleinige Ursache der Nichtverurteilung war. Das hätte der BGH hier m.E. näher begründen müssen. Der alleinige Verweis auf die Antragschrift des GBA, die offenbar einen Verwerfungsantrag nach § 349 Abs. 2 StPO enthielt, reicht nicht aus. Es verkürzt die Rechte des verstorbenen Angeklagten. Im Ergebnis ist das Absehen von der Auslagererstattung eher auf Konstellationen zu beschränken, bei denen ein prozessuales Fehlverhalten des verstorbenen Angeklagten vorliegt (so zutreffend BGH, Beschl. v. 25.8.2020 – 4 StR 167/29 – betreffend die Anwendung der Vorschrift im Sicherungsverfahren [dazu 2.]).

2. Die Entscheidung des BGH ist im Strafverfahren ergangen. Im BGH-Beschl. v. 25.8.2020 (4 StR 167/29) hat sich der 4. Strafsenat mit der Frage der Anwendbarkeit des § 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO im Sicherungsverfahren befasst und diese verneint. Einer unmittelbaren Anwendung dieser Vorschrift stehe in den Fällen entgegen, dass der Beschuldigte unabhängig vom Bestehen des Verfahrenshindernisses nicht wegen einer Straftat verurteilt worden wäre. § 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO kommt im Sicherungsverfahren auch nicht entsprechend zur Anwendung. Zwar würden gemäß § 414 Abs. 1 StPO die Vorschriften über das Strafverfahren sinngemäß gelten und damit auch die Kostenvorschriften. Die Ausnahmevorschrift des § 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO sei jedoch nach ihrem Sinn und Zweck in den Fällen nicht anwendbar. Sinn und Zweck der Regelung bestehe darin, dass es grob unbillig sein könne, die notwendigen Auslagen des Angeklagten der Staatskasse zu überbürden, wenn eine Verurteilung nur daran scheitert, dass nachträglich ein Verfahrenshindernis eingetreten ist (zum Beispiel im Falle der Verjährung, vgl. BVerfG NStZ 1993, 195). Grundlage der Bewertung einer Auslagererstattung als grob unbillig oder ungerecht könne allerdings nur ein dem Beschuldigten vorwerfbares Verhalten sein. Daran fehle es etwa bei einem Beschuldigten, der aufgrund einer andauernden psychiatrischen Erkrankung schuldunfähig sei (BGH NStZ-RR 2016, 316). Das Argument gilt m.E. in den Fällen der Einstellung des Strafverfahrens (s.o.) ebenso.

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Leer/Augsburg

### Ständige Rechtsprechung des BGH

### Sicherungsverfahren

### Fehlender Eröffnungsbeschluss

#### Zur Ersetzung eines fehlenden Eröffnungsbeschlusses durch eine Haftentscheidung in der Hauptverhandlung. (Leitsatz des Verfassers)

*BGH, Beschl. v. 5.8.2020 – 3 StR 194/20*

#### I. Sachverhalt

Die Staatsanwaltschaft hat gegen den Angeklagten eine Vielzahl von Anklagen beim AG erhoben. Dieses hat einen Großteil der einzelnen Verfahren zu einem führenden Verfahren verbunden, darunter die später beim LG anhängigen Fälle 1 bis 3. Das führende Verfahren hat es nebst den verbundenen Sachen und weiteren einzelnen, noch nicht hinzuverbundenen Verfahren, darunter die späteren Fälle 4 und 5, dem LG zur Übernahme übersandt.

Die Strafkammer hat unter dem 5.12.2019 das führende Verfahren übernommen und eröffnet, wobei es nur die diesem zugrunde liegende, einen weiteren Tatvorwurf betreffende Anklage gemäß § 207 Abs. 1 StPO ausdrücklich bezeichnet hat. Die Anklagen der hinzuverbundenen Verfahren, darunter die die Fälle 1 bis 3 betreffenden, finden in dem Beschluss keine Erwähnung. Daneben hat es die weiteren, bis dahin separaten Verfahren, darunter die die Fälle 4 und 5 betreffenden, übernommen, zum führenden Verfahren verbunden und die zugrunde liegenden Anklagen jeweils zur Hauptverhandlung zugelassen.

Am ersten Hauptverhandlungstag ist der Angeklagte nicht erschienen. Die mit drei Richtern besetzte Strafkammer hat daraufhin gemäß § 230 Abs. 2 StPO einen Haftbefehl erlassen, in welchem die dem Angeklagten vorgeworfenen Taten im Einzelnen aufgeführt sind. Darunter finden sich alle später als Fälle 1 bis 5 festgestellten Tatvorwürfe.

Mit der Revision hat der Angeklagte gegen seine Verurteilung als Verfahrenshindernis angeführt, dass ein wirksamer Eröffnungsbeschluss hinsichtlich der Fälle 1 bis 5 nicht vorliege.

#### II. Entscheidung

Der BGH hat einen wirksamen Eröffnungsbeschluss hinsichtlich der Fälle 1 bis 5 bejaht, obwohl die Strafkammer die den Fällen 1 bis 3 jeweils zugrunde liegenden Anklagen nicht ausdrücklich zur Hauptverhandlung zugelassen hat.

Das LG habe mit dem Erlass des Haftbefehls nach § 230 Abs. 2 StPO insgesamt hinreichend dokumentiert, dass es die Eröffnungsvoraussetzungen auch für die den Fällen 1 bis 3 zugrunde liegenden Anklagen geprüft und angenommen hat. Zwar sei aus Gründen der Rechtsklarheit bei verbundenen Strafsachen grundsätzlich ausdrücklich schriftlich über die Eröffnung hinsichtlich jeder einzelnen Anklage zu entscheiden; der Verbindungsbeschluss allein bewirke die Eröffnung in der Regel auch dann nicht, wenn das führende Verfahren bereits eröffnet ist oder – wie hier – später eröffnet werde (vgl. BGH NStZ 2016, 747; 2018, 155; OLG Hamburg, Beschl. v. 4.4.2019 – 2 Rev 7/19). Zur Eröffnung des Hauptverfahrens genüge jedoch die schlüssige und eindeutige Willenserklärung des Gerichts, die Anklage nach Prüfung und Bejahung der Eröffnungsvoraussetzungen zur Hauptverhandlung zuzulassen. In Fällen, in denen das den Eröffnungsbeschluss enthaltende Schriftstück diesen Willen nicht sicher erkennen lasse, könne aus anderen Urkunden oder Aktenbestandteilen eindeutig hervorgehen, dass die zuständigen Richter die Eröffnung des Hauptverfahrens tatsächlich beschlossen haben (st. Rspr.; s. BGH NStZ 2020, 236). Zu solchen

**Vielzahl von Verfahren wird vom AG abgegeben ...**

**... von der Strafkammer übernommen**

**Haftentscheidung in der Hauptverhandlung**

**Verfahrensrüge**

**BGH bejaht Eröffnungsbeschluss**

**Prüfung der Eröffnungsvoraussetzungen hinreichend dokumentiert**

Urkunden zähle gegebenenfalls ein Haftbefehl (vgl. BGH NStZ-RR 1999, 14, 15).

Die letztgenannten Voraussetzungen sieht der BGH hier erfüllt. Denn die Strafkammer habe schon durch ihre Beschlüsse vom 5.12.2019 zu erkennen gegeben, dass sie sich des Erfordernisses der Eröffnung jeder einzelnen Anklage bewusst gewesen sei. Dies zeige sich daran, dass sie hinsichtlich der separaten, noch nicht hinzuerbundenen Sachen eigenständige Eröffnungsentscheidungen getroffen habe. Daneben habe der Vorsitzende bei der Terminierung der Hauptverhandlung Zeugen auch für die bereits durch das AG zum führenden Verfahren hinzuerbundenen Strafsachen geladen. Maßgebend komme hinzu, dass das LG in voller Kammerbesetzung gemäß § 230 Abs. 2 StPO einen Haftbefehl gegen den Angeklagten erlassen hat. In diesem habe es im Einzelnen angeführt, welcher Taten der Angeklagte „hinreichend verdächtig und angeklagt“ ist. Darunter befänden sich auch die später als Fälle 1 bis 3 festgestellten Tatvorwürfe.

### III. Bedeutung für die Praxis

Die Entscheidung liegt auf der Linie der Rechtsprechung des BGH in diesen Fällen, die häufig dann eine Rolle spielen, wenn es um die Übernahme und Verbindung von Verfahren geht. Dann muss man als Verteidiger sorgfältig prüfen, ob in allen Fällen das Hauptverfahren eröffnet worden ist und ob, wenn nicht, der Eröffnungswille des Gerichts ggf. aus anderen Entscheidungen abgeleitet werden kann. Geht es um Entscheidungen in der Hauptverhandlung, ist dann zusätzlich noch die Hürde zu überspringen, dass die Eröffnungsentscheidung bei der Strafkammer immer durch die drei Berufsrichter getroffen werden muss. Ist die Kammer also gem. § 76 Abs. 2 GVG nur mit zwei Berufsrichtern besetzt, reicht das für eine „Ersetzungsentscheidung“ nicht aus (zu allem Burhoff, Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren, 8. Aufl. 2018, Rn 2116 ff.).

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Leer/Augsburg

### Verständigung und Befangenheit

**Es stellt regelmäßig keinen Befangenheitsgrund dar, wenn ein Gericht ungeachtet der Ablehnung eines Verfahrensbeteiligten (hier: StA) an einem bereits im Vorfeld der Hauptverhandlung geäußerten Verständigungsvorschlag festhält und ihn deshalb noch einmal in der Hauptverhandlung unterbreitet. (Leitsatz des Verfassers)**

*BGH, Urt. v. 2.9.2020 – 5 StR 630/19*

#### I. Sachverhalt

Im Vorfeld der Hauptverhandlung gab es von der Verteidigung initiierte Gespräche mit dem Ziel einer Verständigung. Einem daraufhin unterbreiteten Verständigungsvorschlag der Vorsitzenden trat die StA entgegen, der Angeklagte stimmte zu. Zu Beginn der Hauptverhandlung teilte sie den Inhalt des Gesprächs mit und wiederholte den schon zuvor gemachten Verständigungsvorschlag. Die StA stimmte nicht zu, der Angeklagte erklärte seine Zustimmung. Die Kammer stellte fest, dass keine Verständigung zustande gekommen war. Die StA forderte schriftlich die Vorsitzende angesichts des bisherigen Verfahrensablaufs auf, sich dienstlich dazu zu erklären, ob es weitere Gespräche mit den Verteidigern des Angeklagten gegeben oder das von ihr dokumentierte Gespräch einen weitergehenden als den bisher mitgeteilten Inhalt gehabt habe. Dies verneinte die Vorsitzende in einem am zweiten Hauptverhandlungstag verlese-

Haftentscheidung

Als Verteidiger: Augen auf!

Gescheiterten Verständigungsvorschlag wiederholt



nen Vermerk. Die StA stellte einen Befangenheitsantrag gegen die Vorsitzende und begründete dies insbesondere damit, dass sie ungeachtet fehlender Zustimmung durch die Staatsanwaltschaft am Ziel der gescheiterten Verständigung festgehalten habe. Die Revision der StA blieb erfolglos.

### II. Entscheidung

Die Rüge nach § 338 Abs. 3 StPO sei unbegründet. Es habe kein Grund vorgelegen, der die Besorgnis der Befangenheit gegen die Vorsitzende rechtfertigen könnte. Nach § 24 Abs. 2 StPO könne ein Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn ein Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Das sei hier nicht der Fall. Es stelle regelmäßig keinen Befangenheitsgrund dar, wenn ein Gericht ungeachtet der Ablehnung eines Verfahrensbeitrags an einem bereits im Vorfeld der Hauptverhandlung geäußerten Verständigungsvorschlag festhält und ihn deshalb noch einmal in der Hauptverhandlung unterbreitet. Nach dem Konzept der Verständigungsvorschriften im Lichte der Grundsatzentscheidung des BVerfG zu deren Verfassungsgemäßheit dürfe eine Verständigung kein Vergleich im Gewande eines Urteils, kein „Handel mit Gerechtigkeit“ sein (BVerfGE 133, 168 ff. Rn 105). Der Verständigungsvorschlag des Gerichts bedeute in aller Regel lediglich eine transparente vorläufige Einschätzung, welchen Strafrahmen der Angeklagte im Falle eines Geständnisses – sei es mit oder ohne Verständigung – zu erwarten hat. Eine solche offene und kommunikative Verhandlungsführung, die keinen verfassungsrechtlichen Bedenken unterliegt, sondern der Verfahrensförderung dient (BVerfG a.a.O. Rn 106), könne die Besorgnis der Befangenheit grundsätzlich nicht begründen (BGH NStZ 2011, 590 = StRR 2011, 262 [Burhoff]). Dies gelte auch für den Fall, dass zunächst erfolglose Verständigungsgespräche vor der Hauptverhandlung nur mit den Berufsrichtern stattfinden und später das gesamte Gericht einschließlich der Schöffen nach entsprechender Beratung zu Beginn der Hauptverhandlung erneut einen entsprechenden Verständigungsvorschlag macht (BGH a.a.O.). Weil sich ein Verständigungsvorschlag des Gerichts in aller Regel lediglich als offene Mitteilung der vorläufigen Einschätzung des Gerichts darstellt, könne es auch nicht die Besorgnis der Befangenheit begründen, wenn ein Gericht nach dem Scheitern einer Verständigung an seinem Vorschlag festhält und dies – unabhängig vom Zeitpunkt – zum Ausdruck bringt (BGH a.a.O.; a.A. Schneider, NStZ 2018, 232, 234 f.). Denn stelle ein Gericht nach entsprechender Beratung eine bestimmte Rechtsfolge bei Geständnis in Aussicht, sei es nur konsequent, wenn es an dieser Einschätzung bei unveränderter Sachlage auch bei Scheitern einer Verständigung, aber Ablegung eines Geständnisses festhält. Darin äußere sich gerade, dass eine Verständigung kein „Handel mit Gerechtigkeit“, sondern nur ein transparentes Verfahren sein darf, den strafzumessungsrechtlichen Wert des Geständnisses aus Sicht des Gerichts offenzulegen und dem Angeklagten bei Zustimmung aller Verfahrensbeitrags die Sicherheit zu geben, dass sein Geständnis nur verwertet wird, wenn die Rechtsfolge im zugesagten Rahmen bleibt.

Dem Verhalten der Vorsitzenden sei vor diesem Hintergrund auch nicht zu entnehmen, dass sie sich etwa in unzulässiger Weise an ihren Verständigungsvorschlag gebunden gefühlt hätte. Eine gescheiterte Verständigung könne von vornherein weder eine Bindungswirkung noch Vertrauensschutz begründen (BGH NStZ 2019, 212 Ls.).

Die Rüge eines Verstoßes gegen § 257c StPO wegen einer „informellen Verständigung“ bzw. einer unzulässigen Selbstbindung an eine solche habe keinen Erfolg. Dass ein Urteil einem Verständigungsvorschlag des Gerichts entspricht, dem die StA nicht zugestimmt hat, begründe für sich gesehen keinen Rechtsfehler

**Grundsätzlich keine Befangenheit**

**Keine Bindungswirkung nach gescheiterter Verständigung**

**Informelle Verständigung?**



### III. Bedeutung für die Praxis

Naturgemäß begibt sich ein Gericht beim Bemühen um Verständigung in die Gefahr einer Ablehnung wegen Befangenheit (aktuell BGH NStZ 2019, 223 m. Anm. Ventzke = StraFo 2019, 196 = StRR 3/2019, 9 [Deutscher]), in diesem Fall durch die StA. Der 5. Senat begründet aus dem Konzept der Verständigungsvorschriften heraus überzeugend, dass ohne besondere Umstände die Wiederholung eines gescheiterten Verständigungsvorschlags den Anschein der Befangenheit nicht zu begründen vermag (ebenso BGH NStZ 2011, 590 = StRR 2011, 262 [Burhoff]): Nach an der StA gescheiterter Verständigung leitet der Vorsitzende die Befragung der Angeklagten zur Sache mit den Worten ein, dass „die Kammer grundsätzlich dazu steht, was sie gesagt hat“; Rechtsprechungsübersicht zur Verständigung für die Jahre 2017 bis 2020 bei Deutscher StRR 2021).

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

### Berechnung der Frist für die Unterbrechung der Hauptverhandlung

**Die Berechnung der Dreiwochenfrist des § 229 Abs. 1 StPO bemisst sich aufgrund des eigenständigen Charakters der Regelung originär nach § 229 Abs. 1 StPO. Da die Vorschriften der §§ 42, 43 StPO nicht anwendbar sind, gilt dies erst recht für die allgemeinen Fristenregeln der §§ 186 ff. BGB. (Leitsatz des Verfassers)**

*BGH, Beschl. v. 28.7.2020 – 6 StR 114/20*

#### I. Sachverhalt

Das LG hat die Hauptverhandlung am achten Verhandlungstag, am Montag, den 23.9.2019, unterbrochen. Fortgesetzt worden ist erst nach einer Unterbrechung von 22 Tagen am Mittwoch, den 16.10.2019. Die Verfahrensrüge des Angeklagten, mit der ein Verstoß gegen § 229 Abs. 1 StPO geltend gemacht worden ist, hatte Erfolg.

#### II. Entscheidung

Der BGH führt aus: Nach ständiger Rechtsprechung des BGH, die auf eine Entscheidung des Reichsgerichts vom 27.2.1923 (I 112/23, RGSt 57, 266, 267) zurückgeht, handele es sich bei der in § 229 Abs. 1 StPO normierten Unterbrechungsfrist nicht um eine Frist i.S.d. §§ 42, 43 StPO, sondern um eine eigenständige „Zwischenfrist“, d.h. um einen zwischen zwei Verhandlungstagen eingeschobenen Unterbrechungszeitraum, in dessen Berechnung weder der Tag, an dem die Unterbrechung angeordnet wird, noch derjenige, an dem die Verhandlung fortgesetzt wird, einzurechnen ist (vgl. etwa BGH NStZ 2014, 469; NStZ 2017, 424 = StRR 3/2017, 11; StraFo 2016, 209). Diese Auffassung werde in der Literatur überwiegend geteilt (vgl. LR-StPO/Becker, 27. Aufl., § 229 Rn 6; SK-StPO/Wolter, 5. Aufl., § 229 Rn 3; MüKo-StPO/Arnoldi, § 229 Rn 14; KK/Gmel, 8. Aufl., § 229 Rn 7; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl., § 229 Rn 9; a.A. SSW-StPO/Grube, 4. Aufl., § 229 Rn 8).

Der eigenständige Charakter der Unterbrechungsfrist ergebe sich insbesondere daraus, dass der Gesetzgeber vor dem Hintergrund der Rspr. des RG durch das Erste Gesetz zur Reform des Strafverfahrensrechts (1. StVRG) vom 9.12.1974 (BGBl I S. 3393) die nunmehr in § 229 Abs. 4 Satz 2 StPO enthaltene Regelung eingeführt habe, wonach die Hauptverhandlung am nächsten Werktag fortgesetzt werden könne, wenn der Tag nach Ablauf der Frist ein Sonntag, ein allgemeiner Feiertag oder

**Keine Befangenheit**

**Fortsetzung der unterbrochenen Hauptverhandlung erst am 22. Tag**

**St. Rspr. seit RGSt 57, 266**

**Eigenständiger Charakter der Unterbrechungsfrist**

ein Sonnabend ist. Dadurch habe für die Unterbrechung der Hauptverhandlung eine dem § 43 Abs. 2 StPO entsprechende Vorschrift geschaffen werden sollen (vgl. BT-Drucks 7/551, S. 81).

Der BGH schließt sich der Auffassung an, dass – von Fällen des § 229 Abs. 4 Satz 2 StPO abgesehen – zwischen dem Unterbrechungs- und dem Fortsetzungstermin nicht mehr als 21 Tage liegen dürfen (vgl. BGH StRR 2013, 384; StRR 3/2017, 11; StV 2020, 437; anders noch BGH NStZ 2014, 469; StraFo 2016, 209). Die Berechnung der Dreiwochenfrist bemesse sich aufgrund des eigenständigen Charakters der Regelung originär nach § 229 Abs. 1 StPO. Da die Vorschriften der §§ 42, 43 StPO nicht anwendbar seien, gelte dies erst recht für die allgemeinen Fristenregeln der §§ 186 ff. BGB. Dabei könne dahinstehen, ob eine für die Anwendbarkeit dieser Auffangnormen (vgl. BGH StV 2015, 172) erforderliche Regelungslücke im Strafprozessrecht überhaupt besteht (vgl. OLG Bamberg StRR 2007, 264; von Alten, StV 2020, 437, 438). Sie fehle jedenfalls im Bereich der Unterbrechungsregelung des § 229 StPO. Die Einführung der Regelung des § 229 Abs. 4 Satz 2 StPO durch das 1. StVRG belege, dass der Gesetzgeber die Regelungen der §§ 186 ff. BGB, insbesondere die entsprechende Vorschrift des § 193 BGB, nicht für anwendbar erachtete; auch den Gesetzesmaterialien (BT-Drucks 7/551, S. 80 f.) lasse sich nichts anderes entnehmen.

Die Auslegung des § 229 Abs. 1 StPO ergebe, dass der Zeitraum von drei Wochen höchstens 21 Tage umfasst. Das folge – so der BGH – schon aus dem allgemeinen Sprachgebrauch, wonach die Woche eine gebräuchliche Zeiteinheit von sieben Tagen sei (vgl. Das große Wörterbuch der deutschen Sprache, 2. Aufl. 1995; Brockhaus – Die Enzyklopädie, 20. Aufl. 1996–1999 Bd. 24; Duden 07. Das Herkunftswörterbuch, 4. Aufl. 2007). Dem entspreche der juristische Sprachgebrauch, der in gesetzlichen Vorschriften über die Dauer der Woche zum Ausdruck komme. So werde gemäß § 339 Satz 1 SGB III im Bereich der Arbeitsförderung eine Woche mit sieben Tagen berechnet und § 21a Abs. 2 ArbZG bestimme für die Beschäftigung von Arbeitnehmern im Straßentransport, dass eine Woche den Zeitraum von Montag 0 Uhr bis Sonntag 24 Uhr umfasse. Ansonsten werde im Arbeitszeitrecht unter dem Begriff der Woche ein beliebiger Zeitraum von sieben aufeinander folgenden Tagen verstanden (vgl. Henssler/Willemsen/Kalb, Arbeitsrecht, 9. Aufl., § 21a ArbZG Rn 3). Schließlich sei den gesetzlichen Auslegungsregeln in Art. 36 Abs. 4 WG und § 359 Abs. 2 HGB zu entnehmen, dass eine Woche einen Zeitraum von sieben Tagen umfasse. Danach bedeute die Verwendung des Ausdrucks „acht Tage“ nicht eine Woche, sondern volle acht Tage. Diese Auslegungsregeln dienten der Klarstellung in Fällen, in denen die Wendung „acht Tage“ gelegentlich synonym für eine Woche gebraucht werde. Dabei handele es sich um einen altertümlichen Sprachgebrauch, der auf die Zivilkomputation zurückgehe und die in §§ 187 Abs. 1 sowie 188 Abs. 2 BGB – ebenso wie letztlich auch in §§ 43 Abs. 1 und 229 Abs. 1 StPO – vorgesehene Verlagerung des Fristbeginns auf den dem fristauslösenden Ereignis folgenden Tag antizipiere.

Auch der Normzweck des § 229 Abs. 1 StPO gebiete, unter dem Zeitraum von drei Wochen nur 21 Tage zu verstehen. Die in den Unterbrechungsvorschriften zum Ausdruck kommende Konzentrationsmaxime und das Beschleunigungsgebot stünden einer extensiven Auslegung der Vorschrift entgegen (vgl. LR-StPO/Becker, a.a.O., § 229 Rn 1; Mandla, NStZ 2011, 1 jeweils m.w.N.).

Da die Hauptverhandlung am Montag, den 23.9.2019, unterbrochen worden sei, habe die Unterbrechungsfrist am Dienstag, den 24.9.2019, zu laufen begonnen und endete mit Ablauf des Montags, 14.10.2019. Die Hauptverhandlung hätte deshalb spätestens am Dienstag, den 15.10.2019, fortgesetzt werden müssen.

**Nicht mehr als 21 Tage  
Unterbrechung**

**Zeitraum von drei Wochen  
sind höchstens 21 Tage**

**Normzweck**

**Konkreter Fall**

### III. Bedeutung für die Praxis

1. Die Entscheidung liegt auf der Linie der Rechtsprechung des BGH zu dieser Problematik aus der letzten Zeit (vgl. die zitierten Rechtsprechungsnachweise).
2. Der BGH weist zudem darauf hin, dass das Beruhen des Urteils auf einem Verstoß gegen § 229 StPO nur in Ausnahmefällen ausgeschlossen werden kann (st. Rspr.; vgl. zuletzt BGH, Beschl. v. 26.5.2020 – 5 StR 65/20 m.w.N. aus der Rechtsprechung des BGH). Solche besonderen Umstände waren hier nicht ersichtlich. In Betracht käme insoweit, dass die Fristüberschreitung ersichtlich weder den Eindruck von der Hauptverhandlung abgeschwächt noch die Zuverlässigkeit der Erinnerung beeinträchtigt hat (vgl. dazu BGHSt 23, 224).

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Leer/Augsburg

### Nachträgliche Pflichtverteidigerbestellung

1. Eine rückwirkende nachträgliche Bestellung eines Rechtsanwalts zum Pflichtverteidiger kommt nicht in Betracht. Dies gilt auch dann, wenn das Verfahren insgesamt noch nicht abgeschlossen ist.
2. Die Beiordnung eines Pflichtverteidigers dient der ordnungsgemäßen Verteidigung eines Angeklagten sowie einem ordnungsgemäßen Verfahrensablauf in der Zukunft. Eine Rückwirkung wäre auf etwas Unmögliches gerichtet und würde eine notwendige Verteidigung des Angeklagten in der Vergangenheit nicht gewährleisten.
3. Eine Beiordnung erfolgt insbesondere nicht im Kosteninteresse eines Angeklagten oder um dem Verteidiger einen Vergütungsanspruch gegen die Staatskasse zu verschaffen. (Leitsätze des Gerichts)

*OLG Brandenburg, Beschl. v. 9.3.2020 – 1 Ws 19/20 u. 1 Ws 20/20*

1. Eine auf ein beendetes Verfahren bezogene rückwirkende bzw. nachträgliche Bestellung eines Verteidigers ist grundsätzlich unzulässig, da die Bestellung eines Verteidigers nach § 140 StPO nicht im Kosteninteresse des Beschuldigten erfolgt, sondern allein dem Zweck dient, die ordnungsgemäße Verteidigung in einem noch ausstehenden Verfahren zu gewährleisten.
2. Der Grundsatz der Unzulässigkeit einer nachträglichen Bestellung als Verteidiger gilt auch für den Fall einer vorläufigen Einstellung des Verfahrens nach § 154 Abs. 2 StPO. (Leitsätze des Gerichts)

*OLG Bremen, Beschl. v. 23.9.2020 – 1 Ws 120/20*

### I. Sachverhalte

Der Angeklagte hatte jeweils die Beiordnung eines Pflichtverteidigers beantragt. Dieser ist vom LG nicht beigeordnet worden, obwohl die Voraussetzungen vorgelegen haben. Nach Beendigung des Verfahrens haben die LG auch die rückwirkende Beiordnung abgelehnt. Die dagegen gerichteten (sofortigen) Beschwerden hatten keinen Erfolg.

Linie der Rechtsprechung des  
BGH

Beruhen

Rückwirkende Beiordnung  
abgelehnt

### II. Entscheidungen

Beide OLG beziehen sich auf die Rechtsprechung in dieser Frage zu dem Rechtszustand vor Inkrafttreten des „Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung v. 10.12.2019“ am 13.12.2019 und wiederholen (lediglich) die Argumente der OLG-Rechtsprechung: Eine rückwirkende nachträgliche Bestellung eines Rechtsanwalts zum Pflichtverteidiger komme danach nicht in Betracht. Dies gelte auch dann, wenn das Verfahren insgesamt noch nicht abgeschlossen ist. Denn die Beiordnung eines Pflichtverteidigers diene der ordnungsgemäßen Verteidigung eines Angeklagten sowie einem ordnungsgemäßen Verfahrensablauf in der Zukunft. Eine Rückwirkung wäre auf etwas Unmögliches gerichtet und würde eine notwendige Verteidigung des Angeklagten in der Vergangenheit nicht gewährleisten. Eine Beiordnung erfolgt insbesondere nicht im Kosteninteresse eines Angeklagten oder um dem Verteidiger einen Vergütungsanspruch gegen die Staatskasse zu verschaffen.

### III. Bedeutung für die Praxis

1. Wenn man es gelesen hat, mag man es nicht glauben: Beide OLG äußern sich mit keinem Wort zu den gesetzlichen Neuregelungen und dazu, ob man vielleicht nicht doch einmal die alte Rechtsprechung überdenken muss, sondern fahren auf den alten Pfaden fort und zitieren nur „alte“ Rechtsprechung. Beim OLG Brandenburg kann man das noch einigermaßen nachvollziehen, zum Zeitpunkt des Erlasses der Entscheidung lagen viele der LG-Entscheidungen, die das zutreffend anders machen, noch nicht vor. Das OLG Bremen hätte sie aber kennen können, m.E. sogar müssen. So sind die Beschlüsse ein Schlag ins Gesicht der LG, die sich mit den Fragen unter Geltung des neuen Rechts befasst haben. Und zugleich auch ein Schlag ins Gesicht des Gesetzgebers, indem man die Neuregelung der §§ 140 ff. StPO offenbar einfach negiert. Man muss den LG ja nicht folgen – m.E. schon –, aber man muss sich doch zumindest mit der eindeutig anderen h.M. auseinandersetzen und kann doch nicht einfach uralte Rechtsprechung zur Stützung einer nicht mehr haltbaren Auffassung heranziehen. Für mich unfassbar. Oder will man sich nur nicht die Mühe machen, die Uralt-Textbausteine mal umzustellen?

2. Zutreffend anders machen es: LG Aurich, Beschl. v. 5.5.2020 – 12 Qs 78/20; LG Bonn, Beschl. v. 28.4.2020 – 1 Qs 25/20; LG Detmold, Beschl. v. 5.5.2020 – 23 Qs 31/20; LG Duisburg, Beschl. v. 6.8.2020 – 33 Qs 37/20; LG Halle, Beschl. v. 11.8.2020 – 10a Qs 62/20; LG Hechingen, Beschl. v. 20.5.2020 – 3 Qs 35/20; LG Koblenz, Beschl. v. 21.8.2020 – 14 Qs 54/20; LG Magdeburg, Beschl. v. 20.2.2010 – 29 Qs 2/20; LG Mannheim, Beschl. v. 26.3.2020 – 7 Qs 11/20; LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 4.5.2020 – JK II Qs 15/20 jug; Beschl. v. 19.10.2020 – 1 Qs 53720; LG Passau, Beschl. v. 15.4.2020 – 1 Qs 38/20; AG Bottrop, Beschl. v. 6.5.2020 – 33 Gs 64/20 (36 Js 1050/18); AG Chemnitz, Beschl. v. 30.7.2020 – 1 Gs 2108/20; AG Essen, Beschl. v. 21.8.2020 – 66 Gs 454/20; AG Frankfurt am Main, Beschl. v. 30.3.2020 – 3610 Js 242150/19 – 931 Gs; AG Stuttgart, Beschl. v. 16.10.2020 – 26 Gs 8477/20; AG Tiergarten, Beschl. v. 10.6.2020 – 348 Gs 1453/20; Beschl. v. 30.6.2020 – 350 Gs 1352/20; AG Essen, Beschl. v. 21.8.2020 – 66 Gs 454/20.

3. Wie die OLG hat entschieden das LG Bad Kreuznach, Beschl. v. 12.8.2020 – 2 Qs 93/20.

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Leer/Augsburg

**Nur alte Argumente**

**Man mag es nicht glauben**

**Abweichende LG/AG-Rechtsprechung**

**Zustimmende LG-Rechtsprechung**

### Bestellung eines Pflichtverteidigers in KiPo-Verfahren

**Dem Beschuldigten steht auch in einem sog. KiPo-Verfahren ein eigenständiges Akteneinsichtsrecht nach § 147 Abs. 4 StPO zu. Es muss ihm also nicht im Hinblick auf die Möglichkeit der Akteneinsicht durch einen Verteidiger ein Pflichtverteidiger beigeordnet werden. (Leitsatz des Verfassers)**

*LG Ansbach, Beschl. v. 12.10.2020 – 3 Qs 49/20*

#### I. Sachverhalt

Gegen den Beschuldigten ist ein Verfahren wegen Verbreitung kinderpornografischer Schriften anhängig. Der Verteidiger hatte seine Bestellung als Pflichtverteidiger beantragt. Das AG hat das abgelehnt. Die sofortige Beschwerde des Beschuldigten hatte keinen Erfolg.

#### II. Entscheidung

Eine notwendige Verteidigung ergebe sich – so das LG – hier nicht aufgrund der Schwierigkeit der Sachlage nach § 140 Abs. 2 Alt. 3 StPO. Die Kammer sei insoweit anderer Auffassung als die vom Verteidiger genannte Entscheidung des LG Halle v. 12.8.2020 (10a Qs 77/20, StRR 10/2020, 22).

Dem Beschuldigten stehe nämlich ein eigenständiges Akteneinsichtsrecht nach § 147 Abs. 4 StPO zu. Da Beweisstücke – hier der Lichtbildband im Sonderheft zur Ermittlungsakte – in amtlichem Gewahrsam verbleiben müssen, habe der Verteidiger nur einen Anspruch auf Einsichtnahme (OLG Frankfurt am Main StV 2001, 611). Der Beschuldigte habe das Recht, hierbei anwesend zu sein. Sei der Beschuldigte unverteidigt, habe er ein eigenes Besichtigungsrecht gem. § 147 Abs. 4 Satz 1 StPO i.V.m. Abs. 1 (BeckOK-StPO/Wessing, § 147 Rn 23). Die Einschränkungen des Abs. 4 betreffen namentlich Verdunklungsgefahr, die nicht gegeben sei, und den Schutz persönlicher Daten, etwa von Zeugen (KK/Willnow, StPO, 8. Aufl., § 147 Rn 14). Ein solcher Fall des notwendigen Schutzes schutzwürdiger Interessen Dritter sei hier nicht zu besorgen.

Es handele sich zunächst um Daten, die mutmaßlich bereits zuvor im (illegalen) Besitz des Beschuldigten gewesen sind, so dass insoweit schon keine Vertiefung eines möglicherweise vorliegenden Eingriffs in die schutzwürdigen Interessen Dritter zu befürchten sei. Die geschädigten Kinder bleiben anonym. Feststellungen zum Inhalt der gesicherten Bilddateien seien jedenfalls im Rahmen der Hauptverhandlung zu treffen, sodass in der Abwägung der Interessen der Strafrechtspflege und der Interessen der abgebildeten Personen ein möglicher Eingriff in deren Persönlichkeitsrecht gerechtfertigt sei. Insoweit sei es auch gerade nicht Auffassung der Staatsanwaltschaft, dass dem Beschuldigten kein eigenständiges Akteneinsichtsrecht nach § 147 Abs. 4 StPO zustehen würde. Etwas anderes folge auch nicht aus Nr. 220 RiStBV, die ausdrücklich auf ein Akteneinsichtsrecht auf der Geschäftsstelle nach § 147 Abs. 4 StPO Bezug nehme.

#### III. Bedeutung für die Praxis

Anders als das LG Ansbach hatte das LG Halle in der vom LG zitierten Entscheidung ein eigenes Akteneinsichtsrecht des Beschuldigten nach § 147 Abs. 4 StPO verneint und deshalb dem Beschuldigten einen Pflichtverteidiger bestellt, da Aktenkenntnis für die Verteidigung von erheblicher Bedeutung sei. Das ist m.E. überzeugender als die Argumentationslinie des LG Ansbach, die letztlich darauf gründet, dass der Beschul-

**Verfahren wegen Verbreitung kinderpornografischer Schriften**

**Kammer ist anderer Auffassung als das LG Halle**

**Beschuldigter hat Akteneinsichtsrecht aus § 147 Abs. 4 StPO**

**Schutzwürdige Interessen nicht weiter betroffen**

**Zirkelschluss**

digte die Daten je bereits gesehen habe, das Kind ja bereits in den Brunnen gefallen sei. Dies führt zu einem Zirkelschluss, denn die Kenntnis/der Besitz der kinderpornografischen Daten wird dem Beschuldigten ja gerade vorgeworfen. Davon trennen muss man die Frage der Verteidigung und die Kenntnis von den entsprechenden Beweismitteln im Verfahren. Insoweit wird man eben wegen des Schutzes der Interessen der abgebildeten Personen dem Beschuldigten kein eigenständiges Akteneinsichtsrecht zubilligen können.

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Leer/Augsburg

### *StGB/Nebengebiete*

#### **(Keine) Sittenwidrigkeit der Einwilligung bei Zweikampf**

**Die Einwilligung in einen Zweikampf nach Regeln, die schwere Verletzungen ausschließen sollen, ist nicht in jedem Fall sittenwidrig im Sinne von § 228 StGB. Sie kann auch von einem (altersgerecht entwickelten) 15-Jährigen wirksam erklärt werden. Die Wirksamkeit der Einwilligung entfällt auch nicht nachträglich dadurch, dass sich anwesende Dritte abredewidrig in den Kampf einmischen. Eine Schlägerei im Sinne von § 231 StGB liegt auch weiterhin vor, wenn nach Hinzutreten mehrerer Personen nur noch zwei aktive Kontrahenten verbleiben, sofern sich nicht alle anderen Personen entfernen. (Leitsatz des Verfassers)**

*BGH, Urt. v. 12.5.2020 – 1 StR 368/19*

#### **I. Sachverhalt**

Die Jugendkammer des LG hat die beiden Angeklagten R und K wegen vorsätzlicher Körperverletzung und Beteiligung an einer Schlägerei, den Angeklagten K darüber hinaus wegen fahrlässiger Tötung verurteilt. Die weiteren Mitangeklagten U und B hat es wegen gefährlicher Körperverletzung und Beteiligung an einer Schlägerei verurteilt. Die allseits eingelegten Revisionen hatten überwiegend keinen Erfolg; lediglich zur erneuten Prüfung, ob im Verhalten des R nicht auch eine gefährliche Körperverletzung liegen könnte, wurde teilweise aufgehoben und zurückverwiesen. Dem lag folgender Sachverhalt zu Grunde:

Dem 15 Jahre alten R war zugetragen worden, dass sein gleichaltriger Klassenkamerad M über ihn gesagt habe, er könne nicht richtig zuschlagen. Beide verabredeten sich daraufhin dahingehend, sich zu einem Zweikampf zu treffen, wobei jeder so viele Unterstützer wie möglich mitbringen solle. Beiderseits ging man davon aus, dass es durchaus zu Faustschlägen gegen den Gesichtsbereich, nicht aber zu hochgefährlichen Verhaltensweisen wie etwa Tritten gegen den Kopf kommen solle. M brachte mindestens sieben, R mindestens 15 Sympathisanten mit an den verabredeten Platz – unter den „Anhängern“ des R befanden sich auch der „äußerst muskuläre“ 25-jährige K sowie dessen jugendliche Cousins U und B.

R war im Faustkampf dem M überlegen und schlug ihm mindestens zweimal mit der Faust ins Gesicht, er selbst erlitt lediglich Schürfwunden. Trotzdem gingen B und U davon aus, dass M den Kampf letztlich für sich entscheiden könnte, und griffen diesen deshalb bewusst gemeinsam an. M konnte beide von sich webschubsen. Hierüber verärgert versetzte der K dem M zwei wuchtige Schläge gegen die linke Schläfe und den Bauch, woraufhin M benommen an einer Glasfassade lehnen blieb. Dem so in

#### **Verfahrensgang**

#### **Festgestellter Sachverhalt**



seiner Verteidigungsbereitschaft erheblich eingeschränkten M versetzte der K in der Folge noch drei weitere Schläge gegen den Kopf. M verstarb an den Folgen einer inneren Blutung der Nasenbeinfraktur, da er wegen der eingetretenen Benommenheit und dem dadurch ausgeschalteten Husten- und Würgereiz Eigenblut aspirierte und erstickte.

Das LG schloss aus, dass der Schlag des K gegen die Schläfe die Nasenbeinfraktur bei M verursacht hat. Vor dem Eingreifen des K in das Geschehen war M jedenfalls noch nicht benommen. Welcher der Schläge von R, B oder U die Nasenbeinfraktur und die tödliche Blutung verursachte, ließ sich nicht mehr aufklären.

Die Nebenklage und die Staatsanwaltschaft verfolgen mit der Revision das Ziel, den Angeklagten R (auch) wegen Körperverletzung mit Todesfolge zu verurteilen. Die verurteilten Angeklagten haben die Sachrüge erhoben.

### II. Entscheidung

Der BGH bestätigt die Entscheidung der Jugendkammer weit überwiegend.

Die Faustschläge im Rahmen des Beginns des Kampfes seien von einer wirksamen Einwilligung des M gedeckt gewesen, § 228 StGB, und könnten daher auch nicht Anknüpfungspunkt für § 227 StGB sein. Der BGH verneint die Sittenwidrigkeit im Hinblick auf die vorher vereinbarten Regeln (keine Tritte gegen den Kopf). Aus der maßgeblichen Sicht ex ante sei bei gleichaltrigen, in ihrer körperlichen Stärke ausgeglichenen Kontrahenten das Maß der drohenden Gefahr und Verletzungen im Rahmen eines Faustkampfes überschaubar und vertretbar.

Die der Anwesenheit zahlreicher Dritter innewohnende Gefahr gruppenspezifischer Eskalation führe hier (anders als z.B. im Fall der verabredeten „Gruppenschlägerei“, vgl. etwa BGHSt 58, 145) nicht zu einer abweichenden Beurteilung, da die Umstehenden auch deeskalierend eingreifen oder auf das Einhalten der Regeln hätten achten können.

Auch die Minderjährigkeit des M stehe der Wirksamkeit nicht entgegen. Abzustellen sei insoweit auf die – hier vorhandene – natürliche Fähigkeit, die Tragweite der Einwilligung zu überblicken.

Ab dem – abredewidrigen – Eingreifen von B und U stelle sich das Geschehen auch als „Schlägerei“ im Sinne des § 231 StGB dar. Die wechselseitigen Tätigkeiten zwischen mehr als zwei Personen müssen hierbei nicht zeitgleich begangen worden sein – es genüge, wenn insgesamt (in wechselnden „Zweiergruppierungen“) Tätlichkeiten vorliegen, die zueinander in einem engen inneren Zusammenhang stehen und sich nicht mehr als bloße Aneinanderreihung oder ein Nebeneinander unabhängiger Zweikämpfe darstellen. Habe ein Gesamtgeschehen den Charakter einer Schlägerei erhalten, verliere es diesen erst, wenn sich so viele Personen entfernten, dass nur noch zwei oder weniger verblieben. Dies war hier erst nach den letzten drei Schlägen des R der Fall.

Der wichtige Schlag gegen die Schläfe durch K sei selbst dann für den Todeseintritt bei M kausal, wenn er lediglich zur Bewusstseinstrübung geführt hätte. Die späteren drei Faustschläge durch R unterbrechen den Zurechnungszusammenhang nicht. K habe nach dem bisherigen Verlauf der Auseinandersetzung – in die sich schon B und U abredewidrig eingemischt hatten – damit rechnen müssen, dass R (oder weitere Dritte) dem M nach seinem Eingreifen weiter zusetzen würden, wobei bei wiederholter Gewalteinwirkung gegen den Kopfbereich auch der Tod eintreten kann. Sein Handeln

**Grundsatz „in dubio pro reo“ wirkt bei mehreren Angeklagten in jede Richtung**

**Keine Sittenwidrigkeit der Einwilligung, wenn klare Regeln vereinbart wurden**

**Anwesenheit mehrerer Personen steht dem nicht entgegen**

**Für Einwilligung Verstandesreife maßgeblich, nicht Volljährigkeit**

**Schlägerei i.S.v. § 231 StGB kann auch sukzessive entstehen**

**Kein Ausschluss der Kausalität durch spätere weitere Schläge**



wirke im späteren Todeseintritt auch noch fort, weil R sich die Schwächung des M für seine weiteren drei Schläge zunutze gemacht habe; ausreichend für die Bejahung der Kausalität sei, dass der später handelnde Täter an die Handlung des Vortäters anknüpft (vgl. BGH NStZ 2001, 29).

Nicht genügen könne der Tatbeitrag aber für die Annahme einer Körperverletzung mit Todesfolge, da sich nicht aufklären lasse, ob der Schlag des K zum Tod geführt hat. Der spezifische Gefahrsammenhang sei nicht gegeben, wenn nicht ausschließbar die späteren drei Schläge des R tödlich wirkten. Umgekehrt verbiete sich aus diesem Grund auch für den R die Bejahung des § 227 StGB.

Das LG sei auch rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass sich die Angeklagten die Taten der jeweils anderen (mit Ausnahme von B und U) nicht im Rahmen mittäterschaftlicher Tatbegehung zurechnen lassen müssen. Das Eingreifen der Umstehenden sei spontan und ohne gemeinsamen Plan erfolgt. Das bloße Ausnutzen der durch K geschaffenen Lage des M genüge hierfür nicht.

Soweit die Nebenklage mit der Revision eine Verurteilung des R (auch) wegen § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB erwirken wollte, stieg der BGH nicht in die Sachprüfung ein. Insoweit stelle § 224 StGB für die Hinterbliebenen kein zum Anschluss mit der Nebenklage berechtigendes Delikt dar (so schon BGH StraFo 2012, 67).

### III. Bedeutung für die Praxis

1. Der BGH macht deutlich, dass auch bei einem hektischen Gesamtgeschehen keine vorschnelle Vermischung oder Zurechnung der Tatbeiträge erfolgen darf, wenn – wie hier – keine Mittäterschaft vorliegt (vgl. hierzu auch BVerfG, Beschl. v. 9.3.2020 – 2 BvR 103/20, StRR 4/2020, 31 zum Fall „Augsburger Königsplatz“). Vielmehr müssen die einzelnen Tatbeiträge gewertet und eine ggf. später eingetretene Überholung der Ursachensetzung geprüft werden.

2. Eine Einwilligung in einen Zweikampf stößt erst dann an die Grenzen der guten Sitten im Rahmen von § 228 StGB, wenn keinerlei Vorkehrungen dagegen getroffen werden, dass die Situation und die sich aus ihr ergebende Gefahr eskaliert. Aus der Anwesenheit Dritter ergeben sich in gleichem Maße gefahrerhöhende wie gefahrverringende Umstände, da sowohl schlichtendes als auch schädigendes Eingreifen denkbar ist.

3. Für die Frage der wirksamen Einwilligung ist nach wie vor nicht auf die Geschäftsfähigkeit, sondern auf die generelle Einsichtsfähigkeit abzustellen (so schon BGHSt 12, 379 oder BGHZ 29, 33;). Dem in seiner Entwicklung nicht verzögerten 15-Jährigen ist diese Reife im Fall eines „regulären“ Faustkampfes zuzusprechen, wenn keine anderen Anhaltspunkte zu erkennen sind.

4. Auch wird instruktiv der Unterschied zwischen spezifischem Gefahrsammenhang (hier: im Sinne von § 227 StGB) und bloßer Kausalität deutlich. Die Annahme von Ersterem hat angesichts der enormen Strafdrohung besonders restriktiv zu erfolgen. Diese strenge Handhabung dürfte auf andere erfolgsqualifizierte Delikte zu übertragen sein.

RiAG Patrick Hecken, Dillingen/Donau

**Spezifischer Gefahrsammenhang nicht sicher gegeben**

**Keine Mittäterschaft ohne (zumindest stillschweigenden) gemeinsamen Tatplan**

**§ 224 StGB gibt keine Berechtigung zur Nebenklage der Hinterbliebenen**

**Keine vorschnelle Bejahung der Mittäterschaft**

**Nicht jeder Faustkampf ist immer sittenwidrig**

**Für die Wirksamkeit einer Einwilligung ist auch weiterhin Verstandesreife maßgeblich**

**Spezifischer Gefahrsammenhang ist (viel) mehr als bloße Kausalität**

### Mutmaßliche Einwilligung in Körperverletzung?

Zur Frage, ob eine mutmaßliche Einwilligung in Betracht kommt, wenn eine ausdrückliche Einwilligung aufgrund vorübergehender Einwilligungsunfähigkeit nicht oder nicht rechtzeitig eingeholt werden kann. (Leitsatz des Verfassers)

BGH, Beschl. v. 26.5.2020 – 2 StR 434/19

#### I. Sachverhalt

Der Angeklagte arbeitete als examinierte Pflegekraft in einem Altersheim. Ein unter gesetzlicher Betreuung stehender Patient litt unter Lungenkrebs im Endstadium. Sein Zustand zum vorgeworfenen Tatzeitpunkt war präfinal, also todgeweiht. Sein Arzt rechnete mit einem krankheitsbedingten Ableben in den nächsten Stunden, höchstens Tagen. Der Patient aß nichts mehr und litt unter erheblichen Schmerzen. Nur durch leichtes Kopfnicken oder mit einfachen Worten gelang die Kommunikation. Auf Grund der Schmerzen und des präfinalen Zustands verordnete sein Arzt erhebliche Dosen schmerzstillender Medikamente. In Abstimmung mit dem Palliativteam wurden „vorsorglich“ 5 mg Morphin subkutan verordnet. Das Morphin sollte dann verabreicht werden, wenn aufgrund der Schmerzen ein Schlucken der anderen Medikamente nicht mehr möglich sei.

Der Angeklagte hatte die Nachtschicht zusammen mit seiner unerwiderten Liebe, einer ungelerten Pflegekraft. Diese stellte am Patienten um 22:30 Uhr fest, dass er unter starken Schmerzen litt. Der ärztlichen Verordnung entsprechend injizierte der Angeklagte 5 mg Morphin aus einer 10 mg Ampulle. Es kam zur beabsichtigten Schmerzlinderung. Um 6:00 Uhr bejahte der später Verstorbene erneut starke Schmerzen. Dem Angeklagten und der Pflegekraft tat der später Verstorbene – „trotz ihrer Erfahrungen in der Pflege“ – „unglaublich leid“.

Der Angeklagte unterließ es daraufhin, den Patienten erneut nach einer Morphinspritze zu fragen. Obwohl der Angeklagte wusste, dass die erste Spritze, wie verordnet, mit 5 mg Morphin ausreichend wirkte, er den verordnenden Arzt oder den gesetzlichen Betreuer hätte jederzeit erreichen können, verabreichte er nun 10 mg Morphin subkutan. Hierbei war seine Motivation, seine unerwiderte Liebe mit seinem mitfühlenden Verantwortungsbewusstsein für den sterbenden Leidenden zu beeindrucken. Dass die Atmung dadurch stark beeinträchtigt wurde, wusste und wollte der Angeklagte, da er seine Aktion ihr gegenüber auch als „weggespritzt“ bezeichnete.

Knapp drei Stunden später verstarb der Patient am Krebsleiden, nicht an der Morphininjektion. Das LG hat den Angeklagten wegen vorsätzlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von zehn Monaten – deren Vollstreckung auf Bewährung ausgesetzt wurde – verurteilt. Hiergegen legte der Angeklagte erfolgreich mit der Sachrüge Revision ein.

#### II. Entscheidung

Der BGH stellt zunächst fest, dass dem Grunde nach ein Eingriff in die körperliche Unversehrtheit vorliege, auch wenn dieser in heilender Absicht und im Einklang mit den Regeln der ärztlichen Kunst vorgenommen wird (st. Rspr.: BGH; Urt. v. 30.1.2019 – 2 StR 325/17, BGHSt 64, 69, 73 m.w.N.).

Das LG habe allerdings unterlassen, eine (mutmaßliche) Einwilligung zu prüfen. Ob eine mutmaßliche Einwilligung vorliege, wenn eine ausdrückliche fehle oder nicht rechtzeitig erhoben worden sei, sei nach der Gesamtschau aller Umstände zu prüfen

Präfinaler Zustand des Patienten

Injektion von 5 mg Morphin

Weitere Morphininjektion

Eingriff in die körperliche Unversehrtheit

Mutmaßliche Einwilligung?

(BGH, a.a.O.). Speziell in diesem Fall ist die Rechtfertigung von Maßnahmen zur Ermöglichung eines schmerzfreien Todes nicht ausnahmslos auf Handlungen durch einen Arzt oder aufgrund einer ärztlichen Verordnung beschränkt (BGH, a.a.O., und BGHSt 55, 191, 205 f.; Rissing-von Saan, ZIS 2011, 544, 550). Denn im Ausnahmefall könne auch ein Nichtarzt medizinische Maßnahmen zur Leidensminderung durchführen, wenn sie der Sache nach den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechen und sich im Rahmen einer mutmaßlichen Einwilligung des Patienten bewegen.

Der mutmaßliche Wille des Patienten sei nach der Gesamtwürdigung aller Umstände zu ermitteln, insbesondere im Hinblick auf das Selbstbestimmungsrecht der Inhalt seines Willens, Wünschens, seiner Bedürfnisse und Wertvorstellungen (BGHSt 35, 246, 249 f.; 40, 257, 263). Hierzu gehöre auch die Beachtung ärztlicher Anordnung. Jedoch kann beim eigentlichen Sterbevorgang unmittelbar vor dem Tod auch die Schmerzbekämpfung mit allen verfügbaren und den Regeln der ärztlichen Kunst entsprechenden Mitteln als vernünftig und deshalb dem mutmaßlichen Patientenwillen entsprechend anzusehen sein (BGHSt 64, 69, 80 m.w.N.). Dabei sei zu berücksichtigen, wie nahe der Patient dem Tode stehe.

Eine mutmaßliche Einwilligung scheidet auch dann nicht aus, wenn der Angeklagte seine Handlung aus einem Motivbündel heraus begehe, es sei denn, der mutmaßliche Patientenwille werde „völlig in den Hintergrund gedrängt“ (BGHR StGB § 32 Abs. 2 Verteidigung 14; Beschl. v. 5.11.1982 – StR 375/82, jeweils m.w.N.).

### III. Bedeutung für die Praxis

Der BGH geht mit seiner Entscheidung m.E. ein Stück auf die umstrittene Sterbehilfe zu. So wird nicht nur auf den mutmaßlichen Patientenwillen eines bereits zum Tode Verurteilten abgestellt und darauf, dass dieser Wille großzügig zu hinterfragen sei. Es kommt auch darauf an, wie kurz der Tod des Strebenden bevorsteht. Aus der Entscheidung kann abgelesen werden, dass, je kürzer der Tod bevorsteht, umso eher der mutmaßliche Wille des Sterbenden zur einer Ultima-ratio-Leidensminderung in Betracht kommen kann.

Die Entscheidung des BGH geht so weit, dass sogar das zugrunde liegende Motiv des Angeklagten, das Imponieren der unerwiderten Liebe, als Teil eines Motivbündels zurücktreten kann, solange der mutmaßliche Wille des Patienten noch eine Rolle in der Entscheidung des Angeklagten spielt.

Schlussendlich erkennt der BGH auch das Dilemma des Pflegers an. Denn ein Unterlassen einer erwünschten Schmerzbekämpfung stellt für den Garanten ebenfalls eine Körperverletzung dar (BGH 64, 69, 78 m.w.N.), so dass auch ein Nichtarzt eine medizinische Maßnahme zur Leidensminderung treffen kann.

RA/FAStR Harald Stehr, Göppingen

**Gesamtwürdigung aller Umstände**

**Motivbündel**

**Umstrittene Sterbehilfe**

**Motive?**

**Dilemma des Pflegers**

### Einziehung von Wertersatz: Tatbeute bei Drittbegünstigten vorhanden

Die Einziehung von Wertersatz gegenüber dem Tatbeteiligten ist auch dann zulässig, wenn bei dem Drittbegünstigten die Einziehung des aus der Tat erlangten Gegenstands in Betracht kommt. (Leitsatz des Gerichts)

BGH, Beschl. v. 28.5.2020 – 3 StR 364/19

#### I. Sachverhalt

Das LG hat die Angeklagten wegen gewerbs- und bandenmäßigen Betrugs verurteilt. Die Angeklagten erlangten in jeweils unterschiedlicher Besetzung betrügerisch Gebrauchtfahrzeuge von privaten Verkäufern unter Vorspiegelung nicht vorhandener Zahlungsbereitschaft und boten sie im Internet zu einem deutlich unter dem Einstandspreis liegenden Betrag zum Verkauf an. Die Gebrauchtwagen wurden unter Vorlage gefälschter Fahrzeugpapiere gegen Barzahlung an die jeweiligen Geschädigten übergeben. Die Bargelderlöse wurden unter den am An- und Verkauf Beteiligten aufgeteilt. Die Fahrzeuge verblieben bei den Käufern. Gegen die Angeklagten hat das LG die Einziehung des Wertes der Fahrzeuge als Gesamtschuldner mit den an der jeweiligen Tat Beteiligten angeordnet. Der BGH hat diese Anordnung der Einziehung bestätigt.

#### II. Entscheidung

Die Einziehung von Wertersatz gegenüber dem Tatbeteiligten sei auch dann zulässig, wenn wie hier bei dem Drittbegünstigten die Einziehung des aus der Tat erlangten Gegenstands in Betracht kommt. Die Frage, ob der Wert des Erlangten beim Tatbeteiligten eingezogen werden kann, wenn das aus der Tat Erlangte bei einem Dritten, bei dem die Voraussetzungen einer Einziehungsentscheidung gem. § 73b Abs. 1 StGB vorliegen, (körperlich) noch vorhanden ist, sei bisher höchstrichterlich noch nicht entschieden worden. Lediglich in Fällen, in denen das Erlangte (körperlich) nicht mehr vorhanden war, mithin auch beim Drittbegünstigten ausschließlich die Voraussetzungen einer Einziehung von Wertersatz des Erlangten vorlagen, habe der BGH eine gesamtschuldnerische Haftung von Tatbeteiligten und Drittbegünstigten angenommen (BGHSt 52, 227 Rn 11 = NStZ 2009, 275). Ein Teil der Literatur sei der Auffassung, dass die Einziehung des Wertersatzes beim Tatbeteiligten und die Einziehung des Originalgegenstandes beim Dritten nebeneinander als Gesamtschuldner anzuordnen seien (Köhler/Burkhard, NStZ 2017, 665, 669). Nach einer anderen Auffassung hafte der Drittbegünstigte nur subsidiär (Matt/Renzikowski/Altenhain/Fleckenstein, StGB, 2. Aufl., § 73b Rn 5 Einem anderen Teil des Schrifttums zufolge könne die Wertersatzeinziehung bei dem Tatbeteiligten erst dann angeordnet werden, wenn er kein der Einziehung unterliegendes Surrogat erhält und eine Einziehung beim Drittbegünstigten nicht in Betracht kommt (Schönke/Schröder/Eser/Schuster, StGB, 30. Aufl., § 73c Rn 5a). Die Rechtsfrage sei dahin zu entscheiden, dass die Wertersatzeinziehung beim Tatbeteiligten gem. § 73c Satz 1 StGB auch dann angeordnet werden kann, wenn die Einziehung des aus der Tat erlangten Gegenstandes beim Drittbegünstigten gem. § 73b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB möglich ist.

Dem Wortlaut der maßgeblichen Vorschriften (§ 73b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 73c Satz 1 StGB) lasse sich kein Rangverhältnis zwischen der Einziehung des Originalgegenstandes beim Dritten und der Wertersatzeinziehung beim Tatbeteiligten entnehmen. Aus der Formulierung des § 73c Satz 1 StGB („Ist die Einziehung eines Gegenstandes wegen der Beschaffenheit des Erlangten oder aus einem anderen Grund nicht möglich ...“) ergebe sich zwar, dass bei demjenigen, bei dem das Original vorhanden

Wertersatzeinziehung  
angeordnet, Tatbeute bei  
Drittbegünstigtem vorhanden

Das Meinungsbild

Wortlaut und Entstehungsgeschichte

ist, kein Wertersatz eingezogen werden kann, sondern ausschließlich das ursprünglich aus der Tat Erlangte abzuschöpfen ist. Ob die Einziehung des Originalgegenstandes nur bei dem jeweiligen Empfänger oder sowohl beim Tatbeteiligten als auch beim Drittbegünstigten, bei dem die Voraussetzungen des § 73b Abs. 1 StGB vorliegen, unmöglich sein muss, lasse der Wortlaut der Norm offen. Gleiches gelte für den Wortlaut des § 73b Abs. 1 StGB. Ob eine Vermögensabschöpfungsanordnung gegenüber dem Tatbeteiligten ausgeschlossen sein soll oder ob daneben die Einziehung des Wertersatzes beim Tatbeteiligten in Betracht kommt, lasse sich aus dem Wortlaut der Vorschrift nicht ableiten. Der Senat führt näher aus, dass auch aus der Entstehungsgeschichte der Vorschriften insoweit keine Hinweise ergäben.

Die Systematik des Normengefüges spreche dafür, dass die Wertersatzeinziehung beim Tatbeteiligten nicht ausgeschlossen ist, wenn der aus der Tat erlangte Gegenstand beim Drittbegünstigten eingezogen werden kann. Aus dem systematischen Zusammenhang sei zu schließen, dass § 73c Satz 1 StGB auf die Unmöglichkeit der Einziehung des aus der Tat erlangten Gegenstandes bei dem jeweiligen Empfänger des Erlangten abstellt und nicht auf eine generelle Unmöglichkeit dieser Einziehungsform (BGH NStZ 2019, 20 Rn 9). Denn die Entscheidung über die Einziehung des Wertersatzes stelle einen Annex zur Abschöpfung des ursprünglich vom jeweiligen Empfänger Erlangten dar. Dieser Gedanke komme insbesondere in der Regelung des § 76 StGB zum Ausdruck (wird ausgeführt). Auch die beiden Varianten der Wertersatzeinziehung gem. § 73c Satz 1 StGB legten ein solches Verständnis nahe. Denn die Wertersatzeinziehung sei auch dann zwingend anzuordnen, wenn „von der Einziehung eines Ersatzgegenstandes nach § 73 Abs. 3 oder nach § 73b Abs. 3 StGB abgesehen“ wird (§ 73c Satz 1 Varianten 3 und 4 StGB; vgl. Köhler/Burkhard, NStZ 2017, 665). Die Einziehung eines Surrogats gem. § 73 Abs. 3 StGB setze aber gerade nicht voraus, dass die Einziehung des aus der Tat Erlangten unmöglich ist. Eine Einschränkung dahingehend, dass der Erwerber gutgläubig gewesen sein muss und dadurch kein Fall des § 73b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b StGB vorliegt, sei der Vorschrift nicht zu entnehmen.

Mit dem Sinn und Zweck der Vorschriften sei eine nachrangige Haftung weder des Drittbegünstigten noch des Tatbeteiligten zu vereinbaren. Der ratio legis werde vielmehr nur die Auffassung in vollem Umfang gerecht, derzufolge die Einziehung von Wertersatz beim Tatbeteiligten selbst dann angeordnet werden kann, wenn eine Einziehung des aus der Tat Erlangten gem. § 73b Abs. 1 StGB möglich erscheint. Mit der umfassenden Neuregelung der §§ 73 ff. StGB habe der Gesetzgeber das Ziel verfolgt, das Recht der Vermögensabschöpfung als Voraussetzung für eine nachhaltige und effektive Kriminalitätsbekämpfung zu vereinfachen und nicht vertretbare Abschöpfungslücken, insbesondere im Bereich der Einziehung beim Drittbegünstigten in Verschiebungsfällen, zu schließen. Trotz der großen Schnittmenge des Anwendungsbereichs des § 73b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Buchst. b StGB mit § 73 Abs. 1 StGB habe es der Gesetzgeber für erforderlich gehalten, die Verschiebungsfälle ausdrücklich zu regeln, um Abschöpfungslücken beim Dritten zu schließen und das inkriminierte Vermögen vollständig abzuschöpfen. Die Annahme, dass eine Einziehungsentscheidung gegen den Drittbegünstigten nur getroffen werden kann, wenn eine solche gegen den Tatbeteiligten nicht möglich ist, stehe dieser Intention des Gesetzes entgegen. Denn um dieses Ziel zu erreichen, sehe § 73b StGB eine umfassende Regelung zur Abschöpfung beim Drittbegünstigten vor, nach der nicht nur der erlangte Originalgegenstand, sondern auch das hierfür erhaltene Surrogat und Wertersatz im gleichen Umfang wie beim Tatbeteiligten abgeschöpft werden. Auch die Auffassung, wonach der Tatbeteiligte nur nachrangig auf Wertersatz haftet, wenn

### Systematik der Vorschriften

### Sinn und Zweck der Normen

die Einziehung des aus der Tat Erlangten nicht beim Drittbegünstigten angeordnet werden kann, laufe dem Sinn und Zweck der Neuregelung der Vermögensabschöpfung zuwider. Müsste in der Hauptverhandlung stets abschließend aufgeklärt werden, ob die Voraussetzungen der Einziehung gem. § 73b Abs. 1 StGB vorliegen, um die Wertersatzeinziehung beim Tatbeteiligten anordnen zu können, würde das Verfahren entgegen der gesetzgeberischen Intention nicht nur mit einer Vielzahl zivilrechtlicher Fragestellungen, sondern auch mit zusätzlichen, die Durchführung der Hauptverhandlung erheblich verzögernden Beweisfragen belastet werden. Die Annahme einer subsidiären Haftung des Tatbeteiligten begründe schließlich zudem die Gefahr, dass Abschöpfungslücken entstehen, die durch die Neuregelung der Vermögensabschöpfung geschlossen werden sollten. Verbleiben beim Tatgericht Zweifel, ob die Voraussetzungen der Einziehung gemäß § 73b Abs. 1 StGB vorliegen, müsste es die Wertersatzeinziehung gegen den Tatbeteiligten ablehnen. Eine Vermögensabschöpfung fände nicht statt, sodass dem Tatbeteiligten die aus der Tat erlangten Vorteile verblieben. Die (nachträgliche) selbstständige Einziehung des Wertersatzes gem. § 76a Abs. 1 StGB sei in dieser Konstellation ausgeschlossen. Denn eine nachträgliche Korrektur einer Einziehungsentscheidung gemäß § 76a StGB unterbleibe, wenn ein Gericht die Vermögensabschöpfung bereits früher unanfechtbar abgelehnt hat (BT-Drucks 18/9525, S. 72).

### III. Bedeutung für die Praxis

Mit diesem für BGHSt vorgesehenen Beschluss klärt der 3. Senat eine weitere der zahlreichen Fragen, die sich nach der Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung am 1.7.2017 gestellt haben. Den anhand der klassischen Auslegungsmethoden entwickelten Überlegungen ist nichts hinzuzufügen. Die Probleme für die Praxis liegen hier allerdings im Detail. In Fällen wie diesem ist darauf zu achten, dass es nicht zu einer doppelten Abschöpfung beim Täter und Dritten kommt, da dem Geschädigten im Zuge der Rückgewinnungshilfe (§ 459h StPO) kein überschießender Vorteil zukommen soll. Im vorliegende Fall hat der BGH in dem hier nicht berichteten Teil angezweifelt, ob die Käufer der Fahrzeuge mit Blick auf die gefälschten Fahrzeugpapiere gutgläubig Eigentum erworben haben (§ 73b Abs. 1 Nr. 2b StGB). Die Haftung als Gesamtschuldner gestaltet sich schwierig, einmal wegen des geschuldeten Objekts (Zahlung eines Geldbetrags und Rückübertragung der Tatbeute), zum anderen verfahrenspraktisch, da hier die Fahrzeugwerber nicht Beteiligte des Verfahrens waren. Ohnehin ist auf das Erlöschen des Anspruchs durch Erfüllung zu achten (§ 73e Abs. 1 StGB, § 459g Abs. 4 StPO).

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

### Absehen von der Vollstreckung einer Einziehungsentscheidung

**Abweichend vom früheren Recht in § 73c Abs. 1 Satz 2 StGB a.F. schreibt § 459g Abs. 5 Satz 1 StPO das Unterbleiben der Vollstreckung zwingend vor, wenn der Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Tatbeteiligten vorhanden ist. Daran vermag auch der Umstand nichts zu ändern, dass der Angeklagte womöglich unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten nach Maßgabe von §§ 818 Abs. 4, 819 BGB verschärft haftet. (Leitsatz des Verfassers)**

*LG Bochum, Beschl. v. 24.4.2020 – 12 KLS 6/19*

**Eine weitere Frage der Vermögensabschöpfung geklärt**



### I. Sachverhalt

Das LG hat den Angeklagten wegen Untreue in 75 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von zwei Jahren und neun Monaten verurteilt. Nach den Urteilsfeststellungen hatte der Angeklagte einen Betrag in Höhe von 165.363,65 EUR aus dem Vermögen eines Vereins entnommen, um das Geld für sich und seinen Lebensunterhalt zu verwenden. Zum Zeitpunkt seiner Verurteilung hatte der Angeklagte Schulden beim Finanzamt in nicht näher aufklärbarer Höhe. Ferner gab er zum wiederholten Male – letztmalig feststellbar am 16.8.2016 – eine eidesstattliche Versicherung ab. Seit dem Scheitern seiner letzten selbstständigen Tätigkeit im Jahr 2016 lebt er von staatlichen Unterstützungsleistungen nach dem SGB II. Im Rahmen des Hauptverhandlungstermins hatte das LG beschlossen, u.a. das Verfahren über die Einziehung des Taterlangten bzw. des Wertes des Taterlangten zur gesonderten Verhandlung und Entscheidung nach Maßgabe der §§ 422, 423 StPO abzutrennen.

Später ist dann die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 165.369,65 EUR angeordnet worden. Der Angeklagte hat inzwischen beantragt, das Unterbleiben der Vollstreckung anzuordnen. Sein Antrag hatte Erfolg.

### II. Entscheidung

Die Kammer hatte den Antrag an die an sich zuständige Strafvollstreckungskammer weitergeleitet. Diese hatte den Antrag dann jedoch gem. § 462a Abs. 1 Satz 3 StPO an die Kammer als Gericht des ersten Rechtszugs zurückgegeben. Diese Abgabe war bindend, so dass die Kammer zu entscheiden hatte.

Ausgangspunkt der Entscheidung ist § 459g Abs. 1 Satz 1 StPO. Danach unterbleibt auf Anordnung des Gerichts die Vollstreckung, soweit der Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist oder die Vollstreckung unverhältnismäßig wäre.

Nach Auffassung der Kammer kann sich der Angeklagte auf einen Wegfall der Bereicherung berufen. Abweichend vom früheren Recht in § 73c Abs. 1 S. 2 StGB a.F., der dem erkennenden Gericht bei Entreicherung lediglich das Ermessen eröffnete, von Verfallsentscheidungen abzusehen, schreibe § 459g Abs. 5 S. 1 StPO das Unterbleiben der Vollstreckung zwingend vor, wenn der Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Tatbeteiligten vorhanden sei (vgl. BGH wistra 2018, 427). Eine wertende Entscheidung des zuständigen Gerichts, die etwa die Gründe für die Entreicherung einbezöge (vgl. zum früheren Recht BGH NStZ-RR 2017, 14, 15 m.w.N.), ist nicht mehr möglich. Das Ausbleiben der Vollstreckung erfolge selbst dann zwingend, wenn festgestellt werde, dass zwar Vermögen beim Betroffenen vorhanden ist, dieses aber ohne jeden Zusammenhang mit den zugrunde liegenden Straftaten erworben worden ist.

Dies sieht die Kammer als gegeben an. Der Angeklagte habe zum Zeitpunkt der Urteilsverkündung Schulden beim Finanzamt in nicht näher aufklärbarer Höhe gehabt. Ferner habe er zum wiederholten Male – letztmalig feststellbar am 16.8.2016 – eine eidesstattliche Versicherung abgegeben. Seit dem Scheitern seiner letzten selbstständigen Tätigkeit im Jahr 2016 lebe er von staatlichen Unterstützungsleistungen nach dem SGB II. Anhaltspunkte dafür, dass sich seine wirtschaftliche Situation seit dem Zeitpunkt der Urteilsverkündung verbessert haben könnte, seien weder ersichtlich noch feststellbar. Damit befänden sich die seitens des Angeklagten erlangten Tatbeträge in Höhe von 165.369,65 EUR oder ein entsprechender Wertersatz nicht in seinem Vermögen.

### Verurteilung wegen Untreue

**Einziehung von rund  
165.000 EUR**

**Zuständigkeit**

**Begründetheit**

**Wegfall der Bereicherung**

**Schlechte Vermögensverhältnisse**



Daran könne auch der Umstand nichts ändern, dass der Angeklagte womöglich unter zivilrechtlichen Gesichtspunkten nach Maßgabe von §§ 818 Abs. 4, 819 BGB verschärft hafte. Denn entgegen einer in der Literatur teilweise vertretenen Auffassung (vgl. etwa Köhler/Burkhard, NSTZ 2017, 665, 674 f.; Volkmer, in: Körner/Patzak/Volkmer, Betäubungsmittelgesetz, 9. Aufl. 2019, § 33 Rn 177) seien die Rechtsgedanken der genannten Vorschriften für die Interpretation und Auslegung des § 459g StPO nicht heranzuziehen. Der dem ersten Anschein nach vorhandenen Parallelität zur im Zivilrecht geregelten Interessenlage zum Trotz gehe es beim Bereicherungsrecht allein um die Bewältigung eines Konflikts bei der Vermögenszuordnung, während im Kontext der Vermögensabschöpfung sowohl Belange der Vermögensabschöpfung und Rückgewinnungshilfe als auch die Auswirkungen auf die Strafzwecke und Vollstreckungsziele zu beachten seien. Erkennbar habe sich der Gesetzgeber für eigenständige Wertungen des Vollstreckungsrechts entschieden, um zwar einerseits die Vermögensabschöpfung zu effektivieren, andererseits aber die „Tatbeteiligten vor der Gefahr der ‚erdrosselnden‘ Wirkung der Wertersatzanordnung trotz möglicher Entreichung zu schützen“ (so die amtliche Begründung des Regierungsentwurfs zur Neufassung des § 459g StPO, BT-Drucks 18/9525, S. 94). Insoweit verdeutliche aber bereits die in § 495g Abs. 5 Satz 1 StPO enthaltene Gesetzesformulierung – heißt es dort doch: „... soweit der Wert des Erlangten nicht mehr im Vermögen des Betroffenen vorhanden ist oder die Vollstreckung sonst unverhältnismäßig ist“ –, dass stets die Grenze der Unverhältnismäßigkeit zwingend zu beachten ist und dass die Entreichung den vertypten Regelfall der Unverhältnismäßigkeit darstellt. Bei der Bestimmung der Entreichung – welche durchaus der Anwendung von Wertungskriterien zugänglich ist – laufe aber eine schlichte Anwendung des Rechtsgedankens aus §§ 818 Abs. 4, 819 BGB dem Maßstab der Verhältnismäßigkeit deutlich zuwider. Denn dies würde dazu führen, dass Tatbeteiligte stets im Sinne dieser Vorschriften verschärft haften (OLG Schleswig StraFo 2020, 158).

### III. Bedeutung für die Praxis

Eine Entscheidung, die m.E. die Interessen des verurteilten Angeklagten angemessen berücksichtigt und mit der man gegen die in der Literatur vorherrschende Auffassung argumentieren kann. Das LG hat sich damit dem OLG Schleswig (a.a.O.) angeschlossen, das ähnlich argumentiert hatte. Das stellt bei seiner Entscheidung – ergangen nach einer BtM-Verurteilung – darauf ab, zu welchem Zeitpunkt, aufgrund welcher Dispositionen und mit welchen Folgen für ihn selbst der Betroffene den Wert des Erlangten verloren hat. Zudem: Mit der „Absehensentscheidung“ ist ja nichts verloren. Denn wenn sich an den Umständen beim Angeklagten in Zukunft etwas ändern sollte, ist eine Wiederaufnahme der Vollstreckung nach Maßgabe von § 459g Abs. 5 Satz 2 StPO möglich. Darauf weist das LG ausdrücklich hin.

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Leer/Augsburg

**Keine verschärfte Haftung  
nach §§ 818 Abs. 4, 819 BGB**

**Neue Entscheidung ggf. bei  
Besserung der Vermögenslage**

### Selbstständiger Einziehungsbescheid: statthaftes Rechtsmittel

**Zum statthaften Rechtsmittel nach teilweiser Urteilsaufhebung und Zurückverweisung bei einem selbstständigen Einziehungsbescheid gem. § 29a Abs. 5 OWiG, wenn im zweiten Durchlauf nunmehr durch Beschluss entschieden wird. (Leitsatz des Verfassers)**

**BGH, Beschl. v. 18.6.2020 – 1 StR 95/20**

#### I. Sachverhalt

Der Einziehungsbetroffene ist verantwortlicher Geldspielgeräteaufsteller in einer Spielhalle, wo er Geldspielgeräte trotz abgelaufener Zulassung betrieb. Das eingeleitete Bußgeldverfahren wurde gem. § 47 Abs. 1 OWiG eingestellt. Zugleich wurde die selbstständige Einziehung der durch die Tat erzielten Taterträge (§ 29a Abs. 5 OWiG) angeordnet. Auf seinen Einspruch hat das AG daraufhin mit Urteil die „Einziehung eines Geldbetrages“ von 20.436,80 EUR angeordnet. Auf die Rechtsbeschwerde des Einziehungsbetroffenen hat das OLG dieses Urteil – nicht aber die getroffenen Feststellungen – mit der Begründung aufgehoben, das AG habe bei der Bemessung der Taterträge Aufwendungen nicht in Abzug gebracht, und die Sache zu neuer Entscheidung zurückverwiesen. Nachdem die StA und der Einziehungsbetroffene sich auf Anfrage des AG mit einer Entscheidung im Beschlusswege einverstanden erklärt hatten, hat das AG durch Beschluss den einzuziehenden Betrag auf 10.000 EUR festgesetzt. Hiergegen hat der Einziehungsbetroffene erneut Rechtsbeschwerde eingelegt. Das OLG Karlsruhe hält die Rechtsbeschwerde für statthaft, sieht sich hieran aber durch die Rechtsprechung des BGH und der OLG Köln, Zweibrücken und Düsseldorf gehindert, die stattdessen die sofortige Beschwerde für gegeben hielten, und hat daher dem BGH folgende Rechtsfrage zur Beantwortung vorgelegt: „Ist gegen den Beschluss des AG, mit dem nach Einspruch des Einziehungsbetroffenen gegen einen selbstständigen Einziehungsbescheid gemäß § 29a Abs. 5 OWiG ohne mündliche Verhandlung entschieden wurde, die Rechtsbeschwerde oder die sofortige Beschwerde das statthafte Rechtsmittel?“. Der BGH hat die Sache an das OLG Karlsruhe zurückgegeben.

#### II. Entscheidung

Die Voraussetzungen für eine Vorlage nach § 121 Abs. 2 GVG i.V.m. § 79 Abs. 3 Satz 1 OWiG seien nicht gegeben. Das OLG Karlsruhe sei durch Rechtsprechung des BGH und anderer OLG nicht gehindert, über das Rechtsmittel des Einziehungsbetroffenen wie beabsichtigt zu entscheiden. Der vorlegende Bußgeldsenat sei als Rechtsbeschwerdegericht mit einer besonderen Prozesslage befasst, die auf die rechtliche Beurteilung wesentlichen Einfluss hat. Es fehle daher an einer auf dieselbe Rechtsfrage bezogenen Abweichung (BGHSt 34, 71, 74 ff. = NJW 1986, 1883).

Für eine (Außen-)Divergenz von vornherein unmaßgeblich seien jene obergerichtlichen Entscheidungen, die im selbstständigen Einziehungsverfahren nach dem OWiG die Rechtsbeschwerde gemäß § 79 OWiG für das statthafte Rechtsmittel gegen amtsgerichtliche Beschlüsse halten (etwa OLG Stuttgart wistra 2009, 167 f. = VRR 2009, [Küppers]). Nach der Rechtsprechung des BGH (BGHSt 31, 361 = NJW 1983, 1918 zum gleichgeregelten selbstständigen Rückerstattungsverfahren des WiStG a.F. vgl. auch BGHSt 39, 162 = NJW 1993, 1808) und anderer OLG (OLG Köln wistra 1993, 39; OLG Zweibrücken MDR 1994, 404; ferner OLG Düsseldorf NVwZ 1996, 934, 935;

**Nach Zurückverweisung  
Entscheidung durch Beschluss**

**Besondere Prozesslage ...**

**... daher keine Divergenz**

OLG Hamburg StraFo 2011, 57 bei einem Vorgehen nach § 82 Abs. 2, § 47 Abs. 2 OWiG) sei das statthafte Rechtsmittel gegen einen amtsgerichtlichen Beschluss im selbstständigen Einziehungsverfahren nach dem OWiG die sofortige Beschwerde, über die das LG (Kammer für Bußgeldsachen, § 46 Abs. 7 OWiG) zu befinden hat. Dies folge aus §§ 87 Abs. 3 Satz 2, Abs. 5, 46 Abs. 1 OWiG i.V.m. §§ 436 Abs. 2, 434 Abs. 2 StPO. Der selbstständige Einziehungsbescheid stehe nur hinsichtlich seiner Form und der Anfechtungsmöglichkeit einem Bußgeldbescheid gleich, wohingegen §§ 71 ff. OWiG für das Hauptverfahren und daher auch §§ 79 ff. OWiG zum Rechtsbeschwerdeverfahren unanwendbar seien. Vielmehr sei insoweit im Einklang mit dem Willen des Gesetzgebers (BT-Drucks V/1269, S. 113 und 10/318, S. 38) auf die Regelungen der StPO zum selbstständigen Einziehungsverfahren zurückzugreifen. Danach entscheide das Tatgericht durch einen gem. § 434 Abs. 2 StPO der sofortigen Beschwerde unterliegenden Beschluss, durch Urteil aufgrund einer mündlichen Verhandlung nur dann, wenn dies beantragt oder gerichtlich angeordnet wurde. Für deren Durchführung seien nach § 434 Abs. 3 Satz 1 2. Halbsatz StPO, § 46 Abs. 1 OWiG die in §§ 71 ff. OWiG enthaltenen Vorschriften über die Hauptverhandlung sinngemäß heranzuziehen. Folglich sei gegen ein ergangenes Urteil die Rechtsbeschwerde statthaft (BayObLG NStZ 1998, 454; OLG Koblenz zfs 2007, 108; OLG Düsseldorf NVwZ 1996, 934, 935). Diese Entscheidungen verhielten sich ausnahmslos zur Anfechtung eines im ersten Rechtsgang erlassenen Beschlusses des AG. Zu der hier relevanten Frage, welches Rechtsmittel gegen einen Beschluss im selbstständigen Einziehungsverfahren nach einer teilweisen Urteilsaufhebung und Zurückverweisung durch das Rechtsbeschwerdegericht gegeben ist, liege hingegen soweit ersichtlich keine obergerichtliche Rechtsprechung vor, wonach auch in diesem Fall die sofortige Beschwerde statthaft ist (OLG Düsseldorf a.a.O. mit Hinweisen zu §§ 77, 77a OWiG und zur Fassung der Urteilsgründe; vgl. OLG Hamm NVwZ 1993, 508, 509; OLG Karlsruhe VRR 8/2019, 17 [Deutscher] = NZV 2019, 539 [Fromm]).

Die aufgezeigte Rechtsfrage sei auch nicht deshalb mit der Vorlagefrage identisch, weil wegen der Gleichheit des Rechtsproblems die Entscheidung ohne Rücksicht auf die Verschiedenheit der Fälle und der anwendbaren Vorschriften nur einheitlich ergehen könnte (BGHSt 47, 181, 183 = NJW 2002, 1280). Vielmehr liege unter Beachtung der Art der vorgelegten Rechtsfrage (BGHSt 38, 106, 108 f. = NJW 1992, 449) ein in wesentlichen Belangen abweichender Sachverhalt vor, bei dem auch nach der Rechtsansicht u.a. des BGH (BGHSt 31, 361 = NJW 1983, 1918) die Statthafte der Rechtsbeschwerde gem. § 79 OWiG nicht von vornherein ausscheidet. Denn im Rahmen dieser Ansicht führe die erfolgte Urteilsaufhebung – insbesondere da die Feststellungen aufrechterhalten worden sind – zu dem Problem, ob es dem Tatgericht noch im zweiten Rechtsgang möglich ist, im Rahmen von § 434 StPO die Verfahrensart zu wechseln und den Rechtsmittelzug zu ändern. Sollte dies hier zu verneinen sein, würde es im Urteilsverfahren bei dem Verweis von § 434 Abs. 3 Satz 1 2. Halbsatz StPO auf §§ 71 ff. OWiG bleiben. Für diesen Fall hätte das AG gleichermaßen einen urteilsersetzenden Beschluss nach § 72 OWiG erlassen, gegen den in Übereinstimmung mit dem OLG Karlsruhe die Rechtsbeschwerde statthaft wäre.

### III. Bedeutung für die Praxis

Sicherlich eine Sonderkonstellation wegen des Formenwechsels vom Urteil zum Beschluss nach Zurückverweisung durch das OLG. Gleichwohl gibt das dem BGH die Gelegenheit, das System der Rechtsmittel bei einem selbstständigen Einziehungsbescheid nach § 29a Abs. 5 OWiG zur bußgeldrechtlichen Einziehung des Wertes von Taterträgen (früher: „Verfall“, näher hierzu Burhoff/Deutscher, Handbuch für das straßenverkehrsrechtliche OWi-Verfahren, 5. Aufl. 2018, Rn 3758 ff.) und dessen Hintergrund aufzuzeigen. Auch wenn der Senat die Vorlegungsfrage zutreffend

**Rechtsbeschwerde ist nicht von vornherein unstatthaft**

**Sonderkonstellation**

mangels Divergenz unbeantwortet lässt, ist doch im letzten Teil des Beschlusses eine gewisse Präferenz in Richtung Rechtsbeschwerde erkennbar. In der Tat erscheint es zweifelhaft, ob ein Formenwechsel von der ursprünglichen gewählten Urteilsform hin zum Beschlussweg nach Zurückverweisung durch das OLG zulässig ist. Beim allgemeinen Beschlussverfahren nach § 72 OWiG ist ein solcher Wechsel zwar noch nach Durchführung der Hauptverhandlung zulässig (Burhoff/Gieg, a.a.O., Rn 459) und bei der Zurückverweisung an das AG von OLG Celle NJW 2007, 2505 sogar ausdrücklich angeregt worden. Das dürfte wegen des Nebeneinanders beider Formen mit unterschiedlichen Rechtsmitteln beim selbstständigen Einziehungsverfahren aber nicht ohne Weiteres übertragbar sein. Jedenfalls ist die Rechtsbeschwerde das angezeigte Rechtsmittel, um diese Frage zu klären.

RiAG Dr. Axel Deutscher, Bochum

### Anwaltsvergütung

#### Zusätzliche Verfahrensgebühr bei Einziehung wegen Schadensersatzes

**Das am 1.7.2017 in Kraft getretene Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, nach dem als Vermögensabschöpfungsmaßnahme nur noch die Einziehung vorgesehen ist, hat gebührenrechtlich zur Folge, dass die Verfahrensgebühr bei Einziehung und verwandten Maßnahmen gem. Nr. 4142 VV RVG für die Tätigkeiten des Verteidigers unabhängig davon entsteht, ob die Vermögensabschöpfung (auch) der Entschädigung von Tatverletzten dient oder ob dies nicht der Fall ist. (Leitsatz des Verfassers)**

**AG Frankfurt a. M., Beschl. v. 29.6.2020 – 911 Ls – 5163 Js 232283/19**

#### I. Sachverhalt

Im Streit stand die zusätzliche Verfahrensgebühr Nr. 4142 VV RVG. Diese war vom Rechtspfleger unter Hinweis darauf, dass die angeordnete Einziehung des Wertersatzes Schadensersatzcharakter habe, abgelehnt worden. Das dagegen gerichtete Rechtsmittel der Pflichtverteidigerin hatte beim AG Erfolg.

#### II. Entscheidung

Nach Auffassung des AG lagen die Voraussetzungen des Gebührentatbestandes Nr. 4142 VV RVG vor. Danach entsteht die zusätzliche Verfahrensgebühr u.a. für eine Tätigkeit für den Angeklagten, die sich auf eine Einziehung beziehe. Das sei hier der Fall. Die Verteidigerin habe den Angeklagten in der Hauptverhandlung in vollem Umfang vertreten und sei daher auch hinsichtlich der nach Maßgabe der Anklageschrift in Betracht kommenden Einziehung des Wertes des Erlangten nach den §§ 73 Abs. 1, 73c, 73 d StGB n.F. tätig geworden.

Es könne dahinstehen, ob die Einziehung des Wertersatzes hier den Charakter eines strafrechtlichen Schadenersatzes hat. Dies stehe einer Anwendung der hier in Rede stehenden Gebührevorschrift jedenfalls nicht entgegen. Dem Wortlaut der Nr. 4142 VV RVG sei eine entsprechende Einschränkung nicht zu entnehmen. Der Sinn und Zweck der Neuregelung der Opferentschädigung im Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung, das zum 1.7.2017 in Kraft getreten sei, spreche ebenfalls dafür, Schadensersatzansprüche bei der Anwendung der Gebührevorschrift außer Betracht zu lassen. Infolge der Streichung des § 73 Abs. 1 S. 2 StGB a.F.

Streit um die Nr. 4142 VV RVG

Unterscheidung zwischen Einziehung und Verfall weggefallen

könne der Tatertrag oder ein dessen Wert entsprechender Geldbetrag nunmehr auch dann abgeschöpft werden, wenn Schadensersatzansprüche von Tatgeschädigten im Raum stehen (vgl. BT-Drucks 18/9525, S. 49). Danach werde ein Verteidiger mit Fragen der Einziehung unabhängig davon befasst, ob Ansprüche von Tatgeschädigten in Betracht kommen, so dass es nur folgerichtig sei, diese Ansprüche bei der Anwendung der Gebührenvorschrift außen vor zu lassen.

Soweit vor Inkrafttreten des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung die Auffassung vertreten wurde, die Gebührenvorschrift der Nr. 4142 VV RVG sei nicht anwendbar bei Wertersatz, wenn er den Charakter eines zivilrechtlichen Schadensersatzes habe (vgl. Gerold/Schmidt/Burhoff, RVG, 23. Aufl. 2017, VV 4142 Rn 8 m.w.N.), sei dies angesichts der Gesetzesänderung überholt. Diese Auffassung habe im Wesentlichen auf der nach alter Rechtslage vorzunehmenden Unterscheidung zwischen Einziehung und Verfall beruht, die sich infolge der unterschiedslosen Bezeichnung der Anordnungen gemäß §§ 73 ff. StGB n.F. als „Einziehung“ erledigt hat (vgl. LG Berlin RVGreport 2018, 178 = StRR 2/2018, 24, jeweils mit Anmerkung Burhoff). Das am 1.7.2017 in Kraft getretene Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung habe das Recht der Vermögensabschöpfung (früher: „Verfall und Einziehung“) grundlegend neu geregelt. Es habe das Rechtsinstitut des Verfalls abgeschafft und durch ein neues Rechtsinstitut der Einziehung von Taterträgen ersetzt. In diesem Rahmen habe es die Regelungen über die Rückgewinnungshilfe aufgehoben und gegen neue dem Verletztenschutz dienende Vorschriften ausgetauscht. Gebührenrechtlich habe dies zur Folge, dass die Verfahrensgebühr bei Einziehung und verwandten Maßnahmen gem. Nr. 4142 VV RVG für die Tätigkeiten des Verteidigers seither unabhängig davon entsteht, ob die Vermögensabschöpfung (auch) der Entschädigung von Tatverletzten dient oder ob dies nicht der Fall ist.

Die Einziehungsentscheidung selbst werde nach dem neuen Recht bereits endgültig zu Lasten des Einziehungsbetroffenen im Strafverfahren getroffen. Es gehe in dem nachträglichen Verfahren nur noch darum, ob die eingezogenen Vermögenswerte dem Staat anfallen oder nach dem in §§ 459h StPO ff. geregelten Verfahren an den Verletzten rückzübertragen sind. Die Tätigkeit des Rechtsanwalts betreffe damit bereits im Strafverfahren eine auf den endgültigen Verlust bei dem Einziehungsbetroffenen gerichtete Maßnahme (so mit Verweis auf die Reform auch: Gerold/Schmidt/Burhoff, RVG, 24. Aufl. 2019, VV 4142 Rn 7).

### III. Bedeutung für die Praxis

1. Die Entscheidung ist zutreffend. Sie entspricht der h.M. in dieser Frage (vgl. außer LG Berlin, a.a.O. noch KG RVGreport 2019, 219 = StRR 5/2019, 27; KG RVGreport 2020, 76; LG Cottbus, Beschl. v. 22.1.2018 – 22 Wi Qs 16/17; LG Hanau RVGreport 2019, 342). Auf die Anmerkungen zu den Entscheidungen wird verwiesen. Soweit ersichtlich ist nur das OLG Frankfurt am Main anderer Ansicht (vgl. OLG Frankfurt RVGreport 2020, 309). Diese Auffassung ist aber aus den vom AG überzeugend dargelegten Gründen falsch.

2. Der einzige Wermutstropfen bei der Entscheidung: Es dürfte sich wohl nur um einen Etappensieg der Pflichtverteidigerin handeln. Denn ich kann mir nicht vorstellen, dass die Staatskasse den Beschluss hinnimmt. Nein, sie wird ins Rechtsmittel gehen und eine Änderung der Entscheidung erreichen wollen. Ich bin gespannt, wie das LG Frankfurt am Main entscheidet und dann ggf. das OLG Frankfurt am Main. Man soll ja die Hoffnung nicht aufgeben, obwohl das beim OLG Frankfurt am Main schwerfällt.

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D., Leer/Augsburg

## Änderung in der Literatur

### Einziehungsentscheidung endgültig

### Zutreffend

### Etappensieg

---

## Impressum

---

### Herausgeber:

RA Detlef Burhoff, RiOLG a.D.  
Rechtsanwalt in Leer/Augsburg

### Erscheinungsweise:

monatlich, nur als PDF, nicht im Print

### Bezugspreis (jährlich):

114 EUR zzgl. MwSt.

### Bestellungen:

Über jede Buchhandlung und beim Verlag. Abbestellungen müssen 6 Wochen zum Jahresende gegenüber dem Verlag erfolgen.

ISSN 1864-7200



ZAP Verlag GmbH  
Rochusstraße 2–4 · 53123 Bonn  
Tel.: 0228-91911-62 · Fax: 0228-91911-66  
service@zap-verlag.de  
Ansprechpartnerin im Verlag: Bettina Schwabe

### Hinweis:

Die Ausführungen in diesem Werk wurden mit Sorgfalt und nach bestem Wissen erstellt. Sie stellen jedoch lediglich Arbeitshilfen und Anregungen für die Lösung typischer Fallgestaltungen dar. Die Eigenverantwortung für die Formulierung von Verträgen, Verfügungen und Schriftsätzen trägt der Benutzer. Herausgeber, Autoren und Verlag übernehmen keinerlei Haftung für die Richtigkeit und Vollständigkeit der in diesem Infobrief enthaltenen Ausführungen.

### Hinweise zum Urheberrecht:

Die Inhalte dieses Infobriefs wurden mit erheblichem Aufwand recherchiert und bearbeitet. Sie sind für den Abonnenten zur ausschließlichen Verwendung zu internen Zwecken bestimmt. Dementsprechend gilt Folgendes:

- Die schriftliche Verbreitung oder Veröffentlichung (auch in elektronischer Form) der Informationen aus diesem Infobrief darf nur unter vorheriger schriftlicher Zustimmung durch die ZAP Verlag GmbH erfolgen. In einem solchen Fall ist der ZAP Verlag als Quelle zu benennen.
- Unter „Informationen“ sind alle inhaltlichen Informationen sowie bildliche oder tabellarische Darstellungen von Informationen aus diesem Infobrief zu verstehen.
- Jegliche Vervielfältigung der mit dem Infobrief überlassenen Daten, insbesondere das Kopieren auf Datenträger sowie das Bereitstellen und/oder Übertragen per Datenfernübertragung ist untersagt. Ausgenommen hiervon sind die mit der Nutzung einhergehenden, unabdingbaren flüchtigen Vervielfältigungen sowie das Herunterladen oder Ausdrucken der Daten zum ausschließlichen persönlichen Gebrauch. Vom Vervielfältigungsverbot ausgenommen ist ferner die Erstellung einer Sicherheitskopie, soweit dies für die Sicherung künftiger Benutzungen des Infobriefs zum vertraglich vorausgesetzten, ausschließlich persönlichen Gebrauch notwendig ist. Sicherheitskopien dürfen nur als solche verwendet werden.
- Es ist nicht gestattet, den Infobrief im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit Dritten zur Verfügung zu stellen, sonst zugänglich zu machen, zu verbreiten und/oder öffentlich wiederzugeben.