



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 StR 459/22

vom

17. Januar 2024

BGHSt: ja
BGHR: ja
Nachschlagewerk: ja
Veröffentlichung: ja

GG Art. 101 Abs. 1 Satz 2
StPO § 243 Abs. 1 Satz 1

1. Die Hauptverhandlung beginnt gemäß § 243 Abs. 1 Satz 1 StPO mit dem Aufruf der Sache; damit sind die für diesen Sitzungstag bestimmten Schöffen zur Verhandlung und Entscheidung in der Sache berufen.
2. Das grundrechtsgleiche Recht des Angeklagten auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG kann durch den Aufruf der Sache im Einzelfall verletzt werden, wenn sich der Vorsitzende dafür mit missbräuchlichen Erwägungen entscheidet.

BGH, Urteil vom 17. Januar 2024 – 2 StR 459/22 – LG Köln

in der Strafsache

gegen

wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Hauptverhandlung vom 22. November 2023 in der Sitzung am 17. Januar 2024, an denen teilgenommen haben:

Richter am Bundesgerichtshof

Prof. Dr. Krehl

als Vorsitzender,

die Richter am Bundesgerichtshof

Prof. Dr. Eschelbach,

Zeng,

Meyberg,

Schmidt,

Staatsanwalt beim Bundesgerichtshof

als Vertreter der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt

,

Rechtsanwalt

,

Rechtsanwältin

– in der Verhandlung –,

als Verteidiger,

Amtsinspektorin

als Urkundsbeamtin der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

Die Revision des Angeklagten gegen das Urteil des Landgerichts Köln vom 16. Mai 2022 wird verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten wegen bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit bandenmäßigem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von sieben Jahren und neun Monaten verurteilt. Darüber hinaus hat es die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 4.400 Euro als Gesamtschuldner angeordnet.
- 2 Gegen dieses Urteil wendet sich der Angeklagte mit seiner Revision, mit der er die Verletzung formellen und materiellen Rechts rügt. Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

I.

3 Das Landgericht hat im Wesentlichen folgende Feststellungen und Wer-
tungen getroffen:

4 1. Aufgrund eines gemeinsamen Tatplans veräußerten der Angeklagte P.
 , sein jüngerer Bruder sowie der Mitangeklagte M. und der gesondert
Verfolgte H. ab Anfang 2021 Kokain mit einem Wirkstoffgehalt von je-
denfalls 80% Kokainhydrochlorid an Abnehmer im Bereich K. . Das Kokain
hatten der Angeklagte und sein Bruder zuvor in Mengen von 50 bzw. 100 Gramm
bezogen. Sie teilten sich die anfallenden Arbeiten, wie Einkauf, Portionierung,
Abverkauf bzw. Auslieferung der Betäubungsmittel; der Mitangeklagte M.
und der gesondert Verfolgte H. nahmen ebenfalls arbeitsteilig über das
dafür vorgesehene „Verkaufshandy“ Kundenbestellungen an, lieferten das Ko-
kain an die Kunden aus bzw. nahmen von ihnen ausstehende Kaufpreiszahlun-
gen entgegen. Zum Kokainvorrat, den der Angeklagte P. in einem Tresor in
seiner Wohnung aufbewahrte, hatten auch M. und H. Zugang.

5 Den Gewinn von etwa 14 Euro je Gramm teilten sich der Angeklagte und
sein Bruder hälftig. Die Strafkammer konnte nicht feststellen, ob der Mitange-
klagte M. und der gesondert Verfolgte H. für ihre Tätigkeiten eine
gesonderte Entlohnung erhielten; denkbar sei auch, dass sie „etwa durch den
Zugang des seit langem intensiv im Betäubungsmittelhandel tätigen Angeklagten
P. zu Lieferanten jedenfalls mittelbar Vorteile im Hinblick auf den von ihnen
betriebenen Marihuanahandel erlangten“.

6 2. a) Im Rahmen der Bandenabrede veräußerten der Angeklagte P. ,
sein Bruder oder der Mitangeklagte M. zwischen dem 2. März 2021 und dem
17. Mai 2021 in acht Fällen Kokain an die Abnehmerin E. , davon in sechs
Fällen jeweils zwanzig 0,6-Gramm-Einheiten Kokain zu einem Preis von

1.000 Euro, in einem Fall wenigstens neunzehn dieser Einheiten und in einem weiteren Fall sechs dieser Einheiten. Die Abnehmerin erhielt das Kokain auf Kommission; sie zahlte den jeweiligen Kaufpreis regelmäßig – nicht ausschließbar in jedem Fall – bei oder im Zusammenhang mit dem Erhalt des Kokains aus dem darauffolgenden Erwerb an den Angeklagten P. oder an ein anderes Bandenmitglied (Fall B. I. 1. der Urteilsgründe).

7 Die Strafkammer ist von einer tateinheitlichen Verwirklichung hinsichtlich der insgesamt acht Verkaufstaten ausgegangen, da sich die tatbestandlichen Ausführungshandlungen der gleichartigen Tatabläufe teilweise überschneiden. Die tateinheitliche Verwirklichung des bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in sieben dieser Fälle habe es im Tenor „aus Gründen der Übersichtlichkeit“ nicht zum Ausdruck gebracht.

8 b) Am 1. Juni 2021 wurde in der Wohnung des Angeklagten anlässlich einer Durchsuchung 100,16 Gramm netto Kokain mit einem Wirkstoffgehalt von 81,8% Kokainhydrochlorid, mithin 81,9 Gramm Kokainhydrochlorid, sowie Verpackungs- und Verkaufsutensilien sichergestellt. Zwei Drittel der Menge waren zum gewinnbringenden Weiterverkauf, ein Drittel für den Eigenkonsum des Angeklagten vorgesehen (Fall B. I. 2. der Urteilsgründe).

II.

9 Die Revision des Angeklagten P. hat keinen Erfolg.

10 1. Mit der Verfahrensrüge beanstandet der Angeklagte, er sei gemäß
§ 338 Nr. 1 StPO seinem gesetzlichen Richter entzogen worden, weil die Straf-
kammer mit den am Urteil mitwirkenden Schöffen D. und
B. nicht vorschriftsmäßig besetzt gewesen sei.

11 a) Dem liegt folgendes Verfahrensgeschehen zugrunde:

12 aa) Nachdem aufgrund einer COVID-Erkrankung des Vorsitzenden der ur-
sprünglich anberaumte Termin zur Hauptverhandlung nebst Fortsetzungstermi-
nen am 21. März 2022 durch den stellvertretenden Vorsitzenden aufgehoben
worden war, legte er den mit den Verfahrensbeteiligten abgesprochenen Beginn
der Hauptverhandlung auf den 8. April 2022, mit Fortsetzungsterminen am 11.,
12. und 26. April, 3., 5. und 8. Mai 2022, fest. Da der 8. April 2022 kein regulärer
Sitzungstag der Strafkammer war, wurden ihr am 30. März 2022 die Ersatzschöf-
fen D. und B. zugewiesen. Die Gerichtsbesetzung wurde den Be-
teiligten mit Verfügung vom 31. März 2022 mitgeteilt. Dem Wahlverteidiger ist die
Besetzungsmitteilung am 31. März 2022 zugegangen, der Pflichtverteidigerin am
4. April 2022.

13 Am Nachmittag des 5. April 2022 teilte der Verteidiger des vormaligen Mit-
angeklagten H. dem Vorsitzenden mit, H. sei als Kontaktperson eines COVID-Erkrankten in der Justizvollzugsanstalt in Quarantäne. Am
7. April 2022 teilte diese dem Vorsitzenden mit, der Mitangeklagte H.
sei nunmehr mittels PCR-Test selbst positiv auf das Coronavirus getestet wor-
den; eine Vorführung könne deshalb nicht erfolgen.

- 14 Der Vorsitzende benachrichtigte die Verfahrensbeteiligten per E-Mail daraufhin, dass die Sache am kommenden Tag dennoch aufgerufen werden solle; gegebenenfalls könne ein Rechtsgespräch geführt werden. Zudem lud der Vorsitzende die für den 8. April 2022 geladene Sachverständige ab.
- 15 Der Verteidiger des Mitangeklagten H. fragte am 7. April 2022 beim Vorsitzenden an, ob der Beginn der Sitzung auf nachmittags verschoben werden könne. Dieses lehnte der Vorsitzende ab, da nach kurzem Aufruf der Sache ohnehin nur ein Rechtsgespräch geführt werden solle.
- 16 bb) Am 8. April 2022 rief der Vorsitzende die Sache um 12:49 Uhr auf. Als Schöffen wirkten die ehrenamtlichen Richter D. und B. mit. Der Vorsitzende stellte die Anwesenheit der Angeklagten – mit Ausnahme des Angeklagten H. – und ihrer Verteidiger sowie zudem fest, dass die geänderte Gerichtsbesetzung bereits vorab schriftlich mitgeteilt und nicht mehr geändert worden sei. Zudem ordnete der Vorsitzende antragsgemäß den bisherigen Wahlverteidiger des Angeklagten P. als weiteren Pflichtverteidiger und für den abwesenden Verteidiger des Mitangeklagten H. den erschienenen Terminsvertreter für den „heutigen Tag“ bei. Abschließend gab der Vorsitzende bekannt, dass das Verfahren hinsichtlich des Mitangeklagten H. nicht abgetrennt, sondern abgewartet werden solle, wie die COVID-19-Erkrankung verlaufe. Die Sitzungstage vom 11. und 12. April 2022 sollten – so der Vorsitzende – aufgehoben und das Verfahren am 26. April 2022 „fortgesetzt“ werden. Die Verfahrensbeteiligten gaben dazu keine Stellungnahme ab. Der Vorsitzende hob dann die Termine vom 11. und 12. April 2022 auf und ordnete um 12:55 Uhr an, die Hauptverhandlung bis zu ihrer Fortsetzung am 26. April 2022 zu unterbrechen.

17 Im Anschluss führte die Strafkammer einschließlich der Schöffen außerhalb der Hauptverhandlung mit den weiteren Verfahrensbeteiligten ein nichtöffentliches Rechtsgespräch.

18 cc) Am 26. April 2022 rief der Vorsitzende die Sache um 09:46 Uhr in unveränderter Besetzung auf und setzte die Verhandlung fort. Er stellte erneut fest, dass den Beteiligten die geänderte Besetzung vorab schriftlich mitgeteilt worden sei und sich seitdem nichts geändert habe. Die Angeklagten äußerten sich nunmehr erstmals zu ihren persönlichen Verhältnissen, der Anklagesatz wurde verlesen und die Hauptverhandlung ordnungsgemäß fortgesetzt. Einen förmlichen Einwand gegen die Gerichtsbesetzung oder das Vorgehen des Vorsitzenden erhob keiner der Verfahrensbeteiligten.

19 b) Die Revision beanstandet, der Vorsitzende habe sich – nachdem er am 7. April 2022 von der quarantänebedingten Verhinderung des Mitangeklagten H. Kenntnis erlangt hatte – in rechtsfehlerhafter Weise entschieden, den für den Folgetag anberaumten Termin gleichwohl aufrechtzuerhalten, wobei die Durchführung einer Hauptverhandlung im strafprozessualen Sinne nicht beabsichtigt war. Eine solche habe am ersten Verhandlungstag tatsächlich auch nicht stattgefunden. Bei dem Termin am 8. April 2022 habe es sich um einen „Scheintermin“ gehandelt, weil nicht im Sinne des § 229 StPO zur Sache verhandelt und – abgesehen vom Aufruf der Sache und der Präsenzfeststellung – keine anderen der in § 243 StPO genannten Handlungen vorgenommen worden seien. Die Entscheidung des Vorsitzenden, die Sache trotz der bekannten Abwesenheit des Mitangeklagten H. aufzurufen, beruhe auf einer „grundlegenden Verkennung des Rechts des Angeklagten auf den gesetzlichen Richter“.

20 Tatsächlich habe die Hauptverhandlung deshalb nicht am 8. April 2022, sondern erst am 26. April 2022 begonnen. Deshalb hätten auch die für den

25. April 2022 als ordentlichen Sitzungstag der Strafkammer bestimmten Schöffen Z. und Bä. am Urteil mitwirken müssen.

21 c) Die Verfahrensrüge hat keinen Erfolg. Es kann offenbleiben, ob die Verfahrensrüge zulässig ist; sie ist jedenfalls unbegründet.

22 aa) Der Zulässigkeit der Rüge steht hier allerdings nicht entgegen, dass die Revision Verfahrensvorgänge in eigenen Worten wiedergegeben (vgl. dazu BGH, Beschlüsse vom 7. April 1998 – 1 StR 120/98, BGHR StPO § 344 Abs. 2 Satz 2 Beweisantragsrecht 4, und vom 19. April 2000 – 3 StR 122/00, juris Rn. 2 mwN) und den Sitzungskalender der Strafkammer (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 18. November 1999 – 4 StR 351/99, juris Rn. 1) nicht vorgelegt hat.

23 bb) Der Senat kann offenlassen, ob der Revisionsführer in entsprechender Anwendung von § 338 Nr. 1 Buchst. b) und § 222b Abs. 1 StPO gehalten war, vor dem Landgericht unverzüglich nach dem Bekanntwerden der maßgeblichen Verfahrenstatsachen einen Besetzungseinwand zu erheben (offen gelassen auch von BGH, Beschlüsse vom 10. Dezember 2008 – 1 StR 322/08, BGHSt 53, 99, 100, und vom 2. Februar 2022 – 5 StR 153/21, NStZ 2022, 630, 631 mwN). Ebenso kann dahinstehen, ob eine unterbliebene Beanstandung der maßgeblichen Vorsitzendenentscheidungen nach § 238 Abs. 2 StPO zum Rügeverlust führen könnte (offen gelassen auch von BGH, Beschluss vom 8. Januar 2009 – 5 StR 537/08, BGHR StPO § 222b Abs. 1 Satz 1 Präklusion 6).

24 cc) Die Verfahrensbeanstandung bleibt in der Sache ohne Erfolg, weil das Gericht in der Hauptverhandlung mit den am Urteil mitwirkenden Schöffen ordnungsgemäß besetzt war.

25 Die Hauptverhandlung hat am 8. April 2022 mit den gesetzlich vorgesehenen Richtern begonnen (dazu unter (1)). Das grundrechtsgleiche Recht des Angeklagten auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG (dazu unter (2)) ist nicht verletzt (dazu unter (3)).

26 (1) Die Hauptverhandlung hat am 8. April 2022 mit dem Aufruf der Sache begonnen; damit waren die für diesen Sitzungstag bestimmten Schöffen D. und B. zur Verhandlung und Entscheidung in der Sache berufen.

27 (a) Den Beginn einer Hauptverhandlung knüpft § 243 Abs. 1 Satz 1 StPO ausschließlich an den Aufruf der Sache. Weitere Erfordernisse, die für den Beginn einer Hauptverhandlung konstitutiv wären, nennt das Gesetz nicht. Soweit ersichtlich fordern weder Rechtsprechung noch Schrifttum einen zusätzlichen materiellen Gehalt des sich an den Aufruf der Sache anschließenden Prozessgeschehens, noch wird von ihnen der Beginn der Hauptverhandlung in Frage gestellt, wenn zur Teilnahme verpflichtete Personen nicht erschienen sind (vgl. BGH, Urteile vom 9. August 2007 – 3 StR 96/07, BGHSt 52, 24, 25 f., und vom 16. Januar 2014 – 4 StR 370/13, NStZ 2014, 220; Löwe/Rosenberg/Becker, StPO, 27. Aufl., § 243 Rn. 15 mwN; SSW-StPO/Franke, 5. Aufl., § 243 Rn. 3; Meyer-Goßner/Schmitt, 66. Aufl., § 243 Rn. 4).

28 Soweit in der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 14. Juli 1964 der Beginn der Hauptverhandlung an die Vernehmung des Angeklagten über seine persönlichen Verhältnisse als „vom Gesetz vorgeschriebenen (§ 243 Abs. 2 StPO) und wesentlichen Teil (...) der Hauptverhandlung“ angeknüpft wurde (BGH, Urteil vom 14. Juli 1964 – 1 StR 216/64, BGHSt 19, 382, 384), ist dies überholt. Denn mit Inkrafttreten des Gesetzes zur Änderung der Strafprozessordnung und des Gerichtsverfassungsgesetzes vom 19. Dezember 1964 (BGBl. I

1067) hatte sich die der vorstehenden Entscheidung zugrundeliegende Rechtslage geändert; nunmehr wird der Beginn der Hauptverhandlung rein formal an den Aufruf der Sache geknüpft (vgl. BT-Drucks. IV/178, S. 40; s. auch Löwe/Rosenberg/Becker, aaO, § 243 Entstehungsgeschichte).

29 (b) Auch Sinn und Zweck des § 243 Abs. 1 Satz 1 StPO sprechen dafür, den Beginn einer Hauptverhandlung in einem formalen Sinne zu begreifen, der nicht von weiteren materiellen Voraussetzungen abhängig ist. Eine Vielzahl von Normen knüpft ihre Rechtsfolgen an den Beginn der Hauptverhandlung (vgl. etwa § 121 Abs. 3 Satz 2, § 260 Abs. 3, § 261, § 270 Abs. 1 Satz 1, § 303 Satz 1 StPO, § 169 Abs. 1 Satz 2 GVG; zu den Wirkungen des Beginns einer Hauptverhandlung vgl. auch KMR-StPO/Eschelbach, 81. EL, § 243 Rn. 27 ff.; Löwe/Rosenberg/Becker, aaO, § 243 Rn. 16). Wäre in all diesen Fällen (nunmehr) im Einzelfall zu prüfen, ob das Geschehen im Anschluss an den Aufruf der Sache einen – näher zu definierenden – materiellen Gehalt hat, entspräche dieses nicht mehr dem Rechtssicherheit bietenden, vom Gesetzgeber ersichtlich gewolltem klaren Gesetzeswortlaut des § 243 Abs. 1 Satz 1 StPO.

30 (c) Demnach finden auch die von der Revision herangezogenen Maßstäbe des § 229 Abs. 1 StPO keine Anwendung. Für den Beginn der Hauptverhandlung durch Aufruf der Sache spielen die für ein "Verhandeln zur Sache" im Sinne des § 229 StPO maßgeblichen Erwägungen (vgl. dazu Löwe/Rosenberg/Becker, aaO, § 229 Rn. 1; MüKo-StPO/Arnoldi, § 229 Rn. 1, KK-StPO/Gmel/Peterson, 9. Aufl., § 229 Rn. 1, jeweils mwN) keine Rolle. Der Gehalt des § 229 Abs. 1 StPO unterscheidet sich grundlegend von jenem des § 243 Abs. 1 Satz 1 StPO. § 229 Abs. 1 StPO hat den gesetzlichen Richter schon im Ausgangspunkt nicht im Blick, sondern greift zu einem Zeitpunkt ein, in welchem sich die Besetzung des erkennenden Gerichts bereits perpetuiert hat.

- 31 (d) Auch § 230 Abs. 1 StPO, wonach gegen einen ausgebliebenen Angeklagten eine Hauptverhandlung nicht stattfindet, führt zu keinem anderen Ergebnis. § 230 Abs. 1 StPO beschreibt mit der Anwesenheit des Angeklagten nicht etwa eine begriffliche Voraussetzung der „Hauptverhandlung“; die Vorschrift bestimmt vielmehr, dass eine Hauptverhandlung gegen den Angeklagten – abgesehen von den in der Strafprozessordnung geregelten Ausnahmefällen – in seiner Abwesenheit nicht durchgeführt werden darf (BGH, Urteil vom 9. August 2007 – 3 StR 96/07, BGHSt 52, 24, 25 Rn. 6). Er setzt also – ebenso wie § 230 Abs. 2 StPO – eine durch Aufruf bereits begonnene Hauptverhandlung begrifflich voraus. Der Angeklagte ist demnach auch erst ab dem Aufruf der Sache zur Anwesenheit verpflichtet (BeckOK-StPO/Gorf, 47. Ed., § 230 Rn. 2).
- 32 (2) Der Aufruf der Sache legt die Gerichtsbesetzung indes dann nicht fest, wenn er im konkreten Fall das grundrechtsgleiche Recht des Angeklagten auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzt.
- 33 (a) Nach Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG darf niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen werden. Der Gewährungsgehalt des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG soll verhindern, dass durch eine auf den Einzelfall bezogene Auswahl der zur Entscheidung berufenen Richter das Ergebnis der Entscheidung beeinflusst werden kann, gleichgültig von welcher Seite eine solche Manipulation ausgeht (vgl. BVerfG, Beschluss vom 12. Mai 2005 – 2 BvR 332/05, NStZ-RR 2005, 279, 280). Für die Annahme eines Verstoßes gegen das grundrechtsgleiche Recht auf den gesetzlichen Richter aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG genügt nicht jede fehlerhafte Gesetzesanwendung. Durch einen bloßen error in procedendo wird niemand seinem gesetzlichen Richter entzogen. Eine Verletzung der Garantie des gesetzlichen Richters kommt erst in Betracht, wenn die fehlerhafte Auslegung und Anwendung einfachen Rechts in einer bei verständiger Würdigung der das Grundgesetz beherrschenden Gedanken nicht mehr verständlichen und offensichtlich

unhaltbaren Weise erfolgt, oder wenn das Gericht bei einer sich auf die Zuständigkeit der Richter auswirkenden Entscheidung die Bedeutung und Tragweite der Gewährleistung aus Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkannt hat (st. Rspr.; vgl. BVerfG, Beschlüsse vom 16. Februar 2023 – 1 BvR 1883/22, juris Rn. 16 mwN, und vom 20. April 2023 – 2 BvR 1605/21, NJW 2023, 2336, 2337 Rn. 50 mwN).

34 (b) Da der Aufruf der Sache für die Gerichtsbesetzung konstituierend ist, muss der Vorsitzende seine Entscheidung zum Aufruf der Sache an den vorstehenden Maßstäben messen lassen.

35 (aa) Dem Vorsitzenden steht bei der Entscheidung, ob er in Konstellationen wie der Vorliegenden die Sache gemäß § 243 Abs. 1 Satz 1 StPO aufruft oder den Termin aufhebt und den Hauptverhandlungsbeginn verlegt, ein Ermessen zu. Damit ist die Entscheidung des Vorsitzenden vom Revisionsgericht nach allgemeinen Maßstäben nicht auf ihre Richtigkeit, sondern nur daraufhin zu überprüfen, ob sie sich als unvertretbar und damit objektiv willkürlich erweist (vgl. BGH, Urteil vom 23. Januar 2002 – 5 StR 130/01, BGHSt 47, 220, 222; Beschlüsse vom 8. März 2016 – 3 StR 544/15, BGHSt 61, 160, 161, und vom 5. Oktober 2021 – 3 StR 485/20, NStZ 2020, 315, 317 mwN). Willkür in diesem Sinne liegt eingedenk des dargestellten verfassungsrechtlichen Maßstabes aber nicht erst bei einer bewussten Fehlentscheidung, sondern bereits dann vor, wenn die mit dem Aufruf der Sache verbundene Bestimmung der gesetzlichen Richter grob fehlerhaft ist und der Vorsitzende dadurch offenbart, dass er die Garantien des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkannt hat (vgl. BGH, Urteil vom 3. März 1982 – 2 StR 32/82, BGHSt 31, 3, 5 mwN; Beschluss vom 5. September 2018 – 2 StR 421/17, BGHR GVG § 192 Abs. 2 Ergänzungsrichter 2 Rn. 7 mwN).

- 36 (bb) Da das Gesetz für Konstellationen wie die hier zur Entscheidung stehende selbst keine Vorgaben macht, kann die Zulässigkeit des Aufrufs einer Sache nur mit Blick auf die von ihr berührten allgemeinen Grundsätze des Strafverfahrensrechts entschieden werden. Einschlägig sind insbesondere der Beschleunigungsgrundsatz und die Konzentrationsmaxime (vgl. BGH, Urteil vom 9. August 2007 – 3 StR 96/07, BGHSt 52, 24, 29 Rn. 16); zudem ist auch zu bedenken, dass schon dem Aufruf der Sache an sich ein eigener verfahrensfördernder Wert zugesprochen wird (vgl. auch BGH, Beschluss vom 3. April 2003 – 4 StR 506/02, BGHSt 48, 264, 265 f.). Demgegenüber ist zu berücksichtigen, dass gemäß § 230 Abs. 1 StPO gegen einen ausgebliebenen Angeklagten eine Hauptverhandlung nicht stattfindet.
- 37 Daraus folgt aber nicht, dass ein das Recht auf den gesetzlichen Richter verkennendes, missbräuchliches Verhalten stets bei einem Aufruf der Sache trotz der dem Vorsitzenden bekannten entschuldigenden Abwesenheit eines Angeklagten vorliegt. Denn die übrigen Prozessmaximen treten hinter diesen Grundsatz nicht bedingungslos zurück. Unter Berücksichtigung dieser allgemeinen Grundsätze entscheidet der Vorsitzende frei, ob er die Sache in Fällen der entschuldigenden Abwesenheit eines Angeklagten aufruft oder den Termin verlegt (vgl. BGH, Urteil vom 9. August 2007 – 3 StR 96/07, BGHSt 52, 24, 30).
- 38 (3) Ausgehend hiervon hat der Vorsitzende die Tragweite des Rechts auf den gesetzlichen Richter nicht verkannt. Vielmehr belegen bereits die von der Revision vorgetragene objektiven Umstände die Absicht des Vorsitzenden, die Strafsache unter Beachtung der grundsätzlichen Anwesenheitspflicht des Mitangeklagten H. (§ 230 Abs. 1 StPO) über den rein formalen Beginn der Hauptverhandlung hinaus zu fördern.

39 (a) Der Eintritt in die Hauptverhandlung ermöglichte die Erörterung von Verfahrensfragen unter Beteiligung sämtlicher Verteidiger und – mit Ausnahme des an COVID erkrankten Mitangeklagten H. – der Angeklagten. Dabei wurde zur Frage der Abtrennung nach § 4 Abs. 1 StPO nach dem durch das Sitzungsprotokoll bestätigten Vortrag der Revision rechtliches Gehör gewährt. Dies nicht außerhalb der Hauptverhandlung zu tun, was möglich gewesen wäre, macht die Entscheidung des Vorsitzenden nicht sachwidrig (vgl. BGH, Beschluss vom 13. April 2010 – 3 StR 24/10, juris Rn. 10; zu Verfahrenshandlungen i.S.d. § 229 StPO s. auch BGH, Beschluss vom 27. Juni 2023 – 6 StR 75/23, NStZ 2023, 695, 696). Es kann – insbesondere bei einer Vielzahl von Angeklagten und Verteidigern – sinnvoll sein, solche sämtliche Beteiligte betreffenden Fragen in Präsenz zu erörtern.

40 (b) Daneben wurde erst durch den Aufruf der Sache ermöglicht, dass das im Nachgang zum Hauptverhandlungstermin vom 8. April 2022 gemäß §§ 202a, 212 StPO durchgeführte Erörterungsgespräch unter Beteiligung der Schöffen durchgeführt werden konnte. Denn wäre der für diesen Tag angesetzte Hauptverhandlungstermin aufgrund der Erkrankung des Mitangeklagten H. aufgehoben worden, hätten zu diesem Zeitpunkt noch nicht sämtliche erkennende Richter festgestanden. Dass den Schöffen der Anklagevorwurf zu diesem Zeitpunkt noch nicht förmlich durch Verlesung der Anklageschrift im Sinne des § 243 Abs. 3 Satz 1 StPO zur Kenntnis gebracht worden war, steht dem nicht entgegen. Insbesondere bei frühzeitigen Beratungen über das Zustandekommen einer Verständigung im Sinne des § 257c StPO ist es nicht zu beanstanden, dass die Berufsrichter die Schöffen in den Verfahrensstoff einführen (vgl. BGH, Urteil vom 14. April 2011 – 4 StR 571/10, juris Rn. 11; Löwe/Rosenberg/Stuckenberg, aaO, § 257c Rn. 54; KK-StPO/Moldenhauer/Wenske, aaO, § 257c Rn. 5b, 10 mwN; vgl. auch BGH, Beschluss vom 12. Januar 2011 – GSSt 1/10, BGHSt 56, 109, 118 mwN).

41 (4) Hat die Hauptverhandlung demnach am 8. April 2022 mit der für diesen Tag zuständigen Besetzung begonnen, liegt auch keine unrichtige Besetzung der Richterbank im Sinne des § 338 Nr. 1 StPO i.V.m. Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG vor. Die für diesen Tag hinzugezogenen Schöffen und Berufsrichter waren die gesetzlichen Richter.

42 2. Die Nachprüfung des Urteils aufgrund der Sachrüge hat im Schuldpruch keinen durchgreifenden Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten ergeben. Auch der Strafausspruch hält revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

43 a) Zwar besteht eine Divergenz zwischen der Urteilsformel in der Sitzungsniederschrift und dem Tenor in der Urteilsurkunde; unbeschadet dessen, ob diese Divergenz auf die (allgemeine) Sachrüge hin zu berücksichtigen ist oder ob es dafür einer zulässigen Verfahrensrüge bedurft hätte (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Januar 2021 – 6 StR 399/20, NStZ 2021, 319 mwN zum Streitstand), ergibt eine Auslegung des maßgeblichen Protokolls, die hier aufgrund eines in der Urteilsformel aufgetretenen sinnentstellenden Formatierungsfehlers möglich und geboten ist (vgl. BGH, Beschluss vom 9. Mai 2001 – 2 StR 42/01, juris Rn. 2), dass der Angeklagte keinesfalls zu einer „Gesamtfreiheitsstrafe von neun Monaten verurteilt“ wurde. Vielmehr wird aus der Gesamtschau des verkündeten Tenors, an dessen Anfang sich – ebenfalls sinnwidrig – die Worte „sieben Jahren und“ wiederfinden, deutlich, dass die verkündete Urteilsformel mit sieben Jahren und neun Monaten genau derjenigen entspricht, die auch Eingang in die Urteilsurkunde gefunden hat.

44 b) Soweit die Strafkammer im Fall B. I. 2. der Urteilsgründe die von § 29a Abs. 1 BtMG angedrohte Freiheitsstrafe mit „fünf Jahren bis zu fünfzehn Jahren“ angegeben hat, liegt ein offensichtliches Schreibversehen vor. Dass das Land-

gericht den zutreffenden Strafraumen von einem bis zu fünfzehn Jahren Freiheitsstrafe zugrunde gelegt hat, zeigt bereits die festgesetzte Einzelfreiheitsstrafe von drei Jahren, welche bei einer Mindeststrafe von fünf Jahren ausgeschlossen wäre.

45 c) Der von der Revision behauptete Verstoß gegen § 46 Abs. 3 StGB liegt nicht vor. Das Landgericht durfte im Fall B. I. 1. der Urteilsgründe zulasten des Angeklagten berücksichtigen, dass der bei den Taten jeweils überschrittene Grenzwert der nicht geringen Menge insgesamt ein „Vielfaches“ ergab.

46 d) Die Strafzumessungserwägungen im Einzelnen lassen auch im Übrigen keine Rechtsfehler erkennen. Dass die Strafkammer bei der konkreten Strafzumessung die Kriterien nicht nochmals wiederholt, sondern auf die bereits bei der Strafraumenwahl vorgenommene Aufzählung verwiesen hat, stellt keinen Rechtsmangel dar (vgl. BGH, Urteil vom 16. April 2015 – 3 StR 638/14, NStZ-RR 2015, 240). Erlittene Untersuchungshaft ist regelmäßig für die Strafzumessung ohne Bedeutung, weil sie nach § 51 Abs. 1 Satz 1 StGB grundsätzlich auf die zu vollstreckende Strafe angerechnet wird (st. Rspr.; vgl. nur BGH, Urteil vom 25. Oktober 2018 – 4 StR 312/18 mwN). Zwar kann es – wie die Revision ausführt – einen strafmildernden Umstand darstellen, wenn die erlittene Untersuchungshaft mit über den üblichen hinausgehenden Beschwerden für den Angeklagten verbunden ist (vgl. MüKo-StGB/Maier, 4. Aufl., § 46 Rn. 344 ff. mwN), die auch aus pandemiebedingten Einschränkungen resultieren können (vgl. BGH, Beschluss vom 12. April 2022 – 2 StR 507/21, juris Rn. 4). Solche hat das Landgericht indes nicht festgestellt.

47 Die festgesetzten Einzelfreiheitsstrafen von sieben und drei Jahren sowie die daraus gebildete Gesamtfreiheitsstrafe in Höhe von sieben Jahren und neun Monaten halten sich im Rahmen des tatrichterlichen Ermessens.

48 3. Die Ablehnung der Unterbringung des Angeklagten in eine Entziehungs-
anstalt gemäß § 64 StGB begegnet ebenfalls keinen durchgreifenden Bedenken.

49 a) Der Senat hat gemäß § 2 Abs. 6 StGB über die Anordnung der Unter-
bringung in einer Entziehungsanstalt nach § 64 StGB in der am 1. Oktober 2023
in Kraft getretenen Fassung zu entscheiden. Nach § 64 Satz 2 StGB nF darf eine
solche Anordnung nur ergehen, wenn aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zu
erwarten ist, die Person durch die Behandlung in einer Entziehungsanstalt inner-
halb der Frist des § 67d Abs. 1 Satz 1 oder 3 StGB zu heilen oder über eine
erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Bege-
hung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihren Hang zurückge-
hen.

50 b) Das Landgericht hat die Erfolgsaussicht aufgrund des zum Zeitpunkt
der dortigen Entscheidung geltenden Maßstabes, wonach schon eine hinrei-
chend konkrete Aussicht als Anordnungsvoraussetzung gemäß § 64 StGB aF
genügte, entgegen der Einschätzung der Sachverständigen mit – für sich genom-
men – tragfähiger Begründung verneint. Auch dem Maßstab der Neufassung des
§ 64 Satz 2 StGB, die normativ erhöhte prognostische Anforderungen an die Er-
folgsaussicht formuliert (vgl. BGH, Urteil vom 11. Januar 2024 – 3 StR 280/23,
juris Rn. 42), wird die angefochtene Entscheidung gerecht.

51 aa) Grundsätzlich ist das Tatgericht nicht gehindert, von dem Gutachten
eines vernommenen Sachverständigen abzuweichen (vgl. BGH, Urteil vom
28. April 2021 – 2 StR 484/20, NStZ-RR 2021, 275, 277 mwN). Will das Tatge-
richt eine Frage, für deren Beantwortung es sachverständige Hilfe für erforderlich
gehalten hat oder deren Inanspruchnahme – wie im Fall des § 246a StPO – ge-
setzlich vorgeschrieben ist, im Widerspruch zu dem Gutachten beantworten,
muss es die Gründe hierfür in einer Weise darlegen, die dem Revisionsgericht

die Nachprüfung erlauben, ob es die Darlegungen des Sachverständigen zutreffend gewürdigt und aus ihnen rechtlich zulässige Schlüsse gezogen hat (vgl. BGH, aaO, mwN). Hierzu bedarf es einer erschöpfenden Auseinandersetzung mit dessen Ausführungen zu den Gesichtspunkten, auf die das Gericht seine abweichende Auffassung stützt (vgl. BGH, aaO, mwN).

52 bb) Diesen Anforderungen wird das angefochtene Urteil gerecht. Die Strafkammer hat die Ausführungen der Sachverständigen umfassend dargestellt und gewürdigt. In Abweichung von der Wertung der Sachverständigen hat sie in die Gesamtwürdigung unter Einbeziehung aller relevanten prognosegünstigen wie – ungünstigen Umstände jedoch eine zum Zeitpunkt der Entscheidung genügende „hinreichend konkrete Erfolgsaussicht“ der Maßregel rechtsfehlerfrei verneint. Insbesondere hat sie neben fehlendem Schulabschluss und fehlender Berufsbildung des Angeklagten sowohl dessen aktuelles Therapieumfeld als auch den Umstand in ihre Abwägung einbezogen, dass die in der Vergangenheit von ihm durchlaufenen zahlreichen Maßnahmen nur im Ausnahmefall zu einer Abstinenz über kurze Zeiträume geführt haben. Das Landgericht hat darüber hinaus den Verlauf sämtlicher Maßnahmen in den Blick genommen und daraus in nachvollziehbarer Weise den Schluss gezogen, dass auch eine erneute Unterbringung nicht geeignet ist, den Angeklagten für einen ausreichend langen Zeitraum vor einem Rückfall in den Hang und weiteren Straftaten zu bewahren. Ebenfalls rechtsfehlerfrei hat sich das Landgericht mit der Behauptung der Sachverständigen auseinandergesetzt, nach der für die Beendigung einzelner Maßnahmen auch das aus ihrer Sicht nicht optimale Therapieumfeld verantwortlich gewesen sei.

53 Die Urteilsgründe enthalten keinerlei Anhaltspunkte dafür, dass die Strafkammer den maßgeblichen Beurteilungszeitpunkt für ihre getroffene Prognoseentscheidung verkannt haben könnte. Vielmehr hat sie sowohl die Vergangenheit

des Angeklagten als auch dessen aktuelle Situation gegenübergestellt. Dabei hat sie nachvollziehbar und vertretbar den Schluss gezogen, dass sich die von der Sachverständigen als positiv hervorgehobene Therapiemotivation des Angeklagten bei kritischer Betrachtung als wenig belastbar herausstellt.

54 4. Schließlich lässt auch die vom Landgericht getroffene Einziehungsentscheidung keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten erkennen.

Krehl

Eschelbach

Zeng

Meyberg

Schmidt

Vorinstanz:

Landgericht Köln, 16.05.2022 - 323 KLS 24/21