



BUNDESGERICHTSHOF

IM NAMEN DES VOLKES

URTEIL

2 StR 317/19

vom

18. November 2020

in der Strafsache

gegen

- 1.
- 2.
- 3.
- 4.

wegen Vorteilsgewährung u.a.

Der 2. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat aufgrund der Hauptverhandlung vom 7. Oktober 2020 in der Sitzung am 18. November 2020, an denen teilgenommen haben:

Vorsitzender Richter am Bundesgerichtshof

Dr. Franke,

die Richter am Bundesgerichtshof

Prof. Dr. Krehl,

Prof. Dr. Eschelbach,

Zeng,

Meyberg,

Oberstaatsanwältin beim Bundesgerichtshof - in der Verhandlung -,
Staatsanwältin - bei der Verkündung -
als Vertreterinnen der Bundesanwaltschaft,

Rechtsanwalt - in der Verhandlung -
als Verteidiger für den Angeklagten K. ,

Rechtsanwalt - in der Verhandlung -
als Verteidiger für den Angeklagten Y. ,

Rechtsanwalt - in der Verhandlung -
als Verteidiger für den Angeklagten H. ,

Rechtsanwalt - in der Verhandlung -
als Verteidiger für den Angeklagten B. ,

Amtsinspektorin in der Verhandlung,
Justizangestellte bei der Verkündung
als Urkundsbeamtinnen der Geschäftsstelle,

für Recht erkannt:

1. Auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wird das Urteil des Landgerichts Erfurt vom 9. Januar 2019,

a) soweit es die Angeklagten H. und Y. betrifft,

aa) im Schuldspruch dahingehend abgeändert, dass der Angeklagte H. der Bestechlichkeit und der Angeklagte Y. der Bestechung schuldig ist,

bb) in den Strafaussprüchen mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben;

b) soweit es den Angeklagten K. betrifft und dieser verurteilt ist,

aa) im Schuldspruch dahingehend abgeändert, dass der Angeklagte der Bestechung in Tateinheit mit versuchter Abgabe von Betäubungsmitteln und wegen Besitzes von Betäubungsmitteln in zwei Fällen schuldig ist,

bb) im Einzelstrafauspruch zu Fall II. 3 der Urteilsgründe sowie im Gesamtstrafenauspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben und,

c) soweit es den Angeklagten B. betrifft,

aa) im Schuldspruch dahingehend abgeändert, dass der Angeklagte der Bestechung in Tateinheit mit unerlaubtem Besitz von Arzneimitteln in nicht geringer Menge zu Do-

pingzwecken im Sport und mit unerlaubtem Inverkehrbringen von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport schuldig ist und

bb) im Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben.

2. Auf die Revisionen der Angeklagten K. , Y. und B. wird das vorbezeichnete Urteil, soweit es diese Angeklagten betrifft und der Angeklagte K. verurteilt ist, mit den Feststellungen aufgehoben.
3. Im Umfang der Aufhebung wird die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung, auch über die Kosten der Rechtsmittel der Angeklagten K. , Y. und B. und der Staatsanwaltschaft, an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen.
4. Die Revision des Angeklagten H. wird verworfen.

Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Von Rechts wegen

Gründe:

Das Landgericht hat den Angeklagten H. wegen Vorteilsannahme zu einer Freiheitsstrafe von neun Monaten verurteilt, deren Vollstreckung es zur Bewährung ausgesetzt hat. Den Angeklagten K. hat es unter Freisprechung im Übrigen wegen gemeinschaftlich begangener Vorteilsgewährung in Tateinheit mit „unerlaubter Abgabe von Betäubungsmitteln im besonders schweren Fall“ und wegen unerlaubten Besitzes von Betäubungsmitteln in zwei Fällen unter Einbeziehung einer Strafe aus einer Vorverurteilung zu zwei Jahren und fünf Monaten Gesamtfreiheitsstrafe verurteilt. Den Angeklagten Y. hat es wegen gemeinschaftlich begangener Vorteilsgewährung und den Angeklagten B. wegen gemeinschaftlich begangener Vorteilsgewährung in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb und Besitz von Arzneimitteln in nicht geringer Menge zu Dopingzwecken im Sport und mit unerlaubtem Inverkehrbringen von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport zu Freiheitsstrafen von jeweils einem Jahr und fünf Monaten verurteilt. Es hat ferner ausgesprochen, dass von den gegen die Angeklagten H. , Y. und B. verhängten Freiheitsstrafen jeweils ein Monat, von der gegen den Angeklagten K. verhängten Gesamtfreiheitsstrafe zwei Monate als vollstreckt gelten. Ferner hat das Landgericht die Einziehung „der sichergestellten 50 €“ angeordnet.

- 2 Mit ihren zuungunsten der Angeklagten eingelegten und auf die Sachrüge gestützten Revisionen, die vom Generalbundesanwalt vertreten werden, beanstandet die Staatsanwaltschaft die Verurteilung der Angeklagten lediglich wegen Vorteilsgewährung bzw. Vorteilsannahme. Die Angeklagten beanstanden mit ihren Revisionen die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Die Rechtsmittel erzielen den aus dem Tenor ersichtlichen Erfolg.

A.

3 Das Landgericht hat – soweit hier relevant – folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

I. Fälle II.1 und II.2 der Urteilsgründe

4 Im Januar des Jahres 2015 führte der Angeklagte K. 0,35 g eines Kokain-Phenacetin-Gemisches, im März desselben Jahres 0,71 g eines Kokain-Tetramisol-Gemisches bei sich, ohne – wie er wusste – über die hierfür erforderliche Erlaubnis zu verfügen.

II. Fall II.3 der Urteilsgründe

5 Der Angeklagte H. war als Mitarbeiter eines der Justizvollzugsanstalt T. angegliederten Bildungswerks in dieser Justizvollzugsanstalt tätig, unter anderem als Ausbilder des dort inhaftierten Angeklagten Y. Er hatte im Hinblick auf seine Tätigkeit in der Justizvollzugsanstalt am 20. Februar 2006 eine besondere Verpflichtungserklärung für den öffentlichen Dienst abgegeben.

6 Im November des Jahres 2015 vereinbarte der Angeklagte Y. mit dem Angeklagten B., dass dieser ihm drei Mobiltelefone, elektronisches Zubehör und Dopingmittel über einen hierfür mit 200 € zu entlohnenden Bediensteten der Justizvollzugsanstalt in die Haftanstalt einbringen solle. Sie kamen überein, dass der Angeklagte K. die Sachen dem ihm aus einer früheren Inhaftierung bekannten Angeklagten H. übergeben und dieser die Sachen sodann entsprechend dem Tatplan in die Justizvollzugsanstalt bringen solle. Der Angeklagte Y. nahm Kontakt zum Angeklagten H. auf, um mit ihm die Übergabe der Gegenstände zu vereinbaren, die sodann in der Justizvollzugsanstalt an den

Angeklagten Y. übergeben werden sollten. Der Angeklagte H. erklärte sich mit den Vereinbarungen einverstanden.

7

Sodann versteckte der Angeklagte B. drei Mobiltelefone, ein Ladekabel und einen USB-Adapter sowie 20 zur Anwendung im Kampfsport bestimmte Testosteronampullen mit einem Gesamttestosterongehalt von 3.600 mg in einem von ihm hierzu präparierten Buch, welches er sodann in Folie einschweißte und zu einem nicht mehr genau feststellbaren Zeitpunkt zwischen dem 21. November 2015 und dem 12. Dezember 2015 – nachdem ein erster Übergabeversuch gescheitert war – dem Angeklagten K. übergab. Dieser reichte am 12. Dezember 2015 auf dem Parkplatz eines Baumarktes dem Angeklagten H. entsprechend vorheriger telefonischer Absprache einen Stoffbeutel aus, in welchem sich das präparierte Buch nebst Inhalt, zwölf Tüten „Spice“ mit insgesamt 34,52 g des synthetischen Cannabinoids MDMB-CHMICA sowie 26,62 g Haschisch mit einer Wirkstoffmenge geringer als 7,5 g Delta-9-THC befanden; die Betäubungsmittel hatte der Angeklagte K. zuvor erworben. Von dem ursprünglich vereinbarten „Botenlohn“ in Höhe von 200 € erhielt der Angeklagte H. noch 50 €, die der Angeklagte K. lose in dessen Rucksack legte, was der Angeklagte H. auch bemerkte und billigte. Er war damit einverstanden, dass diese 50 € – wie zuvor zwischen den Angeklagten Y., B. und K. vereinbart – als Gegenleistung für das Einbringen der Gegenstände in die Justizvollzugsanstalt T. und deren Übergabe an den Angeklagten Y.

gedacht waren. Den Angeklagten war bewusst, dass der Angeklagte H. als Ausbilder in der Justizvollzugsanstalt besondere Verpflichtungen einzuhalten hatte und nahmen zumindest billigend in Kauf, dass dieser keine Gegenstände in die Justizvollzugsanstalt einbringen und hierfür keinen Vorteil annehmen darf. Die Übergabe an den Angeklagten H. wurde polizeilich observiert. Die im Buch versteckten Gegenstände, das Betäubungsmittel und das Bargeld in Höhe von 50 € wurden sichergestellt.

III.

8 Das Landgericht hat die Entgegennahme der 50 € Bargeld als Vorteilsannahme bzw. deren Hingabe als Gegenleistung für das Einbringen der für den Angeklagten Y. bestimmten Gegenstände in die Justizvollzugsanstalt T. als gemeinschaftlich begangene Vorteilsgewährung gewertet. Der Angeklagte H. sei besonders Verpflichteter im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB gewesen; die von ihm abgegebene Verpflichtungserklärung wahre die wesentlichen Förmlichkeiten und sei nicht nichtig. Teil dieser Verpflichtung sei es gewesen, keine Gegenstände für Gefangene anzunehmen, in die Justizvollzugsanstalt einzubringen und weiterzugeben. Aufgrund konkludent getroffener Unrechtsvereinbarung habe der Angeklagte H. einen Vorteil für die Dienstausbübung erlangt. Eine konkrete Diensthandlung im engeren Sinn, wie es in §§ 332, 334 StGB gefordert werde, liege jedoch nicht vor: Das Einbringen und Vermitteln von Gegenständen in die Justizvollzugsanstalt könne grundsätzlich von jedermann vorgenommen werden und stelle nur einen Realakt dar.

B. Revisionen der Staatsanwaltschaft

9 Die Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft haben Erfolg. Die Verurteilung der Angeklagten in Fall II.3 der Urteilsgründe hält sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand, was zu den aus Ziffer 1 des Tenors ersichtlichen Schuldspruchänderungen und zur Teilaufhebung des angefochtenen Urteils – hinsichtlich der Angeklagten K. und B. auch zu deren Gunsten (§ 301 StPO) – führt.

I.

10 Ein – auch auf Revision der Staatsanwaltschaft von Amts wegen zu be-
achtendes – Verfahrenshindernis besteht nicht. Insbesondere weist der bei der
Akte befindliche Eröffnungsbeschluss der 6. Strafkammer des Landgerichts drei
Unterschriften auf. Die Vermutung der Verteidigung, die Unterschrift des Bericht-
erstatters könnte nachträglich, etwa erst nach Übergang des Verfahrens auf die
8. Strafkammer, erfolgt sein, findet in der Akte keinen Anhalt und ist durch die
dienstlichen Erklärungen der Vorsitzenden der 6. Strafkammer und des seiner-
zeitigen Berichterstatters widerlegt.

II.

11 Die Rechtsmittel der Staatsanwaltschaft sind insoweit beschränkt, als sie
sich hinsichtlich aller Angeklagten gegen deren Verurteilung in Fall II.3 der Ur-
teilsgründe richten. Eine weiter gehende Beschränkung wäre unwirksam.

12 Die Staatsanwaltschaft macht geltend, das Landgericht habe den Ange-
klagten H. rechtsfehlerhaft nur der Vorteilsannahme (§ 331 StGB) statt
richtigerweise der Bestechlichkeit (§ 332 StGB) schuldig gesprochen; spiegel-
bildlich hätten die Angeklagten Y. , K. und B. als „Vorteilsgeber“
nicht lediglich wegen Vorteilsgewährung (§ 333 StGB), sondern wegen Beste-
chung (§ 334 StGB) verurteilt werden müssen; das Tatbestandsmerkmal der
pflichtwidrigen Diensthandlung werde von den Feststellungen belegt. Hierauf ge-
stützt erstrebt sie eine Schuldspruchänderung und die Aufhebung der Rechtsfol-
genaussprüche.

13 Die Beschränkung ist insoweit wirksam, als sich die Revision auf Fall II.3
der Urteilsgründe als eine von mehreren angeklagten Taten bezieht. Eine weiter

gehende Beschränkung auf eine Tat, die zu einer anderen im Verhältnis zur Tateinheit steht, ist hier nach dem Grundsatz der Unteilbarkeit des Schuldspruchs ebenso wie die Beschränkung auf einzelne rechtliche Gesichtspunkte einer Tat (hier: ein Tatbestandsmerkmal der §§ 332, 334 StGB) ausgeschlossen (vgl. LR-StPO/Franke, 26. Aufl., § 344 Rn. 27 ff.; MüKo-StPO/Knauer/Kudlich, 1. Aufl., § 344 Rn. 37; KK-StPO/Gericke, 8. Aufl., § 344 Rn. 8 je mwN).

III.

14 Zu Recht beanstandet die Beschwerdeführerin, dass das Landgericht die Angeklagten nicht wegen Bestechlichkeit (§ 332 StGB) bzw. wegen Bestechung (§§ 334, 25 Abs. 2 StGB) verurteilt hat.

15 1. Der Angeklagte H. war möglicher Täter einer Bestechung. Als Ausbilder von Strafgefangenen in einer Justizvollzugsanstalt war er für eine Stelle tätig, die Aufgaben der öffentlichen Verwaltung wahrnimmt. Wenn er als Mitarbeiter eines „der Justizvollzugsanstalt T. angegliederten Bildungswerks“, zu dem das Landgericht keinen näheren Feststellungen getroffen hat, nicht schon Amtsträger im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 2 StGB war, so war er doch ein für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteter im Sinne von § 11 Abs. 1 Nr. 4 StGB. Das Landgericht hat sich auf tragfähiger Grundlage davon überzeugt, dass die nach dem Gesetz über die förmliche Verpflichtung nichtbeamteter Personen (Verpflichtungsgesetz vom 2. März 1974, BGBl. I, S. 469, 547; VerpflG) vom Zeugen Be. am 20. Februar 2006 mündlich vorgenommene Verpflichtung des Angeklagten H. auf die gewissenhafte Erfüllung seiner Obliegenheiten – unter Hinweis auf die strafrechtlichen Folgen eines Pflichtverstoßes, § 1 Abs. 2 VerpflG –, über die auch eine von diesem unterzeichnete und entgegengenommene Niederschrift gefertigt wurde (vgl. § 1 Abs. 3 VerpflG), nicht unwirksam war.

16 2. Dem Angeklagten H. wurde nach den Feststellungen ein von diesem angenommener Vorteil (50 €) als Gegenleistung dafür gewährt, dass er eine Diensthandlung vornehmen und dadurch seine Dienstpflichten verletzen werde.

17 a) Eine Diensthandlung im Sinne der §§ 332, 334 StGB ist ein konkretes Verhalten im Rahmen der Dienstausbübung (vgl. MüKo-StGB/Korte, 3. Aufl., § 332 Rn. 7). Demgegenüber ist unter Dienstausbübung (im Sinne der §§ 331, 333 StGB) die Gesamtheit der Tätigkeiten zu verstehen, die ein Amtsträger oder besonders Verpflichteter zur Wahrnehmung der ihm übertragenen Aufgaben entfaltet, mithin die Diensthandlungen im Allgemeinen (MüKo-StGB/Korte, aaO, § 331 Rn. 106). Die Begriffe der Dienstausbübung und der Diensthandlung unterscheiden sich lediglich durch den Grad ihrer Konkretisierung. Hintergrund ist zum einen, dass die Pflichtwidrigkeit nur bei einer konkreten Diensthandlung bestimmt werden kann. Zum anderen erforderten die Tatbestände der §§ 331 ff. StGB bis zu ihrer Änderung durch das Gesetz zur Bekämpfung der Korruption vom 13. August 1997 (BGBl. I, S. 2038) eine – ausdrücklich oder konkludent getroffene – Unrechtsvereinbarung, bei der als Äquivalent für die Vorteilsgewährung eine bestimmte Diensthandlung erbracht wird (vgl. BGH, Urteil vom 31. Mai 1983 – 1 StR 772/82, NStZ 1984, 24 mwN). Dabei wurde freilich für ausreichend erachtet, dass sich das Einverständnis der Beteiligten darauf bezieht, dass der Amtsträger innerhalb eines bestimmten Aufgabenkreises oder Kreises von Lebensbeziehungen nach einer gewissen Richtung hin tätig werden soll oder die einvernehmlich ins Auge gefasste Diensthandlung lediglich nach ihrem sachlichen Gehalt zumindest in groben Umrissen erkennbar und festgelegt ist. Mit der Neufassung wurde dieser enge Bezug zu bestimmten Diensthandlungen in der Weise gelockert, dass nunmehr das Fordern oder Gewähren eines Vorteils für die Dienstausbübung im Allgemeinen ausreichend ist (vgl. BT-Drucks. 13/8079, S. 15). Das Tatbestandsmerkmal „für die Dienstausbübung“ in §§ 331, 333 StGB

soll zum Ausdruck bringen, dass nicht bereits die Annahme von Vorteilen „im Zusammenhang mit dem Amt“ zur Strafbarkeit führen soll, eine Änderung zur Frage, welche Tätigkeiten eines Amtsträgers zu seinem Dienst gehören, ist damit nicht verbunden (vgl. MüKo-StGB/Korte, aaO, § 331 Rn. 105 f. mwN).

- 18 b) Dienstlich ist jede Tätigkeit, die nicht nur „bei Gelegenheit“ der Dienstausübung begangen wird und nicht allein privaten Zwecken dient, sondern die zum allgemeinen Aufgabenbereich gehört oder damit in unmittelbarem Zusammenhang steht, nach objektiven Gesichtspunkten äußerlich als Diensthandlung erscheint und von dem Willen getragen ist, dienstliche Aufgaben zu erfüllen (BGH, Urteil vom 19. Februar 2003 – 2 StR 371/02, BGHSt 48, 213). Eine Diensthandlung liegt jedenfalls dann vor, wenn das Handeln zu den dienstlichen Obliegenheiten des Amtsträgers gehört und von ihm in dienstlicher Eigenschaft vorgenommen wird (vgl. BGH, Urteil vom 22. März 2018 – 5 StR 566/17, NJW 2018, 1767 Rn. 9 mwN). Auch das Unterlassen einer nach den dienstlichen Verpflichtungen gebotenen Handlung kann eine Diensthandlung darstellen (vgl. Senat, Urteil vom 3. Dezember 1997 – 2 StR 267/97, NStZ 1998, 194). Eine pflichtwidrige Diensthandlung im Sinne des § 332 StGB begeht nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs darüber hinaus nicht nur derjenige, der eine Tätigkeit vornimmt, die an sich in den Kreis seiner Amtspflichten fällt, sondern auch, wer seine amtliche Stellung dazu missbraucht, eine durch die Dienstvorschriften verbotene Handlung vorzunehmen, die ihm gerade seine amtliche Stellung ermöglicht. Ein solcher Missbrauch ist keine Privattätigkeit, sondern eine pflichtwidrige Amtshandlung (vgl. BGH, Urteil vom 28. Oktober 1986 – 5 StR 244/86, NStZ 1987, 326, 327; MüKo-StGB/Korte, aaO, § 332 Rn. 11 jeweils mwN).

19 c) Gemessen hieran erweist sich die Annahme des Landgerichts, der gewährte und angenommene Vorteil (50 €) sei keine Gegenleistung für eine pflichtwidrige Diensthandlung, als rechtsfehlerhaft. Der Angeklagte H. betrat die Justizvollzugsanstalt nicht als Privatmann oder allein zu privaten Zwecken, sondern als der sodann in der Justizvollzugsanstalt tätige Ausbilder; Betreten der und Ausbilden in der Justizvollzugsanstalt stehen in einem untrennbaren räumlichen und sachlichen Zusammenhang. Gerade diesen Umstand wollten sich die Angeklagten für das Einbringen der für den dort in Strafhaft befindlichen Angeklagten Y. bestimmten Gegenstände zunutze machen. Dass er hierbei auch gegen seine Verpflichtungen verstieß, keine Gegenstände für Strafgefangene in die Justizvollzugsanstalt zu schmuggeln, liegt auf der Hand. Überdies hat das Landgericht die Belehrung des Angeklagten H. hierüber rechtsfehlerfrei festgestellt.

20 3. Die Feststellungen belegen auch das von §§ 332, 334 StGB geforderte Gegenseitigkeitsverhältnis zwischen Vorteil und Diensthandlung.

21 Erforderlich ist, dass der Vorteil dem Empfänger um einer bestimmten geschehenen oder künftigen Diensthandlung willen zugutekommen soll, dass er nach dem ausdrücklichen oder stillschweigenden Einverständnis der beiden Beteiligten seinen Grund gerade in der Diensthandlung hat, oder dass er „Äquivalent“ oder „Entgelt“ für die Diensthandlung ist (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1993 – 4 StR 347/93, NStZ 1994, 488, 489). Eine solche „Unrechtsvereinbarung“ stellt die Strafkammer fest. Der von ihr aus den abgehörten Gesprächen, dem unzweifelhaften Bezug zur Tätigkeit des Angeklagten, der beabsichtigten Heimlichkeit der dann observierten Übergabe (vgl. BGH, Urteile vom 23. Oktober 2002 – 1 StR 541/01, BGHSt 48, 44, 51; vom 21. Juni 2007 – 4 StR 99/07, NStZ 2008, 216, 218 Rn. 13 und 4 StR 69/07, NStZ-RR 2007, 309, 311) und der Auffindsituation des Bargelds im Rucksack in einer Gesamtschau gezogene Schluss, der

Angeklagte H. habe das Einlegen des Geldscheins in seinen Rucksack gesehen und – wie von den Mitangeklagten gemeinschaftlich auch so beabsichtigt – zumindest stillschweigend als Gegenleistung für das pflichtwidrige Einschmuggeln der ihm übergebenen Gegenstände in die Justizvollzugsanstalt angenommen, ist rechtsfehlerfrei.

22 4. Nach den auch im Übrigen rechtsfehlerfrei getroffenen Urteilsfeststellungen handelten die Angeklagten K. , Y. und B. nicht nur gemeinschaftlich, sondern auch vorsätzlich.

23 a) Der Tatbestand des § 334 Abs. 1 StGB setzt in subjektiver Hinsicht Vorsatz voraus, Eventualvorsatz genügt (vgl. MüKo-StGB/Korte, aaO, § 334 Rn. 14; NK-StGB/Kuhlen, 5. Aufl., § 334 Rn. 7). Bietet der Täter Vorteile für eine Handlung an, welche die dienstlichen Pflichten tatsächlich verletzen würde, so genügt es, dass er mit einer Pflichtwidrigkeit rechnet, diese in Kauf nimmt und dafür einen Vorteil anbietet usw.; bedingter Vorsatz genügt auch im Hinblick auf die Eigenschaft des Bestechungsadressaten (Heine/Eisele in Schönke/Schröder, StGB, 30. Aufl., § 334 Rn. 9 mwN).

24 b) So liegen die Dinge hier. Die Angeklagten K. , Y. und B. , die alle über Hafterfahrungen verfügten, setzten den Angeklagten H. den anderen Bediensteten in der Justizvollzugsanstalt gleich, was durch die Bezeichnung „Hund“ oder „Bulle“ in den zwischen ihnen geführten Gesprächen belegt ist. Auch wenn sie keine Kenntnis von der Verpflichtung des Angeklagten H. nach dem Verpflichtungsgesetz oder deren Inhalt hatten, so war ihnen doch bewusst, dass auch der Angeklagte H. den für Beschäftigte in einer Justizvollzugsanstalt geltenden besonderen Pflichten unterlag, wonach er insbesondere keine Gegenstände für Strafgefangene dorthin einbringen durfte. Dies wird nicht zuletzt durch den Umstand belegt, dass sie die einzubringende Ware in

einem aufwendig dafür präparierten und sodann in Folie verschweißten Buch versteckt hatten.

IV.

25 Die Verurteilung der Angeklagten K. und B. weist darüber hinaus Rechtsfehler zu deren Lasten auf (vgl. § 301 StPO).

26 1. Hinsichtlich des Angeklagten K. belegen die Feststellungen lediglich den Versuch der Abgabe von Betäubungsmitteln. Die Tat war nicht bereits mit deren Übergabe an den Angeklagten H. vollendet.

27 a) Abgabe im Sinne des § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG ist die Übertragung der eigenen tatsächlichen Verfügungsgewalt ohne rechtsgeschäftliche Grundlage und ohne Gegenleistung an einen Dritten, der über das Betäubungsmittel frei verfügen kann (vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 1998 – 4 StR 403/98, NStZ-RR 1999, 89; MüKo-StGB/Oğlakcioğlu, 3. Aufl., BtMG § 29 Rn. 866; Weber, BtMG, 5. Aufl., BtMG § 29 Rn. 1113 jeweils mwN). Vollendet ist die Abgabe mit dem Übergang der tatsächlichen Verfügungsgewalt; die Vollendung setzt damit – wie die Veräußerung und das Inverkehrbringen – einen Besitzwechsel voraus (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Oktober 2015 – 3 StR 124/13 [zu § 95 Abs. 1 Nr. 5 AMG]; Weber, aaO, Rn. 1123). Bei der Einschaltung eines Boten zur Übergabe von Betäubungsmitteln ist die Tat regelmäßig erst vollendet, wenn der Empfänger diese erhält. Der Bote übt lediglich für den Übergebenden oder für den Empfänger die tatsächliche Gewalt aus, er hat als solcher keine eigene Verfügungsmacht (vgl. BGH, Beschlüsse vom 14. März 2002 – 3 StR 469/01; vom 17. Oktober 2006 – 3 StR 381/06; OLG München, StV 2015, 644; MüKo-

StGB/Oğlakcioğlu, aaO, Rn. 888; BeckOK-BtMG/Barrot, 9. Ed., BtMG § 29 Rn. 315).

28 b) Ausgehend hiervon wird die Annahme einer bereits vollendeten Abgabe von den getroffenen Feststellungen nicht getragen. Denn nach ihnen war der Angeklagte H. lediglich als Bote des Angeklagten Y. eingesetzt, der dazu angehalten war, die Betäubungsmittel dem Empfänger in der Haftanstalt zu übergeben. Zu einer Übergabe an den inhaftierten Angeklagten Y. kam es wegen der zuvor erfolgten Festnahme des Angeklagten H. nicht. Die Übergabe der Drogen an den Angeklagten H. führte auch nicht zu einer grundsätzlich möglichen (vgl. BGH, Beschluss vom 25. April 2018 – 1 StR 136/18 mwN) Besitzvermittlung für den Angeklagten Y., da dieser als Insasse der Justizvollzugsanstalt keine tatsächliche Gewalt ausüben konnte (vgl. Patzak in Körner/Patzak/Volkmer, BtMG, 9. Aufl., BtMG § 29 Teil 8 Rn. 14 mwN).

29 c) Belegt ist indes der mit der Festnahme des Angeklagten H. fehlgeschlagene Versuch einer Abgabe (§ 29 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 BtMG), zu dem der Angeklagte K. mit Übergabe der Drogen unmittelbar ansetzte.

30 2. Auch die Verurteilung des Angeklagten B. wegen Verstößen gegen das Arzneimittelgesetz ist nicht frei von Rechtsfehlern.

31 a) Zwar werden die Feststellungen des Landgerichts hierzu, wonach der Angeklagte Testosteronampullen mit einem Gesamttestosterongehalt von 3.600 mg in dem für den Angeklagten Y. bestimmten Buch versteckt hatte und dieses sodann weitergab, von der Beweiswürdigung getragen. Insbesondere bestehen nach der Einlassung der Angeklagten und dem erstatteten Behördengutachten keine Anhaltspunkte dafür, die Ampullen könnten andere als auf deren Originalverpackung angegebene Wirkstoffmengen enthalten.

32 b) Indes hat sich der Angeklagte B. nach den Feststellungen nur wegen – tateinheitlich zum Bestechungsdelikt verwirklichten – Inverkehrbringens von Arzneimitteln zu Dopingzwecken im Sport und Besitzes von Arzneimitteln in nicht geringer Menge zu Dopingzwecken im Sport strafbar gemacht (§ 95 Abs. 1 Nr. 2a und Nr. 2b, § 6a Abs. 2a Satz 1 AMG in der bis 17. Dezember 2015 geltenden Fassung in Verbindung mit Anlage I zum Internationalen Übereinkommen gegen Doping im Sport in der Fassung vom 15. Dezember 2014 – BGBl. II, S. 1356 – und Art. 2 Abs. 1 Nr. 1 der Zweiten Verordnung zur Bestimmung von Dopingmitteln und zur Festlegung der nicht geringen Menge – DmMV). Die Verurteilung wegen deren Erwerbs hat zu entfallen; Feststellungen dazu hat die Strafkammer nicht getroffen. Das Inverkehrbringen und der allein wegen Überschreitens der nicht geringen Menge strafbare Besitz der hier verfahrensgegenständlichen Testosteronampullen weisen jeweils einen eigenen Unrechtsgehalt auf und sind tateinheitlich verwirklicht.

V.

33 Weiter gehende Rechtsfehler zum Nachteil oder zugunsten der Angeklagten lässt die Nachprüfung des angefochtenen Urteils nicht erkennen.

VI.

34 Der Senat ändert daher die Schuldsprüche auf die Revisionen der Staatsanwaltschaft wie aus Ziffer 1 des Tenors ersichtlich. § 265 Abs. 1 StPO steht dem nicht entgegen, da sich die Angeklagten nicht besser als geschehen gegen den Anklagevorwurf hätten verteidigen können. Soweit die Schuldspruchänderung zu Gunsten der Angeklagten erfolgt, schließt der Senat aus, dass in einer neuen

Hauptverhandlung ergänzende, die angegriffenen Verurteilungen tragende Feststellungen getroffen werden könnten.

VII.

35 Die Änderung der Schuldsprüche zieht hinsichtlich der Angeklagten H. , Y. und B. die Aufhebung der diese betreffenden Strafaussprüche, beim Angeklagten K. , insoweit auch zu dessen Gunsten, die Aufhebung des Fall II.3 der Urteilsgründe betreffenden Einzelstrafauspruchs und des Gesamtstrafauspruchs nach sich.

36 Soweit die Änderung des Schuldspruchs auch zu Gunsten des Angeklagten B. erfolgt, würde dies allein nicht zu einer Aufhebung auch des Strafausspruchs führen, denn insoweit kann ausgeschlossen werden, dass die Strafkammer bei rechtlich zutreffender Bewertung der Verstöße gegen das AMG eine mildere Strafe verhängt hätte.

VIII.

37 Soweit das Landgericht eine Kompensation wegen einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung gewährt hat, lässt dies für sich genommen Rechtsfehler zugunsten oder zu Lasten (§ 301 StPO) des Angeklagten nicht erkennen. Die Kompensationsentscheidung wird von der Teilaufhebung nicht berührt; sie hat Bestand (vgl. BGH, Urteil vom 27. August 2009 – 3 StR 250/09, BGHSt 54, 135, 137 f.).

C. Revision des Angeklagten H.

38 Die Revision des Angeklagten ist unbegründet. Seine Verfahrensbeanstandungen dringen aus den vom Generalbundesanwalt in seiner Zuleitungsschrift dargelegten Gründen nicht durch und die auf die Sachrüge gebotene umfassende Nachprüfung des angefochtenen Urteils deckt keinen Rechtsfehler zum Nachteil des Angeklagten auf.

D. Revisionen der Angeklagten K. , Y. und B.

39 Die Revisionen der Angeklagten K. , Y. und B. haben mit einer Verfahrensbeanstandung Erfolg. Die Rüge einer Verletzung der nach § 243 Abs. 4 StPO zu beachtenden Mitteilungspflichten im Zusammenhang mit einem am 7. September 2018 geführten Verständigungsgespräch außerhalb der Hauptverhandlung ist begründet. Auf die weiteren Verfahrensbeanstandungen und die Sachrüge kommt es danach nicht mehr an.

40 1. Der Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zu Grunde:

41 Die Hauptverhandlung begann am 31. August 2018 um 9.00 Uhr. Nach Feststellung der Anwesenheit wurde sie um 9.08 Uhr unterbrochen und um 10.06 Uhr fortgesetzt. Nach Belehrung der Dolmetscherin und des Sachverständigen sowie Verlesung des Anklagesatzes teilte der Vorsitzende mit, dass in der vorhergehenden Sitzungspause Gespräche gemäß § 257c StPO stattgefunden hätten, über deren Inhalt eine Niederschrift erfolgen und diese später als Anlage zu Protokoll genommen werde. Sodann wurden die Angeklagten über ihr Aussageverweigerungsrecht belehrt. Die Beschwerdeführer erklärten sich nicht aussagebereit. Am zweiten Hauptverhandlungstag verlas der Vorsitzende – nachdem

Zeugen vernommen worden waren – einen Vermerk über das am ersten Verhandlungstag auf seine Anregung geführte „Erörterungsgespräch nach § 257b StPO“, der die Teilnehmer benennt und die Strafmaßvorstellungen der Staatsanwaltschaft im Falle geständiger Einlassungen darstellt. Ferner wird mitgeteilt, dass sich die Verteidiger der Angeklagten hierzu geäußert hätten, die Strafkammer nach Beratung ihre Vorstellungen über das Strafmaß im Falle geständiger Einlassungen kundgetan habe, die Verteidiger mitgeteilt hätten, diesen Vorschlag ihren Mandanten auszurichten und dass die Hauptverhandlung fortgesetzt worden sei, ohne dass eine Verständigung zustande gekommen sei. Der Vermerk wurde als Anlage zu Protokoll genommen.

42 In dem Gespräch hatten die Verteidiger der Beschwerdeführer geäußert, dem Vorschlag der Staatsanwaltschaft unter Umständen näher treten zu können, der auch für die Angeklagten K. und B. Freiheitsstrafen vorsah, deren Vollstreckung jeweils zur Bewährung ausgesetzt werden sollte. Sie hatten gegen die Vorstellungen der Strafkammer, wonach allein beim Angeklagten H. eine Strafaussetzung zur Bewährung in Betracht komme, Bedenken vorgetragen, aber mitgeteilt, die Vorschläge ihren Mandanten unterbreiten zu wollen. Die Verteidiger der Angeklagten K. und B. äußerten, dass für ihre Mandanten eine Verständigung nur im Fall einer Strafaussetzung zur Bewährung in Betracht komme.

43 In der Hauptverhandlung vom 7. September 2018 fand in einer Sitzungspause, diesmal auf Initiative des Verteidigers des Angeklagten B., erneut ein Rechtsgespräch im Beratungszimmer statt, welches eine mögliche Verständigung zum Gegenstand hatte und an dem die bereits am ersten Gespräch Beteiligten teilnahmen. Die Strafkammer verblieb unter Bezugnahme auf das Gespräch vom 31. August 2018 bei ihren Vorstellungen, der Vertreter der Staatsanwaltschaft äußerte sich nicht. Die Verteidiger erklärten, weiterhin nicht mit dem

Vorschlag der Strafkammer einverstanden zu sein und machten – wie schon im ersten Gespräch – eine Strafaussetzung zur Bewährung zur Bedingung einer Verständigung. Nach Fortsetzung der Hauptverhandlung teilte der Vorsitzende mit, dass ein erneutes Rechtsgespräch stattgefunden habe, eine Einigung nach § 257c StPO aber nicht erzielt worden sei. Weiteres zu dem Gespräch teilte der Vorsitzende auch bis zum Abschluss des Verfahrens nicht mit.

44 2. Die zulässig erhobene Rüge einer Verletzung von § 243 Abs. 4, § 273 Abs. 1a StPO hat Erfolg. Das Landgericht hat seine Informationspflicht verletzt.

45 a) Nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO, der einerseits dem Schutz der Angeklagten, die an Verständigungsgesprächen nicht teilgenommen haben, dient, weil sie gegebenenfalls ihr Verteidigungsverhalten an den Informationen über die gescheiterten Gespräche ausrichten können, andererseits die Verfahrenstransparenz und damit einhergehende -kontrolle durch die Öffentlichkeit sichern will (vgl. BVerfG, NJW 2020, 2461 Rn. 26 mwN), muss der Vorsitzende über Erörterungen mit Verfahrensbeteiligten, die nach Beginn der Hauptverhandlung, aber außerhalb von dieser stattgefunden haben und deren Gegenstand die Möglichkeit einer Verständigung gewesen ist, in der Hauptverhandlung Mitteilung machen. Bekanntzugeben ist dabei nicht nur der Umstand, dass es solche Erörterungen gegeben hat, sondern auch deren wesentlicher Inhalt. Hierzu gehört regelmäßig die Darlegung, von welcher Seite die Frage einer Verständigung aufgeworfen wurde, welche Standpunkte gegebenenfalls vertreten wurden und auf welche Resonanz dies bei den anderen am Gespräch Beteiligten jeweils gestoßen ist (vgl. BVerfGE 133, 168, 216; BVerfG, NJW 2020, 2461, 2463 Rn. 28; Senat, Beschluss vom 5. Juni 2014 – 2 StR 381/13, NStZ 2014, 601, 602 Rn. 10; BGH, Beschlüsse vom 10. Januar 2017 – 3 StR 216/16, NStZ 2017, 363, 364; vom 11. Januar 2018 – 1 StR 532/17, NStZ 2018, 363, 364; vom 3. März 2020 – 5 StR 36/20). Diese Umstände sind auch im Fall erfolgloser Verständigungsbemühungen mitzuteilen

(BVerfG, NJW 2020, 2461, 2463 Rn. 26 mwN; Senat, Urteil vom 5. Juni 2014 – 2 StR 381/13, BGHSt 59, 252, 255 Rn. 10; BGH, Beschlüsse vom 5. Oktober 2010 – 3 StR 287/10, BGHR StPO § 257 c Abs. 1 Erörterungen 1; vom 9. April 2014 – 1 StR 612/13, NSTZ 2014, 416, 417). Aus dem § 243 Abs. 4 StPO zugrundeliegenden Transparenzgebot ergibt sich auch, dass in aller Regel eine umgehende Information nach dem Verständigungsgespräch geboten ist (vgl. BGH, Beschluss vom 27. Januar 2015 – 1 StR 393/14, NSTZ 2015, 353; KK-StPO/Schneider, 8. Aufl., § 243 Rn. 64 dort auch zu Ausnahmen).

46 b) Es bestehen bereits Bedenken, ob die Mitteilung über das am 31. August 2018 geführte Verständigungsgespräch diesen Anforderungen in inhaltlicher und insbesondere auch in zeitlicher Hinsicht entspricht, nachdem die Hauptverhandlung nach den Gesprächen gemäß § 257c StPO ohne Mitteilung ihrer Inhalte über einen längeren Zeitraum fortgesetzt worden waren. Jedenfalls die Unterrichtung über das während einer Unterbrechung der Hauptverhandlung am 7. September 2018 mit dem Ziel einer Verständigung geführte Gespräch, der lediglich das Stattfinden und das Ergebnis des Verständigungsgesprächs zu entnehmen ist, genügt den gesetzlichen Anforderungen nicht. Derart knappe Mitteilungen sind nicht geeignet, die gesetzlich erstrebte Transparenz hauptverhandlungsferner Unterredungen herzustellen (vgl. Senat, Beschluss vom 23. Oktober 2018 – 2 StR 417/18 Rn. 2 mwN; KK-StPO/Schneider, aaO, § 243 Rn. 59 mwN).

47 Eine weiter gehende Mitteilung über das Gespräch am 7. September 2018 war auch nicht deshalb entbehrlich, weil § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO für nach Beginn der Hauptverhandlung erfolgte verständigungsbezogene Erörterungen nur fordert, Änderungen gegenüber einer vorhergehenden Mitteilung entsprechend § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO bekannt zu geben.

48 Dahinstehen kann, ob bei einem völlig inhaltsgleichen weiteren Anlauf nach zuvor gescheiterten Unterredungen unter Aufrechterhaltung der früheren Positionen § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO nicht greift (vgl. KK-StPO/Schneider, aaO, § 243 Rn. 63 mwN) oder ob es – was vom Zweck des § 243 Abs. 4 StPO her naheliegt – auch in Fällen des § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO zumindest der Mitteilung bedarf, dass das Gespräch den gleichen Inhalt hatte wie das vorhergehende und dass sich hinsichtlich der von den Verfahrensbeteiligten eingenommenen Standpunkte keine Veränderungen ergeben haben (vgl. BGH, Beschluss vom 21. März 2017 – 1 StR 622/16, NStZ-RR 2017, 181, 182). Denn hier verliefen die Gespräche nicht völlig inhaltsgleich. Die Initiative zu dem neuerlichen Gespräch kam nunmehr von einem der Verteidiger und die Staatsanwaltschaft hatte sich überhaupt nicht geäußert. Beides betrifft nicht lediglich Nuancen des Gesprächsverlaufs, sondern grundsätzlich mitteilungsbedürftige Gesprächsinhalte (vgl. BVerfGE 133, 168, 216; BVerfG NJW 2020, 2461, 2463 Rn. 28; BGH, Beschluss vom 10. Januar 2017 – 3 StR 216/16, NStZ 2017, 363, 364 mwN).

49 c) Der Senat kann nicht ausschließen, dass das angefochtene Urteil auf dem Rechtsfehler beruht (§ 337 Abs. 1 StPO).

50 Bei Verstößen gegen die Mitteilungspflichten aus § 243 Abs. 4 StPO ist regelmäßig davon auszugehen, dass das Urteil darauf beruht (vgl. BVerfG, NStZ 2015, 170, 171 f. mwN; BVerfG, NJW 2020, 2461, 2464 Rn. 37; Senat, Beschluss vom 23. Oktober 2018 – 2 StR 417/18 Rn. 2; BGH, Beschluss vom 11. Januar 2018 – 1 StR 532/17, NStZ 2018, 363, 364), da sich – bis auf eng begrenzte Ausnahmefälle – nicht ausschließen lässt, dass das Gericht bei gesetzesmäßigem Vorgehen infolge eines anderen Prozessverlaufs zu einem anderen Ergebnis gelangt wäre.

51 Dies ist auch hier der Fall. Die Beschwerdeführer konnten durch die Mitteilung keine Kenntnis erlangen, ob das Landgericht die zuvor gemachten Verständigungsvorschläge modifiziert hat sowie ob und wie sich ihre Verteidiger dazu verhalten haben. Dem Umstand, dass die Verteidiger der Beschwerdeführer – wie der verlesene Vermerk über das erste Gespräch den Tatsachen entsprechend wiedergibt – angekündigt hatten, ihre Mandanten diesbezüglich in Kenntnis zu setzen, kann maßgebliche Bedeutung nicht beigemessen werden. Denn ein Informationsdefizit eines Angeklagten kann regelmäßig nicht durch eine Unterrichtung durch den Verteidiger ausgeglichen werden (vgl. BVerfG, NJW 2020, 2461, 2464 Rn. 38; vgl. Senat, Urteil vom 5. Juni 2014 – 2 StR 381/13, BGHSt 59, 252, 259 Rn. 20; Beschluss vom 12. Oktober 2016 – 2 StR 367/16, NStZ 2017, 244, 245; BGH, Beschluss vom 26. November 2019 – 3 StR 336/19,

NStZ-RR 2020, 87). Der Senat kann nicht ausschließen, dass sich die Beschwerdeführer bei einer ordnungsgemäßen Information durch den Vorsitzenden zu einem anderen Verteidigungsverhalten entschlossen hätten.

Franke

Krehl

Eschelbach

Zeng

Meyberg

Vorinstanz:

Erfurt, LG, 09.01.2019 - 830 Js 38959/15 8 KLS 131 Ss 74/19