



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

5 StR 20/19

vom
18. Juni 2019
in der Strafsache
gegen

wegen Bestechlichkeit

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts und des Beschwerdeführers am 18. Juni 2019 gemäß § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG beschlossen:

1. Der Senat beabsichtigt zu entscheiden:

Eine Hinweispflicht auf die Rechtsfolge der nach den §§ 73, 73c StGB obligatorischen Einziehung, die an bereits in der Anklageschrift enthaltene tatsächliche Umstände anknüpft, sehen weder § 265 Abs. 1 StPO, noch § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO vor.

2. Der Senat fragt bei den anderen Strafsenaten an, ob an entgegenstehender Rechtsprechung festgehalten wird.

Gründe:

- 1 Das Landgericht hat den Angeklagten H. wegen Bestechlichkeit zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und acht Monaten, von denen vier Monate aufgrund rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung als vollstreckt gelten, verurteilt und die Vollstreckung der Strafe zur Bewährung ausgesetzt. Daneben hat es gegen ihn die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe von 68.300 Euro angeordnet. Gegen dieses Urteil richtet sich dessen mit Verfahrensrügen und der Sachrüge begründete Revision.

I.

2 1. Nach den der Verurteilung zugrundeliegenden Feststellungen trat der Angeklagte H. am 20. Januar 2010 sein Amt als Bürgermeister der Gemeinde an. Auf dem Gemeindegebiet befand sich die Liegenschaft , die aus zwei rechtlich selbständigen Grundstücken bestand, die allerdings durch eine gemeinsame Bebauung mit einem früheren Kinderheim faktisch verbunden waren. Das größere Grundstück stand ursprünglich im Eigentum der Stadt , das angrenzende Nachbargrundstück in demjenigen der Gemeinde . Beide Grundstückseigentümer waren viele Jahre bestrebt, die Liegenschaft als Ganzes an einen Investor zu verkaufen. Trotz der rechtlichen Trennung wurde aufgrund der funktionalen Einheit der Liegenschaft von beiden Eigentümern der Verkaufsprozess als gemeinsamer Vorgang betrachtet und auch so betrieben. Insbesondere die mit dem Verkauf des

Grundstücks betraute W.

(W.) verwies potentielle Investoren regelmäßig zunächst an die Gemeinde , um die sich wegen der einheitlichen Überbauung auf beide Grundstücke erstreckenden Planungen mit den Gemeindebelangen abzustimmen. Nachdem ein an verschiedene Bedingungen geknüpfter Verkauf der Grundstücke an einen Investor gescheitert war, beschloss die Gemeindevertreterversammlung von am 16. September 2010 das Gemeindegrundstück im Wege einer öffentlichen Ausschreibung an den Höchstbietenden ohne Formulierung von Bedingungen zu verkaufen.

3 Bis 30. September 2010 vereinbarten der Angeklagte und der Mitangeklagte He. , ein Unternehmer, die Liegenschaft selbst zu erwerben, durch Entfernung des Altbestands und Aufteilung in Parzellen zu entwickeln und diese

sodann mit Gewinn zu verkaufen. Er sagte diesem zu, die ihm aufgrund seines Amtes als Bürgermeister eröffneten Ermessensspielräume zu nutzen, um den Verkaufsprozess hinsichtlich des gemeindeeigenen Grundstücks in die gewünschte Richtung zu lenken. Beiden Angeklagten war bewusst, dass die Entscheidung über den Verkauf des Grundstücks der Gemeindevertreterversammlung der Gemeinde oblag, aber dem Angeklagten H. als Leiter der Gemeindeverwaltung vielfältige Einflussmöglichkeiten eröffnet waren. Hinsichtlich des im Eigentum der Stadt stehenden Grundstücks signalisierte der Angeklagte H. seine ihm als Bürgermeister aufgrund des funktionalen Zusammenhangs der beiden Grundstücke und der Rücksichtnahme der Stadt auf die planerischen Belange der Gemeinde bestehenden faktischen Einflussmöglichkeiten geltend zu machen, um auch insoweit der gemeinsamen Unternehmung den Zuschlag zu ermöglichen. Der Angeklagte He. sicherte dem Angeklagten H. im Gegenzug zu, für die Finanzierung des Erwerbs der Grundstücke im Rahmen einer noch zu gründenden Gesellschaft aufzukommen und diesen an den durch den späteren Verkauf der Grundstücke erwirtschafteten Gewinnen hälftig zu beteiligen.

- 4 In Umsetzung dieser Vereinbarung gründeten die Angeklagten mit Vertrag vom 30. November 2010 die G. (G.), wobei von den beiden Angeklagten lediglich der Angeklagte He. nach außen als Gesellschafter auftrat. Um seinen Interessenkonflikt als Bürgermeister der Gemeinde zu verdecken, aber zugleich einen faktischen Zugriff auf die durch die Gesellschaft erwirtschafteten Gewinne zu erhalten, wurde formell der Stiefsohn des Angeklagten H. , C. , Gesellschafter der G. . Jedenfalls zum Zeitpunkt der Gründung diente die Gesellschaft

allein dem Zweck, die verfahrensgegenständlichen Grundstücke zu erwerben und zu vermarkten.

5 Das zunächst im Eigentum der Stadt stehende Grundstück wurde am 16. Dezember 2010 an die G. verkauft, nachdem der Angeklagte H. durch seine Einflussnahme erreicht hatte, dass ein weiterer Interessent von seinem Erwerbsvorhaben Abstand genommen und kein notariell beglaubigtes Angebot bei der W. eingereicht hatte. In diesem Zusammenhang äußerte der Angeklagte H. in einem Telefonat mit dem zuständigen Sachbearbeiter der W. , dem Zeugen Ha. , dass er in seiner Funktion als Bürgermeister der Gemeinde den Angeklagten He. als Investor bevorzuge. Nachdem die Gemeindeverwaltung den Verkauf des gemeindeeigenen Grundstücks an die G. vorgeschlagen hatte, wurde dieser am 17. März 2011 der Zuschlag erteilt. Das zugrundeliegende Angebot der G. wurde ursprünglich durch den Angeklagten H. entworfen.

6 In der Folge entwickelte der Angeklagte Hei. die beiden Grundstücke gemäß der vorgefassten Absicht der beiden Angeklagten und veräußerte nach deren Aufteilung in fünf Parzellen die neu geschaffenen Grundstücke bis Ende des Jahres 2011 zu einem Gesamterlös von 575.325 Euro. Der hieraus resultierende Gewinn von 194.512,55 Euro wurde der in der Unrechtsvereinbarung niedergelegten Absicht der Angeklagten entsprechend nicht im Gesellschaftsvermögen der G. belassen, sondern im Rahmen der Gewinnzuweisung für das Jahr 2011 alsbald nach Abzug von Kosten und Steuern dem Angeklagten He. und dem Strohmann-Gesellschafter C. zunächst in Höhe von jeweils 97.131,27 Euro zugewiesen und infolge mindestens zweier Ausschüttungen bzw. Entnahmen auf deren Privatkonten überwiesen. Der Strohmann-Gesellschafter C. transferierte nach Abzug einer ihm zuvor von

beiden Angeklagten zugesicherten „Provision“ einen Teil des Gewinns auf das Konto der Ehefrau des Angeklagten H. , welche diesem das Geld kurz darauf zur Verfügung stellte. Zum Teil übergab C. den Gewinnanteil dem Angeklagten H. auch in bar. Insgesamt flossen diesem hierdurch 68.300 Euro zu.

7 2. Der Senat möchte die Revision – dem Beschlussantrag des Generalbundesanwalts im Ergebnis folgend – verwerfen. Während er die Sachrüge – aus denselben Gründen des Beschlusses betreffend die Revision des Angeklagten He. (BGH, Beschluss vom 3. April 2019 – 5 StR 20/19) – und die weitere Verfahrensrüge für unbegründet im Sinne des § 349 Abs. 2 StPO erachtet, kann er über die auf Verletzung des § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO gestützte Verfahrensrüge wegen eines weder in der Anklageschrift noch innerhalb oder außerhalb der Hauptverhandlung erteilten rechtlichen Hinweises auf eine in Betracht kommende Einziehung des Wertes von Taterträgen nicht ohne Anfrage gemäß § 132 Abs. 2 und 3 GVG entscheiden.

8 Folgendes Verfahrensgeschehen liegt zugrunde:

9 a) Die Staatsanwaltschaft legte dem Angeklagten H. in ihrer Anklageschrift vom 25. Juni 2014 unter anderem zur Last, im Zusammenhang mit der Veräußerung der beiden Grundstücke an die G. seine Dienstpflichten verletzt zu haben. Als Gegenleistung hierfür seien über seinen Stiefsohn, C. , der ihm als Strohmann eine Einflussnahme auf die Gesellschaft sichern sollte, nach der ersten Ausschüttung an die Gesellschafter am 15. März 2012 Überweisungen auf das Konto seiner Ehefrau vorgenommen worden. Diese transferierte ihrerseits am 18. Juni 2012 47.000 Euro auf das Firmenkonto des Angeklagten H. . Am 11. Januar 2013 seien von dem Stief-

sohn weitere 140.000 Euro auf das Konto der Ehefrau des Angeklagten H. transferiert worden.

10 b) Dieser Sachverhalt ist weder in der vom Landgericht unverändert zur Hauptverhandlung zugelassenen Anklage, noch im Eröffnungsbeschluss, als Grundlage für eine Einziehung des Wertes von Taterträgen nach §§ 73, 73c StGB gekennzeichnet gewesen. Einen entsprechenden rechtlichen Hinweis, dass „eine Vermögensabschöpfung im Raum stehe“ erteilte die Vorsitzende in Erfüllung ihrer Mitteilungspflicht aus § 243 Abs. 4 StPO lediglich im Hinblick auf den Mitangeklagten He. , da mit dessen Verteidiger außerhalb der Hauptverhandlung eine Erörterung nach §§ 202a, 212 StPO stattfand.

11 3. Entgegen der Auffassung des Generalbundesanwalts ist die Rüge nicht bereits unzulässig erhoben, weil die Revision die Verlesung des Erörterungsvermerks nicht vorträgt. Dergleichen Vortrags bedurfte es nicht, da bezüglich des Angeklagten H. keine Erörterungen nach §§ 202a, 212 StPO stattgefunden haben, weshalb der Inhalt des Vermerks sich nicht an den Beschwerdeführer richtete und er damit durch dessen Verlesung auch nicht auf eine mögliche ihn betreffende Anordnung einer Einziehung hingewiesen werden konnte.

II.

12 Der Senat hält die Verfahrensrüge des Angeklagten H. für unbegründet. Denn der für die Anordnung der Einziehung des Wertes von Taterträgen nach §§ 73, 73c StGB vorgesehene Umstand, dass er durch die Tat Etwas erlangte, hat sich nicht erst – wie von § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO vorausgesetzt – in der Verhandlung ergeben. Mit der in der Anklageschrift erfolgten Bezeichnung des als Gegenleistung für die Diensthandlung erlangten Vorteils, wonach der Angeklagte Verfügungsgewalt über die realisierten Verkaufsgewinne erlangt

hat, waren diesem die tatsächlichen Voraussetzungen einer möglichen Einziehung bereits mit Zustellung der Anklage bekannt, so dass er seine Verteidigung hierauf einrichten konnte; eines rechtlichen Hinweises auf eine in Betracht kommende Einziehungsanordnung bedurfte es nicht. Der Senat beabsichtigt, die Revision zu verwerfen, sieht sich jedoch hieran durch die Entscheidung des 1. Strafsenats vom 6. Dezember 2018 (1 StR 186/18) gehindert. Für ihn sind dabei folgende Erwägungen maßgeblich.

13 1. § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO in der Fassung des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17. August 2017 (BGBl. I S. 3202, 3210) verlangt einen förmlichen Hinweis durch das Gericht, wenn sich vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände ergeben, welche unter anderem die Anordnung einer Maßnahme rechtfertigen. Diese besonderen Umstände müssen, um eine Hinweispflicht auszulösen, „erst in der Verhandlung“ hervorgetreten sein; insoweit unterscheidet sich § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO nicht von vorausgehenden Normfassungen. Anordnungstatsachen, die bereits zu einem früheren Zeitpunkt bekannt waren, führen nach dem Wortlaut der Vorschrift demnach nicht zum Entstehen einer Hinweispflicht.

14 a) Mit dem Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17. August 2017 (aaO) hat der Gesetzgeber die Hinweispflichten in spezifischen Konstellationen erweitert, die nach seiner Ansicht für die Verteidigung des Angeklagten in gleichem Maße erheblich sein können, wie Änderungen rechtlicher Gesichtspunkte (BT-Drucks. 18/11277, S. 37). Dazu hat er den Anwendungsbereich des § 265 Abs. 2 StPO, der nach vorausgehenden Normfassungen als Anknüpfungspunkte einer Hinweispflicht neben straf erhöhenden Umständen lediglich Maßregeln der Besserung und Sicherung aufzählte, deren Anordnung durch nachträglich hervorgetretene besondere

Umstände gerechtfertigt war (aaO, S. 36), umfassend auf die Anordnung von Maßnahmen sowie die Verhängung von Nebenstrafen und Nebenfolgen ausgeht.

15 Im Gegensatz zu den aus § 265 Abs. 1 StPO resultierenden Hinweispflichten werden diejenigen des § 265 Abs. 2 StPO dabei nicht durch die rechtliche Umgestaltung des Schuldvorwurfs, sondern durch eine im Verhältnis zu Anklage und Eröffnungsbeschluss nachträgliche Änderung der Sachlage ausgelöst (vgl. auch BT-Drucks. 18/11277, S. 37); dass eine Maßnahme im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB allein aufgrund einer anderen rechtlichen Beurteilung des zur Hauptverhandlung zugelassenen Sachverhalts vom Gericht in Erwägung gezogen wird, genügt für die Hinweispflicht des § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO nicht (vgl. zu § 265 Abs. 2 StPO aF BGH, Beschluss vom 8. Mai 1980 – 4 StR 172/80, BGHSt 29, 274, 279; aA BGH, Beschluss vom 1. August 2017 – 4 StR 178/17; BeckOK-StPO/Eschelbach, 33. Edition, § 265 Rn. 30).

16 b) Im Hinblick auf die mögliche Anordnung der bereits in vorausgehenden Normfassungen des § 265 Abs. 2 StPO enthaltenen Maßnahmen der Sicherungsmaßregeln entspricht es allerdings der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass das Tatgericht den Angeklagten unabhängig von einer eingetretenen Veränderung der Sachlage auf diese hinzuweisen hat, wenn die Maßregel in der zugelassenen Anklage keine Erwähnung gefunden hat (BGH, Urteile vom 27. September 1951 – 3 StR 596/51, BGHSt 2, 85, 86 f.; vom 12. März 1963 – 1 StR 54/63, BGHSt 18, 288, 289; Beschluss vom 1. August 2017 – 4 StR 178/17; vgl. auch BGH, Beschluss vom 13. Juli 2018 – 1 StR 34/18, NStZ 2018, 673, 674, diese Hinweispflicht auf § 265 Abs. 1 StPO stützend; vgl. auch LR-StPO/Stuckenberg, 26. Aufl., § 265 Rn. 46; Meyer-Goßner/Schmitt,

62. Aufl., § 265 Rn. 20; MüKo-StPO/Norouzi, § 265 Rn. 31; Radtke/Hohmann/Radtke, § 265 Rn. 44).

- 17 c) In seiner Entscheidung vom 6. Dezember 2018 (1 StR 186/18) hat der 1. Strafsenat diese Rechtsprechung auf die Maßnahme der Einziehung übertragen. Seiner Auffassung nach ist es für die Anwendbarkeit von § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO ohne Belang, dass die der Einziehungsentscheidung zugrundeliegenden Tatsachen schon vor der Hauptverhandlung bekannt waren, das Gericht deren Bedeutung aber erst während der Hauptverhandlung erkannt hat. Der 1. Strafsenat begründet dies neben einem Verweis auf die dargestellte Rechtsprechung mit dem Wortlaut des § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO, wonach „das Gericht u.a. zu einem Hinweis verpflichtet [ist], wenn sich vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände ergeben, welche die Anordnung einer Maßnahme rechtfertigen“ (aaO, Rn. 16).
- 18 2. Eine Hinweispflicht auf die Rechtsfolge der nach den §§ 73, 73c StGB obligatorischen Einziehung, die an bereits in der Anklageschrift enthaltene tatsächliche Umstände anknüpft, sieht indessen weder § 265 Abs. 1 StPO, noch § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO vor.
- 19 a) Der Wortlaut des § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO knüpft das Entstehen der Hinweispflicht daran, dass sich „erst in der Verhandlung vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände ergeben, welche die Strafbarkeit erhöhen oder die Anordnung einer Maßnahme oder die Verhängung einer Nebenstrafe oder Nebenfolge rechtfertigen“. Entstehungsgrund der Hinweispflicht ist hiernach der

nachträgliche Eintritt der relevanten Anknüpfungstatsachen. Eine Auslegung der Norm dergestalt, dass ein Hinweis auch dann erforderlich ist, wenn das Tatgericht lediglich zu einer anderen Bewertung der (bereits bekannten) Anknüpfungstatsachen gelangt, widerspricht diesem Wortlaut und damit allgemeinen Auslegungsgrundsätzen, da der Wendung „erst in der Verhandlung“ kein eigenständiger Anwendungsbereich zukäme.

20 aa) Dass diese Wendung nur auf das nachträgliche Hervortreten straf erhöhender Umstände zu beziehen wäre (so die Deutung der Rechtsprechung in der Literatur, vgl. MüKo-StPO/Norouzi, aaO; Radtke/Hohmann/Radtke, aaO; SK-StPO/Velten, 5. Aufl., § 265 Rn. 23), ist nicht ersichtlich. Der Wortlaut bietet hierfür keinen Anhalt. Darüber hinaus ist in der Rechtsprechung auch im Rahmen der sich sachlich an die Hinweispflicht des § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO anschließenden Regelung des § 265 Abs. 3 StPO anerkannt, dass als neu hervorgetretene Umstände nur Tatsachen oder tatsächliche Verhältnisse in Betracht kommen, die erst in der Hauptverhandlung zum Vorschein kommen (BGH, Urteil vom 24. Januar 2003 – 2 StR 215/02, BGHSt 48, 183, 184). Eine andere Bewertung des vorliegenden Tatsachenmaterials durch das Tatgericht unterfällt nicht dem Anwendungsbereich des § 265 Abs. 3 StPO (vgl. BGH, Beschlüsse vom 13. März 2018 – 4 StR 27/18, NStZ 2018, 558 mwN; vom 24. Januar 2006 – 1 StR 561/05, wistra 2006, 191).

21 bb) Zwar wird von Teilen des Schrifttums die Ansicht vertreten, als neu auftretender besonderer Umstand sei auch die lediglich abweichende rechtliche Bewertung des bereits durch die Anklage unterbreiteten Sachverhalts zu verstehen (vgl. LR-StPO/Stuckenberg, aaO, § 265 Rn. 40; Radtke/Hohmann/Radtke, aaO; SK-StPO/Velten, aaO, Rn. 24; Schlothauer, StV 1986, 213, 222). Doch auch diese – an einem zu weitgehenden Schutzzweck

des § 265 StPO orientierte (vgl. dazu unten d) – Auslegung wird durch den Wortlaut der Norm nicht gedeckt, da die abweichende rechtliche Bewertung nicht als „vom Strafgesetz“ besonders vorgesehener Umstand aufgefasst werden kann.

- 22 b) Auch die Materialien des Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens ergeben keinen Hinweis dafür, dass der Gesetzgeber den Tatbestand erweitern wollte, der zum Entstehen einer Hinweispflicht nach § 265 Abs. 2 Nr. 1 StPO (§ 265 Abs. 2 StPO aF) führt. Im Gegenteil hat er etwa im Hinblick auf die Ausdehnung des Anwendungsbereichs auf Nebenstrafen für den konkreten Fall des Fahrverbots in Kenntnis des diesbezüglichen Meinungsstreits (eingehend LK-StGB/Geppert, 12. Aufl., § 44 Rn. 92 ff.) unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass bei der Ausdehnung dessen Anwendbarkeit vom Strafgesetz besonders vorgesehene Umstände „nur noch solche im Sinne des § 44 Abs. 1 Satz 2 [nach geltendem Recht Satz 3] StGB [wären], bei deren Vorliegen das Fahrverbot ‚in der Regel anzuordnen‘ ist“ (BT-Drucks. 18/11277, S. 37; vgl. auch Hentschel/König/Dauer, 45. Aufl., StGB § 44 Rn. 19).
- 23 c) Die Rechtsprechung zur Erforderlichkeit eines Hinweises bei Sicherungsmaßregeln ist nicht auf die Anordnung der Einziehung (des Wertes) von Taterträgen übertragbar.
- 24 aa) Sie geht zurück auf die Entscheidung des 3. Strafsenats vom 27. September 1951 über die erforderliche Hinweispflicht bei einem in Betracht kommenden Berufsverbot (3 StR 596/51, BGHSt 2, 85, 86 f.). Darin hatte er – in grundsätzlichem Einklang mit der Auffassung des anfragenden Senats – zwar eine Auslegung des § 265 Abs. 2 StPO aF dahingehend erwogen, dass als die Maßregel rechtfertigende Umstände solche tatsächlicher Art anzusehen sind. Demgemäß sei ein Hinweis entbehrlich, sofern bereits der Eröffnungsbeschluss die Tatsachen enthält, aus denen das Tatgericht auf die Notwendigkeit der Anordnung einer Maßregel schließt. Zur Vermeidung von den Angeklagten belas-

tenden Überraschungsentscheidungen hat er aber ausgeführt, dass das für die Anordnung eines Berufsverbots erforderliche Ausnutzen der beruflichen oder gewerblichen Tätigkeit zu einem seinen Berufsaufgaben zuwiderlaufenden Zweck eine neue Tatsache darstelle, die einen Hinweis nach § 265 Abs. 2 StPO aF erforderlich macht (BGH, aaO, S. 87; vgl. auch BGH, Beschluss vom 8. Mai 1980 – 4 StR 172/80, BGHSt 29, 274, 280). Damit hat auch der 3. Strafsenat nicht auf die Existenz einer nachträglichen Tatsache verzichtet.

25 Der 1. Strafsenat hat diese Rechtsprechung in seinem Urteil vom 12. März 1963 im Zusammenhang mit der Entziehung der Fahrerlaubnis dahingehend verallgemeinert, dass ein rechtlicher Hinweis auf eine nach dem Ergebnis der Hauptverhandlung in Betracht kommende Maßregel erforderlich sei (1 StR 54/63, BGHSt 18, 288, 289). Seiner Ansicht nach kann es für die Ausübung der Verteidigungsrechte des Angeklagten „keinen Unterschied ausmachen, ob in der Hauptverhandlung neue Tatsachen hinzutreten, die erst die Anordnung der Sicherungsmaßnahme ermöglichen oder ob das Gericht bei gleichbleibendem Sachverhalt infolge anderer Beurteilung entgegen dem Eröffnungsbeschluss die Maßnahme in Erwägung zieht“ (BGH, aaO). Demgegenüber hat der 4. Strafsenat ausgeführt es genüge anders als in den Fällen des Absatzes 1 für die Hinweispflicht des § 265 Abs. 2 StPO aF nicht, dass die Straferhöhung oder die Maßregel allein aufgrund einer anderen rechtlichen Beurteilung des dem Angeklagten durch die zugelassene Anklage bekannt gewordenen Sachverhalts vom Gericht in Erwägung gezogen wird (BGH, Beschluss vom 8. Mai 1980 – 4 StR 172/80, BGHSt 29, 274, 279). Bereits in seinem Urteil vom 7. September 1962 (4 StR 266/62, BGHSt 18, 66, 67 f.) hat der 4. Strafsenat – in grundsätzlicher Anerkennung dieser Rechtsprechung – entschieden, dass ein Hinweis auf die Zulässigkeit der Polizeiaufsicht deshalb nicht erforderlich sei, weil

diese allein von der Wertung des Gerichts abhängen und eine besondere Feststellung der Gefährlichkeit des Täters, mithin weitere tatsächliche Voraussetzungen als die Erfüllung des Tatbestandes des § 248 StGB aF, nicht erforderlich sei. Auch er hat damit einen Hinweis im Falle der Anordnung einer Maßregel der Besserung und Sicherung nicht grundsätzlich für erforderlich erachtet.

26 bb) Unbesehen der dargestellten Rechtsprechung sind die Anordnungsvoraussetzungen einer Maßregel der Besserung und Sicherung auch nicht mit denjenigen einer Einziehung (des Wertes) von Taterträgen vergleichbar.

27 (1) Die Voraussetzungen der Anordnung einer Maßregel folgen keiner einheitlichen Struktur. Während die Maßregeln nach §§ 63, 66 Abs. 1 und §§ 69 StGB zwingend anzuordnen sind, trifft das Tatgericht bei denjenigen nach §§ 64, 66 Abs. 2 und Abs. 3 sowie §§ 68 und 70 StGB eine Ermessensentscheidung. Auch der Grad der Wahrscheinlichkeit, der bei den Maßregeln im Rahmen der jeweils anzustellenden Prognose anzulegen ist, variiert im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (§ 62 StGB) aufgrund deren unterschiedlicher Eingriffstiefe. Ihnen allen ist jedoch gemein, dass sie das System der Zweispurigkeit strafrechtlicher Rechtsfolgen verwirklichen, indem sie entsprechend dem dem Strafrecht aufgegebenen präventiven Rechtsgüterschutz dem Angeklagten im Interesse der Allgemeinheit ein Sonderopfer auferlegen, weil die Gefahr besteht, dass er weitere Straftaten begeht (BVerfGE 109, 133, 174; 128, 326, 374; BVerfG, NJW 2012, 1784, 1785). Wegen ihrer Ausgestaltung als präventive, der Verhinderung zukünftiger Straftaten dienende Maßnahmen erweisen sich die Maßregeln der Besserung und Sicherung zwar nicht als Strafe, sie sind aber – wie etwa im Falle der Sicherungsverwahrung aufgrund der mit ihr einhergehenden Eingriffstiefe – zum Teil strafähnlich ausgestaltet (vgl. BGH, Urteil vom

9. März 2010 – 1 StR 554/09, NJW 2010, 1539, 1542; Beschluss vom 15. April 2008 – 5 StR 431/07, BGHSt 52, 205, 210).

28 (2) Die Anordnungsvoraussetzungen einer Einziehung (des Wertes) von Taterträgen nach §§ 73, 73c StGB unterscheiden sich hiervon wesentlich.

29 Im Gegensatz zu der Anordnung einer Maßregel der Besserung und Sicherung liegt es bei der Einziehung (des Wertes) von Taterträgen von vorneherein nahe, dass der Staat rechtswidrig erlangte Vermögenswerte nicht beim Täter belässt. Dies entspricht dem – auch im Bewusstsein der Rechtsgemeinschaft verankerten – allgemeinen bereicherungsrechtlichen Grundsatz, demzufolge eine mit der Rechtsordnung nicht übereinstimmende Vermögenslage auszugleichen ist (vgl. BGH, Urteil vom 19. Oktober 1999 – 5 StR 336/99, BGHSt 45, 235, 237 [zu § 73 Abs. 3 StGB aF]; Köhler, NStZ 2017, 497, 498). Über solche naheliegenden Rechtsfolgen kann und muss sich der Angeklagte aber selbst informieren (vgl. BGH, Beschluss vom 8. Mai 1980, – 4 StR 172/80 aaO, S. 277; siehe auch BGH, Urteil vom 5. März 1969 – 4 StR 610/68, BGHSt 22, 336, 338).

30 Der angesprochene Gedanke führt im Übrigen auch dazu, dass die Einziehung (des Wertes) von Taterträgen nach den §§ 73 ff. StGB in ständiger Rechtsprechung nicht als Strafe oder strafähnliche Maßnahme, sondern als solche mit kondiktionsähnlichem Charakter angesehen wird (vgl. zum Verfall BVerfGE 110, 1, 18; BGH, Urteile vom 21. März 2002 – 5 StR 138/01, BGHSt 47, 260, 265; vom 16. Mai 2006 – 1 StR 46/06, BGHSt 51, 65, 67, Beschluss vom 10. April 2017 – 4 StR 299/16, NZV 2017, 330, 331; sowie zur Einziehung nach den §§ 73, 73c StGB, BGH, Urteil vom 15. Mai 2018 – 1 StR 651/17, NStZ-RR 2018, 241; Beschlüsse vom 6. Februar 2018 – 5 StR 600/17, NStZ 2018, 366, 367; vom 22. März 2018 – 3 StR 42/18, NStZ 2018, 400; vom

23. Oktober 2018 – 5 StR 185/18, NZWiSt 2019, 195, 196). Ihre Anordnung ist zwingend vorzunehmen, sofern und soweit der Angeklagte durch die zur Aburteilung stehende Tat etwas erlangt hat. Damit kommt dem Tatgericht bei der Anordnung der Maßnahme der Einziehung – anders als zum Teil bei Sicherungsmaßregeln – kein Beurteilungsspielraum zu. Ebenso wenig hat das Tatgericht hier in der Hauptverhandlung eine Wahrscheinlichkeitsprognose zu treffen. Ist das durch die Tat erlangte Etwas – als die Einziehungsanordnung rechtfertigender Umstand – in der zugelassenen Anklage benannt, bildet es den Gegenstand der Hauptverhandlung und muss – eine diesbezügliche Überzeugungsbildung des Tatgerichts vorausgesetzt – für eine Einziehungsentscheidung herangezogen werden.

31 d) Auch der den Hinweispflichten innewohnende Zweckgedanke spricht nicht gegen die Entbehrlichkeit eines Hinweises.

32 Der rechtliche Hinweis dient dazu, den Angeklagten vor Überraschungen zu schützen und ihm Gelegenheit zu geben, sich gegenüber einem neuen Vorwurf sachgerecht zu verteidigen (BGH, Urteile vom 3. November 1959 – 1 StR 425/59; BGHSt 13, 320, 323 f.; vom 20. Dezember 1967 – 4 StR 485/67, BGHSt 22, 29, 30 f.; Beschluss vom 25. Oktober 2016 – 2 StR 84/16, NStZ 2017, 241, 242). Er sichert den Anspruch des Angeklagten auf ein faires Verfahren jedoch nur insoweit, als dem Angeklagten die Möglichkeit gegeben werden soll, sich mit den tatsächlichen und rechtlichen Grundlagen einer drohenden Verurteilung auseinanderzusetzen, die vom zugelassenen Anklagesatz abweichen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 8. Dezember 2005 – 2 BvR 1769/04; BGH, Beschluss vom 8. Mai 1980 – 4 StR 172/80, BGHSt 29, 274, 278). Eine Art Generalklausel zum Schutze des Angeklagten vor jeglicher Überraschung stellt § 265 StPO – in Abgrenzung zu den umfassenderen Gewährleistungsge-

halten des Anspruchs auf rechtliches Gehör und auf ein faires Verfahren – gerade nicht dar (BGH, aaO). Die Verteidigungsrechte des Angeklagten werden aber dann nicht beeinträchtigt, wenn eine Maßnahme bei Vorliegen der Anordnungsvoraussetzungen durch das Gericht zwingend auszusprechen ist und der Angeklagte durch die zugelassene Anklage die Möglichkeit hatte, von deren Vorliegen Kenntnis zu nehmen.

33 3. Angesichts dessen gebietet auch der Anspruch eines Angeklagten auf ein faires Verfahren einen entsprechenden Hinweis nicht.

III.

34 Der durch den Senat beabsichtigten Verwerfung der Revision des Angeklagten H. steht die Entscheidung des 1. Strafsenats vom 6. Dezember 2018 (1 StR 186/18) entgegen. Ausdrücklich so begründete Entscheidungen anderer Strafsenate sind dem Senat nicht bekannt. Es erscheint ihm gleichwohl nicht gesichert, dass nicht doch andere Strafsenate tragend wie der 1. Strafsenat in der zitierten Erkenntnis entschieden haben. Der Senat fragt daher vorsorglich bei allen Strafsenaten an, ob an der beabsichtigten Entscheidung des Senats etwa widersprechender Rechtsprechung festgehalten wird.

Mutzbauer

Sander

König

Mosbacher

Köhler