

ANDREAS MOSBACHER

Divergenzen

Insbesondere zum Verhältnis von § 358 Abs. 1 StPO zu
§ 132 Abs. 2 und 3 GVG

I. Vorspann

Zwischen Strafverteidigern und Strafrichtern bestehen nicht selten Divergenzen – was die Würdigung von Beweismitteln, die Auslegung des Rechts oder die Ausübung von Ermessen angeht. Der rollenbedingte Zugang zum Strafverfahren prägt die unterschiedlichen Sichtweisen. Schätzen lernt man mit den Jahren als Strafrichter vor allem eines auf der „Gegenseite“: Professionalität und Seriosität, argumentative Redlichkeit und rhetorische Finesse. In seiner Rolle als Revisionsverteidiger verkörpert der Jubilar all dies. Wird im Revisionsverfahren stilvoll gefochten, ist die Wahrscheinlichkeit hoch, dass der Jubilar den Schriftsatz verfasst hat. In die Reihe der großen Revisionsverteidiger „alter Schule“ wie *Gunter Widmaier* oder *Hans Dahs* reiht sich *Klaus-Ulrich Ventzke* mit seinen Revisionsschriftsätzen zwanglos ein. Seiner hanseatischen Art fehlt naturgemäß der Drang zum großen Auftritt, das juristische Stilett weiß er hingegen trefflich zu führen. Dass er dies nicht nur im konkreten Fall, sondern auch in vielen gedankenreichen Anmerkungen zu Entscheidungen des Bundesgerichtshofs im Strafverfahrensrecht vermag, macht ihn zu einem derjenigen Strafverteidiger, deren Ausführungen man als Revisionsrichter besonders zu schätzen weiß. Dies betrifft nicht nur den formalisierten Dialog im Revisionsstrafverfahren sondern auch die persönliche – vom geteilten Interesse am Strafverfahrensrecht und insbesondere dem Revisionsrecht geleitete – Diskussion auf Kongressen und Fortbildungsveranstaltungen. Dem Projekt, den unterschiedlichen Blick von Strafverteidigung und Strafjustiz auf

Entscheidungen des BGH auch in einer Zeitschrift (NStZ) Raum zu geben („Rechtsprechung Kontrovers“), war leider keine lange Lebenszeit beschieden. Uns brachte das Format immerhin beim Thema „Negativtatsachen im Revisionsverfahren“ zusammen.¹ Was es mit Divergenzen innerhalb des BGH auf sich hat, soll der folgende Beitrag – mit den besten Wünschen an den Jubilar! – unter Beschränkung auf kurze „Blitzlichter“ und eine neuere Fragestellung anreißen.

II. Ursachen

Natürlich gibt es zwischen Revisionsrichtern Divergenzen bei der Auslegung des Rechts und der Interpretation des zur Überprüfung stehenden Urteils. Weshalb natürlich? Ein Naturwissenschaftler wird darüber nur den Kopf schütteln, denn in Fragen seiner empirischen Wissenschaft gibt es in aller Regel nur ein richtig oder falsch. Anders verhält es sich bei der Auslegung und Anwendung des Rechts, bei dem es vor allen Dingen um Textverständnis, Argumentation, Subsumtion und Wertung geht. Rechtsauffassungen können dabei regelmäßig nicht in „richtig oder falsch“, sondern in eine Skala von mehr oder weniger gut vertretbar sowie mehr oder weniger gut begründet eingeordnet werden. Revisionsrichter sind keine bloßen Subsumtionsautomaten, die unabhängig von der Person stets zum gleichen Ergebnis kommen müssten und deshalb leicht auch durch einen Algorithmus oder eine KI ersetzt werden könnten. Das ist kein Ausdruck von Irrationalität, sondern gehört zum Wesen normativ-wertender Rechtsanwendung. Weil es auch auf die persönliche Wertung ankommt, ist es wichtig, dass sich die Senate aus Menschen unterschiedlicher Art, Herkunft und Anschauung zusammensetzen, um unterschiedliche Perspektiven zur Geltung zu bringen. Bereichernd wäre dabei durchaus auch

¹ Ventzke/Mosbacher NStZ 2008, 262.

die Perspektive eines früheren Strafverteidigers² – wie würden wohl Senatsberatungen mit einem Mitglied wie *Klaus-Ulrich Ventzke* ablaufen?

Der Streit um die richtige Rechtsanwendung im Einzelfall oder die weichenstellende Formulierung abstrakt-genereller Rechtssätze hängt vom Rechtsverständnis und den Wertungen der zur Entscheidung berufenen Revisionsrichter ab. Dabei unterscheidet sich schon der Zugang zum Revisionsrecht teils nicht unerheblich. Wieweit man Beweiswürdigung und Strafzumessung als ureigenste Domänen des Tatrichters achtet und sich in der vom Gesetz gewollten – praktisch nicht immer leicht umsetzbaren³ – revisionsgerichtlichen Zurückhaltung übt, kann sich von Senat zu Senat, von Spruchgruppe zu Spruchgruppe innerhalb eines Senats unterscheiden. Gleiches gilt für die Art und Weise, wie Entscheidungen begründet werden: kurz oder lang, mit Zitatennestern oder ohne, in Auseinandersetzung mit in der Wissenschaft vertretenen Gegenpositionen oder an der bisherigen Rechtsprechung orientiert.

III. Regeln

Der Gesetzgeber weiß um diese Divergenzen und hält mit § 132 Abs. 2 und 3 GVG ein probates Mittel bereit, jedenfalls auf Ebene des Bundesgerichtshofs dem Problem Herr zu werden. Die Rechtslage ist klar: Will ein Senat in tragender und entscheidungserheblicher Weise von der Rechtsauffassung eines anderen Senats abweichen, muss er zunächst das Anfrageverfahren nach § 132 Abs. 3 GVG und dann ggfs. das Vorlegungsverfahren nach § 132 Abs. 2 GVG betreiben, damit der Große Senat für Strafsachen als hierfür eigens vorgesehener Spruchkörper den Rechtsstreit entscheiden kann. Es soll immer nur eine Rechtsauffassung des BGH geben, damit dieser seiner Aufgabe, für eine bundeseinheitliche Rechtsprechung zu sorgen, gerecht werden kann. Neben der

² Vgl. zum Thema auch *Mosbacher* NJW 2017, 1288, 1292 und LTO v. 03.12.2018.

³ Näher *Mosbacher* NJW 2017, 1288, 1291.

Divergenzvorlage gibt es auch noch die Vorlage wegen grundsätzlicher Bedeutung der Rechtsfrage nach § 132 Abs. 4 GVG, wenn dies zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erforderlich ist. In den ersten 70 Jahren des BGH hat dies zu 60 Entscheidungen des Großen Senats für Strafsachen geführt, denen nicht selten wegweisende Wirkung zukam.⁴ Um zu erkennen, ob andere Strafsenate tragend womöglich andere Rechtsauffassungen vertreten, gehört es zu den Aufgaben eines Revisionsrichters, die Rechtsprechung der übrigen Senate durchzuarbeiten, was traditioneller Weise anhand der sog. „Montagspost“ (am Montag verteilte Abdrucke der Entscheidungen des BGH in Strafsachen) passiert.

IV. Realitäten

Wie alle Revisionsspezialisten wissen, entspricht die Entscheidungspraxis der Strafsenate des BGH nicht immer dem vom § 132 Abs. 2, 3 GVG gezeichneten normativen Idealbild. Was sind die Gründe?⁵ Während den 13 Zivilsenaten des BGH jeweils Spezialmaterien zugeordnet werden, in denen sie ganz überwiegend allein für die Rechtsprechung zuständig sind (etwa zum Bankrecht, Gesellschaftsrecht, Kaufrecht, Mietvertragsrecht, Familienrecht), arbeiten die 6 Strafsenate des BGH überwiegend auf dem gleichen Rechtsgebiet (StGB, StPO) und haben in vielen Fällen die gleichen Rechtsfragen zu entscheiden. Wie es dabei zu versteckten und offenen Divergenzen kommt, hat verschiedene Ursachen: Zum einen kann eine unterschiedliche Rechtsanwendung gleichsam aus Versehen erfolgen, etwa weil bei gleichem rechtlichen Obersatz eine Fristberechnung mal so und mal so ausfällt (etwa bei § 229 Abs. 1 StPO).⁶ Dann gibt es Abweichungen, die versehentlich eher unerkannt geschehen,

⁴ Näher *Mosbacher* in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2022), § 132 Rn. 6 ff.

⁵ Vgl. zum Folgenden *Mosbacher* JuS 2024, 226, 227 f. m.w.N.

⁶ BGH NStZ 2020, 622; NStZ-RR 2020, 285; NStZ 2017, 424; NStZ 2014, 469.

etwa bei kleineren Fragen wie Kostenentscheidungen im Zusammenhang mit der Wiedereinsetzung⁷ oder weil entgegenstehende Rechtsprechung anderer Strafsenate wohl übersehen worden ist⁸ (besonders misslich bei entgegenstehenden BGHSt-Entscheidungen).⁹ Zudem kommt es zu in der Regel unbeabsichtigt divergierenden Entscheidungen, wenn ein neues komplexes Rechtsgebiet wie das Einziehungsrecht von allen 6 Strafsenaten neu ausgelegt werden muss.¹⁰ Eher in den Bereich der nicht versehentlichen Divergenzen gehören graduelle Auslegungsunterschiede wie etwa zum Thema der „gravierenden Pflichtverletzung“ bei der Untreue¹¹ oder bei den Anforderungen an den bedingten Tötungsvorsatz bei ersichtlich hochgefährlichen Tathandlungen.¹² Entscheidungserhebliche Divergenzen kommen auch vor, wenn ein Strafsenat ohne Rücksicht auf bisherige abweichende Rechtsprechung ganz bewusst und ohne das Verfahren nach § 132 Abs. 2, 3 GVG eine ganz neue Rechtsprechung beginnt, der die anderen Senate nicht folgen.¹³ Besonders gravierende –

⁷ Vgl. etwa BGH Beschl. v. 20.06.2023 – 2 StR 39/23, BeckRS 2023, 24747, wonach ein Wiedereinsetzungsgesuch auf Kosten des Antragstellers verworfen wird; vgl. dagegen die ganz überwiegende Rspr., wonach nur bei erfolgreicher Wiedereinsetzung eine Kostenentscheidung nach § 473 Abs. 7 StPO erfolgt; näher hierzu *Meyer-Gößner/Schmitt*, StPO, 67. Aufl. (2024), § 473 Rn. 38 m.w.N.

⁸ Vgl. etwa zur Anwendung von § 243 Abs. 4 StPO auf Verständigungsgespräche in einer ausgesetzten Hauptverhandlung *Mosbacher* JuS 2022, 726, 730 m.w.N.

⁹ Vgl. zur Anwendung neuer Einziehungsmöglichkeit bei Geldwäsche (§ 261 Abs. 10 StGB) auf Altfälle einerseits BGHSt 67, 130 und andererseits BGH Beschl. v. 4.7.2023 – 2 StR 219/22, BeckRS 2023, 20103, sowie BGH NZWiSt 2023, 469; zum Problem näher *Czimek/Schefer* NStZ 2023, 285.

¹⁰ Vgl. hierzu *Bittmann* NStZ 2023, 465: „von Rechtssicherheit noch weit entfernt“.

¹¹ Vgl. hierzu etwa *Wagner* ZStW 2019, 319 (361).

¹² Vgl. etwa BGH NStZ 2019, 208; NStZ 2022, 40 und 224, NStZ 2024, 410 m. Anm. *Puppe* (5. Strafsenat) einerseits und BGHSt 65, 42 (4. Strafsenat) sowie BGH NStZ 2015, 516 (2. Strafsenat) andererseits.

¹³ Vgl. BGH NJW 2021, 1829 und Beschl. v. 6.10.2021 – 1 StR 311/20, BeckRS 2021, 55293 einerseits; BGH NStZ-RR 2022, 109; NStZ-RR 2021, 229 andererseits.

unbeabsichtigte – Divergenzen kommen schließlich vor, wenn zwei Entscheidungen in kurzem zeitlichen Abstand voneinander ergehen oder zeitlich versetzt veröffentlicht werden, so dass der eine Senat bei seiner Entscheidung die abweichende Rechtsauffassung des anderen Senats nicht kennen konnte.¹⁴

V. Besonderheit: Divergenz wegen Bindungswirkung nach § 358 Abs. 1 StPO?

1. Allgemeines zur Bindungswirkung

Eine besondere Fragestellung innerhalb der Divergenzregeln betrifft das Verhältnis von § 358 Abs. 1 StPO zu § 132 Abs. 2 und 3 GVG. Nach § 358 Abs. 1 StPO hat das Gericht, an das die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung verwiesen wird, die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung des Urteils zugrunde gelegt ist, auch seiner Entscheidung zugrunde zu legen.¹⁵ Die Bindungswirkung ist notwendige Konsequenz der Tatsache, dass Revisionsgerichte in der Regel nicht in der Sache selbst entscheiden; ohne Bindungswirkung könnte das Rechtsmittel seine Funktion kaum erfüllen.¹⁶ Die Reichweite dieser Bindungswirkung ist zwar auf das konkrete Verfahren (soweit

¹⁴ Vgl. zur Frage der Anwendungsvoraussetzungen von § 30 Abs. 2a OWiG in Altfällen BGH NJW 2021, 3543 (Kartellsenat) einerseits und nur 15 Tage später BGHSt 66, 60 (6. Strafsenat) andererseits sowie zur Frage der Möglichkeit einer gemeinschaftlichen Begehung von Körperverletzungen nach § 224 Abs. 1 Nr. 4 StGB durch Unterlassen die divergierenden Entscheidungen BGHSt 67, 229 (2. Strafsenat) und BGHSt 67, 290 (6. Strafsenat); hierzu näher *Krehl* NStZ 2023, 609 und *Mosbacher* JuS 2024, 226, 227 f.

¹⁵ Vgl. zum Thema etwa *Mohrbotter* ZStW 84 (1972), 612; *Sommerlad* NJW 1974, 123; *Eisenberg* StraFo 1997, 129; *Zehetgruber* JZ 2020, 397; BGH StraFo 2000, 308; *wistra* 2013, 153; NStZ-RR 2018, 172; OLG Bamberg SpuRt 2017, 247 m. Anm. *Kulhanek*.

¹⁶ *Eisenberg* StraFo 1997, 129 und 131 m.w.N., auch zur historischen Entwicklung.

sich die Entscheidungsgrundlage im Tatsächlichen nicht grundsätzlich ändert), nach allgemeiner Ansicht aber nicht auf das zur neuen Entscheidung berufene Tatgericht beschränkt. Auch das Revisionsgericht darf im zweiten Rechtsgang von den Aufhebungsgründen nicht abweichen.¹⁷ Dies gilt für den BGH sogar, wenn zuvor ein OLG als Revisionsgericht entschieden hat.¹⁸ Die Selbstbindung des Rechtsmittelgerichts in derselben Sache ist ein ungeschriebener, durch ständigen Gerichtsgebrauch anerkannter Grundsatz des Verfahrensrechts, dessen rechtliche Grundlage sich aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20, 28 GG) ergibt.¹⁹ Umstritten ist, ob diese Bindungswirkung für das Revisionsgericht im zweiten Rechtsgang entfällt, wenn es zwischenzeitlich seine Rechtsauffassung geändert hat.²⁰ Dies dürfte im Strafverfahren zu verneinen sein.²¹ Auf jeden Fall ist eine Bindungswirkung anzunehmen, wenn das Revisionsgericht erst anlässlich seiner zweiten Befassung mit dem konkreten Fall seine in der ersten Revisionsentscheidung vertretene Auffassung ändern möchte; das geht nicht.²² Die Bindungswirkung für das Revisionsgericht im zweiten Durchgang kann allenfalls wegen einer Gesetzesänderung²³ oder aus ähnlichen Gründen entfallen,²⁴ sie wird aber nicht dadurch in Frage gestellt,

¹⁷ Vgl. BGHSt (GS) 33, 356, 360 ff.; BGHSt 51, 202, 204 f.; BGH wistra 2011, 27; vgl. bereits RGSt 6, 357; 22, 156; 59, 31, 34; RG JW 1935, 2380; BGH NJW 1951, 970; Urt. v. 25.10.1951 – 3 StR 549/51; Urt. v. 5.4.1955 – 5 StR 79/55; Beschl. v. 18.6.1954 – 1 StR 620/53 (Rechtsbeschwerde); BVerfGE 4, 1, 6; KG JR 1958, 268; OLG Nürnberg StV 2000, 573, 574; KG NStZ-RR 2010, 346, 347 f.

¹⁸ BGH NJW 1953, 1880.

¹⁹ BVerwG Urt. v. 22.2.1973 – III C 31.72, BeckRS 1973, 31283199.

²⁰ Ausführlich hierzu BGHSt (GS) 33, 356 mwN; *Gericke* in KK-StPO, 9. Aufl. (2023), § 358 Rdn. 13; *Eisenberg* StraFo 1997, 129, 130.

²¹ BGHSt (GS) 33, 356, 358 unter zutreffender Interpretation von BGHZ (GmS-OGB) 60, 392.

²² BGHSt (GS) 33, 356, 358.

²³ Vgl. BGH Beschl. v. 2.7.2024 – 5 StR 273/24.

²⁴ Vgl. *Knauer/Kudlich* in MüKo-StPO (2019), § 358 Rn. 13 m.w.N.

dass der Revisionssenat im ersten Durchgang fehlerhaft entschieden oder eine Divergenzvorlagepflicht verletzt hat.²⁵

2. Der 6. Strafsenat: Neues zur Unterschlagung

Weshalb kann hierdurch ein Konflikt zu § 132 GVG entstehen? Das soll ein Fall illustrieren, den Ende 2023 der 6. Strafsenat des BGH entschieden hat; es geht dabei um die Interpretation von § 246 StGB.²⁶ In einem Fall, bei dem das LG Neuruppin eine (veruntreuende) Unterschlagung nach § 246 StGB angenommen hatte, hat der BGH den Schuldspruch mit den Feststellungen aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere Strafkammer des Landgerichts zurückverwiesen. Der Angeklagte war aufgrund eines Miet- oder Leasingvertrages im Besitz eines im Eigentum der T-AG befindlichen Tiefladers. Festgestellt ist zur Unterschlagung, dass er – nachdem das Insolvenzverfahren über das Vermögen des Unternehmens eröffnet worden war, für die der Angeklagte den Tieflader besorgt hatte – als Verantwortlicher weder den Insolvenzverwalter über Existenz und Standort des Fahrzeugs informierte noch der T-AG vorbehaltlos die Herausgabe anbot, sondern den Tieflader weiter in Besitz behielt, so dass seine Sicherstellung durch den Eigentümer erst ein Jahr später gelang.²⁷

Der 6. Strafsenat hat den Schuldspruch in diesem Fall aufgehoben, weil sich der Angeklagte nach den Feststellungen den im Eigentum der T-AG stehenden Tieflader nicht zugeeignet habe. Eine solche Zueignung setze nach von der bisherigen Rspr. des BGH abweichender Auffassung des Senats voraus, dass

²⁵ Näher *Knauer/Kudlich* a.a.O. (Fn. 24), § 358 StPO Rn. 13; KG NStZ-RR 2010, 346, 347; KG JR 1984, 269 m. Anm. *Sarstedt*; vgl. auch *Becker* NJW 1955, 1262; *Sarstedt* NJW 1955, 1629.

²⁶ BGH NStZ 2024, 287 m. Anm. *Hahn* = NJW 2024, 1050 m. Anm. *Hoven*.

²⁷ Vgl. zu den Einzelheiten auch LG Neuruppin Urt. v. 12.12.2022 – 13 KLS 8/21 – 332 Js 34463/18, BeckRS 2022, 54062.

sich der Täter die Sache oder den in ihr verkörperten wirtschaftlichen Wert wenigstens vorübergehend in sein Vermögen einverleibe und den Eigentümer auf Dauer von der Nutzung ausschließe. Eine bloße Manifestation des Zueignungswillens genüge nicht, könne aber ein gewichtiges Beweisanzeichen für den subjektiven Tatbestand sein. Soweit die bisherige Rspr. des BGH für die Zueignung im Sinne von § 246 Abs. 1 StGB eine Manifestation des Zueignungswillens in einer nach außen erkennbaren Handlung ausreichen lasse, überzeuge das nicht. Weil aber auch nach der bisherigen Auffassung der Rspr. die Feststellungen den Schuldspruch mangels Manifestationsaktes nicht tragen würden, liege keine zum Anfrageverfahren nach § 132 Abs. 3 Satz 1 GVG nötige Divergenz vor. Der 6. Strafsenat hätte seine Entscheidung auch anders aufbauen können: Aufhebung des Schuldspruchs wegen Untreue auf der Basis der bisherigen Rechtsauffassung des BGH mit dem Zusatz, der Senat neige dazu, die Zueignung zukünftig anders als bisher auszulegen („obiter dictum“). Tragender Aufhebungsgrund wäre dann die bisherige Rechtsauffassung und nicht – wie geschehen – eine von der bisherigen BGH-Rechtsprechung abweichende gewesen.

3. Gegenwind: der 4. Strafsenat

Der 4. Strafsenat des BGH hat sich in einer wenige Monate später ergangenen Entscheidung eindeutig gegen den 6. Strafsenat gestellt und erklärt, dass er an der bisherigen Rechtsprechung festhalte:²⁸ Grundlage war eine Verurteilung wegen Unterschlagung in sieben Fällen durch das LG Bochum, wobei der Senat in drei Fällen den Schuldspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben, in den vier anderen Fällen bestätigt hat. Es ging dabei um geleaste hochpreisige Pkw, die ursprünglich mit der Absicht der Rückgabe erworben, dann aber teilweise absprachewidrig weitergegeben wurden. In drei Fällen waren nach Ansicht des Senats die Voraussetzungen für eine Zueignung von den

²⁸ BGH Beschl. v. 13.3.2024 – 4 StR 442/23.

Feststellungen nicht belegt. Dies hat der Senat auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung beurteilt. Zu der abweichenden Auffassung des 6. Strafsenats hat der 4. Strafsenat ausgeführt, er sehe keinen Anlass, sich der vom 6. Strafsenat favorisierten „*rechtsgutsbezogenen Auslegung des Zueignungsbegriffs*“ anzuschließen. Diese gegenüber der bisherigen Rechtsprechung („Manifestationstheorie“) restriktivere Auffassung des 6. Strafsenats würde aber auch in den Fällen, in denen der Schuldspruch bestätigt wurde, zum gleichen Ergebnis führen. „*Auch die nochmals zu entscheidenden Fälle werden hiervon voraussichtlich nicht berührt sein.*“

4. Was müssen die Landgerichte jetzt tun?

Die in beiden Fällen zur neuen Entscheidung berufenen Landgerichte können in ein gewisses Dilemma geraten. Angenommen, die neuen Feststellungen würden in den von der Aufhebung betroffenen Fällen lediglich ein bloßes Verkaufsangebot des Verkäufers belegen, was nach bisheriger, aber nicht der neuen Rechtsprechung des 6. Strafsenats für eine vollendete Unterschlagung ausreichen dürfte.²⁹ Was nun? Das LG Neuruppin wäre wohl nach § 358 Abs. 1 StPO an die der Aufhebung zugrunde liegende Rechtsauffassung des 6. Strafsenats gebunden und müsste freisprechen. Dieser hatte die Aufhebung ausdrücklich damit begründet, die getroffenen Feststellungen erfüllten die von ihm aufgestellten neuen Anforderungen an die objektive Zueignung nicht. Er hat nur daneben klargestellt, dass die bisherige Rspr. des BGH zum selben Ergebnis käme, weshalb seine Rechtsauffassung nicht in entscheidungserhebliche Abweichung zur Rechtsprechung anderer Senate gerate. Die Bindungswirkung erstreckt sich in sachlichrechtlicher Hinsicht auf jede Rechtsauffassung des Revisionssenats, die der Aufhebung auf die Sachrüge zugrunde liegt.³⁰ Das LG Bochum wird in einer solchen Konstellation nach § 358 Abs. 1

²⁹ Vgl. Hahn NStZ 2024, 289.

³⁰ Vgl. Franke in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2012), § 358 Rn. 7.

StPO wohl die Rechtsauffassung des 4. Strafsenats zugrunde legen müssen. Sie entspricht der bisherigen Rechtsprechung des BGH, die der 4. Strafsenat anlässlich seiner Entscheidung bestätigt hat. Würde gegen den Freispruch vom Vorwurf der Unterschlagung durch Verkaufsangebot durch das LG Neuruppin von der Staatsanwaltschaft Revision eingelegt, wäre der 6. Strafsenat an seine eigene Rechtsauffassung gebunden und könnte wohl nicht anders entscheiden, als die Angeklagtenrevision verwerfen. Da er damit aber in tragende Divergenz zu Entscheidungen anderer Senate geriete, wäre spätestens jetzt das Anfrageverfahren nach § 132 Abs. 2 GVG durchzuführen. Die Besonderheit bestünde allerdings darin, dass der 6. Strafsenat gar nicht anders entscheiden könnte, als in seinem Aufhebungsbeschluss ausgeführt. Da § 358 Abs. 1 StPO aber sogar andere – auch höhere – Gerichte innerhalb desselben Verfahrens an die Aufhebungsansicht bindet, fragt es sich, ob der Große Senat für Strafsachen in der Sache anders entscheiden und damit die Bindungswirkung aufheben könnte. Dies wird bislang überwiegend verneint, eine entsprechende Vorlage (ob nach § 132 Abs. 2 GVG oder nach § 132 Abs. 4 GVG) wäre unzulässig.³¹

5. Folgerungen für § 358 Abs. 1 StPO und § 132 Abs. 2, 3 GVG

Der Konflikt zwischen Bindungswirkung und Divergenzanfrage- und -vorlagepflicht ergibt sich daraus, dass die in § 358 Abs. 1 StPO verwandte Formulierung „*die rechtliche Beurteilung, die der Aufhebung des Urteils zugrunde gelegt ist*“ nicht identisch mit der Anforderung der Divergenzvorlage „*entscheidungserhebliche Abweichung von tragender Rechtsprechung*“³² ist. Voraussetzung für die Bindungswirkung nach § 358 Abs. 1 StPO ist lediglich, dass die Rechtsauffassung

³¹ Sog. Vorrang der Selbstbindung, vgl. BGHSt (GS) 33, 356, 360; Cierniak/Pohlitz in MüKo-StPO (2019), § 132 GVG Rn. 9 und 32; LR/Mosbacher a.a.O. (Fn. 4), § 132 GVG Rn. 31 und 58.

³² Hierzu näher Mosbacher in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2022), § 132 GVG Rn. 31 ff. m.w.N.

die Aufhebung trägt, die Aufhebung damit also begründet wird. Dass sie hypothetisch auch anders hätte begründet werden können, muss dabei außer Betracht bleiben.³³ Anders verhält es sich mit der Anfrage- und Vorlagepflicht nach § 132 Abs. 2, 3 GVG: Hierfür muss es sich bei dem fraglichen Rechtssatz nicht nur um einen tragenden Entscheidungsteil (und nicht nur ein „obiter dictum“) handeln, sondern die Abweichung zur bisherigen Auffassung muss auch entscheidungserheblich sein, es muss also für die konkrete Entscheidung des Falls entscheidend sein, welcher Rechtsauffassung man folgt.³⁴

Weil der 6. Strafsenat den Schuldspruch im betroffenen Fall unter Anlegung seiner neuen Maßstäbe aufgehoben und nur im Hinblick auf § 132 Abs. 2, 3 GVG ausgeführt hat, dass dieser auch nach bisheriger Auffassung von den Feststellungen nicht getragen worden wäre, handelt es sich bei seinen Rechtsausführungen um einen tragenden Entscheidungsteil, der lediglich auf den ersten Blick nicht in entscheidungserhebliche Abweichung zur bisherigen Rechtsauffassung gerät. Da dieser Rechtsauffassung des 6. Strafsenats nach § 358 Abs. 1 StPO bereits Bindungswirkung zukommt, handelt es sich bei seiner aufhebenden Entscheidung faktisch bereits um eine entscheidungserhebliche Abweichung von tragender Rechtsprechung. Denn ein Abweichen von dieser Rechtsauffassung ist jetzt nicht mehr möglich. Die Bindungswirkung besteht auch, wenn die erste Revisionsentscheidung unter Verstoß gegen § 132 GVG ergangen ist.³⁵ Das spricht dafür, dass der 6. Strafsenat über die Brücke des § 358 Abs. 1 StPO die bisherige Rechtsprechung zur Zueignung aufgegeben und eine neue Rechtsauffassung – wiederum mit Bindungswirkung gegenüber den anderen Strafsenaten³⁶ – etabliert hat.

³³ Vgl. zum ähnlichen Problem bei § 132 GVG Mosbacher in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2022), § 132 GVG Rn. 31.

³⁴ Näher Mosbacher in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2022), § 132 GVG Rn. 31 ff.

³⁵ Vgl. Franke in Löwe-Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2012), § 358 Rn. 11, 15.

³⁶ Näher Mosbacher in Löwe-Rosenberg, StPO, 27. Aufl. (2022), § 132 GVG Rn. 38 m.w.N.

In einem Fall wie demjenigen des 6. Strafsenats dürfte der Konflikt zwischen § 358 Abs. 1 StPO und § 132 Abs. 2, 3 GVG dahingehend zu lösen sein, dass schon die Bindungswirkung der aufhebenden Rechtsansicht zur Divergenzfrage nach § 132 Abs. 3 GVG nötigt – unabhängig von der Frage, ob sich der Meinungsstreit im konkreten Fall entscheidungserheblich auswirkt. Dafür streitet auch der Sinn und Zweck des § 132 GVG: Beim BGH soll in einer Rechtsfrage immer nur eine Rechtsauffassung gelten, um den Tatgerichten eine Orientierung zu ermöglichen und so die Einheitlichkeit der Rechtsprechung bundesweit sicherzustellen. Muss das LG Neuruppin nach § 358 Abs. 1 StPO der von der bisherigen BGH-Rechtsprechung abweichenden Auffassung des 6. Strafsenats folgen, das LG Bochum aber derjenigen des 4. Strafsenats, wird die Orientierungsfunktion des BGH verfehlt.

Weil die Bindungswirkung schon in einem frühen Stadium des Verfahrens die spätere Rechtsanwendung determiniert, muss die Frage der Divergenz an die Rechtsfolge des § 358 Abs. 1 StPO anknüpfen. Immer dann, wenn eine Rechtsauffassung nach § 358 Abs. 1 StPO zwingende gesetzliche Folgen hat, ist schon in diesem Zeitpunkt nach § 132 Abs. 2, 3 GVG zu prüfen, ob insoweit eine Abweichung von bisheriger BGH-Rechtsprechung besteht. Entscheidungserheblich ist die Divergenz nämlich bereits wegen der Bindungswirkung der abweichenden Rechtsauffassung für das neue Tatgericht und das Revisionsgericht. Es kann jedenfalls nicht sein, dass der Große Senat für Strafsachen eine Vorlage nach § 132 Abs. 2 GVG im ersten Revisionsdurchgang mangels Entscheidungserheblichkeit und im zweiten Revisionsdurchgang wegen Vorrangs der Bindungswirkung des § 358 Abs. 1 StPO als unzulässig zurückweist.

VI. Fazit

Divergenzen gehören zum revisionsrechtlichen Geschäft. Eigentlich sollte der BGH in Strafsachen immer nur eine Rechtsmeinung vertreten. Dass dies faktisch häufig nicht der Fall ist und jeder Senat in gewissen Grenzen eine Binnenauslegung des Rechts praktiziert, macht eine der Schwierigkeiten bei der

praktischen revisionsrechtlichen Tätigkeit aus. Dass gerade die besonderen Herausforderungen des Revisionsrechts auch den besonderen Reiz im professionellen Umgang damit ausmachen – davon legt der *Jubilar* beredtes Zeugnis ab. Ad multos annos!