

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

Lehrstuhl für dt., europ. und int.  
Strafrecht und Strafprozessrecht  
einschließlich Medizin-, Wirtschafts-  
und Steuerstrafrecht

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

[karsten.gaede@strate.net](mailto:karsten.gaede@strate.net)

## REDAKTION

Prof. Dr. Christian Becker; RiLG Dr. Ulf

Buermeyer, LL.M.; Prof. Dr. Karsten

Gaede; RiLG Dr. Holger Mann; RA Dr.

Stephan Schlegel.

## STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassis-  
tent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A.,

Univ. Hamburg; Prof. Dr. Christoph

Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frank-  
furt; Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.,

Univ. Leipzig; Prof. Dr. Lutz Eidam,

LL.M., Univ. Bielefeld; Dr. Antje du

Bois-Pedain, MJur (Oxon), Univ.

Cambridge; Prof. Dr. Diethelm Kle-

sczewski, Univ. Leipzig; Prof. Dr. Hans

Kudlich, Univ. Erlangen-Nürnberg;

Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale),

Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer,

Dresden; RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus,

Dortmund; RA Dr. Markus Rübenstahl,

mag. iur., Frankfurt a.M.; Prof. Dr.

Frank Saliger, LMU München; RA Dr.

Hellen Schilling, Frankfurt a.M.; Prof.

Dr. Christoph Sowada, Univ. Greifs-

wald; RA Klaus-Ulrich Ventzke, Ham-

burg und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers,

Univ. Basel

## Publikationen

RA Prof. Dr. Reinhold Schlothauer, Bremen, RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus, Dortmund, RA Prof. Dr. Holger Matt, Frankfurt a.M., Dr. Dominik Brodowski, Frankfurt a.M. – **Vorschlag für ein Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/1919 betreffend Prozesskostenhilfe für Verdächtige und Beschuldigte in Strafverfahren** S. 55

Wiss. Mit. Lorenz Bode, LL.M. – **(Markt-)Gerechte Tarifgestaltung bei Gefangenentelefonie Anm. zu BVerfG HRRS 2017 Nr. 1102** S. 72

## Entscheidungen

BVerfG **Unzureichende Prüfung einer Vorlage zum EuGH in Auslieferungsfällen**

BVerfG **Verfassungsrechtlich unzureichende Begründung einer Wohnungsdurchsuchung beim Vorwurf der Insolvenzverschleppung**

BGHSt **Ausschluss der Öffentlichkeit während der Schlussvorträge**

BGHSt **Anwendung des Gesetzlichkeitsprinzips auf die Steuerhinterziehung**

BGH **Grenzen der Beleidigung durch sexualbezogene Handlungen**

BGH **Anforderungen an eine unzulässige Tatprovokation**

BGH **Besitz nicht geringer Mengen von Dopingmitteln**

Die Ausgabe umfasst 112 Entscheidungen.

# HRRS

Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche  
Rechtsprechung zum Strafrecht  
<http://www.hrr-strafrecht.de>

## HERAUSGEBER

RA Dr. h.c. Gerhard Strate  
Holstenwall 7, 20355 Hamburg  
[gerhard.strate@strate.net](mailto:gerhard.strate@strate.net)

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede  
Lehrstuhl für dt., europ. und int. Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht  
Bucerius Law School  
Jungiusstraße 6  
20355 Hamburg  
[karsten.gaede@strate.net](mailto:karsten.gaede@strate.net)

## REDAKTION

Prof. Dr. Christian Becker; RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; Prof. Dr. Karsten Gaede; RiLG Dr. Holger Mann; RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Christoph Henckel (Redaktionsassistent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Univ. Hamburg; Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frankfurt; Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., Univ. Leipzig; Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), Univ. Cambridge; Prof. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Univ. Bielefeld; Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski, Univ. Leipzig; Prof. Dr. Hans Kudlich, Univ. Erlangen-Nürnberg; Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer, Dresden; RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus, Dortmund; RA Dr. Markus Rübenstahl, mag. iur., Frankfurt a.M.; Prof. Dr. Frank Saliger, LMU München; RA Dr. Hellen Schilling, Frankfurt a.M.; Prof. Dr. Christoph Sowada, Univ. Greifswald; RA Klaus-Ulrich Ventzke, Hamburg und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Univ. Basel.

ISSN 1865-6277

19. Jahrgang, Februar 2018, Ausgabe

2

Rechtsprechung

## Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

### 92. BVerfG 2 BvR 424/17 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 19. Dezember 2017 (Hanseatisches OLG)

Auslieferung nach Rumänien zum Zwecke der Strafverfolgung aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Recht auf den gesetzlichen Richter; Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof; Verfassungsverstoß nur bei offensichtlich unhaltbarer Handhabung der Vorlagepflicht; Fallgruppen: grundsätzliche Verknennung der Vorlagepflicht, bewusstes Abweichen ohne Vorlagebereitschaft, Unvollständigkeit der Rechtsprechung, unvertretbare Überschreitung des Beurteilungsspielraums, willkürliche Annahme eines „acte clair“ oder eines „acte éclairé“); Mindestanforderungen an die Haftbedingungen im ersuchenden Staat (Übertragbarkeit der Rechtsprechung des EGMR;

Vermutung einer Konventionsverletzung bei unter 3 m<sup>2</sup> Bodenfläche pro Gefangenem in einem Gemeinschaftshaftraum; Entkräftung der Vermutung im Einzelfall).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 267 Abs. 3 AEUV; Art. 4 GRCh; Art. 51 GRCh; Art. 52 Abs. 3 GRCh; Art. 3 EMRK

1. Der Europäische Gerichtshof ist gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG. Ein nationales letztinstanzliches Gericht hat eine entscheidungserhebliche Frage des Unionsrechts dem EuGH vorzulegen, sofern nicht die betreffende unionsrechtliche Bestimmung bereits Gegenstand einer Auslegung durch den EuGH war oder die richtige Anwendung des Unionsrechts offenkundig ist.

2. Das Bundesverfassungsgericht überprüft nur, ob ein Fachgericht die unionsrechtliche Vorlagepflicht offensichtlich unhaltbar gehandhabt hat. Dies ist der Fall, wenn das letztinstanzliche Hauptsachegericht trotz Zweifeln an der Rechtsauslegung eine Vorlage nicht in Betracht zieht (grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht) oder wenn es ohne Vorlagebereitschaft bewusst von der Rechtsprechung des EuGH abweicht.

3. In den Fällen der Unvollständigkeit der Rechtsprechung des EuGH verletzt das letztinstanzliche Hauptsachegericht mit einer Nichtvorlage das Recht auf den gesetzlichen Richter, wenn es seinen Beurteilungsrahmen in unvertretbarer Weise überschreitet. Dies ist der Fall, wenn es willkürlich davon ausgeht, die Rechtslage sei entweder von vornherein eindeutig („*acte clair*“) oder durch Rechtsprechung in einer Weise geklärt, die keinen vernünftigen Zweifel offenlässt („*acte éclairé*“).

4. In der bisherigen Rechtsprechung des EuGH ist nicht abschließend geklärt, welche konkreten Mindestanforderungen im – unionsrechtlich determinierten – Auslieferungsverfahren auf der Grundlage eines Europäischen Haftbefehls mit Blick auf die Haftbedingungen im ersuchenden Staat aus Art. 4 GRCh abzuleiten sind und nach welchen Maßstäben die Haftbedingungen unionsgrundrechtlich zu bewerten sind. Insbesondere ist offen, inwieweit bei der Bestimmung des Gewährleistungsgehalts von Art. 4 GRCh die Rechtsprechung des EGMR zu Art. 3 EMRK zu berücksichtigen ist und ob diese vollständig übertragbar ist.

5. Ein Oberlandesgericht verletzt das Recht auf den gesetzlichen Richter, wenn es eine Auslieferung nach Rumänien ohne Vorlage an den EuGH für zulässig erklärt, nachdem es zwar erkannt hat, dass die konkret zu erwartenden Haftbedingungen hinter den räumlichen Anforderungen zurückbleiben, die der EGMR an einen menschenrechtskonformen Strafvollzug stellt, nachdem es sodann jedoch bei einer Gesamtbetrachtung – unter Einbeziehung selbst hinzugefügter weiterer Beurteilungsgesichtspunkte – die Gefahr einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung des Verfolgten verneint hat (Hauptsacheentscheidung zur einstweiligen Anordnung vom 18. August 2017 [= HRRS 2017 Nr. 832]).

6. Nach der Rechtsprechung des EGMR folgt aus einer Unterschreitung des persönlichen Raums von 3 m<sup>2</sup> pro Gefangenen in einem Gemeinschaftshaftraum die starke Vermutung einer Verletzung von Art. 3 EMRK. Diese kann normalerweise nur widerlegt werden, wenn es sich lediglich um eine kurze, gelegentliche und unerhebliche Reduzierung des persönlichen Raums handelt, ausreichende Bewegungsfreiheit und Aktivitäten außerhalb des Hafttraums gewährleistet sind und die Strafe in einer geeigneten Haftanstalt vollzogen wird, wobei es keine die Haft erschwerenden Bedingungen geben darf. Von der Möglichkeit einer Entkräftung durch weitere Faktoren ist der EGMR ebenso wenig ausgegangen wie davon, dass bei einem persönlichen Raum von lediglich 2 m<sup>2</sup> pro Gefangenen noch eine „Gesamtbetrachtung“ der Haftbedingungen vorgenommen werden könnte.

#### 94. BVerfG 2 BvR 2993/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Januar 2018 (LG Frankfurt (Oder) / AG Frankfurt (Oder))

Durchsuchung der Geschäftsräume einer GmbH (Wohnungsgrundrecht; Ermittlungsverfahren wegen Insolvenzverschleppung; Anfangsverdacht; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Vorrang grundrechtsschonender Ermittlungshandlungen; Unverhältnismäßigkeit der Durchsuchung bei nur leichtem Tatverdacht; Vorrang milderer Mittel im Einzelfall; Aufklärung der finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft; Einsichtnahme in das Schuldnerverzeichnis und die offenzulegenden Jahresabschlüsse; BaFin-Auskunft und Kontenabfrage); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Beschwerdebefugnis des Geschäftsführers einer GmbH nur hinsichtlich seiner Privatsphäre zuzuordnender Räume).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 3 GG; § 90 Abs. 1 BVerfGG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 161 Abs. 1 StPO; § 15a Abs. 4 InsO; § 325 HGB; § 24c Abs. 3 Nr. 2 KWG

1. Der mit einer Durchsuchung verbundene schwerwiegende Eingriff in die durch Art. 13 Abs. 1 GG geschützte räumliche Lebenssphäre des Einzelnen setzt zu seiner Rechtfertigung einen Anfangsverdacht voraus, der über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen und auf konkreten Tatsachen beruhen muss. Eine Durchsuchung darf nicht der Ermittlung von Tatsachen dienen, die zur Begründung eines Anfangsverdachts erst erforderlich sind.

2. Eine Durchsuchung ist unverhältnismäßig, wenn naheliegende grundrechtsschonendere Ermittlungsmaßnahmen ohne greifbare Gründe unterbleiben oder zurückgestellt werden und die Maßnahme außer Verhältnis zur Stärke des im jeweiligen Verfahrensabschnitt bestehenden Tatverdachts steht.

3. Der Verdacht der Insolvenzverschleppung gegen den Geschäftsführer einer GmbH wiegt nur wenig schwer, wenn er sich lediglich darauf stützt, dass die Gesellschaft zuvor regelmäßig erbrachte Mietzahlungen nicht mehr geleistet und der Geschäftsführer von einer finanziellen Notlage gesprochen hat, wenn jedoch nähere Erkenntnisse zu den finanziellen Verhältnissen der GmbH vollständig fehlen und der Geschäftsführer außerdem erklärt hat, die Mietforderungen mit konkreten Gegenforderungen zu verrechnen.

4. Bei dieser Sachlage waren die Ermittlungsbehörden gehalten, vor einer Durchsuchung alle naheliegenden, weniger eingriffsintensiven Ermittlungsmaßnahmen in Betracht zu ziehen. Insbesondere wäre die Finanzlage der GmbH durch Einsichtnahme in das Schuldnerverzeichnis und in die offenzulegenden, über den Bundesanzeiger zugänglichen Jahresabschlüsse sowie durch Rückgriff auf die Kontenumsätze über die BaFin und die kontenführenden Kreditinstitute aufzuklären gewesen.

5. Der Geschäftsführer einer GmbH ist mit Blick auf eine Durchsuchung der Geschäftsräume der Gesellschaft nur

insoweit selbst beschwerdebefugt, als die Räumlichkeiten seiner Privatsphäre zuzuordnen sind. Hiervon kann bei dem Büro eines alleinigen Geschäftsführers ausgegangen werden, nicht hingegen bei den übrigen Räumen der GmbH.

**93. BVerfG 2 BvR 1297/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Januar 2018 (OLG Hamm)**

Recht auf effektiven Rechtsschutz im Strafvollzug (Auslegung von Anträgen im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen; Vermeidung einer Sachentscheidung durch Auslegung einer statthaften Rechtsbeschwerde als unzulässige Beschwerde); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Grundsatz der materiellen Subsidiarität; Erfordernis der Beseitigung einer Grundrechtsverletzung im sachnächsten Verfahren).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 115 Abs. 3 StVollzG; § 33a StPO; § 304 StPO

1. Es widerspricht dem Grundgedanken des Art. 19 Abs. 4 GG, dem Sachvortrag eines Beteiligten in einem gerichtlichen Verfahren entgegen Wortlaut und erkennbarem Sinn eine Bedeutung beizulegen, die zur Zurückweisung des Rechtsbehelfs als unzulässig führen muss, während bei sachdienlicher Auslegung eine Sachentscheidung möglich wäre.

2. Holt die Strafvollstreckungskammer in einem strafvollzugsrechtlichen Verfahren das rechtliche Gehör nach und bescheidet sie den Gefangenen sodann erneut abschlägig, so ist auch gegen diese Entscheidung die Rechtsbeschwerde statthaft. Die Auslegung eines solchen Rechtsmittels als – unzulässige – Beschwerde verletzt den Gefangenen in seinem Recht auf effektiven Rechtsschutz.

3. Eine gegen die Verwerfung eines solchen zu Unrecht als Beschwerde ausgelegten Rechtsmittels gerichtete Verfassungsbeschwerde ist jedoch wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der materiellen Subsidiarität unzulässig, weil der Gefangene gehalten gewesen wäre, bereits die mit einem Gehörsverstoß behaftete Ausgangsentscheidung der Strafvollstreckungskammer mit der Rechtsbeschwerde anzufechten und so die geltend gemachte Grundrechtsverletzung im sachnächsten Verfahren zu verhindern oder zu beseitigen.

**95. BVerfG 2 BvR 2312/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Dezember 2017 (OLG Karlsruhe / LG Mannheim)**

Unterbliebene nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Recht auf effektiven Rechtsschutz; Fortbestehen eines Rechtsschutzinteresses grundsätzlich nur bei noch gegenwärtiger Beschwer; Beschwer bei Ablehnung einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung aus Freiheitsstrafe und Geldstrafe; „Anrechnungsüberhang“ durch bereits bezahlte Geldstrafe; Reichweite des Verschlechterungsverbots; eigene Ermessensentscheidung des Beschwerdegerichts über die Gesamtstrafenbildung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 51 Abs. 2 StGB; § 53 Abs. 2 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB; § 460 StPO

1. Mit dem Gebot effektiven Rechtsschutzes ist es grundsätzlich vereinbar, die Zulässigkeit eines Rechtsmittels von einem Rechtsschutzinteresse im Sinne einer gegenwärtigen Beschwer durch die angegriffene Entscheidung abhängig zu machen. Allerdings dürfen dabei keine überhöhten Anforderungen gestellt werden, soweit schwere Grundrechtseingriffe – insbesondere in das Recht auf Freiheit der Person – im Raum stehen.

2. Ein zu einer Freiheitsstrafe und einer Geldstrafe Verurteilter ist durch eine Entscheidung beschwert, mit der die nachträgliche Bildung einer – gegenüber der Summe der Einzelstrafen notwendig niedrigeren – Gesamt(freiheits)strafe abgelehnt wird. Dass die Geldstrafe zwischenzeitlich vollständig bezahlt worden ist, hindert die Gesamtstrafenbildung nicht, wenngleich die gesetzlich zwingend vorgeschriebene vollständige Anrechnung der Zahlung auf die Gesamtstrafe zu einem „Anrechnungsüberhang“ führt, durch den sich die tatsächlich zu verbüßende Freiheitsstrafe (gegebenenfalls deutlich) verkürzt.

3. Das Beschwerdegericht verletzt das Recht des Verurteilten auf effektiven Rechtsschutz, wenn es zwar erkennt, dass die Vorinstanz unzutreffend davon ausgegangen war, die Bildung einer Gesamtstrafe sei nach Bezahlung der Geldstrafe rechtlich unzulässig, wenn es jedoch zugleich eine Beschwer für den Verurteilten verneint und sich deshalb nicht inhaltlich mit der Beschwerde befasst.

4. Das Verschlechterungsverbot steht der nachträglichen Bildung einer Gesamtfreiheitsstrafe aus einer Freiheits- und einer Geldstrafe nicht entgegen. Dies gilt insbesondere dann, wenn die einzubeziehende Geldstrafe bereits bezahlt ist und in einer Gesamtfreiheitsstrafe daher nicht das schwerere Strafübel zu sehen wäre.

5. Der Ermessensentscheidung des Beschwerdegerichts, ob von der nachträglichen Bildung einer Gesamtstrafe ausnahmsweise abgesehen wird und Freiheits- und Geldstrafe nebeneinander bestehen bleiben, kann das Bundesverfassungsgericht nicht vorgreifen.

**96. BVerfG 2 BvR 2552/17 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Dezember 2017 (Pfälzisches OLG Zweibrücken / AG Landau in der Pfalz)**

Fortdauer der Untersuchungshaft (Freiheitsgrundrecht; Unschuldvermutung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Abwägung zwischen dem Freiheitsanspruch des Beschuldigten und den unabweisbaren Bedürfnissen einer wirksamen Strafverfolgung; Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen; Beginn der Hauptverhandlung regelmäßig spätestens drei Monate nach Eröffnungsreife; keine Rechtfertigung von dem Staat zurechenbaren Verfahrensverzögerungen durch Schwere der Tat oder längerfristige Überlastung des Gerichts; Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen; ausreichende Personalausstattung als verfassungsrechtliche Verpflichtung der Justizverwaltung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 121 Abs. 1 StPO

1. Die Anordnung und Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft ist wegen der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Unschuldsvermutung nur ausnahmsweise zulässig, wenn die unabweisbaren Bedürfnisse einer wirklichen Strafverfolgung den Freiheitsanspruch des Beschuldigten überwiegen. Bei der Abwägung ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen.

2. Die Strafverfolgungsbehörden und Strafgerichte müssen alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um mit der gebotenen Schnelligkeit die notwendigen Ermittlungen abzuschließen und eine gerichtliche Entscheidung über die einem Beschuldigten vorgeworfenen Taten herbeizuführen. Im Falle der Entscheidungsreife ist über die Zulassung der Anklage zur Hauptverhandlung zu beschließen und anschließend im Regelfall innerhalb von weiteren drei Monaten mit der Hauptverhandlung zu beginnen.

3. Allein die Schwere der Straftat und die sich daraus ergebende Straferwartung vermag jedenfalls bei erheblichen, vermeidbaren und dem Staat zuzurechnenden Verfahrensverzögerungen die Fortdauer einer ohnehin bereits lang andauernden Untersuchungshaft nicht zu rechtfertigen.

4. Anders als unvorhersehbare Zufälle und schicksalhafte Ereignisse kann eine nicht nur kurzfristige Überlastung eines Gerichts die Haftfortdauer niemals rechtfertigen. Dies gilt selbst dann, wenn die Überlastung auf einem Geschäftsanfall beruht, der sich trotz Ausschöpfung aller richterorganisatorischen Mittel und Möglichkeiten nicht mehr innerhalb angemessener Fristen bewältigen lässt.

5. Haftfortdauerentscheidungen unterliegen von Verfassungs wegen einer erhöhten Begründungstiefe und erfordern regelmäßig schlüssige und nachvollziehbare Ausführungen zum Fortbestehen der Voraussetzungen der Untersuchungshaft, zur Abwägung zwischen Freiheitsgrundrecht und Strafverfolgungsinteresse sowie zur Frage der Verhältnismäßigkeit.

6. Eine bereits seit über einem Jahr andauernde Belastungssituation der zuständigen Strafkammer rechtfertigt die Haftfortdauer nicht, wenn die Justizverwaltung ihrer verfassungsrechtlichen Verpflichtung nicht nachgekommen ist, die Gerichte in einer Weise mit Personal auszustatten, die eine rechtsstaatliche Verfahrensgestaltung erlaubt, sondern wenn zusätzliche Richterstellen erst zu einem Zeitpunkt zur Verfügung gestellt worden sind, zu dem eine rechtsstaatliche Verfahrensführung bereits nicht mehr möglich war.

## Rechtsprechung

## Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**145. BGH 3 StR 466/17 – Beschluss vom 28. November 2017 (LG Osnabrück)**

Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe beim Computerbetrug (wertende Betrachtung; Interesse am Taterfolg; Tatherrschaft; Tatbeitrag im Vorfeld; Mitwirkung am Kerngeschehen; Bande; Einbindung in gleichberechtigte arbeitsteilige Begehung).

§ 25 StGB; § 27 StGB; § 263a StGB

1. Maßgeblich für die Unterscheidung von Mittäterschaft und Beihilfe – hier: beim Computerbetrug – sind nach ständiger Rechtsprechung der Grad des eigenen Interesses am Erfolg der Tat, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille hierzu. Die Annahme von Mittäterschaft erfordert dabei nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen; sie kann vielmehr auch durch einen Beitrag im Vorbereitungsstadium des unmittelbar tatbestandlichen Handelns begründet werden.

2. Wer jedoch lediglich einen weit im Vorfeld der Tat liegenden Beitrag erbringt – hier: die Vermittlung von Inhabern möglicher „Zielkonten“ für die Begehung der späteren Taten – und im Übrigen in keiner Weise in die

unmittelbare Tatbegehung eingebunden ist, ist mangels jeglicher Tatherrschaft hinsichtlich des eigentlichen deliktischen Geschehens regelmäßig kein Mittäter. Etwas anderes kann gelten, wenn durch die Zugehörigkeit zu einer für die Tatbegehung verantwortlichen Organisationsstruktur (hier: Mitglied einer Bande) eine Einbindung in eine gleichberechtigt verabredete arbeitsteilige Tatausführung stattfindet.

**182. BGH 2 StR 118/16 – Urteil vom 25. Oktober 2017 (LG Frankfurt a. M.)**

Notwehr (Erforderlichkeit eines sofortigen, lebensgefährlichen Messereinsatzes); Alkoholbedingte Schuldunfähigkeit (Fehlen von Berechnungsgrundlagen für die Bestimmung der Blutalkoholkonzentration: zulässige Annahme voller Schuldfähigkeit).

§ 32 Abs. 1 StGB; § 20 StGB

1. Der sofortige, das Leben des Angreifers gefährdende Einsatz eines Messers kann erforderlich und durch Notwehr gerechtfertigt sein. Gegenüber einem unbewaffneten Angreifer ist der Gebrauch eines Messers jedoch in der Regel anzudrohen, wenn die Drohung unter den konkreten Umständen eine so hohe Erfolgsaussicht hat,

dass dem Angegriffenen das Risiko eines Fehlschlags und der damit verbundenen Verkürzung seiner Verteidigungsmöglichkeiten zugemutet werden kann (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 139, 140 mwN). Dies ist auf der Grundlage einer objektiven ex-ante-Betrachtung der tatsächlichen Verhältnisse im Zeitpunkt der Verteidigungshandlung zu beurteilen. Angesichts der geringen Kalkulierbarkeit des Fehlschlagrisikos dürfen an die in einer zuge-spitzten Situation zu treffende Entscheidung für oder gegen eine weniger gefährliche Verteidigungshandlung keine überhöhten Anforderungen gestellt werden.

2. Fehlen zuverlässige Berechnungsgrundlagen für die Bestimmung der Blutalkoholkonzentration zur Tatzeit, ist der Tatrichter zwar gehalten, sich unter Beachtung des Zweifelssatzes eine Überzeugung davon zu verschaffen, welche Höchstmenge aufgenommenen Alkohols nach der Sachlage in Betracht kommt (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 257, 258). Bei Vorliegen hinreichender tatsächlicher Anhaltspunkte ist eine Schätzung zulässig und geboten. Der Tatrichter ist aber nicht verpflichtet, Sachverhalte zugunsten des Angeklagten zu unterstellen, für die es keinen begründeten Anhalt gibt (vgl. BGHSt 34, 29, 34). Lassen sich nach Erschöpfung aller Beweismöglichkeiten keine Erkenntnisse darüber gewinnen, dass der Täter erheblich alkoholisiert war, ist daher volle Schuldfähigkeit anzunehmen.

**100. BGH 1 StR 393/17 – Beschluss vom 24. Oktober 2017 (LG Traunstein)**

Rücktritt (Abgrenzung zwischen beendetem und unbeendetem sowie fehlgeschlagenem Versuch; Rücktrittshorizont: Darstellung des entsprechenden Vorstellungsbildes in den Urteilsfeststellungen; Freiwilligkeit des Rücktritts).

§ 24 Abs. 1 StGB

1. Die Abgrenzung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch bestimmt sich nach dem Vorstellungsbild des Täters nach dem Abschluss der letzten von ihm vorgenommenen Ausführungshandlung, dem sogenannten Rücktrittshorizont. Ein unbeendeter Versuch eines Tötungsdelikts, bei dem allein der Abbruch der begonnenen Tathandlung zum strafbefreienden Rücktritt vom Versuch führt, liegt vor, wenn der Täter zu diesem Zeitpunkt noch nicht alles getan hat, was nach seiner Vorstellung zur Herbeiführung des Todes erforderlich ist. Ein beendeter Tötungsversuch, bei dem der Täter für einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch den Tod des Opfers durch eigene Rettungsbemühungen verhindern oder sich darum zumindest freiwillig und ernsthaft bemühen muss, ist hingegen anzunehmen, wenn er den Eintritt des Todes bereits für möglich hält oder sich keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns macht.

2. Fehlgeschlagen ist ein Versuch, wenn die Tat nach Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaus mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr vollendet werden kann und der Täter dies erkennt oder wenn er subjektiv die Vollendung nicht mehr für möglich hält. Auch dabei kommt es auf die Sicht des Täters nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung an (Rücktrittshorizont). Hält er die Vollendung der Tat im unmittelbaren Handlungsvorgang

noch für möglich, wenn auch mit anderen Mitteln, so ist der Verzicht auf ein Weiterhandeln als freiwilliger Rücktritt vom unbeendeten Versuch zu bewerten. Scheidet ein Fehlschlag aus, kommt es auf die Abgrenzung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch an.

3. Allen Fällen aber ist gemeinsam, dass das Vorstellungsbild des Täters im entscheidungserheblichen Zeitpunkt von maßgebender Bedeutung ist. Lässt sich den Urteilsfeststellungen das entsprechende Vorstellungsbild des Angeklagten, das zur revisionsrechtlichen Prüfung des Vorliegens eines freiwilligen Rücktritts vom Versuch unerlässlich ist, nicht hinreichend entnehmen, hält das Urteil sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

4. Freiwilligkeit liegt nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs vor, wenn der Täter „Herr seiner Entschlüsse“ geblieben ist und die Ausführung seines Verbrechensplans noch für möglich gehalten hat, er also weder durch eine äußere Zwangslage daran gehindert noch durch seelischen Druck unfähig geworden ist, die Tat zu vollbringen. Maßgebliche Beurteilungsgrundlage ist insoweit nicht die objektive Sachlage, sondern die Vorstellung des Täters hiervon. Der Annahme von Freiwilligkeit steht es dabei nicht von vornherein entgegen, dass der Anstoß zum Umdenken von außen kommt oder das Abstandnehmen von der Tat erst nach dem Einwirken eines Dritten erfolgt. Entscheidend für die Annahme von Freiwilligkeit ist, dass der Täter die Tatvollendung aus selbstgesetzten Motiven nicht mehr erreichen will.

**190. BGH 2 StR 414/17 – Beschluss vom 12. Dezember 2017 (LG Gießen)**

Schuldunfähigkeit (erforderliche zweistufige Prüfung; naheliegende zumindest verminderte Schuldfähigkeit bei Vorliegen einer anderen seelischen Abartigkeit; Pädophilie als andere seelische Abartigkeit: erforderliche Gesamtbetrachtung).

§ 20 StGB; § 21 StGB

1. Die richterliche Entscheidung, ob die Fähigkeit des Täters, das Unrecht seiner Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln, bei der Begehung der jeweiligen Tat erheblich vermindert war, besteht in einem aus mehreren Schritten bestehenden Verfahren (vgl. BGH NStZ 2015, 688, 689). Zuerst ist die Feststellung erforderlich, dass bei dem Angeklagten eine psychische Störung vorliegt, die ein solches Ausmaß erreicht, dass sie unter eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB zu subsumieren ist. Sodann sind der Ausprägungsgrad der Störung und deren Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit des Täters zu untersuchen. Die anschließende Frage der Erheblichkeit der Beeinträchtigung des Hemmungsvermögens ist eine Rechtsfrage, die das Tatgericht selbst zu beantworten hat, nicht der Sachverständige (BGHSt 49, 45, 53).

2. Wird im Einzelfall eine schwere andere seelische Abartigkeit als Eingangsmerkmal im Sinne von § 20 StGB bejaht, so liegt mit der damit festgestellten Schwere der Abartigkeit auch eine erhebliche Beeinträchtigung des Steuerungsvermögens gemäß § 21 StGB nahe (vgl. BGH StV 2017, 29 ff.).

3. Nicht jede Devianz im Sexualverhalten in Form einer Pädophilie ist zwar ohne weiteres gleichzusetzen mit einer schweren anderen seelischen Abartigkeit im Sinne der §§ 20, 21 StGB. Eine festgestellte Pädophilie kann im Einzelfall aber eine schwere andere seelische Abartigkeit und eine hierdurch erheblich beeinträchtigte Steuerungsfähigkeit begründen, wenn Sexualpraktiken zu einer eingeschliffenen Verhaltensschablone geworden sind, die sich durch eine abnehmende Befriedigung, zunehmende Frequenz der devianten Handlungen, Ausbau des Raffinements und gedankliche Einengung des Täters auf diese Praktik auszeichnen (vgl. BGH StraFo 2017, 247 ff.).

4. Ob die sexuelle Devianz in Form einer Pädophilie einen Ausprägungsgrad erreicht, der dem Eingangsmerkmal der schweren anderen seelischen Abartigkeit zugeordnet werden kann, ist aufgrund einer Gesamtschau der Täterpersönlichkeit und seiner Taten zu beurteilen (vgl. BGH StraFo 2017, 247 ff.). Dabei kommt es darauf an, ob die sexuellen Neigungen die Persönlichkeit des Täters so verändert haben, dass er zur Bekämpfung seiner Triebe nicht die erforderlichen Hemmungen aufzubringen vermag (vgl. BGH StV 2017, 29 ff.).

#### **188. BGH 2 StR 375/17 – Beschluss vom 21. November 2017 (LG Stralsund)**

Schuldunfähigkeit (erforderliche zweistufige Prüfung in Bezug auf die konkrete Tat).  
§ 20 StGB; § 21 StGB

1. Die Entscheidung, ob die Schuldfähigkeit des Unterzubringenden zur Tatzeit aus einem der in § 20 StGB bezeichneten Gründe ausgeschlossen oder im Sinne von § 21 StGB erheblich vermindert war, erfordert prinzipiell eine mehrstufige Prüfung (st. Rspr.).

2. Zunächst ist die Feststellung erforderlich, dass bei dem Täter eine psychische Störung vorliegt, die ein solches Ausmaß erreicht hat, dass sie unter eines der psychopathologischen Eingangsmerkmale des § 20 StGB zu subsumieren ist. Sodann sind der Ausprägungsgrad der Störung und deren Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit des Täters zu untersuchen. Durch die festgestellten psychopathologischen Verhaltensmuster muss die psychische Funktionsfähigkeit des Täters bei der Tatbegehung beeinträchtigt worden sein. Hierzu ist der Richter für die Tatsachenbewertung auf die Hilfe eines Sachverständigen angewiesen. Gleichwohl handelt es sich bei der Frage des Vorliegens eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB bei gesichertem Vorliegen eines psychiatrischen Befunds wie bei der Prüfung einer aufgehobenen oder erheblich beeinträchtigten Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit des Täters zur Tatzeit um Rechtsfragen. Deren Beurteilung erfordert konkretisierende und widerspruchsfreie Darlegungen dazu, in welcher Weise sich die festgestellte Störung bei Begehung der Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Täters in der konkreten Tatsituation und damit auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat (st. Rspr.).

3. Für die Frage eines Ausschlusses oder einer erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit kommt es maßgeblich darauf an, in welcher Weise sich die festgestellte und unter eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB zu

subsumierende psychische Störung bei Begehung der Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Angeklagten in der konkreten Tatsituation ausgewirkt hat. Die Beurteilung der Einsichts- und Steuerungsfähigkeit kann daher – von offenkundigen Ausnahmefällen abgesehen (vgl. BGH NStZ 1997, 485, 486) – nicht abstrakt, sondern nur in Bezug auf eine bestimmte Tat erfolgen (vgl. BGH NJW 2016, 728, 729). Beurteilungsgrundlage ist das konkrete Tatgeschehen, wobei neben der Art und Weise der Tat ausführung auch die Vorgeschichte, der Anlass zur Tat, die Motivlage des Angeklagten und sein Verhalten nach der Tat von Bedeutung sein können (vgl. BGHSt 37, 397, 402).

#### **179. BGH 1 StR 416/17 – Urteil vom 5. Dezember 2017 (LG Regensburg)**

Umfang eines Rechtsmittels (Beschränkung der Revision auf einzelne, tatmehrheitliche Verurteilungen: keine widersprechenden Urteilsgründe bei alkoholbedingter eingeschränkter Steuerungsfähigkeit und zeitlich nah beieinanderliegenden Taten); Tötungsvorsatz (dolus eventualis: freie Beweiswürdigung des Tatrichters, besonders gefährliche Tathandlungen, Bedeutung der Hemmschwellentheorie; Verständnis des Zweifelsatzes).

§ 344 Abs. 1 StPO; § 53 StGB; § 21 StGB; § 212 Abs. 1 StGB; § 15 StGB

1. Soweit in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs im Rahmen der gebotenen Gesamtschau auf eine „für Tötungsdelikte deutlich höhere Hemmschwelle“ abgestellt worden ist, erschöpft sich dies in einem Hinweis auf die Bedeutung des Grundsatzes der freien richterlichen Beweiswürdigung (§ 261 StPO) bezüglich der Überzeugungsbildung vom Vorliegen eines (wenigstens) bedingten Tötungsvorsatzes. Der Bundesgerichtshof hat immer wieder hervorgehoben, dass durch den Aspekt der „Hemmschwelle“ die Wertung der hohen und offensichtlichen Lebensgefährlichkeit von Gewalthandlungen als ein gewichtiges, auf Tötungsvorsatz hinweisendes Beweisanzeichen nicht in Frage gestellt oder auch nur relativiert werden solle (vgl. BGHSt 57, 183, 191 Rn. 34).

2. Ein Rechtsmittel kann wirksam auf solche Beschwerdepunkte beschränkt werden, die losgelöst von dem nicht angegriffenen Teil der Entscheidung nach dem inneren Zusammenhang rechtlich und tatsächlich selbständig beurteilt werden können, ohne eine Prüfung des übrigen Urteilsinhalts notwendig zu machen (st. Rspr.). Das ist im Verhältnis zwischen Straftaten, die tatmehrheitlich (§ 53 StGB) verwirklicht worden sind, nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs regelmäßig der Fall (vgl. BGHSt 24, 185, 188 f.).

3. Der Wirksamkeit einer solchen Beschränkung nicht entgegen, dass die der Annahme einer alkoholbedingt nicht ausschließbar erheblich eingeschränkten Steuerungsfähigkeit des Angeklagten zugrundeliegenden Feststellungen angesichts eines kurzen zeitlichen Aufeinanderfolgens mehrerer Straftaten für alle Bedeutung entfallen und deshalb die Gefahr sich widersprechender Urteilsgründe begründen könnten. Für die Schuldfähigkeitsbeurteilung kommt es stets darauf an, ob der Täter aufgrund einer bestimmten psychischen Verfassung in

der Lage war, einer konkreten Tat Unrechtseinsicht und Hemmungsvermögen entgegenzusetzen. Dafür ist auf den jeweiligen konkreten Rechtsverstoß abzustellen, so dass jedenfalls bei verschiedenartigen Straftaten sich ein

einheitliches Eingangsmerkmal auf die Unrechtseinsichts- und die Steuerungsfähigkeit unterschiedlich auswirken kann.

## Rechtsprechung

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

**191. BGH 2 StR 415/17 – Beschluss vom 2. November 2017 (LG Rostock)**

Beleidigung (verfassungsrechtlich gebotene Konturierung des Tatbestandes; sexuell motivierte Äußerungen als Beleidigung); sexueller Missbrauch eines Kindes (Einwirken auf das Kind durch entsprechende Reden: nur Äußerungen, die nach Art und Intensität pornographischem Material entsprechen).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 185 StGB; § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB

1. Im Zusammenhang mit der Vornahme sexuell motivierter Äußerungen liegt ein Angriff auf die Ehre und damit eine Beleidigung nur vor, wenn der Täter zum Ausdruck bringt, der Betroffene weise insoweit einen seine Ehre mindernden Mangel auf. Eine ehrverletzende Kundgabe von Missachtung liegt regelmäßig nicht allein in der sexuell motivierten Äußerung des Täters. Eine Herabsetzung des Betroffenen kann sich bei sexuell motivierten Äußerungen im Einzelfall nur durch das Hinzutreten besonderer Umstände unter Würdigung des Gesamttatgeschehens ergeben (vgl. BGHSt 36, 145, 150).

2. Die Strafvorschrift des § 185 StGB stellt die „Beleidigung“ unter Strafe, ohne dass die Strafbarkeit begründende Verhalten näher zu umschreiben. Im Hinblick auf das Erfordernis der Tatbestandsbestimmtheit (Art. 103 Abs. 2 GG) bedarf die Vorschrift unter Bestimmung des zu schützenden Rechtsguts der näheren Konturierung (vgl. BGHSt 36, 145, 148).

3. Hiervon ausgehend ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass § 185 StGB Schutz vor Angriffen auf das Rechtsgut der Ehre gewährt. Ein Angriff auf die Ehre liegt vor, wenn der Täter einem anderen zu Unrecht Mängel nachsagt, die, wenn sie vorlägen, den Geltungswert des Betroffenen minderten. Eine „Nachrede“, die in einem herabsetzenden Werturteil oder einer ehrenrührigen Tatsachenbehauptung bestehen kann, verletzt den aus der Ehre fließenden Achtungsanspruch. Mit einer solchen „Nachrede“ wird die Missachtung, Geringschätzung oder Nichtachtung kundgegeben, die den Tatbestand verwirklicht (vgl. BGHSt 36, 145, 148 mwN).

4. Die Tathandlung nach § 176 Abs. 4 Nr. 4 Var. 4 StGB setzt voraus, dass der Täter durch „entsprechende Reden“ auf ein Kind „einwirkt“. Mit dem Merkmal „entsprechende Reden“ sind Äußerungen gemeint, die nach Art und Intensität pornographischem Material – insbe-

sondere pornographischen Darstellungen – entsprechen (vgl. BGHSt 29, 29, 30). „Einwirken“ bedeutet dabei eine psychische Einflussnahme tiefergehender Art. Bloß sexualbezogene oder grob sexuelle Äußerungen genügen ebenso wenig zur Tatbestandsverwirklichung des § 176 Abs. 4 Nr. 4 Var. 4 StGB wie kurze, oberflächliche Reden.

**203. BGH 4 StR 483/17 – Beschluss vom 19. Dezember 2017 (LG Duisburg)**

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr zur Verdeckung einer Straftat (Begriff der Verdeckungsabsicht: keine Verdeckungsabsicht, wenn der Täter sich in erster Linie der Festnahme entziehen will).

§ 315 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 lit. b) StGB; § 315b StGB

Verdeckungsabsicht im Sinne des § 315 Abs. 3 Nr. 1 Buchst. b StGB setzt voraus, dass die konkrete Handlung des Täters das Mittel zur Verdeckung der Tat ist. Es genügt nicht, dass der Täter einen zeitlichen Vorsprung erhalten will, um fliehen zu können (vgl. NSTz 1985, 166). Ein Täter, der sich in erster Linie der Festnahme entziehen will, will „weder Tat noch Täterschaft“ zudecken (vgl. BGH NJW 1991, 1189 mwN). Die Verdeckung einer Straftat scheidet insbesondere dann aus, wenn diese bereits vollständig aufgedeckt ist und der Täter dies weiß (vgl. BGHSt 50, 11, 14).

**173. BGH StB 18/17 – Beschluss vom 14. Dezember 2017 (OLG München)**

Keine Unterstützung einer terroristischen Vereinigung durch Übergabe von Geld- und Sachmitteln (Förderung des Organisationszusammenhalts; Festigung der Gefährlichkeit; verselbständigte Beihilfe zur Mitgliedschaft; objektive Nützlichkeit für die Organisation; kein messbarer Nutzen erforderlich; psychische Förderung des Tatentschlusses).

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 25 StGB; § 27 StGB

1. Ein Unterstützen im Sinne des § 129a Abs. 5 Satz 1 StGB (wie des § 129 Abs. 1 Satz 2 Variante 1 StGB nF) kann zum einen darin liegen, dass ein Außenstehender mitgliedschaftliche Betätigungsakte eines Angehörigen der Vereinigung fördert; in diesem Sinne handelt es sich beim Unterstützen um eine zur Täterschaft verselbständigte Beihilfe zur Mitgliedschaft. Zum anderen greift der Begriff des Unterstützens einer Vereinigung über ein im strengeren Sinne des § 27 Abs. 1 StGB auf die Förderung der Tätigkeit eines Vereinigungsmitglieds beschränktes Verständnis hinaus und bezieht sich auf die Vereinigung

als solche, ohne dass im konkreten Fall die Aktivität des Nichtmitglieds zu einer einzelnen organisationsbezogenen Tätigkeit eines Organisationsmitglieds hilfreich beitragen muss.

2. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, wenn die Förderungshandlung an sich konkret wirksam, für die Organisation objektiv nützlich ist und dieser mithin irgendeinen Vorteil bringt; ob der Vorteil genutzt wird und daher etwa eine konkrete, aus der Organisation heraus begangene Straftat oder auch nur eine organisationsbezogene Handlung eines ihrer Mitglieder mitprägt, ist dagegen ohne Belang. Es muss der Organisation durch die Tat handlung kein messbarer Nutzen entstehen. Die Wirksamkeit der Unterstützungsleistung und deren Nützlichkeit müssen jedoch stets anhand belegter Fakten nachgewiesen sein.

**134. BGH 3 StR 371/17 – Beschluss vom 3. November 2017 (LG Lüneburg)**

Betrug (Vermögensschaden beim Finanzierungsleasing; Eingehungsbetrug; Kaufpreiszahlung; wirtschaftlich und rechtlich aufeinander bezogene Geschäfte; Dreiecksverhältnis; Leasingnehmer; Leasinggeber; Leasingraten).

§ 263 StGB

Wird der Leasinggeber im Rahmen eines Finanzierungsleasings darüber getäuscht, dass er an dem zu finanzierenden (Leasing-)Gegenstand Eigentum erwirbt, entsteht ein Vermögensschaden durch die Zahlung des Kaufpreises unabhängig von etwaigen Ansprüchen gegen den Leasingnehmer (insbesondere auf Zahlung der Leasingraten). Obwohl es sich in solchen Fällen bei Leasing- und Kaufgeschäft um wirtschaftlich und rechtlich aufeinander bezogene Geschäfte handelt, ist das entstehende leasingtypische Dreiecksverhältnis mit zwei verschiedenen Leistungsbeziehungen auch bei der strafrechtlichen Beurteilung zu beachten.

**185. BGH 2 StR 230/17 – Urteil vom 13. Dezember 2017 (LG Rostock)**

Schwere Körperverletzung (erforderliche Vorstellung des Täters für die wesentliche Verursachung der schweren Folge); Revision des Nebenklägers (Umfang); Tötungsvorsatz (erforderliche tatrichterliche Beweiswürdigung bei Tötungsentsatz).

§ 226 Abs. 2 StGB; § 344 Abs. 1 StPO; § 400 StPO; § 212 StGB; § 15 StGB

1. Der Qualifikationstatbestand des § 226 Abs. 2 StGB ist unter anderem dann verwirklicht, wenn der Täter eine der in § 226 Abs. 1 StGB bezeichneten Folgen wesentlich verursacht. Dafür genügt es zwar nicht, dass er lediglich wusste und wollte, dass sein Opfer durch die Tat erheblich verletzt wird (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 383 mwN). Der Tatbestand ist aber erfüllt, wenn der Täter die schwere Körperverletzung als sichere Folge seines Handelns voraussieht (vgl. BGH NJW 2001, 980).

2. Bei einer Revision des Nebenklägers, der eine Verurteilung wegen eines bestimmten Delikts begehrt, hat das Revisionsgericht jedenfalls zu prüfen, ob der Tatrichter Strafvorschriften unangewendet gelassen hat, die zum

Anschluss der Nebenklage berechtigen und bei weitgehend tatbestandlicher Überschneidung dieselbe Zielrichtung haben, wie das Delikt, dessen Nichtanwendung der Nebenkläger in zulässiger Weise beanstandet vgl. BGH NStZ-RR 1996, 141).

**130. BGH 3 StR 349/17 – Beschluss vom 17. Oktober 2017 (LG Düsseldorf)**

Besonders schwerer Fall des Diebstahls (Eindringen mittels eines anderen nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeugs; in Bewegung Setzen des Schließmechanismus; elektronische Autoverriegelung; Störsender).

§ 242 StGB; § 243 StGB

Ein anderes nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmtes Werkzeug i.S.v. § 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 StGB liegt vor, wenn der Schließmechanismus ähnlich wie mit einem Schlüssel ordnungswidrig in Bewegung gesetzt wird. Ein Störsender, mit dem die elektronische Verriegelung eines Kraftfahrzeugs beeinträchtigt wird, kann allenfalls dann unter diese Regelung fallen, wenn dadurch die Verriegelung des Fahrzeugs geöffnet wird, nicht aber dann, wenn verhindert wird, dass es überhaupt zu einer Verriegelung kommt.

**122. BGH 3 StR 109/17 – Beschluss vom 17. Oktober 2017 (LG Gera)**

Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole (persönliches Äußerungsdelikt; Zu-Eigen-Machen fremder Äußerungen; objektiver Sinngehalt; Gesamtwürdigung; Bestrebungen gegen den Bestand der Bundesrepublik Deutschland; Freiheit von fremder Botmäßigkeit; aktivtätige Bemühungen).

§ 90a StGB; § 92 StGB

1. Bestrebungen gegen den Bestand der Bundesrepublik Deutschland i.S.d. § 92 Abs. 3 Nr. 1 i.V.m. Abs. 1 StGB folgen nicht bereits daraus, dass die Freiheit der Bundesrepublik Deutschland von fremder Botmäßigkeit geübelt wird. Vielmehr ist erforderlich, dass der Angeklagte eigene aktivtätige Bemühungen im Sinne eines Hinarbeitens auf einen derartigen Zustand anstellt oder fremde derartige Bemühungen unterstützt.

2. § 90a Abs. 1 StGB kann als persönliches Äußerungsdelikt durch die Wiedergabe fremder Äußerungen nur verwirklicht werden, wenn sich der Täter die Äußerung ausdrücklich oder konkludent derart zu eigen macht, dass er selbst beschimpft oder böswillig verächtlich macht. Das ist durch eine Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls zu ermitteln. Dabei ist auf den objektiven, nach dem Verständnis eines unbefangenen Durchschnittsempfängers zu ermittelnden Sinngehalt abzustellen. Nicht erkennbar gewordene Umstände, beispielsweise eine weder in der Äußerung selbst noch in den Begleitumständen zum Ausdruck gekommene innere Einstellung des Täters, sind dabei ohne Belang.

**198. BGH 4 StR 219/17 – Beschluss vom 23. November 2017 (LG Bielefeld)**

Totschlag (Konkurrenzverhältnis zu Körperverletzungsdelikten: Gesetzeskonkurrenz auch bei natürlicher Handlungseinheit; Vorsatz: erforderliche Gesamt-

betrachtung); tatrichterliche Beweiswürdigung (erforderliche Darstellungen im Urteil: molekulargenetische Vergleichsuntersuchung); Mittäterschaft (Tateinheit: gesonderte Betrachtung für jeden Mittäter)

§ 212 Abs. 1 StGB; §§ 223 ff StGB; § 15 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO; § 25 Abs. 2 StGB; § 52 StGB

1. Hinter vollendeten Tötungsdelikten treten mitverwirklichte Körperverletzungsdelikte im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurück. Dies gilt auch in Fällen, in denen Körperverletzungshandlungen im Rahmen einer natürlichen Handlungseinheit nahtlos in eine Tötung übergehen (vgl. BGH 2005, 93, 94).

2. Für die Darstellung des Ergebnisses einer auf einer molekulargenetischen Vergleichsuntersuchung beruhenden Wahrscheinlichkeitsberechnung ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs grundsätzlich erforderlich, dass der Tatrichter mitteilt, wie viele Systeme untersucht wurden, ob und inwieweit sich Übereinstimmungen in den untersuchten Systemen ergeben haben und mit welcher Wahrscheinlichkeit die festgestellte Merkmalskombination zu erwarten ist (vgl. BGH NStZ 2014, 477).

**200. BGH 4 StR 327/17 – Beschluss vom 7. November 2017 (LG Landau)**

Mord (niedrige Beweggründe: Verhältnis zu anderen Mordmerkmalen; Heimtücke bei Arg- und Wehrlosigkeit nur vor Vornahme der unmittelbaren Tötungshandlung).

§ 211 StGB

Niedrige Beweggründe, die zugleich spezielle Mordmerkmale erfüllen und denen darüber hinaus kein weiterer Unrechtsgehalt zukommt, werden von diesen speziellen Mordmerkmalen verdrängt (vgl. BGHSt 56, 239, 247).

**161. BGH 5 StR 480/17 – Beschluss vom 28. November 2017 (LG Cottbus)**

Mord (niedrige Beweggründe; subjektive Seite; Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland; anderer Kulturkreis).

§ 211 StGB

Maßstab für die Bewertung eines Beweggrundes als (potenziell) niedrig i.S.d. § 211 StGB sind die Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland und nicht die Anschauungen einer Volksgruppe, die die sittlichen und rechtlichen Werte dieser Rechtsgemeinschaft nicht anerkennt. Vor diesem Hintergrund kann die Verwurzelung eines Täters in einem anderen Kulturkreis nur ganz ausnahmsweise die Ablehnung der subjektiven Seite niedriger Beweggründe rechtfertigen.

**123. BGH 3 StR 83/17 – Urteil vom 16. November 2017 (LG Lüneburg)**

Sachlich-rechtlicher Mangel durch Verstoß gegen die allseitige Kognitionspflicht; sexueller Missbrauch von Jugendlichen (Ausnutzen der fehlenden Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung; Prüfung im Einzelfall; Verhältnis des Jugendlichen zum Erwachsenen).

§ 264 StPO; § 182 StGB

Ob ein Jugendlicher nach seiner geistigen und seelischen Entwicklung reif genug ist, die Bedeutung und Tragweite einer konkreten sexuellen Handlung für seine Person angemessen zu erfassen und sein Handeln danach auszurichten, und somit die Fähigkeit zur sexuellen Selbstbestimmung i.S.v. § 182 Abs. 3 StGB besitzt, hängt nicht allein von einer – etwa durch Retardierung im intellektuellen Bereich oder ausgeprägte soziale Fehlentwicklungen bedingten – Unfähigkeit zu sexueller Autonomie ab, sondern auch von seinem Verhältnis zu dem Erwachsenen. Dies gilt insbesondere dann, wenn zwischen beiden ein „Machtgefälle“ besteht, das es dem über 21-jährigen ermöglicht, den Willen des Jugendlichen – etwa durch dominantes oder manipulatives Auftreten – in unlauterer Weise zu beeinflussen.

**111. BGH 4 StR 401/17 – Beschluss vom 22. November 2017 (LG Kaiserslautern)**

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (gemeinschaftliche Tatbegehung: Anforderungen an das Zusammenwirken der Täter; Bestimmung zur Vornahme von sexuellen Handlungen).

§ 176 Abs. 1 und 2 StGB; § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB

1. Nach § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB wird der sexuelle Missbrauch von Kindern in den Fällen des § 176 Abs. 1 und 2 StGB als schwerer sexueller Missbrauch von Kindern mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei Jahren bestraft, wenn die Tat von mehreren gemeinschaftlich begangen wird. Eine gemeinschaftliche Tatbegehung liegt vor, wenn bei der Verwirklichung der Grundtatbestände des § 176 Abs. 1 und 2 StGB mindestens zwei Personen vor Ort mit gleicher Zielrichtung derart bewusst zusammenwirken, dass sie in der Tatsituation zusammen auf das Tatopfer einwirken oder sich auf andere Weise psychisch oder physisch aktiv unterstützen.

2. Dabei reicht es aus, dass sich von den zusammenwirkenden Tätern der eine nach § 176 Abs. 1 StGB und der andere nach § 176 Abs. 2 StGB strafbar macht. In diesen Fällen liegt die erforderliche gleiche Zielrichtung des täterschaftlichen Handelns darin, dass der Täter nach § 176 Abs. 2 StGB durch seinen Bestimmungsakt gegenüber dem Kind gerade diejenige sexuelle Handlung ermöglicht, die der andere im Sinne des § 176 Abs. 1 StGB vornimmt oder an sich vornehmen lässt.

3. Für die Annahme eines Bestimmens im Sinne des § 176 Abs. 2 StGB ist es ausreichend, dass der Täter durch ein Einwirken auf das Kind die sexuelle Begegnung zwischen dem nach § 176 Abs. 1 StGB handelnden Täter und dem Kind verursacht hat.

**103. BGH 2 StR 345/17 – Urteil vom 13. Dezember 2017 (LG Bonn)**

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (ähnliche sexuelle Handlung).

§ 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB

Das Eindringen mit dem Finger in den Scheidenvorhof ist eine dem Beischlaf ähnliche sexuelle Handlung im Sinne von § 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB.

**168. BGH 5 StR 518/17 – Beschluss vom 15. November 2017 (LG Berlin)**

Sexuelle Belästigung (Vorstellungsbild des Angeklagten hinsichtlich des belästigenden Charakters seiner Handlungen; ursprünglich konsentrierte sexuelle Handlungen; nicht erkennbare Willensänderung).

§ 184i StGB

Werden sexuelle Handlungen zwischen dem Angeklagten und einer weiteren Person zunächst einvernehmlich vereinbart, kann nicht ohne Weiteres auf eine Kenntnis des Angeklagten von einem belästigenden (vgl. § 184i Abs. 1 StGB) Charakter dieser Handlungen geschlossen werden, wenn ein zwischenzeitlich eingetretener Unwil-

len der anderen Person nicht geäußert und auch nicht anderweitig erkennbar wird.

**104. BGH 2 StR 479/17 – Beschluss vom 19. Dezember 2017 (LG Frankfurt am Main)**

Diebstahl (fehlender Aneignungsvorsatz hinsichtlich eines Behältnisses: fehlgeschlagener Versuch).

§ 242 Abs. 1 StGB

Wenn sich die Absicht der rechtswidrigen Zueignung der Täter lediglich auf in einem Tresor vermutetes Geld bezieht, sich entgegen dieser Erwartung darin aber lediglich Fahrzeugschlüssel befinden, kommt ein fehlgeschlagener Versuch des Diebstahls in Betracht.

## Rechtsprechung

## III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

**184. BGH 2 StR 219/15 – Urteil vom 4. Oktober 2017 (LG Gießen)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (Strafzumessung: zeitlicher Abstand zwischen Tat und Urteil); tatrichterliche Beweiswürdigung (Erforderlichkeit eines aussagepsychologischen Sachverständigengutachtens; erforderliche Darstellung bei Sexualdelikten: Entstehung einer Zeugenaussage).

§ 176 StGB; § 46 Abs. 1 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

1. Dem zeitlichen Abstand zwischen Tat und Urteil kommt im Rahmen der Strafzumessung bei Taten, die den sexuellen Missbrauch von Kindern zum Gegenstand haben, die gleiche Bedeutung zu wie bei anderen Straftaten.

2. Die Würdigung von Aussagen nicht nur erwachsener, sondern auch kindlicher oder jugendlicher Zeugen gehört zum Wesen richterlicher Rechtsfindung und ist daher grundsätzlich dem Trichter anvertraut. Die Einholung eines aussagepsychologischen Sachverständigengutachtens ist nur dann geboten, wenn der Sachverhalt oder die Person des Zeugen solche Besonderheiten aufweist, dass Zweifel daran aufkommen können, ob die Sachkunde des Gerichts auch zur Beurteilung der Glaubwürdigkeit unter den gegebenen besonderen Umständen ausreicht (vgl. BGH NStZ-RR 2006, 242 f.). Ein solcher Ausnahmefall liegt aber nicht schon deshalb vor, weil zwischen Tat und Urteil lange Zeit vergangen ist, der Zeuge zur Tatzeit noch ein Kind war und seine Angaben in bestimmten Punkten keine Konstanz aufweisen.

**186. BGH 2 StR 271/17 – Urteil vom 29. November 2017 (LG Frankfurt a. M.)**

Verfall (Anwendbarkeit des alten Rechts bei Absehen von Verfallsanordnung; keine Anordnung des Verfalls

bei reiner Drittbegünstigung: Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Begünstigte, Ausnahmen).

§ 73 Abs. 1, Abs. 3 StGB aF; § 316h EGStGB; § 14 EGStPO

1. Zwar finden ausweislich der einschlägigen Übergangsvorschrift des Art. 316h EGStGB zum Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 mit Inkrafttreten des Gesetzes für bereits laufende Verfahren grundsätzlich die neuen materiellrechtlichen Regelungen Anwendung. Allerdings sind gemäß Art. 316h Satz 2 EGStGB die neuen Vorschriften nicht in Verfahren anzuwenden, in denen bis zum 1. Juli 2017 bereits eine Entscheidung über die Anordnung des Verfalls oder des Verfalls von Wertersatz ergangen ist. Dies gilt gemäß § 14 EGStPO auch für Verfahren, in denen festgestellt wurde, dass deshalb nicht auf Verfall erkannt wird, weil Ansprüche eines Verletzten im Sinne des § 73 Abs. 1 Satz 2 StGB aF entgegenstehen. Nichts anders kann gelten, wenn das Gericht nach Prüfung von einer Verfallsanordnung absieht, weil es die tatbestandlichen Voraussetzungen für nicht gegeben erachtet.

2. Ausgangspunkt von § 73 Abs. 3 StGB aF ist der Gedanke, dass der Drittbegünstigte als Rechtssubjekt über eine eigene Vermögensmasse verfügt, die vom Vermögen des Täters zu unterscheiden ist (vgl. BVerfG StV 2004, 409, 411). Kommt das aus der Tat unmittelbar erlangte „etwas“ ausschließlich dem Drittbegünstigten zugute, scheidet eine Verfallsanordnung gegenüber dem Täter, der keinen unmittelbaren Tatvorteil erlangt hat, aus. Dies gilt auch bei einer (Außen-) Gesellschaft bürgerlichen Rechts und auch dann, wenn der Täter die (legale) Möglichkeit hat, auf das Vermögen des Drittbegünstigten zuzugreifen (vgl. BGHSt 52, 227, 256).

3. Lediglich in Ausnahmefällen kommt auf Grund werter Betrachtung eine Verfallsanordnung gegen den Täter nach § 73 Abs. 1 Satz 1 StGB aF in Betracht; nämlich insbesondere dann, wenn der Dritte (insbesondere in Form einer juristischen Person) nur als formaler Mantel genutzt wird und eine Trennung zwischen Täter- und Gesellschaftsvermögen tatsächlich nicht existiert oder jeder aus der Tat folgende Vermögenszufluss an die Gesellschaft sogleich an den Täter weitergeleitet wird.

**157. BGH 5 StR 432/17 – Beschluss vom 12. Dezember 2017 (LG Bremen)**

Anforderungen an die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Erheblichkeit der Anlasstaten; Todesdrohungen; naheliegende Gefahr der Realisierung; Neigung zu Gewalttätigkeiten; Mitführen gefährlicher Gegenstände; Beeinträchtigung des elementaren Sicherheitsempfindens; Störung des Rechtsfriedens).

§ 63 StGB

Bedrohungen sind nicht von vornherein als unerhebliche Taten i.S.d. § 63 StGB einzustufen. Namentlich Todesdrohungen, die den Bedrohten nachhaltig und massiv in seinem elementaren Sicherheitsempfinden zu beeinträchtigen vermögen, können schwerwiegende Störungen des Rechtsfriedens verursachen. Jedoch ist mit Blick auf das Gewicht der Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus erforderlich, dass die Bedrohung in ihrer konkreten Ausgestaltung aus der Sicht des Betroffenen die naheliegende Gefahr ihrer Verwirklichung in sich trägt. Anhaltspunkte hierfür können etwa eine Neigung des Bedrohten zu Gewalttätigkeiten oder das Mitführen gefährlicher Gegenstände sein.

**97. BGH 1 StR 150/17 – Beschluss vom 23. November 2017 (LG München II)**

Kurze Freiheitsstrafe nur in Ausnahmefällen (Voraussetzungen; Fälle sachlich und zeitlich ineinander verschränkter Vermögensdelikte); Teileinstellung bei mehreren Taten (Verfahrenseinstellung als Verfahrenshindernis; Beseitigung durch Wiederaufnahmeabschluss).

§ 47 Abs. 1 StGB; 154 Abs. 2 und 5 StPO

Gemäß § 47 Abs. 1 StGB verhängt das Gericht eine Freiheitsstrafe von unter sechs Monaten nur dann, wenn besondere Umstände, die in der Tat oder der Persönlichkeit des Täters liegen, die Verhängung einer Freiheitsstrafe zur Einwirkung auf den Täter oder zur Verteidigung der Rechtsordnung unerlässlich machen. Dies kann auch bei einer Vielzahl von Einzelfällen mit insgesamt hohem Schaden der Fall sein. In Fällen sachlich und zeitlich ineinander verschränkter Vermögensdelikte, von denen die gewichtigeren die Verhängung von Einzelfreiheitsstrafen von sechs Monaten und mehr gebieten, liegt dabei die Verhängung kurzer Freiheitsstrafen auch in den Einzelfällen mit geringeren Schäden nahe.

**126. BGH 3 StR 233/17 – Urteil vom 24. August 2017 (LG Hannover)**

Voraussetzungen des Täter-Opfer-Ausgleichs (kommunikativer Prozess zwischen Täter und Verletztem; Beteiligung des Verletzten auf freiwilliger Grundlage; kein

Täter-Opfer-Ausgleich gegen den Willen des Verletzten; minderjähriger Verletzter; Kenntnisnahme von Ausgleichsbemühungen; gesetzlicher Vertreter; Leistungen des Täters; friedensstiftender Ausgleich; Wiedergutmachung; einseitige Bemühungen).

§ 46a StGB

1. Ein Täter-Opfer-Ausgleich nach § 46a Nr. 1 StGB erfordert grundsätzlich einen kommunikativen Prozess zwischen Täter und Opfer, im Rahmen dessen das Bemühen des Täters Ausdruck der Übernahme von Verantwortung ist und das Opfer die Leistungen des Täters als friedensstiftenden Ausgleich akzeptiert. Die Wiedergutmachung muss auf einen umfassenden Ausgleich der durch die Straftat verursachten Folgen gerichtet sein. Bloß einseitige Bemühungen des Täters ohne den Versuch einer Einbindung des Opfers sind dagegen nicht ausreichend.

2. Auch soweit es § 46a Nr. 1 StGB genügen lässt, dass der Täter die Wiedergutmachung seiner Tat ernsthaft erstrebt, kommt es darauf an, inwieweit der Täter das Opfer an einem kommunikativen Prozess beteiligt und es sich auf freiwilliger Grundlage hierzu bereitfindet. Lässt sich der Verletzte auf einen solchen kommunikativen Prozess nicht ein, so hat dies der Täter prinzipiell hinzunehmen. Gegen den ausdrücklichen Willen des Verletzten darf die Eignung des Verfahrens für die Durchführung eines Täter-Opfer-Ausgleichs – zumindest im Grundsatz – nicht angenommen werden. Allein auf die Sicht „eines vernünftigen Dritten“ kommt es nicht an.

3. Der kommunikative Prozess setzt keine persönliche Begegnung des Täters mit seinem Opfer voraus. Eine Verständigung über vermittelnde Dritte, etwa den Verteidiger und die gesetzlichen Vertreter, genügt und wird insbesondere bei schwerwiegenden Sexualdelikten vielfach als opferschonendes Vorgehen ratsam sein. Ein solcher vermittelter kommunikativer Prozess setzt aber zumindest voraus, dass die Erklärungen des Täters das Opfer erreichen. Das gilt jedenfalls dann auch bei minderjährigen Verletzten, wenn diese über die nötige Verstandesreife für einen Täter-Opfer-Ausgleich verfügen. Eine Vertretung des Minderjährigen durch die gesetzlichen Vertreter findet insoweit nicht statt.

4. Findet Kommunikation statt, äußert sich das Opfer indes nicht zu einem vereinbarten Ausgleich oder Bemühungen des Täters, so kann daraus nicht in jedem Fall, insbesondere nicht im Rahmen von persönlichen Beziehungen, auf eine Zurückweisung durch das Opfer mit der Konsequenz eines nicht erfolgreichen Ausgleichs geschlossen werden. Vielmehr kommt es darauf an, ob das Schweigen des Verletzten bei umfassender Würdigung aller Umstände als eine solche inhaltliche Ablehnung zu beurteilen ist.

**159. BGH 5 StR 465/17 – Urteil vom 10. Januar 2018 (LG Dresden)**

Verfall (Berichtigung der Verfallsanordnung wegen Schreibversehen und Additionsfehler; Wertersatz; Voraussetzungen des erweiterten Verfalls; uneingeschränkte Überzeugung vom Herrühren des Verfallsgegenstands aus rechtswidrigen Taten; vernünftige Zweifel an deliktischer Herkunft).

§ 73 StGB; § 73a StGB a.F.; § 73d StGB a.F.

Die Anordnung des erweiterten Verfalls gemäß §§ 33 Abs. 1 Nr. 2 BtMG, 73d Abs. 1 S. 1 StGB a.F. kommt nur in Betracht, wenn das Tatgericht aufgrund erschöpfender Beweiserhebung und -würdigung die uneingeschränkte Überzeugung gewonnen hat, dass der Angeklagte die von der Anordnung erfassten Gegenstände aus rechtswidrigen Taten erlangt hat, ohne dass diese selbst im Einzelnen festgestellt werden müssten. Begründen dagegen bestimmte Tatsachen die nicht nur theoretische Möglichkeit, dass Vermögensgegenstände des Täters aus anderen Quellen als aus rechtswidrigen Taten stammen und verbleiben deshalb vernünftige Zweifel an ihrer deliktischen Herkunft, steht dies der Anordnung des erweiterten Verfalls der Gegenstände entgegen.

**114. BGH 4 StR 467/17 – Beschluss vom 22. November 2017 (LG Detmold)**

Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung von Uneinsichtigkeit).  
§ 46 Abs. 2 StGB

Uneinsichtigkeit kann aber nur dann ausnahmsweise zum Nachteil eines Täters berücksichtigt werden, wenn daraus ungünstige Schlüsse auf dessen Persönlichkeit, vor allem auf seine Einstellung zur Tat zu ziehen sind.

**121. BGH 4 StR 589/17 – Beschluss vom 19. Dezember 2017 (LG Münster)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (einheitliche Anordnung von Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen gleicher Art durch das spätere Urteil); Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung (Zeitliche Anwendbarkeit der Vorschriften des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017: Erfordernis einer Entscheidung über die Anordnung des Verfalls oder des Verfalls von Wertersatz).  
§ 55 Abs. 2 StGB; § 316h Satz 1 und 2 EGStGB

1. Wenn die Voraussetzungen des § 55 StGB vorliegen sind Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen glei-

cher Art grundsätzlich durch das spätere Urteil einheitlich anzuordnen, sodass über sie, sofern ihre Voraussetzungen auch in Bezug auf die Taten bestehen, die dem späteren Urteil zugrunde liegen, grundsätzlich durch den neuen Gesamtstrafenrichter, der sich dabei auf den Standpunkt des früheren Tatrichters zu stellen hat, neu zu entscheiden ist.

2. Einer solchen einheitlichen Anordnung steht – hier – indes Art. 316h Satz 2 EGStGB entgegen. Zwar finden ausweislich der einschlägigen Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung (Art. 316h Satz 1 EGStGB) mit Inkrafttreten des Gesetzes auch für bereits laufende Verfahren grundsätzlich ausschließlich die neuen materiellrechtlichen Regelungen Anwendung. Allerdings sind gemäß Art. 316h Satz 2 EGStGB die Vorschriften des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017 nicht in Verfahren anzuwenden, in denen bis zum 1. Juli 2017 bereits eine Entscheidung über die Anordnung des Verfalls oder des Verfalls von Wertersatz ergangen ist.

3. Der eindeutig und umfassend formulierte Art. 316h Satz 2 EGStGB knüpft lediglich daran an, dass bis zum 1. Juli 2017 bereits „eine Entscheidung“ über die Anordnung des Verfalls oder des Verfalls von Wertersatz ergangen ist. Weder aus dem Wortlaut der Vorschrift noch aus den Gesetzesmaterialien ergibt sich ein Anhaltspunkt dafür, Art. 316h Satz 2 EGStGB in Fällen des § 55 Abs. 2 StGB einschränkend auszulegen.

**106. BGH 2 StR 514/17 – Beschluss vom 12. Dezember 2017 (LG Frankfurt am Main)**

Rücktritt (keine strafscharfende Berücksichtigung des auf die versuchte Straftat gerichteten Vorsatzes bei anderem vollendetem Delikt).  
§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 46 StGB; § 223 StGB

Ist der Täter vom Versuch der Tat strafbefreiend zurückgetreten, aber wegen eines anderen vollendeten Delikts zu bestrafen, darf der auf die versuchte Straftat gerichtete Vorsatz nicht strafscharfend berücksichtigt werden.

## Rechtsprechung

### IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**199. BGH 4 StR 240/17 – Beschluss vom 28. September 2017 (LG Bielefeld)**

BGHSt; Ausschluss der Öffentlichkeit während der Schlussvorträge (Ausschluss für alle Schlussvorträge); teilweiser Vorwegvollzug der Strafe vor der Maßregel (Berechnung des vorweg zu vollstreckenden Strafteils).  
§ 171b Abs. 3 Satz 2 StGB; § 64 StGB; § 67 StGB

Bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 171b Abs. 3 Satz 2 GVG ist die Öffentlichkeit zwingend für die

Schlussvorträge aller Verfahrensbeteiligten auszuschließen. (BGHSt)

**176. BGH 1 StR 320/17 – Urteil vom 7. Dezember 2017 (LG Tübingen)**

Rechtsstaatswidrige Tatprovokation (Voraussetzungen: stimulierende Einwirkung mit einiger Erheblichkeit, erforderliche Gesamtabwägung der Umstände; Rechtsfolge: Möglichkeit eines Verfahrenshindernis); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt

(Voraussetzungen: symptomatischer Zusammenhang zwischen Hand und Tat, keine verminderte Schuldfähigkeit erforderlich).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 64 StGB; § 21 StGB

1. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt eine Verletzung von Art. 6 Abs. 1 EMRK aufgrund polizeilicher Tatprovokation vor, wenn eine unverdächtige und zunächst nicht tatgeneigte Person durch eine von einem Amtsträger geführte Vertrauensperson in einer dem Staat zurechenbaren Weise zu einer Straftat verleitet wird und dies zu einem Strafverfahren führt (vgl. BGHSt 60, 276 Rn. 24). Ein in diesem Sinne tatprovokierendes Verhalten ist gegeben, wenn eine polizeiliche Vertrauensperson in Richtung auf das Wecken der Tatbereitschaft oder eine Intensivierung der Tatplanung mit einiger Erheblichkeit stimulierend auf den Täter einwirkt.

2. Auch bei anfänglich bereits bestehendem Anfangsverdacht kann eine rechtsstaatswidrige Tatprovokation vorliegen, soweit die Einwirkung im Verhältnis zum Anfangsverdacht „unvertretbar übergewichtig“ ist. Im Rahmen der erforderlichen Abwägung sind insbesondere Grundlage und Ausmaß des gegen den Betroffenen bestehenden Verdachts, Art, Intensität und Zweck der Einflussnahme sowie die eigenen, nicht fremdgesteuerten Aktivitäten des Betroffenen in den Blick zu nehmen (vgl. BGHSt 60, 276 Rn. 24).

3. Vorstrafen begründen für sich allein keinen ausreichenden Anhalt für die Annahme möglicher Tatgeneigtheit (vgl. BGHSt 60, 276 Rn. 27).

4. Spricht eine polizeiliche Vertrauensperson eine betroffene Person lediglich ohne sonstige Einwirkung darauf an, ob diese Betäubungsmittel beschaffen könne, handelt es sich nicht um eine Tatprovokation (vgl. BGHSt 60, 238 Rn. 24 f.).

5. Der Senat kann offenlassen, ob und unter welchen Bedingungen aus einer rechtsstaatswidrigen Tatprovokation ein Verfahrenshindernis resultiert (vgl. hierzu BVerfG NJW 2015, 1083 Rn. 43; BGHSt 60, 276 Rn. 24). Dabei wäre aber zu beachten, dass aus dem Rechtsstaatsgedanken herzuleitende Verfahrenshindernisse eine seltene Ausnahme darstellen, weil das Rechtsstaatsgebot nicht nur die Belange des Beschuldigten, sondern auch das Interesse an einer der materiellen Gerechtigkeit dienenden Strafverfolgung schützt (vgl. BVerfG NJW 2015, 1083, 1084 ff.).

**183. BGH 2 StR 128/17 – Urteil vom 15. November 2017 (LG Wiesbaden)**

Zulässigkeit legendierter Ermittlungsmaßnahmen (Verwertbarkeit der Ergebnisse einer zollrechtlich rechtmäßigen Durchsuchung bei Bestehen eines Anfangsverdachts).

§ 10 Abs. 3 ZollVG; § 102 StPO; § 105 StPO

Der zollrechtlichen Rechtmäßigkeit einer Durchsuchungsmaßnahme steht nicht entgegen, dass zum Zeitpunkt der Fahrzeuguntersuchung bereits ein Anfangsverdacht einer Straftat gegen den Angeklagten vorlag, der auch ein Vorgehen nach §§ 102, 105 StPO ermöglicht

hätte. Es besteht kein Vorrang strafprozessualer Vorschriften gegenüber dem Gefahrenabwehrrecht, vielmehr stehen Gefahrenabwehr und Strafverfolgung als staatliche Aufgaben mit unterschiedlicher Ziel gleichberechtigt nebeneinander (vgl. BGH NJW 2017, 3173, 3176).

**192. BGH 2 StR 456/16 – Urteil vom 23. August 2017 (LG Fulda)**

Anklageschrift (Umgrenzungsfunktion: erhöhte Anforderung bei besonderen Tatbeständen, Untreue; keine Korrektur der Anklageschrift durch das Gericht); Insolvenzverschleppung (Pflichten des Geschäftsführers bei Krisenanzeichen; Begriff der Überschuldung); tatrichterliche Kognitionspflicht (Begriff der prozessualen Tat).

§ 200 Abs. 1 StPO; § 266 Abs. 1 StGB; § 15a InsO; § 15 InsO; § 264 StPO

1. Aus der besonderen rechtlichen Ausgestaltung eines Deliktstatbestands kann sich ergeben, dass erhöhte Anforderungen an die Umgrenzung der Tat durch die Anklageschrift zu stellen sind. Vor dem Hintergrund des verfassungsrechtlichen Präzisierunggebots gilt dies etwa für den Untreuetatbestand.

2. Eine Anklage ist dann unwirksam mit der Folge, dass das Verfahren wegen Fehlens einer Prozessvoraussetzung einzustellen ist, wenn etwaige Mängel ihre Umgrenzungsfunktion betreffen (st. Rspr.). Mängel der Informationsfunktion berühren ihre Wirksamkeit dagegen nicht (vgl. BGHSt 56, 183, 185). Die Umgrenzungsfunktion der Anklage dient dazu, den Prozessgegenstand festzulegen, mit dem sich das Gericht aufgrund seiner Kognitionspflicht zu befassen hat. Die Anklageschrift hat die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat sowie Zeit und Ort ihrer Begehung so genau zu bezeichnen, dass die Identität des geschichtlichen Vorgangs klargestellt und erkennbar wird, welche bestimmte Tat gemeint ist (st. Rspr.). Jede einzelne Tat muss sich als historisches Ereignis von anderen gleichartigen strafbaren Handlungen des Angeschuldigten unterscheiden lassen, damit sich die Reichweite des Strafklageverbrauchs und Fragen der Verfolgungsverjährung eindeutig beurteilen lassen (vgl. BGHSt 56, 183, 186). Die Umstände, welche die gesetzlichen Merkmale der Straftat ausfüllen, gehören dagegen nicht zur Bezeichnung der Tat. Wann die Tat in dem beschriebenen Sinne hinreichend umgrenzt ist, kann nicht abstrakt, sondern nur nach Maßgabe der Umstände des Einzelfalles festgelegt werden (vgl. BGHSt 56, 183, 186).

3. Allein der Staatsanwaltschaft obliegt die Pflicht, den Verfahrensgegenstand festzulegen. Es widerspräche dem Anklageprinzip des § 151 StPO, dem Gericht die Möglichkeit einzuräumen, eine nicht hinreichend umgrenzte und damit an sich unwirksame Anklage zu konkretisieren, damit sie der erforderlichen Umgrenzungsfunktion genügt. Es ist dem Tatrichter deshalb versagt, eine Anklageschrift, die wie hier auch nach der unter Berücksichtigung des wesentlichen Ergebnisses der Ermittlungen gebotenen Auslegung der Umgrenzungsfunktion nicht genügt und deshalb unwirksam ist, durch Rückgriff auf außerhalb liegende Umstände zu ergänzen und damit zu heilen.

4. Soweit sich einige ältere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs mit den Möglichkeiten der Heilung von Mängeln bei der Umgrenzungsfunktion der Anklageschrift befassen, betrafen sie Fälle der „fortgesetzten Handlung“ und sind mit der Aufgabe der Rechtsfigur der „fortgesetzten Handlung“ obsolet geworden.

5. Bei Anzeichen einer Krise hat der Geschäftsführer einer Gesellschaft die Pflicht, sich durch Aufstellung eines Vermögensstatus einen Überblick über den Vermögensstand zu verschaffen und notfalls unter fachkundiger Prüfung zu entscheiden, ob eine positive Fortbestehensprognose besteht.

**128. BGH 3 StR 262/17 – Urteil vom 16. November 2017 (LG Mainz)**

Unterbrechung der Hauptverhandlung (Fortsetzungstermin; Verhandlung zur Sache; Förderung des Verfahrens; Konzentrationsmaxime; Abwicklung von Formalien; Untersuchungshandlungen zur Aufklärung des Sachverhalts; Scheitern der Förderung des Verfahrens aufgrund von unvorhersehbaren Ereignissen; Nichterscheinen der einzigen geladenen Zeugin).

§ 229 StPO

1. Ein Fortsetzungstermin ist nur dann geeignet, die in § 229 StPO geregelten Unterbrechungsfristen zu wahren, wenn in ihm zur Sache verhandelt, mithin das Verfahren inhaltlich auf den abschließenden Urteilsspruch hin gefördert wird. Die insofern zur Wahrung der sog. Konzentrationsmaxime zu ziehende Grenze ist jedenfalls dann überschritten, wenn sich ein „Fortsetzungstermin“ in der Abwicklung von Formalien erschöpft, die weder für die Urteilsfindung noch für den dorthin führenden Verfahrensgang eigenständiges Gewicht besitzen.

2. Indes kann auch in der Befassung lediglich mit Verfahrensfragen eine Förderung des Verfahrens in der Sache liegen, wenn deren Ziel die Klärung ist, durch welche Untersuchungshandlungen der Aufklärung des Sachverhalts Fortgang gegeben werden kann. Dies gilt insbesondere dann, wenn die für den Fortsetzungstermin in Aussicht genommene sonstige Förderung des Verfahrens infolge unvorhersehbarer Ereignisse nicht stattfinden kann, etwa wenn der Angeklagte ohne vorherige Ankündigung nicht zum Termin erscheint, wenn für einen Hauptverhandlungstermin nur ein Zeuge geladen wurde und dieser überraschend ausbleibt oder wenn die Verfahrensbeteiligten aufgrund etwa von der Staatsanwaltschaft kurzfristig überlassener Unterlagen, nicht in der Lage sind, sich auf die weitere Beweisaufnahme vorzubereiten.

**116. BGH 4 StR 506/17 – Beschluss vom 22. Januar 2018 (LG Arnsberg)**

Schriftliche Übersetzung eines Urteils (Zuständigkeit des Vorsitzenden für die Entscheidung über eine schriftliche Übersetzung; Entbehrlichkeit einer schriftlichen Übersetzung bei verteidigten Angeklagten; Wahrung des Rechts auf ein faires Verfahren durch eine mündlich übersetzte Urteilsbegründung).

§ 187 Abs. 2 GVG; Art. 6 Abs. 3 Buchst. e EMRK

1. Die nach § 187 GVG zu beurteilende Entscheidung, ob eine schriftliche Übersetzung des vollständig abgefassten

Urteils anzufertigen und dem Angeklagten zu übermitteln ist, fällt in die Zuständigkeit des mit der Sache befassten Gerichts; als Maßnahme der Verfahrensleitung entscheidet der Vorsitzende.

2. Ausgehend vom abgestuften System in § 187 Abs. 2 GVG ist eine schriftliche Übersetzung regelmäßig dann nicht notwendig, wenn der Angeklagte verteidigt ist. In diesem Fall wird die effektive Verteidigung des sprachkundigen Angeklagten dadurch ausreichend gewährleistet, dass der von Gesetzes wegen für die Revisionsbegründung verantwortliche Rechtsanwalt das schriftliche Urteil kennt und der Angeklagte die Möglichkeit hat, das Urteil mit ihm – gegebenenfalls unter Hinzuziehung eines Dolmetschers – zu besprechen.

3. Das Recht des Angeklagten auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 3 Buchst. e EMRK ist bereits dadurch gewahrt, dass dem verteidigten Angeklagten die mündliche Urteilsbegründung in der Hauptverhandlung durch einen Dolmetscher übersetzt wurde.

**158. BGH 5 StR 455/17 – Beschluss vom 30. November 2017 (LG Lübeck)**

Unbeachtlichkeit der Eingabe von Schriftsätzen in fremder Sprache beim verteidigten Angeklagten.

§ 184 GVG; Art. 6 EMRK

Der Grundsatz, wonach schriftliche Eingaben in fremder Sprache unbeachtlich sind (vgl. § 184 GVG), ist aus Gründen des Gemeinschaftsrechts immer dann einzuschränken, wenn es sich um ein für das Verfahren wesentliches Dokument handelt (vgl. EuGH HRRS 2016 Nr. 397). Diese Einschränkung gilt jedoch nicht bei einem verteidigten Angeklagten (siehe bereits BGH HRRS 2017 Nr. 329).

**174. BGH 1 StR 261/17 – Urteil vom 21. November 2017 (LG Bamberg)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Umgang mit vorherigen, widerlegten Einlassungen des Angeklagten; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 261 StPO

Zwar kann ein Wechsel der Einlassung eines Beschuldigten im Laufe des Verfahrens ein Indiz für die Unrichtigkeit seiner Einlassung in der Hauptverhandlung sein und ihre Bedeutung für die Beweiswürdigung verringern oder sogar ganz entfallen lassen (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 88). Eine widerlegte Einlassung kann aber grundsätzlich nicht allein zur Grundlage einer dem Angeklagten ungünstigen Sachverhaltsdarstellung gemacht werden. Vielmehr bedarf es einer Gesamtwürdigung aller Indizien, in die der Umstand, dass die Einlassung des Angeklagten widerlegt worden ist, einzubeziehen ist.

**115. BGH 4 StR 468/17 – Beschluss vom 22. November 2017 (LG Paderborn)**

Beweiswürdigung (Beweisqualität des Wiedererkennens; fehlerhafte Lichtbildvorlage).

§ 261 StPO

1. Die Urteilsgründe müssen erkennen lassen, ob eine Lichtbildvorlage vorschriftsmäßig erfolgt ist, wenn der

Zeuge den Angeklagten im Rahmen der Hauptverhandlung nicht sicher zu identifizieren vermochte und die Lichtbildvorlage für den Beweiswert der Aussage dieses Zeugen deshalb von entscheidender Bedeutung war.

2. Die Beweiswürdigung ist lückenhaft, wenn das Urteil nicht erkennen lässt, ob das Instanzgericht sich mit dem eingeschränkten Beweiswert eines wiederholten Wiedererkennens – nach fehlerhafter Lichtbildvorlage – durch einen Zeugen in der Hauptverhandlung auseinandergesetzt hat.

**136. BGH 3 StR 385/17 – Urteil vom 30. November 2017 (LG Osnabrück)**

Isolierte Anfechtung der Verwarnung mit Strafvorbehalt mit der Revision; Ermittlung des Angriffsziels der Revision; Anforderungen an die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei geringfügigen Anlasstaten (Gesamtwürdigung; Wahnvorstellungen; Krankheitseinsicht; zuverlässige medikamentöse Behandlung; Vordelinquenz);  
§ 59 StGB; § 63 StGB; § 344 StPO

1. Die Revision kann grundsätzlich auch auf die Anwendung des § 59 StGB beschränkt werden, ohne dass die Strafzumessung im Übrigen angegriffen werden müsste. Etwas anderes gilt nur, wenn die hierfür maßgeblichen Gesichtspunkte so eng mit den Strafzumessungserwägungen verknüpft sind, dass das Rechtsmittel notwendig den ganzen Strafausspruch erfasst, oder wenn die Gefahr besteht, dass das nach einem Teilrechtsmittel stufenweise entstehende Gesamturteil nicht mehr frei von inneren Widersprüchen bliebe.

2. Liegen nur geringfügige Anlasstaten vor, gelten für die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 Satz 2 StGB verschärfte Darlegungsanforderungen. Die besonderen Umstände im Sinne dieser Vorschrift müssen dann die schmale Tatsachenbasis infolge der anders gelagerten Anlassdelikte ausgleichen.

**133. BGH 3 StR 368/17 – Beschluss vom 18. Oktober 2017 (LG Lüneburg)**

Abweichung der tatrichterlichen Würdigung von einem Sachverständigengutachten (Einsichts- und Steuerungsfähigkeit; Anforderungen an die Begründung; revisionsgerichtliche Nachprüfung; erschöpfende Auseinandersetzung mit den Ausführungen des Gutachters).  
§ 246a StPO; § 261 StPO

Will der Tatrichter eine Frage, für deren Beantwortung er sachverständige Hilfe für erforderlich gehalten hat, im Widerspruch zu dem Gutachten beantworten, muss er die Gründe hierfür in einer Weise darlegen, die dem Revisionsgericht die Nachprüfung erlaubt, ob er die Darlegungen des Sachverständigen zutreffend gewürdigt und aus ihnen rechtlich zulässige Schlüsse gezogen hat. Hierzu bedarf es einer erschöpfenden Auseinandersetzung mit dessen Ausführungen, insbesondere zu den Gesichtspunkten, auf welche das Gericht seine abweichende Auffassung stützt.

**152. BGH 3 StR 558/17 – Beschluss vom 12. Dezember 2017 (LG Krefeld)**

Einziehungsanordnung bei schuldunfähigen Tätern im Sicherungsverfahren (selbständiges Einziehungsverfahren; Anforderungen an die Antragsstellung; entsprechende Geltung der Vorschriften über die Anklageerhebung).  
§ 413 StPO; § 435 StPO (§ 440 StPO a.F.)

Im Sicherungsverfahren nach § 413 StPO können nur Maßregeln der Besserung und Sicherung angeordnet werden. Einziehungsentscheidungen als sonstige Maßnahmen im Sinne des § 11 Abs. 1 Nr. 8 StGB kommen bei schuldunfähigen Tätern dagegen allein im selbständigen Einziehungsverfahren in Betracht. In dem insoweit gemäß § 440 Abs. 1 StPO aF bzw. § 435 Abs. 1 Satz 1 StPO nF erforderlichen gesonderten Antrag ist nicht nur der betreffende Gegenstand zu bezeichnen, sondern darüber hinaus anzugeben, welche Tatsachen die Zulässigkeit der selbständigen Einziehung begründen.

**101. BGH 2 StR 34/17 – Beschluss vom 12. Dezember 2017 (LG Köln)**

Zurücknahme und Verzicht (keine analoge Anwendung auf Verfahrensbevollmächtigte von Nebenklägern).  
§ 302 Abs. 2 StPO

1. § 302 Abs. 2 StPO bestimmt, dass ein Verteidiger zur Zurücknahme eines Rechtsmittels, das zugunsten des Angeklagten eingelegt wurde, einer ausdrücklichen Ermächtigung bedarf. Diese Vorschrift gilt nach ihrem Wortlaut nicht für Verfahrensbevollmächtigte von Nebenklägern.

2. Eine entsprechende Anwendung kommt nicht in Betracht. Mit der Sonderregelung wird im Hinblick auf die Wirkung der Zurücknahme des Rechtsmittels, das zugunsten des Angeklagten eingelegt worden war, dessen Schutz vor den Folgen einer unerwünschten Zurücknahme bezweckt. Es besteht kein Grund zu einer entsprechenden Anwendung, weil der Normzweck des Schutzes des Angeklagten vor dem Eintritt der Rechtskraft des gegen ihn ergangenen Strafurteil, auf den Nebenkläger nicht ebenso zutrifft.

**102. BGH 2 StR 342/17 – Beschluss vom 18. Januar 2018 (LG Aachen)**

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Darstellung von DNA-Vergleichsuntersuchungen in den Urteilsgründen (fehlende Mitteilung von Anknüpfungstatsachen und Ausführungen des Gutachters).  
§ 261 StPO; § 81e Abs. 1 StPO

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist für die Darstellung des Ergebnisses einer auf einer molekulargenetischen Vergleichsuntersuchung beruhenden Wahrscheinlichkeitsberechnung in der Regel zumindest erforderlich ist, dass das Tatgericht mitteilt, wie viele Systeme untersucht wurden, ob und inwieweit sich Übereinstimmungen in den untersuchten Systemen ergeben haben und mit welcher Wahrscheinlichkeit die festgestellte Merkmalskombination zu erwarten ist.

## V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

### 181. BGH 1 StR 447/14 – Urteil vom 10. Oktober 2017 (LG Hamburg)

BGHSt; strafrechtliches Analogieverbot (Reichweite bei Blanketttatbeständen; Grenze des möglichen Wortlauts); strafrechtliches Bestimmtheitsgebot (verringerte Anforderungen bei Adressaten mit Fachwissen); Steuerhinterziehung (Blanketttatbestand; normatives Tatbestandsmerkmal; Möglichkeit des wiederholten Erfolgseintritts); Beihilfe zur Steuerhinterziehung (Vorliegen eines besonders schweren Falls: Bedeutung des Hinterziehungsbetrags für die Annahme eines besonders schweren Falls, 50.000 €-Grenze; Beihilfe durch berufstypisches Verhalten: Abgabe falscher Steuererklärungen durch Steuerberater)

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 49 Abs. 1 EUGRCh; Art. 7 EMRK; § 370 Abs. 1 AO; § 3a Abs. 4 Nr. 1 UStG

1. Die zur Ausfüllung des Straftatbestands der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) vorgenommene Auslegung von § 3a Abs. 4 Nr. 1 UStG in der Fassung vom 13. Dezember 2006, wonach der dort verwendete Begriff der „ähnlichen Rechte“ Emissionszertifikate einschließt, verstößt weder gegen das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG noch gegen den Grundsatz der Gesetzmäßigkeit gemäß Art. 49 Abs. 1 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union. (BGHSt)

2. Wegen des Anwendungsvorrangs des Unionsrechts ist die Auslegung des Begriffs der „ähnlichen Rechte“ in der Mehrwertsteuerrichtlinie durch den EuGH auch im Rahmen des Straftatbestandes der Steuerhinterziehung (§ 370 Abs. 1 AO) zugrundezulegen; denn § 3a Abs. 3 Satz 1, Abs. 4 Nr. 1 UStG in der bis zum 31. Dezember 2009 geltenden Fassung setzt die unionsrechtlichen Vorgaben der Mehrwertsteuersystemrichtlinie in nationales Recht um. (Bearbeiter)

3. Da es sich in § 3a Abs. 4 Nr. 1 UStG a.F. um eine steuerrechtliche Vorschrift handelt, ist die Ähnlichkeit anderer Rechte nicht aus dem Blickwinkel des Rechts des geistigen Eigentums zu bestimmen, sondern aus der „Außensicht“ des Steuerrechts, der eine wirtschaftliche Betrachtungsweise immanent ist. Es kommt also auf die steuerrechtliche Vergleichbarkeit an. Da das Gesetz weder den Grad der Ähnlichkeit noch ihre Kriterien benennt, ist die Wortsinnengrenze selbst dann nicht überschritten, wenn die Rechte, die unter § 3a Abs. 4 Nr. 1 UStG a.F. subsumiert werden, nur in einem einzigen Kriterium, das steuerrechtliche Bedeutung haben kann, übereinstimmen. Keine Bedeutung hat demgegenüber die Frage, ob es sich nach zivilrechtlicher Bewertung um ein „ähnliches Recht“ handelt. (Bearbeiter)

4. Zum Gewährleistungsinhalt des Art. 103 Abs. 2 GG gehört die den Gesetzgeber treffende Verpflichtung, die

Voraussetzungen der Strafbarkeit so genau zu umschreiben, dass Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände für den Normadressaten schon aus dem Gesetz selbst zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln und konkretisieren lassen (vgl. BVerfGE 105, 135, 153). Für die Rechtsprechung folgt aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit ein Verbot strafbegründender oder strafverschärfender Analogie. Ausgeschlossen ist dabei jede Rechtsanwendung, die über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht. Der mögliche Wortsinn markiert die äußere Grenze zulässiger richterlicher Interpretation (st. Rspr.). (Bearbeiter)

5. Bei Blankettstrafgesetzen unterliegen neben der Strafnorm auch die sie ausfüllenden Vorschriften den sich aus Art. 103 Abs. 2 GG ergebenden Anforderungen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts handelt es sich bei § 370 Abs. 1 AO um eine solche Blankettstrafnorm, die durch die Vorschriften der Einzelsteuergesetze ausgefüllt wird. Daher ist auch die Auslegung und Anwendung der ausfüllenden steuerrechtlichen Vorschriften am Maßstab des Art. 103 Abs. 2 GG zu messen (vgl. BVerfG wistra 2011, 458 mwN). (Bearbeiter)

6. Für die Bestimmung des möglichen Wortsinns können gesetzessystematische und teleologische Erwägungen von Bedeutung sein (vgl. BVerfG wistra 2011, 458). Die für das Verbot strafbegründender Analogie maßgebliche Wortbedeutung erschließt sich bei dem hier maßgeblichen Begriff der „Ähnlichkeit“ erst durch den Vergleich. Der mögliche Wortsinn, der „die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation“ absteckt, ergibt sich daher nicht aus dem Wort selbst, sondern aus dem Zusammenhang der gesetzlichen Vorschrift. Um den Wortsinn zu ermitteln, ist daher der Zusammenhang des Normgefüges in den Blick zu nehmen (vgl. BVerfGE 82, 236, 270). (Bearbeiter)

7. Die Frage, ob der Tatbestand der Strafnorm „gesetzlich bestimmt“ im Sinne des Art. 103 Abs. 2 GG ist, kann auch davon abhängen, an welchen Kreis von Adressaten sich die Vorschrift wendet (vgl. BVerfGE 87, 399, 411). Die Sinnengrenze ist also nach dem Verständnis des jeweiligen Normadressaten, mithin aus dem Empfängerhorizont des Bürgers zu bestimmen (vgl. BVerfGE 73, 206, 235). Richtet sich die Strafnorm ausschließlich an Personen, bei denen aufgrund ihrer Ausbildung oder praktischen Erfahrungen bestimmte Fachkenntnisse regelmäßig vorauszusetzen sind, begegnet die Verwendung unbestimmter Rechtsbegriffe auch dann keinen Bedenken, wenn der Adressat aufgrund seines Fachwissens imstande ist, den Regelungsinhalt solcher Begriffe zu verstehen und ihnen konkrete Verhaltensanforderungen zu entnehmen. (Bearbeiter)

8. Das nach objektiven Maßstäben zu bestimmende Merkmal des Regelbeispiels der Hinterziehung „in großem Ausmaß“ ist bereits dann erfüllt, wenn der Hinterziehungsbetrag 50.000 Euro übersteigt (vgl. BGHSt 61, 28). Werden steuermindernde Tatsachen geltend gemacht, bleibt es bei der Wertgrenze von 50.000 Euro. Diese Grundsätze sind auch in Fällen der Beihilfe anzuwenden (vgl. BGH NStZ 2012, 637). Bei Beihilfe zur Steuerhinterziehung ist aber für die Strafraumwahl nicht entscheidend, ob sich die Tat des Haupttäters, zu der Beihilfe geleistet wird, als besonders schwerer Fall erweist; zu prüfen ist vielmehr, ob sich die Beihilfe selbst – bei Berücksichtigung des Gewichts der Haupttat – als besonders schwerer Fall darstellt (st. Rspr.). (Bearbeiter)

9. Der Hinterziehungsbetrag ist zwar ein bestimmender Strafzumessungsgrund für die Steuerhinterziehung, der eine an der Höhe der verkürzten Steuern ausgerichtete Differenzierung der Einzelstrafen nahelegt (vgl. BGH wistra 1998, 269, 270). Allein das Ausmaß der Steuerverkürzung kann jedoch nicht in dem Sinne ausschlaggebend für die Strafhöhenbemessung sein, dass die Strafe gestaffelt nach der Höhe des Hinterziehungsbetrages schematisch und quasi „tarifmäßig“ verhängt wird. Jeder Einzelfall ist vielmehr nach den von § 46 StGB vorgeschriebenen Kriterien zu beurteilen. Bereits bei der Strafraumwahl hat das Tatgericht damit dem typisierten Milderungsgrund der Beihilfe und den besonderen beihilfebezogenen Umständen, wie etwa dem Gewicht der Beihilfehandlungen, angemessen Rechnung zu tragen. (Bearbeiter)

#### **201. BGH 4 StR 389/17 – Beschluss vom 5. Dezember 2017 (LG Bielefeld)**

Besitz von Dopingmitteln (Begriff des Sports; Verfassungsmäßigkeit).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 4 Abs. 1 Nr. 3 AntiDopG; § 2 Abs. 2 AntiDopG

1. Sport im Sinne des AntiDopG ist nicht nur der Leistungssport, sondern auch der nicht mit Wettkampfteilnahmen verbundene Breiten- und Freizeitsport. Dem Begriff des Sports unterfällt auch der gezielte, mit körperlichen Anstrengungen verbundene Muskelaufbau im Rahmen von Kraftsport.

2. Verfassungsrechtliche Bedenken bezüglich der strafrechtlichen Sanktionierung nach § 4 Abs. 1 Nr. 3, § 2 Abs. 3 AntiDopG bestehen entgegen dem Revisionsvorbringen nicht. Die Regelung über die Vorfeldstrafbarkeit ist hinreichend bestimmt. Der Gesetzgeber hat zudem im Rahmen von § 2 Abs. 3 AntiDopG die Strafbarkeit auf den Besitz nicht geringer Dopingmittelmengen beschränkt und damit der fehlenden Strafwürdigkeit des Besitzes kleinerer Mengen zum Eigenkonsum und einer damit einhergehenden eigenverantwortlichen Selbstgefährdung Rechnung getragen.

#### **175. BGH 1 StR 310/16 – Beschluss vom 25. Oktober 2017 (LG Rostock)**

Vorenthalten von Arbeitsentgelt (Darstellung der geschuldeten Arbeitnehmerbeiträge im Urteil: Wiedergabe der Berechnungsgrundlagen und der Berechnungen, entsprechende Anwendung der Grundsätze zur Steu-

erhinterziehung); Tatmehrheit (Entklammerung einer minderschweren Dauerstraftat durch schwere Begleitaten: Erwerbstätigkeit von Ausländern ohne Genehmigung in größerem Umfang).

§ 266a Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StPO; § 53 Abs. 1 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG

1. Dem Tatgericht obliegt es bei einer Verurteilung nach § 266a Abs. 1 StGB, die geschuldeten Arbeitnehmer- und Arbeitgeberbeiträge – für die jeweiligen Fälligkeitszeitpunkte gesondert – nach Anzahl, Beschäftigungszeiten, Löhnen der Arbeitnehmer und der Höhe des Beitragssatzes der örtlich zuständigen Krankenkasse festzustellen, um eine revisionsgerichtliche Nachprüfung zu ermöglichen (vgl. BGH NStZ 1996, 543), weil die Höhe der geschuldeten Beiträge auf der Grundlage des Arbeitsentgelts nach den Beitragssätzen der jeweiligen Krankenkassen sowie den gesetzlich geregelten Beitragssätzen der Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung zu berechnen ist (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 376).

2. Falls solche Feststellungen im Einzelfall nicht möglich sind, kann die Höhe der vorenthaltenen Beiträge auf Grundlage der tatsächlichen Umstände geschätzt werden (vgl. BGH NStZ 2010, 635). Die Grundsätze, die die Rechtsprechung bei Taten nach § 370 AO für die Darlegung der Berechnungsgrundlagen der verkürzten Steuern entwickelt hat, gelten insoweit entsprechend (vgl. BGH NStZ-RR 2010, 376). Deshalb genügt es nicht, die vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge lediglich der Höhe nach anzugeben (vgl. BGH NJW 2002, 2480, 2483). Vielmehr müssen die Urteilsgründe die Berechnungsgrundlagen und Berechnungen im Einzelnen wiedergeben (vgl. BGH StV 1993, 364).

3. Zwar kann ein Delikt, das sich über einen gewissen Zeitraum erstreckt, andere Straftaten, die bei isolierter Betrachtung in Tatmehrheit zueinanderstehen, zur Tateinheit verbinden, wenn es seinerseits mit jeder dieser Straftaten tateinheitlich zusammentrifft. Diese Wirkung tritt nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs aber dann nicht ein, wenn eine minderschwere Dauerstraftat jeweils mit schwereren Gesetzesverstößen zusammentrifft (vgl. BGH NStZ 2013, 158 mwN). Die Vergehen der Beihilfe zu § 11 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG sind aufgrund ihres geringen Gewichts nicht geeignet, die übrigen Taten zu verklammern, so dass die Beihilfe nach § 11 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG jeweils tateinheitlich neben die übrigen Taten tritt.

#### **180. BGH 1 StR 426/17 – Beschluss vom 25. Oktober 2017 (LG Hof)**

Gewerbsmäßiges Einschleusen von Ausländern (Doppelverwertungsverbot); Aufenthalt sog. sichtvermerkfreier Drittstaaten (gewöhnlicher Aufenthalt; Wohnsitz).

§ 96 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 AufenthG; § 46 Abs. 3 StGB; Art. 20 SDÜ

1. Die Erwägung im Rahmen der Strafzumessung, der Angeklagte habe die Schleusungsfahrten „geschäftsmäßig organisiert“, geht über das Merkmal „gewerbsmäßig“ des § 96 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 AufenthG hinaus. Da gewerbsmäßig nur die Absicht umschreibt, sich eine

fortlaufende Einnahmequelle zu sichern, aber nicht notwendig eine geschäftsmäßige Organisation umfasst, liegt keine unzulässige Doppelverwertung vor.

2. In unionsrechtlichen Rechtsquellen ist unter dem gewöhnlichen Aufenthalt nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union im Kern der Mittelpunkt der Lebensinteressen einer Person zu verstehen, der aufgrund einer Gesamtabwägung der tatsächlichen Umstände (wie Dauer des Aufenthalts, soziale und familiäre Bindungen, Beweggründe) zu bestimmen ist. Dafür, dass der Regelungskontext und der Zweck des Art. 1 Abs. 2 Satz 2, 3. Spiegelstrich EG-Visa-VO, anerkannten Flüchtlingen (und Personen ohne Staatsangehörigkeit) ein visumfreies Passieren der EU-Außengrenzen für Kurzaufenthalte zu ermöglichen, ein grundlegend anderes Verständnis erfordern könnten, ist nichts ersichtlich.

3. Den gewöhnlichen Aufenthalt im Einzelfall festzustellen, ist Sache der nationalen Gerichte.

**98. BGH 1 StR 380/17 – Beschluss vom 5. Dezember 2017 (LG Weiden)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (zeitnaher Umtausch nicht als selbstständige Tat; Konkurrenzen).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handelt es sich bei einem zeitnahen Umtausch um keine erneute selbstständige Tat des unerlaubten Handel-treibens, sondern um ein einheitliches Umsatzgeschäft. Die Bemühungen um die Rückgabe der mangelhaften und die Nachlieferung einer mangelfreien Ware sind auf die Abwicklung ein- und desselben Rauschgiftgeschäfts gerichtet.

2. Die unterschiedlichen Begehungsformen tateinheitlicher Einführen, einmal als Anstiftung, einmal täterschaftlich, sind im Schuldspruch zum Ausdruck zu bringen, um den Unrechts- und Schuldgehalt der Gesamttat abzubilden.

**113. BGH 4 StR 461/17 – Beschluss vom 21. Dezember 2017 (LG Freiburg)**

Dauer der Jugendstrafe (Ausrichtung am maßgeblichen Erziehungszweck); Telekommunikationsüberwachung (Vergewaltigung als Katalogtat).

§ 18 Abs. 2 JGG; § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 2 StGB;  
§ 100a Abs. 2 StPO

1. Lassen die Urteilsgründe erkennen, dass der Tatrichter die Bemessung der Jugendstrafe rechtsfehlerfrei am maßgeblichen Erziehungszweck ausgerichtet hat, kann in der Regel ausgeschlossen werden, dass er eine niedrigere Strafe verhängt hätte, wenn er vom zutreffenden Strafrahmen ausgegangen wäre.

2. Eine Vergewaltigung ist nur bei Vorliegen der in § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 2 StGB genannten Voraussetzungen eine Katalogtat i.S.d. § 100a Abs. 2 StPO.

**120. BGH 4 StR 562/17 – Beschluss vom 5. Dezember 2017 (LG Bielefeld)**

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Verwirklichung bei zur Verfügung stehenden gefährlichem Gegenstand).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

Der Tatbestand des § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG ist schon dann verwirklicht, wenn der zur Verletzung von Personen geeignete und bestimmte gefährliche Gegenstand in einem Stadium des Tathergangs zur Verfügung steht.

**153. BGH 5 StR 108/17 – Urteil vom 13. Dezember 2017 (LG Berlin)**

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (irgendein Stadium des Tathergangs; griffbereite Waffe; räumliche Nähe; erforderlicher Zeitaufwand zum Zugriff auf die Waffe).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

Ein Mitsichführen einer Schusswaffe i.S.d. § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG ist gegeben, wenn der Täter diese in irgendeinem Stadium des Tathergangs bewusst gebrauchsbereit so in Griffweite hat, dass er sich ihrer jederzeit ohne nennenswerten Zeitaufwand und ohne besondere Schwierigkeiten bedienen kann. Die insofern notwendige räumliche Nähe ist zwar in der Regel vorhanden, wenn sich die Waffe in dem Raum befindet, in dem Handel getrieben wird. Auch dann muss jedoch festgestellt werden, welche Maßnahmen und welcher Zeitaufwand im Einzelnen erforderlich ist, damit der Täter auf die Waffe zugreifen kann.

# Vorschlag für ein Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/1919 betreffend Prozesskostenhilfe für Verdächtige und Beschuldigte in Strafverfahren

Von RA Prof. Dr. Reinhold Schlothauer, Bremen, RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus, Dortmund, RA Prof. Dr. Holger Matt, Frankfurt a.M. und Dr. Dominik Brodowski, Frankfurt a.M.

In das Recht der notwendigen Verteidigung (§§ 140 ff. StPO) kommt Bewegung: Deutschland ist europarechtlich verpflichtet, bis zum 25. Mai 2019 die sogenannte PKH-Richtlinie (Richtlinie (EU) 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren<sup>1</sup>) in deutsches Strafverfahrensrecht umzusetzen.<sup>2</sup> Dies hat neben konkreten Auswirkungen auf den Zeitpunkt und den Maßstab der Pflichtverteidigerbestellung sowie auf die Auswahl des Rechtsbeistands auch systemische Konsequenzen: Die Richtlinie verlangt, dass das System der Pflichtverteidigung und die dabei angebotenen Dienstleistungen von angemessener Qualität sind, um die Fairness des Verfahrens zu wahren. Die zur vollständigen und kohärenten Umsetzung notwendigen und auch sinnvollen Änderungen arbeitet der nachfolgende Vorschlag für ein Umsetzungsgesetz heraus. Dieser ist in einer Arbeitsgruppe des Strafrechtsausschusses (Strauda) der Bundesrechtsanwaltskammer (BRAK) entstanden und verfolgt das Ziel, eine Grundlage für die in den kommenden Monaten dringend gebotene Diskussion über die Zukunft der notwendigen Verteidigung zu liefern – eine Diskussion, an der sich neben der Rechtspolitik auch die Strafrechtswissenschaft sowie die Strafverteidigung rege beteiligen sollte.

## I. Vorbemerkung

Für ein faires, rechtsstaatliches und auch effektives Strafverfahren ist es von zentraler Bedeutung, dass dem Beschuldigten ein Verteidiger als Rechtsbeistand beiseite stehen kann. Aus diesem Grund haben sich die EU-Mitgliedstaaten bereits im Jahr 2009 als Teil des sogenannten Stockholmer Programms<sup>3</sup> entschieden, Maßnahmen zum „Rechtsbeistand und Prozesskostenhilfe“

zu ergreifen, wobei das „Recht auf Rechtsbeistand [...] für einen Verdächtigen oder Beschuldigten in einem Strafverfahren zum frühesten geeigneten Zeitpunkt des Verfahrens [...] zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens von grundlegender Bedeutung [ist]; das Recht auf Prozesskostenhilfe sollte sicherstellen, dass tatsächlich Zugang zum vorgenannten Recht auf Rechtsbeistand besteht“ („Maßnahme C“ bzw. „Measure C“ der EntschlieÙung 2009/C 295/01<sup>4</sup>). Nach Verabschiedung der Richtlinie 2013/48/EU über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren<sup>5</sup> haben auf Initiative der Europäischen Kommission das Europäische Parlament und der Rat der Europäischen Union im Oktober 2016 den zweiten Teil dieser „Measure C“ beschlossen: Die Richtlinie (EU) 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls<sup>6</sup> (im Folgenden: RL) legt einen verbindlichen europäischen Mindeststandard fest, mit dem die notwendige Verteidigung bzw. Prozesskostenhilfe in Strafverfahren („legal aid“) als wesentliche Bedingung für das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand sichergestellt werden soll.

Diese Richtlinie ist bis zum 25. Mai 2019 in nationales Recht umzusetzen. In vielen Mitgliedstaaten besteht erheblicher Umsetzungsbedarf, unter anderem in Deutschland. So muss Deutschland bis zu diesem Zeitpunkt diejenigen Rechts- und Verwaltungsvorschriften in Kraft setzen, die erforderlich sind, um das deutsche Strafverfahrensrecht und verwandte Rechtsgebiete in

<sup>1</sup> ABLEU Nr. L 297 v. 4. November 2016, S. 1 ff.

<sup>2</sup> Siehe hierzu Brodowski StV-Editorial 8/2017; Jahn/Zink Verteidiger der ersten Stunde ante portas: Legal Aid und das Pflichtenheft des deutschen Strafprozessgesetzgebers (im Erscheinen); Schlothauer StV 2018, 169.

<sup>3</sup> Europäischer Rat, Das Stockholmer Programm – Ein offenes und sicheres Europa im Dienste und zum Schutz der Bürger, ABLEU Nr. C 115 v. 4. Mai 2010, S. 1 (siehe dort 2.4, S. 10).

<sup>4</sup> EntschlieÙung des Rates vom 30. November 2009 über einen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigten oder Beschuldigten in Strafverfahren, ABLEU Nr. C 295 v. 3. Dezember 2009, S. 1.

<sup>5</sup> Richtlinie 2013/48/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. Oktober 2013 über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren und in Verfahren zur Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls sowie über das Recht auf Benachrichtigung eines Dritten bei Freiheitsentzug und das Recht auf Kommunikation mit Dritten und mit Konsularbehörden während des Freiheitsentzugs, ABLEU Nr. L 294 v. 5. November 2013, S. 1.

<sup>6</sup> ABLEU Nr. L 297 v. 4. November 2016, S. 1 ff.

Einklang mit dieser Richtlinie zu bringen (vgl. Art. 12 Abs. 1 RL). Der nachfolgende Vorschlag für ein dieser Anforderung entsprechendes Umsetzungsgesetz beschränkt sich auf das zur Umsetzung in Deutschland zwingend erforderliche Maß; zugleich wird die Chance zu einer besseren, weil kohärenten Systematisierung der bereits *de lege lata* bestehenden Regelungen genutzt.

## 1. Zur Richtlinie (EU) 2016/1919 („PKH-Richtlinie“)

Bei der PKH-Richtlinie handelt es sich um den zweiten Teil der sogenannten „Measure C“ des „Fahrplans zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder beschuldigten Personen in Strafverfahren“<sup>7</sup> (s. Erwägungsgründe 4 und 7 RL), die die bereits geltende Richtlinie 2013/48/EU zum „Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand in Strafverfahren“ „ergänzt“ (Art. 1 Abs. 2 RL). Sie dient dem Zweck, „[...]dass das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand“ auch unabhängig von der finanziellen Leistungsfähigkeit der Beschuldigten „wahrgenommen werden kann“ (Art. 3 RL); damit „soll die Effektivität des [...] Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand gewährleistet werden“ (Erwägungsgrund 1 RL).<sup>8</sup>

Die PKH-Richtlinie sieht ein mehrstufiges Verfahren vor: In einem ersten Schritt ist jeweils festzustellen, ob der *Anwendungsbereich* der Richtlinie eröffnet ist (Art. 2 RL). Ist dies der Fall, so muss in einem zweiten Schritt eine „zuständige[...] Behörde“ über die Gewährung von Prozesskostenhilfe *unverzüglich* entscheiden (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 RL) und hierbei die in Art. 4, Art. 5 RL abgesteckten *Mindestvorgaben* für den Entscheidungsmaßstab beachten („means test“ betreffend die Bedürftigkeit oder „merits test“ betreffend materielle Kriterien). In einem dritten Schritt ist ein Rechtsbeistand zu bestellen. Dabei muss sichergestellt werden, dass die Bewilligung von Prozesskostenhilfe „spätestens vor einer Befragung durch die Polizei, eine andere Strafverfolgungsorgane oder eine Justizbehörde“ (Art. 4 Abs. 5 RL) erfolgt.

Die Mitgliedstaaten haben ferner erforderliche Maßnahmen – auch finanzieller Art – zu treffen, um u.a. sicherzustellen, dass „die Qualität der mit der Prozesskostenhilfe verbundenen Dienstleistungen angemessen ist, um die Fairness des Verfahrens zu wahren, wobei die Unabhängigkeit der Rechtsberufe gebührend zu achten ist“ (Art. 7 Abs. 1 lit. b RL). Zu diesem Zweck sind „unter gebührender Achtung der Unabhängigkeit der Rechtsberufe und der Rolle derjenigen, die für die Weiterbildung von Rechtsbeiständen zuständig sind, [...] geeignete

Maßnahmen zur Förderung geeigneter Weiterbildungsmaßnahmen für Rechtsbeistände [zu ergreifen], die Dienstleistungen im Rahmen von Prozesskostenhilfe erbringen“ (Art. 7 Abs. 3 RL).

Die Umsetzung dieser Mindestvorgaben zur Qualität der Prozesskostenhilfe hat zur Konsequenz, dass auch das Verfahren der Auswahl und Bestellung von Rechtsbeiständen im Einzelfall (Art. 6 Abs. 1 RL) angepasst werden muss. Folglich muss das bestehende Auswahl- und Bestellungsverfahren – auch angesichts empirischer Rechtsstatsachenforschung mitunter stark kritisiert<sup>9</sup> – einer Reform unterzogen werden.

## 2. Konzeption des nachfolgenden Vorschlags für ein Umsetzungsgesetz

Der nachstehende Gesetzesvorschlag<sup>10</sup> enthält die zu einer kohärenten und vollständigen Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/1919 erforderlichen Veränderungen für das deutsche Strafverfahrensrecht, ihm gleichgestellte Verfahrensordnungen und das Rechtshilferecht im Zusammenhang mit der Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls. Er basiert dabei erstens auf der Annahme, dass Deutschland am bisherigen, bewährten Modell einer *notwendigen Verteidigung* als *funktionales Äquivalent*<sup>11</sup> zu einer Prozesskostenhilfe in Strafsachen festhält. Entsprechend dieser Vorgabe geht der hier vorgelegte Vorschlag zweitens davon aus, dass sich die Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung (Pflichtverteidigung) weiterhin ausschließlich anhand von *materiellen Kriterien* („merits test“) und nicht an einer – insbesondere in frühen Verfahrensstadien schwer zu überprüfenden – *Bedürftigkeit* („means test“) bemessen.

Der nachfolgende Gesetzesentwurf beschränkt sich, soweit nicht anders angegeben, auf das zur Umsetzung zwingend erforderliche Maß, nutzt aber die Chance zu einer verbesserten Systematisierung durch eine Vereinheitlichung der verwendeten Begrifflichkeiten und durch eine kohärente Lozierung der gesetzlichen Regelungen. Der Vorschlag führt zu folgender Grobstruktur des Rechts über eine notwendige Verteidigung:

Die bisher verstreut in der StPO zu findenden materiellen Kriterien für eine notwendige Verteidigung („merits test“) werden in § 140 StPO-E zusammengeführt. Die bereits in § 140 StPO verwendete Formulierung hierfür, dass die „Mitwirkung eines Verteidigers [...] notwendig [ist]“, wird im Gesetzesvorschlag immer dann aufgegriffen, wenn auf diese materiellen Kriterien Bezug genommen wird. Sonderregelungen zu den anzuwendenden

<sup>7</sup> Entschließung des Rates vom 30. November 2009 über einen Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigten oder Beschuldigten in Strafverfahren, ABLEU Nr. C 295 v. 3. Dezember 2009, S. 1.

<sup>8</sup> Insoweit korrespondiert die PKH-Richtlinie mit der Richtlinie (EU) 2016/800 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. Mai 2016 über Verfahrensgarantien in Strafverfahren für Kinder, die Verdächtige oder beschuldigte Personen in Strafverfahren sind (ABLEU Nr. L 132 v. 20. Mai 2016, S. 1), insbesondere dessen Art. 6: „Unterstützung durch einen Rechtsbeistand“, Art. 18: „Recht auf Prozesskostenhilfe“ und Art. 20: „Schulung“.

<sup>9</sup> *Jahn*, Zur Rechtswirklichkeit der Pflichtverteidigerbestellung. Eine Untersuchung zur Praxis der Beordnung durch den Strafrichter nach § 140 Abs. 1 Nr. 4 der Strafprozessordnung in der Bundesrepublik Deutschland (2014), *passim*.

<sup>10</sup> Eine synoptische Darstellung des Entwurfs ist unter <https://www.hrr-strafrecht.de/hrr/archiv/18-02/pkh-synopse.pdf> verfügbar.

<sup>11</sup> Zur Konstruktion als funktionales Äquivalent siehe *Brodowski/Burchard/Kotzurek/Rauber/Vogel*, in: *Cape/Namoradze/Smith/Spronken* (Hrsg.), *Effective Criminal Defence in Europe* (2010), S. 261.

materiellen Kriterien im Jugendgerichtsgesetz (§ 68 JGG-E) und im Rechtshilferecht (§§ 40 Abs. 2, 83j Abs. 1 Satz 1 IRG-E, §§ 31 Abs. 2, 37 Abs. 6 IStGH-Gesetz-E) werden terminologisch vereinheitlicht.

Die miteinander zusammenhängenden Fragen, ab wann und bis wann innerhalb eines Strafverfahrens ein Fall notwendiger Verteidigung gegeben ist, sind in § 141 StPO-E geregelt. Dabei beschränkt sich die vorgeschlagene Regelung vorrangig auf die Feststellung, ob in einem Verfahren zu einem bestimmten Zeitpunkt ein Fall notwendiger Verteidigung vorliegt. Entsprechend den Vorgaben der Richtlinie brauchen Fragen der Auswahl eines Pflichtverteidigers (§ 142 StPO-E) ebenso wie Regelungen über dessen Auswechslung (§ 143 StPO-E) an dieser Stelle nicht getroffen zu werden.

Bei der Auswahl der zu bestellenden Pflichtverteidiger steht die Sicherstellung der von der Richtlinie geforderten angemessenen Qualität der von diesen zu erbringenden Dienstleistungen im Vordergrund. Das vorrangig dem Beschuldigten zustehende Auswahlrecht ist deshalb auf solche Rechtsanwälte beschränkt, die über die notwendige Qualifikation verfügen. Diese festzustellen und die nach der Richtlinie gebotenen Weiterbildungsmaßnahmen durchzuführen, liegt im Verantwortungsbereich der Rechtsanwaltskammern. Diese haben auch über die Berechtigung eines Pflichtverteidigerwechsels zu befinden, was eine objektivere Entscheidung erwarten lässt als insbesondere diejenige durch das erkennende Gericht, dem gegenüber der Beschuldigte nicht immer in der gebotenen Offenheit seine Gründe für den Wechsel darlegen kann.

In den Fällen, in denen der Beschuldigte keinen Verteidiger auswählt oder dieser nicht zur Verfügung steht, ist die Auswahl nach Zustellung der Anklage von der Rechtsanwaltskammer zu treffen. Bei unter Zeitdruck stehenden Auswahlentscheidungen, insbesondere im Ermittlungsverfahren, erfolgt diese durch das zuständige Gericht, das sich dabei eines ebenfalls von der Rechtsanwaltskammer zu installierenden ortsnahen Verteidigernotdienstes zu bedienen hat.

Folgeänderungen zur rechtzeitigen Sicherstellung notwendiger Verteidigung und zu damit korrespondierenden Belehrungspflichten finden sich in §§ 58, 145, 163a StPO-E; terminologische und systematische Anpassungen in §§ 114b, 136 StPO-E. In § 465 StPO-E ist auf die bereits jetzt geltende Rechtslage (vgl. § 6 Abs. 1 JBeitrG) hinzuweisen, dass die Kosten der notwendigen Verteidigung nur dann vollstreckt werden dürfen, wenn ein Verurteilter diese nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen aufbringen kann.

## II. Vorschlag für ein Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/1919 betreffend Prozess-kostenhilfe für Verdächtige und Beschuldigte im Strafverfahren\*

Vom ...

Der Bundestag hat das folgende Gesetz beschlossen:

### Artikel 1 Änderung der Strafprozeßordnung

Die Strafprozeßordnung in der Fassung der Bekanntmachung vom 7. April 1987 (BGBl. I S. 1074, 1319), die zuletzt durch ... geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird die Angabe zu § 141 wie folgt neu gefasst:

„§ 141 Feststellung der Notwendigkeit der Verteidigung“

2. § 58 Absatz 2 wird wie folgt geändert:

a) Nach Satz 1 wird folgender Satz eingefügt:

„Der Beschuldigte ist darauf hinzuweisen, dass es ihm freisteht, einen von ihm zu wählenden Verteidiger zu befragen und unter den Voraussetzungen des § 140 Absatz 1 und 2 den Beistand eines Verteidigers zu beanspruchen und zu beantragen.“

b) Folgender Satz wird angefügt:

„In einem Fall notwendiger Verteidigung gelten § 145 Absatz 1 und 4 sowie § 141 Absatz 4 und 6 entsprechend.“

3. In § 114b Absatz 2 Satz 1 Nummer 4a werden die Wörter „die Bestellung“ durch die Wörter „den Beistand“ ersetzt und nach dem Wort „beanspruchen“ die Wörter „und beantragen“ eingefügt.

4. § 136 Absatz 1 wird wie folgt geändert:

a) In Satz 1 wird das Wort „Bei“ durch die Wörter „Unmittelbar vor“ ersetzt.

b) In Satz 5 werden die Wörter „die Bestellung“ durch die Wörter „den Beistand“ ersetzt, nach dem Wort „beanspruchen“ die Wörter „und beantragen“ eingefügt sowie das Semikolon und der zweite Halbsatz gestrichen.

\* Dieses Gesetz dient der Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls (ABl. L 297 vom 4. November 2016, S. 1).

5. § 140 wird wie folgt geändert:

a) Nummer 1 wird wie folgt gefasst:

„1. Anklage zum Oberlandesgericht oder Landgericht erhoben wird oder einem solchen Gericht das Verfahren gemäß § 209 Absatz 2 vorgelegt wird;“

b) Nach Nummer 3 wird die folgende Nummer 3a eingefügt:

„3a. ein Ergriffener oder Festgenommener einem Gericht nach §§ 115 Absatz 1, 115a Absatz 1, 128 Absatz 1 oder § 129 vorgeführt wird;“

c) Nummer 5 wird wie folgt gefasst:

„5. der Beschuldigte sich auf Grund richterlicher Anordnung oder mit richterlicher Genehmigung in einer Anstalt oder in polizeilichem Gewahrsam befindet;“

d) Nach Nummer 9 werden die folgenden Nummern 10 und 11 angefügt:

„10. das Gericht, bei dem eine richterliche Vernehmung durchzuführen ist, die Mitwirkung eines Verteidigers auf Grund deren Bedeutung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten für geboten hält;

11. ein hör- oder sprachbehinderter Beschuldigter dies beantragt.“

b) Absatz 2 wird wie folgt neu gefasst:

„(2) Im Übrigen ist die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig, wenn dies wegen der Schwere der Tat oder wegen der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage geboten ist oder wenn ersichtlich ist, daß sich der Beschuldigte nicht selbst verteidigen kann.“

c) Absatz 3 wird aufgehoben.

6. § 141 wird wie folgt geändert:

a) In Absatz 1 werden die Angabe „5“ durch die Angabe „6“ ersetzt, nach der Angabe „9“ die Wörter „und 11“ eingefügt und die Wörter „wird dem Angeschuldigten, der noch keinen Verteidiger hat, ein Verteidiger bestellt“ durch die Wörter „ist festzustellen, dass die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig ist“ ersetzt.

b) Absätze 2 und 3 werden wie folgt neu gefasst:

„(2) Ergibt sich erst später die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Verteidigers, ist dies sofort festzustellen.

(3) Unter den Voraussetzungen des § 140 ist die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Verteidigers unverzüglich festzustellen, sobald

1. ein Beschuldigter nach §§ 127 Absatz 2, 127b Absatz 1 oder § 129 festgenommen oder nach § 115 Absatz 1 ergriffen wird;

2. gegen den Beschuldigten im anhängigen oder einem anderen Verfahren Untersuchungshaft oder einstweilige Unterbringung vollstreckt wird oder er sich auf Grund richterlicher Anordnung oder mit richterlicher Genehmigung in einer Anstalt befindet oder ihm sonst die Freiheit entzogen ist;

3. eine richterliche Vernehmung durchgeführt werden soll; § 145 Absatz 1 und 4 gilt entsprechend; oder

4. während des Vorverfahrens

a) der Beschuldigte durch Beamte des Polizeidienstes (§ 163a Absatz 4 Satz 3) oder die Staatsanwaltschaft (§ 163a Absatz 3 Satz 2) befragt oder

b) eine Identifizierungs- oder Vernehmungsgenüßerstellung (§ 58 Absatz 2) durchgeführt werden soll.“

c) Absatz 4 wird wie folgt geändert:

aa) In Satz 1 wird das Wort „Bestellung“ durch die Wörter „Feststellung der Notwendigkeit der Verteidigung bei einem Beschuldigten, der noch keinen Verteidiger hat,“ ersetzt.

bb) Nach Satz 1 werden folgende Sätze eingefügt:

„Die Feststellung erfolgt von Amts wegen oder auf Antrag der Staatsanwaltschaft oder des Beschuldigten. Im Fall von Absatz 3 Nummer 1 oder 4 ist der Vorgang durch die Staatsanwaltschaft dem nach Satz 1 zuständigen Gericht zur Entscheidung vorzulegen.“

cc) Der abschließende Punkt wird durch ein Semikolon und die Wörter „im Falle des § 140 Absatz 1 Nummer 10 das Gericht, bei dem die Vernehmung durchzuführen ist.“ ersetzt.

d) Nach Absatz 4 werden folgende Absätze 5 und 6 angefügt:

„(5) Die Feststellung nach Absatz 3 Nummer 1 bleibt wirksam, bis der Beschuldigte wieder in Freiheit gesetzt wird. Die Feststellung nach Absatz 3 Nummer 2 bleibt für das weitere Verfahren wirksam; diese Feststellung kann aufgehoben werden, wenn die Vollstreckung mindestens zwei Wochen vor Beginn der Hauptverhandlung endet oder der Beschuldigte mindestens zwei Wochen vor Beginn der Hauptverhandlung aus der Anstalt entlassen wird. Im Übrigen bleibt die Feststellung für das weitere Verfahren wirksam. § 140 Absatz 1 Nummer 10 bleibt unberührt.

(6) Das nach Absatz 4 zuständige Gericht bestellt den nach Maßgabe des § 142 ausgewählten Rechtsanwalt als Verteidiger, wenn dem kein wichtiger Grund entgegensteht.“

7. § 142 wird wie folgt neu gefasst:

„§ 142 Auswahl des zu bestellenden Pflichtverteidigers

(1) Vor der Bestellung eines Verteidigers nach § 141 Absatz 1 oder 2 ist dem Beschuldigten Gelegenheit zu geben, innerhalb einer zu bestimmenden Frist einen Verteidiger seiner Wahl aus dem Kreis der hierzu gemäß § 49 Absatz 1 BRAO berechtigten Rechtsanwälte zu bezeichnen. Unterbleibt die Bezeichnung eines Verteidigers oder ist der von dem Beschuldigten bezeichnete Verteidiger nicht erreichbar oder verhindert, so erfolgt die Auswahl des zu bestellenden Verteidigers nach § 91 Absatz 1 BRAO. Das nach § 141 Absatz 4 zuständige Gericht fordert die für seinen Bezirk zuständige Rechtsanwaltskammer unter Mitteilung der Anklageschrift auf, innerhalb einer zu bestimmenden Frist einen Verteidiger zu bezeichnen. Unterbleibt die Bezeichnung des Verteidigers durch die Rechtsanwaltskammer oder bedarf es keinen Aufschub gestattender Verfahrenshandlungen, erfolgt die Bestellung nach Absatz 2.

(2) Vor der Bestellung eines Verteidigers nach § 141 Absatz 3 ist dem Beschuldigten Gelegenheit zu geben, innerhalb einer zu bestimmenden Frist einen Verteidiger seiner Wahl aus der bei der für den Sitz der Staatsanwaltschaft zuständigen Rechtsanwaltskammer elektronisch geführten Liste (§ 90 Absatz 1 BRAO) zu bezeichnen. Unterbleibt die Bezeichnung eines Verteidigers durch den Beschuldigten oder ist der von ihm bezeichnete Verteidiger nicht erreichbar oder verhindert, so wählt das nach § 141 Absatz 4 zuständige Gericht den zu bestellenden Verteidiger aus der Liste der im wöchentlichen Verteidigernotdienst zur Verfügung stehenden Rechtsanwälte (§ 90 Absatz 2 BRAO) aus.“

8. § 143 wird wie folgt geändert:

a) Der bisherige Wortlaut wird Absatz 1.

b) Folgender Absatz 2 wird angefügt:

„(2) Auf Antrag des Beschuldigten kann die Bestellung auf einen anderen Verteidiger aus dem Kreis der hierzu gemäß § 49 BRAO berechtigten Rechtsanwälte übertragen werden. Einem Antrag des Angeklagten ist zu entsprechen, wenn

1. ihm nach § 142 Absatz 2 ein Verteidiger bestellt wurde und er dessen Auswechslung vor Anklageerhebung begehrt;
2. er dies nach Anklageerhebung und vor Eröffnung des Hauptverfahrens begehrt; oder
3. er dies nach Verkündung eines nicht rechtskräftig gewordenen Urteils innerhalb eines Monats nach dessen Zustellung begehrt;

§ 142 gilt entsprechend. Im Übrigen sind Anträge auf Auswechslung des bestellten Verteidigers der Rechtsanwaltskammer, in deren Bezirk das Verfahren anhängig ist, zur Entscheidung gemäß § 91 Absatz 2 BRAO zuzuleiten. Der Lauf der in § 229 Absatz 1 und 2 genannten Fristen ist bis zu deren Entscheidung, längstens jedoch für sechs Wochen gehemmt; diese Fristen enden frühestens zehn Tage nach Ablauf der Hemmung.“

9. In § 145 Absatz 1 Satz 1 werden die Wörter „dem Angeklagten“ gestrichen und die Wörter „einen anderen Verteidiger zu bestellen“ durch die Wörter „nach Maßgabe von § 142 Absatz 2 weiter zu verfahren“ ersetzt.

10. In § 163a wird folgender Absatz 6 angefügt:

„(6) In einem Fall notwendiger Verteidigung gelten § 145 Absatz 1 und 4 sowie § 141 Absatz 4 und 6 entsprechend.“

11. In § 465 Absatz 1 wird der Punkt durch ein Semikolon und die Wörter „Kosten der notwendigen Verteidigung dürfen nur vollstreckt werden, soweit er diese nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen aufbringen kann.“ ersetzt.

## **Artikel 2 Änderung des Jugendgerichtsgesetzes**

§ 68 des Jugendgerichtsgesetzes in der Fassung der Bekanntmachung vom 11. Dezember 1974 (BGBl. I S. 3427), das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird wie folgt neu gefasst:

„§ 68 Notwendige Verteidigung

Die Mitwirkung eines Verteidigers ist notwendig. Wenn dies wegen der geringen Schwere der Tat und wegen der geringen Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage entbehrlich ist, findet Satz 1 keine Anwendung, es sei denn,

1. einem Erwachsenen wäre ein Verteidiger zu bestellen,
2. dem Erziehungsberechtigten und dem gesetzlichen Vertreter sind ihre Rechte nach diesem Gesetz entzogen,
3. der Erziehungsberechtigte und der gesetzliche Vertreter sind nach § 51 Absatz 2 von der Verhandlung ausgeschlossen worden und die Beeinträchtigung in der Wahrnehmung ihrer Rechte kann durch eine nachträgliche Unterrichtung (§ 51 Absatz 4 Satz 2) nicht hinreichend ausgeglichen werden, oder
4. zur Vorbereitung eines Gutachtens über den Entwicklungsstand des Beschuldigten (§ 73) kommt seine Unterbringung in einer Anstalt in Frage.“

## **Artikel 3 Änderung des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen**

Das Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen in der Fassung der Bekanntmachung vom 27. Juni 1994 (BGBl. I S. 1537), das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird nach der Angabe zu § 83i folgende Angabe eingefügt:

„§ 83j Unterstützung durch einen Rechtsbeistand“

2. § 40 wird wie folgt geändert:

a) Die Wörter „Dem Verfolgten, der noch keinen Beistand gewählt hat, ist ein Rechtsanwalt als Beistand zu bestellen“ werden durch die Wörter „Die Mitwirkung eines Beistands ist notwendig“ ersetzt.

b) In Nummer 2 wird das Wort „oder“ gestrichen.

c) In Nummer 3 wird der Punkt durch ein Komma und durch das Wort „oder“ ersetzt.

d) Folgende Nummer 4 wird angefügt:

„4. der Verfolgte aufgrund eines Europäischen Haftbefehls festgenommen wird.“

3. Nach § 83i wird folgender § 83j eingefügt:

„§ 83j Unterstützung durch einen Rechtsbeistand

Die Mitwirkung eines Rechtsanwalts ist notwendig, wenn eine aufgrund eines deutschen Ersuchens festgenommene Person ihr Recht auf Benennung eines Rechtsbeistands zur Unterstützung des sie im ersuchten Mitgliedstaat vertretenden Rechtsbeistands wahrnimmt. Die Vorschriften des 11. Abschnitts des I. Buches der Strafprozessordnung mit Ausnahme der §§ 140 und 141 Absatz 1 bis 3 und 5 StPO gelten entsprechend. Die Mitwirkung bleibt notwendig, bis die Person übergeben wird oder die Überstellung seitens des ersuchten Staates rechtskräftig abgelehnt wird. Erfolgt die Überstellung zur Strafverfolgung, so bleibt die Notwendigkeit der Mitwirkung abweichend von Satz 3 wirksam, bis die überstellte Person wieder in Freiheit gesetzt oder rechtskräftig freigesprochen oder verurteilt wird. Einem nach Überstellung gestellten Antrag auf Auswechslung des beigeordneten Rechtsanwalts ist vor Beginn der Hauptverhandlung zu entsprechen; § 143 StPO bleibt unberührt.“

#### **Artikel 4 Änderung des IStGH-Gesetzes**

Das IStGH-Gesetz vom 21. Juni 2002 (BGBl. I S. 2144), das zuletzt durch ... geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. § 31 wird wie folgt geändert:

a) Absatz 2 wird wie folgt neu gefasst:

„(2) Die Mitwirkung eines Beistands ist notwendig.“

b) In Absatz 3 werden die Wörter „und § 142 Abs. 2“ gestrichen.

2. In § 37 Absatz 6 werden die Wörter „ein Beistand zu bestellen“ durch die Wörter „die Mitwirkung eines Beistands notwendig“ ersetzt.

#### **Artikel 5**

#### **Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung**

Die Bundesrechtsanwaltsordnung in der im Bundesgesetzblatt Teil III, Gliederungsnummer 303-8, veröffentlichten bereinigten Fassung, die zuletzt durch ... geändert worden ist, wird wie folgt geändert:

1. In der Inhaltsübersicht wird die Angabe zu §§ 90 und 91 wie folgt gefasst:

„Dritter Abschnitt: Sicherstellung eines wirksamen Systems der Beistandsleistung für Verdächtige, beschuldigte Personen und gesuchte Personen

§ 90 Verteidiger nach § 142 Absatz 2 der Strafprozessordnung

§ 91 Verteidigerauswahl und -wechsel unter Mitwirkung der Rechtsanwaltskammer“

2. In § 31 Absatz 3 Nummer 5 wird das Wort „und“ durch ein Komma ersetzt und dem Semikolon folgende Wörter vorangestellt: „und erteilte Berechtigungen zur Leistung von Rechtsbeistand für Verdächtige, beschuldigte Personen und gesuchte Personen; auf Antrag zusätzlich: nachgewiesene Tätigkeitsschwerpunkte, Aus- und Fortbildungen sowie Sprachkenntnisse“.

3. § 49 wird wie folgt neu gefasst:

„§ 49 Beistandsleistung bei notwendiger Mitwirkung eines Rechtsanwalts

(1) Zur Leistung von Rechtsbeistand für Verdächtige, beschuldigte Personen und gesuchte Personen sind Fachanwälte für Strafrecht und diejenigen Rechtsanwälte verpflichtet, denen von der für sie zuständigen Rechtsanwaltskammer hierfür die Berechtigung nach Absatz 3 oder 4 erteilt wurde und die nach den Vorschriften der Strafprozessordnung, des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten, des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen oder des IStGH-Gesetzes zum Verteidiger oder Beistand bestellt worden sind. Dies gilt entsprechend für sonstige Beistandsleistungen, zu denen Rechtsanwälte nach diesen Vorschriften herangezogen werden.

(2) Der Rechtsanwalt kann beantragen, seine Beordnung aufzuheben, wenn hierfür gewichtige Gründe vorliegen. Im Übrigen erfolgt die Bestellung nach §§ 90, 91.

(3) Über den Antrag des Rechtsanwalts auf Erteilung der Berechtigung zur Leistung von Rechtsbeistand nach Absatz 1 entscheidet der von dem Vorstand der Rechtsanwaltskammer gebildete Fachausschuss für Strafrecht. Voraussetzung für die Erteilung der Erlaubnis ist eine einjährige Zulassung und der Nachweis der Teilnahme an einer im Anschluss in Präsenzform durchgeführten Fortbildungsveranstaltung der Bundesrechtsanwaltskammer zu den mit dem Rechtsbeistand für Verdächtige, beschuldigte Personen und gesuchte Personen verbundenen Dienstleistungen, die sechzehn Zeitstunden nicht unterschreiten darf. Die Fortbildung ist kostenfrei.

(4) Der Vorstand der Rechtsanwaltskammer ist berechtigt, weiteren in seinem Bezirk zugelassenen Rechtsanwälten mit einem nach Absatz 3 vergleichbaren Kenntnis- und Erfahrungsstand die Berechtigung zur Leistung von Rechtsbeistand für Verdächtige, beschuldigte Personen und gesuchte Personen zu erteilen.

(5) Rechtsanwälte, die die Bezeichnung Fachanwalt für Strafrecht führen oder die sonst zur Leistung von Rechtsbeistand nach Absatz 1 berechtigt sind, haben kalenderjährlich gegenüber der Rechtsanwaltskammer nachzuweisen, dass sie an einer in Präsenzform durchgeführten Fortbildungsveranstaltung der Bundesrechtsanwaltskammer auf dem Gebiet der mit dem Rechtsbeistand für Verdächtige, beschuldigte Personen und gesuchte Personen verbundenen Dienstleistungen teilgenommen haben, deren Dauer fünf Zeitstunden nicht unterschreiten darf. Die Fortbildung ist kostenfrei.

(6) Einem Rechtsanwalt, der seinen Verpflichtungen gemäß Absatz 1 und 5 nicht nachkommt, kann die Berechtigung zum Führen der Fachanwaltsbezeichnung und zur Leistung von Rechtsbeistand für Verdächtige, beschuldigte Personen und gesuchte Personen entzogen werden. Darüber hinaus können anwaltsgerichtliche Maßnahmen gemäß §§ 113 bis 115c ergriffen werden.“

4. § 80 Absatz 1 werden folgende Sätze angefügt:

„Der Präsident bestellt einen oder mehrere Rechtsanwälte als Geschäftsführer. Diesen obliegt insbesondere die Sicherstellung eines wirksamen Systems der Beistandsgewährung für Verdächtige, beschuldigte Personen und gesuchte Personen nach §§ 90, 91. Auf Geschäftsführer findet § 76 entsprechende Anwendung.“

5. Nach § 89 wird folgender Dritter Abschnitt eingefügt:

„Dritter Abschnitt: Sicherstellung eines wirksamen Systems der Beistandsleistung für Verdächtige, beschuldigte Personen und gesuchte Personen

§ 90 Verteidiger nach § 142 Absatz 2 der Strafprozessordnung

(1) Der Geschäftsführer der Rechtsanwaltskammer erstellt getrennt für jedes Landgericht, das im Bezirk der Rechtsanwaltskammer seinen Sitz hat, eine elektronisch geführte Liste, in die mit ihren weiteren Daten gemäß § 31 Absatz 3 in alphabetischer Reihenfolge diejenigen gemäß § 49 Absatz 1 berechtigten Rechtsanwälte eingetragen werden, deren Kanzlei ihren Sitz in dem jeweiligen Landgerichtsbezirk hat. Rechtsanwälte mit Kanzleisitz in einem angrenzenden Landgerichtsbezirk können auf deren Antrag oder im Einvernehmen der betroffenen Rechtsanwaltskammern in die nach Satz 1 geführte Liste aufgenommen werden.

(2) Nach Festsetzung der zur Erbringung von Dienstleistungen nach § 142 Absatz 2 der Strafprozessordnung bei den im Bezirk des Landgerichts bestehenden Gerichten wöchentlich erforderlichen Anzahl an Rechtsanwälten werden diese aus der Liste nach Absatz 1 in deren Reihenfolge bestimmt. Diese sind zum Zwecke ihrer Erreichbarkeit über ihre Heranziehung rechtzeitig zu in-

formieren. Im Falle ihrer Verhinderung haben sie rechtzeitig mitzuteilen, durch welchen anderen gemäß § 49 Absatz 1 berechtigten Rechtsanwalt sie vertreten werden. Dieser hat die Übernahme der Vertretung dem Geschäftsführer der Rechtsanwaltskammer anzuzeigen. Die Namen der für den wöchentlichen Verteidigernotdienst zur Verfügung stehenden Rechtsanwälte sind in Form eines elektronischen Verzeichnisses für die Gerichte nach Satz 1 zugänglich zu machen.

§ 91 Verteidigerauswahl und -wechsel unter Mitwirkung der Rechtsanwaltskammer

(1) Wird die Rechtsanwaltskammer nach § 142 Absatz 1 der Strafprozessordnung um die Bezeichnung eines Verteidigers ersucht, trifft der dafür zuständige Geschäftsführer der Rechtsanwaltskammer nach pflichtgemäßem Ermessen die Auswahl unter den gemäß § 49 Absatz 1 berechtigten Rechtsanwälten. Er ist von der Bezeichnung ausgeschlossen; dies gilt auch für ihm gesellschaftsrechtlich oder arbeitsvertraglich verbundene Rechtsanwälte. Die Entscheidung ist unanfechtbar. Der bezeichnete oder ausgewählte Rechtsanwalt wird dem Vorsitzenden des Gerichts, bei dem das Verfahren anhängig ist, unverzüglich mitgeteilt. Der Beschuldigte ist hierüber zu informieren.

(2) Über den Antrag des Verdächtigen, der beschuldigten Person oder gesuchten Person, den Rechtsanwalt, der ihm für die Erbringung der Dienstleistungen zur Beistandsleistung zugewiesen wurde, auswechseln zu lassen (§ 143 Absatz 2 Satz 3 Strafprozessordnung), entscheidet der Vorsitzende oder sein Stellvertreter und ein weiteres Mitglied des vom Vorstand der Rechtsanwaltskammer gebildeten Fachausschusses für Strafrecht. Dem Antrag ist stattzugeben, wenn konkrete Umstände dies rechtfertigen. Für das weitere Verfahren gilt § 142 Absatz 1 der Strafprozessordnung entsprechend. Gegen eine ablehnende Entscheidung kann binnen einer Woche nach Zustellung die Entscheidung des Anwaltsgerichts beantragt werden. Dessen Entscheidung ist unanfechtbar. Über die Entscheidung des Fachausschusses sowie eine Anrufung des Anwaltsgerichts und dessen Entscheidung sind das Gericht und die Staatsanwaltschaft zu unterrichten.“

## **Artikel 6 Inkrafttreten**

Artikel 5 Nr. 2 und Nr. 4 dieses Gesetzes tritt am Tag nach der Verkündung in Kraft. Im Übrigen tritt dieses Gesetz am 25. Mai 2019 in Kraft.

## **III. Zu den einzelnen Vorschriften**

### **1. Zu Artikel 1 (Änderung der Strafprozessordnung)**

#### **Zu Artikel 1 Nr. 1 (Inhaltsübersicht):**

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung der Inhaltsübersicht aufgrund der Änderung der Überschrift des § 141 StPO-E.

**Zu Artikel 1 Nr. 2 (§ 58 StPO-E):**

Zu § 58 Abs. 2 Satz 2 StPO-E:

Nach Art. 3 Abs. 1 lit. a, lit. b RL 2012/13/EU sind Beschuldigte umgehend über das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand zu belehren. Dies schließt die Belehrung über ihr Recht ein, unter bestimmten Voraussetzungen einen Verteidiger beanspruchen und dies beantragen zu können (siehe hierzu ergänzend §§ 114b Abs. 2, 136 Abs. 1 StPO-E einschließlich der dort näher ausgeführten Begründung).

Zu § 58 Abs. 2 Satz 6 StPO-E:

Art. 4 Abs. 5 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 lit. e sublit. i und ii RL messen der Identifizierungs- und Vernehmungsgegenüberstellung eine wesentliche Bedeutung als Ermittlungs- bzw. Beweiserhebungshandlung bei. Sind die Kriterien des Art. 4 Abs. 4 RL erfüllt, bedarf es vor der Durchführung der Gegenüberstellung der Beiordnung eines Verteidigers.

Dies trägt dem Umstand Rechnung, dass insbesondere die Identifizierungsgegenüberstellung eine besonders anspruchsvolle Ermittlungshandlung ist und etwaige Fehler, wie die internationale Forschung zeigt, in der Regel irreparabel sind. Die Anwesenheit eines Verteidigers trägt dazu bei, dass das Ergebnis einer ordnungsgemäß durchgeführten Gegenüberstellung für das weitere Verfahren bindungsähnliche Wirkung entfaltet.

Aus diesem Grunde muss die Anwesenheit eines Verteidigers im Falle notwendiger Verteidigung sichergestellt werden. Bleibt ein Wahlverteidiger oder ein bestellter Verteidiger im Gegenüberstellungstermin aus, muss dem Beschuldigten sogleich ein anderer Verteidiger nach Maßgabe des § 141 Abs. 4 und Abs. 6 StPO-E bestellt werden, der sodann bei der Gegenüberstellung anwesend zu sein hat.

Die Regelung lehnt sich an diejenige zur Durchführung einer mündlichen Haftprüfung im Falle der Abwesenheit des Beschuldigten an (§ 118a Abs. 2 S. 5 StPO). Auch dort darf im Falle des Ausbleibens eines gewählten oder bestellten Verteidigers die Haftprüfung nur in Anwesenheit eines neu zu bestellenden Verteidigers durchgeführt werden.<sup>12</sup> Mit der Durchführung der Gegenüberstellung muss zugewartet werden bis zur praktischen Gewährleistung des Rechts auf Rechtsbeistand. Der Eilbedürftigkeit wird durch den Verweis in § 145 Abs. 1 StPO-E auf die Bestellung eines Verteidigers gemäß § 142 Abs. 2 StPO-E Rechnung getragen.

**Zu Artikel 1 Nr. 3 (§ 114b Absatz 2 StPO-E):**

Das Gesetz gewährt dem Beschuldigten bereits jetzt einen Anspruch und – anders als z.B. in § 114b Abs. 2 Nr. 3 StPO – nicht nur ein Antragsrecht. Nach der Richtlinie soll dem Beschuldigten die Möglichkeit eingeräumt werden, den Beistand eines Verteidigers zu beantragen,

<sup>12</sup> Paeffgen, in: Wolter (Hrsg.), SK-StPO, 5. Aufl. (2015 ff.), § 118a Rn. 5a; Böhm/Werner, in: Knauer/Kudlich/Schneider (Hrsg.), MüKo-StPO (2014), § 118a Rn. 9.

arg. ex Art. 6 Abs. 2 a.E., Erwägungsgrund 18 RL. Da ein Antragsrecht nicht zwingend das Bestehen eines Anspruchs voraussetzt, sollte es zur Klarstellung bei der geltenden Gesetzesfassung verbleiben, wonach der Beschuldigte darüber zu belehren ist, dass er den Beistand eines Verteidigers beanspruchen kann; zusätzlich ist er auf sein unter diesen Umständen bestehendes Antragsrecht hinzuweisen.

**Zu Artikel 1 Nr. 4 (§ 136 Absatz 1 StPO-E):**

Abs. 1 Satz 3 und 4 sind weiterhin für die Verfahren von Bedeutung, in denen die Mitwirkung eines Verteidigers nicht notwendig ist.

Zur Änderung in Abs. 1 Satz 5 1. Halbsatz kann auf die Begründung zu § 114b Abs. 2 Nr.4a StPO verwiesen werden.

Abs. 1 Satz 5 2. Halbsatz ist zu streichen. Der Verweis auf die Kostentragungspflicht des Beschuldigten schreckt ihn faktisch – entgegen der Zielsetzung der Richtlinie – von der Inanspruchnahme einer Pflichtverteidigung ab und kann auch irreführend sein. Dies gilt insbesondere dann, wenn er die Kosten des Verfahrens infolge seiner persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnisse nicht tragen kann und aufgrund des insoweit nach § 6 Abs. 1 JBeitG bestehenden Vollstreckungsschutzes ohnehin keine Inanspruchnahme zu befürchten hat.

**Zu Artikel 1 Nr. 5 (§ 140 StPO-E):**

a) Vorbemerkung:

§ 140 StPO-E regelt in Abs. 1 und 2 die Voraussetzungen, unter denen die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig ist („ob“). Dieser kann in den betreffenden Fällen sowohl ein von dem Beschuldigten beauftragter Wahlverteidiger (§§ 137, 138 StPO) oder ein ihm bestellter Verteidiger sein. Es widerspricht dieser Gesetzssystematik, wenn § 140 Abs. 2 StPO unter den dort genannten Voraussetzungen die *Bestellung* eines Verteidigers regelt, derer es nicht bedarf, wenn bereits ein Wahlverteidiger mandatiert ist. Ebenso ist die Regelung in § 140 Abs. 1 Nr. 5 a.E. und in Abs. 3 StPO bislang systematisch falsch platziert, soweit sie sich auf die Dauer und Aufhebung der Verteidigerbestellung bezieht und damit den actus contrarius zur Verteidigerbestellung darstellt, die in § 141 StPO geregelt ist. Die Voraussetzungen, unter denen die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig ist, sollen deshalb in § 140 StPO getrennt von den Fragen im Zusammenhang mit der Bestellung eines Verteidigers geregelt werden. Letzteres ist Gegenstand von § 141 StPO. Dementsprechend sind § 140 Abs. 1 Nr. 5 und § 140 Abs. 2 StPO zu ändern und § 140 Abs. 3 StPO an dieser Stelle zu streichen.

b) Zu § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO-E:

Entscheidend für die Frage, ob eine Hauptverhandlung im ersten Rechtszug vor dem Oberlandesgericht oder Landgericht stattfindet, ist – von Fällen des § 209 Abs. 2 StPO abgesehen –, ob die Staatsanwaltschaft Anklage zum Oberlandes- oder Landgericht erhebt. Die Änderung

macht deutlich, dass hierbei auf die Würdigung der Staatsanwaltschaft abzustellen ist und es daher ihr obliegt, einen Antrag gem. § 141 Abs. 4 StPO-E zu stellen.

c) Zu § 140 Abs. 1 Nr. 3a StPO-E:

Nach Art. 4 Abs. 4 lit. a RL sind die materiellen Kriterien für die Voraussetzungen des Anspruchs auf Unterstützung durch einen Verteidiger „in jedem Fall erfüllt“, wenn ein Verdächtiger oder eine beschuldigte Person einem zuständigen Gericht oder einem zuständigen Richter zur Entscheidung über eine Haft vorgeführt wird. Dies betrifft die Fälle, in denen ein Beschuldigter auf Grund eines Haftbefehls ergriffen (§ 115 StPO) oder durch die Staatsanwaltschaft oder Beamte des Polizeidienstes vorläufig festgenommen (§ 127 Abs. 2 StPO) wird und gem. §§ 115 Abs. 1, 115a Abs. 1, 128 Abs. 1 oder 129 StPO einem Gericht vorgeführt wird. Erfasst wird von der Vorschrift ferner die richterliche Vernehmung zwecks Entscheidung über die weitere Invollzugsetzung eines nach § 116 Abs. 1 bis 3 StPO außer Vollzug gesetzten Haft- oder Unterbringungsbefehls nach Widerruf der Verschonung. Denn ein aufgrund der Anordnung nach § 116 Abs. 4 StPO festgenommener Beschuldigter ist erneut nach §§ 115, 115a StPO dem Richter vorzuführen.<sup>13</sup> Der Aufnahme der §§ 115 Abs. 1, 115a Abs. 1 StPO in die Vorschrift bedarf es deshalb, weil nach wie vor strittig ist, ob bei einem auf Grund eines Haft- oder vorläufigen Unterbringungsbefehls ergriffenem Beschuldigten bereits Untersuchungshaft bzw. einstweilige Unterbringung „vollstreckt“ wird und damit § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO einschlägig ist oder nicht.<sup>14</sup>

d) Zu § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO-E:

Befindet sich ein Beschuldigter in einer Anstalt aufgrund richterlicher Anordnung oder mit richterlicher Genehmigung, ist der Anwendungsbereich der Richtlinie gemäß Art. 2 Abs. 1 lit. a RL („deprived of liberty“ = Freiheitsentzug) eröffnet. Nach Art. 4 Abs. 4 lit. b RL sind die nach materiellen Kriterien zu prüfenden Voraussetzungen für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe „in jedem Fall“ erfüllt, wenn sich ein Verdächtiger oder eine beschuldigte Person „in Haft befindet“. Dies gilt auch für Verfahren, die nur eine „geringfügige Zuwiderhandlung“ zum Gegenstand haben (Art. 2 Abs. 4 RL).

Da nach Art. 4 Abs. 5 RL Prozesskostenhilfe „unverzüglich“ zu bewilligen ist, hat die in § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO vorgesehene Drei-Monats-Frist zu entfallen.

<sup>13</sup> Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 60. Aufl. (2017), § 116 Rn. 29.

<sup>14</sup> Verneinend BGHSt 60, 36 Tz. 10; Beulke, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), SSW-StPO, 2. Aufl. (2016), § 140 Rn. 22; Jahn, a.a.O. (Fn. 9), S. 35; Meyer-Goßner/Schmitt (Fn. 13), § 140 Rn. 14 – inkonsequent im Hinblick auf § 121 Rn. 4 -; bejahend Deckers StraFo 2009, 441, 443; Schlothauer, in: Festschrift für Samson (2010), S. 709, 714 f.; Schlothauer/Weider/Nobis, Untersuchungshaft, 5. Aufl. (2016), Rn. 334; Graf, in: Hannich (Hrsg.), KK-StPO, 7. Aufl. (2013), § 115 Rn. 11a; SK-StPO/Wohlens (o. Fn. 12), § 140 Rn. 11 m.w.N. unter Aufgabe seiner früheren Auffassung

Im Hinblick darauf bedarf es keiner Klärung, ob Untersuchungshaft in anderer Sache die Notwendigkeit der Verteidigung nach § 140 Abs. 1 Nr. 4 oder nach § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO begründet.<sup>15</sup>

§ 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO letzter Halbsatz ist zu streichen, weil § 140 StPO das „Ob“ der Mitwirkung eines Verteidigers und nicht das „wie lange“ betrifft (dazu § 141 Abs. 5 StPO-E).

Nach bayerischem Polizeirecht können mit richterlicher Anordnung, die spätestens alle drei Monate zu verlängern ist, Personen zeitlich unbegrenzt in Präventivgewahrsam genommen werden; andere Landespolizeigesetze kennen zumeist zeitliche Höchstfristen von wenigen Tagen oder Wochen. Bei einer auf richterlicher Anordnung beruhenden solchen Ingewahrsamnahme – d.h. spätestens zum Ende des Tages nach dem Ergreifen (vgl. Art. 104 Abs. 2 Satz 3 GG) – besteht für Strafverfahren, die gegen die in Gewahrsam genommene Person geführt werden, dasselbe strukturelle Defizit in der Verteidigungsfähigkeit wie bei Untersuchungshaft und Unterbringung in einer Anstalt. Daher ist dies als neue Fallgruppe einer notwendigen Verteidigung aufzunehmen (§ 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO); dies entspricht auch dem Gebot der Art. 2 Abs. 4 letzter Unterabs. und Art. 4 Abs. 4 lit. b RL: Diese sprechen in ihrer englischen Fassung von „detention“, was bruchlos auch auf die hier gegenständliche „preventive detention“ anwendbar ist. Doch auch der in der deutschen Fassung verwendete Begriff „Haft“ ist weiter als eine „Strafhaft“, so dass sich auch eine „Präventivhaft“ unter diesen Begriff subsumieren lässt.

e) Zu § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO-E:

Die bisherige Regelung des § 141 Abs. 3 S. 4 StPO ist in § 140 Abs. 1 StPO-E zu übernehmen, da sie das „Ob“ der notwendigen Mitwirkung eines Verteidigers und nicht das „Wann“ betrifft.

Richterliche Vernehmungen i.S.d. § 141 Abs. 3 S. 4 StPO (= § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO-E), bei denen die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig sein kann, beziehen sich sowohl auf Zeugen- als auch Beschuldigtenvernehmungen (zu Letzteren siehe die Begründung des „Gesetzes zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens“<sup>16</sup>). Zeugenvernehmungen, deren Bedeutung die Mitwirkung eines Verteidigers zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten gebieten kann, betreffen insbesondere Aussagen wesentlicher Belastungszeugen, die möglicherweise in einer späteren Hauptverhandlung nicht vernommen werden können, wodurch das Konfrontationsrecht des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK beeinträchtigt sein könnte. Dabei kann es sich sowohl um Vernehmungen im Ermittlungsverfahren

<sup>15</sup> Nach der bis zur Einführung des § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO durch das Gesetz zur Änderung des Untersuchungshaftrechts vom 29. Juli 2009 geltenden Rechtslage wurde Untersuchungshaft der Anstaltsunterbringung i. S. d. § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO zugeordnet, wobei für die Verteidigerbestellung allerdings § 117 Abs. 4 StPO vorgreiflich war: Lüderssen/Jahn, in: Erb u.a. (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, StPO, 26. Aufl. (2006–2014), § 140 Rn. 34.

<sup>16</sup> BT-Drucks. 18/11277, S. 27.

(§ 168c Abs. 2 StPO) als auch um solche im Hauptverfahren (§ 223 StPO) handeln. Beschuldigtenvernehmungen, deren Bedeutung die Mitwirkung eines Verteidigers gebietet, können insbesondere ein in der späteren Hauptverhandlung verlesbares Geständnis (§ 254 Abs. 1 StPO) zum Gegenstand haben, aber auch solche betreffen, die Voraussetzung für die Entbindung des Angeklagten von der Pflicht zum Erscheinen in der Hauptverhandlung sind (§ 233 Abs. 2 StPO). Die bisherige Bedeutung der Vorschrift in Bezug auf hafrichterliche Beschuldigtenvernehmungen nach §§ 115 Abs. 1, 115a Abs. 2, 128 Abs. 1 und 129 StPO<sup>17</sup> relativiert sich im Hinblick auf die einzuführende Regelung in § 140 Abs. 1 Nr. 3a StPO-E.

f) Zu § 140 Abs. 1 Nr. 11 StPO-E:

Die bisherige Regelung in § 140 Abs. 2 S. 2 StPO ist in den Katalog des § 140 Abs. 1 StPO zu übernehmen. Sie entspricht Art. 9 RL. Im Hinblick auf die Gründe, die für die Einführung der Antragsvoraussetzung geführt haben,<sup>18</sup> soll es dabei im Hinblick auf die Generalklausel des § 140 Abs. 2 sein Bewenden haben, was die RL (siehe Erwägungsgrund 18) zulässt.

**Zu Artikel 1 Nr. 6 (§ 141 StPO-E):**

a) Vorbemerkung:

Der Regelungsgehalt der Vorschrift beschränkt sich auf den Zeitpunkt der Feststellung der Notwendigkeit der Verteidigung gem. § 140 StPO-E, die Dauer der Wirksamkeit dieser Feststellung, die ggf. erforderliche Bestellung eines Verteidigers und die Zuständigkeit für die betreffenden Entscheidungen.

b) Zu § 141 Abs. 1 StPO-E:

Die Feststellung der Notwendigkeit der Verteidigung unter den Voraussetzungen des § 140 Abs. 1 Nr. 3a, Nr. 4 und Nr. 5 StPO-E ist nach Art. 4 Abs. 4 lit. a und b RL nicht auf das Zwischen- und Hauptverfahren beschränkt. Nach dieser Vorschrift in Verbindung mit Art. 4 Abs. 5 RL ist die Notwendigkeit der Unterstützung durch einen Verteidiger „in jedem Fall“ unverzüglich festzustellen. Deshalb ist für diese Fallgruppen eine Regelung für das gesamte Verfahren zu treffen (siehe nachstehend § 141 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 StPO-E) und dem entsprechend § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO in § 141 Abs. 1 StPO-E zu streichen. Zu ergänzen ist die Vorschrift um den aus § 140 Abs. 2 StPO verlagerten Fall des § 140 Abs. 1 Nr. 11 StPO-E.

c) Zu § 141 Abs. 1 und Abs. 2 StPO-E:

Die weiteren Änderungen in Abs. 1 und die Änderung des Abs. 2 machen deutlich, dass die Feststellung der Notwendigkeit der Verteidigung eine eigenständige Entscheidung erfordert, die nicht mit dem Vorgang der Bestellung eines konkreten Rechtsanwalts zusammenfällt, wie dies in §§ 141 Abs. 4, 142 StPO geregelt ist. Erst nach einer Auswahl gemäß § 142 StPO-E kommt es zur

Bestellung desjenigen Rechtsanwalts, der den Beschuldigten in dem anhängigen Verfahren (Art. 4 Abs. 6 RL) unterstützen soll (§ 141 Abs. 6 StPO-E). Dies entspricht Art. 6 Abs. 1 RL, der zwischen den Entscheidungen über das „Ob“ (Feststellung der Notwendigkeit der Verteidigung) und über die Bestellung eines Verteidigers differenziert.

d) Zu § 141 Abs. 3 StPO-E:

Für die in allen Verfahrensabschnitten in Betracht kommenden Fälle der notwendigen Mitwirkung eines Verteidigers unter den Voraussetzungen des § 140 Abs. 1 Nr. 3a, Nr. 4 und 5 sowie Nr. 10 StPO-E bedarf es entsprechend Art. 4 Abs. 5 RL einer Regelung des Inhalts, dass die betreffende Feststellung unverzüglich zu erfolgen hat (§ 141 Abs. 3 Nr. 1 bis 3 StPO-E). Das gilt im Falle des § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO-E auch dann, wenn der Beschuldigte in polizeilichen Gewahrsam (etwa eine mehrtägige polizeirechtliche Ingewahrsamnahme) genommen wurde. Auch dann befindet sich der Beschuldigte in „Haft“ („detention“).

aa) Zu § 141 Abs. 3 Nr. 3 StPO-E:

Für die notwendige Mitwirkung eines Verteidigers anlässlich einer richterlichen Vernehmung (§ 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO-E) ist klarzustellen, dass für den Fall der Abwesenheit eines gewählten oder bestellten Verteidigers die Vernehmung nur in Anwesenheit eines gem. § 145 Abs. 1 StPO neu zu bestellenden Verteidigers durchgeführt werden darf.<sup>19</sup>

bb) Zu § 141 Abs. 3 Nr. 4 StPO-E:

Speziell für das Vorverfahren ist unter den Voraussetzungen des § 140 StPO die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Verteidigers gemäß Art. 4 Abs. 5 RL spätestens vor der Durchführung einer Befragung durch Beamte des Polizeidienstes oder die Staatsanwaltschaft oder vor der Durchführung einer Identifizierungs- oder Vernehmungsgegenüberstellung festzustellen (§ 141 Abs. 3 Nr. 4 StPO-E).

Unter den Voraussetzungen des § 140 StPO hat ein Beschuldigter schon nach geltendem Recht einen Anspruch auf Verteidigerbeistand im Vorverfahren: Zwar deutet § 141 Abs. 3 S. 1 StPO auf eine Ermessensentscheidung („kann“) hin, die der für die Bestellung zuständige Richter bei einem Antrag der Staatsanwaltschaft gemäß § 141 Abs. 3 S. 2 StPO zu treffen hat (siehe dem gegenüber die nach § 141 Abs. 3 S. 3 StPO – „ist“ – zwingende Beiordnung im Falle eines diesbezüglichen Antrags der Staatsanwaltschaft). Diese Deutung ist allerdings durch die zeitlich jüngere Änderung in § 136 Abs. 1 S. 3 StPO, auf den auch § 163a Abs. 3 S. 2 und Abs. 4 S. 2 StPO verweist, zu relativieren. In Umsetzung von Art. 3 Abs. 1 lit. b RL 2012/13/EU über das Recht auf Belehrung und Unterrichtung in Strafverfahren ist § 136 Abs. 1 S. 3 StPO nämlich dahingehend ergänzt worden, dass der Beschuldigte bei Beginn der ersten Vernehmung darüber zu belehren sei, dass er „unter den Voraussetzungen des

<sup>17</sup> Siehe hierzu Schlothauer StV 2017, 557.

<sup>18</sup> Dazu Werner NStZ 1988, 346, 347.

<sup>19</sup> Siehe schon zur geltenden Regelung in § 141 Abs. 3 S. 4 StPO Schlothauer StV 2017, 557, 559.

§ 140 Abs. 1 und 2 StPO die Bestellung eines Verteidigers ...“ beanspruchen kann.<sup>20</sup> Zwar gilt auch dieser Anspruch nur „nach Maßgabe des § 141 Abs. 1 und Abs. 3“. Diese Verweisung soll sich allerdings nur auf das Antragerfordernis der Staatsanwaltschaft gemäß § 141 Abs. 3 S. 2 StPO beziehen,<sup>21</sup> was im Hinblick auf die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Verteidigers nach § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO systematisch zwingend ist. Denn nur die Staatsanwaltschaft kann im Ermittlungsverfahren beurteilen, ob Anklage zum Oberlandesgericht oder Landgericht erhoben werden soll und dies in dem gerichtlichen Verfahren die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig macht. Diese Einschätzungsprärogative der Staatsanwaltschaft erfordert für die Feststellung der Notwendigkeit der Mitwirkung eines Verteidigers im Vorverfahren einen diesbezüglichen Antrag. Mit dem durch § 136 Abs. 1 S. 3 StPO zum Ausdruck gebrachten „Anspruch“ auf Bestellung eines Verteidigers ließe sich im Übrigen aber weder die „kann“-Vorschrift des § 141 Abs. 3 S. 1 StPO noch das Antragerfordernis der Staatsanwaltschaft gem. § 141 Abs. 3 S. 2 StPO vereinbaren. Der Anspruch zielt auf die Bestellung eines Verteidigers und weder auf die Stellung eines Antrags durch die Staatsanwaltschaft noch auf die Vornahme einer gerichtlichen *Ermessensentscheidung*.

Dementsprechend hat der nach § 141 Abs. 4 StPO zuständige Richter bzw. das zuständige Gericht im Vorverfahren (mit Ausnahme von § 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO) auch schon nach geltendem Recht ohne Antrag der Staatsanwaltschaft die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Verteidigers festzustellen, wenn nach seiner Beurteilung die Voraussetzungen des § 140 Abs. 1 Nr. 1 bis 3, 6 bis 9 oder des Abs. 2 StPO (bzw. § 140 Abs. 1 Nr. 1 bis 3a, 6 bis 9 sowie 11 oder des Abs. 2 StPO-E) vorliegen.

Nach Art. 4 Abs. 5 RL ist diese Entscheidung unverzüglich und spätestens vor einer „Befragung“<sup>22</sup> durch Beamte des Polizeidienstes (§ 163a Abs. 4 S. 3 StPO) oder die Staatsanwaltschaft (§ 163a Abs. 3 S. 2 StPO) oder vor der Durchführung einer Identifizierungs- oder Vernehmungsgegenüberstellung mit dem Beschuldigten (§ 58 Abs. 2 StPO) zu treffen, weil hierbei die Anwesenheit des Beschuldigten vorgeschrieben bzw. zulässig ist (Art. 2 Abs. 1 lit. c RL). Damit macht auch die Richtlinie deutlich, dass unter den Voraussetzungen des Art. 4 Abs. 4 RL die Mitwirkung eines Verteidigers auch schon im Vorverfahren notwendig ist, weil polizeiliche oder staatsanwaltschaftliche Beschuldigtenvernehmungen sowie Vernehmungs- oder Identifizierungsgegenüberstellungen gerade für das Vorverfahren typische Beweiserhebungs- und Ermittlungshandlungen sind. Ein Anwesenheitsrecht des Beschuldigten anlässlich einer Tatortrekonstruktion

(Art. 2 Abs. 1 lit. c sublit. iii RL) sieht die StPO nicht vor, so dass insoweit der Anwendungsbereich der Richtlinie nicht eröffnet ist.

e) Zu § 141 Abs. 4 StPO-E:

Die Änderung von Satz 1 macht deutlich, dass die Feststellung der notwendigen Mitwirkung eines Verteidigers eine eigenständige Entscheidung erfordert, die nicht mit dem Vorgang der Bestellung eines konkreten Rechtsanwalts zusammenfällt, wie dies nach §§ 141 Abs. 4, 142 StPO der Fall ist. Erst nach Auswahl gemäß § 142 StPO-E kommt es gem. § 141 Abs. 6 StPO-E zur Bestellung desjenigen Rechtsanwalts, der den Beschuldigten in dem anhängigen Verfahren (Art. 4 Abs. 6 RL) unterstützen soll. Dies entspricht Art. 6 Abs. 1 RL, der zwischen den Entscheidungen über die Bewilligung oder Ablehnung von Prozesskostenhilfe und der Bestellung eines Rechtsanwalts differenziert.

Die Sätze 2 und 3 regeln, von wem die Initiative für die Bewilligung von Prozesskostenhilfe (Feststellung der Notwendigkeit der Mitwirkung eines Verteidigers) ausgehen kann und tragen dabei allen in Betracht kommenden Verfahrenskonstellationen Rechnung: So ist in den Fällen des § 141 Abs. 1 und Abs. 2 sowie Abs. 3 Nr. 3 (= § 140 Abs. 1 Nr. 10) StPO-E das zuständige Gericht beziehungsweise der für die Vernehmung zuständige Richter berufen, die Voraussetzungen einer notwendigen Mitwirkung eines Verteidigers zu prüfen. Der für das Verfahren zuständige Staatsanwalt muss zumindest im Vorverfahren die Initiative ergreifen, wenn er die Erhebung der Anklage zum Landgericht oder Oberlandesgericht (§ 140 Abs. 1 Nr. 1 StPO) beabsichtigt. Insbesondere in den Fällen des § 141 Abs. 3 Nr. 1 und 4 StPO-E kann daneben der über seinen Anspruch auf Verteidigerbeistand belehrte Beschuldigte auch selbst aktiv werden, wenn er von diesem Gebrauch machen möchte. Durch die zuständigen Beamten des Polizeidienstes ist dann unter Vermittlung der Staatsanwaltschaft die Entscheidung des zuständigen Richters beziehungsweise Gerichts herbeizuführen. Im Übrigen haben sie von Amts wegen durch Vermittlung der Staatsanwaltschaft eine richterliche Entscheidung darüber herbeizuführen, ob die Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung vorliegen, wenn nicht das Verfahren nur eine geringfügige Zuwiderhandlung i.S.d. Art. 2 Abs. 4 RL zum Gegenstand hat. Denn nach Art. 6 Abs. 1 und Erwägungsgrund 24 der Richtlinie muss eine „unabhängige Behörde“ oder „ein Gericht“ für die Entscheidung „über die Bewilligung oder Ablehnung von Prozesskostenhilfe“ zuständig sein.

f) Zu § 141 Abs. 5 StPO-E:

Da § 141 StPO die Feststellung der Notwendigkeit der Verteidigung regelt, ist aus systematischen Gründen dort auch die Dauer der Wirksamkeit dieser Feststellung festzulegen.

Anders als für die nach § 141 Abs. 1 und Abs. 2 StPO erfolgende Feststellung der notwendigen Mitwirkung der Verteidigung im Zwischen- und Hauptverfahren, die für das weitere Verfahren wirksam bleibt (§ 141 Abs. 5 S. 3 StPO-E), ist für die Verfahrenssituationen gemäß § 141

<sup>20</sup> So das am 6. Juli 2013 in Kraft getretene Gesetz zur Stärkung der Verfahrensrechte von Beschuldigten im Strafverfahren BT-Drucks. 17/12578 und 17/13528.

<sup>21</sup> Siehe Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses BT-Drucks. 17/13528 v. 15. Mai 2013, S. 4 unter Hinweis auf die Entwurfsbegründung BT-Drucks. 17/12578, S. 16; ferner LR-StPO/Gless (o. Fn. 15), Nachtr. § 136 StPO Rn. 3.

<sup>22</sup> Die Wortwahl macht deutlich, dass die Mitwirkung eines Verteidigers nicht nur bei förmlichen Vernehmungen, sondern auch bei informatorischen Befragungen gewährleistet sein muss.

Abs. 3 Nr. 1 und 2 StPO-E eine zeitliche Begrenzung erforderlich. Für die Fälle des § 140 Abs. 1 Nr. 4 und 5 StPO = § 141 Abs. 3 Nr. 2 StPO-E wird die bislang in § 140 Abs. 3 StPO – unsystematisch – verortete Regelung übernommen (§ 141 Abs. 5 S. 2 StPO-E). Für die Feststellung der Notwendigkeit einer Verteidigermitwirkung in den Fällen des § 141 Abs. 3 Nr. 1 StPO-E folgt die zeitliche Begrenzung aus der diesen zu Grunde liegende Freiheitsentziehung (§ 141 Abs. 5 S. 1 StPO-E). Damit werden die Verfahren erfasst, in denen der Beschuldigte nicht einem Richter vorgeführt wird, weil er vorher wieder in Freiheit gesetzt wird (§ 128 Abs. 1 S. 1 StPO) oder in den Fällen des § 115 Abs. 1 StPO die Staatsanwaltschaft nach § 120 Abs. 3 S. 2 StPO die Freilassung des Beschuldigten anordnet. Die für den Sonderfall einer richterlichen Vernehmung erfolgende Feststellung gem. § 141 Abs. 3 Nr. 3 StPO-E = § 140 Abs. 1 Nr. 10 StPO-E wirkt bis zu deren Abschluss (§ 141 Abs. 5 S. 4 StPO-E<sup>23</sup>).

Die Feststellung der Notwendigkeit der Verteidigung im Vorverfahren (§ 141 Abs. 3 Nr. 4 StPO-E) bleibt für das weitere Verfahren wirksam.

g) Zu § 141 Abs. 6 StPO-E:

Indem die Feststellung der notwendigen Mitwirkung eines Verteidigers (§ 141 Abs. 4 StPO-E) von der Entscheidung über die Auswahl (§ 142 StPO-E) und diese von der Bestellung eines konkreten Rechtsanwalts (§ 141 Abs. 6 StPO-E) abgekoppelt wird, kann der berechtigten Kritik an der gegenwärtigen Praxis der Pflichtverteidigerbeordnung begegnet werden, wonach die Zuständigkeit des mit der Sache befassten Richters sowohl für die Feststellung der Voraussetzungen des § 140 Abs. 1 oder Abs. 2 StPO als auch für die Verteidigerauswahl zu einer strukturellen Befangenheit führt. Die näheren Einzelheiten des Auswahlverfahrens, das diesem Eindruck vorbeugen soll, sind in § 142 StPO-E geregelt.

### **Zu Artikel 1 Nr. 7 (§ 142 StPO-E):**

a) Vorbemerkung:

Bei der Auswahl eines zu bestellenden Verteidigers ist primär den Wünschen des betroffenen Beschuldigten Rechnung zu tragen. Seiner autonomen Entscheidung sind allerdings in zweifacher Hinsicht Grenzen gesetzt. Diese ergeben sich zum einen aus der nach der Richtlinie sicherzustellenden Qualität der mit der Erbringung von Dienstleistungen für Verdächtige, beschuldigte Personen im Strafverfahren und gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls betrauten Rechtsanwälte. Danach sind Rechtsanwälte nur unter bestimmten qualitativen Voraussetzungen zur Übernahme dieser Dienstleistungen berechtigt (vgl. § 49 BRAO-E und die dortige Begründung). Zum anderen hat die zeitliche Vorverlagerung der notwendigen Verteidigung insbesondere im Ermittlungsverfahren zur Folge, dass kurzfristig ein zeitnah zur Verfügung stehender Pflichtverteidiger herangezogen werden muss. In den Fällen des

§ 141 Abs. 3 StPO-E erfordert dies die Bestellung eines ortsnahen Verteidigers.

Ferner ist das Auswahlverfahren in den Fällen, in denen der Beschuldigte von seinem Auswahlrecht keinen Gebrauch macht oder der von ihm bezeichnete Verteidiger nicht erreichbar oder verhindert ist, möglichst gerichtsfern zu gestalten. Insbesondere ist zu vermeiden, dass der für das Erkenntnisverfahren zuständige Richter wie nach derzeit geltendem Recht die Möglichkeit hat, die Person des in „seinem“ Verfahren als Verteidiger tätigen Rechtsanwalts zu bestimmen. Denn dass dabei auch sachfremde Gesichtspunkte Berücksichtigung finden, kann nicht ausgeschlossen werden. Insbesondere aus der Sicht eines Beschuldigten kann der Eindruck „struktureller Befangenheit“ des auswählenden Richters, aber auch des ausgewählten Rechtsanwalts entstehen. Letzterer könnte sich durch eine mehr den Wünschen des Gerichts als den Interessen des Beschuldigten angepasste Verteidigung für die Bestellung gefällig zeigen, auch in der Hoffnung auf Berücksichtigung in zukünftigen Verfahren.

Die Auswahlentscheidung folgt deshalb unterschiedlichen Regeln je nachdem, ob die Bestellung nach § 141 Abs. 1 bzw. Abs. 2 StPO-E oder nach § 141 Abs. 3 StPO-E zu erfolgen hat. Für beide Verfahrenskonstellationen gelten allerdings dieselben besonderen Anforderungen an die Qualität der zu erbringenden Dienstleistungen. Konsequenterweise muss § 142 Abs. 2 StPO a.F. ersatzlos entfallen.

b) Zu § 142 Abs. 1 StPO-E:

Das vorrangig dem Beschuldigten eingeräumte Auswahlrecht wird nur dadurch beschränkt, dass er seine Wahl unter denjenigen Rechtsanwälten zu treffen hat, die über die besondere Qualifikation zur Erbringung von Dienstleistungen für Verdächtige, beschuldigte Personen im Strafverfahren und gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls verfügen (§ 49 Abs. 1 BRAO-E). Er kann dabei auf alle in der Bundesrepublik zugelassenen und nach § 49 Abs. 1 BRAO-E berechtigten Rechtsanwälte zugreifen, die in dem von der Bundesrechtsanwaltskammer geführten elektronischen Gesamtverzeichnis erfasst sind. Dieses Verzeichnis steht ihm zur Einsicht offen (§ 31 Abs. 1 und Abs. 3 BRAO-E).

In den Fällen, in denen von ihm kein Verteidiger bezeichnet wird oder der von ihm bezeichnete Verteidiger nicht erreichbar oder verhindert ist und von ihm kein anderer Verteidiger benannt wird, ist die Auswahl wegen der hier bestehenden Gefahr struktureller Befangenheit der örtlich zuständigen Rechtsanwaltskammer zu übertragen (vgl. § 91 Abs. 1 BRAO-E). Zu diesem Zweck ist dieser die erhobene Anklageschrift zur Verfügung zu stellen, im Falle des § 141 Abs. 2 StPO-E ein ggf. davon abweichender Eröffnungs- oder Verweisungsbeschluss. Der von dem zuständigen Geschäftsführer der Rechtsanwaltskammer ausgewählte Rechtsanwalt ist für den Beschuldigten zu bestellen, wenn dem kein wichtiger Grund entgegensteht (§ 141 Abs. 6 StPO-E). So hat möglicherweise nur der für das Verfahren zuständige Vorsitzende Kenntnisse von einer bestehenden Interessenkollision in Person des ausgewählten Verteidigers, über die weder der Beschuldigte noch die zuständige Rechtsanwaltskammer verfügen.

<sup>23</sup> Siehe schon Schlothauer StV 2017, 557 für den bisherigen § 141 Abs. 3 S. 4 StPO.

Wird innerhalb der gesetzten Frist von der Rechtsanwaltskammer kein Verteidiger bezeichnet oder bedarf es keinen Aufschub gestattender Verfahrenshandlungen, erfolgt die Bestellung nach § 142 Abs. 2 StPO-E. Die Auswahlentscheidung hat dann der Vorsitzende des Gerichts zu treffen, bei dem das Verfahren anhängig ist. Aus dem Kreis der nach § 49 Abs. 1 BRAO-E berechtigten Rechtsanwälte ist derjenige Verteidiger zu bestellen, der nach seinem Tätigkeitsschwerpunkt und weiteren Qualitätsmerkmalen (vgl. § 31 Abs. 3 BRAO-E) sowie nach seiner zeitlichen Verfügbarkeit für das spezifische Verfahren geeignet erscheint.

c) Zu § 142 Abs. 2 StPO-E:

In den Fällen des § 142 Abs. 2 StPO-E, in denen die PKH-Richtlinie anwaltlichen Beistand für den Beschuldigten fordert, weil keinen Aufschub gestattende Beweiserhebungs- oder sonstige Verfahrenshandlungen anstehen oder diesem die Freiheit entzogen wird, ist es geboten, die Bestellung auf solche qualifizierten Rechtsanwälte zu beschränken, die ihre Kanzlei im Bezirk des jeweiligen Landgerichts oder jedenfalls in dessen örtlicher Nähe unterhalten. Nur auf diese Weise kann sichergestellt werden, dass der zur Wahrung der Rechte der Verteidigung gebotene Rechtsbeistand unverzüglich zur Verfügung steht. Deshalb ist die Auswahl hier auf der Grundlage der Liste der zur Erbringung von Dienstleistungen für Verdächtige, beschuldigte Personen und gesuchte Personen berechtigten Rechtsanwälte (§ 49 Abs. 1 BRAO-E) vorzunehmen, die von der örtlich zuständigen Rechtsanwaltskammer zu erstellen ist (§ 90 Abs. 1 BRAO-E). Dem Beschuldigten ist zunächst Gelegenheit zu geben, einen Verteidiger aus dieser Liste zu bezeichnen (§ 142 Abs. 2 S. 1 StPO-E).

Macht der Beschuldigte von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch oder ist der von ihm bezeichnete Rechtsanwalt nicht zu erreichen oder verhindert, muss im Hinblick auf die in diesen Fällen in aller Regel bestehende Eilbedürftigkeit und Fristgebundenheit anstehender Verfahrenshandlungen und auf die durch Freiheitsentziehung eingeschränkte Handlungsfähigkeit des Beschuldigten das nach § 141 Abs. 4 StPO-E zuständige Gericht die Auswahl treffen. Um zu gewährleisten, dass ein Verteidiger zeitnah zur Verfügung steht, ist er aus der Liste der im wöchentlichen Verteidigernotdienst zur Verfügung stehenden ortsnahen Rechtsanwälte (§ 90 Abs. 2 BRAO-E) auszuwählen.

In diesen Fällen besteht auch nur eine allenfalls eingeschränkte Gefahr „struktureller Befangenheit“ des die Auswahl treffenden Gerichts. Für das weitere Verfahren hat der Beschuldigte dann ohnehin das Recht, den ihm beigeordneten „Notverteidiger“ auszuwechseln zu lassen (§ 143 Abs. 2 Nr. 1 StPO-E). Der Begriff des „Notverteidigers“ lehnt sich an den für nach § 165 StPO tätige Richter verwendeten Begriff des „Notstaatsanwalts“ an.

### **Zu Artikel 1 Nr. 8 (§ 143 StPO-E):**

Art. 7 Abs. 4 RL verpflichtet die Mitgliedstaaten, Maßnahmen zu treffen, die sicherstellen, dass Verdächtigen

und beschuldigten und gesuchten Personen auf entsprechenden Antrag das Recht eingeräumt wird, den ihnen zugewiesenen Rechtsanwalt auszuwechseln zu lassen, sofern dies konkrete Umstände rechtfertigen.

Solche konkreten Umstände sind bereits systembedingt in speziellen Konstellationen der notwendigen Mitwirkung eines Verteidigers und der Auswahl des zu bestellenden Rechtsanwalts zu bejahen. In den Fällen des § 141 Abs. 3 StPO-E steht die Entscheidung unter einem besonderen Zeitdruck. Um gleichwohl eine zeitnahe qualifizierte Unterstützung sicherzustellen, ist in diesen Fällen die Auswahl auf solche Rechtsanwälte beschränkt, die ihre Kanzlei im (angrenzenden) Bezirk des Landgerichts unterhalten, bei dem die für das Verfahren zuständige Staatsanwaltschaft ihren Sitz hat (§ 142 Abs. 2 StPO-E / § 90 BRAO-E). Zwar kann der Beschuldigte von seinem auf diese Anwaltsgruppe reduzierten Auswahlrecht Gebrauch machen; gleichwohl handelt es sich um eine Entscheidung, die vielfach unter ungünstigen Bedingungen getroffen werden muss. Hier muss der Beschuldigte im weiteren Verfahren die Möglichkeit zu einem Anwaltswechsel haben, ohne dass er dies durch den Vortrag konkreter Umstände rechtfertigen muss (§ 143 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StPO-E).

Dies gilt ferner in Fällen, in denen ein Verteidiger von der Rechtsanwaltskammer oder dem zuständigen Gericht ausgewählt werden musste (§ 142 Abs. 1 S. 2 und Abs. 2 S. 2 StPO-E). Generell muss deshalb für den Beschuldigten nach Anklageerhebung die Möglichkeit eines Anwaltswechsels bestehen. Die Erhebung der öffentlichen Klage ist eine Verfahrenszäsur, anlässlich derer der bislang bestehende Anfangsverdacht auf die Stufe des hinreichenden Tatverdachts gehoben wird. Diese qualitative Änderung der Verfahrenssituation muss es dem Beschuldigten erlauben, den Wechsel des für ihn bestellten Verteidigers zu beantragen, *ohne* dass er dies durch den Vortrag konkreter Umstände rechtfertigen muss. Dem trägt § 143 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 StPO-E Rechnung. Auch nach einem nicht rechtskräftig gewordenen Urteil kann der Wunsch nach einem Verteidigerwechsel bestehen, dem ohne Darlegung besonderer Gründe Rechnung zu tragen ist (§ 143 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 StPO-E).

In den sonstigen Fällen, in denen die konkreten Umstände des jeweiligen Verfahrens einen Verteidigerwechsel rechtfertigen, obliegt deren Prüfung dem Fachausschuss Strafrecht bei der zuständigen Rechtsanwaltskammer (siehe § 91 Abs. 2 BRAO-E und die dortige Begründung).

Auch bei Bestellung eines neuen Rechtsanwalts dürfen nur solche herangezogen werden, die über die gebotene Qualität i. S. d. § 49 Abs. 1 BRAO-E verfügen, wobei dem Beschuldigten zuvor die Möglichkeit eingeräumt wird, in diesem Rahmen eine Auswahl zu treffen.

Um zu verhindern, dass Hauptverhandlungen bereits deswegen ausgesetzt werden müssen, weil die Entscheidung nicht innerhalb der in § 229 Abs. 1 und 2 StPO genannten Fristen getroffen werden kann, sieht § 143 Abs. 2 S. 4 StPO-E deren Hemmung vor.

**Zu Artikel 1 Nr. 9 (§ 145 StPO-E):**

Die Umsetzung der Richtlinie begründet die Notwendigkeit der tatsächlichen Mitwirkung eines Verteidigers anlässlich von zwei wesentlichen Ermittlungs- oder Beweiserhebungshandlungen: Dabei handelt es sich zum einen um die Identifizierungs- und Vernehmungsgegenüberstellung (Art. 2 Abs. 1 lit c) und Art. 4 Abs. 5 RL, § 58 Abs. 2 StPO-E) und zum anderen um die Befragung des Beschuldigten durch Beamte des Polizeidienstes und die Staatsanwaltschaft (Art. 4 Abs. 5 RL, § 163a Abs. 6 StPO-E). Zusätzlich bedarf es schon nach geltendem Recht im Falle einer richterlichen Vernehmung i. S. d. § 141 Abs. 3 S. 4 StPO der tatsächlichen Mitwirkung eines Verteidigers, wenn dies aufgrund der Bedeutung der Vernehmung zur Wahrung der Rechte des Beschuldigten geboten erscheint.<sup>24</sup> Diese Regelung ist nunmehr in §§ 140 Abs. 1 Nr. 10, 141 Abs. 3 Nr. 3 StPO-E (unter ausdrücklicher Bezugnahme auf § 145 Abs. 1 StPO) übernommen worden.

Bleibt bei einer dieser Gelegenheiten der vom Beschuldigten gewählte oder ihm bestellte Verteidiger aus, ist ihm in entsprechender Anwendung des § 145 Abs. 1 StPO ein anderer Verteidiger zu bestellen. § 145 Abs. 1 StPO-E verweist bzgl. der Auswahl des neu zu bestellenden Verteidigers auf die Vorschrift des § 142 Abs. 2 StPO-E. Da es in den betreffenden Fällen in der Regel um Beweiserhebungs- und Verfahrenshandlungen handelt, die keinen Aufschub gestatten (§ 141 Abs. 3 StPO-E), bedarf es eines Auswahlverfahrens, das dem Beschleunigungsgrundsatz Rechnung trägt und deshalb den Einsatz eines „Notverteidigers“ erfordert.

**Zu Artikel 1 Nr. 10 (§ 163a StPO-E):**

Art. 4 Abs. 5 RL verweist auf die Notwendigkeit eines Verteidigerbeistands anlässlich polizeilicher oder staatsanwaltschaftlicher Vernehmungen eines Beschuldigten unter der Voraussetzung der Kriterien einer notwendigen Verteidigung gem. Art. 4 Abs. 4 RL. Auf die Begründung der korrespondierenden Vorschrift des § 58 Abs. 2 S. 5 StPO-E kann im Übrigen Bezug genommen werden.

**Zu Artikel 1 Nr. 11 (§ 465 StPO-E):**

Es entspricht bereits der geltenden Rechtslage (vgl. § 6 Abs. 1 JBeitrG), dass die Kosten der notwendigen Verteidigung als Teil der Kosten des Verfahrens nur vollstreckt werden dürfen, soweit der Verurteilte diese nach seinen persönlichen und wirtschaftlichen Verhältnissen aufbringen kann. Auch wenn die Voraussetzungen und Folgen dieses Vollstreckungsschutzes erst nach Rechtskraft detailliert zu prüfen sind, trägt eine Verankerung dieser Maßgabe bereits in § 465 StPO-E dem Anliegen der Richtlinie Rechnung, dass das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand nicht daran scheitern darf, dass der Betroffene nicht über die dafür erforderlichen finanziellen Mittel verfügt (Art. 3 RL).

<sup>24</sup> Hierzu Schlothauer StV 2017, 557, 559.

**2. Zu Artikel 2 (Änderung des Jugendgerichtsgesetzes – § 68 JGG-E)**

Nach Art. 9 RL sollen die Mitgliedstaaten bei der Umsetzung der Richtlinie den besonderen Bedürfnissen schutzbedürftiger Personen Rechnung tragen. Dies begründet die grundsätzliche Notwendigkeit der Mitwirkung eines Verteidigers in Verfahren gegen Jugendliche und Heranwachsende. Davon ist entsprechend Art. 2 Abs. 4 RL sowie Art. 6 und Art. 18 RL (EU) 2016/800 nur in Verfahren wegen geringfügiger Zuwiderhandlungen bzw. bei einfacher Sach- und Rechtslage eine Ausnahme zu machen. Die Rückausnahme gem. § 68 S. 2 Nr. 1 bis Nr. 4 JGG-E entspricht der geltenden Rechtslage und Art. 2 Abs. 4 letzter Satz der RL. § 69 S. 3 Nr. 5 JGG ist im Hinblick auf Nr. 1 unter Verweis auf § 140 Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 StPO-E entbehrlich und zu streichen.

**3. Zu Artikel 3 (Änderung des Gesetzes über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen)****Zu Artikel 3 Nr. 1 (Inhaltsübersicht):**

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung der Inhaltsübersicht aufgrund der Einfügung des § 83j IRG-E.

**Zu Artikel 3 Nr. 2 (§ 40 IRG-E):**

a) Zu § 40 Abs. 2 IRG:

Die Vorschrift ist an die neue Gesetzesterminologie anzupassen und in Umsetzung von Art. 5 Abs. 1 RL um die Fallgruppe der Festnahme aufgrund eines Europäischen Haftbefehls zu ergänzen.

b) Zu § 40 Abs. 3 IRG:

Durch Streichung des § 142 Abs. 2 StPO a.F. entfällt die Notwendigkeit, diesen von der Inbezugnahme des 11. Abschnitts des I. Buches der StPO auszunehmen.

**Zu Artikel 2 Nr. 3 (§ 83j IRG-E):**

Die Vorschrift dient der Umsetzung des Art. 5 Abs. 2 RL.

Satz 1 regelt die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Rechtsanwalts in Umsetzung des Art. 5 Abs. 2 RL. Für eine effektive Rechtsausübung (engl.: „effective access to justice“) ist die Unterstützung durch einen Rechtsbeistand im Inland zwingend notwendig, wenn eine Person ihr Recht auf Benennung eines inländischen Rechtsbeistands geltend macht. Satz 2 entspricht § 40 Abs. 3 IRG-E mit der Ausnahme der Nichtinbezugnahme des § 141 Abs. 5 StPO, der sich durch die in Satz 3 und Satz 4 erfolgende Spezialregelung erklärt. Die Notwendigkeit der Mitwirkung eines Rechtsanwalts bleibt bei einem Europäischen Haftbefehl zur Strafvollstreckung bis zur Überstellung der Person notwendig. Bei einem Europäischen Haftbefehl zur Strafverfolgung ist die gesuchte Person nach Überstellung aufgrund des vorliegenden inländischen Haftbefehls in Haft, so dass ohnehin nach § 140

Abs. 1 Nr. 3a StPO-E die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig ist. Um den Verfahrensablauf zu beschleunigen und eine bürokratische, erneute Beiordnung (ggf. desselben) Verteidigers zu vermeiden, dauert daher die Notwendigkeit der Mitwirkung fort, bis die überstellte Person wieder in Freiheit gesetzt wird oder das Verfahren rechtskräftig abgeschlossen wird. Satz 5 ergänzt die in § 143 StPO-E genannten Möglichkeiten der Übertragung der Verteidigung und begründet sich daraus, dass in der Phase vor und bei der Überstellung einerseits und des sich anschließenden Strafverfahrens andererseits nicht selten eine unterschiedliche Fachkunde des Verteidigers erforderlich ist, so dass zur Sicherung einer angemessenen Qualität der Verteidigung (Art. 7 Abs. 1 lit. b RL) auf Antrag des Beschuldigten die Verteidigung auf einen anderen Verteidiger zu übertragen ist. Um Verzögerungen oder eine Aussetzung der Hauptverhandlung zu vermeiden, ist dieses Antragsrecht auf die Zeit bis zu Beginn der Hauptverhandlung begrenzt.

#### 4. Zu Artikel 4 (Änderung des IStGH-Gesetzes)

##### Zu Artikel 4 Nr. 1 (§ 31 IStGH-Gesetz):

Die Feststellung der Notwendigkeit der Mitwirkung eines Beistands ist, um in Verfahren nach dem IStGH-Gesetz die entsprechenden Gewährleistungen wie in nationalen Verfahren zu verwirklichen, vor die Vernehmung nach § 14 Abs. 2 IStGH-Gesetz, auch in Verbindung mit § 15 Abs. 2 IStGH-Gesetz, vorzuerlagern. Dies wird ermöglicht durch eine Anpassung an die neue Gesetzesterminologie und durch den – ohnehin bereits in § 31 IStGH-Gesetz enthaltenen – Verweis auf die Vorschriften des 11. Abschnitts des I. Buches der StPO. Durch Streichung des § 142 Abs. 2 StPO a.F. entfällt die Notwendigkeit, diesen von dieser Inbezugnahme auszunehmen. Absatz 1 bleibt bestehen, um klarzustellen, dass es dem Verfolgten unbenommen ist, sich (ggf. zusätzlich) eines Beistands zu bedienen, der nicht die Berechtigung gemäß § 49 BRAO-E aufweist oder der nicht im Verfahren nach §§ 141, 142 StPO-E bestellt wurde.

##### Zu Artikel 4 Nr. 2 (§ 37 IStGH-Gesetz):

Die Vorschrift ist an die neue Gesetzesterminologie anzupassen.

#### 5. Zu Artikel 5 (Änderung der Bundesrechtsanwaltsordnung)

##### Zu Artikel 5 Nr. 1 (Inhaltsübersicht):

Es handelt sich um eine redaktionelle Anpassung der Inhaltsübersicht aufgrund der Einführung des neuen Dritten Abschnitts des Vierten Teils.

##### Zu Artikel 5 Nr. 2 (§ 31 BRAO-E):

Die Auswahl der im Rahmen der als Beistand heranzuziehenden Rechtsanwälte ist beschränkt auf solche, die über die dafür erforderliche Qualifikation im Sinne von § 49 Abs. 1 BRAO-E verfügen. Deren aktuellen Daten

sind in elektronische Verzeichnisse aufzunehmen, die bei jeder Rechtsanwaltskammer für die in ihrem Bezirk zugelassenen Rechtsanwälte gefertigt werden. Die zu berücksichtigenden Daten beinhalten unter anderem die einem Rechtsanwalt verliehene Berechtigung, die Bezeichnung Fachanwalt für Strafrecht zu führen. Ergänzend zu berücksichtigen sind die Daten solcher Rechtsanwälte, denen nach § 49 Abs. 3 BRAO-E die Berechtigung zur Leistung von Rechtsbeistand für Verdächtige und beschuldigte oder gesuchte Personen erteilt wird.

Die nur auf Antrag des Rechtsanwalts aufzunehmenden Zusatzangaben (nachgewiesene Tätigkeitsschwerpunkte, Aus- und Fortbildungen sowie Sprachkenntnisse) tragen dazu bei, die Auswahl des geeigneten Verteidigers durch den Rechtssuchenden selbst, aber auch durch das Gericht (im Fall des § 142 Abs. 2 StPO-E i.V.m. § 90 Abs. 2 BRAO-E) und durch die Rechtsanwaltskammer (im Fall des § 142 Abs. 1 StPO-E i.V.m. § 91 BRAO-E) auf eine tragfähige Grundlage zu stellen.

Soweit eine Verteidigerbestellung nach § 142 Abs. 2 StPO-E zu erfolgen hat, ist dafür die Liste mit denjenigen Rechtsanwälten maßgeblich, die von der Rechtsanwaltskammer erstellt wird, in deren Bezirk das betreffende Verfahren anhängig ist. Diese ist gemäß § 90 BRAO-E für den Einsatz der als „Notverteidiger“ tätigen Rechtsanwälte aufzubereiten und zu verwenden.

In den übrigen Fällen ist die Auswahl nicht auf solche Rechtsanwälte beschränkt, die ihre Kanzlei im Bezirk des Landgerichts unterhalten, in dem das Verfahren anhängig ist. Hier kann die Auswahl unter allen in der Bundesrepublik zugelassenen Rechtsanwälten erfolgen, die über die erforderliche Berechtigung im Sinne des § 49 Abs. 1 BRAO-E verfügen. Zu diesem Zweck ist auf das von der Bundesrechtsanwaltskammer geführte Gesamtverzeichnis zurückzugreifen.

Beide Verzeichnisse stehen nach § 31 Abs. 1 BRAO Behörden, Gerichten und Rechtssuchenden zur Verfügung.

##### Zu Artikel 5 Nr. 3 (§ 49 BRAO-E):

Art. 7 Abs. 1 b RL verpflichtet die Mitgliedstaaten, durch geeignete Maßnahmen sicherzustellen, dass die im Rahmen der Richtlinie durch einen Verteidiger zu erbringenden Dienstleistungen „von angemessener Qualität“ sind. Dies soll die „Fairness des Verfahrens“ gewährleisten (Art. 7 Abs. 1 lit. b RL). Zur Sicherstellung einer angemessenen Qualität verpflichtet Art. 7 Abs. 3 RL die Mitgliedstaaten, „geeignete Maßnahmen zur Förderung geeigneter Weiterbildungsmaßnahmen“ derjenigen zu ergreifen, die zu den betreffenden Dienstleistungen herangezogen werden. Die Richtlinie geht danach davon aus, dass nicht jeder zugelassene Rechtsbeistand (anders als in der deutschsprachigen Fassung der Richtlinie wird in den Texten anderer Mitgliedstaaten ausschließlich von Rechtsanwälten gesprochen) zur Erbringung der geforderten Dienstleistungen „von angemessener Qualität“ in der Lage ist.

Soweit Art. 7 Abs. 3 RL die Rolle derjenigen hervorhebt, „die für die Weiterbildung von Rechtsbeiständen zuständig sind“ (der in der englischsprachigen Fassung ver-

wendete Begriff „responsible“ verstärkt die Verbindlichkeit dieser Zuständigkeit), wird damit für die Umsetzung in das deutsche Recht die Brücke zu dem anwaltlichen Berufsrecht geschlagen. Die dort nach § 43c Abs. 1 BRAO anerkannte fachgebietspezifische Qualifikation beruht auf dem Nachweis besonderer Kenntnisse und Erfahrungen in dem betreffenden Rechtsgebiet (vgl. für die Fachanwaltsbezeichnung Strafrecht § 5 f) und § 4 i.V.m. § 13 der Fachanwaltsordnung). Für die nach § 43c Abs. 6 BRAO gebotene berufliche Fortbildung der Rechtsanwälte ist die Bundesrechtsanwaltskammer „zuständig“ (§ 177 Abs. 2 Nr. 6 BRAO). Speziell für Fachanwälte existiert eine verbindliche gebietsspezifische Weiterbildungsverpflichtung (§ 15 Fachanwaltsordnung), deren Verletzung durch den Widerruf der Befugnis zur Führung der Fachanwaltsbezeichnung (§ 43c Abs. 4 S. 2 BRAO) und durch anwaltsgerichtliche Maßnahmen (§ 113 Abs. 1 BRAO) sanktioniert werden kann.

Die von der Richtlinie vorausgesetzte Heranziehung besonders qualifizierter Rechtsanwälte als Verteidiger unter der Verantwortung der dafür „Zuständigen“ gebietet es deshalb, die dafür erforderliche Berechtigung nach Maßgabe der Bundesrechtsanwaltsordnung und durch die danach zuständigen Rechtsanwaltskammern feststellen zu lassen.

Neben den Fachanwälten für Strafrecht (§ 49 Abs. 1 BRAO-E) sind diejenigen Rechtsanwälte zur Erbringung von Rechtsbeistand als Verteidiger berechtigt aber auch verpflichtet, deren dafür erforderliche Qualifikation von der Rechtsanwaltskammer anerkannt wird (§ 49 Abs. 3 und 4 BRAO-E).

Die entsprechend Art. 7 Abs. 3 RL verpflichtende Weiterbildung muss ebenfalls in den Händen der Bundesrechtsanwaltskammer liegen (§ 177 Abs. 2 Nr. 6 BRAO). Durch deren Zuständigkeit wird eine einheitliche und qualitativ hochwertige Weiterbildung sämtlicher mit PKH-Dienstleistungen betrauten Rechtsanwälte gewährleistet. Außerdem kann so der Richtlinie entsprochen werden, wonach die Mitgliedstaaten auch durch Maßnahmen finanzieller Art die Qualität der mit der Prozesskostenhilfe verbundenen Dienstleistungen sicherzustellen haben (Art. 7 Abs. 1 lit. b RL). Die Fortbildungen sind deshalb für die teilnehmenden Rechtsanwälte kostenfrei.

Die Verpflichtung zur Leistung von Rechtsbeistand, auch in Form der Mitwirkung an dem wöchentlichen Verteidigernotdienst (§ 90 Abs. 2 BRAO-E), sowie an der kontinuierlichen Fortbildung wird durch § 49 Abs. 6 BRAO-E besonders hervorgehoben.

Über den Antrag, eine Beordnung im Einzelfall aufzuheben, hat das nach § 141 Abs. 4 StPO-E zuständige Gericht unter der Voraussetzung eines wichtigen Grundes (§ 141 Abs. 6 StPO-E) zu entscheiden. Das weitere Verfahren richtet sich dann je nach Verfahrenslage nach §§ 90 oder 91 BRAO-E.

**Zu Artikel 3 Nr. 4 (§ 80 BRAO-E):**

Zwecks organisatorischer Sicherstellung eines wirksamen Systems des Rechtsbeistands für Verdächtige, beschuldigt-

te Personen und gesuchte Personen ist im Hinblick auf die der Rechtsanwaltskammer in §§ 90, 91 BRAO-E übertragenen Aufgaben die Zuständigkeit eines oder mehrerer damit zu betrauenden Geschäftsführer, die zugleich als Rechtsanwalt zugelassen sein müssen, zu begründen. Sie sind nach Maßgabe des § 80 Abs. 1 Satz 4 BRAO-E i.V.m. § 76 BRAO zur Verschwiegenheit – auch in gerichtlichen Verfahren – über diejenigen Angelegenheiten verpflichtet, die ihnen bei ihrer Tätigkeit im Zusammenhang mit den §§ 90, 91 BRAO-E bekannt geworden sind. Im Rahmen dieser Tätigkeit unterliegen sie als Amtsträger (vgl. § 11 Abs. 1 Nr. 2 lit. c StGB) den strengen strafrechtlichen Korruptionsverboten der §§ 331 ff. StGB.

**Zu Artikel 5 Nr. 5 (Dritter Abschnitt des Vierten Teils):**

a) Zu § 90 BRAO-E:

Die Vorschrift soll sicherstellen, dass in den Eilfällen des § 141 Abs. 3 StPO-E binnen kurzer Frist ein ortsnaher Rechtsanwalt mit der erforderlichen Qualifikation (§ 49 Abs. 1 BRAO-E) von dem Beschuldigten benannt bzw. von dem nach § 141 Abs. 4 StPO-E zuständigen Gericht ausgewählt werden kann (§ 142 Abs. 2 StPO-E). Dazu wird von den Rechtsanwaltskammern ein verbindlicher Verteidigernotdienst installiert. Die dafür im Wochenturnus herangezogenen Rechtsanwälte sind verpflichtet, sich zur Übernahme einer Pflichtverteidigung zur Verfügung zu halten. Betroffene Beschuldigte und die in dem jeweiligen Landgerichtsbezirk bestehenden Gerichte werden dadurch in die Lage versetzt, auf die Dienstleistungen qualifizierter Rechtsanwälte als Pflichtverteidiger zugreifen zu können, die zeitnah einsetzbar sind.

aa) Zu § 90 Abs. 1 BRAO-E:

Die von dem Geschäftsführer der Rechtsanwaltskammer zu erstellende Liste enthält neben den Namen und Kontaktdaten der in dem jeweiligen Landgerichtsbezirk zur Erbringung von Dienstleistungen nach § 49 Abs. 1 BRAO-E berechtigten Rechtsanwälte zusätzliche Informationen über Tätigkeitsschwerpunkte und weitere Qualifikationen (§ 31 Abs. 1 Nr. 5 BRAO-E), die bei der Auswahlentscheidung durch den Beschuldigten oder das nach § 141 Abs. 4 StPO-E zuständige Gericht herangezogen werden können. Um den Kreis der nach § 49 Abs. 1 BRAO-E berechtigten Rechtsanwälte mit Kanzleisitz in Gerichtsnähe erweitern zu können, besteht die Möglichkeit, auch solche in der betreffenden Liste zu erfassen, die ihren Kanzleisitz in einem angrenzenden Landgerichtsbezirk haben. Dies kann auf deren Antrag oder im Einvernehmen zwischen den betroffenen Rechtsanwaltskammern erfolgen.

bb) Zu § 90 Abs. 2 BRAO-E:

Der Geschäftsführer ermittelt unter Zugrundelegung von Erfahrungswerten die wöchentlich zu erwartende Anzahl an Verfahren, in denen die Inanspruchnahme eines Rechtsanwalts gemäß §§ 141 Abs. 3, 142 Abs. 2 StPO-E zu erwarten ist. Anhand der nach Absatz 1 erstellten Liste werden die dafür benötigten Rechtsanwälte wöchentlich der alphabetischen Reihenfolge nach bestimmt. Diese müssen in der betreffenden Woche zum Zweck der

Übernahme einer Pflichtverteidigung und der damit verbundenen Dienstleistungen erreichbar sein. Im Falle ihrer Verhinderung sind sie verpflichtet, einen berechtigten Vertreter zu benennen, der in ihre Pflichtenstellung einzutreten hat. Der Geschäftsführer hat die Namen der als Verteidigernotdienst heranzuziehenden Rechtsanwälte in Form eines besonderen elektronischen Verzeichnisses den betreffenden Gerichten zugänglich zu machen, auf das sie zugreifen können, um einem Beschuldigten bzw. ggf. dem Gericht selbst eine Auswahlentscheidung zu ermöglichen. Dieses Verzeichnis ist nicht allgemein zugänglich zu machen, damit die darin erfassten Rechtsanwälte den Gerichten im konkreten Einzelfall nach Möglichkeit auch zur Verfügung stehen.

b) Zu § 91 BRAO-E:

aa) Zu § 91 Abs. 1 BRAO-E:

In den Fällen des § 142 Abs. 1 StPO-E ist der von dem Präsidenten der Rechtsanwaltskammer hierfür bestellte Geschäftsführer (§ 80 Abs. 1 S. 2 BRAO-E) für die Auswahl eines zu bestellenden Verteidigers zuständig. Dieser hat die Auswahl nach pflichtgemäßem Ermessen zu treffen. Dabei kann er in Kenntnis der gegen den Beschuldigten erhobenen Vorwürfe eine qualifizierte Entscheidung treffen, welcher Rechtsanwalt nach seinem Tätigkeitsschwerpunkt über die theoretischen Kenntnisse und praktischen Erfahrungen auf dem spezifischen Rechtsgebiet verfügt. Ferner wird er zu berücksichtigen haben, ob der auszuwählende Rechtsanwalt auch in zeitlicher Hinsicht in dem für die Bearbeitung der Sache vorhersehbaren Zeitraum zur Verfügung steht. Über seine Entscheidung sind das zuständige Gericht und der Beschuldigte zu informieren. Die Entscheidung kann nicht angefochten werden. Dies ist im Hinblick darauf sachgerecht, dass der Beschuldigte von der Möglichkeit, einen Rechtsanwalt als Verteidiger zu bezeichnen, keinen Gebrauch gemacht hat und er entsprechend Art. 7 Abs. 4 RL das Recht hat, die Auswechslung des ihm bestellten Rechtsanwalts zu beantragen (§ 143 Abs. 2 S. 3 StPO-E, § 91 Abs. 2 BRAO-E).

bb) Zu § 91 Abs. 2 BRAO-E:

Liegt kein Fall vor, in dem auf Antrag des Beschuldigten schon ohne Vorliegen konkreter Umstände eine Aus-

wechslung des bestellten Rechtsanwalts zu erfolgen hat (§ 143 Abs. 2 S. 2 StPO-E), sind für die nach § 143 Abs. 2 S. 3 StPO-E gebotene Entscheidung zwei Mitglieder des Fachausschusses Strafrecht (Vorsitzender bzw. sein Stellvertreter und ein weiteres Mitglied) der Rechtsanwaltskammer zuständig, in deren Bezirk das Verfahren anhängig ist. Diesem gegenüber können die konkreten Umstände vorgetragen werden, die Ursache für das Begehren des Beschuldigten sind. Im Hinblick auf die Verschwiegenheitspflicht seiner Mitglieder (§§ 76, 43c Abs. 3 BRAO) hat der Beschuldigte die Möglichkeit, etwaige Differenzen über die Verteidigungsstrategie darzulegen. Dadurch wird das nach gegenwärtiger Rechtslage und ständiger Rechtsprechung bestehende Dilemma vermieden, wonach der Beschuldigte gegenüber dem zuständigen Gericht eine Störung des Vertrauensverhältnisses zu dem bisherigen Verteidiger zumindest plausibilisieren muss, was zu Rückwirkungen auf dessen Entscheidung führen kann.

Gegen eine ablehnende Entscheidung kann Rechtsschutz durch das zuständige Anwaltsgericht in Anspruch genommen werden. Wird dem Antrag stattgegeben, ist die Auswahl des neu zu bestellenden Rechtsanwalts nach § 142 Abs. 1 StPO-E vorzunehmen. Das Verfahren kann erst dann weiter betrieben werden, wenn ein neuer Verteidiger bestellt oder der Antrag bestandskräftig abgelehnt worden ist. Dieser Situation wird durch die Regelung über die Fristenhemmung (§ 143 Abs. 2 S. 4 StPO-E) Rechnung getragen. Die Mitglieder des Fachausschusses und ggf. das Anwaltsgericht werden die damit verbundene Zeitvorgabe bei der Bearbeitung entsprechender Anträge berücksichtigen müssen.

## 6. Zu Artikel 6 (Inkrafttreten)

Die Richtlinie ist fristgemäß bis zum 25. Mai 2019 umzusetzen. Zur Vorbereitung des wirksamen Systems der Beistandsleistung für Verdächtige, beschuldigte Personen und gesuchte Personen sollen die Rechtsanwaltskammern bereits unmittelbar nach der Verkündung dieses Gesetzes die Möglichkeit erhalten, die hierfür nötigen technischen und organisatorischen Maßnahmen zu ergreifen. Im Übrigen ist eine Umsetzung der Richtlinie zum 25. Mai 2019 geboten, aber auch ausreichend.

# (Markt-)Gerechte Tarifgestaltung bei Gefangenentelefonie

Gedankensplitter rund um BVerfG, Beschluss vom 8.11.2017 – 2 BvR 2221/16 = HRRS 2017 Nr. 1102

Von Wiss. Mit. Lorenz Bode, LL.M.

Die Preispolitik privater Anbieter für Gefangenentelefonie bereitet seit Jahren Probleme. Inhaftierte, denen das Telefonieren mittels Fernsprechapparaten innerhalb der Vollzugsabteilungen ermöglicht wird, sind vielfach gezwungen, für diese Kontaktmöglichkeit Tarife zu zahlen, die weit über den Marktpreisen der Außenwelt liegen.<sup>1</sup> Kritik oder gar die Forderung nach einer Absenkung der Gebühren findet in vollzugsrechtlichen Diskussionen – vor allem in der Rechtspraxis – immer noch zu wenig Rückhalt. Die aktuelle Entscheidung des BVerfG tut sich in diesem Sinne positiv hervor.

## I. Telefonieren im Strafvollzug

Für Telefonate innerhalb des Strafvollzugs ist grundsätzlich festzuhalten, dass sie der Pflege und Aufrechterhaltung sozialer Kontakte und somit der Resozialisierung des Häftlings zu dienen bestimmt sind.<sup>2</sup> Die Verbindung zur Außengesellschaft kann gerade in Krisensituationen ein Element psychischer Entlastung sein, wie das OLG Frankfurt in seiner Entscheidung vom 15.3.2001 sehr anschaulich dargetan hat:

*„Dabei ist insbesondere zu bedenken, dass sowohl nach dem Angleichungsgrundsatz (§ 3 Abs. 1 StVollzG) als auch aus der Förderungspflicht der Anstalt (§ 23 S. 2 StVollzG) Telefonkontakte der Aufrechterhaltung und Pflege sozialer Beziehungen dienen und die damit gegebenen direkten Kontaktmöglichkeiten dem Gefangenen die Chance bieten, Beziehungen zu erhalten, sich trotz Inhaftierung einzubringen und am Leben der Angehörigen oder ähnlich nahestehender Personen teilnehmen zu können. Außerdem kann das Telefon vor allem in Krisensituationen ein wichtiges Element psychischer Entlastung sein [...]. Gerade im Rahmen der Zielsetzung einer sozialtherapeutischen Anstalt kann die Möglichkeit des Telefonierens für den Strafgefangenen von besonderer Bedeutung sein.“<sup>3</sup>*

<sup>1</sup> Umfassend dazu *Fährmann/Oelbermann*, FS 2014, 387; vgl. auch *Steiner*, Krawumm! Durch ist die dünne Decke, Der Lichtblick Heft Nr. 362 (2015), 14-15, abrufbar unter [http://www.lichtblick-zeitung.de/index\\_html\\_files/01\\_2015.pdf](http://www.lichtblick-zeitung.de/index_html_files/01_2015.pdf), zuletzt abgerufen am 30.11.2017.

<sup>2</sup> Statt vieler *Knauer*, in: *Feest/Lesting/Lindemann* (Hrsg.), AK-StVollzG, 7. Aufl. 2017, § 30 Rn. 3.

<sup>3</sup> OLG Frankfurt, NStZ-RR 2001, 286, 287.

Die mittlerweile in die Kompetenz der Landesgesetzgeber fallende Ausgestaltung des Strafvollzugs zeigt für die Möglichkeit des Außenkontakts via Telefon an, dass in Anlehnung an die frühere Bundesregelung (§ 32 StVollzG: „kann“) die meisten Länder dem Gefangenen lediglich einen Anspruch auf ermessensfehlerfreie Bescheidung zukommen lassen.<sup>4</sup> Allein das Bundesland Bremen bietet dem Strafgefangenen für Telefongespräche mit nahen Angehörigen in § 30 Abs. 1 S. 2 BremStVollzG einen unmittelbaren Anspruch.<sup>5</sup>

## II. Privatisierung von Gefängnistelefonie

Es versteht sich von selbst, dass Gefängnistelefonie abweichend von außenweltlichen Bedingungen nur unter Berücksichtigung besonderer Sicherheitsaspekte stattfinden darf – ansonsten stünde bereits die Vollzugsaufgabe, die Sicherheit der Allgemeinheit zu gewährleisten (vgl. § 2 S. 2 StVollzG), in einem unauflösbaren Konflikt. Die infrastrukturellen Voraussetzungen für eine dem Sicherheitsinteresse entsprechende Telefonie werden in den Haftanstalten heutzutage größtenteils durch private Dienstleister geschaffen. Diese Teilprivatisierung der Versorgung von Strafgefangenen ist verfassungsrechtlich grundsätzlich nicht zu beanstanden.<sup>6</sup> Gerade im Hinblick auf die Zulässigkeit des Betriebs privater Telefonanlagen hat das BVerfG keine prinzipiellen Bedenken geäußert.<sup>7</sup> Insofern wird in einer Entscheidung vom 15.7.2010 – lediglich kurz – ausgeführt:

*„Jedenfalls für Konstellationen, in denen die Anstalt im Zusammenhang mit einer gesetzlichen Verpflichtung Leistungen durch einen privaten Betreiber erbringen lässt, auf den die Gefangenen ohne am Markt frei wählbare Alternativen angewiesen sind, ist dementsprechend anerkannt, dass die Anstalt sicherstellen muss,*

<sup>4</sup> Zur aktuellen Gesetzeslage siehe ferner *Knauer*, in: *Feest/Lesting/Lindemann* (Hrsg.), AK-StVollzG, 7. Aufl. 2017, § 30 Rn. 2.

<sup>5</sup> BeckOK Strafvollzug Bremen/*Temming*, 7. Ed. 15.12.2016, BremStVollzG § 30 Rn. 1.

<sup>6</sup> Ausführlich dazu BeckOK Strafvollzug Bund/*Gerhold*, 12. Ed. 1.7.2017, StVollzG Rn. 24.

<sup>7</sup> *Lübbe-Wolff*, Die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zum Strafvollzug und Untersuchungshaftvollzug, 1. Aufl. 2016, S. 61-62.

dass der ausgewählte private Anbieter die Leistung zu marktgerechten Preisen erbringt [...]“.<sup>8</sup>

Einige Landesstrafvollzugsgesetze sehen sogar ausdrücklich die Möglichkeit einer Beauftragung von Privaten vor (vgl. § 30 Abs. 3 SächsStVollzG: „Die Anstalt kann die Bereitstellung und den Betrieb von Telekommunikationsanlagen, die Bereitstellung, Vermietung oder Ausgabe von Telekommunikationsgeräten sowie von anderen Geräten der Telekommunikation einem Dritten gestatten oder übertragen.“). Diese Firmen tragen zwar die Kosten für Einbau und Betrieb der Telefonanlagen. Gleichzeitig sind sie jedoch vertraglich dazu berechtigt, eigene Gebühren für die Nutzung ihrer Geräte zu erheben. Was die Höhe der Telefongebühren im Einzelnen anbelangt, ist zu erkennen, dass dieser spezielle Dienstleistungssektor nur durch eine Handvoll Unternehmen bedient wird; eine echte, marktgetriebene Preisbildung findet daher jedenfalls nur bedingt statt. Derzeitiger Marktführer ist die Telio-Management-GmbH.<sup>9</sup> Ferner sehen die mit den Haftanstalten geschlossenen Verträge zumeist sehr lange Laufzeiten und eine spezielle Preisbindung vor, sodass die Gefängnisleitungen ihren Einfluss auf die Gestaltung der Telefongebühren de facto aus der Hand gegeben haben.<sup>10</sup> Diese Praxis erfährt schließlich auch in der aktuellen Entscheidung des BVerfG – zutreffende – Kritik. Hierzu ventiliert das BVerfG Folgendes:

„Das Gericht hat insoweit verkannt, dass der geltend gemachte Anspruch auf Anpassung der Telefongebühren nicht mit dem Hinweis auf eine Vertragsbindung im Verhältnis zu dem Anbieter abgelehnt werden konnte. Das Festhalten an dem Vertrag, den das Justizministerium sehenden Auges mit einer Laufzeit von 15 Jahren ausgehandelt hat und dessen vorzeitige Kündigung es auch nicht beabsichtigt, hindert die Justizvollzugsanstalt nicht daran, dem Beschwerdeführer lediglich marktgerechte Preise in Rechnung zu stellen oder ihm kostengünstigere Alternativen der Telefonnutzung anzubieten.“<sup>11</sup>

### III. Telefonkosten privater Dienstleister versus Gefangenrechte

Die aktuelle Verfassungsbeschwerde lässt eines deutlich erkennen: Zu hohe Telefonkosten müssen im Ergebnis als unbillig gewertet werden. Indes erscheint fraglich, wie dieses vorweggenommene Ziel im Einzelfall zu erreichen ist. Zur Klärung dieser Frage bedarf es einer näheren Betrachtung des Spannungsverhältnisses von Tele-

fonkosten privater Dienstleister und Gefangenrechten sowie anschließend der vom BVerfG erzielten Auflösung.

## 1. Telefonkosten

Hinsichtlich der für Telefongespräche anfallenden Gebühren ist im Vergleich zwischen der Bundesregelung und den einzelnen Landesgesetzen zu erkennen, dass die grundsätzliche Kostentragungspflicht auch weiterhin beim Strafgefangenen liegt. Gleichwohl sind (im Lichte des Sozialstaatsprinzips) anstandsseitige Übernahmen der Kosten in begründeten Ausnahmefällen – etwa bei finanzieller Überforderung – in vielen Ländern (u. a. Saarland, Mecklenburg-Vorpommern, Hamburg, Schleswig-Holstein oder Bayern) als Möglichkeit vorgesehen.<sup>12</sup>

Um einen Eindruck von der tatsächlichen Kostenbelastung der Häftlinge zu bekommen, kann beispielhaft auf eine erst kürzlich (6.4.2017) durch das OLG Zweibrücken ergangene Entscheidung verwiesen werden. In diesem Beschluss hatte sich der I. Strafsenat mit der Beschwerde eines Häftlings die Höhe der Telefongebühren innerhalb einer JVA betreffend zu befassen. Die in Rede stehenden Kosten belaufen sich auf 0,60 € pro Minute für Telefonate in das deutsche Mobilfunknetz, auf 0,12 € pro Minute für Ortsgespräche und auf 0,20 € pro Minute für Anrufe in das anderweitige deutsche Festnetz.<sup>13</sup> Ergänzend dazu findet sich eine interessante Übersicht in der Antwort des sächsischen Staatsministeriums der Justiz auf die Drucksache 6/3482 vom Dezember 2015. Dort erfolgt auf die Anfrage der Abgeordneten Katja Meier (Bündnis 90/Die Grünen) zum Thema Telefonkosten im Strafvollzug eine umfassende Aufschlüsselung von Gesprächskosten in sächsischen Justizvollzugsanstalten.<sup>14</sup> Gleichzeitig wird aus diesem Dokument ersichtlich, dass auf Seiten der sächsischen Staatsregierung keine Erkenntnisse hinsichtlich der Gewinnspanne pro Telefonat und über das Gesamtvolumen (an Umsatz der Anbieter oder an Gewinn derselben) existieren. Die Abrechnung der Telefonanbieter (Telio und JVA Media) erfolgt in Bezug auf die vermittelten Telefonate unmittelbar mit den Gefangenen auf Guthabenbasis.<sup>15</sup> Mit Blick auf diese (unbefriedigende) Praxis zeichnet sich indes ab, dass die Behörden in der Tendenz zunehmend dazu angehalten sind, sich mit der Kostenfrage für telefonische Kommunikation zu beschäftigen.<sup>16</sup> Symptomatisch für die Ge-

<sup>8</sup> BVerfG, Beschluss vom 15.7.2010 – 2 BvR 328/07, BeckRS 2010, 51329, Rn. 12 f. = BVerfGK, 17, 415, 418 f.

<sup>9</sup> Vgl. Kaufmann, 12.000 Euro Telefonkosten, LTO, abrufbar unter <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/lg-sten-dal-telefon-kosten-gefaengnis/>, zuletzt abgerufen am 30.11.2017; siehe dazu auch die Homepage der Telio-Management-GmbH, abrufbar unter <http://www.tel.io/de/>, zuletzt abgerufen am 30.11.2017.

<sup>10</sup> Vgl. Fährmann/Oelbermann, FS 2014, 387; sehr kritisch auch Steiner, Krawumm! Durch ist die dünne Decke, Der Lichtblick Heft Nr. 362 (2015), 14-15, abrufbar unter [http://www.lichtblick-zeitung.de/index\\_htm\\_files/01\\_2015.pdf](http://www.lichtblick-zeitung.de/index_htm_files/01_2015.pdf), zuletzt abgerufen am 30.11.2017.

<sup>11</sup> BVerfG, HRRS 2017 Nr. 1102, Rn. 23.

<sup>12</sup> Vgl. nur BeckOK Strafvollzug Saarland/Kangarani, 6. Ed. 15.6.2017, SLStVollzG § 30.

<sup>13</sup> OLG Zweibrücken, Beschluss vom 6.4.2017 – 1 Ws 291/16 (Vollz.), BeckRS 2017, 109749, Rn. 2.

<sup>14</sup> Antwort des sächsischen Staatsministeriums der Justiz auf SächsLT-Drs. 6/3482, S. 3, abrufbar unter <https://s3.kleine-anfragen.de/ka-prod/sn/6/3482.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.11.2017.

<sup>15</sup> Antwort des sächsischen Staatsministeriums der Justiz auf SächsLT-Drs. 6/3482, S. 5, abrufbar unter <https://s3.kleine-anfragen.de/ka-prod/sn/6/3482.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.11.2017.

<sup>16</sup> Einige Beispiele sind: NRWLT-Drs. 16/11253, abrufbar unter <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument?Id=MMD16/11253%7C1%7C0>, zuletzt abgerufen am 30.11.2017; OLG Celle, Beschluss vom 20.10.2014 – 1 Ws 427/14 (Vollz.); LG Stendal, Beschluss vom 30.12.2014 – 509 StVK 179/13; OLG Naumburg, Beschluss vom 22.4.2016 – 1 Ws (RB) 123/15; dazu

samtliche können erneut die Zahlen aus dem Bereich des sächsischen Strafvollzugs herangezogen werden: Der Anfrage an die sächsische Staatsregierung ist zu entnehmen, dass zwischen 2010 und 2015 knapp 1.000 Eingaben und Beschwerden gegen Anstaltsleitungen (bzw. den Freistaat Sachsen) zu verzeichnen waren, wobei eine nähere Auswertung, welcher Anteil davon sich gegen überhöhte Telefongebühren richtet, nicht erfolgt ist.<sup>17</sup>

## 2. Rechte des Gefangenen

Telefongespräche dienen – wie zuvor festgestellt – in besonderer Weise der Wiedereingliederung des Strafgefangenen in die Gesellschaft. Durch den Kontakt zu Familie und nahestehenden Personen wird die soziale Bindung zur Außenwelt aufrechterhalten.<sup>18</sup> Desozialisierenden Folgewirkungen und Belastungen der Haft, wie Vereinsamung oder „Prisonisierung“,<sup>19</sup> aber auch einem Rückfall in kriminelle Verhaltensmuster lässt sich gezielt entgegenwirken. Schließlich ist der Gefangene auch mit Blick auf seine Entlassungssituation auf ein stabilisierendes soziales Umfeld angewiesen. Wird ihm diese – im Vergleich zu Briefwechsel oder Besuchen unkompliziertere – Form des Außenkontakts genommen, entsteht die Gefahr einer weiteren Entfremdung von der Außenwelt.<sup>20</sup> Häftlinge vor einer übermäßigen Kostenbelastung bei Telekommunikationsdienstleistungen zu schützen, fußt daher neben der generellen Fürsorgepflicht der Anstalt, die auch die Wahrung der finanziellen Interessen des Gefangenen umfasst, vor allem auf dem Resozialisierungsgedanken (Art. 2. Abs. 1 i. V. m. Art. 1 Abs. 1 GG). Denn eine gedeihliche Reintegration ist nur gewährleistet, wenn die finanziellen Interessen des Gefangenen in angemessenem Umfang gewahrt werden. Resozialisierungsauftrag und die Belastung durch überhöhte Telefongebühren stehen deshalb unweigerlich in einem angespannten Verhältnis zueinander. Dazu führt das BVerfG aus: „Dies [das Gebot, die finanziellen Interessen des Häftlings zu wahren] entspricht dem Grundsatz, dass die Missachtung wirtschaftlicher Interessen der Gefangenen mit dem verfassungsrechtlichen Resozialisierungsgebot unvereinbar wäre [...]“.<sup>21</sup> Schließlich sei es geboten, „Strafe nur als ein in seinen negativen Auswirkungen auf die Persönlichkeit des Betroffenen nach Möglichkeit zu minimierendes Übel zu vollziehen [...]“.<sup>22</sup>

auch OLG Zweibrücken, Beschluss vom 6.4.2017 – 1 Ws 291/16 (Vollz.); grundlegend dazu *Galli/Weilandt*, FS 2014, 142, 146.

<sup>17</sup> Antwort des sächsischen Staatsministeriums der Justiz auf SächsLT-Drs. 6/3482, S. 7, abrufbar unter <https://s3.kleine-anfragen.de/ka-prod/sn/6/3482.pdf>, zuletzt abgerufen am 30.11.2017.

<sup>18</sup> Vgl. *Schwind*, in: *Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal* (Hrsg.), *StVollzG*, 6. Aufl. 2013, § 32 Rn. 1; vgl. auch *Stein*, FS 2014, 152; *Gerlach*, FS 2014, 141.

<sup>19</sup> Ausführlich dazu *Jehle*, in: *Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal* (Hrsg.), *StVollzG*, 6. Aufl. 2013, § 3 Rn. 12.

<sup>20</sup> Treffend *Fährmann/Oelbermann*, FS 2014, 387; ebenso *Steiner*, *Krawumm!* Durch ist die dünne Decke, *Der Lichtblick* Heft Nr. 362 (2015), 14-15, abrufbar unter [http://www.lichtblick-zeitung.de/index\\_htm\\_files/01\\_20\\_15.pdf](http://www.lichtblick-zeitung.de/index_htm_files/01_20_15.pdf), zuletzt abgerufen am 30.11.2017.

<sup>21</sup> BVerfG, HRRS 2017 Nr. 1102, Rn. 19.

<sup>22</sup> BVerfG, HRRS 2017 Nr. 1102, Rn. 20.

In dieser Sicht der Dinge wird eine übertriebene monetäre Belastung des Häftlings durch überhöhte Preise bei der Gefangenentelefonie zugunsten des Resozialisierungsgebots sowohl auf verfassungsrechtlicher als auch auf einfachgesetzlicher Ebene zu thematisieren sein.

## 3. Rechtliche Auflösung des BVerfG

Zwar hat die Preisgestaltung auch durch die aktuelle Entscheidung des BVerfG weiterhin keine endgültige Konkretisierung – etwa in Form einer festen Prozentregelung – erfahren. Dennoch bestätigen die Karlsruher Richter (erneut) die fachgerichtliche Praxis, nach der sich die Kostenbelastung der Gefangenen für Telefondienste jedenfalls nicht als unverhältnismäßig herausstellen darf.<sup>23</sup> Dass überhaupt eine Kostentragungspflicht zu Lasten der Gefangenen besteht, Telefongespräche also nicht entgeltfrei zur Verfügung gestellt werden müssen, hält das BVerfG i. S. d. Angleichungsgrundsatzes (vgl. § 3 Abs. 1 StVollzG), demzufolge die Verhältnisse im Strafvollzug so weit wie möglich den allgemeinen Lebensverhältnissen angeglichen werden sollen, für nachvollziehbar. Allerdings geraten die von Privatanbietern erhobenen Telefongebühren regelmäßig dann mit dem verfassungsrechtlich verankerten Verhältnismäßigkeitsgrundsatz in Konflikt, wenn sie – gemessen am Resozialisierungsgedanken sowie der anstaltlichen Fürsorgepflicht – stark von der in der Außenwelt üblichen Preisgestaltung abweichen. Die Frage der Angemessenheit der Telefonatarife steht letztlich im Fokus. Dies beinhaltet zugleich die Wertung, dass die Preise der Gefangenentelefonie, um den besonderen (Sicherheits-)Verhältnissen im Strafvollzug Rechnung zu tragen, notwendigerweise über den üblichen Marktpreisen der Außenwelt liegen dürfen. Die Anstalt ist allerdings verpflichtet, dem Gefangenen immerhin „marktgerechte Preise“ anzubieten. Daran ändert – nach Sicht des BVerfG – auch der Umstand nichts, dass das Justizministerium mit dem Telefon-Anbieter einen Vertrag über 15 Jahre abgeschlossen hat. Auch einem Blick auf bisher ergangene Judikatur lässt sich die Forderung nach „marktgerechten Preisen“ immer wieder entnehmen.<sup>24</sup> Diese Formulierung entspricht zuweilen der aus früheren Ausführungen der Gerichte zur Preisgestaltung bei Teilnahme am Kabelempfang im Zusammenhang mit Fernsehempfangsanlagen. Dabei bestand für die Anstaltsleitungen in Erfüllung der aus § 69 StVollzG resultierenden Verpflichtung, Fernsehempfang zu gewährleisten, auch die Obliegenheit, sich durch Einholen von Preisvergleichen konkurrierender Unternehmen darüber zu versichern, dass der gewählte Anbieter seine Leistung zu „marktgerechten Preisen“ anbietet.<sup>25</sup> Leider vermag der Beschluss des BVerfG zur Höhe von Telefongebühren, speziell was die Bestimmung angemessener Tarife angeht, keine abschließende Klarheit zu liefern. Eine weitergehende Konkretisierung, die vor allem eine implizite Stärkung der Gefangenenrechte bedeutet hätte, bleibt aus. Vielmehr wird zur Frage der Bewertung der Markt-

<sup>23</sup> BVerfG, HRRS 2017 Nr. 1102, Rn. 20 f; dazu bereits BVerfG, Beschluss vom 24.11.2015 – 2 BvR 2002/13, BeckRS 2016, 40537, Rn. 1.

<sup>24</sup> Vgl. nur OLG Zweibrücken, BeckRS 2017, 109749, Rn. 19, 24; BVerfG, BeckRS 2016, 40537, Rn. 1; BVerfG, BeckRS 2010, 51329, Rn. 12.

<sup>25</sup> OLG Frankfurt a.M., NStZ-RR 2004, 127, 128.

gerechtigkeit des geltenden Tarifs lediglich Folgendes vorgegeben:

*„Jedenfalls für Konstellationen, in denen die Anstalt im Zusammenhang mit einer gesetzlichen Verpflichtung Leistungen durch einen privaten Betreiber erbringen lässt, auf den die Gefangenen ohne eine am Markt frei wählbare Alternative angewiesen sind, ist dementsprechend anerkannt, dass die Anstalt sicherstellen muss, dass der ausgewählte private Anbieter die Leistung zu marktgerechten Preisen erbringt [...].“*

*Für die Beurteilung, ob die Preise des privaten Anbieters noch marktgerecht sind, ist eine Vertragsbindung der Anstalt an den Anbieter nicht maßgeblich. Auch erfolglose Bemühungen um Tarifanpassungen im Vertragsverhältnis zu dem Anbieter entbinden die Justizvollzugsanstalt nicht von ihrer Fürsorgepflicht für die Gefangenen, denen ein alternatives Angebot nicht zur Verfügung steht. Sie führen insbesondere nicht dazu, dass die Gefangenen eine nicht marktgerechte Preisgestaltung hinzunehmen hätten. Eine lange Vertragsdauer mit dem Anbieter, mag diese auch durchaus vollzugstypisch sein, darf sich nicht in der Weise auswirken, dass Preisentwicklungen auf dem Markt längerfristig ohne jeden Einfluss auf die von Gefangenen zu zahlenden Entgelte bleiben [...].“<sup>26</sup>*

Aufs Ganze gesehen wird durch die Erwägungen des BVerfG der Konflikt um die Kostenhöhe bei Gefängnistelefonie erneut thematisiert. Gleichwohl verpasst die Kammer dabei die Gelegenheit, eine an grundrechtlichen Wertungen orientierte und somit für das gesamte deutsche Vollzugssystem Geltung entfaltende Kostenregelung für telefonische Außenkontakte zu etablieren. Die konkretisierende Feststellung des Merkmals „marktgerechte Preise“ und somit die Bemessung eines verhältnismäßigen Gebührensatzes bleiben weiterhin den Fachgerichten überantwortet.

## IV. Schlussbemerkungen

Die Telefongebühren im deutschen Strafvollzug sind nach wie vor zu hoch.<sup>27</sup> Dies macht die aktuelle (erfolgreich beschiedene) Verfassungsbeschwerde aufs Neue deutlich.<sup>28</sup> Ob sie auch zu einer merklichen Verbesserung der Lage beitragen kann, bleibt indes abzuwarten. Zumindest entfaltet diese Entscheidung angesichts der Tatsache, dass es sich bei ihr um das Wort des letztverbindlichen Interpreten der Verfassung handelt, eine gewisse Symbolkraft. Neben den bereits angeführten Aspekten verbleibt jedoch mit Blick auf die Gesamtlage weiterhin Raum für Kritik.

<sup>26</sup> BVerfG, HRRS 2017 Nr. 1102, Rn. 21-22.

<sup>27</sup> In diesem Sinne Knauer, in: Feest/Lesting/Lindemann (Hrsg.), AK-StVollzG, 7. Aufl. 2017, § 30 Rn. 23; ähnlich bereits Schwind, in: Schwind/Böhm/Jehle/Laubenthal (Hrsg.), StVollzG, 6. Aufl. 2013, § 3 Rn. 12.

<sup>28</sup> Vgl. auch BVerfG, BeckRS 2016, 40537, Rn. 1; zur Angemessenheit der Entgelte für ein in der Maßregelvollzugsklinik aufgestelltes Patiententelefon ferner BVerfG, BeckRS 2010, 51329, Rn. 12 f.

## 1. Landesgesetzliche Regelungen zu Telefongesprächen

Bereits die restriktive Ausgestaltung von telefonischer Kommunikation innerhalb der neuen Landesgesetze erscheint gemessen am Resozialisierungspotential von sozialen Außenkontakten wenig fortschrittlich. Es fehlt vor allem an einer weiteren Stärkung der Gefangenenrechte dahin gehend, dass für Telefongespräche künftig nicht nur ein Anspruch auf ermessensfehlerfreie Bescheidung, wie ihn die meisten Länder vorsehen, sondern ein – echter – Anspruch auf Nutzung dieser Außenkontaktform für Rechtssicherheit sorgt. Denn schon im Jahr 2007, also zu einem Zeitpunkt, zu dem die meisten Länder noch mit der Ausarbeitung eigener Strafvollzugsgesetze befasst waren, war weitestgehend anerkannt, dass Telefongespräche in besonderem Maße dem Angleichungsgrundsatz und der Förderungspflicht der Anstalt Rechnung tragen. So heißt es etwa in einem Beschluss vom 16.7.2007 des LG Fulda:

*„Die Kommunikation mit der Außenwelt ist eine Notwendigkeit zur Sicherstellung eines humanen und menschenwürdig ausgestalteten Strafvollzugs. Im Hinblick auf § 3 StVollzG kommen ihr folgende Funktionen zu: zumindest die partielle Angleichung des Daseins innerhalb der Anstalt an die allgemeinen Lebensverhältnisse, Vermeiden der schädlichen Folgen des Freiheitsentzugs, Erhöhung der Chancen einer gesellschaftlichen Wiedereingliederung [...]. Diesbezüglich ist die Anstalt gem. § 23 S. 2 StVollzG zur Förderung des Verkehrs mit Personen außerhalb der Anstalt verpflichtet.“*

*Dabei ist zu beachten, dass sich nur dann, wenn den Gefangenen gestattet wird, sich jedenfalls mit den Personen, die zu ihrer Wiedereingliederung beitragen können, länger und ausführlicher auszutauschen, menschliche Bindungen erhalten und pflegen lassen. Im Hinblick auf Telefonate ist die gestiegene Bedeutung der Telekommunikation zu berücksichtigen und in Bezug auf § 3 Abs. 1 StVollzG der Entwicklung Rechnung zu tragen, dass das Telefon heute in vielen Bereichen den Brief als Kommunikationsmedium abgelöst hat [...].“<sup>29</sup>*

## 2. Zur künftigen Kostenhöhe bei Gefangenentelefonie

Die tarifliche Ausgestaltung des Telefonierens bleibt im Einzelfall streitig. Dabei sind einige Fachgerichte in der Vergangenheit in Bezug auf die Feststellung „marktgerechter Preise“ bereits deutlich weiter gegangen, als es das BVerfG mit der aktuellen Entscheidung tut. Besonders hervorzuheben ist insofern das OLG Zweibrücken, das – gewissermaßen in einem *obiter dictum* – für die Ermittlung eines marktgerechten Preises Folgendes zu berücksichtigen aufgab:

*„Der Senat sieht unter Berücksichtigung dieser Erwägungen für einen Markt, bei dem die Marktanteile jedes Anbieters kleiner sind als 50 %, eine Preisgestaltung jedenfalls dann als marktgerecht an, wenn sie den Preis nicht übersteigt, den der Mediankunde zahlt. Der Median stellt bei einer aufsteigenden Sortierung von Zahlenwerten den Wert dar, der an der mittleren Stelle steht. Dementsprechend werden sowohl die Marktpreise als auch*

<sup>29</sup> LG Fulda, NStZ-RR 2007, 387.

die Marktanteile der jeweiligen Anbieter für Gefangenentelefonie zu ermitteln sein, die zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses tatsächlich zur Verfügung standen und in der Lage waren, die geforderten Leistungen zu erbringen. Bei der Ermittlung des Marktpreises ist von einem erwarteten durchschnittlichen Telefoniaufkommen in den unterschiedlichen Gesprächskategorien (Ferngespräch, Gespräch ins Ausland etc.) auszugehen. Aus einer Reihung der Marktpreise unter Berücksichtigung des jeweiligen Marktanteils (Kundenzahlen) kann auf den Mediankunden in diesem Sinne zurückgeschlossen werden. Unwesentliche Abweichungen von dem so ermittelten Preis nach oben können auch noch ermessensgerecht sein, wesentliche Abweichungen indes nur bei Vorliegen eines triftigen Grundes.<sup>30</sup>

Gemessen an den vorstehenden Erwägungen des OLG Zweibrücken ist die Preisgestaltung für Gefangenentelefonie an den Preisen auszurichten, die ein sog. Mediankunde zahlt. Dabei setzt sich das Gericht gleichzeitig auch mit einer vom OLG Naumburg angeführten Berechnungsgrundlage kritisch auseinander.<sup>31</sup> Das OLG Naumburg sieht Preise, die den niedrigsten Marktpreis um 100 Prozent übersteigen, noch als vertretbar an.<sup>32</sup> Eine weitere Auffälligkeit in den unterschiedlichen Herangehensweisen der Gerichte ist, dass das OLG Naumburg – ähnlich der Vorinstanz (LG Stendal)<sup>33</sup> – auch auf eine Sachverständigenbewertung zurückgreifen kann. In der Zusammenschau bleibt zu konzedieren, dass die Frage, welche Preise als „marktgerecht“ einzuschätzen sind, immer noch einer unterschiedlichen Beurteilung durch die Fachgerichte unterliegt. Zugespitzt führt dies dazu, dass Strafgefangene je nach Bundesland mit unterschiedlich hohen Kostenbelastungen zurecht kommen müssen.<sup>34</sup> Eine in naher Zukunft bundesweit (markt-)gerechte

<sup>30</sup> OLG Zweibrücken, BeckRS 2017, 109749, Rn. 31.

<sup>31</sup> OLG Zweibrücken, BeckRS 2017, 109749, Rn. 30.

<sup>32</sup> OLG Naumburg, Beschluss vom 26.6.2015 – 1 Ws (RB) 20/15, BeckRS 2015, 17753, Rn. 30; dazu ferner BeckOK Strafvollzug Hessen/Gescher, 8. Ed. 1.7.2017, HStVollzG § 36 Rn. 9b.

<sup>33</sup> LG Stendal, Beschluss vom 30.12.2014 – 509 StVK 179/13.

<sup>34</sup> Freilich ist anzumerken, dass in NRW am 4.1.2016 ein ministerieller Erlass mit Hinweis auf die Entscheidung des OLG Naumburg ergangen ist. Darin werden die Anstalten explizit gebeten sicherzustellen, dass die den Gefangenen eröffnete Möglichkeit der Telefonie zu marktgerechten Preisen genutzt werden kann (vgl. NRWLT-Drs. 16/11253, S. 3, abrufbar unter <https://www.landtag.nrw.de/portal/WWW/dokumentenarchiv/Dokument?Id=MMD16/11253%7C1%7C0>, zuletzt abgerufen am 30.11.2017).

Preisgestaltung zu erreichen, ist kein Tageswerk und wird durch dieses Vorgehen verkompliziert.

### 3. Alternatives Vorgehen

Abschließend bleibt zu erwägen, ob den nachteilig wirkenden Einflüssen überteuerter Tarife nicht durch die weitergehende Zulassung moderner Kommunikationsformen wie des Internets begegnet werden kann. Das Internet, dessen Nutzung bereits jetzt in allen Bundesländern bis auf Bayern und Baden-Württemberg durch Strafvollzugsgesetze ermöglicht und geregelt wird, bietet eine Vielzahl von Anwendungen – z. B. WhatsApp, Skype oder Internettelefonie – durch die Telefongespräche weitgehend substituiert werden können.<sup>35</sup> Zudem bietet der durch das Internet ermöglichte Kontakt zu Familie oder Freunden mittels Live-Bildern einen deutlich intensiveren, emotional differenzierteren Austausch, als er in Telefongesprächen zu erreichen ist. Hinzu kommt, dass die angesprochenen Internetdienste kostengünstiger als das Telefonangebot sind und damit zudem eine Kontaktpflege über nationale Grenzen hinweg in höherem Maße zulassen als Telefonie. Die Erwägung, auf internetbasierte Kommunikation auszuweichen, erfährt auch dadurch Rückhalt, dass die mit den Privatanbietern von Telefonanlagen geknüpften vertraglichen Bindungen oftmals noch auf viele Jahre unkündbar sind und eine wirkungsvolle Nachverhandlung der Preise für die Vollzugsanstalten eher fernliegend erscheint. Die Notwendigkeit einer Modernisierung der Vollzugsinfrastruktur zugunsten Neuer Medien ist damit bereits jetzt angezeigt. Die Nutzungspotentiale des Internets würden sowohl dem Vollzugspersonal als auch den Strafgefangenen unmittelbar zu Gute kommen.<sup>36</sup> Anfallende Sicherheits- und Betriebskosten ließen sich u. a. durch den Beitritt in Verbundsysteme, wie dem sog. eLiS-Verbund,<sup>37</sup> moderat halten.

<sup>35</sup> Zur Möglichkeit des „Skypens“ Holt, FS 2014, 149-150; weiterführend Bode, ZIS 2017, 348, 351 f.

<sup>36</sup> Vgl. Theine, FS 2014, 161, 162; positiv berichten auch Kalmbach/Krenzel zum Projekt „crimeic – Onlinebegleitung im Strafvollzug“, FS 2017, 344, 345-346.

<sup>37</sup> Bisher nehmen 12 Bundesländer (außer Bayern, Schleswig-Holstein, Thüringen und Sachsen-Anhalt) am eLiS-Verbund teil; für weitere Informationen siehe die Homepage von eLiS, abrufbar unter <https://www.elis-public.de/information/>, zuletzt abgerufen am 30.11.2017.

#### Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

# Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

# Vollständige Rechtsprechungsübersicht

*Hinweis* Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR – und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen. Die Entscheidungen können im Volltext über ihre Nummer online über die Suchfunktion unserer Startseite (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

## **92. BVerfG 2 BvR 424/17 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 19. Dezember 2017 (Hanseatisches OLG)**

Auslieferung nach Rumänien zum Zwecke der Strafverfolgung aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Recht auf den gesetzlichen Richter; Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof; Verfassungsverstoß nur bei offensichtlich unhaltbarer Handhabung der Vorlagepflicht; Fallgruppen: grundsätzliche Verkennung der Vorlagepflicht, bewusstes Abweichen ohne Vorlagebereitschaft, Unvollständigkeit der Rechtsprechung, unvertretbare Überschreitung des Beurteilungsspielraums, willkürliche Annahme eines „acte clair“ oder eines „acte éclairé“); Mindestanforderungen an die Haftbedingungen im ersuchenden Staat (Übertragbarkeit der Rechtsprechung des EGMR; Vermutung einer Konventionsverletzung bei unter 3 m<sup>2</sup> Bodenfläche pro Gefangenem in einem Gemeinschaftshaftraum; Entkräftung der Vermutung im Einzelfall).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 267 Abs. 3 AEUV; Art. 4 GRCh; Art. 51 GRCh; Art. 52 Abs. 3 GRCh; Art. 3 EMRK

## **93. BVerfG 2 BvR 1297/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Januar 2018 (OLG Hamm)**

Recht auf effektiven Rechtsschutz im Strafvollzug (Auslegung von Anträgen im wohlverstandenen Interesse des Betroffenen; Vermeidung einer Sachentscheidung durch Auslegung einer statthaften Rechtsbeschwerde als unzulässige Beschwerde); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Grundsatz der materiellen Subsidiarität; Er-

fordernis der Beseitigung einer Grundrechtsverletzung im sach nächsten Verfahren).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 115 Abs. 3 StVollzG; § 33a StPO; § 304 StPO

## **94. BVerfG 2 BvR 2993/14 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 10. Januar 2018 (LG Frankfurt (Oder) / AG Frankfurt (Oder))**

Durchsuchung der Geschäftsräume einer GmbH (Wohnungsgrundrecht; Ermittlungsverfahren wegen Insolvenzverschleppung; Anfangsverdacht; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Vorrang grundrechtsschonenderer Ermittlungshandlungen; Unverhältnismäßigkeit der Durchsuchung bei nur leichtem Tatverdacht; Vorrang milderer Mittel im Einzelfall; Aufklärung der finanziellen Verhältnisse der Gesellschaft; Einsichtnahme in das Schuldnerverzeichnis und die offenzulegenden Jahresabschlüsse; BaFin-Auskunft und Kontenabfrage); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Beschwerdebefugnis des Geschäftsführers einer GmbH nur hinsichtlich seiner Privatsphäre zuzuordnender Räume).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 3 GG; § 90 Abs. 1 BVerfGG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 161 Abs. 1 StPO; § 15a Abs. 4 InsO; § 325 HGB; § 24c Abs. 3 Nr. 2 KWG

## **95. BVerfG 2 BvR 2312/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Dezember 2017 (OLG Karlsruhe / LG Mannheim)**

Unterbliebene nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Recht auf effektiven Rechtsschutz; Fortbestehen eines Rechtsschutzinteresses grundsätzlich nur bei noch ge-

genwärtiger Beschwer; Beschwer bei Ablehnung einer nachträglichen Gesamtstrafenbildung aus Freiheitsstrafe und Geldstrafe; „Anrechnungsüberhang“ durch bereits bezahlte Geldstrafe; Reichweite des Verschlechterungsverbots; eigene Ermessensentscheidung des Beschwerdegerichts über die Gesamtstrafenbildung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 51 Abs. 2 StGB; § 53 Abs. 2 StGB; § 54 StGB; § 55 StGB; § 460 StPO

**96. BVerfG 2 BvR 2552/17 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Dezember 2017 (Pfälzisches OLG Zweibrücken / AG Landau in der Pfalz)**

Fortdauer der Untersuchungshaft (Freiheitsgrundrecht; Unschuldsvermutung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Abwägung zwischen dem Freiheitsanspruch des Beschuldigten und den unabweisbaren Bedürfnissen einer wirksamen Strafverfolgung; Beschleunigungsgrundsatz in Haftsachen; Beginn der Hauptverhandlung regelmäßig spätestens drei Monate nach Eröffnungsreife; keine Rechtfertigung von dem Staat zurechenbaren Verzögerungen durch Schwere der Tat oder längerfristige Überlastung des Gerichts; Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen; ausreichende Personalausstattung als verfassungsrechtliche Verpflichtung der Justizverwaltung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 2 EMRK; § 121 Abs. 1 StPO

**97. BGH 1 StR 150/17 – Beschluss vom 23. November 2017 (LG München II)**

Kurze Freiheitsstrafe nur in Ausnahmefällen (Voraussetzungen; Fälle sachlich und zeitlich ineinander verschränkter Vermögensdelikte); Teileinstellung bei mehreren Taten (Verfahrenseinstellung als Verfahrenshindernis; Beseitigung durch Wiederaufnahmebeschluss).

§ 47 Abs. 1 StGB; 154 Abs. 2 und 5 StPO

**98. BGH 1 StR 380/17 – Beschluss vom 5. Dezember 2017 (LG Weiden)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (zeitnaher Umtausch nicht als selbstständige Tat; Konkurrenzen).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

**99. BGH 1 StR 380/17 – Beschluss vom 5. Dezember 2017 (LG Weiden)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (zeitnaher Umtausch nicht als selbstständige Tat; Konkurrenzen).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handelt es sich bei einem zeitnahen Umtausch um keine erneute selbstständige Tat des unerlaubten Handeltreibens, sondern um ein einheitliches Umsatzgeschäft. Die Bemühungen um die Rückgabe der mangelhaften und die Nachlieferung einer mangelfreien Ware sind auf die Abwicklung ein- und desselben Rauschgiftgeschäfts gerichtet.

2. Die unterschiedlichen Begehungsformen tateinheitlicher Einfuhren, einmal als Anstiftung, einmal täter-

schaftlich, sind im Schuldspruch zum Ausdruck zu bringen, um den Unrechts- und Schuldgehalt der Gesamttat abzubilden.

**100. BGH 1 StR 393/17 – Beschluss vom 24. Oktober 2017 (LG Traunstein)**

Rücktritt (Abgrenzung zwischen beendetem und unbedeutendem sowie fehlgeschlagenem Versuch; Rücktrittshorizont: Darstellung des entsprechenden Vorstellungsbildes in den Urteilsfeststellungen; Freiwilligkeit des Rücktritts).

§ 24 Abs. 1 StGB

**101. BGH 2 StR 34/17 – Beschluss vom 12. Dezember 2017 (LG Köln)**

Zurücknahme und Verzicht (keine analoge Anwendung auf Verfahrensbevollmächtigte von Nebenklägern).

§ 302 Abs. 2 StPO

**102. BGH 2 StR 342/17 – Beschluss vom 18. Januar 2018 (LG Aachen)**

Sachlich-rechtlich fehlerhafte Darstellung von DNA-Vergleichsuntersuchungen in den Urteilsgründen (fehlende Mitteilung von Anknüpfungstatsachen und Ausführungen des Gutachters).

§ 261 StPO; § 81e Abs. 1 StPO

**103. BGH 2 StR 345/17 – Urteil vom 13. Dezember 2017 (LG Bonn)**

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (ähnliche sexuelle Handlung).

§ 176a Abs. 2 Nr. 1 StGB

**104. BGH 2 StR 479/17 – Beschluss vom 19. Dezember 2017 (LG Frankfurt am Main)**

Diebstahl (fehlender Aneignungsvorsatz hinsichtlich eines Behältnisses: fehlgeschlagener Versuch).

§ 242 Abs. 1 StGB

**105. BGH 2 StR 513/17 – Beschluss vom 19. Dezember 2017 (LG Aachen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**106. BGH 2 StR 514/17 – Beschluss vom 12. Dezember 2017 (LG Frankfurt am Main)**

Rücktritt (keine strafschärfende Berücksichtigung des auf die versuchte Straftat gerichteten Vorsatzes bei anderem vollendetem Delikt).

§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 46 StGB; § 223 StGB

**107. BGH 2 StR 532/17 – Beschluss vom 19. Dezember 2017 (LG Darmstadt)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Fristversäumung; Anforderungen an einen Wiedereinsetzungsantrag.

§ 44 Satz 1 StPO; § 45 Abs. 1 Satz 1 StPO

**108. BGH 4 StR 162/17 – Urteil vom 7. Dezember 2017 (LG Bochum)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Maßstab der revisionsgerichtlichen Überprüfung: Prüfung auf Rechtsfehler, Notwendigkeit einer erschöpfenden Würdigung der Beweise).

## § 261 StPO

1. Das Revisionsgericht hat es regelmäßig hinzunehmen, wenn der Tatrichter einen Angeklagten freispricht, weil er Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden vermag. Denn die Beweiswürdigung ist allein Sache des Tatrichters. Ihm obliegt es, das Ergebnis der Hauptverhandlung festzustellen und zu würdigen.

2. Seine Schlussfolgerungen brauchen nicht zwingend zu sein, es genügt, dass sie möglich sind. Die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich allein darauf, ob dem Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist in sachlich-rechtlicher Hinsicht der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder lückenhaft ist oder gegen Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt. Insbesondere sind die Beweise erschöpfend zu würdigen.

3. Das Urteil muss erkennen lassen, dass der Tatrichter solche Umstände, die geeignet sind, die Entscheidung zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten zu beeinflussen, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat. Aus den Urteilsgründen muss sich ferner ergeben, dass die einzelnen Beweisergebnisse nicht nur isoliert gewertet, sondern in eine umfassende Gesamtwürdigung eingestellt worden sind. Rechtsfehlerhaft ist eine Beweiswürdigung schließlich dann, wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen gestellt sind.

4. Der Tatrichter ist aus Rechtsgründen nicht gehalten, Sachverhaltskonstellationen zu Gunsten des Angeklagten als unwiderlegt oder möglich zugrunde zu legen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat.

**109. BGH 4 StR 162/17 – Beschluss vom 7. Dezember 2017 (LG Bochum)**

Verwerfung der Revision als unzulässig.  
§ 349 Abs. 1 StPO

**110. BGH 4 StR 352/17 – Beschluss vom 5. Dezember 2017 (LG Bochum)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**111. BGH 4 StR 401/17 – Beschluss vom 22. November 2017 (LG Kaiserslautern)**

Schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (gemeinschaftliche Tatbegehung: Anforderungen an das Zusammenwirken der Täter; Bestimmung zur Vornahme von sexuellen Handlungen).

§ 176 Abs. 1 und 2 StGB; § 176a Abs. 2 Nr. 2 StGB

**112. BGH 4 StR 418/17 – Beschluss vom 6. Dezember 2017 (LG Paderborn)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**113. BGH 4 StR 461/17 – Beschluss vom 21. Dezember 2017 (LG Freiburg)**

Dauer der Jugendstrafe (Ausrichtung am maßgeblichen Erziehungszweck); Telekommunikationsüberwachung (Vergewaltigung als Katalogtat).

§ 18 Abs. 2 JGG; § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 2 StGB; § 100a Abs. 2 StPO

**114. BGH 4 StR 467/17 – Beschluss vom 22. November 2017 (LG Detmold)**

Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung von Uneinsichtigkeit).

§ 46 Abs. 2 StGB

**115. BGH 4 StR 468/17 – Beschluss vom 22. November 2017 (LG Paderborn)**

Beweiswürdigung (Beweisqualität des Wiedererkennens; fehlerhafte Lichtbildvorlage).

§ 261 StPO

**116. BGH 4 StR 506/17 – Beschluss vom 22. Januar 2018 (LG Arnberg)**

Schriftliche Übersetzung eines Urteils (Zuständigkeit des Vorsitzenden für die Entscheidung über eine schriftliche Übersetzung; Entbehrlichkeit einer schriftlichen Übersetzung bei verteidigten Angeklagten; Wahrung des Rechts auf ein faires Verfahren durch eine mündlich übersetzte Urteilsbegründung).

§ 187 Abs. 2 GVG; Art. 6 Abs. 3 Buchst. e EMRK

**117. BGH 4 StR 513/17 – Beschluss vom 5. Dezember 2017 (LG Halle)**

Aufhebung des Urteils mit den Feststellungen.

§ 353 Abs. 1 und 2 StPO

**118. BGH 4 StR 533/17 – Beschluss vom 6. Dezember 2017 (LG Magdeburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**119. BGH 4 StR 539/17 – Beschluss vom 6. Dezember 2017 (LG Trier)**

Rücktritt (maßgeblicher Rücktrittshorizont).

§ 24 Abs. 1 StGB

**120. BGH 4 StR 562/17 – Beschluss vom 5. Dezember 2017 (LG Bielefeld)**

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Verwirklichung bei zur Verfügung stehenden gefährlichem Gegenstand).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

**121. BGH 4 StR 589/17 – Beschluss vom 19. Dezember 2017 (LG Münster)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (einheitliche Anordnung von Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen gleicher Art durch das spätere Urteil); Übergangsvorschrift zum Gesetz zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung (Zeitliche Anwendbarkeit der Vorschriften des Gesetzes zur Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung vom 13. April 2017: Erfordernis einer Entscheidung über die Anordnung des Verfalls oder des Verfalls von Wertersatz).

§ 55 Abs. 2 StGB; § 316h Satz 1 und 2 EGStGB

**122. BGH 3 StR 109/17 – Beschluss vom 17. Oktober 2017 (LG Gera)**

Verunglimpfung des Staates und seiner Symbole (persönliches Äußerungsdelikt; Zu-Eigen-Machen fremder Äußerungen; objektiver Sinngehalt; Gesamtwürdigung; Bestrebungen gegen den Bestand der Bundesrepublik Deutschland; Freiheit von fremder Botmäßigkeit; aktivtätige Bemühungen).

§ 90a StGB; § 92 StGB

**123. BGH 3 StR 83/17 – Urteil vom 16. November 2017 (LG Lüneburg)**

Sachlich-rechtlicher Mangel durch Verstoß gegen die allseitige Kognitionspflicht; sexueller Missbrauch von Jugendlichen (Ausnutzen der fehlenden Fähigkeit des Opfers zur sexuellen Selbstbestimmung; Prüfung im Einzelfall; Verhältnis des Jugendlichen zum Erwachsenen).

§ 264 StPO; § 182 StGB

**124. BGH 3 StR 145/16 – Beschluss vom 14. November 2017 (LG Rostock)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**125. BGH 3 StR 199/17 – Beschluss vom 16. November 2017 (OLG Stuttgart)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**126. BGH 3 StR 233/17 – Urteil vom 24. August 2017 (LG Hannover)**

Voraussetzungen des Täter-Opfer-Ausgleichs (kommunikativer Prozess zwischen Täter und Verletztem; Beteiligung des Verletzten auf freiwilliger Grundlage; kein Täter-Opfer-Ausgleich gegen den Willen des Verletzten; minderjähriger Verletzter; Kenntnissnahme von Ausgleichsbemühungen; gesetzlicher Vertreter; Leistungen des Täters; friedensstiftender Ausgleich; Wiedergutmachung; einseitige Bemühungen).

§ 46a StGB

**127. BGH 3 StR 251/17 – Beschluss vom 2. November 2017 (LG Lüneburg)**

Teileinstellung; Schuldpruchänderung.

§ 154 StPO; § 267 StPO

**128. BGH 3 StR 262/17 – Urteil vom 16. November 2017 (LG Mainz)**

Unterbrechung der Hauptverhandlung (Fortsetzungstermin; Verhandlung zur Sache; Förderung des Verfahrens; Konzentrationsmaxime; Abwicklung von Formalien; Untersuchungshandlungen zur Aufklärung des Sachverhalts; Scheitern der Förderung des Verfahrens aufgrund von unvorhersehbaren Ereignissen; Nichterscheinen der einzigen geladenen Zeugin).

§ 229 StPO

**129. BGH 3 StR 328/17 – Beschluss vom 14. November 2017 (LG Düsseldorf)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**130. BGH 3 StR 349/17 – Beschluss vom 17. Oktober 2017 (LG Düsseldorf)**

Besonders schwerer Fall des Diebstahls (Eindringen mittels eines anderen nicht zur ordnungsgemäßen Öffnung bestimmten Werkzeugs; in Bewegung Setzen des Schließmechanismus; elektronische Autoverriegelung; Störsender).

§ 242 StGB; § 243 StGB

**131. BGH 3 StR 360/17 – Urteil vom 2. November 2017 (LG Osnabrück)**

Sachlich-rechtlich nicht zu beanstandende Beweiswürdigung (Umfang der revisionsgerichtlichen Prüfung; Indizien; konkrete Anhaltspunkte für eine Tatvariante; keine Unterstellung; Heimtücke; Zweifelsatz).

§ 261 StPO

**132. BGH 3 StR 366/17 – Beschluss vom 3. November 2017 (LG Trier)**

Fehlende Feststellung der Vortatbegehung bei der Verurteilung wegen Hehlerei; Pflicht zur Pflicht zur Darlegung des Sachverhalts und einer diesen tragenden Beweiswürdigung auch bei Geständnis des Angeklagten.

§ 259 StGB; § 267 StPO

**133. BGH 3 StR 368/17 – Beschluss vom 18. Oktober 2017 (LG Lüneburg)**

Abweichung der tatrichterlichen Würdigung von einem Sachverständigengutachten (Einsichts- und Steuerungsfähigkeit; Anforderungen an die Begründung; revisionsgerichtliche Nachprüfung; erschöpfende Auseinandersetzung mit den Ausführungen des Gutachtens).

§ 246a StPO; § 261 StPO

**134. BGH 3 StR 371/17 – Beschluss vom 3. November 2017 (LG Lüneburg)**

Betrug (Vermögensschaden beim Finanzierungsleasing; Eingehungsbetrug; Kaufpreiszahlung; wirtschaftlich und rechtlich aufeinander bezogene Geschäfte; Dreiecksverhältnis; Leasingnehmer; Leasinggeber; Leasingraten).

§ 263 StGB

**135. BGH 3 StR 379/17 – Beschluss vom 3. November 2017 (LG München)**

Unzureichend begründete Einziehungsentscheidung

§ 92b StGB

**136. BGH 3 StR 385/17 – Urteil vom 30. November 2017 (LG Osnabrück)**

Isolierte Anfechtung der Verwarnung mit Strafvorbehalt mit der Revision; Ermittlung des Angriffsziels der Revision; Anforderungen an die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei geringfügigen Anlasstaten (Gesamtwürdigung; Wahnvorstellungen; Krankheitseinsicht; zuverlässige medikamentöse Behandlung; Vordelinquenz).

§ 59 StGB; § 63 StGB; § 344 StPO

**137. BGH 3 StR 405/17 – Beschluss vom 19. Dezember 2017 (LG Lüneburg)**

Einstellung des Sicherungsverfahrens nach dem Tod des Beschuldigten.

§ 206a StPO; § 414 StPO

**138. BGH 3 StR 411/17 – Beschluss vom 2. November 2017 (LG Kleve)**

Absehen von der Einziehung aus prozessökonomischen Gründen.

§ 421 Abs. 1 Nr. 2 StPO

**139. BGH 3 StR 414/17 – Beschluss vom 2. November 2017 (LG Trier)**

Unzureichende Begründung der Entscheidung über den Adhäsionsantrag.

§ 406 StPO

**140. BGH 3 StR 431/17 – Beschluss vom 2. November 2017 (LG Lüneburg)**

Sexuelle Nötigung (Ausnutzen einer schutzlosen Lage; Gewalt; Einsperren des Opfers).

§ 177 StGB a.F.

**141. BGH 3 StR 434/17 – Beschluss vom 2. November 2017 (LG Mönchengladbach)**

Zum möglichen Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot bei strafscharfender Berücksichtigung des in-den-Verkehr-Gelagens von Betäubungsmitteln bei Verurteilung wegen Handeltreibens.

§ 29 BtMG; § 46 Abs. 3 StGB

**142. BGH 3 StR 438/17 – Beschluss vom 19. Oktober 2017 (LG Mönchengladbach)**

Nichtanordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang zum übermäßigen Genuss von Rauschmitteln trotz fehlender Abhängigkeit; intensive Neigung; soziale Gefährdung aufgrund von Konsumgewohnheiten).

§ 64 StGB

Ein Hang i.S.d. § 64 S. 1 StGB liegt nicht nur im Falle einer chronischen, auf körperlicher Sucht beruhenden Abhängigkeit vor; vielmehr genügt bereits eine eingewurzelte, auf psychischer Disposition beruhende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Rauschmittel im Übermaß zu sich zu nehmen. Ausreichend für die Annahme eines Hanges zum übermäßigen Genuss von Rauschmitteln ist, dass der Betroffene aufgrund seiner Konsumgewohnheiten sozial gefährdet oder gefährlich erscheint.

**143. BGH 3 StR 441/17 – Beschluss vom 14. November 2017 (LG Osnabrück)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**144. BGH 3 StR 446/17 – Beschluss vom 16. November 2017 (LG Wuppertal)**

Konkurrenzverhältnis zwischen schwerem Raub, Körperverletzung und versuchter Nötigung (Tateinheit; Gesetzeskonkurrenz).

§ 223 StGB; § 249 StGB; § 250 StGB; § 240 StGB; § 23 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB

**145. BGH 3 StR 466/17 – Beschluss vom 28. November 2017 (LG Osnabrück)**

Abgrenzung von Mittäterschaft und Beihilfe beim Computerbetrug (wertende Betrachtung; Interesse am Taterfolg; Tatherrschaft; Tatbeitrag im Vorfeld; Mitwirkung am

Kerngeschehen; Bande; Einbindung in gleichberechtigte arbeitsteilige Begehung).

§ 25 StGB; § 27 StGB; § 263a StGB

**146. BGH 3 StR 469/17 – Beschluss vom 16. November 2017 (LG Krefeld)**

Anforderungen an die Urteilsgründe (keine Notwendigkeit eines Belegs für unbedeutende Feststellungen; tragfähige Beweiswürdigung bei für den Schuld- und/oder Rechtsfolgenausspruch wesentlichen Umständen).

§ 267 StPO

**147. BGH 3 StR 475/17 – Beschluss vom 3. November 2017 (LG Koblenz)**

Unzureichende Begründung der Unrechtseinsicht bei paranoid-halluzinatorischer Schizophrenie des Angeklagten; Aufhebung der Steuerungsfähigkeit bei fehlender Impulskontrolle.

§ 20 StGB

**148. BGH 3 StR 483/17 – Beschluss vom 14. November 2017 (LG Koblenz)**

Begründung der Verhängung einer gleich hohen Strafe nach Aufhebung trotz wesentlicher Veränderung des Schuldumfangs.

§ 46 StGB; § 354 StPO; § 354a StPO

**149. BGH 3 StR 489/17 – Beschluss vom 14. Dezember 2017 (LG Duisburg)**

Berichtigung eines Fassungsversehens bei rechtsfehlerhaft unterbliebenem Teilfreispruch.

§ 267 StPO

**150. BGH 3 StR 507/17 – Beschluss vom 29. November 2017 (LG Mönchengladbach)**

Kein Wegfall der Zäsurwirkung einer auf Geldstrafe lautenden Vorverurteilung bei Bildung einer Gesamtgeldstrafe.

§ 53 Abs. 2 S. 2 StGB; § 55 StGB

**151. BGH 3 StR 539/17 – Beschluss vom 30. November 2017 (LG Bückeburg)**

Unzulässigkeit der verfristete eingelegten Revision; Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (unzuverlässiger Verteidiger; rechtzeitige Antragsstellung; Glaubhaftmachung; Unkenntnis gesetzlicher Vorschriften).

§ 44 StPO; § 45 StPO

**152. BGH 3 StR 558/17 – Beschluss vom 12. Dezember 2017 (LG Krefeld)**

Einziehungsanordnung bei schuldunfähigen Tätern im Sicherungsverfahren (selbständiges Einziehungsverfahren; Anforderungen an die Antragsstellung; entsprechende Geltung der Vorschriften über die Anklageerhebung).

§ 413 StPO; § 435 StPO (§ 440 StPO a.F.)

**153. BGH 5 StR 108/17 – Urteil vom 13. Dezember 2017 (LG Berlin)**

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (irgendein Stadium des Tathergangs; griffbereite Waffe; räumliche Nähe; erforderlicher Zeitaufwand zum Zugriff auf die Waffe).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

**154. BGH 5 StR 387/17 – Beschluss vom 14. November 2017 (LG Leipzig)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**155. BGH 5 StR 388/17 – Urteil vom 13. Dezember 2017 (LG Dresden)**

Rechtsfehlerfreie Ablehnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose; umfassende Würdigung der Persönlichkeit des Täters; erhebliche Straftaten).  
§ 63 StGB

**156. BGH 5 StR 395/17 – Beschluss vom 14. November 2017 (LG Saarbrücken)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Verbindung von Einzelhandlungen zur Tateinheit bei Zusammentreffen der Bezahlung einer früheren sowie der Übergabe einer neuen Lieferung; Nichterreichen des Drogenmarktes als Strafmilderungsgrund).  
§ 29 BtMG; § 46 StGB; § 52 StGB

**157. BGH 5 StR 432/17 – Beschluss vom 12. Dezember 2017 (LG Bremen)**

Anforderungen an die Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Erheblichkeit der Anlasstaten; Todesdrohungen; naheliegende Gefahr der Realisierung; Neigung zu Gewalttätigkeiten; Mitführen gefährlicher Gegenstände; Beeinträchtigung des elementaren Sicherheitsempfindens; Störung des Rechtsfriedens).  
§ 63 StGB

**158. BGH 5 StR 455/17 – Beschluss vom 30. November 2017 (LG Lübeck)**

Unbeachtlichkeit der Eingabe von Schriftsätzen in fremder Sprache beim verteidigten Angeklagten.  
§ 184 GVG; Art. 6 EMRK

**159. BGH 5 StR 465/17 – Urteil vom 10. Januar 2018 (LG Dresden)**

Verfall (Berichtigung der Verfallsanordnung wegen Schreibversehen und Additionsfehler; Wertersatz; Voraussetzungen des erweiterten Verfalls; uneingeschränkte Überzeugung vom Herrühren des Verfallsgegenstands aus rechtswidrigen Taten; vernünftige Zweifel an deliktischer Herkunft).  
§ 73 StGB; § 73a StGB a.F.; § 73d StGB a.F.

Die Anordnung des erweiterten Verfalls gemäß §§ 33 Abs. 1 Nr. 2 BtMG, 73d Abs. 1 S. 1 StGB a.F. kommt nur in Betracht, wenn das Tatgericht aufgrund erschöpfender Beweiserhebung und -würdigung die uneingeschränkte Überzeugung gewonnen hat, dass der Angeklagte die von der Anordnung erfassten Gegenstände aus rechtswidrigen Taten erlangt hat, ohne dass diese selbst im Einzelnen festgestellt werden müssten. Begründen dagegen bestimmte Tatsachen die nicht nur theoretische Möglichkeit, dass Vermögensgegenstände des Täters aus anderen Quellen als aus rechtswidrigen Taten stammen und verbleiben deshalb vernünftige Zweifel an ihrer deliktischen Herkunft, steht dies der Anordnung des erweiterten Verfalls der Gegenstände entgegen.

**160. BGH 5 StR 476/17 – Beschluss vom 12. Dezember 2017 (LG Itzehoe)**

Nicht tragfähig ausgeschlossener Rücktritt vom Totschlagsversuch (unbeendeter/beendeter Versuch; Rücktrittshorizont; fehlgeschlagener Versuch).  
§ 24 StGB

**161. BGH 5 StR 480/17 – Beschluss vom 28. November 2017 (LG Cottbus)**

Mord (niedrige Beweggründe; subjektive Seite; Vorstellungen der Rechtsgemeinschaft der Bundesrepublik Deutschland; anderer Kulturkreis).  
§ 211 StGB

**162. BGH 5 StR 481/17 – Beschluss vom 14. November 2017 (LG Leipzig)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**163. BGH 5 StR 494/17 (alt: 5 StR 199/15) – Beschluss vom 15. November 2017 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**164. BGH 5 StR 497/17 – Beschluss vom 14. November 2017 (LG Kiel)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**165. BGH 5 StR 504/17 – Beschluss vom 14. November 2017 (LG Leipzig)**

Ausgleich für die Nichterstattung erfüllter Bewährungsauflagen durch eine die Strafvollstreckung der Gesamtfreiheitsstrafe verkürzende Anrechnung.  
§ 55 StGB; § 56 StGB

**166. BGH 5 StR 508/17 – Beschluss vom 29. November 2017 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**167. BGH 5 StR 510/17 – Beschluss vom 27. November 2017 (LG Hamburg)**

Reihenfolge der Einstellung vertypter Milderungsgründe bei der Prüfung eines minder schweren Falles der schweren Körperverletzung.  
§ 226 Abs. 3 StGB; § 21 StGB; § 49 StGB

**168. BGH 5 StR 518/17 – Beschluss vom 15. November 2017 (LG Berlin)**

Sexuelle Belästigung (Vorstellungsbild des Angeklagten hinsichtlich des belästigenden Charakters seiner Handlungen; ursprünglich konsentiertere sexuelle Handlungen; nicht erkennbare Willensänderung).  
§ 184i StGB

**169. BGH 5 StR 519/17 – Beschluss vom 14. November 2017 (LG Cottbus)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.  
§ 349 Abs. 2 StPO

**170. BGH 5 StR 528/17 – Beschluss vom 28. November 2017 (LG Görlitz)**

Vorabentscheidung des Revisionsgerichts über einen Teil der Schuld- und Strafaussprüche; Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**171. BGH 5 StR 542/17 – Beschluss vom 27. November 2017 (LG Itzehoe)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**172. BGH 5 StR 548/17 – Beschluss vom 28. November 2017 (LG Dresden)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**173. BGH StB 18/17 – Beschluss vom 14. Dezember 2017 (OLG München)**

Keine Unterstützung einer terroristischen Vereinigung durch Übergabe von Geld- und Sachmitteln (Förderung des Organisationszusammenhalts; Festigung der Gefährlichkeit; verselbständigte Beihilfe zur Mitgliedschaft; objektive Nützlichkeit für die Organisation; kein messbarer Nutzen erforderlich; psychische Förderung des Tatentschlusses).

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 25 StGB; § 27 StGB

**174. BGH 1 StR 261/17 – Urteil vom 21. November 2017 (LG Bamberg)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Umgang mit vorherigen, widerlegten Einlassungen des Angeklagten; revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 261 StPO

**175. BGH 1 StR 310/16 – Beschluss vom 25. Oktober 2017 (LG Rostock)**

Vorenthalten von Arbeitsentgelt (Darstellung der geschuldeten Arbeitnehmerbeiträge im Urteil: Wiedergabe der Berechnungsgrundlagen und der Berechnungen, entsprechende Anwendung der Grundsätze zur Steuerhinterziehung); Tatmehrheit (Entklammerung einer minderschweren Dauerstraftat durch schwere Begleitattaten: Erwerbstätigkeit von Ausländern ohne Genehmigung in größerem Umfang).

§ 266a Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StPO; § 53 Abs. 1 StGB; § 11 Abs. 1 Nr. 1 SchwarzArbG

**176. BGH 1 StR 320/17 – Urteil vom 7. Dezember 2017 (LG Tübingen)**

Rechtsstaatswidrige Tatprovokation (Voraussetzungen: stimulierende Einwirkung mit einiger Erheblichkeit, erforderliche Gesamtabwägung der Umstände; Rechtsfolge: Möglichkeit eines Verfahrenshindernis); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Voraussetzungen: symptomatischer Zusammenhang zwischen Hand und Tat, keine verminderte Schuldfähigkeit erforderlich).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; § 64 StGB; § 21 StGB

**177. BGH 1 StR 387/17 – Beschluss vom 8. November 2017 (LG Aschaffenburg)**

Betrug (Bestimmung des Vermögensschadens bei Anlagegeschäften); tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 261 StPO

**178. BGH 1 StR 410/17 – Beschluss vom 11. Oktober 2017 (LG Karlsruhe)**

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen).

§ 64 StGB

**179. BGH 1 StR 416/17 – Urteil vom 5. Dezember 2017 (LG Regensburg)**

Umfang eines Rechtsmittels (Beschränkung der Revision auf einzelne, tatmehrheitliche Verurteilungen: keine widersprechenden Urteilsgründe bei alkoholbedingter eingeschränkter Steuerungsfähigkeit und zeitlich nah beieinanderliegenden Taten); Tötungsvorsatz (dolus eventualis: freie Beweiswürdigung des Tatrichters, besonders gefährliche Tathandlungen, Bedeutung der Hemmschwellentheorie; Verständnis des Zweifelssatzes).

§ 344 Abs. 1 StPO; § 53 StGB; § 21 StGB; § 212 Abs. 1 StGB; § 15 StGB

**180. BGH 1 StR 426/17 – Beschluss vom 25. Oktober 2017 (LG Hof)**

Gewerbsmäßiges Einschleusen von Ausländern (Doppelverwertungsverbot); Aufenthalt sog. sichtvermerksfreier Drittstaaten (gewöhnlicher Aufenthalt; Wohnsitz).

§ 96 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 AufenthG; § 46 Abs. 3 StGB; Art. 20 SDÜ

**181. BGH 1 StR 447/14 – Urteil vom 10. Oktober 2017 (LG Hamburg)**

BGHSt; strafrechtliches Analogieverbot (Reichweite bei Blanketttatbeständen; Grenze des möglichen Wortlauts); strafrechtliches Bestimmtheitsgebot (verringerte Anforderungen bei Adressaten mit Fachwissen); Steuerhinterziehung (Blanketttatbestand; normatives Tatbestandsmerkmal; Möglichkeit des wiederholten Erfolgseintritts); Beihilfe zur Steuerhinterziehung (Vorliegen eines besonders schweren Falls: Bedeutung des Hinterziehungsbetrags für die Annahme eines besonders schweren Falls, 50.000 €-Grenze; Beihilfe durch berufstypisches Verhalten; Abgabe falscher Steuererklärungen durch Steuerberater)

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 49 Abs. 1 EUGRCh; Art. 7 EMRK; § 370 Abs. 1 AO; § 3a Abs. 4 Nr. 1 UStG

**182. BGH 2 StR 118/16 – Urteil vom 25. Oktober 2017 (LG Frankfurt a. M.)**

Notwehr (Erforderlichkeit eines sofortigen, lebensgefährlichen Messereinsatzes); Alkoholbedingte Schuldunfähigkeit (Fehlen von Berechnungsgrundlagen für die Bestimmung der Blutalkoholkonzentration: zulässige Annahme voller Schuldfähigkeit).

§ 32 Abs. 1 StGB; § 20 StGB

**183. BGH 2 StR 128/17 – Urteil vom 15. November 2017 (LG Wiesbaden)**

Zulässigkeit legendierter Ermittlungsmaßnahmen (Verwertbarkeit der Ergebnisse einer zollrechtlich rechtmäßigen Durchsuchung bei Bestehen eines Anfangsverdachts).

§ 10 Abs. 3 ZollVG; § 102 StPO; § 105 StPO

**184. BGH 2 StR 219/15 – Urteil vom 4. Oktober 2017 (LG Gießen)**

Sexueller Missbrauch von Kindern (Strafzumessung: zeitlicher Abstand zwischen Tat und Urteil); tatrichterliche Beweiswürdigung (Erforderlichkeit eines aussagepsychologischen Sachverständigengutachtens; erforderliche Darstellung bei Sexualdelikten: Entstehung einer Zeugenaussage).

§ 176 StGB; § 46 Abs. 1 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

**185. BGH 2 StR 230/17 – Urteil vom 13. Dezember 2017 (LG Rostock)**

Schwere Körperverletzung (erforderliche Vorstellung des Täters für die wissenschaftliche Verursachung der schweren Folge); Revision des Nebenklägers (Umfang); Tötungsvorsatz (erforderliche tatrichterliche Beweiswürdigung bei Tötungseventualvorsatz).

§ 226 Abs. 2 StGB; § 344 Abs. 1 StPO; § 400 StPO; § 212 StGB; § 15 StGB

**186. BGH 2 StR 271/17 – Urteil vom 29. November 2017 (LG Frankfurt a. M.)**

Verfall (Anwendbarkeit des alten Rechts bei Absehen von Verfallsanordnung; keine Anordnung des Verfalls bei reiner Drittbegünstigung; Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Begünstigte, Ausnahmen).

§ 73 Abs. 1, Abs. 3 StGB aF; § 316h EGStGB; § 14 EGStPO

**187. BGH 2 StR 273/17 – Beschluss vom 13. Dezember 2017 (LG Schwerin)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (erforderliche Darstellungen in Aussage-gegen-Aussage-Konstellationen).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO

**188. BGH 2 StR 375/17 – Beschluss vom 21. November 2017 (LG Stralsund)**

Schuldunfähigkeit (erforderliche zweistufige Prüfung in Bezug auf die konkrete Tat).

§ 20 StGB; § 21 StGB

**189. BGH 2 StR 74/17 – Urteil vom 15. November 2017 (LG Aachen)**

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Begriff des Mitführens einer Schusswaffe; Strafzumessung: kein Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot bei strafschärfender Berücksichtigung der über den Grenzwert der geringen Menge hinausgehenden Betäubungsmittelmenge).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 46 Abs. 2 StGB

**190. BGH 2 StR 414/17 – Beschluss vom 12. Dezember 2017 (LG Gießen)**

Schuldunfähigkeit (erforderliche zweistufige Prüfung; naheliegende zumindest verminderte Schuldfähigkeit bei Vorliegen einer anderen seelischen Abartigkeit; Pädophilie als andere seelische Abartigkeit: erforderliche Gesamtbetrachtung).

§ 20 StGB; § 21 StGB

**191. BGH 2 StR 415/17 – Beschluss vom 2. November 2017 (LG Rostock)**

Beleidigung (verfassungsrechtlich gebotene Konturierung des Tatbestandes; sexuell motivierte Äußerungen als Beleidigung); sexueller Missbrauch eines Kindes (Ein-

wirken auf das Kind durch entsprechende Reden: nur Äußerungen, die nach Art und Intensität pornographischem Material entsprechen).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 185 StGB; § 176 Abs. 4 Nr. 4 StGB

**192. BGH 2 StR 456/16 – Urteil vom 23. August 2017 (LG Fulda)**

Anklageschrift (Umgrenzungsfunktion: erhöhte Anforderung bei besonderen Tatbeständen, Untreue; keine Korrektur der Anklageschrift durch das Gericht); Insolvenzverschleppung (Pflichten des Geschäftsführers bei Krisenanzeichen; Begriff der Überschuldung); tatrichterliche Kognitionspflicht (Begriff der prozessualen Tat).

§ 200 Abs. 1 StPO; § 266 Abs. 1 StGB; § 15a InsO; § 15 InsO; § 264 StPO

**193. BGH 2 ARs 541/17 (2 AR 341/17) – Beschluss vom 13. Dezember 2017**

Nachträgliche Entscheidung über den Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung (zuständiges Gericht: Vollstreckung von Organisationshaft).

§ 453 StPO; § 462 Abs. 1 StPO; § 463 Abs. 1 StPO

Der sachlichen Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer steht nicht entgegen, dass gegen den Verurteilten Organisationshaft vollstreckt wird. Denn die Organisationshaft ist zunächst schlichte Strafhaft. Bei der Organisationshaft, deren Dauer regelmäßig zunächst nicht feststeht, handelt es sich auch nicht um eine kurzfristige vorübergehende Aufnahme, die als solche nicht zuständigkeitsbegründend wirken kann (vgl. BGH StraFo 2017, 86). Die anerkannten Beispiele einer kurzfristigen vorübergehenden Aufnahme wie etwa die Verschiebung, die Wahrnehmung eines Gerichtstermins oder eine ärztliche Untersuchung sind mit der typischerweise mehrere Wochen dauernden und hinsichtlich ihres Endes zunächst nicht fixierten Organisationshaft nicht vergleichbar.

**194. BGH 4 StR 204/17 – Beschluss vom 14. September 2017 (LG Konstanz)**

Betrug (Konkurrenzverhältnis zum vorherigen Diebstahl beim Verkauf gestohlener Gegenstände: Tatmehrheit).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 242 Abs. 1 StGB; § 53 Abs. 1 StGB

**195. BGH 4 StR 204/17 – Beschluss vom 14. September 2017 (LG Konstanz)**

Bandenhehlerei (Bande aus Dieben und Hehlern).

§ 259 Abs. 1 StGB; § 260 Abs. 1 StGB

**196. BGH 4 StR 204/17 – Beschluss vom 14. September 2017 (LG Konstanz)**

Gewerbs- und bandenmäßiger Betrug.

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB

**197. BGH 4 StR 204/17 – Beschluss vom 14. September 2017 (LG Konstanz)**

Betrug (Konkurrenzverhältnis zum vorherigen Diebstahl beim Verkauf gestohlener Gegenstände: Tatmehrheit).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 242 Abs. 1 StGB; § 53 Abs. 1 StGB

**198. BGH 4 StR 219/17 – Beschluss vom 23. November 2017 (LG Bielefeld)**

Totschlag (Konkurrenzverhältnis zu Körperverletzungsdelikten: Gesetzeskonkurrenz auch bei natürlicher Hand-

lungseinheit; Vorsatz: erforderliche Gesamtbetrachtung); tatrichterliche Beweiswürdigung (erforderliche Darstellungen im Urteil: molekulargenetische Vergleichsuntersuchung); Mittäterschaft (Tateinheit: gesonderte Betrachtung für jeden Mittäter)

§ 212 Abs. 1 StGB; §§ 223 ff StGB; § 15 StGB; § 261 StPO; § 267 Abs. 1 StPO; § 25 Abs. 2 StGB; § 52 StGB

**199. BGH 4 StR 240/17 – Beschluss vom 28. September 2017 (LG Bielefeld)**

BGHSt; Ausschluss der Öffentlichkeit während der Schlussvorträge (Ausschluss für alle Schlussvorträge); teilweiser Vorwegvollzug der Strafe vor der Maßregel (Berechnung des vorweg zu vollstreckenden Strafteils). § 171b Abs. 3 Satz 2 StGB; § 64 StGB; § 67 StGB

**200. BGH 4 StR 327/17 – Beschluss vom 7. November 2017 (LG Landau)**

Mord (niedrige Beweggründe: Verhältnis zu anderen Mordmerkmalen; Heimtücke bei Arg- und Wehrlosigkeit nur vor Vornahme der unmittelbaren Tötungshandlung).

§ 211 StGB

**201. BGH 4 StR 389/17 – Beschluss vom 5. Dezember 2017 (LG Bielefeld)**

Besitz von Dopingmitteln (Begriff des Sports; Verfassungsmäßigkeit).

Art. 103 Abs. 2 GG; § 4 Abs. 1 Nr. 3 AntiDopG; § 2 Abs. 2 AntiDopG

**202. BGH 4 StR 477/17 – Beschluss vom 23. November 2017 (LG Münster)**

Reihenfolge der Vollstreckung bei gleichzeitiger Anordnung von Strafe und Maßregel (Entscheidung auch bei Bildung einer nachträglichen Gesamtstrafe und Aufrechterhaltung einer Maßregelanordnung).

§ 67 Abs. 2 StGB; § 55 Abs. 2 StGB

Die Entscheidung über die Vollstreckungsreihenfolge gemäß § 67 Abs. 2 StGB obliegt dem Tatrichter im Erkenntnisverfahren auch dann, wenn im Rahmen der nachträglichen Gesamtstrafenbildung eine Unterbringung in einer Entziehungsanstalt lediglich aufrechterhalten wird.

**203. BGH 4 StR 483/17 – Beschluss vom 19. Dezember 2017 (LG Duisburg)**

Gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr zur Verdeckung einer Straftat (Begriff der Verdeckungsabsicht: keine Verdeckungsabsicht, wenn der Täter sich in erster Linie der Festnahme entziehen will).

§ 315 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 lit. b) StGB; § 315b StGB