

## 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

Prof. Dr. Stefanie Bock/Wiss. Mit. Nicolai Bülte, Marburg – **Die Strafbarkeit von Leichenschändungen nach dem VStGB und die Herausforderungen einer völkerrechtskonformen Auslegung** (Anmerkung zu BGH HRRS 2017 Nr. 997) S. 100

Dr. Niels Kaltenhäuser, Leipzig – **Privilegierung aufgrund Alters?** S. 104

Hao-Hao Wu, München – **Einsichtnahme des Verteidigers in Aufzeichnungen aus einer Telekommunikationsüberwachung** S. 108

## Entscheidungen

BVerfG **Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener**

BVerfG **Auslieferung an Rumänien**

BGHSt **Vorsatz bei Straßenrennen in Innenstädten**

BGHR **Absehen von der Entscheidung über den Vorwegvollzug der Strafe**

BGHR **Unverzüglichkeitsgebot und Ablehnung von Sachverständigen**

BGHR **Anklageschrift bei § 266a StGB und § 370 AO**

BGH **Feststellungsanforderungen bei massenhaften Betrugsvorwürfen**

BGH **Auffälliges Missverhältnis im Sinne des § 10 Abs. 1 SchwarzArbG**

Die Ausgabe umfasst 88 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, März 2018, Ausgabe

3

Rechtsprechung

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

### **204. BVerfG 1 BvR 2465/13 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 24. Januar 2018 (Kammergericht / LG Berlin)**

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener (Werturteile; Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und betroffenem Rechtsgut; erhöhtes Gewicht von Beiträgen zur öffentlichen Meinungsbildung; Beachtung des Kontextes bei der Auslegung von Äußerungen; Kritik an der strafrechtlichen Rehabilitierung eines in der ehemaligen DDR Verurteilten als zulässige Kritik am Umgang der Bundesrepublik mit der DDR-Vergangenheit; Persönlichkeitsschutz nur hinsichtlich des fortwirkenden personalisierten Geltungsanspruchs des Verstorbenen, nicht seiner historischen Handlungen).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 189 StGB; § 193 StGB

1. Äußert der Betreiber einer Internetseite Kritik an der strafrechtlichen Rehabilitierung eines im Jahre 1952 nach dem Strafrecht der ehemaligen DDR wegen der Planung von Anschlägen zum Tode Verurteilten, den er unter anderem als „Banditen“ und „Anführer einer terroristischen Vereinigung“ bezeichnet, so verletzt eine darauf gestützte Verurteilung wegen Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener die Meinungsfreiheit, wenn das Strafgericht nicht berücksichtigt, dass die Äußerungen nicht vorrangig darauf zielten, den Verstorbenen verächtlich zu machen, sondern ersichtlich darauf gerichtet waren, den aus Sicht des Betroffenen voreingenommenen Umgang der Bundesrepublik mit der DDR-Vergangenheit und dem gegen die DDR gerichteten Widerstand anzuprangern.

2. Der Schutz des § 189 StGB zielt auf den fortwirkenden personalisierten Geltungsanspruch eines Verstorbenen, nicht hingegen auf eine ausgewogene politische Bewertung seiner historischen Handlungen als solcher. Das Strafgericht verkennt daher das Gewicht des Persönlichkeitsrechts eines Verstorbenen, wenn es nicht berücksichtigt, dass dieser durch eine ihn herabwürdigende Äußerung im Wesentlichen nur noch als historische Figur betroffen ist.

3. Werturteile, die durch Elemente der Stellungnahme und des Dafürhaltens gekennzeichnet sind, unterfallen der Meinungsfreiheit. Der Schutzbereich des Grundrechts ist unabhängig davon eröffnet, ob die Äußerungen sich als wahr oder unwahr erweisen, ob sie begründet oder grundlos, emotional oder rational sind.

4. Steht ein Äußerungsdelikt in Frage, so verlangt Art. 5 Abs. 1 GG eine Gewichtung der Meinungsfreiheit des sich Äußernden einerseits und des durch die Äußerung betroffenen Rechtsguts andererseits. Dessen Schutz tritt umso mehr zurück, je weniger es sich um eine unmittelbar gegen das Rechtsgut gerichtete private Äußerung in Verfolgung eigennütziger Ziele handelt und je mehr der Äußernde einen Beitrag zu einer die Öffentlichkeit wesentlich berührenden Frage leisten will.

5. Bei Äußerungsdelikten kann eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts auch dadurch begründet sein, dass der Sinn der Äußerung nicht zutreffend erfasst worden ist. Die Äußerung muss unter Einbeziehung ihres Kontextes ausgelegt und es darf ihr kein Sinn zugemessen werden, den sie objektiv nicht haben kann. Bei mehrdeutigen Äußerungen müssen andere mögliche Deutungen mit schlüssigen Gründen ausgeschlossen werden, bevor man die zur Verurteilung führende Bedeutung zugrunde legt.

6. Die Strafvorschrift des § 189 StGB schützt den allgemeinen Achtungsanspruch des Verstorbenen, der insbesondere davor bewahrt werden soll, herabgewürdigt oder erniedrigt zu werden, sowie den sittlichen, personalen und sozialen Geltungswert, den der Verstorbene durch seine Lebensleistung erworben hat. Dabei schwindet das Schutzbedürfnis in dem Maße, in dem die Erinnerung an den Verstorbenen verblasst. Zudem reicht der Achtungsanspruch jedenfalls nicht weiter als der Ehrschutz lebender Personen.

#### **205. BVerfG 2 BvR 37/18 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 12. Januar 2018 (Schleswig-Holsteinisches OLG)**

Einstweilige Anordnung gegen eine Auslieferung an Rumänien zum Zwecke der Strafvollstreckung aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Mindestanforderungen an die Haftbedingungen im ersuchenden Staat; Recht auf den gesetzlichen Richter und Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof; Folgenabwägung zugunsten des Verfolgten bei drohender Unterschreitung des unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutzes); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (erhöhte Darlegungsanforderungen zur Aktivierung der Identitätskontrolle im Auslieferungsverkehr innerhalb der Europäischen Union).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 92 BVerfGG; Art. 267 Abs. 3 AEUV; Art. 4 GRCh; Art. 3 EMRK

1. Ein Oberlandesgericht verletzt möglicherweise das Recht auf den gesetzlichen Richter, wenn es eine Auslieferung nach Rumänien für zulässig erklärt, wo dem Verfolgten in einem Gemeinschaftsraum lediglich 2 m<sup>2</sup> an persönlicher Bodenfläche zur Verfügung stehen würden. Insoweit ist eine Vorlage an den EuGH zu erwägen, weil in dessen bisheriger Rechtsprechung nicht abschließend geklärt ist, nach welchen Maßstäben die Haftbedingungen im ersuchenden Staat konventionsrechtlich und unionsgrundrechtlich zu bewerten sind (Bezugnahme auf BVerfG, Beschluss vom 19. Dezember 2017 – 2 BvR 424/17 – [= HRRS 2018 Nr. 92]).

2. Eine Auslieferung zum Zwecke der Strafverfolgung ist einstweilen auszusetzen, wenn dem Verfolgten im ersuchenden Staat eine Unterbringung unter Haftbedingungen droht, die möglicherweise seinen aus der Menschenwürdegarantie folgenden Achtungsanspruch verletzen.

3. Die strengen Voraussetzungen für eine Aktivierung der Identitätskontrolle im Auslieferungsverkehr der Bundesrepublik mit anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union (vgl. BVerfGE 140, 317 ff. [= HRRS 2016 Nr. 100]) schlagen sich in erhöhten Zulässigkeitsanforderungen an entsprechende Verfassungsbeschwerden nieder. Mit Blick auf die Haftraumgröße muss im Einzelnen substantiiert und unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH und des EGMR dargelegt werden, weshalb die Menschenwürde des Verfolgten im Falle seiner Auslieferung gefährdet wäre.

#### **206. BVerfG 2 BvR 1362/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 25. Januar 2018 (LG München I)**

Anspruch auf rechtliches Gehör in einem Ermittlungsverfahren wegen wettbewerbsbeschränkender Rabatte bei der Vermarktung von Werbezeiten (Einsicht in die Ermittlungsakten durch einen konkurrierenden Fernsehveranstalter; Abänderung einer Entscheidung zum Nachteil des durch diese Begünstigten nur nach Gewährung rechtlichen Gehörs; Umfang des Äußerungsrechts wie bei Beteiligten in erster Instanz; Gehörsanspruch bereits bei unmittelbarer rechtlicher Betroffenheit von einer Gerichtsentscheidung; Verletzteneigenschaft als Voraussetzung nur des Akteneinsichtsrechts, nicht des Gehörsanspruchs); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Beginn der Monatsfrist erst mit Abschluss eines Anhörungsrügeverfahrens; Statthaftigkeit der Beschwerde gegen eine Entscheidung über die Anhörungsrüge).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 93 Abs. 1 BVerfGG; § 308 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 406e Abs. 1 StPO; § 475 Abs. 2 StPO; § 299 StGB

1. Will ein Gericht eine Entscheidung abändern und greift es dadurch in die Rechtsstellung des durch die Entscheidung Begünstigten ein, so muss dieser Gelegenheit erhalten, sich in Kenntnis der dem Gericht vorliegenden Stellungnahme der Gegenseite umfassend zur

Sach- und Rechtslage zu äußern. Der Umfang des Äußerungsanspruchs entspricht in diesem Fall dem eines vom Gericht noch nicht angehörten Beteiligten in erster Instanz und hängt nicht davon ab, ob neue Tatsachen oder Beweisergebnisse vorhanden sind. Diese Vorgaben finden ihren Niederschlag in § 308 Abs. 1 Satz 1 StPO.

2. Weist das Beschwerdegericht in einem Ermittlungsverfahren wegen wettbewerbsbeschränkender Rabatte bei der Vermarktung von Werbezeiten auf die Beschwerde des Beschuldigten den von der Vorinstanz teilweise bewilligten Akteneinsichtsanspruch eines konkurrierenden Fernsehveranstalters vollständig zurück, so verletzt es dessen Anspruch auf rechtliches Gehör, wenn es ihm nicht zuvor das Beschwerdevorbringen des Beschuldigten zur Kenntnis gegeben hat.

3. Dabei ist ohne Bedeutung, ob der Fernsehveranstalter Verletzter im Sinne des § 406e Abs. 1 StPO ist. Die Verletzeneigenschaft ist zwar Voraussetzung für ein Akteneinsichtsrecht; sie bestimmt jedoch nicht das hierbei zu beachtende Verfahren. Anspruch auf rechtliches Gehör

hat vielmehr jeder, der an einem gerichtlichen Verfahren beteiligt ist oder unmittelbar rechtlich von dem Verfahren betroffen wird und dem gegenüber die Entscheidung materiell-rechtliche Wirkung entfaltet.

4. Für den Lauf der Monatsfrist zur Erhebung der Verfassungsbeschwerde kommt es auf die den Rechtsweg abschließende Entscheidung an. Zum Rechtsweg gehört grundsätzlich auch die Erhebung einer Anhöhrungsrüge, soweit diese nicht aussichtslos ist. Ist gegen die auf die Anhöhrungsrüge ergangene Entscheidung die Beschwerde statthaft, so ist auch das Beschwerdeverfahren durchzuführen.

5. Entscheidungen nach den §§ 33a, 311a StPO sind mit der Beschwerde anfechtbar, wenn die nachträgliche Gewährung des rechtlichen Gehörs versagt wird. Hiervon ist auszugehen, wenn das über die Gehörsrüge befindende Gericht zwar erneut eine Sachentscheidung trifft, ohne jedoch dem Beschwerdeführer zuvor die Schriftsätze der Gegenseite ihrem vollen Inhalt nach bekannt gemacht und Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben zu haben.

## Rechtsprechung

## Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**289. BGH 4 StR 399/17 – Urteil vom 1. März 2018 (LG Berlin)**

BGHSt; Tötungsvorsatz (bedingter Tötungsvorsatz bei riskanten, eigengefährdenden Verhaltensweisen im Straßenverkehr: erforderliche Gesamtbetrachtung des Einzelfalls, vom Täter erkannte Selbstgefährdung als Indiz gegen einen Tötungsvorsatz, keine Erfahrungs- oder Rechtssätze zum Vorstellungsbild bestimmter Personengruppen, hier: Berliner Raser-Fall; Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit; Zeitpunkt des Tatentschlusses: bei Vornahme der erfolgsursächlichen Handlungen, kein strafbarer dolus subsequens); Mittäterschaft (erforderlicher gemeinsamer Tatentschluss zum konkreten Delikt); Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis (Bemessung der Sperrfrist: Berücksichtigung von Dauer und Wirkung des Strafvollzugs infolge einer Freiheitsstrafe).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 69a StGB

1. Zur Bedeutung der Eigengefährdung für das Vorliegen von bedingtem Tötungsvorsatz bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr. (BGHSt)

2. Zwar gibt es keine Regel, wonach es einem Tötungsvorsatz entgegensteht, dass mit der Vornahme einer fremdgefährdenden Handlung auch eine Eigengefähr-

dung einhergeht (vgl. BGH NStZ 2000, 583, 584). Bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr, die nicht von vornherein auf die Verletzung einer anderen Person oder die Herbeiführung eines Unfalls angelegt sind, kann aber eine vom Täter als solche erkannte Eigengefährdung dafür sprechen, dass er auf einen guten Ausgang vertraut hat. (Bearbeiter)

3. Dementsprechend muss sich der Tatrichter beim Vorliegen einer solchen Konstellation einzelfallbezogen damit auseinandersetzen, ob und in welchem Umfang aus Sicht des Täters aufgrund seines Verhaltens eine Gefahr (auch) für seine eigene körperliche Integrität drohte. Hierfür können sich wesentliche Indizien aus den objektiven Tatumständen ergeben, namentlich dem täterseitig genutzten Verkehrsmittel und den konkret drohenden Unfallszenarien. So kann es sich etwa unterschiedlich auf das Vorstellungsbild des Täters zu seiner Eigengefährdung auswirken, ob er sich selbst in einem Pkw oder auf einem Motorrad befindet und ob Kollisionen mit Fußgängern oder Radfahrern oder mit anderen Pkw oder gar Lkw drohen. (Bearbeiter)

4. Einen Erfahrungssatz, nach dem sich ein bestimmter Typ Autofahrer in einer bestimmten Art von Kraftfahrzeug grundsätzlich sicher fühlt und jegliches Risiko für die eigene Unversehrtheit ausblendet, gibt es nicht. (Bearbeiter)

5. Die Feststellung, ob ein Angeklagter vorsätzlich gehandelt hat, ist Tatfrage und obliegt allein dem Tatrichter (vgl. BGH NStZ 2016, 668, 669 f.). Diese Prüfung hat stets einzelfallbezogen zu erfolgen und lässt eine generalisierende Betrachtung – etwa in Gestalt von Rechts- oder Erfahrungssätzen, denen zufolge bei einem bestimmten Personenkreis oder einer bestimmten Vorgehensweise grundsätzlich eine vorsätzliche Tatbegehung zu bejahen oder zu verneinen sei – nicht zu (vgl. BGH NStZ 2006, 446). Dies gilt auch für den Personenkreis der „Raser“ bzw. „die Angehörigen der Raserszene“; auch dieser Personenkreis ist im Hinblick auf die Frage des Vorliegens oder auch des Fehlens eines (Tötungs-)Vorsatzes einer kategorialen Zuordnung über den Einzelfall hinaus nicht zugänglich. (Bearbeiter)

6. Aus der Notwendigkeit, dass der Vorsatz bei Begehung der Tat vorliegen muss, folgt, dass sich wegen eines vorsätzlichen Delikts nur strafbar macht, wer ab Entstehen des Tatentschlusses noch eine Handlung vornimmt, die in der vorgestellten oder für möglich gehaltenen Weise den tatbestandlichen Erfolg herbeiführt oder eine gebotene Handlung unterlässt, bei deren Vornahme der Unfall vermieden würde. An einem strafbaren Unterlassen einer gebotenen Handlung fehlt es auch dann, wenn im Zeitpunkt der Entstehung des Tatentschlusses eine erfolgsabwendende Handlung nicht mehr möglich war. (Bearbeiter)

7. Die Prüfung, ob Vorsatz oder (bewusste) Fahrlässigkeit vorliegt, erfordert insbesondere bei Tötungs- oder Körperverletzungsdelikten eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände, wobei es vor allem bei der Würdigung des voluntativen Vorsatzelements regelmäßig erforderlich ist, dass sich der Tatrichter mit der Persönlichkeit des Täters auseinandersetzt und dessen psychische Verfassung bei der Tatbegehung, seine Motivation und die für das Tatgeschehen bedeutsamen Umstände – insbesondere die konkrete Angriffsweise – mit in Betracht zieht (vgl. BGH NStZ-RR 2016, 79, 80). Dabei ist die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung wesentlicher Indikator sowohl für das Wissens- als auch für das Willenselement des bedingten Vorsatzes (vgl. BGH NStZ-RR 2013, 242, 243). Die Gefährlichkeit der Tathandlung und der Grad der Wahrscheinlichkeit eines Erfolgseintritts sind jedoch keine allein maßgeblichen

Kriterien für die Entscheidung, ob ein Angeklagter mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat; vielmehr kommt es auch bei in hohem Maße gefährlichen Handlungen auf die Umstände des Einzelfalles an (vgl. BGH NStZ 2006, 446). Dabei hat der Tatrichter die im Einzelfall in Betracht kommenden, einen Vorsatz in Frage stellenden Umstände in seine Erwägungen einzubeziehen (vgl. BGH NStZ 2015, 516, 517). (Bearbeiter)

8. Bezugspunkt des Tatentschlusses bzw. des Tatplans ist gemäß § 25 Abs. 2 StGB stets die konkrete Straftat. Für die Annahme eines mittäterschaftlich begangenen Tötungsdelikts reicht es deshalb nicht aus, dass sich die Täter lediglich zu einem gemeinsamen Unternehmen entschließen, durch das ein Mensch zu Tode kommt. (Bearbeiter)

### 227. BGH 5 StR 541/17 – Beschluss vom 9. Januar 2018 (LG Berlin)

Einwilligungsfähigkeit bei Minderjährigen (gefährliche Körperverletzung; Altersgrenze; Schwere der drohenden Beeinträchtigung; Absehbarkeit der Folgen; abstrakt lebensgefährliche Würgehandlungen); Berücksichtigung erlittener Beeinträchtigungen des Opfers bei Tatserien im Rahmen der Strafzumessung (Einzelstrafen; Gesamtstrafenbildung).

§ 46 StGB; § 54 StGB; § 223 StGB; § 224 StGB; § 228 StGB

Einwilligungsfähig ist, wer nach seiner geistigen und sittlichen Reife imstande ist, Bedeutung und Tragweite des konsentierten Rechtsgutsangriffs zu erkennen und sachgerecht zu beurteilen, wobei umso strengere Anforderungen zu stellen sind, je gewichtiger der Angriff ist und je schwerer seine Folgen abzusehen sind. Dass einem zehn bzw. zwölf Jahre alten Kind das demnach erforderliche Urteilsvermögen in Bezug auf vom Täter nicht vollständig kontrollierbare und damit zumindest abstrakt lebensgefährliche Würgehandlungen fehlt, liegt regelmäßig auf der Hand. Es kann daher offenbleiben, ob Einwilligungsfähigkeit in Bezug auf geringer wiegende Beeinträchtigungen der körperlichen Unversehrtheit auch unterhalb der Altersgrenze von 14 Jahren gegeben sein kann.

## Rechtsprechung

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

### 207. BGH 3 StR 211/17 – Urteil vom 19. Oktober 2017 (KG Berlin)

Gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichtete geheimdienstliche Tätigkeit (Ausforschung von legal im Bundesgebiet aufhältigen Ausländern; Sympathisieren mit extremistischen oder terroristischen Organisationen; Mitglieder und Unterstützer ausländischer terroristischer Organisationen; mit internationalem Haftbe-

fehl gesuchte Führungsmitglieder; wertende Gesamtbetrachtung; Verwirklichung weiterer Straftatbestände durch die Agententätigkeit); Verrat von Dienstgeheimnissen durch Weitergabe von im allgemeinen Datenbestand des Ausländerzentralregisters und in der Visadatei gespeicherten Daten (dienstrechtliche Verschwiegenheitspflicht; kein Auskunftsrecht für Jedermann; Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen).

§ 99 StGB; § 353b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB

1. Die Ausforschungsbemühungen eines fremden Geheimdienstes gegen legal im Bundesgebiet aufhältige Ausländer sind in der Regel dazu geeignet, bei den Betroffenen Angst vor Repressionen auszulösen und so den ihnen zustehenden Freiraum für politisches und gesellschaftliches Engagement einzuengen. Das läuft den Interessen der Bundesrepublik Deutschland zuwider, die gehalten ist, den hier unter dem Schutz des Grundgesetzes lebenden und sich betätigenden Ausländern diesen Schutz auch zu gewähren.

2. Der Umstand, dass Personen mit extremistischen Organisationen oder gar terroristischen Vereinigungen sympathisieren, ist für sich genommen nicht strafbar. Ihre Ausforschung durch einen ausländischen Geheimdienst stellt sich damit nicht als eine Aufgabe dar, deren Erfüllung auch der Bundesrepublik Deutschland obläge. Auch insoweit wird die Agententätigkeit daher gegen die Interessen der Bundesrepublik Deutschland ausgeübt.

3. Das Tatbestandsmerkmal „gegen die Bundesrepublik Deutschland“ ist auch dann nicht ohne Weiteres erfüllt, wenn sich Ausforschungsbemühungen gegen Mitglieder oder Unterstützer einer durch die Europäische Union gelisteten ausländischen terroristischen Vereinigung richten, insbesondere gegen Führungsmitglieder, die mit internationalem Haftbefehl gesucht werden. Insofern gilt:

a) Ein Handeln gegen die Interessen der Bundesrepublik erfordert in diesen Fällen eine Spionagetätigkeit, die einen inhaltlichen Antagonismus zu den Interessen der Bundesrepublik Deutschland aufweist; nicht ausreichend ist der bloß örtliche Bezug zum Bundesgebiet oder der Umstand, dass ein ausländischer Nachrichtendienst im Bundesgebiet ohne Koordination mit den bzw. Abdeckung der zuständigen deutschen Stellen agiert.

b) Vorzunehmen ist grundsätzlich eine wertende Gesamtbetrachtung unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, bei der die konkreten Hintergründe und Ziele der Ausspähungsbemühungen ebenso in den Blick genommen werden müssen, wie die Frage, ob sich das Vorgehen des Agenten in der spezifischen konspirativen Vorgehensweise einer geheimdienstlichen Tätigkeit erschöpft oder ob er darüber hinaus zu Mitteln greift, die sich auch unabhängig von der nachrichtendienstlichen Betätigung als Verstoß gegen die deutsche Rechtsordnung, insbesondere als strafbar erweisen.

c) Das Tatbestandsmerkmal „gegen die Bundesrepublik Deutschland“ ist demnach jedenfalls immer dann erfüllt, wenn das Vorgehen des Agenten sich nicht in der nachrichtendienstlichen Betätigung erschöpft, sondern unabhängig davon auch einen weiteren Straftatbestand erfüllt. Die Beachtung der durch den demokratisch legitimierten Gesetzgeber gegebenen Rechtsordnung liegt unzweifelhaft im Interesse der Bundesrepublik Deutschland. Ein unmittelbar gegen den Bestand der Bundesrepublik oder gegen ihre staatlichen Institutionen gerichteten Handeln ist demgegenüber zur Erfüllung des Merkmals nicht erforderlich.

4. Daten, die im allgemeinen Datenbestand des Ausländerzentralregisters (vgl. § 2 ff. AZRG) und in der Visadatai (vgl. § 28 ff. AZRG) gespeichert sind, sind regelmäßig Dienstgeheimnisse im Sinne des § 353b Abs. 1 StGB, weil sie nur den berechtigten Nutzern innerhalb der zugriffsberechtigten Behörden und damit einem begrenzten Personenkreis zugänglich und geheimhaltungsbedürftig sind. Zudem handelt es sich nicht um Register, aus denen bei Darlegung eines besonderen Interesses jeder-mann Auskünfte erhält.

**243. BGH 2 StR 200/17 – Urteil vom 10. Januar 2018 (LG Köln)**

Schwerer Raub (Verwendung eines gefährlichen Werkzeuges: Wahrnehmung, aber keine Identifizierung des Tatmittels durch das Opfer).

§ 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB

1. Das Tatbestandsmerkmal des Verwendens im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB umfasst jeden zweckgerichteten Gebrauch eines objektiv gefährlichen Tatmittels. Nach der Konzeption der Raubdelikte bezieht sich das Verwenden auf den Einsatz des Nötigungsmittels bezogen auf den Grundtatbestand des Raubes; es liegt sonach vor, wenn der Täter eine Waffe oder ein gefährliches Werkzeug gerade als Mittel entweder der Ausübung von Gewalt gegen eine Person oder der Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben gebraucht, um die Wegnahme einer fremden beweglichen Sache zu ermöglichen.

2. Das Tatopfer muss das Nötigungsmittel und die Androhung seines Einsatzes wahrnehmen; denn eine Drohung ist das ausdrückliche oder schlüssige In-Aussicht-Stellen eines künftigen Übels, auf das der Drohende Einfluss hat oder zu haben vorgibt.

3. In diesem Sinne „verwendet“ der Täter ein gefährliches Werkzeug, wenn er den Tatopfern ein Brecheisen „mit leichtem Druck in den Rücken“ hält, sich ihrer dadurch bemächtigt und sie zugleich auffordert, seinen Anweisungen zur Vermeidung nachteiliger Konsequenzen Folge zu leisten.

4. Der Annahme vollendeten Verwendens steht nicht entgegen, dass die Tatopfer das vom Angeklagten bewusst verdeckt in ihrem Rücken eingesetzte Werkzeug nur taktil und nicht visuell wahrnahmen und deshalb nicht erkannten, dass es sich dabei um ein Brecheisen handelte. Es genügt, wenn das Tatopfer den Gegenstand als Drohungsmittel wahrnimmt, zutreffend davon ausgeht, dass von ihm im Falle eines Einsatzes eine gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben ausgeht, und es sich so in die von § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB vorausgesetzte qualifizierte Zwangslage versetzt sieht.

5. Vor diesem Hintergrund ist es unschädlich, dass die Tatopfer den verwendeten Gegenstand zwar wahrnahmen, jedoch nicht als Brecheisen zu identifizieren vermochten.

**290. BGH 4 StR 458/17 – Beschluss vom 16. Januar 2018 (LG Göttingen)**

Diebstahl (Wegnahme: regelmäßiger Alleingewahrsams eines eine Kasse allein verwaltenden Angestellten am Kasseneinhalt).

§ 242 Abs. 1 StGB

Ein Angestellter, der allein eine Kasse zu verwalten und über deren Inhalt abzurechnen hat, hat in aller Regel Alleingewahrsam am Kasseneinhalt. Ohne seine Mitwirkung darf niemand Geld aus der Kasse nehmen, damit bei Fehlbeträgen die Verantwortlichkeit festgestellt werden kann. Das generelle Kontroll- und Weisungsrecht des Dienstherrn gegenüber seinem Bediensteten begründet nicht ohne weiteres den Mitgewahrsam des Dienstherrn.

### 220. BGH 3 StR 587/17 – Beschluss vom 9. Januar 2018 (LG Kleve)

Verhältnis von Vergewaltigung und sexueller Nötigung (Regelbeispiel; Qualifikation; Schuldspruch; Urteilsformel); zulässige Begehr in der Revision des Nebenklägers.

§ 177 StGB; § 260 StPO; § 400 StPO

1. Bei § 177 Abs. 6 Satz 1, Satz 2 Nr. 1 StGB handelt es sich um eine Strafzumessungsregel. Etwas anderes gilt nicht deshalb, weil das hier in Betracht kommende Regelbeispiel eine eigene Bezeichnung („Vergewaltigung“ statt „sexuelle Nötigung“) hat. Im Verhältnis von sexueller Nötigung zu Vergewaltigung handelt es sich nämlich nicht um eine Frage des Schuldspruchs im rechtstechnischen Sinne, sondern um eine Frage der Fassung der Urteilsformel gemäß § 260 Abs. 4 S. 1 und 2 StPO, in der ausnahmsweise die Begehung eines Regelbeispiels für einen besonders schweren Fall der (versuchten) sexuellen Nötigung zum Ausdruck kommen soll.

2. Gemäß § 400 Abs. 1 StPO kann der Nebenkläger das Urteil mit seiner Revision nicht mit dem Ziel anfechten,

dass eine andere Rechtsfolge der Tat verhängt wird. Eine zulässige Begehr ist daher zwar die Anwendung eines Qualifikationstatbestandes, nicht aber die einer anderen – hinsichtlich der Mindeststrafe höheren – Strafzumessungsvorschrift.

### 279. BGH 2 StR 111/17 – Beschluss vom 8. November 2017 (LG Kassel)

Sexueller Übergriff (Verhältnis zum sexuellen Missbrauch widerstandsunfähiger Personen: milderes Gesetz bei Unfähigkeit, einen entgegenstehenden Willen gegenüber dem Täter durchzusetzen).

§ 177 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 StGB; § 179 StGB aF; § 2 Abs. 3 StGB

1. Die neu gefasste Vorschrift des § 177 StGB nF enthält in den Absätzen 1, 2 Nrn. 1 und 2 sowie in Absatz 4 Nachfolgeregelungen zu § 179 StGB aF, die hinsichtlich des geschützten Rechtsguts und der unter Strafe stehenden Angriffsrichtung unverändert geblieben sind und damit grundsätzlich einen identischen Unrechtskern aufweisen (vgl. BGH NStZ 2017, 407).

2. Da die Tatbestände des § 177 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 StGB nF sowie die Qualifikationsvorschrift des § 177 Abs. 4 StGB nF ausschließlich an die Fähigkeit zur Bildung und Äußerung eines entgegenstehenden Willens anknüpfen, wird die nach altem Recht unter den Begriff der Widerstandsunfähigkeit subsumierte Unfähigkeit, einen Abwehrwillen gegenüber dem Täter durchzusetzen, von diesen Normen des neuen Rechts aber nicht erfasst. Das Hinwegsetzen über den artikulierten entgegenstehenden Willen des Tatopfers unterfällt vielmehr unabhängig von einer zustandsbedingten habituellen Unfähigkeit zur Durchsetzung des Willens lediglich dem Grundtatbestand des sexuellen Übergriffs nach § 177 Abs. 1 StGB nF (vgl. BGH NStZ-RR 2017, 240, 241).

## Rechtsprechung

### III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

#### 275. BGH 1 StR 456/17 – Beschluss vom 9. November 2017 (LG Heidelberg)

BGHR; Vorwegvollzug eines Teils der Strafe vor der Maßregel (mögliches Absehen vom Vorwegvollzug bei nachträglicher Gesamtstrafenbildung, wenn dieser zur Herausnahme des Angeklagten aus dem Maßregelvollzug einer Entziehungsanstalt führen würde: Vorrang der Gesamtstrafenbildung vor der Erledigung der Maßregel).

§ 64 StGB; § 67 Abs. 2 Satz 2, Satz 3 StGB; § 55 StGB; § 67f StGB

1. Wird nachträglich eine so hohe Gesamtfreiheitsstrafe gebildet, dass eine nach § 67 Abs. 2 Satz 2 und 3 StGB bemessene, am Halbstrafenzeitpunkt orientierte Anord-

nung des Vorwegvollzugs zu einer Herausnahme des Angeklagten aus dem Maßregelvollzug führen würde, kann von der Entscheidung über einen Vorwegvollzug abgesehen werden. (BGHR)

2. Wurde die jetzt abgeurteilte Tat vor der früheren, eine Maßregel anordnenden Verurteilung begangen, haben die Grundsätze der nachträglichen Gesamtstrafenbildung Vorrang vor der Regelung des § 67f StGB (vgl. BGH StV 2017, 575). (Bearbeiter)

#### 280. BGH 2 StR 166/17 – Urteil vom 22. November 2017 (LG Bonn)

Versuch (Strafmilderung; Voraussetzungen).

§ 23 Abs. 2 StGB; § 49 StGB

Über eine Verschiebung des Strafrahmens wegen Versuchs ist auf Grund einer Gesamtschau aller schuldrelevanten Umstände zu entscheiden. Dabei hat das Tatgericht neben der Persönlichkeit des Täters die Tatumstände im weitesten Sinne und dabei vor allem die versuchsbezogenen Gesichtspunkte, insbesondere die Nähe zur Tatvollendung, die Gefährlichkeit des Versuchs und die eingesetzte kriminelle Energie, umfassend zu würdigen (st. Rspr).

**218. BGH 3 StR 563/17 – Beschluss vom 10. Januar 2018 (LG Trier)**

Hang zum übermäßigen Konsum von Rauschmitteln (Beeinträchtigung der Gesundheit; Arbeits- oder Leistungsfähigkeit; indizielle Bedeutung; Beschaffungskriminalität).

§ 64 StGB

Dem Umstand, dass durch Rauschmittelgenuss die Gesundheit, Arbeits- und/oder Leistungsfähigkeit erheblich beeinträchtigt ist, kann für die Feststellung eines Hanges i.S.d. § 64 S. 1 StGB zwar indizielle Bedeutung zukommen; das Fehlen solcher Beeinträchtigungen schließt die Bejahung eines Hanges aber nicht aus. Insbesondere bei Beschaffungskriminalität kommt die Annahme eines solchen in Betracht.

**284. BGH 2 StR 525/16 – Urteil vom 10. Januar 2018 (LG Aachen)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Straftaten nur gegen eine bestimmte Person, einzustellende Umstände).

§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 StPO

1. Wenn sich Straftaten, aufgrund derer die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus angeordnet wird, nur gegen eine bestimmte Person richten oder in der Beziehung zu dieser Person ihre Ursache haben, bedarf die Annahme, dass der Täter für die Allgemeinheit gefährlich ist, genauer Prüfung und Darlegung aufgrund konkreter tatsächlicher Feststellungen (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 306 f.); insoweit genügt die bloße Wiederholungsmöglichkeit ebenso wenig wie eine nur latente Gefahr weiterer Straftaten.

2. Im Rahmen der Gefährlichkeitsprognose sind auch die Tatmotivation und die innere Tatseite sowie der Umstand, dass eine solche Tat während der stationären Unterbringung begangen wurde, einzustellen und im Urteil darzustellen, damit das Revisionsgericht ihre Prognoserelevanz beurteilen kann.

**219. BGH 3 StR 579/17 – Beschluss vom 23. Januar 2018 (LG Koblenz)**

Hang zum übermäßigen Konsum von Rauschmitteln (Abhängigkeit; eingewurzelte, auf psychischer Disposition beruhende oder durch Übung erworbene Neigung; Indizwirkung der Beeinträchtigung von Arbeits- oder Leistungsfähigkeit).

§ 64 StGB

1. Die Voraussetzungen eines Hanges gemäß § 64 S. 1 StGB sind nicht nur im Falle einer chronischen, auf kör-

perlicher Sucht beruhenden Abhängigkeit gegeben; vielmehr genügt bereits eine eingewurzelte, auf psychischer Disposition beruhende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Rauschmittel im Übermaß zu sich zu nehmen, ohne dass eine physische Abhängigkeit bestehen muss.

2. Lässt sich eine Beeinträchtigung der Gesundheit oder der Arbeits- und Leistungsfähigkeit durch den Rauschmittelkonsum feststellen, indiziert dies zwar einen Hang im Sinne des § 64 S. 1 StGB, das Fehlen einer solchen Beeinträchtigung schließt ihn aber nicht aus.

**221. BGH 3 StR 591/17 – Beschluss vom 19. Dezember 2017 (LG Bückeburg)**

Hang zum übermäßigen Konsum von Rauschmitteln (körperliche oder psychische Abhängigkeit; intensive Neigung; Begehung von betäubungsmittelbedingten Straftaten; Substitutionstherapie).

§ 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 erworbene intensive Neigung, immer wieder Rauschmittel im Übermaß zu sich zu nehmen, wobei noch keine psychische Abhängigkeit bestehen muss. Bei mehreren in der Vergangenheit aufgrund einer Betäubungsmittelabhängigkeit begangenen Straftaten und einer „Substitution“ mit einem Methadonpräparat liegt eine derartige Neigung ausgesprochen nahe.

**278. BGH 1 StR 523/17 – Beschluss vom 23. Januar 2018 (LG Deggendorf)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Schuldunfähigkeit: Intelligenzminderung als psychische Störung; Gefährlichkeitsprognose: zu befürchtendes Anrichten eines schweren wirtschaftlichen Schadens: erforderliche Gesamtbetrachtung, Richtwert von 5.000 €).

§ 63 StGB

Zwar kann eine Intelligenzminderung ohne nachweisbaren Organbefund dem Eingangsmerkmal des „Schwachsinn“ unterfallen und damit eine besondere Erscheinungsform schwerer anderer seelischer Abartigkeiten darstellen, die zu einer erheblich verminderten oder sogar aufgehobenen Schuldfähigkeit führen kann. Auf der Ebene der Darlegungsanforderungen bedarf es aber stets einer konkretisierenden Darstellung, in welcher Weise sich die näher festgestellte psychische Störung bei Begehung der Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Angeklagten in der konkreten Tatsituation und damit auf seine Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat.

**224. BGH 5 StR 488/17 – Urteil vom 23. Januar 2018 (LG Bremen)**

Gefährlichkeitsprognose bei der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Zeitpunkt des Urteils; keine Berücksichtigung möglicher zukünftiger Entwicklungen; Gefährlichkeit auch bei lediglich gegen bestimmte Personen zu erwartenden Taten).

§ 63 StGB

Bei der Entscheidung über die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist die Gefährlichkeitsprognose grundsätzlich auf den Zeitpunkt des Urteils zu beziehen. Nur mögliche positive Entwicklungen in der Zukunft sind dabei nicht zu berücksichtigen. Dabei liegt eine Gefährlichkeit für die Allgemeinheit unter Umständen auch dann vor, wenn von dem Angeklagten nur gegen bestimmte Einzelpersonen erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind.

**291. BGH 4 StR 597/17 – Beschluss vom 16. Januar 2018 (LG Halle)**

Strafzumessung (Berücksichtigung von verschuldeten Auswirkungen der Tat); sexueller Missbrauch Widerstandsunfähiger (Begriff der Widerstandsunfähigkeit).  
§ 46 StGB; § 179 Abs. 1 StGB aF

Als verschuldete Auswirkungen der Tat im Sinne von § 46 Abs. 2 StGB können nur Geschehnisse und Um-

stände angesehen werden, bei denen feststeht, dass sie durch die Tat verursacht worden sind. Kann das Gericht hierzu keine sicheren Feststellungen treffen, darf sich das nicht zu Lasten des Angeklagten auswirken (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 41, 42).

**226. BGH 5 StR 535/17 – Urteil vom 7. Februar 2018 (LG Hamburg)**

Rechtsfehlerhafte Annahme der Voraussetzungen eines Täter-Opfer-Ausgleichs bei mehreren durch die Straftat verletzten Personen.  
§ 46a StGB

Sind durch eine Straftat Rechtsgüter mehrerer Personen verletzt, muss hinsichtlich jedes Geschädigten zumindest eine Variante des § 46a StGB erfüllt sein. Es reicht insofern nicht aus, dass ein Ausgleich nur in Bezug auf einen von mehreren Geschädigten gegeben ist.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**274. BGH 1 StR 437/17 – Beschluss vom 10. Januar 2018 (LG Ulm)**

BGHR; Ablehnung eines Sachverständigen wegen Befangenheit (Zeitpunkt des Ablehnungsgesuchs: keine Anwendbarkeit des Unverzüglichkeitsgebots; Entscheidung über das Ablehnungsgesuch: erforderliche Darstellungen, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).  
§ 74 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 24 StPO; 25 Abs. 2 Satz 1 StPO

1. Das Unverzüglichkeitsgebot des § 25 Abs. 2 Satz 1 StPO findet für die Ablehnung von Sachverständigen keine Anwendung. Die Vorschrift des § 74 Abs. 1 Satz 1 StPO verweist nur hinsichtlich der Gründe auf die Ablehnung eines Richters, nicht aber hinsichtlich der für das Verfahren geltenden Vorschriften. (BGH)

2. Anders als bei der Ablehnung eines Richters prüft das Revisionsgericht bei der Ablehnung eines Sachverständigen nicht selbständig, ob die Voraussetzungen für die Besorgnis einer Befangenheit im konkreten Fall vorliegen. Es hat vielmehr allein nach revisionsrechtlichen Grundsätzen zu entscheiden, ob das Ablehnungsgesuch ohne Verfahrensfehler und mit ausreichender Begründung zurückgewiesen worden ist. Dabei ist es an die vom Tatgericht festgestellten Tatsachen gebunden und darf keine eigenen Feststellungen treffen. (Bearbeiter)

3. Aus diesem Grunde muss das Tatgericht in seinem Beschluss darlegen, von welchen Tatsachen es ausgeht (vgl. BGH NStZ 1994, 388). Die gemäß § 34 StPO erforderliche Begründung des Beschlusses muss im Übrigen so ausführlich sein, dass das Revisionsgericht prüfen kann, ob das Tatgericht die anzuwendenden Rechtsbegrif-

fe verkannt hat; daneben muss sie die Verfahrensbeteiligten in die Lage versetzen, ihr weiteres Prozessverhalten darauf einzurichten. (Bearbeiter)

**269. BGH 4 StR 610/17 – Beschluss vom 18. Januar 2018 (LG Dortmund)**

Recht auf ein faires Verfahren („offenkundiger Mangel der Verteidigung“ bei unterlassener Revisionsbegründung durch einen Pflichtverteidiger).  
Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK

Begründet ein bestellter Pflichtverteidiger die Revision nicht, liegt darin ein „offenkundiger Mangel“ im Sinne des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK. In dieser Situation verlangt Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK „positive Maßnahmen seitens der zuständigen Behörden“ in Gestalt der Beschleunigung eines neuen Pflichtverteidigers, um diesem Zustand abzuhelfen.

**261. BGH 4 StR 521/17 – Beschluss vom 30. Januar 2018 (LG Baden-Baden)**

Gang der Hauptverhandlung (nemo-tenetur-Grundsatz: Überzeugung des Gerichts von der Identität des Angeklagten).  
§ 243 Abs. 5 Satz 1 StPO

Ein Verstoß gegen § 243 Abs. 5 Satz 1 StPO i.V.m. dem nemo-tenetur-Grundsatz liegt nicht vor, wenn die Strafkammer ihre Überzeugung von der Identität des Angeklagten und seinem für die Straffrage bedeutsamen Lebensalter allein auf die von ihr hierzu erhobenen Beweise gestützt hat, während sie die von dem die Einlassung zur Sache verweigernden Angeklagten bei der Vernehmung zur Person gemachten Pflichtangaben zu seinem Namen

und seinem Lebensalter dafür nicht herangezogen, sondern ausdrücklich als widerlegt angesehen hat.

**228. BGH 5 StR 543/17 – Beschluss vom 25. Januar 2018 (LG Berlin)**

Verhandlung ohne den Angeklagten (Unterbrechung der in Abwesenheit durchgeführten Vernehmung; sofortige Unterrichtung nach Wiedenzulassung).  
§ 247 Satz 4 StPO

Die durch § 247 StPO ermöglichte Verhandlung ohne den Angeklagten und seine hierdurch behinderte Verteidigung sind nur hinzunehmen bei Unterrichtung über das in seiner Abwesenheit Geschehene, bevor weitere Verfahrenshandlungen erfolgen. Sobald der Angeklagte wieder anwesend ist, hat der Vorsitzende ihn daher vom wesentlichen Inhalt dessen zu unterrichten, was während seiner Abwesenheit ausgesagt oder sonst verhandelt worden ist. Das gilt auch, wenn die in seiner Abwesenheit durchgeführte Vernehmung nur unterbrochen war.

**255. BGH 4 StR 376/17 – Beschluss vom 7. Februar 2018 (LG Kiel)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Überzeugungsbildung anhand eines Lichtbildes); Urteilsgründe (Verweis auf ein bei den Akten befindliches Foto).  
§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO

1. Stützt der Tatrichter nach dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung seine Überzeugung auf die Identifizierung einer abgebildeten Person auf dem Lichtbild einer Überwachungskamera, müssen sich die Urteilsgründe dazu verhalten, ob das Lichtbild überhaupt geeignet ist, die Identifizierung einer Person zu ermöglichen.

2. Dies kann dadurch geschehen, dass im Urteil auf das bei den Akten befindliche Foto verwiesen wird. Macht der Tatrichter von der Möglichkeit einer solchen Verweisung, durch welche das Lichtbild selbst Bestandteil der Urteilsgründe wird, keinen Gebrauch, muss das Urteil Ausführungen zur Bildqualität, insbesondere zur Bildschärfe, enthalten und die abgebildete Person oder jedenfalls mehrere Identifizierungsmerkmale so präzise beschreiben, dass anhand der Beschreibung in gleicher Weise wie bei Betrachtung des Fotos die Prüfung der Ergiebigkeit des Fotos ermöglicht wird.

**209. BGH 3 StR 339/17 – Beschluss vom 28. November 2017 (LG Wuppertal)**

Einheitliche Handhabung der Revisionsbegründungsfrist bei durch mehrere Verteidiger vertretenem Angeklagten (fristgerecht erhobene Sachrüge; versäumte Geltendmachung von Verfahrensbeschwerden).  
§ 44 StPO; § 344 StPO; § 345 StPO

Wird der Angeklagte in der Revisionsinstanz durch zwei Rechtsanwälte verteidigt, von denen einer die Sachrüge fristgerecht erhoben, der andere aber die Frist zur Geltendmachung von Verfahrensbeschwerden versäumt hat, ist der Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand insgesamt unzulässig. Denn es handelt sich bei der Revi-

sion unabhängig von der Zahl der Verteidiger um ein einheitliches Rechtsmittel mit einer einheitlichen Begründungsfrist, die in der genannten Konstellation nicht versäumt wurde.

**222. BGH 3 StR 605/17 – Beschluss vom 9. Januar 2018 (LG Koblenz)**

Zulässige und begründete Aufklärungsrüge wegen fehlender Prüfung der Voraussetzungen einer Aufklärungshilfe; keine Einziehung nach Einstellung des Verfahrens.  
§ 154 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 46b StGB

Eine in zulässiger Weise (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO) erhobene Aufklärungsrüge erfordert eine bestimmte Beweisbehauptung, die konkrete Angabe des erwarteten Beweisergebnisses, die Angabe, auf welchem Wege das Tatgericht die vermisste Aufklärung hätte versuchen sollen, insbesondere welche Beweismittel es zur weiteren Erforschung der Wahrheit hätte benutzen müssen, sowie die in den Akten enthaltenen Hinweise, aus denen sich die Anhaltspunkte für die Notwendigkeit und Möglichkeit weiterer Aufklärung ergeben.

**210. BGH 3 StR 388/17 – Beschluss vom 12. Dezember 2017 (LG Trier)**

Anforderungen an die Anordnung der audiovisuellen Vernehmung eines Zeugen durch Gerichtsbeschluss (kein Begründungserfordernis; Kenntlichmachung des einschlägigen Ausnahmetabestandes); Beruhen.  
§ 247a StPO; § 337 StPO

§ 247a Abs. 1 S. 1 StPO verlangt für die Anordnung der audiovisuellen Vernehmung eines Zeugen einen Gerichtsbeschluss. Dieser Beschluss bedarf zwar, da er nicht anfechtbar ist (§ 247a Abs. 1 Satz 2 StPO), grundsätzlich keiner Begründung (§ 34 StPO); erforderlich ist jedoch, dass das Gericht kenntlich macht, auf welchen Ausnahmetatbestand des § 247a Abs. 1 S. 1 StPO es die Anordnung stützt. Fehlt ein solcher Beschluss, begründet dies in der Regel die Revision, weil das Revisionsgericht nicht überprüfen kann, ob die Voraussetzungen des § 247a StPO vorgelegen haben.

**248. BGH 2 ARs 30/18 (2 AR 18/18) – Beschluss vom 7. Februar 2018**

Verbindung und Trennung rechtshängiger Strafsachen (Anwendungsvoraussetzungen einer Verfahrensverbindung); Gerichtsstand bei zusammenhängenden Strafsachen (Anwendungsvoraussetzungen einer Verfahrensverbindung).  
§ 4 StPO; § 13 Abs. 2 StPO

1. Die Anwendungsvoraussetzungen einer Verfahrensverbindung nach § 4 StPO liegen nicht vor, da eine solche – wie sich aus § 4 Abs. 2 StPO ergibt – unter anderem voraussetzt, dass für mehrere Strafsachen Gerichte verschiedener Ordnung sachlich zuständig sind. Sind hingegen mehrere Verfahren bei Gerichten gleicher Ordnung an verschiedenen Orten anhängig, so handelt es sich bei ihrer Verbindung um eine Zusammenfassung der örtlichen Zuständigkeit, für die § 13 Abs. 2 StPO gilt.

2. Eine Entscheidung über eine Zusammenfassung der örtlichen Zuständigkeit kommt nur dann in Frage, wenn das auf eine Vereinbarung über die Verbindung abzielende Verfahren trotz übereinstimmender Anträge der beteiligten Staatsanwaltschaften zu keinem Ergebnis geführt hat. Der Herbeiführung einer Entscheidung des gemeinschaftlichen oberen Gerichts muss daher stets zunächst jenes Verfahren vorausgegangen sein; eine Entscheidung von Amts wegen oder auf Antrag eines der Gerichte ist nicht zulässig.

**215. BGH 3 StR 526/17 – Beschluss vom 29. November 2017 (LG Krefeld)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines auf Einholung eines psychiatrischen Sachverständigengutachtens gerichteten Beweisantrags wegen völliger Ungeeignetheit des Beweismittels (Anknüpfungstatsachen; Beweisgrundlage; eigene Sachkunde).  
§ 244 StPO

Ein Sachverständiger ist als völlig ungeeignetes Beweismittel anzusehen, wenn es an den Grundlagen für eine Gutachterenerstattung mangelt, weil die erforderlichen

Anknüpfungstatsachen fehlen, auf denen die sachverständige Beurteilung aufbauen muss. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn sich der Sachverständige nach Inhalt oder Sinn des Beweisantrags auf Tatsachen stützen müsste, die das Gericht bereits als Beweisgrundlage ausgeschlossen hat. Hat das Gericht die entsprechenden Tatsachen hingegen zu Grunde gelegt, aus ihnen jedoch andere Schlüsse gezogen, scheidet eine Ablehnung wegen Ungeeignetheit demgegenüber in der Regel aus.

**288. BGH 4 StR 323/17 – Beschluss vom 5. Dezember 2017 (LG Bochum)**

Anklageschrift (Form: unschädliches Fehlen einer Unterschrift); Betrug (Berechnung des Vermögensschadens bei Eingehungsbetrug).  
§ 170 Abs. 1 StPO; § 200 StPO; § 263 Abs. 1 StGB

Das Fehlen der Unterschrift führt nicht zur Unwirksamkeit der Anklage und damit der Einstellung des Verfahrens wegen eines Verfahrenshindernisses, wenn die Anklage mit Wissen und Wollen des zuständigen Beamten der Staatsanwaltschaft zu den Akten gereicht worden ist (vgl. RGSt 37, 407, 408).

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**272. BGH 1 StR 370/17 – Urteil vom 9. Januar 2018 (LG Kaiserslautern)**

BGHR; Umgrenzungsfunktion der Anklageschrift (notwendiger Inhalt bei Anklage wegen Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt und Steuerhinterziehung; keine Berechnung der Abgabenverkürzung erforderlich).  
§ 200 StGB; § 266a StGB; § 370 Abs. 1 AO

1. Zum notwendigen Inhalt der Anklageschrift zur Erfüllung der Umgrenzungsfunktion bei einer Anklage betreffend das Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt und Steuerhinterziehung. (BGH)

2. Die Anklageschrift hat nach § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO die dem Angeklagten zur Last gelegte Tat sowie Zeit und Ort ihrer Begehung so genau zu bezeichnen, dass die Identität des geschichtlichen Vorgangs dargestellt und erkennbar wird, welche bestimmte Tat gemeint ist; sie muss sich von anderen gleichartigen strafbaren Handlungen desselben Täters unterscheiden lassen (vgl. BGHSt 57, 88, 91 Rn. 13). Dabei muss die Schilderung umso konkreter sein, je größer die allgemeine Möglichkeit ist, dass der Angeklagte verwechselbare weitere Straftaten gleicher Art verübt hat. Die begangene konkrete Tat muss durch bestimmte Tatumstände so genau bezeichnet werden, dass keine Unklarheit darüber möglich ist, welche Handlungen dem Angeklagten zur Last gelegt werden. (Bearbeiter)

3. Ein wesentlicher Mangel der Anklageschrift, der als Verfahrenshindernis wirken kann, ist daher nur anzunehmen, wenn die angeklagten Taten anhand der Anklageschrift nicht genügend konkretisierbar sind, so dass unklar bleibt, auf welchen konkreten Sachverhalt sich die Anklage bezieht und welchen Umfang die Rechtskraft eines daraufhin ergehenden Urteils haben würde (vgl. BGH NStZ 2008, 352). Bei der Prüfung, ob die Anklage die gebotene Umgrenzung leistet, dürfen die Ausführungen im wesentlichen Ergebnis der Ermittlungen zur Ergänzung und Auslegung des Anklagesatzes herangezogen werden. (Bearbeiter)

4. Diese allgemeinen Anforderungen führen im Bereich der Steuerhinterziehung (§ 370 AO) und des Vorenthalten und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a StGB) dazu, dass im Anklagesatz das relevante Verhalten und der Taterfolg i.S.v. § 370 AO bzw. § 266a StGB anzuführen sind, einer Berechnungsdarstellung der Steuerverkürzung bzw. der nicht abgeführten Sozialversicherungsbeiträge bedarf es dort hingegen nicht (vgl. BGH NStZ 2013, 409). Ausführungen zur Schadensberechnung können keinen Beitrag zur Individualisierung der Tat leisten, im Anklagesatz aber mitunter dem Ziel zuwiderlaufen, den Tatvorwurf klar, übersichtlich und verständlich darzustellen (vgl. BGH NStZ 2013, 409). (Bearbeiter)

5. Die für Urteile geltenden Darstellungsmaßstäbe können angesichts der unterschiedlichen Anforderungen

nicht auf Anklageschriften übertragen werden (vgl. BGH NStZ 2013, 409). Eine Anklageschrift erfüllt daher auch dann die für ihre Wirksamkeit erforderliche Individualisierungs- und Umgrenzungsfunktion (vgl. § 200 Abs. 1 Satz 1 StPO), wenn die dem Angeklagten zur Last liegende Höhe der Steuerverkürzung oder des Vorenthaltes oder Veruntreuens von Arbeitsentgelt bei illegalen Beschäftigungsverhältnissen auf einer Schätzung beruht, selbst wenn eine genauere Berechnung der Steuerverkürzung bzw. Nichtabführung von Sozialversicherungsbeiträgen möglich gewesen wäre. (Bearbeiter)

6. Zwar ist es mit Blick auf die Informationsfunktion der Anklageschrift regelmäßig angezeigt, im wesentlichen Ermittlungsergebnis (§ 200 Abs. 2 Satz 1 StPO) die für eine nachvollziehbare Darstellung der Berechnung der Abgabenverkürzung erforderlichen Tatsachenfeststellungen sowie (Steuer-)Berechnungen oder Schätzungen anzuführen. Auch erscheint es zweckmäßig, die Ausführungen bereits an den für das Gericht geltenden Maßstäben auszurichten (vgl. BGH NStZ 2013, 409, 410). Fehlen derartige Angaben oder erweisen sie sich als ungenügend, kann dies für sich allein indes die Wirksamkeit der Anklage nicht in Frage stellen, da Mängel der Informationsfunktion ihre Wirksamkeit nicht berühren. (Bearbeiter)

#### **287. BGH 4 StR 88/17 – Beschluss vom 13. September 2017 (LG Halle)**

Betrug (Irrtum: erforderliche Feststellungen im Urteil bei gleichförmigen, massenhaften Betrugshandlungen); Selbstleseverfahren (revisionsrechtliche Rückbarkeit von Fehlern bei der Durchführung; Erforderlichkeit eines Gerichtsbeschlusses); Strafzumessung (Berücksichtigung von eingestellten Taten).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StPO; § 249 Abs. 2 StPO; § 238 Abs. 2 StPO; § 46 StGB; § 154 StPO; § 154a StPO

1. In den Urteilsgründen ist grundsätzlich festzustellen und darzulegen, welche irrigen Vorstellungen die Person hatte, die die für eine Betrugsstrafbarkeit maßgebliche Verfügung trifft. Zwar ist es danach, insbesondere in komplex gelagerten Fällen, regelmäßig erforderlich, die irrende Person zu ermitteln und in der Hauptverhandlung über ihr tatrelevantes Vorstellungsbild zu vernehmen (vgl. BGH NJW 2003, 1198, 1199 f.). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gilt dies jedoch vor allem im Bereich gleichförmiger, massenhafter oder routinemäßiger Geschäfte, die von selbstverständlichen Erwartungen geprägt sind, nicht ausnahmslos. Liegen dem Tatvorwurf zahlreiche Einzelfälle zu Grunde, kann die Vernehmung weniger Zeugen ausreichen; wenn deren Angaben das Vorliegen eines Irrtums (in den sie betreffenden Fällen) belegen, kann auf die Erregung eines Irrtums auch bei anderen Verfügenden geschlossen werden (vgl. BGH NJW 2014, 2132, 2133 mwN).

2. Auf etwaige Fehler bei der Durchführung des Selbstleseverfahrens kann – wie auch auf solche bei dessen Anordnung – eine Verfahrensrüge nur dann gestützt werden, wenn zuvor ein Gerichtsbeschluss herbeigeführt wurde. Geht es, wie hier, um die vom Vorsitzenden zu bestimmende Art der Durchführung des Verfahrens nach

§ 249 Abs. 2 StPO, ist eine solche Entscheidung des erkennenden Gerichts gemäß § 238 Abs. 2 StPO herbeizuführen (vgl. BGH StV 2011, 458).

3. Die Berücksichtigung von nach §§ 154, 154a StPO eingestellten bzw. ausgeschiedenen Taten ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zulässig, wenn diese prozessordnungsgemäß so bestimmt festgestellt sind, dass sie ihrem wesentlichen Unrechtsgehalt nach bewertet werden können und eine Berücksichtigung des bloßen Verdachts weiterer Straftaten ausgeschlossen werden kann (vgl. BGH StV 2015, 552). Auch Taten, deren Verfolgung ein Verfahrenshindernis entgegensteht, können straferschwerend berücksichtigt werden, wenn auch mit geringerem Gewicht.

#### **254. BGH 4 StR 305/17 – Beschluss vom 17. Januar 2018 (LG Essen)**

Unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels (Tatbestandsmäßigkeit bei Fehlen oder Abweichung von einer Bauartzulassung der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt); Computerbetrug (tatbestandsausschließendes Einverständnis; Unmittelbarkeit der Vermögensminderung); Untreue (tatbestandsausschließendes Einverständnis bei juristischen Personen); Urteilsgründe (Anforderungen an die Darstellung der Beweiswürdigung).

§ 263a StGB; § 266 StGB; § 284 StGB; § 261 StPO

1. Der Tatbestand des § 284 StGB ist bereits erfüllt, wenn für das konkret aufgestellte Gerät keine Bauartzulassung der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt (PTB) besteht oder das in Rede stehende Gerät abweichend von dieser Zulassung betrieben wird. Es ist daher ohne Bedeutung, ob ein nicht in seiner Bauart zugelassenes Gerät materiell den Anforderungen der Spielverordnung entspricht oder ob eine Erlaubnis hätte erteilt werden können.

2. Die – wirksame – Einwilligung des Inhabers des zu betreuenden Vermögens schließt die Tatbestandsmäßigkeit der Untreue aus. Bei juristischen Personen tritt an die Stelle des Vermögensinhabers dessen oberstes Willensorgan für die Regelung der inneren Angelegenheiten.

3. Ein (wirksames) Einverständnis des Vermögensinhabers steht einer Strafbarkeit wegen Computerbetruges entgegen.

4. Bei einem Computerbetrug muss die kausal auf das Verhalten des Täters zurückzuführende Beeinflussung des Datenverarbeitungsvorgangs ihrerseits einen verfahrensgemäßen Vorgang auslösen, der unmittelbar – ohne weitere Handlung des Täters – eine Vermögensminderung begründet, die sich als Vermögensschaden darstellt. An der erforderlichen Unmittelbarkeit kann es insbesondere fehlen, wenn die Manipulation des Datenverarbeitungsvorgangs lediglich der Verschleierung des tatsächlich vermögensmindernden Verhaltens dient.

#### **229. BGH 5 StR 554/17 – Beschluss vom 23. Januar 2018 (LG Berlin)**

„Ins Leere gehende“ Verweisung im Markenrecht (keine Blankettnorm; Aufnahme des vollen Wortlautes der

Bezugsnorm in die Verweisungsnorm; kein Rückgriff auf die Bezugsnorm zur Bestimmung des strafbaren Verhaltens; Gleichlauf mit der unionsrechtlichen Regelung; Einfuhr „unter dem Zeichen“ bei verdecktem Import widerrechtlich gekennzeichnete Waren.

§ 14 MarkenG; § 143a MarkenG; Art. 103 Abs. 2 GG

1. Bei der Strafvorschrift des § 143a MarkenG handelt es sich nicht etwa um eine Blankettnorm, die Sanktionen an Verstöße gegen anderweitig geregelte, lediglich in Bezug genommene Verhaltenspflichten anknüpft. Vielmehr hat der Gesetzgeber den Text der in Bezug genommenen Vorschrift in vollem Wortlaut in die Verweisungsnorm aufgenommen, so dass es zur Bestimmung des strafbaren Verhaltens nicht des Rückgriffs auf die in Bezug genommene Norm bedarf.

2. Die grundsätzliche Anwendbarkeit des § 143a MarkenG bleibt – jedenfalls mit Blick auf Verletzungshandlungen nach § 143a Abs. 1 Nr. 1 MarkenG – unberührt davon, dass die starre Verweisung in § 143a Abs. 1 MarkenG auf Art. 9 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 nach der mit dem Inkrafttreten der Verordnung (EU) 2015/2424 verbundenen Änderung nicht angepasst wurde und seither „ins Leere geht“.

3. Der Verweis auf Art. 9 Abs. 1 Satz 2 der Verordnung (EG) Nr. 207/2009 war allerdings aus Sicht des Gesetzgebers gleichwohl nicht verzichtbar. Er erfüllte vielmehr einen gesetzgeberischen Zweck, der bei Auslegung und Anwendung des § 143a Abs. 1 MarkenG zu berücksichtigen ist. Mit dem Verweis sollte nämlich ein Gleichlauf der unmittelbar geltenden Rechtsgewährung durch die Verordnung über die Gemeinschaftsmarke und der Strafbewehrung sichergestellt werden. Dieser Gleichlauf ist indes jedenfalls hinsichtlich der Verletzungshandlungen nach § 143a Abs. 1 Nr. 1 MarkenG mit der unionsrechtlichen Regelung nicht gestört.

4. Eine Einfuhr „unter dem Zeichen“ i.S.d. §§ 14, 143a MarkenG ist grundsätzlich jeder Import widerrechtlich gekennzeichnete Ware, unabhängig davon, ob der Täter heimlich oder offen importiert. Auch eine Grenzbeschlagnahme steht einer in diesem Sinne tatbestandmäßigen Einfuhr nicht entgegen, da anderenfalls der Grenzbeschlagnahme, die gemäß § 146 Abs. 1 Satz 1 MarkenG „bei der Einfuhr“ erfolgt, diese also voraussetzt, die Grundlage entzogen würde.

#### **286. BGH 4 StR 66/17 – Beschluss vom 20. Dezember 2017 (LG Arnsberg)**

Besonders schwerer Fall des Betrugs (Vermögensschaden: Berechnung bei Betrug im Rahmen eines Leasinggeschäfts; Gewerbsmäßigkeit; Herbeiführen eines Vermögensverlusts großen Ausmaßes: erforderliche tatsächliche Herbeiführung des Vermögensverlusts).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, Nr. 3 StGB; § 22 StGB

1. Bei einem Betrug gegenüber dem Leasinggeber darf sein verbleibendes Eigentum am Leasingfahrzeug bei der Berechnung des Vermögensschadens nur dann unberücksichtigt bleiben, wenn der Leasingnehmer von Anfang an beabsichtigt, dem Leasinggeber das Fahrzeug gänzlich zu

entziehen und das Eigentum dadurch aus ihrem Vermögen herauszunehmen (vgl. BGH wistra 2007, 18, 21).

2. Die Regelwirkung des Vermögensverlusts großen Ausmaßes im Sinne des § 263 Abs. 3 Nr. 2 StGB wird nach ständiger Rechtsprechung nur dann begründet, wenn der Täter den Vermögensverlust herbeiführt, dieser also tatsächlich eingetreten ist (BGHSt 48, 354, 359).

#### **240. BGH 2 StR 50/17 – Beschluss vom 25. Oktober 2017 (LG Frankfurt am Main)**

Beschäftigung von Ausländern ohne Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel und zu ungünstigen Arbeitsbedingungen (Bestimmung eines auffälligen Missverhältnisses der Arbeitsbedingungen); Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Arbeitgebereigenschaft; Berechnung der geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge: Anwendung der Berechnungsgrundlagen für verkürzte Steuern).

§ 10 Abs. 1 SchwarzArbG; § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III; § 266a Abs. 1 StGB; § 266a Abs. 2 StGB; § 370 AO

1. Ein auffälliges Missverhältnis im Sinne des § 10 Abs. 1 SchwarzArbG liegt vor, wenn die Arbeitsbedingungen des ausländischen Arbeitnehmers oder der ausländischen Arbeitnehmerin so beträchtlich schlechter sind als die Arbeitsbedingungen vergleichbarer deutscher Arbeitnehmer und Arbeitnehmerinnen, dass für einen mit den Gepflogenheiten der jeweiligen Branche vertrauten Dritten ein augenfälliger Unterschied besteht. Die Feststellung eines auffälligen Missverhältnisses der Arbeitsbedingungen erfordert in der Regel eine Gesamtschau aller Arbeitsbedingungen wie Lohn, Urlaub, soziale Absicherung, Schutz vor Arbeitsunfällen und Kündigung.

2. Die Feststellung, dass der Arbeitgeber den ausländischen Arbeitnehmer nicht zur Sozialversicherung angemeldet hat, genügt für sich genommen nicht, um die Annahme eines auffälligen Missverhältnisses der Arbeitsbedingungen im Sinne der genannten Vorschrift tragfähig zu belegen.

3. Dem Tatgericht obliegt es, Feststellungen zur Arbeitgebereigenschaft des Angeklagten zu treffen sowie die geschuldeten Beiträge – 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.

4. Ob eine Person Arbeitgeber im Sinne von § 266a Abs. 1 oder Abs. 2 StGB ist, richtet sich nach dem Sozialversicherungsrecht, das seinerseits an das Arbeitsrecht anknüpft. Arbeitgeber ist danach derjenige, demgegenüber der Arbeitnehmer zur Erbringung von Arbeitsleistungen verpflichtet ist und zu dem er in einem persönlichen Abhängigkeitsverhältnis steht. Grundsätzlich ist der Wille der Vertragsparteien zwar ausschlaggebend, eine nach den maßgeblichen tatsächlichen Gegebenheiten bestehende Sozialversicherungspflicht können die Beteiligten jedoch nicht durch eine abweichende Vertragsgestaltung umgehen. Maßgeblich ist eine abwägende Gesamtbetrachtung aller relevanten Umstände.

5. Die geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge werden auf der Grundlage des Arbeitsentgelts nach den Beitragssätzen der jeweiligen Krankenkassen sowie den gesetzlich geregelten Beitragssätzen der Renten-, Arbeitslosen- und Pflegeversicherung berechnet. Falls solche Feststellungen im Einzelfall nicht möglich sind, kann die Höhe der vorerhaltenen Beiträge auf Grundlage der tatsächlichen Umstände geschätzt werden. Die Grundsätze, die in der Rechtsprechung bei Taten nach § 370 AO für die Darlegung der Berechnungsgrundlagen der verkürzten Steuern entwickelt wurden, gelten insoweit entsprechend.

**276. BGH 1 StR 464/17 – Beschluss vom 20. Dezember 2017 (LG Stuttgart)**

Begriff der prozessualen Tat (Steuerstrafrecht: regelmäßig keine prozessuale Tat bei auf unterschiedliche Veranlagungszeiträume bezogener Steuerhinterziehungen desselben Steuerpflichtigen derselben Steuerart); Steuerhinterziehung (Berechnung des entstandenen Steuerschadens bei verdeckter Gewinnausschüttung).  
§ 264 StPO; § 370 Abs. 1 AO

1. Im Steuerstrafverfahren gilt grundsätzlich kein vom allgemeinen Strafverfahren abweichender Verfahrensgenstandsbegriff.

2. Die Voraussetzungen einer prozessualen Tat liegen bei tatmehrheitlich begangenen, auf unterschiedliche Veranlagungszeiträume bezogenen Steuerhinterziehungen gemäß § 370 Abs. 1 Nr. 1 AO desselben Steuerpflichtigen derselben Steuerart regelmäßig schon wegen der in tatsächlicher Hinsicht verschiedenen Tathandlungen durch Abgabe je eigenständiger unrichtiger Steuererklärungen und unterschiedlicher, der Besteuerung unterliegender Lebenssachverhalte nicht vor.

3. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen bei auf verdeckten Gewinnausschüttungen beruhenden Körperschaft- und Einkommensteuerhinterziehungen durch Gesellschafter einer juristischen Person die Gesellschafter bei der Ausurteilung der korrespondierenden Einkommensteuerhinterziehung – wegen der hier gebotenen Gesamtbetrachtung der Steuerhinterziehungen – strafzumessungsrechtlich so behandelt werden, als ob für die Gesellschaft steuerehrlich gehandelt wurde“. Dementsprechend ist bei der Bemessung des einem angeklagten Gesellschafter strafrechtlich vorzuwerfenden Hinterziehungsbetrags einerseits zwar die verdeckte Gewinnausschüttung unter Einschluss der bei der Gesellschaft anfallenden Körperschaftsteuer in Ansatz zu bringen, andererseits aber – fiktiv – der bei steuerehrlichem Verhalten der Gesellschaft beim Gesellschafter abzuziehende Körperschaftsteuerbetrag anzurechnen, um eine „strafrechtlich nicht hinnehmbare Doppelbelastung“ zu vermeiden (vgl. BGH wistra 2005, 144, 145).

**208. BGH 3 StR 303/17 – Beschluss vom 12. Dezember 2017 (LG Düsseldorf)**

Erlangen eines Vermögensvorteils beim Einschleusen von Ausländern (eigener wirtschaftlicher Vorteil; Befreiung von einer Verbindlichkeit; persönliche Verbundenheit); Gewerbsmäßigkeit.  
§ 96 AufenthG a.F.; § 97 Abs. 2 AufenthG a.F.

1. Unter einem Vermögensvorteil im Sinne des § 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG a.F. ist jede günstigere Gestaltung der Vermögenslage zu verstehen. Mit Blick auf den insoweit eindeutigen Wortlaut der Norm ist es erforderlich, dass der Täter selbst den Vermögensvorteil erlangt, nicht aber eine andere Person. Die Bereicherung eines Dritten erfüllt – außer in bestimmten Fällen in Fällen eines mittelbaren wirtschaftlichen Vorteils für den Täter – den Tatbestand nur dann, wenn der Täter dadurch von Verbindlichkeiten gegenüber dem Empfänger freigestellt wird. Eine bloß persönliche Verpflichtung gegenüber dem Empfänger – hier: aus familiärer Verbundenheit – genügt insoweit nicht.

2. Gewerbsmäßiges Handeln im Sinne des § 97 Abs. 2 AufenthG a.F. erfordert, dass der Täter sich aus wiederholter Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende, nicht ganz unerhebliche Einnahmequelle verschaffen will; es setzt stets Eigennützigkeit voraus. Daher muss der Täter sich von seinem deliktischen Handeln einen eigenen wirtschaftlichen Vorteil versprechen. Insoweit gelten – in den subjektiven Bereich transferiert – dieselben Maßstäbe, die im Rahmen des § 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG a.F. Anwendung finden.

**216. BGH 3 StR 541/17 – Beschluss vom 9. Januar 2018 (LG Verden)**

Einschleusen von Ausländern (Einreise mit einem rechtsmissbräuchlich erlangten Visum; Drohung; Bestechung; Kollusion; Wirksamkeit des Titels bis zum Widerruf; Kausalität; Aufklärung im Strafverfahren; Einschränkung der Verwaltungsakzessorietät).  
§ 95 AufenthG

Aus § 95 Abs. 6 AufenthG ergibt sich für die strafrechtliche Beurteilung, dass eine Einreise mit einem durch Drohung, Bestechung oder Kollusion erwirkten oder durch unvollständige Angaben erschlichenen Aufenthaltstitel einer solchen ohne den erforderlichen Aufenthaltstitel gleichgestellt wird. Damit wird der im Übrigen im Ausländerstrafrecht geltende Grundsatz der strengen Verwaltungsakzessorietät durchbrochen und ein verwaltungsrechtlich ausdrücklich erlaubtes Verhalten strafrechtlich sanktioniert. Im Strafverfahren ist deshalb jedenfalls aufzuklären, ob die genannten Verhaltensweisen – und welche im konkreten Fall – für die Erteilung des Aufenthaltstitels kausal geworden sind.

**271. BGH 1 StR 239/17 – Urteil vom 9. Januar 2018 (LG München II)**

Verhängung von Jugendstrafe (besondere Schwere der Schuld: grundsätzlich subjektive Bestimmung).  
§ 17 Abs. 2 JGG

1. Der Schuldgehalt der Tat ist bei der Deliktsbegehung durch jugendliche und heranwachsende Täter jugendspezifisch zu bestimmen (vgl. BGHSt 61, 188, 191). Die „Schwere der Schuld“ im Sinne des § 17 Abs. 2 JGG wird daher nicht vorrangig anhand des äußeren Unrechtsgehalts der Tat und ihrer Einordnung nach dem allgemeinen Strafrecht bestimmt, sondern es ist in erster Linie auf die innere Tatseite abzustellen (vgl. BGH NStZ 2014, 407, 408).

2. Der äußere Unrechtsgehalt der Tat und das Tatbild sind jedoch insofern von Belang, als hieraus Schlüsse auf die charakterliche Haltung, die Persönlichkeit und die Tatmotivation des Jugendlichen oder Heranwachsenden gezogen werden können (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 155, 156). Entscheidend ist, ob und in welchem Umfang sich die charakterliche Haltung, die Persönlichkeit sowie die Tatmotivation des Täters vorwerfbar in der Tat manifestiert haben (vgl. BGHSt 15, 224, 226).

**282. BGH 2 StR 460/16 – Urteil vom 29. November 2017 (LG Darmstadt)**

Bemessung der Jugendstrafe (Berücksichtigung des Erziehungsgedankens bei inzwischen erwachsenem Angeklagten); einheitliche Anwendung von Jugendstrafrecht bei mehreren angeklagten Straftaten, auf die teilweise allgemeines Strafrecht anzuwenden wäre (Schwergewicht der Taten).

§ 18 Abs. 2 JGG; § 32 JGG

1. Bei der Bemessung der Jugendstrafe kommt Erziehungsgedanken mit fortschreitendem Alter des Täters ein immer geringeres Gewicht zukommen. Es besteht jedoch keine feste Obergrenze, jenseits der die Berücksichtigung des Erziehungsgedankens unzulässig wäre.

2. Nach § 32 JGG gilt für mehrere Straftaten, die gleichzeitig abgeurteilt werden und auf die teils Jugendstrafrecht und teils allgemeines Strafrecht anzuwenden wäre, einheitlich das Jugendstrafrecht, wenn das Schwergewicht bei den Straftaten liegt, die nach Jugendstrafrecht zu beurteilen wären; ist dies nicht der Fall, so ist einheitlich das allgemeine Strafrecht anzuwenden. Beurteilung ist im wesentlichen Tatfrage, die der Tatrichter nach seinem pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden hat und daher der Nachprüfung des Revisionsgerichts grundsätzlich entzogen. Maßgeblich für die Bestimmung des Schwergewichts ist insbesondere, ob sich die späteren Straftaten als in den früheren bereits angelegt darstellen, ob sie bei Betrachtung der Persönlichkeitsentwicklung ihren Ursprung im Jugendalter haben bzw. wo die „Tatwurzeln“ liegen (vgl. BGHSt 6, 6, 7).

**234. BGH AK 75-77/17 – Beschluss vom 11. Januar 2018**

Dringender Tatverdacht wegen Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung und Ausübung der tatsächlichen Gewalt über Kriegswaffen (Dauerdelikt; Tateinheit; Tatmehrheit; Handlungen vor Versuchsbeginn; Zäsur); Plünderungen; nichtinternationaler bewaffneter Konflikt; Konkurrenzverhältnis zwischen kriegswaffenrechtlichem Dauerdelikt und Kriegsverbrechen gegen das Eigentum; Fortdauer der Untersuchungshaft.

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 22a Abs. 1 Nr. 6 KWKG; § 9 VStGB

Setzt der Täter eine Kriegswaffe als Tatmittel einer allgemeinen Straftat ein, verwirklicht er diese und das Kriegswaffendelikt tateinheitlich (§ 52 StGB). Für die Zeit vor Beginn des Versuchs der allgemeinen Straftat gilt: Fasst der Täter den konkreten Entschluss zu der allgemeinen Straftat bereits bei der ersten Handlung des Kriegswaffendelikts, so besteht bis zur Beendigung der Straftat Tateinheit. Entschließt er sich hierzu erst später, so erfährt das Dauerdelikt eine Zäsur. Die vorausgegangene, (allein) das KWKG verletzende Betätigung sowie die nachfolgende, gegen das KWKG und zugleich ein sonstiges Strafgesetz verstoßende Handlung bilden sachlich-rechtlich (wie auch verfahrensrechtlich) je eine selbständige Tat (§ 53 StGB); der nachfolgende Verstoß gegen das KWKG und derjenige gegen das sonstige Strafgesetz stehen dabei materiellrechtlich in Tateinheit.

**262. BGH 4 StR 522/17 – Beschluss vom 17. Januar 2018 (LG Magdeburg)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Definition); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Zeitpunkt der Beurteilung von Hang und Gefahrenprognose).

§ 29 Abs. 1 Satz. 1 Nr. 1 BtMG; § 64 StGB

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist Handeltreiben im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG jede eigennützige, auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit.

2. Maßgebend für die Beurteilung eines Hangs und für die Gefahrprognose ist der Zeitpunkt der tatrichterlichen Hauptverhandlung.

# Die Strafbarkeit von Leichenschändungen nach dem VStGB und die Herausforderungen einer völkerrechtskonformen Auslegung

Anmerkung zu BGH, Urteil v. 27.7.2017 – 3 StR 57/17 = HRRS 2017 Nr. 997

Von Prof. Dr. Stefanie Bock und Wiss. Mit. Nicolai Bülte, Marburg\*

Das 2002 in Kraft getretene Statut des Internationalen Strafgerichtshofs (IStGH-Statut) basiert auf der Vorstellung, dass die Verfolgung internationaler Verbrechen gemeinsame Aufgabe der internationalen Gemeinschaft und der Nationalstaaten ist. Gem. Art. 17 IStGH-Statut kommt der nationalen Gerichtsbarkeit Vorrang zu. Der IStGH schreitet nur dann ein, wenn die nationalen Gerichte nicht willens oder in der Lage sind, die fraglichen Taten selbst zu verfolgen. Deutschland hat die hierin anklingende Verantwortung, auf nationaler Ebene einen Beitrag zum Kampf gegen die Straflosigkeit internationaler Verbrechen zu leisten, durchaus angenommen. Mit Erlass des Völkerstrafgesetzbuches (VStGB) wurde sichergestellt, dass Deutschland in der Lage ist, die der Gerichtsbarkeit des IStGH unterfallenden Verbrechen selbst zu verfolgen. Mittlerweile ist dieses Gesetz auch in der Praxis angekommen.<sup>1</sup> Prominente, über Deutschland hinaus bekannte Beispiele für nationale Kriegsverbrecherprozesse sind das vor dem OLG Stuttgart geführte Verfahren gegen Führungsfunktionäre der insbesondere in der Demokratischen Republik Kongo agierenden, paramilitärischen „Forces Démocratiques de Libération du Rwanda“<sup>2</sup> sowie die Ermittlungen gegen Oberst Klein, der während des Afghanistaneinsatzes der Bundeswehr die Bombardierung von Rebellen entführter Tanklastwagen befohlen hat, bei der mehrere Zivilisten zu Tode kamen.<sup>3</sup> Der aktuelle Fokus des Generalbundesanwalts liegt auf der Verfolgung von sog. Syrien-Heimkehrern, also von Personen, die sich in Syrien dem Islamischen Staat oder anderen bewaffneten Gruppen angeschlossen

und dort mutmaßlich Kriegsverbrechen begangen haben.<sup>4</sup> In diesem Kontext steht auch die vorliegende BGH-Entscheidung.

## I. Sachverhalt

Nach den Feststellungen des erkennenden Gerichts reiste der Angeklagte L nach Syrien, um an dem bewaffneten Jihad teilzuhaben. Hierfür schloss er sich einer Oppositionsgruppe an, die gegen die syrische Armee kämpfte. Er lebte bei seinem Bekannten V, der ihn im Umgang mit Schusswaffen und Kampftechniken unterwies. Im Rahmen eines Angriffs auf einen Checkpoint der syrischen Armee, an dem auch die Gruppe um V, jedoch nicht L selbst, beteiligt war, wurden mindestens zwei gegnerische Soldaten gefangen genommen und getötet. „Während des Tötens oder danach enthaupteten Kämpfer der Gruppe die beiden Soldaten, spießten die abgetrennten Köpfe auf Metallstangen [...] und stellten sie vor einer Schule“ auf (Rn. 5).

Nach Überzeugung des Gerichts betrachtete der Angeklagte die Getöteten als „ungläubige“ Alawiten. Um sie zu verhöhnen und in ihrer Totenehre herabzusetzen, posierte er in militärischer Kleidung mit ihren Überresten, „indem er sich in unmittelbarer Nähe zu einem der aufgespießten Köpfe zwischen die beiden Metallstangen auf den Boden hockte und eine entspannte Haltung einnahm. Sodann ließ er sich in dieser Pose von vorn aus der Nähe fotografieren, so dass der abgetrennte Kopf eines der Opfer und dessen durch schwere Verletzungen entstelltes Gesicht gleichsam in Großaufnahme deutlich zu sehen waren.“ Zwei weitere Bilder wurden aufgenommen, auf denen der Angeklagte mit anderen zusammen vor den Leichen posierte, wobei die Köpfe ebenfalls in identifizierbarer Weise zu erkennen waren (Rn. 7). V veröffentlichte später eines der Bilder im Internet.<sup>5</sup>

\* Die Autorin Bock ist Professorin für Strafrecht und Strafprozessrecht an der Philipps-Universität Marburg, der Autor Bülte ist dort wissenschaftlicher Mitarbeiter.

<sup>1</sup> Zur anfänglich eher zurückhaltenden Praxis des Generalbundesanwalts Ambos, in: MünchKommStGB, Bd. 8, 3. Aufl. (2018), § 1 VStGB Rn. 28 ff.

<sup>2</sup> Siehe OLG Stuttgart, Urteil v. 28.9.2015 – 5 - 3 StE 6/10.

<sup>3</sup> Das Verfahren gegen Klein wurde gem. § 170 Abs. 2 StPO eingestellt. Der GBA sah keine Anhaltspunkte dafür, dass die Beschuldigten davon ausgegangen sind, dass sich zum Zeitpunkt des Luftangriffs Zivilisten auf der Sandbank des Kunduz-Flusses aufhielten, <http://www.generalbundesanwalt.de/docs/einstellungsvermerk20100416offen.pdf>, abgerufen am 14.3.2018; hierzu Ambos NJW 2010, 1725 ff.; Richter HRRS 2012, 28 ff.

<sup>4</sup> Zur Praxis des Generalbundesanwalts siehe auch BünGENER ZIS 2017, 755 ff.

<sup>5</sup> Aus den Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils des OLG Frankfurt ergibt sich, dass die Bilder auf Facebook veröffentlicht wurden, vgl. OLG Frankfurt, Urteil v. 12.07.2016 – 5 - 3 StE 2/16 - 4 - 1/16, Rn. 45. Zu dieser

## II. Postmortaler Persönlichkeitsschutz und Analogieverbot

Zentrale Frage des Falles war, ob § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB auch Verstorbene vor entwürdigenden oder erniedrigenden Behandlungen schützt. Der BGH hat sie bejaht. Dabei ist er davon ausgegangen, dass die Strafbarkeit von Leichenschändungen völkergewohnheitsrechtlich anerkannt sei und vom IStGH-Statut bestätigt wurde (Rn. 20 ff.). Dass diese Annahmen zumindest nicht zwingend sind, wurde jüngst von *Berster* ausführlich dargelegt.<sup>6</sup> Aus strafverfassungsrechtlicher Sicht weitaus wichtiger ist jedoch, ob sich die vom BGH favorisierte Auslegung mit dem Analogieverbot vereinbaren lässt. Ungeachtet seiner internationalen Wurzeln ist das VStGB ein deutsches Strafgesetz und unterfällt als solches uneingeschränkt den Vorgaben des Art. 103 Abs. 2 GG.<sup>7</sup> Der Schutzbereich des § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB umfasst alle nach dem humanitären Völkerrecht zu schützende Personen. Der BGH geht davon aus, dass damit „gleichermaßen lebende und tote Menschen“ gemeint sind. Dies entspräche auch dem Sprachgebrauch des StGB. Zur Begründung verweist der BGH auf § 168 StGB, der die Totenruhe „verstorbener Menschen“ schützt (Rn. 28).

Dies überzeugt so nicht. Benutzt das StGB schlicht den Begriff der Person, so bezieht es sich auf lebende Menschen.<sup>8</sup> Die Verstümmelung einer Leiche ist keine Körperverletzung i.S.d. § 223 StGB, da sich die Tat – die man sehr wohl als eine Art körperlicher Misshandlung ansehen könnte – eben nicht gegen eine *lebende* „andere Person“ richtet.<sup>9</sup> Aus § 168 StGB ergibt sich nichts anderes. Vielmehr wird gerade hier deutlich, dass postmortaler Persönlichkeitsschutz im Gesetz ausdrücklich verankert wird („den Körper oder Teile des Körpers eines *verstorbenen* Menschen“). Wenn eine Strafnorm (auch) für Verstorbene gelten soll, so kommt dies im Wortlaut klar zum Ausdruck. Bei § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB ist dies nicht der Fall; er spricht lediglich allgemein von „Personen“. Der Ansatz des BGH, hierunter verstorbene Menschen zu subsumieren, dürfte jedenfalls nicht verallgemeinerungsfähig sein. Auch der BGH wird wohl die Vornahme sexueller Handlungen an einem getöteten Zivilisten nicht als sexuelle Nötigung oder Vergewaltigung einer nach humanitärem Völkerrecht geschützten Person ansehen (§ 8 Abs. 1 Nr. 4 VStGB). Unter Zugrundelegung seines weiten Personenverständnisses ließe sich dies aber allenfalls damit begründen, dass das geschützte Rechtsgut – sexuelle Selbstbestimmung – nach dem Tod des Rechtsgutsträgers nicht mehr beeinträchtigt werden könne. Eine solchermaßen rechtsgutsbezogene Tatbestandsauslegung

hier nur angerissenen Thematik *Werle/Epik* JZ 2018, 261, 264.

<sup>6</sup> *Berster* ZIS 2017, 264 ff.

<sup>7</sup> Vgl. *Schmitz*, in: MünchKommStGB, Bd. 1, 3. Aufl. (2017), § 1 Rn. 25.

<sup>8</sup> Siehe z.B. auch §§ 89a Abs. 2a („Unterweisung von Personen“), 89c Abs. 1 Nr. 1 (Finanzierung einer von einer anderen Person zu begehenden Tat), 115 („Angriff auf Personen, die Vollstreckungsbeamten gleichstehen“). Vergleich mit internationalen Normen bei *Ambos* NJW 2017, 3672.

<sup>9</sup> Vgl. *Paeffgen/Böse*, in: NK-StGB, 5. Aufl. (2017), § 223 Rn. 4; *Rengier* Strafrecht Besonderer Teil II, 18. Aufl. (2017), § 13 Rn. 2.

führt zwangsläufig zu Abgrenzungsschwierigkeiten. Besteht beispielweise das Interesse an der körperlichen Integrität über den Tod hinaus, sodass das Abtrennen von Leichenteilen als Verstümmelung geschützter Personen i.S.d. § 8 Abs. 1 Nr. 3 StGB zu bewerten ist?

Denkbar erscheint es hingegen, den umgekehrten Weg zu gehen und nicht allgemein, sondern nur für § 8 Abs. 1 Nr. 9 StGB von einem erweiterten, auch Verstorbene umfassenden Personenbegriff auszugehen. Dem Strafrecht sind tatbestandspezifische Begriffsauslegungen nicht völlig fremd.<sup>10</sup> Im konkreten Fall ließe sich ggf. darauf verweisen, dass das internationale Recht einen postmortalen Persönlichkeitsschutz vorsieht,<sup>11</sup> der Schutzbereich des § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB daher im Wege der völkerrechtskonformen Auslegung<sup>12</sup> auf Verstorbene zu erstrecken ist. Dies hätte allerdings zur Folge, dass der Begriff der Person innerhalb ein- und derselben Strafnorm (§ 8 VStGB) unterschiedlich verstanden würde, was im Lichte der anzustrebenden Konsistenz der Strafrechtsordnung<sup>13</sup> jedenfalls nicht unbedenklich ist und einer eingehenden (im Rahmen dieser Anmerkung nicht zu leistenden) Begründung bedürft hätte.<sup>14</sup>

Das zweite Auslegungsproblem, das der BGH zu überwinden hatte, bestand darin, dass sich die Handlung des Beschuldigten nur auf Leichenteile – die abgetrennten Köpfe der Soldaten – bezog, § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB aber, anders als § 168 StGB, Leichenteile nicht ausdrücklich als taugliche Tatobjekte benennt. Der BGH hält dies für unbeachtlich, da nur eine weite Auslegung des Erniedrigungstatbestandes einen umfassenden Würdeschutz gewährleiste (Rn. 33). Diese teleologische Argumentation ist durchaus konsequent, verstellt aber den Blick auf die entscheidende Fragestellung. Zu klären wäre nämlich gewesen, unter welchen Voraussetzungen eine Handlung, die sich nur gegen Teile der Leiche richtet, als Entwürdigung oder Erniedrigung der gesamten (verstorbenen) Person angesehen werden kann. Der BGH geht insoweit davon aus, dass Handlungen, die lediglich den abgetrennten Kopf betreffen, jedenfalls ausreichend sind, da der Kopf das herausragende Identifikationsmerkmal eines Menschen sei (Rn. 34). Im Ergebnis ist dies überzeugend; fraglich ist allerdings, ob es maßgeblich auf die Identifizierbarkeit ankommen kann. Wenn die Erstreckung des § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB auf Leichenschändungen dem Schutz der persönlichen Würde des Verstorbenen

<sup>10</sup> Vgl. z.B. BayObLG NJW 1981, 1745, 1746 (unterschiedliche Auslegung des Begriffs „Wegnahme“ in § 242 und § 289 StGB).

<sup>11</sup> Verwiesen werden kann insoweit auf die Fußnote zu Art. 8 Abs. 2 b (xxi) IStGH-Statut, der zufolge auch die entwürdigende und erniedrigende Behandlung Verstorbener als Kriegsverbrechen gelten soll. Welches Gewicht man dieser „Auslegungshilfe“ zubilligen kann, ist allerdings zweifelhaft, hierzu *Berster* ZIS 2017, 264, 266 f.

<sup>12</sup> Allgemein zur Bedeutung der völkerrechtskonformen Auslegung für die VStGB-Tatbestände *Bock*, in: Alternativen zur Freiheitsstrafe, Texte und Ergebnisse des 36. Strafverteidigtages (2013) 117, 122, 124 ff.

<sup>13</sup> Vgl. *Hassemer/Kargl*, a.a.O. (Fn. 9), § 1 StGB Rn. 107c.

<sup>14</sup> Entsprechende Ansätze finden sich in der BGH-Entscheidung in den Rn. 22 ff., wobei der BGH die Bedeutung der bereits genannten Fußnote in den Verbrechen-elementen zu Art. 8 Abs. 2 b (xxi) IStGH-Statut überbewerten dürfte (siehe bereits Fn. 11).

nen dient (Rn. 34), so ist es irrelevant, ob ein Außenstehender erkennen kann, gegen welche konkrete Person sich die Tat richtet. Entscheidend ist allein, ob eine (hinreichend erhebliche) Ehrverletzung vorliegt.<sup>15</sup> Dies wird nur aufgrund einer Gesamtabwägung beurteilt werden können. Je geringer die Bedeutung des betroffenen Körperteils für den personalen und sozialen Geltungswert der Person ist, desto gravierender muss die ehrverletzende bzw. entwürdigende Handlung sein.

### III. Schuldprinzip

Weiter ist fraglich, ob eine Erstreckung des § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB auf Verstorbene mit dem Schuldgrundsatz vereinbar ist. Recht kurz stellt der BGH hierzu fest, dass der Gesetzgeber in Umsetzung des IStGH-Statuts zweifellos einen Verbrechenstatbestand der Leichenschändung schaffen könne (Rn. 29). Hiergegen lässt sich zweierlei einwenden: Zunächst geht es nicht um einen Tatbestand explizit der Leichenschändung, sondern um die Frage, ob die Leichenschändung unter einen anderen Tatbestand gefasst werden kann. Zweitens trifft die Umsetzungsobliegenheit noch keine Aussage darüber, ob Kriegsverbrechen im nationalen Recht als Verbrechen normiert werden dürfen. Zwar muss im Hinblick auf das Komplementaritätsprinzip (Art. 17 Abs. 2 lit. a) IStGH-Statut) sichergestellt werden, dass die Straffrahmen nicht so niedrig ausfallen, dass sie die Bundesrepublik Deutschland dem Vorwurf aussetzen, sie sei nicht willens oder in der Lage, völkerstrafrechtliche Verfahren selbst zu führen.<sup>16</sup> Damit ist aber noch nicht gesagt, dass alle Delikte als Verbrechen ausgestaltet sein müssten,<sup>17</sup> oder dass ein einzelner Tatbestand in legitimer Weise als Verbrechen eingestuft werden darf. Gewinnbringender ist die Überlegung des BGH, der Gesetzgeber könne grundsätzlich Art und Mindestmaß einer Strafe bestimmen, die er für die Begehung einer Straftat androhe, wobei er einen „weiten Gestaltungsspielraum“ habe. Ein Verstoß gegen verfassungsrechtliche Vorgaben komme nur in Betracht, wenn die gesetzliche Regelung „gemessen an der Idee der Gerechtigkeit [...] zu schlechthin untragbaren Ergebnissen“ führe.<sup>18</sup> Dies sei vorliegend nicht ersichtlich (Rn. 31). Dazu ist zunächst festzustellen, dass alle Kriegsverbrechen im VStGB als Verbrechen ausgestaltet sind und

eine geringere Freiheitsstrafe nur in einigen minder schweren Fällen vorgesehen ist. Üblicherweise sind Kriegsverbrechen sogar mit einer noch höheren Mindeststrafe bedroht, nämlich mit Freiheitsstrafe nicht unter zwei bzw. drei Jahren. Insofern stellt der Straffrahmen des § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB eine Besonderheit dar, weil er eine im Vergleich niedrige Mindeststrafe vorsieht. Somit hat der Gesetzgeber augenscheinlich erkannt, dass dessen Unrechtsgehalt hinter den anderen Varianten des § 8 Abs. 1 VStGB zurückbleiben kann.<sup>19</sup> Zu fragen ist aber, ob nicht auch dieser vergleichsweise niedrige Straffrahmen noch zu hoch ist.<sup>20</sup>

Der BGH sucht entsprechenden Einwänden bereits dadurch zu begegnen, dass er das Tatbestandsmerkmal „in schwerwiegender Weise“ unter Hinweis auf den Verbrechencharakter einschränkend auslegt. Die Tat müsse sich aus Sicht eines objektiven Beobachters unter Berücksichtigung des kulturellen Hintergrundes des Opfers als Gräueltat darstellen (Rn. 50). Dieser Ansatz ist grundsätzlich zu begrüßen. Allerdings erscheint zweifelhaft, ob die „Sicht eines objektiven Beobachters“ das allein maßgebliche Auslegungskriterium ist bzw. sein sollte. Nicht erfasst werden können hierdurch Fälle, in denen der Unrechtsgehalt aufgrund der Motivation des Täters oder anderen, nicht opferbezogenen Umständen derart gemildert ist, dass die Anwendung des Verbrechenstatbestands zu „schlechthin untragbaren Ergebnissen“ führt. Dies mag z.B. der Fall sein, wenn die Fotos aufgrund gruppenspezifischer Prozesse gemacht werden, und der Täter kein vorrangiges Interesse an der Erniedrigung der Opfer hat.<sup>21</sup> Genauso können der Druck und die Belastung, unter denen einzelne Täter in einem bewaffneten Konflikt stehen, Einfluss darauf haben, als wie verwerflich die Tat anzusehen ist.<sup>22</sup>

Aber selbst wenn man über die Schwellenklausel des § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB („in schwerwiegender Weise“) in eine Art Abwägung einsteigt, bleibt die Frage, ob post-mortale Persönlichkeitsverletzungen gemeinhin das Verbrechenverdikt verdienen. Dies wird besonders deutlich, wenn man § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB mit seinem nationalen Gegenstück vergleicht. „Normale“ Störungen der Totenruhe, die keinen Bezug zu einem bewaffneten Konflikt aufweisen, werden durch § 168 StGB lediglich mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren oder mit Geldstrafe be-

<sup>15</sup> Auch dem Täter wird es nicht darauf ankommen, dass das Opfer persönlich identifizierbar ist (oder ihm eine Identifikation überhaupt möglich ist). Es wird ihm lediglich um die Herabwürdigung (beliebiger) Personen der Gegenseite gehen. Nur insoweit wäre eine Identifizierbarkeit erforderlich, was aber bereits dadurch berücksichtigt wird, dass sich die Tat gegen Personen richten muss, die nach dem humanitären Völkerrecht zu schützen sind, und dies sind grundsätzlich nur Angehörige der gegnerischen Konfliktpartei (*Ambos*, *Treatise on International Criminal Law*, Bd. 2 (2014), S. 149). Im Rahmen der Ehrverletzung selbst kommt dieser Überlegung somit keine eigenständige Bedeutung mehr zu.

<sup>16</sup> *Epik*, Die Strafzumessung bei Taten nach dem Völkerstrafgesetzbuch (2017), S. 454.

<sup>17</sup> Dies gilt umso mehr, als das IStGH-Statut keine Mindeststrafen vorgibt (vgl. Art. 77 Abs. 1 lit. a) IStGH-Statut: „eine zeitlich begrenzte Freiheitsstrafe bis zu einer Höchstdauer von 30 Jahren“).

<sup>18</sup> Unter Verweis auf BVerfGE 34, 261, 267 und BVerfGE 50, 125, 133 f., 138, 140.

<sup>19</sup> So *Epik*, a.a.O. (Fn. 16), S. 440.

<sup>20</sup> Dabei ist zu beachten, dass nach Ansicht des BVerfG die Verfassungsmäßigkeit einer Norm noch nicht in Frage steht, wenn die „Strafdrohung im Einzelfall einmal unangemessen hart“ erscheine; den Besonderheiten des Einzelfalles könne in verschiedener Weise Rechnung getragen werden, vgl. BVerfGE 34, 261, 267; BVerfGE 18, 229, 243. Vgl. auch *Werle/Epik* JZ 2018, 261, 263, die als mögliche Begründung für den Verbrechencharakter die internationale Unrechtsdimension in Betracht ziehen, sowie *Epik*, a.a.O. (Fn. 16), S. 472 ff.

<sup>21</sup> Dahingehend hatte sich auch der Angeklagte in der Tatsacheninstanz eingelassen. Wie glaubhaft solche Einlassungen sind, sei allerdings dahingestellt.

<sup>22</sup> Vgl. dazu die Feststellungen des KG Berlin, Urteil v. 1.3.2017 – 172 OJs 26/16, Rn. 30, 91, das dies strafmildernd berücksichtigte.

droht.<sup>23</sup> Eine mögliche Rechtfertigung für den deutlich punitiveren Ansatz des VStGB wird von *Berster* gesehen, der zwar eine Subsumtion der Leichenschändung unter § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB ablehnt, im Weiteren aber die gesteigerte Gefährlichkeit solcher Handlungen aufgrund ihres „friedensgefährdenden kommunikativen Potenzials“ herausstellt. Mit der Verstümmelung von Leichen ließen sich Botschaften senden, vernichtende an die Gegner und zur Vernichtung aufrufende an die Mitkämpfer.<sup>24</sup> Die mit der Ehrverletzung verbundene Entmenschlichung von Personen bzw. Personengruppen unterstützt Formen unmenschlicher Kriegsführung: Bewaffnete Konflikte verlangen den Kämpfenden Taten ab, die sie unter normalen Umständen nicht begehen würden; sie müssen insbesondere Gewalt- und Tötungshemmungen überwinden. Die Dehumanisierung des Gegners schafft insofern eine Distanz zum Opfer, das nicht mehr als gleichwertiger Mensch, sondern als minderwertige Kreatur betrachtet wird, für die die Regeln des mitmenschlichen Umgangs nicht gelten. Damit steigt zugleich die Gefahr, dass Vorschriften zum Schutz der gegnerischen Partei nicht mehr akzeptiert werden und der Konflikt brutalisiert wird.<sup>25</sup> Falls dies durch § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB verhindert werden soll, macht es unter teleologischen Gesichtspunkten keinen Unterschied, ob Lebende oder Verstorbene Ziel der Handlung werden: Die abstrakte Gefährdung der Gegenseite steigt, wenn der Täter sich (und andere) durch seine Handlungen der „Menschenunwürdigkeit“ seiner Opfer versichert. Dann wäre das Rechtsgut des § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB allerdings nicht die Totenehre, sondern auch oder primär die Achtung des Menschseins der Gegenseite; der Angriff auf die Totenehre wäre lediglich die Tathandlung, durch die das Schutzgut angegriffen wird. In der Folge ergäbe sich jedoch eine Inkonsistenz zwischen den tatbestandlichen Handlungen (entwürdigende Behandlungen) und dem Ziel, die Gegenseite in ihrem Menschsein zu achten. Als besonders strafwürdig müsste dann nämlich das mediale Verbreiten

<sup>23</sup> Selbst der deutlich mildere § 168 StGB wird nicht allein auf postmortalen Ehrschutz gestützt, *Berster* ZIS 2017, 264, 269 m.w.N.

<sup>24</sup> *Berster* ZIS 2017, 264, 269.

<sup>25</sup> Auch bei anderen Völkerstraftaten sind solche Prozesse erforderlich, um Massengewalt gegen die spätere Opfergruppe zu ermöglichen, vgl. etwa *Harrendorf* JICL 12 (2014), 231, 235. Für Unterschiede in der Entwicklung bei Kriegsverbrechen und Völkermord vgl. *Klusemann* 9 EJC (2012), 468, insb. 471 ff.

ehrverletzender Handlungen gelten. Gerade diese erfüllt für sich genommen aber nicht den Tatbestand des § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB. Das Hochladen von Bildern ins Internet ist – wie der BGH überzeugend dargelegt hat – keine Behandlung der abgebildeten Personen, sondern eine Behandlung der Bilder (Rn. 46).

Im Lichte des Schuldgrundsatzes wird z.T. auch die Weite des Strafrahmens von § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB für kritisch erachtet. Die Norm eröffnet einen Strafrahm von einem bis fünfzehn Jahren, was der weiteste des VStGB ist (neben dieser Norm kennen ihn noch einige minder schwere Fälle von Kriegsverbrechen).<sup>26</sup> *Berster* scheint davon auszugehen, dass schon diese Spannweite an sich bei Leichenschändungen verfassungsrechtlich bedenklich sei.<sup>27</sup> Dem wäre nur dann zuzustimmen, wenn § 8 Abs. 1 Nr. 9 VStGB allein die Leichenschändung unter Strafe stellen würde. Dem ist jedoch nicht so. Der Entwürdigungstatbestand schützt – die Zulässigkeit dieser Auslegung unterstellt – (allenfalls) *auch* Verstorbene, er bezieht sich jedoch *vor allem* auf Lebende. Dementsprechend weist der BGH auch darauf hin, dass dem regelmäßig geringeren Schuldgehalt einer Leichenschändung im Einzelfall Rechnung getragen werden könne (Rn. 31). Zwar wäre eine strengere Formulierung („muss“) wünschenswert gewesen, zumindest aber ist festzustellen, dass in den wenigen bislang hierzu ergangenen Entscheidungen hierauf geachtet wurde.<sup>28</sup> Generell wird man aus dem Prinzip des schuldangemessenen Strafens ableiten können, dass eine Leichenschändung nur eine Strafe im unteren Bereich des Strafrahmens nach sich ziehen kann; Strafen im mittleren oder gar hohen Bereich werden nur bei der erniedrigenden Behandlung von Lebenden in Betracht kommen.

#### IV. Fazit

Die vorliegende BGH-Entscheidung ist ein weiterer Beleg dafür, dass Deutschland bereit ist, sich aktiv an der Bekämpfung internationaler Verbrechen zu beteiligen. Dieses hehre Anliegen darf aber nicht zur Verwässerung fundamentaler Verfassungsätze führen.

<sup>26</sup> *Epik*, a.a.O. (Fn. 16), S. 440.

<sup>27</sup> *Berster* ZIS 2017, 264, 268.

<sup>28</sup> Vgl. OLG Frankfurt a.a.O. (Fn. 5), Rn. 189; OLG Frankfurt, Urteil v. 08.11.2016 – 5 - 3 StE 4/16 - 4 - 3/16, Rn. 254; KG Berlin, a.a.O. (Fn. 22), Rn. 91.

# Privilegierung aufgrund Alters?

## Ein Plädoyer für die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs unter Rückgriff auf § 455 Abs. 2 StPO vor dem Hintergrund der Entscheidung des BVerfG HRRS 2018 Nr. 4

Von Dr. Niels Kaltenhäuser\*

Mediale Aufmerksamkeit<sup>1</sup> erlangte der Strafausstand wegen Vollzugsuntauglichkeit nach § 455 Abs. 2 StPO jüngst durch die Verurteilung des „Buchhalters von Auschwitz“, Oskar Gröning, wegen Beihilfe zum Mord in 300.000 Fällen durch das LG Lüneburg<sup>2</sup>. Während der BGH<sup>3</sup> die Verurteilung des Angeklagten zu einer Freiheitsstrafe bereits am 20. September 2016 bestätigte, hatte das BVerfG in seiner Entscheidung v. 21. Dezember 2017<sup>4</sup> der Frage nachzugehen, ob der Vollstreckung des Strafauspruchs verfassungsrechtliche Bedenken entgegenstehen. Vor diesem Hintergrund beleuchtet der vorliegende Beitrag, weshalb bei sog. „Altfällen“ ein Vorgehen über § 455 Abs. 2 StPO dem Schutz von Opferrechten dient und auch aus kriminalpolitischer Sicht überzeugt.

### I. Genese und Voraussetzungen von § 455 Abs. 2 StPO

Das BVerfG betont in seiner Entscheidung v. 21. Dezember 2017 zum einen die Notwendigkeit des Vollzugs

\* Rechtsreferendar am LG Leipzig und Wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Kriminologie, Jugendstrafrecht und Strafvollzugsrecht (Prof. Dr. Hendrik Schneider) an der Universität Leipzig.

<sup>1</sup> Tagesspiegel v. 7. Juli 2015, <http://www.tagesspiegel.de/politik/auschwitz-prozess-staatsanwaltschaft-fordert-3-5-jahre-haft-fuer-oskar-groening/12023904.html> (zugegriffen am 11. Januar 2018); Die Zeit v. 21. Juli 2015, <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2015-07/ns-verbrecher-beihilfe-taeter-strafrecht-justiz-fischer-im-recht> (zugegriffen am 11. Januar 2018); Die Welt v. 6. Oktober 2015, <https://www.welt.de/geschichte/zweiter-weltkrieg/article147264663/Was-der-11-September-mit-KZ-Verbrechen-zu-tun-hat.html> (zugegriffen am 11. Januar 2018).

<sup>2</sup> LG Lüneburg, 15. Juli 2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13 (9/14).

<sup>3</sup> BGHSt 61, 252 = HRRS 2016 Nr. 1123. Vgl. zur Diskussion Fahl HRRS 2017, 167 ff.; Roxin JR 2017, 88 ff.; Grünwald NJW 2017, 500 f.; Momsen StV 2017, 546 ff.; Rommel NStZ 2017, 161 f.; Safferling JZ 2017, 258 ff.

<sup>4</sup> BVerfG, 21. Dezember 2017 – 2 BvR 2772/17 = HRRS 2018 Nr. 4.

einer angeordneten Freiheitsstrafe, verweist aber auf Einschränkungen durch grundgesetzliche Wertungen:

„Zwar ist der Vollzug der Strafe auch im hohen Lebensalter nicht ausgeschlossen. Fallgestaltungen, die den Verurteilten von vornherein zum Versterben in der Haft verurteilen oder seine Chance, der Freiheit wieder teilhaftig zu werden, auf einen von Siechtum und Todesnähe gekennzeichneten Lebensrest reduzieren, sind dem Strafvollzug unter der Herrschaft des Grundgesetzes grundsätzlich fremd“<sup>5</sup>.

Damit verweist das BVerfG auf eine lange Traditionslinie. Der Weg hin zum humanen Strafverfahren der StPO wurde einerseits durch christliche Quellen, die Philosophie des 18. und 19. Jahrhunderts sowie den Prozess der Rechtsvereinheitlichung geebnet, der maßgeblich durch den damaligen Bundeskanzler Otto von Bismarck im Norddeutschen Bund vorangetrieben wurde.<sup>6</sup> So sah bereits die Fassung der StPO von 1877<sup>7</sup> die Möglichkeit eines Strafaufschubs in § 487 StPO a.F. vor. Nach § 487 Abs. 2 a.F. StPO konnte die Vollstreckung aufgeschoben werden, „wenn von der Vollstreckung eine nahe Lebensgefahr für den Verurteilten zu besorgen steht“. Die Fassung der StPO von 1924<sup>8</sup> behielt diese Formulierung bei, verschob die Regelung aber auf ihren heutigen Platz in § 455 StPO. Seit der Fassung von 1986<sup>9</sup> weitet § 455 Abs. 4 StPO die Kriterien der Absätze 1-3 zudem auf den Fall der Vollstreckungsunterbrechung aus und lässt diese nach § 455 Abs. 4 S. 1 Nr. 3 StPO auch bei sonstigen schweren Erkrankungen zu.

Die Entscheidung über die Anordnung, den Aufschub sowie die Unterbrechung des Vollzuges obliegt als Voll-

<sup>5</sup> BVerfG, 21. Dezember 2017 – 2 BvR 2772/17 – juris Rn. 10 = HRRS 2018 Nr. 4.

<sup>6</sup> Heischel, § 455 StPO – Die Haftverschonung aus Gesundheitsgründen in ihren rechtlichen Grundlagen und in der Praxis, 1998, S. 20 ff.

<sup>7</sup> „Strafprozeßordnung“ v. 1. Februar 1877 (in Kraft getreten am 1. Oktober 1879).

<sup>8</sup> „Strafprozeßordnung für das Deutsche Reich“ v. 4. Januar 1924 (in Kraft getreten am 22. März 1924).

<sup>9</sup> Eingeführt durch das 23. Strafrechtsänderungsgesetz v. 13. April 1986, BGBl. I, S. 393 (in Kraft getreten am 1. Mai 1986).

streckungsbehörde i.S.v. § 455 StPO der Staatsanwaltschaft nach § 451 Abs. 1 StPO.<sup>10</sup> Eine Entscheidung ergeht von Amts wegen oder auf Antrag. Maßgebliches Kriterium für den Strafaufschub nach § 455 Abs. 2 StPO ist die Besorgnis naher Lebensgefahr. Wenigstens bedarf es dafür eines höheren Grades von Wahrscheinlichkeit.<sup>11</sup> Erforderlich ist, dass die Vollstreckung ursächlich für die Lebensgefahr sein muss, weshalb nur Erkrankungen, bei denen der Strafvollzug die Gefährlichkeit der Erkrankung erhöht, unter § 455 Abs. 2 StPO subsumiert werden können.<sup>12</sup> Suizidgefahr rechtfertigt regelmäßig keinen Aufschub.<sup>13</sup> Liegen die Voraussetzungen für den Strafaufschub hingegen vor, ist die Strafvollstreckungsbehörde verpflichtet, den Strafausstand anzuordnen („Die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe ist aufzuschieben“, § 455 Abs. 1 StPO). Dagegen handelt es sich bei § 455 Abs. 3 StPO um eine Ermessensentscheidung.<sup>14</sup> Wird eine Anordnung nach § 455 Abs. 1-3 StPO getroffen, stellt diese ein Vollstreckungshindernis nach § 449 StPO dar.<sup>15</sup> Während die Vollstreckung aufgeschoben ist, ruht ferner gemäß § 79a Nr. 2 lit. a StGB die Vollstreckungsverjährung.

Besondere Bedeutung erlangt regelmäßig die Frage, ob die Gefahren einer Erkrankung auch im Rahmen des Strafvollzuges effektiv verhütet werden können. Kann die Vollzugseinrichtung die erforderliche Ausstattung vorhalten (z.B. Anstaltskrankenhaus mit entsprechender Ausstattung), steht auch eine prinzipiell lebensbedrohliche Erkrankung der Strafvollstreckung nicht unbedingt entgegen.<sup>16</sup> Daher wird der Strafaufschub auch nur solange angeordnet, bis die Vollzugstauglichkeit wiederhergestellt ist. Insofern wird die Vollstreckung einer Freiheitsstrafe regelmäßig nur dann auf Dauer aufzuschieben sein, wenn eine lebensbedrohliche Erkrankung vorliegt,

<sup>10</sup> Funktionell zuständig ist seit dem Ersten Gesetz zur Modernisierung der Justiz v. 24. August 2004, BGBl. I, S. 2207 (in Kraft getreten am 1. September 2004) der Rechtspfleger.

<sup>11</sup> OLG Düsseldorf NJW 1991, 765; zust. *Laubenthal/Nestler*, Strafvollstreckung, 2010, Rn. 221; *Pollähne/Woynar*, Verteidigung in Vollstreckung und Vollzug, 2014, Rn. 108; *Appl*, in: *Karlsruher Kommentar zur StPO*, 7. Aufl. (2013), § 455, Rn. 7; *Coen*, in: *BeckOK StPO*, Stand: 1. Juli 2017, § 455, Rn. 3; *Pfeiffer*, *Kommentar zur StPO*, 5. Aufl. (2005), § 455, Rn. 3; *Schmitt*, in: *Meyer-Goßner/Schmitt*, StPO, 60. Aufl. (2017), § 455, Rn. 5. A.A. *Paeffgen*, in: *SK-StPO*, 4. Aufl. (2013), § 455, Rn. 9, wonach eine hinreichende Wahrscheinlichkeit ausreichen soll.

<sup>12</sup> OLG Düsseldorf NJW 1991, 765; zust. *Laubenthal/Nestler* a.a.O. (Fn. 11); *Pollähne/Woynar*, a.a.O. (Fn. 11); *Appl* a.a.O. (Fn. 11); *Coen* a.a.O. (Fn. 11); *Pfeiffer* a.a.O. (Fn. 11); *Paeffgen* a.a.O. (Fn. 11); *Klein*, in: *Graf StPO*, 2. Aufl. (2012), § 455, Rn. 3; *Meinen*, in: *Heghmanns/Scheffler* (Hrsg.), *Handbuch zum Strafverfahren*, 2008, S. 1151 spricht von „Vollzugsbezogenheit“.

<sup>13</sup> Vgl. OLG Hamm NStZ-RR 2010, 191; OLG Koblenz StRR 2015, 387.

<sup>14</sup> § 455 StPO wurde auch analog herangezogen, um über die Fortsetzung der Untersuchungshaft zu entscheiden, vgl. *BerlVerfGH NJW* 1994, 436, 440 (*Erich Mielke*).

<sup>15</sup> *Appl* a.a.O. (Fn. 11), § 455, Rn. 5.

<sup>16</sup> Vgl. etwa OLG Koblenz StRR 2015, 387. *Legat*, *Ältere Menschen und Sterbensranke im Strafvollzug*, 2008, S. 154 verweist zudem auf eine „immer leistungsfähiger werdende Medizin“ in Vollzugskrankenhäusern.

die im Rahmen des Strafvollzuges nicht ordnungsgemäß behandelt werden kann.

## II. Der Fall Gröning und die Entscheidung des BVerfG vom 21. Dezember 2017 – 2 BvR 2772/17

*Oskar Gröning* wurde wegen Beihilfe zum grausamen und heimtückischen Mord (§§ 211, 49 a.F. StGB) in 300.000 Fällen v. LG Lüneburg am 15. Juli 2015<sup>17</sup> zu einer Freiheitsstrafe von vier Jahren verurteilt. Nach den Feststellungen des Gerichts hatte der „Buchhalter von Auschwitz“ das NS-Regime dadurch unterstützt, dass er einerseits an der Selektion von Deportierten mitwirkte und durch vornehmlich verwaltende Tätigkeiten Wertgegenstände derselben verwertete. Eine gegen das Urteil gerichtete Revision *Grönings* verwarf der BGH.<sup>18</sup> Der Angeklagte beantragte Aufschub der Strafvollstreckung bei der zuständigen Staatsanwaltschaft Lüneburg, die den Antrag ablehnte. Auch der daraufhin gestellte Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 458 Abs. 2 StPO<sup>19</sup> und die sofortige Beschwerde<sup>20</sup> gegen die dahingehende Entscheidung des LG Lüneburg wurden verworfen.

Die gegen die ablehnenden Entscheidungen zum Aufschub der Strafvollstreckung gerichtete Verfassungsbeschwerde nahm das BVerfG nicht zur Entscheidung an.<sup>21</sup> Das Gericht sah den Beschwerdeführer nicht in seinem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit gemäß Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG verletzt. Vielmehr teilte es die Einschätzung des OLG Celle<sup>22</sup>, dass die Lebensbedrohlichkeit des Strafvollzugs in Abwägung zu bringen sei mit der Schwere der verwirklichten Delikte, weshalb § 455 StPO auch im Einzelfall verhältnismäßig angewendet worden sei.<sup>23</sup> Besondere Berücksichtigung fand dabei, dass der Verurteilte das von 2013 bis 2016 betriebene Strafverfahren gesundheitlich überstand und eine altersgemäße Betreuung in der Justizvollzugsanstalt möglich ist.<sup>24</sup> Insgesamt setzt das BVerfG seine Rechtsprechung zu § 455 StPO fort und erkennt die Norm als eine verfassungsrechtlich nicht zu beanstandende Abwägungsentscheidung zwischen der Pflicht des Staates zur Durchset-

<sup>17</sup> LG Lüneburg, 15. Juli 2015 – 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13 (9/14).

<sup>18</sup> BGHSt 61, 252 = HRRS 2016 Nr. 1123.

<sup>19</sup> LG Lüneburg, 17. August 2017 – 27 Ks 9/14.

<sup>20</sup> OLG Celle, 7. November 2016 – 3 Ws 491/17.

<sup>21</sup> Vgl. BVerfG, 21. Dezember 2017 – 2 BvR 2772/17 – juris Rn. 6 = HRRS 2018 Nr. 4: „Annahmegründe (...) liegen nicht vor. Der Verfassungsbeschwerde kommt keine grundsätzliche Bedeutung zu (...), da die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Entscheidung über Aufschub und Unterbrechung der Strafvollstreckung nach § 455 StPO in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts geklärt sind (...). Die Annahme der Verfassungsbeschwerde zur Entscheidung ist – mangels hinreichender Aussicht auf Erfolg – auch nicht zur Durchsetzung der in § 90 Abs. 1 BVerfGG bezeichneten Rechte angezeigt (...).“

<sup>22</sup> OLG Celle, 7. November 2016 – 3 Ws 491/17.

<sup>23</sup> Vgl. BVerfG, 21. Dezember 2017 – 2 BvR 2772/17 – juris Rn. 9 = HRRS 2018 Nr. 4.

<sup>24</sup> Vgl. BVerfG, 21. Dezember 2017 – 2 BvR 2772/17 – juris Rn. 23 = HRRS 2018 Nr. 4.

zung des Strafanspruchs<sup>25</sup> und den Individualrechten des Verurteilten an.<sup>26</sup> Gröning stellte daraufhin zum einen ein Gnadengesuch gemäß § 452 S. 2 StPO bei der Staatsanwaltschaft Lüneburg, das von dieser abgelehnt wurde.<sup>27</sup> Zuletzt richtete er ein weiteres Gnadengesuch an die niedersächsische Justizministerin Havliza. Bevor eine Entscheidung ergehen konnte, starb Oskar Gröning am 9. März 2018.

### III. Beendigung des Strafverfahrens vor dem Vollstreckungsverfahren

Abseits des Strafaufschubs nach § 455 Abs. 2 StPO besteht für Staatsanwaltschaft und Gericht die Möglichkeit, bei Vorliegen von Verhandlungsunfähigkeit bereits in einem früheren Stadium das Verfahren zu beenden. Ein solches Verfahrenshindernis der Verhandlungsunfähigkeit kann auch prognostiziert werden<sup>28</sup>, wobei nach Ansicht des BGH bereits das hohe Alter einer Person gewichtiges Indiz für Verhandlungsunfähigkeit sein kann.<sup>29</sup> Die zuständige Staatsanwaltschaft stellt das Verfahren nach § 170 Abs. 2 S. 1 StPO ein, wenn dauerhafte Verhandlungsunfähigkeit vorliegt.<sup>30</sup> Wurde hingegen Anklage erhoben, kann das zuständige Gericht bereits von der Eröffnung des Hauptverfahrens gemäß § 199 Abs. 1 StPO absehen und einen Beschluss nach § 204 StPO erlassen, wenn Verhandlungsunfähigkeit und somit ein hindernder Rechtsgrund besteht.<sup>31</sup> So hatte das LG Berlin<sup>32</sup> etwa die Eröffnung des Hauptverfahrens gegen Erich Honecker abgelehnt und seine Entscheidung mit der Prognose begründet, der Angeschuldigte werde möglicherweise das Ende des Verfahrens nicht mehr erleben. Ergibt sich die Verhandlungsunfähigkeit hingegen erst im Hauptverfahren, kann das Gericht das Verfahren nach §§ 206a, 260 Abs. 3 StPO einstellen.<sup>33</sup>

<sup>25</sup> Vgl. umfassend zu Herkunft und Ausformungen dieses Grundsatzes Feltes, Der staatliche Strafanspruch, 2009.

<sup>26</sup> Vgl. BVerfG, 21. Dezember 2017 – 2 BvR 2772/17– juris Rn. 9 = HRRS 2018 Nr. 4. So etwa auch BVerfG NStZ-RR 2003, 345; BVerfG RuP 2010, 219; zust. etwa Paeffgen a.a.O. (Fn. 11), § 455, Rn. 2.

<sup>27</sup> Ntv.de v. 17. Januar 2018, [https://www.ntv.de/der\\_tag/Mittwoch-17-Januar-2018-article20234973.html](https://www.ntv.de/der_tag/Mittwoch-17-Januar-2018-article20234973.html) (zugegriffen am 17. Januar 2018).

<sup>28</sup> LG Berlin NJW 1993, 1608.

<sup>29</sup> BGH NJW 2004, 2316, 2319 = HRRS 2004 Nr. 601 (Friedrich Engel). Im zugrundeliegenden Fall hob der BGH im Rahmen der Revision das Urteil auf und stellte das Verfahren wegen des Alters des Angeklagten und einer ungewissen Sachverhaltsaufklärung nach § 349 Abs. 4 StPO ein.

<sup>30</sup> Vgl. dazu Moldenhauer, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 7. Aufl. (2013), § 170, Rn. 15. Bereits mit Blick auf die materielle Rechtslage kann auch eine Einstellung nach § 153b Abs. 1 StPO i.V.m. § 47 MilStGB in Betracht kommen, wenn ein Untergebener auf Befehl gehandelt hat, vgl. dazu Kuchenbauer NJW 2009, 15, 18.

<sup>31</sup> Zu beachten ist hier die Sperrwirkung von § 211 StPO, wonach die Klage nur auf Grund neuer Tatsachen oder Beweismittel wiederaufgenommen werden kann.

<sup>32</sup> LG Berlin NJW 1993, 1608.

<sup>33</sup> Gemäß BGHSt 46, 345 kommt dann auch kein Sicherungsverfahren nach §§ 413 ff. StPO in Betracht.

### IV. Besonderheiten bei Strafverfahren gegen ältere Menschen

Bei älteren Tätern<sup>34</sup> ist zu berücksichtigen, dass die einmal festgestellte Vollzugsuntauglichkeit im Sinne von § 455 Abs. 2 StPO regelmäßig bestehen bleibt und der Aufschub der Strafvollstreckung faktisch einer Begnadigung nach § 452 S. 2 StPO gleichkommt: Der Schuldpruch bleibt bestehen, wobei von ihm für den Verurteilten aber keine unmittelbaren Rechtsnachteile mehr ausgehen, weil er die Vollstreckung des Strafausspruchs nicht mehr zu befürchten hat.

Zu beachten ist, dass Personen ab einem Alter von 60 Jahren kaum als Straftäter in Erscheinung treten. Im Jahr 2016 waren lediglich 6,6 Prozent aller Tatverdächtigen 60 Jahre alt oder älter.<sup>35</sup> Von allen in diesem Jahr verübten Straftaten wurden nur 7,4 Prozent von Personen begangen, die über 60 Jahre alt waren.<sup>36</sup> Die am häufigsten von dieser Altersgruppe begangenen Straftaten sind Körperverletzung, Nötigung, Bedrohung, Diebstahl und Beleidigung<sup>37</sup> sowie Verkehrsverstöße und -delikte<sup>38</sup>. Dabei ist davon auszugehen, dass nur ca. 5 Prozent älterer Tatverdächtiger bereits vor ihrem 50. Lebensjahr straffällig geworden sind.<sup>39</sup> Zurückzuführen ist die geringe Kriminalitätsbelastung älterer Menschen unter anderem auf abnehmende körperliche Leistungsfähigkeit, eine stärkere Sozialkontrolle durch die Familie sowie den Wegfall potentieller Tatgelegenheiten, wenn keinem Beruf mehr nachgegangen wird.<sup>40</sup> Allerdings besteht hier kaum Anwendungsbereich für § 455 Abs. 2 StPO, weil es sich bei den am häufigsten verwirklichten Delikten der Altersgruppe um Vergehen handelt und somit eher eingestellt bzw. auf eine Geldstrafe oder eine zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe erkannt wird.

Bei bestimmten Straftatbeständen kann aber auch gegen einen älteren Menschen ein Strafverfahren wegen einer Tat eingeleitet werden, die weit zurückliegt. So lässt sich das gesetzgeberisch gewollte Unwerturteil bezüglich

<sup>34</sup> Maschke, in: Bock (Hrsg.), Göppinger Kriminologie, 2008, § 24, Rn. 67 zeigt auf, dass der Begriff des „alten Menschen“ nicht genau definiert werden kann. Jedoch scheint es angezeigt, den Terminus ab einem Alter von 60 Jahren zu verwenden.

<sup>35</sup> Vgl. PKS 2016, Bd. 3, 19.

<sup>36</sup> Vgl. PKS 2016, Bd. 3, 21. Allerdings belegt Maschke a.a.O. (Fn. 34), § 24, Rn. 71, dass in dieser Altersgruppe überdurchschnittlich viele Frauen strafrechtlich in Erscheinung treten. Grund dafür scheint aber vornehmlich zu sein, dass der Frauenanteil bei den älteren Menschen höher ist.

<sup>37</sup> Vgl. PKS 2016, Bd. 3, 30.

<sup>38</sup> Vgl. Fahreignungsregister (FAER) 2016, Eintragungen von Verkehrsverstößen im Jahr 2016 nach Lebensalter und Geschlecht, wonach die Gruppe der über 65-jährigen nicht signifikant weniger Verkehrsverstöße begeht als die Gruppe von Personen im Alter von 18 bis 24 Jahren. Zu beachten ist, dass die PKS diese Delikte nicht berücksichtigt.

<sup>39</sup> Vgl. Maschke a.a.O. (Fn. 34), § 24, Rn. 75.

<sup>40</sup> Vgl. Maschke a.a.O. (Fn. 34), § 24, Rn. 82. Als kriminogener Faktor im Alter kann danach allenfalls gewertet werden, dass aufgrund des Ausstiegs aus dem Berufsleben viel Zeit besteht, um Straftaten (z.B. einen Ladendiebstahl) vorzubereiten und dadurch das Minus an körperlicher Eignung zu kompensieren.

einer Straftat zum einen aus der angedrohten Strafe ableiten. Einen weiteren Hinweis auf die rechtsstaatliche Pflicht zur Verfolgung von Straftaten geben hingegen die in Abhängigkeit zum Strafrahmen bestehenden Verfolgungsverjährungsfristen. Während Mord gemäß § 78 Abs. 2 StGB nie verjährt, sind in § 78 Abs. 3 StGB für besonders schwere Delikte Verjährungsfristen von bis zu 30 Jahren aufgeführt. Werden die Tatbestände des Ruhens der Fristen nach § 78b StGB einbezogen, können auch lange zurückliegende Taten geahndet werden. Zwar ist nicht anzunehmen, dass viele Fälle, die mehrere Jahrzehnte zurückliegen, tatsächlich aufgeklärt werden können. Sollte die Aufklärung aber jedenfalls für denkbar gehalten werden, muss insbesondere bei Verbrechen des NS-Regimes dem staatlichen Strafanspruch Geltung verliehen werden, um im Sinne der negativen Generalprävention nicht den Eindruck entstehen zu lassen, dass bestimmte Personen von der Reichweite des Strafrechts ausgenommen sind.<sup>41</sup>

Vor diesem Hintergrund sollte nur in solchen Fällen, in denen es höchst wahrscheinlich ist, dass der Angeklagte infolge des Strafverfahrens schwere Gesundheitsschädigungen erleiden bzw. sterben würde oder aus anderen Gründen evident verhandlungsunfähig ist, von der Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, das Strafverfahren vor dem Vollstreckungsverfahren zu beenden. Deshalb sind zunächst unterstützende Maßnahmen während der Hauptverhandlung, wie etwa die permanente Anwesenheit medizinischen Personals, auszuschöpfen.<sup>42</sup> Keinesfalls kann eine Prognose der Gesundheitsverschlechterung aufgrund Alters<sup>43</sup> zu Verhandlungsunfähigkeit führen.<sup>44</sup> Ebenso wenig überzeugt der in diese Richtung weisende Ansatz, allein aufgrund von Altersmerkmalen die Verhandlungsunfähigkeit „widerleglich zu vermuten“<sup>45</sup>.

Außerdem ist in Hinblick auf den Strafanspruch des Staates zu berücksichtigen, dass Dritten nach Ansicht des BVerfG bei schweren Straftaten gegen das Leben sogar ein verfassungsrechtlicher Anspruch auf Strafverfolgung zukommt.<sup>46</sup> Ferner sind Staatsanwaltschaft und Gericht zur Sachverhaltsaufklärung verpflichtet (§§ 160 Abs. 1, 244 Abs. 2 StPO). Gerade bei NS-Verbrechen ist es daher umso mehr geboten, das Hauptverfahren zu

eröffnen. Insofern kann das Argument, dass es sinnlos und angesichts einer überlasteten Justiz falsch wäre, ein Strafverfahren zu führen, das letztlich mit einem (dauerhaften) Strafaufschub endet, nicht verfangen. Der Fall *Gröning* belegt zudem, dass mitunter auch der Angeklagte zur Aufklärung der Tatumstände beitragen kann.<sup>47</sup> Ohne Hauptverhandlung wird den Hinterbliebenen in der Konstellation von § 395 Abs. 2 Nr. 1 StPO ferner die Option der Nebenklage<sup>48</sup> und somit die Gelegenheit genommen, selbst auf die Sachverhaltsaufklärung durch eigenes Fragerecht nach § 397 Abs. 1 S. 3 StPO Einfluss zu nehmen.<sup>49</sup> Eine restriktive Handhabung des Kriteriums der Verhandlungsunfähigkeit steht auch im Einklang mit der Rspr. des BVerfG<sup>50</sup>, wonach es für dieses Kriterium einer nicht näher umschriebenen „spezifischen Wahrscheinlichkeit“ bedarf.

Gleichfalls ist der Strafausstand wegen Vollzugsuntauglichkeit aus kriminalpolitischer Sicht zu präferieren. Denn im Fall von § 455 Abs. 2 StPO wird durch eine Verurteilung klargestellt, dass es keinen Schutz vor dem Schuldspruch aufgrund altersbedingter Einschränkungen gibt, sondern allenfalls ein Vollstreckungsngaufschub in Frage kommt.<sup>51</sup> Gerade wenn, wie im Fall *Gröning*, Straftaten des NS-Regimes beurteilt werden müssen, ist die Judikative angehalten, die Unvereinbarkeit solcher Taten mit der Werteordnung der Bundesrepublik Deutschland und deren Ächtung durch Strafurteil festzustellen.<sup>52</sup> Weil der Strafanspruch im Fall von § 455 Abs. 2 StPO insofern auf den Schuldspruch reduziert wird, kann dessen Durchsetzung auch nicht als „unmenschlich“<sup>53</sup> bezeichnet werden.

<sup>41</sup> Beck HRRS 2010, 159 zweifelt die Notwendigkeit von generalpräventiven Erwägungen bei sehr alten Menschen dagegen an.

<sup>42</sup> Vgl. dazu Beck HRRS 2010, 158.

<sup>43</sup> BGH NJW 2004, 2316, 2319 = HRRS 2004 Nr. 601 (*Friedrich Engel*). Im zugrundeliegenden Fall hob der BGH im Rahmen der Revision das Urteil auf und stellte das Verfahren wegen des Alters des Angeklagten und einer ungewissen Sachverhaltsaufklärung nach § 349 Abs. 4 StPO ein. Krit. dazu *Kuchenbauer* NJW 2009, 20.

<sup>44</sup> Krit. auch *Kuchenbauer* NJW 2009, 16.

<sup>45</sup> So vorgeschlagen von Beck HRRS 2010, 158. Allerdings wird bei NS-Verbrechen zugestanden, dass hier höhere Anforderungen an das Kriterium der Verhandlungsunfähigkeit zu stellen sind.

<sup>46</sup> BVerfG, 26. Juni 2014 – 2 BvR 2699/10 – juris Rn. 8 = HRRS 2014 Nr. 674: „Dem Grundgesetz lässt sich grundsätzlich kein Anspruch auf Strafverfolgung Dritter entnehmen (...). Etwas anderes kann bei erheblichen Straftaten gegen das Leben (...) der Fall sein“; so auch *Weigend* RW 2010, 57.

<sup>47</sup> Zu berücksichtigen ist aber, dass *Grönings* Angaben die Sachverhaltsaufklärung nicht maßgeblich vorantrieben und er kein Geständnis ablegte, weshalb seine Angaben auch nicht im Sinne von § 46b StGB gewertet wurden. Allerdings machte er Aussagen im Rahmen der Hauptverhandlung, die von großer Offenheit geprägt waren, vgl. LG Lüneburg, 15. Juli 2015 - 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13 (9/14) – juris Rn. 61.

<sup>48</sup> Das Interesse der Angehörigen an Sachverhaltsaufklärung wird auch deutlich im Fall *Lipschis*. So wurde gegen den ehemaligen SS-Wachmann kein Verfahren wegen Verhandlungsunfähigkeit eröffnet, da der 94-Jährige an Demenz gelitten habe (LG Ellwangen, 27. Februar 2014 - 1 Ks 9 Js 94162/12), weshalb die Nebenkläger zunächst Beschwerde gegen den Beschluss einlegten, diese dann aber wieder zurückzogen.

<sup>49</sup> *Weigend* RW 2010, 56 f. spricht bei der Nebenklage von einer „Zwei-Klassen-Gesellschaft“ und fordert für alle Verletzten und somit über den Katalog von § 395 Abs. 1 StPO hinaus die Möglichkeit, an der Aufklärung eines Sachverhalts mitzuwirken.

<sup>50</sup> BVerfGE 51, 324.

<sup>51</sup> *Kuchenbauer* NJW 2009, 20 verweist in diesem Zusammenhang auch auf die Notwendigkeit einer Bestrafung in Hinblick auf den Gleichheitssatz.

<sup>52</sup> So auch *Kuchenbauer* NJW 2009, 20. Ferner wird dort zutreffend darauf hingewiesen, dass der bloße Zeitablauf die Schuld der Täter nicht zu mindern vermag. *Weigend* RW 2010, 57 billigt sogar einen Anspruch auf Genugtuung zu.

<sup>53</sup> Anders Beck HRRS 2010, 166: „Rechtsstaatlichkeit zeigt sich gerade im Umgang mit derartigen Situationen, in denen zwar von Schuld des Angeklagten auszugehen ist, eine Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs aber unmenschlich erscheint“.

## V. Fazit

Der Strafaufschub nach § 455 Abs. 2 StPO gibt dem Strafvollstreckungsrecht eine praktikable Handhabe, um auf der einen Seite Strafanspruch bzw. Strafvollstreckungsinteresse und andererseits geschützte Rechtsgüter des Täters zu berücksichtigen. So kann der Unwert einer

Tat durch Strafausspruch ausgedrückt, andererseits das Recht des Verurteilten nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GG geschützt werden. Um eine drohende Verkürzung von Opferrechten zu verhindern, sollte genau überprüft werden, ob tatsächlich Verhandlungsunfähigkeit besteht und somit nur im Ausnahmefall angenommen werden. Regelmäßig sind dagegen die Stufen des Strafverfahrens bis hin zum Vollstreckungsverfahren zu durchlaufen.

### Aufsätze und Anmerkungen

# Einsichtnahme des Verteidigers in Aufzeichnungen aus einer Telekommunikationsüberwachung

Unter Berücksichtigung des ab dem 1. Januar 2018 geltenden Rechts

Von Hao-Hao Wu, München\*

Die Reichweite des Einsichtsrechts in Aufzeichnungen aus einer Telekommunikationsüberwachung (TKÜ) ist nach wie vor heftig umstritten und beschäftigt die Oberlandesgerichte bundesweit. Zwar wurde das Einsichtsrecht durch das Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs vom 5.7.2017 (BGBl. I, S. 2208) zum 1. Januar 2018 umfassend reformiert, allerdings trug die Reform nach Auffassung des *Verfassers* nicht zur Beilegung der erheblichen Schwierigkeiten in der anwaltlichen Praxis bei. Der vorliegende Aufsatz geht dem Grundproblem unter Geltung der neuen Rechtslage ab dem 1. Januar 2018 nach.

## I. Problemaufriss

Die Straftakte ist Ausgangspunkt jeder Verurteilung eines Angeklagten, weshalb die Kenntnis ihres Inhalts von elementarer Bedeutung für die Entwicklung einer erfolgreichen Verteidigungsstrategie ist.<sup>1</sup> Dies gilt umso mehr,

wenn die Staatsanwaltschaft ihr auf die Erhebung der öffentlichen Anklage hinauslaufendes Ermittlungsergebnis auf eine umfangreiche verdeckte Ermittlungsmaßnahme gestützt hat. Als eine solche Ermittlungsmaßnahme kommt vor allem die in § 100a StPO geregelte TKÜ in Betracht, die in Zeiten einer flächendeckenden Telekommunikation über verschiedenste Diensteanbieter rasant an Bedeutung gewonnen hat.<sup>2</sup> Das dabei gesammelte Datenvolumen kann beträchtlich sein<sup>3</sup> und einen wesentlichen Beitrag zur Klärung der Tat leisten. Dementsprechend groß ist das Interesse der Verteidigung, in Erfahrung zu bringen, welche Gespräche mitgezeichnet und im Besonderen verwertet wurden. Die Frage nach Reichweite und Grenzen dieses Einsichtsrechts wirft dabei vielfältige Problemstellungen auf, die für die tägliche Arbeit der Verteidiger von erheblicher Bedeutung sind. Eine einheitliche Handhabung der Praxis hat sich indes nicht gebildet.<sup>4</sup>

\* Der Autor ist Student der Rechtswissenschaft an der Ludwig-Maximilians-Universität München und studentische Hilfskraft an der Professur für Strafrecht und Rechtsphilosophie (Prof. Dr. Petra Wittig) sowie am Max-Planck-Institut für Sozialrecht und Sozialpolitik in München. Er dankt Herrn PD Dr. Peter Kasiske (München/Augsburg) für die Unterstützung bei der Publikation.

<sup>1</sup> Zur Bedeutung der Akte im Strafverfahren Warg NJW 2015, 3195; ferner Beulke, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier (Hrsg.), Strafprozessordnung, Kommentar, 3. Aufl. (2018), § 147 Rn. 1; Hohmann, in: Radtke/Hohmann (Hrsg.) Strafprozessordnung, Kommentar (2011), § 147 Rn. 1; Pfeiffer, Strafprozessordnung, Kommentar, 5. Aufl. (2005), § 147 Rn. 1; Beulke, Strafprozessrecht, 13. Aufl. (2016), Rn. 160; Schlothauer, in: Müller/Schlothauer (Hrsg.), Münchener

Anwaltshandbuch Strafverteidigung, 2. Aufl. (2014), § 3 Rn. 34; Beulke/Witzigmann NStZ 2011, 254; Mosbacher JuS 2017, 127; ähnlich Michalke NJW 2013, 2334; Wölky StraFo 2013, 493.

<sup>2</sup> So auch Keller/Braun/Hoppe, Telekommunikationsüberwachung und andere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen, 2. Aufl. (2016), S. 19; Günther, in: Kudlich (Hrsg.), Münchener Kommentar zur Strafprozessordnung (2014), § 100a Rn. 4: „zentrale Vorschrift im Instrumentarium der heimlichen Ermittlungsmethoden“.

<sup>3</sup> Vgl. dazu eindrucksvoll die Darstellung bei Gercke StV 2010, 13, wonach man mindestens 60.000 Stunden dazu aufwenden müsse, um die zu der Ermittlungsakte gelangten „[c]a 45.000 Telefonate, weitere rund 34.000 telefonbezogene und nicht weniger als rund 14 Millionen ‚sonstige elektronischen Dateien‘ (E-Mails etc.)“ zu erfassen (nicht auszuwerten!).

<sup>4</sup> So auch der Befund bei Wölky StraFo 2013, 493.

## II. Dogmatische Grundlagen des Akteneinsichtsrechts in aller Kürze

Das Akteneinsichtsrecht fußt im deutschen Recht auf dem Anspruch auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG).<sup>5</sup> Auf europarechtlicher Ebene gewährt Art. 48 Abs. 2 der EU-GrCH das Recht auf Achtung der Verteidigerrechte. Hierzu gehört das Recht auf Information, welches wiederum eine ausreichende Akteneinsicht durch den Rechtsbeistand einschließt.<sup>6</sup> Eine ähnliche Regelung findet sich in Art. 6 Abs. 3 lit. b) EMRK auf der Ebene des Völkerrechtes.

Das Akteneinsichtsrecht ist darüber hinaus eine wichtige Ausprägung des Rechts auf ein faires Verfahren („fair trial“), welches in Art. 6 Abs. 1 S. 1 EMRK normiert ist.<sup>7</sup>

Verfassungsrechtlich wird der „fair-trial“-Grundsatz aus dem Rechtsstaatsprinzip<sup>8</sup> in Art. 20 Abs. 3, 28 Abs. 1 S. 1 GG oder aus einer Gesamtschau der Art. 1 Abs. 1, 2 Abs. 2 S. 2, 20 Abs. 3, 101 Abs. 1 S. 2, 103 Abs. 1 GG abgeleitet.<sup>9</sup>

Hinsichtlich des „fair-trial“-Prinzips sind zwei wichtige Ausprägungen für das Akteneinsichtsrecht von besonderer Bedeutung: der Grundsatz der Waffengleichheit<sup>10</sup> und die sog. Parität des Wissens<sup>11</sup>. Gerade letztere wird durch ein Einsichtsrecht abgesichert. Der Verteidiger soll hierdurch in die Lage versetzt werden, vollumfänglich auf dem Wissensstand der anderen Verfahrensbeteiligten an der Verhandlung teilnehmen zu können.

*Gercke*<sup>12</sup> führt daneben noch einen weiteren Gedanken ein: Die Strafjustiz müsse, um ihre Legitimation zu wahren, Akzeptanz bei den Verfahrensbeteiligten schaffen und daher auf „informativischer Augenhöhe“ mit den Prozessbeteiligten verhandeln (*Gercke* spricht von einer „Legitimation durch Verfahren“<sup>13</sup>). Nur dadurch könne auch ein zentraler<sup>14</sup> hinter einem Strafverfahren liegender

<sup>5</sup> BVerfGE 18, 399, 405; 62, 338, 343.

<sup>6</sup> *Jarass*, Charta der Grundrechte der Europäischen Union, Kommentar, 3. Aufl. (2016), Art. 48 Rn. 25-26

<sup>7</sup> Zum „fair-trial-Prinzip“ s. grundlegend *Ambos*, Internationales Strafrecht, 4. Aufl. (2014), § 10 Rn. 19 - 23; ferner monographisch umfassend aufgearbeitet *Gaede*, Fairness als Teilhabe – Das Recht auf konkrete und wirksame Teilhabe durch Verteidigung gemäß Art. 6 EMRK (2007).

<sup>8</sup> Dafür BGHSt 32, 345, 350 f.; 37, 10, 13.

<sup>9</sup> BVerfG NJW 2001, 2245.

<sup>10</sup> Dazu *Meyer-Ladewig*, in: *Meyer-Ladewig/Nettesheim/Raumer* (Hrsg.), EMRK, Handkommentar, 4. Aufl. (2017), Art. 6 Rn. 106; umfassend dazu *Safflerling* NSTz 2004, 181; kritisch *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 8. Aufl. (2013) § 11 Rn. 1: „weder Realität noch ein erreichbares Ziel.“

<sup>11</sup> Vgl. hierzu *Jahn*, in: *Festschrift für Imme Roxin* (2012), S. 585, 599 ff.

<sup>12</sup> *Gercke* StV 2015, 13.

<sup>13</sup> Angelehnt an den rechtssoziologischen Ansatz *Niklas Luhmanns*, vgl. dazu auch *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. (2015), § 1 Rn. 2 m.w.N., *Schünemann* StraFo 2015, 177.

<sup>14</sup> Zu den anderen Zwecken umfassend *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. (2017) § 1 Rn. 2 ff.

Zweck, nämlich Rechtsfrieden zu schaffen<sup>15</sup>, erreicht werden.

## III. Zur neuen Rechtslage ab dem 1. Januar 2018

### 1. Änderungen des strafprozessualen Akteneinsichtsrechts ab dem 1. Januar 2018

Der Gesetzgeber hat es zum Abschluss der letzten Legislaturperiode – gewissermaßen im Endspurt – noch geschafft, die StPO den Bedürfnissen der technischen Entwicklung anzupassen und der wachsenden Bedeutung des elektronischen Rechtsverkehrs Rechnung zu tragen. Mit dem Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs<sup>16</sup>, das in weiten Teilen bereits zum 1. Januar 2018 in Kraft getreten ist, hat der Gesetzgeber Regelungen zum Führen einer (elektronischen) Akte getroffen sowie die Modalitäten der Akteneinsicht („wie“<sup>17</sup>) nach der bewährten Klammertechnik vor die Klammer gezogen und die einzelnen Sonderregelungen zu der Form des Akteneinsichtsrechts verallgemeinert. Auch § 147 Abs. 4 StPO a.F., der in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung Art und Form der Akteneinsicht für Verteidiger regelte, ist der Regelungstechnik zum Opfer gefallen. Nach der Neuregelung ist die elektronische Akte nunmehr der Standardfall.<sup>18</sup> Dementsprechend regelt § 32f Abs. 1 S. 1 StPO, dass Einsicht in elektronische Akten durch Bereitstellen des Inhalts der Akte zum Abruf gewährt wird. Liegen die Akten noch in Papierform vor, wird die Akteneinsicht durch Einsichtnahme in die Akten in Diensträumen gewährt (§ 32f Abs. 2 S. 1 StPO). Die Akteneinsicht kann – soweit nicht wichtige Gründe entgegenstehen – auch durch Bereitstellen des Inhalts der Akten zum Abruf oder durch Bereitstellen einer Aktenkopie zur Mitnahme gewährt werden (§ 32f Abs. 2 S. 2 StPO). Auf besonderen Antrag werden einem Verteidiger oder Rechtsanwalt, soweit nicht wichtige Gründe entgegenstehen, die Akten zur Einsichtnahme

<sup>15</sup> Vgl. nur *Kindhäuser*, Strafprozessordnung, 4. Aufl. (2015), § 1 Rn. 11 f.

<sup>16</sup> BGBl. I 2017, S. 2208, zum Referentenentwurf krit. *von Stetten* ZRP 2015, 138; zum Gesetzesentwurf *Basar* jurisPR-StrafR 14/2016, Anm. 1, S. 3 f.; zur elektronischen Akte allgemein *König/Voigt*, in: *Gedächtnisschrift für Weßlau* (2016), S. 181. Nicht behandelt wurde das Akteneinsichtsrecht in der von *Maas* eingesetzten Expertenkommission zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des allgemeinen Strafverfahrens und des jugendgerichtlichen Verfahrens im Jahr 2015; Bericht abzurufen unter <http://bit.ly/2HuyBk6> (Stand: 1. März 2018).

<sup>17</sup> Vgl. *Mosbacher/Claus*, in: *Satzger/Widmair/Schluckebier* a.a.O. (Fn. 1), § 32f Rn. 1.

<sup>18</sup> Verpflichtend ist diese aber erst ab dem 1. Januar 2026: Vgl. Art. 2 Nr. 1 lit. a) des Gesetzes zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs, wonach die Fassung des § 32 Abs. 1 S. 1 StPO ab dem 1. Januar 2026 dann wie folgt lauten wird: „Die Akten werden elektronisch geführt.“ Die ab dem 1. Januar 2018 geltende Fassung lautet: Die Akten können elektronisch geführt werden. Dazu *Valerius*, in: *Graf* (Hrsg.), *Beck'scher Online-Kommentar zur StPO*, Stand: 01.01.2018, 29. Edition, § 32 Rn. 6.

me in seine Geschäftsräume oder in seine Wohnung mitgegeben (§ 32f Abs. 2 S. 3 StPO). Damit entspricht die Regelung des § 32f Abs. 2 S. 3 StPO der des § 147 Abs. 4 S. 1 StPO in der bis zum 31. Dezember 2017 geltenden Fassung, mit der Ausnahme, dass es eines „besonderen Antrages“ bedarf, ohne dass damit höhere Anforderungen statuiert werden sollen.<sup>19</sup>

## 2. Alte Probleme im neuen Gewand?

Auch nach der gesetzlichen Neuregelung bleiben alte Probleme bestehen. Der Gesetzgeber hat es bedauerlicherweise versäumt, die heftig umstrittene Frage nach der Reichweite des Einsichtsrechts in Aufzeichnungen aus einer TKÜ explizit zu regeln, so dass weiterhin ein weiter Spielraum für unterschiedliche Interpretationen verbleibt. Auch in der über 100-seitigen Gesetzesbegründung hat es der Gesetzgeber „geschafft“, das Problem mit keinem Wort anzusprechen. *Nicht* geäußert hat sich der Gesetzgeber zu der Frage,

- ob Aufzeichnungen aus einer TKÜ-Überwachung als bloße Aktenbestandteile oder als Beweisstücke zu qualifizieren sind,
- ob der Drittschutz, der bei der TKÜ-Überwachung eine große Rolle spielt, dem Akteneinsichtsrecht bzw. dem Mitnahmerecht des Verteidigers als „wichtiger Grund“ (nun nach § 32f Abs. 2 S. 3 StPO) entgegengehalten werden kann,
- ob der Ausschluss der Anfechtung nach § 32f Abs. 3 StPO auch für die Beschwerde der Staatsanwaltschaft gilt.

Damit verschiebt sich lediglich das Problem in den Allgemeinen Teil der StPO. Gewonnen haben die Beteiligten des Strafverfahrens somit leider nichts.

Diese Gedanken sollen der nun folgenden Betrachtung vorausgeschickt werden. Bei den Ausführungen wird die neue Rechtslage zugrunde gelegt und, sofern von Bedeutung, im Klammerzusatz auf die alte Rechtslage verwiesen. Der *Verfasser* geht hier lediglich auf die Einsicht in noch in Papierform geführten Akten ein.<sup>20</sup>

<sup>19</sup> Vgl. BT-Drs. 18/9416, S. 57: „[w]ie im geltenden Recht“. So auch *Mosbacher/Claus* a.a.O. (Fn. 17), § 32f Rn. 9, wonach ein besonderer Antrag ein Antrag ist, „in dem die Form der Akteneinsicht näher bezeichnet ist“. Damit wird aber lediglich ausgesagt, dass der Verteidiger den Willen, die Akten mit in seine Geschäftsräume oder in seine Wohnung mitzunehmen, kundtun muss. Das erscheint nahezu selbstverständlich.

<sup>20</sup> Zur Einsicht in die elektronische Akte s. *Mosbacher/Claus* a.a.O. (Fn. 17), § 32f Rn. 2 ff.

## IV. Rechtliche Problemfelder bei der Beantragung und Gewährung von Akteneinsicht in die TKÜ-Aufzeichnungen

### 1. Allgemeine Rechtsprechungslinien

Zunächst sollen an dieser Stelle – auch unter Vorgriff der noch zu erläuternden Themenfelder – die allgemeinen Rechtsprechungslinien hinsichtlich des Umgangs mit der aufgezeichneten Telekommunikation im Rahmen der Akteneinsicht aufgezeigt werden.<sup>21</sup> Da die gesetzliche Neuregelung an dem Inhalt des § 147 Abs. 4 StPO a.F. nichts ändert, sondern nur in § 32f Abs. 2 StPO „verschiebt“<sup>22</sup>, dürfte davon auszugehen sein, dass die Gerichte bei ihrer bereits geäußerten Auffassung verbleiben.

Der BGH<sup>23</sup> hat sich im Jahr 2014 im Zusammenhang mit einer Verfahrensrüge mit der vorliegenden Thematik beschäftigt und die TKÜ-Aufzeichnungen auf einem Datenträger als Beweismittel qualifiziert, die der Verteidiger in den Räumen der Ermittlungsbehörden (Staatsanwaltschaft, die Polizei der Länder, Landes- oder Bundeskriminalamt) besichtigen kann (vgl. § 147 Abs. 1 StPO). Einen allgemeinen Mitgabeanspruch hat der Senat auf Grundlage von § 147 Abs. 4 S. 1 StPO a.F. (konsequenterweise) verneint. Im Einzelfall könne sich allerdings aus dem Gebot des fairen Verfahrens dennoch ein Mitgabeanspruch ergeben.<sup>24</sup>

Die obergerichtliche Rechtsprechung weist indes kaum klare Linien auf.<sup>25</sup> Die Oberlandesgerichte Karlsruhe<sup>26</sup>, Stuttgart<sup>27</sup>, Nürnberg<sup>28</sup> und das KG<sup>29</sup> qualifizieren die Aufzeichnungen aus der TKÜ ebenfalls als amtlich verwahrte Beweisstücke und ließen dementsprechend die Weitergabe der Datenträger an den Verteidiger grundsätzlich nicht zu, wobei das OLG Nürnberg besonders betonte, dass § 147 Abs. 4 StPO a.F. für solche Fälle nicht nur keinen Mitgabeanspruch gewähre, sondern geradezu ein Verbot der Mitgabe der Aufzeichnungen statuiere, da die Daten nicht aus dem Kontrollbereich der Justiz gegeben werden dürften.<sup>30</sup>

<sup>21</sup> Vgl. zur „Genese der Rechtsprechung“ anschaulich *Wölky* StV 2017, 438, 438 ff.

<sup>22</sup> Wenngleich mit „anderen Schwerpunkten“, dazu *Mosbacher/Claus* a.a.O. (Fn. 17) § 32f Rn. 6.

<sup>23</sup> BGH NStZ 2014, 347 = HRRS 2014 Nr. 282.

<sup>24</sup> BGH NStZ 2014, 347, 349 = HRRS 2014 Nr. 282. So auch KG BeckRS 2017, 124860 = AnwBl 2017, 1116.

<sup>25</sup> Vgl. dazu übersichtlich aufschlüsselnd auch *Wettley/Nödig* NStZ 2016, 633 (633 f.); s. auch: *Müller/Schmidt* NStZ 2016, 649.

<sup>26</sup> OLG Karlsruhe NJW 2012, 2742.

<sup>27</sup> OLG Stuttgart NStZ-RR 2013, 217.

<sup>28</sup> OLG Nürnberg StraFo 2015, 102.

<sup>29</sup> KG NStZ-RR 2016, 693; offengelassen von KG BeckRS 2017, 124860 = AnwBl 2017, 1116, das den Streitstand und die dazu ergangene Literatur sehr gut zusammenfasst.

<sup>30</sup> OLG Nürnberg wistra 2015, 246, 247.

Das OLG Celle hat mit größerem Begründungsaufwand in Beschlüssen vom 24. Juli 2015<sup>31</sup> und vom 05. Juli 2016<sup>32</sup> die Kopien einer TKÜ-Aufzeichnung zwar als Aktenbestandteile eingeordnet, die Weitergabe der Akten an den Verteidiger aber aus Gründen des Drittschutzes für unzulässig erklärt. Es bestünde die Gefahr einer „Eingriffsvertiefung“<sup>33</sup>. Außerdem könne die Staatsanwaltschaft ihrer Lösungsverpflichtung nach § 101 Abs. 8 StPO dann nicht mehr nachkommen.

Das OLG Zweibrücken<sup>34</sup> hat jüngst entschieden, dass die als Aktenbestandteile qualifizierten TKÜ-Aufzeichnungen an den Verteidiger entsprechend § 147 Abs. 4 S. 1 StPO a.F. weiterzugeben sind und ausdrücklich festgestellt, dass der Drittschutz kein wichtiger Grund sei, der die Versagung rechtfertige.

Auf untergerichtlicher Ebene haben sich das LG Essen<sup>35</sup> und das LG Bremen<sup>36</sup> überdies auch zur Frage geäußert, ob der Verteidiger die erlangte TKÜ-Aufzeichnung an seinen Mandanten weitergeben darf. Während das LG Bremen dies für den inhaftierten Mandanten bejahte<sup>37</sup>, verfolgte das LG Essen unter Berufung auf die Bedeutung sachgerechter Strafverteidigung – eine noch weitergehende Spruchpraxis und billigte die Übergabe der Aktenkopien an den Mandanten allgemein.<sup>38</sup>

Killinger weist allerdings darauf hin, dass „viele Staatsanwaltschaften und Vorsitzende der Verteidigung bereits aus pragmatischen Gründen anstandslos Kopien der TKÜ-Daten zur Verfügung [stellen]“.<sup>39</sup> Wie die bundesweite Praxis im Einzelnen aussieht, kann mangels empirischer Daten daher nur schwerlich festgestellt werden.

## 2. Ausgewählte Problemfelder

### a) Aktenrechtliche Einordnung der TKÜ-Aufzeichnungen

§ 147 Abs. 1 StPO differenziert zwischen den Akten und den amtlich verwahrten Beweisstücken. Diese Differenzierung ist für das allgemeine Einsichtsrecht zunächst ohne größere Bedeutung und spielt erst bei der Frage der Mitgabe der Unterlagen an den Verteidiger eine wesentliche, praxisrelevante Rolle. Nach § 32f Abs. 2 S. 3 StPO (§ 147 Abs. 4 S. 1 StPO a.F.) dürfen dem Verteidiger nämlich nur die Akten auf Antrag mitgegeben werden, während die Beweisstücke in den Räumen der Ermittlungsbehörden verbleiben müssen.<sup>40</sup> Diese Differenzierung fußt auf dem Gedanken, dass Beweisstücke aufgrund der individuellen Beschaffenheit ihrer Substanz Bedeutung haben und aus Gründen des Substanz- und

Integritätsschutzes nicht die Sphäre der Justiz verlassen dürfen.<sup>41</sup> Dem Grundsatz ist nichts entgegenzuhalten. Ausgehend von diesen Überlegungen ist hinsichtlich der Einordnung von TKÜ-Unterlagen allerdings zu differenzieren:

Befinden sich die Daten noch auf dem Server der Ermittlungsbehörde, so sind diese als Beweisstücke zu qualifizieren.<sup>42</sup> Dem Verteidiger steht es dann nicht zu, den Server mitzunehmen und sodann in seinen Büroräumen auszuwerten, da dies dem Integritätsschutz des Servers zuwiderliefe. Es bestünde zumindest die Gefahr, dass die Aufzeichnungen verloren gehen und für die Wahrheitsfindung nicht mehr zur Verfügung stehen.

Für bereits zu den Akten gelangte Kopien auf Datenträgern kann dies allerdings nicht gelten. Hierbei handelt es sich lediglich um Aktenbestandteile, die vom umfassenden Mitgaberecht erfasst sind.<sup>43</sup> Soweit die Rechtsprechung und Teile der Literatur<sup>44</sup> dieser Zuordnung nicht folgen, ist die Ansicht als unzutreffend zurückzuweisen.<sup>45</sup> Für Replikat digitaler Aufzeichnungen kann schwerlich ein Integritätsschutz konstruiert werden, der einer Herausgabe aus der justiziellen Sphäre entgegenstehen könnte.<sup>46</sup> Vielmehr handelt es sich bei den Aufzeichnungen gerade um Kopien des im Gewahrsam der Ermittlungsbehörden verbleibenden Originals. Damit besteht keine Gefahr, dass das Beweismittel unwiederbringlich vernichtet wird.<sup>47</sup>

Die TKÜ-Aufzeichnungen, die sich nicht auf dem Server, sondern auf einem externen Datenträger befinden, unterliegen damit dem Mitgabeanspruch des § 32f Abs. 2 S. 3 StPO (§ 147 Abs. 4 S. 1 StPO a.F.).

### b) Mitgabe der Aufzeichnungen in die Kanzleiräume des Verteidigers

#### aa) Grundsatz des § 32f Abs. 2 S. 3 StPO (§ 147 Abs. 4 S. 1 StPO a.F.)

Die Mitgabe von Aktenbestandteilen kann gem. § 32f Abs. 2 S. 3 StPO (§ 147 Abs. 4 S. 1 StPO a.F.) nur aus wichtigen Gründen versagt werden, wobei der Gesetzgeber den Begriff der wichtigen Gründe nicht näher erläu-

<sup>31</sup> OLG Celle NStZ 2016, 305.

<sup>32</sup> OLG Celle NStZ-RR 2017, 48.

<sup>33</sup> Eingehend OLG Celle NStZ 2016, 305, 306.

<sup>34</sup> OLG Zweibrücken BeckRS 2017, 100784 = StV 2017, 437 m. Anm. Wölky.

<sup>35</sup> LG Essen StraFo 2012, 100.

<sup>36</sup> LG Bremen StV 2015, 682.

<sup>37</sup> LG Bremen StV 2015, 682.

<sup>38</sup> LG Essen StraFo 2012, 100.

<sup>39</sup> Killinger StV 2016, 149.

<sup>40</sup> Daran ändert sich durch die neue Rechtslage ab dem 1. Januar 2018 nichts, vgl. Wessing, in: Graf a.a.O. (Fn. 18), § 147 Rn. 23; vgl. auch Mosbacher/Claus a.a.O. (Fn. 17), § 32f Rn. 10.

<sup>41</sup> Eingehend hierzu Rieß, in: Festgabe für Peters (1984), S. 113; vgl. auch Beulke/Witzigmann StV 2013, 75, 76.

<sup>42</sup> Vgl. Wettley/Nöding NStZ 2016, 633, 634; ferner Bell, Beschlagnahme und Akteneinsicht bei elektronischen Medien (2016), S. 193 für eine ähnliche Konstellation.

<sup>43</sup> Statt vieler Meyer-Mews StraFo 2016, 133, 138.

<sup>44</sup> Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, Strafprozessordnung, Kommentar, 60. Aufl. (2017), § 147 Rn. 19; Bell a.a.O. (Fn. 42), S. 24 m.w.N.; Pauckstadt-Maihold, in: Vordermeyer/Heintschel-Heinegg (Hrsg.), Handbuch für den Staatsanwalt, 5. Aufl. (2016), 1. Teil, Kap. 7 Rn. 7.

<sup>45</sup> Meyer-Mews StraFo 2016, 133, 138 konstatiert, dass diese Rechtsprechung „mit dem Anspruch auf informationelle Waffengleichheit und rechtliches Gehör schlechthin unvereinbar ist.“

<sup>46</sup> So auch Wessing a.a.O. (Fn. 40), § 147 Rn. 23 zur neuen Rechtslage.

<sup>47</sup> LG Bremen StV 2015, 682.

tert hat.<sup>48</sup> Die Literatur<sup>49</sup> benennt exemplarisch den Geheimnisschutz bei Verschlussachen (dazu Nr. 217 Abs. 4 RiStBV), die Gefährdung des Ermittlungszwecks (vgl. aber dann bereits § 147 Abs. 2 StPO, wonach die Akteneinsicht selbst bereits versagt werden kann) und das Beschleunigungsgebot.<sup>50</sup> Auch nach der gesetzlichen Neuregelung sollen die „wichtigen Gründe“ nicht weiter ausgelegt werden als bisher.<sup>51</sup>

## bb) Drittschutz als wichtiger Grund

### (1) Argumente der Rechtsprechung

Die sich gegen eine Mitgabe der TKÜ-Aufzeichnungen an den Verteidiger wendenden Oberlandesgerichte<sup>52</sup> und wohl auch der BGH<sup>53</sup> argumentieren damit, dass der Grundrechtsschutz Dritter als „wichtiger Grund“ i.S.d. § 147 Abs. 4 StPO a.F. der Mitgabe entgegenstehe.<sup>54</sup> Die Herausgabe der Akten vertiefe nämlich den bestehenden Eingriff in die Grundrechte der Betroffenen und verhindere zudem eine effektive Durchsetzung der staatlichen Lösungsverpflichtung nach § 101 Abs. 8 StPO. Die TKÜ-Aufzeichnungen dürften daher, selbst wenn diese als Aktenbestandteile qualifiziert würden, in der Regel die Sphäre der Justiz nicht verlassen.

### (2) Schwächen der Argumentationslinie

Die genannten Argumente gehen aus mehreren Gründen fehl:

#### (a) Drittschutz als dogmatisch unsauberer Anknüpfungspunkt

Es ist bereits fraglich, ob der Drittschutz als wichtiger Grund im Sinne des § 32f Abs. 2 S. 3 StPO (bzw. § 147 Abs. 4 S. 1 StPO a.F.) anzusehen ist.<sup>55</sup> Dagegen streitet zunächst ein Vergleich mit § 147 Abs. 4 StPO<sup>56</sup>, wonach

<sup>48</sup> BT-Drs. IV/178, S. 32, spricht von „besondere[n] Umstände[n], die nicht in der Person des Verteidigers zu liegen brauchen, [...] und] die Herausgabe der Akten an den Verteidiger als unzulässig erscheinen lassen [...]“.

<sup>49</sup> Vgl. statt aller *Krekel/Werner*, in: *Krekel/Löffelmann/Sommer* (Hrsg.), *Anwaltskommentar zur Strafprozessordnung* (2010), § 147 Rn. 16.

<sup>50</sup> Dazu *Wettley/Nöding* NStZ 2016, 633, 635.

<sup>51</sup> *Wessing* a.a.O. (Fn. 40), § 147 Rn. 26; *Mosbacher/Claus* a.a.O. (Fn. 17), § 32f Rn. 8.

<sup>52</sup> Eine ausführliche Darstellung findet sich bei OLG Celle NStZ 2016, 305, 306.

<sup>53</sup> BGH NStZ 2014, 347 = HRRS 2014 Nr. 282.

<sup>54</sup> Vgl. auch *Laufhütte/Wilnow*, in: *Hannich* (Hrsg.), *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Aufl. (2013), § 147 Rn. 10, die unter Hinweis auf OLG Karlsruhe NJW 2012, 2742 meinen, dass der Überlassung von Kopien aufgezeichneter Telefonate der Datenschutz entgegenstehen könne. Die Argumentation wird auf Grundlage des § 32f Abs. 2 S. 3 StPO wohl aufrechterhalten werden.

<sup>55</sup> Die überwiegende Literatur verneint dies; vgl. nur *Schmitt* a.a.O. (Fn. 44), § 147 Rn. 29; *Wohlers*, in: *Wolter* (Hrsg.), *Systematischer Kommentar zur Strafprozessordnung und zum Gerichtsverfassungsgesetz*, Bd. III, 5. Aufl. (2016), § 147 Rn. 75; *Julius*, in: *Gercke/Julius/Temming* (Hrsg.), *Heidelberger Kommentar zur Strafprozessordnung*, 5. Aufl. (2012), § 147 Rn. 10; *Groß/Fünfsinn* NStZ 1992, 105, 108.

<sup>56</sup> Bis zum 31. Dezember 2017 wurde der § 147 Abs. 7 StPO a.F. herangezogen. Dieser gab dem nichtverteidigten Be-

überwiegende schutzwürdige Interessen Dritter bei der Gewährung von Akteneinsicht an einen nichtverteidigten Beschuldigten zu berücksichtigen sind. *E contrario* könnte man davon ausgehen, dass der Drittschutz bei § 32f Abs. 2 S. 3 StPO keine Rolle spielt.<sup>57</sup> Dies wird durch die Gesetzesbegründung zu § 147 Abs. 7 StPO a.F. gestützt: Danach hat der Gesetzgeber die schutzwürdigen Interessen Dritter bewusst als Schranke für das Auskunftsrecht des Beschuldigten ausgestaltet, während sich eine solche Regelung wegen „der Aufgabe der Verteidigung und der besonderen Stellung des anwaltlichen Verteidigers, eines Organs der Rechtspflege“ erübrige.<sup>58</sup> Da auch § 32f Abs. 2 S. 3 StPO ausschließlich für den Verteidiger (oder Rechtsanwalt) gilt, ist das Argument weiterhin valide.

#### (b) Gewährleistung des Drittschutzes bereits auf Ebene der Datenerhebung und -verwertung nach §§ 100a StPO

Es besteht auch kein Bedürfnis, den Drittschutz im Rahmen des Akteneinsichtsrechts zu berücksichtigen, da dies bereits bei der Erhebung und Verwertung der TKÜ-Daten zu geschehen hat.<sup>59</sup>

#### (aa) Schutz durch Beschränkung des Adressatenkreises

Durch die Einschränkung des Personenkreises nach § 100a Abs. 3 StPO (Beschuldigter, Nachrichtenmittler<sup>60</sup> oder Inhaber des Anschlusses, den der Beschuldigte verwendet) wird sichergestellt, dass sich die TKÜ zwar gegen Nichtbeschuldigte, aber nicht gegen völlig Unbeteiligte richten kann.<sup>61</sup> Dies ist ein zunächst schwacher Schutz, kann aber als erster „Filter“ wirken.

#### (bb) Schutz durch § 100d StPO

Der Befürchtung, dass sich sensible Daten unter den TKÜ-Aufzeichnungen befinden könnten, kann schon durch einen Hinweis auf § 100d StPO begegnet werden. Der Gesetzgeber hat für sog. kernbereichsrelevante Daten<sup>62</sup> ein Erhebungs- und Verwertungsverbot normiert. Liegen tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vor, dass durch eine Maßnahme nach § 100a StPO allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestal-

schuldigten ein Auskunftsrecht hinsichtlich des Akteninhalts. Der § 147 Abs. 7 StPO a.F. wurde zum 1. Januar 2018 ersatzlos gestrichen. Ab dem 1. Januar 2018 hat der unverteidigte Beschuldigte einen eigenen Akteneinsichtsanspruch nach § 147 Abs. 4 StPO. Auch dem können jedoch „überwiegende schutzwürdige Interessen Dritter“ entgegengehalten werden, so dass der Vergleich mit § 147 Abs. 7 StPO a.F. in das neue Recht übernommen werden kann.

<sup>57</sup> So etwa auch LG Essen StraFo 2012, 100; OLG Zweibrücken BeckRS 2017, 100784, Rn. 5 = StV 2017, 437, 438 jeweils zur alten Rechtslage.

<sup>58</sup> BT-Drs. 14/1484, S. 22.

<sup>59</sup> So im Ergebnis auch *Wettley/Nöding* NStZ 2016, 633, 635: kein Bedürfnis „für einen Schutz auf der nachgelagerten Ebene der Akteneinsicht“; auch *Wölky* StV 2017, 438, 440.

<sup>60</sup> Dabei handelt es sich meist um Tatbeteiligte oder aber um Verwandte, Lebenspartner oder Freunde, *Günther* a.a.O. (Fn. 2), § 100a Rn. 102.

<sup>61</sup> Daher ist die Befürchtung etwa des OLG Karlsruhe NJW 2012, 2742 unbegründet.

<sup>62</sup> Zum Begriff und Dogma des „Kernbereichs privater Lebensgestaltung“ *Baldus* JZ 2008, 218.

tung erlangt werden, ist die Maßnahme unzulässig (§ 100d Abs. 1 StPO). Wurden diese Daten dennoch erhoben (was in der Praxis nicht selten der Fall ist), sind sie unverzüglich zu löschen und ihre Löschung ist zu dokumentieren, § 100d Abs. 2 StPO. Demnach dürften sich in der Ermittlungsakte (insbesondere in einem späteren Stadium, etwa nach Erhebung der Anklage) keine solchen Daten finden lassen, so dass der Verteidigung die Akteneinsicht nicht mit dem Hinweis auf den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung versagt werden kann.<sup>63</sup> Eine Beschränkung des Einsichtsrecht kann also nicht mit datenschutzrechtlichen Belangen begründet werden.<sup>64</sup> Ein etwaiges Versäumnis der Staatsanwaltschaft, kernbereichsrelevante Daten zu löschen, darf dabei nicht zu Lasten einer effektiven Verteidigung gehen. Es wäre verfehlt, auf den strafprozessualen Missstand mit einer Einschränkung der Verteidigung zu reagieren.<sup>65</sup>

Nach alledem wird dem Grundrechtsschutz des Betroffenen hinlänglich Rechnung getragen.<sup>66</sup>

### (cc) Schutz durch weitergehende flankierende Regelungen

Flankierende Vorschriften sichern den grundrechtlichen Schutz aus Art. 10 Abs. 1 GG ab und sorgen dafür, dass bereits im Vorfeld der Akteneinsicht, dem Drittschutz ausreichend Rechnung getragen wird (bzw. werden sollte). Dazu gehören die Subsidiaritätsklausel (§ 100a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO)<sup>67</sup>, die Kennzeichnungs- (§ 101 Abs. 3 StPO), Benachrichtigungs- (§ 101 Abs. 4 StPO) und Lösungsverpflichtung (§ 101 Abs. 8 StPO)<sup>68</sup> sowie der nach § 101 Abs. 7 StPO zu gewährende Rechtsschutz<sup>69</sup>. Schließlich unterliegt die Anordnung der TKÜ grundsätzlich dem Richtervorbehalt (§ 100e Abs. 1 StPO)<sup>70</sup>. Dieser hat durch die Neuregelung in § 100e StPO im Vergleich zum alten Recht<sup>71</sup> eine Stärkung erfahren, da die richterliche Entscheidung nunmehr qualifiziert zu begründen ist (§ 100e Abs. 4 StPO).<sup>72</sup>

Insbesondere die Lösungsverpflichtung soll dazu führen, dass sämtliche nicht für das Strafverfahren relevante Daten aus der Akte entfernt werden. Übrig bleiben – so

das Idealbild – lediglich die für die Anklage bedeutenden TKÜ-Aufzeichnungen, auf die der Verteidiger dann auch unbedingten Zugriff haben muss.

### (dd) Reformnotwendigkeiten auf Ebene der TKÜ

Zuzugeben ist den Befürwortern einer Berücksichtigung des Drittschutzes auf der Ebene des § 32f Abs. 2 S. 3 StPO bzw. § 147 Abs. 4 S. 1 StPO a.F., dass die drittschützenden Regelungen im Zusammenhang mit der Anordnung und Auswertung einer TKÜ noch im mehr oder weniger erheblichen Maße ausbaufähig sind.<sup>73</sup> So hat es der Gesetzgeber auch bei Neuregelung der Kernbereichsklausel in § 100d StPO (wieder) versäumt, den Kernbereichsschutz bei Maßnahmen nach § 100a StPO dem Schutzniveau des Kernbereichsschutzes für Maßnahmen nach § 100c StPO anzugleichen (vgl. für diesen § 100d Abs. 4 StPO).<sup>74</sup> Doch diese gesetzgeberischen Defizite – sofern man welche darin zu sehen mag – können und dürfen nicht dadurch ausgeglichen werden, dass man an gänzlich anderer, gar systemwidriger, Stelle dem Verteidiger – letztlich auf Kosten des Beschuldigten – ein derart wichtiges Recht wie das der Akteneinsicht beschneidet. Vielmehr muss der Gesetzgeber selbst tätig werden und die einzelnen Unzulänglichkeiten an der Stelle reformieren, wo Defizite bestehen.<sup>75</sup>

### (c) Abwägung des Drittschutzes gegenüber der Bedeutung einer effektiven Verteidigung

Selbst wenn man den Drittschutz als Schranke für das Akteneinsichtsrecht ansähe, überwiegt das Recht des Beschuldigten auf eine effektive Verteidigung.<sup>76</sup>

### (aa) Gedanke der Einwilligung durch die Betroffenen

Ruft man sich den Personenkreis des § 100a Abs. 3 StPO in Erinnerung, liegt die Überlegung nahe, dass in jedem Fall der Beschuldigte – sofern er Gesprächspartner war – der Überlassung der Aufzeichnungen an den Verteidiger zustimmen kann, womit bereits die Notwendigkeit der Berücksichtigung eines Drittschutzes entfiel.<sup>77</sup> Der Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG entfällt nämlich nach der (nicht unbestrittenen) Rechtsprechung des BGH bereits dann, wenn ein Kommunikationsteilnehmer mit der Verwertung (oder bereits der Erhebung) einverstanden ist („Grundrechtsverzicht durch Einwilligung“<sup>78</sup>).<sup>79</sup> Hin-

<sup>63</sup> Wesemann/Mehmeti StraFo 2015, 104, 105; Meyer-Mews NJW 2012, 2743, 2744.

<sup>64</sup> Gercke StraFo 2014, 94, 98; Laufhütte/Willnow a.a.O. (Fn. 54) § 147 Rn. 4.

<sup>65</sup> Albrecht jurisPR-ITR 1/2013 Anm. 4.

<sup>66</sup> Wölky StraFo 2013, 493, 497.

<sup>67</sup> S. aber Keller/Braun/Hoppe a.a.O. (Fn. 2), S. 29, wonach 47 % der richterlichen Beschlüsse entweder keine Ausführungen zur Subsidiarität enthalten oder schlicht den Gesetzeswortlaut wiedergeben. Zu dem allgemeinen Problem richterlicher Begründungsdefizite s. *Hiéramente*, ZRP 2017, 50 – vgl. nun aber § 100e Abs. 4 Nr. 2 StPO.

<sup>68</sup> Hierauf bezugnehmend Wölky StraFo 2013, 493, 497; ders. StV 2017, 438, 440.

<sup>69</sup> S. dazu Singelstein NStZ 2009, 481.

<sup>70</sup> Zur Schwäche des Richtervorbehalts Gusy ZRP 2003, 275.

<sup>71</sup> § 100e StPO wurde durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17.08.2017 (BGBl. I S. 3202) eingefügt. § 100b StPO a.F. sah keine Pflicht zur qualifizierten Begründung des Beschlusses vor.

<sup>72</sup> Dazu eingehend Graf, in: Graf a.a.O. (Fn. 18), § 100e n.F. Rn. 11 ff.

<sup>73</sup> Vgl. hierzu nur Roggan StV 2011, 762 zum defizitären Kernbereichsschutz; a.A. Meyer-Mews StraFo 2016, 177, 186 f., wonach das Gesetz in Ordnung sei, die Justiz allerdings als „außergesetzlicher Korrekturfaktor“ den Grundrechtsschutz „schamlos bagatellisiere“. Den Kritikern ist der Gesetzgeber allerdings mit dem bereits genannten Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens vom 17.08.2017 (BGBl. I S. 3202) schon ein wenig entgegengekommen.

<sup>74</sup> Zum Defizit des § 100e Abs. 1 StPO s. neben der zur alten Regelung in § 100a StPO Abs. 4 a.F. verfassten Literatur auch Graf a.a.O. (Fn. 72), § 100a Rn. 157 f.

<sup>75</sup> Im Einzelnen Gercke GA 2012, 474, 480 ff.

<sup>76</sup> So auch die Lösung des KG BeckRS 2017, 124860 = AnwBl. 2017. 1116.

<sup>77</sup> Ähnlich Meyer-Mews StraFo 2016, 133, 138.

<sup>78</sup> BVerfGE 85, 386, 398; Baldus, in: Epping/Hillgruber (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar zum Grundgesetz,

sichtlich der (häufig dem Beschuldigten nahestehenden) Nachrichtenmittler ist zu erwägen, ob man auch deren Einverständnis einholen kann.

**(bb) Drittschutz über berufs- und standesrechtliche Regelungen**

Der Verteidiger ist nach § 1 BRAO ein Organ der Rechtspflege und genießt damit ein gewisses Vertrauen in der staatlichen Gemeinschaft, welches ihm auch die Justizorgane entgegenzubringen haben.<sup>80</sup> Eine pauschale Unterstellung, dass der Verteidiger nicht in der Lage sei, den Schutz der persönlichen Daten der Betroffenen zu gewährleisten, ist daher angesichts der Organstellung zurückzuweisen<sup>81</sup>, wenn dafür keine konkreten Anhaltspunkte genannt werden. An der Einhaltung datenschutzrechtlicher Bestimmungen hat der Verteidiger nicht zuletzt aus der Verantwortung gegenüber seinem Berufsstand ein Interesse. Überdies flankieren berufs-, standes-<sup>82</sup> und strafrechtliche Vorschriften<sup>83</sup> das Geheimhaltungsinteresse.<sup>84</sup>

**(cc) Eingriffsvertiefung und Lösungsverpflichtung**

Dass sich der Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG vertiefen soll, weil die Unterlagen nicht in den Räumen der Ermittlungsbehörden, sondern in den Räumen der Kanzlei gesichtet werden, überzeugt nicht. In beiden Fällen ist der Verteidiger befugt, Sekundäraufzeichnungen zu machen<sup>85</sup> und den Mandanten über den Inhalt in Kenntnis zu setzen. Es kann also nicht die Rede davon sein, dass sich der Eingriff „vertieft“. Dass der Verteidiger die Daten nicht pfleglich behandelt oder nach Abschluss des Verfahrens nicht zurückgibt, darf wegen seiner Stellung als Organ der Rechtspflege nicht pauschal unterstellt werden. Hinsichtlich der Lösungsverpflichtung kann man den Ansatz verfolgen, dass die Übergabe der TKÜ-Aufzeichnungen an den Verteidiger nur unter der Versi-

cherung ordnungsgemäßer (und restloser!) Rückgabe an die Ermittlungsbehörden erfolgen darf.<sup>86</sup> Aus der Organstellung folgt die grundsätzliche Vermutung, dass der Verteidiger dieser Verpflichtung – auch bei fehlender Vollstreckbarkeit – Folge zu leisten vermag.<sup>87</sup> Außerdem gibt es die Möglichkeit, den Datensatz mit einem Kopierschutz zu versehen.<sup>88</sup> Dass auch trotz weitreichendster Vorkehrungen ein Restrisiko des Verbreitens von Daten bestehen kann, ist hinzunehmen und darf nicht zu Lasten der Verteidigung gehen. Man kann diesem Problem weder in rechtlicher noch tatsächlicher Hinsicht begegnen, da – wie oben dargestellt – Mitschriften jederzeit und unabhängig vom Ort der Einsichtnahme gestattet sind.<sup>89</sup> Überdies werden viele Gesprächsinhalte selbst verschriftlicht und zur Akte genommen. Diese Transkriptionen unterliegen nach allgemeiner Ansicht dem vollen Akteneinsichtsrecht; der Verteidiger wird sich in aller Regel auch Kopien hiervon machen und diese an seinen Mandanten weitergeben. Auf diese Mitschriften kann sich die Lösungsverpflichtung nicht erstrecken, obwohl der Grundrechtseingriff ähnlich schwer wiegen wird.<sup>90</sup>

**(dd) Schwere des Tatvorwurfes**

Hinsichtlich der Abwägung zwischen den Persönlichkeits- und Datenschutzinteressen unbeteiligter Dritter und der Bedeutung der Akteneinsicht im Lichte des „fair-trial“-Grundsatzes ist noch zu berücksichtigen, dass bei Anordnung der TKÜ von Gesetzes wegen (§ 100a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 i.V.m. Abs. 2 StPO) der Verdacht von schweren Straftaten im Raum steht, weshalb empfindliche Freiheitsstrafen drohen.<sup>91</sup> Aufgrund dessen ist neben Art. 103 Abs. 1 GG auch Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG mit „in die Waagschale zu werfen“, womit im Ergebnis die Drittrechte zurückzutreten haben.<sup>92</sup>

**(ee) Neuregelung in § 32f Abs. 5 StPO**

Auch der Regelungsgehalt des § 32f Abs. 5 StPO spricht dafür, dass die Rechtsprechung ihre Haltung ab dem 1. Januar 2018 grundlegend überdenken sollte.<sup>93</sup> § 32f Abs. 5 StPO normiert eine datenschutzrechtliche Zweckbindung.<sup>94</sup> Danach dürfen Akten, Dokumente oder Abschriften, die im Rahmen einer Akteneinsicht überlassen werden, weder ganz noch teilweise Dritten übermittelt oder zugänglich gemacht werden, sofern dies nicht im Rahmen des Verfahrenszweckes liegt.<sup>95</sup> Besonders geschützt

Stand: 01.03.2015, Art. 10 Rn. 30, wonach allerdings alle Teilnehmer der Kommunikation einwilligen müssen.

<sup>79</sup> So BGH NStZ 1994, 292. Diesen Ansatz verfolgen auch Wettley/Nöding NStZ 2016, 633, 636.

<sup>80</sup> Zur Einordnung des Verteidigers grundlegend Köllner, in: Bockemühl (Hrsg.), Handbuch des Fachanwalts Strafrecht, 6. Aufl. (2015), 1. Teil, Abschn. C, Rn. 12 ff.; Dahs, Handbuch des Strafverteidigers, 8. Aufl. (2015), Rn. 3 ff.; Müller, in: Festschrift für Dahs (2005), S. 3.

<sup>81</sup> So Knauer/Pretsch NStZ 2016, 307, 308; Wesemann/Mehmethi StraFo 2015, 104, 105; mit deutlichen Worten auch Wessing a.a.O. (Fn. 40), § 147 Rn. 24, wonach in der Rechtsprechung „ein inakzeptables Misstrauen gegen Verteidiger als Organe der Rechtspflege zum Ausdruck“ komme.

<sup>82</sup> Z.B. § 19 Abs. 1 BORA; § 43a Abs. 2 BRAO.

<sup>83</sup> § 203 Abs. 1 Nr. 3 StGB, hierzu KG NStZ 2016, 693, 694 f. sowie v. Galen/Maass Berliner AnwBl. 2015, 446, 449; ferner § 44 Abs. 1 BDSG; vgl. zu den strafrechtlichen Risiken beim Umgang mit Ermittlungsakten bei Verwertung für zivilprozessuale Zwecke Wehnert, in: Festgabe für Feigen (2014), S. 319.

<sup>84</sup> Zum Ganzen m.w.N. und auch zur Organstellung Wettley/Nöding NStZ 2016, 633, 635.

<sup>85</sup> Zur generellen Zulässigkeit Schmitt a.a.O. (Fn. 44), § 147 Rn. 19; Lüderssen/Jahn, in: Erb/Esser/Franke/Graalman-Scheerer/Hilger/Ignor (Hrsg.), Löwe/Rosenberg, Die Strafprozessordnung und das Gerichtsverfassungsgesetz, Bd. 4, 26. Aufl. (2007), § 147 Rn. 113; Wohlers a.a.O. (Fn. 55), § 147 Rn. 9; Rieß a.a.O. (Fn. 41), S.113, 124.

<sup>86</sup> So auch Wettley/Nöding NStZ 2016, 633, 636.

<sup>87</sup> Entgegen KG NStZ 2016, 693, 694.

<sup>88</sup> Wettley/Nöding NStZ 2016, 633, 636.

<sup>89</sup> Wettley/Nöding NStZ 2016, 633, 636.

<sup>90</sup> Wettley/Nöding NStZ 2016, 633, 636.

<sup>91</sup> Im Verfahren BGH NStZ 2014, 347 = HRRS 2014 Nr. 282 wurden die Angeklagten von der Vorinstanz jeweils zu einer Freiheitsstrafe von 5 Jahren und 3 Monaten, 4 Jahre und 9 Monaten sowie 4 Jahren und 3 Monaten verurteilt. Damit war in keinen der Fälle eine Bewährung möglich (§ 56 Abs. 1 StGB).

<sup>92</sup> Zutreffend auch Wettley/Nöding NStZ 2016, 633, 636, die überdies das allgemeine Persönlichkeitsrecht aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG anführen.

<sup>93</sup> Wessing a.a.O. (Fn. 40), § 147 Rn. 24.

<sup>94</sup> Valerius a.a.O. (Fn. 18), § 32f Rn. 19.

<sup>95</sup> Valerius a.a.O. (Fn. 18), § 32f Rn. 19, Verfahrenszwecke sind nur solche des konkreten Strafverfahrens (zutreffend auch Mosbacher/Claus a.a.O. (Fn. 17), § 32f Rn. 15.

sind personenbezogene Daten, die durch die Akteneinsicht erlangt werden. Sie dürfen nach § 32f Abs. 5 S. 2 StPO grundsätzlich nur zu demjenigen Zweck verwendet werden, für den die Akteneinsicht gewährt wurde. Auf diese Zweckbindung ist nach § 32f Abs. 5 S. 4 StPO hinzuweisen. *Wessing* konstatiert völlig zu Recht, dass die Vorschrift erkennbar die Erwartung zugrunde legt, dass sich der Normadressat an die datenschutzrechtliche Zweckbindung halten werde.<sup>96</sup> Dafür spreche auch der zu erteilende Hinweis nach § 32f Abs. 5 S. 4 StPO.<sup>97</sup> Allerdings gilt die Norm in direkter Anwendung nur für das Akteneinsichtsrecht, nicht aber für das Besichtigungsrecht von Beweisstücken, da dort nur das Besichtigungsrecht aus § 147 Abs. 1 StPO bleibt.<sup>98</sup>

### (3) Zwischenergebnis

Festzuhalten ist, dass der Drittschutz kein wichtiger Grund im Sinne des § 32f Abs. 2 S. 3 StPO ist bzw. nach § 147 Abs. 4 S. 1 StPO a.F. war. Jedenfalls überwiegt aber auch das Interesse des Beschuldigten auf eine effektive Verteidigung die drittschützenden Bedenken.<sup>99</sup> Damit bleibt es bei dem allgemeinen Mitgabeanspruch aus § 32f Abs. 2 S. 3 StPO.

### c) Anspruch auf Herstellung von Kopien

Häufig werden nicht alle Daten auf Speichermedien gespielt oder in Papierform transkribiert. Eine große Datenmenge befindet sich dann nach wie vor auf den Servern der Ermittlungsbehörden, so dass der Verteidiger auch nach hiesiger Ansicht lediglich ein Besichtigungsrecht hat. Einige Gerichte mussten sich sodann mit der Frage beschäftigen, ob dem Verteidiger in solchen Fällen ein Recht zusteht, (digitale) Kopien zu verlangen.<sup>100</sup>

Obwohl der Gesetzgeber von einem Gleichlauf zwischen Einsichtsrecht und Besichtigungsrecht ausgeht, ist das Besichtigungsrecht ein in der Praxis deutlich schwächeres Mittel zur Wahrnehmung effektiver Strafverteidigung.<sup>101</sup> Sofern es für die Informationsbeschaffung und damit für eine sachgerechte Verteidigung notwendig ist, ist dem Verteidiger daher eine Kopie der Daten auszuhandigen, die er wiederum in seine Räume mitnehmen kann.<sup>102</sup>

Nach hiesiger Auffassung ist dabei eine extensive Handhabung vorzunehmen, da es dem Gebot der Waffengleichheit entgegenstehe, wenn die Staatsanwaltschaft einen unbedingten Zugriff auf die Aufzeichnungen aus der TKÜ hat, während dem Verteidiger lediglich ein zeitlich beschränktes Besichtigungsrecht zusteht, dessen Umfang er vorher mit der zuständigen Dienststelle abzuklären hat („nur zu den Dienstzeiten möglich“).<sup>103</sup> Da der Beschuldigte zur Aufklärung des Sachverhalts beim Abhören und Auswerten der TKÜ-Aufzeichnungen in vielen Fällen dabei sein muss, um den Sachverhalt vollständig einordnen zu können, wird die zeitliche Flexibilität weiter eingeschränkt.

Eine Beschränkung auf das Besichtigungsrecht ist also demnach nur dann vorzunehmen, wenn die Datenmenge so überschaubar ist, dass es von vornherein nicht notwendig erscheint, Kopien in der Kanzlei sichten zu müssen. Dies wird in der Praxis selten der Fall sein, so dass die Herstellung von Kopien die Regel sein wird.<sup>104</sup> Allerdings trifft den Verteidiger zunächst die Obliegenheit, zu überprüfen, ob die Besichtigung in den Räumen der Ermittlungsbehörden ausreichend ist, um sich effektiv auf die Verteidigung vorzubereiten.<sup>105</sup> Nur wenn der Verteidiger die Möglichkeiten der Besichtigung ausgeschöpft und zur Erkenntnis kommt, dass die Besichtigung nicht ausreichend ist, entsteht der Anspruch auf Aushändigung von Kopien.

Die Staatsanwaltschaft wird sich dabei auch nicht auf den Standpunkt zurückziehen können, dass die nicht zur Akte gelangten Daten keine Relevanz für das Strafverfahren haben.<sup>106</sup> Denn wäre dies der Fall, hätte sie die Daten gem. § 101 Abs. 8 StPO löschen und damit aus dem Ermittlungsverfahren „eliminieren“ müssen.<sup>107</sup> Ferner – so konstatiert auch der BGH<sup>108</sup> – obliegt es alleine der Verteidigung zu entscheiden, welche Materialien für die Entwicklung ihrer Verteidigungsstrategie von Relevanz sind.<sup>109</sup>

Ein Anspruch auf Herstellung von Kopien ist damit in der Regel zu bejahen.<sup>110</sup>

<sup>96</sup> *Wessing* a.a.O. (Fn. 40), § 147 Rn. 24.

<sup>97</sup> *Wessing* a.a.O. (Fn. 40), § 147 Rn. 24.

<sup>98</sup> Zur Bedeutungslosigkeit dieser „formalen“ Unterscheidung s. aber *Wessing* a.a.O. (Fn. 40), § 147 Rn. 24.

<sup>99</sup> So auch *Knauer/Pretsch* NStZ 2016, 307; *Wölky* StraFo 2013, 493, 497.

<sup>100</sup> Dass sich das Akteneinsichtsrecht grundsätzlich auf die Aufzeichnungen erstreckt, ist indes unstrittig, vgl. nur *Beulke*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* a.a.O. (Fn. 1), § 147 Rn. 16; *Weiler*, in: *Dölling/Duttge/Rössner/König* (Hrsg.), *Handkommentar, Gesamtes Strafrecht*, 4. Aufl. (2017), § 147 StPO Rn. 2; *Hohmann* a.a.O. (Fn. 1), § 147 Rn. 9; *Bockemühl*, in: *Bockemühl* a.a.O. (Fn. 80), 2. Teil Rn. 67.

<sup>101</sup> S. dazu im Ganzen *Schlag*, in: *Festgabe für Koch* (1989), S. 229.

<sup>102</sup> So auch OLG Frankfurt a. M., BeckRS 2013, 20921; deutlich *Beulke/Witzigmann* StV 2013, 74, 77; *Köllner* StraFo 1995, 50; *Burhoff*, *Handbuch für das strafrechtliche Ermittlungsverfahren*, 7. Aufl. (2016), Abschn. A, Rn. 186, 189.

<sup>103</sup> *Knauer/Pretsch* NStZ 2016, 307 sprechen zu Recht von einer „faktischen Einschränkung“ der Akteneinsicht; so auch *Wölky* StraFo 2013, 493, 495; in einem vergleichbaren Kontext *Gehm* StV 2016, 185, 186; ähnlich zuletzt OLG Zweibrücken BeckRS 2017, 100784, Rn. 7 m. zust. Anm. *Liliehutz*, FD-StrafR 2017, 386898 und m. zust. Anm. *Wölky* StV 2018, 438, 440.

<sup>104</sup> Im Ergebnis auch *Killinger* StV 2016, 148, 149.

<sup>105</sup> BGH NStZ 2014, 347, 349 f. = HRRS 2014 Nr. 282 m.w.N.

<sup>106</sup> So aber im Verfahren OLG Frankfurt a. M. BeckRS 2013, 20921.

<sup>107</sup> So auch *Gercke* StV 2015, 13, 14.

<sup>108</sup> BGHSt 52, 58 (64).

<sup>109</sup> *Gercke* StV 2015, 13, 14: „ureigene Sache der Verteidigung“; ferner *Wölky* StraFo 2013, 493, 494.

<sup>110</sup> Im Ergebnis auch *Michalke* NJW 2013, 2334, 2335.

**d) Weitergabe von TKÜ-Aufzeichnungen an den Mandanten**

**aa) Grundsatz der freien Kommunikation nach § 148 StPO**

Die freie Kommunikation zwischen Verteidiger und Beschuldigtem nach § 148 StPO<sup>111</sup> steht unter einem besonderen Schutz der staatlichen Ordnung und ist Ausdruck des besonders im Strafverfahren geltenden Grundsatzes, dass der Beschuldigte stets Subjekt und nicht Objekt des staatlichen Handelns ist.<sup>112</sup> Die freie Kommunikation hat daher eine der Menschenwürde dienende Funktion.<sup>113</sup> Vom Recht der freien Kommunikation ist nach allgemeiner Ansicht auch die Weitergabe von Informationen aus der Akte umfasst.<sup>114</sup> Auch die Weitergabe der ganzen Akte als *Kopie*<sup>115</sup> als solche wird grundsätzlich<sup>116</sup> als zulässig erachtet.<sup>117</sup> Daran ändert das neue Recht auch unter Geltung des § 32f Abs. 5 StPO nichts.<sup>118</sup>

Die Aktenweitergabe ist deshalb besonders wichtig, weil der Beschuldigte aufgrund seiner Tatsachenkenntnis die für die Verteidigung relevanten Punkte am besten erkennen und den Prozess effektiv vorbereiten kann.<sup>119</sup> Eine gemeinsame Sichtung der Akte mit dem Mandanten ist damit unentbehrlich. Bei der Weitergabe von TKÜ-Aufzeichnungen sind sowohl die Rechtsprechung als auch die überwiegenden Stimmen aus der Literatur jedoch zurückhaltend<sup>120</sup>, was damit zu erklären ist, dass dem Beschuldigten grundsätzlich nicht der Vertrauensvorschuss hinsichtlich des Umgangs mit der Akte gegeben werden kann, den die Verteidiger kraft ihrer Stellung als Organe der Rechtspflege erhalten.

**bb) Differenzierungskriterium Inhaftierung**

Neben dem LG Bremen<sup>121</sup> wollen auch *Wettley/Nöding* die Zulässigkeit einer Weitergabe von Akteninhalten davon abhängig machen, ob hinsichtlich des Mandanten Unter-

suchungshaft angeordnet worden ist oder nicht. Begründet wird dies damit, dass der inhaftierte Mandant ansonsten keine Möglichkeiten hätte, die TKÜ-Aufzeichnungen zur Kenntnis zu nehmen und mit dem Verteidiger zu besprechen.<sup>122</sup> Die freie Kommunikation mit dem Mandanten nach § 148 StPO sei dann in unzulässiger Weise beschränkt.<sup>123</sup> Außerdem bestehe während der Haft die Gefahr einer unkontrollierten Verbreitung der Daten gerade nicht, da eine inhaftierte Person mit beschränktem Kontakt zur Außenwelt kaum Möglichkeiten hierzu habe.<sup>124</sup>

Der nichtinhaftierte Mandant hingegen könne die Kanzleiräume zwecks Besichtigung der Daten jederzeit aufsuchen und sei daher nicht darauf angewiesen, Daten mitgegeben zu bekommen.<sup>125</sup> Außerdem bestünde bei ihm tatsächlich die Gefahr, dass überlassene Daten zu verfahrensfremden Zwecken verwendet werden könnten.<sup>126</sup>

Diese Differenzierung begegnet durchgreifenden Bedenken. So erscheint es bereits im Hinblick auf den allgemeinen Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG bedenklich, dass inhaftierten Mandanten ein deutlich „freizügigerer“ Umgang mit den TK-Daten gewährt wird als solchen, die sich nicht in Haft befinden. So werden nichtinhaftierte Mandanten auf eine gemeinsame oder alleinige Sichtung der TKÜ-Aufzeichnungen in den Kanzleiräumen des Verteidigers verwiesen.<sup>127</sup> Dies könne schließlich in „zeitlich unlimitierter“ Weise erfolgen.<sup>128</sup> Insbesondere bei sehr umfangreichen Aufzeichnungen aus einer TKÜ ist diese Vorstellung allerdings ein bloßes Wunschdenken, da der Verteidiger sicherlich kein Interesse daran hat, dass der Mandant gewissermaßen „24/7“ die Kanzleiräume aufsucht, um die gewaltigen Datenmengen zur Kenntnis zu nehmen. Darüber hinaus wird der Verteidiger Sorge dafür tragen müssen, dass der Mandant nicht etwa heimlich mit einem Aufnahmegerät (heutzutage auf jedem Mobiltelefon installierbar) doch Tonaufzeichnungen aus der TKÜ anfertigt. Er hat demnach ein Interesse, sich diesen Mehraufwand entweder vergüten zu lassen oder die Einsichtnahme auf ein Minimum zu reduzieren. Bei einer Vergütung wird der Mandant wiederum ein eigenes Interesse haben, die Aufzeichnungen nicht „in aller Ruhe“ durchzuschauen. Dies kommt insgesamt einer Beschränkung des Einsichtsrechts gleich, die inhaftierten Mandanten nicht widerfährt.

Die Ungleichbehandlung ist einer Rechtfertigung auch nicht zugänglich. So ist es bereits bedenklich, dem nichtinhaftierten Mandanten in pauschalisierender Weise einen nicht verantwortungsbewussten Umgang mit überlassenen Aktenbestandteilen zu unterstellen. Überdies lassen sich die beschriebenen Gefahren durch anderweitige Regelungen<sup>129</sup> zumindest minimieren. Ferner besteht für den Mandanten ein strafrechtliches oder zumindest haftungsrechtliches Risiko, welchem er bei Verbreitung

<sup>111</sup> Zur Bedeutung s. *Thomas/Kämpfer*, in: Kudlich a.a.O. (Fn. 2), § 148 Rn. 2.  
<sup>112</sup> So BVerfGE 129, 208, 263.  
<sup>113</sup> Vgl. auch BT-Drs. 16/5846, S. 35; BVerfGE 109, 279, 322.  
<sup>114</sup> S. *Thomas/Kämpfer* a.a.O. (Fn. 111), § 148 Rn. 17 m.w.N.; u. U. ist der Verteidiger sogar verpflichtet, Akteninformationen weiterzugehen, vgl. BGHSt 29, 99, 102.  
<sup>115</sup> In keinem Fall aber das Original, vgl. § 19 Abs. 1 S. 1 BORA, sofern die Akte noch in Papierform geführt wird; auch nicht „zum Lesen“, vgl. dazu *Wessing* a.a.O. (Fn. 40), § 147 Rn. 28.  
<sup>116</sup> Zu den Grenzen s. *Wessing* a.a.O. (Fn. 40), § 147 Rn. 28.  
<sup>117</sup> LG Essen StraFo 2012, 100; *Schmitt* a.a.O. (Fn. 44), § 147 Rn. 20; *Wessing* a.a.O. (Fn. 40), § 147 Rn. 28; *Laufhütte/Willnow* a.a.O. (Fn. 54), § 147 Rn. 14; *Wohlers* a.a.O. (Fn. 55), § 147 Rn. 80; *Roxin/Schünemann* a.a.O. (Fn. 14), § 19 Rn. 68; *Kindhäuser* a.a.O. (Fn. 15), § 7 Rn. 14; *Kühne* (Fn. 13), § 9 Rn. 222; *Donath/Mehle* NJW 2009, 1399; *Welp*, in: Festgabe für Peters (1984), S. 309, 316.  
<sup>118</sup> *Wessing* a.a.O. (Fn. 40), § 147 Rn. 28.  
<sup>119</sup> *Laufhütte/Willnow* a.a.O. (Fn. 54), § 147 Rn. 1; *Satzger*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmair* a.a.O. (Fn. 1), Art. 6 EMRK Rn. 43 mit Hinweisen zur Rechtsprechung des EGMR; ähnlich auch LG Essen StraFo 2012, 100; im Einzelnen auch *Wettley/Nöding* NStZ 2016, 633, 637.  
<sup>120</sup> *Wettley/Nöding* NStZ 2016, 633, 637.  
<sup>121</sup> LG Bremen StV 2015, 682, 682.

<sup>122</sup> *Wettley/Nöding* NStZ 2016, 633, 637.  
<sup>123</sup> *Wettley/Nöding* NStZ 2016, 633, 637.  
<sup>124</sup> *Wettley/Nöding* NStZ 2016, 633, 637.  
<sup>125</sup> *Wettley/Nöding* NStZ 2016, 633, 638.  
<sup>126</sup> *Wettley/Nöding* NStZ 2016, 633, 638.  
<sup>127</sup> *Wettley/Nöding* NStZ 2016, 633, 638.  
<sup>128</sup> *Wettley/Nöding* NStZ 2016, 633, 638.  
<sup>129</sup> *Wessing* a.a.O. (Fn. 40), § 147 Rn. 24 verweist etwa auf Möglichkeiten der Verschlüsselung von Daten hin.

der Aufzeichnungen ausgesetzt ist.<sup>130</sup> Er hat also ein gewichtiges Interesse daran, die Daten entsprechend vertraulich zu behandeln.

Schließlich muss auch an dieser Stelle die Bedeutung der gemeinsamen Akteneinsicht für eine sachgerechte Verteidigung betont werden, die insgesamt keine Rechtfertigung mehr zulässt.

Die Inhaftierung kann demnach nicht tauglicher Anknüpfungspunkt für die Differenzierung sein.

### cc) Eigener Lösungsvorschlag

Aufgrund der Bedeutung effektiver Strafverteidigung wird hier eine „intendierte Interessenabwägung“ vorgeschlagen, wonach der Verteidiger grundsätzlich befugt ist, dem Beschuldigten sämtliche TKÜ-Aufzeichnungen aus der Akte auszuhändigen. Das heißt, dass die Weitergabe der Aufzeichnungen an den Mandanten die Regel sein muss.

Der Verteidiger ist dann allerdings dazu angehalten, etwa durch eine schuldrechtliche Vereinbarung<sup>131</sup>, Sorge dafür zu tragen, dass ein Missbrauch der Daten nicht stattfindet und alle ausgehändigten Aufzeichnungen auch wieder zurückgegeben werden, sofern der Fall abgeschlossen ist.<sup>132</sup> Die Daten sind so zu präparieren, dass die Anfertigung einer digitalen Kopie zumindest erschwert wird. Dann reduziert sich die Gefahr einer unzulässigen Kopie durch den Mandanten auf ein Minimum.

Die Weitergabe ist allerdings unzulässig, wenn diese für eine effektive Verteidigung nicht notwendig und damit zur Wahrung des „fair-trial“-Grundsatzes nicht geboten ist. Das ist dann der Fall, wenn der Verteidigung ausreichend Zeit zur Verfügung steht, *sämtliche* Aufzeichnungen der TKÜ in einem vertretbaren Aufwand gemeinsam mit dem Mandanten in der Kanzlei zu sichten sowie zu besprechen, und für die Vorbereitung der Hauptverhandlung immer noch ausreichend Zeit vorhanden ist.<sup>133</sup>

Die hier vorgeschlagene Lösung hat auch eine „erzieherische Funktion“ gegenüber den Ermittlungsbehörden. Diese werden nunmehr dazu geneigt sein, nicht alle Daten einfach „gedankenlos“ abzuspeichern, sondern vielmehr möglichst wenig von ihnen zu behalten<sup>134</sup>, da-

<sup>130</sup> Wohlers a.a.O. (Fn. 55), § 147 Rn. 80 weist z.B. auf § 353d StGB hin.

<sup>131</sup> Vgl. für einen ähnlichen Vorschlag in einem vergleichbaren Kontext *Daimagüler*, *Der Verletzte im Strafverfahren* (2016), Rn. 82.

<sup>132</sup> Vgl. *Donath/Mehle* NJW 2009, 1399, 1400; ähnlich *Schmitt* a.a.O. (Fn. 44), § 147 Rn. 23; ein Musteranschreiben für den Mandanten findet sich bei *Junker/Armatage*, *Praxiswissen Strafverteidigung* (2008), Abschn. A Rn. 94.

<sup>133</sup> Für die Berechnung kann das Datenvolumen zugrunde gelegt werden. Für 60.000 Stunden (s. Fn. 3) braucht man knapp 29 Jahre; ausgehend von einer Fünf-Tage-Woche und einem Acht-Stunden-Tag. Eine vollständige Sichtung in der Kanzlei ist damit mehr als utopisch. Die Mitgabe an den Mandanten ist daher notwendig, um eine effektive Verteidigung zu gewährleisten.

<sup>134</sup> Auch im Beweiserhebungsrecht gilt der Grundsatz: „So viel wie nötig, so wenig wie möglich“, s. für die Anordnung der TKÜ insbesondere den Subsidiaritätsgrundsatz nach § 100a

mit diese dann auch in der Sphäre der Rechtspflege bleiben. Ansonsten „riskieren“ sie die (unangenehme) Verpflichtung, TKÜ-Aufzeichnungen auch an die Beschuldigten weitergeben (lassen) zu müssen. *Beulke/Witzigmann* stellen in diesem Zusammenhang zutreffend fest, dass es zuvörderst die Aufgabe der Ermittlungsbehörde ist, nur konkret ermittlungsrelevante Gesprächsteile aufzuzeichnen, damit der Grundrechtseingriff auf ein Minimum beschränkt wird und ein sekundärer Eingriff bei der Verwendung des Materials gar nicht mehr ermöglicht wird.<sup>135</sup> Es wurde bereits oben dargestellt, dass einer erbetenen Weitergabe der Unterlagen an den Verteidiger der Drittschutz nicht als wichtiger Grund i. S. d. § 32f Abs. 2 S. 3 StPO entgegengehalten werden kann; dies muss dann – zumindest in *abgeschwächter* Form – auch bei der Weitergabe der Aufzeichnungen an den Mandanten gelten.

### e) Unzulängliche Rechtsschutzmöglichkeiten

#### aa) Revisibilität des Verfahrensfehlers

Eine nicht gewährte Akteneinsicht bzw. eine Versagung des Antrags auf Aussetzung der Hauptverhandlung zur Durchführung der Akteneinsicht durch das Gericht (§ 265 Abs. 4 StPO) kann die Verteidigung erheblich beschränken, weshalb eine solche im Revisionsverfahren im Rahmen der Verfahrensrüge angegriffen werden kann. Dies hat allerdings gleich mehrere Schwächen<sup>136</sup>:

Zunächst sind die Anforderungen des § 344 Abs. 2 StPO an eine ordnungsgemäß erhobene Verfahrensrüge sehr hoch.<sup>137</sup> Der Verteidiger muss im Zusammenhang mit der Akteneinsicht nach der Rechtsprechung des BGH substantiiert darlegen, „welche Tatsachen sich aus welchen genau bezeichneten Stellen der Akten ergeben hätten und welche Konsequenzen für die Verteidigung daraus folgten“<sup>138</sup>. An den formalen Hürden scheitern bereits die meisten Verfahrensrügen.<sup>139</sup>

Ferner handelt es sich bei dem vom Gesetzgeber als *absolut* eingeordneten Revisionsgrund des § 338 Nr. 8 StPO nach ganz h.M. lediglich um einen *relativen* Revisionsgrund, da das Beruhen praktisch noch geprüft werden muss.<sup>140</sup> Dies erhöht die Darlegungslast weiter.

Damit erweist sich die Revision als schwaches Rechtsmittel und ist kaum geeignet, die Effektivität der Verteidigung im Rahmen der Rechtskontrolle zu gewährleisten.

Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO (dazu *Gercke*, in: *Gercke/Julius/Temming* a.a.O. (Fn. 55), § 100a Rn. 23).

<sup>135</sup> *Beulke/Witzigmann* StV 2013 75, 77; *Meyer-Mews* NJW 2012, 2743, 2744; *Wettley/Nöding* NStZ 2016, 633, 639.

<sup>136</sup> So auch *Wohlers* a.a.O. (Fn. 55), § 147 Rn. 115.

<sup>137</sup> S. *Wiedner* in: *Graf* a.a.O. (Fn. 18), § 344 Rn. 46; umfassend *El-Ghazi* ZStW 125 (2014) 862.

<sup>138</sup> BGH NStZ 2014, 347, 349 = HRRS 2014 Nr. 282, anerkennend, dass dies für den Revisionsführer bei umfangreichen Akten mit „erheblichen Aufwand verbunden sein kann.“

<sup>139</sup> *El-Ghazi* ZStW 125 (2014) 862, 863 m.w.N.

<sup>140</sup> So die h.M., vgl. nur BGHSt 30, 131; *Gericke*, in: *Hannich* a.a.O. (Fn. 54) § 338 Rn. 101; *Momsen*, in: *Satzger/Schluckebier/Widmaier* a.a.O. (Fn. 1), § 338 Rn. 73. Es müsse ein „konkret-kausaler“ Zusammenhang bestehen.

Dies mag auch der Grund sein, weshalb sich der BGH seit 2014 trotz der stark divergierenden obergerichtlichen Rechtsprechung nicht mehr mit dem Problem beschäftigt hat.

**bb) Möglichkeit der Beschwerde gem. § 304 S. 1 StPO**

**(1) Grundsatz**

Im vorbereitenden Verfahren ist die Staatsanwaltschaft für die Gewährung von Akteneinsicht zuständig (§ 147 Abs. 5 S. 1 StPO). Versagt sie nach Abschluss der Ermittlungen das Akteneinsichtsrecht, kann hiergegen eine gerichtliche Entscheidung nach § 162 StPO beantragt werden, die wiederum der Beschwerde gem. § 304 S. 1 StPO zugänglich ist.<sup>141</sup> Nach Eröffnung des Hauptverfahrens geht die Entscheidungskompetenz auf den Vorsitzenden Richter über.

Die an sich nach § 304 Abs. 1 StPO statthafte Beschwerde könnte gem. § 305 S. 1 StPO ausgeschlossen sein, wenn es sich um eine gerichtliche Entscheidung handelt, die der Urteilsfällung vorausgeht. Dann ist nämlich auf das Rechtsmittel der Berufung oder Revision zu verweisen, weshalb aus prozessökonomischen Gründen eine weitere Anfechtungsmöglichkeit nicht mehr angezeigt ist.<sup>142</sup> Streitig ist also, ob § 305 S. 1 StPO ab Eröffnung des Hauptverfahrens<sup>143</sup> der Beschwerde gegen Entscheidungen hinsichtlich der Ausgestaltung der Akteneinsicht entgegensteht. Dies ist richtigerweise zu verneinen.<sup>144</sup> Denn bei der Frage, ob die Akte an den Verteidiger weitergegeben werden darf oder nicht, handelt es sich um eine Entscheidung, die auch eine Wirkung gegen unbeteiligte Dritte hat, welche allerdings gegen das Urteil keine Rechtsmittel mehr haben (§ 305 S. 2 StPO).<sup>145</sup> Überdies steht die Entscheidung auch in keinem inneren Zusammenhang zu dem Urteil.<sup>146</sup> Damit ist ein Anfechtungsausschluss nach § 305 S. 1 StPO zu verneinen.

**(2) Ausschluss der Anfechtung nach § 32f Abs. 3 StPO (§ 147 Abs. 4 S. 2 StPO a.F.)**

**(a) Grundsatz**

Nach § 32f Abs. 3 StPO (§ 147 Abs. 4 S. 2 StPO a.F.) sind Entscheidungen über das „wie“ der Akteneinsicht<sup>147</sup> (Besichtigungsrecht oder Mitgabeanspruch) der Anfechtung entzogen.

<sup>141</sup> Wohlers a.a.O. (Fn. 55), § 147 Rn. 111.  
<sup>142</sup> Vgl. Mosbacher JuS 2017, 127.  
<sup>143</sup> Dazu Killinger StV 2016, 148 (150).  
<sup>144</sup> OLG Frankfurt a. M. StV 2001, 611; Cirener, in: Graf a.a.O. (Fn. 18), § 305 Rn. 4.1.; Laufhütte/Willnow a.a.O. (Fn. 54), § 147 Rn. 28; Thomas/Kämpfer a.a.O. (Fn. 111), § 147 Rn. 60 m. umfangreichen N.; Beulke a.a.O. (Fn. 100), § 147 Rn. 56, im Ergebnis etwa auch Volk/Engländer a.a.O. (Fn. 10) § 11 Rn. 13, a.A. mit beachtlichen Argumenten KG NStZ-RR 2016, 143; OLG Frankfurt a.M. NStZ-RR 2003, 177.  
<sup>145</sup> So etwa Mosbacher JuS 2017, 127.  
<sup>146</sup> Lüderssen/Jahn a.a.O. (Fn. 85), § 147 Rn. 167.  
<sup>147</sup> OLG Nürnberg wistra 2015, 246 und OLG Celle NStZ 2016, 305 zu staatsanwaltschaftlichen Beschwerden, ferner Mosbacher JuS 2017, 127.

**(b) Adressatenkreis des § 32f Abs. 3 StPO (§ 147 Abs. 4 S. 2 StPO a.F.)**

Lebhaft umstritten ist der Adressatenkreis des § 147 Abs. 4 S. 2 StPO a.F. Dieser Streit wird aller Voraussicht nach in den § 32f Abs. 3 StPO mitgenommen werden, da der Gesetzgeber eine Klarstellung in der Gesetzesbegründung nicht für erforderlich gehalten hat.<sup>148</sup>

**(aa) Rechtsprechung**

Eine Reihe von Oberlandesgerichten<sup>149</sup> räumt der Staatsanwaltschaft eine Anfechtungsmöglichkeit ein. Begründet wird dies mit der systematischen Stellung des § 147 Abs. 4 S. 2 StPO a.F., der sich auf den vorherigen Satz beziehe und daher lediglich die Frage der konkreten Ausgestaltung *des dem Verteidiger zu gewährenden Akteneinsichtsrechts* regelt.<sup>150</sup> Dieses Argument dürfte sich ab dem 1. Januar 2018 nicht mehr aufrechterhalten lassen, da § 32f Abs. 3 StPO nunmehr auf die beiden vorherigen Absätze verweist und damit eben nicht nur das dem Verteidiger zu gewährende Akteneinsichtsrecht regelt, sondern vielmehr eine allgemeine Vorschrift des Akteneinsichtsrechts darstellt.

Ferner könne der Verteidiger eine Verletzung des Akteneinsichtsrechts und die damit einhergehende Beschränkung der Verteidigung immer noch über § 338 Nr. 8 StPO rügen, was der Staatsanwaltschaft gerade nicht möglich sei.<sup>151</sup> Daneben wird die Anfechtungsmöglichkeit mit der staatsanwaltschaftlichen Lösungsverpflichtung nach § 101 Abs. 8 StPO sowie mit der allgemeinen „Kontroll- und Überwachungsfunktion“ der Staatsanwaltschaft begründet.<sup>152</sup> Schließlich könne die Staatsanwaltschaft nur über die Beschwerde erreichen, dass der Drittschutz in ausreichendem Maße berücksichtigt werde.<sup>153</sup>

**(bb) Gegenauffassung**

Nach a.A.<sup>154</sup> sei § 147 Abs. 4 S. 2 StPO a.F. bzw. dann (wohl) auch § 32f Abs. 3 StPO in verfassungskonformer Weise dahingehend auszulegen, dass (nur) dem Verteidiger ein Anfechtungsrecht einzuräumen ist. Begründet wird dies mit dem Hinweis auf den Grundsatz des fairen Verfahrens sowie den unzulänglichen Rechtsschutzmöglichkeiten in der Revision.

<sup>148</sup> In BT-Drs. 18/9416, S. 57 weist der Gesetzgeber lediglich darauf hin, dass [d]ie [...] erklärte Unanfechtbarkeit auf Seiten der Akteneinsichtsberechtigten nicht zur Verkürzung ihrer Rechte [führt], denn diese haben keinen Anspruch auf eine bestimmte Form der Akteneinsicht, solange die gewährte Form zur effektiven Verteidigung ausreichend ist. Hieraus kann man wohl nicht schließen, dass die Anfechtung von Seiten der Staatsanwaltschaft für zulässig erachtet wird.  
<sup>149</sup> Zuletzt OLG Celle NStZ-RR 2017, 48; OLG Celle NStZ 2016, 305; OLG Hamburg NStZ 2016, 695; OLG Köln BeckRS 2016, 17943; OLG Nürnberg wistra 2015, 246; OLG Karlsruhe NStZ 2012, 590; KG NStZ-RR 2016, 143.  
<sup>150</sup> OLG Celle NStZ-RR 2017, 48, 49.  
<sup>151</sup> OLG Celle NStZ-RR 2017, 48, 49; dagegen explizit Beulke a.a.O. (Fn. 100), § 147 Rn. 57.  
<sup>152</sup> OLG Celle NStZ-RR 2017, 48, 49.  
<sup>153</sup> OLG Celle NStZ-RR 2017, 48, 49.  
<sup>154</sup> Killinger StV 2016, 148, 151.

**(cc) Stellungnahme**

Die Rechtsprechung, die den Ausschluss nicht auf die staatsanwaltschaftliche Beschwerde erstreckt, vermag nicht zu überzeugen; der Wortlaut des § 32f Abs. 3 StPO (wortlautgleich § 147 Abs. 4 S. 2 StPO a.F.) widerspricht dieser differenzierenden Auslegung.<sup>155</sup> Auch die von der Rechtsprechung angeführten Argumente hinsichtlich des Drittschutzes müssen zurückgewiesen werden. Killinger<sup>156</sup> weist zu Recht darauf hin, dass die Gerichte die Staatsanwaltschaft ansonsten in systemfremder Weise und auf Kosten von Beschuldigtenrechten zum „Verteidiger des unbekanntenen Dritten“ erheben. Der Drittschutz wird allerdings bereits auf der Ebene der Datenerhebung berücksichtigt, so dass für eine weitere Kontrolle der Staatsanwaltschaft in diesem Verfahrensstadium kein Bedürfnis besteht. Die Ausführungen lassen sich für § 32f Abs. 3 StPO entsprechend übertragen.

Das OLG Hamburg<sup>157</sup> hat sich in einer ausführlichen Entscheidung sorgfältig mit der Gesetzgebungsgeschichte des § 147 Abs. 4 S. 2 StPO a.F. auseinandergesetzt und ist zu dem überzeugenden Ergebnis gelangt, dass der beidseitige Anfechtungsausschluss dem „objektivierten aktuellen Willen des Gesetzgebers“<sup>158</sup> entspricht. Da der Gesetzgeber in der Begründung zur Neuregelung des § 32f Abs. 3 StPO nichts Gegenteiliges behauptet hat, dürfte die historische Auslegung auch im neuen Recht ihre Geltung beanspruchen dürfen.

Daher ist auch die Gegenauffassung *de lege lata* abzulehnen. Der Gesetzgeber hat sich bewusst für den Vorrang der Verfahrensökonomie entschieden<sup>159</sup> und dementsprechend die Anfechtbarkeit im Wege der Beschwerde bei Fragen der konkreten Ausgestaltung ausgeschlossen. Dies mag rechtspolitisch zweifelhaft sein, ist allerdings als geltendes Recht hinzunehmen. Für eine analoge Anwendung fehlt damit bereits die planwidrige Regelungslücke. Dieses rechtspolitische Problem zu lösen ist im Übrigen auch nicht Aufgabe der Rechtsprechung, so dass auch eine Rechtsfortbildung nicht in Betracht kommt.

Damit gilt der Anfechtungsausschluss für jede Beschwerde, die die Ausgestaltung des Akteneinsichtsrecht betrifft.

**cc) Rückschlüsse für die Reichweite des Einsichtsrechts**

Die schwachen Rechtsschutzmöglichkeiten gebieten eine extensive Handhabung des Akteneinsichtsrechts, um irreversible Nachteile für den Beschuldigten zu vermeiden.<sup>160</sup> Die durch die Einschränkung des Akteneinsichtsrechts hervorgerufene Ungleichheit im Prozess steht diametral dem „fair-trial“-Grundsatz entgegen. Dass sich diese Ungleichheit nur bedingt – in vielen Fällen auch gar

nicht mehr – korrigieren lässt, ist einem rechtsstaatlichen Verfahren abträglich.

**V. Schluss und Ausblick**

**1. Plädoyer für ein umfassendes Akteneinsichtsrecht in Unterlagen aus einer TKÜ**

Die vorangegangene Untersuchung kommt zu dem Ergebnis, dass ein umfassendes Einsichtsrecht in die als Aktenteile eingeordneten TKÜ-Aufzeichnungen rechtsstaatlich geboten und Vorrang vor den datenschutzrechtlichen Belangen der von Ermittlungsmaßnahmen betroffenen Dritten zu geben ist.<sup>161</sup> Dabei ist aufgrund der Stellung des Verteidigers als Organ der Rechtspflege eine Weitergabe der TKÜ-Aufzeichnungen nicht nur nach § 32f Abs. 2 S. 3 StPO eine gesetzliche Pflicht, sondern geradezu notwendig, um angesichts der häufig immensen Datenmengen eine effektive Verteidigung zu gewährleisten. Alles andere würde eine nicht hinnehmbare Beeinträchtigung der Verteidiger- und in letzter Konsequenz auch der Beschuldigtenrechte darstellen. Hinsichtlich der Weitergabe der Aufzeichnungen an den Beschuldigten ist diese – im Sinne einer „intendierten Interessenabwägung“ – grundsätzlich aus Gründen einer sachgerechten Verteidigung zu gewähren. Die derzeitige OLG-Rechtsprechung und auch die BGH-Rechtsprechung aus dem Jahr 2014 stellen nach Ansicht des *Verfassers* daher eine Fehlentwicklung<sup>162</sup> dar, die zu korrigieren ist.

**2. Aufruf an den Gesetzgeber**

Angesichts der stark voranschreitenden Digitalisierung, die auch vor dem Strafverfahren keinen Halt macht<sup>163</sup>, war eine Neuregelung des Akteneinsichtsrechts nicht nur wünschenswert, sondern rechtsstaatlich geboten, um insbesondere für die Verteidigung Rechtsklarheit und -sicherheit zu schaffen.<sup>164</sup> Killinger bemerkte völlig zutreffend, dass die StPO selten so „hoffnungslos überaltert [wirkt] wie bei dem Versuch, auf Basis der bestehenden Regelungen ‚Akteneinsicht in digitale Daten‘ zu gewähren“.<sup>165</sup> Dem ist der Gesetzgeber mit dem eingangs genannten Gesetz zur Einführung der elektronischen Akte in der Justiz und zur weiteren Förderung des elektronischen Rechtsverkehrs teilweise nachgekommen, hat es aber bedauerlicherweise versäumt, das Einsichtsrecht in Aufzeichnungen aus einer TKÜ zu regeln, obwohl er im Jahr 2017 zwei große Gelegenheiten hierzu hatte: bei der Reform der verdeckten Ermittlungsmaßnahmen und eben bei der Einführung der elektronischen Akte.

<sup>155</sup> So auch Knauer/Pretsch NStZ 2016, 307; Beulke a.a.O. (Fn. 100), § 147 Rn. 56.

<sup>156</sup> Killinger StV 2016, 148, 151.

<sup>157</sup> OLG Hamburg NStZ-RR 2016, 282.

<sup>158</sup> OLG Hamburg NStZ-RR 2016, 282, 283, vgl. dazu BT-Drs. 10/5305, S. 18.

<sup>159</sup> BT-Drs. 10/5305, S. 18.

<sup>160</sup> So im Ergebnis auch Wettley/Nöding NStZ 2016, 633, 639.

<sup>161</sup> Wölky StraFo 2013, 493, 497.

<sup>162</sup> Meyer-Mews StraFo 2016, 133, 138.

<sup>163</sup> Vgl. dazu Momsen, in: Festschrift für Beulke (2015), S. 871, 887 zur Bedeutung digitaler Daten im Strafverfahren; zu dem „schleichenden Strukturwandel des Strafverfahrens“ aufgrund des vermehrten Zugriffs auf Verkehrsdaten s. Velten, in: Festschrift für Fezer (2008), S. 89; Singelstein NStZ 2012, 593.

<sup>164</sup> Vgl. jüngst Schlothauer StV 2016, 607, 612.

<sup>165</sup> Killinger StV 2016, 148, 150, a.A. Wölky StV 2017, 438, 438, wonach die bestehende gesetzliche Regelung des § 147 StPO ausreichend sei.

Es darf nicht vom Zufall der oberlandesgerichtlichen Spruchpraxis abhängen, ob und unter welchen Auflagen einem Verteidiger die Akteneinsicht in TKÜ-Aufzeichnungen gewährt wird oder nicht. Die sich daran anschließenden Beschwerdeverfahren bei Versagung des Akteneinsichtsrechts bedeuten einen erheblichen Mehraufwand, der weitere Kapazitäten der Verteidigung in Anspruch nimmt.

Der *Verfasser* ruft den Gesetzgeber der kommenden, 19. Legislaturperiode daher explizit auf, auch das vorliegende Problem anzugehen und einer praxisgerechten und dogmatisch klaren Lösung zuzuführen.<sup>166</sup>

<sup>166</sup> Als Vorbild für eine klarstellende Neuregelung könnte § 58a Abs. 2 und 3 StPO dienen. Diese regeln die Einsichtnahme des Verteidigers und anderer zur Akteneinsicht berechtigter Personen in audiovisuelle Aufzeichnungen von Zeugenvernehmungen.

### Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

### Schrifttum

## Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

### Rechtsprechung

## 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.

### **204. BVerfG 1 BvR 2465/13 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 24. Januar 2018 (Kammergericht / LG Berlin)**

Schutz der Meinungsfreiheit und Strafbarkeit wegen Verunglimpfung des Andenkens Verstorbener (Werturteile; Abwägung zwischen Meinungsfreiheit und betroffenem Rechtsgut; erhöhtes Gewicht von Beiträgen zur öffentlichen Meinungsbildung; Beachtung des Kontextes

bei der Auslegung von Äußerungen; Kritik an der strafrechtlichen Rehabilitierung eines in der ehemaligen DDR Verurteilten als zulässige Kritik am Umgang der Bundesrepublik mit der DDR-Vergangenheit; Persönlichkeitsschutz nur hinsichtlich des fortwirkenden personalisierten Geltungsanspruchs des Verstorbenen, nicht seiner historischen Handlungen).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 189 StGB; § 193 StGB

**205. BVerfG 2 BvR 37/18 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 12. Januar 2018 (Schleswig-Holsteinisches OLG)**

Einstweilige Anordnung gegen eine Auslieferung an Rumänien zum Zwecke der Strafvollstreckung aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Mindestanforderungen an die Haftbedingungen im ersuchenden Staat; Recht auf den gesetzlichen Richter und Pflicht zur Vorlage an den Europäischen Gerichtshof; Folgenabwägung zugunsten des Verfolgten bei drohender Unterschreitung des unabdingbar gebotenen Grundrechtsschutzes); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (erhöhte Darlegungsanforderungen zur Aktivierung der Identitätskontrolle im Auslieferungsverkehr innerhalb der Europäischen Union).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 92 BVerfGG; Art. 267 Abs. 3 AEUV; Art. 4 GRCh; Art. 3 EMRK

**206. BVerfG 2 BvR 1362/16 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 25. Januar 2018 (LG München I)**

Anspruch auf rechtliches Gehör in einem Ermittlungsverfahren wegen wettbewerbsbeschränkender Rabatte bei der Vermarktung von Werbezeiten (Einsicht in die Ermittlungsakten durch einen konkurrierenden Fernsehveranstalter; Abänderung einer Entscheidung zum Nachteil des durch diese Begünstigten nur nach Gewährung rechtlichen Gehörs; Umfang des Äußerungsrechts wie bei Beteiligten in erster Instanz; Gehörsanspruch bereits bei unmittelbarer rechtlicher Betroffenheit von einer Gerichtsentscheidung; Verletzteneigenschaft als Voraussetzung nur des Akteneinsichtsrechts, nicht des Gehörsanspruchs); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Beginn der Monatsfrist erst mit Abschluss eines Anhörungsrügeverfahrens; Statthaftigkeit der Beschwerde gegen eine Entscheidung über die Anhörungsrüge).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 93 Abs. 1 BVerfGG; § 308 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 406e Abs. 1 StPO; § 475 Abs. 2 StPO; § 299 StGB

**207. BGH 3 StR 211/17 – Urteil vom 19. Oktober 2017 (KG Berlin)**

Gegen die Bundesrepublik Deutschland gerichtete geheimdienstliche Tätigkeit (Ausforschung von legal im Bundesgebiet aufhältigen Ausländern; Sympathisieren mit extremistischen oder terroristischen Organisationen; Mitglieder und Unterstützer ausländischer terroristischer Organisationen; mit internationalem Haftbefehl gesuchte Führungsmitglieder; wertende Gesamtbetrachtung; Verwirklichung weiterer Straftatbestände durch die Agententätigkeit); Verrat von Dienstgeheimnissen durch Weitergabe von im allgemeinen Datenbestand des Ausländerzentralregisters und in der Visadatei gespeicherten Daten (dienstrechtliche Verschwiegenheitspflicht; kein Auskunftsrecht für Jedermann; Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen).

§ 99 StGB; § 353b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB

**208. BGH 3 StR 303/17 – Beschluss vom 12. Dezember 2017 (LG Düsseldorf)**

Erlangen eines Vermögensvorteils beim Einschleusen von Ausländern (eigener wirtschaftlicher Vorteil; Befreiung von einer Verbindlichkeit; persönliche Verbundenheit); Gewerbsmäßigkeit.

§ 96 AufenthG a.F.; § 97 Abs. 2 AufenthG a.F.

**209. BGH 3 StR 339/17 – Beschluss vom 28. November 2017 (LG Wuppertal)**

Einheitliche Handhabung der Revisionsbegründungsfrist bei durch mehrere Verteidiger vertretenem Angeklagten (fristgerecht erhobene Sachrüge; versäumte Geltendmachung von Verfahrensbeschwerden).

§ 44 StPO; § 344 StPO; § 345 StPO

**210. BGH 3 StR 388/17 – Beschluss vom 12. Dezember 2017 (LG Trier)**

Anforderungen an die Anordnung der audiovisuellen Vernehmung eines Zeugen durch Gerichtsbeschluss (kein Begründungserfordernis; Kenntlichmachung des einschlägigen Ausnahmetabestandes); Beruhen.

§ 247a StPO; § 337 StPO

**211. BGH 3 StR 442/17 – Beschluss vom 9. Januar 2018 (LG Düsseldorf)**

Rechtsfehlerhafte Strafraumenwahl bei der Verurteilung wegen Untreue.

§ 266 StGB

**212. BGH 3 StR 474/17 – Beschluss vom 29. November 2017 (LG Trier)**

Entgegenstehende Ansprüche von Verletzten beim Verfall; keine Aufnahme des Regelbeispiels in die Urteilsformel; lückenhafte Urteilsgründe mit Blick auf die Voraussetzungen der nachträglichen Gesamtstrafenbildung.

§ 55 StGB; § 73 StGB; § 243 StGB; § 111i StPO; § 260 StPO

**213. BGH 3 StR 499/17 – Beschluss vom 29. November 2017 (LG Kleve)**

Unzulässigkeit des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (fehlende Glaubhaftmachung; Zeitpunkt der Kenntnis des Angeklagten von der Fristversäumung; tatsächlicher Wegfall des Hindernisses).

§ 45 StPO

**214. BGH 3 StR 517/17 – Beschluss vom 9. Januar 2018 (LG Trier)**

Unzutreffende Bezeichnung des Strafraumens im Jugendstrafrecht.

§ 18 JGG

**215. BGH 3 StR 526/17 – Beschluss vom 29. November 2017 (LG Krefeld)**

Rechtsfehlerhafte Ablehnung eines auf Einholung eines psychiatrischen Sachverständigengutachtens gerichteten Beweisanspruchs wegen völliger Ungeeignetheit des Beweismittels (Anknüpfungstatsachen; Beweisgrundlage; eigene Sachkunde).

§ 244 StPO

**216. BGH 3 StR 541/17 – Beschluss vom 9. Januar 2018 (LG Verden)**

Einschleusen von Ausländern (Einreise mit einem rechtsmissbräuchlich erlangten Visum; Drohung; Bestechung; Kollusion; Wirksamkeit des Titels bis zum Widerruf; Kausalität; Aufklärung im Strafverfahren; Einschränkung der Verwaltungsakzessorietät).

§ 95 AufenthG

**217. BGH 3 StR 544/17 – Beschluss vom 14. Dezember 2017 (LG Trier)**

Gesetzlich angeordnete Folgen des Beamtenrechts als bestimmende Strafzumessungsgründe auch bei Ruhestandsbeamten.

§ 46 StGB; § 267 StPO

**218. BGH 3 StR 563/17 – Beschluss vom 10. Januar 2018 (LG Trier)**

Hang zum übermäßigen Konsum von Rauschmitteln (Beeinträchtigung der Gesundheit; Arbeits- oder Leistungsfähigkeit; indizielle Bedeutung; Beschaffungskriminalität).

§ 64 StGB

**219. BGH 3 StR 579/17 – Beschluss vom 23. Januar 2018 (LG Koblenz)**

Hang zum übermäßigen Konsum von Rauschmitteln (Abhängigkeit; eingewurzelte, auf psychischer Disposition beruhende oder durch Übung erworbene Neigung; Indizwirkung der Beeinträchtigung von Arbeits- oder Leistungsfähigkeit).

§ 64 StGB

**220. BGH 3 StR 587/17 – Beschluss vom 9. Januar 2018 (LG Kleve)**

Verhältnis von Vergewaltigung und sexueller Nötigung (Regelbeispiel; Qualifikation; Schuldspruch; Urteilsformel); zulässige Begehr in der Revision des Nebenklägers.

§ 177 StGB; § 260 StPO; § 400 StPO

**221. BGH 3 StR 591/17 – Beschluss vom 19. Dezember 2017 (LG Bückeburg)**

Hang zum übermäßigen Konsum von Rauschmitteln (körperliche oder psychische Abhängigkeit; intensive Neigung; Begehung von betäubungsmittelbedingten Straftaten; Substitutionstherapie).

§ 64 StGB

**222. BGH 3 StR 605/17 – Beschluss vom 9. Januar 2018 (LG Koblenz)**

Zulässige und begründete Aufklärungsrüge wegen fehlender Prüfung der Voraussetzungen einer Aufklärungshilfe; keine Einziehung nach Einstellung des Verfahrens.

§ 154 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 46b StGB

**223. BGH 3 StR 633/17 – Beschluss vom 23. Januar 2018 (LG Düsseldorf)**

Unzulässigkeit des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.

§ 45 StPO

**224. BGH 5 StR 488/17 – Urteil vom 23. Januar 2018 (LG Bremen)**

Gefährlichkeitsprognose bei der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Zeitpunkt des Urteils; keine Berücksichtigung möglicher zukünftiger Entwicklungen; Gefährlichkeit auch bei lediglich gegen bestimmte Personen zu erwartenden Taten).

§ 63 StGB

**225. BGH 5 StR 511/17 – Beschluss vom 25. Januar 2018 (LG Flensburg)**

Bedeutung des Abstands zwischen Taten und Urteil im Rahmen der Strafzumessung beim sexuellen Missbrauch von Kindern (keine generelle Relativierung; am Einzelfall ausgerichtete Bewertung der Strafzumessungskriterien).

§ 46 StGB; § 176 StGB

**226. BGH 5 StR 535/17 – Urteil vom 7. Februar 2018 (LG Hamburg)**

Rechtsfehlerhafte Annahme der Voraussetzungen eines Täter-Opfer-Ausgleichs bei mehreren durch die Straftat verletzten Personen.

§ 46a StGB

**227. BGH 5 StR 541/17 – Beschluss vom 9. Januar 2018 (LG Berlin)**

Einwilligungsfähigkeit bei Minderjährigen (gefährliche Körperverletzung; Altersgrenze; Schwere der drohenden Beeinträchtigung; Absehbarkeit der Folgen; abstrakt lebensgefährliche Würdehandlungen); Berücksichtigung erlittener Beeinträchtigungen des Opfers bei Tatserien im Rahmen der Strafzumessung (Einzelstrafen; Gesamtstrafenbildung).

§ 46 StGB; § 54 StGB; § 223 StGB; § 224 StGB; § 228 StGB

**228. BGH 5 StR 543/17 – Beschluss vom 25. Januar 2018 (LG Berlin)**

Verhandlung ohne den Angeklagten (Unterbrechung der in Abwesenheit durchgeführten Vernehmung; sofortige Unterrichtung nach Wiedenzulassung).

§ 247 Satz 4 StPO

**229. BGH 5 StR 554/17 – Beschluss vom 23. Januar 2018 (LG Berlin)**

„Ins Leere gehende“ Verweisung im Markenrecht (keine Blankettnorm; Aufnahme des vollen Wortlautes der Bezugsnorm in die Verweisungsnorm; kein Rückgriff auf die Bezugsnorm zur Bestimmung des strafbaren Verhaltens; Gleichlauf mit der unionsrechtlichen Regelung); Einfuhr „unter dem Zeichen“ bei verdecktem Import widerrechtlich gekennzeichnete Waren.

§ 14 MarkenG; § 143a MarkenG; Art. 103 Abs. 2 GG

**230. BGH 5 StR 582/17 – Beschluss vom 25. Januar 2018 (LG Potsdam)**

Rechtsfehlerhaft unterbliebene Entscheidung über die Vollstreckungsreihenfolge (fehlende Begründung; Vorwegvollzug); Schuldumfang beim Handel mit Betäubungsmitteln (fehlende Ermittlung des Eigenkonsumanteils bei teilweise zum Eigenkonsum und teilweise zum Verkauf bestimmter Betäubungsmittelmengen; Tateinheit).

§ 52 StGB; § 67 StGB; § 29 BtMG

**231. BGH 5 StR 584/17 – Urteil vom 7. Februar 2018 (LG Saarbrücken)**

Anforderungen an die Begründung der Strafrahenwahl beim Zusammentreffen von Milderungsgründen.

§ 49 StGB; § 50 StGB

Kommen im konkreten Fall mehrere Strafrahen in Frage, so müssen die Urteilsgründe regelmäßig ersehen lassen, dass sich das Tatgericht der unterschiedlichen Möglichkeiten bewusst war und weswegen es sich für die angewendete entschieden hat. Etwas Anderes kann in

einem sog. Evidenzfall gelten, wenn einer der in Betracht zu ziehenden Strafrahmen derart fernliegt, dass es ausnahmsweise seiner Erörterung nicht bedarf.

**232. BGH 5 StR 592/17 – Beschluss vom 6. Februar 2018 (LG Berlin)**

Täter-Opfer-Ausgleich bei mehreren Geschädigten; Aufklärungshilfe (keine Auseinandersetzung des Tatgerichts mit der Richtigkeit der Angaben).

§ 46a StGB; § 46b StGB

**233. BGH 5 StR 613/17 – Beschluss vom 9. Januar 2018 (LG Berlin)**

Hang zum übermäßigen Konsum von Rauschmitteln bei von einem Sachverständigen diagnostizierten Cannabis-Abhängigkeit.

§ 64 StGB

Ausreichend für die Annahme eines Hangs i.S.d. § 64 S. 1 StGB ist eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene Neigung ausreichend, immer wieder Rauschmittel im Übermaß zu konsumieren. Eine von einem psychiatrischen Sachverständigen diagnostizierte Abhängigkeitserkrankung von Cannabis drängt regelmäßig zu der Annahme einer solchen Neigung.

**234. BGH AK 75-77/17 – Beschluss vom 11. Januar 2018**

Dringender Tatverdacht wegen Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung und Ausübung der tatsächlichen Gewalt über Kriegswaffen (Dauerdelikt; Tateinheit; Tatmehrheit; Handlungen vor Versuchsbeginn; Zäsur); Plünderungen; nichtinternationaler bewaffneter Konflikt; Konkurrenzverhältnis zwischen kriegswaffenrechtlichem Dauerdelikt und Kriegsverbrechen gegen das Eigentum; Fortdauer der Untersuchungshaft.

§ 52 StGB; § 53 StGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 22a Abs. 1 Nr. 6 KWKG; § 9 VStGB

**235. BGH 1 StR 36/17 – Beschluss vom 11. Januar 2018**

Verwerfung eines Ablehnungsantrages als unzulässig.

§ 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO

**236. BGH 1 StR 36/17 – Beschluss vom 23. Januar 2018**

Verwerfung eines Ablehnungsantrages als unzulässig.

§ 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO

**237. BGH 1 StR 552/17 – Beschluss vom 25. Januar 2018 (LG Bamberg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**238. BGH 1 StR 647/17 – Beschluss vom 7. Februar 2018 (LG München I)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**239. BGH 2 StR 9/18 – Beschluss vom 8. Februar 2018 (LG Frankfurt am Main)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**240. BGH 2 StR 50/17 – Beschluss vom 25. Oktober 2017 (LG Frankfurt am Main)**

Beschäftigung von Ausländern ohne Genehmigung oder ohne Aufenthaltstitel und zu ungünstigen Arbeitsbedingungen (Bestimmung eines auffälligen Missverhältnisses der Arbeitsbedingungen); Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Arbeitgebereigenschaft; Berechnung der geschuldeten Sozialversicherungsbeiträge; Anwendung der Berechnungsgrundlagen für verkürzte Steuern). § 10 Abs. 1 SchwarzArbG; § 404 Abs. 2 Nr. 3 SGB III; § 266a Abs. 1 StGB; § 266a Abs. 2 StGB; § 370 AO

**241. BGH 1 StR 72/17 – Beschluss vom 11. Januar 2018**

Bewilligung einer Pauschvergütung.

§ 51 RVG

**242. BGH 2 StR 160/17 – Beschluss vom 16. Januar 2018 (LG Frankfurt am Main)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**243. BGH 2 StR 200/17 – Urteil vom 10. Januar 2018 (LG Köln)**

Schwerer Raub (Verwendung eines gefährlichen Werkzeuges; Wahrnehmung, aber keine Identifizierung des Tatmittels durch das Opfer).

§ 250 Abs. 2 Nr. 1 Var. 2 StGB

**244. BGH 2 StR 432/17 – Beschluss vom 6. Dezember 2017 (LG Erfurt)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**245. BGH 2 StR 475/17 – Beschluss vom 9. Januar 2018 (LG Kassel)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**246. BGH 2 StR 498/17 – Beschluss vom 19. Dezember 2017 (LG Bonn)**

Rechtsmittelbefugnis des Nebenklägers (Gesetzesverletzung).

§ 400 Abs. 1 StPO

**247. BGH 2 ARs 4/18 (2 AR 6/18) – Beschluss vom 18. Januar 2018 (AG Lüneburg)**

Zurückweisung eines Antrages auf Übertragung der Untersuchung und Entscheidung auf ein anderes Gericht.

§ 12 StPO

**248. BGH 2 ARs 30/18 (2 AR 18/18) – Beschluss vom 7. Februar 2018**

Verbindung und Trennung rechtshängiger Strafsachen (Anwendungsvoraussetzungen einer Verfahrensverbindung); Gerichtsstand bei zusammenhängenden Strafsachen (Anwendungsvoraussetzungen einer Verfahrensverbindung).

§ 4 StPO; § 13 Abs. 2 StPO

**249. BGH 2 ARs 41/18 (2 AR 24/18) – Beschluss vom 8. Februar 2018**

Zurückweisung eines Antrags auf Bestimmung des zuständigen Gerichts.

§ 14 StPO

**250. BGH 2 ARs 434/17 (2 AR 248/17) – Beschluss vom 9. Januar 2018**

Verwerfung der Anhörungsrüge; Verwerfung der Ablehnungsanträge.

§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 26a StPO

**251. BGH 2 ARs 551/17 (2 AR 345/17) – Beschluss vom 9. Januar 2018**

Ablehnung eines Antrages auf Bestimmung des zuständigen Gerichts.

§ 14 StPO

**252. BGH 4 StR 142/17 – Beschluss vom 16. Januar 2018 (LG Hannover)**

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a Satz 1 StPO

**253. BGH 4 StR 248/17 – Beschluss vom 9. Januar 2018 (LG Bochum)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Anrechnung von im Ausland erlittener Freiheitsentziehung).

§ 55 StGB

**254. BGH 4 StR 305/17 – Beschluss vom 17. Januar 2018 (LG Essen)**

Unerlaubte Veranstaltung eines Glücksspiels (Tatbestandsmäßigkeit bei Fehlen oder Abweichung von einer Bauartzulassung der Physikalisch-Technischen Bundesanstalt); Computerbetrug (tatbestandsausschließendes Einverständnis; Unmittelbarkeit der Vermögensminderung); Untreue (tatbestandsausschließendes Einverständnis bei juristischen Personen); Urteilsgründe (Anforderungen an die Darstellung der Beweiswürdigung).

§ 263a StGB; § 266 StGB; § 284 StGB; § 261 StPO

**255. BGH 4 StR 376/17 – Beschluss vom 7. Februar 2018 (LG Kiel)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Überzeugungsbildung anhand eines Lichtbildes); Urteilsgründe (Verweis auf ein bei den Akten befindliches Foto).

§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO

**256. BGH 4 StR 419/17 – Beschluss vom 17. Januar 2018 (LG Münster)**

Verfahrenseinstellung wegen eines Verfahrenshindernisses (Tod des Angeklagten).

§ 206a Abs. 1 StPO

**257. BGH 4 StR 471/17 – Beschluss vom 30. Januar 2018 (LG Essen)**

Recht des letzten Wortes; Beweiskraft des Protokolls.

§ 258 Abs. 2 und 3 StPO; § 274 Satz 1 StPO

**258. BGH 4 StR 498/17 – Beschluss vom 16. Januar 2018 (LG Detmold)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**259. BGH 4 StR 508/17 – Beschluss vom 20. Dezember 2017 (LG Hagen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**260. BGH 4 StR 515/17 – Beschluss vom 20. Dezember 2017 (LG Halle)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**261. BGH 4 StR 521/17 – Beschluss vom 30. Januar 2018 (LG Baden-Baden)**

Gang der Hauptverhandlung (nemo-tenetur-Grundsatz: Überzeugung des Gerichts von der Identität des Angeklagten).

§ 243 Abs. 5 Satz 1 StPO

**262. BGH 4 StR 522/17 – Beschluss vom 17. Januar 2018 (LG Magdeburg)**

Unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Definition); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Zeitpunkt der Beurteilung von Hang und Gefahrenprognose).

§ 29 Abs. 1 Satz. 1 Nr. 1 BtMG; § 64 StGB

**263. BGH 4 StR 528/17 – Beschluss vom 18. Januar 2018 (LG Siegen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**264. BGH 4 StR 558/17 – Beschluss vom 20. Dezember 2017 (LG Kaiserslautern)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**265. BGH 4 StR 571/17 – Beschluss vom 21. Dezember 2017 (LG Siegen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**266. BGH 4 StR 578/17 – Beschluss vom 16. Januar 2018 (LG Arnsberg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**267. BGH 4 StR 586/17 – Beschluss vom 10. Januar 2018 (LG Dortmund)**

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 349 Abs. 1 StPO

**268. BGH 4 StR 602/17 – Beschluss vom 10. Januar 2018 (LG Konstanz)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**269. BGH 4 StR 610/17 – Beschluss vom 18. Januar 2018 (LG Dortmund)**

Recht auf ein faires Verfahren („offenkundiger Mangel der Verteidigung“ bei unterlassener Revisionsbegründung durch einen Pflichtverteidiger).

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK

**270. BGH 1 StR 36/17 – Beschluss vom 23. Januar 2018**

Ablehnung eines Befangenheitsantrags als unbegründet (Besorgnis der Befangenheit).

§ 24 StPO

**271. BGH 1 StR 239/17 – Urteil vom 9. Januar 2018 (LG München II)**

Verhängung von Jugendstrafe (besondere Schwere der Schuld: grundsätzlich subjektive Bestimmung).  
§ 17 Abs. 2 JGG

**272. BGH 1 StR 370/17 – Urteil vom 9. Januar 2018 (LG Kaiserslautern)**

BGHR; Umgrenzungsfunktion der Anklageschrift (notwendiger Inhalt bei Anklage wegen Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt und Steuerhinterziehung: keine Berechnung der Abgabenverkürzung erforderlich).  
§ 200 StGB; § 266a StGB; § 370 Abs. 1 AO

**273. BGH 1 StR 415/17 – Beschluss vom 6. Dezember 2017 (LG München II)**

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsklinik (Hang, berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen; symptomatischer Zusammenhang zwischen Hang und Tat).  
§ 63 StGB

**274. BGH 1 StR 437/17 – Beschluss vom 10. Januar 2018 (LG Ulm)**

BGHR; Ablehnung eines Sachverständigen wegen Befangenheit (Zeitpunkt des Ablehnungsgesuchs: keine Anwendbarkeit des Unverzüglichkeitsgebots; Entscheidung über das Ablehnungsgesuch: erforderliche Darstellungen, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).  
§ 74 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 24 StPO; 25 Abs. 2 Satz 1 StPO

**275. BGH 1 StR 456/17 – Beschluss vom 9. November 2017 (LG Heidelberg)**

BGHR; Vorwegvollzug eines Teils der Strafe vor der Maßregel (mögliches Absehen vom Vorwegvollzug bei nachträglicher Gesamtstrafenbildung, wenn dieser zur Herausnahme des Angeklagten aus dem Maßregelvollzug einer Entziehungsanstalt führen würde: Vorrang der Gesamtstrafenbildung vor der Erledigung der Maßregel).  
§ 64 StGB; § 67 Abs. 2 Satz 2, Satz 3 StGB; § 55 StGB; § 67f StGB

**276. BGH 1 StR 464/17 – Beschluss vom 20. Dezember 2017 (LG Stuttgart)**

Begriff der prozessualen Tat (Steuerstrafrecht: regelmäßig keine prozessuale Tat bei auf unterschiedliche Veranlagungszeiträume bezogener Steuerhinterziehungen desselben Steuerpflichtigen derselben Steuerart); Steuerhinterziehung (Berechnung des entstandenen Steuerschadens bei verdeckter Gewinnausschüttung).  
§ 264 StPO; § 370 Abs. 1 AO

**277. BGH 1 StR 491/17 – Beschluss vom 21. November 2017 (LG Traunstein)**

Mittäterschaft (Anforderungen; Tateinheit bei Beitrag im Planungsstadium).  
§ 25 Abs. 2 StGB; § 52 StGB

**278. BGH 1 StR 523/17 – Beschluss vom 23. Januar 2018 (LG Deggendorf)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Schuldunfähigkeit: Intelligenzminderung als psychische

Störung; Gefährlichkeitsprognose: zu befürchtendes Anrichten eines schweren wirtschaftlichen Schadens: erforderliche Gesamtbetrachtung, Richtwert von 5.000 €).

§ 63 StGB

**279. BGH 2 StR 111/17 – Beschluss vom 8. November 2017 (LG Kassel)**

Sexueller Übergriff (Verhältnis zum sexuellen Missbrauch widerstandsunfähiger Personen: milderes Gesetz bei Unfähigkeit, einen entgegenstehenden Willen gegenüber dem Täter durchzusetzen).  
§ 177 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 1, Nr. 2 StGB; § 179 StGB aF; § 2 Abs. 3 StGB

**280. BGH 2 StR 166/17 – Urteil vom 22. November 2017 (LG Bonn)**

Versuch (Strafmilderung: Voraussetzungen).  
§ 23 Abs. 2 StGB; § 49 StGB

**281. BGH 2 StR 377/15 – Beschluss vom 14. November 2017 (LG Erfurt)**

Strafzumessung (zeitlicher Abstand zwischen Tat und Verurteilung bei sexuellem Missbrauch von Kindern).  
§ 46 Abs. 1 StGB; § 176 Abs. 1 StGB

**282. BGH 2 StR 460/16 – Urteil vom 29. November 2017 (LG Darmstadt)**

Bemessung der Jugendstrafe (Berücksichtigung des Erziehungsgedankens bei inzwischen erwachsenem Angeklagten); einheitliche Anwendung von Jugendstrafrecht bei mehreren angeklagten Straftaten, auf die teilweise allgemeines Strafrecht anzuwenden wäre (Schwergewicht der Taten).  
§ 18 Abs. 2 JGG; § 32 JGG

**283. BGH 2 StR 513/16 – Beschluss vom 20. Dezember 2017 (LG Aachen)**

Tatrichterliche Beweiswürdigung (revisionsrechtliche Überprüfbarkeit).  
§ 261 StPO

**284. BGH 2 StR 525/16 – Urteil vom 10. Januar 2018 (LG Aachen)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Straftaten nur gegen eine bestimmte Person, einzustellende Umstände).  
§ 63 StGB; § 267 Abs. 6 StPO

**285. BGH 2 ARs 524/17 (2 AR 321/17) – Beschluss vom 13. Dezember 2017 (AG Heinsberg)**

Zuständigkeit für nachträgliche Entscheidungen während der Führungsaufsicht bei Jugendlichen.  
§ § 463 Abs. 2 StPO; § 453 StPO; § 462a Abs. 1 StPO; § 82 Abs. 1 Satz 2 JGG, § 85 Abs. 5 JGG

**286. BGH 4 StR 66/17 – Beschluss vom 20. Dezember 2017 (LG Arnsberg)**

Besonders schwerer Fall des Betrugs (Vermögensschaden: Berechnung bei Betrug im Rahmen eines Leasinggeschäfts; Gewerbsmäßigkeit; Herbeiführen eines Vermögensverlusts großen Ausmaßes: erforderliche tatsächliche Herbeiführung des Vermögensverlusts).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1, Nr. 3 StGB; § 22 StGB

**287. BGH 4 StR 88/17 – Beschluss vom 13. September 2017 (LG Halle)**

Betrug (Irrtum: erforderliche Feststellungen im Urteil bei gleichförmigen, massenhaften Betrugshandlungen); Selbstleseverfahren (revisionsrechtliche Rügbarkeit von Fehlern bei der Durchführung; Erforderlichkeit eines Gerichtsbeschlusses); Strafzumessung (Berücksichtigung von eingestellten Taten).

§ 263 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 StPO; § 249 Abs. 2 StPO; § 238 Abs. 2 StPO; § 46 StGB; § 154 StPO; § 154a StPO

**288. BGH 4 StR 323/17 – Beschluss vom 5. Dezember 2017 (LG Bochum)**

Anklageschrift (Form: unschädliches Fehlen einer Unterschrift); Betrug (Berechnung des Vermögensschadens bei Eingehungsbetrug).

§ 170 Abs. 1 StPO; § 200 StPO; § 263 Abs. 1 StGB

**289. BGH 4 StR 399/17 – Urteil vom 1. März 2018 (LG Berlin)**

BGHSt; Tötungsvorsatz (bedingter Tötungsvorsatz bei riskanten, eigengefährdenden Verhaltensweisen im Straßenverkehr: erforderliche Gesamtbetrachtung des Einzelfalls, vom Täter erkannte Selbstgefährdung als Indiz

gegen einen Tötungsvorsatz, keine Erfahrungs- oder Rechtssätze zum Vorstellungsbild bestimmter Personengruppen, hier: Berliner Raser-Fall; Abgrenzung von Eventualvorsatz und bewusster Fahrlässigkeit; Zeitpunkt des Tatentschlusses: bei Vornahme der erfolgsursächlichen Handlungen, kein strafbarer dolus subsequens); Mittäterschaft (erforderlicher gemeinsamer Tatentschluss zum konkreten Delikt); Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis (Bemessung der Sperrfrist: Berücksichtigung von Dauer und Wirkung des Strafvollzugs infolge einer Freiheitsstrafe).

§ 212 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 69a StGB

**290. BGH 4 StR 458/17 – Beschluss vom 16. Januar 2018 (LG Göttingen)**

Diebstahl (Wegnahme: regelmäßiger Alleingewahrsams eines eine Kasse allein verwaltenden Angestellten am Kasseneinhalt).

§ 242 Abs. 1 StGB

**291. BGH 4 StR 597/17 – Beschluss vom 16. Januar 2018 (LG Halle)**

Strafzumessung (Berücksichtigung von verschuldeten Auswirkungen der Tat); sexueller Missbrauch Widerstandsunfähiger (Begriff der Widerstandsunfähigkeit).

§ 46 StGB; § 179 Abs. 1 StGB aF