

SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

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

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Prof. Dr. Christian Becker; Prof. Dr.
Karsten Gaede; RA Dr. Christoph
Henckel; RiKG Dr. Holger Mann; RA
Sina Aaron Moslehi; RA Dr. Stephan
Schlegel

STÄNDIGE MITARBEITER

Wiss. Mit. Julia Heß (Redaktionsassis-
tentin); RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.;
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;
Prof. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Univ. Biele-
feld; Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur
(Oxon), Univ. Cambridge; Prof. Dr. Diet-
helm Kleszczewski, Univ. Leipzig; Prof.
Dr. Hans Kudlich, Univ. Erlangen-Nürn-
berg; 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

Publikationen

OSTA Dr. Gerhard Pauli, Hagen – Wie aus Tätern Teilnehmer werden: der „normative“ Tatbegriff – Anm. zu BGH HRRS 2022 Nr. 800 S. 281

Dr. Pepe Schladitz, Osnabrück – Die nicht so notwendige Verteidigung i.S.d. § 141 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO Anm. zu BGH HRRS 2022 Nr. 641 S. 283

RA Hans Meyer-Mews, Bremen – Ein kritischer Blick auf den EncroChat-Beschluss des 5. Strafsenats des BGH S. 289

Entscheidungen

BVerfG **Einstweilige Anordnung vor Wiederaufnahme gemäß § 362 Nr. 5 StPO**

BGHSt **Normative Täterschaft bei der Tötung auf Verlangen**

BGHSt **Kein § 108e StGB im Fall des sog. Maskenskandals**

BGHSt **Schutz des potenziellen Fortbewegungswillens**

BGHR **Gleichzeitige Anordnung der Sicherungsverwahrung kein bestimmender Strafzumessungsgrund**

BGHR **Absolute Geltung des Verwertungsverbots gemäß § 136a Abs. 3 S. 2 StPO bei Mitbeschuldigten**

Die Ausgabe umfasst 102 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

SCHRIFTLEITUNG

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

REDAKTION

Prof. Dr. Christian Becker; Prof. Dr. Karsten Gaede; RA Dr. Christoph Henckel;
RiKG Dr. Holger Mann; RA Sina Aaron Moslehi, RA Dr. Stephan Schlegel

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Wiss. Mit. Julia Heß (Redaktionsassistentin); RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; 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

23. Jahrgang, August-September 2022, Ausgabe

8-9

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

762. BVerfG 2 BvR 900/22 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 14. Juli 2022 (OLG Celle / LG Verden)

Wiederaufnahme eines Strafverfahrens zuungunsten des Verurteilten (Beibringung neuer Tatsachen oder Beweismittel in einem Strafverfahren wegen Mordes; mögliche Verfassungswidrigkeit der Neuregelung; verfahrensgrundrechtliches Verbot der doppelten Strafverfolgung; erfolgreicher Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung; Aussetzung eines im Wiederaufnahmeverfahren ergangenen Haftbefehls gegen Auflagen; Folgenabwägung zugunsten des Beschuldigten); Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (kein Abwarten der Probationsentscheidung bei erfolgloser Anfechtung der Aditionsentscheidung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 112 Abs. 3 StPO; § 362 Nr. 5 StPO; § 368 StPO; § 370 StPO; § 211 StGB

1. Die Frage, ob die durch das Gesetz zur Herstellung materieller Gerechtigkeit mit Wirkung vom 30. Dezember 2021 als neuer Wiederaufnahmegrund eingefügte Vorschrift des § 362 Nr. 5 StPO verfassungskonform ist und damit Grundlage für ein Wiederaufnahmeverfahren wie auch für eine aus diesem Anlass angeordnete Untersuchungshaft sein kann, ist offen. In Betracht kommt insbesondere ein Verstoß gegen das verfahrensgrundrechtliche Verbot der doppelten Strafverfolgung.

2. Die Verfassungsbeschwerde eines vor 40 Jahren von den Vorwürfen des Mordes und der Vergewaltigung Freigesprochenen, der nach der zwischenzeitlich durchgeführten molekulargenetischen Untersuchung einer Spermiaspur als Täter in Betracht kommt und gegenüber dem auf der Grundlage des § 362 Nr. 5 StPO die Wiederaufnahme des Verfahrens für zulässig erklärt und die Untersuchungshaft angeordnet worden ist, ist nicht wegen Verstoßes gegen den Grundsatz der Subsidiarität unzulässig, wenn der Angeklagte die Entscheidung über die Zulassung des Wiederaufnahmeantrags (Aditionsentscheidung) erfolglos angefochten hat. Insbesondere ist er nicht gehalten, zunächst auch die abschließende fachgerichtliche Entscheidung über die Begründetheit des Wiederaufnahmeantrags (Probationsentscheidung) abzuwarten.

3. Auf den im Verfassungsbeschwerdeverfahren gestellten Antrag des Angeklagten auf Erlass einer einstweiligen Anordnung ist der gegen ihn ergangene Haftbefehl gegen Auflagen außer Vollzug zu setzen, weil die Erfolgsaussichten in der Hauptsache offen sind und bei der gebotenen Folgenabwägung die grundrechtlich geschützten Interessen des Angeklagten am Unterbleiben einer möglicherweise ungerechtfertigten Doppelverfolgung und sein Freiheitsgrundrecht das wenngleich gewichtige Allgemeininteresse an der Wiederaufnahme und der anschließenden Durchführung des Strafverfahrens wegen Mordes überwiegen.

4. Art. 103 Abs. 3 GG garantiert als Prozessgrundrecht dem verurteilten Straftäter Schutz nicht nur gegen erneute Bestrafung, sondern bereits gegen erneute Verfolgung wegen derselben Tat. Verfahrensrechtlich errichtet Art. 103 Abs. 3 GG ein Prozesshindernis und begründet zugleich die Verfassungswidrigkeit der erneuten Einleitung eines Strafverfahrens. Gleiches gilt, wenn zuvor in einem Verfahren wegen derselben Tat ein Freispruch erfolgt ist. Eine Maßnahme der erneuten Strafverfolgung wegen derselben Tat stellt auch die im Rahmen eines Wiederaufnahmeverfahrens angeordnete Untersuchungshaft dar.

761. BVerfG 2 BvR 784/21 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Juni 2022 (OLG Hamm / LG Arnsberg)

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Versagung eines Interviews mit einem Strafgefangenen (Untersagung des Besuchs eines Journalisten; Auslegung der Versagungsnorm im Lichte der Meinungsfreiheit; Wechselwirkung; drohende Behinderung der Eingliederung des Gefangenen; nicht generell durch Presseinterview oder bei fehlender Kooperationsbereitschaft; Darlegung konkreter Anhaltspunkte; drohende Rechtfertigung von Straftaten als möglicher Versagungsgrund).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 109 StVollzG; § 25 Nr. 2 StVollzG NRW

1. Die Untersagung des Besuchs eines Journalisten bei einem Strafgefangenen zur Durchführung eines Interviews zum Thema „Alternativen zur Strafhaft“ verletzt den Gefangenen in seinem Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 GG, wenn die Strafvollstreckungskammer bei der Auslegung und Anwendung der Tatbestandsmerkmale der herangezogenen Versagungsnorm und bei der Überprüfung der

Ermessensentscheidung der Vollzugsanstalt Bedeutung und Tragweite der Meinungsfreiheit nicht erkennbar berücksichtigt.

2. Der durch Art. 5 Abs. 1 GG geschützten Selbstbestimmung des Äußernden unterliegt grundsätzlich auch die gewählte Form einer Meinungsäußerung.

3. Eine strafvollzugsrechtliche Regelung, die eine Besuchsuntersagung ermöglicht, wenn zu befürchten ist, dass der Kontakt die Eingliederung des Gefangenen behindern kann (hier: § 25 Nr. 2 StVollzG NRW), ist im Lichte der besonderen Bedeutung des Grundrechts der freien Meinungsäußerung für den freiheitlichen demokratischen Staat auszulegen. Es findet eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die „allgemeinen Gesetze“ zwar dem Grundrecht Schranken setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der wertsetzenden Bedeutung dieses Grundrechts im freiheitlichen demokratischen Staat ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen.

4. Mit Blick auf den hohen Stellenwert der Meinungsfreiheit kann nicht generell davon ausgegangen werden, dass ein Presseinterview mit einem Strafgefangenen regelmäßig dessen Eingliederung behindert. Vielmehr müssen konkrete, objektiv fassbare Anhaltspunkte für eine derartige Befürchtung dargelegt werden. Dabei reicht es grundsätzlich nicht aus, wenn lediglich allgemein auf eine Persönlichkeitsstörung des Gefangenen sowie darauf abgestellt wird, dass dieser derzeit nicht bereit sei, an dem für ihn im Strafvollzug vorgesehenen Behandlungssetting teilzunehmen.

5. Ob die Untersagung eines einzelnen Interviews – wie in der fachgerichtlichen Rechtsprechung angenommen – zum Schutze des Strafgefangenen vor einer seiner Resozialisierung abträglichen Persönlichkeitsentwicklung in Betracht kommen kann, wenn der Gefangene sich durch die Situation des konkreten Interviews herausgefordert fühlt, seine Straftat zu erklären oder zu rechtfertigen, kann im hier zu entscheidenden Fall offen bleiben.

763. BVerfG 2 BvR 1483/19 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Juli 2022 (LG Offenburg / AG Offenburg)

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen eine Durchsuchung wegen des Verdachts eines Betäubungsmitteldelikts (Wohnungsgrundrecht; Erfordernis eines tatsächlichen, über bloße Vermutungen hinausgehenden Anfangsverdachts; verfassungsrechtliches Verbot der Begründung des Anfangsverdachts erst durch die Durchsuchung).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 152 Abs. 2 StPO; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

1. Eine Durchsuchungsanordnung beruht auf einer grundsätzlich unrichtigen Anschauung des Wohnungsgrundrechts, wenn der Anfangsverdacht einer Unterstützung des unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge im Wesentlichen nur darauf gestützt wird, dass der mutmaßliche Händler, für den der Beschuldigte Betäubungsmittel verwahrt haben soll, sein Fahrzeug zur Nachtzeit teilweise in Wohnortnähe des

Beschuldigten abgestellt hatte, ohne dass jedoch irgendwelche Anhaltspunkte dafür bestehen, dass er die Wohnung des Beschwerdeführers aufgesucht oder zu diesem Kontakt aufgenommen hätte.

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

760. BVerfG 2 BvR 431/22 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. März 2022 (AG Karlsruhe)

Erfolgsloser Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen ein vorläufiges Berufsverbot (schwerwiegender Eingriff in die Berufsfreiheit; Rechtswegerschöpfung; Unzumutbarkeit des Zuwartens auf fachgerichtliche Entscheidungen; schwerer und unabwendbarer Nachteil; Anspruch auf effektiven Rechtsschutz; Entscheidung in angemessener Zeit).

Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG; § 132a Abs. 1 StPO; § 306 Abs. 2 StPO

1. Die Voraussetzungen für den Erlass einer einstweiligen Anordnung durch das Bundesverfassungsgericht gegen ein vorläufiges Berufsverbot sind regelmäßig nicht erfüllt, wenn der Beschwerdeführer den Rechtsweg nicht erschöpft und weder die amtsgerichtliche (Nicht-)Abhilfeentscheidung noch eine eventuelle Beschwerdeentscheidung des Landgerichts noch eine Entscheidung über seinen Antrag auf Aussetzung der Vollziehung abgewartet hat.

2. Ein vorläufiges Berufsverbot begründet einen schwerwiegenden Eingriff in die Freiheit der Berufswahl, weil es während seiner Dauer ähnlich folgenschwere und irreparable Wirkungen für die berufliche Existenz des Betroffenen entfaltet wie ein endgültiges Berufsverbot, während es aufgrund einer nur summarischen Prüfung ohne erschöpfende Aufklärung der Pflichtwidrigkeit vor Rechtskraft einer Verurteilung ergeht.

3. Das Zuwarten auf die fachgerichtlichen Entscheidungen kann für den Beschwerdeführer daher mit zunehmender Dauer des Verfahrens unzumutbar werden, weil ihm ein schwerer und unabwendbarer Nachteil droht. Insofern ist zu beachten, dass der Anspruch auf effektiven Rechtsschutz eine Entscheidung in angemessener Zeit gebietet und dass fachgerichtlicher Rechtsschutz in Eilverfahren so weit wie möglich der Schaffung vollendeter Tatsachen zuvorzukommen hat. Nach der Sollvorschrift des § 306 Abs. 2 StPO ist grundsätzlich binnen drei Tagen über eine Abhilfe zu entscheiden. Eine Verfahrensdauer von mehreren Wochen kann daher auch dann nicht mehr hinzunehmen sein, wenn der Beschwerdeführer ein Ablehnungsgesuch gegen den Richter am Amtsgericht angebracht hat und dieser sich an einer Abhilfeentscheidung gehindert sieht, weil er sie nicht als unaufschiebbare Handlung erachtet.

764. BVerfG 2 BvR 2061/19 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Juli 2022 (OLG Hamm / LG Essen)

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Versagung eines Vollstreckungsaufschubs wegen Vollzugsuntauglichkeit (Grundrecht des Verurteilten auf Leben und körperliche Unversehrtheit; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Menschenwürde; Spannungsverhältnis zwischen staatlichem Strafanspruch und Interesse des Verurteilten an seiner Gesunderhaltung; mögliche Haftunfähigkeit aufgrund einer schwerwiegenden psychiatrischen Erkrankung; unzureichende gerichtliche Sachaufklärung; widersprüchliche Einschätzungen amtsärztlicher Gutachten und des Anstaltsarztes).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; § 455 StPO

1. Die Versagung eines Vollstreckungsaufschubs verletzt den Verurteilten in seinem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit, wenn sie sich in der Frage der Haftfähigkeit ohne weitere Sachaufklärung auf die Bewertung des Anstaltsarztes stützt, die dieser ohne persönlichen Kontakt zu dem Verurteilten nach Aktenlage getroffen hatte und die im Widerspruch zu einem auf der Grundlage einer persönlichen Untersuchung erstellten amtsärztlichen Gutachten steht, in dem der Verurteilte wegen einer schwerwiegenden depressiven Erkrankung für nicht haftfähig erklärt wurde (Hauptsacheentscheidung zur einstweiligen Anordnung vom 10. Dezember 2019 [= HRRS 2020 Nr. 99]).

2. Rechtskräftig verhängte Freiheitsstrafen sind grundsätzlich auch zu vollstrecken; dies gebieten die Pflicht des Staates, die Sicherheit seiner Bürger und deren Vertrauen in die Funktionstüchtigkeit der staatlichen Institutionen zu schützen, und die Gleichbehandlung aller im Strafverfahren rechtskräftig Verurteilten.

3. Das Gebot, den staatlichen Strafanspruch durchzusetzen, findet seine Grenzen im Grundrecht des Verurteilten auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Wiegen die Interessen des Verurteilten an der Wahrung seiner verfassungsmäßigen Rechte ersichtlich wesentlich schwerer als die Belange der Strafvollstreckung, so verletzt diese den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und damit das Grundrecht des Verurteilten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn angesichts des Gesundheitszustands des Verurteilten ernsthaft zu befürchten ist, dass er sein Leben einbüßen oder schwerwiegenden Schaden an seiner Gesundheit nehmen wird.

4. Der staatliche Strafanspruch wird außerdem begrenzt von der Menschenwürde des Verurteilten. Diese erfordert auch bei einem mit besonders schwerer Tatschuld beladenen Verurteilten eine realisierbare Chance, seine Freiheit wiederzuerlangen. Hiermit ist es unvereinbar, wenn die Aussicht auf Freiheit auf einen von Siechtum und Todesnähe gekennzeichneten Lebensrest reduziert wird.

5. § 455 StPO trägt dem Spannungsverhältnis zwischen dem staatlichen Strafanspruch und dem Interesse des Verurteilten an der Erhaltung seiner Gesundheit und Lebensfähigkeit angemessene Rechnung. Bei der Auslegung der Norm sind Bedeutung und Tragweite des Grundrechts aus

Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG zu beachten.

6. Die Entscheidung über einen Vollstreckungsaufschub muss außerdem auf einer zureichenden Sachaufklärung beruhen. Drängen sich Anhaltspunkte für eine Ausnahmesituation auf, die in Anbetracht der Bedeutung und

Tragweite des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG einen Strafaufschub gebieten könnte, ist die Vollstreckungsbehörde von Verfassungs wegen gehalten, den Gesundheitszustand des Verurteilten zu klären. Gegebenenfalls hat sie insoweit ergänzende ärztliche Stellungnahmen oder ein Sachverständigengutachten einzuholen.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

825. BGH 2 StR 302/21 – Beschluss vom 15. März 2022 (LG Köln)

Beihilfe (Voraussetzungen; nachträgliches Einverständnis); erfolgsqualifizierte Delikte (Körperverletzung mit Todesfolge; Vorsatz des Täters, nicht gebilligter oder gewollter Erfolg; Erfassung des wesentlichen Unrechtsgehalt und Angriffsrichtung; keine Voraussehbarkeit aller Einzelheiten des zum Tode führenden Geschehensablaufs notwendig; keine Körperverletzung von gänzlicher anderer Art der Beschaffenheit als die vom Teilnehmer gewollte und vorgestellte; Fahrlässigkeit in Bezug auf den Taterfolg; Gefahr der schweren Folge typischerweise an Begehungsweise anhaftend, kein Vorsatz des Gehilfen auf die Körperverletzungshandlung).
§ 27 StGB; § 211 StGB; § 227 StGB; § 222 StGB

1. Für das, was schon vollständig abgeschlossen ist, vermag das nachträgliche Einverständnis eine strafrechtliche Verantwortlichkeit des Gehilfen nicht mehr zu begründen.

2. Bei erfolgsqualifizierten Delikten – wie dem des § 227 StGB – wird die strafrechtliche Haftung des Teilnehmers für den von ihm weder gewollten noch gebilligten Erfolg nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass der Täter diesen vorsätzlich herbeigeführt hat. Sofern der Täter dem Misshandelten, insoweit über den Vorsatz des Teilnehmers hinausgehend, mit Tötungsvorsatz eine Verletzung zufügt, die auch zum Tode des Opfers führt, kann sich daraus eine Strafbarkeit wegen Teilnahme an einer Körperverletzung mit Todesfolge (§ 227 StGB) ergeben. Aber ausgehend von dem Grundsatz, dass der Teilnehmer für eine entsprechende Strafbarkeit jedenfalls den wesentlichen Unrechtsgehalt und die Angriffsrichtung der Haupttat erfassen muss, haftet er nur für die Folgen derjenigen Handlungen des Täters, die er in seine entsprechenden Vorstellungen einbezogen hatte.

3. Dies bedarf indes nicht der Voraussehbarkeit aller Einzelheiten des zum Tode führenden Geschehensablaufs, so dass eine Verurteilung wegen Teilnahme an einer Körperverletzung mit Todesfolge auch dann in Betracht kommen kann, wenn der Teilnehmer zwar keine Kenntnis vom

Mitführen eines später zur Tötung eingesetzten Messers durch den Täter hatte, in Bezug auf die Körperverletzung der Vorsatz des Teilnehmers aber auch auf die Verwendung von Schlagwerkzeugen oder die Intensivierung der Verletzungshandlungen im Falle der Gegenwehr bezogen war. Ausreichend für eine Verurteilung eines Teilnehmers nach § 227 StGB – hierzu aber auch erforderlich – ist, dass die von dem Täter dem Opfer mit Tötungsvorsatz zugefügten Körperverletzungen nicht gänzlich von anderer Art und Beschaffenheit sind, als der Teilnehmer wollte und es sich vorstellte.

4. § 18 StGB lässt allein in Bezug auf den Taterfolg Fahrlässigkeit genügen. Ähnlich wie bei der Mittäterschaft ist entscheidend, dass sich der Teilnehmersvorsatz gerade auch auf die Begehungsweise bezieht, der die Gefahr der schweren Folge typischerweise anhaftet. § 18 StGB findet dagegen keine Anwendung, wenn der Tod des Tatopfers auf einer Körperverletzungshandlung beruht, die nicht vom Vorstellungsbild des Gehilfen gedeckt war, mag deren Begehung auch erkennbar gewesen sein. In diesen Fällen besteht auch bezogen auf die Tathandlung lediglich ein Fahrlässigkeitsvorwurf gegen den Gehilfen, so dass dessen Strafbarkeit nach § 227 Abs. 1, § 27 Abs. 1 StGB ausscheidet und allenfalls eine solche nach § 222 StGB in Betracht kommt.

841. BGH 4 StR 408/21 – Beschluss vom 27. April 2022 (LG Hanau)

Versuchter Totschlag (Rücktritt: Fehlschlag, Abgrenzung beendeter und unbeendeter Versuch, Vorstellungsbild des Täters, Korrektur des Rücktrittshorizonts, Irrtum, keine Vorstellung des Täters von den Folgen seines bisherigen Verhaltens im Augenblick des Verzichts auf eine Weiterführung der Tat, keine Feststellung zu dem Vorstellungsbild des Angeklagten, Zweifelssatz).
§ 212 StGB; § 23 StGB; § 24 StGB

1. Ein Rücktritt vom Versuch scheidet aus, wenn der tatbestandsmäßige Erfolg nach dem Misslingen des zunächst vorgestellten Tatablaus mit den bereits eingesetzten oder anderen naheliegenden Mitteln objektiv nicht mehr

herbeigeführt werden kann und der Täter dies erkennt oder er subjektiv eine Herbeiführung des Erfolgs nicht mehr für möglich hält; in diesen Fällen liegt ein sog. Fehlschlag vor.

2. Ist der Versuch nicht in diesem Sinne fehlgeschlagen, kommt es nach § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB auf die Abgrenzung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch an. Ein unbeendeter Versuch, bei dem allein der Abbruch der begonnenen Tathandlung zum strafbefreienden Rücktritt führt, liegt vor, wenn der Täter nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung noch nicht alles getan hat, was nach seiner Vorstellung zur Herbeiführung des Taterfolgs erforderlich ist. Ein beendeter Versuch, bei dem der Täter für einen strafbefreienden Rücktritt vom Versuch den Eintritt des Taterfolgs durch eigene Rettungsbemühungen verhindern oder sich zumindest freiwillig und ernsthaft darum bemühen muss (vgl. § 24 Abs. 1 Satz 2 StGB), ist hingegen anzunehmen, wenn er zu diesem Zeitpunkt den Erfolgseintritt bereits für möglich hält oder sich keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns macht.

3. Allen Fällen ist gemein, dass es maßgeblich auf das Vorstellungsbild des Täters im Zeitpunkt unmittelbar nach Abschluss der letzten Ausführungshandlung ankommt. In engen zeitlichen Grenzen ist auch eine Korrektur dieses Rücktrittshorizonts möglich: So ist der Versuch eines Tötungsdelikts nicht beendet, wenn der Täter zunächst irrtümlich den Eintritt des Todes für möglich hält, aber „nach alsbaldiger Erkenntnis seines Irrtums“ von weiteren Ausführungshandlungen Abstand nimmt.

4. Lässt sich das maßgebliche Vorstellungsbild den Feststellungen nicht in ausreichender Weise entnehmen, hält das Urteil sachlich-rechtlicher Überprüfung nicht stand. Will der Tatrichter die Annahme eines beendeten Versuchs darauf stützen, dass sich der Täter im Augenblick des Verzichts auf eine mögliche Weiterführung der Tat keine Vorstellung von den Folgen seines bisherigen Verhaltens gemacht hat, muss auch diese gedankliche Indifferenz gegenüber dem bis dahin angestrebten oder doch zumindest in Kauf genommenen Eintritt des Taterfolgs als innere Tatsache positiv festgestellt sein. Diese positive Feststellung darf nicht mit dem Fall gleichgesetzt werden, dass zu dem Vorstellungsbild des Angeklagten keine Feststellungen getroffen werden können, da es dann noch Raum für die Anwendung des Zweifelssatzes gibt.

826. BGH 2 StR 310/21 – Urteil vom 13. April 2022 (LG Köln)

Verminderte Schuldfähigkeit (vermindertes Hemmungsvermögen: mehrstufige Entscheidung, Sachverständiger; schwere andere seelische Störung: Rauschgiftsüchtiger, „Cravings“, langjähriger Drogenmissbrauch, schwerste Persönlichkeitsveränderung, erhebliche Entzugserscheinungen, Angst vor bevorstehenden Entzugserscheinungen; symptomatischer Zusammenhang: Gesamtbetrachtung, Leistungsverhalten); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang: Vorliegen, am Fall orientierte Bewertung, auf Erlangen von Rauschmitteln oder deren

Finanzierung abzielende Taten); Einziehung (keine Strafe oder strafähnliche Maßnahme).

§ 21 StGB; § 64 StGB; § 73 StGB

1. Die Entscheidung, ob das Hemmungsvermögen des Angeklagten zur Tatzeit aus einem der in § 20 StGB bezeichneten Gründe im Sinne von § 21 StGB erheblich vermindert war, erfolgt prinzipiell mehrstufig. Zunächst ist die Feststellung erforderlich, dass bei dem Angeklagten eine Störung im psychiatrischen Sinn vorliegt, die unter eines der psychopathologischen Eingangsmerkmale des § 20 StGB zu subsumieren ist. Sodann sind der Ausprägungsgrad der Störung und deren Einfluss auf die soziale Anpassungsfähigkeit des Täters zu untersuchen. Durch die festgestellten psychopathologischen Verhaltensmuster muss die psychische Funktionsfähigkeit des Täters bei der Tatbegehung beeinträchtigt worden sein. Dies ist tatsächengestützt zu begründen und erfordert sowohl konkrete Feststellungen zum Ausmaß der vorhandenen Störung zu treffen als auch ihre konkreten Auswirkungen auf die Tat darzulegen. Hierzu ist das Gericht jeweils für die Tatsachenbewertung auf die Hilfe eines Sachverständigen angewiesen. Gleichwohl handelt es sich bei der Frage des Vorliegens eines der Eingangsmerkmale des § 20 StGB wie bei der Prüfung der aufgehobenen oder erheblich eingeschränkten Steuerungsfähigkeit zur Tatzeit um Rechtsfragen.

2. Die schwere andere seelische Störung ist bei einem Rauschgiftsüchtigen nur ausnahmsweise bei Vorliegen besonderer Umstände gegeben, etwa wenn langjähriger Drogenmissbrauch zu schwersten Persönlichkeitsveränderung geführt hat oder der Täter unter erheblichen Entzugserscheinungen leidet. Auch die Angst vor unmittelbar bevorstehenden Entzugserscheinungen, die der Täter schon einmal als äußerst unangenehm („intensivst“ oder „grausam“) erlitten hat, kann zu einer erheblichen Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit führen.

3. Ein symptomatischer Zusammenhang im Sinne des § 64 StGB liegt vor, wenn der Hang alleine oder zusammen mit anderen Umständen dazu beigetragen hat, dass der Täter eine erhebliche rechtswidrige Tat begangen hat und dies bei unverändertem Verhalten auch für die Zukunft zu erwarten ist; mithin die konkrete Tat in dem Hang ihre Wurzel findet. Die hangbedingte Gefährlichkeit muss sich in der konkreten Tat äußern. Dabei ist nicht erforderlich, dass der Hang die alleinige Ursache für die Anlasstaten ist. Vielmehr ist ein symptomatischer Zusammenhang auch dann zu bejahen, wenn der Hang neben anderen Umständen mit dazu beigetragen hat, dass der Angeklagte erhebliche rechtswidrige Taten begangen hat, und dies bei einem unveränderten Suchtverhalten auch für die Zukunft zu besorgen ist. Hierfür bedarf es neben konkreter Feststellungen auch einer am Fall orientierten Bewertung.

4. Ein Symptomwert für den Hang liegt nahe bei Taten, die auf Erlangen von Rauschmitteln zum Eigenkonsum oder deren Finanzierung abzielen.

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

800. BGH 6 StR 68/21 – Beschluss vom 28. Juni 2022 (LG Stendal)

BGHSt; Tötung auf Verlangen (Abgrenzung von strafloser Beihilfe zum Suizid nach normativer Betrachtung; Tatherrschaft; verfassungskonforme Auslegung: Angewiesensein der sterbewilligen Person auf unmittelbar zum Tod führende Handlung durch eine andere Person; Unterlassen: Einstandspflicht für das Leben des Ehegatten, situationsbezogene Suspendierung, Ingerenz); Unterlassene Hilfeleistung (Zumutbarkeit).
Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 216 Abs. 1 StGB; § 212 StGB; § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB

1. Die Abgrenzung strafbarer Tötung auf Verlangen von strafloser Beihilfe zum Suizid erfordert eine normative Betrachtung. (BGHSt)
2. Der ohne Wissens- und Verantwortungsdefizit gefasste und erklärte Sterbewille führt zur situationsbezogenen Suspendierung der Einstandspflicht für das Leben des Ehegatten. (BGHSt)
3. Täter einer Tötung auf Verlangen ist, wer das zum Tode führende Geschehen tatsächlich beherrscht, auch wenn er sich damit einem fremden Selbsttötungswillen unterordnet. Entscheidend ist, wer den lebensbeendenden Akt eigenhändig ausführt. Gibt sich der Suizident nach dem Gesamtplan in die Hand des anderen, um dulddend von ihm den Tod entgegenzunehmen, dann hat dieser die Tatherrschaft. Behält der Sterbewillige dagegen bis zuletzt die freie Entscheidung über sein Schicksal, dann tötet er sich selbst, wenn auch mit fremder Hilfe. Dies gilt nicht nur, wenn die Ursachenreihe von ihm selbst, sondern auch, wenn sie vom anderen bewirkt worden war. Solange nach Vollzug des Tatbeitrags des anderen dem Sterbewilligen noch die volle Freiheit verbleibt, sich den Auswirkungen zu entziehen oder sie zu beenden, liegt nur Beihilfe zur Selbsttötung vor (st. Rspr.). (Bearbeiter)
4. Die Abgrenzung strafbarer Tötung auf Verlangen von strafloser Beihilfe zum Suizid kann nicht sinnvoll nach Maßgabe einer naturalistischen Unterscheidung von aktivem und passivem Handeln vorgenommen werden. (Bearbeiter)
5. Die vom Bundesverfassungsgericht in Bezug auf § 217 Abs. 1 StGB entwickelten Grundsätze sind auf § 216 Abs. 1 StGB übertragbar, weil diese Vorschrift in vergleichbarer Weise in das Grundrecht auf selbstbestimmtes Sterben eingreift. Es ist naheliegend, dass § 216 Abs. 1 StGB einer verfassungskonformen Auslegung bedarf, wonach jedenfalls diejenigen Fälle vom Anwendungsbereich der Norm ausgenommen werden, in denen es einer sterbewilligen Person faktisch unmöglich ist, ihre frei von Willensmängeln getroffene Entscheidung selbst umzusetzen, aus dem

Leben zu scheiden, sie vielmehr darauf angewiesen ist, dass eine andere Person die unmittelbar zum Tod führende Handlung ausführt. (Bearbeiter)

806. BGH StB 7-9/22 – Beschluss vom 5. Juli 2022 (OLG München)

BGHSt; Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern (Rechtsgut; öffentliches Interesse an der Integrität parlamentarischer Prozesse; Auslegung; bei der Wahrnehmung seines Mandates; Mandatstätigkeit als solche; Rechtsstellung des Abgeordneten; verfassungsrechtlicher Mandatsbegriff; außerparlamentarische Betätigung im Interesse von Privaten; Ausnutzen von Beziehungen; funktionaler Zusammenhang nicht ausreichend; keine Rückschlüsse aus Regelungen des Abgeordnetenrechts).
§ 108e StGB; Art. 38 GG

1. Das in § 108e Abs. 1 und 2 StGB normierte Tatbestandsmerkmal „bei der Wahrnehmung seines Mandates“ ist dahin zu verstehen, dass die Mandatstätigkeit als solche, nämlich das Wirken des Abgeordneten im Parlament, mithin im Plenum, in den Ausschüssen oder sonstigen parlamentarischen Gremien einschließlich der Fraktionen oder in mit Parlamentsmitgliedern besetzten Kommissionen, erfasst ist. (BGHSt)
2. Allein die zwischen den Beteiligten vereinbarte Berufung des Abgeordneten auf seinen Status zur Beeinflussung von Behördenentscheidungen bei außerparlamentarischen Betätigungen im Interesse eines Privatunternehmers und ohne Vorgabe, im Auftrag des Parlaments zu handeln, vermag eine Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit oder Bestechung von Mandatsträgern nicht zu begründen. (BGHSt)
3. Ebenso wenig genügt es, wenn der Abgeordnete dazu die in dieser Funktion geknüpften Beziehungen zu Entscheidungsträgern der Exekutive ausnutzen oder sich seiner Amtsausstattung bedienen soll. (BGHSt)
4. Schutzgut des reformierten § 108e StGB ist das öffentliche Interesse an der Integrität parlamentarischer Prozesse, der Unabhängigkeit der Mandatsausübung sowie der Sachbezogenheit parlamentarischer Entscheidungen. Umfasst ist demnach lediglich das öffentliche Interesse an der Unabhängigkeit der Mandatsausübung im Zusammenhang mit der parlamentarischen Tätigkeit des Abgeordneten. Allein durch diese parlamentarischen Prozesse kann das öffentliche Interesse an der Integrität der parlamentarischen Arbeit beeinträchtigt werden. Nimmt der Abgeordnete demgegenüber Einfluss auf Entscheidungen außerhalb parlamentarischer Prozesse, insbesondere auf solche von Behörden, ist das Rechtsgut des öffentlichen Interesses an der Integrität der parlamentarischen Arbeit

nicht berührt, selbst wenn er seinen Status missbräuchlich nutzt. (Bearbeiter)

5. Das in § 108e Abs. 1 und 2 StGB mit der Neufassung vom 23. April 2014 normierte Tatbestandsmerkmal „bei der Wahrnehmung seines Mandates“ ist dahin zu verstehen, dass die Mandats Tätigkeit als solche, nämlich das Wirken im Parlament, mithin im Plenum, in den Ausschüssen oder sonstigen parlamentarischen (Unter-)Gremien einschließlich der Fraktionen oder in mit Abgeordneten besetzten Kommissionen (etwa dem Vermittlungsausschuss), erfasst ist. Das Merkmal ist hingegen nicht in einem funktional weiten Sinne dahin auszulegen, dass bereits jede Tätigkeit anlässlich oder im Zusammenhang mit dem Abgeordnetenmandat oder jede durch das Mandat bloß ermöglichte Handlung dem Anwendungsbereich der Norm unterfiele. (Bearbeiter)

6. Der Verfassungsgesetzgeber hat mit Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG die Rechtsstellung der Abgeordneten des Deutschen Bundestages im Sinne eines freien parlamentarischen Mandats geregelt. Kraft dieses Status verfügt das Bundestagsmitglied über eine Reihe von Rechten, die indes stets unter dem Vorbehalt stehen, dass nicht das einzelne Mitglied, sondern der Bundestag als Ganzes die vom Volk ausgehende Staatsgewalt ausübt. Desgleichen sind mit dem Status Pflichten verbunden, deren Reichweite durch das Gebot, die Repräsentations- und Funktionsfähigkeit des Parlaments zu wahren, bestimmt und begrenzt wird. Dementsprechend erstreckt sich der Gewährleistungsbereich des Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG auf die gesamte parlamentarische Tätigkeit des Bundestagsabgeordneten, sei es im Plenum, sei es in den Gremien. (Bearbeiter)

7. Auf den historisch gewachsenen, der Verfassung zugrundeliegenden Begriff des Mandats ist bei der Auslegung der Strafnorm des § 108e StGB Bedacht zu nehmen. Das gilt umso mehr, als ihr Wortlaut mit der jeweiligen Wendung „im Auftrag oder auf Weisung“ in den Absätzen 1 und 2 bewusst an Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG anknüpft. Für den Mandatsbegriff ist kein abweichender, insbesondere kein engerer herkömmlicher Sprachsinne ersichtlich. (Bearbeiter)

8. Der Bezug des Mandats zur parlamentarischen Tätigkeit des Abgeordneten wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass es zu dessen Hauptaufgaben gehört, insbesondere im eigenen Wahlkreis engen Kontakt mit der Partei, den Verbänden und nicht organisierten Bürgern zu halten. Denn diese Funktion des Abgeordneten liegt darin begründet, dass er Verbindungsglied zwischen Parlament und Bürger ist. In diesem Sinne – einer dem parlamentarischen Entscheidungsprozess dienlichen „Transformationsfunktion“ zwischen gesellschaftlicher und staatlicher Willensbildung – zählt zwar das Wirken des Parlamentarier in der Zivilgesellschaft zu seinen Aufgaben. Hierdurch kommt aber nicht zum Ausdruck, dass er bereits dann sein Mandat wahrnimmt, wenn er unter Angabe seines Status gegenüber einer Behörde im Interesse eines Privatunternehmers oder anderen Bürgers auftritt. (Bearbeiter)

9. Zwar ist für die Strafbarkeit von (europäischen) Amtsträgern (sowie von für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten) gemäß §§ 331 bis 334 StGB eine weite Auslegung der – der Mandatswahrnehmung

entsprechenden – Tatbestandsmerkmale „Dienstausübung“ und „Diensthandlung“ anerkannt. Danach sind die Merkmale erfüllt, wenn irgendein funktionaler Zusammenhang mit dem Aufgabenkreis des Amtsträgers besteht. Der Träger eines parlamentarischen Mandats verfügt hingegen nicht über einen genau umgrenzten Pflichtenkreis, wie er für Amtsträger existiert. Dies unterscheidet den Mandatsträger grundsätzlich vom Amtsträger. Für Abgeordnete bestehen keine positiv festgelegten Dienstpflichten, für deren Verletzung sie einen Vorteil fordern oder annehmen können. (Bearbeiter)

10. Völkervertragsrechtliche Anforderungen (vgl. Art. 2 bis 4 des Strafrechtsübereinkommen des Europarates über Korruption vom 27. Januar 1999 sowie Art. 15 i.V.m. Art. 2 Buchst. a Ziff. i des Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 31. Oktober 2003), wonach der Abgeordnete die Gegenleistung „bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben“ oder „in Ausübung seiner Dienstpflichten“ zu erbringen hat, gebieten keine Auslegung des § 108e StGB dahin, dass außerparlamentarische Betätigungen ohne Bezug zu seinem Mandat strafrechtlich zu sanktionieren wären. Vielmehr war die Bundesrepublik Deutschland als Vertragsstaat frei, die wenig präzisen Vorgaben der Übereinkommen zu den Tathandlungen selbst zu konkretisieren. (Bearbeiter)

11. Soweit das Abgeordnetenrecht (vgl. für den Bund §§ 44a, 45 ff. AbgG) Verhaltensregeln für Mandatsträger trifft und disziplinarrechtliche Sanktionen vorsieht, lassen sich daraus im vorliegenden Zusammenhang keine Rückschlüsse auf die Auslegung des Tatbestandes des § 108e StGB ziehen. Diese parlamentsrechtlichen Vorschriften dienen zwar ebenfalls der Korruptionsbekämpfung (vgl. § 108e Abs. 4 Satz 1 StGB), gehen aber deutlich weiter als die Strafnorm. (Bearbeiter)

801. BGH 5 StR 406/21 – Urteil vom 8. Juni 2022 (LG Berlin)

BGHSt; potenzieller Fortbewegungswille als Schutzgut der Freiheitsberaubung (potenzielle persönliche Bewegungsfreiheit; tatbestandsausschließendes Einverständnis; List und Täuschung; Einführung der Versuchsstrafbarkeit; Verhältnis zur Nötigung).

§ 239 StGB

1. Bezugspunkt für ein tatbestandsausschließendes Einverständnis in eine Freiheitsberaubung im Sinne des § 239 StGB ist der potentielle Fortbewegungswille. (BGHSt)

2. § 239 StGB schützt die potentielle persönliche Bewegungsfreiheit. In sie wird auch dann eingegriffen, wenn der von der Tathandlung Betroffene sich gar nicht wegbeugen will. Entscheidend ist allein, ob es ihm unmöglich gemacht wird, seinen Aufenthalt nach eigenem Belieben zu verändern. Ausschlaggebend ist mithin nur, ob der Betroffene sich ohne die vom Täter ausgehende Beeinträchtigung seiner Bewegungsmöglichkeit fortbegeben könnte, wenn er es denn wollte. Ob er seine Freiheitsbeschränkung überhaupt realisiert, ist danach ohne Belang. (Bearbeiter)

3. Ein im natürlichen Sinn zur Änderung seines Aufenthaltsorts fähiger Mensch wird nur dann nicht seiner

Freiheit im Sinne des § 239 StGB beraubt, wenn er (auch) damit einverstanden ist, dass er sich selbst dann nicht fortbewegen könnte, wenn er das wollte. Ist ihm dies hingegen (hier: aufgrund von List und Täuschung des die Bewegungsfreiheit aufhebenden Täters) nicht bewusst, ist es ohne Belang, dass er sich aktuell gar nicht fortbewegen will. Ein durch List oder Täuschung erschlichenes Einverständnis des Betroffenen in eine ihm nicht bewusste Freiheitsentziehung stellt sich somit lediglich als ein Mittel zur leichteren Begehung der Freiheitsberaubung durch Verhinderung des zu erwartenden Widerstands des Betroffenen dar, das nicht zu einem Ausschluss des objektiven Tatbestands des § 239 Abs. 1 StGB führen kann. (Bearbeiter)

4. Seiner (Bewegungs-)Freiheit ist objektiv betrachtet derjenige beraubt, der sich aufgrund des Verhaltens eines Dritten nicht wegbewegen kann, wenn er dies wollte. Eine als Zwang empfundene Willensbeugung wohnt dem Begriff der Freiheitsberaubung in objektiver Hinsicht nicht inne. Anders als die Nötigung im Sinne des § 240 StGB setzt der äußere Tatbestand des § 239 StGB nicht voraus, dass einem anderen ein von diesem nicht gewolltes Verhalten aufgezwungen wird. Opfer einer Freiheitsberaubung kann danach nicht nur derjenige sein, der gegen seinen aktuellen Willen zu einem Verbleiben an einem Ort bestimmt wird. (Bearbeiter)

5. Mit dem hohen Gut der persönlichen Bewegungsfreiheit, das durch die Einführung der Versuchsstrafbarkeit noch an Gewicht gewonnen hat (vgl. § 239 Abs. 2 StGB), wäre es nicht in Einklang zu bringen, die Freiheitsberaubung als einen bloßen Spezialfall der milder sanktionierten Nötigung zu behandeln. Sie ist vielmehr ein eigenständiges Delikt mit eigenen Voraussetzungen, das den Einzelnen umfassend vor der Entziehung seiner Fortbewegungsfreiheit schützen soll. (Bearbeiter)

781. BGH 3 StR 93/22 – Beschluss vom 3. Mai 2022 (LG Duisburg)

Voraussetzungen des Computerbetruges im SEPA-Lastschriftverfahren (Verwendung unrichtiger Daten; unbefugtes Verwenden von Daten; nicht existierende Schuldnerkonten; Gefährdungsschaden durch Gutschrift).

§ 263a StGB

1. Eine Eingabe unrichtiger Daten i.S.v. § 263a Abs. 1 Variante 2 StGB liegt unter anderem vor, wenn der Täter als Zahlungsempfänger seiner Bank auf elektronischem Wege einen Lastschriftauftrag im SEPA-Lastschriftverfahren übermittelt und hierbei in der entsprechenden Eingabemaske der Banking-Software eine Kennung verwendet, nach welcher der angeblich Zahlungspflichtige einen Abbuchungsauftrag zugunsten des Täters erteilt haben soll, obwohl ein solcher Auftrag tatsächlich nicht existiert. Das Verhalten des Täters stellt sich insofern als täuschungsäquivalent dar, da er einem gedachten Bankmitarbeiter konkludent die unwahre Tatsache vorspiegeln würde, der angeblich Zahlungspflichtige habe seiner Bank einen Abbuchungsauftrag erteilt. Ob das Konto der vermeintlich Zahlungspflichtigen existiert, ist dabei ohne Belang.

2. Unrichtig i.S.v. § 263a Abs. 1 Variante 2 StGB sind Daten, wenn der durch sie vermittelte Informationsgehalt keine Entsprechung in der Wirklichkeit hat; unvollständig sind sie, wenn sie den zugrundeliegenden Sachverhalt nicht ausreichend erkennen lassen. Unbefugtes Verwenden von Daten i.S.v. § 263a Abs. 1 Variante 3 StGB setzt dagegen grundsätzlich die Benutzung „richtiger“ Daten voraus.

3. Erreicht der Angeklagte durch Einreichung von Lastschriftaufträgen im SEPA-Lastschriftverfahren Gutschriften auf seinem Konto, begründet dies regelmäßig bereits einen Gefährdungsschaden, weil dem Angeklagten bis zum Zeitpunkt einer etwaigen Rücklastschrift die Möglichkeit des Zugriffs auf das Guthaben offensteht. Werden Beträge im weiteren Verlauf auf andere Konten von Beteiligten überwiesen, tritt regelmäßig ein endgültiger Vermögensverlust bei der Gläubigerbank ein, soweit sie für ihre Gutschrift von der Schuldnerbank keinen Ersatz verlangen kann.

842. BGH 4 StR 430/21 – Beschluss vom 20. Januar 2022 (LG Münster)

Beteiligung an einer Schlägerei (Schlägerei: Vorliegen, wechselseitige Tätigkeiten, kein in Betracht kommen der Aufspaltung in einzelne Zweikämpfe, einheitliches Gesamtgeschehen; von mehreren verübter Angriff: Vorliegen; objektive Bedingung der Strafbarkeit: kein Vorsatz oder Fahrlässigkeit notwendig, ursächlicher Zusammenhang, keine Ursächlichkeit der einzelnen Tatbeiträge der Beteiligten notwendig, keine vor oder nach der Schlägerei bzw. des Angriffes gesetzte Ursache der schweren Folge).

§ 231 StGB

1. Eine Schlägerei im Sinne des § 231 Abs. 1 1. Alt. StGB ist eine mit gegenseitigen Tötlichkeiten verbundene Auseinandersetzung, an der mehr als zwei Personen aktiv mitwirken. Ein beiderseits handgreiflich geführter Streit zwischen zwei Personen wird zu einer Schlägerei, wenn ein Dritter hinzukommt und gegen eine der beiden Personen körperlich aktiv wird. Die für die Erfüllung des Tatbestandsmerkmals Schlägerei erforderlichen wechselseitigen Tötlichkeiten zwischen mehr als zwei Personen müssen indes nicht gleichzeitig begangen werden. Eine Schlägerei im Sinne des § 231 Abs. 1 1. Alt. StGB kann auch anzunehmen sein, wenn nacheinander jeweils nur zwei Personen gleichzeitig wechselseitige Tötlichkeiten verüben, zwischen diesen Vorgängen aber ein so enger innerer Zusammenhang besteht, dass eine Aufspaltung in einzelne „Zweikämpfe“ nicht in Betracht kommt und die Annahme eines einheitlichen Gesamtgeschehens mit mehr als zwei aktiv Beteiligten gerechtfertigt ist.

2. Unter einem von mehreren verübten Angriff im Sinne von § 231 Abs. 1 2. Alt. StGB ist die in feindseliger Willensrichtung unmittelbar auf den Körper eines anderen abzielende Einwirkung von mindestens zwei Personen zu verstehen; bei den Angreifenden muss Einheitlichkeit des Angriffs, des Angriffsgegenstandes und des Angriffswillens vorliegen.

3. Als objektive Bedingung der Strafbarkeit setzt § 231 StGB ferner den Tod eines Menschen oder eine schwere Körperverletzung (§ 226 StGB) als besondere Folge der Schlägerei oder des von mehreren verübten Angriffs voraus. Diese Folge braucht nicht vom Vorsatz oder der Fahrlässigkeit eines der Beteiligten umfasst und nicht durch eine strafbare Handlung herbeigeführt worden zu sein. Erforderlich ist insoweit lediglich ein ursächlicher Zusammenhang im strafrechtlichen Sinn zwischen dem Gesamtvorgang der Schlägerei oder des Angriffs und der schweren Folge; auf eine Ursächlichkeit der einzelnen Tatbeiträge der Beteiligten kommt es nicht an.

4. Die Ursache der schweren Folge darf aber nicht vor oder nach der Schlägerei bzw. dem Angriff gesetzt worden sein.

833. BGH 4 StR 116/22 – Beschluss vom 19. Juli 2022 (LG Dortmund)

Verbotene Kraftfahrzeugrennen (Begriff des Kraftfahrzeugrennens); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang: Vorliegen, physische oder psychische Betäubungsmittelabhängigkeit; Vorrang gegenüber einer Zurückstellung der Strafvollstreckung gemäß § 35 BtMG).

§ 315d StGB; § 64 StGB; § 35 BtMG

1. Ein Kraftfahrzeugrennen im Sinne des § 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB ist ein Wettbewerb zwischen wenigstens zwei Kraftfahrzeugführern, bei dem es zumindest auch darum geht, mit dem Kraftfahrzeug über eine nicht unerhebliche Wegstrecke eine höhere Geschwindigkeit als der andere oder die anderen teilnehmenden Kraftfahrzeugführer zu erreichen. Dabei macht es keinen Unterschied, ob die Teilnehmer zueinander in Bezug auf die Höchstgeschwindigkeit, die höchste Durchschnittsgeschwindigkeit oder die schnellste Beschleunigung in Konkurrenz treten. Die besondere Gefährlichkeit von Kraftfahrzeugrennen in all diesen Konstellationen liegt darin, dass es zwischen den konkurrierenden Kraftfahrzeugführern zu einem Kräfte-messen im Sinne eines Übertreffens kommt gerade in Bezug auf die gefahrene Geschwindigkeit. Gerade diese Verknüpfung trägt die Gefahr in sich, dass dabei die Fahr- und Verkehrssicherheit außer Acht gelassen, der Verlust von Kontrolle in Kauf genommen und die Aufmerksamkeit auf das Verhalten des Konkurrenten gerichtet wird.

2. Die Feststellung einer zu Beschaffungsdelikten führenden physischen oder jedenfalls psychischen Betäubungsmittelabhängigkeit trägt regelmäßig die Annahme eines Hangs im Sinne des § 64 StGB, ohne dass es auf den Grad oder die Ausprägung der Abhängigkeit im Einzelnen ankommt.

3. § 64 StGB hat gegenüber einer Zurückstellung der Strafvollstreckung gemäß § 35 BtMG Vorrang.

799. BGH 5 StR 361/21 – Urteil vom 11. Mai 2022 (LG Lübeck)

Heimtücke (Arg- und Wehrlosigkeit; Fehlen von schweren Verletzungen und Fluchtversuchen als Beweisanzeichen; offene Feindseligkeit; Zeitspanne zwischen Erkennen der Gefahr und dem Angriff).

§ 211 StGB

1. Das Fehlen von Kampf- oder Abwehrverletzungen kann schon für sich genommen ein gewichtiges Beweisanzeichen für das Vorliegen von Heimtücke sein. Das gilt erst recht, wenn das Opfer beim Beibringen schwerer Verletzungen (hier: mit einer Stichwaffe) bewegungslos blieb und keine Fluchtversuche unternahm. Sind solche Umstände festgestellt, muss sich das Tatgericht hiermit regelmäßig bei der Prüfung der Voraussetzungen der Heimtücke auseinandersetzen.

2. Auch ein unmittelbar dem Zustechen vorausgehendes Anpacken des Opfers am Kragen ist prinzipiell mit einem heimtückischen Handeln vereinbar. Heimtücke erfordert kein „heimliches“ Vorgehen. Das Opfer kann auch dann arglos (und deshalb wehrlos) sein, wenn der Täter ihm zwar offen feindselig entgegentritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff zu begegnen. Maßgebend für die Beurteilung ist die Lage bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs.

852. BGH 6 StR 23/22 – Urteil vom 15. Juni 2022 (LG Magdeburg)

Mord (sonstige niedrige Beweggründe; Gesamtwürdigung: Vorgeschichte der Tat, Verhalten des Opfers und Verschulden des Täters an der zur Tat führenden Konfliktlage, Steigerung von Wut oder Verärgerung des Täters infolge der Reaktion des Tatopfers auf eine an ihm begangene Straftat, unerträgliches Missverhältnis zwischen Anlass und Erfolg der Tat; keine Hinderung der Annahme sonstiger niedriger Beweggründe bei Spontantat).

§ 211 StGB

1. Bei der Beurteilung sonstiger niedriger Beweggründe ist nach ständiger Rechtsprechung bei der vorzunehmenden Gesamtwürdigung regelmäßig die Vorgeschichte der Tat von entscheidender Bedeutung, darunter das Verhalten des Opfers und das Verschulden des Täters an der zur Tat führenden Konfliktlage; in diesem Rahmen geht es zu Lasten des Täters, wenn sich seine Wut oder Verärgerung infolge der Reaktion des Opfers auf eine an ihm begangene Straftat steigert.

2. Der Charakter einer Tat als Spontantat hindert die Annahme niedriger Beweggründe nicht (st. Rspr.).

773. BGH 1 StR 55/22 – Beschluss vom 18. Mai 2022 (LG Ellwangen)

Dreiecksbetrug (Zurechnung der Verfügung des Getäuschten zum Vermögensinhaber: Lager-Theorie, Schutz- oder Prüffunktion des Getäuschten).

§ 263 Abs. 1 StGB

1. Die Annahme des Dreiecksbetrugs setzt die Identität zwischen getäuschter und verfügender Person sowie eine Zurechnung der Verfügung des Getäuschten zum Vermögensinhaber voraus. Eine derartige Zurechnung hat nicht nur dann stattzufinden, wenn der irrende Verfügende die rechtliche Befugnis hat, Rechtsänderungen mit unmittelbarer Wirkung für das fremde Vermögen vorzunehmen,

sondern nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auch dann, wenn der Verfügende im Lager des Vermögensinhabers steht.

2. Voraussetzung hierfür ist ein – faktisches oder rechtliches – Näheverhältnis des Verfügenden zu dem geschädigten Drittvermögen, das schon vor der Tat bestanden hat. Ein solches liegt etwa dann vor, wenn der Getäuschte mit dem Einverständnis des Vermögensinhabers eine Schutz- oder Prüfungsfunktion wahrnimmt.

768. BGH 1 StR 421/21 – Urteil vom 1. Juni 2022 (LG Deggendorf)

Geldwäsche (Strafausschließungsgrund der Beteiligung an der Vortat: Begriff des Inverkehrbringens); Betrug (Mittäterschaft); Einziehung (Begriff des Erlangens: faktische, nicht zivilrechtliche Betrachtungsweise: kein rein transitorischer Besitz bei längerem Transport der Tatbeute trotz Besitzdienerschaft).

§ 261 Abs. 7 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 73 Abs. 1 StGB; § 855 BGB

1. Das Tatbestandsmerkmal des Inverkehrbringens nach § 261 Abs. 7 StGB erfasst Tathandlungen, die dazu führen, dass der Täter den inkriminierten Gegenstand aus seiner tatsächlichen Verfügungsgewalt entlässt und ein Dritter die tatsächliche Verfügungsgewalt über den Gegenstand erlangt. Dies ist etwa beim Einzahlen von illegal erlangtem Bargeld auf ein Konto der Fall, nicht aber bei einer internen Weitergabe der erlangten Wertgegenstände an ein anderes Mitglied der Tätergruppierung.

2. Ein Erlangen im Sinne faktischer Verfügungsgewalt liegt bei § 73 Abs. 1 StGB jedenfalls dann vor, wenn der Tatbeteiligte im Sinne eines rein tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses ungehinderten Zugriff auf den betreffenden Vermögensgegenstand nehmen kann. Unerheblich ist bei der gebotenen gegenständlichen (tatsächlichen) Betrachtungsweise dagegen, ob das Erlangte beim Täter oder Teilnehmer verbleibt oder ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Täter oder Teilnehmer eine unmittelbar aus der Tat gewonnene (Mit-)Verfügbarmacht später – etwa durch absprachegemäße Weitergabe an einen anderen – aufgegeben hat und der zunächst erzielte Vermögenszuwachs durch Mittelabflüsse etwa bei Beuteteilung gemindert wurde.

3. Nur dann, wenn der Täter etwas nur kurzfristig und transitorisch durch die Tat erhalten hat, weil er dieses – ohne faktische Verfügungsgewalt hieran erlangt zu haben – weiterzuleiten hatte, hat er den Gegenstand nicht im Sinne von § 73 Abs. 1 erlangt. Ein bloß transitorischer Besitz liegt aber regelmäßig nicht vor, wenn der Täter oder Beteiligte den durch die Tat erlangten Gegenstand

über eine nicht unerhebliche Zeit unter Ausschluss der anderen Tatbeteiligten in seiner faktischen Verfügungsgewalt hält. Dies ist auch dann anzunehmen, wenn vor der Weitergabe des aus der Tat Erlangten eine längere Fahrtstrecke zurückzulegen ist, auf welcher der Täter faktisch allein über das Erlangte verfügen kann. Eine zivilrechtliche Einordnung als Besitzzdiener (§ 855 BGB) steht dem nicht entgegen.

808. BGH StB 25/22 – Beschluss vom 30. Juni 2022 (OLG Celle)

Unterstützen einer terroristischen Vereinigung im Ausland (Förderung der Vereinigung als solcher ohne Beitrag zu einer einzelnen organisationsbezogenen Tätigkeit eines Organisationsmitglieds; organisationsbezogener Nutzen; irgendwie gearteter Vorteil; Beihilfe zur Beteiligungshandlung eines Mitglieds).

§ 129a StGB; § 129b StGB

1. Unter einem Unterstützen im Sinne des § 129a Abs. 5 Satz 1 StGB ist grundsätzlich jedes Tätigwerden eines Nichtmitglieds zu verstehen, das die innere Organisation der Vereinigung und ihren Zusammenhalt unmittelbar fördert, die Realisierung der von ihr geplanten Straftaten – wenngleich nicht unbedingt maßgebend – erleichtert oder sich sonst auf deren Aktionsmöglichkeiten und Zwecksetzung in irgendeiner Weise positiv auswirkt und damit die ihr eigene Gefährlichkeit festigt. Dabei greift der Begriff des Unterstützens einer Vereinigung über ein im strengeren Sinne des § 27 Abs. 1 StGB auf die Förderung der Tätigkeit eines Vereinigungsmitglieds beschränktes Verständnis hinaus; denn er bezieht sich gleichermaßen auf die Vereinigung als solche, ohne dass im konkreten Fall die Aktivität des Nichtmitglieds zu einer einzelnen organisationsbezogenen Tätigkeit eines Organisationsmitglieds hilfreich beitragen muss.

2. Fördert der Außenstehende die mitgliedschaftliche Beteiligung eines Mitglieds an der Vereinigung, so bedarf es für die Tathandlung des Unterstützens in der Regel nicht der Feststellung eines noch weitergehenden positiven Effekts der Handlungen des Nichtmitglieds für die Organisation. Da als Folge des Unterstützens ein irgendwie gearteter Vorteil für die Vereinigung ausreicht, liegt es nahe, dass bei einer Tätigkeit, die sich in der Sache als Beihilfe zur Beteiligung eines Mitglieds an der Vereinigung darstellt, grundsätzlich bereits hierin ein ausreichender Nutzen für die Organisation zu sehen ist. Das gilt jedenfalls dann, wenn der Täter die Erfüllung einer Aufgabe durch ein Mitglied fördert, die diesem von der Vereinigung aufgetragen worden ist, oder es in dessen Entschluss stärkt, Straftaten zu begehen, die den Zwecken der terroristischen Vereinigung dienen oder ihrer Tätigkeit entsprechen.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

839. BGH 4 StR 99/22 – Beschluss vom 10. Mai 2022 (LG Bielefeld)

BGHR; Strafzumessung (Sicherungsverwahrung: kein Strafzumessungsgrund, Zweck der Sicherungsverwahrung, präventiver Freiheitsentzug, Entsozialisierung des Täters, Anordnungs- und Vollstreckungsregelungen, Verhältnismäßigkeit der Maßregel, behandlungsorientierte Ausgestaltung des Strafvollzugs).

§ 46 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 62 StGB; § 66 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

Die zugleich angeordnete Sicherungsverwahrung ist kein bestimmender Strafzumessungsgrund. (BGHR)

775. BGH 3 StR 122/22 – Beschluss vom 31. Mai 2022 (LG Aurich)

Einziehung von Taterträgen und Tatmitteln; (erweiterte Einziehung von Bargeld; Verkaufserlös; Tatmittel; Sicherungseinziehung); Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Sicherstellung der Betäubungsmittel als bestimmender Strafzumessungsgrund); nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Notwendigkeit der Mitteilung des Vollstreckungsstandes; Zäsurwirkung).

§ 55 StGB; § 73 StGB; § 73a StGB; § 74b StGB; § 29 BtMG

1. Die erweiterte Einziehung von Taterträgen nach § 73a Abs. 1 StGB ist dann und insoweit statthaft, wenn und als der potenzielle Einziehungsgegenstand (hier: Geld) aus anderen rechtswidrigen Taten resultiert. Gleiches gilt, wenn zwar feststeht, dass Bargeld als Erlös aus rechtswidrigen Taten erlangt wurde, jedoch nicht geklärt werden kann, ob es sich um Einnahmen aus einer verfahrensgegenständlichen Tat oder aus anderen, nicht konkret feststellbaren Taten handelt.

2. Eine auf § 74b Abs. 1 Nr. 2 StGB gestützte Sicherungseinziehung setzt voraus, dass der betreffende Gegenstand bei einer der abgeurteilten Taten als Tatmittel (§ 74 Abs. 1 StGB) Verwendung fand oder Tatobjekt einer solchen (§ 74 Abs. 2 StGB) war. Gefährliche Gegenstände (Dritter), die im Zuge der Ermittlungen entdeckt werden, aber keinen Bezug zur Anlasstat haben, unterliegen dagegen nicht der Sicherungseinziehung nach § 74b StGB.

783. BGH 3 StR 472/21 – Urteil vom 2. Juni 2022 (LG Koblenz)

Fehlende Erörterung des Vorbehalts der Sicherungsverwahrung; rechtsfehlerhafter Strafausspruch (Fehlen eines Strafschärfungsgrundes ist kein Strafmilderungsgrund).

§ 46 StGB; § 66 StGB; § 66a StGB

Verhält sich das Urteil nicht zur Sicherungsverwahrung, kann dies – ungeachtet einer verfahrensrechtlichen

Erörterungspflicht (§ 267 Abs. 6 Satz 1 StPO) – einen sachlich-rechtlichen Mangel darstellen, wenn das Tatgericht die Sicherungsverwahrung nicht prüft, obwohl die formellen Voraussetzungen gegeben sind und die Feststellungen die Annahme nahelegen, dass der Täter infolge eines Hanges zu erheblichen Straftaten für die Allgemeinheit gefährlich ist. Das gilt auch für die Ablehnung des Vorbehalts der Sicherungsverwahrung nach § 66a Abs. 2 StGB. Bei der Ermessensentscheidung müssen die Urteilsgründe zudem in einer für das Revisionsgericht nachvollziehbaren Weise erkennen lassen, dass und aus welchen Gründen das Tatgericht von seiner Entscheidungsbefugnis in einer bestimmten Weise Gebrauch gemacht hat.

861. BGH 6 StR 511/21 – Beschluss vom 28. Juni 2022 (LG Frankfurt [Oder])

Untreue (Strafzumessung: Gewerbsmäßigkeit, Entkräftung der Indizwirkung des Regelbeispiels durch besondere strafmildernde Umstände, Inhabilität für Tätigkeit als Geschäftsführer).

§ 266 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Var. 1 StGB; § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG

1. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann die Indizwirkung des Regelbeispiels durch besondere strafmildernde Umstände entkräftet werden, die für sich allein oder in ihrer Gesamtheit so schwer wiegen, dass die Anwendung des Strafrahmens für besonders schwere Fälle unangemessen erscheint. Hierzu besteht insbesondere Anlass, wenn die vom Täter erstrebte Bereicherung und der Schaden in einer Reihe von Fällen unter 100 Euro liegen und weitere erhebliche Strafmilderungsgründe hinzukommen.

2. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind standesrechtliche Konsequenzen, die den Verlust der beruflichen und wirtschaftlichen Basis nach sich ziehen, strafmildernd zu berücksichtigen. Gleiches gilt für den Ausschluss nach § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG für die Bestellung zum Geschäftsführer einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, denn auch eine solche Maßnahme kann für die Dauer von fünf Jahren als faktisches Berufsverbot wirken und damit standesrechtlichen Konsequenzen gleichstehen.

779. BGH 3 StR 179/22 – Beschluss vom 28. Juni 2022 (LG Hannover)

Vorverurteilungen bei der Anordnung von Sicherungsverfahren (Gesamtstrafe; Einzelstrafe; Katalogtat; fiktive Gesamtstrafenbildung).

§ 66 Abs. 3 StGB

1. Eine Gesamtfreiheitsstrafe genügt als Vorverurteilung den Anforderungen des § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB, wenn sie

wenigstens drei Jahre beträgt und ihr ausschließlich Einzelfreiheitsstrafen zugrunde liegen, die auf Katalogtaten beruhen; einer Einzelfreiheitsstrafe in der von § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB vorausgesetzten Höhe bedarf es dann nicht. Demgegenüber ist eine Gesamtfreiheitsstrafe keine hinreichende Vorverurteilung, wenn sie neben Einzelfreiheitsstrafen wegen Nichtkatalogtaten nur eine drei Jahre unterschreitende Einzelfreiheitsstrafe wegen einer Katalogtat enthält. Eine Tat ist auch dann eine Katalogtat im Sinne der Vorschrift, wenn Tateinheitlich mit einer von § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB erfassten Straftat ein dort nicht genanntes Delikt verübt wurde.

2. Liegen einer die Schwelle von drei Jahren erreichenden Gesamtfreiheitsstrafe einer Vorverurteilung neben mehreren Katalogtaten mit Einzelfreiheitsstrafen von jeweils unter drei Jahren auch Nichtkatalogtaten zugrunde, scheidet eine Berücksichtigung des Urteils als hinreichende Vorverurteilung im Sinne des § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB nicht zwingend aus. Vielmehr ist im Sinne einer fiktiven Gesamtstrafenbildung zu prüfen, ob das damalige Tatgericht auch dann eine Gesamtfreiheitsstrafe von mindestens drei Jahren verhängt hätte, wenn es eine solche ausschließlich aus den der Gesamtstrafe zugrundeliegenden Einzelstrafen wegen Katalogtaten hätte bilden müssen. Kann – was eine vom Revisionsgericht eigenständig zu beurteilende Rechtsfrage ist – sicher ausgeschlossen werden, dass das frühere Tatgericht bei einer Gesamtstrafenbildung allein aus den Einzelstrafen wegen Katalogtaten eine unterhalb der Schwelle von drei Jahren liegende Gesamtfreiheitsstrafe gebildet hätte, ist eine den Anforderungen des § 66 Abs. 3 Satz 1 StGB genügende Vorverurteilung gegeben.

765. BGH 1 StR 110/22 – Beschluss vom 17. Mai 2022 (LG Kempten)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Nachteilsausgleich bei mehreren Gesamtstrafen wegen Zäsurwirkung einer einzubeziehenden Strafe, erforderliche Darlegung im Urteil).

§ 55 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

Sofern die Zäsurwirkung einer einzubeziehenden Strafe zur Bildung mehrerer Gesamtstrafen führt, muss das Gericht grundsätzlich einen sich daraus möglicherweise für den Angeklagten ergebenden Nachteil infolge eines zu hohen Gesamtstrafübels ausgleichen.

776. BGH 3 StR 128/22 – Beschluss vom 28. Juni 2022 (LG Aurich)

Einziehung von zur Begehung oder Vorbereitung der Tat genutzten Gegenständen als Tatmittel (Ermessensentscheidung des Gerichts).

§ 74 StGB

Nach § 74 Abs. 1 StGB können Gegenstände, die zur Begehung oder Vorbereitung einer vorsätzlichen Tat gebraucht worden oder bestimmt gewesen sind, als Tatmittel eingezogen werden. Die Anordnung einer solchen Einziehung steht im Ermessen des Tatgerichts. Nach dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit darf die Einziehung nicht angeordnet werden, wenn sie zur begangenen Tat und zum Vorwurf, der den von der Einziehung Betroffenen trifft, außer Verhältnis stünde (§ 74f Abs. 1 Satz 1 StGB). Den Urteilsgründen muss grundsätzlich zu entnehmen sein, dass sich das Tatgericht bewusst war, eine Ermessensentscheidung zu treffen, und welche Gründe für die Ausübung des Ermessens gegeben waren.

858. BGH 6 StR 238/22 – Urteil vom 29. Juni 2022 (LG Regensburg)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Erfolgsaussicht: Scheitern in vormaligen Unterbringungen).

§ 64 StGB

Das Scheitern des Angeklagten in vormaligen Unterbringungen in Entziehungsanstalten vermag für sich betrachtet die Erfolgsaussicht eines neuerlichen Anlaufs nicht auszuschließen.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

797. BGH 5 StR 332/21 – Beschluss vom 7. Juni 2022 (LG Flensburg)

BGHR; Beweisverwertungsverbot bei verbotenen Vernehmungsmethoden (Reichweite; Mitbeschuldigte; Verwertung zugunsten des Beschuldigten; Aufklärungshilfe).

§ 136a StPO; § 31 BtMG

1. Das Verwertungsverbot des § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO gilt absolut und auch zugunsten von Mitbeschuldigten. (BGHR)

2. Der Senat kann offenlassen, ob die entlastenden Angaben des Beschuldigten im Fall eines

Beweisverwertungsverbots gemäß § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO gleichwohl verwertbar sind. Jedenfalls dort, wo es um Angaben geht, die eine mögliche Aufklärungshilfe i.S.d. § 31 BtMG begründen sollen, scheidet eine solche Verwertung angesichts der Wirkung des Verwertungsverbots zugunsten von Mitbeschuldigten aus, sofern dadurch ein Aufklärungserfolg über den eigenen Tatbeitrag hinaus begründet werden soll. (Bearbeiter)

3. Der gesetzliche Milderungsgrund des § 31 BtMG kommt nur zur Anwendung, wenn das Gericht sich die Überzeugung davon verschafft hat, dass die Darstellung des Täters über die Beteiligung anderer an der Tat

zutritt), er mithin über den eigenen Tatbeitrag hinaus einen erheblichen Aufklärungsbeitrag geleistet hat. Der Zweifelsgrundsatz kommt ihm dabei nicht zugute. (Bearbeiter)

854. BGH 6 StR 206/22 – Beschluss vom 15. Juni 2022 (LG Schwerin)

Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten, Selbstbelastungsfreiheit (Erörterungen über eine mögliche Verständigung vor Vernehmung des Angeklagten: keine Pflicht zur Belehrung des Angeklagten über sein Schweigerecht).

§ 257c Abs. 4, Abs. 5 StPO; § 243 Abs. 4 Satz 1, Abs. 5 Satz 1 StPO

1. Soll im Zusammenhang mit der Mitteilung gemäß § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO (erneut) in Erörterungen mit dem Ziel einer Verständigung (§ 257c StPO) eingetreten werden, ist der Vorsitzende nicht verpflichtet, den Angeklagten zunächst über sein Schweigerecht zu belehren (§ 243 Abs. 5 Satz 1 StPO).

2. Die Selbstbelastungsfreiheit des Angeklagten wird nicht berührt, falls im Anschluss an die Mitteilung gemäß § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO Erörterungen stattfinden, die in eine Verständigung münden. Denn dabei geht es naturgemäß nur um hypothetische Erwägungen. Der Angeklagte macht in diesem Zusammenhang ebenso wenig Angaben zur Sache wie im Rahmen entsprechender Erörterungen nach den §§ 202a, 212 StPO vor der Hauptverhandlung.

3. Das Einverständnis des Angeklagten mit dem Verständigungsvorschlag stellt noch keine Einlassung zur Sache dar, insbesondere kein Geständnis und noch nicht einmal ein Indiz für seine Schuld.

804. BGH 5 StR 460/21 – Beschluss vom 7. Juni 2022 (LG Bremen)

Unzureichender Vortrag bei der Rüge der Mitwirkung eines wegen Vorbefassung abgelehnten Richters (Besorgnis der Befangenheit).

§ 24 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Eine den Verfahrensgegenstand betreffende Vortätigkeit eines erkennenden Richters, soweit sie nicht gesetzliche Ausschlussgründe erfüllt, ist regelmäßig nicht geeignet, die Besorgnis der Befangenheit des Richters im Sinne von § 24 Abs. 2 StPO zu begründen, wenn nicht besondere Umstände hinzukommen, die diese Besorgnis rechtfertigen. Dies gilt auch für die Verurteilung eines Mittäters, selbst wenn die Schilderung des Tatgeschehens auch Handlungen des Ablehnungsberechtigten einschließt. Dabei gelten bei Schöffen grundsätzlich keine anderen Maßgaben für die Unvoreingenommenheit als bei Berufsrichtern. Etwas anderes gilt nach innerstaatlicher Rechtsprechung nur dann, wenn besondere Umstände hinzutreten, die die Besorgnis rechtfertigen, der Richter sei nicht bereit, sich von seiner bei der Vorentscheidung gefassten Meinung zu lösen, etwa wenn er unnötige und sachlich unbegründete Werturteile über den Angeklagten geäußert hat.

2. Auch die aktuelle Rechtsprechung des EGMR zur Befangenheit bei Vorbefassung (vgl. EGMR HRRS 2022 Nr. 348) führt nicht zu demgegenüber herabgesetzten

Erfordernissen. Denn auch der Gerichtshof betont, dass es für Zweifel an der Unparteilichkeit – die er unter dem Aspekt des Art. 6 Abs. 1 EMRK prüft – nach wie vor nicht ausreicht, dass der Richter frühere Entscheidungen wegen derselben Strafsache erlassen oder in einem gesonderten Strafverfahren gegen Mitbeschuldigte verhandelt habe. Die objektiv gerechtfertigte Besorgnis der Befangenheit könne aber darin begründet liegen, dass der Richter in einem früheren Urteil umfangreiche Tatsachenfeststellungen getroffen habe, die die Schuld des jetzigen Angeklagten vorwegnehmen, und er mithin eine vorgefasste Meinung über seine Schuld habe. Dies könne zum Beispiel in Formulierungen zum Ausdruck kommen, die über die zur rechtlichen Einstufung der Tat des Mittäters erforderlichen Feststellungen hinausgingen.

767. BGH 1 StR 33/22 – Beschluss vom 20. April 2022 (LG Heidelberg)

Antrag auf Wiedereinsetzung in die Revisionsbegründungsfrist (Rückgabe der Sache zur Bestellung eines anderen Verteidigers bei offenkundigem Mangel der Verteidigung).

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 44 Satz 1 StPO

1. Eine Rückgabe der Sache zur Bestellung eines anderen Verteidigers vor der Entscheidung über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand kann in Fällen angeordnet werden, in denen ein – das Verschulden des Angeklagten ausschließender – „offenkundiger Mangel“ der Verteidigung im Sinne der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte (Urteile vom 10. Oktober 2002 – 38830/97 – Czekalla/Portugal Tz. 59 ff. und vom 22. März 2007 – 59519/00 – Staroszczyk/Polen Tz. 122, 133) vorliegt.

2. Diese Verfahrensweise scheidet aber aus, wenn dem Angeklagten bereits einen Tag nach Urteilsverkündung und lange vor Beginn der Frist zur Begründung der Revision bekannt war, dass der Pflichtverteidiger die Revision nicht begründen werde und er es unterlassen hat, den Vorsitzenden darüber zu informieren, dass sein Pflichtverteidiger die Begründung der Revision ausdrücklich abgelehnt hat. Dies gilt jedenfalls dann, wenn der Angeklagte nicht psychisch krank, nicht in einem psychiatrischen Krankenhaus untergebracht war und er keine Probleme hatte, per Post mit der Justiz Kontakt aufzunehmen und selbst Post zu erhalten.

828. BGH 2 StR 394/21 – Beschluss vom 24. Mai 2022 (LG Köln)

Verbot der Doppelbestrafung (prozessualer Tatbegriff: Bestimmung, Verhältnis zum materiell-rechtlichen Tatbegriff, Tateinheit, Tatmehrheit, Vorliegen von Tateinheit); Betäubungsmitteldelikte (Handeltreiben: Vorliegen, Abzielen auf die Förderung eines bestimmten Betäubungsmittelumsatzes, mehrere auf denselben Umsatz bezogene Handlungen, Teilakte des Handeltreibens, Bewertungseinheit).

Art. 103 Abs. 3 GG; § 264 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB; § 29a BtMG

1. Nach Art. 103 Abs. 3 GG darf niemand wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrfach

bestraft werden. Der Begriff der Tat orientiert sich am prozessualen Tatbegriff des § 264 StPO. Dieser bestimmt sich nach dem von der zugelassenen Anklage umschriebenen geschichtlichen Vorgang, innerhalb dessen der Angeklagte einen Straftatbestand verwirklicht haben soll und erstreckt sich auf das gesamte Verhalten des Täters, das nach natürlicher Auffassung ein mit diesem geschichtlichen Vorgang einheitliches Geschehen bildet.

2. Im Verhältnis zum materiellen Recht ist der prozessuale Tatbegriff grundsätzlich selbstständig. Dieser und der materiell-rechtliche Tatbegriff stehen indes nicht völlig beziehungslos nebeneinander. Vielmehr stellt ein durch den Rechtsbegriff der Tateinheit (§ 52 StGB) zusammengefasster Sachverhalt in der Regel auch verfahrensrechtlich eine einheitliche Tat dar; umgekehrt bilden mehrere im Sinne von § 53 StGB sachlich-rechtlich selbstständige Handlungen auch mehrere Taten im prozessualen Sinne.

3. Mehrere strafbare Gesetzesverstöße stehen dann zueinander in Tateinheit, wenn die jeweiligen Ausführungshandlungen – über eine bloße Gleichzeitigkeit hinaus – in einem für sämtliche Tatbestandsverwirklichungen notwendigen Teil zumindest teilweise identisch sind und damit eine unlösliche innere Verknüpfung aufweisen

4. „Handeltreiben“ im Sinne des BtMG ist jede eigennützige auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit. Der Tat des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln unterfallen nicht nur Handlungen, die unmittelbar der Beschaffung von Rauschmitteln oder deren Überlassung an Abnehmer dienen, sondern auch sonstige Tätigkeiten im Zusammenhang mit dem Zustandekommen oder der Abwicklung des Geschäfts.

5. Voraussetzung ist stets, dass die jeweilige Tätigkeit auf die Förderung eines bestimmten Betäubungsmittelumsatzes in dem Sinne zielt, dass ein konkretes Geschäft „angebahnt ist“ oder „läuft“. Mehrere auf denselben Umsatz bezogene Handlungen werden dabei als Teilakte des Handeltreibens zu einer Bewertungseinheit zusammengefasst.

837. BGH 4 StR 72/22 – Beschluss vom 24. Mai 2022 (LG Hagen)

Ausschluss der Öffentlichkeit zum Schutz der Privatsphäre (Revision: Beruhen, potenzielles Geständnis des Angeklagten, strafmilderndes Gewicht); sexueller Missbrauch von Kindern (sexuelle Handlung: Erheblichkeit, Voraussetzungen, Gesamtbetrachtung, Art, Intensität sowie Dauer der sexualbezogenen Handlung, geringer Anforderungen bei dem Schutz von Kindern oder Jugendlichen dienenden Tatbeständen, unbedeutende Berührungen).

§ 171b GVG; § 337 StPO; § 176 StGB; § 184h StGB

1. Nach § 171b Abs. 3 Satz 2 GVG ist die Öffentlichkeit zwingend für die Schlussanträge, zu denen auch das letzte Wort des Angeklagten zählt, auszuschließen, wenn die Verhandlung unter den Voraussetzungen des § 171b Abs. 1 oder Abs. 2 GVG ganz oder zum Teil unter Ausschluss der Öffentlichkeit stattgefunden hat.

2. Das Tatgericht ist von Rechts wegen nicht gehindert, einem Geständnis des Angeklagten – ausnahmsweise –

strafmilderndes Gewicht mit der Begründung abzuspochen, es beruhe nicht auf Unrechtseinsicht und Reue, sondern auf „erdrückenden Beweisen“ oder sei rein prozesstaktisch motiviert. Regelmäßig ist ein Geständnis aber als ein bestimmender Strafmilderungsgrund im Sinne des § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO anzusehen. Dies gilt auch in Fällen, in denen prozesstaktische Überlegungen mitbestimmend waren. Die Würdigung und Bewertung des Geständnisses sowie die Bestimmung seines strafmildernden Gewichts ist dem Tatgericht vorbehalten, das bei seiner Überzeugungsbildung den Zweifelsatz zu beachten hat. Es wäre rechtlich bedenklich, allein aus dem Zeitpunkt der Äußerung des sich zuvor schweigend verteidigenden Angeklagten im Rahmen des letzten Wortes auf eine rein prozesstaktische Motivation zu schließen.

3. Als erheblich im Sinne des § 184h Nr. 1 StGB sind solche sexualbezogenen Handlungen zu werten, die nach Art, Intensität und Dauer eine sozial nicht mehr hinnehmbare Beeinträchtigung des im jeweiligen Tatbestand geschützten Rechtsguts besorgen lassen. Zur Feststellung der Erheblichkeit bedarf es regelmäßig einer Gesamtbetrachtung aller Umstände im Hinblick auf die Gefährlichkeit der Handlung für das jeweils betroffene Rechtsgut; unter diesem Gesichtspunkt belanglose Handlungen scheiden aus. Für die Bewertung einer sexuellen Handlung als erheblich in diesem Sinne sind in erster Linie Art, Intensität sowie Dauer der sexualbezogenen Handlung von Bedeutung; weitere Umstände wie der konkrete Handlungsrahmen oder das Verhältnis zwischen Täter und Opfer können Bedeutung gewinnen, wenn sie das Gewicht des Übergriffs erhöhen.

4. Bei Tatbeständen, die – wie § 176 Abs. 1 StGB – dem Schutz von Kindern oder Jugendlichen dienen, sind an das Merkmal der Erheblichkeit der sexuellen Handlung zwar geringere Anforderungen zu stellen als bei Delikten gegen die sexuelle Selbstbestimmung Erwachsener. Kurze, flüchtige oder aus anderen Gründen für das geschützte Rechtsgut unbedeutende Berührungen genügen jedoch auch im Anwendungsbereich der §§ 174 ff. StGB grundsätzlich nicht.

812. BGH StB 29/22 – Beschluss vom 20. Juli 2022

Anforderungen an die Anordnung einer Durchsuchung beim Nichtverdächtigen.

§ 102 StPO; § 103 StPO

1. Eine Ermittlungsdurchsuchung, die eine nichtverdächtige Person betrifft, setzt nach § 103 Abs. 1 Satz 1 StPO Tatsachen dahin voraus, dass sich das gesuchte Beweismittel in den zu durchsuchenden Räumen befindet. Es müssen konkrete Gründe dafür sprechen, dass der gesuchte Beweisgegenstand in den Räumlichkeiten des Unverdächtigen gefunden werden kann. Dies unterscheidet die Durchsuchung beim Unverdächtigen nach § 103 StPO von einer Durchsuchung bei einer verdächtigen Person nach § 102 StPO, bei der es bereits nach der Lebenserfahrung in gewissem Grade wahrscheinlich ist, dass Beweisgegenstände zu finden sind, die zur Prüfung des Tatverdachts beitragen können, und bei der durch die Verknüpfung des personenbezogenen Tatverdachts mit einem eher abstrakten Auffindeverdacht ein hinreichender Eingriffsanlass besteht.

2. Die Durchsuchung bei einer nichtverdächtigen Person setzt – anders als im Falle des § 102 StPO für die Durchsuchung beim Tatverdächtigen, bei dem eine allgemeine Aussicht genügt, irgendwelche relevanten Beweismittel zu finden – nach § 103 StPO überdies voraus, dass hinreichend individualisierte (bestimmte) Beweismittel für die aufzuklärende Straftat gesucht werden. Diese Gegenstände müssen im Durchsuchungsbeschluss so weit konkretisiert werden, dass weder bei dem Betroffenen noch bei dem die Durchsuchung vollziehenden Beamten Zweifel über die zu suchenden und zu beschlagnahmenden Gegenstände entstehen können. Ausreichend ist dafür allerdings, dass die Beweismittel der Gattung nach näher bestimmt sind; nicht erforderlich ist, dass sie in allen Einzelheiten bezeichnet werden.

769. BGH 1 StR 47/22 – Urteil vom 2. Juni 2022 (LG Landshut)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Ausschluss von Pseudo-Erinnerungen des vermeintlichen Tatopfers).
§ 261 StPO

1. Die sichere Verneinung von Pseudoerinnerungen setzt voraus, dass entweder (auto-)suggestive Einflüsse ausgeschlossen oder weitere Beweise angeführt werden, mit denen die Richtigkeit der Zeugenaussage belegt werden kann.

2. Eine an Realkennzeichen orientierte Analyse ist bei Pseudoerinnerungen hingegen nicht veranlasst. Zwar handelt es sich hierbei grundsätzlich um ein wesentliches Kriterium zur Bestimmung der Aussagequalität. Scheinbare Realkennzeichen sind bei Pseudoerinnerungen in ähnlicher Weise anzutreffen wie bei realen Erlebnisbeschreibungen; eine Inhaltsanalyse ist daher nicht geeignet, suggestive Einflüsse auszuschließen.

860. BGH 6 StR 401/21 – Urteil vom 15. Juni 2022 (LG Braunschweig)

Mord (sonstige niedrige Beweggründe); lückenhafte Beweiswürdigung (Erforderlichkeit der Wiedergabe von Zeugenaussagen im Urteil, Fehlen näherer Darstellung und Würdigung der Angaben des Nebenklägers zum Tatgeschehen).
§ 211 StGB; § 261 StPO

Zwar ist das Tatgericht grundsätzlich nicht gehalten, im Urteil Zeugenaussagen in Einzelheiten wiederzugeben; erforderlich ist dies aber, wenn bei einem im Übrigen nicht eindeutigen Beweisergebnis einer Aussage entscheidende Bedeutung zukommen könnte und dem Revisionsgericht ohne Kenntnis ihres wesentlichen Inhalts die Prüfung verwehrt ist, ob im Rahmen der Beweiswürdigung alle wesentlichen Gesichtspunkte beachtet worden sind.

766. BGH 1 StR 277/21 – Urteil vom 30. Juni 2022 (LG München I)

Abwesenheit des Verteidigers in der Hauptverhandlung (Abwesenheit auch bei vollständiger Untätigkeit des Verteidigers gegen den Willen des Angeklagten; notwendiger Vortrag; Darlegungspflicht).
§ 338 Nr. 5 StPO; § 140 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Als abwesend im Sinne des § 338 Nr. 5 StPO ist nicht nur der körperlich abwesende Verteidiger anzusehen, sondern auch ein physisch anwesender Verteidiger, wenn er erkennbar handlungsunfähig ist. An der notwendigen Verteidigung fehlt es allerdings auch, wenn der Pflichtverteidiger gegen den Willen des Angeklagten vollständig untätig ist, er etwa seine Tätigkeit gänzlich verweigert.

2. Auch der körperlich in der Hauptverhandlung anwesende, nicht handlungsunfähige Pflichtverteidiger, der seine Mitwirkung in einem wesentlichen Teil der Hauptverhandlung generell erkennbar verweigert, muss als abwesend im Sinne des § 338 Nr. 5 StPO angesehen werden, weil dem Schutzzweck der §§ 140 ff., 338 Nr. 5 StPO, die notwendige Verteidigung des Angeklagten zu gewährleisten, nicht anders Rechnung getragen werden kann. Gleiches muss in dem – freilich wenig wahrscheinlichen – Fall gelten, dass das Gericht den anwesenden Pflichtverteidiger als abwesend behandelt, es dessen Mitwirkung in einem wesentlichen Teil der Hauptverhandlung also generell nicht zulässt oder diese nicht zur Kenntnis nimmt.

835. BGH 4 StR 197/21 – Urteil vom 12. Mai 2022 (LG Siegen)

Recht des letzten Wortes (negative Beweiskraft des Protokolls; Revisionsgrund: kein absoluter Revisionsgrund, kein Beruhen nur im Ausnahmefall); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit: schwere Persönlichkeitsstörung, andere seelische Störung, abweichendes Sexualverhalten, Pädophilie, Einlassung des Angeklagten).
§ 258 StPO; § 274 StPO; § 63 StGB; § 21 StGB

1. Zwar stellt die Verletzung des § 258 Abs. 2 und Abs. 3 StPO keinen absoluten Revisionsgrund dar. Allerdings kann bei Versagung des letzten Wortes, dessen Sinn es ist, dass der Angeklagte noch im letzten Augenblick entlastende Umstände vorbringen kann, ein Beruhen nur in besonderen Ausnahmefällen ausgeschlossen werden.

2. Eine festgestellte Sexualdevianz kann im Einzelfall eine andere seelische Störung und eine hierdurch erheblich einträchtigte Steuerungsfähigkeit begründen, wenn die abweichenden Sexualpraktiken zu einer eingeschliffenen Verhaltensschablone geworden sind, die sich durch abnehmende Befriedigung, zunehmende Frequenz, durch Ausbau von Raffinements und durch gedankliche Einnengung auf diese Praktiken auszeichnet.

809. BGH StB 26/22 – Beschluss vom 29. Juni 2022 (Kammergericht)

Notwendige Verteidigung im Vollstreckungsverfahren (analoge Anwendung; Aussetzung zur Bewährung; Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage; Zuständigkeit des OLG; Gutachten).
§ 140 StPO; § 454 StPO

In entsprechender Anwendung des § 140 Abs. 2 StPO ist dem Verurteilten auch im Vollstreckungsverfahren ein Verteidiger zu bestellen, wenn die Schwere des Vollstreckungsfalls für den Verurteilten oder besondere Schwierigkeiten vorliegen.

rigkeiten der Sach- und Rechtslage im Vollstreckungsverfahren dies gebieten oder der Verurteilte unfähig ist, seine Rechte sachgerecht selbst wahrzunehmen. Zwar hat der Gesetzgeber im Rahmen der Neuregelung der Fälle notwendiger Verteidigung im Sinne des § 140 StPO durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung vom 10. Dezember 2019 weiterhin keine ausdrückliche Bestimmung für das Vollstreckungsverfahren getroffen. Dies bedeutet je doch nicht, dass er eine analoge Anwendung des § 140 Abs. 2 StPO insoweit ausschließen wollte.

834. BGH 4 StR 157/22 – Beschluss vom 5. Juli 2022 (LG Aurich)

Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Zulässigkeitsvoraussetzungen: Angaben über den Zeitpunkt des Wegfalls des Hindernisses, Wahrung der Frist nicht offensichtlich, nicht zurechenbares eigenes Verschulden des Verteidigers).

§ 44 StPO; § 45 StPO

Jedenfalls in den Fällen, in denen die Wahrung der Frist des § 45 Abs. 1 StPO nicht offensichtlich ist, gehört zur formgerechten Anbringung des Wiedereinsetzungsantrags, dass der Antragsteller mitteilt, wann das Hindernis, das der Fristwahrung entgegenstand, weggefallen ist. Dies gilt selbst dann, wenn der Verteidiger ein eigenes Verschulden geltend macht, das dem Angeklagten nicht zuzurechnen wäre.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

772. BGH 1 StR 511/21 – Beschluss vom 23. März 2022 (LG Stuttgart)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Berechnung der vorenthaltenen Beiträge nach dem Entstehungsprinzip: Berechnung des Arbeitsentgelt nach tarifvertraglich oder nach dem MiLoG geschuldeten Arbeitsentgelt, Unerheblichkeit des tatsächlich gezahlten Arbeitsentgelt, Unterschied zur nach dem Zuflussprinzip zu berechnenden hinterzogenen Lohnsteuer).

§ 266a Abs. 1 StGB; § 22 Abs. 1 SGB IV, § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 1 MiLoG; § 370 Abs. 1 AO

1. Bei der Berechnung abgeführter Sozialversicherungsbeiträge bestimmt sich der Schuldumfang grundsätzlich nach dem sozialversicherungsrechtlichen Entstehungsprinzip (§ 22 Abs. 1 SGB IV; vgl. BGHSt 47, 318, 319). Vorenthalten im Sinne von § 266a StGB sind die nach den sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften tatsächlich geschuldeten Beiträge (vgl. BGHSt 53, 71 Rn. 14). Ob und in welcher Höhe ein Arbeitsentgelt an den Arbeitnehmer ausbezahlt wird, ist unerheblich.

2. Der Rückgriff auf einschlägige oder für allgemeinverbindlich erklärte tarifvertragliche Regelungen zur Schätzung der geschuldeten Beiträge ist nicht nur rechtsfehlerfrei, sondern kann aus Rechtsgründen sogar geboten sein, sofern der nach dem Tarifvertrag zu zahlende Bruttostundenlohn den fiktiven Bruttostundenlohn übersteigt, der sich nach Hochrechnung des vom Tatgericht ermittelten, an die illegal beschäftigten Arbeitnehmer gezahlten Schwarzlohns auf eine Bruttolohnsumme nach § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV ergibt. In diesen Fällen bildet der tarifvertragliche (Brutto-)Stundenlohn den vom Tatrichter zu beachtenden Maßstab, was insbesondere im Bereich des Lohndumpings Relevanz erlangt.

3. Gleiches gilt im Übrigen für den nach dem Mindestlohngesetz (MiLoG) zu zahlenden Mindestlohn. Auch dieser bildet eine Untergrenze, die der Tatrichter bei der

Bemessung der im Sinne von § 266a StGB vorenthaltenen Sozialversicherungsbeiträge in den Blick zu nehmen hat.

4. Für die Berechnung der Lohnsteuer aus den Schwarzlohnzahlungen müssen Tarif- und Mindestlohn außer Betracht bleiben. Wegen des im Steuerrecht geltenden Zuflussprinzips (vgl. BGHSt 53, 71 Rn. 16) ist die hinterzogene Lohnsteuer auf der Grundlage der – tatsächlich gezahlten – Nettolöhne zu ermitteln.

802. BGH 5 StR 407/21 – Beschluss vom 9. Juni 2022 (LG Hamburg)

Bankrotthandlungen im Rahmen sog. „Firmenbestattungen“; Beihilfe durch gewerbliche „Firmenbestatter“ (neutrale Handlungen).

§ 283 StGB

1. Mit dem Merkmal der „geschäftlichen Verhältnisse“ in § 283 Abs. 1 Nr. 8 Alt. 2 StGB sind über die Vermögensverhältnisse im engeren Sinn hinaus diejenigen Umstände angesprochen, die für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit des in der Krise befindlichen Schuldners erheblich sind. Da der Tatbestand mit Blick auf die Gläubigerinteressen auszulegen ist, geht es bei der Tathandlung des Verschleierns zwar in erster Linie um die unrichtige Darstellung der Vermögensverhältnisse. Zu den geschäftlichen Verhältnissen zählt aber auch die (geplante) zukünftige Entwicklung des Unternehmens. Maßnahmen im Rahmen sog. „Firmenbestattungen“ (insbesondere Wechsel von Gesellschaftern und Geschäftsführung, Sitzverlegung) unterfallen daher regelmäßig dem Verschleierungstatbestand des § 283 Abs. 1 Nr. 8 Alt. 2 StGB, wenn das Unternehmen tatsächlich nicht fortgeführt werden soll.

2. Der Senat kann offenlassen, ob die Tätigkeit eines gewerblichen sog. „Firmenbestatters“ in den Anwendungsbereich der Beihilfe durch neutrale Handlungen fällt. Dagegen kann sprechen, wenn im Rahmen der konkreten

Beratung Wege aufgezeigt werden, wie der Bestellung anderer Insolvenzverwalter vorgebeugt werden konnte, damit der „Firmenbestatter“ selbst als solcher bestellt wird, da das Insolvenzgericht bei Kenntnis dieser Umstände Zweifel an der notwendigen Unabhängigkeit im Sinne des § 56 Abs. 1 Satz 1 InsO hätte hegen müssen.

789. BGH 5 StR 9/22 – Urteil vom 22. Juni 2022 (LG Berlin)

Strafzumessung bei Verurteilung wegen Betäubungsmitteldelikten (Weitertransport ins Ausland kein Strafmilderungsgrund; Beobachtung und Überwachung der Tat).

§ 29 BtMG; § 46 StGB

Die Bekämpfung von Rauschgiftdelikten ist – im Interesse des über die deutschen Staatsgrenzen hinausreichenden Schutzes vor Gesundheitsbeeinträchtigungen – ein weltweites Anliegen (vgl. § 6 Nr. 5 StGB). Deshalb stellt der Umstand, dass eingeführtes Rauschgift nicht für den deutschen Markt bestimmt ist, sondern zur Veräußerung im Ausland weitertransportiert wird, keinen Strafmilderungsgrund dar. Dem steht nicht entgegen, dass das Gesetz über den Verkehr mit Betäubungsmitteln (BtMG) für die unerlaubte Durchfuhr von Betäubungsmitteln (vgl. § 11 Abs. 1 Satz 2 BtMG) eine niedrigere Strafdrohung vorsieht als für die unerlaubte Einfuhr von und Handelreiben mit Betäubungsmitteln.

794. BGH 5 StR 170/22 – Urteil vom 6. Juli 2022 (LG Dresden)

Strafzumessung bei Verurteilung wegen Handelreibens mit Betäubungsmitteln (polizeiliche Überwachung als Strafzumessungsgrund zugunsten des Angeklagten; Inden-Verkehr-Gelangen; Realisierung der Gefahr für das geschützte Rechtsgut; kein Anspruch des Straftäters auf rechtzeitiges Einschreiten; revisionsgerichtliche Kontrolle); Anforderungen an die Urteilsgründe bei freisprechendem Urteil.

§ 29 BtMG; § 46 StGB; § 267 StPO

Eine engmaschige und lückenlose polizeiliche Überwachung eines Betäubungsmittelgeschäfts kann ein bestimmender Strafzumessungsgrund zugunsten des Angeklagten bei der Verurteilung wegen eines Betäubungsmitteldelikts sein, dem neben einer Sicherstellung der Drogen eigenes Gewicht zukommt, wenn durch die Überwachungsmaßnahmen eine tatsächliche Gefährdung durch das Rauschgift ausgeschlossen war. Das gilt aber nicht, wenn die Betäubungsmittel in den Verkehr gelangen, da sich in diesem Fall die Gefahr für das durch die Straftatbestände des BtMG geschützte Rechtsgut realisiert. Ein Anspruch des Straftäters darauf, dass die Ermittlungsbehörden rechtzeitig gegen ihn einschreiten, besteht nicht.

774. BGH 3 StR 118/22 – Beschluss vom 1. Juni 2022 (auswärtige Strafkammer des Landgerichts Kleve in Moers)

Täterschaftliche Beteiligung am Handelreiben mit Betäubungsmitteln (Beteiligung am Umsatzgeschäft erforderlich).

§ 29 BtMG; § 25 StGB

1. Für die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme gelten auch im Betäubungsmittelrecht die Grundsätze des allgemeinen Strafrechts. Beschränkt sich die Beteiligung des Täters am Handelreiben mit Betäubungsmitteln auf einen Teilakt des Umsatzgeschäfts, so kommt es nicht allein oder entscheidend darauf an, welches Maß an Selbstständigkeit und Tatherrschaft der Beteiligte hinsichtlich dieses Teilakts innehat. Abzustellen ist vielmehr darauf, welche Bedeutung der konkreten Beteiligungshandlung im Rahmen des Gesamtgeschäfts zukommt. Maßgeblich sind insoweit insbesondere der Grad des eigenen Interesses am Erfolg, der Umfang der Tatbeteiligung und die Tatherrschaft oder wenigstens der Wille dazu, so dass Durchführung und Ausgang der Haupttat maßgeblich auch vom Willen des Täters abhängt.

2. Nach diesen Maßstäben genügt es für ein (mit-)täterschaftliches Handelreiben in der Regel nicht, dass ein an der Errichtung einer Cannabisplantage Beteiligter im weiteren Verlauf lediglich Aufgaben beim Düngen und Bewässern der Cannabispflanzen wahrnimmt, bei denen er den Instruktionen eines anderen Tatbeteiligten folgt, der über Fachkenntnisse und Erfahrungen beim Cannabisanbau verfügte. Ein täterschaftliches Handelreiben setzt vielmehr eine Beteiligung am Umsatzgeschäft voraus, etwa die Einbindung in den beabsichtigten Verkauf oder eine anteilige Partizipation am Erlös.

780. BGH 3 StR 322/21 – Urteil vom 19. Mai 2022 (LG Mönchengladbach)

Anforderungen an die Urteilsgründe bei der Verurteilung wegen Handelreibens mit Dopingmitteln (Angabe der Wirkstoffmengen als für die Strafzumessung bestimmender Umstand).

§ 267 StPO; § 46 StGB; § 4 Abs. 1 Nr. 1 AntiDopG

Das Tatgericht ist nicht nur verfahrensrechtlich (§ 267 Abs. 3 Satz 1 und 2 StPO), sondern auch materiellrechtlich verpflichtet, in den Urteilsgründen die für die Strafzumessung bestimmenden Umstände darzulegen. Bei einer Verurteilung wegen gewerbsmäßigen Handelreibens mit Dopingmitteln sind demzufolge die der Entscheidung zugrunde gelegten Wirkstoffmengen der Substanzen in den Urteilsgründen zu nennen, da diesen sowohl bei der Bestimmung des Strafrahmens als auch bei der konkreten Strafzumessung Bedeutung zukommt.

784. BGH 5 StR 29/22 – Urteil vom 20. Juli 2022 (LG Flensburg)

Strafzumessung beim Handelreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (strafscharfende Berücksichtigung der Gewerbsmäßigkeit; Berücksichtigung eines Geständnisses; Zuständigkeit des Tatgerichts; keine erschöpfende Aufzählung aller Strafzumessungserwägungen; Einzelfall).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 46 StGB; § 267 StPO

Die Erfüllung des Regelbeispiels der Gewerbsmäßigkeit (§ 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG) kann im Rahmen der Strafzumessung innerhalb des Qualifikationstatbestandes des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG strafscharfend verwertet werden. Zwingend ist dies aber nicht. Vielmehr gilt inso-

fern (allgemeinen Grundsätzen entsprechend, vgl. zuletzt BGH HRRS 2022 Nr. 646): Das Tatgericht ist lediglich verpflichtet, in den Urteilsgründen die für die Strafzumessung bestimmenden Umstände darzulegen (§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO). Eine erschöpfende Aufzählung aller Strafzumessungserwägungen ist weder vorgeschrieben noch möglich. Was als wesentlicher Strafzumessungsgrund anzusehen ist, entscheidet das Tatgericht unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls.

791. BGH 5 StR 105/22 – Beschluss vom 6. Juli 2022 (LG Chemnitz)

Eigennützigkeit als Voraussetzung des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln.

§ 29 BtMG

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BtMG ist jede eigennützige, auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit. Eigennützig ist eine Tätigkeit, wenn das Tun vom Streben nach Gewinn geleitet wird oder der Täter sich irgendeinen anderen persönlichen Vorteil davon verspricht, durch den er materiell oder – objektiv messbar – immateriell besser gestellt wird. Nicht ausreichend ist es hingegen, wenn ein Täter nur den Eigennutz eines anderen mit seinem Tatbeitrag unterstützen will.

Aufsätze und Anmerkungen

Wie aus Tätern Teilnehmer werden: der „normative“ Tatbegriff

Zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2022 Nr. 800

Von Oberstaatsanwalt Dr. Gerhard Pauli, Hagen

„Als Täter wird bestraft, wer die Tat [...] selbst begeht“, so formuliert § 25 Abs. 1 StGB eindeutig. Auf der Grundlage des Beschlusses des 6. Strafsenats vom 28.06.2022 muss man die Norm indes so lesen: „Als Täter wird bestraft, wer die Tat – bei normativer Betrachtungsweise – selbst begeht“. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Fall ist dabei unstrittig, dass die zum Tode führende Handlung, die Injektion von Insulinspritzen, allein durch die Angeklagte mit dem Willen ausgeführt wurde, hierdurch den Tod ihres zum Suizid entschlossenen Ehemannes herbei zu führen. Gleichwohl soll sie nicht Täterin einer Tötung auf Verlangen, sondern nur Gehilfin eines – straflosen – Suizids sein und sich damit selbst nicht strafbar gemacht haben. Dass die den Erfolg herbeiführende Person nicht Täterin, sondern Gehilfin sein soll, ergibt sich nach Ansicht des BGH dabei aus einer „normativen Betrachtung“, die einer „naturalistischen Unterscheidung“ vorzuziehen sei. Seine Annahme rechtfertigt der Senat mit einer über die eigentliche Tathandlung hinausgehende Beherrschung des Gesamtgeschehens durch den Ehemann der Angeklagten, wobei auf die Entscheidung BGH St 19, 135 (Gisela-Fall) Bezug genommen wird, in der allerdings gerade die Annahme der Tatherrschaft zur Verurteilung des in 1. Instanz freigesprochenen

Angeklagten wegen Tötung auf Verlangen geführt hatte. Das Tatherrschaftskriterium dient hier also dazu, die objektiv die Tat ausführende Person unter Zugrundelegung einer „normativen Betrachtung“ zur Gehilfin zu erklären.

In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist diese Umkehrung nicht neu¹. Im „Badewannenfall“ (RGSt 74, 84) hatte das Reichsgericht 1940 die eigene subjektive Theorie zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme dazu verwandt, die den Tötungsakt am neugeborenen Kind ausführende Schwester der Kindesmutter zu deren Gehilfin zu erklären, um auf diese Weise die Todesstrafe für die Schwester zu vermeiden². Diese später sogenannte „extrem subjektive Theorie“ war dabei keine Ausnahme, sondern nur eine konsequente Weiterentwicklung bereits in den 20er Jahren bestehender Rechtsprechung³. Der Bundesgerichtshof führte die (extrem) subjektive Theorie fort bis hin zum bekannten „Staschynskij-Fall“⁴, in welchem der in der Bundesrepublik zwei politisch motivierte Auftragsmorde ausführende Täter zum Gehilfen seiner sowjetischen Auftraggeber gemacht wurde, was ihm die ansonsten zwingend gebotene Höchststrafe ersparte⁵. Dem Reichsgericht wie dem Bundesgerichtshof diente dabei die zur Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme

* Der Verfasser Dr. Gerhard Pauli ist Abteilungsleiter bei der Staatsanwaltschaft Hagen.

¹ Hierzu Pauli, Die Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen zwischen 1933 und 1945 und ihre Fortwirkung in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, 1992, S. 128 ff.

² Vgl. als Zeitzeuge Hartung JZ 1954, 430

³ Vgl. Pauli, Fn. 1, m.w.N.

⁴ BGHSt 18, 87.

⁵ Eines der Opfer war der ukrainische Nationalist Stepan Bandera, der in München im Exil lebte.

verwandte subjektive Theorie zu Herbeiführung von Ergebnissen, die auf der Grundlage einer wertenden Betrachtung des Tatunrechts gewonnen wurden.

Auch im hier zu besprechenden Fall geht es darum, einen Rollentausch zwischen Täter und Teilnehmer vorzunehmen. Die subjektive Theorie kann man hierzu nicht ins Feld führen. Schon seit Langem hat sich die höchstrichterliche Rechtsprechung der im Schrifttum – vor allem auf der Grundlage der Arbeiten *Roxins*⁶ – herrschenden Tatherrschaftslehre angenähert⁷. Allerdings hatte auch die neuere Rechtsprechung bei der Abgrenzung zwischen Täterschaft und Teilnahme neben der Tatherrschaft Kriterien wie das eigene Interesse am Täterfolg, den Umfang der Tatbeteiligung einer wertenden Betrachtung unterzogen⁸.

Die Frage der Tatherrschaft spielt aber nach der Rechtsprechung des BGH insbesondere für die Abgrenzung zwischen Täterschaft und Beihilfe im Bereich des § 216 StGB eine entscheidende Rolle. Eine allein an subjektiven Kriterien ausgerichtete Abgrenzung der straflosen Suizidteilnahme von der Tötung auf Verlangen ist hier ohnehin untauglich, da derjenige, der dem ausdrücklichen und ernstlichen Verlangen des Suizidwilligen nachkommt, sich dessen Willen notwendig unterordnet, dementsprechend nicht mit Täterwillen handelt, womit die Strafdrohung des § 216 StGB de facto leer laufen würde⁹. So finden sich denn in den einschlägigen Entscheidungen des BGH ausführliche Erörterungen zur Frage der Tatherrschaft, auf welche der Senat in vorliegendem Fall aufbaut¹⁰. Entscheidend sei, ob der Suizident sich „in die Hand des Anderen (begebe), weil er dulddend von ihm den Tod entgegennehmen (wolle)“¹¹. Hierin liege die Tatherrschaft zu § 216 StGB. Behalte hingegen der Suizident „bis zuletzt“ die freie Entscheidung über sein Schicksal, töte er sich selbst, wenn auch mit fremder Hilfe¹². Zu Recht wird hieran allerdings kritisiert, dass aus der Passivität des Suizidenten keine Tatherrschaft erwachse, da man durch Nichtstun nichts beherrschen könne¹³. Auf diese Weise würden nur noch überraschend durchgeführte Fremdtötungen dem § 216 StGB unterfallen, was der ratio legis zuwiderlaufe¹⁴. Der erklärte Vorzug der Tatherrschaftslehre, zur Unterscheidung von Täterschaft und Teilnahme objektive Entscheidungskriterien einzuführen, wird hingegen nicht erreicht, wenn man eine Wertung vornimmt, bis zu welchem Zeitpunkt der zum Selbstmord Entschlossene noch eine gegenläufige Kausalkette hätte initiieren können.

Dies wird besonders deutlich an der vorliegenden Fallgestaltung: Der bereits durch die Einnahme einer für sich bereits tödlichen Medikamentendosis Geschwächte ist nach der Injektion des Insulins nicht mehr in der Lage, eine Zigarette sicher in der Hand zu halten und schläft

bald darauf ein. Hier von einer Beherrschung des Geschehensablaufs zu sprechen, wirkt befremdlich.

Entscheidend für den vorliegenden Fall ist allerdings etwas anderes. Im Gegensatz zu den bislang entschiedenen Fällen, die zumeist entweder (gescheiterte) Begleitsuizide oder die ärztliche Begleitung von Suiziden betrafen, handelt es sich hier um ein mehraktiges Geschehen. Zunächst nimmt der zum Selbstmord Entschlossene die von der Angeklagten beschafften potentiell tödlich wirkenden Medikamente selbst ein. Sodann aber erfolgt – bevor die volle Wirkung der Medikamente einsetzt – eine aktive Tötungshandlung der Ehefrau durch die verabreichten Insulininjektionen. Mit einem Kunstgriff verschmilzt der Senat diese beiden Handlungen zu einer Tat. Aus einer „normativen Betrachtung“ ergebe sich, dass hier nur ein zusammenhängendes Suizidgeschehen vorliege; eine „naturalistische“ Einzelbetrachtung werde dem Geschehen nicht gerecht. Mit diesen Formulierungen orientiert sich der Senat an der Entscheidung BGHSt 55, 191 (Fall Putz)¹⁵, in deren Zentrum allerdings die Frage der Zulässigkeit des Behandlungsabbruchs stand, wobei der BGH dessen Einordnung als Tun bzw. Unterlassen als untaugliche, auf „naturalistischer“ Betrachtung beruhende Kategorie bezeichnete. Die angeblich gebotene normative Betrachtung wird nunmehr nicht auf die Unterscheidung von Tun oder Unterlassen, sondern auf den Tatbegriff als solchen angewandt und soll unterschiedlich Teilakte zu einer Tat verknüpfen, die insgesamt durch den Suizidenten beherrscht worden sei, weshalb auch eine aktive Tötungshandlung lediglich (straflose) Beihilfe zum Suizid sei.

Den Begriff „normativ“ hat *Hilgendorf* als „Modevokabel“ im Strafrecht bezeichnet¹⁶. Der Begriff lasse sich in allen möglichen Kontexten verwenden und erzeuge „den Eindruck besonderer Dignität und Tiefe, ohne irgendeinen Aufwand treiben zu müssen“¹⁷. Im Grunde handele es sich um eine noch nicht abgenutzte „Bluff-Vokabel“¹⁸. Hinter der Berufung des Senats auf die „Normativität“, die hier zu einem bestimmten Ergebnis führe, steckt im Grunde eine Gerechtigkeitsbetrachtung: es wird als unbillig empfunden, denjenigen, der dem Suizidenten, der zu einer aktiven Selbsttötungshandlung nicht in der Lage ist, hilft, in dem er diese aktive Handlung selbst durchführt, als Täter (einer Tötung auf Verlangen) haften zu lassen, wohingegen derjenige, der die Mittel zum Selbstmord anreicht als Gehilfe des Suizids keiner Haftung unterliegt. Diese Motivation zeigt sich deutlich in dem obiter dictum hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Vereinbarkeit der Anwendung von § 216 StGB auf Fälle wie den Vorliegenden, in denen der frei verantwortliche Suizident zu einer aktiven Tötungshandlung nicht in der Lage ist¹⁹. Unter Hinweis auf die neuere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, insbesondere das Urteil vom 26.02.2020 zum geschäftsmäßigen Verbot der

⁶ Grundlegend Täterschaft und Tatherrschaft, 10. Aufl., 2019.

⁷ Statt aller: BGHSt 37, 291 = NStZ 1991, 280.

⁸ Nachweise bei *Fischer*, StGB, 69. Aufl., 2022, Vor § 25, Rdn. 4.

⁹ Vgl. *Roxin* NStZ 1987, 345, 346.

¹⁰ Seit BGHSt 19, 135 ff. (Gisela-Fall) = NJW 1965, 699.

¹¹ Ebd., NJW 1965, 701.

¹² Ebd.

¹³ Münchner Kommentar/Schneider, 4. Aufl., 2021, § 216, Rn. 47.

¹⁴ Ebd., Rn. 48.

¹⁵ = NJW 2010, 2963 = HRRS 2010 Nr. 704.

¹⁶ Festschrift für Rottleuthner, 2011, S. 45 ff.; so auch schon *Puppe*, Kleine Schule des juristischen Denkens, 2008, S. 21.

¹⁷ *Hilgendorf*, a.a.O., S. 61.

¹⁸ Ebd.

¹⁹ Rdn. 22 f. der Entscheidungsgründe.

Sterbehilfe²⁰, neigt der Senat zu einer verfassungskonformen Einschränkung des § 216 bei Fällen, in denen die aufgrund freien Willensentschlusses sterbewillige Person zur aktiven Tötungshandlung physisch nicht in der Lage ist und sich daher der Hilfe Dritter bedienen muss²¹.

Für diese Fallkonstellation werden seit längerem Lösungsansätze diskutiert, etwa eine Rechtfertigung aus § 34 StGB oder ein übergesetzlicher Notstand²². Eine verfassungsrechtlich gebotene einschränkende Auslegung

wäre eine neue und interessante Variante gewesen. Es bleibt das Geheimnis des Senats, weshalb dieser Schritt nicht gegangen wird. Formal kann man sich darauf zurückziehen, dass aufgrund der normativen Interpretation des Tatbegriffs dies im vorliegenden Fall nicht notwendig war. Eine einschränkende Auslegung, die sich ausschließlich auf § 216 StGB bezogen hätte, wäre allerdings allemal vorzugswürdiger gewesen, als den klar umrissenen Tatbegriff, der für das gesamte Strafrecht gilt, in dieser Weise zu kompromittieren.

Aufsätze und Anmerkungen

Die nicht so notwendige Verteidigung i.S.d. § 141 Abs. 1 und Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO

Zugleich Anmerkung zu BGH HRRS 2022 Nr. 641

Von Dr. Pepe Schladitz, Osnabrück*

I. Einleitung

Das Recht der notwendigen Verteidigung ist jüngst tiefgreifend reformiert worden (hierzu auch der zu besprechende Beschluss in Rn. 8).¹ Mit dem Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung vom 10. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2128, 2129) verfolgt der Gesetzgeber vor allem das Ziel, die Vorgaben der Richtlinie (EU) 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen in Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls (ABl. EU 2016 Nr. L 197 S. 1; sog. PKH-Richtlinie) umzusetzen.² Der zu besprechende Entschluss enthält bemerkenswerte höchstrichterliche Klarstellungen zum reformierten Recht der notwendigen Verteidigung, deren Tragweite eine nähere Analyse erfordern.

II. Grundlegung

Die wesentlichen Vorschriften des Rechts der notwendigen Verteidigung befinden sich in den §§ 140, 141 StPO. Mit dem neuen Katalog der Fälle notwendiger Verteidigung in § 140 Abs. 1 StPO wollte der Gesetzgeber einen *Perspektivenwechsel* „weg von der Hauptverhandlung hin zum Ermittlungsverfahren“ kodifizieren, der die wachsende Bedeutung des Ermittlungsverfahrens im Recht der notwendigen Verteidigung adäquat berücksichtigt.³

Nach Auffassung von *Kraft/Girkens* lässt sich der Regelungsgehalt dieser Normen dergestalt zusammenfassen, dass § 140 StPO *Gründe* für die Bestellung eines notwendigen Verteidigers benennt, während § 141 StPO den *Zeitpunkt* der Bestellung regelt, was auch durch die amtliche Überschrift des § 141 StPO nahegelegt wird.⁴ Dieser Grobvermessung werden die möglichen Auswirkungen

²⁰ BVerfGE 153, 182 = NStZ 2020, 528 ff. mit Anmerkung *Brunhöber* = HRRS 2020 Nr. 190.

²¹ Rdn. 23 der Entscheidungsgründe

²² Überblick bei Schönke/Schröder/*Eser/Sternberg-Lieben*, StGB, 30. Aufl., 2019, § 216, Rdn. 15a

* Der Verfasser Dr. Pepe Schladitz ist als Akad. Rat a.Z. an der Universität Osnabrück tätig.

¹ S. ausf. *Müller-Jacobsen* NJW 2020, 575 ff.; *Kraft/Girkens* NStZ 2021, 454 ff.; *KMR/Staudinger*, 111. EL (Mai 2022), § 140 Rn. 1. Umfangreich zur Entstehungsgeschichte LR/*Jahn*, 27. Aufl. (2021), § 140 Vor Rn. 1. Zur alten Rechtslage s. *Lehmann* JuS 2004, 492.

² So explizit BT-Drucks. 19/13829, S. 1. Grundlegend hierzu *Beukelmann* NJW-Spezial 2018, 760. Ausf. *Böß* NStZ 2020,

185. Das der Gesetzgeber über sein Ziel hinausgeschossen ist, konstatiert ausf. *Müller-Jacobsen* NJW 2020, 575. Hingewiesen sei hier nur am Rande darauf, dass das deutsche Modell der notwendigen Verteidigung die Funktion der im Europarecht vorgesehenen Prozesskostenhilfe wahrnimmt und insofern als Äquivalent anzusehen ist, s. hierzu *Jahn/Zink* StraFo 2019, 318, 320.

³ BT-Drucks. 19/13829, S. 31. S. hierzu *BeckOKStPO/Krawczyk*, 43. Ed. (April 2022), § 140 Rn. 1. Krit. hierzu *Kraft/Girkens* NStZ 2021, 454, 462.

⁴ *Kraft/Girkens* NStZ 2021, 454, 456. So auch *Müller-Jacobsen* NJW 2020, 575.

der Neuregelung jedoch nicht gerecht, wie die zu besprechende Entscheidung des BGH belegt.

§ 141 Abs. 1 StPO regelt nach der internen Regelungssystematik der Norm den Grundfall, wonach dem Beschuldigten auf seinen Antrag hin „unverzüglich“ ein Pflichtverteidiger bestellt wird, wenn er noch keinen Verteidiger hat. Diese Vorschrift erhebt also die (autonome?) Entscheidung des jeweiligen Beschuldigten zum wesentlichen Anwendungskriterium und überantwortet ihm somit die Entscheidung über die Beiziehung eines Verteidigers. Auch der Gesetzgeber habe – worauf der Senat explizit hinweist (Rn. 9) – das Ziel verfolgt, die Bestellung eines Pflichtverteidigers grundsätzlich von einem ausdrücklichen Antrag des Beschuldigten abhängig zu machen.⁵ Im Ermittlungsverfahren⁶ hat dies zur Konsequenz, dass ein Fall notwendiger Verteidigung nicht zwangsläufig dazu führt, dass dem Beschuldigten auch tatsächlich ein Verteidiger zur Seite steht.⁷

Damit wird das *Notwendige* im Institut der notwendigen Verteidigung bei Lichte betrachtet nicht unwesentlich desavouiert,⁸ denn es kommt zu einer Trennung der Notwendigkeit der Verteidigung und der tatsächlichen Bestellung eines Pflichtverteidigers.⁹ Die notwendige Verteidigung folgt hiernach im Ausgangspunkt nicht einem Automatismus, der im Sinne des Prinzips der *Waffengleichheit* dafür sorgt, dass dem Beschuldigten ein „juristisch geschulter Berater“ zur Seite steht,¹⁰ sondern dem (rational abwägendem?) Willen des Beschuldigten, welcher nach diesem Regelungsgefüge auf eine Verteidigung (zunächst) verzichten kann (auch aus irrationalen Gründen wie Angst oder Scham). Das kann man gut oder schlecht finden, nur sollte einem die Tragweite dieses Regelungsgefüges bewusst sein: Indem auf diesem Weg für die effektive Wahrnehmung seiner Rechte der Beschuldigte essenziell auf seine Fähigkeiten zur Kommunikation und das Verständnis sprachlicher Zeichen angewiesen ist (s. § 141 Abs. 1 S. 1 StPO: „... nach *Belehrung ausdrücklich beantragt*“), macht sich das Gesetz in nicht geringem Umfang frei von der Verantwortung für eine effektive Verteidigung des Beschuldigten vor allem in denjenigen Konstellationen, in denen es – aus welchen Gründen auch immer – zu Verständigungsproblemen kommt. Der Senat treibt diesen Geist des Gesetzes weiter, wenn er in der Besprechungsentscheidung ausführt, dass der Beschuldigte nicht allein wegen mangelnder Sprachkenntnisse individuell schutzbedürftig sei, da er ja schließlich einen

Dolmetscher oder Übersetzer unentgeltlich hinzuziehen könne (Rn. 18).

Das Gesetz überantwortet zusammengefasst in weitreichendem Umfang – nämlich dann, wenn keine Konstellation des § 141 Abs. 2 S. 1 StPO einschlägig ist – dem Einzelnen die Folgenabwägung der Entscheidung für oder gegen den Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers: „Die psychische Ausnahmesituation der Vernehmungssituation, der uU eine Festnahme voran ging, wird vom Gesetzgeber ausgeblendet“.¹¹ Die notwendige Verteidigung wird in der Lesart des § 141 Abs. 1 StPO zu einer Frage der individuell-autonomen Entscheidung des Beschuldigten. Das Institut des Verteidigers besitzt innerhalb des Strafverfahrensrechts jedoch nach h.A. nicht nur eine individualschützende Komponente, sondern ist ein „rechtsstaatlicher Garant der Unschuldsumutung für den Beschuldigten“ und dient somit auch öffentlichen Interessen.¹² Deswegen kann dem Beschuldigten auch gegen seinen Willen ein Pflichtverteidiger bestellt werden (was auch im neuen Recht nach § 141 Abs. 2 S. 1 StPO möglich ist).¹³ Wie sich diese Dimension der notwendigen Verteidigung mit dem Primat einer privatautonomen Entscheidung i.S.d. § 141 Abs. 1 StPO auf einen axiologischen Nenner bringen lässt, kann hier nur im zweifelnden Duktus als Frage formuliert, nicht aber beantwortet werden.¹⁴

Abschließend sei daran erinnert, wie belastend und aufreibend ein Ermittlungsverfahren auf den juristisch nicht vorgebildeten Bürger wirken kann.¹⁵ Die Vorschrift des § 141 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 StPO ist hierfür nur ein untauglicher Ausgleich. Diese These wird von dem zu besprechenden Beschluss belegt.

III. Wesentlicher Inhalt der Entscheidung

Der Angeklagte, ein syrischer Staatsangehöriger, der seit 2014 in Deutschland lebt, wurde vom OLG Düsseldorf „wegen Beihilfe zum Kriegsverbrechen gegen eine Person durch Tötung in Tateinheit mit Beihilfe zum Mord und mit Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ausland zu einer Freiheitsstrafe von neun Jahren verurteilt“ (Rn. 1). Mit seiner Revision hat der Angeklagte die Verletzung formellen und materiellen Rechts gerügt, wobei sich die folgenden Gedanken auf die Verfahrensrüge beschränken, die der Angeklagte auf eine Verletzung des „§ 141 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 StPO wegen unterbliebener Bestellung eines Pflichtverteidigers vor polizeilichen

⁵ S.a. BT-Drucks. 19/15151, S. 6.

⁶ Nach Anklageerhebung greift § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 4 StPO, s. hierzu *Böß* NStZ 2020, 185, 191.

⁷ *Müller-Jacobsen* NJW 2020, 575.

⁸ *Müller-Jacobsen* NJW 2020, 575 f. spricht von einer „gewichtigen materiellen Änderung“.

⁹ S. *Böß* NStZ 2020, 185 f. (auch zu dem europarechtlichen Hintergrund dieser Systematik).

¹⁰ S. zu diesem Gedanken *Klaas* JA 2020, 262, 263; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 15. Aufl. (2020), Rn. 225; *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. (2015), Rn. 174.

¹¹ *BeckOKStPO/Krawczyk*, 43. Ed. (April 2022), § 141 Rn. 9 – Hervorhebungen getilgt.

¹² *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. (2017), § 19 Rn. 1. S.a. *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 15. Aufl. (2020), Rn. 227; *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. (2015),

Rn. 178; *BeckOKStPO/Krawczyk*, 43. Ed. (April 2022), § 141 Rn. 1.

¹³ BT-Drucks. 19/13829, S. 38; zum Ganzen auch *Kraft/Girkens* NStZ 2021, 454, 457. Zu dieser paternalistischen Dimension der notwendigen Verteidigung *LR/Jahn*, 27. Aufl. (2021), § 140 Rn. 2 ff.

¹⁴ Zweifelnd auch *Lichtenthäler* FD-StrafR 2022, 449463. Ausf. zum „ambivalenten Gesamtkonzept“ der §§ 140 f. *LR/Jahn*, 27. Aufl. (2021), § 140 Rn. 6.

¹⁵ Klarstellend *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. (2015), Rn. 170. S. demgegenüber *Kraft/Girkens* NStZ 2021, 454, 462: „Die Neuregelung hat eine immense Stärkung der Beschuldigtenrechte – insbesondere in Verfahren der Schwerekriminalität – zur Folge, die den Ermittlungsbehörden und Gerichten die Wahrheitsfindung erschwert und die Belange von Kriminalitätsopfern erneut nicht ausreichend berücksichtigt“.

Beschuldigtenvernehmungen“ stützt (Rn. 3). Nach den erstinstanzlichen Feststellungen ist der Angeklagte im Rahmen seiner polizeilichen Vernehmungen belehrt worden, „dass er im Fall der notwendigen Verteidigung die Bestellung eines Pflichtverteidigers »beanspruchen« könne“ (Rn. 5). Unter Einbeziehung eines Dolmetschers äußerte er sich im Rahmen der Vernehmung – ohne Beordnung und Anwesenheit eines Verteidigers. Eine hierbei präsente (polizeiliche) Vernehmungsperson wurde in der Hauptverhandlung als Zeuge gehört. Der Verwertung der Aussagen der Vernehmungsperson über den Inhalt der Vernehmungen des Angeklagten wurde durch den Verteidiger des Angeklagten widersprochen. Das OLG verwertete die Bekundungen des Zeugen gleichwohl (Rn. 5).

Der Senat erblickt keinen Rechtsfehler in dem Umstand, dass dem Angeklagten im Zusammenhang mit seiner Beschuldigtenvernehmung im Ermittlungsverfahren kein Pflichtverteidiger bestellt wurde. Der BGH weist ergänzend darauf hin, dass selbst wenn die Bestellung eines Pflichtverteidigers zu Unrecht unterbleibt, dieser Verfahrensverstoß nicht zwingend ein Verbot der Verwertung der Vernehmung zur Folge habe (Rn. 7, 20 ff.). Auch im konkreten Einzelfall begründe eine „Zusammenschau der Umstände“ (Rn. 24) die Verwertbarkeit der Aussage des Zeugen.

Auch ein (hier einschlägiger) Fall der notwendigen Verteidigung i.S.d. § 140 Abs. 1 Nr. 1 oder 2 StPO begründe für sich allein noch nicht das Gebot des § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO zur Bestellung eines notwendigen Verteidigers *unabhängig von einem Antrag des Beschuldigten*.

Von diesem Mechanismus abzuweichen, sei weder durch „systematische noch richtlinien- bezogene oder verfassungsrechtliche Erwägungen“ geboten (Rn. 8).

Aus der PKH-Richtlinie ergebe sich nicht, dass die Bestellung eines notwendigen Verteidigers auch ohne Antrag zu erfolgen habe (Rn. 10 ff.).¹⁶ Auch das Gebot einer fairen Verfahrensgestaltung stehe der geltenden Gesetzesfassung nicht entgegen (Rn. 14). Die Begründung macht sich der Senat dabei sehr einfach: Die Möglichkeit, die Bestellung eines Verteidigers zu beantragen, gebe dem Beschuldigten die Möglichkeit, „auf den Gang und das Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen“, weswegen er nicht nur *Objekt* des Verfahrens sei (Rn. 14).

Der Senat stellt im zu besprechenden Beschluss klar, dass zur Beantwortung der i.S.d. § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO maßgeblichen Frage, ob der Beschuldigte sich nicht selbst verteidigen kann, dessen individuelle Schutzbedürftigkeit maßgeblich ist (Rn. 7, 15 ff.).¹⁷ Der Senat ist der Auffassung, dass dem Gesetzgeber eine inhaltsgleiche Auslegung des Kriteriums der Unfähigkeit zur eigenen Verteidigung i.S.d. § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO und des § 140 Abs. 2 StPO vorgeschwebt habe (Rn. 16).¹⁸ Das führt

¹⁶ S.a. *Lichtenthäler* FD-StrafR 2022, 449463.

¹⁷ S. hierzu bspw. *KMR/Staudinger*, 111. EL (Mai 2022), § 140 Rn. 34.

¹⁸ S. hierzu *BT-Drucks.* 19/13829 S. 27.

¹⁹ Zu den insofern bestehenden systematischen Brüchen *LR/Jahn*, 27. Aufl. (2021), § 141 Rn. 30 f.

allerdings zu der Konsequenz, dass in den Konstellationen der letzten Variante des § 140 Abs. 2 StPO, in denen also „ersichtlich ist, dass sich der Beschuldigte nicht selbst verteidigen kann“, nachgerade zwangsläufig auch § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO greift. Insofern ist es allerdings bemerkenswert, dass diese Gleichstellung bzgl. der übrigen Konstellationen in § 140 Abs. 2 StPO nicht in § 141 Abs. 2 StPO aufgegriffen wird, dass also die Schwere der Tat, die Schwere der zu erwartenden Rechtsfolge oder die Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage nicht mit der Notwendigkeit einer Verteidigung unabhängig von einem Antrag des Beschuldigten korrespondiert.¹⁹ Der Senat beauftragt sich in dem Beschluss gerade darauf, dass nur der *individuelle* Aspekt der Unfähigkeit zur Verteidigung für § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO genügt, nicht aber die sachlichen Gründe i.S.d. § 140 Abs. 2 Var. 1, 2 und 3 StPO (Rn. 16 f.).

Ob ein Beschuldigter individuell schutzbedürftig ist, sei anhand einer „Gesamtwürdigung“ zu prüfen (Rn. 18). Eine solche Gesamtwürdigung stellt der Senat freilich nicht an, vielmehr verweist er ausschließlich auf zwei Indizien, die sich gegen die individuelle Schutzbedürftigkeit in Stellung bringen ließen (Rn. 18): So begründeten fehlende Sprachkenntnisse allein keine Schutzbedürftigkeit, da der Beschuldigte sich gem. § 187 Abs. 1 GVG der Dienste eines Übersetzers bzw. Dolmetschers bedienen kann (Rn. 18). Auch die Bedeutung der Vernehmung für das weitere Verfahren als solche begründe noch nicht die Schutzbedürftigkeit des Angeklagten (Rn. 18 f.).

I.Ü. aber widmet sich der Senat vor allem der Darlegung, dass ein Beweisverwertungsverbot nicht die zwingende Folge eines Verstoßes gegen § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO ist, auch wenn „die Bestellung eines Pflichtverteidigers vor einer Beschuldigtenvernehmung zu Unrecht unterblieben ist“ (Rn. 20).

Für die Prüfung verweist der Senat entsprechend der üblichen Rspr. zu Beweisverwertungsverboten, die sich nicht unmittelbar aus dem Gesetz ergeben, auf die „Abwägung der widerstreitenden Interessen“ (Rn. 21, sog. *Abwägungslehre*²⁰). Die Annahme eines Beweisverwertungsverbot wird – ebenfalls im Einklang mit den üblichen Grundsätzen – als Ausnahme qualifiziert,²¹ da „das Gericht die Wahrheit zu erforschen und dazu die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat“ (Rn. 21).

Innerhalb des eigentlichen Abwägungsvorgangs stützt der BGH sich insbesondere darauf, dass ein gesetzliches Beweisverwertungsverbot nicht kodifiziert ist und auch nicht in der PKH-Richtlinie vorgesehen sei. I.Ü. seien „kognitive oder sonstige Einschränkungen des erwachsenen Angeklagten“ nicht ersichtlich, sodass er nicht außerstande gewesen sei, sich bei seiner Beschuldigtenvernehmung selbst zu verteidigen (Rn. 25).

²⁰ S. hierzu grundlegend *Eisenberg*, Beweisrecht der StPO, 10. Aufl. (2017), Rn. 367; *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. (2015), Rn. 908; *Paul* NStZ 2013, 489, 491 f.; ausf. *Neuber* NStZ 2019, 113 (jew. m.w.N.).

²¹ So bekanntlich auch das BVerfG, s. bspw. *HRRS* 2012 Nr. 27, Rn. 115 m.w.N.

IV. Zur Auslegung des § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO und seiner Anwendung in der Besprechungsentscheidung

Das Postulat, ein Fall der notwendigen Verteidigung begründe für sich genommen noch keine Pflicht zur Bestellung eines notwendigen Verteidigers, mag auf den ersten Blick verwirren, ist rechtsmethodisch allerdings korrekt. Auch der BGH bezieht sich – insofern mit Recht – auf die Regelungsstruktur der Norm sowie den Willen des Gesetzgebers (s. Rn. 9), wonach die Bestellung des Pflichtverteidigers im Grundsatz (welcher im Gesetz durch § 141 Abs. 1 StPO repräsentiert wird) nur dann zu erfolgen hat, wenn der Beschuldigte dies ausdrücklich beantragt.²²

In Ergänzung zu diesem normativen Grundfall wird nach § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO dem Beschuldigten – unabhängig von einem Antrag²³ – ein Pflichtverteidiger bestellt, wenn „im Vorverfahren ersichtlich ist, dass sich der Beschuldigte, insbesondere bei einer Vernehmung des Beschuldigten oder einer Gegenüberstellung mit ihm, nicht selbst verteidigen kann“. Rechtstheoretisch betrachtet regelt die Vorschrift auf Rechtsfolgenebene folglich eine gebundene Entscheidung. Diese Rechtsfolge ist jedoch konditional an die Situation geknüpft, dass sich der Beschuldigte nicht selbst verteidigen kann. Dieser Tatbestand im rechtstheoretischen Sinn beinhaltet also eine Voraussetzung, die einen Wertungs- bzw. Beurteilungsspielraum eröffnet,²⁴ wobei „erhebliche Zweifel an der Verteidigungsfähigkeit“²⁵ bzw. Anhaltspunkte²⁶ für die Unfähigkeit zur eigenen Verteidigung genügen.

Gerade an diesem Punkt entzündet sich die Kritik an dem Beschluss des 3. Strafsenats.

Bemerkenswert ist zunächst, mit welcher argumentativen Leichtigkeit der Senat darlegt, dass der Beschuldigte sich selbst verteidigen konnte bzw. nicht schutzbedürftig war: Einschränkungen seien nicht ersichtlich, deswegen sei der Angeklagte in der Lage gewesen sich selbst zu verteidigen (Rn. 24). Diese schmale „Erörterung“ wird den in der Gesetzesbegründung dargelegten Maßstäben nicht gerecht. Der Gesetzgeber äußerte sich nämlich dahingehend, dass der Beschuldigte individuell schutzbedürftig ist, „wenn er etwa auf Grund mangelnder Übersicht die Tragweite der Nichtausübung seines Antragsrechts nicht zu erkennen vermag“.²⁷ Die pauschale Behauptung, der Angeklagte konnte sich selbst verteidigen, belegen nur unzureichend, dass die vom Gesetzgeber angesprochene Übersicht über die Tragweite seiner Entscheidung tatsächlich bestand.

Der Standpunkt des Senats, dass der Beschuldigte sich gem. § 187 Abs. 1 GVG der Dienste eines Übersetzers bzw. Dolmetschers bedienen konnte und deswegen nicht individuell schutzbedürftig gewesen sei, ist zudem ausgesprochen pauschal und berücksichtigt insbesondere nicht, dass in der Praxis die Qualität der Leistungen von Dolmetschern und Übersetzern nicht durchgängig sichergestellt ist.²⁸ Trotz der Möglichkeit des § 187 Abs. 1 GVG entspricht es daher der üblichen Ansicht, dass „bei Verständnisschwierigkeiten[,] zum Beispiel bei Beschuldigten, die der Gerichtssprache nicht mächtig sind, [...] in der Regel ein Verteidiger beizuordnen“ ist.²⁹ Dass der Senat hiergegen zu Bedenken erlert, dass der Angeklagte seit 2014 die deutsche Sprache erlernt (Rn. 25), ist angesichts der Tatsache, dass an der polizeilichen Vernehmung ein Dolmetscher beteiligt war (Rn. 5), nur ein schwacher Trost.

Es muss daher konstatiert werden, dass der Senat in der Entscheidung die Tore für eine äußerst restriktive Handhabung³⁰ der individuellen Schutzbedürftigkeit i.S.d. § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO weit aufgerissen hat. Angesichts der schmalen Begründungslast, die sich der Senat selbst aufgebürdet hat, könnten die Tatgerichte geneigt sein, die Fähigkeit des Beschuldigten zur eigenen Verteidigung ohne nähere Prüfung zu bejahen (bspw. weil sich keine Defizite aufdrängen).

Umso bemerkenswerter ist daher der Standpunkt des Senats, es sei weder unter europarechtlichen noch unter verfassungsrechtlich Vorzeichen problematisch, dass nach dem geltenden Recht die Bestellung eines Pflichtverteidigers grundsätzlich von einem entsprechenden Antrag des Beschuldigten abhängt,³¹ weil „der deutsche Gesetzgeber den Bedürfnissen schutzbedürftiger Personen insofern Rechnung getragen [hat], als in den Fällen des § 141 Abs. 2 Satz 1 StPO ein Pflichtverteidiger grundsätzlich unabhängig von einem Antrag bestellt wird“ (Rn. 12). Diese These als zutreffend unterstellt³² fragt sich gleichwohl, ob der Senat den „Bedürfnissen schutzbedürftiger Personen“ hinreichend Rechnung getragen hat. Oder anders gewendet: Unter welchen Umständen liegt denn die Unfähigkeit zur Verteidigung vor, wenn schon nicht in der hier einschlägigen Konstellation?³³ Die Grenze erst ab dem Bereich des § 20 StGB zu ziehen, kann sicherlich keine Lösung sein.³⁴

²² So BT-Drucks. 19/15151 S. 6. Krit. hierzu LR/Jahn, 27. Aufl. (2021), § 141 Rn. 5.

²³ Zur insofern konstruktiv ermöglichten *aufgezwungenen* Verteidigung s. Klaas JA 2020, 262, 264.

²⁴ Hierzu LR/Jahn, 27. Aufl. (2021), § 140 Rn. 68.

²⁵ S. KMR/Staudinger, 111. EL (Mai 2022), § 140 Rn. 34.

²⁶ So BeckOKStPO/Krawczyk, 43. Ed. (April 2022), § 140 Rn. 39.

²⁷ BT-Drucks. 19/13829, S. 38.

²⁸ Ausf. Makepeace StV 2020, 570 ff.

²⁹ KMR/Staudinger, 111. EL (Mai 2022), § 140 Rn. 35. So auch LR/Jahn, 27. Aufl. (2021), § 140 Rn. 106 m.w.N.

³⁰ Zu dieser Einschätzung gelangt auch Lichtenthäler FD-StrafR 2022, 449463.

³¹ Kritisch hierzu BeckOKStPO/Krawczyk, 43. Ed. (April 2022), § 141 Rn. 5 f.

³² Hiergegen freilich mit Recht BeckOKStPO/Krawczyk, 43. Ed. (April 2022), § 141 Rn. 9.

³³ Eindringlich auch Lichtenthäler FD-StrafR 2022, 449463.

³⁴ Vgl. BeckOKStPO/Krawczyk, 43. Ed. (April 2022), § 140 Rn. 45.

V. Analyse der Ausführungen des Senats zu einem möglichen Beweisverwertungsverbot bei einem Verstoß gegen § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO

Wie bereits angedeutet, hat der Senat sich in der Entscheidung nicht festlegen wollen, ob tatsächlich ein Verstoß gegen § 141 Abs. 2 S. 2 Nr. 1 StPO vorliegt, sondern dargelegt, dass (selbst wenn dem so sein sollte) sich hieraus nicht die Unverwertbarkeit der Beschuldigtenvernehmung ergibt (Rn. 20 ff.).

Lichtenthäler qualifiziert in einer Anmerkung die Ausführungen des BGH zu dem nicht einschlägigen Beweisverwertungsverbot als obiter dictum.³⁵ Das ist nach einer in der Literatur vertretenen Auffassung insofern unbefriedigend, als auf die vom BGH genutzte *Abwägung* grundsätzlich nur bei sog. selbständigen Beweisverwertungsverboten zurückzugreifen sei,³⁶ wenn der Verwertung also keine Gesetzesverletzung vorausgegangen ist.³⁷ Bei unselbständigen Beweisverwertungsverboten soll nach dieser Ansicht hingegen die sog. Schutzzwecklehre³⁸ greifen, also der Schutzzweck der jeweils verletzten Norm entscheiden, nicht aber eine *systemlose*³⁹ Abwägung.⁴⁰ Denn erstens habe der Gesetzgeber bereits eine Abwägung getroffen, zweitens führt die Abwägung wegen der von der Rspr. betonten Schwere der Tat in praxi nur bei Vergehen oder Bagatellden zu einem Verwertungsverbot⁴¹ und drittens ist schon dogmatisch nicht recht einleuchtend, warum die Schwere der Tat über die Verwertbarkeit von Beweisen ausschlaggebend sein soll (insbesondere wenn die jeweils übertretene Verfahrensvorschrift eine Differenzierung gerade nicht anstellt).⁴²

Legt man diese Ansicht zugrunde, hätte also sehr wohl geprüft werden müssen, ob § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO verletzt wurde. In diesem Sinne plädiert bspw. *Jahn* ganz

grundsätzlich für das Eingreifen von Beweisverwertungsverboten bei Verstößen gegen § 141 Abs. 1, 2 StPO.⁴³

Indes lässt sich die referierte Ansicht, wonach in den Fällen unselbständiger Beweisverwertungsverbote nicht auf die Abwägungslehre zurückgegriffen werden kann, nicht ohne Probleme auf (den Verstoß gegen) § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO übertragen. Grund hierfür ist, dass der Gesetzgeber sich selbst auf den Standpunkt zurückgezogen hat, dass „ein Verstoß gegen die Vorschriften, wonach die Vernehmung in Fällen notwendiger Verteidigung nur in den eng begrenzten Ausnahmefällen des § 141a StPO-E vor der Bestellung eines Verteidigers durchgeführt werden darf, [...] nicht automatisch zu einem Verwertungsverbot führen [soll]. Vielmehr sollen – wie auch in sonstigen Fällen – die allgemeinen Grundsätze zur Anwendung gelangen. Danach führen nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs Rechtsverstöße bei der Beweiserhebung nicht in jedem Fall zur Unverwertbarkeit der dadurch erlangten Erkenntnisse. Vielmehr ist je nach den Umständen des Einzelfalls unter Abwägung aller maßgeblichen Gesichtspunkte und der widerstrebenden Interessen zu entscheiden (sog. Abwägungslehre)“.⁴⁴

Da bei Abwägungsentscheidungen rechtsmethodisch eine „relative Freiheit“ besteht, ist die Kompetenz des Rechtsanwenders zu einer solchen Abwägung „ein Problem des Gesetzesbindungspostulats“, denn den Gerichten wird unter normtheoretischen Gesichtspunkten überantwortet, in einer Konfliktsituation eine (fallgruppenorientierte) Vorrangregel zu bilden⁴⁵ und ein Werturteil zu treffen.⁴⁶ Entzieht sich der Gesetzgeber also im vorliegenden Regelungskomplex seiner Verantwortung, selbst den Konflikt zwischen den gegensätzlichen Interessen zu entscheiden?⁴⁷ Oder erteilt er der Rechtsprechung des BGH, die im Zweifel den Strafverfolgungsinteressen den Vorrang einräumt,⁴⁸ seinen Segen? Die Antwort kann im Rahmen dieser Anmerkung nicht gegeben werden. Es lässt sich jedoch vermuten, dass die pragmatische, die Strafverfolgungsinteressen betonende Lösung des Senats im Einklang mit dem Geist des Gesetzgebers der Reform der

³⁵ *Lichtenthäler* FD-StrafR 2022, 449463.

³⁶ S. *Beulke* ZStW 103 (1991), 657 ff.; *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 15. Aufl. (2020), Rn. 705; *Fahl* NStZ 2021, 261, 263; *Grünwald* JZ 1966, 489, 492 ff.; grundlegend auch *MüKoStPO/Kudlich*, 1. Aufl. (2014), Einl. Rn. 461.

³⁷ Zu den Begriffen der (un-)selbständigen Beweisverwertungsverbote s. *Schroth* JuS 1998, 969; *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 10. Aufl. (2021), § 28 Rn. 4 f. Grundlegend *Rogall* ZStW 91 (1979), 1, 3 f. Ausf. *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 4 ff., 14 ff.

³⁸ Bekanntlich ist es bisher nicht gelungen, den Pluralismus möglicher Beweisverwertungsverbote anhand eines einheitlichen Prinzips zu systematisieren (s.a. *Amelung*, Prinzipien strafprozessualer Beweisverwertungsverbote, 2011, passim). Die Vielgestaltigkeit der realiter vorkommenden Beweisverwertungsverbote kennt keinen singulären gleichen Nenner, s. hierzu statt aller *Volk/Engländer*, Grundkurs StPO, 10. Aufl. (2021), § 28 Rn. 8; ausf. *Jäger*, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 69 ff.

³⁹ Zum Vorwurf des systemlosen Abwägungsstrafprozessrechts ausf. *Wolter*, in: Festschrift für Roxin (2011), S. 1245 ff.

⁴⁰ So *Beulke/Swoboda*, Strafprozessrecht, 15. Aufl. (2020), Rn. 705 m.w.N.

⁴¹ So nachvollziehbar *Fahl* NStZ 2021, 261, 263; s.a. *Wolter*, in: Festschrift für Roxin (2011), S. 1245, 1265.

⁴² Vgl. *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. (2017), § 24 Rn. 41.

⁴³ S. LR/*Jahn*, 27. Aufl. (2021), § 141 Rn. 41 f.

⁴⁴ S. BT-Drucks. 19/13829, S. 39 f.

⁴⁵ Grundlegend *Koch*, in: Erbguth (Hrsg.), Abwägung im Recht (1995), S. 9 ff. (Zitate auf S. 10). Zur normtheoretischen Konstruktion der Abwägung(-sentscheidung) s. *Alexy*, ARSP-Beiheft N.F. 14 (1980), 181, 196 f.

⁴⁶ *Röhl/Röhl*, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 654.

⁴⁷ Tatsächlich überlässt der Gesetzgeber häufig Wissenschaft und Praxis die Klärung der Verwertbarkeit und regelt selten explizit Verwertungsverbote, s. nur *Cramer/Bürgle*, Die strafprozessualen Beweisverwertungsverbote, 2. Aufl. (2004), S. 18.

⁴⁸ BeckOKStPO/*Krawczyk*, 43. Ed. (April 2022), § 141 Rn. 24. Allg. *Beulke* Jura 2008, 653, 655; *Roxin/Schünemann*, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. (2017), § 24 Rn. 30.

notwendigen Verteidigung steht, welche sich durch eine gewisse Härte auszeichnet. Dem Gesetzgeber selbst schwebte nämlich vor, „dass Bedenken gegen die Verwertbarkeit einer Einlassung des unverteidigten Beschuldigten nicht erhoben werden können, auch wenn ein Fall notwendiger Verteidigung gemäß § 140 StPO-E vorliegt“. Der Beschuldigte, der nach § 141 Abs. 1 StPO keinen Antrag auf Bestellung eines notwendigen Verteidigers stellte, verzichte auf Rechtsbeistand.⁴⁹ Auch wenn sich diese Formulierung so in den Gesetzgebungsmaterialien (naturgemäß) nicht findet, ist die hinter diesem Regelungssystem stehende Logik doch leicht erkennbar: Wer einen entsprechenden Antrag nicht stellt, „ist selbst schuld“. Wenn auch der Senat betont, dass der Beschuldigte „in der Lage war, sich bei den Vernehmungen selbst zu verteidigen“ (vgl. Rn. 24), dann ist damit doch auch angesprochen, dass der Beschuldigte einen Antrag i.S.d. § 141 Abs. 1 StPO hätte stellen können.

Bzgl. der konkreten Abwägung, die der BGH in dem Beschluss anstellt (Rn. 22 ff.), sei zuletzt noch auf ein stützig machendes Detail hingewiesen: Die Abwägung als eine der juristischen Methoden ist ihrer Idee nach „operationalisierte Gerechtigkeit“.⁵⁰ Die Konfliktlösung i.F. der Abwägung tritt dabei stets (ob bewusst oder unbewusst) mit dem Anspruch auf normative Richtigkeit auf.⁵¹ Die Überzeugungskraft einer Abwägung und des gefundenen Ergebnisses leben vordergründig davon, dass die für die Abwägung relevanten Umstände in hinreichendem Ausmaß zusammengetragen (und sodann gewichtet) wurden.⁵² An dieser Stelle offenbart sich ein Mangel in der Erörterung des Senats, denn das Gebot eines fairen Strafverfahrens⁵³ tritt innerhalb des Beschlusses nur im Zusammenhang mit der Würdigung des Regelungsgefüges der §§ 140, 141 StPO und damit auf abstrakter Normebene auf, nicht aber innerhalb der konkreten Abwägung bzgl. der Frage nach einem Beweisverwertungsverbot. Das widerspricht der Rspr. des BVerfG, welches klargestellt hat, dass das Fairnessgebot vor allem in diesem Zusammenhang Auswirkungen zeitigt.⁵⁴ Auch hat das BVerfG betont, dass das Recht auf ein faires Verfahren dem Beschuldigten gewährleistet, „prozessuale Rechte und Möglichkeiten mit der erforderlichen Sachkunde

wahrnehmen“ zu können.⁵⁵ Folglich verlangt das BVerfG bzgl. des Recht auf ein faires Verfahren eine „Anwendung der Beweisverwertungsgrundsätze im konkreten (!) Fall“.⁵⁶ Diese Anwendung ist wie ausgeführt in dem Beschluss des 3. Senats nicht ersichtlich.

VI. Abschließende Würdigung

Zum Abschluss sei noch klargestellt, dass ich diese Entscheidung nicht für eine bloße Ausnahmeerscheinung halte, die sich durch argumentative Nachlässigkeit erklären lässt, sondern für eine wohlüberlegte Grundsatzentscheidung des 3. Strafsenats. Der Grund für meine Annahme verbirgt sich insbesondere in Rn. 6 des Beschlusses. Dort führt der Senat aus, dass es „keiner vertieften Erörterung [bedarf], ob die Verfahrensbeanstandung den Anforderungen nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO genügt“. Dahingehend bestehen unter Berücksichtigung der durch die Rspr. aufgestellten hohen Hürden⁵⁷ tatsächlich Zweifel, was in dem Beschluss auch angedeutet wird (Rn. 6). Der Senat führt jedoch aus, dass „ungeachtet dessen [...] die Verwertung der durch einen Vernehmungsbeamten in die Hauptverhandlung eingeführten Beschuldigtenvernehmung nicht zu beanstanden [ist]“. Der Senat hat also nicht den weniger brisanten Ausweg der Unzulässigkeit der Verfahrensrüge gewählt, sondern die Möglichkeit inhaltlicher Klarstellungen zu § 141 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 StPO und einem etwaigen Beweisverwertungsverbot genutzt. Die Entscheidung halte ich aus den dargestellten rechtsdogmatischen Gründen für kritikwürdig. Sie bietet darüber hinaus wegen ihrer Implikationen zum Verhältnis von Strafverfolgungsinteressen und dem Schutz individueller Rechte auch Analysematerial für eine kritische Theorie der gegenwärtigen Lage des Rechtsstaats,⁵⁸ schließlich ist das Strafverfahrensrecht bekanntlich ein „Seismograph der Staatsverfassung“.⁵⁹ Die der Abwägungslehre seit jeher inhärente Wertungsoffenheit (die zulasten der Rechtssicherheit geht)⁶⁰ ist vom Senat im hier gewürdigten Beschluss vor allem mit Strafverfolgungsinteressen ausgefüllt und für eine entsprechende Vorrangregel genutzt worden.

⁴⁹ BT-Drucks. 19/15151, S. 6.

⁵⁰ So Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. (2020), Rn. 484.

⁵¹ S. Röhl/Röhl, Allgemeine Rechtslehre, 3. Aufl. (2008), S. 652.

⁵² Reimer, Juristische Methodenlehre, 2. Aufl. (2020), Rn. 489. Speziell für die Abwägungslehre innerhalb der Theorie strafprozessualer Verwertungsverbote Paul NStZ 2013, 489, 491 f.

⁵³ Hierzu Volk/Engländer, Grundkurs StPO, 10. Aufl. (2021), § 18 Rn. 9; Jäger, Beweisverwertung und Beweisverwertungsverbote im Strafprozess, 2003, S. 207 ff.

⁵⁴ BVerfG HRRS 2012 Nr. 27, Rn. 110 ff. m.w.N..

⁵⁵ BVerfG HRRS 2009 Nr. 296, Rn. 70.

⁵⁶ BVerfG HRRS 2012 Nr. 27, Rn. 116, 119.

⁵⁷ MüKoStPO/Knauer/Kudlich, 1. Aufl. (2019), § 344 Rn. 91 ff. m.w.N.

⁵⁸ Grundlegend hierzu Söllner Leviathan 10 (1982), 97 ff.

⁵⁹ Roxin/Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl. (2017), § 2 Rn. 1.

⁶⁰ S. nur Beulke Jura 2008, 653, 655.

Ein kritischer Blick auf den EncroChat-Beschluss des 5. Strafsenats des BGH

Von RA Hans Meyer-Mews, Bremen*

I. Einleitung

Am 2. März 2022¹ hat der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs im Beschlusswege entschieden, dass die von den französischen Ermittlungsbehörden gehackte EncroChat-Kommunikation in deutschen Strafprozessen als Beweis zugelassen ist. Der BGH nimmt dabei in Abrede, dass es sich bei den abgeschöpften EncroChat-Daten um eine anlasslose Massenüberwachung und Massendatenauswertung handelt; ein Beweisverwertungsverbot wegen der Rechtsverstöße gegen rechtshilferechtliche Bestimmungen käme nur in Betracht, wenn es sich dabei um die Verletzung individualschützender Normen handeln würde, was indessen bei den im Wege der Rechtshilfe überlassenen EncroChat-Daten nicht der Fall gewesen sei.² Der auf 47 Seiten ausführlich, aber eben nicht umfassend begründete Verwerfungsbeschluss des 5. Strafsenats ist durchaus fragwürdig.

Der 5. Strafsenat hat über die Verwertbarkeit der gehackten EncroChat-Kommunikation und damit über *neues Recht* durch Beschluss entschieden. Das ist nach der Rechtsprechung des BVerfG so zumindest nicht vorgesehen. Danach kann eine Revision durch Beschluss nur verworfen werden, wenn für jeden Sachkundigen ohne längere Prüfung erkennbar ist, dass das Urteil in sachlich-rechtlicher Hinsicht keine Fehler erkennen lässt und auch die erhobenen Rügen der Revision nicht zum Erfolg verhelfen können.³ Diese Voraussetzungen liegen regelmäßig nicht vor, wenn mit der Revision neue Rechtsfragen aufgeworfen werden, die im Schrifttum und in der Judikatur unterschiedlich beurteilt worden sind. Es stellt sich schon die Frage, welche apokryphen Gründe dafür maßgebend gewesen sein mögen, eine Grundsatzentscheidung⁴ im Beschlusswege zu treffen.

Zu den deutschen und auch völkervertragsrechtlichen Verfahrensgrundrechten gehört der *Rechtsschutz durch Verfahren* in Freiheitsentziehungsverfahren. Danach kann gemäß Art. 104 I GG die Freiheit der Person nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes und nur unter Beachtung der

darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden. Auch nach Art. 5 I EMRK darf die Freiheit nur in den in Art. 5 I 2 EMRK katalogisierten Fällen und nur auf die gesetzlich vorgeschriebene Weise entzogen werden. Dieser Rechtsschutz durch Verfahren gilt nach einer Literaturmeinung nur in den Fällen, in denen die betreffende Verfahrensvorschrift zumindest auch dem Schutz des Beschuldigten dient⁵; nach anderer Ansicht ist dieses Verfahrensgrundrecht nur verletzt, wenn das Urteil auf dem Verstoß gegen verfahrensrechtliche Bestimmungen beruht.⁶ Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat sich jedenfalls implizit der zuerst genannten Theorie angeschlossen, indem er ausführt, dass die den französischen und den deutschen Behörden anzulastenden Rechtsverstöße im Rechtshilfeverkehr keinen individualschützenden Charakter hätten, die verletzten Verfahrensvorschriften mit anderen Worten nicht dem Schutz der Beschuldigten dienten. Selbst wenn dem Bundesgerichtshof im Ausgangspunkt seiner Überlegungen zu folgen wäre, so geht doch die von ihm daraus gezogene Schlussfolgerung – wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird – geradezu grandios fehl.

Nachfolgend sollen einige bemerkenswerte Feststellungen, die der 5. Strafsenat in seinem EncroChat-Beschluss vom 2. März 2022 getroffen hat, erörtert werden, wobei die folgenden Ausführungen keinen Anspruch auf Vollständigkeit erheben.

II. Rechtsgrundlagen

1. § 100b StPO oder §§ 161, 261 StPO?

a) §§ 161, 261 StPO

Dem Beschluss des 5. Strafsenats des BGH vom 2. März 2022 zufolge ist die „*verfassungsgemäße Rechtsgrundlage für die Verwertung in der Hauptverhandlung erhobener Beweise § 261 StPO, unabhängig davon, ob diese zuvor im Inland oder auf sonstige Weise – etwa im Wege der Rechtshilfe – erlangt worden*“

* Der Verfasser Hans Meyer-Mews arbeitet als Rechtsanwalt in Bremen.

¹ Az. 5 StR 457/21 = NJW 2022, 1539, m. Anm. Cornelius = StraFo 2022, 196; StV 2022, 351, m. Anm. Brodowski.

² Vgl. Beukelmann, NJW-Spezial 2022, 248.

³ Vgl. BVerfG NJW 2002, 814, 815; v. Döllen/Meyer-Mews, StV 2005, 5.

⁴ Der Beschluss ist zur Veröffentlichung in der amtlichen Entscheidungssammlung (= BGHSt) vorgesehen.

⁵ Vgl. Meyer-Mews StraFo 2012, 7.

⁶ Vgl. Heidebach, Grundrechtsschutz durch Verfahren bei gerichtlicher Freiheitsentziehung [Diss.], Berlin, 2014.

sind“⁷ Diese Überzeugung stützt der 5. Strafsenat auf BVerfGE 130, 1. Dort heißt es: „Rechtsgrundlage für die Beweisverwertung in einem strafgerichtlichen Urteil ist § 261 StPO (...)“⁸ Nach § 261 StPO wird das Urteil aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung geschöpft. Daran besteht kein Zweifel. Fraglich bleibt aber, was Inbegriff der Hauptverhandlung sein darf. Es gilt der Strengbeweis, danach wird in der Hauptverhandlung nur durch Zeugen, Sachverständige, Urkunden und durch Augenschein Beweis erhoben, wobei es für Beweiserhebungen, die mit Eingriffen in Grundrechte verbunden sind, jeweils einer speziellen gesetzlichen Eingriffsgrundlage bedarf. Verschiedene Oberlandesgerichte haben als Eingriffsgrundlage die strafprozessuale Ermächtigung zur Online-Durchsuchung gemäß § 100b StPO erwogen.⁹ Der BGH lässt allerdings offen, ob § 100b StPO als gesetzliche Grundlage für die Verwertung der EncroChat-Kommunikation in Frage kommt, um dann weiter unten auszuführen, dass angesichts der Verdachtslage die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen Unbekannt wegen des Verdachts schwerer Betäubungsmittelstraftaten im Sinne eines Anfangsverdachts *plausibel* sei. Auf dieser Grundlage sei die GStA Frankfurt a. M. befugt gewesen, gemäß § 161 I StPO eine Europäische Ermittlungsanordnung zu erlassen, die auf eine umfassende Übermittlung sämtlicher Daten mit Bezug auf typischerweise im Rahmen organisierter Kriminalität begangene strafbare Handlungen im deutschen Staatsgebiet gerichtet war.¹⁰ Nach § 161 I StPO ist die StA u. a. befugt, bei einem bestehenden Verdacht einer Straftat zur Erforschung des Sachverhalts, von allen Behörden Auskunft zu verlangen, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften ihre Befugnisse besonders regeln.

Die aus § 161 I StPO folgende Ermittlungsbefugnis setzt nach h. M. zumindest einen Anfangsverdacht voraus.¹¹ Auch ein Anfangsverdacht muss schon mit konkreten Tatsachen untermauert sein¹², vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen genügen dagegen nicht.¹³ So liegt es aber hier. In der *Europäischen Ermittlungsanordnung* (= EEA) der GStA Frankfurt vom 2. Juni 2020 heißt es dazu:

„Das Bundeskriminalamt wurde über Europol informiert, dass in Deutschland eine Vielzahl schwerster Straftaten (insbesondere Einfuhr und Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringen Mengen) unter Nutzung von Mobiltelefonen mit der Verschlüsselungssoftware ‚EncroChat‘ begangen werden. In diesem Zusammenhang ersuchen wir die französischen Justizbehörden, die unbeschränkte Verwendung der betreffenden Daten bezüglich der über EncroChat ausgetauschten Kommunikation in Strafverfahren gegen die Täter zu genehmigen.“

⁷ BGH, Beschluss vom 2. März 2022 – 5 StR 457/21, Rn. 25.
⁸ BVerfGE 130, 1, 29, Rn. 120 m.w.N.

⁹ Vgl. Hans OLG Hamburg, Beschluss vom 29. Januar 2021 – 1 Ws 2/21 Rn. 93 ff.; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 29. April 2021 – 2 Ws 47/21; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10. November 2021 – 2 Ws 261/21

¹⁰ BGH, Beschluss vom 2. März 2022 – 5 StR 457/21, Rdn. 53, 55 unter Hinweis auf die gegenteilige Ansicht von Wahl, ZIS 2021, 452, 460; Sommer, StV Spezial 2021, 67, 69; Zimmermann, ZfStW 2022, 173, 180

¹¹ Vgl. Köhler in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO⁶⁵, § 160, Rn. 5 m.w.N.

Weiter heißt es in der EEA der GStA Frankfurt a. M. vom 2. Juni 2020:

„Es besteht der Verdacht, dass bisher nicht identifizierte Personen in Deutschland unter Nutzung kryptierter Kommunikationsmittel schwerste Straftaten planen und begehen, insbesondere Betäubungsmittel in nicht geringen Mengen nach Deutschland einführen und hiermit im Bundesgebiet Handel treiben.“¹⁴

Ein auf konkrete Tatsachen, die auf eine oder mehrere von anderen abgrenzbaren Taten hindeuten gestützter Tatverdacht, lag danach der EEA vom 2. Juni 2020 nicht zugrunde.

Der § 161 I StPO schränkt die allgemeine Ermittlungsbefugnis zudem noch weiter ein. Das Auskunftsverlangen der StA besteht nur, soweit nicht andere gesetzliche Vorschriften die Befugnisse der StA besonders regeln. Sind Grundrechtseingriffe, wie etwa Eingriffe in Art 7, 8, 10, 11 GRCh, Art 1, 2, 6, 10, 13 GG mit dem Auskunftsverlangen der StA verbunden, so bedarf es hierfür einer besonderen normenklaren und ausreichend bestimmten gesetzlichen Grundlage. Diesem Gesetzlichkeitserfordernis ist nicht mit der Berufung auf § 161 StPO Genüge getan. Ein Auskunftsverlangen, das Erkenntnisse aus Eingriffen in informationstechnische Systeme betrifft, wäre nur zulässig, wenn eine entsprechende Maßnahme unter gleichen Bedingungen auch in einem deutschen Strafverfahren zulässig gewesen wäre. Nichts anderes ergibt sich aus der bisherigen Rechtsprechung des BGH.¹⁵ Nichts anderes ergibt sich aus der neueren Rechtsprechung des BVerfG. Danach kommt es stets darauf an, ob die personenbezogenen Daten nach dem Grundsatz der hypothetischen Datenneuerhebung, nach verfassungsrechtlichen Maßstäben auch für den geänderten Zweck – hier zur Strafverfolgung – neu erhoben werden dürften.¹⁶

Das Ausspähen der gesamten EncroChat-Kommunikation wäre, wie nachfolgend zu zeigen sein wird, insbesondere zum Zweck der Strafverfolgung nach deutschem Recht unzulässig.

b) § 100b StPO

Eine unterschiedslose und massenhafte Überwachung eines Messenger-Dienstes auf deutschem Boden könnte sich nicht auf § 100b StPO, in dem die Voraussetzungen der Onlinedurchsuchung geregelt sind, stützen.

Für eine Online-Durchsuchung i. S. d. § 100b StPO wird nämlich vorausgesetzt, dass bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand als Täter oder

¹² Vgl. ders., a. a. O., § 152, Rn. 4 m.w.N.

¹³ Vgl. ders., a. a. O., unter Hinweis auf BVerfGE 115, 166, 197; BVerfG NJW 2014, 3085.

¹⁴ Ermittlungsverfahren der GStA Frankfurt a. M., Az. 62 UJs 50005/20.

¹⁵ Vgl. BGHSt 58, 32, 41; BGH, Beschluss vom 2. März 2022 – 5 StR 457/21, Rn. 52.

¹⁶ Vgl. BVerfGE 156, 11, 50, Rn. 99 unter Hinweis auf BVerfGE 125, 260, 333; BVerfGE 133, 277, 373 ff., Rn. 225 f.; BVerfGE 141, 220, 327 ff., Rn. 287 ff.; BVerfGE 154, 152, 266 f., Rn. 216.

Teilnehmer eine besonders schwere Straftat begangen hat. Das erfordert ex ante einen über den Anfangsverdacht hinausgehenden qualifizierten Tatverdacht.¹⁷ Die Maßnahme darf sich grundsätzlich nur gegen den Beschuldigten richten (§ 100b III StPO).¹⁸ In Ausnahmefällen darf sich eine Maßnahme nach § 100b StPO auch gegen Dritte richten (§ 100b III S. 2 StPO). Gegen eine unbekannt Personemehrheit darf sich die Maßnahme gerade nicht richten. Die Maßnahme wäre mithin nach deutschem Recht nicht zulässig. Mit dieser Frage hat sich auch der 5. Strafsenat auseinandergesetzt und dazu Folgendes ausgeführt:

„Da es nicht um die Anordnung einer eigenen Ermittlungsmaßnahme geht, die erst noch von einem Mitgliedstaat im Ausland vollstreckt werden soll, sondern nur um den Transfer bereits vorliegender Beweismittel, hängt die Zulässigkeit einer Europäischen Ermittlungsanordnung deshalb in Fällen wie dem vorliegenden nicht davon ab, ob die zugrunde liegende Ermittlungsmaßnahme nach deutschem Recht (etwa §§ 100a, 100b StPO) rechtmäßig hätte ergehen können (...).“¹⁹

Durch diese Ausführungen hat der 5. Strafsenat die Gesetzeslage zumindest nicht vollständig im Blick gehabt. Die GStA Frankfurt a. M. hat am 2. Juni 2020 eine in Frankreich ausgelesene und gespeicherte, aber auf deutschem Boden geführte EncroChat-Kommunikation betreffende EEA erlassen. Die Voraussetzungen hierfür sind in Art. 6 I b EEA-RL²⁰, §§ 59 III, 91j IRG analog geregelt; danach muss die in dem ausgehenden Ersuchen angegebene Ermittlungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall unter denselben Bedingungen angeordnet werden können.²¹

Diese Vorschriften hat der 5. Strafsenat, worauf zu Recht *Cornelius*²² hingewiesen hat, bei seiner Entscheidung nicht berücksichtigt.²³ Die GStA Frankfurt a. M. war nicht befugt, eine EEA zu erlassen, weil eine mit dem unterschiedslosen und massenhaften Auslesen der EncroChat-Kommunikation vergleichbare Maßnahme nach deutschem Recht nicht hätte angeordnet werden dürfen.

Nach der Rechtsprechung des BVerfG macht zwar allein die fehlerhafte Auslegung eines Gesetzes die daraufhin ergangene Gerichtsentscheidung noch nicht willkürlich. Willkür liege, so das BVerfG, aber dann vor, wenn eine offensichtlich einschlägige Norm nicht berücksichtigt oder der Inhalt einer Norm in krasser Weise missdeutet wird.²⁴ Der 5. Strafsenat hat bei seiner Entscheidungsfindung die für ausgehende Rechtshilfeersuchen offensichtlich die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften, nämlich Art. 6 I b EEA-RL §§ 59 III, 91j IRG, nicht berücksichtigt, ja noch nicht einmal erwähnt. Das ist gemessen an der Rechtsprechung des BVerfG zu Art. 3 GG äußerst bedenklich.

¹⁷ Vgl. Köhler, a. a. O., § 100b, Rn. 4.

¹⁸ Vgl., ders., a. a. O., Rn. 8.

¹⁹ Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022, a. a. O., Rn. 53.

²⁰ Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (= EEA-RL)

²¹ Vgl. Zimmermann, ZfiStw 2022, 173, 179 m. w. N.

²² Vgl. Cornelius, NJW 2022, 1546.

2. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Beurteilung der Verdachtslage

Die gedankliche Schwäche in der Argumentationsführung in Bezug auf § 161 StPO und § 261 StPO hat der 5. Strafsenat des BGH in seinem Beschluss vom 2. März 2022 offenbar erkannt und dazu Folgendes ausgeführt:

„Für diese Prüfung ist auf den Erkenntnisstand im Zeitpunkt der Verwertung der Beweisergebnisse abzustellen (...). Insoweit kommt es nicht auf die Rekonstruktion der Verdachtslage im Anordnungszeitpunkt, sondern auf die Informationslage im Verwendungszeitpunkt an (...). Dem Gedanken des hypothetischen Ersatzeingriffs ist bereits dadurch Genüge getan, dass die Daten nunmehr im Strafverfahren zur Klärung eines Verdachts einer Katalogtat verwendet werden sollen (...) und sich die qualifizierte Verdachtslage aus den vorhandenen Daten ergibt.“²⁵

Entgegen der Ansicht des 5. Strafsenats folgt im Strafverfahren der Beweis dem Verdacht und nicht der Verdacht dem Beweis. Ermittlungshandlungen, die erst zum Verdacht führen sollen, also einem Tatverdacht vorausgehen, sind dem Strafverfahrensrecht fremd. Das hat der 5. Strafsenat leider übersehen.

Eine allgemeine verdachts- und unterschiedslose Verarbeitung personenbezogener Daten im Strafverfahren wäre nach dem Beschluss des 5. Strafsenats unbedenklich, wenn zwar bei Anordnung der Maßnahme kein konkretisierbarer oder gar qualifizierter Tatverdacht vorlag und sich die Maßnahme gerade nicht gegen eine bestimmte Person oder einen bestimmten Personenkreis richtete, sich dieser aber – nach Auswertung der so gewonnenen personenbezogenen Daten – im Zeitpunkt der Verwendung in einem Ermittlungsverfahren, welches sich gegen Beschuldigte richtet, die erst durch die verdachts- und unterschiedslose Erhebung und Speicherung personenbezogener Daten ermittelt werden konnten, ergibt.²⁶

Diese vom BGH vertretene Ansicht findet in der EEA-RL zumindest dem Wortlaut der Richtlinie nach – keine Stütze. Nach Art. 5 I der EEA-RL müssen aus der EEA u. a. der Gegenstand und die Gründe der EEA, die erforderlichen verfügbaren Angaben zu der oder den betroffenen Person und eine Beschreibung der strafbaren Handlung, die Gegenstand der Ermittlungen oder des Verfahrens sind, hervorgehen. Danach setzt ein Rechtshilfeersuchen auf Grundlage der EEA-RL einen über vage Vermutungen hinausgehenden, konkrete aufklärungsbedürftige Taten betreffenden Tatverdacht voraus. Zudem werden Angaben über den oder die Tatverdächtigen verlangt. Diese Voraussetzungen hätten vor Erlass einer EEA vorliegen müssen. Ein mit einem UJs-Aktenzeichen der StA versehenes Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt reicht für ein Rechtshilfeersuchen nach der EEA-RL dem Wortlaut nach

²³ Selbst wenn der 91j IRG, wie Zimmermann ausführt, nicht unmittelbar zur Anwendung kommen sollte, so hätte sich der 5. Strafsenat doch mit den Voraussetzungen einer entsprechenden Anwendung dieser Vorschrift befassen müssen.

²⁴ BVerfGE 87, 273, 279 m. w. N.

²⁵ BGH, a. a. O., Rn. 70.

²⁶ Ebenso Köhler, a. a. O., § 100e, Rn.

jedenfalls nicht aus. Es gab im Vorwege der die EncroChat-Kommunikation betreffenden EEA die vage Vermutung, dass Verstöße gegen das Waffengesetz, gegen das BtMG von unbekannt Personen, zu unbekannt Zeitpunkten, an unbekannt Orten, in unbekannt Umfang begangen worden sein könnten. Die näheren für den Erlass einer EEA vorausgesetzten Tatsachen sollten sich erst durch die im Wege der Rechtshilfe erlangten Daten der EncroChat-Kommunikation im Nachhinein ergeben. Das dürfte allein schon deswegen unzulässig sein, weil Rechtshilfe nach der EEA-RL nicht zur Aufklärung eines unbestimmten Generalverdachts, der sich gegen eine Bevölkerungsgruppe richtet, missbraucht werden darf.

Zur Rechtmäßigkeit der die Verkehrs- und Standortdaten betreffenden Vorratsdatenspeicherung hat der EuGH zuletzt ausgeführt, dass der Umstand, dass die Verkehrs- und Standortdaten rechtmäßig zum Zweck des Schutzes der nationalen Sicherheit auf Vorrat gespeichert wurden, keinen Einfluss auf die Rechtmäßigkeit ihrer Speicherung zum Zweck der Bekämpfung schwerer Kriminalität hat. Zum Zweck der Bekämpfung schwerer Kriminalität würden nationale Vorschriften, die *„die allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen, die Grenzen des absolut Notwendigen überschreiten und nicht als in einer demokratischen Gesellschaft gerechtfertigt angesehen werden können. Angesichts des sensiblen Charakters der Informationen, die sich aus den Verkehrs- und Standortdaten ergeben können, ist deren Vertraulichkeit nämlich von entscheidender Bedeutung für das Recht auf Achtung des Privatlebens.“*²⁷

Wenn aber gesetzliche Regelungen, die eine allgemeine und unterschiedslose Speicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen, gegen Art. 7 und 11 der GRCh verstoßen und damit im Rechtsraum der Europäischen Union unzulässig sind, dürfte die allgemeine und unterschiedslose – vorsorgliche – Speicherung der Kommunikationsinhalte sämtlicher Nutzer eines Kommunikationsdienstes erst recht unionsrechtswidrig sein.

Für die Telekommunikationsüberwachung im engeren Sinne hat auch der BGH entschieden, dass sich der im Anordnungsbeschluss dargestellte Verdacht auf bestimmte Tatsachen stützen muss. Der BGH verlangt insoweit zumindest eine knappe Darlegung der den Tatverdacht begründenden Tatsachen und der Beweislage.²⁸ Die erforderliche Verdachtslage muss selbstverständlich vor Beginn der Maßnahme bestehen, denn sie ist schon im Gerichtsbeschluss darzulegen. Nach § 100e III Nr. 2 und 4 StPO ist schon in der Beschlussformel anzugeben, aufgrund welchen Tatvorwurfs die Maßnahme angeordnet worden ist, welche Informationen durch die Maßnahme gewonnen werden sollen und welche Bedeutung diese für das Verfahren haben. Und nach § 100e IV Nr. 1 StPO sind die bestimmten Tatsachen, die den Verdacht begründen, im Rahmen der Beschlussbegründung mitzuteilen. Vage Verdachtsmomente, bloße Vermutungen und kriminalistische Erfahrungen reichen nicht aus. Vorausgesetzt wird nach der Rechtsprechung des BVerfG vielmehr ein konkreter Tatverdacht und eine hinreichend sichere

Tatsachenbasis.²⁹ Die Ausführungen im Beschluss des 5. Strafsenats vom 2. März 2022, wonach Gegenstand der Ermittlungen aus Sicht der französischen Ermittlungsbehörden nicht ein ganz normales Geschäftsmodell, das sich lediglich einige Kriminelle zunutze gemacht haben, sondern ein von vornherein auf Unterstützung Krimineller ausgerichtetes und im Verborgenen agierendes Netzwerk sei³⁰, dürften für die Frage eines Verwertungsverbots der EncroChat-Kommunikationsinhalte nach deutschem Recht gemessen an der Rechtsprechung des BVerfG und des BGH (s.o.) unbehelflich sein.

Dass die Methoden der französischen und deutschen Behörden bei der Verschaffung der Erkenntnisse aus der EncroChat-Kommunikation fragwürdig sind, ergibt sich im Übrigen zwanglos daraus, dass sich der EGMR in den Menschenrechtsbeschwerdeverfahren zu den Beschwerdennummern 44715/20 und 47930/21 mit der Verarbeitung, Verwendung und Verwertung der EncroChat-Dateien befasst und den Parteien, zu denen Frankreich gehört, einen Fragenkatalog vorgelegt hat, darunter auch folgende Fragen:

„... waren diese Eingriffe *gesetzlich vorgesehen* und *notwendig* im Sinne von Art. 8 § 2 (Weber und Saravia gegen Deutschland (dec.), Nr. 54934/00, §§ 93 ff., 29. Juni 2006, und Roman Zakharov, a.a.O., §§ 228-234)?

Muss insbesondere die Rechtmäßigkeit dieser Eingriffe nach den Kriterien beurteilt werden, die der Gerichtshof in Bezug auf Massenabhörung entwickelt hat (vgl. u. a. Big Brother Watch und andere v. Vereinigtes Königreich[GC], Nr. 58170/13 und 2 andere, §§ 332-364, 25. Mai 2021)?

Wie verhalten sich in diesem Punkt die Garantien aus der Konvention und die in diesem Bereich geltenden Vorschriften des EU-Rechts zueinander?³¹

Wären die der Verwendung der EncroChat-Kommunikation zugrundeliegenden Fragen nicht klärungsbedürftig, der EGMR hätte sie kaum in seinen Fragenkatalog aufgenommen. Läge die Verwertbarkeit der personenbezogenen Daten aus der EncroChat-Kommunikation auf der Hand, der EGMR hätte die Menschenrechtsbeschwerde den beteiligten Parteien, zu denen Frankreich gehört, gar nicht erst zugestellt, sondern die Menschenrechtsbeschwerde als unzulässig zurückgewiesen.

3. Zeitliche Erstreckung der EEA

Mit der EEA der GStA Frankfurt vom 2. Juni 2020 wurden die französischen Justizbehörden um Folgendes ersucht:

„In diesem Zusammenhang ersuchen wir die französischen Justizbehörden, die unbeschränkte Verwendung der betreffenden Daten bezüglich der über EncroChat ausgetauschten Kommunikation in Strafverfahren gegen die Täter zu genehmigen.“

Die EEA betrifft die bis zum 2. Juni 2022 ausgetauschte Kommunikation, nicht die zukünftige EncroChat-

²⁷ EuGH, Große Kammer, Urteil vom 5. April 2022 der Rechtsache C-140/20, Rn. 63ff.

²⁸ Vgl. BGH NJW 2003, 368, 369.

²⁹ Vgl. BVerfGE 107, 299, 321 f.; Wolter/Greco, in SK-StPO⁵, § 100a Rn. 43 m. w. N.

³⁰ Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022, a. a. O., Rn. 36f.

³¹ Zitiert nach Strate HRRS 2022, 15, 17.

Kommunikation. Auf zukünftige Ereignisse kann sich eine Ermittlungsmaßnahme ohnehin niemals beziehen. Das Ermittlungsverfahren bezieht sich stets auf die Aufklärung bereits begangener Straftaten.³² Für die Verhinderung zukünftiger Straftaten sind die Polizeien im Rahmen der Gefahrenabwehr zuständig; die Eingriffsbefugnisse der Polizei zum Zweck der Gefahrenabwehr richten sich nach den Polizeigesetzen der Länder und des Bundes, nicht nach der StPO.

Aufgrund der EEA der GStA Frankfurt a. M. vom 2. Juni 2020 hat die Vizepräsidentin des Strafgerichts Lille am 13. Juni 2020 folgenden Beschluss gefasst:

„Angesichts des dem Generaldirektor der nationalen Polizei zugestellten Auftrags, genehmige ich die Übermittlung von Informationen, gegebenenfalls über Europol, aufgrund der digitalen Erfassung im Rahmen des Untersuchungsverfahrens Nr. JIRSAC/20/5 in Bezug auf die auf dem deutschen Staatsgebiet begangenen Straftaten an die Staatsanwältin ... von der Generalstaatsanwaltschaft in FRANKFURT AM MAIN durch den für die Ausführung des vorliegenden Rechtshilfeersuchens und den Auftrag in Untersuchungsverfahren JIRSAC/20/5 zuständigen Generaldirektor der Nationalen Polizei. Die im Rahmen des vorliegenden Rechtshilfeersuchens übermittelten Informationen können von den deutschen Behörden im Rahmen eines jeden Ermittlungsverfahrens und im Hinblick auf ein jedwedes Gerichts-, Strafverfolgungs- oder Untersuchungsverfahren oder ein Urteil verwendet werden. Diese Daten können ab dem heutigen Datum im Rahmen der kontradiktorischen Beurteilung von Gerichtsverfahren, in denen die betroffenen Personen festgenommen wurden, verwendet werden.“

Sowohl die EEA der GStA Frankfurt vom 2. Juni 2022 als auch der daraufhin ergangene Beschluss der Vizepräsidentin des Strafgerichts Lille verwenden die Zeitform des Perfekts. Als Perfekt wird die Zeitform der vollendeten Gegenwart bezeichnet. Das Perfekt wird also für die Beschreibung von vergangenen Ereignissen, die in die Gegenwart fortwirken, verwendet.

In dem die EncroChat-Kommunikation betreffenden Rechtshilfeverfahren ist von *ausgetauschter Kommunikation* (EEA v. 2.6.2020) und von *begangenen Straftaten* (Beschluss v. 13.6.2020) die Rede. Gegenstand der EEA waren somit am 2. Juni 2020 bereits begangene Straftaten. Mithin erstreckte sich die Genehmigung zur Verwendung der in Frankreich gehackten EncroChat-Kommunikation auf die bis zum 2. Juni 2020, dem Datum der EEA der GStA Frankfurt a. M., angefallenen Daten. Für die Verwendung der nach dem 2. Juni 2020 ausgeleiteten und gespeicherten EncroChat-Kommunikation fehlt es schon an der entsprechenden EEA.

4. Beschlussfassung auf überholter Rechtsgrundlage

Die Vizepräsidentin des Strafgerichts Lille stützte, worauf zuerst *Strate*³³ hingewiesen hat, ihren Beschluss, durch

³² Vgl. nur §§ 100a, 100b, 102, 163f StPO.

³³ Vgl. *Strate*, HRRS 2022, 15, 17.

den sie die Verwendung der EncroChat-Kommunikation durch die deutschen Strafverfolgungsbehörden genehmigte, auf das *Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29.05.2000 und des dazugehörigen Protokolls vom 16.10.2001*, mithin auf eine durch die EEA-RL überholte Rechtsgrundlage. Daraus schließt *Strate* völlig zutreffend, dass dem Beschluss des Strafgerichts Lille keine Einzelfallprüfung zu entnehmen ist. Mit diesem Argument hat sich auch der Beschluss des 5. Strafsenats vom 2. März 2022, wenn auch nur kurz, auseinandergesetzt und dazu Folgendes ausgeführt:

„Dass sich die zuständige französische Richterin bei ihrer Genehmigung des Beweismitteltransfers auf der Grundlage der Europäischen Ermittlungsanordnung statt auf die EEA-RL auf das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU-RhÜbk) aus dem Jahr 2000 (ABl. C 197, S. 3) und das zugehörige Protokoll berufen hat, ist unschädlich, denn daraus würde nichts Anderes folgen (kritisch *Strate*, HRRS 2022, 15, 17).“³⁴

Der BGH beruft sich insoweit offenbar auf die Rechtsfigur des *hypothetisch rechtmäßigen Ermittlungsverlaufs*, also auf die gedankliche Prüfung, ob der Beschluss des Strafgerichts Lille auch auf einer validen Rechtsgrundlage in dieser Weise hätte ergehen können. Ergibt die gedankliche Prüfung, dass die Maßnahme auch auf einer gültigen Rechtsgrundlage hätte durchgeführt werden können, dann soll die Nichtberücksichtigung gesetzlicher Vorgaben unbeachtlich sein. Bei dieser Form des Gesundheitsens übersieht der BGH geflissentlich, dass in Freiheitsentziehungsverfahren Art. 104 I GG und auch Art. 5 I EMRK Rechtsschutz durch Verfahren garantieren. Danach darf die Freiheit nur aufgrund eines förmlichen Gesetzes – das tunlichst noch in Kraft ist – und unter Beachtung der darin vorgeschriebenen Formen beschränkt werden (Art. 104 I GG). Anders als das *Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU-RhÜbk)*³⁵ aus dem Jahr 2000 bestimmt die 2014 in Kraft getretene EEA-RL in Art. 20, dass die unionsrechtlichen Rechte zum Schutz personenbezogener Daten zu beachten sind. Die in Art. 20 EEA-RL vorgeschriebene Form hätte der Verwendungsgenehmigung durch das Strafgericht Lille entgegengestanden.

III. Verwendung der EncroChat-Daten zu Zwecken der Gefahrenabwehr

1. Reichweite des Schutzes personenbezogener Daten gemäß Art. 8 GRCh

Die EncroChat-Daten sind dem Bundeskriminalamt nach den Angaben eines Mitarbeiters des BKA vor der 33.

³⁴ BGH, Beschluss vom 2. März 2022 – 5 StR 457/21, Rn. 58.

³⁵ ABl. C 197, S. 3.

Strafkammer des LG Berlin³⁶ zunächst nur unter der Bedingung, dass sie allein zu Zwecken der Gefahrenabwehr genutzt werden, zur Verfügung gestellt worden. Dieser Verwendungsbeschränkung soll die GStA Frankfurt a. M. zugestimmt haben. Nach anderen Quellen habe das BKA selbst diese Zustimmung erklärt (§ 9 I Nr. 2, 3 BKAG). Die Daten seien sodann durch das BKA ‚abgeholt‘ und vereinbarungsgemäß allein zu Zwecken der Gefahrenabwehr ausgelesen und genutzt worden. Es habe laufend tägliche Nachlieferungen gegeben, die mit einem Tag Verzögerung dem BKA zur Verfügung standen.

An dieser Stelle sei richtigstellend darauf hingewiesen, dass das BKA, wie aus einem Schreiben des BKA an die StA in Lille vom 13. Mai 2020³⁷ hervorgeht, schon vor Genehmigung der EEA durch das Strafericht Lille beabsichtigte, die EncroChat-Daten zu Zwecken der Strafverfolgung zu verwenden. Dies war deswegen heikel, weil der EncroChat-Hack unter strenger Geheimhaltung erfolgte, weswegen die unionsrechtlich gemäß Art. 31 EEA-RL gebotene Benachrichtigung des zuständigen Amtsgerichts Stuttgart durch die französischen Strafverfolgungsbehörden unterblieben ist. Das BKA beabsichtigte über die GStA Frankfurt a. M. Gerichtsbeschlüsse gegen ausgewählte EncroChat-Nutzer zu erwirken (z. B. §§ 100a, 100g, 163f StPO), wobei den Ermittlungsrichtern vorenthalten werden sollte, dass die den Verdacht begründenden Erkenntnisse durch Auswertung der EncroChat-Kommunikation gewonnen worden sind. Auch eine spätere Offenlegung gegenüber den Ermittlungsrichtern war nicht beabsichtigt. Das BKA beabsichtigte mithin, die jeweils zuständigen Ermittlungsrichter über maßgebliche Verfahrenstatsachen und Anordnungsvoraussetzungen zu täuschen. So gesehen beabsichtigte das BKA in kollusiven Zusammenwirken mit der GStA Frankfurt a. M., die an die Beachtung des Richtervorbehalts geknüpften Bedingungen bewusst zu umgehen und dabei die grundrechtlichen Sicherungen des Rechtshilfeverkehrs planmäßig und systematisch zu ignorieren. In seinem EncroChat-Beschluss hat auch der 5. Strafsenat eingeräumt, dass ein Beweisverwertungsverbot insbesondere nach schwerwiegenden, bewussten oder objektiv willkürlichen Rechtsverstößen, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind, geboten ist.³⁸ Das allein legt die Anerkennung eines Beweisverwertungsverbots mehr als nahe. Das Schreiben des BKA an die StA Lille vom 13. Mai 2020 war dem 5. Strafsenat bei der Beschlussfassung am 2. März 2022 indes nicht bekannt.

Bei der Nutzung der von französischen Ermittlungsbehörden gehackten EncroChat-Kommunikation handelt es sich um einen Eingriff in das *Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme* zum Zweck der Gefahrenabwehr. Die Voraussetzungen, unter denen in informationstechnische Systeme zum Zweck der Gefahrenabwehr in Deutschland eingegriffen

werden darf, hat das BVerfG in seinem Urteil zum BKA-Gesetz folgendermaßen festgelegt:

„Eingriffe in das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme stehen allerdings unter strengen Bedingungen (...). Insbesondere müssen die Maßnahmen davon abhängig sein, dass tatsächliche Anhaltspunkte für eine im Einzelfall drohende konkrete Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut vorliegen (...).

Einer verfassungskonform einschränkenden Auslegung bedarf allerdings § 20k I S. 2 BKAG. Die in dieser Vorschrift eröffnete Möglichkeit, auch schon im Vorfeld einer konkreten Gefahr Maßnahmen durchzuführen, wenn bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall erst drohende Gefahr einer Begehung terroristischer Straftaten hinweisen, ist dahingehend auszulegen, dass Maßnahmen nur erlaubt sind, wenn die Tatsachen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, und wenn erkennbar ist, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann (...).“³⁹

Hierbei ist zu bedenken, dass die Befugnisse des BKA zur Terrorismusbekämpfung weiter gehen als die Befugnisse des BKA zur Bekämpfung auch schwerer Kriminalität.⁴⁰ Die vom BVerfG in seinem Urteil zum BKAG insoweit festgelegten Begrenzungen dienen dem Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts in seiner Ausprägung als Gewährleistung des Rechts auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Dieses Recht hat Frankreich gegenüber deutschen Bürgern verletzt. Denn nach dem vorstehend zitierten Urteil des BVerfG sind Eingriffe in ein informationstechnisches System nur zulässig, wenn „tatsächliche Anhaltspunkte für eine im Einzelfall drohende konkrete Gefahr für ein überragend wichtiges Rechtsgut vorliegen.“ Außerdem betraf die unterschiedslose massenhafte Ausleitung und Speicherung der EncroChat-Kommunikation gerade nicht *bestimmte Personen, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann*. Die vom BVerfG verlangten Voraussetzungen lagen nicht vor, als die französischen Behörden den EncroChat-Server gehackt haben, sie lagen auch nicht zum Zeitpunkt vor, in dem die GStA Frankfurt a. M. bzw. das BKA die Zustimmung zur Nutzung für Zwecke der Gefahrenabwehr erteilt hat.

2. Voraussetzungen der Verarbeitung personenbezogener Daten zum Zweck der Gefahrenabwehr

Personenbezogene Daten unterliegen in den EU-Mitgliedstaaten dem Schutz des Art. 8 GRCh, wonach jede Person das Recht auf Schutz der sie betreffenden

³⁶ 33. Strafkammer des LG Berlin, Az. (533 KLs) 251 Js 507/20 (17/21) – KHK Franzen (BKA) in der Hauptverhandlung am 15. März 2022.

³⁷ Schreiben des BKA SO25-BAO THOR vom 13. Mai 2020 an Section JIRS du Parquet de Lille Tribunal judiciaire de Lille,

Betreff : Operation EMMA, numero d'enquete JIRS 226/2018.

³⁸ Vgl. BGH, Beschluss vom 5. März 2022, a. a. O., Rn. 43.

³⁹ BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20. April 2016 – 1 BvR 966, 1140/09, Rn. 212f. = BVerfGE 141, 220, 304f.

⁴⁰ Vgl. mutatis mutandis BVerfGE 156, 11ff.

personenbezogenen Daten hat (Absatz 1). Diese Daten dürfen nach Art. 8 II GRCh nur nach Treu und Glauben für festgelegte Zwecke und mit Einwilligung der betroffenen Person oder auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden. Für das Strafverfahren ist der Schutz personenbezogener Daten in der EU-Datenschutz-RL 2016/680 geregelt. Nach Art. 4 I a) dieser Richtlinie sehen die Mitgliedstaaten vor, dass personenbezogene Daten auf rechtmäßige Weise und nach Treu und Glauben verarbeitet werden; mithin bedarf es für die Verarbeitung personenbezogener Daten⁴¹ stets einer gesetzlichen Grundlage.

Bei dem vorstehend zitierten Urteil des BVerfG vom 20. April 2016 handelt es sich um eine stattgebende Senatsentscheidung mit Bindungswirkung für die Fachgerichte (§ 31 I BVerfGG). Das Urteil betrifft die Verarbeitung personenbezogener Daten zu Zwecken der Gefahrenabwehr durch das Bundeskriminalamt. Die vorstehend zitierten vom BVerfG festgelegten Voraussetzungen, unter denen Eingriffe in informationstechnische Systeme zulässig sind, haben überdies nach § 31 II BVerfGG i. V. m. § 13 Nr. 8a BVerfGG Gesetzeskraft.

Die erforderliche gesetzliche Grundlage für einen verdachtslosen bzw. auf einen Generalverdacht gestützten Eingriff in ein informationstechnisches System gibt es im deutschen Recht weder zum Zweck der Gefahrenabwehr noch zu Zwecken der Strafverfolgung.

Zur Gefahrenabwehr dürfte das BKA gemäß § 49 I BKAG „ohne Wissen der betroffenen Person mit technischen Mitteln in von der betroffenen Person genutzte informationstechnische Systeme eingreifen und aus ihnen Daten erheben, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Gefahr vorliegt für (1.) Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder (2.) solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Bundes oder eines Landes oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt.“ Nach § 49 III 1 BDSG darf sich die Maßnahme nur gegen eine Person richten, die entsprechend § 17 oder § 18 des Bundespolizeigesetzes verantwortlich ist. Außerdem dürfen nach dem klaren Wortlaut der Vorschrift lediglich Daten aus dem informationstechnischen System erhoben werden, das BKA ist mithin nicht ermächtigt, *sämtliche Daten* eines informationstechnischen Systems zu erheben.

Nach dieser Vorschrift hätte das BKA die von französischen Ermittlungsbehörden gehackte und auf deutschem Boden geführte EncroChat-Kommunikation nicht zu Zwecken der Gefahrenabwehr anfordern und verwenden dürfen. Hätte sich das BKA insoweit an § 49 BKAG und an das dieser Vorschrift zugrundeliegende Urteil des Ersten Senats des BVerfG vom 20. April 2016 gehalten, so hätte es keine Erkenntnisse darüber erlangt, ob durch die EncroChat-Kommunikation Erkenntnisse über Straftaten auf deutschem Boden zu erlangen sein würden. Die Voraussetzungen für eine EEA hätten somit nicht vorgelegen. Dabei kann es schlechthin nicht darauf ankommen, ob die Maßnahme vom BKA, von einer anderen deutschen Behörde oder einer Behörde eines anderen Staates

durchgeführt wurde. Der die Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme betreffende Schutz ist nicht auf (unmittelbare) Eingriffe des BKA in dieses Recht beschränkt. Das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme fällt nämlich auch in den Schutzbereich der Art. 7, 8 GRCh⁴² und des Art. 8 EMRK.

Mit der vorstehend aufgeworfenen Rechtsfrage konnte sich der Beschluss des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 2. März 2022 nicht auseinandersetzen, weil ihm nicht bekannt war, dass die EncroChat-Kommunikation dem BKA zunächst nur zu Zwecken der Gefahrenabwehr zur Verfügung gestellt worden ist.⁴³

IV. Unionsrechtliche Rechtshilfe und unionsrechtlicher Datenschutz

1. Individualschützender Charakter der Richtlinie über die Europäische Ermittlungsanordnung

Der Bundesgerichtshof hat in seinem EncroChat-Beschluss vom 2. März 2022 u. a. Folgendes ausgeführt:

„Der Senat teilt dabei die Auffassung des 1. Strafsenats des Bundesgerichtshofs, wonach ein aus der Nichteinhaltung rechtshilfespezifischer Bestimmungen abgeleitetes Verwertungsverbot lediglich dann in Betracht zu ziehen ist, wenn den entsprechenden Regeln auch ein individualschützender Charakter zukommt (...)

aa) Ein etwaiger Verstoß französischer Behörden gegen die Pflicht zur Benachrichtigung des von einer grenzüberschreitenden Telekommunikationsüberwachung betroffenen Zielstaates Deutschland aus Art. 31 EEA-RL (...) bzw. gegen die diese Vorgaben umsetzenden französischen Vorschriften (...) würde nicht zu einem Beweisverwertungsverbot führen (...).“⁴⁴

Art. 31 EEA-RL schreibt u. a. vor, dass ein Mitgliedstaat, der Überwachungsmaßnahmen in einem anderen Mitgliedstaat der EU vornimmt, diesen davon unverzüglich zu unterrichten hat. Gegen diese rechtshilferechtliche Vorschrift hat Frankreich ganz offensichtlich verstoßen. Durch diese ungesetzliche Überwachung, in Deutschland geführter Kommunikation mittels EncroChat-Handys habe Frankreich, so der BGH, nicht gegen individualschützende Rechte verstoßen.

Nach Art. 20 EEA-RL stellen die Mitgliedstaaten bei der Durchführung der EEA-RL sicher, dass personenbezogene Daten geschützt werden und nur im Einklang mit dem Rahmenbeschluss 2008/977/JI des Rates sowie den Grundsätzen des Übereinkommens des Europarates vom 28. Januar 1981 zum Schutz des Menschen bei der automatischen Verarbeitung personenbezogener Daten und dem dazugehörigen Zusatzprotokoll verarbeitet werden dürfen.⁴⁵ Der in Art. 20 EEA-RL in Bezug genommene EU-Rahmenbeschluss 2008/977/JI ist durch die EU-

⁴¹ Legaldefinition *Verarbeitung* in § 46 Nr. 2 BDSG.

⁴² Vgl. *Jarras*, GRCh4, Art. 7, Rn. 31.

⁴³ Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022, a. a. O., Rn. 7-23.

⁴⁴ BGH, a. a. O., Rn. 38f.

⁴⁵ Siehe hierzu auch die Erwägungsgründe Nr. 40, 41, 42 der EEA-RL.

Datenschutzrichtlinie für Polizei und Justiz vom 26. April 2016 (2016/680) aufgehoben und ersetzt worden. Art. 20 EEA-RL ist mithin so zu lesen, dass personenbezogene Daten nur im Einklang mit der EU-Datenschutzrichtlinie und den Grundsätzen des Übereinkommens des Europarates vom 28. Januar 1981 verarbeitet werden dürfen.⁴⁶ Die EU-Datenschutz-RL 2016/680 ist in den §§ 45ff. BDSG in die Strafprozessordnung inkorporiert worden.⁴⁷ Zur Anwendbarkeit der EU-Datenschutz-RL 2016/680 auf staatliche Eingriffe in das Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme hat die Große Kammer des EuGH in ihrem Urteil vom 6. Oktober 2020 Folgendes ausgeführt:

„Wenn die Mitgliedstaaten unmittelbar Maßnahmen umsetzen, mit denen von der Vertraulichkeit elektronischer Kommunikationen abgewichen wird, ohne den Betreibern elektronischer Kommunikationsdienste Verarbeitungspflichten aufzuerlegen, fällt der Schutz der Daten der Betroffenen hingegen nicht unter die Richtlinie 2002/58, sondern allein unter das nationale Recht, vorbehaltlich der Anwendung der Richtlinie (EU) 2016/680 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 27. April 2016 zum Schutz natürlicher Personen bei der Verarbeitung personenbezogener Daten durch die zuständigen Behörden zum Zwecke der Verhütung, Ermittlung, Aufdeckung oder Verfolgung von Straftaten oder der Strafvollstreckung sowie zum freien Datenverkehr und zur Aufhebung des Rahmenbeschlusses 2008/977/JI des Rates (ABl. 2016, L 119, S. 89), so dass die fraglichen Maßnahmen insbesondere mit nationalem Recht von Verfassungsrang und den Anforderungen der EMRK im Einklang stehen müssen.“⁴⁸

Es besteht somit ein Anwendungsvorrang des Unionsrechts vor dem nationalen Recht eines Mitgliedstaates⁴⁹, weswegen sowohl die französischen als auch die deutschen Ermittlungsbehörden an die Rechtsprechung des EuGH gebunden sind. Trotz des Vorrangs der EU-Grundrechte vor dem Sekundärrecht der Union kann das Sekundärrecht maßgeblich für die Auslegung der EU-Grundrechte sein.⁵⁰ Das ist beispielsweise bei Art. 4 I Nr. 1 der EU-Datenschutz-RL 2016/680, der durch § 47 Nr. 1 BDSG in innerstaatliches Recht umgesetzt worden ist, der Fall.

Der deutsche Gesetzgeber hat die für die Strafverfolgung geltenden datenschutzrechtlichen Vorschriften in das neue Bundesdatenschutzgesetz aufgenommen, um so zu vermeiden, dass umfangreiche Änderungen in der Strafprozessordnung vorgenommen werden müssen.⁵¹ Soweit

dem § 500 II Nr. 1 StPO ein Vorrang datenschutzrechtlicher Bestimmungen in der StPO vor denen des BDSG zu entnehmen ist, ist diese Vorschrift in all jenen Fällen, in denen das datenschutzrechtliche Niveau der StPO das der EU-Datenschutz-RL 2016/680 unterschreitet, wegen des Anwendungsvorrangs unionsrechtlicher Vorschriften⁵² europarechtswidrig.⁵³

2. Begrenzung der Rechtshilfebefugnisse nach Art. 30 RL-EEA

Art. 8 II GRCh schreibt u. a. vor, dass personenbezogene Daten nur auf einer sonstigen gesetzlich geregelten legitimen Grundlage verarbeitet werden dürfen. Art. 8 GRCh bindet selbstverständlich auch die Verarbeitung personenbezogener Daten, wie etwa der EncroChat-Kommunikation, im EU-Ausland.⁵⁴ Das in der Charta verankerte Datenschutzgrundrecht ist ein einklagbares Recht und eben kein bloßer Grundsatz der Charta.⁵⁵ Nach Art. 4 I a) der EU-Datenschutz-RL 2016/680⁵⁶ dürfen personenbezogene Daten nur auf rechtmäßige Weise verarbeitet werden. Die Verarbeitung personenbezogener Daten im Strafverfahren ist daher nur auf gesetzlicher Grundlage zulässig.⁵⁷ Durch die EU-Datenschutz-RL 2016/680 soll gemäß Art. 20 EEA-RL eine Mindestharmonisierung bei der Verarbeitung personenbezogener Daten im unionsweiten Rechtshilfeverkehr erreicht werden (Art. 1 III EU-Datenschutz-RL 2016/680).⁵⁸ Die EU-Datenschutz-RL 2016/680 ist daher auch im Rechtshilfeverkehr unter den Mitgliedstaaten der Union zu befolgen.

Gemäß Art. 30 EEA-RL kann zwar im Wege der Rechtshilfe die Telekommunikation in dem ersuchten Mitgliedstaat aufgrund einer EEA des ersuchenden Mitgliedstaates überwacht werden; eine vergleichbare Vorschrift für den Eingriff in ein informationstechnisches System enthält, worauf zuerst *Strate* hingewiesen hat, die EEA-RL indes nicht.⁵⁹ Mithin dürfte es an einer validen, gesetzlich geregelten legitimen Grundlage für Rechtshilfe nach dem Unionsrecht durch Eingriffe in das Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationsrechtlicher Systeme fehlen.

Die Überwachung der Telekommunikation steht unter einem strengen Gesetzesvorbehalt, die gesetzliche Eingriffsermächtigung muss daher besonders präzise sein. Klare und detaillierte Regeln sind hierfür unabdingbar, zumal die zur Anwendung zur Verfügung stehenden Technologien immer ausgefeilter werden.⁶⁰ Das schließt eine analoge Anwendung der Ermächtigung zur

⁴⁶ Vgl. zum individualschützenden Charakter des Rechtshilferechts *Meyer-Mews* myops 46, S. 52 – passim.

⁴⁷ Vgl. *Safferling/Rückert* NJW 2021, 287, 290; *Singelstein*, NStZ 2020, 639, 644; *Puschke*, in SK-StPO⁵, § 500, Rn. 1; *Meyer-Mews* StraFo 2019, 95, *ders.*, StraFo 2019, 449; *ders.* StV 2020, 564; a.A. nur *Köhler*, in Meyer-Goßner/Schmitt, StPO⁶⁵, § 500, Rn. 2.

⁴⁸ EuGH (Große Kammer) Urteil vom 6. Oktober 2020, in der Rechtssache C-623/17 – Privacy International; Rn. 48 (Hervorhebungen d. d. Verf.); vgl. hierzu auch *Zimmermann*, ZfStw 2022, 173, 189.

⁴⁹ Vgl. *Jarras*, a. a. O., Einl., Rn. 66.

⁵⁰ Vgl. *ders.*, a. a. O., Einl., Rn. 63.

⁵¹ Vgl. *Puschke*, SK-StPO⁵, § 500 Rn. 1.

⁵² Vgl. EuGH. Urteil vom 20. Mai 2003, in den verbundenen Rechtssachen C-465/00, C-138/01 und C-139/01; siehe auch BVerfGE 152, 216ff (Recht-auf-Vergessen-II).

⁵³ Vgl. *Safferling/Rückert*, NJW 2021, 287, 290.

⁵⁴ Vgl. *Jarras*, a. a. O., Art. 8, Rn. 3.

⁵⁵ Vgl. *Jarras*, a. a. O., Rn. 2.

⁵⁶ Umgesetzt in deutsches Recht in § 47 Nr. 1 BDSG.

⁵⁷ Vgl. EuGH. Urteil vom 20. Mai 2003, in den verbundenen Rechtssachen C-465/00, C-138/01 und C-139/01, Rn. 76.

⁵⁸ Ebenso *Schantz/Wolf*, Das neue Datenschutzrecht, 2017, S. 56 (Rn. 194), 62 (Rn. 205), 74 (Rn. 238).

⁵⁹ Vgl. *Strate* HRRS 2022, 15ff.

⁶⁰ Vgl. EGMR, Urteil vom 24. April 1990 – 11801/85 (Kruslin vs. Frankreich), Rn. 33.

Telekommunikationsüberwachung auf Eingriffe in informationstechnische Systeme im Rahmen der Rechtshilfe zwischen Mitgliedstaaten der EU aus.

Nach Art. 4 I c EU-Datenschutz-RL 2016/680 darf die Verarbeitung personenbezogener Daten im Übrigen nicht unverhältnismäßig sein.

3. Voreinstellungen zur Datenminimierung, Datenschutz-Folgenabschätzung

a) Datenschutzfreundliche Voreinstellungen

Die französischen Ermittlungsbehörden haben sämtliche Daten des Diensteanbieters EncroChat verarbeitet. Art. 20 I der EU-Datenschutz-RL 2016/680 bestimmt, dass der Verantwortliche unter Berücksichtigung des Standes der Technik, der Implementierungskosten und der Art, des Umfangs, der Umstände und der Zwecke der Verarbeitung sowie der unterschiedlichen Eintrittswahrscheinlichkeit und Schwere der mit der Verarbeitung verbundenen Risiken für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen sowohl zum Zeitpunkt der Festlegung der Mittel für die Verarbeitung als auch zum Zeitpunkt der eigentlichen Verarbeitung angemessene technische und organisatorische Maßnahmen trifft, die dafür ausgelegt sind, Datenschutzgrundsätze wie etwa Datenminimierung wirksam umzusetzen und die notwendigen Garantien in die Verarbeitung aufzunehmen, um den Anforderungen dieser Richtlinie zu genügen und die Rechte der betroffenen Personen zu schützen. Art. 20 II der EU-Datenschutz-RL 2016/680 schreibt vor, dass geeignete technische und organisatorische Maßnahmen zu treffen sind, die sicherstellen, dass durch Voreinstellungen grundsätzlich nur personenbezogene Daten, deren Verarbeitung für den jeweiligen bestimmten Verarbeitungszweck erforderlich sind, verarbeitet werden. Das gilt für die Menge der erhobenen personenbezogenen Daten, den Umfang ihrer Verarbeitung, ihre Speicherfrist und ihre Zugänglichkeit.⁶¹

Die französischen Behörden haben weder im Zeitpunkt der eigentlichen Verarbeitung angemessene technische und organisatorische Maßnahmen getroffen, die dafür ausgelegt sind, Datenschutzgrundsätze wie etwa Datenminimierung wirksam umzusetzen und die notwendigen Garantien in die Verarbeitung aufzunehmen, um den Anforderungen dieser Richtlinie zu genügen und die Rechte der betroffenen Personen zu schützen noch haben sie geeignete technische und organisatorische Maßnahmen getroffen, die sicherstellen, dass durch Voreinstellungen grundsätzlich nur personenbezogene Daten, deren

⁶¹ Im Erwägungsgrund Nr. 53 ist zu Art. 20 Folgendes zu lesen: „Zum Schutz der in Bezug auf die Verarbeitung personenbezogener Daten bestehenden Rechte und Freiheiten natürlicher Personen ist es erforderlich, dass geeignete technische und organisatorische Maßnahmen getroffen werden, damit die Anforderungen dieser Richtlinie erfüllt werden. Die Umsetzung dieser Maßnahmen sollte nicht ausschließlich von wirtschaftlichen Erwägungen abhängig gemacht werden. Um die Einhaltung dieser Richtlinie nachweisen zu können, sollte der Verantwortliche interne Strategien festlegen und Maßnahmen ergreifen, die insbesondere den Grundsätzen des Datenschutzes durch Technikgestaltung und durch

Verarbeitung für den jeweiligen bestimmten Verarbeitungszweck erforderlich ist, verarbeitet werden.

b) Datenschutz-Folgenabschätzung

Art. 27 der EU-Datenschutz-RL 2016/680 regelt das Erfordernis einer Datenschutz-Folgenabschätzung bei der Anwendung neuer Technologien. Nach Art. 27, der in § 67 BDSG in innerstaatliches Recht umgesetzt worden ist, ist eine Datenschutz-Folgenabschätzung vorzunehmen, wenn die Verarbeitung voraussichtlich ein hohes Risiko für die Rechte und Freiheiten natürlicher Personen zur Folge hat. Die Datenschutz-Folgenabschätzung enthält zumindest eine allgemeine Beschreibung der geplanten Verarbeitungsvorgänge und eine Bewertung der in Bezug auf die Rechte und Freiheiten der betroffenen Personen bestehenden Risiken sowie der geplanten Abhilfemaßnahmen, Garantien, Sicherheitsvorkehrungen und Verfahren, durch die der Schutz personenbezogener Daten sichergestellt und der Nachweis dafür erbracht wird, dass diese Richtlinie eingehalten wird.

Es ist bisher nicht bekannt, ob die französischen Behörden die unionsrechtlich gebotene Datenschutz-Folgenabschätzung vorgenommen haben. Die Gerichte sahen sich bislang offenbar auch nicht bemüht, diese unionsrechtliche Verwendungsvoraussetzung zu ermitteln. Immerhin ist Frankreich ebenso an die EU-Datenschutz-RL 2016/680 gebunden wie Deutschland. Und die Grundrechtsgarantie aus Art. 8 GRCh dürfte zum europäischen ordre public zählen, gegen den Frankreich gleich mehrfach verstoßen hat. Selbst nach der Rechtsprechung des BGH führen Verstöße gegen den ordre public im europäischen Rechtshilfeverkehr zu einem Verwendungsverbot.⁶² Mit der vorstehend aufgeworfenen Rechtsfrage hat sich der Beschluss des 5. Strafsenats des Bundesgerichtshofs vom 2. März 2022 bedauerlicherweise nicht auseinandergesetzt.

V. Schluss

Der formal aufwendig begründete EncroChat-Beschluss des 5. Strafsenats erweist sich in vielerlei Hinsicht als unzulänglich und wirft Fragen auf.

Die Feststellung des 5. Strafsenats, wonach klärungsbedürftige Fragen der Anwendung europäischen Rechts im Sinne von Art. 267 AEUV sich nicht ergeben hätten, weil das Vorliegen von Beweisverboten nach innerstaatlichem Recht zu beurteilen sei, erweist sich gemessen an Art. 8 II GRCh i. v. m. Art. 4 I Nr. 1 EU-Datenschutz-RL 2016/680 (§ 47 Nr. 1 BDSG) i. V. m. Art. 16 II EU-Datenschutz-RL 2016/680 (§ 75 II BDSG) als zu kurz

datenschutzfreundliche Voreinstellungen Genüge tun. Hat der Verantwortliche eine Datenschutz-Folgenabschätzung gemäß dieser Richtlinie vorgenommen, sollten die entsprechenden Ergebnisse bei der Entwicklung dieser Maßnahmen und Verfahren berücksichtigt werden. Die Maßnahmen könnten u. a. aus einer möglichst frühen Pseudonymisierung bestehen. Gerade durch die Pseudonymisierung für die Zwecke dieser Richtlinie könnte der freie Verkehr personenbezogener Daten im Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts erleichtert werden.“

⁶² Vgl. BGHSt 58, 32, 36f.; BGH, Beschluss vom 2. März 2022, a. a. O., Rn. 32, 34, 73, 77.

gedacht.⁶³ Nach Art. 16 II EU-Datenschutz-RL 2016/680 sind gemessen an Art. 4 EU-Datenschutz-RL 2016/680 unrechtmäßig verarbeitete Daten unverzüglich zu löschen. Mithin sieht das Datenschutzrecht der Union entgegen der Ansicht des 5. Strafsenats de facto sehr wohl ein Verwendungs- und Verwertungsverbot vor. Daten, die von Gesetzes wegen zu löschen sind, stehen der Verarbeitung im Strafverfahren und auch jedweder anderen Verwendung nicht mehr zur Verfügung.

Sollten die vorstehenden Ausführungen auch nur Zweifel über die Anwendung und Auslegung des Unionsrechts hervorgerufen haben, so wären die zu klärenden Rechtsfragen dem EuGH vorzulegen.⁶⁴ Dieser und nicht der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs ist gesetzlicher Richter im Sinne des Art. 101 I S. 2 GG.⁶⁵

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.

760. BVerfG 2 BvR 431/22 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 9. März 2022 (AG Karlsruhe)

Erfolgloser Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen ein vorläufiges Berufsverbot

(schwerwiegender Eingriff in die Berufsfreiheit; Rechtswegerschöpfung; Unzumutbarkeit des Zuwartens auf fachgerichtliche Entscheidungen; schwerer und unabwendbarer Nachteil; Anspruch auf effektiven Rechtsschutz; Entscheidung in angemessener Zeit).

⁶³ Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022, a. a. O., Rn. 78.

⁶⁴ Vgl. BVerfGE 147, 364, 378f, Rn. 37.

⁶⁵ Vgl. BVerfGE, a. a. O. unter Hinweis auf BVerfGE 73, 339, 366f.; BVerfGE 82, 159, 192; BVerfGE 126, 286, 315;

BVerfGE 128, 157, 186f.; BVerfGE 129, 78, 105; BVerfGE 135, 155, 230, Rn. 177 und die stRSpr.

Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG; § 132a Abs. 1 StPO; § 306 Abs. 2 StPO

761. BVerfG 2 BvR 784/21 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 16. Juni 2022 (OLG Hamm / LG Arnsberg)

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Versagung eines Interviews mit einem Strafgefangenen (Untersagung des Besuchs eines Journalisten; Auslegung der Versagungsnorm im Lichte der Meinungsfreiheit; Wechselwirkung; drohende Behinderung der Eingliederung des Gefangenen; nicht generell durch Presseinterview oder bei fehlender Kooperationsbereitschaft; Darlegung konkreter Anhaltspunkte; drohende Rechtfertigung von Straftaten als möglicher Versagungsgrund).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; § 109 StVollzG; § 25 Nr. 2 StVollzG NRW

762. BVerfG 2 BvR 900/22 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 14. Juli 2022 (OLG Celle / LG Verden)

Wiederaufnahme eines Strafverfahrens zuungunsten des Verurteilten (Beibringung neuer Tatsachen oder Beweismittel in einem Strafverfahren wegen Mordes; mögliche Verfassungswidrigkeit der Neuregelung; verfahrensgrundrechtliches Verbot der doppelten Strafverfolgung; erfolgreicher Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung; Aussetzung eines im Wiederaufnahmeverfahren ergangenen Haftbefehls gegen Auflagen; Folgenabwägung zuungunsten des Beschuldigten); Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (kein Abwarten der Probationsentscheidung bei erfolgloser Anfechtung der Aditionsentscheidung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 GG; § 32 Abs. 1 BVerfGG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 112 Abs. 3 StPO; § 362 Nr. 5 StPO; § 368 StPO; § 370 StPO; § 211 StGB

763. BVerfG 2 BvR 1483/19 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 21. Juli 2022 (LG Offenburg / AG Offenburg)

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen eine Durchsuchung wegen des Verdachts eines Betäubungsmitteldelikts (Wohnungsgrundrecht; Erfordernis eines tatsachenbasierten, über bloße Vermutungen hinausgehenden Anfangsverdachts; verfassungsrechtliches Verbot der Begründung des Anfangsverdachts erst durch die Durchsuchung).

Art. 13 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 152 Abs. 2 StPO; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG

764. BVerfG 2 BvR 2061/19 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 5. Juli 2022 (OLG Hamm / LG Essen)

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Versagung eines Vollstreckungsaufschubs wegen Vollzugsuntauglichkeit (Grundrecht des Verurteilten auf Leben und körperliche Unversehrtheit; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; Menschenwürde; Spannungsverhältnis zwischen staatlichem Strafanspruch und Interesse des Verurteilten an seiner Gesunderhaltung; mögliche Haftunfähigkeit aufgrund einer schwerwiegenden psychiatrischen Erkrankung; unzureichende gerichtliche Sachaufklärung;

widersprüchliche Einschätzungen amtsärztlicher Gutachten und des Anstaltsarztes).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; § 455 StPO

765. BGH 1 StR 110/22 – Beschluss vom 17. Mai 2022 (LG Kempten)

Nachträgliche Bildung einer Gesamtstrafe (Nachteilsausgleich bei mehreren Gesamtstrafen wegen Zäsurwirkung einer einzubeziehenden Strafe, erforderliche Darlegung im Urteil).

§ 55 Abs. 1 StGB; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

766. BGH 1 StR 277/21 – Urteil vom 30. Juni 2022 (LG München I)

Abwesenheit des Verteidigers in der Hauptverhandlung (Abwesenheit auch bei vollständiger Untätigkeit des Verteidigers gegen den Willen des Angeklagten; notwendiger Vortrag; Darlegungspflicht).

§ 338 Nr. 5 StPO; § 140 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

767. BGH 1 StR 33/22 – Beschluss vom 20. April 2022 (LG Heidelberg)

Antrag auf Wiedereinsetzung in die Revisionsbegründungsfrist (Rückgabe der Sache zur Bestellung eines anderen Verteidigers bei offenkundigem Mangel der Verteidigung).

Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 44 Satz 1 StPO

768. BGH 1 StR 421/21 – Urteil vom 1. Juni 2022 (LG Deggendorf)

Geldwäsche (Strafausschlussgrund der Beteiligung an der Vortat: Begriff des Inverkehrbringens); Betrug (Mittäterschaft); Einziehung (Begriff des Erlangens: faktische, nicht zivilrechtliche Betrachtungsweise: kein rein transitorischer Besitz bei längerem Transport der Tatbeute trotz Besitzieneigentum).

§ 261 Abs. 7 StGB; § 263 Abs. 1 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 73 Abs. 1 StGB; § 855 BGB

769. BGH 1 StR 47/22 – Urteil vom 2. Juni 2022 (LG Landshut)

Tatrichterliche Beweiswürdigung (Ausschluss von Pseudo-Erinnerungen des vermeintlichen Tatopfers).

§ 261 StPO

770. BGH 1 StR 510/21 – Beschluss vom 18. Mai 2022 (LG Heidelberg)

Einziehung (Ausschluss der Einziehung bei Erlöschen des Ersatzanspruchs des Geschädigten auch durch Zahlung eines Mitangeklagten).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73e Abs. 1 StGB

771. BGH 1 StR 510/21 – Beschluss vom 18. Mai 2022 (LG Heidelberg)

Einziehung (Ausschluss der Einziehung bei Erlöschen des Ersatzanspruchs des Geschädigten auch durch Zahlung eines Mitangeklagten).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73e Abs. 1 StGB

772. BGH 1 StR 511/21 – Beschluss vom 23. März 2022 (LG Stuttgart)

Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Berechnung der vorenthaltenen Beiträge nach dem

Entstehungsprinzip: Berechnung des Arbeitsentgelt nach tarifvertraglich oder nach dem MiLoG geschuldeten Arbeitsentgelt, Unerheblichkeit des tatsächlich gezahlten Arbeitsentgelt, Unterschied zur nach dem Zuflussprinzip zu berechnenden hinterzogenen Lohnsteuer).

§ 266a Abs. 1 StGB; § 22 Abs. 1 SGB IV, § 14 Abs. 2 Satz 2 SGB IV; § 1 MiLoG; § 370 Abs. 1 AO

773. BGH 1 StR 55/22 – Beschluss vom 18. Mai 2022 (LG Ellwangen)

Dreiecksbetrug (Zurechnung der Verfügung des Getäuschten zum Vermögensinhaber: Lager-Theorie, Schutz- oder Prüffunktion des Getäuschten).

§ 263 Abs. 1 StGB

774. BGH 3 StR 118/22 – Beschluss vom 1. Juni 2022 (auswärtige Strafkammer des Landgerichts Kleve in Moers)

Täterschaftliche Beteiligung am Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Beteiligung am Umsatzgeschäft erforderlich).

§ 29 BtMG; § 25 StGB

775. BGH 3 StR 122/22 – Beschluss vom 31. Mai 2022 (LG Aurich)

Einziehung von Taterträgen und Tatmitteln; (erweiterte Einziehung von Bargeld; Verkaufserlös; Tatmittel; Sicherungseinziehung); Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Sicherstellung der Betäubungsmittel als bestimmender Strafzumessungsgrund); nachträgliche Gesamtstrafenbildung (Notwendigkeit der Mitteilung des Vollstreckungsstandes; Zäsurwirkung).

§ 55 StGB; § 73 StGB; § 73a StGB; § 74b StGB; § 29 BtMG

776. BGH 3 StR 128/22 – Beschluss vom 28. Juni 2022 (LG Aurich)

Einziehung von zur Begehung oder Vorbereitung der Tat genutzten Gegenständen als Tatmittel (Ermessensentscheidung des Gerichts).

§ 74 StGB

777. BGH 3 StR 135/22 – Beschluss vom 28. Juni 2022 (LG Kleve)

Berücksichtigung vertypter Strafmilderungsgründe bei der Prüfung eines minder schweren Falles.

§ 50 StGB

778. BGH 3 StR 161/22 – Beschluss vom 29. Juni 2022 (LG Kleve)

Gesetzeskonkurrenz zwischen Nötigung und Bedrohung.

§ 240 StGB; § 241 StGB; § 52 StGB

779. BGH 3 StR 179/22 – Beschluss vom 28. Juni 2022 (LG Hannover)

Vorverurteilungen bei der Anordnung von Sicherungsverfahren (Gesamtstrafe; Einzelstrafe; Katalogtat; fiktive Gesamtstrafenbildung).

§ 66 Abs. 3 StGB

780. BGH 3 StR 322/21 – Urteil vom 19. Mai 2022 (LG Mönchengladbach)

Anforderungen an die Urteilsgründe bei der Verurteilung wegen Handeltreibens mit Dopingmitteln (Angabe der

Wirkstoffmengen als für die Strafzumessung bestimmender Umstand).

§ 267 StPO; § 46 StGB; § 4 Abs. 1 Nr. 1 AntiDopG

781. BGH 3 StR 93/22 – Beschluss vom 3. Mai 2022 (LG Duisburg)

Voraussetzungen des Computerbetruges im SEPA-Lastschriftverfahren (Verwendung unrichtiger Daten; unbefugtes Verwenden von Daten; nicht existierende Schuldnerkonten; Gefährdungsschaden durch Gutschrift).

§ 263a StGB

782. BGH 3 StR 359/21 – Beschluss vom 28. Juli 2022

Zulässigkeit von Aufnahmen bei Verkündung von Entscheidungen des Bundesgerichtshofes.

§ 169 Abs. 3 Satz 1 GVG

783. BGH 3 StR 472/21 – Urteil vom 2. Juni 2022 (LG Koblenz)

Fehlende Erörterung des Vorbehalts der Sicherungsverwahrung; rechtsfehlerhafter Strafausspruch (Fehlen eines Strafschärfungsgrundes ist kein Strafmilderungsgrund).

§ 46 StGB; § 66 StGB; § 66a StGB

784. BGH 5 StR 29/22 – Urteil vom 20. Juli 2022 (LG Flensburg)

Strafzumessung beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (strafschärfende Berücksichtigung der Gewerbsmäßigkeit; Berücksichtigung eines Geständnisses; Zuständigkeit des Tatgerichts; keine erschöpfende Aufzählung aller Strafzumessungserwägungen; Einzelfall).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 46 StGB; § 267 StPO

785. BGH 5 StR 3/22 – Beschluss vom 21. Juni 2022 (LG Hamburg)

Entscheidung des Revisionsgerichts nach Änderung des Schuldspruchs.

§ 354 StPO

786. BGH 5 StR 38/22 – Beschluss vom 21. Juni 2022 (LG Berlin)

Mitteilungspflicht bei verständigungsbezogenen Gesprächen.

§ 243 Abs. 4 StPO

787. BGH 5 StR 63/22 – Beschluss vom 24. Mai 2022 (LG Dresden)

Rechtsfehlerhafte Prüfung der Schuldfähigkeit.

§ 20 StGB; § 21 StGB

788. BGH 5 StR 85/22 – Beschluss vom 6. Juli 2022 (LG Berlin)

Tateinheit durch natürliche Handlungseinheit.

§ 52 StGB

789. BGH 5 StR 9/22 – Urteil vom 22. Juni 2022 (LG Berlin)

Strafzumessung bei Verurteilung wegen Betäubungsmitteldelikten (Weitertransport ins Ausland kein Strafmilderungsgrund; Beobachtung und Überwachung der Tat).

§ 29 BtMG; § 46 StGB

790. BGH 5 StR 102/22 – Beschluss vom 19. Juli 2022 (LG Lübeck)

Unzulässigkeit der Aufklärungsrüge.
§ 244 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 S. 2 StPO

791. BGH 5 StR 105/22 – Beschluss vom 6. Juli 2022 (LG Chemnitz)

Eigennützigkeit als Voraussetzung des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln.
§ 29 BtMG

792. BGH 5 StR 159/22 – Beschluss vom 5. Juli 2022 (LG Hamburg)

Verfahrenshindernis wegen Fehlens von Strafantrag und öffentlichem Interesse bei Diebstahl geringwertiger Sachen.
§ 248a StGB; § 206a StPO

793. BGH 5 StR 160/22 – Urteil vom 20. Juli 2022 (LG Flensburg)

Strafzumessung beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (strafscharfende Berücksichtigung der Gewerbsmäßigkeit; Zuständigkeit des Tatgerichts; keine erschöpfende Aufzählung aller Strafzumessungserwägungen; Einzelfall).
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 46 StGB; § 267 StPO

Die Erfüllung des Regelbeispiels der Gewerbsmäßigkeit (§ 29 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 BtMG) kann im Rahmen der Strafzumessung innerhalb des Qualifikationstatbestandes des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG strafscharfend verwertet werden. Zwingend ist dies aber nicht. Vielmehr gilt insofern (allgemeinen Grundsätzen entsprechend, vgl. zuletzt BGH HRRS 2022 Nr. 646): Das Tatgericht ist lediglich verpflichtet, in den Urteilsgründen die für die Strafzumessung bestimmenden Umstände darzulegen (§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO). Eine erschöpfende Aufzählung aller Strafzumessungserwägungen ist weder vorgeschrieben noch möglich. Was als wesentlicher Strafzumessungsgrund anzusehen ist, entscheidet das Tatgericht unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls.

794. BGH 5 StR 170/22 – Urteil vom 6. Juli 2022 (LG Dresden)

Strafzumessung bei Verurteilung wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (polizeiliche Überwachung als Strafzumessungsgrund zugunsten des Angeklagten; Inden-Verkehr-Gelangen; Realisierung der Gefahr für das geschützte Rechtsgut; kein Anspruch des Straftäters auf rechtzeitiges Einschreiten; revisionsgerichtliche Kontrolle); Anforderungen an die Urteilsgründe bei freisprechendem Urteil.
§ 29 BtMG; § 46 StGB; § 267 StPO

795. BGH 5 StR 179/22 – Beschluss vom 5. Juli 2022 (LG Hamburg)

Korrektur von Schuldspruch und Einziehungsentscheidung durch das Revisionsgericht.
§ 354 StPO

796. BGH 5 StR 331/21 – Beschluss vom 7. Juni 2022 (LG Flensburg)

Einziehung von Taterträgen (Erlangung „durch“ oder „für“ die Tat).

§ 73 StGB

797. BGH 5 StR 332/21 – Beschluss vom 7. Juni 2022 (LG Flensburg)

BGHR; Beweisverwertungsverbot bei verbotenen Vernehmungsmethoden (Reichweite; Mitbeschuldigte; Verwertung zugunsten des Beschuldigten; Aufklärungshilfe).
§ 136a StPO; § 31 BtMG

798. BGH 5 StR 333/21 – Beschluss vom 22. Juni 2022 (LG Leipzig)

Unzulässige Rüge der Verwertung einer nicht ordnungsgemäß eingeführten Urkunde.
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

799. BGH 5 StR 361/21 – Urteil vom 11. Mai 2022 (LG Lübeck)

Heimtücke (Arg- und Wehrlosigkeit; Fehlen von schweren Verletzungen und Fluchtversuchen als Beweisanzeichen; offene Feindseligkeit; Zeitspanne zwischen Erkennen der Gefahr und dem Angriff).
§ 211 StGB

800. BGH 6 StR 68/21 – Beschluss vom 28. Juni 2022 (LG Stendal)

BGHSt; Tötung auf Verlangen (Abgrenzung von strafloser Beihilfe zum Suizid nach normativer Betrachtung; Tatherrschaft; verfassungskonforme Auslegung; Angewiesensein der sterbewilligen Person auf unmittelbar zum Tod führende Handlung durch eine andere Person; Unterlassen: Einstandspflicht für das Leben des Ehegatten, situationsbezogene Suspendierung, Ingerenz); Unterlassene Hilfeleistung (Zumutbarkeit).
Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 216 Abs. 1 StGB; § 212 StGB; § 1353 Abs. 1 Satz 2 BGB

801. BGH 5 StR 406/21 – Urteil vom 8. Juni 2022 (LG Berlin)

BGHSt; potenzieller Fortbewegungswille als Schutzgut der Freiheitsberaubung (potenzielle persönliche Bewegungsfreiheit; tatbestandsausschließendes Einverständnis; List und Täuschung; Einführung der Versuchsstrafbarkeit; Verhältnis zur Nötigung).
§ 239 StGB

802. BGH 5 StR 407/21 – Beschluss vom 9. Juni 2022 (LG Hamburg)

Bankrotthandlungen im Rahmen sog. „Firmenbestattungen“; Beihilfe durch gewerbliche „Firmenbestatter“ (neutrale Handlungen).
§ 283 StGB

803. BGH 5 StR 421/21 – Beschluss vom 12. Mai 2022 (LG Leipzig)

Feststellung des Wertes von Immobilien durch einen Sachverständigen bei der Verurteilung wegen Betruges.
§ 263 StGB; § 267 StPO

804. BGH 5 StR 460/21 – Beschluss vom 7. Juni 2022 (LG Bremen)

Unzureichender Vortrag bei der Rüge der Mitwirkung eines wegen Vorbefassung abgelehnten Richters (Besorgnis der Befangenheit).
§ 24 Abs. 2 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

805. BGH AK 23/22 – Beschluss vom 13. Juli 2022

Fortdauer der Untersuchungshaft.
§ 112 StPO

806. BGH StB 7-9/22 – Beschluss vom 5. Juli 2022 (OLG München)

BGHSt; Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern (Rechtsgut; öffentliches Interesse an der Integrität parlamentarischer Prozesse; Auslegung; bei der Wahrnehmung seines Mandates; Mandatstätigkeit als solche; Rechtsstellung des Abgeordneten; verfassungsrechtlicher Mandatsbegriff; außerparlamentarische Betätigung im Interesse von Privaten; Ausnutzen von Beziehungen; funktionaler Zusammenhang nicht ausreichend; keine Rückschlüsse aus Regelungen des Abgeordnetenrechts).

§ 108e StGB; Art. 38 GG

807. BGH StB 15/22 – Beschluss vom 12. Juli 2022 (Kammergericht)

Verwerfung der Gehörsrüge als unbegründet.
§ 33a StPO

808. BGH StB 25/22 – Beschluss vom 30. Juni 2022 (OLG Celle)

Unterstützen einer terroristischen Vereinigung im Ausland (Förderung der Vereinigung als solcher ohne Beitrag zu einer einzelnen organisationsbezogenen Tätigkeit eines Organisationsmitglieds; organisationsbezogener Nutzen; irgendwie gearteter Vorteil; Beihilfe zur Beteiligungshandlung eines Mitglieds).

§ 129a StGB; § 129b StGB

809. BGH StB 26/22 – Beschluss vom 29. Juni 2022 (Kammergericht)

Notwendige Verteidigung im Vollstreckungsverfahren (analoge Anwendung; Aussetzung zur Bewährung; Schwierigkeit der Sach- und Rechtslage; Zuständigkeit des OLG; Gutachten).

§ 140 StPO; § 454 StPO

810. BGH StB 27/22 – Beschluss vom 4. Juli 2022 (OLG Düsseldorf)

Fortdauer der Untersuchungshaft.
§ 112 StPO

811. BGH StB 28/22 – Beschluss vom 13. Juli 2022

Erfolgreiche Beschwerde gegen die Außervollzugsetzung des Haftbefehls (dringender Tatverdacht; Schwerekriminalität; Verhältnismäßigkeit).

§ 112 StPO; § 116 StPO

812. BGH StB 29/22 – Beschluss vom 20. Juli 2022

Anforderungen an die Anordnung einer Durchsuchung beim Nichtverdächtigen.

§ 102 StPO; § 103 StPO

813. BGH StB 30/22 – Beschluss vom 19. Juli 2022 (AG Lörrach)

Prozessuale Überholung der Beschwerde gegen ursprünglichen Haftbefehl.

§ 304 StPO

814. BGH StB 7-9/22 – Beschluss vom 5. Juli 2022 (OLG München)

BGHSt; Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern (Rechtsgut; öffentliches Interesse an der Integrität parlamentarischer Prozesse; Auslegung; bei der Wahrnehmung seines Mandates; Mandatstätigkeit als solche; Rechtsstellung des Abgeordneten; verfassungsrechtlicher Mandatsbegriff; außerparlamentarische Betätigung im Interesse von Privaten; Ausnutzen von Beziehungen; funktionaler Zusammenhang nicht ausreichend; keine Rückschlüsse aus Regelungen des Abgeordnetenrechts).

§ 108e StGB; Art. 38 GG

1. Das in § 108e Abs. 1 und 2 StGB normierte Tatbestandsmerkmal "bei der Wahrnehmung seines Mandates" ist dahin zu verstehen, dass die Mandatstätigkeit als solche, nämlich das Wirken des Abgeordneten im Parlament, mithin im Plenum, in den Ausschüssen oder sonstigen parlamentarischen Gremien einschließlich der Fraktionen oder in mit Parlamentsmitgliedern besetzten Kommissionen, erfasst ist. (BGHSt)

2. Allein die zwischen den Beteiligten vereinbarte Berufung des Abgeordneten auf seinen Status zur Beeinflussung von Behördenentscheidungen bei außerparlamentarischen Betätigungen im Interesse eines Privatunternehmers und ohne Vorgabe, im Auftrag des Parlaments zu handeln, vermag eine Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit oder Bestechung von Mandatsträgern nicht zu begründen. (BGHSt)

3. Ebenso wenig genügt es, wenn der Abgeordnete dazu die in dieser Funktion geknüpften Beziehungen zu Entscheidungsträgern der Exekutive ausnutzen oder sich seiner Amtsausstattung bedienen soll. (BGHSt)

4. Schutzgut des reformierten § 108e StGB ist das öffentliche Interesse an der Integrität parlamentarischer Prozesse, der Unabhängigkeit der Mandatsausübung sowie der Sachbezogenheit parlamentarischer Entscheidungen. Umfasst ist demnach lediglich das öffentliche Interesse an der Unabhängigkeit der Mandatsausübung im Zusammenhang mit der parlamentarischen Tätigkeit des Abgeordneten. Allein durch diese parlamentarischen Prozesse kann das öffentliche Interesse an der Integrität der parlamentarischen Arbeit beeinträchtigt werden. Nimmt der Abgeordnete demgegenüber Einfluss auf Entscheidungen außerhalb parlamentarischer Prozesse, insbesondere auf solche von Behörden, ist das Rechtsgut des öffentlichen Interesses an der Integrität der parlamentarischen Arbeit nicht berührt, selbst wenn er seinen Status missbräuchlich nutzt. (Bearbeiter)

5. Das in § 108e Abs. 1 und 2 StGB mit der Neufassung vom 23. April 2014 normierte Tatbestandsmerkmal „bei der Wahrnehmung seines Mandates“ ist dahin zu verstehen, dass die Mandatstätigkeit als solche, nämlich das Wirken im Parlament, mithin im Plenum, in den Ausschüssen oder sonstigen parlamentarischen (Unter-)Gremien einschließlich der Fraktionen oder in mit Abgeordneten besetzten Kommissionen (etwa dem Vermittlungsausschuss), erfasst ist. Das Merkmal ist hingegen nicht in einem funktional weiten Sinne dahin auszulegen, dass bereits jede Tätigkeit anlässlich oder im Zusammenhang mit dem Abgeordnetenmandat oder jede durch das Mandat

bloß ermöglichte Handlung dem Anwendungsbereich der Norm unterliefe. (Bearbeiter)

6. Der Verfassungsgesetzgeber hat mit Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG die Rechtsstellung der Abgeordneten des Deutschen Bundestages im Sinne eines freien parlamentarischen Mandats geregelt. Kraft dieses Status verfügt das Bundestagsmitglied über eine Reihe von Rechten, die indes stets unter dem Vorbehalt stehen, dass nicht das einzelne Mitglied, sondern der Bundestag als Ganzes die vom Volk ausgehende Staatsgewalt ausübt. Desgleichen sind mit dem Status Pflichten verbunden, deren Reichweite durch das Gebot, die Repräsentations- und Funktionsfähigkeit des Parlaments zu wahren, bestimmt und begrenzt wird. Dementsprechend erstreckt sich der Gewährleistungsbereich des Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG auf die gesamte parlamentarische Tätigkeit des Bundestagsabgeordneten, sei es im Plenum, sei es in den Gremien. (Bearbeiter)

7. Auf den historisch gewachsenen, der Verfassung zugrundeliegenden Begriff des Mandats ist bei der Auslegung der Strafnorm des § 108e StGB Bedacht zu nehmen. Das gilt umso mehr, als ihr Wortlaut mit der jeweiligen Wendung „im Auftrag oder auf Weisung“ in den Absätzen 1 und 2 bewusst an Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG anknüpft. Für den Mandatsbegriff ist kein abweichender, insbesondere kein engerer herkömmlicher Sprachsinn ersichtlich. (Bearbeiter)

8. Der Bezug des Mandats zur parlamentarischen Tätigkeit des Abgeordneten wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass es zu dessen Hauptaufgaben gehört, insbesondere im eigenen Wahlkreis engen Kontakt mit der Partei, den Verbänden und nicht organisierten Bürgern zu halten. Denn diese Funktion des Abgeordneten liegt darin begründet, dass er Verbindungsglied zwischen Parlament und Bürger ist. In diesem Sinne – einer dem parlamentarischen Entscheidungsprozess dienlichen „Transformationsfunktion“ zwischen gesellschaftlicher und staatlicher Willensbildung – zählt zwar das Wirken des Parlamentarier in der Zivilgesellschaft zu seinen Aufgaben. Hierdurch kommt aber nicht zum Ausdruck, dass er bereits dann sein Mandat wahrnimmt, wenn er unter Angabe seines Status gegenüber einer Behörde im Interesse eines Privatunternehmers oder anderen Bürgers auftritt. (Bearbeiter)

9. Zwar ist für die Strafbarkeit von (europäischen) Amtsträgern (sowie von für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten) gemäß §§ 331 bis 334 StGB eine weite Auslegung der – der Mandatswahrnehmung entsprechenden – Tatbestandsmerkmale „Dienstausübung“ und „Diensthandlung“ anerkannt. Danach sind die Merkmale erfüllt, wenn irgendein funktionaler Zusammenhang mit dem Aufgabenkreis des Amtsträgers besteht. Der Träger eines parlamentarischen Mandats verfügt hingegen nicht über einen genau umgrenzten Pflichtenkreis, wie er für Amtsträger existiert. Dies unterscheidet den Mandatsträger grundsätzlich vom Amtsträger. Für Abgeordnete bestehen keine positiv festgelegten Dienstpflichten, für deren Verletzung sie einen Vorteil fordern oder annehmen können. (Bearbeiter)

10. Völkervertragsrechtliche Anforderungen (vgl. Art. 2 bis 4 des Strafrechtsübereinkommen des Europarates

über Korruption vom 27. Januar 1999 sowie Art. 15 i.V.m. Art. 2 Buchst. a Ziff. i des Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 31. Oktober 2003), wonach der Abgeordnete die Gegenleistung „bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben“ oder „in Ausübung seiner Dienstpflichten“ zu erbringen hat, gebieten keine Auslegung des § 108e StGB dahin, dass außerparlamentarische Betätigungen ohne Bezug zu seinem Mandat strafrechtlich zu sanktionieren wären. Vielmehr war die Bundesrepublik Deutschland als Vertragsstaat frei, die wenig präzisen Vorgaben der Übereinkommen zu den Tathandlungen selbst zu konkretisieren. (Bearbeiter)

11. Soweit das Abgeordnetenrecht (vgl. für den Bund §§ 44a, 45 ff. AbgG) Verhaltensregeln für Mandatsträger trifft und disziplinarrechtliche Sanktionen vorsieht, lassen sich daraus im vorliegenden Zusammenhang keine Rückschlüsse auf die Auslegung des Tatbestandes des § 108e StGB ziehen. Diese parlamentsrechtlichen Vorschriften dienen zwar ebenfalls der Korruptionsbekämpfung (vgl. § 108e Abs. 4 Satz 1 StGB), gehen aber deutlich weiter als die Strafnorm. (Bearbeiter)

815. BGH StB 7-9/22 – Beschluss vom 5. Juli 2022 (OLG München)

BGHSt; Bestechlichkeit und Bestechung von Mandatsträgern (Rechtsgut; öffentliches Interesse an der Integrität parlamentarischer Prozesse; Auslegung; bei der Wahrnehmung seines Mandates; Mandatsstätigkeit als solche; Rechtsstellung des Abgeordneten; verfassungsrechtlicher Mandatsbegriff; außerparlamentarische Betätigung im Interesse von Privaten; Ausnutzen von Beziehungen; funktionaler Zusammenhang nicht ausreichend; keine Rückschlüsse aus Regelungen des Abgeordnetenrechts). § 108e StGB; Art. 38 GG

1. Das in § 108e Abs. 1 und 2 StGB normierte Tatbestandsmerkmal "bei der Wahrnehmung seines Mandates" ist dahin zu verstehen, dass die Mandatsstätigkeit als solche, nämlich das Wirken des Abgeordneten im Parlament, mithin im Plenum, in den Ausschüssen oder sonstigen parlamentarischen Gremien einschließlich der Fraktionen oder in mit Parlamentsmitgliedern besetzten Kommissionen, erfasst ist. (BGHSt)

2. Allein die zwischen den Beteiligten vereinbarte Berufung des Abgeordneten auf seinen Status zur Beeinflussung von Behördenentscheidungen bei außerparlamentarischen Betätigungen im Interesse eines Privatunternehmers und ohne Vorgabe, im Auftrag des Parlaments zu handeln, vermag eine Strafbarkeit wegen Bestechlichkeit oder Bestechung von Mandatsträgern nicht zu begründen. (BGHSt)

3. Ebenso wenig genügt es, wenn der Abgeordnete dazu die in dieser Funktion geknüpften Beziehungen zu Entscheidungsträgern der Exekutive ausnutzen oder sich seiner Amtsausstattung bedienen soll. (BGHSt)

4. Schutzgut des reformierten § 108e StGB ist das öffentliche Interesse an der Integrität parlamentarischer Prozesse, der Unabhängigkeit der Mandatsausübung sowie der Sachbezogenheit parlamentarischer Entscheidungen. Umfasst ist demnach lediglich das öffentliche Interesse an der Unabhängigkeit der Mandatsausübung im

Zusammenhang mit der parlamentarischen Tätigkeit des Abgeordneten. Allein durch diese parlamentarischen Prozesse kann das öffentliche Interesse an der Integrität der parlamentarischen Arbeit beeinträchtigt werden. Nimmt der Abgeordnete demgegenüber Einfluss auf Entscheidungen außerhalb parlamentarischer Prozesse, insbesondere auf solche von Behörden, ist das Rechtsgut des öffentlichen Interesses an der Integrität der parlamentarischen Arbeit nicht berührt, selbst wenn er seinen Status missbräuchlich nutzt. (Bearbeiter)

5. Das in § 108e Abs. 1 und 2 StGB mit der Neufassung vom 23. April 2014 normierte Tatbestandsmerkmal „bei der Wahrnehmung seines Mandates“ ist dahin zu verstehen, dass die Mandats­tätigkeit als solche, nämlich das Wirken im Parlament, mithin im Plenum, in den Ausschüssen oder sonstigen parlamentarischen (Unter-)Gremien einschließlich der Fraktionen oder in mit Abgeordneten besetzten Kommissionen (etwa dem Vermittlungsausschuss), erfasst ist. Das Merkmal ist hingegen nicht in einem funktional weiten Sinne dahin auszulegen, dass bereits jede Tätigkeit anlässlich oder im Zusammenhang mit dem Abgeordnetenmandat oder jede durch das Mandat bloß ermöglichte Handlung dem Anwendungsbereich der Norm unterfiele. (Bearbeiter)

6. Der Verfassungsgesetzgeber hat mit Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG die Rechtsstellung der Abgeordneten des Deutschen Bundestages im Sinne eines freien parlamentarischen Mandats geregelt. Kraft dieses Status verfügt das Bundestagsmitglied über eine Reihe von Rechten, die indes stets unter dem Vorbehalt stehen, dass nicht das einzelne Mitglied, sondern der Bundestag als Ganzes die vom Volk ausgehende Staatsgewalt ausübt. Desgleichen sind mit dem Status Pflichten verbunden, deren Reichweite durch das Gebot, die Repräsentations- und Funktionsfähigkeit des Parlaments zu wahren, bestimmt und begrenzt wird. Dementsprechend erstreckt sich der Gewährleistungsbereich des Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG auf die gesamte parlamentarische Tätigkeit des Bundestagsabgeordneten, sei es im Plenum, sei es in den Gremien. (Bearbeiter)

7. Auf den historisch gewachsenen, der Verfassung zugrundeliegenden Begriff des Mandats ist bei der Auslegung der Strafnorm des § 108e StGB Bedacht zu nehmen. Das gilt umso mehr, als ihr Wortlaut mit der jeweiligen Wendung „im Auftrag oder auf Weisung“ in den Absätzen 1 und 2 bewusst an Art. 38 Abs. 1 Satz 2 GG anknüpft. Für den Mandatsbegriff ist kein abweichender, insbesondere kein engerer herkömmlicher Sprachsinn ersichtlich. (Bearbeiter)

8. Der Bezug des Mandats zur parlamentarischen Tätigkeit des Abgeordneten wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass es zu dessen Hauptaufgaben gehört, insbesondere im eigenen Wahlkreis engen Kontakt mit der Partei, den Verbänden und nicht organisierten Bürgern zu halten. Denn diese Funktion des Abgeordneten liegt darin begründet, dass er Verbindungsglied zwischen Parlament und Bürger ist. In diesem Sinne – einer dem parlamentarischen Entscheidungsprozess dienlichen „Transformationsfunktion“ zwischen gesellschaftlicher und staatlicher Willensbildung – zählt zwar das Wirken des Parlamentarier in der Zivilgesellschaft zu seinen Aufgaben. Hier

durch kommt aber nicht zum Ausdruck, dass er bereits dann sein Mandat wahrnimmt, wenn er unter Angabe seines Status gegenüber einer Behörde im Interesse eines Privatunternehmers oder anderen Bürgers auftritt. (Bearbeiter)

9. Zwar ist für die Strafbarkeit von (europäischen) Amtsträgern (sowie von für den öffentlichen Dienst besonders Verpflichteten) gemäß §§ 331 bis 334 StGB eine weite Auslegung der – der Mandatswahrnehmung entsprechenden – Tatbestandsmerkmale „Dienstausübung“ und „Diensthandlung“ anerkannt. Danach sind die Merkmale erfüllt, wenn irgendein funktionaler Zusammenhang mit dem Aufgabenkreis des Amtsträgers besteht. Der Träger eines parlamentarischen Mandats verfügt hingegen nicht über einen genau umgrenzten Pflichtenkreis, wie er für Amtsträger existiert. Dies unterscheidet den Mandatsträger grundsätzlich vom Amtsträger. Für Abgeordnete bestehen keine positiv festgelegten Dienstpflichten, für deren Verletzung sie einen Vorteil fordern oder annehmen können. (Bearbeiter)

10. Völkervertragsrechtliche Anforderungen (vgl. Art. 2 bis 4 des Strafrechtsübereinkommen des Europarates über Korruption vom 27. Januar 1999 sowie Art. 15 i.V.m. Art. 2 Buchst. a Ziff. i des Übereinkommen der Vereinten Nationen gegen Korruption vom 31. Oktober 2003), wonach der Abgeordnete die Gegenleistung „bei der Wahrnehmung seiner Aufgaben“ oder „in Ausübung seiner Dienstpflichten“ zu erbringen hat, gebieten keine Auslegung des § 108e StGB dahin, dass außerparlamentarische Betätigungen ohne Bezug zu seinem Mandat strafrechtlich zu sanktionieren wären. Vielmehr war die Bundesrepublik Deutschland als Vertragsstaat frei, die wenig präzisen Vorgaben der Übereinkommen zu den Tathandlungen selbst zu konkretisieren. (Bearbeiter)

11. Soweit das Abgeordnetenrecht (vgl. für den Bund §§ 44a, 45 ff. AbgG) Verhaltensregeln für Mandatsträger trifft und disziplinarrechtliche Sanktionen vorsieht, lassen sich daraus im vorliegenden Zusammenhang keine Rückschlüsse auf die Auslegung des Tatbestandes des § 108e StGB ziehen. Diese parlamentsrechtlichen Vorschriften dienen zwar ebenfalls der Korruptionsbekämpfung (vgl. § 108e Abs. 4 Satz 1 StGB), gehen aber deutlich weiter als die Strafnorm. (Bearbeiter)

816. BGH 2 StR 104/22 – Beschluss vom 24. Mai 2022 (LG Limburg a.d. Lahn)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (positive Behandlungsprognose: Widerspruch zu der weiteren Urteilsfeststellung, fehlende Deutschkenntnisse).
§ 64 StGB

817. BGH 2 StR 122/22 – Beschluss vom 22. Juni 2022 (LG Bonn)

Versuchte besonders schwere räuberische Erpressung (Rücktritt: Rücktrittshorizont, Fehlschlag, Freiwilligkeit).
§ 255 StGB; § 250 StGB; § 23 StGB; § 24 StGB

818. BGH 2 StR 127/21 – Beschluss vom 7. Juli 2022

Zurückweisung der Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

819. BGH 2 StR 157/22 – Beschluss vom 21. Juni 2022 (LG Bonn)

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

820. BGH 2 StR 158/22 – Beschluss vom 5. Juli 2022 (LG Gera)

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

821. BGH 2 StR 165/22 – Beschluss vom 19. Juli 2022 (LG Erfurt)

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

822. BGH 2 StR 167/22 – Beschluss vom 7. Juli 2022 (LG Bonn)

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

823. BGH 2 StR 182/22 – Beschluss vom 19. Juli 2022 (LG Erfurt)

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

824. BGH 2 StR 221/22 – Beschluss vom 19. Juli 2022 (LG Frankfurt am Main)

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

825. BGH 2 StR 302/21 – Beschluss vom 15. März 2022 (LG Köln)

Beihilfe (Voraussetzungen; nachträgliches Einverständnis); erfolgsqualifizierte Delikte (Körperverletzung mit Todesfolge; Vorsatz des Täters, nicht gebilligter oder gewollter Erfolg; Erfassung des wesentlichen Unrechtsgehalt und Angriffsrichtung; keine Voraussehbarkeit aller Einzelheiten des zum Tode führenden Geschehensablaufs notwendig; keine Körperverletzung von gänzlicher anderer Art der Beschaffenheit als die vom Teilnehmer gewollte und vorgestellte; Fahrlässigkeit in Bezug auf den Taterfolg; Gefahr der schweren Folge typischerweise an Begehungsweise anhaftend, kein Vorsatz des Gehilfen auf die Körperverletzungshandlung).
§ 27 StGB; § 211 StGB; § 227 StGB; § 222 StGB

826. BGH 2 StR 310/21 – Urteil vom 13. April 2022 (LG Köln)

Verminderte Schuldfähigkeit (vermindertes Hemmungsvermögen: mehrstufige Entscheidung, Sachverständiger; schwere andere seelische Störung: Rauschgiftsüchtiger, „Cravings“, langjähriger Drogenmissbrauch, schwerste Persönlichkeitsveränderung, erhebliche Entzugserscheinungen, Angst vor bevorstehenden Entzugserscheinungen; symptomatischer Zusammenhang: Gesamtbetrachtung, Leistungsverhalten); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (symptomatischer Zusammenhang: Vorliegen, am Fall orientierte Bewertung, auf Erlangen von Rauschmitteln oder deren Finanzierung abzielende Taten); Einziehung (keine Strafe oder strafähnliche Maßnahme).
§ 21 StGB; § 64 StGB; § 73 StGB

827. BGH 2 StR 379/19 – Beschluss vom 28. Juni 2022 (LG Frankfurt am Main)

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

828. BGH 2 StR 394/21 – Beschluss vom 24. Mai 2022 (LG Köln)

Verbot der Doppelbestrafung (prozessualer Tatbegriff: Bestimmung, Verhältnis zum materiell-rechtlichen Tatbegriff, Tateinheit, Tatmehrheit, Vorliegen von Tateinheit); Betäubungsmitteldelikte (Handeltreiben: Vorliegen, Abzielen auf die Förderung eines bestimmten Betäubungsmittelumsatzes, mehrere auf denselben Umsatz bezogene Handlungen, Teilakte des Handeltreibens, Bewertungseinheit).

Art. 103 Abs. 3 GG; § 264 StPO; § 52 StGB; § 53 StGB; § 29a BtMG

829. BGH 2 StR 466/21 – Beschluss vom 24. Mai 2022 (LG Köln)

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

830. BGH 2 StR 565/21 – Beschluss vom 5. Juli 2022 (LG Köln)

Konkurrenzen (Betäubungsmitteldelikte: bewaffnetes Handeltreiben, Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge, gleichzeitiger Besitz unterschiedlicher Betäubungsmittel und -arten, Gesetzeskonkurrenz, Herstellen von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge).

§ 52 StGB; § 30a BtMG; § 29a BtMG

Beim gleichzeitigen Besitz unterschiedlicher Betäubungsmittel und -arten liegt materiellrechtlich nur eine einheitliche Tat vor, wobei sämtliche besessene Teilmengen zusammenzufassen sind.

831. BGH 4 StR 63/22 – Beschluss vom 6. Juli 2022 (LG Hagen)

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

832. BGH 4 StR 107/22 – Beschluss vom 5. Juli 2022 (LG Detmold)

Anhörungsgrüge (Entscheidung ohne Hauptverhandlung durch Beschluss; keine Begründungspflicht letztinstanzlicher Entscheidungen aus der Verfassung).

§ 356a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

833. BGH 4 StR 116/22 – Beschluss vom 19. Juli 2022 (LG Dortmund)

Verbotene Kraftfahrzeugrennen (Begriff des Kraftfahrzeugrennens); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang: Vorliegen, physische oder psychische Betäubungsmittelabhängigkeit; Vorrang gegenüber einer Zurückstellung der Strafvollstreckung gemäß § 35 BtMG).

§ 315d StGB; § 64 StGB; § 35 BtMG

834. BGH 4 StR 157/22 – Beschluss vom 5. Juli 2022 (LG Aurich)

Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Zulässigkeitsvoraussetzungen: Angaben über den Zeitpunkt des Wegfalls des Hindernisses, Wahrung der Frist nicht offensichtlich, nicht zurechenbares eigenes Verschulden des Verteidigers).

§ 44 StPO; § 45 StPO

835. BGH 4 StR 197/21 – Urteil vom 12. Mai 2022 (LG Siegen)

Recht des letzten Wortes (negative Beweiskraft des Protokolls; Revisionsgrund: kein absoluter Revisionsgrund, kein Beruhen nur im Ausnahmefall); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (erheblich verminderte Steuerungsfähigkeit: schwere Persönlichkeitsstörung, andere seelische Störung, abweichendes Sexualverhalten, Pädophilie, Einlassung des Angeklagten).

§ 258 StPO; § 274 StPO; § 63 StGB; § 21 StGB

836. BGH 4 StR 213/22 – Beschluss vom 21. Juli 2022 (LG Bochum)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

837. BGH 4 StR 72/22 – Beschluss vom 24. Mai 2022 (LG Hagen)

Ausschluss der Öffentlichkeit zum Schutz der Privatsphäre (Revision: Beruhen, potenzielles Geständnis des Angeklagten, strafmilderndes Gewicht); sexueller Missbrauch von Kindern (sexuelle Handlung: Erheblichkeit, Voraussetzungen, Gesamtbetrachtung, Art, Intensität sowie Dauer der sexualbezogenen Handlung, geringer Anforderungen bei dem Schutz von Kindern oder Jugendlichen dienenden Tatbeständen, unbedeutende Berührungen).

§ 171b GVG; § 337 StPO; § 176 StGB; § 184h StGB

838. BGH 4 StR 79/22 – Beschluss vom 25. Mai 2022 (LG Bochum)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

839. BGH 4 StR 99/22 – Beschluss vom 10. Mai 2022 (LG Bielefeld)

BGHR; Strafzumessung (Sicherungsverwahrung: kein Strafzumessungsgrund, Zweck der Sicherungsverwahrung, präventiver Freiheitsentzug, Entsozialisierung des Täters, Anordnungs- und Vollstreckungsregelungen, Verhältnismäßigkeit der Maßregel, behandlungsorientierte Ausgestaltung des Strafvollzugs).

§ 46 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 62 StGB; § 66 StGB; § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO

840. BGH 4 StR 343/21 – Beschluss vom 26. April 2022 (LG Münster)

Beweiswürdigung (eingeschränkte Revisibilität; sexueller Mißbrauch unter Ausnutzung eines Behandlungsverhältnisses; Aussage gegen Aussage: Gesamtwürdigung, Abweichungen in einer Aussage, Gedächtnisunsicherheiten).

§ 261 StPO; § 174c StGB

841. BGH 4 StR 408/21 – Beschluss vom 27. April 2022 (LG Hanau)

Versuchter Totschlag (Rücktritt: Fehlschlag, Abgrenzung beendeter und unbeendeter Versuch, Vorstellungsbild des

Täters, Korrektur des Rücktrittshorizonts, Irrtum, keine Vorstellung des Täters von den Folgen seines bisherigen Verhaltens im Augenblick des Verzichts auf eine Weiterführung der Tat, keine Feststellung zu dem Vorstellungsbild des Angeklagten, Zweifelssatz).

§ 212 StGB; § 23 StGB; § 24 StGB

842. BGH 4 StR 430/21 – Beschluss vom 20. Januar 2022 (LG Münster)

Beteiligung an einer Schlägerei (Schlägerei: Vorliegen, wechselseitige Tätigkeiten, kein in Betracht kommen der Aufspaltung in einzelne Zweikämpfe, einheitliches Gesamtgeschehen; von mehreren verübter Angriff: Vorliegen; objektive Bedingung der Strafbarkeit: kein Vorsatz oder Fahrlässigkeit notwendig, ursächlicher Zusammenhang, keine Ursächlichkeit der einzelnen Tatbeiträge der Beteiligten notwendig, keine vor oder nach der Schlägerei bzw. des Angriffes gesetzte Ursache der schweren Folge).

§ 231 StGB

843. BGH 4 StR 460/21 – Beschluss vom 21. Juni 2022 (LG Arnsberg)

Konkurrenzen (Diebstahl mit Waffen; versuchte Nötigung; Nötigung; sukzessive Tatausführung zur Erreichung eines einheitlichen Erfolges).

§ 52 StGB; § 23 StGB; § 240 StGB; § 244 StGB

844. BGH 4 StR 469/21 – Beschluss vom 7. Juli 2022 (LG Kassel)

Versuchter Mord (Rücktritt: Rücktrittshorizont, maßgeblicher Zeitpunkt, unbeendeter Versuch, Korrektur des Rücktrittshorizonts).

§ 211 StGB; § 23 StGB; § 24 StGB

845. BGH 4 StR 499/21 – Beschluss vom 7. Juli 2022 (LG Bielefeld)

Gegenvorstellung gegen einen nach § 349 Abs. 2 StPO ergangenen Beschluss.

§ 349 Abs. 2 StPO

846. BGH 6 StR 105/22 – Beschluss vom 15. Juni 2022 (LG Hannover)

Missbrauch von Schutzbefohlenen (Verfolgungsverjährung).

§ 174 Abs. 1 Nr. 2 StGB a.F.; § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB; § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F.; § 78b StGB; 206a Abs. 1 StPO

847. BGH 6 StR 112/22 – Beschluss vom 14. Juni 2022 (LG Stade)

Erfolgreicher Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 44 Satz 1 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

848. BGH 6 StR 125/22 – Beschluss vom 31. Mai 2022 (LG Weiden i.d. OPf.)

Sicherungsverfahren; Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Wahnsymptome: Fehlende Erörterung möglicherweise realer Hintergründe [hier: Gewalttätigkeiten und Todesdrohungen des Ehepartners]); Schutz von Opfern häuslicher Gewalt (Angabe der Anschrift eines Frauenhauses in den Urteilsgründen).

§ 413 StPO; 63 StGB; Art. 3 lit. b Istanbul-Konvention; Art. 23 lit. b Istanbul-Konvention

849. BGH 6 StR 143/22 – Beschluss vom 28. Juni 2022 (LG Hannover)

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

850. BGH 6 StR 158/22 – Beschluss vom 14. Juni 2022 (LG Magdeburg)

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

851. BGH 6 StR 183/22 – Beschluss vom 14. Juni 2022 (LG Stade)

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

852. BGH 6 StR 23/22 – Urteil vom 15. Juni 2022 (LG Magdeburg)

Mord (sonstige niedrige Beweggründe; Gesamtwürdigung: Vorgeschichte der Tat, Verhalten des Opfers und Verschulden des Täters an der zur Tat führenden Konfliktlage, Steigerung von Wut oder Verärgerung des Täters infolge der Reaktion des Tatopfers auf eine an ihm begangene Straftat, unerträgliches Missverhältnis zwischen Anlass und Erfolg der Tat; keine Hinderung der Annahme sonstiger niedriger Beweggründe bei Spontantat).
§ 211 StGB

853. BGH 6 StR 202/22 – Beschluss vom 14. Juni 2022 (LG Hof)

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

854. BGH 6 StR 206/22 – Beschluss vom 15. Juni 2022 (LG Schwerin)

Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten, Selbstbelastungsfreiheit (Erörterungen über eine mögliche Verständigung vor Vernehmung des Angeklagten: keine Pflicht zur Belehrung des Angeklagten über sein Schweigerecht).
§ 257c Abs. 4, Abs. 5 StPO; § 243 Abs. 4 Satz 1, Abs. 5 Satz 1 StPO

855. BGH 6 StR 215/22 – Beschluss vom 15. Juni 2022 (LG Lüneburg)

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

856. BGH 6 StR 222/22 – Beschluss vom 28. Juni 2022 (LG Saarbrücken)

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

857. BGH 6 StR 223/22 – Beschluss vom 14. Juni 2022 (LG Hannover)

Erfolgreicher Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 44 Satz 1 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

858. BGH 6 StR 238/22 – Urteil vom 29. Juni 2022 (LG Regensburg)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (hinreichend konkrete Erfolgsaussicht: Scheitern in vormaligen Unterbringungen).
§ 64 StGB

859. BGH 6 StR 241/22 – Beschluss vom 28. Juni 2022 (LG Hannover)

Tatmehrheit bei Beihilfe durch Unterlassen.
§ 53 StGB; § 13 Abs. 1 StGB; § 27 Abs. 1 StGB

860. BGH 6 StR 401/21 – Urteil vom 15. Juni 2022 (LG Braunschweig)

Mord (sonstige niedrige Beweggründe); lückenhafte Beweiswürdigung (Erforderlichkeit der Wiedergabe von Zeugenaussagen im Urteil, Fehlen näherer Darstellung und Würdigung der Angaben des Nebenklägers zum Tatgeschehen).
§ 211 StGB; § 261 StPO

861. BGH 6 StR 511/21 – Beschluss vom 28. Juni 2022 (LG Frankfurt [Oder])

Untreue (Strafzumessung: Gewerbsmäßigkeit, Entkräftung der Indizwirkung des Regelbeispiels durch besondere strafmildernde Umstände, Inhabilität für Tätigkeit als Geschäftsführer).
§ 266 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Var. 1 StGB; § 6 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 GmbHG