

## SCHRIFTFLEITUNG

Prof. Dr. Karsten Gaede

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

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

20355 Hamburg

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

## REDAKTION

Prof. Dr. Christian Becker; RiLG Dr. Ulf

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

Gaede; RiLG Dr. Holger Mann; RA Dr.

Stephan Schlegel.

## STÄNDIGE MITARBEITER

Christoph Henckel (Redaktionsassis-

tent); Prof. Dr. Jochen Bung, M.A.,

Univ. Hamburg; Prof. Dr. Christoph

Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frank-

furt; Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.,

Univ. Leipzig; Prof. Dr. Lutz Eidam,

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

Bois-Pedain, MJur (Oxon), Univ.

Cambridge; Prof. Dr. Diethelm Kle-

sczewski, Univ. Leipzig; Prof. Dr. Hans

Kudlich, Univ. Erlangen-Nürnberg;

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

Univ. Zürich; RA Tilo Mühlbauer,

Dresden; RA Prof. Dr. Ralf Neuhaus,

Dortmund; RA Dr. Markus Rübenthal,

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

Frank Saliger, LMU München; RA Dr.

Hellen Schilling, Frankfurt a.M.; Prof.

Dr. Christoph Sowada, Univ. Greifs-

wald; RA Klaus-Ulrich Ventzke, Ham-

burg und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers,

Univ. Basel

## Publikationen

Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Zürich – **Whistleblowing – Zwischen Selbstregulierung und effektiver Rechtsdurchsetzung** S. 322

Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel/Dr. Matthias Wachter – **Der Berliner Raser-Fall als Prüfstein für das voluntative Vorsatzelement** Zugl. Bespr. zu BGH HRRS 2018 Nr. 289 S. 332

RAe Dr. Eren Basar/Dr. Mayeul Hiéramente – **Datensparsamkeit in der StPO – Die Möglichkeit der Löschung** S. 336

Wiss. Mit. Maximilian Lenk, Tübingen – **Auf der Suche nach Harmonie im Strafrecht** S. 342

## Entscheidungen

EuGH **Ablehnung eines EU-Haftbefehls bei systemischen Mängeln (Polen)**

EuGH **Konkretisierung der Prüfung systemischer Haftmängel**

BVerfG **Legitimer Eingriff durch Sicherungstellung von Unterlagen und Daten in einer Anwaltskanzlei (Jones Day)**

BGHSt **Unfallflucht bei fehlenden feststellungsberechtigten Personen**

BGHSt **Sexuelle Belästigung iS des § 184i Abs. 1 StGB**

BGHSt **Unterstützung einer terroristischen Vereinigung durch Tatzusagen**

BGHSt **Rechtsgrundlage für „stille SMS“**

BGHSt **Einheitliche Tat beim Handeltreiben mit BtM**

BGHR **Widerspruchserfordernis bei rechtswidrigem Durchsuchungsfund**

Die Ausgabe umfasst 145 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

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

## SCHRIFTFLEITUNG

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

## REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

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

ISSN 1865-6277

18. Jahrgang, August/September 2018, Ausgabe

# 8-9

Rechtsprechung

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

### 606. EuGH C-216/18 PPU – Urteil des EuGH (Große Kammer) vom 25. Juli 2018 (LM)

Eilvorabentscheidungsverfahren; Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen; Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens; Europäischer Haftbefehl (Vollstreckungsvoraussetzungen und mögliches Rechtsstaatsverfahren gegen Anordnungsstaat, hier insbesondere bei Zweifeln betreffend Wahrung des Rechts auf Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen Gericht und des fair trial Grundsatzes).

Art. 2 EUV; Art. 3 EUV; Art. 6 EUV; Art. 7 EUV; Art. 19 EUV; Art. 267 AEUV; Art. 47 GRC; Art. 48 GRC; Art. 6 EMRK; Art. 1 Abs. 2 und 3 RBEuHB; Art. 3 RBEuHB; Art. 4 RBEuHB; Art. 4a RBEuHB; Art. 5 RBEuHB; Art. 7 RBEuHB; Art. 15 RBEuHB; Section

37/1) Irish European Arrest Warrant Act 2003; COM(2017) 835 final; Art. 107 EuGH-Verfahrensordnung

1. Art. 1 Abs. 3 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten in der durch den Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom 26. Februar 2009 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass die vollstreckende Justizbehörde, die über die Übergabe einer Person, gegen die ein Europäischer Haftbefehl zum Zwecke der Strafverfolgung ergangen ist, zu entscheiden hat, wenn sie über Anhaltspunkte – wie diejenigen in einem begründeten Vorschlag der Europäischen Kommission nach Art. 7 Abs. 1 EUV – dafür verfügt, dass wegen systemischer oder allgemeiner

Mängel in Bezug auf die Unabhängigkeit der Justiz des Ausstellungsmitgliedstaats eine echte Gefahr der Verletzung des in Art. 47 Abs. 2 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union verbürgten Grundrechts auf ein faires Verfahren besteht, konkret und genau prüfen muss, ob es in Anbetracht der persönlichen Situation dieser Person sowie der Art der strafverfolgungsbegründenden Straftat und des Sachverhalts, auf denen der Europäische Haftbefehl beruht, und unter Berücksichtigung der Informationen, die der Ausstellungsmitgliedstaat gemäß Art. 15 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584 in geänderter Fassung mitgeteilt hat, ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt, dass die besagte Person im Fall ihrer Übergabe an den Ausstellungsmitgliedstaat einer solchen Gefahr ausgesetzt sein wird. (EuGH)

2. Das Unionsrecht beruht auf der grundlegenden Prämisse, dass jeder Mitgliedstaat mit allen anderen Mitgliedstaaten eine Reihe gemeinsamer Werte teilt – und anerkennt, dass sie sie mit ihm teilen –, auf die sich, wie es in Art. 2 EUV heißt, die Union gründet. Diese Prämisse impliziert und rechtfertigt die Existenz gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten bei der Anerkennung dieser Werte und damit bei der Beachtung des Unionsrechts, mit dem sie umgesetzt werden. (Bearbeiter)

3. Sowohl der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten als auch der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung, der seinerseits auf dem gegenseitigen Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten beruht, haben im Unionsrecht fundamentale Bedeutung, da sie die Schaffung und Aufrechterhaltung eines Raums ohne Binnengrenzen ermöglichen. Konkret verlangt der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, namentlich in Bezug auf den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, von jedem Mitgliedstaat, dass er, abgesehen von außergewöhnlichen Umständen, davon ausgeht, dass alle anderen Mitgliedstaaten das Unionsrecht und insbesondere die dort anerkannten Grundrechte beachten. (Bearbeiter)

4. Der RBEuHB ist darauf gerichtet, durch die Einführung eines neuen vereinfachten und wirksameren Systems der Übergabe von Personen, die wegen einer Straftat verurteilt worden sind oder einer Straftat verdächtigt werden, die justizielle Zusammenarbeit zu erleichtern und zu beschleunigen, um zur Verwirklichung des der Union gesteckten Ziels beizutragen, zu einem Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts zu werden, und setzt ein hohes Maß an Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten voraus. (Bearbeiter)

5. Nach Art. 1 Abs. 2 RBEuHB, in dem der Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung zur Anwendung kommt, können die vollstreckenden Justizbehörden die Vollstreckung grundsätzlich nur aus den im Rahmenbeschluss 2002/584 abschließend aufgezählten Gründen für die Ablehnung der Vollstreckung verweigern. Folglich stellt die Vollstreckung des Europäischen Haftbefehls den Grundsatz dar, während die Ablehnung der Vollstreckung als Ausnahme ausgestaltet und eng auszulegen ist. (Bearbeiter)

6. Gleichwohl sind unter „außergewöhnlichen Umständen“ Beschränkungen der Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten möglich. Dies beruht auf Art. 1 Abs. 3 RBEuHB, nach dem dieser nicht die Pflicht berührt, die Grundrechte und die allgemeinen Rechtsgrundsätze, wie sie in den Art. 2 und 6 EUV niedergelegt sind, zu achten. Damit kommt eine solche Beschränkung in Betracht, wenn eine echte Gefahr der Verletzung des Grundrechts der betroffenen Person auf ein unabhängiges Gericht und damit ihres Grundrechts auf ein faires Verfahren im Sinne des Art. 47 Abs. 2 GRC besteht. (Bearbeiter)

7. Das Erfordernis der richterlichen Unabhängigkeit gehört zum Wesensgehalt des Grundrechts auf ein faires Verfahren. Dieses wiederum ist Garant der aus dem Unionsrecht erwachsenden Rechte und der in Art. 2 EUV genannten Werte, u.a. dem der Rechtsstaatlichkeit. Es ist von grundlegender Bedeutung für einen dem Rechtsstaat inhärenten wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz. Ebenso grundlegend ist es für das System der justiziellen Zusammenarbeit und damit auch im Rahmen des Europäischen Haftbefehls von größter Wichtigkeit. (Bearbeiter)

8. Das hohe Maß an Vertrauen zwischen den Mitgliedstaaten, auf dem der Mechanismus des Europäischen Haftbefehls beruht, gründet sich auf die Prämisse, dass die Strafgerichte der übrigen Mitgliedstaaten den Anforderungen an einen wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz genügen, zu denen u.a. gehört, dass sie unabhängig und unparteiisch sind. Daraus ergibt sich, dass es bei einer echten Gefahr der Verletzung des Grundrechts auf ein faires Verfahren im Sinne des Art. 47 Abs. 2 GRC der vollstreckenden Justizbehörde gestattet sein kann, ausnahmsweise dem betreffenden Europäischen Haftbefehl nicht Folge zu leisten. (Bearbeiter)

9. Im Rahmen der dafür erforderlichen Beurteilung muss die vollstreckende Justizbehörde in einem ersten Schritt auf der Grundlage objektiver, zuverlässiger und genauer Angaben über das Funktionieren des Justizsystems im Ausstellungsmitgliedstaat beurteilen, ob eine echte Gefahr der Verletzung des Grundrechts auf ein faires Verfahren besteht, die mit einer mangelnden Unabhängigkeit der Gerichte des Ausstellungsmitgliedstaates aufgrund systemischer oder allgemeiner Mängel in diesem Staat zusammenhängt. Dabei stellen Informationen in einem begründeten Vorschlag der Kommission auf der Grundlage des Art. 7 Abs. 1 EUV besonders relevante Angaben dar. (Bearbeiter)

10. Die zu diesem Grundrecht gehörende richterliche Unabhängigkeit umfasst einen das Außenverhältnis und einen das Innenverhältnis betreffenden Aspekt. Der erste Aspekt setzt voraus, dass die Einrichtungen völlig autonom und frei von hierarchischer Eingliederung oder Unterordnung, mithin frei von sämtlichen äußeren Einflüssen wie Interventionen oder Druck sind. Der zweite setzt voraus, dass den Parteien des Rechtsstreits mit gleichem Abstand begegnet wird, die Sachlichkeit obwaltet und dass neben der strikten Anwendung der Rechtsnormen keinerlei Interesse am Ausgang des Rechtsstreits besteht. Beide Aspekte erfordern, dass bezüglich der Zusammen-

setzung der Einrichtung, bezüglich der Ernennung, Amtsdauer und Abberufung der Mitglieder und bezüglich Disziplinarmaßnahmen ausdrückliche Gesetzesbestimmungen bestehen. (Bearbeiter)

11. Ist eine mit mangelnder richterlicher Unabhängigkeit aufgrund systematischer oder allgemeiner Mängel der Justiz zusammenhängende echte Gefahr der Verletzung des Grundrechts auf ein faires Verfahren festgestellt, hat die vollstreckende Justizbehörde in einem zweiten Schritt konkret zu prüfen, ob es ernste und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt, dass die gesuchte Person nach ihrer Übergabe an den Ausstellungsmitgliedstaat einer solchen Gefahr ausgesetzt wird. Dies gilt selbst dann, wenn die Kommission einen begründeten Vorschlag nach Art. 7 Abs. 1 EUV angenommen hat und die vollstreckende Justizbehörde deshalb der Ansicht ist, es beständen im betreffenden Mitgliedstaat systemische oder allgemeine Mängel auf Ebene der Justiz. Dies ergibt sich aus dem zehnten Erwägungsgrund des RBEuHB, der vorgibt, dass der Mechanismus des Europäischen Haftbefehls nur dann ausgesetzt werden darf, wenn eine schwere und anhaltende Verletzung der in Art. 2 EUV enthaltenen Grundsätze durch einen Mitgliedstaat vorliegt und vom Europäischen Rat nach Art. 7 Abs. 2 EUV mit den Folgen von Art. 7 Abs. 3 EUV festgestellt wurde. (Bearbeiter)

12. Im Rahmen einer solchen konkreten Prüfung muss die vollstreckende Justizbehörde u.a. untersuchen, ob und inwieweit sich die systemischen oder allgemeinen Mängel hinsichtlich der richterlichen Unabhängigkeit der Gerichte des Ausstellungsmitgliedstaats auf der Ebene der für die Verfahren gegen die gesuchte Person zuständigen Gerichte des Staates auswirken können. Ist dies der Fall, ist weiter zu beurteilen, ob die betroffene Person in Anbetracht ihrer persönlichen Situation sowie der Art der strafverfolgungsbegründenden Straftat und des Sachverhalts einer echten Gefahr der Verletzung ihres Grundrechts auf ein faires Verfahren ausgesetzt wird. Dafür muss die vollstreckende Justizbehörde gemäß Art. 15 Abs. 2 RBEuHB auch die ausstellende Justizbehörde um alle zusätzlichen Informationen ersuchen, die sie für die Beurteilung notwendig hält. (Bearbeiter)

13. Ergibt nach Feststellung der systemischen oder allgemeinen Mängel hinsichtlich der Unabhängigkeit der Gerichte des Ausstellungsmitgliedstaats auch diese zweite Prüfung, dass eine echte Gefahr der Verletzung des Grundrechts auf ein faires Verfahren auch konkret für die betroffene Person nicht ausgeschlossen werden kann, muss die vollstreckende Justizbehörde davon absehen, dem Europäischen Haftbefehl gegen diese Person Folge zu leisten. (Bearbeiter)

### 607. EuGH C-220/18 – Urteil des EuGH (Erste Kammer) vom 25. Juli 2018 (ML)

Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten; Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, hier im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen; Europäischer Haftbefehl (Vollstreckungsvoraussetzungen; Gründe für die Ablehnung der Vollstreckung, hier insbes. Verbot unmenschlicher oder ernied-

rigender Behandlung und Haftbedingungen im Ausstellungsmitgliedstaat; Umfang der Prüfung durch die vollstreckenden Justizbehörden; Bestehen von Rechtsschutzmöglichkeiten im Ausstellungsmitgliedstaat; Zusicherungen; Aranyosi II).

Art. 1 Abs. 3 RBEuHB; Art. 5 RBEuHB; Art. 6 Abs. 1 RBEuHB; Art. 7 RBEuHB; Art. 15 RBEuHB; Art. 17 RBEuHB (Rahmenbeschluss 2002/584/JI); Art. 4 Abs. 3 EUV; Art. 4 GRC; Art. 47 GRC; Art. 51 GRC; Art. 52 GRC; Art. 3 EMRK; § 73 IRG

1. Art. 1 Abs. 3, Art. 5 und Art. 6 Abs. 1 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten in der durch den Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom 26. Februar 2009 geänderten Fassung sind dahin auszulegen, dass, wenn die vollstreckende Justizbehörde über Anhaltspunkte für das Vorliegen systemischer oder allgemeiner Mängel der Haftbedingungen in den Haftanstalten des Ausstellungsmitgliedstaats verfügt, deren Richtigkeit das vorliegende Gericht unter Berücksichtigung sämtlicher verfügbarer aktualisierter Angaben zu überprüfen hat,

- die vollstreckende Justizbehörde das Vorliegen einer echten Gefahr, dass eine Person, gegen die ein Europäischer Haftbefehl zur Vollstreckung einer Freiheitsstrafe ergangen ist, eine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung im Sinne von Art. 4 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union erfährt, nicht allein aus dem Grund ausschließen kann, dass dieser Person im Ausstellungsmitgliedstaat eine Rechtsschutzmöglichkeit zur Verfügung steht, die es ihr ermöglicht, ihre Haftbedingungen in Frage zu stellen, wenngleich diese Behörde das Bestehen einer solchen Rechtsschutzmöglichkeit bei der Entscheidung über die Übergabe der betroffenen Person berücksichtigen kann;
- die vollstreckende Justizbehörde nur die Haftbedingungen in den Haftanstalten prüfen muss, in denen die genannte Person nach den dieser Behörde vorliegenden Informationen wahrscheinlich, sei es auch nur vorübergehend oder zu Übergangszwecken, inhaftiert sein wird;
- die vollstreckende Justizbehörde dazu nur die konkreten und genauen Haftbedingungen der betroffenen Person prüfen muss, die relevant sind, um zu bestimmen, ob diese einer echten Gefahr einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung im Sinne von Art. 4 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ausgesetzt sein wird;
- die vollstreckende Justizbehörde Informationen berücksichtigen kann, die von anderen Behörden des Ausstellungsmitgliedstaats als der ausstellenden Justizbehörde erteilt worden sind, wie namentlich die Zusicherung, dass die betroffene Person keiner unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung im Sinne von Art. 4 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union ausgesetzt sein wird. (EUGH)

2. Das Unionsrecht beruht auf der grundlegenden Prämisse, dass jeder Mitgliedstaat mit allen anderen Mit-

gliedstaaten eine Reihe gemeinsamer Werte teilt. Diese Prämisse impliziert und rechtfertigt die Existenz gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten. Konkret verlangt der Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, namentlich in Bezug auf den Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts, von jedem Mitgliedstaat, dass er, abgesehen von außergewöhnlichen Umständen, davon ausgeht, dass alle anderen Mitgliedstaaten das Unionsrecht und insbesondere die dort anerkannten Grundrechte beachten. (Bearbeiter)

3. Nach der Rechtsprechung des Gerichtshofs sind unter „außergewöhnlichen Umständen“ Beschränkungen der Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten möglich. (Bearbeiter)

4. Die vollstreckende Justizbehörde kann unter bestimmten Umständen das mit dem RBEuHB eingerichtete Übergabeverfahren beenden, wenn die Gefahr besteht, dass eine Übergabe zu einer unmenschlichen oder erniedrigenden Behandlung der gesuchten Person im Sinne von Art. 4 GRC führt. (Bearbeiter)

5. Um die Beachtung von Art. 4 GRC im konkreten Fall einer Person, gegen die sich ein Europäischer Haftbefehl richtet, sicherzustellen, ist die vollstreckende Justizbehörde, die über objektive, zuverlässige, genaue und gebührend aktualisierte Belege für das Vorliegen solcher Mängel verfügt, verpflichtet, konkret und genau zu beurteilen, ob es unter den konkreten Umständen ernsthafte und durch Tatsachen bestätigte Gründe für die Annahme gibt, dass diese Person im Anschluss an ihre Übergabe an diesen Mitgliedstaat aufgrund der Bedingungen, unter denen sie im Ausstellungsmitgliedstaat inhaftiert sein wird, einer echten Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung im Sinne von Art. 4 GRC in diesem Mitgliedstaat ausgesetzt sein wird. (Bearbeiter)

6. Zu diesem Zweck muss die genannte Behörde nach Art. 15 Abs. 2 RBEuHB des Ausstellungsmitgliedstaats um die unverzügliche Übermittlung aller notwendigen zusätzlichen Informationen in Bezug auf die Bedingungen bitten, unter denen die betreffende Person in diesem Mitgliedstaat inhaftiert werden soll. Die ausstellende Justizbehörde ist verpflichtet, der vollstreckenden Justizbehörde diese Informationen zu erteilen. (Bearbeiter)

7. Die Prüfung der Vollstreckungsbehörden kann sich in Anbetracht ihrer Konkretheit und Genauigkeit nicht auf die allgemeinen Haftbedingungen in sämtlichen Haftanstalten des Ausstellungsmitgliedstaates beziehen, in denen die betroffene Person inhaftiert werden könnte. (Bearbeiter)

8. Die Möglichkeit, um die unverzügliche Übermittlung der notwendigen zusätzlichen Informationen zu bitten, wenn sie der Ansicht sind, dass die vom Ausstellungsmitgliedstaat übermittelten Informationen nicht ausreichen, um über die Übergabe entscheiden zu können, ist als letztes Mittel allein für die Ausnahmefälle gedacht. Daher kann nicht systematisch um allgemeine Auskünfte zu den Haftbedingungen in den Haftanstalten ersucht werden, in denen eine Person, gegen die ein Europäischer

Haftbefehl ergangen ist, inhaftiert werden könnte. (Bearbeiter)

9. Die Vereinbarkeit der Haftbedingungen in anderen Haftanstalten, in denen die genannte Person gegebenenfalls später inhaftiert werden könnte, mit den Grundrechten fällt in die alleinige Zuständigkeit der Gerichte des Ausstellungsmitgliedstaats. (Bearbeiter)

10. In Ermangelung unionsrechtlicher Mindestvorschriften über die Haftbedingungen sind die Maßstäbe des Art. 3 EMRK zu beachten, wonach den Behörden des Staates, in dessen Hoheitsgebiet eine Person inhaftiert ist, eine positive Verpflichtung auferlegt, sich zu vergewissern, dass jeder Häftling unter Bedingungen untergebracht ist, die die Wahrung der Menschenwürde gewährleisten, dass die Modalitäten der Durchführung der Maßnahme den Betroffenen keiner Bürde oder Last aussetzen, deren Intensität über das dem Freiheitsentzug unvermeidlich innewohnende Maß des Leidens hinausgeht, und dass nach Maßgabe der praktischen Erfordernisse der Inhaftierung Gesundheit und Wohlergehen des Häftlings in angemessener Weise sichergestellt werden. (Bearbeiter)

11. In Anbetracht der Bedeutung des Raumfaktors bei der Gesamtbeurteilung von Haftbedingungen begründet der Umstand, dass der einem Inhaftierten zur Verfügung stehende persönliche Raum in einer Gemeinschaftszelle unter 3 m<sup>2</sup> liegt, eine starke Vermutung für einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK. Diese starke Vermutung für einen Verstoß gegen Art. 3 EMRK kann normalerweise nur widerlegt werden, wenn es sich erstens um eine kurze, gelegentliche und unerhebliche Reduzierung des persönlichen Raums gegenüber dem geforderten Minimum von 3 m<sup>2</sup> handelt, diese Reduzierung zweitens mit genügend Bewegungsfreiheit und ausreichenden Aktivitäten außerhalb der Zelle einhergeht und drittens die Haftanstalt allgemein angemessene Haftbedingungen bietet und die betroffene Person keinen anderen Bedingungen ausgesetzt ist, die als die Haftbedingungen erschwerende Umstände anzusehen sind. (Bearbeiter)

12. Die zeitliche Begrenztheit bzw. der Übergangscharakter einer Inhaftierung unter unmenschlichen oder erniedrigenden Bedingungen ist für sich genommen nicht geeignet, jegliche echte Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung im Sinne von Art. 4 der Charta auszuschließen. (Bearbeiter)

13. Ein zu ausführliches Informationensuchen, das dazu führt, dass die Funktionsfähigkeit des Europäischen Haftbefehls lahmgelegt wird, ist mit der in Art. 4 Abs. 3 Unterabs. 1 EUV verankerten Pflicht zu loyaler Zusammenarbeit, die den Dialog zwischen den vollstreckenden Justizbehörden und den ausstellenden Justizbehörden u. a. im Rahmen der Erteilung von Informationen nach Art. 15 Abs. 2 und 3 RBEuHB leiten muss, nicht vereinbar. (Bearbeiter)

14. Die von den zuständigen Behörden des Ausstellungsmitgliedstaats erteilte Zusicherung, dass die betroffene Person unabhängig von der Haftanstalt, in der sie im Ausstellungsmitgliedstaat inhaftiert werden wird, keine unmenschliche oder erniedrigende Behandlung

aufgrund ihrer konkreten und genauen Haftbedingungen erfahren werde, ist ein Aspekt, den die vollstreckende Justizbehörde nicht ignorieren darf. (Bearbeiter)

15. Hat die ausstellende Justizbehörde diese Zusicherung erteilt oder zumindest gebilligt, nachdem sie erforderlichenfalls die oder eine der zentralen Behörden des Ausstellungsmitgliedstaats im Sinne von Art. 7 des Rahmenbeschlusses um Unterstützung ersucht hat, muss sich die vollstreckende Justizbehörde in Anbetracht des gegenseitigen Vertrauens zwischen den Mitgliedstaaten, auf dem das System des Europäischen Haftbefehls beruht, auf diese Zusicherung zumindest dann verlassen, wenn keinerlei konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass die Haftbedingungen in einer bestimmten Haftanstalt gegen Art. 4 der Charta verstoßen. (Bearbeiter)

16. Ergeht die Zusicherung nicht durch eine Justizbehörde, sondern durch ein Justizministerium, ist sie durch eine Gesamtbeurteilung aller der vollstreckenden Justizbehörde zur Verfügung stehenden Informationen zu würdigen. (Bearbeiter)

### **608. EuGH C-268/17 – Urteil des EuGH (Fünfte Kammer) vom 25. Juli 2018 (AY)**

Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen; Europäischer Haftbefehl (Gründe für die Ablehnung der Vollstreckung; Doppelverfolgungsverbot [ne bis in idem] bei Einstellung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens im Vollstreckungsmitgliedstaat; gesuchte Person [Verfolgter], die in einem vollstreckungsmitgliedstaatlichen Verfahren lediglich als Zeugen geführt wurde; Ausstellung mehrerer Europäischer Haftbefehle gegen dieselbe Person); Eilvorabentscheidungsverfahren (Ablehnung, aber vorrangige Behandlung; Vorlage durch ein Gericht des Ausstellungsmitgliedstaates zur Klärung der Verpflichtungen des Vollstreckungsmitgliedstaates).

Art. 1 Abs. 2 RBEuHB; Art. 3 Nr. 2 RBEuHB; Art. 4 Nr. 3 RBEuHB; Art. 15 Abs. 1 RBEuHB; Art. 17 Abs. 1 und 6 RBEuHB; Art. 107 EuGH-Verfahrensordnung; Art. 53 Abs. 1 EuGH-Verfahrensordnung

1. Art. 1 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses 2002/584/JI des Rates vom 13. Juni 2002 über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten in der durch den Rahmenbeschluss 2009/299/JI des Rates vom 26. Februar 2009 geänderten Fassung ist dahin auszulegen, dass die Justizbehörde des Vollstreckungsmitgliedstaats zum Erlass einer Entscheidung über jeden ihr übermittelten Europäischen Haftbefehl verpflichtet ist, auch wenn in diesem Mitgliedstaat bereits über einen früheren Europäischen Haftbefehl gegen dieselbe Person und zu derselben Handlung entschieden wurde, der zweite Europäische Haftbefehl aber lediglich aufgrund der Anklageerhebung gegen die gesuchte Person im Ausstellungsmitgliedstaat erlassen wurde. (EuGH)

2. Art. 3 Nr. 2 und Art. 4 Nr. 3 des Rahmenbeschlusses 2002/584 in der durch den Rahmenbeschluss 2009/299 geänderten Fassung sind dahin auszulegen, dass eine Entscheidung der Staatsanwaltschaft, wie die im Ausgangsverfahren in Rede stehende Entscheidung der zent-

ralen ungarischen Ermittlungsbehörde, mit der ein Ermittlungsverfahren gegen Unbekannt eingestellt wurde, in dessen Verlauf die Person, die Gegenstand eines Europäischen Haftbefehls ist, lediglich als Zeuge befragt wurde, ohne dass gegen diese Person strafrechtliche Ermittlungen geführt worden wären oder diese Entscheidung ihr gegenüber getroffen worden wäre, nicht angeführt werden kann, um die Vollstreckung des betreffenden Europäischen Haftbefehls auf der Grundlage einer dieser beiden Bestimmungen abzulehnen. (EuGH)

3. Die Zulässigkeit des Vorabentscheidungsersuchens wird nicht durch den Umstand in Frage gestellt, dass sich die Vorlagefragen auf die Verpflichtungen der vollstreckenden Justizbehörde beziehen, während das vorlegende Gericht die ausstellende Justizbehörde des Europäischen Haftbefehls ist. Bei einem Verfahren im Zusammenhang mit einem Europäischen Haftbefehl ist in erster Linie der Ausstellungsmitgliedstaat für die Gewährleistung der Grundrechte verantwortlich. Um die Gewährleistung dieser Rechte – die eine Justizbehörde dazu veranlassen kann, eine Entscheidung über die Rücknahme eines von ihr ausgestellten Europäischen Haftbefehls zu treffen – sicherzustellen, muss eine solche Behörde über die Möglichkeit verfügen, den Gerichtshof mit einer Vorlage zur Vorabentscheidung zu befassen. (Bearbeiter)

4. Das unionsrechtliche Doppelverfolgungsverbot (ne bis in idem) erstreckt sich nicht auf Personen, die im Rahmen eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens lediglich befragt wurden, wie etwa Zeugen. (Bearbeiter)

5. Eine Auslegung, nach der die Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls auf der Grundlage des zweiten in Art. 4 Nr. 3 RBEuHB genannten Grundes dann abgelehnt werden könnte, wenn sich der betreffende Haftbefehl auf eine Handlung bezieht, die identisch ist mit einer Handlung, die bereits Gegenstand einer älteren Entscheidung war, ohne dass es auf die Identität der Person, gegen die sich die Ermittlungen richten, ankäme, wäre offensichtlich zu weit und brächte die Gefahr einer Umgehung der Verpflichtung zur Vollstreckung eines Europäischen Haftbefehls mit sich. (Bearbeiter)

### **616. BVerfG 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 27. Juni 2018 (LG München I / AG München)**

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde eines Automobilherstellers gegen die Sicherstellung von Unterlagen und Daten bei einer von ihm mit internen Ermittlungen beauftragten Anwaltskanzlei („VW-Dieselskandal“; juristische Personen als Träger des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung bei grundrechtlich erheblicher Gefährdungslage; Zulässigkeit einer Beschlagnahme bei Berufsheimlichkeitsgeheimnissen; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; staatliches Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung; Interesse am Schutz unternehmensinterner Daten; Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant; Legitimationsbedürftigkeit von Beweiserhebungsverboten; kein Beschlagnahmeverbot außerhalb des Berufsheimlichkeitsgeheimnisses; Beschlagnahmeschutz erst bei zumindest beschuldigtenähnlicher Verfahrens-

stellung aufgrund eines hinreichenden Verdachts; kein Beschlagnahmeschutz für den Mutterkonzern wegen eines parallel geführten Ordnungswidrigkeitenverfahrens gegen eine Tochtergesellschaft).

Art. 2 Abs. 1 GG; § 94 StPO; § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 103 StPO; § 110 StPO; § 160a Abs. 1 Satz 1 StPO

1. Träger des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung kann auch eine juristische Person sein, sofern sie durch eine Maßnahme gerade in ihrer spezifischen Freiheitsausübung beeinträchtigt ist. Dabei kommt es maßgeblich auf die Bedeutung der betroffenen Informationen für den grundrechtlich geschützten Tätigkeitskreis der juristischen Person sowie auf den Zweck und die möglichen Folgen der Maßnahme an.

2. Ein Automobilkonzern, der im Zusammenhang mit dem Vorwurf von Abgasmanipulationen an Dieselfahrzeugen eine Anwaltskanzlei mit internen Ermittlungen beauftragt hat, ist durch die strafprozessuale Sicherstellung der von den Anwälten der Kanzlei zusammengetragenen Unterlagen und Daten zum Zwecke der Durchsicht in seinem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen; der Eingriff ist jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt (Hauptsacheentscheidung zur einstweiligen Anordnung vom 25. Juli 2017 [= HRRS 2017 Nr. 835]).

3. Der Zugriff der Strafverfolgungsbehörden auf derartiges Material ist am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen. Dem staatlichen Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung steht dabei das Recht des betroffenen Konzerns gegenüber, grundsätzlich selbst über die Weitergabe der in seinem Auftrag zusammengestellten Informationen zu bestimmen. Zu berücksichtigen ist außerdem die Möglichkeit einer Gefährdung des rechtlich geschützten Vertrauensverhältnisses zwischen Rechtsanwalt und Mandant und insbesondere der auch im öffentlichen Interesse liegenden Vertraulichkeit der Kommunikation innerhalb dieses Verhältnisses.

4. Die Annahme von Beweiserhebungsverboten beschneidet die Möglichkeiten justizförmiger Sachaufklärung und mindert den Rechtsgüterschutz, den das materielle Strafrecht bezweckt, so dass sie stets einer Legitimation bedarf, die vor dem Rechtsstaatsprinzip Bestand hat. Eine Auslegung von Beweiserhebungsregelungen, die dem Strafverfolgungsinteresse Vorrang vor dem Geheimhaltungsinteresse des Mandanten einer Rechtsanwaltskanzlei einräumt, ist daher im Grundsatz nicht zu beanstanden.

5. Angesichts dessen verstößt es nicht gegen Verfassungsrecht, wenn die Strafgerichte das allgemeine Beweiserhebungsverbot des § 160a Abs. 1 Satz 1 StPO, nach dem eine Ermittlungsmaßnahme unzulässig ist, die sich gegen einen Rechtsanwalt richtet und voraussichtlich Erkenntnisse erbringen würde, über die dieser das Zeugnis verweigern dürfte, in Bezug auf die speziellen Regelungen über die Beschlagnahme und die vorausgehende Sicherstellung zur Durchsicht für nicht anwendbar erachten.

6. Verfassungsrecht wird auch nicht dadurch verletzt, dass die Strafgerichte ein Beschlagnahmeverbot nach § 97

Abs. 1 Nr. 3 StPO nur im Rahmen des Vertrauensverhältnisses zwischen einem Berufsgeheimnisträger und dem im konkreten Ermittlungsverfahren Beschuldigten annehmen. Bei einer Erstreckung des Beschlagnahmeschutzes auf sämtliche Mandatsverhältnisse bestände ein hohes Missbrauchspotential.

7. Von Verfassungs wegen ist es auch nicht zu beanstanden, einem Unternehmen eine beschuldigtenähnliche Verfahrensstellung, die einen Beschlagnahmeschutz nach § 97 Abs. 1 StPO nach sich zieht, erst dann zuzubilligen, wenn ein „hinreichender“ Verdacht für eine durch eine konkrete Leitungsperson begangene Straftat oder Aufsichtspflichtverletzung besteht, nicht hingegen bereits dann, wenn das Unternehmen ein künftiges Ermittlungsverfahren lediglich befürchtet und sich vor diesem Hintergrund anwaltlich beraten lässt oder eine unternehmensinterne Untersuchung in Auftrag gibt.

8. Der Beschlagnahmeschutz aus § 97 StPO ist dem Konzern auch nicht deshalb zuzugestehen, weil er in einem parallel geführten Ordnungswidrigkeitenverfahren gegen eine seiner Tochtergesellschaften die Stellung eines Nebenbeteiligten innehat. Anderes gilt nur in Ausnahmefällen, etwa wenn die Staatsanwaltschaft aus sachfremden Erwägungen von einer Verfahrensverbindung abgesehen hat, so dass der Beschlagnahmeschutz umgangen würde. Dies ist – auch bei vereinzelter Personenidentität und weiteren Querbezügen zwischen den Verfahren – nicht der Fall, wenn diesen unterschiedliche, trennbare Lebenssachverhalte zugrunde liegen.

9. Auch die beschuldigtenähnliche Stellung der Tochtergesellschaft gebietet es nicht, dem Mutterkonzern in Bezug auf das zwischen diesem und der Rechtsanwaltskanzlei geschlossene Mandatsverhältnis die Berufung auf das Beschlagnahmeverbot zuzubilligen.

10. Die Sicherstellung der von der Kanzlei aufgrund ihrer internen Ermittlungen zusammengestellten Unterlagen und Daten zum Zwecke der Durchsicht ist nicht unverhältnismäßig. Insoweit dürfen die hohe Beweisbedeutung der geführten Mitarbeiterinterviews, der hohe Unrechtsgehalt der in Rede stehenden Straftaten und der sich unter anderem aus einem von dem Konzern in den USA geschlossenen „Plea Agreement“ ergebende starke Anfangsverdacht berücksichtigt werden.

**617. BVerfG 2 BvR 1562/17 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 27. Juni 2018 (LG München I / AG München)**

Unzulässige Verfassungsbeschwerde von Rechtsanwälten einer international tätigen US-amerikanischen Anwaltskanzlei gegen die Durchsuchung eines Kanzleistandorts im Inland („VW-Dieselskandal“; Beschwerdebefugnis; eigene Betroffenheit durch einen Grundrechtseingriff; Schutz des Wohnungsgrundrechts bei Geschäftsräumen regelmäßig nur für den Geschäftsinhaber; Schutz der räumlichen Privatsphäre einer natürlichen Person innerhalb von Betriebsräumen; Berufsfreiheit; Grundrecht auf wirtschaftliche Betätigung; Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung; Recht auf ein faires Verfahren; Geltung auch für Nichtbeschuldigte bei eigener Betroffenheit).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 14 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 93 Abs. 4a GG; § 90 Abs. 1 BVerfGG; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 103 StPO

1. Der Schutz des Wohnungsgrundrechts kommt bei Betriebs- oder Geschäftsräumen regelmäßig nur dem Unternehmer als Nutzungsberechtigtem zugute, nicht aber den einzelnen Arbeitnehmern.

2. Natürliche Personen, die die Geschäfts- oder Amtsräume nutzen, ohne selbst Geschäftsinhaber oder Dienstherr zu sein, sind in Bezug auf Art. 13 Abs. 1 GG nur dann beschwerdebefugt, wenn die genutzten Räume auch als individueller Rückzugsbereich fungieren und sie deshalb der persönlichen beziehungsweise räumlichen Privatsphäre der natürlichen Person zuzuordnen sind.

3. Die angestellten Rechtsanwälte einer Kanzleikanzlei können sich mit Blick auf eine Durchsuchung der Kanzleiräume – hier: im Zusammenhang mit dem Vorwurf von Abgasmanipulationen an Dieselfahrzeugen, zu denen sie für die Kanzlei im Auftrag des betroffenen Automobilkonzerns intern ermittelt hatten – nicht auf Art. 13 GG berufen, wenn sie lediglich auf ihre Stellung als Rechtsanwälte abheben und nicht explizit eine Störung ihrer (eigenen) Privatsphäre geltend machen (Hauptsacheentscheidung zur einstweiligen Anordnung vom 25. Juli 2017 [= HRRS 2017 Nr. 838]).

4. Auch ein einzelner Partner, dem das Nutzungsrecht an den Kanzleiräumen nur gemeinschaftlich neben weiteren Partnern zusteht, kann sich nicht auf Art. 13 GG berufen. Er ist im Verfassungsbeschwerdeverfahren auch nicht befugt, eine (fremde) Grundrechtsverletzung der Kanzlei im eigenen Namen geltend zu machen.

5. Eine Durchsuchung der Kanzlei betrifft die dort tätigen Anwälte mangels berufsregelnder Tendenz nicht in ihrer Berufsfreiheit und greift auch nicht in ihr Grundrecht auf wirtschaftliche Betätigung ein, sofern kein Mandatsverhältnis zu ihnen persönlich besteht. Ebenso wenig ist ihr Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung und auf Eigentum berührt, wenn der Datenbestand und die Unterlagen, auf deren Erlangung die Durchsuchung gerichtet war, der Kanzlei und nicht den dort tätigen Anwälten zuzuordnen sind.

6. Das Recht auf ein faires Verfahren gilt auch für Nichtbeschuldigte, wenn sie selbst von einem Strafverfahren betroffen werden und deshalb zumindest im weiteren Sinne als Beteiligte des Verfahrens anzusehen sind. Dies ist bei einzelnen Anwälten einer von einer Durchsuchung betroffenen Kanzlei, mit der allein das betreffende Mandatsverhältnis besteht, nicht der Fall.

**615. BVerfG 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 27. Juni 2018 (LG München I / AG München)**

Unzulässige Verfassungsbeschwerde einer international tätigen US-amerikanischen Rechtsanwaltskanzlei gegen die Durchsuchung eines Kanzleistanorts im Inland („VW-Dieselskandal“; Beschwerdebefugnis; inländische

juristische Personen als Träger materieller Grundrechte; ausländische juristische Personen; Berufung lediglich auf Verfahrensgewährleistungen; Ausnahme bei Sitz in der Europäischen Union und hinreichendem Inlandsbezug; „Sitztheorie“; Ort der tatsächlichen Hauptverwaltung bei mehreren Standorten; fehlende organisatorisch selbständige Stellung des inländischen Kanzleistanorts; keine Grundrechtsberechtigung aufgrund zwischenstaatlichen Handelsvertrages).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 3 GG; Art. 93 Abs. 4a GG; § 90 Abs. 1 BVerfGG; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 103 StPO

1. Träger von Grundrechten und damit beschwerdebefugt im Hinblick auf eine Verfassungsbeschwerde sind neben natürlichen auch inländische juristische Personen, soweit das jeweilige Grundrecht seinem Wesen nach auf sie anwendbar ist. Dies gilt auch für nicht rechtsfähige Personenzusammenschlüsse, wenn sie eine festgefügte Struktur haben, auf gewisse Dauer angelegt und nach dem einfachen Recht zumindest partiell taugliches Zuordnungssubjekt von Rechten sind.

2. Ausländische juristische Personen können sich hingegen nicht auf materielle Grundrechte, sondern lediglich auf die Verfahrensgewährleistungen des gesetzlichen Richters und des rechtlichen Gehörs berufen. Eine Ausnahme bilden ausländische juristische Personen, die ihren Sitz in der Europäischen Union haben, wenn ein hinreichender Inlandsbezug besteht, der die Geltung der Grundrechte in gleicher Weise wie für inländische juristische Personen geboten erscheinen lässt.

3. Die Einordnung einer juristischen Person als inländisch oder ausländisch richtet sich nach ihrem Sitz im Sinne des tatsächlichen Mittelpunkts ihrer Tätigkeit. Bei mehreren Standorten ist der Ort der tatsächlichen Hauptverwaltung maßgeblich, an dem die Mehrheit der Entscheidungen über die Geschäftsführung getroffen wird.

4. Bei einer als Beschwerdeführerin auftretenden Rechtsanwaltskanzlei in der Rechtsform einer Partnership nach dem Recht des US-Bundesstaats Ohio, die an über 40 Standorten weltweit tätig ist, ist – zumal ohne näheren Vortrag – auch dann nicht von einem Hauptsitz in Deutschland oder einem anderen Mitgliedsstaat der Europäischen Union auszugehen, wenn die Kanzlei dort Standorte unterhält, an denen ein geschäftsführender Partner (sog. Partner-In-Charge) tätig ist.

5. Die Verfassungsbeschwerde der Kanzlei ist auch dann nicht wie die einer inländischen juristischen Person zu behandeln, wenn ein inländischer Kanzleistanort von strafprozessualen Durchsuchungsmaßnahmen betroffen ist – hier: im Zusammenhang mit dem Vorwurf von Abgasmanipulationen an Dieselfahrzeugen, zu denen die Kanzlei im Auftrag des betroffenen Automobilkonzerns intern ermittelt hatte –, wenn dem Standort jedoch weder eine organisatorisch selbständige Stellung noch die Rolle eines Tätigkeitsmittelpunkts zukommt (Hauptsacheentscheidung zur einstweiligen Anordnung vom 25. Juli 2017 [= HRRS 2017 Nr. 834]).



6. Eine Grundrechtsberechtigung der Kanzlei folgt auch nicht aus den Regelungen des zwischen der Bundesrepublik Deutschland und den Vereinigten Staaten von Amerika geschlossenen Freundschafts-, Handels- und Schifffahrtsvertrags vom 29. Oktober 1954.

**609. BVerfG 1 BvR 673/18 (3. Kammer des Ersten Senats) - Beschluss vom 22. Juni 2018 (OLG Celle / LG Verden / AG Verden (Aller))**

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen eine Verurteilung wegen Volksverhetzung (Meinungsfreiheit und Schutz von Tatsachenbehauptungen; Berücksichtigung des Gesamtkontexts der Äußerung; „Auschwitz-Lüge“ als erwiesene unwahre Tatsachenbehauptung; allgemeine Gesetze als Schranken der Meinungsfreiheit; Ausnahme bei meinungsbeschränkenden Gesetzen gegen die propagandistische Affirmation der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft; kein allgemeines antinationalsozialistisches Grundprinzip des Grundgesetzes; Zulässigkeit staatlicher Eingriffe erst bei Gefährdung des öffentlichen Friedens; Wechselwirkungslehre; Tatbestandsmerkmale der Volksverhetzung; Indikation einer Eignung zur Friedensstörung bei Billigung oder Leugnung der nationalsozialistischen Verbrechen).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 5 Abs. 2 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 130 Abs. 3 StGB; § 130 Abs. 4 StGB; § 6 VStGB

1. Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst Äußerungen, die durch das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägt sind, gleich ob sie wahr oder unwahr, begründet oder grundlos, emotional oder rational sind und ob sie als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt werden.

2. Tatsachenbehauptungen sind nur insoweit umfasst, als sie Voraussetzung für die Bildung von Meinungen und nicht bewusst oder erwiesen unwahr sind. Die Trennung tatsächlicher und wertender Bestandteile einer Aussage ist im Einzelfall nur zulässig, soweit dadurch der Sinn der Äußerung nicht verfälscht wird. Im Zweifel ist eine Äußerung im Interesse eines wirksamen Grundrechtsschutzes insgesamt als Meinungsäußerung anzusehen.

3. Die Tatsachenbehauptungen, das Lager Auschwitz-Birkenau sei nicht zur systematischen Vernichtung menschlichen Lebens bestimmt gewesen und es habe keine systematische Ermordung jüdischer Menschen durch das nationalsozialistische Deutschland und keine Massenvergasung in Auschwitz gegeben, sind erwiesen unwahr und unterfallen damit von vornherein nicht dem Schutzbereich der Meinungsfreiheit.

4. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit unterliegt den Schranken, die sich aus den allgemeinen Gesetzen ergeben, die nicht eine Meinung als solche verbieten, sondern dem Schutz eines ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts dienen. Eine Ausnahme vom Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze hat das Bundesverfassungsgericht für Vorschriften anerkannt, die auf die Verhinderung einer propagandistischen Affirmation der nationalsozia-

listischen Gewalt- und Willkürherrschaft zwischen den Jahren 1933 und 1945 zielen.

5. Von dieser Ausnahme bleibt jedoch der materielle Gehalt der Meinungsfreiheit unberührt. Das Grundgesetz kennt kein allgemeines antinationalsozialistisches Grundprinzip, das ein Verbot der Verbreitung rechtsradikalen oder nationalsozialistischen Gedankenguts schon in Bezug auf die geistige Wirkung seines Inhalts erlaubt. Staatliche Eingriffe sind erst dann zulässig, wenn Meinungsäußerungen die rein geistige Sphäre des Für-richtig-Haltens verlassen und in Rechtsgutverletzungen oder in eine Gefährdung des öffentlichen Friedens umschlagen.

6. Bei der Auslegung und Anwendung meinungsbeschränkender Gesetze haben die Fachgerichte den wertsetzenden Gehalt des Grundrechts im freiheitlich demokratischen Staat zu berücksichtigen. Es findet eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die Schranken zwar dem Grundrecht Grenzen setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der grundlegenden Bedeutung dieses Grundrechts ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen.

7. Die Strafnorm des § 130 Abs. 3 StGB ist auf die Bewahrung des öffentlichen Friedens gerichtet. Das Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens bedarf dabei mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot einer näheren Konkretisierung durch die weiteren Tatbestandsmerkmale, die ihrerseits im Lichte der Friedensstörung ausgelegt werden müssen.

8. Die öffentliche Billigung der nationalsozialistischen Verbrechen kommt ebenso wie deren Leugnung einer Verherrlichung der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft gleich, die die Grenzen der Friedlichkeit der öffentlichen Auseinandersetzung überschreitet; beide Tatbestandsmerkmale indizieren daher gleichermaßen eine Störung des öffentlichen Friedens.

**610. BVerfG 1 BvR 2083/15 (3. Kammer des Ersten Senats) - Beschluss vom 22. Juni 2018 (OLG Hamm / LG Paderborn)**

Verletzung der Meinungsfreiheit durch eine Verurteilung wegen Volksverhetzung (Meinungsfreiheit und Schutz von Tatsachenbehauptungen; allgemeine Gesetze als Schranken der Meinungsfreiheit; Ausnahme bei meinungsbeschränkenden Gesetzen gegen die propagandistische Affirmation der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft; kein allgemeines antinationalsozialistisches Grundprinzip des Grundgesetzes; Zulässigkeit staatlicher Eingriffe erst bei Gefährdung des öffentlichen Friedens; Wechselwirkungslehre; Tatbestandsmerkmale der Volksverhetzung; Indikation einer Eignung zur Friedensstörung bei Billigung oder Leugnung der nationalsozialistischen Verbrechen, nicht hingegen bei deren Verharmlosung; kein Schutz der Bürger vor einer Konfrontation mit provokanten Ideologien; Strafbarkeit erst bei drohenden Rechtsgutgefährdungen).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 5 Abs. 2 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 130 Abs. 3 StGB; § 130 Abs. 5 StGB; § 6 VStGB

1. Der Schutzbereich der Meinungsfreiheit erfasst Äußerungen, die durch das Element der Stellungnahme und des Dafürhaltens geprägt sind, gleich ob sie wahr oder unwahr, begründet oder grundlos, emotional oder rational sind und ob sie als wertvoll oder wertlos, gefährlich oder harmlos eingeschätzt werden. Tatsachenbehauptungen sind hingegen nur insoweit umfasst, als sie Voraussetzung für die Bildung von Meinungen und nicht bewusst oder erwiesen unwahr sind.

2. Das Grundrecht der Meinungsfreiheit unterliegt den Schranken, die sich aus den allgemeinen Gesetzen ergeben, die nicht eine Meinung als solche verbieten, sondern dem Schutz eines ohne Rücksicht auf eine bestimmte Meinung zu schützenden Rechtsguts dienen. Eine Ausnahme vom Erfordernis der Allgemeinheit meinungsbeschränkender Gesetze hat das Bundesverfassungsgericht für Vorschriften anerkannt, die auf die Verhinderung einer propagandistischen Affirmation der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft zwischen den Jahren 1933 und 1945 zielen.

3. Von dieser Ausnahme bleibt jedoch der materielle Gehalt der Meinungsfreiheit unberührt. Das Grundgesetz kennt kein allgemeines antinationalsozialistisches Grundprinzip, das ein Verbot der Verbreitung rechtsradikalen oder nationalsozialistischen Gedankenguts schon in Bezug auf die geistige Wirkung seines Inhalts erlaube. Staatliche Eingriffe sind erst dann zulässig, wenn Meinungsäußerungen die rein geistige Sphäre des Für-richtig-Haltens verlassen und in Rechtsgutverletzungen oder in eine Gefährdung des öffentlichen Friedens umschlagen.

4. Bei der Auslegung und Anwendung meinungsbeschränkender Gesetze haben die Fachgerichte den wertsetzenden Gehalt des Grundrechts im freiheitlich demokratischen Staat zu berücksichtigen. Es findet eine Wechselwirkung in dem Sinne statt, dass die Schranken zwar dem Grundrecht Grenzen setzen, ihrerseits aber aus der Erkenntnis der grundlegenden Bedeutung dieses Grundrechts ausgelegt und so in ihrer das Grundrecht begrenzenden Wirkung selbst wieder eingeschränkt werden müssen.

5. Die Strafnorm des § 130 Abs. 3 StGB ist auf die Bewahrung des öffentlichen Friedens gerichtet. Das Tatbestandsmerkmal der Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens bedarf dabei mit Blick auf das Bestimmtheitsgebot einer näheren Konkretisierung durch die weiteren Tatbestandsmerkmale, deren Erfüllung eine Friedensstörung zwar in der Regel vermuten lässt, die jedoch ihrerseits im Lichte der Friedensstörung ausgelegt werden müssen.

6. Anders als in den Fällen der Leugnung und der Billigung ist für den Fall der Verharmlosung nationalsozialistischer Verbrechen eine Eignung zur Störung des öffentlichen Friedens nicht indiziert, sondern eigens festzustellen.

7. Nicht tragfähig ist dabei ein Verständnis des öffentlichen Friedens, das auf den Schutz vor einer Konfrontation der Bürger mit provokanten, beunruhigenden Meinungen und Ideologien zielt. Erfasst sind Äußerungen

erst dann, wenn sie über die Überzeugungsbildung hinaus mittelbar auf Realwirkungen angelegt sind und etwa in Form von Appellen zum Rechtsbruch, aggressiven Emotionalisierungen oder durch Herabsetzung von Hemmschwellen rechtsgutgefährdende Folgen unmittelbar auslösen können.

8. Eine Verurteilung wegen Volksverhetzung durch Verharmlosung nationalsozialistischer Verbrechen verletzt daher die Meinungsfreiheit, wenn sie maßgeblich darauf abstellt, dass die Äußerungen geeignet seien, das Vertrauen der Bevölkerung in die öffentliche Rechtssicherheit zu erschüttern und das Miteinander verschiedener Bevölkerungsgruppen zu beeinträchtigen. Die Meinungsfreiheit findet ihre Grenzen im Strafrecht erst dann, wenn die Äußerungen in einen unfriedlichen Charakter umschlagen.

**611. BVerfG 2 BvR 631/18 (1. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 25. Juni 2018 (OLG München / LG Augsburg / AG Augsburg)**

Fortdauer der Untersuchungshaft (Freiheitsgrundrecht; Unschuldsumutung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen; unzureichende Begründung der Fluchtgefahr lediglich mit der Straferwartung; fehlende Auseinandersetzung mit gegen eine Fluchtgefahr sprechenden Umständen; Verdunkelungsgefahr; lediglich punktuelle Würdigung des Verhaltens des Beschuldigten); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (fortbestehendes Feststellungsinteresse nach Ersetzung des ursprünglichen Haftbefehls durch einen neuen Haftbefehl).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO; § 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO

1. Eine Haftfortdauerentscheidung genügt den verfassungsrechtlichen Begründungsanforderungen nicht, wenn sie außer der drohenden erheblichen Freiheitsstrafe keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte benennt, welche die angenommene Fluchtgefahr zumindest nahelegen würden, während maßgebliche, gegen die Gefahr einer Flucht sprechende Umstände nicht erörtert werden.

2. Die Annahme, ein der gemeinschaftlichen Geiselnahme beschuldigter Zahnarzt werde seine Praxis auflösen und sich ins Ausland absetzen, ist nicht hinreichend begründet, wenn das Gericht sich nicht damit auseinandersetzt, dass der Beschuldigte jüngst erhebliche finanzielle Investitionen in seine Praxis getätigt hat und sich in Kenntnis laufender Durchsuchungsmaßnahmen freiwillig zum Durchsuchungsort begeben hat.

3. Im Hinblick auf eine angenommene Verdunkelungsgefahr wird eine Haftentscheidung den verfassungsrechtlichen Begründungsanforderungen nicht gerecht, wenn sie das Verhalten des Beschuldigten lediglich punktuell würdigt und übergeht, dass dieser Kooperationsbereitschaft mit den Ermittlungsbehörden gezeigt und nicht auf den Geschädigten eingewirkt hat, obwohl er mehrfach Gelegenheit dazu gehabt hätte.

4. Das Feststellungsinteresse für die (verfassungsgerichtliche) Überprüfung einer Haftfortdauerentscheidung

besteht wegen des mit der Freiheitsentziehung verbundenen Eingriffs in ein besonders bedeutsames Grundrecht fort, wenn der ursprüngliche Haftbefehl zwischenzeitlich durch einen neuen Haftbefehl ersetzt worden ist.

5. Die Anordnung und Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft ist zur Wahrung der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Unschuldsvermutung nur dann zulässig, wenn die unabwiesbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung den Freiheitsanspruch des Beschuldigten überwiegen. Bei der Abwägung ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen.

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

**612. BVerfG 2 BvR 635/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 16. Mai 2018 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)**

Pauschalierte Kostenbeteiligung für den Betrieb privater Fernsehgeräte im Strafvollzug (Recht auf effektiven Rechtsschutz; Beachtung der spezifischen Beweisprobleme Strafgefangener; grundsätzliche Zulässigkeit der Erhebung von Betriebskostenpauschalen; Summe der tatsächlichen Betriebskosten als Obergrenze für die Einnahmen aus den Kostenpauschalen; Erfordernis der Sachaufklärung; keine ungeprüfte Zugrundelegung der nicht belegten und bestrittenen Angaben der Vollzugsanstalt); Recht auf den gesetzlichen Richter (Entscheidung über einen Befangenheitsantrag; Verfassungsverstoß nur bei Willkür oder grundlegender Verkennung der grundgesetzlichen Verfahrensgarantie; völlig unzureichend begründeter Ablehnungsantrag).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 71 Abs. 1 BayStVollzG; Art. 73 BayStVollzG

1. Soweit landesrechtliche Vorschriften es zulassen, Strafgefangenen den Betrieb eigener Hörfunk- und Fernsehgeräte zu gestatten und ihnen deren Betriebs- und Stromkosten aufzuerlegen, ist eine mit der Erhebung von Pauschalen verbundene Ungleichbehandlung mit Blick auf die praktischen Probleme einer individuellen Abrechnung grundsätzlich zu rechtfertigen.

2. Verfassungsrechtlichen Bedenken begegnet es jedoch, wenn mit der Erhebung von Kostenpauschalen im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der Kostenstruktur einer Justizvollzugsanstalt der von Verfassungs wegen zu gewährleistende Grundbedarf oder anderweitige Haftkosten mittelbar mitfinanziert werden. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Gesamteinnahmen aus den erhobenen Kostenpauschalen die tatsächlich verursachten Betriebs- oder Stromkosten überstiegen.

3. Die durch Art. 19 Abs. 4 GG gebotene wirksame gerichtliche Kontrolle im Sinne einer umfassenden Prüfung des Verfahrensgegenstandes erfordert eine zureichende

Aufklärung des jeweiligen Sachverhalts durch die Fachgerichte. In Strafvollzugssachen haben die Fachgerichte dabei der spezifischen Situation des Strafgefangenen und den besonderen Beweisproblemen, die sich daraus ergeben können, Rechnung zu tragen.

4. Eine Strafvollstreckungskammer verletzt den Anspruch eines Gefangenen auf eine wirksame gerichtliche Kontrolle, wenn sie ihrer Entscheidung ungeprüft die nicht näher belegte und durch den Gefangenen bestrittene Behauptung der Justizvollzugsanstalt zugrunde legt, die Einnahmen durch die erhobene Betriebskostenpauschale lägen noch unter den Kosten des durchschnittlichen tatsächlichen Verbrauchs.

5. Die Entscheidung über einen Befangenheitsantrag verletzt selbst bei fehlerhafter Rechtsanwendung nicht ohne Weiteres auch das Recht auf den gesetzlichen Richter. Die Grenzen zum Verfassungsverstoß sind erst dann überschritten, wenn die Auslegung oder Handhabung der jeweiligen Verfahrensnorm im Einzelfall willkürlich oder offensichtlich unhaltbar ist oder wenn die richterliche Entscheidung Bedeutung und Tragweite der Garantie des Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG grundlegend verkennt.

6. Ein Ablehnungsantrag, der zwar rein formal betrachtet eine Begründung für die angebliche Befangenheit enthält, der aber – ohne nähere Prüfung und losgelöst von den konkreten Umständen des Einzelfalls – zur Begründung der Besorgnis einer Befangenheit völlig ungeeignet ist, kann rechtlich dem völligen Fehlen einer Begründung gleichgestellt werden, ohne dass dies verfassungsrechtlicher Beanstandung unterläge.

**613. BVerfG 2 BvR 1260/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 19. Juni 2018 (LG Braunschweig)**

Durchsuchung einer Wohnung (Wohnungsgrundrecht; Ermittlungsverfahren wegen Betrug über die Internet-Plattform „ebay“; Anfangsverdacht; Richtervorbehalt; Begrenzungsfunktion des Durchsuchungsbeschlusses; Beschreibung von Tatvorwurf und zu suchender Beweismittel; keine Nachbesserung im Beschwerdeverfahren; zeitliche Eingrenzung der Tatvorwürfe; Ausschluss der Verjährung; Abgrenzung zu weiteren Vorwürfen; keine Durchsuchung wegen erst zu erwartender Taten).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 102 StPO; § 103 StPO; § 105 StPO; § 263 StGB

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

2. Um die Durchführung der Durchsuchung messbar und kontrollierbar zu gestalten, muss der Durchsuchungsbeschluss den Tatvorwurf und die gesuchten Beweismittel so beschreiben, dass der äußere Rahmen für die Durch-

suchung abgesteckt wird. Der Richter muss die aufzuklärende Straftat, wenn auch kurz, doch so genau umschreiben, wie es nach den Umständen des Einzelfalls möglich ist.

3. Mängel bei der Beschreibung des Tatvorwurfs und der Beweismittel sind im Beschwerdeverfahren nicht mehr heilbar. Andernfalls würde die Funktion des Richtervorhalts unterlaufen, eine vorbeugende Kontrolle der Durchsuchung durch eine unabhängige und neutrale Instanz zu gewährleisten und eine Begrenzung der Maßnahme zu erreichen.

4. Ein Durchsuchungsbeschluss wird seiner Begrenzungsfunktion nicht gerecht, wenn er keinerlei Angaben dazu enthält, in welchem Zeitraum die verfahrensgegenständlichen Taten – hier: Betrugshandlungen über die Internet-Plattform „ebay“ – begangen worden sein sollen, so dass weder eine Verjährung der Vorwürfe auszuschließen noch eine Abgrenzung zu anderen Taten möglich ist, die der Beschuldigten in weiteren anhängigen Verfahren zur Last gelegt werden.

5. Da es sich bei der strafprozessualen Durchsuchung nicht um eine präventivpolizeiliche Maßnahme handelt, können mögliche künftige Betrugshandlungen von vornherein nicht Gegenstand einer Durchsuchungsanordnung sein.

#### **614. BVerfG 2 BvR 1261/16 (Zweiter Senat) - Beschluss vom 26. Juni 2018**

Selbstablehnung des Bundesverfassungsrichters Müller wegen Besorgnis der Befangenheit (Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung; Ausschluss des Richters wegen seines früheren besonderen politischen Engagements im Gesetzgebungsverfahren).

§ 18 BVerfGG; § 19 Abs. 1 BVerfGG; § 19 Abs. 3 BVerfGG; § 217 StGB

1. Die Selbstablehnung des Richters des Bundesverfassungsgerichts Müller wegen Besorgnis der Befangenheit in einem gegen § 217 StGB gerichteten Verfassungsbeschwerdeverfahren ist begründet (Folgeentscheidung zum Beschluss vom 13. Februar 2018 – 2 BvR 651/16 – [= HRRS 2018 Nr. 295]).

2. Wegen des früheren, von persönlicher Überzeugung getragenen politischen Engagements des Bundesverfassungsrichters Müller für ein strafbewehrtes Verbot organisierter Suizidhilfe ist nicht nur verfahrensspezifisch, sondern allgemein zu besorgen, der Richter werde die in hohem Maße wertungsabhängigen und von Vorverständnissen geprägten Rechtsfragen möglicherweise nicht mehr in jeder Hinsicht offen und unbefangen beurteilen können.

## Rechtsprechung

# Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

## I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

### **720. BGH 1 StR 28/18 - Beschluss vom 29. Mai 2018 (LG Stuttgart)**

Versuch (unmittelbares Ansetzen zum Totschlag, einzelfallgerechte Anwendung).

§ 22 StGB; § 212 StGB

1. Gemäß § 22 StGB liegt der Versuch einer Straftat vor, sobald der Täter nach seiner Vorstellung von der Tat zur Verwirklichung des Tatbestandes unmittelbar ansetzt. Dies ist nicht erst dann der Fall, wenn er bereits eine der Beschreibung des gesetzlichen Tatbestandes entsprechende Handlung vornimmt bzw. ein Tatbestandsmerkmal verwirklicht. Auch eine frühere, vorgelagerte Handlung kann bereits die Strafbarkeit wegen Versuchs begründen. Das ist der Fall, wenn sie nach der Vorstellung des Täters bei ungestörtem Fortgang ohne Zwischenakte zur Tatbestandsverwirklichung führt oder im unmittelbaren räumlichen und zeitlichen Zusammenhang in sie einmündet.

2. Diese abstrakten Maßstäbe bedürfen angesichts der Vielzahl denkbarer Sachverhaltsgestaltungen jedoch stets der wertenden Konkretisierung unter Beachtung der Umstände des Einzelfalles. Hierbei können etwa die Dichte des Tatplans oder der Grad der Rechtsgutsgefährdung, der aus Sicht des Täters durch die zu beurteilende Handlung bewirkt wird, für die Abgrenzung zwischen Vorbereitungs- und Versuchsstadium Bedeutung gewinnen.

3. Einzelfall notwendiger Zwischenschritte für das unmittelbare Ansetzen zum Totschlag nach einem bereits abgegebene Schuss ohne Tötungsvorsatz.

### **690. BGH 1 StR 67/18 - Urteil vom 5. April 2018 (LG Regensburg)**

Tötungsvorsatz (Vorliegen von Eventualvorsatz: erforderliche umfassende Gesamtwürdigung aller Tatum-

stände, Bedeutung der erkannten Lebensgefährlichkeit der Tathandlung und der Hemmschwellentheorie, Bedeutung des Tatmotivs, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit der tatrichterlichen Beweiswürdigung); gefährliche Körperverletzung (regelmäßiges Vorliegen eines minderschweren Falls bei Provokation durch das Opfer im Sinne des § 213 Alt. 1 StGB).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO; § 224 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 213 Alt. 1 StGB

1. Das festgestellte Motiv der Revanche allein lässt noch nicht den Schluss zu, dass es dem Angeklagten an der Bereitschaft gefehlt hat, auch schwerste Tatfolgen in Kauf zu nehmen. Mit bedingtem Tötungsvorsatz handelnde Täter haben kein Tötungsmotiv, sondern gehen einem anderen Handlungsantrieb nach. Allerdings kann sich aus der Art des jeweiligen Handlungsantriebs ein Rückschluss auf die Stärke des vom Täter empfundenen Tatanreizes und damit auch auf seine Bereitschaft zur Inkaufnahme schwerster Folgen ergeben (vgl. BGH StraFo 2018, 127). Insoweit ist es regelmäßig erforderlich, näher auf die Persönlichkeit des Angeklagten, sein Verhältnis zur Anwendung körperlicher Gewalt und seine Fähigkeit zur Kontrolle aggressiver Impulse einzugehen.

2. Das Vorliegen des Provokationstatbestandes des § 213 Alt. 1 StGB legt auch im Rahmen des § 224 StGB die Annahme eines minder schweren Falles regelmäßig nahe, sofern nicht erschwerende Gründe im Einzelfall entgegenstehen (vgl. BGH StraFo 2012, 24 f.).

#### **660. BGH 5 StR 175/18 - Beschluss vom 6. Juni 2018 (LG Hamburg)**

Keine gefährliche Körperverletzung in sukzessiver Mittäterschaft bei Hinzutreten nach vollständig abgeschlossenem tatbestandsmäßigem Geschehen (Kenntnis und Billigung; Hinzutreten vor Beendigung der Tat; Verbindung zu gemeinschaftlicher weiterer Ausführung).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 224 StGB

Eine Beteiligung im Wege der sukzessiven Mittäterschaft scheidet immer dann aus, wenn für die Herbeiführung des tatbestandsmäßigen Erfolgs bereits alles getan oder das Geschehen vollständig abgeschlossen ist (hier: gefährliche Körperverletzung durch Abgabe eines Schusses), selbst wenn die hinzutretende Person dessen Folgen kennt, billigt und ausnutzt.

#### **671. BGH 5 StR 616/17 - Beschluss vom 9. Mai 2018 (LG Bremen)**

Keine Rechtfertigung der Ermöglichung einer strafbaren Handlung durch zivilrechtlichen Herausgabeanpruch.

§ 27 StGB; § 34 StGB; § 985 BGB

Eine zivilrechtliche Herausgabepflicht vermag die Ermöglichung einer strafbaren Handlung nicht zu rechtfertigen. Das strafrechtliche Verbot der Unterstützung einer Straftat steht einem etwaigen bürgerlich-rechtlichen Herausgabeanpruch entgegen und führt zur Rechtswidrigkeit der Herausgabe.

#### **740. BGH 4 StR 51/17 - Beschluss vom 24. Mai 2018 (LG Detmold)**

Mord (Beihilfe durch Bewachung von Opfern bei der Ankunft im Konzentrationslager Auschwitz; Beihilfe hinsichtlich derjenigen Opfer, welche ohne konkreten Bezug zu Wachdiensten des Angeklagten zu Tode gebracht wurden); Kosten und notwendige Auslagen bei Freispruch, Nichteröffnung und Einstellung (Voraussetzungen der Anwendung im Revisionsverfahren; Voraussetzungen der Versagung der Auslagererstattung hinsichtlich des Angeklagten bzw. der Nebenkläger); Entschädigung für andere Strafverfolgungsmaßnahmen (grob fahrlässige Verursachung aus Tatbegehung als solcher).

§ 27 Abs. 1 StPO; § 211 StGB; § 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO; § 2 Abs. 2 Nr. 4 StrEG

1. Der Senat vermag dem Gesamtzusammenhang der Urteilsgründe noch zu entnehmen, dass der Angeklagte im Tatzeitraum wenigstens einen Bereitschaftsdienst an der „Alten Rampe“ leistete, bei denen er Häftlinge beim Verlassen ankommender Deportationszüge bewachte und nach ihrer „Selektion“ auf dem Weg bis zu den Gaskammern begleitete. Dadurch hat er die anschließenden heimtückischen und grausamen Tötungen dieser Menschen durch Vergiftung mittels Zyklon B konkret gefördert und sich damit der Beihilfe zum Mord im Sinne der §§ 211, 27 StGB schuldig gemacht. Ob die von der Strafkammer angenommene Anzahl von drei Rampendiensten bezogen auf den Tatzeitraum hinreichend belegt ist, kann unter diesen Umständen dahinstehen, da dies nur den Schuldumfang und damit die Straffrage betrifft.

2. Aus dem gleichen Grund kann auch offen bleiben, ob das Landgericht eine Beihilfe zum Mord zutreffend auch hinsichtlich derjenigen Menschen angenommen hat, die im Tatzeitraum ohne einen festgestellten konkreten Bezug zu Wachdiensten des Angeklagten in den verschiedenen Lagerbereichen zu Tode gebracht wurden. Allein die Zugehörigkeit des Angeklagten zu der für die umfassende Absicherung des Lagers zuständigen Organisationseinheit („Totenkopfsturmbann“) vermag eine Zurechnung aller von Angehörigen dieser Einheit abgesicherten Tötungen unter dem Gesichtspunkt der Beihilfe jedenfalls auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung nicht ohne Weiteres zu begründen.

3. Im Revisionsverfahren ist für die Anwendung von § 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO maßgeblich, ob das Rechtsmittel des Angeklagten – ohne Berücksichtigung des Verfahrenshindernisses – Erfolg gehabt hätte. Dabei sind die Voraussetzungen schon dann erfüllt, wenn der Schuldspruch bei ungestörtem Fortgang des Revisionsverfahrens in Rechtskraft erwachsen wäre. Ob neben dem Schuldspruch auch der Strafausspruch Bestand gehabt hätte, ist für die Kostenentscheidung ohne Bedeutung.

4. Da es bereits den tatbestandlichen Voraussetzungen des § 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO entspricht, dass der Verurteilung lediglich ein Verfahrenshindernis entgegensteht, müssen hierzu weitere besondere Umstände hin

zutreten, die es billig erscheinen lassen, dem Angeklagten die Auslagererstattung zu versagen. Die für die Ermessensentscheidung herangezogenen Umstände dürfen dabei nicht in der dem Verfahren zugrunde liegenden Tat – also etwa der Schwere der Schuld – gefunden werden. Gegen eine Auslagererstattung durch die Staatskasse kann insbesondere sprechen, dass das Verfahrenshindernis auf einem vorwerfbaren prozessualen Fehlverhalten des Angeklagten beruht. Für eine Belastung der Staatskasse mit den Auslagen des Angeklagten spricht dagegen, dass das Bestehen des Verfahrenshindernisses erkennbar oder sein Eintritt vorhersehbar war.

5. Die Nebenkläger tragen ihre notwendigen Auslagen selbst. Eine Erstattung dieser Auslagen kommt bei einer Einstellung wegen eines Verfahrenshindernisses nicht in Betracht. Dies ist in der Beschlussformel nicht gesondert auszusprechen.

6. Wird ein Verfahren wegen eines Verfahrenshindernisses eingestellt, kann sich eine grob fahrlässige Verursachung einer nach § 2 Abs. 2 Nr. 4 StrEG entschädigungspflichtigen Maßnahme auch aus der Tatbegehung als solcher ergeben, wenn deshalb bei der Anordnung der Strafverfolgungsmaßnahme ein entsprechender Verdacht gegeben war.

**722. BGH 1 StR 78/18 - Urteil vom 28. Juni 2018 (LG Nürnberg-Fürth)**

Beihilfe (Definition); Strafzumessung (Strafrahmenwahl in Fällen, in denen das Gesetz bei einer Straftat einen minder schweren Fall vorsieht und im Einzelfall ein gesetzlicher Milderungsgrund vorliegt).

§ 27 Abs. 1 StGB; § 27 Abs. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

1. Beihilfe meinte eine Hilfeleistung, die die Herbeiführung des Taterfolges durch den Haupttäter objektiv fördert oder erleichtert, ohne dass sie für den Eintritt des Erfolges in irgendeiner Weise kausal werden muss.

2. Nach ständiger Rechtsprechung ist in den Fällen, in denen das Gesetz bei einer Straftat einen minder schweren Fall vorsieht und im Einzelfall ein gesetzlicher Milderungsgrund nach § 49 Abs. 1 StGB gegeben ist, bei der Strafrahmenwahl vorrangig zu prüfen, ob ein minder schwerer Fall vorliegt. Ist nach einer Abwägung aller allgemeinen Strafzumessungsumstände das Vorliegen eines minder schweren Falls abzulehnen, sind bei der weitergehenden Prüfung, ob der mildere Sonderstrafrahmen zur Anwendung kommt, gesetzlich vertyppte Strafmilderungsgründe zusätzlich heranzuziehen. Erst wenn der Tatrichter danach weiterhin keinen minder schweren Fall für gerechtfertigt hält, darf er seiner konkreten Strafzumessung den (allein) wegen des gegebenen gesetzlich vertyppten Milderungsgrundes gemilderten Regelstrafrahmen zu Grunde legen.

**739. BGH 4 StR 110/18 - Beschluss vom 27. Juni 2018 (LG Hamburg)**

Rücktritt (Aufgabe der Tatausführung bei der Nötigung; Rücktrittshorizont).

§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 240 StGB

1. Gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 StGB wird nicht wegen Versuchs bestraft, wer freiwillig die weitere Ausführung der Tat aufgibt. Bei einer versuchten Nötigung ist es insoweit ausreichend, dass der Täter freiwillig davon absieht, sein Nötigungsziel weiter mit den tatbestandlichen Nötigungsmitteln zu verfolgen.

2. Für die Frage, ob ein unbeendeter Versuch vorliegt, kommt es auf die Sicht des Täters nach Ende der letzten Ausführungshandlung an. Geht er zu diesem Zeitpunkt davon aus, noch nicht alles getan zu haben, was zur Herbeiführung des Erfolgs erforderlich ist, ist ein unbeendeter Versuch anzunehmen. Lässt sich den Urteilsfeststellungen das für die revisionsrechtliche Prüfung erforderliche Vorstellungsbild des Täters nicht hinreichend entnehmen, hält das Urteil sachlich-rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

**649. BGH 4 StR 599/17 - Beschluss vom 21. Juni 2018 (LG Essen)**

Mittäterschaft (Abgrenzung von Tateinheit und Tateinheitlichkeit bei einer Deliktserie mit mehreren Beteiligten).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 52 StGB; § 52 StGB

Sind an einer Deliktserie mehrere Personen beteiligt, so ist die Frage, ob die einzelnen Taten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen, bei jedem Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden. Leistet ein Mittäter für bestimmte Einzeltaten einen individuellen, nur diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten – soweit keine natürliche Handlungseinheit vorliegt – als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Fehlt es hingegen an einer solchen individuellen Tatförderung und erbringt der Täter im Vorfeld oder während des Laufes der Deliktserie Tatbeiträge, durch die alle oder mehrere Einzeltaten seiner Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, so sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich zuzurechnen.

**695. BGH 2 StR 72/18 - Beschluss vom 8. Mai 2018 (LG Aachen)**

Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (Abgrenzung); verminderte Schuldfähigkeit (Abgrenzung).

§ 20 StGB; § 21 StGB

Die in den Urteilsgründen mehrfach verwendete Formulierung, die „Einsichts- und die Steuerungsfähigkeit“ des Angeklagten sei aufgrund akuten Alkohol- und Betäubungsmittelgenusses im Sinne des § 21 StGB erheblich vermindert gewesen, begegnet rechtlichen Bedenken. Zwischen Einsichtsfähigkeit und Steuerungsfähigkeit im Sinne der §§ 20, 21 StGB ist zu unterscheiden; sie können in der Regel nicht gleichzeitig aufgehoben bzw. eingeschränkt sein.

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

### 712. BGH 4 StR 583/17 - Beschluss vom 11. April 2018 (LG Hagen)

BGHSt; Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung von nicht bloß unerheblichem Mitverschulden einer oder mehrerer Dritter Personen); Entziehung der Fahrerlaubnis (Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen: charakterliche Unzulänglichkeiten); Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort (Entfernen des Unfallbeteiligten nach Verlassen des Unfallortes durch die letzte feststellungsberechtigte Person).

§ 46 StGB; § 69 Abs. 1; § 69 Abs. 2 StGB; § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB

1. Der Tatbestand des § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB ist auch dann erfüllt, wenn der Täter den Unfallort erst nach der letzten feststellungsberechtigten Person verlässt, sofern er zuvor seine Vorstellungspflicht verletzt hat. (BGHSt)

2. Wird ein Taterfolg auch durch das nicht bloß unerhebliche Mitverschulden einer oder mehrerer dritter Personen herbeigeführt, vermindert dies das Gewicht der dem Täter zuzurechnenden Tatfolgen und stellt daher regelmäßig einen bestimmenden Strafmilderungsgesichtspunkt dar. (Bearbeiter)

3. Charakterliche Unzulänglichkeiten, die zur Ungeeignetheit nach § 69 Abs. 1 StGB führen, sind in erster Linie Persönlichkeitsmängel, die sich in besonderer Verantwortungs- oder Rücksichtslosigkeit gegenüber anderen Verkehrsteilnehmern äußern. Stützt das Tatgericht die Fahrerlaubnisentziehung auf eine Straftat, die nicht im Katalog des § 69 Abs. 2 StGB enthalten ist, muss es eine Gesamtwürdigung der Tatumstände und der Täterpersönlichkeit vornehmen, mit der die fehlende Eignung belegt wird, wobei der Umfang der Darlegung vom Einzelfall abhängt. (Bearbeiter)

### 749. BGH 4 StR 570/17 - Beschluss vom 13. März 2018 (LG Essen)

BGHSt; sexuelle Belästigung (Berührung in sexuell bestimmter Weise: Auslegung des Tatbestandsmerkmals; Belästigung: tatbestandsmäßige Beeinträchtigungen; Maßstab des Vorsatzes; Konkurrenzen); Geiselnahme (Absicht zur Vornahme einer qualifizierten Drohung: maßgeblicher Zeitpunkt); Eigene Entscheidung in der Sache; Zurückverweisung (ausnahmsweise Beschwer durch zu milden Schuldspruch bei völlig verschiedenem Delikt).

§ 184i Abs. 1 StGB; § 239b Abs. 1 Var. 1 StGB; § 354 StPO

1. Zu den Voraussetzungen einer sexuellen Belästigung i.S.d. § 184i Abs. 1 StGB. (BGHSt)

2. Der Senat folgt der Ansicht, nach welcher das Vorliegen einer Berührung „in sexuell bestimmter Weise“ gemäß § 184i Abs. 1 StGB anhand der Auslegungskriterien zu bestimmen sein soll, welche die Rechtsprechung zum Begriff der sexuellen Handlung nach § 184h Nr. 1 StGB entwickelt hat. (Bearbeiter)

3. Eine Berührung in sexuell bestimmter Weise ist demnach zu bejahen, wenn sie einen Sexualbezug bereits objektiv, also allein gemessen an dem äußeren Erscheinungsbild, erkennen lässt. Darüber hinaus können auch ambivalente Berührungen, die für sich betrachtet nicht ohne Weiteres einen sexuellen Charakter aufweisen, tatbestandsmäßig sein. Dabei ist auf das Urteil eines objektiven Betrachters abzustellen, der alle Umstände des Einzelfalles kennt; hierbei ist auch zu berücksichtigen, ob der Täter von sexuellen Absichten geleitet war. Insofern gilt im Rahmen von § 184i Abs. 1 StGB nichts anderes als bei der Bestimmung des Sexualbezugs einer Handlung gemäß § 184h Nr. 1 StGB. (Bearbeiter)

4. Im Rahmen des § 184i Abs. 1 StGB reicht nicht jede Form von subjektiv empfundener Beeinträchtigung als tatbestandsrelevante Belästigung aus. Angesichts des Schutzguts der im 13. Abschnitt verorteten Strafnorm und ihrer amtlichen Überschrift muss es sich vielmehr gerade um eine „sexuelle Belästigung“ handeln, bei welcher die sexuelle Selbstbestimmung des Opfers tangiert ist. (Bearbeiter)

5. Der Senat braucht vorliegend nicht zu entscheiden, ob es allein auf das individuelle Empfinden des Tatopfers ankommt oder ob zusätzlich eine aus objektiver Perspektive zu bestimmende Eignung zur Belästigung vorliegen muss. Angesichts der tatbestandlichen Reichweite von § 184i StGB neigt der Senat jedoch der Auffassung zu, dass es nicht allein auf das subjektive Empfinden des Opfers ankommt, sondern dass die Berührung auch bei einer wertenden Betrachtung objektiv geeignet sein muss, sexuell belästigend zu wirken. (Bearbeiter)

6. Der Täter handelt vorsätzlich im Sinne des § 184i StGB, wenn er sich des sexuellen Charakters seines Tuns bewusst ist. (Bearbeiter)

7. Aus der uneingeschränkt auf „andere Vorschriften“ verweisenden Subsidiaritätsklausel ergibt sich, dass § 184i Abs. 1 StGB von allen Strafvorschriften mit schwererer Strafandrohung verdrängt wird und nicht nur von solchen des 13. Abschnitts des Strafgesetzbuches. (Bearbeiter)

8. Aus einem zu milden Schuldspruch ergibt sich dann eine Beschwer, wenn das vom Tatrichter angewandte

Strafgesetz völlig verschieden ist von demjenigen, welches in Wahrheit verletzt wurde. Dies muss auch gelten, wenn der Strafbarkeit lediglich die formelle Subsidiarität einer Vorschrift entgegensteht, da auch das Nichteingreifen der Subsidiaritätsklausel Voraussetzung der Strafbarkeit ist. (Bearbeiter)

### 629. BGH 3 StR 286/17 - Urteil vom 19. April 2018 (OLG Celle)

BGHSt; Unterstützung einer terroristischen Vereinigung durch Zusage oder Begehung einer deren Zwecken dienenden oder deren Tätigkeit entsprechenden Straftat (Vorteil für die Vereinigung als Folge des Unterstützens; Zusicherung der Begehung einer in den wesentlichen Grundzügen konkretisierten Straftat; objektiver Nutzen; Festigung der Gefährlichkeit der Vereinigung; Anstiftung oder Beihilfe des Außenstehenden durch ein Mitglied); Konkurrenzen (Tatmehrheit; Gesetzeskonkurrenz; Organisationsdelikt; Bereiterklärungen zum Verbrechen und anschließende Umsetzung).

§ 129a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 S. 1 StGB; § 129b StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 30 StGB

1. Zur Unterstützung einer terroristischen Vereinigung durch Zusage oder Begehung einer deren Zwecken dienenden oder deren Tätigkeit entsprechenden Straftat, zu der Mitglieder der Organisation das Nichtmitglied anstiften oder diesem Hilfe leisten. (BGHSt)

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. (Bearbeiter)

3. Für Straftaten, die den Zwecken der terroristischen Vereinigung dienen oder deren Tätigkeit entsprechen, sind diese Grundsätze wie folgt zu konkretisieren und fortzuschreiben:

a) Nimmt ein Außenstehender die Aufforderung eines Mitglieds an, zugunsten der Vereinigung eine solche - zum Katalog des § 129a Abs. 1, 2 StGB zählende - Straftat zu begehen, so kann bereits darin eine Unterstützungshandlung gemäß § 129a Abs. 5 S. 1 StGB liegen. Freilich stellt nicht jede Zusage eines Nichtmitglieds, einen die Vereinigung oder eines ihrer Mitglieder fördernden Beitrag zu leisten, ein tatbestandsmäßiges Unterstützen dar. Vielmehr ist stets erforderlich, dass die Zusicherung selbst einen objektiven Nutzen entfaltet.

b) Für die Vereinigung ist die Zusage einer ihren Zwecken dienenden oder ihrer Tätigkeit entsprechenden Straftat tatsächlich objektiv nützlich, wenn der Außenstehende zu der Tat entschlossen ist, diese zumindest in den wesentlichen Grundzügen konkretisiert ist und die Erklärung einem Mitglied oder einer Organisationsein-

heit zugeht. Der unter diesen Voraussetzungen für die Tatbestandsverwirklichung ausreichende Vorteil besteht darin, dass die Aktionsmöglichkeiten der Organisation im Hinblick auf die terroristischen Ziele effektiv erweitert werden; hierdurch wird die ihr eigene Gefährlichkeit gefestigt.

c) Führt ein Außenstehender selbst eine Straftat aus, die mit den Zwecken oder der Tätigkeit der Vereinigung übereinstimmt und an der ein Mitglied als Anstifter (§ 26 StGB) oder Gehilfe (§ 27 StGB) teilnimmt, so ist dies ebenfalls als Unterstützen im Sinne des § 129a Abs. 5 Satz 1 StGB zu werten. Das Nichtmitglied verwirklicht den Tatbestand zwar nicht durch eine Hilfeleistung zu dem mitgliedschaftlichen Betätigungsakt des Vereinigungsmitglieds, jedoch durch die Förderung der Vereinigung selbst. (Bearbeiter)

4. Mehrere Handlungen, durch die ein Täter eine terroristische Vereinigung im Sinne des § 129a Abs. 5 Satz 1 StGB unterstützt, stehen grundsätzlich zueinander im Verhältnis der Tatmehrheit. Diese Bewertung steht jedoch unter dem Vorbehalt, dass sich aus den allgemeinen konkurrenzrechtlichen Regeln nicht etwas anderes ergibt. Daher liegt nur eine Unterstützungstat vor, wenn sich ein Täter bereiterklärt, ein Verbrechen zu begehen, und er seinen Plan anschließend umsetzt. In diesem Fall tritt die versuchte Beteiligung (vgl. § 30 Abs. 2 Var. 1 StGB) im Wege der Gesetzeskonkurrenz hinter die Haupttat zurück. (Bearbeiter)

### 680. BGH StB 10/18 - Beschluss vom 28. Juni 2018

Mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland (für sich genommen legale Handlungen); Unterstützen einer terroristischen Vereinigung (Förderung des Zusammenhalts; Erleichterung der Begehung von Straftaten; Festigung der Gefährlichkeit; Förderung der Tätigkeit eines Mitglieds); erforderlicher Verdachtsgrad bei der Durchsichtung (Anfangsverdacht; konkretes und schlüssiges Tatsachenmaterial).

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 102 StPO

1. Auch für sich genommen „legale“ Handlungen können mit Blick auf die Strafbarkeit wegen mitgliedschaftlicher Betätigung in einer terroristischen Vereinigung (§§ 129a, 129b StGB) bedeutsam sein. Sofern solche Beteiligungsakte Ausfluss der Mitgliedschaft des Täters in der Vereinigung sind und in deren Interesse vorgenommen werden, erhalten sich durch diese Verknüpfung ihr Unwerturteil.

2. Zum Unterstützen im Sinne von § 129a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 Satz 1, § 129b Abs. 1 Sätze 1 und 2 StGB:

a) Erfasst ist grundsätzlich jedes Tätigwerden eines Nichtmitglieds zu verstehen, das die innere Organisation der Vereinigung und deren Zusammenhalt unmittelbar fördert, die Realisierung der von ihr geplanten Straftaten - wengleich nicht unbedingt maßgebend - erleichtert oder sich sonst auf deren Aktionsmöglichkeiten und Zwecksetzung in irgendeiner Weise positiv auswirkt und damit die ihr eigene Gefährlichkeit festigt.



b) Dies kann zum einen dadurch geschehen, dass ein Außenstehender mitgliedschaftliche Betätigungsakte eines Angehörigen der Vereinigung fördert; in diesem Sinne handelt es sich beim Unterstützen um eine zur Täterschaft verselbständigte Beihilfe zur Mitgliedschaft.

c) Zum anderen greift der Begriff des Unterstützens einer Vereinigung über ein im strengeren Sinne des § 27 Abs. 1 StGB auf die Förderung der Tätigkeit eines Vereinigungsmitglieds beschränktes Verständnis hinaus; denn er bezieht sich auch und - wie schon der Wortlaut des Gesetzes zeigt - sogar in erster Linie auf die Vereinigung als solche, ohne dass im konkreten Fall die Aktivität des Nichtmitglieds zu einer einzelnen organisationsbezogenen Tätigkeit eines Organisationsmitglieds hilfreich beitragen muss.

3. Für die Zulässigkeit einer regelmäßig im frühen Stadium der Ermittlung in Betracht kommenden Durchsuchung genügt grundsätzlich der über bloße Vermutungen hinausreichende, auf bestimmte tatsächliche Anhaltspunkte gestützte konkrete Verdacht, dass eine Straftat begangen worden ist und der Verdächtige als Täter oder Teilnehmer an dieser Tat in Betracht kommt. Der Anfangsverdacht muss auf konkretem schlüssigem Tatsachenmaterial beruhen und in diesem Sinne ein gewisses Maß an Konkretisierung und Verdichtung erreicht haben. Die Durchsuchung darf mithin nicht der Ermittlung von Tatsachen dienen, die zur Begründung eines Anfangsverdachts erst erforderlich sind.

#### **681. BGH StB 11/18 vom 28. Juni 2018**

Dringender Tatverdacht wegen mitgliedschaftlicher Betätigung in einer terroristischen Vereinigung im Ausland (eilvernehmlicher Wille zur fortdauernden Teilnahme am Verbandsleben; keine „aufgedrängte“ Mitgliedschaft; für sich genommen legale Tätigkeiten); Anordnung der Untersuchungshaft.

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO; § 116 StPO

Die mitgliedschaftliche Beteiligung i.S.d. §§ 129a, 129b StGB setzt ihrer Natur nach eine Beziehung voraus, die einer Vereinigung nicht aufgedrängt werden kann, sondern ihre Zustimmung erfordert. Ein auf lediglich einseitigem Willensentschluss beruhendes Unterordnen und Tätigwerden genügt nicht, selbst wenn der Betreffende bestrebt ist, die Vereinigung und ihre kriminellen Ziele zu fördern. Die Annahme einer mitgliedschaftlichen Beteiligung scheidet daher aus, wenn die Unterstützungshandlungen nicht von einem einvernehmlichen Willen zu einer fortdauernden Teilnahme am Verbandsleben getragen sind.

#### **620. BGH 3 StR 171/17 - Beschluss vom 12. Juni 2018 (LG Osnabrück)**

Persönlicher Schadenseinschlag beim Betrug (Vermögensschaden; Gesamtsaldierung; subjektiver Wert; Unbrauchbarkeit der Gegenleistung; Urteil eines objektiven Dritten; normative Betrachtung; individuelle und wirtschaftliche Bedürfnisse und Verhältnisse des Geschädigten; andere zumutbare Verwendung; problemloser Weiterverkauf).

§ 263 StGB

Bei der zur Bestimmung des Vermögensschadens stets gebotenen Gesamtsaldierung ist auch der subjektive Wert des Erlangten für den Verletzten zu berücksichtigen. Ist nach dem Urteil eines objektiven Dritten eine (möglicherweise objektiv werthaltige) Gegenleistung des Täuschenden bei normativer Betrachtung unter Berücksichtigung der individuellen und wirtschaftlichen Bedürfnisse und Verhältnisse des Geschädigten sowie der von ihm verfolgten Zwecke subjektiv wertlos, begründet dies einen Vermögensschaden. Dieser kann insbesondere dann in voller Höhe des zur Erlangung der Gegenleistung Aufgewandten bestehen, wenn die Gegenleistung nicht oder nicht in vollem Umfange zu dem vertraglich vorausgesetzten Zweck brauchbar und auch nicht in anderer zumutbarer Weise – namentlich durch problemlosen Weiterverkauf – zu verwenden ist.

#### **684. BGH 1 StR 13/18 - Beschluss vom 6. April 2018 (LG Amberg)**

Betrug (Vermögensschaden im Falle eines Eingebungsbetrugs; Vermögensschaden durch Aufrechnung des Getäuschten mit nicht bestehender Forderung des Täters).

§ 263 Abs. 1 StGB; 387 BGB

Ein Vermögensschaden im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB kann auch darin liegen, dass der Gläubiger durch Täuschung dazu veranlasst wird, eine ihm zustehende Forderung nicht oder nicht alsbald geltend zu machen. Nichts anderes gilt aber für den Fall, dass durch eine ins Leere gehende Aufrechnung der Gläubiger von der alsbaldigen Beitreibung absieht, weil er vom Bestehen der wegen Unmöglichkeit erloschenen Forderung des Täters ausgeht. Erforderlich ist jedoch, dass sein Anspruch rechtlichen Bestand hatte und die Forderung bei sofortiger Geltendmachung realisierbar gewesen wäre. Eine wirtschaftliche Einbuße liegt daher nur dann vor, wenn die Vermögensverfügung die zuvor noch gegebene Realisierbarkeit des Anspruchs vereitelt, in ihren Aussichten vermindert oder in höherem Maße als das vorher der Fall war, gefährdet hat.

#### **618. BGH 4 StR 645/17 - Beschluss vom 21. Juni 2018 (LG Bielefeld)**

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (Missbrauch einer aus dem Obhutsverhältnis resultierenden Abhängigkeit).

§ 174 Abs. 1 Nr. 2 1. Alternative StGB

1. Nach § 174 Abs. 1 Nr. 2 1. Alternative StGB wird bestraft, wer sexuelle Handlungen an einer Person unter 18 Jahren, die ihm zur Erziehung anvertraut ist, unter Missbrauch einer mit dem Erziehungsverhältnis verbundenen Abhängigkeit vornimmt oder an sich von dem Schutzbefohlenen vornehmen lässt. Die das Schutzbefohlenen bis zum 18. Lebensjahr ausdehnende Vorschrift setzt über das Bestehen eines Obhutsverhältnisses hinaus die Feststellung voraus, dass die sexuellen Handlungen gerade unter Missbrauch einer aus dem festgestellten Obhutsverhältnis resultierenden Abhängigkeit des Schutzbefohlenen vorgenommen wurden.

2. Ein Missbrauch der Abhängigkeit ist nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs gegeben, wenn der

Täter offen oder versteckt seine Macht und Überlegenheit in einer für den Jugendlichen erkennbar werdenden Weise als Mittel einsetzt, um sich diesen gefügig zu machen. Ausreichend ist aber auch, dass der Täter seine Macht gegenüber dem Schutzbefohlenen erkennt und die auf ihr beruhende Abhängigkeit zu sexuellen Handlungen ausnutzt, wobei der Zusammenhang des Abhängigkeitsverhältnisses mit den sexuellen Handlungen beiden Teilen bewusst sein muss. Ob eine Abhängigkeit des Jugendlichen bestand und diese zur Tat ausgenutzt wurde, beurteilt sich mithin nach den Umständen des Einzelfalls.

**705. BGH 2 StR 311/17 - Urteil vom 28. März 2018 (LG Gera)**

Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen (alte Fassung: Widerstandsunfähigkeit des Tatopfers; kein bewusste Ausnutzen der Widerstandsunfähigkeit bei vorheriger Einwilligung in sexuelle Handlungen); Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften (Besitz: kein Besitz an vollständig gelöschten Dateien, kein Besitz an wiederherstellbaren Dateien); Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit; Darlegungs- und Begründungsanforderungen in Fällen von Aussage-gegen-Aussage); Grundsätze der Strafzumessung (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit).

§ 46 StGB; § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB aF; § 184b StGB; § 261 StPO

1. Opfer einer Tat nach § 179 Abs. 1 StGB aF kann nur sein, wer aufgrund einzelner, im Tatbestand des Absatzes 1 näher beschriebener Gegebenheiten unfähig ist, einen ausreichenden Widerstandswillen gegen das sexuelle Ansinnen des Täters zu bilden, zu äußern oder durchzusetzen. Dabei genügt es, dass das Opfer nur vorübergehend widerstandsunfähig ist. Die sexuelle Handlung muss dem Täter gerade erst aufgrund der besonderen Situation des Opfers gelingen. An einem bewussten Ausnutzen der Widerstandsunfähigkeit fehlt es, wenn in den Fällen des § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB aF das Opfer vor Eintritt des Zustands der Widerstandsunfähigkeit in die sexuellen Handlungen eingewilligt hat.

2. Besitz im Sinne des Besitzes kinderpornographischer Schriften ist das Aufrechterhalten des tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses aufgrund Besitzwillens. Dementsprechend entfällt der Besitz bei vollständig gelöschten Dateien.

3. Ein Fortbestehen von Dateien an Speicherorten, die dem durchschnittlichen Computerbesitzer nicht mehr ohne Weiteres zugänglich sind, begründet keinen Besitz im Sinne der Vorschrift.

4. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatgerichts. Ihm allein obliegt es, das Ergebnis der Hauptverhandlung festzustellen und zu würdigen. Seine Schlussfolgerungen brauchen nicht zwingend zu sein, es genügt, dass sie möglich sind. Die revisionsgerichtliche Prüfung ist darauf beschränkt, ob dem Tatgericht Rechtsfehler unterlaufen sind. Das ist in sachlich-rechtlicher Hinsicht der Fall, wenn die Beweiswürdigung widersprüchlich, unklar oder

lückenhaft ist oder gegen die Denkgesetze oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt.

5. In Fällen, in denen Aussage gegen Aussage steht, sind zudem besondere Darlegungs- und Begründungsanforderungen an das Urteil zu stellen. Die Urteilsgründe müssen in einem solchen Fall erkennen lassen, dass das Tatgericht alle Umstände, welche die Entscheidung zugunsten oder zuungunsten des Angeklagten zu beeinflussen geeignet sind, erkannt, in seine Überlegung einbezogen und auch in einer Gesamtschau gewürdigt hat.

**628. BGH 3 StR 226/18 - Beschluss vom 12. Juni 2018 (LG Krefeld)**

Beischlaf zwischen Verwandten (keine Erfassung von beischlafähnlichen Handlungen; Anal- und Oralverkehr).

§ 173 Abs. 1 StGB

Der Begriff des „Beischlafs“ i.S.d. § 173 Abs. 1 StGB setzt das Eindringen des männlichen Glieds in die Scheide voraus; nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut werden beischlafähnliche Handlungen von § 173 StGB (anders als von § 177 Abs. 6 Satz 2 Nr. 1 StGB) nicht erfasst. Damit unterfällt der Analverkehr ebenso wenig wie der Oralverkehr dem Tatbestand des Beischlafs zwischen Verwandten.

**691. BGH 2 StR 18/18 - Beschluss vom 23. Mai 2018 (LG Limburg)**

Wohnungseinbruchdiebstahl (Konkurrenzen: Betreten eines anderen Gebäudeteils).

§ 242 Abs. 1 StGB; § 243 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

1. Ist der Angeklagte im Sinne der §§ 242 Abs. 1, 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB zur Ausführung des Diebstahls zwar in ein Gebäude, noch nicht aber in eine Wohnung eingebrochen, erfüllt er erst mit dem späteren Aufbrechen der Wohnungseingangstür und der Wegnahme der Gegenstände aus der Wohnung den Tatbestand des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB.

2. Die durch mehrere Handlungen im natürlichen Sinn bewirkte Erfüllung der §§ 242, 243 Abs. 1 Nr. 1 StGB einerseits bzw. des § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB andererseits führt aber nicht zur Annahme realkonkurrierender Taten, sondern zur Tateinheit, wenn der Angeklagte mit dem Eindringen in das Gebäude nicht nur zum Diebstahl aus den Räumen der Zahnarztpraxis, sondern zugleich auch zum Wohnungseinbruchdiebstahl gemäß § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB angesetzt hat.

**687. BGH 1 StR 151/18 - Beschluss vom 16. Mai 2018 (LG Regensburg)**

Gewerbsmäßige Geldfälschung (Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit beim Herstellen von Falschgeld).

§ 146 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB

Ein gewerbsmäßiges Herstellen von Falschgeld im Sinne des § 146 Abs. 2 StGB liegt dann vor, wenn der Täter beabsichtigt, sich die erstrebte Einnahmequelle gerade durch das wiederholte „Herstellen“ von Falschgeld in der

Absicht zu erschließen, dieses als echt in den Verkehr zu bringen (vgl. BGH NJW 2011, 1686 f.). Darauf, ob die tatsächlich mit Falschgeld bewirkten Zahlungen (Inverkehrbringen) ansonsten unterblieben oder stattdessen mit gültigen Zahlungsmitteln bewirkt worden wären, kommt es nicht an.

**723. BGH 1 StR 79/18 - Urteil vom 26. Juni 2018 (LG Tübingen)**

Besonders schwerer Fall des Diebstahls (Voraussetzungen einer Schutzvorrichtung).  
§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB

Schutzvorrichtungen i.S.d. § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB sind solche, die nach ihrer Beschaffenheit dazu geeignet und bestimmt sind, die Wegnahme einer Sache erheblich zu erschweren. Nicht ausreichend ist es, wenn die Schutzvorrichtung erst wirksam wird, wenn der Gewahrsam bereits gebrochen ist. Deshalb sind Sicherheitsetiketten an Waren in Kaufhäusern, die akustischen oder optischen Alarm erst auslösen, wenn der Täter das Kaufhaus verlässt, keine Schutzvorrichtungen. Sie sind nicht dazu geeignet und bestimmt, den Gewahrsamsbruch, der bei handlichen und leicht beweglichen Sachen in der Regel mit dem Verbergen des Diebesguts in der Kleidung des Täters oder in einem von diesem mitgeführten Behälter innerhalb des Kaufhauses vollendet ist zu verhindern, sondern sie dienen der Wiederbeschaffung des bereits an den Täter verlorenen Gewahrsams.

**621. BGH 3 StR 176/18 - Beschluss vom 12. Juni 2018 (LG Hannover)**

Voraussetzungen der Gewerbsmäßigkeit beim Regelbeispiel der Urkundenfälschung in einem besonders schweren Fall (Erfordernis einer auf Urkundenfälschung bezogenen Wiederholungsabsicht).  
§ 267 Abs. 1, Abs. 3 StGB

Die für das Merkmal der Gewerbsmäßigkeit erforderliche Wiederholungsabsicht muss sich gerade auf dasjenige Delikt (hier: Urkundenfälschung) beziehen, dessen Tatbestand aufgrund des gewerbsmäßigen Handelns als besonders schwerer Fall einzustufen ist.

**730. BGH 2 StR 170/18 - Beschluss vom 5. Juni 2018 (LG Darmstadt)**

Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (Konkurrenzen).  
§ 177 Abs. 5 StGB; § 177 Abs. 6 StGB

1. Neben dem Qualifikationstatbestand der sexuellen Nötigung gemäß § 177 Abs. 5 StGB ist für eine Tateinheitliche Verurteilung wegen Versuchs des Regelbeispiels des § 177 Abs. 6 Nr. 1 StGB kein Raum. Dies gilt auch nach der Neufassung der Norm durch Gesetz zur Verbesserung der sexuellen Selbstbestimmung vom 4. November 2016, nach der die „Vergewaltigung“ weiterhin als Strafzumessungsregel ausgestaltet ist.

2. Die Indizwirkung des Regelbeispiels des § 177 Abs. 6 StGB geht nicht bereits von dem versuchten erzwungenen Beischlaf aus.

Rechtsprechung

### III. Strafzumessungs – und Maßregelrecht

**689. BGH 1 StR 651/17 - Urteil vom 15. Mai 2018 (LG Traunstein)**

Einziehung von Taterträgen (Berücksichtigung des Wegfalls der Bereicherung erst im Vollstreckungsverfahren: Verfassungsmäßigkeit; keine analoge Anwendung bereits im Erkenntnisverfahren; verfassungsrechtlich zulässige Anwendbarkeit des neuen Rechts auf bereits vor Inkrafttreten begangene Taten; zulässige Beschränkung der Revision allein auf die Anordnung der Einziehung); Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils (Hinweis auf die strafmildernde Wirkung von Angaben des Beschuldigten); Befragung des Angeklagten nach einer Beweiserhebung (erforderliche Revisionsbegründung); Beschluss über die Verlesung eines Vernehmungprotokolls (Beruhen des Urteils auf unterlassener Begründung); Mittäterschaft (Voraussetzungen: wertende Gesamtbetrachtung); Mitteilung über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (keine richterliche Mittei-

lungspflicht bei Gesprächen zwischen Staatsanwaltschaft und Angeklagtem im Ermittlungsverfahren).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 14 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 73 StGB; Art. 316h Satz 1 EGStGB; § 459g Abs. 2, Abs. 5 StPO; § 344 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 StPO; § 136a Abs. 1 Satz 3 StPO; § 46b StGB; § 257 Abs. 1 StPO; § 251 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO; § 25 Abs. 2 StGB; § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 160b StPO

1. Ein Absehen von der Anordnung der Vermögensabschöpfung im Erkenntnisverfahren kann weder auf eine unmittelbare noch eine entsprechende Anwendung von § 459g Abs. 5 i.V.m. Abs. 2 StPO gestützt werden.

2. Verfassungsrechtlich ist eine Berücksichtigung des Wegfalls der Bereicherung oder einer sonstigen Unverhältnismäßigkeit der Einziehung des Wertes von Taterträgen bereits im Erkenntnisverfahren weder geboten

noch in methodisch zulässiger Weise begründbar. Die Berücksichtigung erst im Vollstreckungsverfahren ist insbesondere verhältnismäßig. Es kann dabei dahinstehen, ob sich die Einziehung als Eingriff an den Gewährleistungen des Art. 14 GG darstellt oder lediglich an denen der allgemeinen Handlungsfreiheit aus Art. 2 Abs. 1 GG zu messen ist.

3. Die Anwendung des seit 1. Juli 2017 geltenden Rechts der Vermögensabschöpfung auf Sachverhalte, bei denen die die Einziehung auslösende Straftat bereits vor dem Inkrafttreten der Neuregelung begangen worden ist (Art. 316h Satz 1 EGStGB), verstößt weder gegen Art. 103 Abs. 2 GG noch gegen das allgemeine Rückwirkungsverbot oder das Schuldprinzip.

4. Auch nach neuem Recht besteht weder zwischen den Schuldsprüchen und der Vermögensabschöpfung noch zwischen dieser und den Strafaussprüchen ein untrennbarer Zusammenhang, der einer Beschränkung der Revision auf die Vermögensabschöpfung entgegenstünde.

5. Die Ausführungen über die strafmildernde Wirkung von „zielführenden Angaben“ des jetzigen Angeklagten geben sowohl im Hinblick auf die allgemein strafmildernde Wirkung eines Geständnisses als auch das mögliche Eingreifen des vertypen Strafmilderungsgrundes gemäß § 46b StGB lediglich die Rechtslage wieder. Es handelt sich daher nicht um Versprechen i.S.v. § 136a Abs. 1 Satz 3 StPO.

6. Die Pflicht des Vorsitzenden nach § 257 StPO zur Befragung des Angeklagten darüber, ob er sich zu der vorangegangenen Beweiserhebung erklären möchte, ist Ausfluss des Anspruchs des Angeklagten auf rechtliches Gehör sowie der gerichtlichen Fürsorgepflicht. Vor dem Hintergrund dieses Normzwecks bedarf es, um § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO zu genügen, nicht nur tatsächlichen Vortrags zu dem Unterbleiben der Befragung durch den Vorsitzenden, sondern auch dazu, welche Äußerungsmöglichkeiten mit welchen Inhalten dem Angeklagten verloren gegangen sind und aus welchen Gründen er durch den Verstoß gegen § 257 Abs. 1 StPO in seinen Verteidigungsmöglichkeiten aufgrund unzureichenden rechtlichen Gehörs unzulässig beschränkt worden ist.

7. Ein Urteil beruht jedenfalls dann nicht auf der fehlenden Begründung des anordnenden Beschlusses nach § 251 Abs. 4 StPO, wenn der Grund für die Verlesung ohnehin allen Verfahrensbeteiligten bekannt ist (vgl. BGH NStZ 1986, 325).

#### **648. BGH 4 StR 643/17 - Urteil vom 24. Mai 2018 (LG Dortmund)**

Revisionsbegründung (Beschränkung der Revision auf Nichtanordnung der Sicherheitsverwahrung); Unterbringung in der Sicherheitsverwahrung (ausnahmsweise Wechselwirkung zwischen Strafe und Nichtanordnung der Sicherheitsverwahrung; Bestimmung der Erheblichkeit einer Straftat).  
§ 66 StGB; § 344 StPO

1. Grundsätzlich ist eine Beschränkung der Revision auf das Unterlassen einer Maßregelanordnung möglich; dies

gilt auch für die Nichtanordnung der Sicherungsverwahrung.

2. Zwischen Strafe und Nichtanordnung von Sicherungsverwahrung besteht aufgrund der Zweispurigkeit des Sanktionensystems grundsätzlich keine Wechselwirkung. Etwas anderes gilt dann, wenn das Tatgericht die Höhe der Strafe von der Nichtanordnung von Sicherungsverwahrung abhängig gemacht und damit Strafe und Maßregel in einen inneren, eine getrennte Prüfung beider Rechtsfolgen ausschließenden Zusammenhang gesetzt hat.

3. Erhebliche Straftaten im Sinne des § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB sind nach ständiger Rechtsprechung solche, die den Rechtsfrieden empfindlich stören. Kriterien hierfür ergeben sich zunächst aus den gesetzgeberischen Wertungen, die maßgeblich für die Normierung der formellen Voraussetzungen für die Anordnung der Sicherungsverwahrung geworden sind. Als erhebliche Straftaten kommen danach vornehmlich solche in Betracht, die in den Deliktskatalog von § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 a) bis c) StGB fallen und die im konkreten Fall mit mindestens einem Jahr Freiheitsstrafe zu ahnden wären, wobei dieser Gesichtspunkt allein zur Annahme der Erheblichkeit allerdings nicht ausreicht.

4. Ein weiteres gewichtiges Kriterium zur Bestimmung der Erheblichkeit ergibt sich aus der Hervorhebung der schweren seelischen oder körperlichen Schädigung der Opfer in § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB („namentlich“), wobei aber auch damit keine abschließende Festlegung verbunden ist.

5. Zur Beurteilung, ob die von einem Angeklagten hangbedingt zu erwartenden Taten in diesem Sinne „erheblich“ sind, kann daher kein genereller Maßstab angelegt werden; erforderlich ist vielmehr eine Gesamtwürdigung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalles, bei der neben der Schwere der zu erwartenden Taten und den – auch nur potentiell bzw. typischerweise eintretenden – Folgen für die Opfer auch die Tathäufigkeit oder die Rückfallgeschwindigkeit ins Gewicht fallen können. Zudem ist im Bereich der mittleren Kriminalität dem Tatrichter, der allein in der Lage ist, eine umfassende Würdigung aller Umstände der Tat und der Persönlichkeit des Täters vorzunehmen, bei der Entscheidung der Frage, ob er einen Hang zu erheblichen Taten bejahen kann, ein Beurteilungsspielraum eingeräumt; seine Entscheidung kann vom Revisionsgericht nur dann beanstandet werden, wenn der Tatrichter nicht alle für die Gesamtwürdigung bedeutsamen Umstände gewürdigt hat oder das Ergebnis seiner Würdigung den Rahmen des noch Vertretbaren sprengt.

#### **650. BGH 5 StR 98/18 - Beschluss vom 5. Juni 2018 (LG Saarbrücken)**

Härteausgleich bei der nachträglichen Gesamtstrafenbildung (Abkehr vom „Vollstreckungsmodell“).  
§ 55 StGB

Soweit der Senat in früheren Entscheidungen bei der nachträglichen Gesamtstrafenbildung das sogenannte Vollstreckungsmodell für die Vornahme eines Härteaus-

gleichs angewendet hat (vgl. BGH HRRS 2010 Nr. 212), hält er daran nicht fest.

**738. BGH 4 StR 103/18 - Beschluss vom 27. Juni 2018 (LG Paderborn)**

Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung von Anlass und Modalitäten der Tat).

§ 46 StGB

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs dürfen einem Angeklagten Anlass und Modalitäten der Tat nur dann ohne Abstriche strafschärfend zur Last gelegt werden, wenn sie in vollem Umfang vorwerfbar sind, nicht aber, wenn ihre Ursache in einer vor ihm nicht oder nur eingeschränkt zu vertretenden geistig-seelischen Beeinträchtigung zu finden ist.

**746. BGH 4 StR 217/18 - Beschluss vom 19. Juni 2018 (LG Bielefeld)**

Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung von Umständen die sowohl strafmildernde als auch strafschärfende Aspekte aufweisen).

§ 46 StGB

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass ein Umstand, der sowohl strafmildernde als auch strafschärfende Aspekte aufweist, mit beiden Bewertungsrichtungen in die Strafzumessung eingestellt werden kann.

**694. BGH 2 StR 45/18 - Urteil vom 9. Mai 2018 (LG Bonn)**

Grundsätze der Strafzumessung (Verhältnis gegen Mittäter verhängter Strafen); Einziehung; Bestimmung des Wertes des Erlangten; Schätzung (tatrichterliche Überzeugung von der deliktischen Herkunft des Gegenstandes).

§ 46 StGB; § 73d StGB a.F.; § 33 BtMG a.F.

1. Gegen Mittäter in einem Urteil verhängte Strafen sollen in einem gerechten Verhältnis zueinander stehen.

2. Eine Verfallsanordnung nach § 33 BtMG a.F. i.V.m. § 73d StGB a.F. setzt voraus, dass sich der Tatrichter nach Ausschöpfung aller ihm zur Verfügung stehenden Beweismittel von der deliktischen Herkunft des Gegenstands überzeugt.

**719. BGH 1 StR 264/18 - Beschluss vom 3. Juli 2018 (LG Kempten)**

Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern (Voraussetzungen).

§ 74 Abs. 1 Var. 2 StGB

Als Tatmittel können nicht lediglich solche Gegenstände eingezogen werden, die zur eigentlichen Begehung der Tat Verwendung finden bzw. nach der Vorstellung des Täters hierzu bestimmt sind, sondern alles, was die Tat überhaupt ermöglicht und zu ihrer Durchführung dient oder hierzu erforderlich ist. Jedoch reicht die nur gelegentliche Benutzung eines Gegenstandes im Zusammenhang mit der Tat nicht aus. Erforderlich ist darüber hinaus, dass sein Gebrauch gezielt die Verwirklichung des deliktischen Vorhabens fördert bzw. nach der Planung des Täters fördern soll.

**733. BGH 2 StR 211/18 - Beschluss vom 19. Juni 2018 (LG Wiesbaden)**

Verhängung in Tagessätzen (Festsetzung der Tagessatzhöhe bei Einbeziehung in Gesamtfreiheitsstrafe); Urteilsgründe (Begründung einer Maßregel der Besserung und Sicherung; notwendige Begründung einer Sperrfrist bei Verkehrsdelikten).

§ 40 Abs. 2 Satz 1 StGB; § 53 Abs. 2 Satz 1 StGB; § 69 Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

1. Die Festsetzung der Tagessatzhöhe, die neben der Bemessung der Tagessatzzahl einen selbständigen Strafzumessungsvorgang darstellt, ist auch dann erforderlich, wenn die Einzelgeldstrafe gemäß in eine Gesamtfreiheitsstrafe einbezogen wird.

2. Die Anordnung einer Maßregel der Besserung und Sicherung ist im Urteil zu begründen. Soll gegen den Angeklagten wegen einer nicht im Katalog des § 69 Abs. 2 StGB enthaltenen Straftat eine isolierte Sperrfrist für die Erteilung einer Fahrerlaubnis angeordnet werden, so ist die Vornahme einer Gesamtwürdigung der Tatumstände und der Täterpersönlichkeit durch den Tatrichter zum Beleg der fehlenden Eignung des Angeklagten zum Führen von Kraftfahrzeugen erforderlich. Der erforderliche Umfang der Darlegung ist hierbei einzelfallabhängig.

3. Zwar liegt es bei typischen Verkehrsdelikten, zu denen Fahren ohne Fahrerlaubnis zählt, nicht fern, dass der Täter zum Führen eines Kraftfahrzeugs ungeeignet und daher eine isolierte Sperrfrist anzuordnen ist. Eine auf den Einzelfall bezogene Begründung macht dies indes nicht entbehrlich. Zudem bedarf es bei der Bemessung der Sperrfrist der Darlegung der Prognoseentscheidung zur Dauer der voraussichtlichen Ungeeignetheit des Täters.

**673. BGH 5 StR 623/17 5 StR 624/17 - Urteil vom 24. Mai 2018 (LG Hamburg)**

Erlangung eines Vermögenswertes im Sinne des Rechts der Einziehung von Taterträgen (mehrere Beteiligte; Möglichkeit der Ausübung tatsächlicher Verfügungsgewalt; ungehinderter Zugriff; rein tatsächliches Herrschaftsverhältnis; Unerheblichkeit der späteren Aufgabe der Verfügungsmacht; Minderung bei der Beuteteilung).

§ 73 StGB

1. Ein Vermögenswert ist *erlangt* i.S.d. § 73 Abs. 1 StGB, wenn er dem Täter oder Teilnehmer unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaufs so zugeflossen ist, dass er hierüber tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben kann. Bei mehreren Beteiligten ist das grundsätzlich der Fall, wenn sie im Sinne eines rein tatsächlichen Herrschaftsverhältnisses ungehinderten Zugriff auf den betreffenden Vermögensgegenstand nehmen können. Unerheblich ist dagegen, ob und gegebenenfalls in welchem Umfang der Täter oder Teilnehmer eine unmittelbar aus der Tat gewonnene (Mit-)Verfügungsmacht später aufgegeben hat und der zunächst erzielte Vermögenszuwachs durch Mittelabflüsse bei Beuteteilung gemindert wurde.

2. Bei einer von zwei vor Ort anwesenden Mittätern begangenen Raubtat erlangen regelmäßig beide die entsprechende Verfügungsgewalt über die gesamte Tatbeute, selbst wenn diese nur von einem Beteiligten in einem Rucksack transportiert wird.

**647. BGH 4 StR 638/17 - Beschluss vom 21. Juni 2018 (LG Trier)**

Anrechnung (keine Aussetzung zur Bewährung nach vollständiger Erledigung durch Anrechnung); Verbot der Verschlechterung (Anwendbarkeit bei Verweisung an das zuständige Gericht); Aussetzung zugleich mit der Anordnung (keine Berührung der bewährungsweisen Aussetzung der Maßregelvollstreckung durch den Wegfall der Strafaussetzung zur Bewährung infolge vollständiger Erledigung der Gesamtfreiheitsstrafe durch Anrechnung).

§ 51 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 67b Abs. 1 Satz 2 StGB; § 225a StPO; § 328 Abs. 2 StPO; § 331 Abs. 1 StPO

1. Das Verbot der reformatio in peius gilt auch dann, wenn das Landgericht die Sache gemäß § 328 Abs. 2 StPO an eine große Strafkammer verwiesen oder in entsprechender Anwendung des § 225a StPO vorgelegt hat, die sodann als erstinstanzliches Gericht entscheidet. Der Verstoß gegen das Verschlechterungsverbot ist im Revisionsverfahren von Amts wegen zu berücksichtigen.

2. Ist die Strafe durch die Anrechnung bereits vollständig erledigt, scheidet eine Strafaussetzung zur Bewährung schon begrifflich aus.

3. Da die Regelung des § 67b Abs. 1 Satz 2 StGB an die noch bevorstehende Verbüßung einer Freiheitsstrafe anknüpft, wird die bewährungsweise Aussetzung der Maßregelvollstreckung durch den Wegfall der Strafaussetzung zur Bewährung infolge vollständiger Erledigung der Gesamtfreiheitsstrafe durch Anrechnung erlittenen Freiheitsentzugs nicht berührt.

Rechtsprechung

**IV. Strafverfahrensrecht mit GVG**

**630. BGH 3 StR 400/17 - Beschluss vom 8. Februar 2018 (KG Berlin)**

BGHSt; Rechtsgrundlage für die Ermittlung von Standortdaten durch den Versand „stiller SMS“ (Telekommunikation; menschlich veranlasster Informationsaustausch; Inhaltsdaten; Verkehrsdaten; Ermittlungsgeneralklausel; sonstige technische Mittel; Fernmeldegeheimnis; Recht auf informationelle Selbstbestimmung; Freiheit der Wohnung); Aufklärungsgrüße wegen unterbliebener Beiziehung von Akten; Verlesung von Urkunden im Selbstleseverfahren.

§ 100a StPO; § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO; § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 161 Abs. 1 S. 1 StPO; 163 Abs. 1 StPO; § 244 StPO; § 249 StPO; § 250 S. 2 StPO; § 344 Abs. 2 S. 2 StPO; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 10 GG; Art. 13 GG

1. Rechtsgrundlage für das Versenden sogenannter „stiller SMS“ durch die Ermittlungsbehörden ist § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO. (BGHSt)

2. Zwar hatte der Gesetzgeber bei der Einführung des § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO in erster Linie den sogenannten „IMSI-Catcher“ im Blick. Nach dem Wortlaut der Norm hat er deren Anwendungsbereich aber gerade nicht auf diesen beschränkt, sondern durch die Wahl des Begriffs „technische Mittel“ erkennbar dem technischen Fortschritt Rechnung tragen und die Anwendbarkeit der Vorschrift auch für weitere kriminaltechnische Neuerungen offenhalten wollen. Dies ist verfassungsrechtlich zulässig und verletzt insbesondere nicht die aus dem Rechtsstaatsprinzip folgenden Anforderungen an Tatbe-

standsbestimmtheit und Normenklarheit, die für Vorschriften des Strafverfahrensrechts gelten. (Bearbeiter)

3. Der Einsatz stiller SMS und die Erhebung der so generierten Standortdaten kann nicht auf § 100a StPO i.V.m. §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 StPO gestützt werden.

a) Zwar schützt das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG nicht nur die Vertraulichkeit des Kommunikationsinhalts, sondern auch der näheren Umstände des Kommunikationsvorgangs, wozu als Verkehrsdaten auch die Standortdaten während der Kommunikation zu zählen sind. Bei dem Versand stiller SMS fehlt es jedoch an einem menschlich veranlassten Informationsaustausch, der sich auf zu übermittelnde Inhalte bezieht. Es wird lediglich ein Datenaustausch zwischen technischen Geräten verursacht, der keinen Rückschluss auf Kommunikationsbeziehungen oder -inhalte erlaubt. (Bearbeiter)

b) Zudem erfasst § 100a StPO seinem Wortlaut nach nur die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation, also die Auskunft über vorhandene Daten. Das Erzeugen solcher Daten, das eine aktive Einflussnahme auf den vorhandenen Datenbestand darstellt, geht jedoch darüber hinaus und bedarf daher einer eigenen Ermächtigungsgrundlage. Diese kann nicht in den Ermittlungsgeneralklauseln der §§ 161 Abs. 1 S. 1, 163 Abs. 1 StPO gesehen werden, weil der Einsatz stiller SMS und die sich daran anschließende Abfrage der so erzeugten Standortdaten das Erstellen eines - wenn auch abhängig von der Größe der Funkzellen recht groben - Bewegungsprofils ermöglichen und das Grundrecht auf informationelle

Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) in erheblicher Weise berühren. (Bearbeiter)

4. Auch § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO kommt als Rechtsgrundlage für das Versenden stiller SMS im Ergebnis nicht in Betracht, da mit § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO eine speziellere Vorschrift existiert, die die Ermittlung des Standorts eines Mobiltelefons durch Einsatz technischer Mittel explizit regelt und auch die Versendung stiller SMS umfasst (siehe Leitsatz 1 und 2). (Bearbeiter)

5. Der in § 250 S. 2 StPO normierte Vorrang des Personalbeweises schränkt den grundsätzlich zulässigen Urkundenbeweis nicht weiter als für seine Zielsetzung einer besseren Sachaufklärung erforderlich ein. Die eigenständige Beweisverwendung des Inhalts einer verlesenen Urkunde ist daher auch dann zulässig, wenn sie beispielsweise Lücken der Zeugenaussage schließt. Eine solche Urkunde kann dabei auch im Wege des Selbstleseverfahrens gemäß § 249 Abs. 2 StPO zum Gegenstand der Hauptverhandlung gemacht werden, wenn es nicht ausnahmsweise darauf ankommt, einen in ihr enthaltenen bestimmten Wortlaut unmittelbar mit den Verfahrensbeteiligten zu erörtern. (Bearbeiter)

6. Wird mit der Aufklärungsrüge die fehlende Beiziehung der vollständigen Akten eines Drittverfahrens zur Überprüfung der Verwertbarkeit verfahrensfremder Telekommunikationsüberwachungserkenntnisse gerügt, muss der Revisionsführer regelmäßig alle in dem Verfahren vorhandenen ermittlungsrichterlichen Beschlüsse mitteilen (vgl. § 344 Abs. 2 S. 2 StPO). (Bearbeiter)

### **637. BGH 5 StR 17/18 - Urteil vom 9. Mai 2018 (LG Hamburg)**

BGHR; Widerspruchserfordernis bei der Rüge unzulässiger Verwertung von Durchsuchungsfunden (Rügepräklusion; Sinn und Zweck der Widerspruchsobliegenheit; subsidiärer Rechtsschutz; Schonung von Justizressourcen; keine Differenzierung innerhalb unselbständiger Beweisverwertungsverbote).

§ 105 StPO; § 261 StPO; § 344 Abs. 2 S. 2 StPO

1. Die Rüge unzulässiger Verwertung von Durchsuchungsfunden erfordert einen Widerspruch in der Hauptverhandlung. (BGHR)

2. Sinn und Zweck der Widerspruchsobliegenheit ist es, auf den Einwand des Betroffenen hin dem Tatgericht in der Hauptverhandlung die Möglichkeit und Veranlassung zu geben, dem gerügten Verfahrensfehler freibeweislich im Einzelnen nachzugehen. Dem verteidigten Angeklagten (und den sonst von einem Beweisverwertungsverbot Betroffenen) wird im Interesse der Schonung von Justizressourcen – orientiert am Subsidiaritätsgedanken – die frühestmögliche zumutbare Geltendmachung einer Rechtsverletzung abverlangt, um in der Hauptverhandlung vor dem Tatgericht die Frage des Verwertungsverbots eingehend prüfen und gegebenenfalls Abhilfe schaffen zu können. (Bearbeiter)

3. Die Begründung des Widerspruchserfordernisses ergibt sich folglich nicht aus der Dispositionsbefugnis des Ange-

klagten, sondern aus dem Gedanken subsidiären Rechtsschutzes. Eine Differenzierung des Widerspruchserfordernisses innerhalb unselbständiger Beweisverwertungsverbote überzeugt deshalb nicht. (Bearbeiter)

### **744. BGH 4 StR 184/18 - Beschluss vom 21. Juni 2018 (LG Münster)**

Recht auf ein faires Verfahren (ausnahmsweise Entbehrlichkeit einer Verfahrensrüge bei konventionswidriger Verfahrensverzögerung).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 344 Abs. 2 S. 2 StPO

1. Zwar muss der Revisionsführer nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs regelmäßig eine Verfahrensrüge erheben, wenn er die unterbliebene oder unzureichende Kompensation einer konventionswidrigen Verfahrensverzögerung geltend machen will, sofern diese bis zum Ablauf der Revisionsrechtsfertigungsfrist eingetreten ist.

2. Dies gilt aber ausnahmsweise dann nicht, wenn sich die Umstände, die die Verfahrensverzögerung und ihre Konventionswidrigkeit belegen, in für das Revisionsgericht nachvollziehbarer Weise bereits aus den Gründen des angefochtenen Urteils und den von Amts wegen zu berücksichtigenden Aktenbestandteilen ergeben.

### **658. BGH 5 StR 159/18 - Beschluss vom 5. Juni 2018 (LG Göttingen)**

Erneute Vernehmung eines Zeugen unter Ausschluss der Öffentlichkeit (neuer Gerichtsbeschluss; Anordnung; keine Bezugnahme auf vorausgegangenen Ausschlussbeschluss).

§ 174 Abs. 1 GVG; § 338 Nr. 6 StPO

Soll derselbe Zeuge in der laufenden Hauptverhandlung nochmals unter Ausschluss der Öffentlichkeit vernommen werden, ist grundsätzlich ein neuer Gerichtsbeschluss nach § 174 Abs. 1 Satz 2 GVG erforderlich; er kann nicht durch eine Anordnung des Vorsitzenden ersetzt werden, in der auf einen vorausgegangenen Ausschlussbeschluss Bezug genommen wird (st. Rspr., vgl. etwa BGH HRRS 2011 Nr. 1023).

### **707. BGH 2 ARs 183/18 2 AR 124/18 - Beschluss vom 27. Juni 2018 (OLG Stuttgart)**

Örtliche Zuständigkeit (unbekannter Aufenthalt des Verfolgten).

§ 14 Abs. 3 IRG

Gemäß § 14 Abs. 3 IRG bestimmt der Bundesgerichtshof das zuständige Oberlandesgericht, wenn der Aufenthalt des Verfolgten nicht bekannt ist. Liegen keine konkreten Hinweise auf einen anderweitigen Aufenthalt des Verfolgten vor, ist das Gericht örtlich zuständig, bei welchem die als erste mit der Sache befasste Generalstaatsanwaltschaft ihren Sitz hat.

### **638. BGH 5 StR 38/18 - Beschluss vom 3. Juli 2018 (LG Berlin)**

Keine Begründung von schutzwürdigem Vertrauen durch rechtlichen Hinweis.

§ 265 StPO

Die Erteilung eines rechtlichen Hinweises gemäß § 265 Abs. 1 StPO begründet kein schutzwürdiges Vertrauen darauf, dass das Gericht lediglich diesem Hinweis gemäß urteilt. Durch die Neufassung von § 265 Abs. 2 Nr. 2 StPO hat sich daran nichts geändert.

**736. BGH 2 StR 467/17 - Beschluss vom 11. Juli 2018 (LG Aachen)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Fristversäumung (Zurechnung des Verschuldens eines Prozessbevollmächtigten gegenüber einem Nebenkläger); Anforderungen an einen Wiedereinsetzungsantrag (Darlegung und Glaubhaftmachung aller zwischen dem Beginn und Ende der versäumten Frist liegenden Umstände; Haftung eines Rechtsanwaltes für das Verschulden seines Kanzleipersonals).

§ 44 StPO; § 45 Abs. 2 Satz 1 StPO

1. Im Unterschied zum Angeklagten ist einem Nebenkläger nach ständiger Rechtsprechung das Verschulden seines Prozessbevollmächtigten, der nach Versäumung der Frist zur Revisionsbegründung Wiedereinsetzung beantragt, nach dem allgemeinen Verfahrensgrundsatz des § 85 Abs. 2 ZPO zuzurechnen. Für die Frage, ob der prozessbevollmächtigte Rechtsanwalt für Verschulden seines Kanzleipersonals haftet, kommt es darauf an, ob dieses sorgfältig ausgewählt und überwacht wird und ob eine zur Verhinderung von Fristüberschreitungen taugliche Büroorganisation vorhanden ist.

2. Deshalb erfordert die Begründung eines Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nicht nur eine genaue Darlegung und Glaubhaftmachung aller zwischen dem Beginn und Ende der versäumten Frist liegenden Umstände, die für die Frage bedeutsam sind, wie und gegebenenfalls durch wessen Verschulden es zur Versäumnis gekommen ist. Vorzutragen sind ferner diejenigen Tatsachen, die ein der Wiedereinsetzung entgegenstehendes Verschulden des Bevollmächtigten ausschließen. Dies betrifft insbesondere die organisatorischen Vorkehrungen, durch die im Rahmen der Arbeitsabläufe in der Kanzlei sichergestellt werden soll, dass ein fristgebundener Schriftsatz nicht nur rechtzeitig fertiggestellt, sondern auch innerhalb der laufenden Frist beim zuständigen Gericht eingeht.

3. Zwar darf ein Rechtsanwalt in einfach gelagerten Fällen die Feststellung des Fristbeginns und die Berechnung einer Frist gut ausgebildeten und sorgfältig überwachten Büroangestellten überlassen. Durch eine geeignete Büroorganisation muss jedoch sichergestellt sein, dass nur solche Kanzleibesetzte Rechtsmittelfristen in den Handakten vermerken bzw. im Fristenkalender notieren, die diesen Ausbildungsanforderungen gerecht und insoweit sorgfältig überwacht werden.

**622. BGH 3 StR 181/18 - Beschluss vom 26. Juni 2018 (LG Mönchengladbach)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Versäumung der Revisionsfrist; Beweiskraft des gerichtlichen Posteingangsstempels (Anforderungen an die Entkräftung des Beweises; Glaubhaftmachung; Behauptung einer Fehlstempelung; plausible, in sich widerspruchsfreie und beweisbare Darstellung).

§ 37 StPO; § 44 StPO; § 418 ZPO

1. Der Posteingangsstempel eines Gerichts erbringt im Regelfall als öffentliche Urkunde im Sinne von § 418 Abs. 1 ZPO, § 37 Abs. 1 StPO den Beweis über den Tag des Eingangs des Schriftstücks bei Gericht, wenn und solange dieser Beweis nicht gemäß § 418 Abs. 2 ZPO durch den Nachweis der Unrichtigkeit des im Eingangsstempel ausgewiesenen Zeitpunkts entkräftet wird.

2. Zu dieser Entkräftung ist eine bloße Glaubhaftmachung, etwa in Gestalt einer anwaltlichen Versicherung, in aller Regel nicht ausreichend. Vielmehr muss zur vollen Überzeugung des Gerichts die Rechtzeitigkeit des Eingangs des Schriftsatzes feststehen. Der Beweis ist über schlichtes Bestreiten hinaus substantiiert anzutreten, wozu eine konkrete Darlegung der Umstände gehören kann, aus denen sich das Gegenteil der von der Beweiskraft der öffentlichen Urkunde erfassten Tatsachen ergeben soll.

3. Hinsichtlich gerichtlicher Vorgänge fehlt Außenstehenden regelmäßig der Einblick. Die Anforderungen an den Gegenbeweis dürfen daher insoweit nicht überspannt werden. Erforderlich ist jedoch eine plausible und in sich widerspruchsfreie, beweisbare Darstellung eines abweichenden Ablaufs der Dinge. Dazu gehört im Fall einer behaupteten Fehlstempelung der Vortrag von Umständen, die es möglich erscheinen lassen, dass es - etwa infolge eines technischen Defekts oder Nachlässigkeiten im Arbeitsablauf - beim Gericht auch in anderen Fällen zu Fehlstempelungen gekommen ist.

**675. BGH 5 StR 643/17 - Beschluss vom 19. Juni 2018 (LG Saarbrücken)**

Aufgrund von Übermüdung fehlende Fähigkeit zum Folgen der Hauptverhandlung (ins Gewicht fallende Zeitspanne; Schlaf; bloß vorübergehende Beeinträchtigung der Aufmerksamkeit; keine Anwendbarkeit des Zweifelssatzes).

§ 338 Nr. 1 StPO

Wird eine nicht vorschriftsmäßige Besetzung des Gerichts (§ 338 Nr. 1 StPO) mit der Behauptung gerügt, ein Mitglied des Spruchkörpers habe der Verhandlung für eine ins Gewicht fallende Zeitspanne - hier: ca. 30 bis 45 Minuten - wegen Übermüdung nicht folgen können, müssen die dies begründenden Tatsachen zweifelsfrei feststehen. Nicht ausreichend ist insoweit eine festgestellte vorübergehende Beeinträchtigung der Aufmerksamkeit durch Ermüdungserscheinungen. Etwaige Zweifel gehen zu Lasten der Revision.

**652. BGH 5 StR 133/18 - Beschluss vom 5. Juni 2018 (LG Bremen)**

Unwirksamer Eröffnungsbeschluss aufgrund von fehlerhafter Gerichtsbesetzung (Mitwirkung von Schöffen; Eröffnungsbeschluss in der Hauptverhandlung).

§ 199 Abs. 1 StPO; § 206a StPO; § 76 GVG

Nach § 76 Abs. 1 GVG beschließt die große Strafkammer die Eröffnung des Hauptverfahrens in der Besetzung mit drei Richtern einschließlich des Vorsitzenden; die Schöffen wirken an der Entscheidung nicht mit (§ 76 Abs. 1 S.



2 GVG). Eröffnet die Kammer – hier: in einer hinzuverbundenen Strafsache – in der Hauptverhandlung in der dafür gemäß § 76 Abs. 2 S. 4 GVG beschlossenen Besetzung mit zwei Richtern unter Mitwirkung der Schöffen, ist der Eröffnungsbeschluss unwirksam (vgl. bereits BGH HRRS 2015 Nr. 770).

### 683. BGH StB 14/18 - Beschluss vom 28. Juni 2018

Ermittlungsdurchsuchung beim Tatumverdächtigen (Erwartung des Auffindens von Personen, Spuren oder Sachen; konkrete Gründe; erwiesene Tatsachen; Durchsuchungsbeschluss; hinreichend individualisierte und bestimmte Beweismittel; Bestimmung der Gattung nach ausreichend).

§ 102 StPO; § 103 StPO; § 105 StPO

1. Die Durchsuchung bei Tatumverdächtigen ist gestattet, wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, dass die gesuchte Person, Spur oder Sache sich in den zu durchsuchenden Räumen befindet. Diese Erwartung muss nach dem Stand der Ermittlungen durch konkrete Gründe sowie aufgrund bewiesener Tatsachen bestehen.

2. Eine Ermittlungsdurchsuchung, die eine nichtverdächtige Person betrifft, setzt überdies (anders als im Falle des § 102) voraus, dass hinreichend individualisierte und bestimmte Beweismittel für die den Gegenstand des Verfahrens bildende 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 gesuchten 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.

### 716. BGH 4 StR 97/18 - Beschluss vom 6. Juni 2018 (LG Arnsberg)

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (molekulargenetische Vergleichsuntersuchung).

§ 261 StPO

Ob die Übereinstimmung zwischen den Allelen des Angeklagten und auf Tatortspuren festgestellten Allelen eine ausreichende Tatsachengrundlage für die Annahme einer Täterschaft des Angeklagten bietet, hängt von der Identitätswahrscheinlichkeit ab. Je geringer die Wahrscheinlichkeit ist, dass zufällig eine andere Person identische Merkmale aufweist, desto höher kann das Tatgericht den Beweiswert einer Übereinstimmung einordnen und sich – gegebenenfalls allein aufgrund der Übereinstimmung – von der Täterschaft überzeugen. Der Tatrichter hat daher diese Wahrscheinlichkeit mitzuteilen und die Grundlagen für deren Berechnung so darzulegen, dass dem Revisionsgericht eine Plausibilitätsprüfung möglich ist.

### 682. BGH StB 13/18 - Beschluss vom 14. Juni 2018

Beschlagnahme (potenzielle Bedeutung von Gegenständen als Beweismittel; Verwendung zu Untersuchungszwecken; ex-ante-Prognose).

### § 94 StPO

Ein Gegenstand hat dann potenzielle Bedeutung als Beweismittel (vgl. § 94 Abs. 1, 2 StPO), wenn die nicht fernliegende Möglichkeit besteht, ihn im Verfahren zu Untersuchungszwecken in irgendeiner Weise zu verwenden. Geboten ist eine ex-ante-Prognose, weil sich die tatsächliche Beweisbedeutung erst nach der Sicherstellung bei der Auswertung ergibt und abschließend erst im Rahmen der Gesamtwürdigung der Beweise in der Hauptverhandlung beurteilt werden kann. In welcher Weise der Gegenstand Beweisbedeutung haben kann, braucht zur Zeit der Sicherstellung noch nicht festzustellen.

### 702. BGH 2 StR 194/17 - Urteil vom 25. April 2018 (LG Gießen)

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Beweiswürdigung in Fällen von Aussage-gegen-Aussage).

§ 261 StPO

Das Tatgericht ist nicht schon dann aufgrund des Zweifelsatzes an der Verurteilung eines Angeklagten gehindert, wenn „Aussage gegen Aussage“ steht und keine weiteren belastenden Indizien vorliegen. Wird die Tat vom mutmaßlichen Opfer in einer Zeugenaussage geschildert, kann der Angeklagte auf dieser Grundlage verurteilt werden, wenn das Tatgericht von der Glaubhaftigkeit der Aussage dieses einzigen Belastungszeugen überzeugt ist. Der Tatrichter muss sich dabei bewusst sein, dass die Aussage dieses Zeugen einer besonderen Glaubhaftigkeitsprüfung zu unterziehen ist, zumal der Angeklagte in solchen Fällen wenige Verteidigungsmöglichkeiten besitzt. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, welche die Entscheidung beeinflussen können, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat. Aus den Urteilsgründen muss sich ergeben, dass die einzelnen Beweisergebnisse nicht nur isoliert gewertet, sondern in eine umfassende Gesamtwürdigung eingestellt wurden. Hierbei sind das Gewicht und Zusammenspiel der einzelnen Indizien in einer Gesamtschau zu bewerten.

### 624. BGH 3 StR 61/18 - Beschluss vom 14. Juni 2018 (LG Duisburg)

Rechtsmittelrücknahmeerklärung des Angeklagten (Wirksamkeit; Fähigkeit zur vernünftigen Interessenwahrnehmung; Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung; Geschäfts- oder Schuldunfähigkeit; Unfähigkeit zur Erfassung der Bedeutung der abgegebenen Erklärung; Unwiderruflichkeit und Unanfechtbarkeit; Verlust des Rechtsmittels; Voraussetzungen eines gleichzeitigen Widerrufs).

§ 302 StPO; § 130 Abs. 1 BGB

Ein Angeklagter muss bei Abgabe einer Rechtsmittelrücknahmeerklärung in der Lage sein, seine Interessen vernünftig wahrzunehmen und bei hinreichender Freiheit der Willensentschließung und Willensbetätigung die Bedeutung seiner Erklärung zu erkennen. Dies wird allein durch eine Geschäfts- oder Schuldunfähigkeit des Beschuldigten nicht notwendig ausgeschlossen (vgl.

§ 415 Abs. 1 und 3 StPO für das Sicherungsverfahren). Vielmehr ist von einer Unwirksamkeit seiner Rücknahmeerklärung erst auszugehen, wenn hinreichende Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass der Rechtsmittelführer nicht in der Lage war, die Bedeutung der von ihm abgegebenen Erklärung zu erfassen. Verbleiben Zweifel an seiner prozessualen Handlungsfähigkeit, geht dies zu seinen Lasten.

**688. BGH 1 StR 542/17 - Beschluss vom 19. Dezember 2017 (LG München II)**

Kognitionspflicht des Gerichts (nachträglich bekannt gewordene Teile der Tat: nur innerhalb der prozessualen Tat, erforderliche Einzelfallbetrachtung).

§ 264 Abs. 1 StPO

Das Tatgericht muss seine Untersuchung auch auf Teile der Tat erstrecken, die erst in der Hauptverhandlung bekannt werden (st. Rspr.). Die Umgestaltung der Strafklage darf aber nicht dazu führen, dass die Identität der von der Anklage umfassten Tat nicht mehr gewahrt ist, weil das von ihr zugrunde liegende Geschehen durch ein anderes ersetzt wird (vgl. BGH StraFo 2009, 71). Für die Beurteilung, ob ein bestimmtes tatsächliches Geschehen Teil der prozessualen Tat ist, lassen sich über die Definition der prozessualen Tat hinaus kaum generalisierende Kriterien angeben. Maßgeblich sind stets die tatsächlichen Verhältnisse des Einzelfalls.

## Rechtsprechung

## V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**748. BGH 4 StR 561/17 - Beschluss vom 20. Juni 2018 (LG Essen)**

Untreue (Maßstab für die pflichtwidrige Verletzung des Sparsamkeitsgebotes; Pflichtverletzung durch Zahlung eines überhöhten Arbeitsentgeltes an einen Betriebsratsvorsitzenden).

§ 266 Abs. 1 StGB

1. Einen durch den Untreuetatbestand strafbewehrten Grundsatz, wonach Vergütungserhöhungen durch den Sparsamkeitsgrundsatz gehindert sind, wenn der Betreffende auch zu den ursprünglichen Bedingungen seine Leistungen zu erbringen hat, kennt das deutsche Recht nicht. Vielmehr bildet das Sparsamkeitsgebot lediglich den äußeren Begrenzungsrahmen des dem Unternehmer bei seinen Entscheidungen eingeräumten weiten Beurteilungs- und Ermessensspielraums. Eine pflichtwidrige Verletzung des Sparsamkeitsgebots liegt regelmäßig erst vor, wenn eine sachlich nicht gerechtfertigte und damit unangemessene Gegenleistung gewährt wird. Innerhalb der danach bestimmten Grenzen hat sich die Entscheidung jedoch ausschließlich am Unternehmenswohl zu orientieren.

2. Zwar vermögen Verstöße gegen das Betriebsverfassungsgesetz für sich genommen keine Pflichtverletzung im Sinne des § 266 Abs. 1 StGB zu begründen, weil dessen Vorschriften lediglich dem Schutz des Betriebsrats und damit der Beschäftigten dienen und keinen vermögensschützenden Charakter haben. Indes war es dem Angeklagten nach Ziffer 3.4.2 des „Public Corporate Governance Kodex“ untersagt, dem Betriebsratsvorsitzenden Zahlungen zu gewähren, die er nach den Vorgaben des Betriebsverfassungsgesetzes nicht beanspruchen konnte. Die Erwägung des Angeklagten, dem Betriebsratsvorsitzenden mit den Zahlungen einen Anreiz zu bieten, die übrigen Betriebsräte „unter der Decke“ zu

halten, stellt keinen beachtlichen Belang des Unternehmenswohls dar.

**679. BGH GSSt 4/17 - Beschluss vom 10. Juli 2017 (LG Stade)**

BGHSt; Tateinheit beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (natürliche Handlungseinheit; dieselbe Handlung; Körperbewegung; notwendige Überlagerung der objektiven Ausführungshandlungen; teildentische Ausführungshandlung bei Aufsuchen des Betäubungsmittellieferanten; keine einschränkende Auslegung; Begehung gelegentlich der anderen Tat; unterschiedliche Umsatzgeschäfte; Bewertungseinheit); Begriff des Handeltreibens (weite Auslegung; Erstreckung auf dem Betäubungsmittelumsatz nachfolgende Zahlungsvorgänge).

§ 52 StGB; § 29 BtMG

1. Das sowohl dem Transport des Kaufgeldes für den Erwerb einer früheren als auch der Übernahme einer weiteren Betäubungsmittelmenge dienende Aufsuchen des Lieferanten verbindet als natürliche Handlung die beiden Umsatzgeschäfte zu einer einheitlichen Tat im materiell-rechtlichen Sinne. (BGHSt)

2. Im Rahmen einer bestehenden Lieferbeziehung verbindet die Bezahlung einer zuvor „auf Kommission“ erhaltenen Betäubungsmittelmenge aus Anlass der Übernahme einer weiteren Betäubungsmittelmenge die beiden Umsatzgeschäfte zu einer einheitlichen Tat im Sinne einer natürlichen Handlungseinheit. (BGHSt)

3. Die Voraussetzungen von Tateinheit im Sinne von § 52 Abs. 1 StGB sind unabhängig von den im jeweiligen Einzelfall verwirklichten Tatbeständen zu bestimmen. Grundsätzlich genügt insoweit die – von einer nur gelegentlich der anderen Tat erfolgenden Begehung abzu-

grenzende – notwendige Überlagerung der objektiven Ausführungshandlungen von zwei oder mehreren Straftatbeständen. Ein darüber hinausgehendes sachlich-rechtliches Kriterium für eine einschränkende Auslegung der Voraussetzungen von Tateinheit ist § 52 Abs. 1 StGB nicht zu entnehmen. (Bearbeiter)

4. Die Auffassung, wonach eine teildentische Ausführungshandlung im Sinne von § 29 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BtMG nur dann zu einer tateinheitlichen Verbindung zweier an sich unabhängiger, sich auf unterschiedliche Betäubungsmittelmengen beziehender Handelsgeschäfte führt, wenn sie für jedes dieser Geschäfte einen nicht unerheblichen eigenen Unrechts- und Schuldgehalt aufweist und dadurch deren Unwert und die jeweilige Schuld des Täters zumindest mitprägt, findet im Gesetz keine Stütze. Sie beruht vielmehr allein auf einer einschränkenden, auf die jeweilige konkrete Fallgestaltung bezogenen Auslegung des Begriffs des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln. (Bearbeiter)

5. Dem weit auszulegenden Begriff des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln unterfallen nicht nur Handlungen, die unmittelbar der Beschaffung und der Weitergabe von Betäubungsmitteln an Abnehmer dienen. Tatbestandlich erfasst werden vielmehr auch dem eigentlichen Betäubungsmittelsatz nachfolgende Zahlungsvorgänge. Darunter fällt auch die bloße Übermittlung des für eine Betäubungsmittellieferung zu entrichtenden Geldbetrages vom Abnehmer an den Lieferanten, die ebenfalls regelmäßig den Tatbestand des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln erfüllt. (Bearbeiter)

#### **641. BGH 5 StR 68/18 - Urteil vom 20. Juni 2018 (LG Bremen)**

Beurteilung der nicht geringen Menge bei teilweise zum Weiterverkauf und teilweise zum Eigenkonsum bestimmten Betäubungsmitteln; Konkurrenzen zwischen Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und Handeltreiben (Auffangfunktion gegenüber anderen Verbrechen; keine Verdrängung durch ein Vergehen; keine Orientierung an den Wirkstoffgehalten der Teilmengen).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 29a Abs. 1 BtMG; § 52 StGB

1. Besitzt ein Täter eine insgesamt nicht geringe Menge an Betäubungsmitteln, von denen ein Teil zum Verkauf, ein anderer Teil aber zum Eigenkonsum bestimmt ist, macht er sich auch dann wegen Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG strafbar, wenn keine dieser Teilmengen für sich gesehen die Schwelle der nicht geringen Menge erreicht. Soweit die Senatsentscheidung BGH HRRS 2017 Nr. 1148 in anderem Sinne zu verstehen ist, wird hieran nicht festgehalten.

2. Die Strafbarkeit wegen des Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) entfällt nicht dadurch, dass der Besizende eine Teilmenge der Betäubungsmittel über den bloßen Besitz hinaus zu Verkaufszwecken bestimmt. Weder der Wortlaut des § 29a Abs. 1 BtMG, die Systematik des Gesetzes, dessen Sinn und Zweck noch Konkurrenzerwägungen gebieten eine andere, lediglich an den Wirkstoffgehalten

der Teilmengen orientierte Auslegung, die zur Folge hätte, dass der Täter statt wegen eines Verbrechens lediglich wegen zweier tateinheitlich zusammentreffender Vergehen nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 und 3 BtMG bestraft würde.

3. Der Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge tritt lediglich gegenüber sonstigen Begehungsweisen zurück, die zu Verbrechen erhoben wurden und in § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG aufgeführt sind, sowie gegenüber Straftaten, die seit jeher als Verbrechen eingestuft waren oder mit einer höheren Mindeststrafe bedroht sind. Das beruht auf der Erwägung, dass der Tatmodalität des Besitzes einer nicht geringen Menge gegenüber den genannten Delikten lediglich die Funktion eines Auffangtatbestandes zukommt. Dies gilt hingegen nicht für das Verhältnis des Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln nach § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG, da ein Verbrechen durch ein Vergehen nicht verdrängt werden kann.

#### **686. BGH 1 StR 136/18 - Beschluss vom 25. April 2018 (LG Ansbach)**

Unerlaubte Abgabe von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Übertragung der tatsächlich Verfügungsmacht: mittelbarer Besitz); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Eigennützigkeit: Erwartung eines mittelbaren Vorteils ausreichend); Beschränkung der Revision (Möglichkeit der rechtlichen und tatsächlichen selbstständigen Beurteilung des angefochtenen Teils).

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 868 BGB; § 344 Abs. 1 StPO

1. Eine Abgabe von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge im Sinne des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG liegt vor, wenn eine Übertragung der eigenen tatsächlichen Verfügungsmacht an einen Dritten mit der Wirkung erfolgt, dass dieser frei über die Betäubungsmittel verfügen kann (vgl. BGH NStZ-RR 2015, 218). Die Vorschrift erfasst sowohl die uneigennützig Abgabe als auch das Veräußern.

2. Für eine Abgabe kann auch eine im Wege mittelbaren Besitzes vermittelte tatsächliche Verfügungsmacht ausreichen (vgl. BGH NJW 1978, 1696). Erforderlich ist jedoch die Feststellung eines Besitzmittlungsverhältnisses, durch das der unmittelbare Besitzer als Besitzmittler einer anderen Person in der Weise den Besitz vermittelt, dass diese ohne Schwierigkeiten über die Betäubungsmittel verfügen kann, wie dies etwa bei einer Verwahrung der Fall ist.

#### **726. BGH 2 StR 130/18 - Beschluss vom 8. Mai 2018 (LG Limburg)**

Straftaten nach BtMG (Konkurrenzen).

§ 29 BtMG

Dient der Besitz an den Betäubungsmitteln der gewinnbringenden Weiterveräußerung, tritt die Strafbarkeit wegen Besitzes hinter das täterschaftlich begangene Handeltreiben zurück, während zwischen Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und Besitz Tateinheit besteht.

# Whistleblowing – Zwischen Selbstregulierung und effektiver Rechtsdurchsetzung

## Ein Beitrag zur Reform des Hinweisgeberschutzes

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

### I. Einleitung

Hinweisgebersysteme haben in vielen Bereichen des Wirtschaftslebens und der öffentlichen Verwaltung Eingang gefunden. Man deutet sie einerseits als wichtiges Mittel der *corporate self-governance* und/oder andererseits als vielversprechendes Instrument effektiver Rechtsdurchsetzung. Demgegenüber ist der Schutz von Hinweisgebern international höchst unterschiedlich und national nicht selten defizitär ausgestaltet.<sup>1</sup> Spezielle Regelungen findet man nur selten, u.a. im Kartellrecht, Kapitalmarktrecht oder im Geldwäschegesetz.<sup>2</sup> Bemühungen um Ausweitung und Vereinheitlichung von Whistleblower-Regelungen scheiterten (nicht zuletzt in Deutschland und der Schweiz) regelmäßig an politisch einflussreichen Interessenverbänden. Seit einigen Jahren hat die Reformdiskussion jedoch an Momentum gewonnen.<sup>3</sup> Finanzkrise, Dieselaffäre, vor allem aber auch die Massenüberwachung des Kommunikationsverkehrs durch Geheimdienste lassen die gesellschaftliche wie verfolgungstechnische Bedeutung von Hinweisgebern in einem anderen Licht erscheinen. Vielerorts wird ein verbesserter Hinweisgeberschutz gefordert, um zur Aufdeckung von Missständen zu ermutigen und Whistleblo-

wer vor Repressalien zu schützen. Denn in vielen Staaten Europas sehen sich Hinweisgeber erheblichen arbeitsrechtlichen und strafrechtlichen Risiken ausgesetzt.<sup>4</sup>

Lanciert werden Initiativen sowohl international<sup>5</sup> als auch national, bezogen auf einzelne Delikte wie auch auf Missstände allgemein, unter Einbeziehung der staatlichen Verwaltung oder konzentriert auf die Privatwirtschaft. Auch der EGMR hatte sich bereits mit dem Whistleblowing unter dem Gesichtspunkt der Meinungsfreiheit gem. Art. 10 EMRK zu befassen.<sup>6</sup> Verfolgen Hinweisgeber ein Anliegen im öffentlichen Interesse, sollen sie Schutz vor Kündigung und Strafverfolgung genießen, vorausgesetzt, sie haben sich zuvor intern um Abhilfe bemüht und Rechte Dritter erfordern keine Einschränkung.<sup>7</sup> Haupttriebkraft der aktuellen Rechtsentwicklung sind aber nicht die Menschenrechte (konkret: die bürgerliche Verantwortung des Hinweisgebers) oder der Informationsanspruch der Gesellschaft gegenüber klandestinen Handlungen staatlicher Behörden. Dominant ist der Gedanke der wirksamen Verfolgung von Rechtsverletzungen in besonders neuralgischen Bereichen. So ermittelte eine öffentliche Vernehmung der EU-Kommission den größten Handlungsbedarf bei der Bekämpfung von Betrug und Korruption, bei Steuerhinterziehung und -vermeidung und beim Schutz der Umwelt, des Gesundheitswesens und der öffentlichen Sicherheit.<sup>8</sup>

<sup>1</sup> OECD-Report "Committing to Effective Whistleblower Protection", 2016, S. 133 ff.; Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, KOM(2018) 218 endg., Annex 6; Kölbl, Whistleblowing in Europe, in: van Erp/Huisman/Vande Walle (Hrsg.), Routledge Handbook of White-Collar and Corporate Crime in Europe, London 2015 (zitiert als: Kölbl, in: van Erp/Huisman/Vande Walle (Hrsg.)), S. 418, 419 f.; Haumüller, Whistleblowing in der Schweiz und im internationalen Vergleich – ein Bestandteil einer effektiven internen Kontrolle?, Zürich, 2011, S. 104 ff.; OECD-Report "Committing to Effective Whistleblower Protection", 2016, S. 133 ff.

<sup>2</sup> Vgl. Schiemann, Braucht Deutschland ein Whistleblower-Schutzgesetz?, in: Ahlbrecht/Dann/Wessing/Frister/Bock, Festschrift Wessing, München 2015, S. 569, 570, 574; z.B. im § 25a Abs. 1 S. 6 Nr. 3 KWG; § 53 Abs. 5 GWG § 4d Abs. 6 FinDAG, §§ 16 Abs. 1, 17 Abs. 2 ArbSchG, § 84 BetrVG, § 13 AGG; § 37 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BeamtStG, § 67 Abs. 2 S. 1 Nr. 3 BBG.

<sup>3</sup> Zu Reformbemühungen in Deutschland Schiemann, in: FS Wessing, S. 569, 580 ff.

<sup>4</sup> Schiemann, in: FS Wessing, S. 569, 571 ff., 580 ff.; s. ferner instruktive Länderüberblicke im OECD-Report "Committing to Effective Whistleblower Protection", 2016, S. 105 ff.

<sup>5</sup> Zu Maßnahmen von UN, Europarat und OECD Groneberg, Whistleblowing: eine rechtsvergleichende Untersuchung des US-amerikanischen, englischen und deutschen Rechts unter besonderer Berücksichtigung des Entwurfs eines neuen § 612a BGB, Berlin, 2011 (zitiert als: Groneberg), S. 47 ff.

<sup>6</sup> EGMR, Heinisch v. Deutschland, Urteil v. 21.07.2011, 28274/08 = HRRS 2011 Nr. 1081.

<sup>7</sup> Der EMGR wägt dies im Einzelfall ab, wobei Verlässlichkeit und öffentliches Interesse an der Information, Motivation des Whistleblowers, drohende materielle und ideelle Schäden bei Arbeitgeber und gemeldeten Personen einzubeziehen sind.

<sup>8</sup> Kommission, Summary Results of the Public Consultation on Whistleblower Protection, Bl. 9. Statistisch ist den Ergebnissen aber zumindest insofern mit Vorsicht zu bege-

In diese Richtung forderte bereits die 2009 OECD Anti-Bribery Recommendation rechtlichen Schutz gegen “discriminatory or disciplinary action for employees” für jeden, der “in good faith and on reasonable grounds wrongdoing of whatever kind in the context of their workplace” an die zuständigen Autoritäten meldet.; sie hatte dabei aber primär die Bekämpfung von Korruption im Blick. Eine aktuelle Studie der OECD bestätigt die Wichtigkeit von Hinweisgeberschutz zur Aufklärung von Betrug und Bestechung im Wirtschaftsleben und erneuert die Forderung nach entsprechenden Reformen.<sup>9</sup>

Breiter angelegt ist das Schutzkonzept des Europäischen Parlaments, das Hinweisgeberschutz allen angeeignet lassen will, die im öffentlichen Interesse rechtswidriges oder fehlerhaft-schädliches (*wrongful*) Verhalten oder Gefahren für öffentliche Interessen melden.<sup>10</sup> Die Grünen verstehen Hinweisgeber als Personen, die auf Missstände in Behörden und Unternehmen aufmerksam machen.<sup>11</sup> Transparency International legt seinen rechtspolitischen Vorschlägen ebenfalls eine weite Definition zugrunde, wonach Hinweisgeber ist, wer Informationen über wahrgenommenes Fehlverhalten in einer Organisation oder das Risiko eines solchen Verhaltens gegenüber Personen oder Stellen offenlegt, von denen angenommen werden kann, dass sie in der Lage sind, Abhilfe zu schaffen oder sonst angemessen darauf zu reagieren.

Jüngst hat auch die EU-Kommission nach langem Drängen des Parlaments einen Gesetzgebungsvorschlag vorgelegt.<sup>12</sup> Dieser geht von einem weiten Begriff des Whistleblowing aus und soll jegliche Information über Fehlverhalten erfassen, die in einem beschäftigungsbezogenen Kontext sowohl im privaten als auch im öffentlichen Sektor erlangt wurde und bei der Verhinderung von Schäden und dem Aufspüren von Gefahren für öffentliche Interessen helfen kann. Der Kommissionsvorschlag gilt jedoch nur für ausgesuchte Bereiche des Unionsrechts und ist insofern anders gelagert als andere Vorhaben. Seine Hauptstoßrichtung ist die wirksame Durchsetzung des Unionsrechts.

Whistleblowing wird im Kommissionsvorschlag doppelt instrumentell betrachtet. Auf struktureller Ebene wird den Mitgliedstaaten ein konkretes Element für das dezentrale Enforcement von Unionsrecht oktroyiert, das sie in ihre Rechtspflegesysteme einbauen müssen. Auf Anwendungsebene fungiert Whistleblowing als Mittel, um Vollzugsbehörden auf nationaler und europäischer Ebene

nen, als es sich nicht um eine repräsentative Befragung handelte. Rückmeldungen kamen in überproportionalem Maße aus Deutschland und Frankreich, vor allem von Einzelpersonen. Sie finden aber Abstützung in separaten Impact Assessments.

<sup>9</sup> OECD-Report “Committing to Effective Whistleblower Protection”, 2016, S. 13.

<sup>10</sup> Europaparlament, Legitimate measures to protect whistleblowers acting in the public interest, P8\_TA-Prov(2017)0402, Erwägungsgrund 14.; in Erwägungsgrund 17 werden öffentliche Interessen enumeriert.

<sup>11</sup> Entwurf eines Gesetzes zur Förderung von Transparenz und zum Diskriminierungsschutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern, BT-Drs 18/3039, 9.

<sup>12</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, KOM(2018) 218 endg.

mit den nötigen Anhaltspunkten für (zu verfolgende) Rechtsverletzungen und Missbräuche zu versorgen. Der Hinweisgeberschutz ist dadurch als strukturelles und prozessuales Vehikel fest in eine Strategie zur Verbesserung der Durchsetzung von Unionsrecht eingebunden.<sup>13</sup>

Dies spiegelt sich auch in der materiell-rechtlichen Reichweite der Richtlinie wider. Art. 1 Abs. 1a nennt mit Vergaberecht, Finanzdienstleistungen, Produkt- und Transportsicherheit, Umweltschutz, nuklearer Sicherheit, Lebensmittel- und Futtersicherheit, Tierschutz, öffentlicher Gesundheit, Verbraucherschutz, Wettbewerb, Datenschutz, Schutz von Netzwerken sowie dem Schutz der Finanzinteressen der Union<sup>14</sup> klassische Anwendungsfelder des Effektivitätsgrundsatzes (als Vollzugsprinzip des Unionsrechts). Gem. Art. 1 Abs. 2 soll die Richtlinie ebenso ergänzend zu denjenigen EU-Rechtsakten Anwendung finden, die bereits jetzt Vorschriften zum Whistleblowing enthalten.

Dieser bemerkenswerte und womöglich richtungsweisende Schritt ist mehr als Anlass genug, um die Whistleblowerproblematik theoretisch stärker zu durchdringen. Schon der erste kursorische Überblick legt offen, dass sich Vorhaben und Vorschläge stark unterscheiden können und den Schutz von Whistleblowern weit über Hinweise auf strafbares oder zumindest unrechtmäßiges Verhalten hinaus erstrecken wollen. Dieser naheliegende rechtspolitische Schachzug wirft jedoch Fragen grundsätzlicher Art auf. Die Whistleblowing-Konstellationen können sich tatsächlich und normativ stark unterscheiden, ohne dass sich dieser Umstand in Konzeption und Architektur der Regelungen und Meldestrukturen nachhaltig niederschlagen würde. Es gilt daher, die verschiedenen rechtlichen Dimensionen und Verortungen des Whistleblowing aufzuzeigen und die hinter den Vorschlägen und Positionen stehenden Regulierungsansätze zu erläutern. Erst auf dieser Grundlage ist eine differenzierte und fundierte Auseinandersetzung mit den Implementierungsmodellen möglich. Anhand des aktuellen Kommissionsvorschlags sollen unter Fruchtbarmachung kartellrechtlicher Einsichten und Einbeziehung empirischer Studien einige grundsätzliche Erwägungen ange-

<sup>13</sup> Hochinteressant und erhellend ist insofern der Schwerpunkt, den die Proportionalitätsbewertung setzt. Dreh- und Angelpunkt ist nicht der Grundrechtsschutz des Whistleblowers, sondern die wirksame Durchsetzung des Unionsrechts und das öffentliche Interesse an der Einhaltung der unionsrechtlichen Vorschriften; Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, KOM(2018) 218 endg., Explanatory Memorandum, Bl. 6.

<sup>14</sup> Rechtsgrundlagen des Richtlinienvorschlags sind daher auch folgerichtig die Kompetenznormen aus diesen Politikbereichen und nicht diejenigen für die strafrechtliche Zusammenarbeit; Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, KOM(2018) 218 endg., Erwägungsgrund 81. Der gegenwärtige Rechtszustand in Europa spiegelt sich auch in den Erwägungen zur Subsidiarität wider. Die Fragmentierung der Rechtslandschaft und das Durcheinander von unterschiedlichen Schutzhöhen und -lücken machten eine unionsrechtliche Einführung von kohärenten Mindestregeln so erforderlich wie selten.

stellt werden, wie ein effektives, friktionsfreies Implementierungsmodell aussehen könnte.

## II. Rechtliche Dimensionen von Whistleblowing

Whistleblowing kann nach dem bisher Gesagten sowohl vom Hinweisgeber, seinem Arbeitgeber oder von Staat und Gesellschaft aus betrachtet werden. Zu erkennen gilt es, dass mit diesen unterschiedlichen Perspektiven auch Funktion und rechtliche Bedeutung des Whistleblowing variiert. Die rechtlichen Implikationen dieser Varianz werden in der rechtlichen Debatte nicht ausreichend beachtet, was dazu führt, dass sie unterkomplex ausfallen kann und einheitliche Lösungsmodelle für ganz unterschiedliche Konstellationen ersonnen werden. So wird die Thematik nicht selten verkürzt als arbeitsrechtlicher Konflikt zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer behandelt. Auch verlangen Hinweise zu Straftaten oder Rechtsverletzungen qualitativ nach einer anderen Behandlung als die Preisgabe von Fehlverhalten nach (wessen?) ethischen Maßstäben oder selbstgesetzten unternehmensinternen Standards. Wiederum anders liegen Berichte über legale behördliche oder geschäftliche Praktiken, die (zumindest aus der Sicht von Teilen der Gesellschaft) illegitim erscheinen oder Regelungslücken zutage treten lassen, z.B. Zustände in der Pflege, Standards der Arbeitssicherheit, Lebensmittelproduktion und -etikettierung, Anstellungs- und Bezahlungsusancen im Niedriglohnssektor, Steuervermeidung, Gewinnumlagerung. Schon der Schutzzumfang in Bezug auf die Meinungsfreiheit des Hinweisgebers dürfte hier changieren, weil das öffentliche Interesse an den betroffenen Informationen nicht identisch ist. Erst recht gilt das für die staatlichen Interessen an effektiver Rechtspflege und Durchsetzung des Rechts. Umgekehrt ist das Interesse von Unternehmen, dass Missstände (zunächst) nicht extern gemeldet werden, bei Rechtsverletzungen oder gar Straftaten weit weniger schutzwürdig als bei legalen, aber gesellschaftlich fragwürdigen Aktivitäten. Dies wird besonders wichtig für die Frage, ob gesetzliche Hinweisgeberschutzsysteme geschaffen werden und ob diese ein externes Whistleblowing vorsehen sollen.

## III. Hinweise auf Rechtsverletzungen

Diese Erwägungen sollen im Folgenden für Hinweise auf Rechtsverletzungen präzisiert werden. Für Hinweise auf Straftaten und andere Rechtsverletzungen in Unternehmen oder Behörden muss der Hinweisgeberschutz aus der Ebene des Parteienstreits zu einem Problem der Rechtspflege „hochgezont“ werden. Insbesondere muss beleuchtet werden, welche Pflichten den Staat in diesem Kontext treffen. Aus staatlicher Sicht ist Whistleblowing zuallererst ein Mittel zur Strafverfolgung bzw. zum *public enforcement*.<sup>15</sup> Studien und Statistiken internationaler Organisationen aus den letzten Jahren identifizieren

<sup>15</sup> Mit dieser Schwerpunktsetzung auch *Kreis*, Whistleblowing als Beitrag zur Rechtsdurchsetzung, Tübingen, 2017 (zitiert als: *Kreis*) S. 3 ff., 85 ff., 225 ff.

„underreporting“ als massives Problem<sup>16</sup> bei der Durchsetzung der Rechtsgeltung und sehen im Hinweisgeberschutz daher ein Schlüsselement im Kampf gegen Korruption, Betrug u.a.<sup>17</sup> Aus staatlicher Sicht erscheint Whistleblowing damit als verlockende Mehrzweckwaffe zur Aufklärung und Prävention (Abschreckung) von Rechtsbrüchen. Über den praktischen Verheißungen darf aber die rechtliche Tiefendimension nicht vergessen werden.

Whistleblowing hilft, die Wirksamkeit des Rechts zu garantieren. Es dient der Rechtsdurchsetzung als zentraler staatlicher Aufgabe und lässt sich daher verfassungsrechtlich im Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) verankern.<sup>18</sup> Darüber hinaus lässt sich das Erfordernis effektiver Rechtsdurchsetzung auch aus dem Demokratieprinzip herleiten.<sup>19</sup> Der demokratische Souverän hat einen Anspruch darauf, dass sein Selbstbestimmungsrecht durch wirksame Befolgung der in seinem Namen geschaffenen Normen geachtet wird. Hinzu treten u.U. noch etwaige staatliche Schutzpflichten in Bezug auf die von den jeweiligen Rechtsverletzungen betroffenen Güter.<sup>20</sup> Dieser Gedanke effektiver Rechtsdurchsetzung als verfassungsrechtliches Vollzugsprinzip ist im EU-Recht

<sup>16</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, KOM(2018) 218 endg., Explanatory Memorandum, Bl. 2.

<sup>17</sup> In der Tat steht Whistleblowing auffallend häufig am Anfang der Verfolgung von Wirtschaftskriminalität; OECD-Report „Committing to Effective Whistleblower Protection“, 2016, S. 116 f., 122.

<sup>18</sup> Vgl. BVerfGE 77, 65 (76); 80, 367 (375). Nicht ignoriert werden soll das prinzipieninterne Spannungsverhältnis, das sich bei der Ausgestaltung des Hinweisgeberschutzes einstellt. Das Rechtsstaatsprinzip speist einerseits als Quelle ein Vollzugsprinzip, das auf Steigerung der staatlichen Rechtsdurchsetzungsmacht gerichtet ist, während es andererseits als Instrument par excellence zur Begrenzung staatlicher Macht dienen soll. Die staatliche Rechtsdurchsetzung kann nicht um ihrer selbst willen angeführt werden, um alle rechtsstaatlichen Fesseln zu sprengen. Ein solcher Argumentationsstrang wäre hoffnungslos zirkular. Jedoch ist es unabweisbar legitim, die Rechtsstaatsdimension und damit das Spannungsverhältnis als solches aufzuzeigen, damit beim Bemühen, dieses aufzulösen, die richtigen rechtlichen Parameter in das Kalkül einbezogen werden.

<sup>19</sup> „Protection of Whistleblowers“, Recommendation CM/Rec(2014)7 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 30 April 2014, Explanatory Memorandum, Nr. 52 (zu Principle 8).

<sup>20</sup> Diese grundrechtliche Schutzdimension wird auch von der Kommission ausdrücklich erwähnt, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, KOM(2018) 218 endg., Explanatory Memorandum, Bl. 9, wenn sie primär über die Durchsetzungs- und Sanktionsvorschriften mitrealisiert wird. Meldemöglichkeiten sollen von Grundrechtsverletzungen abschrecken. Dabei geht es der Kommission nicht vorrangig um die Rechte des Whistleblowers, sondern um die Rechte der vom Unionsrecht materiell geschützten Personen, namentlich deren Recht auf faire und gerechte Arbeitsbedingungen (Art. 30 und 31 GRC), Recht auf Privatleben, Schutz persönlicher Daten, Umweltschutz, Gesundheitsversorgung, Verbraucherschutz (Art. 7, 8, 35, 37, 38 GRC) und Recht auf gute Verwaltung (Art. 41 GRC).

als Effektivitätsprinzip seit langem bekannt.<sup>21</sup> Auch die bisherigen EU-Rechtsakte, die zum Hinweisgeberschutz verpflichten, stellen ebenso wie die aktuellen rechtspolitischen Vorstöße von Europaparlament und Kommission einen entsprechenden Legitimationszusammenhang her.<sup>22</sup> Im Bereich des indirekten Vollzugs von Unionsrecht ist mithin sogar von einer Pflicht zur Einführung von Hinweisgebersystemen auszugehen.

Die zuständigen staatlichen Organe treffen danach echte Rechtspflichten (aus unterschiedlichen Quellen) zur Durchsetzung des Rechts. Bei der Erfüllung dieser Pflichten genießen die zuständigen Gewalten zwar grundsätzlich relative Freiheit bei der Auswahl der Mittel. Der staatliche Gestaltungsspielraum erfährt aber nicht nur durch künftige EU-Vorgaben Einschränkungen. Er dürfte sich schon jetzt erheblich reduzieren, wenn man die Wechselwirkungen mit dem Grundrechtsschutz des Whistleblowers, aber auch der betroffenen Arbeitgeber und ihrer verdächtigen Angestellten in den Blick nimmt, wobei allerdings darauf hinzuweisen ist, dass nicht jeder Hinweisgeber, der arbeitsbezogene Informationen preisgibt, zwingend Arbeitnehmer sein muss. Auf Seiten des Whistleblowers kommt mit den Worten des BVerfG ein „staatsbürgerliches Recht“ zum Tragen, als nützliches, sich sorgendes Mitglied der Gesellschaft Hinweise auf Missstände zu geben.<sup>23</sup> Die verfassungsrechtliche Dignität dieses Rechts ist freilich noch nicht zweifelsfrei geklärt.<sup>24</sup>

In jedem Fall darf sich der Hinweisgeber verfassungs- und konventionsrechtlich auf die Meinungsfreiheit berufen.<sup>25</sup> Das gilt für alle Facetten seiner Berufstätigkeit, die von öffentlichem Interesse sind. Die Zeiten, in denen der Mensch am Fabrikator vom Bürgerstatus in ein Aliud des Arbeitnehmerstatus wechselt, sind vorbei. Arbeitnehmer sind Bürger mit entsprechenden Rechten und Interessen. Damit wird nicht negiert, dass Arbeitnehmer aus dem Arbeitsvertrag oder Dienstverhältnis (als Nebenpflicht) zur Rücksichtnahme verpflichtet sind<sup>26</sup> und bei ihrer Tätigkeit Rechte des Arbeitnehmers und ihrer Kollegen<sup>27</sup>

nicht verletzen dürfen. Vielmehr besteht sogar eine arbeitsrechtliche Nebenpflicht, dem Arbeitgeber oder Vorgesetzten erhebliche Rechtsverletzungen oder drohende Schäden anzuzeigen.<sup>28</sup> Der eigentliche Konfliktherd liegt darin, dass das BAG Arbeitnehmern bis zur Grenze der Unzumutbarkeit untersagt, Hinweise auf Rechtsverstöße nach außen weiterzugeben.<sup>29</sup> Diese Linie wird der rechtlichen Bedeutung von Whistleblowing nicht gerecht. Das oben grob skizzierte multipolare Grundrechtsverhältnis ist zu einem Ausgleich zu bringen, der interessengerecht allen vorgenannten rechtlichen Dimensionen des Whistleblowing Achtung schenkt. Die Meinungsfreiheit und das Recht des Staatsbürgers, auf Missstände im öffentlichen Interesse hinweisen zu dürfen, werden durch Loyalitätspflicht und Geheimnisschutz nicht ausgeschlossen. Die Loyalitätspflicht bündigt den böswilligen, verleumderischen oder grob fahrlässigen Hinweisgeber und verlangt von ihm ein Mindestmaß an Rücksichtnahme. Ein schützenswertes Interesse, Informationen über rechtswidriges Verhalten nicht offenzulegen, kann und darf die Rechtsordnung dagegen von vornherein nicht anerkennen, wie jetzt auch die EU-Geheimnisschutzrichtlinie feststellt.<sup>30</sup> Vielmehr verstärken sich das Recht auf freie Meinungsäußerung zu Fragen öffentlichen Interesses und die Pflicht des Staats zu effektivem Enforcement seiner Rechtsvorschriften wechselseitig. Bei der Auflösung des mehrpoligen Grundrechtsverhältnisses müssten daher die Schwerpunkte anders gesetzt werden als bisher, sowohl was die Wertigkeit der Rechte des Whistleblowers anbelangt, als auch hinsichtlich seiner zivilgesellschaftlich-rechtsstaatlichen Funktion.

Auch die Pressefreiheit darf in diesem Zusammenhang nicht unerwähnt bleiben, denn ein effektiver Hinweisgeberschutz steht in direktem Zusammenhang mit investigativem Journalismus, der nicht nur gesellschaftlich gewünscht ist, sondern auch Rahmenbedingungen vorfinden muss, die seine Arbeit nicht unverhältnismäßig behindern.

Den Gesetzgeber dürfte im Hinblick auf die Wichtigkeit der betroffenen Grundrechte und angesichts der Komplexität der Entscheidungssituation sogar eine positive grundrechtliche Schutzpflicht dahingehend treffen, einen verlässlichen Rahmen für Whistleblowing zu schaffen.

<sup>21</sup> Verankert im Grundsatz der loyalen Zusammenarbeit; vgl. Meyer, wistra 2017, 249, 252.

<sup>22</sup> S. Übersicht in Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, KOM(2018) 218 endg., Annex 5.

<sup>23</sup> BVerfG, 1 BvR 2049/00, Beschl. v. 02.07.2001, Rn. 20. Tragend war vorliegend aber nicht diese Erwägung, sondern die passive staatsbürgerliche Zeugenpflicht im Verfahren. Zumindest obiter wurde aber ein Rechtsstaatsbezug der aktiven Anzeigerstattung bestätigt.

<sup>24</sup> Vgl. in diesem Zusammenhang Kreis, S. 47 f.

<sup>25</sup> EGMR, Heinisch v. Deutschland, Urteil v. 21.07.2011, 28274/08; EMGR (GK), Guja v. Moldawien, Urteil v. 12.02.2008, 14277/04; EGMR, Marchenko v. Ukraine, Urteil v. 19.02.2009, 4063/04. Eine parallele Garantie findet sich in Art. 11 GRC.

<sup>26</sup> BAG NZA 2007, 502, 503 f.; allg. zu Nebenpflichten Becker, Whistleblowing, Anzeigerecht und Anzeigepflicht des Arbeitnehmers in der Privatwirtschaft, Frankfurt am Main, 2012 (zitiert als: Becker), S. 26 ff.; Kreis, S. 66 ff.

<sup>27</sup> V.a. Recht auf Schutz des Privatlebens und personenbezogener Daten, Art. 7 resp. 8 GRC; Unschuldsvermutung und Verteidigungsrechte, Art. 47, 48 GRC; unternehmerische Freiheit, Art. 16 GRC.

<sup>28</sup> BAG NZA 2007, 502, 503 f.; BAG NJW 2004, 1547, 1548 f.; Kania, in: Küttner (Hrsg.), Personalbuch, 25. Auflage, München, 2018 (zitiert als: Kania, in: Küttner (Hrsg.)) Rn. 11.

<sup>29</sup> Vgl. BAG NZA 2004, 427, 430; BAG NZA 2007, 502, 503 f.; der externe Weg darf danach erst beschritten werden, wenn eine schwere Straftat droht, eine Straftat vom Arbeitgeber bzw. seinen gesetzlichen Vertretern begangen wurde, wenn der Arbeitgeber nach internem Hinweis nicht für Abhilfe sorgt oder wenn ein Arbeitnehmer sich durch die Nichtanzeige selbst strafbar machen würde; s.a. Rotsch/Wagner, Whistleblowing aus strafrechtswissenschaftlicher Sicht, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, Baden-Baden, 2015 (zitiert als: Rotsch/Wagner, in: Rotsch (Hrsg.)), § 34 Rn. 37 ff.

<sup>30</sup> Art. 5 lit. b EU-Richtlinie über den Schutz von Geschäftsgeheimnissen (2016/943); dazu auch Reinbacher, Die Strafbarkeit des Whistleblowings nach § 17 UWG im Lichte der Geheimnisschutzrichtlinie, KriPoZ 2018, 115, 118 f.; von Busekist/Racky, Hinweisgeber- und Geschäftsgeheimnisschutz – ein gelungener Referentenentwurf?, ZRP 2018, 135.

Der Ausgleich der vielfältigen involvierten Interessen darf nicht der individuellen Aushandlung oder Abmischung im Rahmen eines konkreten Parteienstreits überlassen werden. Ein legislatives Tätigwerden scheint auch deshalb erforderlich, weil das öffentliche Interesse ein ebenso schillernder wie unscharfer Begriff ist und man es zum Zeitpunkt des Hinweises immer mit einer Ex-ante Bewertung auf limitierter Tatsachengrundlage und damit notwendig einhergehenden Beurteilungsunsicherheiten zu tun hat.

## IV. Konstruktionsanforderungen

Der jetzige Rechtszustand wird dieser Ausgangslage nicht einmal im Ansatz gerecht. Abgesehen von punktuellen oder sektoralen Regelungen von Meldeverfahren<sup>31</sup> fehlt es an einem kohärenten Melde- und Schutzsystem wie es z.B. im Vereinigten Königreich<sup>32</sup> oder Irland besteht. Initiativen in den zurückliegenden Legislaturperioden wurden wiederholt zum Erliegen gebracht. Auch wenn sich in der neuen Koalitionsvereinbarung kein Bekenntnis zur Verbesserung des Hinweisgeberschutzes findet, bieten die grundrechtlichen Implikationen und die jüngsten Vorschläge der EU allen Anlass, sich erneut ernsthaft mit der Einführung von Hinweisgebersystemen zu befassen. Dazu gilt es, sich die Konstruktionsanforderungen zu vergegenwärtigen, die ein solches System erfüllen muss. Es muss ein effektiver Informationsfluss zu abhilfefähigen und -willigen Institutionen gesichert sein und das Problem des *underreporting* bewältigt werden. Dies kann nur gelingen, wenn man sich dezidiert mit der Entscheidungssituation möglicher Informanten und den sie beeinflussenden Faktoren auseinandersetzt. Mit derart geschärftem Blick wird dann zum Abschluss der neue Unionsvorschlag unter die Lupe genommen.

### 1. Entscheidungssituation

Um effektiv zu sein, müssen künftige Regelungen der Melde- und Schutzvoraussetzungen den Zwängen und Konflikten der Entscheidungs- und Abwägungssituation ex ante angemessen Rechnung tragen.<sup>33</sup> Der Hinweis erfolgt oft in einer Situation der Unsicherheit und ist mit Irrtumsrisiken behaftet.<sup>34</sup> Viele Vorschläge krankten daran, dass sie ein Ex-ante-Problem mit Normen behandeln, die aus der Ex-post-Perspektive konzipiert sind. Eine vollständige Auflösung dieses Problems ist allerdings unmöglich. Es bedarf letztlich einer Richtungsentscheidung, wie das Risiko, dass sich die Verdachtsmo-

mente als Irrtum oder anderweitig substanzlos erweisen, zwischen den Grundrechtsträgern verteilt wird. Dies betrifft nicht nur das „Ob“ der Meldung, sondern auch das „An wen“. Um Rechtssicherheit zu schaffen, muss der Gesetzgeber berechenbare Voraussetzungen formulieren und Meldestrukturen festlegen, damit potenzielle Hinweisgeber hinreichende Klarheit darüber gewinnen können, an welchen Adressaten sie sich (ggf. in welcher Abfolge) wenden dürfen. Andernfalls droht wegen der gravierenden Rechtsfolgen einer irrtümlichen Meldung ein „chilling effect“ die Grundrechtsausübung zu lähmen.

Die angemahnte Richtungsentscheidung muss im Einklang mit dem verfolgten Regulierungsansatz stehen. Soll ein Hinweisgeber ein wirksames Rechtsdurchsetzungsinstrument sein, darf er nicht mit Irrtumsrisiken belastet werden, solange er in gutem Glauben an die Richtigkeit der Information handelt.<sup>35</sup> Insbesondere externe Meldeverfahren würde ein Hinweisgeber unter solchen Bedingungen kaum wählen, mit entsprechenden negativen Folgen für die Wirksamkeit der Rechtsdurchsetzung. Zu diskutieren bliebe, welchen Grad an persönlicher Überzeugung man verlangt und in welchem Umfang sich dieser auf objektiv nachweisbare Anzeichen stützen muss. Kontrovers diskutiert wird in diesem Kontext auch, ob die Motivation des Whistleblowers relevant ist.<sup>36</sup> Die Antwort sollte wiederum entscheidend vom verfolgten Regulierungsansatz und seiner zentralen Ratio her gesucht werden. Der EGMR lässt das Vorliegen von „good faith“ als Abwägungsfaktor in die Prüfung einfließen, ob ein Eingriff in die Meinungsäußerungsfreiheit rechtmäßig war.<sup>37</sup> Das Äußerungsmotiv beeinflusst (hier: reduziert) den menschenrechtlichen Schutzanspruch. Diese individualrechtliche Komponente ist unter dem Gesichtspunkt der Rechtsdurchsetzung indessen weitgehend irrelevant. Demokratische Verantwortlichkeit und Rechtsstaatlichkeit leiden nicht, wenn Behörden Informationen von rachsüchtigen oder frustrierten Menschen aufgreifen, solange die Angaben belastbar sind; genauso verfährt die Strafrechtspflege von jeher mit Beweisen, die von privater Seite (u.U. sogar rechtswidrig erlangt) geliefert werden. Auch Principle 22 der Europaratsempfehlung schließt die Motivlage des Whistleblowers bei der Anzeige daher bewusst aus.<sup>38</sup> Ihre Berücksichtigung, namentlich unter Rückbindung an den Aspekt der Meinungsäußerungsfreiheit, führte mithin zu einer Verwässerung der rechtsprinzipiellen Grundlagen des Regulie-

<sup>31</sup> S. Fn. 6.

<sup>32</sup> Zum Public Interest Disclosure Act *Groneberg*, S. 70 ff., 92 ff., 115 ff., 131 ff., 145 ff., 165 ff.

<sup>33</sup> Kommission, Summary Results of the public consultation on whistleblower protection, Bl. 17; Bündnis 90/Die Grünen, Entwurf eines Gesetzes zur Förderung von Transparenz und zum Diskriminierungsschutz von Hinweisgeberinnen und Hinweisgebern, BT-Drs 18/3039, 15; vgl. a. Verlaufsmodelle bei *Herold*, Whistleblower: Entscheidungsfindung, Meldeverhalten und kriminologische Bewertung, Baden-Baden, 2016 (zitiert als: *Herold*), S. 193, 312; ferner S. 330, 332 ff.

<sup>34</sup> Die Situation ist insofern anders im Kartellrecht, weil die Kronzeugen dort genau wissen, dass Regeln gebrochen wurden.

<sup>35</sup> „Protection of Whistleblowers“, Recommendation CM/Rec(2014)7 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 30 April 2014, Principle 22: „Protection should not be lost solely on the basis that the individual making the report or disclosure was mistaken as to its import or that the perceived threat to the public interest has not materialised, provided he or she had reasonable grounds to believe in its accuracy.“

<sup>36</sup> *Herold*, S. 44 f.; zur englischen Rechtslage *Groneberg*, S. 148 f. Der mit dem Enterprise and Regulatory Reform Act 2013 revidierte englische Employment Rights Act stellt in Art. 17 ff. verstärkt auf den Begriff des „reasonable belief“ ab.

<sup>37</sup> EMGR (GK), *Guja v. Moldawien*, Urteil v. 12.02.2008, 14277/04, Rn.69 ff.

<sup>38</sup> Protection of Whistleblowers, Recommendation CM/Rec(2014)7 adopted by the Committee of Ministers of the Council of Europe on 30 April 2014, Explanatory Memorandum, Nr. 85 (zu Principle 22).



rungsansatzes. Bei objektivem Fehlverhalten spielen unlautere Motive keine Rolle, zumal der Wille, im öffentlichen Interesse zu handeln, regelmäßig auch in mehr oder weniger starker Ausprägung vorhanden sein dürfte. Eine andere, mit Umsicht zu behandelnde Frage ist, ob bei sachfremden Motiven die Genauigkeit oder Verlässlichkeit der Information (und damit die Effektivität der Rechtsdurchsetzung) leidet bzw. intrinsisch zweifelhaft erscheint. Empirisch handfeste Belege dafür, dass böswillige Whistleblower in signifikantem Umfang schlechtere Informanten sind, liefern die bekannten Studien nicht. Dennoch wäre zu überlegen, ob die Motivation bei der Behandlung von Bewertungsunsicherheit ex ante (konkret: beim Gutgläubensnachweis) einzubeziehen ist. Bei Grenzfällen erscheint es nicht abwegig, eine Ungleichbehandlung gegenüber Gutgläubigen vorzunehmen. Ein völliger Ausschluss von der Risikoverlagerung wäre aber schon deshalb in der Sache nicht überzeugend, weil es um das Vertrauen (bzw. plausibel vertrauen dürfen) in die Wahrheit geht. Auch wer Böses will, kann dennoch an die Richtigkeit der Information glauben. Die Berufung auf eine bestehende faktische Gutgläubigkeit sollte nicht aus normativen Gründen abgeschnitten werden. Hier überwiegt das Interesse der Allgemeinheit an der Aufdeckung von Verdachtsmomenten.

Das Irrtumsrisiko ist aber nur ein Entscheidungsfaktor. Wichtig erscheinen auch die klare Feststellung des Schutzzumfangs (Strafverfolgungs- und Kündigungsschutz, Schadensersatz, Maßregelungsverbot) sowie korrespondierender Beweislastfragen in arbeits- und zivilrechtlichen Verfahren.<sup>39</sup> Da der Whistleblower seinerseits an der Rechtsverletzung beteiligt (gewesen) sein kann, muss auch der Frage des Schutzes der Selbstbelastungsfreiheit und der Verwendbarkeit der Informationen in einem späteren Strafverfahren nachgegangen werden.

Als weitere Faktoren werden finanzielle Anreize<sup>40</sup> und Rationalisierungstechniken (zur persönlichen und unternehmensinternen „Rechtfertigung“ des verdächtigen Verhaltens resp. von Hinweisen auf dieses)<sup>41</sup> gehandelt. Hinweisgeber müssen in ihrem konkreten Entscheidungsumfeld stimuliert werden, sich primär durch das öffentliche Interesse zu Hinweisen motivieren zu lassen. Auch die öffentliche Bekanntmachung der Schutzstandards und die Ermutigung zum Whistleblowing in der Allgemeinheit können insofern eine wesentliche Rolle spielen.<sup>42</sup> Die Liste von Einflussfaktoren ist damit freilich nicht zu Ende.<sup>43</sup> An dieser Stelle muss aber der Hinweis

genügen, dass deren erwünschte Stimulierungswirkung stets im Zusammenhang mit dem Regulierungsansatz gesehen werden muss und keine Friktionen mit dessen Steuerungserfordernissen erzeugen darf. Als Schwierigkeit dürfte sich dabei erweisen, dass es nur wenig sozialwissenschaftlich gesichertes Wissen hierzu gibt und sich für die verfügbaren Erkenntnisse rechtskulturell die Frage der Übertragbarkeit stellt.<sup>44</sup>

## 2. Gesetzlich vorgeschriebene Meldeverfahren

Ein Dauerstreitpunkt ist, ob eine gesetzliche Regelung neben einem internen Berichtsweg einen (ggf. subsidiären) externen Kommunikationskanal vorsehen sollte. Auch diesbezüglich verspricht eine Betrachtung der rechtlichen Tiefendimension des Whistleblowing Aufschluss. Vom Standpunkt effektiver Rechtsdurchsetzung her betrachtet erscheint es inakzeptabel, internen Prozeduren und damit letztlich den Unternehmen die Entscheidung darüber zu belassen, ob ein Hinweis über eine Rechtsverletzung nach außen dringt. Dieser Erwägung werden primär von Unternehmensvertretern zwei Argumente entgegengehalten.<sup>45</sup> Erstens seien unternehmensinterne Whistleblowerregelungen bereits heute standardmäßiger Bestandteil von Criminal Compliance und als solcher effektiv.<sup>46</sup> Sie trügen den individuellen Bedürfnissen des Falles und der Betriebsstruktur adäquat Rechnung. Externe Whistleblowingkanäle gefährdeten die Effizienz interner Regelungen und setzten falsche

den Verstoß verursachten Rechtsgutsverletzung und die „Beeinträchtigung der persönlichen Integrität des Insiders“ durch den Missstand hervor, S. 314.

<sup>44</sup> Kölbel, S. 418, 425; zum Stand der Forschung auch Herold, S. 85 ff.

<sup>45</sup> Stereotyp Moosmayer, Whistleblowing aus unternehmenspraktischer Sicht, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, Baden-Baden, 2015 (zitiert als: Moosmayer, in: Rotsch (Hrsg.)), § 34 Rn. 107; vgl. auch Verbandsstellungen gegenüber der EU, Summary Results of the public consultation on whistleblower protection, 2017, Bl. 24.

<sup>46</sup> Laut OECD verfügt eine Mehrheit der (befragten) Unternehmen über einen Mechanismus, um verdächtiges Verhalten zu melden, OECD-Report „Committing to Effective Whistleblower Protection“, 2016, S. 119. Whistleblower-Schutz ist eine Standardkomponente des aktienrechtlich geforderten Risikomanagements und der Criminal Compliance im Besonderen; Süße, Whistleblowing aus Sicht des externen Compliance-Beraters, in: Rotsch (Hrsg.), Criminal Compliance, Baden-Baden, 2015 (zitiert als: Süße, in: Rotsch (Hrsg.)), § 34 Rn. 109; ausf. Schemmel/Ruhmaseder/Witzigmann, Hinweisgebersysteme, Heidelberg, 2012. Unternehmen können dabei über unternehmensinterne Compliance- oder Ethikrichtlinien Pflichten begründen, die deutlich über das allgemeine Arbeitsrecht hinausgehen; Kania, in: Küttner (Hrsg.), Rn. 12; zur Zulässigkeit zusätzlicher qualifizierter Meldepflichten und zur Reichweite des Weisungs- bzw. Direktionsrecht s. Rn. 13; zum Umfang der betriebsverfassungsrechtlichen Mitbestimmung, Rn. 15; dazu auch Becker, S. 185 ff. Der Umgang mit Verstößen gegen geltendes Recht in eigenen Unternehmen wird zudem als Frage der Nachhaltigkeit behandelt und daher auch als Aspekt der Corporate Social Responsibility gesehen; Vandekerckhove, Whistleblowing and Organizational Social Responsibility: A Global Assessment, 2007.

<sup>39</sup> Kommission, Summary Results of the public consultation on whistleblower protection, 2017, Bl. 6, 12 f.

<sup>40</sup> Zu den Regelungen in den USA, Groneberg, S. 155 ff., 268 f.; der revidierte englische ERA sieht bei fehlendem *good faith* die Reduzierung von Entschädigungsleistungen vor; insg. kritisch Fleischer/Schmolke, Finanzielle Anreize für Whistleblower im Europäischen Kapitalmarktrecht, NZG 2012, 361, 364 f.

<sup>41</sup> Zum sog. „Whistleblowing triangle“ Smaili/Arroyo, Categorization of Whistleblowers Using the Whistleblowing Triangle, Journal of Business Ethics 2017, Tables 1, 3 u. 8 sowie Figure 2.

<sup>42</sup> Kommission, Summary Results of the public consultation on whistleblower protection, Bl. 11.

<sup>43</sup> Vgl. Kölbel, S. 418, 425 ff.; Kreis, S. 170 ff.; Groneberg, S. 234 ff. Herold hebt die Relevanz von Art und Ausmaß der durch

Anreize. Zweitens sei der aktuelle gesetzliche Rahmen zum Schutz der Whistleblower ausreichend. Die Fürsorgepflicht des Arbeitgebers, welche über die internen Regelungen implementiert wird, Kündigungsschutz und das gesetzliche Maßregelungsverbot böten Hinweisgebern die benötigte Sicherheit für die Entscheidungsfindung und Rechtswahrnehmung.

Bei näherer Betrachtung schlagen diese Argumente weder gegen eine externe Meldeoption noch gegen eine gesetzliche Verpflichtung (zur Einführung von Hinweisgebersystemen) insgesamt durch.

Auf den ersten Blick mag es sachgerecht erscheinen, Unternehmen die Möglichkeit regulierter Selbstregulierung und interner Abhilfe zu eröffnen. Damit wird der zentralen Rolle von Unternehmen als Hauptakteuren des Wirtschaftssystems Rechnung getragen und ihre gesellschaftliche Verantwortung für den Schutz der Rechtsordnung betont. Daneben können sich Staat und Gesellschaft an dieser Stelle auch das Eigeninteresse des Unternehmens zunutze machen. Hinweisgeberschutzsysteme erleichtern dem Risikomanagement das Aufspüren von rechtlich kritischen Praktiken und mithin die Einhaltung der Rechtspflichten, die das Unternehmen treffen. Der Staat mache sich also interne Überwachungsstrukturen und Frühwarnsysteme zunutze, die er selbst nicht ohne obrigkeitstaatliche Exzesse einrichten könnte. Schon rein praktisch scheint es aus mehreren Gründen eines funktionierenden internen Kanals zu bedürfen. Erstens machen empirische Erhebungen deutlich, dass Whistleblower in der überwältigenden Mehrzahl der Fälle zuerst intern Hinweise geben (und die Unternehmen dann die Informationen ggf. an Behörden herantragen).<sup>47</sup>

Zweitens fällt die Prüfung der gemeldeten Vorgänge der betroffenen Entität naturgemäß leichter. Sie kann die Angaben besser kontextualisieren und hat zudem besseren Zugang zu weiteren sachdienlichen Informationsquellen. Zudem lassen sich auf dieser internen Stufe schutzwürdige Berufs- und Geschäftsgeheimnisse sowie die Reputation von Unternehmen und belasteten Personen besser gegenüber Risiken abschirmen, die bei vorzeitigem Bekanntwerden von irrtümlichen Vorwürfen in der Öffentlichkeit zu befürchten wären. Es liegt daher nahe, ein internes Hinweissystem (zumindest für Unternehmen ab einer bestimmten Größe) gesetzlich vorzuschreiben und mit Anreizen wie Strafmilderung oder Zurechnungsausschlüssen zu versüßen. Die Einführung eines solchen Systems darf aber nicht auf Kosten eines externen Kanals gehen. Man überginge sonst folgenswer, dass es sich bei öffentlicher Rechtsdurchsetzung und korporativer Selbstkontrolle um völlig unterschiedliche Regulierungsansätze handelt. Sie komplementieren sich nicht, sondern sind in nicht geringem Umfang inkompatibel. Dies tritt klar zutage, sobald man kritisch hinterfragt, worum es bei der Betonung des Vorrangs interner Meldeverfahren eigentlich geht. Im Vordergrund stehen nicht primär das Outsourcing von öffentlichen Funktionen und die Verteilung der Verantwortung für die Bear-

beitung von Hinweisen. Vielmehr will man Bearbeitungsexklusivität. Es soll den Unternehmen überlassen bleiben, ob Hinweise nach außen dringen oder nicht.<sup>48</sup> Es geht also um die Sicherung der eigenen Kontrollhoheit über den Informationsfluss (um Reputation, Börsenwert und Unternehmensorgane schützen zu können oder auch Unternehmensmitarbeiter ggf. nach Vorbereitung durch externe Rechtsberater gezielt ans Messer liefern zu können).

Dies mag man schon für fragwürdig halten, wenn das Unternehmen selbst Opfer der Tat ist, denn der Schutz der Rechtsordnung und ihrer Rechtsgüter obliegt auch dann weiterhin grundsätzlich dem Staat. Er behält auch bei regulierter Selbstregulierung eine Residualverantwortung und muss die effektive Möglichkeit behalten, zur Rechtsdurchsetzung einschreiten zu können. Kommt die Information dazu nicht vom Unternehmen, muss sie von einem Hinweisgeber kommen können. Erst recht unhaltbar ist diese Position, wenn Straftaten für das Unternehmen oder durch Unternehmensvertreter im Rahmen ihrer Tätigkeit begangen werden. Es kann kaum dem (mutmaßlichen) Straftäter oder seinem Arbeitgeber überlassen bleiben, ob der Staat Kenntnis von möglichen Rechtsverletzungen erhält. Für derartige Konstellationen muss ein externer Kanal eingerichtet sein, um die zuständigen staatlichen Organe in den Stand zu versetzen, ihren verfassungsmäßigen Aufgaben wirksam nachzukommen.<sup>49</sup> Dies hieße auch, dem Public-enforcement-Regulierungsansatz den Vorrang einzuräumen. Will man Whistleblowing systematisch als regulatorische Strategie stimulieren, muss das kohärent und friktionsfrei geschehen. Die laufende Debatte sollte daher in diesen regulatorischen Kontext eingebettet werden.

Der Verweis auf die vermeintlich ausreichende arbeitsgerichtliche Rechtsprechung geht gleich mehrfach fehl. Das maßgebende Fallrecht stammt aus verschiedenen Quellen mit jeweils unterschiedlichen rechtsdogmatischen Ansatzpunkten (namentlich BVerfG, EGMR, BAG).<sup>50</sup> Vor allem die Arbeitsgerichte sehen sich in Ermangelung klarer gesetzlicher Vorschriften zu diffizilen multifaktoriellen Einzelfallentscheidungen gezwungen. Sie bemühen sich um die Auflösung des Konflikts über eine Interessenabwägung zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer unter ausgeprägter Berücksichtigung der Umstände des konkreten Falls. Das Resultat ist (soweit es nicht ohnehin zum Vergleich kommt) eine schwer kalkulierbare Einzelfalljudikatur.<sup>51</sup> Diese befindet sich normativ schon grundsätzlich in Schiefelage, weil die arbeitsgerichtliche Abwägung das öffentliche Interesse an effektiver Rechtsdurchsetzung (sowie sektoriell ein entsprechendes Uni-

<sup>48</sup> Ehrlich Süße, in: Rotsch (Hrsg.), § 34 Rn. 120.

<sup>49</sup> Dies zeigt auch die Vernehmlassung der EU-Kommission, Summary Results of the public consultation on whistleblower protection, 2017, Bl. 13. Einen engeren Ansatz vertritt Kreis, die den Schutz auf Verstöße gegen Normen beschränkt, die im Gemeininteresse liegen, S. 187, und für deren Durchsetzung es eine zuständige Aufsichtsbehörde gäbe, S. 169. Damit sollen rein zivilrechtliche Pflichtverletzungen ausgeschlossen werden, S. 166. Das überzeugt jedenfalls dann nicht, wenn bzgl. dieser Normen grundrechtliche Schutz- und Gewährleistungspflichten bestehen.

<sup>50</sup> Vgl. Kreis, S. 33 ff.

<sup>51</sup> Kritik bei Kreis, S. 34 ff.; Groneberg, S. 222 ff.

<sup>47</sup> OECD-Report "Committing to Effective Whistleblower Protection", 2016, S. 116.

onsinteresse) nicht einpreist.<sup>52</sup> Die zivilgesellschaftlich-rechtsstaatliche Sachwalterfunktion des Whistleblowers schlägt sich in der gegenwärtigen Praxis nicht nieder.

Im Übrigen betrifft die arbeitsgerichtliche Praxis, die einen erheblichen Teil der Aufmerksamkeit für sich beansprucht, nicht den Umgang mit sog. *outsider whistleblowers* (oder: *bell ringers*). Dies können u.a. Freiwillige, unbezahlte Praktikanten oder Personen sein, die unter der Aufsicht und Leitung von Auftragnehmern, Unterauftragnehmern und Lieferanten arbeiten und sich nicht in einer vergleichbaren Pflichtenstellung befinden.

### 3. Stufenverhältnis

Schafft man externe Meldeverfahren, schließt sich die Frage an, wie das Verhältnis zu internen Verfahren auszugestalten ist. Nationale und europäische Rspr., aber auch jüngere Gesetzgebungsvorschläge folgen einem sog. Stufen- oder Kaskadenmodell. Dieses Konzept verdient bereits als solches Kritik, da es sehr komplex, einzelfallabhängig und mithin schwer prognostizierbar ist.<sup>53</sup> Nicht nur aus der Sicht von Rechtslaien sind die Übergänge zwischen den Stufen unklar und nicht verlässlich handhabbar. Was in der Theorie gut klingen mag, ist praktisch illusorisch. Es fehlt aktuell schon an Strukturen, die mittels Feedback-Mechanismen und verständlichen Rückmeldungen an Hinweisgeber diesen überhaupt die faktische Grundlage für die Beurteilung verschaffen könnten, ob das Unternehmen seine Hausaufgaben ernsthaft gemacht hat.<sup>54</sup> Beratung für das weitere Vorgehen steht zumeist nicht zur Verfügung. Und selbst wenn, stellte sich die Frage, nach welchen materiellen Maßstäben zu bewerten ist, ob die Reaktion eines Arbeitgebers oder Unternehmens ausreicht. Verlässliche Standards existieren nicht. Klar ist nur, dass der Whistleblower das Risiko von Kündigung, Strafbarkeit und Schadensersatz trägt.<sup>55</sup>

Diese Unsicherheit gefährdet die Effektivität der Weitergabe von Hinweisen und letztlich die effektive Durchsetzung des Rechts. An dieser Stelle aktualisiert sich wiederum die Gewährleistungsverantwortung des Staates. Der Gesetzgeber hat die Übergänge von internem zu externem Whistleblowing klar und anwendungssicher aus Sicht des Hinweisgebers festzulegen.<sup>56</sup> Im Interesse effektiven Grundrechtsschutzes und wirksamer Rechtsdurchsetzung müssen Entscheidungsvoraussetzungen und Irrtumsverteilung (ggf. differenziert nach laufenden oder beendeten Taten) auch in dieser Hinsicht rechtssi-

cher fixiert werden. An diesen Erwartungen sollte auch der Kommissionsvorschlag vom 18. April 2018 gemessen werden.

## V. Kommissionsvorschlag

Gem. Art. 2 schützt die künftige Richtlinie potenziell alle Personen, die im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit (*work-related context*) Zugang zu Informationen über Rechtsverletzungen haben, die zu erheblichen Schäden für öffentliche Interessen führen können oder geführt haben (*serious harm to public interest*).<sup>57</sup> Der im Vorschlag verwendete Begriff der „reporting person“ umfasst auch solche Personen, die nicht in einer engeren Verbindung mit der betroffenen Organisation oder Unternehmung stehen. Geschäftsführer sind danach ebenso erfasst wie Eigner, Praktikanten oder Geschäftspartner und deren Angestellte. Gegenstand der geschützten Informationen muss nach den Definitionen in Art. 3 die Verletzung von Unionsrecht durch unrechtmäßiges Verhalten, aber auch missbräuchliches (nicht notwendig unrechtmäßiges) Verhalten sein. In den Art. 4 ff. werden die Mitgliedstaaten verpflichtet, für die Einrichtung effektiver Hinweisgeberschutzsysteme mit internen und externen Meldekanälen zu sorgen. Dies gilt nach dem Regelungsvorschlag sowohl für den öffentlichen als auch den privatwirtschaftlichen Sektor. Er nimmt lediglich kleinere Unternehmen mit weniger als 50 Angestellten oder unter 10 Mio. € Jahresumsatz aus, mit der Gegen Ausnahme von Finanzdienstleistern (Art. 3 Abs. 2).<sup>58</sup> Im öffentlichen Bereich sind die gesamte Bundes- und Landesverwaltung, Gemeinden über 10000 Einwohnern und andere juristische Personen des öffentlichen Rechts betroffen.

Art. 4 und 5 begründen Pflichten (mit erheblichen Gestaltungsspielräumen; vgl. Art. 5 Abs. 2) zur Einführung interner Meldewege für den öffentlichen und privaten Sektor. Als Mindestanforderungen müssen die Vertraulichkeit der Identität des Hinweisgebers (Art. 5 Abs. 1)<sup>59</sup> und die umgehende Bearbeitung der Meldung gesichert sein (Art. 5 Abs. 1 lit. d: binnen 3 Monaten). Über diese Meldemechanismen muss offen und verständlich informiert werden. Art. 6 ff. verpflichten darüber hinaus zur Einrichtung (in Art. 7 grob skizzierter) externer Anzeigemöglichkeiten. Informationen müssen vertraulich an unabhängige Stellen gelangen können. Die Empfänger haben dem Hinweisgeber in angemessener Zeit Rückmeldung zu Sachstand und Ausgang der Prüfung zu geben (Art. 6 Abs. 2 lit. b; Art. 9 Abs. 1 lit. b: bis zu 3 Mo-

<sup>52</sup> Kreis, S. 188 ff.

<sup>53</sup> Krit. daher Herold, S. 337 ff., 342; Schiemann, in: FS Wessing, S. 569, 571.

<sup>54</sup> Für außenstehende Hinweisgeber gilt das umso mehr, weil sie in der Regel nicht in Rückmeldemechanismen eingebunden sind.

<sup>55</sup> Dazu Rotsch/Wagner, in: Rotsch (Hrsg.), § 34 Rn. 29 ff., 52 ff.

<sup>56</sup> Dies hat regulatorisch konsequent zu geschehen. Ein Grundleiden von Diskussion und Rechtsprechung liegt darin, dass über das Stufenmodell in seiner gegenwärtigen Form gänzlich unterschiedliche Regulierungsansätze miteinander verquickt werden. Auf Inkompatibilitäten weist auch Kölbel hin, S. 418, 423.

<sup>57</sup> Das Verhalten muss nicht zwingend rechtswidrig sein, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, KOM(2018) 218 endg., Erwägungsgrund 29.

<sup>58</sup> Ein indirekter Anreiz zur Schaffung solcher Strukturen ergibt sich allerdings daraus, dass Hinweisgeber aus solchen kleineren Unternehmen direkt externe Kanäle nutzen dürften und zugleich in den Genuss der Schutzwirkungen der Richtlinie kommen, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, KOM(2018) 218 endg., Erwägungsgrund 40.

<sup>59</sup> Diese Vorgabe reflektiert die Ergebnisse einer aktuellen Kommissionsuntersuchung, Summary Results of the public consultation on whistleblower protection, Bl. 15.

nate; unter besonderen Umständen bis zu 6 Monate). Die Sichtung von Meldungen durch qualifiziertes Personal muss gesichert sein (Art. 8).

Nach dem Konzept der Kommission stehen diese Meldekanäle nicht gleichberechtigt nebeneinander. Hinweisgebern wird kein Wahlrecht eingeräumt. Sie müssen zuerst den internen Weg beschreiten. Die Kommission begründet diesen Vorrang damit, dass die Informationen so schnell wie möglich an die Stelle gelangen sollen, wo die Gefahren sich am schnellsten und effektivsten beheben und zugleich Risiken von Reputationsschäden durch unberechtigte (externe) Meldungen sich besser beherrschen lassen.<sup>60</sup>

Hiervon lässt Art. 13 im öffentlichen Interesse aber Ausnahmen zu. In diesem Artikel legt die Richtlinie allgemein fest, unter welchen Voraussetzungen Hinweisgeber Schutz genießen. Ein Hinweisgeber muss zum Zeitpunkt der Weitergabe vernünftige Gründe gehabt haben, die Information gestützt auf objektiv nachvollziehbare Hinweise für wahr zu halten (Art. 13 Abs. 1). Entsprechendes gilt, wenn er begründeten Anlass hatte, davon auszugehen, dass das Verhalten in den materiell-rechtlichen Anwendungsbereich der Richtlinie fällt. Damit stellt die Richtlinie auf einen objektiv-subjektiven Ex-ante-Maßstab ab, d.h. darauf, wie ein objektiver Betrachter in der Situation des Hinweisgebers die Sachlage vor Weitergabe der Information beurteilt hätte. Auf diese Weise wird versucht, einen Ausgleich zwischen der Bewertungsunsicherheit beim Hinweisgeber und dem Schutz vor bösgläubigen oder missbräuchlichen Meldungen zu schaffen. Art. 13 steckt mithin die Grenzen der Schutzwürdigkeit aus Unionssicht ab. Hält sich der Hinweisgeber in den Grenzen von Art. 13, trägt er nicht mehr das Irrtumsrisiko. Er ist auch dann geschützt, wenn sich die Meldung später als inhaltlich unzutreffend erweist.<sup>61</sup>

Eine Weitergabe nach außen kommt unter den besonderen Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 2 in Betracht, d.h. vor allem dann, wenn konkret nicht erwartet werden kann, dass eine interne Meldung zu einer effektiven Prüfung der Vorwürfe führt. Nach Art. 13 Abs. 2 darf ein Hinweisgeber extern melden, wenn intern keine Rückmeldung in angemessener Zeit erfolgt (lit. a), kein interner Weg verfügbar ist (lit. b), dessen Nutzung in der konkreten Angelegenheit nicht erwartet werden konnte (lit. d) oder er berechtigten Grund zur Annahme hatte, dass eine interne Meldung die Effektivität der Ermittlungen gefährden würde (lit. e). Die Gesetzesbegründung präzisiert, dass damit Fälle gemeint sind, in denen aus berechtigten Gründen nicht erwartet werden konnte, dass interne Berichtswege den Richtlinienvorgaben entsprechend funktionieren. Dies kann der Fall sein, wenn nachvollziehbar Vergeltungsmaßnahmen oder Verletzungen der Vertraulichkeit zu befürchten waren, Unternehmensverantwortliche in die Rechtsverletzungen invol-

viert sein könnten, Beweisvernichtung oder sonstige Verdeckungshandlungen drohen oder wenn unverzügliches Handeln geboten ist, z.B. um eine unmittelbare und substantielle Gefahr für Leben, Gesundheit und Sicherheit anderer Menschen oder die Umwelt abzuwenden.

In letzter Konsequenz darf auch eine Meldung an die Medien erfolgen (Art. 13 Abs. 4), dies aber erst, wenn interne und externe Kanäle nicht zu einer angemessenen Reaktion innerhalb des vorgeschriebenen Zeitrahmens geführt haben (lit. a)<sup>62</sup> oder eine vorherige anderweitige Meldung wegen drohender unmittelbarer Gefahr für öffentliche Interessen, wegen drohender irreversibler Schäden oder nach den besonderen Umständen des Falles nicht erwartet werden konnte (lit. b). Externe staatliche Kanäle müssen sich insofern gleichfalls als insuffizient erwiesen haben.<sup>63</sup> Der Staat konzentriert externe Meldungen mit diesen strengen Vorgaben in seiner Sphäre und verschafft sich die prioritäre Zugriffsmöglichkeit. Von der Warte eines Rechtsdurchsetzungsansatzes ist dies aber plausibel. Die Anzeige soll an eine abhilfefähige Stelle erfolgen. Diese Prioritätensetzung schlägt sich in der Kanalisierung der Informationen nieder. Sind die Voraussetzungen von Art. 13 erfüllt, genießt der Hinweisgeber nach Art. 15 Schutz gegen Repressalien, der vom Ausschluss der rechtlichen Haftung für die Folgen einer Meldung, über das Verbot von (namentlich in Art. 14 aufgezählten) Vergeltungsmaßnahmen inkl. hinweisgeberfreundlicher Beweislastregeln bis zum Zugang zu Rechtsbehelfen gegen Vergeltungsmaßnahmen reicht. Der Hinweisgeber dürfte danach Kündigungsschutz ohne weitere Interessenabwägungen genießen. Schutz vor Strafverfolgung wegen Beteiligung an dem gemeldeten Verhalten (z.B. durch Verwendungssperren) böte die Richtlinie dagegen nicht. Der Hinweisgeber ist kein Kronzeuge. Relativen Schutz verspricht allenfalls die Vertraulichkeit.

Zur Ergreifung entsprechender Maßnahmen werden die Mitgliedstaaten in Art. 15 Abs. 1 verpflichtet. Art. 17 setzt ergänzend Sanktionsnormen, die auf nationaler Ebene gegenüber Personen, welche die Wirksamkeit der Kanäle beeinträchtigen und Repressalien zu verantworten haben (Abs. 1), aber auch gegen unredliche (bösgläubige oder missbräuchlich handelnde) Hinweisgeber (Abs. 2) vorzuhalten sind. Hiervon verspricht man sich eine Abschreckungswirkung in beide Richtungen. Erstaunen mag, dass keine Regelungen zur transnationalen Wirksamkeit bzw. Anwendung der Schutzvorschriften vorgesehen sind, geht es doch stets um Fälle, die im gemeinsamen Interesse der Union liegen und denen

<sup>60</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, KOM(2018) 218 endg., Erwägungsgrund 37.

<sup>61</sup> Art. 16 dient dem Schutz der von Hinweisen betroffenen Personen; insb. Identitätsschutz und Verfahrensrechte.

<sup>62</sup> Offen bleibt aber, was letztlich unter „appropriate“ zu verstehen ist. Reagiert z.B. eine Aufsichtsbehörde rechtzeitig, stellt sich nach Abschluss des Prüfungsverfahrens die Frage, unter welchen Bedingungen der Hinweisgeber dies hinzunehmen hat oder ob er bei Unzufriedenheit mit der staatlichen Entscheidung die Medien informieren darf. Schlüssig wäre es zumindest, wieder auf einen objektiv-subjektiven Ex-ante-Maßstab abzustellen.

<sup>63</sup> Beispielweise wenn der Hinweisgeber begründeten Anlass hatte, den angeblichen Rechtsverletzer und die zuständige Stelle der Kollusion zu verdächtigen, Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, KOM(2018) 218 endg., Erwägungsgrund 64.

aufgrund dieses Interesses stellvertretend für die Union nachzugehen ist.

## VI. Bewertung und Schluss

Wie schon im Kartellrecht schickt sich die EU erneut an, eine Vorreiterrolle zu spielen. Aus Sicht der EU ist die Beschränkung auf Hinweise zu Rechtsverletzungen konsequent.<sup>64</sup> Eine Ausweitung auf „Fehlverhalten“ insgesamt oder ethisch fragwürdige Praktiken bereitet im Vergleich erhebliche zusätzliche Begründungs- und Konstruktionschwierigkeiten. Breiter angelegte nationale Initiativen werden sich diesen aber stellen müssen. Der Richtlinienvorschlag wird den oben identifizierten Anforderungen in wichtigen Punkten gerecht. Er enthält die elementaren Bausteine eines Hinweisgebersystems, namentlich Definition von Whistleblowing, Definition des Gegenstandes von Whistleblowing, zulässige Adressaten der Informationen, Kommunikationswege, Schutzmechanismen sowie die Bekanntmachung der Rahmenbedingungen und Funktionsweise des Systems. Die Schutzwirkung knüpft am auf belastbare tatsächliche Anzeichen gründenden guten Glauben des Hinweisgebers an und nicht an der objektiven Richtigkeit der Informationen.<sup>65</sup> Die Voraussetzungen sind sachdienlich aus objektiv-subjektiver Ex-ante-Sicht formuliert. Gleiches gilt für den deliktischen Anwendungsbereich und den Stufenübergang. Das Irrtumsrisiko soll durch den Vorrang interner Meldeverfahren reguliert werden.

Damit bleibt auch die EU beim sog. Stufenmodell. Hierin könnte ein struktureller Widerspruch liegen, weil das Modell Zielkonflikte zwischen konfligierenden Regulierungsansätzen produziert. Effektiv können Hinweisgebersysteme aber nur sein, wenn sie Whistleblowing in systematisch und strategisch schlüssiger Weise stimulieren. Der Vorrang interner Meldeverfahren ist vorliegend jedoch nicht Ausdruck eines Primats unternehmerischer Self-Governance, sondern notwendiger privatwirtschaftlicher Anteil am Public Enforcement. Die Mitgliedstaaten sollen privatrechtliche und öffentliche Entitäten regulatorisch für die Rechtsdurchsetzung in die Verantwortung nehmen. Der Vorrang begründet sich rein funktionalistisch damit, dass staatliche Stellen meist nur unvollständige Informationen erhalten, es ihnen aber regelmäßig am Zugriff auf Informationsquellen fehlt, um Angaben zu verifizieren, Spuren nachzugehen und das Bild zu vervollständigen. Bei außenstehenden Hinweisgebern leuchtet das nicht unbedingt ein. Auch für diese müsste der Vorrang interner Hinweise mit einer zu erwartenden besseren Aufklärung begründet werden. Denn für diese Gruppe kann ein Vorrang von vornherein nur aus dem Rechtsdurchsetzungsansatz, nicht aber über arbeitsrechtliche Nebenpflichten, hergeleitet werden. Selbst wenn

<sup>64</sup> Manche mögen die Aussagekraft der empirischen Vorstudien in Zweifel ziehen. Sie decken sich aber im Ergebnis mit denjenigen anderer internationaler Organisationen. Umgekehrt sollte man sich vor übertriebenen Erwartungen hüten.

<sup>65</sup> Gegen Whistleblowing aus Rache oder Geltungsdrang schützt das nicht. Im Interesse effektiver Rechtsdurchsetzung kann die Motivation hinter der Meldung von für wahr gehaltenen Informationen über Straftaten auch grundsätzlich keine Rolle spielen; ähnlich *Herold*, S. 44 f.

ein *Outsider* berichtet, ginge es immer noch um Geschehen im Unternehmen, sodass es nicht abwegig erscheint, aus Effektivitätsgründen zunächst eine interne Abklärung anzustoßen.

Die Realisierung des Durchsetzungsansatzes ist in dieser Konstellation aber erheblich beeinträchtigt. Das Stufenmodell kann nur mit implementierten Feedback-Mechanismen funktionieren. Bei externen Hinweisgebern ist es nicht ohne weiteres vorstellbar, dass Unternehmen interne Informationen für diese zugänglich machen bzw. dies angesichts von Geheimhaltungspflichten und Datenschutz überhaupt dürfen. Um darüber befinden zu können, ob die Reaktion im Unternehmen ausreichend war, müssen derartige Informationen aber zugänglich sein. Bei externen Hinweisgebern müsste daher ein erleichterter und schnellerer Übergang zur Meldung nach außen möglich sein. Dies verträglich auch gut mit dem präventiven Ansatz, den die Kommission verfolgt.

In Anbetracht der Zwiespältigkeit der vorstehenden Erwägungen wäre zu hinterfragen, ob der Vorrang in dieser Strenge angebracht oder doch letztlich der Rechtsdurchsetzung nicht mehr dienlich ist. Der gewählte Regulierungsansatz sollte daher wenigstens bei der Umsetzung und Anwendung der Vorgaben konsequent beherzigt werden und nicht durch übermäßig strenge Handhabung der Schutzvorschriften unterlaufen werden. Weiter zu präzisieren bleibt, wann eine Reaktion auf interne oder externe Meldungen unzureichend ist, sowie insbesondere auch, ob und wann nach offiziellem staatlichen Verfahrensabschluss noch eine Information der Medien erfolgen darf.

Zu den zentralen stimulierenden Faktoren der Richtlinie gehören die Schutz- und Sanktionsvorschriften. Der Kündigungs- und Maßregelungsschutz wird durch eine Beweislastumkehr abgesichert. Von komplexen Einzelfallabwägungen hängt der Schutz nicht mehr ab. Auf monetäre Anreize verzichtet der Vorschlag wohl zu Recht, da deren Motivationskraft empirisch nicht bewiesen ist. Der Fokus liegt überzeugend auf der Freiheit von Repressionen und der Bestärkung in der Erwartung, dass ein Hinweis tatsächlich Wirkung entfaltet.<sup>66</sup> Ein Schutz der Selbstbelastungsfreiheit ist nicht vorgesehen. Es bleibt abzuwarten, ob dies nachteilige Auswirkungen auf die Funktionsweise der Hinweiskanäle hat. Gleiches gilt in Bezug auf das Fehlen einer Regelung für transnationale Fälle. Mit Hinweis-, Schulungs- und Rückmeldepflichten enthält die Richtlinie dagegen echte Novitäten, um Zugänglichkeit und Berechenbarkeit der Hinweisgebersysteme abzusichern.

Der Kommission scheint sich bewusst zu sein, dass Bekanntmachung und Transparenz der Meldeverfahren ein wichtiger Motivationsfaktor für Personen sind, die über relevante Informationen verfügen. Ebenso bedarf es der Gewährleistung hinreichender Sachkunde im Umgang mit Whistleblower-Hinweisen. Als Kehrseite bringen die institutionellen und strukturellen Vorschläge erhebliche Kosten vor allem für Unternehmen und Gemeinden mit

<sup>66</sup> Zur großen Bedeutung dieser Faktoren *Herold*, S. 313. Ihr Vorliegen kann die Bereitschaft zu internen Anzeigen erhöhen.

sich. Die Kommission bemüht sich um einen Kompromiss, indem sie kleinere Unternehmen und Gemeinden ausnimmt. Hieran sind die Mitgliedstaaten freilich nicht gebunden. Ohnehin ergibt sich ein indirekter Anreiz zur Schaffung solcher Strukturen daraus, dass Hinweisgeber aus solchen kleineren Unternehmen direkt externe Kanäle nutzen dürften und auch in den Genuss der Schutzwirkungen der Richtlinie kommen können.<sup>67</sup>

Kritisieren ließe sich, dass der Entwurf keine gezielten Anreize in Gestalt eines Bußgelderlasses oder einer abgestuften Sanktionsmilderung schafft, um der Privatwirtschaft einen verlässlichen Zusatznutzen zu bieten, der wie im Kartellrecht auch mit dem Regulierungsansatz kompatibel wäre. Probleme könnte einigen Staaten auch die geforderte Vertraulichkeitsgarantie bereiten. Nationaler Datenschutz kann Modellen mit strengem Identitätsschutz sehr kritisch gegenüberstehen.<sup>68</sup> Kompromisse ermöglichen Meldesysteme wie das BKMS-Hinweisgebersystem. Unbehandelt bleibt schließlich das neuralgische Sonderproblem der Preisgabe von Informationen, welche die nationale Sicherheit berühren. Derartige Informationen sollen offenbar weiterhin eine Sonderbehandlung erfahren. An das große Spannungsverhältnis zwischen Geheimnisschutz und Informations-

<sup>67</sup> Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on the protection of persons reporting on breaches of Union law, KOM(2018) 218 endg., Erwägungsgrund 40. Dies ist ein weiterer Beleg für den durchsetzungsorientierten Regulierungsansatz der Kommission.

<sup>68</sup> *Becker*, S. 210 ff.

Presse- und Meinungsfreiheit traut sich die Kommission nicht heran.

Die Regierungen der Mitgliedstaaten sollten den Vorschlag als Chance begreifen, die unbefriedigende Rechtslage in vielen Rechtsordnungen zu beseitigen, und daher konstruktiv im Gesetzgebungsprozess mitwirken. Sie sollten dabei nicht bei der Verletzung von Unionsrecht stehen bleiben, sondern den Vorschlag als Impuls für eine umfassende nationale Regelung sehen, die sich nach dieser Blaupause friktionsfrei modellieren lässt. Grundvoraussetzung ist freilich, sich die Bedeutung des Whistleblowing zu vergegenwärtigen und einen entsprechend konsequenten Regulierungsansatz zu wählen. Damit verbinden sich zugleich ein klares gesamtgesellschaftliches Bekenntnis zum Whistleblower und eine Anerkennung der gewichtigen zivilgesellschaftlichen Funktion, die von ihm bei der Bewältigung zentraler öffentlicher Anliegen wahrgenommen wird. Hinweisgebersysteme sind gesellschaftlich zulässig und wünschenswert. Der Whistleblower ist kein anarchisch subversiver Gegner des Staates und kein Schrecken des ökonomischen Establishments und er ist auch nicht zwingend ein Denunziant. Die Tätigkeit des Whistleblowing ist zweierlei. Sie ist einerseits Grundrechtsausübung eines Bürgers zur Wahrnehmung eigener zivilgesellschaftlicher Verantwortung und andererseits ein Rechtspflegeinstrument zum Schutz öffentlicher Interessen. Diese Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts entspricht dem Verständnis eines selbstbewussten, liberalen Bürgertums. Es fördert wirksame Selbstbestimmung und Selbstregie-

## Aufsätze und Anmerkungen

# Der Berliner Raser-Fall als Prüfstein für das voluntative Vorsatzelement

Zugleich Besprechung von BGH HRRS 2018 Nr. 289

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Michael Kubiciel und Dr. Matthias Wachter

## I. Einleitung

Die Zunahme illegaler Autorennen in deutschen Städten hat in den vergangenen Jahren zu einer beachtlichen Schärfung des öffentlichen Gefahrenbewusstseins geführt. Der Gesetzgeber hat auf dieses Phänomen mit der Schaffung einer neuen Vorschrift im Rahmen der Straßenverkehrsdelikte reagiert, die zu einer erheblichen Ausweitung der Strafbarkeit führt. Nach § 315d Abs. 1 Nr. 1 StGB ist die Ausrichtung und Durchführung, nach

§ 315d Abs. 1 Nr. 2 StGB bereits die Teilnahme an derartigen Rennen mit einer Freiheitsstrafe von bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bedroht, während gem. § 315d Abs. 2 StGB Qualifikationen für die konkrete Gefährdung von Leib, Leben oder Sachen von bedeutendem Wert beinhaltet.<sup>1</sup> Aus der Gesetzesbegründung und den Beratungen zu dem Entwurf geht der Leitgedanke der Vorschrift klar hervor: Es soll ein „klares gesetzge-

<sup>1</sup> Vgl. nur BeckOK StGB/*Kulhanek*, 38. Ed. 1.5.2018, StGB § 315d Rn. 8 ff.; *Stam* StV 2018, 464.

risches Signal<sup>2</sup> an die Raser-Szene gerichtet werden, um dem gefährlichen Treiben Einhalt zu gebieten.

Von einem gewachsenen Bedürfnis der Öffentlichkeit nach mehr Sicherheit im Straßenverkehr zeugen auch die Reaktionen auf das Urteil des LG Berlin, mit dem sich der 4. Strafsenat auseinanderzusetzen hatte. Die Entscheidung des Landgerichts, das die Angeklagten wegen mittäterschaftlichen Mordes gem. §§ 211, 25 II StGB verurteilte, ist nicht nur in der Strafrechtswissenschaft überwiegend positiv aufgenommen worden.<sup>3</sup> Auch in der (politischen) Öffentlichkeit hieß es, das Urteil sei eine „ganz klare Ansage“<sup>4</sup> bzw. ein „richtungsweisendes Signal“<sup>5</sup>. Angesichts dieses rechtspolitischen Klimas bedurfte die von der Vorsitzenden Richterin des 4. Strafsenats des BGH im Rahmen der Urteilverkündung geäußerte Einschätzung, die Aufhebung des Berliner Urteils werde „auf Kritik stoßen“<sup>6</sup>, keines nennenswerten prophetischen Talents. Dabei bewegt sich die Entscheidung des 4. Strafsenats durchaus im Rahmen der Rechtsprechung des BGH, der jedoch in der Sache auch Raum für die Bejahung eines bedingten Tötungsvorsatzes bietet, wie die Entscheidung zum Berliner Fall selbst und vor allem die am gleichen Tag getroffene Entscheidung in einem anderen (in Frankfurt angesiedelten) Fall zeigt.<sup>7</sup> Dass die Rechtsprechung des BGH einen derart weiten Spielraum bietet und gegenläufige Erwartungshaltungen nährt, liegt auch daran, dass die von ihr verwendete „Vorsatzformel“ (Vorsatz als Wissen und Wollen) und insbesondere die Definition des bedingten Vorsatzes nur vordergründig klar sind. In der Anwendung führen ihre auslegungsbedürftigen Merkmale und Beweisregeln zu einer (wenig konsistenten) Kasuistik und kaum vorhersehbaren Entscheidungen. Daher gibt die Entscheidung des 4. Strafsenats Anlass, das höchstrichterliche Vorsatzverständnis grundsätzlich zu hinterfragen.

## II. Das Begriffsverständnis der herrschenden Meinung und dessen Schwächen

### 1. Die Bedeutung des voluntativen Elementes

In knappen Ausführungen unterstreicht der 4. Strafsenat die Grundannahme der Rechtsprechung, wonach die Bejahung des Vorsatzes eine zweistufige Prüfung voraus-

setzt: Zum einen müsse der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennen (Wissenselement), zum anderen müsse er diese Folge billigen oder sich um des erstrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Todes abfinden (Willenselement). In jenem zweiten Prüfungsschritt liegt dabei die Quintessenz der Abgrenzung von Vorsatz und Fahrlässigkeit. Denn die bewusste Fahrlässigkeit zeichnet sich dadurch aus, dass der Handelnde mit der immerhin als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten.

Dem Willenselement kommt im Wesentlichen die Funktion zu, den in der Vorstellungswelt des Täters ausgemachten psychischen Befund mit Blick auf dessen Einstellung zu den Anforderungen des Rechts zu bewerten.<sup>8</sup> Nur derjenige, der die erkannten Gefahren auch „innerlich billigt“, „sich mit ihnen abfindet“ und damit „nicht mehr auf einen günstigen Ausgang vertraut“, treffe eine die hervorgehobene Vorsatzbestrafung rechtfertigende „Entscheidung gegen das Rechtsgut“<sup>9</sup>. Hierbei soll es auf eine eigene Wertung des Täters ankommen: Nur dann, wenn der Handelnde die Gefahr auch *für sich*, d.h. als Ergebnis seines eigenen psychischen Verarbeitungsprozesses „billigt“, „ernst nimmt“ etc., sei die Annahme bedingten Vorsatzes angezeigt<sup>10</sup>.

## 2. Kritik an der Bedeutung des psychologisch verstandenen voluntativen Elementes

### a) Strafrechtliche Inkonsistenzen

An dieser Stelle setzt die lauter werdende Kritik eines Teils des wissenschaftlichen Schrifttums an: Soll wirklich der Täter selbst bzw. dessen subjektive Einstellung den Unterschied zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit begründen? Die Nachteile dieser Lozierung der Bewertungsinstantz liegen auf der Hand. Sie begünstigt Wirklichkeitsverweigerer und Rücksichtslose, die einleuchtende Gefahren partout nicht wahrhaben oder „ernst nehmen“ wollen<sup>11</sup>. Denn derjenige, der ein für jeden halbwegs einsichtigen Menschen drohendes Unheil ignoriert – sei es aus Gleichgültigkeit<sup>12</sup> oder Leichtfertigkeit –, entgeht mit Blick auf das dann nahe liegende „Vertrauen auf einen guten Ausgang“ der härteren Bestrafung. Die Raser-Fälle liefern hierzu ein besonders anschauliches Beispiel: Wer sich in draufgängerischer Manier auf ein noch so gefährliches Vorhaben mit der verwegenen Ein-

<sup>2</sup> So der sächsische Justizminister *Gemkow* im Rahmen der Beratungen im Bundesrat, 960. Sitzung am 22. 09.2017, S. 403.

<sup>3</sup> *Herzberg* JZ 2018, 122; *Grünwald* JZ 2017, 1069; *Kubicel/Hoven* NStZ 2017, 439; *Preuß* NZV 2018, 303; *Puppe* ZIS 2017, 439. Deziert anderer Ansicht *Momsen* KriPoZ 2018, 76; *T. Walter* NJW 2017, 1350.

<sup>4</sup> *Künast*, vgl. <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/berlin-mord-urteil-gegen-raser-zustimmung-bei-politikern-und-experten-a-1136569.html>, abgerufen am 28.06.2018.

<sup>5</sup> *Malchow*, vgl. <http://www.spiegel.de/panorama/justiz/berlin-mord-urteil-gegen-raser-zustimmung-bei-politikern-und-experten-a-1136569.html>, abgerufen am 28.06.2018.

<sup>6</sup> FAZ vom 2. März 2018, S. 6.

<sup>7</sup> Zum Frankfurter Fall siehe BGH v. 1.3.2018 – 4 StR 158/17 = HRRS 2018 Nr. 392.

<sup>8</sup> So deutlich *Vogel* GA 2006, 388; *Puppe* ZIS 2014, 68.

<sup>9</sup> Vgl. die Analyse von *Hassemer*, Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, S. 289 ff.

<sup>10</sup> Vgl. die umfangreichen Nachweise aus der Rechtsprechung bei *Puppe* ZStW 103 (1991), 6 ff.; *dies.* ZIS 2014, 67.

<sup>11</sup> *Pawlik*, Das Unrecht des Bürgers, 2013, S. 379 f. – Siehe auch *Hörnle* NJW 2018, 1576, 1577: Die Annahme, dass alle Menschen immer Situationen entweder eine Gefahr billigen oder auf deren Nichtverwirklichung vertrauten und also „eine klare und konsistente Einstellung zu erkannten Risiken ausbilden“, sei nicht plausibel.“ Ähnlich *Grünwald* JZ 2017, 1069, 1070.

<sup>12</sup> Hierzu *Jakobs* ZStW 114 (2002), 584 ff.

schätzung einlässt, es werde „schon gut gehen“, fällt aus dem Bereich der Vorsatzbestrafung heraus. Weshalb es gerade auf die eigene Einschätzung desjenigen ankommen soll, der die „Minimalstandards des Zusammenlebens“ aufkündigt<sup>13</sup>, ist nicht einsichtig.<sup>14</sup> Denn damit wird gerade jene Gruppe übermütiger und tollkühner Phantasten privilegiert, die eine nachsichtige Behandlung durch das Recht am wenigsten verdient haben. *Momsen* hält dem entgegen, dass das Recht die Irrationalität des Handelns berücksichtigen müsse, weil die meisten Gewalttaten und -täter „irrational, unvernünftig“ seien. Wer Straftäter erst- oder rezualisieren wolle, müsse zuerst einmal versuchen, „sich in ihre Irrationalität einzufühlen, um zu sehen, „wie sich die Tat aus dieser Perspektive darstellt, die eben gerade nicht die eigene, als evident vernünftig gesetzte, ist.“<sup>15</sup> Diese Einfühlung ist für das faktische Verständnis der Gesamttat (und vor allem die Strafzumessung) wichtig, ihr Ergebnis kann jedoch für die Bewertung des Falles – gerade aus positivspezialpräventiven Gründen – keine ausschlaggebende Rolle spielen: Die Aufgabe der Spezialprävention liegt in der Besserung des Täters, der Korrektur seiner rechtsdefizitären Einstellung,<sup>16</sup> daher kann das Recht die irrationale Sichtweise des Täters nicht übernehmen oder gar billigen. Da der Täter „vom Recht“ lernen soll und nicht das Recht von ihm, wäre es für die Spezialprävention kontraproduktiv, wenn die unvernünftig-irrationale Weltdeutung des Täters die strafrechtliche Bewertung festlegt und ihm attestiert, das Recht teile seine Einschätzung, man könne mit dreifach überhöhter Geschwindigkeit im innerstädtischen Bereich fast ein Dutzend roter Ampeln überqueren und *dennoch* damit rechnen, dass alles gut gehen werde. Das Ergebnis einer an den Zielen der Spezialprävention maßnehmenden Bewertung entspricht mithin dem Ergebnis, zu dem eine retributive und positiv-generalpräventive Betrachtung gelangt: Sieht man den Kern des Strafrechts und der Legitimation seiner Rechtsfolge nicht in einer spezialpräventiven Zweckverfolgung, sondern fokussiert den Schuldausgleich und das symbolisch-kommunikative Element der Strafe, ist die psychologische Einstellung des Täters die *Grundlage* der Bewertung, nicht aber das für die strafrechtliche Bewertung entscheidende Kriterium.

## b) Unklarer Indizienkatalog

Die in der Strafrechtswissenschaft geäußerten grundsätzlichen Bedenken an einer psychologischen Konzeptualisierung des voluntativen Elements finden in den Entscheidungsgründen kein Gehör. Dabei zeigen gerade die zentralen Erwägungen des Senats, mit denen die Aufhebung des Berliner Urteils begründet wird, welche Unstimmigkeiten das Festhalten an einem (psychologisch verstandenen) Willenselement mit sich bringt. Zunächst steht auch für die Rspr. fest, dass die innere Tatseite nur mit Hilfe von objektiven Kriterien rekonstruiert werden

<sup>13</sup> So *Janisch* SZ vom 02.03.2018, S. 4.

<sup>14</sup> Dazu *Kubicel/Hoven* NStZ 2017, 439, 441 f.; *Schneider*, in: Münchener Kommentar zum StGB, 3. Aufl. 2017, § 212 Rn. 23a.

<sup>15</sup> *Momsen* KriPoZ 2018, 76, 89.

<sup>16</sup> *Roxin*, Strafrecht AT I, 4. Aufl. 2006, § 3 Rn. 11 ff.

kann.<sup>17</sup> Welche Vorstellung der Täter bei Begehung der Tat hatte, ist nach st. Rspr. des BGH durch eine „Gesamtchau aller objektiven und subjektiven Tatumstände“ zu beurteilen.<sup>18</sup> Die Kriterien, die dabei heranzuziehen sind, liefert der Senat gleich mit: die Persönlichkeit des Täters, dessen psychische Verfassung bei Tatbegehung, seine Motivation und die für das Tatgeschehen bedeutsamen Umstände, daneben auch die objektive Gefährlichkeit der Tathandlung sowie der Grad der Wahrscheinlichkeit des Erfolgseintritts, wobei eine Würdigung der Umstände des Einzelfalles eine abstrakte Grenzziehung zwischen Vorsatz und Fahrlässigkeit ausschließe. Mit welchem Gewicht die einzelnen Indizatsachen in die Gesamtwürdigung einzustellen sind, bleibt dabei jedoch unklar. Liegt etwa die Betonung der nunmehr mit dem Fall betrauten Kammer auf dem Gesichtspunkt der „objektiven Gefährlichkeit der Tathandlung“, dürfte um die Annahme von Vorsatz nicht herumzukommen sein. Etwas anderes mag jedoch dann gelten, wenn die Motivation des Täters oder – je nach Auslegung des für sich genommen farblosen Aspekts – dessen Persönlichkeit mit stärkerem Gewicht in die Würdigung einbezogen wird.

Die Strafbarkeit lässt sich daher nach Belieben ausweiten oder einschränken, solange der BGH keine einigermaßen klare Rangfolge zwischen den genannten Indikatoren vorgibt<sup>19</sup>. Dass der Senat dies selbst nicht wesentlich anders beurteilt, zeigt sich daran, dass die Karlsruher Richter eine Bestrafung wegen eines vorsätzlichen Tötungsdelikts und sogar wegen Mord nicht kategorisch ausschließen.<sup>20</sup> Auch ein am selben Tag verkündetes Urteil, in dem umgekehrt eine Verurteilung wegen fahrlässiger Tötung in einem ähnlich gelagerten Fall aufgehoben wurde, dürfte diejenigen enttäuschen, die sich nach einer klaren Prüfungsstruktur sehnen. Mit der schlichten Benennung der maßgeblichen Kriterien sowie dem Verweis auf die freie Beweiswürdigung des Tatrichters wird die vornehmste Aufgabenstellung einer Revisionsinstanz, die Einheit des Rechts sicherzustellen<sup>21</sup>, verfehlt.

## c) Selbstgefährdung als entscheidendes Gegenindiz?

Zu einem entscheidenden Indiz für das Vertrauen auf einen guten Ausgang kann nach Auffassung des Senats die Tatsache zu rechnen sein, dass mit dem Risiko einer Kollision bei derart hohen Geschwindigkeiten eine nicht unerhebliche Eigengefährdung einhergehe.<sup>22</sup> Erkennt der Handelnde die Gefahr für seine eigene Person, soll dies nach dieser Logik dagegen sprechen, dass sich der Täter mit dem Eintritt des Erfolges abgefunden habe.<sup>23</sup> Dieser

<sup>17</sup> Näher dazu mit Nachweisen *Gaede*, in: *Matt/Renzikowski*, StGB, § 15 Rn. 8.

<sup>18</sup> Eingehend dazu *Eisele* JZ 2018, 549, 550 ff.

<sup>19</sup> Zu diesem Vorwurf *Pawlik*, *Das Unrecht des Bürgers*, 2013, S. 378 f. m. zahlr. Nachw.

<sup>20</sup> Darauf weist zutr. hin *Hörnle* NJW 2018, 1576.

<sup>21</sup> Vgl. hierzu *Gericke*, Vorbem. zu §§ 333 ff. Rn. 2, in: *Karlsruher Kommentar zur Strafprozessordnung*, 7. Auflage 2013.

<sup>22</sup> Eingehend dazu *Eisele* JZ 2018, 549, 553 f.

<sup>23</sup> Dazu *Roxin* (Fn. 16), § 12 Rn. 23; *T. Walter* NJW 2017, 1350, 1351. Krit. dazu *Kubicel/Hoven* NStZ 2017, 439, 441; *Schneider*, in: *Münchener Kommentar zum StGB*, 3. Aufl. 2017, § 212 Rn. 23a. S. auch *Hörnle* NJW 2018, 1576, 1578:



Gedanke des Senats ähnelt der im Vorfeld der Entscheidung vorgetragene Argumentation, die Anwesenheit der „Freundin auf dem Beifahrersitz“ oder „des Freundes auf der Rückbank“<sup>24</sup> sprächen indiziell für die Annahme einer Fahrlässigkeitstat.<sup>25</sup> Auf dem Boden der überkommenen Rechtsprechung mag dies zwar folgerichtig sein. Axiologisch stimmig oder gar zwingend ist dieser Gedanke gleichwohl nicht: Wer die Gefährdung Dritter selbst dann nicht unterlässt, wenn sein eigenes Leben oder dasjenige nahe stehender Personen dabei auf dem Spiel steht, kann (ja muss) als weitaus rücksichtsloser eingestuft werden als derjenige, der „nur“ andere Leben in Gefahr bringt. Gerade wer enorme Gefahren für eigenes, aber auch für das Leben seiner Beifahrer in Kauf nimmt, zeigt damit seine gesteigerte Bereitschaft, Gefahren einzugehen und sich über mögliche Folgen hinwegzusetzen.

### III. Tat/Vorsatz-Koinzidenz

Nachvollziehbar und im Ergebnis zutreffend ist die Entscheidung des 4. Strafsenats aber wegen einer zumindest unglücklich gewählten Formulierung im Urteil des Berliner Landgerichts. Dort war mehrfach ausgeführt worden, dass den Angeklagten „spätestens“ zu dem Zeitpunkt Vorsatz nachgewiesen werden könne, in dem sie in den Bereich der späteren Unfallstelle eingefahren sind. Mit Blick auf die notwendige Koinzidenz zwischen Tatbegehung und Vorsatz (§§ 16 I 1, 8 StGB) hätten sich die Feststellungen zum Vorstellungsbild der Angeklagten auf den Zeitpunkt des auf den Erfolgseintritt gerichteten

Dieser Schlussfolgerung könnten „unreflektiert eigenen Wertungen und Einstellungen“ zugrunde liegen, die die „Raser“ nicht teilen müssten.

<sup>24</sup> Beide Beispiele stammen von T. Walter NJW 2017, 1350, 1351.

<sup>25</sup> Zustimmend Jäger JA 2018, 468, 471.

Handelns beziehen müssen<sup>26</sup>. Streng genommen wäre dies vorliegend schon der Moment derjenigen Betätigung des Gaspedals, die aufgrund der dadurch erreichten Geschwindigkeit eine Vermeidung der tödlichen Kollision unmöglich machte. Eine lediglich nach diesem Zeitpunkt erlangte Kenntnis (sog. *dolus subsequens*) reicht daher zwar nicht für die Annahme von Vorsatz. Ob sich insofern aber auch tatsächlich abweichende Feststellungen ergeben werden, darf mit guten Gründen bezweifelt werden<sup>27</sup>.

### IV. Schluss

Der Fall der Berliner Raser hat – wie zwei Jahrzehnte zuvor die HIV-Fälle – ein Schlaglicht auf die Vorsatzdogmatik geworfen. Wie wenig andere Sachverhaltsgestaltungen erweist sich der vorliegende als Prüfstein für ein Vorsatzverständnis, das (vordergründig) am voluntativen Element festhält und dieses (ebenfalls vordergründig) psychologisch versteht. Nach unserer Auffassung kann ein solches Vorsatzverständnis den Test nicht bestehen, sondern lädt zu Spekulationen über die innere Tatseite der Angeklagten ein. Erschwerend kommt hinzu, dass der offene Indizienkatalog die Möglichkeit bietet, das Ergebnis beinahe jeder Spekulation als richtig auszuweisen. Eine vorhersehbare Rechtsanwendung, die Akzeptanz bei Rechtsgemeinschaft und Angeklagten finden kann, ist kaum möglich.

<sup>26</sup> BeckOK StGB/von Heintschel-Heinegg StGB § 8 Rn. 4, 37. Ed. 1.2.2018.

<sup>27</sup> So auch die Einschätzung von Hoven, vgl. <http://www.zeit.de/gesellschaft/zeitgeschehen/2018-03/bundesgerichtshof-raser-urteil-berlin>, abgerufen am 28.06.2018.

# Datensparsamkeit in der StPO – Die Möglichkeit der Löschung

Von RA Dr. Eren Basar und Dr. Mayeul Hieramente\*

## I. Einleitung

Das Inkrafttreten der Datenschutz-Grundverordnung (DSGVO) und des neuen Bundesdatenschutzgesetzes (BDSG) im Mai 2018 hat über die Grenzen juristischer Fachkreise Aufmerksamkeit erfahren und in Gesellschaft, Wissenschaft und anwaltlicher Praxis das Bewusstsein für datenschutzrechtliche Fragestellungen geschärft. Im Bereich des Strafrechts ist das Thema „Datenschutz“ allerdings bislang nur gestreift worden. Auch die „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“ wird noch kaum wahrgenommen.

Gerade im Strafprozess müsste das Gebot der Datensparsamkeit allerdings viel mehr Aufmerksamkeit geschenkt werden. In kaum einem behördlichen Verfahren werden derartige Massen an personenbezogenen Daten erhoben. Die strafprozessuale Sachaufklärung zielt gerade darauf ab, einen Sachverhaltskomplex umfassend aufzuklären. Es liegt in der Natur der Sache, dass dabei zahlreiche, höchst sensible Daten von Dritten erhoben, gespeichert und ausgewertet werden. In Zeiten der Digitalisierung steigen Umfang und Streubreite der Datenerhebung noch einmal exponentiell an. Dennoch ist für viele Praktiker der Datenschutz nur eine Randnotiz zum Verfahren. Er gerät im Alltag schnell in Vergessenheit.

Dabei sind in der Strafprozessordnung datenschutzrechtliche Grundprinzipien schon lange fest verankert. Die Zweckgebundenheit der Datenerhebung bei schwerwiegenden Grundrechtseingriffen (vgl. § 477 Abs. 2 S. 2 StPO) ist nur ein Beispiel für das gesetzgeberische Bewusstsein für Datenschutz im Strafverfahren. Neuerdings

ist die Zweckgebundenheit auch für Personen verankert, die Akteneinsicht erhalten (§ 32f Abs. 5 StPO). Den Ermittlungsbehörden legt die Strafprozessordnung umfangreiche Beschränkungen bei der Datenerhebung und -verwendung auf. Die Erfahrung lehrt indes, dass die Erforderlichkeitsprüfung bei der Datenerhebung, eine Ausprägung des Grundsatzes der Datensparsamkeit, ein stumpfes Schwert ist und exzessive Datenerhebung durch Staatsanwaltschaft, Steuerfahndung und Polizei nur selten verhindern kann. In Zeiten der Digitalisierung sind Beschlagnahmen von Datenmassen<sup>1</sup> oder tagelange Video- und Tonaufzeichnungen keine Seltenheit. Der Zugriff auf Unterlagen und Daten über das erforderliche Maß hinaus ist dabei keinesfalls immer auf gesteigerten Verfolgungseifer zurückzuführen. Die praktischen Realitäten der Ermittlungsarbeit (z.B. Personalengpässe, Notwendigkeit der umfassenden Beweissicherung beim ersten Zugriff) bedingen manchmal die Datengewinnung nach der „Staubsaugermethode“.

Dies führt vor allem im Wirtschaftsstrafrecht dazu, dass Unterlagen oder Daten beschlagnahmt werden, die mit dem Tatvorwurf in keinem inneren Zusammenhang stehen und für das Verfahren nicht relevant sind. Zudem kommt es bei Ermittlungen immer wieder vor, dass Unterlagen sichergestellt oder Gespräche abgehört werden, die nicht für Augen und Ohren der Ermittlungsbehörden bestimmt sind. Handelt es sich um Kontakte mit Berufsheimlichkeitsgeheimträgern, so ist die Kenntnisnahme durch die Ermittler auch explizit untersagt. Dann stellt sich die Frage, wie mit derartigen Informationen zu verfahren und wie der Grundsatz der Datensparsamkeit<sup>2</sup> durchzusetzen ist. Neben der Frage der Verwertbarkeit von Beweisen im Verfahren gilt es zu klären, ob und inwieweit der bestehende (rechtswidrige) Zustand behoben und eine Rückgabe von Dokumenten bzw. die Löschung von Daten erreicht werden kann. Im Fokus der hiesigen Betrachtung steht die Pflicht zur Löschung von Daten, auf deren Einbehalt die Ermittlungsbehörden nach der Gesetzeslage keinen Anspruch hat. Dieser Beitrag beleuchtet die Löschungspflichten in der StPO (dazu unter II.) und dem BDSG 2018 (dazu unter III.). Dabei wird wiederholt auch auf Reformbemühungen eingegangen, die

\* Dr. Basar ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht und Partner der auf wirtschaftsstrafrechtliche Fragen spezialisierten Kanzlei Wessing & Partner Rechtsanwälte mbB, Düsseldorf. Dr. Hieramente ist Rechtsanwalt, Fachanwalt für Strafrecht und Partner der auf Wirtschaftsstrafrecht und Arbeitsrecht spezialisierten Kanzlei Fuhlrott Hieramente & von der Meden Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB (FHM), Hamburg.

<sup>1</sup> Siehe dazu *Warken* NZWiSt 2017, 289.

<sup>2</sup> Vgl. § 3 BDSG 2018 und Art. 5 Abs. 1 c) DSGVO.

im Anschluss noch einmal komprimiert dargestellt werden (dazu unter IV.).

## II. Löschungspflichten in der Strafprozessordnung

Das Prinzip der Datensparsamkeit ist vom Gesetzgeber in vielfältiger Weise auch für den Anwendungsbereich des Strafprozessrechts normiert worden. Dementsprechend sieht die Strafprozessordnung zahlreiche Löschungspflichten vor (dazu unter 1.). Eine allgemeine Löschungspflicht, etwa in Form einer Generalklausel, hat der Bundesgesetzgeber für die Strafprozessordnung nicht vorgesehen. Diese Lücke hat die Rechtsprechung im Bereich der Durchsuchung und Beschlagnahme zu Füllen versucht (dazu unter 2.).

### 1. Normierte Löschungspflichten

Ein Blick auf die gesetzlich verankerten Löschungspflichten zeigt, dass es sich hierbei um einen „modernen“ Regelungsgegenstand handelt. Daher ist insbesondere bei neueren, technikbasierten Eingriffsbefugnissen eine detaillierte Normierung gegeben. Die gesetzlichen Löschungspflichten sind allerdings über die gesamte Strafprozessordnung verstreut und aufgrund von Verweisungen nicht immer auf den ersten Blick erkennbar. Eine Auswahl der zentralen Vorschriften zur Datenerhebung und -löschung bei Ermittlungsmaßnahmen sei im Folgenden dargestellt:

#### a) Maßnahmespezifische Löschungspflichten

Es bestehen zahlreiche Löschungspflichten, die im unmittelbaren Zusammenhang mit Ermittlungsmaßnahmen zum Zwecke der Beweisgewinnung stehen. Hierzu im Einzelnen:

§ 81h Abs. 3 S. 3 StPO sieht die Pflicht zur Löschung von Aufzeichnungen aus DNA-Reihenuntersuchungen vor, wenn diese zur Verbrechensaufklärung nicht mehr erforderlich sind. Eine ähnliche Funktion erfüllen die in § 81a Abs. 3 2. Halbsatz StPO (ggfs. i.V.m. § 81c Abs. 5 S. 2 StPO) und § 81g Abs. 2 S. 1 StPO geregelte Pflicht zur Vernichtung von Blutproben und sonstigen Körperzellen. Eine vergleichbare Regelung enthält § 98b Abs. 3 S. 2 StPO, der eine Pflicht zur Löschung von personenbezogenen Daten aus einer Rasterfahndung vorsieht, sofern die Daten für das Strafverfahren nicht mehr benötigt werden.

Die Löschungspflicht in § 100d Abs. 2 S. 2 StPO<sup>3</sup> verfolgt hingegen eine andere Zielrichtung. Zur Absicherung des Schutzes des Kernbereichs privater Lebensgestaltung im Rahmen von Telekommunikationsüberwachungen, Onlinedurchsuchungen und der akustischen Wohnraumüberwachung postuliert die Norm eine unverzügliche Löschungspflicht. Diese besteht unabhängig von der

<sup>3</sup> Vor dem 24.08.2017 war dies in § 100a Abs. 4 S. 3 StPO und in § 100c Abs. 5 S. 2 StPO geregelt gewesen. Im Rahmen der Erweiterung der Eingriffsbefugnisse hat der Gesetzgeber den Schutz des Kernbereichs in § 100d StPO generell für die § 100a – c StPO zusammengefasst.

Frage der Erforderlichkeit. Allerdings kann es geboten sein, dass vor Löschung eine gerichtliche Klärung erfolgt.<sup>4</sup> Im Bereich der Überwachungsmaßnahmen hat der Gesetzgeber in § 101 Abs. 8 S. 1 StPO<sup>5</sup> zudem eine weitere Löschungspflicht bei Wegfall der Erforderlichkeit vorgesehen, die (schon vor der Reform 2017) für die Telekommunikationsüberwachung sowie weitere in § 101 Abs. 1 StPO genannte, geheime Ermittlungsmaßnahmen (insbesondere Observationen und technikgestützte Handlungsbefugnisse) gilt. Nunmehr gilt sie auch für die Onlinedurchsuchung und die Quellen-TKÜ. Darüber hinaus regelt die Strafprozessordnung in § 100e Abs. 6 Nr. 2 S. 3 StPO eine Löschungspflicht der für Gefahrenabwehr zuständigen Stelle, sollte diese – ausnahmsweise – legalen Zugriff auf die Daten aus der akustischen Wohnraumüberwachung oder der Onlinedurchsuchung erhalten haben.

Eine weitere, für die Verteidigung besonders interessante Fallkonstellation war (ursprünglich) in § 100c Abs. 6 S. 1 StPO normiert worden und findet sich jetzt in § 100d Abs. 5 S. 1 StPO. Dort ist der Gesetzgeber einen Schritt weitergegangen<sup>6</sup> und hat – über die Verweisung auf § 100d Abs. 2 StPO (früher § 100c Abs. 5 S. 2 StPO) – eine Löschungspflicht für nach § 53 StPO geschützte Kommunikation<sup>7</sup> vorgesehen. Erkenntnisse aus einer Kommunikation mit einem Berufsheimlichkeitssträger sind für die Onlinedurchsuchung und die akustische Wohnraumüberwachung unverzüglich zu löschen.<sup>8</sup> Regelungstechnisch verwundern muss jedoch, dass die eigentlich unverzüglich zu löschenden Daten zum Zwecke der Abwehr schwerwiegender Gefahren herangezogen werden dürfen, vgl. § 100e Abs. 6 Nr. 2 S. 1 StPO. Das Problem ist Folgendes: Um bewerten zu können, ob die Daten einer privilegierten Kommunikation zum Zwecke der Gefahrenabwehr erforderlich sind, muss die Ermittlungsbehörde diese regelmäßig auswerten. Genau dem will die Lösungsregelung indes entgegenwirken. Anders als bei Kernbereichsregelungen, wo eine Kenntnis des Inhalts für die Einstufung als besonders geschützte Kommunikation regelmäßig erforderlich ist und daher toleriert wird,<sup>9</sup> ist eine privilegierte Kommunikation im Sinne des § 53 StPO regelmäßig aus den Begleitumständen abzuleiten. Eine unverzügliche Löschung erfordert daher im Regelfall keine Kenntnisnahme des Inhalts der

<sup>4</sup> Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 61. Aufl. 2018, § 100d, Rn. 21.

<sup>5</sup> Nach § 101a Abs. 4 S. 4 StPO gilt diese Regelung auch für die Erhebung von Verkehrsdaten.

<sup>6</sup> Zur alten Rechtslage scheint Günther, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. 2014, § 100c, Rn. 71 jedenfalls die Gespräche mit Verteidigern bereits als vom Kernbereich privater Lebensgestaltung anzusehen.

<sup>7</sup> Die Formulierung „in den Fällen des § 53“ ist, wie Günther, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. 2014, § 100c, Rn. 71 treffend anmerkt, unglücklich. Es ist jedenfalls davon auszugehen, dass jegliche Kommunikation zwischen Berufsheimlichkeitssträger und Beschuldigten erfasst ist. Richtet sich die Maßnahme gegen den Berufsheimlichkeitssträger, ist es schließlich praktisch kaum denkbar, dass sich erst bei der Durchführung der Maßnahme ein Fall des § 53 StPO „ergibt“.

<sup>8</sup> Schmitt, in: Meyer-Goßner/Schmitt, 61. Aufl. 2018, § 100d, Rn. 23.

<sup>9</sup> BVerfG 2 BvR 237/08, Beschluss v. 12.10.2011, Rn. 217 ff., BeckRS 2011, 56464= HRRS 2012 Nr. 29.

Kommunikation. Die Verwendungsbefugnis des § 100e Abs. 6 Nr. 2 S. 1 StPO verleitet mithin dazu, die Löschung hinauszuzögern. Unklar ist darüber hinaus, warum gem. § 100d Abs. 5 S. 2 StPO für Berufshelfer eine abweichende Regelung getroffen ist und die Kommunikation eines Beschuldigten mit einem solchen Berufshelfer keine Löschungspflicht nach sich ziehen soll. In der Praxis lässt sich organisatorisch kaum verhindern, dass bestimmte Kommunikation nicht höchstpersönlich mit dem Anwalt, sondern auch mit dessen Sekretariat oder einem Referendar erfolgt.

Eine Schutzregelung zur Gewährleistung einer vertrauensvollen Kommunikation mit einem Berufsgeheimnisträger findet sich auch im Bereich der Erhebung von Verkehrsdaten. § 100g Abs. 4 S. 3 StPO sieht die Löschung von Daten vor, die bei einer Überwachung einer in § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1-5 StPO genannten Person erhoben wurden. Diese Regelung gilt gem. § 100g Abs. 4 S. 5 StPO entsprechend für Ermittlungserkenntnisse, die zwar nicht aus einer gegen den Berufsgeheimnisträger gerichteten Maßnahme herrühren, aber dennoch dessen Zeugnisverweigerungsrecht betreffen. In § 101a Abs. 4 S. 3 StPO ist eine mit § 100e Abs. 6 Nr. 2 S. 3 korrespondierende Löschungspflicht für den Fall der Übermittlung an Gefahrenabwehrbehörden geregelt.

Auch beim Einsatz eines IMSI-Catchers<sup>10</sup> hat der Gesetzgeber in § 100i Abs. 2 S. 2 StPO eine Löschungspflicht postuliert. Diese verfolgt jedoch eine, im Vergleich zu den bisher erwähnten Regelungen, andersgeartete Zielrichtung und verdient daher besonderer Beachtung. So hat der Gesetzgeber die Risiken eines ausufernden Einsatzes eines IMSI-Catchers, der im Ergebnis ein heimliches Auslesen bestimmter Daten eines Mobiltelefons ermöglicht, erkannt und bewusst gegengesteuert. Immerhin werden im großen Umfang Standortdaten von Nichtverdächtigten erhoben. Die Ermittlungsbehörden werden explizit verpflichtet, Daten zu löschen, die nicht der Verwirklichung des Maßnahmezwecks – Ermittlung von Standort sowie Geräte- und Kartennummern – dienen. Der Einsatz des IMSI-Catchers soll kein Freifahrtsschein zur großflächigen Datenermittlung sein. Die Lösungsregelung greift daher auch dann, wenn die über den Ermittlungszweck hinaus ermittelten Daten für das Ermittlungsverfahren von Interesse sein könnten.

Eine für die anwaltliche Praxis besonders bedeutsame Regelung findet sich in § 160a Abs. 1 S. 3 StPO. Richten sich staatsanwaltschaftliche Ermittlungsmaßnahmen gegen Berufsgeheimnisträger im Sinne des § 160a Abs. 1 S. 1 StPO („Berufsgeheimnisträger 1. Klasse“), sind auf diese Weise gewonnene Erkenntnisse unverzüglich zu löschen. Eine reine Sperrung der Daten – auch zum Zwecke einer gerichtlichen Überprüfung – kommt nach dem eindeutigen gesetzgeberischen Willen nicht in Betracht.<sup>11</sup> In § 160a Abs. 1 S. 5 StPO wird die Löschungspflicht auf Situationen ausgeweitet, in denen der Berufsgeheimnisträger nicht die Zielperson der Maßnahme ist, jedoch dessen Zeugnisverweigerungsrecht tangiert ist. Dabei ist nach der eindeutigen Rechtsprechung des Bundesge-

richtshofs auch die Anbahnungssituation mit einem Strafverteidiger erfasst.<sup>12</sup> Der Regelungskonzeption des § 160a StPO ist es jedoch geschuldet, dass bei Ermittlungen gegen Wirtschaftsprüfer und andere „Berufsgeheimnisträger 2. Klasse“ in § 160a Abs. 2 S. 3 StPO zwar Vorbehalte hinsichtlich einer zukünftigen Verwertbarkeit zu Beweis Zwecken normiert sind, indes keine Löschungspflichten im Gesetz verankert wurden.<sup>13</sup> So lässt der Wortlaut der Norm eine Verwendung als Spurenansatz grundsätzlich zu<sup>14</sup> und schließt daher bereits aus praktischen Gründen eine unverzügliche Löschungspflicht aus. Zudem erfolgt eine Abwägung hinsichtlich der Verwertbarkeit als Beweismittel in der regelmäßig zeitlich nachgelagerten Hauptverhandlung, so dass im Zeitpunkt der Beweiserhebung oftmals noch keine Aussage über den späteren Verfahrensnutzen getroffen werden kann.<sup>15</sup> Eine Löschung würde der Entscheidung vorgreifen und Fakten schaffen. Dies bedeutet allerdings nicht, dass bei Ermittlungen gegen „Berufsgeheimnisträger 2. Klasse“ keine Löschungspflichten in Betracht kommen. Eine solche ist – § 100d Abs. 5 und § 100g Abs. 4 StPO bleiben gem. § 160a Abs. 5 unberührt – insoweit jedoch nur für die Fälle der Onlinedurchsuchung, akustischen Wohnraumüberwachung und der Erhebung von Verkehrsdaten gesetzlich geregelt (s.o.). Eine Spezialregelung für die praktische bedeutsame Telekommunikationsüberwachung ist (auch nach der Reform) nicht vorgesehen.<sup>16</sup>

Für die meisten Praktiker kaum relevant ist die Löschungspflicht des § 163d Abs. 4 S. 2 StPO, der Ermittler zur Löschung von Daten aus Kontrollen verpflichtet, wenn diese für das Strafverfahren nicht mehr erforderlich sind. Gleiches gilt für die Pflicht zur Vernichtung von Unterlagen zur Identitätsfeststellung nach § 163 c Abs. 3 StPO.

Betrachtet man die Pflicht zur Löschung maßnahmespezifischer erhobener Daten, so lassen sich einige Gemeinsamkeiten ausmachen:

Die soeben dargestellten Löschungspflichten betreffen (potentielle) Beweismittel, deren weitere Speicherung vom Gesetzgeber untersagt wird. Löschungen sind regelmäßig von Amts wegen durchzuführen und erfordern daher keinen Antrag des Betroffenen. Damit dieser grundsätzlich die Möglichkeit hat, die Legalität der Erhebung der Daten gerichtlich überprüfen zu lassen, sind Löschungen zu dokumentieren. Schließlich verfolgen fast alle normierten Löschungspflichten eines von zwei Zielen: Erstens, die Prüfung, ob einmal erhobene Daten (noch) für das Strafverfahren erforderlich sind. Zweitens,

<sup>12</sup> BGH NStZ-RR 2014, 149, 150 = HRRS 2014 Nr. 359. Zustimmung, aber mit zu Recht kritischer Anmerkung zur Frage der Unverzüglichkeit Roggan NJW 2014, 1314, 1316.

<sup>13</sup> BGH NStZ 2016, 741, 742 = HRRS 2016 Nr. 514.

<sup>14</sup> Dazu Kölbl, in: MüKo-StPO, 1. Aufl. 2016, 160a, Rn. 22 mwN.

<sup>15</sup> Die Möglichkeit einer Ausdehnung der Löschungspflicht bei bestehendem Beweisverwertungsverbot wurde in BGH NStZ 2016, 741, 742 = HRRS 2016 Nr. 514 explizit offengelassen.

<sup>16</sup> Zum Abwägungserfordernis siehe auch Günther, in: MüKo-StPO, 2014, §100a, Rn. 152 ff. Der Bundesgerichtshof äußert Zweifel an der Ausgewogenheit der normierten Löschungspflichten, vgl. BGH NStZ-RR 2014, 149, 151 = HRRS 2014 Nr. 359.

<sup>10</sup> Zur Funktionsweise siehe Hüls, Polizeiliche und staatsanwaltschaftliche Ermittlungstätigkeit, *Jahr*, S. 249.

<sup>11</sup> BGH NStZ-RR 2014, 149, 151 = HRRS 2014 Nr. 359.

den besonderen Schutz privilegierter Kommunikationsformen (Kernbereich privater Lebensgestaltung; Kontakte zu Berufsgeheimnisträgern). Darüber hinaus hat der Gesetzgeber im Fall des IMSI-Catchers die Gefahren einer unzulässigen Datenerhebung beim Einsatz technischer Mittel erkannt und eine Löschungspflicht für Daten postuliert, die mit Rückgriff auf die Eingriffsbefugnis nicht hätten rechtmäßig erhoben werden dürfen.

## b) Löschungspflichten bei behördeninternen Dateien

Neben den oben genannten, maßnahmespezifischen Löschungspflichten sieht die StPO auch Löschungspflichten im Rahmen der Beweisauswertung vor. § 483 Abs. 1 StPO sieht vor:

*„Gerichte, Strafverfolgungsbehörden einschließlich Vollstreckungsbehörden, Bewährungshilfe, Aufsichtsstellen bei Führungsaufsicht, und die Gerichtshilfe dürfen personenbezogene Daten in Dateien speichern, verändern und nutzen, soweit dies für Zwecke des Strafverfahrens erforderlich ist.“*

Die folgenden Paragraphen definieren weitere Parameter der Datennutzung. Stets ist hier das Erfordernis der Erforderlichkeit zu berücksichtigen. Für die hiesige Fragestellung ist § 489 Abs. 2 StPO von Interesse:

*„Sie [personenbezogene Daten] sind zu löschen, wenn ihre Speicherung unzulässig ist oder sich aus Anlass einer Einzelfallbearbeitung ergibt, dass die Kenntnis der Daten für die in den §§ 483, 484, 485 jeweils bezeichneten Zwecke nicht mehr erforderlich ist. Es sind ferner zu löschen*

*1. nach § 483 gespeicherte Daten mit der Erledigung des Verfahrens, soweit ihre Speicherung nicht nach den §§ 484, 485 zulässig ist,*

*2. nach § 484 gespeicherte Daten, soweit die Prüfung nach Absatz 4 ergibt, dass die Kenntnis der Daten für den in § 484 bezeichneten Zweck nicht mehr erforderlich ist und ihre Speicherung nicht nach § 485 zulässig ist,*

*3. nach § 485 gespeicherte Daten, sobald ihre Speicherung zur Vorgangsverwaltung nicht mehr erforderlich ist.“*

§ 489 Abs. 2 StPO postuliert eine Pflicht der Ermittlungsbehörden, personenbezogene Daten zu löschen. Damit korrespondiert ein subjektives Recht des Betroffenen, diese Löschung auch einzufordern.<sup>17</sup> Stellt er einen Löschantrag, hat die Staatsanwaltschaft in eine Einzelfallprüfung einzutreten.<sup>18</sup> Die Existenz dieser Löschungspflicht ist unbestritten. Zweifelhaft ist allerdings, ob es sich um eine datenschutzrechtliche Generalklausel zur Datenlöschung in der StPO handelt. Die Formulierung des § 489 Abs. 2 S. 1 StPO mag hier zu voreiligen Schlüssen verleiten. Auch die Gesetzesbegründung ver-

<sup>17</sup> OLG Dresden 2 VAs 4/02, Beschluss v. 19.5.2003, MMR 2003, 592.

<sup>18</sup> Vgl. OLG Frankfurt a. M. 3 VAs 19/10, Beschluss v. 20.7.2010, NStZ-RR 2010, 350, 351; OLG Hamburg 2 VAs 5/09, Beschluss v. 27.11.2009 - juris; OLG Hamburg 2 VAs 1/09, Beschluss v. 9.10.2009 - juris; OLG Dresden 2 VAs 4/02, Beschluss v. 19.5.2003, MMR 2003, 592, 593. Siehe auch Überblick bei Gieg, in: KK-StPO, 7. Aufl. 2013, § 489, Rn.3.

mag bei erster Betrachtung eine extensive Interpretation der Vorschrift zu stützen. So heißt es in der Gesetzesbegründung (BT-Drs. 14/1484, S. 31):

*„Die Vorschrift enthält keine Ermächtigung zur Erhebung personenbezogener Informationen. Sie setzt vielmehr eine solche Erhebungsbefugnis voraus, d.h., geregelt wird allein die Befugnis zu Speicherung, Veränderung und Nutzung von Daten, die gestützt auf die Generalermittlungsklausel des § 161 oder durch eine spezielle Ermittlungsmaßnahme [...] erhoben worden sind.“*

Betrachtet man die Gesetzesbegründung genauer, zeigt sich indes ein Bild, was sich auch in der gesetzlichen Ausgestaltung manifestiert. In den §§ 483 ff. StPO ist keine allgemeine Datenschutzregelung niedergelegt. §§ 483, 484, 485 StPO – auf die der § 489 Abs. 2 StPO direkt Bezug nimmt – betreffen ausweislich des klaren Wortlauts die Speicherung von personenbezogenen Daten „in Dateien“. Der Abschnitt (§§ 483-491 StPO) ist ferner mit „Dateiregelungen“ überschrieben. Im Kern geht es mithin um Daten, die bei der Auswertung von Beweismitteln und Führung der Akte entstehen und bei Polizei und Staatsanwaltschaft systematisiert hinterlegt werden. Hierfür werden regelmäßig Dateien erstellt.<sup>19</sup> Diese existieren parallel zu den (Original-) Beweismitteln. Dass es sich bei § 489 StPO im Kern nicht um eine Lösungsregelung für originäre Beweismittel handeln kann, zeigt sich auch in dessen Absatz 1. Dort wird nicht nur von „personenbezogenen Daten in Dateien“ gesprochen, sondern auch eine Pflicht zur Korrektur der Daten postuliert. Dies ist bei Asservaten nicht denkbar.<sup>20</sup>

## 2. Löschungspflichten in der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung ist anerkannt, dass neben den normierten strafprozessualen Löschungspflichten auch eine Pflicht zur Löschung verfahrensirrelevanter Daten existiert. Bei digitalen Kopien von elektronischen Beweismitteln hat dies durch Datenlöschung zu erfolgen, bei Dokumenten hat eine Herausgabe zu erfolgen. Explizit anerkannt wurde dies durch das Bundesverfassungsgericht für die Situation der Durchsuchung. Es leitet aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung eine Pflicht zur Löschung von verfahrensirrelevanten Daten, die bei einer Durchsuchung erhoben wurde, her.<sup>21</sup> Betrachtet man die Herleitung der Löschungspflicht aus verfassungsrechtlichen Grundprinzipien, so dürfte eindeutig sein, dass eine derartige Pflicht grundsätzlich unabhängig von der Art und Weise der behördlichen Datenerhebung ist. Dement-

<sup>19</sup> Hierzu auch Hilger, in: Löwe-Rosenberg, 26. Aufl. 2010, Vor § 483, Rn. 16. sowie Rn. 28 ff.; Ritscher, in: Satzger/Schluckebier/Widmaier, StPO, 3. Aufl. 2018, § 483, Rn. 4.

<sup>20</sup> So iE auch OLG Karlsruhe NStZ 2015, 606, 608. Siehe auch Heinson, IT-Forensik, 2015, S. 220 f.; Wittig, in: BeckOK StPO, 25. Aufl., Stand: 1.2.2018, § 483, Rn. 1. Unklar bei BVerfG NJW 2005, 1917, 1922 = HRRS 2005 Nr. 549; BVerfG, Beschluss v. 2.4.2006, 237, 246, 256/06, BeckRS 2006, 22591 = HRRS 2007 Nr. 124; Radtke, in: FS Meyer-Goßner, 2001, S. 335.

<sup>21</sup> BVerfG NJW 2005, 1917, 1922 = HRRS 2005 Nr. 549. Vgl. auch Rau WM 2006, 1281, 1286. Zur Vernichtung von Ablichtungen siehe bereits OLG Stuttgart NW 1977, 2276, 2277.

sprechend ist die Rechtsprechung auch auf andere Ermittlungsmaßnahmen übertragbar. Allerdings ist unklar, wie genau die Löschungspflicht im Detail ausgestaltet ist.

## II. Löschungspflicht nach allgemeinem Datenschutzrecht

Für den Strafrechtspraktiker hat das Bundesdatenschutzgesetz in der Vergangenheit keine nennenswerte Bedeutung gehabt.<sup>22</sup> Mit der Einführung der DSGVO und der Reform des BDSG zum 25.05.2018 und der daraus folgenden Rechtslage wird das allgemeine Datenschutzrecht nun unmittelbare Bedeutung für die strafrechtliche Praxis gewinnen. Das reformierte Datenschutzrecht dient in §§ 45 ff. BDSG der – teilweisen – Umsetzung der „Richtlinie 2016/680 des Europäischen Parlaments 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“,<sup>23</sup> die im Verhältnis zur StPO nur dann Anwendung findet, wenn die StPO selbst keine Regelung enthält.<sup>24</sup> Darin werden auch Elemente des § 20 BDSG aF aufgegriffen.<sup>25</sup> Für hiesige Zwecke lohnt es sich, § 58 BDSG nF in den Blick zu nehmen. Dieser sieht u.a. vor:

*Abs. 2: Die betroffene Person hat das Recht, von dem Verantwortlichen unverzüglich die Löschung sie betreffender Daten zu verlangen, wenn deren Verarbeitung unzulässig ist, deren Kenntnis für die Aufgabenerfüllung nicht mehr erforderlich ist oder diese zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung gelöscht werden müssen.*

*Abs. 3: Anstatt die personenbezogenen Daten zu löschen, kann der Verantwortliche deren Verarbeitung einschränken, wenn*

- 1. Grund zu der Annahme besteht, dass eine Löschung schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person beeinträchtigen würde,*
- 2. die Daten zu Beweis Zwecken in Verfahren, die Zwecken des § 45 dienen, weiter aufbewahrt werden müssen oder*
- 3. eine Löschung wegen der besonderen Art der Speicherung nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist.*

*In ihrer Verarbeitung nach Satz 1 eingeschränkte Daten dürfen nur zu dem Zweck verarbeitet werden, der ihrer Löschung entgegenstand.*

<sup>22</sup> Das BDSG a.F. galt gemäß § 1 Abs. 3 nur subsidiär zur StPO.

<sup>23</sup> BT-Drs. 18/11325, S. 69. Die Richtlinie ist der „kleine Bruder“ der Datenschutzgrundverordnung (DSGVO), die in Art. 2 Abs. 3d den Bereich der Verarbeitung personenbezogener Daten für den Bereich der Straftatenverfolgung und Gefahrenabwehr vom Anwendungsbereich ausnimmt und über den Erwägungsgrund 19 auf die Richtlinie 2016/680 verweist.

<sup>24</sup> Kühling/Buchner, DS-GVO, BDSG, 2. Aufl. 2018, Vor §§ 45 bis 84, Rn. 4.

<sup>25</sup> BT-Drs. 18/11325, S. 114.

Diese Norm wird ergänzt durch § 75 Abs. 2 BDSG nF, der lautet:

*„Der Verantwortliche hat personenbezogene Daten unverzüglich zu löschen, wenn ihre Verarbeitung unzulässig ist, sie zur Erfüllung einer rechtlichen Verpflichtung gelöscht werden müssen oder ihre Kenntnis für seine Aufgabenerfüllung nicht mehr erforderlich ist.“*

Betrachtet man diese Normen, so ist eine sprachliche Nähe zu § 489 Abs. 2 StPO augenfällig. Allerdings unterscheiden sich diese Normen, ebenso wie die Vorgängernorm, in einem zentralen Aspekt. Der sachliche Anwendungsbereich ist nicht auf Daten „in Dateien“ beschränkt, sondern erfasst nach dem Wortlaut der Norm jede Art von personenbezogenen Daten. Das BDSG sieht auch keine Bereichsausnahme für das Strafverfahren vor, sondern ist im Gegenteil darauf ausgerichtet, diese zu ergänzen. Das Gesetz ist nach § 1 Abs. 1 BDSG nF sowohl auf öffentliche Stellen des Bundes als auch der Länder anwendbar, sofern letzte – wie im Strafverfahren – Bundesrecht ausführen und als Organe der Rechtspflege agieren. Zwar proklamiert § 1 Abs. 2 BDSG nF den Vorrang spezieller Regelungen in den Fachgesetzen. Aus den oben ausgeführten Erläuterungen ergibt sich, dass die Strafprozessordnung keine abschließenden Regelungen datenschutzrechtlicher Fragen trifft. Es ist aus der Gesetzgebungshistorie auch nicht ersichtlich, dass die Regelungen der StPO die allgemeinen Regeln des Datenschutzrechts vollständig verdrängen sollen.<sup>26</sup> So dient das neue Bundesdatenschutzgesetz ausweislich der Gesetzesbegründung vor allem der Umsetzung der Richtlinie 2016/680, eine auf das Strafverfahren und die Gefahrenabwehr abzielende Richtlinie (vgl. Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie). Der § 58 BDSG nF dient dabei der Implementierung der aus Art. 16 der Richtlinie herrührenden Verpflichtungen zur Schaffung von Lösungsansprüchen und -pflichten von Ermittlungs- und Gefahrenabwehrbehörden.<sup>27</sup>

Mit den Regelungen der §§ 58, 75 BDSG nF hat der Gesetzgeber eine allgemeine datenschutzrechtliche Löschungspflicht geschaffen, die außerhalb der StPO normiert aber dennoch im Strafverfahren Anwendung findet. Die Anwendbarkeit der Norm ist allerdings dahingehend eingeschränkt, dass eine Berichtigung gem. § 58 Abs. 1 BDSG nF bei Beweismitteln nicht in Betracht kommen kann.<sup>28</sup> Die hier vertretene Ansicht wird auch durch das BMJV geteilt.<sup>29</sup> In einem aktuellen Referentenentwurf (dazu ausführlich unter IV.) heißt es z.B.:

*„Aus ihnen ergeben sich zwar besondere rechtliche Verpflichtungen zur Löschung im Sinne von § 75 Absatz 2 BDSG (2018). § 75 BDSG (2018) findet im Übrigen aber grundsätzlich Anwendung [...]. Die vorgenannten bereicherspezifischen Sonderre-*

<sup>26</sup> Dix, in: Simitis, BDSG, 8. Aufl. 2014, § 1, Rn. 170; dazu auch Schwichtenberg, in: Kühling/Buchner, DS-GVO, BDSG, 2. Aufl. 2018, Vor §§ 45 bis 84, Rn. 4.

<sup>27</sup> BT-Drs. 18/11325, S. 114.

<sup>28</sup> Vgl. auch Erwägung 47 der Richtlinie 2016/680.

<sup>29</sup> Vgl. Referentenentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 im Strafverfahren sowie zur Anpassung datenschutzrechtlicher Bestimmungen an die Verordnung (EU) 2016/679, S. 44, 71 abrufbar unter [www.kripoz.de](http://www.kripoz.de).

gelungen zu Löschungspflichten verdrängen auch die weiteren in § 75 BDSG (2018) geregelten Berichtigungs- und Löschungspflichten grundsätzlich nicht.“<sup>30</sup>

Der Gesetzgeber strebt sogar an, dass unnötige Regelungen in der StPO minimiert werden und eine datenschutzrechtliche Bewertung grundsätzlich über das BDSG erfolgt. Es ist eindeutiger Wille des Gesetzgebers eine allgemeine Löschungspflicht zu schaffen, die sich auch auf elektronische Asservate und andere Beweismittel bezieht, die für das Verfahren nicht (mehr) erforderlich sind. Erhalten die Ermittlungsbehörden Zugriff auf verfahrensirrelevante Daten oder werden Daten aufgrund einer Verfahrensbeendigung nicht mehr zur Beweisführung benötigt, sind diese zu Löschen. Hierauf hat der Betroffene einen Anspruch nach § 58 Abs. 2 BDSG nF.

#### IV. Ausblick

Die Richtlinie 2016/680 ist bislang in Deutschland noch nicht vollständig umgesetzt worden. Das Bundesjustizministerium hat daher einen Referentenentwurf veröffentlicht, der die datenschutzrechtliche Reform des Strafverfahrensrechts fortschreiben soll.<sup>31</sup> Dieser enthält interessante Ergänzungen und Klarstellungen zum hier diskutierten Themenkomplex. Von besonderem Interesse ist die Anpassung der Ermittlungsgeneralklausel in § 161 StPO-E. Diese inkorporiert zentrale Grundsätze des Datenschutzrechts und soll folgende Bestimmung enthalten (§ 161 Abs. 2 StPO-E):

*„Zu den in § 160 bezeichneten Zwecken dürfen besondere Kategorien personenbezogener Daten nach Maßgabe des § 48 des Bundesdatenschutzgesetzes verarbeitet werden. Soweit in diesem Gesetz die Löschung personenbezogener Daten ausdrücklich angeordnet wird, findet § 58 Absatz 3 des Bundesdatenschutzgesetzes keine Anwendung.“*

Mit dieser Regelung sollen im Kern zwei Kategorien von Löschungspflichten festgeschrieben werden: Relative Löschungspflichten (im BDSG) und absolute Löschungspflichten (in der StPO).

Wird ein Lösungsanspruch auf die Generalklausel des § 58 Abs. 2 BDSG nF gestützt, so können die Ermittlungsgründe nach jetziger und zukünftiger Rechtslage in bestimmten Fällen von einer Löschung absehen. In § 58 Abs. 3 BDSG nF – vergleichbar mit dem derzeitigen § 489 Abs. 7 StPO<sup>32</sup> – heißt es:

*„Anstatt die personenbezogenen Daten zu löschen, kann der Verantwortliche deren Verarbeitung einschränken, wenn*

- 1. Grund zu der Annahme besteht, dass eine Löschung schutzwürdige Interessen einer betroffenen Person beeinträchtigen würde,*
- 2. die Daten zu Beweis Zwecken in Verfahren, die Zwecken des § 45 dienen, weiter aufbewahrt werden müssen oder*

<sup>30</sup> BMJV a.a.O. (Fn. 29), S. 45.

<sup>31</sup> Vgl. BMJV a.a.O. (Fn. 29).

<sup>32</sup> Nach dem Willen des BMJV soll hier ein weitgehender Gleichlauf durch Verweisung auf das BDSG geschaffen werden, vgl. BMJV a.a.O. (Fn. 29), § 489 Abs. 6 StPO-E.

*3. eine Löschung wegen der besonderen Art der Speicherung nicht oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand möglich ist.*

*In ihrer Verarbeitung nach Satz 1 eingeschränkte Daten dürfen nur zu dem Zweck verarbeitet werden, der ihrer Löschung entgegenstand.“*

Richtet sich die Löschung nach dem BDSG steht dem Betroffenen mithin kein absoluter Lösungsanspruch zur Seite. Allerdings bedarf es im Interesse des effektiven Grundrechtsschutzes stets einer restriktiven Interpretation der Ausnahmeregelung. Das BMJV möchte mit der Klarstellung in § 161 Abs. 2 S. 2 StPO-E sicherstellen, dass eine Verarbeitungsbeschränkung die Löschung nicht ersetzen kann, wenn sich die Löschungspflicht aus der speziellen fachgesetzlichen Vorschrift der StPO (vgl. dazu unter II. 1.) ergibt.<sup>33</sup> Löschungspflicht in der StPO sollen, so die Intention, absolute Geltung beanspruchen. Der Grund:

*„In der StPO ist jedoch vielfach eine bewusst strikt gefasste Pflicht zur Löschung bestimmter Daten, die als besonders sensibel eingestuft werden, vorgesehen [...]“<sup>34</sup>*

Dieser Ansatz ist zu begrüßen. Fraglich ist allerdings, ob eine solche Regelung *stricto sensu* notwendig ist, wie der Entwurf behauptet.<sup>35</sup> Die Unterscheidung zwischen absoluten und relativen Löschungspflichten dürfte nämlich bereits im geltenden Recht angelegt sein, so dass es sich bei § 161 Abs. 2 S. 2 StPO-E eher um eine Klarstellung denn eine inhaltliche Novellierung handelt. So ordnet § 1 Abs. 2 BDSG nF den Anwendungsvorrang spezialgesetzlicher Vorschriften datenschutzrechtlichen Inhalts ausdrücklich an, wenn diese einen Sachverhalt abschließend regeln. Das BMJV nimmt im Hinblick auf die Löschungspflichten in der StPO selbst richtigerweise an, dass diese „bewusst strikt gefasst sind“. Der StPO-Gesetzgeber hat in Ausnahmefällen (§ 489 Abs. 7 StPO) auch Einschränkungen der Löschungspflicht anerkannt, diese bei den meisten normierten Löschungspflichten allerdings nicht mit aufgenommen. Es spricht mithin vieles dafür, dass die normierten Löschungspflichten der StPO für die jeweiligen Anwendungsbereiche (z.B. Telekommunikationsüberwachung) abschließend sind und bereits nach derzeitiger Rechtslage ein Rückgriff auf das BDSG ausgeschlossen ist. Aus Sicht des Praktikers ist eine gesetzliche Klarstellung jedoch absolut wünschenswert, da sie Rechtsklarheit bringt und Fehlentscheidungen entgegenwirkt. Durch die Reformbemühungen wird das Thema Datenschutz im Strafprozess auf die Agenda gesetzt und das Bewusstsein für datenschutzrechtliche Implikationen der breitflächigen Beweismittelgewinnung in Wissenschaft und Praxis geschärft.

Darüber hinaus ist beabsichtigt in §§ 100f, 100h und 110a StPO-E eine Verweisung auf § 100d Abs. 1 und 2 StPO aufzunehmen. Damit würde auch bei Maßnahmen der Akustischen Wohnraumüberwachung und der der technischen Observation sowie beim Einsatz verdeckter Ermittler der Kernbereichsschutz gestärkt und eine Löschungspflicht festgeschrieben. Das BMJV greift hier die

<sup>33</sup> BMJV a.a.O. (Fn. 29), S. 45.

<sup>34</sup> BMJV a.a.O. (Fn. 29), S. 66.

<sup>35</sup> BMJV a.a.O. (Fn. 29), S. 66.

Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts auf.<sup>36</sup> Auch diese gesetzliche Fortschreibung ist zu begrüßen.

Auch unabhängig von den bestehenden Reformbemühungen ist es an der Zeit, dem Datenschutz auch in der praktischen Mandatsbearbeitung im Strafrecht größeres Gewicht beizumessen. Gerichte und Staatsanwaltschaften sind aufgerufen, den datenschutzrechtlichen Grundprinzipien auch im Strafprozess Beachtung zu schenken.

<sup>36</sup> Vgl. BMJV a.a.O. (Fn. 29), S. 64 f. mit Verweis auf BVerfG 1 BvR 966/09, Urteil vom 20. April 2016 - juris, Rn. 176f.

Ein Umdenken wird allerdings nur dann möglich sein, wenn auch in der anwaltlichen Praxis ein Bewusstseinswechsel stattfindet und die Verteidigung engagiert für die datenschutzrechtlichen Interessen der eigenen Mandanten eintritt und die Löschung von sensiblen Daten in allen Verfahrensstadien einfordert. Die aktuelle Gesetzeslage zeigt erste Konturen eines umfassenden Datenschutzkonzepts im Strafprozess. Dieses ist im Alltag mit Leben zu füllen.

## Aufsätze und Anmerkungen

# Auf der Suche nach Harmonie im Strafrecht

Von Maximilian Lenk\*

## I. Einführung

Was zunächst grotesk klingen mag, wenn – salopp gesagt – über den strafrechtlichen Rahmen von Leben und Tod gestritten wird, ist doch bei näherem Hinsehen einer Untersuchung wert, deren Idee auf einen Beitrag von *Rudolf Rengier* zurückgeht, überschrieben mit dem Titel: „Die ‚harmonische‘ Abgrenzung des Raubes von der räuberischen Erpressung entsprechend dem Verhältnis von Diebstahl und Betrug“.<sup>1</sup> Dabei soll das Hauptaugenmerk des folgenden Beitrags ausweislich seines Titels nicht auf der Diskussion um die Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung liegen, sondern sich der Suche nach Harmonie widmen, wie sie in ganz unterschiedlichen Bereichen und auf ganz unterschiedliche Weise im Strafrecht vollstellbar scheint.

Der Begriff der Harmonie erfährt eine Reihe von Bedeutungen, die für die folgenden Gedanken fruchtbar gemacht werden sollen:<sup>2</sup> zum einen umschreibt er die innere und äußere Übereinstimmung zweier Menschen, wobei sich schnell offenbart, dass diese Suche in der strafrechtlichen Jurisprudenz vergeblich aber auch gar nicht wünschenswert ist. Mit der darauf folgenden Erörterung

der Begrifflichkeit im Sinne eines „ausgewogenen und ausgeglichenen Verhältnisses von Teilen zueinander“ kommen wir zu dem Wortsinn, dem die Verwendung des Begriffs durch *Rudolf Rengier* in seinem Beitrag aus dem Jahr 1981 wohl am nächsten kommt und möglicherweise der Rechtsmethodik zugeordnet werden kann. Mit Blick auf die unterschiedlichen Verfahrensbeteiligten im Strafprozess kann auch die Strafprozessordnung auf den Begriff der Harmonie abgeklopft werden, wobei eine konsensuale Verfahrenserledigung möglicherweise in diese Richtung weist. Unter Rekurs auf das historisch überlieferte sog. „Europäische Konzert“, erscheint schließlich die musikalische Bedeutung der Harmonie im Sinne eines wohlklingenden Zusammenklangs mehrerer Töne oder Akkorde als Überschrift für den Harmonisierungsprozess des Strafrechts in seinen unionsrechtlichen Bezügen passend.

## II. Harmonie innerhalb der strafrechtlichen Jurisprudenz

Die Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung zeigt als nur eines unter unzähligen Beispielen die vielfachen Meinungsstreitigkeiten innerhalb der Strafurisprudenz bezüglich rechtlicher Fragen.<sup>3</sup> Eine dortige Suche nach Harmonie gestaltet sich von Anfang an wenig erfolgsversprechend, sind es doch gerade die Rechtswissenschaften, die vom Kampf um Worte, Argumente und nicht zuletzt den daraus entspringenden Theorien leben. Dass Vertreter bestimmter Theorien ihre Meinungen ändern, kommt selten genug vor und scheint vielen auch nicht geboten, gewähren die Rechtswissenschaften doch einem jeden den methodischen Sicherungshaken des

\* Der Verfasser ist akademischer Mitarbeiter am Lehrstuhl für Deutsches und Europäisches Straf- und Strafprozessrecht sowie Umwelt- und Wirtschaftsstrafrecht von Prof. Dr. Bernd Hecker an der Universität Tübingen. Von Juni 2012 bis Juni 2014 war er studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht und Nebengebiete von Prof. Dr. Rudolf Rengier an der Universität Konstanz. Herrn *Professor Rengier* ist dieser Beitrag zu seinem 70. Geburtstag am 15. August 2018 gewidmet.

<sup>1</sup> *Rengier* JuS 1981, 654.

<sup>2</sup> S. zu den unterschiedlichen Deutungen Duden, Deutsches Universalwörterbuch, 6. Aufl. 2007, „Harmonie“ (S. 761).

<sup>3</sup> S. zum Streitstand *Rengier* JuS 1981, 654.



„noch Vertretbaren“. Als Beleg der von vornherein in diesem Bereich vergeblichen Suche soll der in der juristischen Fachzeitschrift (NStZ) ausgetragene Streit des 2. und 5. Strafsenats beim *Bundesgerichtshof* um die Vorzüge des sog. „Zehn-Augen-Prinzips“ bei der Beratung von Revisionsentscheidungen im Beschlussverfahren dienen.<sup>4</sup> Im 10. Heft der NStZ 2013, das ironischerweise mit einem Beitrag *Gepperts* zur Frage strafbarer Kollektivbeleidigungen<sup>5</sup> aufmacht, bezichtigten sich die „Kollegen“ des 2.<sup>6</sup> Und 5.<sup>7</sup> Strafsenats gegenseitig der fehlenden Tatsachenkenntnis, Voreingenommenheit und Manipulation und machten schließlich auch vor der Beschuldigung nicht halt, die Reputation des höchsten deutschen Strafgerichts in Frage zu stellen. Nein, hier finden wir die Harmonie nicht!

Wohlvollend mag man sie allenfalls in der harmonischen Koexistenz unterschiedlicher Meinungsblöcke erkennen, die hin und wieder das Merkmal „herrschend“ wechseln und jeweils für sich reklamieren. *Schopenhauers* Motiv hierfür ist wohl nicht ganz von der Hand zu weisen, wenn er meint: „Die noch übrigen waren jetzt genötigt gelten zu lassen, was allgemein galt, um nicht für unruhige und renitente Köpfe zu gelten, die sich gegen allgemein gültige Meinungen auflehnten, und naseweise Burschen, die klüger sein wollten als alle Welt“<sup>8</sup>. *Rengier* hingegen ließ und lässt sich davon mit seiner stets sachlichen Art nicht beeindruckend, wofür unter vorgehaltener Studentenhand – entsprechend seiner Tätigkeitsschwerpunkte in Freiburg, München und Konstanz – der Titel „*Süddeutsche Mindermeinung*“ kursiert.

### III. Die Harmonie als rechtsdogmatisches Prinzip

Wenden wir uns mit größerer Ernsthaftigkeit der „Harmonie“ zu, wie sie der Verwendung durch *Rengier* in seinem Beitrag zur „harmonischen“ Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung verstanden am nächsten kommt. *Rengier*<sup>9</sup> erblickt diese Harmonie insbesondere in der Strukturgleichheit von Betrugs- und Erpressungstatbestand, wobei die Selbstschädigung bei § 263 StGB durch Täuschung erschlichen, hingegen bei § 253, 255 StGB durch Nötigung erzwungen werde. Deshalb sei den §§ 253, 255 StGB das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung anzuheften, was schließlich dazu führe, dass Vermögensverfügung (§§ 253, 255 StGB) und Wegnahme (§ 249 StGB) und damit einhergehend Raub und räuberische Erpressung –

ebenso wie Diebstahl und Betrug – in einem Exklusivverhältnis zueinander stünden. In der Folge plädiert er dafür, die „Fremdschädigungsdelikte“ §§ 242, 249 StGB als einem gegenüber den „Selbstschädigungsdelikten“ §§ 253, 255 StGB eigenständigen Deliktstypus zu begreifen.<sup>10</sup>

### 1. Rechtsmethodische Einordnung der „Harmonie“

Die „Harmonie“ ist der Rechtsmethodik nicht gänzlich fremd. Wenn *Rengier* bereits im Titel seines Beitrags auf das entsprechende Verhältnis von Diebstahl und Betrug verweist, liegt es für den Rechtsanwender nahe, die Antwort auf die Frage, ob die „harmonische Abgrenzung“ eine rechtsmethodische Einordnung finden kann, im Dunstkreis der systematischen Auslegung zu suchen. Zu Recht, denn häufig erschließt sich der Sinn eines Textes erst aus seinem Kontext, in dem er formuliert und verstanden wird.<sup>11</sup> Wenn dieser Kontext in seiner Gesamtheit als ein „System“, also „ein aus Teilen zusammengesetztes geordnetes Ganzes“<sup>12</sup> aufgefasst wird, dann drängt sich bereits an dieser Stelle die Nähe zum Harmonischen auf, welches das „geordnete Ganze“ noch spezieller in einem ausgewogenen und ausgeglichenen Verhältnis erblicken will. Die juristische Methodik erkennt die *harmonisierende Interpretation*<sup>13</sup> schließlich in der weitergehenden Vorstellung von einem einheitlichen System der Rechtsordnung an, das letztlich dem Grundsatz der Widerspruchslosigkeit genügen muss.<sup>14</sup> Da eine solche Norminterpretation teils darauf hinausläuft, die Widersprüche durch eine dem ursprünglichen Sinn des Gesetzes zuwiderlaufende Interpretation aufzulösen und daher mit der richterlichen Gesetzesbindung und dem Gewaltenteilungsprinzip in Konflikt gerät, bedarf das Postulat seinerseits der Legitimation.<sup>15</sup> Wurde diese früher vermehrt in der Rechtsidee als solcher<sup>16</sup> gesehen,

<sup>10</sup> *Rengier* JuS 1981, 654, 659.

<sup>11</sup> *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, 9. Aufl. 2016, Rn. 744.

<sup>12</sup> *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 11), Rn. 744.

<sup>13</sup> So ausdrücklich *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 11), Rn. 744, 775.

<sup>14</sup> *Höpfner*, Die systemkonforme Auslegung, Diss. 2008, S. 12 ff.; *Rüthers/Fischer/Birk* (Fn. 11), Rn. 744; vgl. *Simon*, Gesetzesauslegung im Strafrecht, Diss. 2004, S. 452 f.; *Vogelauer*, Die Auslegung von Gesetzen in England und auf dem Kontinent, Bd. I, 2001, S. 208; kritisch hierzu im europarechtlichen Kontext *Müller/Christensen*, Juristische Methodik, Bd. II, 3. Aufl. 2012, Rn. 350: „Das alles Recht in sich beschließende Gesetzbuch sollte der sichere Garant einer die widerspruchsvollen Strebungen vereinheitlichenden Totalität des gesellschaftlichen Handelns sein. Von dieser Idee gilt es sich zu verabschieden“; krit. auch *Sendler* NJW 1998, 2875 („Grundrecht auf Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung? – Eine Reise nach Absurdistan?“).

<sup>15</sup> S. hierzu *Höpfner* (Fn. 14), S. 38ff.; *Pawlowski*, Methodenlehre für Juristen, 1981, Rn. 144.

<sup>16</sup> *Engisch*, Einführung in das juristische Denken, 7. Aufl. 1977, S. 180; wegweisend hierfür *Larenz*, in: Festschrift für Arthur Nikisch, 1985, S. 275, 301: „sie [die Prinzipien; Anm. d. Verf.] entstammen aber weder dem Gesetz noch der Rechtsprechung, sondern liegen beiden voraus. Sie sind Ausdrucksformen, Bewegungsrichtungen, Tendenzen des objektiven Geistes, die sich im allgemeinen Rechtsbewußtsein geltend machen [...]. Ihre Rechtfertigung ergibt sich [...] aus der 'Natur der Sache oder der betreffenden Institution', oder auch aus dem 'noch weithin unerforschten

<sup>4</sup> Losgetreten von *Fischer* NStZ 2013, 425, nehmen *Basdorf/Sander/Schneider/Dölp/König/Berger/Bellay* NStZ 2013, 563 den Ball auf und wehren sich gegen die erhobenen Vorwürfe, woraufhin *Fischer/Eschelbach/Krehl* NStZ 2013, 563 zum Gegenschlag ausholen.

<sup>5</sup> *Geppert* NStZ 2013, 553.

<sup>6</sup> *Fischer/Eschelbach/Krehl* NStZ 2013, 563.

<sup>7</sup> *Basdorf/Sander/Schneider/Dölp/König/Berger/Bellay* NStZ 2013, 563.

<sup>8</sup> *Schopenhauer*, Eristische Dialektik oder die Kunst, Recht zu behalten (Kunstgriff 30: „Autoritäten statt Gründe angeben“).

<sup>9</sup> Zum Folgenden *Rengier* JuS 1981, 654, 655 m.w.N.; siehe auch den Strukturvergleich bei *Rengier*, Strafrecht Besonderer Teil I, 19. Aufl. 2017, § 11 Rn. 4.

stellt man heute insbesondere auf Verfassungsprinzipien, wie insbesondere die Rechtsgleichheit und das Rechtsstaatsprinzip ab.<sup>17</sup>

Von Bedeutung ist der Gedanke der Einheit der Rechtsordnung im Besonderen, wenn der Strafrechtler über den Straftatbestand hinaus den Wertungen außerstrafrechtlicher Normen ausgesetzt ist. Mitunter genügen die Normen unterschiedlichen, gar gegenläufigen Interessen, sodass der einen Norm ´Freud, der anderen Leid begründet. Als mustergültiges Experimentierfeld steht hierfür das verwaltungsakzessorische Umweltstrafrecht, wobei sich die Wissenschaft stets mühte und noch immer müht, die Teilordnungen des Verwaltungsrechts und des Strafrechts möglichst stimmig einer widerspruchsfreien Gesamtrechtsordnung zuzuführen.<sup>18</sup> Nicht zuletzt Rengier bediente sich hierbei der Argumentationsfigur der „Widerspruchsfreiheit der Rechtsordnung“.<sup>19</sup> Weiterhin fand insoweit die „Drittmittel-Entscheidung“ des *Bundesgerichtshofs* große Beachtung.<sup>20</sup> Während das (baden-württembergische) Hochschulrecht es zur Aufgabe macht, Drittmittel für Lehre und Forschung einzuwerben, zielt § 331 StGB darauf ab, in sehr weitgehender Weise das Vertrauen der Allgemeinheit in die Lauterkeit des öffentlichen Dienstes zu schützen. Um Wertungswidersprüchen zu begegnen, erklärte der *Bundesgerichtshof* das Rechtsgut des § 331 StGB dann für nicht schutzbedürftig, wenn die Drittmittel zwar Vorteile darstellen, aber auf dem rechtmäßigen Wege, das heißt in dem dafür vorgesehen Verfahren zum Empfänger gelangen.<sup>21</sup> In diesem Falle sei der „Wertungsgleichklang zwischen hochschulrechtlicher Aufgabenstellung und der Strafvorschrift“ auf Tatbestandsebene zu suchen.<sup>22</sup>

Gleichmaß historisch geformter Gerechtigkeitsvorstellungen; vgl. zum Wandel des Larenz'schen Denkens Hüpers, Karl Larenz – Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart, 2010, S. 384ff.; vehement hiergegen im Allgemeinen Rütters, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat, 2014, S. 20ff; ders./Fischer/Birk (Fn. 11), Rn. 913ff. („Scheinbegründung richterlicher Normsetzung“).

<sup>17</sup> Vgl. *BVerfGE* 1, 14, 45; 25, 216, 227; 98, 106, 118f.: „Das Rechtsstaatsprinzip verpflichtet alle rechtssetzenden Organe des Bundes und der Länder, die Regelungen jeweils so aufeinander abzustimmen, daß den Normadressaten nicht gegenläufige Regelungen erreichen, die die Rechtsordnung widersprüchlich machen“; Höpfner (Fn. 14), S. 52, welcher hinsichtlich Wertungswidersprüchen auf den Gleichheitssatz, bzgl. Normwidersprüchen auf das Rechtsstaatsprinzip abstellt; vgl. Simon (Fn. 14), S. 465ff.; krit. hierzu Sendler *NJW* 1998, 2875, 2876, wonach Systemwidrigkeiten allenfalls einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz indizieren könnten.

<sup>18</sup> Vgl. zur Bedeutung der Argumentationsfigur der Einheit der Rechtsordnung im Umweltstrafrecht Felix, Einheit der Rechtsordnung, Habil., 1998, S. 16ff. Kritisch hierzu Heghmanns, Grundzüge einer Dogmatik der Straftatbestände zum Schutz von Verwaltungsrecht oder Verwaltungshandeln, Habil., 1998, S. 100ff.

<sup>19</sup> Rengier *ZStW* 1989, 874, 906f.

<sup>20</sup> *BGHSt* 47, 295.

<sup>21</sup> *BGHSt* 47, 295, 303.

<sup>22</sup> *BGHSt* 47, 295, 308f., mit Anm. Korte *NStZ* 2003, 156, 157, der in methodischer Hinsicht klarstellt, dass der *BGH* den Wertungswiderspruch nicht in einer teleologischen Reduktion des Vorteilsbegriffs aufzulösen sucht, sondern in der

Aber auch innerhalb des Kernstrafrechts sind Wertungswidersprüche nicht fremd. Diese Gedanken können bereits einem Urteil des *Bundesgerichtshofs* im Ersten Band entnommen werden.<sup>23</sup> Der *Bundesgerichtshof* entschied, dass zur Erfüllung des § 259 StGB a.F., der ausweislich seines Wortlauts eine „strafbare Vortat“ erforderte, die Tat eines Strafunmündigen ausreiche.<sup>24</sup> Zu dieser Argumentation gelangte der *Bundesgerichtshof* unter Berücksichtigung der limitierten Akzessorietät im Allgemeinen Teil. Gelte diese Limitierung nicht für teilnahmeähnliche Delikte, mit der Folge, dass „diese [...] von der Strafbarkeit abhängiger“ wären, ließe sich dies mit „der Gerechtigkeit“ nicht vereinbaren und würde „auch der Entwicklung dieser Vergehen aus der Teilnahme an einer anderen Straftat zu selbständigen Straftatbeständen widersprechen“.<sup>25</sup> Indem der *Bundesgerichtshof* den Grundsatz der limitierten Akzessorietät zu einem „gesetzlich zur Anerkennung gelangten, großen, allgemeinen Rechtsgrundsatz“<sup>26</sup> heraufstufte, der auch zur Auslegung anderer Normen bemüht werden kann, nimmt er damit eine – mit Blick auf den gesetzlichen Wortlaut sicherlich zweifelhafte, aber doch aus seiner Sicht – harmonisierende Interpretation vor.

## 2. Einordnung der „harmonischen“ Abgrenzung zwischen Raub und räuberischer Erpressung

Unternehmen wir den Versuch, Rengiers „harmonische Abgrenzung“ rechtmethodisch einzuordnen, gilt es zunächst, sich die dahinter stehende Methodik zu vergegenwärtigen. Denn warum soll – so mag sich der unbedarfte Betrachter fragen – dem räuberischen Diebstahl ein Tatbestandsmerkmal zugetragen werden, das im Wortlaut der §§ 253, 255 StGB überhaupt keine Stütze findet? Hierfür könnte mitunter ein Widerspruch innerhalb der Rechtsordnung sprechen, der eine Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung „entsprechend dem Verhältnis von Diebstahl und Betrug“ nahelegt. Vorliegend könnte im Ausgangspunkt daher folgende Formel gelten: Finden wir einen Norm- oder Wertungswiderspruch, so können unterschiedliche Tatbestände eine strukturelle Angleichung durch den Rechtsanwender erfahren, wenn strukturverwandte Elemente dies rechtfertigen. Wie eng die Verwandtschaft von Normen sein kann, zeigt sich geradezu lehrhaft an dem von Rengier untersuchten Gegenstand im Verhältnis Betrug/Diebstahl und Raub/räuberische Erpressung. Zunächst zeigt sich die Verwandtschaft im Verhältnis der jeweils geschützten Rechtsgüter: während § 242 und § 249 StGB das Rechtsgut Eigentum schützen, liegt § 263 und den §§ 253, 255 StGB das Vermögen als strafrechtlich geschütztes Rechtsgut zugrunde. Zusätzlich kann die Strukturverwandtschaft darin gesehen werden, als –

„Einschränkung des Anwendungsbereichs einer Strafvorschrift im Interesse der Einheit der Rechtsordnung“.

<sup>23</sup> *BGHSt* 1, 47; s. zu weiteren Beispielen Simon (Fn. 14), S. 462ff.

<sup>24</sup> *BGHSt* 1, 47, 48ff.

<sup>25</sup> *BGHSt* 1, 47, 49; siehe hierzu auch Simon (Fn. 14), S. 463 mit Fn. 263, der dies mit „Prinzipienwiderspruch“ tituliert.

<sup>26</sup> *BGHSt* 1, 47, 50.

übereinstimmend in Rechtsprechung<sup>27</sup> und Lehre<sup>28</sup> – § 263 und §§ 253, 255 StGB gegen die Entscheidungsfreiheit gerichtete Vermögensdelikte darstellen. Unterschiedlich wird freilich der Selbstschädigungscharakter der §§ 253, 255 StGB beurteilt, da hiervon maßgeblich das Tatbestandsmerkmal der Vermögensverfügung abhängt. Deshalb sieht die Rechtsprechung in der Erpressung eine „vermögensschädigende, mit Bereicherungsabsicht begangene Nötigung“, wohingegen die herrschende Lehre die Erpressung als nötigungsbedingte Vermögensverfügung interpretiert.<sup>29</sup> Für die Überlagerung des Verhältnisses von Diebstahl und Betrug auf das Verhältnis von Raub und räuberischer Erpressung muss aber im Ausgangspunkt überhaupt ein Norm- oder Wertungswiderspruch vorliegen, der mithilfe des systematischen Instruments einer einheitlichen Rechtsordnung und somit im Sinne einer „harmonischen“ Abgrenzung behoben werden soll. Solch ein Wertungswiderspruch ist aber auch in der ausführlichen fallbezogenen Darstellung *Rengiers* nicht auszumachen. Folglich kann die „harmonische“ Abgrenzung als eigenständige Argumentationsfigur die sog. Verfügungslehre innerhalb der §§ 253, 255 StGB methodisch nicht begründen. Hierfür mögen aber durchaus andere gewichtige Gründe sprechen.<sup>30</sup> *Rengier* wird eine solche Sichtweise wohl auch gar nicht für sich beansprucht haben, hat er durch die Anführungszeichen doch deutlich gemacht, dass er den Begriff „harmonisch“ nicht in einem irgendwie gearteten rechtstechnischen Sinn, sondern – hervorgerufen durch die Parallelität der Normen – eher in einem rechtsästhetischen Sinn verstanden wissen wollte. Als bloßes rechtsästhetisches Ideal kann die Einheit der Rechtsordnung keine Rolle in der juristischen Argumentation spielen.

#### IV. Harmonie im Strafprozess

Durchforstet man die Sachregister der einschlägigen Literatur zum Strafprozess ist die Suche nach der Harmonie auch in diesem Bereich zunächst vergebens. Während die sog. *Konfliktverteidigung* geläufig ist und von der Tagespresse<sup>31</sup> gerne aufgegriffen wird, ist das Gegenstück hierzu jedenfalls sprachlich nicht besetzt. Die Aufgabe des Strafprozesses, den staatlichen Strafanspruch im Ausgleich zwischen staatlicher Verbrechensbekämpfung und wirksamer Sicherung der individuellen Rechte des

mit Strafe Bedrohten durchzusetzen,<sup>32</sup> bringt uns der Begrifflichkeit vielleicht näher und erschließt sich womöglich dadurch, als man den Blick auf die Akteure des Strafprozesses und die zur Verfügung stehenden Mittel zu einer – gewagt ausgedrückt – konfliktvermeidenden Verfahrensbeendigung<sup>33</sup> richtet.

Im Ausgangspunkt zentral für diese Begutachtung ist die Rolle des Strafverteidigers, bezüglich derer bis heute keine Klarheit herrscht. Zwar erklärt § 1 BRAO den Rechtsanwalt zum Organ der Rechtspflege, doch ob und inwieweit daraus Rechte und Pflichten des Verteidigers folgen ist völlig offen<sup>34</sup>. Ein harmonisches Miteinander von Gericht, Staatsanwaltschaft und Verteidiger, wie es im Nationalsozialismus als „praktische Lebens- und Berufskameradschaft“ im Sinne der „Reinerhaltung der Gemeinschaft“<sup>35</sup> propagiert wurde, ist glücklicherweise längst überholt. Sie zeigt aber, welche Irrwege die sogenannte „Rechtspflege“ beschreiten kann, weshalb mancher Verteidiger ihr möglicherweise nicht einmal angehören will.<sup>36</sup> Im liberalen Rechtsstaat obliegt es letztlich der jeweiligen Verteidigungsstrategie, „prozessuale Harmonie“<sup>37</sup> um des Richters Gunst (*favor iudicis*) oder den offenen Konflikt anzustreben; Kampf ist Verteidigung in jedem Falle.<sup>38</sup> Die gesetzlichen Grenzen bilden letztlich nur die Strafvorschriften, die gewissermaßen ein Mindestmaß an Harmonie im Strafverfahren erzwingen: zu nennen sind insbesondere die §§ 153ff.<sup>39</sup>, 258 StGB<sup>40</sup> und die §§ 185ff.<sup>41</sup> StGB, die oftmals den schmalen Grat zwischen zulässigem und strafbarem Verteidigerhandeln markieren.

Weiterhin kann anlässlich der gesetzlichen Normierung des Deals in § 257c StPO die These einer zunehmenden Konsensorientierung des Strafverfahrens in den Raum gestellt werden<sup>42</sup>. Wenngleich die Begründung zum Re-

<sup>27</sup> Für den in Frage stehenden § 253 StGB, s. *BGHSt* 19, 342, 343; 41, 123, 125; *OLG Celle* NStZ 2012, 447, 448.

<sup>28</sup> *Fischer*, Kommentar zum Strafgesetzbuch, 64. Aufl. 2017, § 253 Rn. 2; *Wessels/Hillenkamp*, Strafrecht Besonderer Teil 2, 39. Aufl. 2016, Rn. 706.

<sup>29</sup> Vgl. *Bernsmann* NJW 1982, 2214, 2218.

<sup>30</sup> S. zu den weiteren Argumenten für die Verfügungslehre *Rengier* JuS 1981, 654 (659); insbesondere zu Fällen der Dreieckerpressung, bei der auch die Rspr. (*BGHSt* 41, 123) ein Näheverhältnis fordert und somit den Selbstschädigungscharakter zumindest im Ansatzpunkt anerkennt *Rengier* JZ 1985, 565; *ders.*, Besonderer Teil I, 19. Aufl. 2017, § 11 Rn. 32 m.w.N.

<sup>31</sup> <https://www.op-online.de/region/langen/prozess-manipulation-spielautomaten-langen-eingestellt-7321193.html>;

<http://www.derwesten.de/staedte/essen/zschaepe-anwaltheer-parodie-einer-konfliktverteidigung-id11533359.html>.

<sup>32</sup> *BVerfGE* 133, 168 Rn. 56; *Dahs*, Handbuch des Strafverteidigers, 8. Aufl. 2015, Rn. 2.

<sup>33</sup> Warnend hiervor *Gatzweiler* NJW 1989, 1903.

<sup>34</sup> *BGHSt* 4, 327, 331; 46, 53; *BGH* NJW 2009, 2690, 2693; *Dahs*, (Fn. 32), Rn. 1ff.; *Kühne*, Strafprozessrecht, 9. Aufl. 2015, § 9 Rn. 170ff.; *Lüderssen/Jahn*, in: Löwe-Rosenberg – StPO-Großkommentar, Bd. 4, 26. Aufl. 2007, Vor § 137, Rn. 1a; *Meyer-Goßner/Schmitt*, Kommentar Strafprozessordnung, 56. Aufl. 2013, Vor §§ 137, Rn. 1f.

<sup>35</sup> S. hierzu *König*, Vom Dienst am Recht, 1987, S. 162 f., bezugnehmend auf *Sack*, Der Strafverteidiger und der neue Staat, 1935.

<sup>36</sup> Vgl. *Hassemer* KritV 1990, 260, 272: „Eine Harmonie der Gewalten ist für denjenigen, der ihnen unterliegt, bedrohlich; aus ihrem Gegensatz kann er Möglichkeiten der Verteidigung, Korrektur und Kontrolle entwickeln.“

<sup>37</sup> *Gatzweiler* NJW 1989, 1903, 1904.

<sup>38</sup> *Dahs* (Fn. 32), Rn. 1 eröffnet hiermit sein Handbuch; vgl. dazu auch *Hamm* NJW 2006, 2084, 2087.

<sup>39</sup> Zur Strafbarkeit des Verteidigers wegen Beihilfe zum Meineid durch Tun oder Unterlassen *BGHSt* 4, 327.

<sup>40</sup> Zur Frage der Strafvereitelung durch Verteidigerhandeln *BGHSt* 46, 53; *BGH* NJW 2009, 2690, 2693f.

<sup>41</sup> Zur Beschlagnahme von Verteidigerpost und Schmähungen eines Richters durch den Verteidiger *BGHSt* 53, 257.

<sup>42</sup> Vgl. *Gatzweiler* NJW 1989, 1903, 1904; *Hamm* NJW 2006, 2089 („Ist Strafverteidigung noch Kampf?“); *Lüderssen/Jahn* (Fn. 34), Vor §§ 137 Rn. 1; *Schünemann* NJW 1989, 1895, 1902, wonach sich der Verteidiger „[...] in das Rollengefüge der Justiz integrieren und dadurch im Grunde zu einer Bankrotterklärung hinreißen lässt.“

gierungsentwurf klarstellt, mit der Normierung des Deals in § 257c StPO keine neue Form einer – der StPO bislang fremden – konsensualen Verfahrenserledigung einzuführen,<sup>43</sup> ist der Charakter der Verständigung – auch „Deal“, „Absprache“ oder „strafprozessualer Vergleich“ genannt – als Mittel zum Rechtsfrieden durch Konsensfindung nicht von der Hand zu weisen<sup>44</sup> und mit dem Titel „Der Handel mit Gerechtigkeit“<sup>45</sup> nicht unzutreffend überschrieben. Die dem Institut anheimelnde harmonische Prägung kann sich aber ebenso als Irrtum erweisen. *Gatzweiler*<sup>46</sup> hat bereits mit Blick auf den 58. Juristentag, der sich dem Thema „Absprachen in Strafverfahren? Grundlagen, Gegenstände, Grenzen“ annahm, die einleuchtende Argumentation dargelegt: der konfliktscheue, auf harmonische Verfahrensdurchführung fixierte Anwalt läuft bei mangelndem Fleiß und ungenügender Sorgfalt in der Erarbeitung und Umsetzung eines Verteidigerkonzepts Gefahr, sich einem richterlichen bzw. staatsanwaltlichen Diktat zu unterwerfen.<sup>47</sup> Nimmt der Verteidiger die Interessen seines Mandanten bereits in der Ausgangsphase einer sich anbahnenden Verständigungssituation wahr, um das Machtdefizit des Richters an Gestaltungs- und Verurteilungsbefugnis und das des Staatsanwalts hinsichtlich seiner Verfolgungskompetenz zu kompensieren, muss er eine zunächst konflikträchtige Verteidigungstaktik wählen.<sup>48</sup> In diesen Fällen kann wiederum von Harmonie keine Rede sein. Dem kann freilich die oft beklagte hemdsärmelige Praxis entgegnet werden. Doch beschreibt dies nur die allgemeine Kluft zwischen Anspruch und Wirklichkeit, die wohl nirgends größer als beim Deal ist.<sup>49</sup>

## V. Die Harmonisierung des Strafrechts in seinen unionsrechtlichen Bezügen

Beim Strafrecht in seinen unionsrechtlichen Bezügen scheinen wir nunmehr der Harmonie ganz nahe zu sein, ist doch die Harmonisierung ein elementarer Begriff des Europäischen Strafrechts, der die Angleichung nationaler Strafrechtsnormen auf Grundlage unionsrechtlicher Mindeststandards beschreibt.<sup>50</sup> Ohne Verkennung des begrifflichen Unterschieds zwischen Harmonisierung und Har-

monie bestrebt die Harmonisierung immerhin eine Mindestangleichung nationaler Strafvorschriften bezüglich der im AEUV vorgegebenen Rechtsbereiche (vgl. Art. 83 AEUV) und schafft somit einen diesbezüglich harmonisch abgestimmten, strafrechtlichen Schutzstandard.

Einer solchen harmonischen Angleichung werden jedoch seit jeher Steine in den Weg gelegt.<sup>51</sup> Entsprechend verwundert es nicht, wenn *Maiwald* die zu unserer Betrachtung sehr passende Frage formuliert: „Harmonisierung ohne Harmonie?“<sup>52</sup> Dabei liegen die Disharmonien – jedenfalls nach Ansicht des *Bundesverfassungsgerichts* – bereits in unseren demokratischen Grundpfeilern begründet, die Garant dafür sind, dass „die Mitgliedstaaten ihre Fähigkeit zu selbstverantwortlicher politischer und sozialer Gestaltung der Lebensverhältnisse nicht verlieren.“<sup>53</sup> Im ganz besonderen Maße soll dies für den bezüglich der demokratischen Selbstgestaltungsfähigkeit sensiblen Bereich des Strafrechts gelten,<sup>54</sup> womit das gemeinhin „schärfste Schwert“ im Rechtsstaat zum „Sensibelchen“ im Staatsrecht mutiert. Die verfassungsrechtlichen Grenzen der unionalen Zuständigkeit auf dem Gebiet der Strafrechtspflege zeigt Karlsruhe auf, indem es Harmonisierungsrichtlinien nur für bestimmte grenzüberschreitende Sachverhalte und neben dem ohnehin geltenden Subsidiaritätsprinzip und Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nur unter restriktiven Voraussetzungen zulässt.<sup>55</sup> Demnach reicht etwa im Rahmen der originären Strafrechtsangleichungskompetenz des Art. 83 Abs. 1 AEUV zur Begründung der „besonderen Notwendigkeit“, Straftaten auf gemeinsamer Grundlage zu bekämpfen, allein ein begründeter politischer Wille nicht aus.<sup>56</sup> Hinsichtlich der Annexkompetenz in Art. 83 Abs. 2 AEUV muss sogar „nachweisbar feststehen, dass ein gravierendes Vollzugsdefizit tatsächlich besteht und nur durch Strafandrohung beseitigt werden kann.“<sup>57</sup>

<sup>43</sup> BT-Drs. 16/12310, S. 8; unter Verweis auf *BVerfGE* 133, 168

<sup>44</sup> Vgl. *Detlef Deal* (aus *Mauschelhausen*) *StV* 1982, 545; *Hanack StV* 1987, 500; *Hauer*, *Geständnis und Absprache*, Diss. 2007, S. 54f.; *Meyer-Goßner* (Fn. 34), § 257c Rn. 3; *Schünemann NJW* 1989, 1895, 1898; *Sickor*, *Das Geständnis*, Diss. 2014, S. 441: „Vor etwas mehr als einhundertzwanzig Jahren konnte *Otto Mayer* die Möglichkeit eines Vertrages zwischen Staat und Bürger im Verwaltungsrecht noch vehement verneinen. Inzwischen paktiert der Staat nicht nur im Verwaltungsrecht, sondern hat auch das Strafrecht – das materielle Strafrecht ebenso wie das Strafverfahrensrecht – zur Disposition derjenigen gestellt, die es sich leisten können, der Justiz genügend Widerstand entgegenzusetzen.“

<sup>45</sup> Nach *Schumann*, *Der Handel mit Gerechtigkeit*, 1977.

<sup>46</sup> *Gatzweiler NJW* 1989, 1903.

<sup>47</sup> *Gatzweiler NJW* 1989, 1903, 1904; vgl. auch *Sickor* (Fn. 44), S. 438.

<sup>48</sup> *Gatzweiler NJW* 1989, 1903, 1905.

<sup>49</sup> Vgl. *BVerfGE* 133, 168 Rn. 116ff.

<sup>50</sup> *Hecker*, *Europäisches Strafrecht*, 5. Aufl. 2015, Kap. 8 Rn. 37; ders., in: *Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg* (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht*, 2014, § 10 Rn. 1.

<sup>51</sup> Mit Blick auf das niederländische Strafrecht *Rüter ZStW* 1993, 30, 44ff. (‘Harmonie trotz Dissonanz’): „Wir brauchen die Einsicht, daß die Unterschiede zwischen unseren Rechtsordnungen keine Zufallserscheinungen sind, sondern begründet werden durch die Unterschiede der Kulturen, die man weder per Dekret noch per Vertrag beseitigen kann [...]. Das ist nicht dramatisch, denn es wäre ein Irrtum zu glauben, daß identische Ziele nur mit identischen Gesetzen und identischen Methoden verwirklicht werden könnte“; *Weigend ZStW* 1993, 774, 802: „Im Übrigen bedarf es auch in Zukunft keiner vereinheitlichten ‘europäischen Strafrechtsordnung’, sondern der vertrauensvollen Zusammenarbeit der Staaten auf der Grundlage der Achtung nationaler Traditionen.“

<sup>52</sup> *Maiwald*, in: *Festschrift für Wolfgang Frisch*, 2013, S. 1375. *BVerfGE* 123, 267, 347.

<sup>54</sup> *BVerfGE* 123, 267, 359f.; krit. *Gärditz*, in: *Böse* (Hrsg.), *Europäisches Strafrecht mit polizeilicher Zusammenarbeit*, 2013, § 6 Rn. 11 ff.; vgl. *Weigend ZStW* 1993, 774, 786: „Es geht also genau genommen nicht um die Bewahrung einer speziellen ‘Strafrechtskultur’, sondern um die Erhaltung der Verbindung des Strafrechts zur jeweiligen nationalen Kultur.“

<sup>55</sup> *BVerfGE* 123, 267, 406ff.

<sup>56</sup> *BVerfGE* 123, 267, 410; zweifelnd hinsichtlich der in Art. 83 Abs. 1 UA 2 genannten Deliktsbereiche *Satzger*, *Internationales und Europäisches Strafrecht*, 6. Aufl. 2013, § 9 Rn. 36.

<sup>57</sup> *BVerfGE* 123, 267, 411f.; hiergegen *Hecker* (Fn. 50), Kap. 8 Rn. 48: „Dem Unionsgesetzgeber kann nicht abverlangt

Ist diese Hürde erst einmal genommen, erweist sich das sog. Notbremseverfahren in Art. 83 Abs. 3 AEUV als ein weiterer Störenfried auf dem Weg zur Harmonie. Es gewährt den Mitgliedsstaaten ein bis zur Grenze der Missbräuchlichkeit ausgestaltetes Vetorecht,<sup>58</sup> wenn diese „grundlegende Aspekte ihrer Strafrechtsordnung“ berührt sehen. Was unter den „grundlegenden Aspekten“ einer Strafrechtsordnung zu verstehen ist, erscheint kaum justiziabel. Für das deutsche Recht werden unter anderem das Rechtsguts- und Schuldprinzip, das Rückwirkungsverbot, das Bestimmtheitsgebot sowie die Straflosigkeit juristischer Personen vorgebracht.<sup>59</sup> Sie dürften unter Berücksichtigung der nationalen Traditionen erheblich divergieren.<sup>60</sup> Mit Blick auf die Umsetzung europäischer Richtlinien ergeben sich weitere vielfältige Probleme, die sowohl mit den sprachlichen Feinheiten aber auch der unionsautonomen Auslegung der Begrifflichkeiten zusammenhängen dürften.<sup>61</sup> Wenn *Maiwald* in seinem

werden, was auch auf nationaler Ebene kaum jemals zu leisten ist“; anders *Satzger* (Fn. 56), § 9 Rn. 41 („einschränkungslos zuzustimmen“).

<sup>58</sup> Insoweit wird den Mitgliedstaaten eine nicht überprüfbare Einschätzungsprärogative zugestanden; s. hierzu *Hecker* (Fn. 50), Kap. 8 Rn. 58; ders. in: *Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg* (Fn. 50), § 10 Rn. 47; *Heger* ZIS 2009, 406, 414.

<sup>59</sup> Siehe zu weiteren möglichen Aspekten *Hecker* (Fn. 50), Kap. 8 Rn. 57; *Heger* ZIS 2009, 406, 414; *Maiwald*, in: Festschrift für Wolfgang Frisch, 2013, S. 1375, 1377.

<sup>60</sup> S. zu Beispielen aus anderen europäischen Strafrechtsordnungen im Überblick *Maiwald*, in: Festschrift für Wolfgang Frisch, 2013, S. 1375, 1378 ff.: Für das französische Recht die unbekannte Figur der unechten Unterlassungsdelikte; im englischen Recht die Möglichkeit einer verschuldensunabhängigen Haftung im Sinne der strict liability; im italienischen Recht verbietet die Verfassung die Strafbarkeit des untauglichen Versuchs.

<sup>61</sup> *Maiwald*, in: Festschrift für Wolfgang Frisch, 2013, S. 1375, 1383ff.; siehe aber zum insoweit beachtlichen Schonungs-

Resümee schließlich die Frage aufwirft, ob sich die traditionsbedingten strafrechtlichen Besonderheiten in den nationalen Rechtsordnungen im Zuge der Europäisierung „wegharmonisieren“ lassen,<sup>62</sup> erübrigt sich auch im Bereich des europäischen Strafrechts die weitere Suche nach wahrer Harmonie.

## VI. Resümee

Unsere Suche nach *der* Harmonie im Strafrecht findet hier ihr Ende. In den strafrechtlichen Auseinandersetzungen, der juristischen Dogmatik, den prozessualen Interessen sowie in den europäischen Gefilden sucht man sie meist mühsam und oft vergeblich. Vereinzelt kam sie zum Vorschein und entpuppte sich dann meist als eine Fata Morgana. Tröstlich halten wir es mit *Hassemer*, der wohl in einem weiteren Sinne recht hatte, als er mit Blick auf Verständigungen im Strafverfahren sagte: „Wenn ich das Wort `Konsens` im Zusammenhang mit Strafrecht höre, sträuben sich bei mir die Nackenhaare, weil ein Strafverfahren immer eine hierarchische Veranstaltung sein muss, bei der jemand Eingriffe in seine wichtigsten Grundrechte erleidet. Das geschieht niemals im Konsens.“<sup>63</sup>

gebot *Hecker*, in: *Sieber/Satzger/v. Heintschel-Heinegg* (Fn. 50), § 10 Rn. 44.

<sup>62</sup> *Maiwald*, in: Festschrift für Wolfgang Frisch, 2013, S. 1375, 1386.

<sup>63</sup> So jedenfalls einheitlich zitiert von *Hamm* NJW 2006, 2084, 2087 und *Prantl*, Der kleine und der große Deal, in: ZEIT Kursbuch Heft 166 (abrufbar: [http://www.zeit.de/feuilleton/kursbuch\\_166/prantl/seite-2](http://www.zeit.de/feuilleton/kursbuch_166/prantl/seite-2)).

### Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

### Schrifttum

## Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

# Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

## **606. EuGH C-216/18 PPU – Urteil des EuGH (Große Kammer) vom 25. Juli 2018 (LM)**

Eilvorabentscheidungsverfahren; Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen; Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens; Europäischer Haftbefehl (Vollstreckungsvoraussetzungen und mögliches Rechtsstaatsverfahren gegen Anordnungsstaat, hier insbesondere bei Zweifeln betreffend Wahrung des Rechts auf Zugang zu einem unabhängigen und unparteiischen Gericht und des fair trial Grundsatzes).

Art. 2 EUV; Art. 3 EUV; Art. 6 EUV; Art. 7 EUV; Art. 19 EUV; Art. 267 AEUV; Art. 47 GRC; Art. 48 GRC; Art. 6 EMRK; Art. 1 Abs. 2 und 3 RBEuHB; Art. 3 RBEuHB; Art. 4 RBEuHB; Art. 4a RBEuHB; Art. 5 RBEuHB; Art. 7 RBEuHB; Art. 15 RBEuHB; Section 37/1) Irish European Arrest Warrant Act 2003; COM(2017) 835 final; Art. 107 EuGH-Verfahrensordnung

## **607. EuGH C-220/18 – Urteil des EuGH (Erste Kammer) vom 25. Juli 2018 (ML)**

Pflicht zur loyalen Zusammenarbeit zwischen den Mitgliedstaaten; Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung und Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens, hier im Rahmen der justiziellen Zusammenarbeit in Strafsachen; Europäischer Haftbefehl (Vollstreckungsvoraussetzungen; Gründe für die Ablehnung der Vollstreckung, hier insbes. Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung und Haftbedingungen im Ausstellungsmitgliedstaat; Umfang der Prüfung durch die vollstreckenden Justizbehörden; Bestehen von Rechtsschutzmöglichkeiten im Ausstellungsmitgliedstaat; Zusicherungen; Aranyosi II).

Art. 1 Abs. 3 RBEuHB; Art. 5 RBEuHB; Art. 6 Abs. 1 RBEuHB; Art. 7 RBEuHB; Art. 15 RBEuHB; Art. 17 RBEuHB (Rahmenbeschluss 2002/584/JI); Art. 4 Abs. 3 EUV; Art. 4 GRC; Art. 47 GRC; Art. 51 GRC; Art. 52 GRC; Art. 3 EMRK; § 73 IRG

## **608. EuGH C-268/17 – Urteil des EuGH (Fünfte Kammer) vom 25. Juli 2018 (AY)**

Justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen; Europäischer Haftbefehl (Gründe für die Ablehnung der Vollstreckung; Doppelverfolgungsverbot [ne bis in idem] bei Einstellung eines strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens im Vollstreckungsmitgliedstaat; gesuchte Person [Verfolgter], die in einem vollstreckungsmitgliedstaatlichen Verfahren lediglich als Zeugen geführt wurde; Ausstellung mehrerer

Europäischer Haftbefehle gegen dieselbe Person); Eilvorabentscheidungsverfahren (Ablehnung, aber vorrangige Behandlung; Vorlage durch ein Gericht des Ausstellungsmitgliedstaates zur Klärung der Verpflichtungen des Vollstreckungsmitgliedstaates).

Art. 1 Abs. 2 RBEuHB; Art. 3 Nr. 2 RBEuHB; Art. 4 Nr. 3 RBEuHB; Art. 15 Abs. 1 RBEuHB; Art. 17 Abs. 1 und 6 RBEuHB; Art. 107 EuGH-Verfahrensordnung; Art. 53 Abs. 1 EuGH-Verfahrensordnung

## **609. BVerfG 1 BvR 673/18 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 22. Juni 2018 (OLG Celle / LG Verden / AG Verden (Aller))**

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen eine Verurteilung wegen Volksverhetzung (Meinungsfreiheit und Schutz von Tatsachenbehauptungen; Berücksichtigung des Gesamtkontexts der Äußerung; „Auschwitz-Lüge“ als erwiesen unwahre Tatsachenbehauptung; allgemeine Gesetze als Schranken der Meinungsfreiheit; Ausnahme bei meinungsbeschränkenden Gesetzen gegen die propagandistische Affirmation der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft; kein allgemeines antinationalsozialistisches Grundprinzip des Grundgesetzes; Zulässigkeit staatlicher Eingriffe erst bei Gefährdung des öffentlichen Friedens; Wechselwirkungslehre; Tatbestandsmerkmale der Volksverhetzung; Indikation einer Eignung zur Friedensstörung bei Billigung oder Leugnung der nationalsozialistischen Verbrechen).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 5 Abs. 2 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 130 Abs. 3 StGB; § 130 Abs. 4 StGB; § 6 VStGB

## **610. BVerfG 1 BvR 2083/15 (3. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 22. Juni 2018 (OLG Hamm / LG Paderborn)**

Verletzung der Meinungsfreiheit durch eine Verurteilung wegen Volksverhetzung (Meinungsfreiheit und Schutz von Tatsachenbehauptungen; allgemeine Gesetze als Schranken der Meinungsfreiheit; Ausnahme bei meinungsbeschränkenden Gesetzen gegen die propagandistische Affirmation der nationalsozialistischen Gewalt- und Willkürherrschaft; kein allgemeines antinationalsozialistisches Grundprinzip des Grundgesetzes; Zulässigkeit staatlicher Eingriffe erst bei Gefährdung des öffentlichen Friedens; Wechselwirkungslehre; Tatbestandsmerkmale der Volksverhetzung; Indikation einer Eignung zur Friedensstörung bei Billigung oder Leugnung der nationalso-

zialistischen Verbrechen, nicht hingegen bei deren Verharmlosung; kein Schutz der Bürger vor einer Konfrontation mit provokanten Ideologien; Strafbarkeit erst bei drohenden Rechtsgutgefährdungen).

Art. 5 Abs. 1 Satz 1 GG; Art. 5 Abs. 2 GG; Art. 103 Abs. 2 GG; § 130 Abs. 3 StGB; § 130 Abs. 5 StGB; § 6 VStGB

**611. BVerfG 2 BvR 631/18 (1. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 25. Juni 2018 (OLG München / LG Augsburg / AG Augsburg)**

Fortdauer der Untersuchungshaft (Freiheitsgrundrecht; Unschuldvermutung; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Begründungstiefe von Haftfortdauerentscheidungen; unzureichende Begründung der Fluchtgefahr lediglich mit der Straferwartung; fehlende Auseinandersetzung mit gegen eine Fluchtgefahr sprechenden Umständen; Verdunkelungsgefahr; lediglich punktuelle Würdigung des Verhaltens des Beschuldigten); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (fortbestehendes Feststellungsinteresse nach Ersetzung des ursprünglichen Haftbefehls durch einen neuen Haftbefehl).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 112 Abs. 2 Nr. 2 StPO; § 112 Abs. 2 Nr. 3 StPO

**612. BVerfG 2 BvR 635/17 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 16. Mai 2018 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)**

Pauschalierte Kostenbeteiligung für den Betrieb privater Fernsehgeräte im Strafvollzug (Recht auf effektiven Rechtsschutz; Beachtung der spezifischen Beweisprobleme Strafgefangener; grundsätzliche Zulässigkeit der Erhebung von Betriebskostenpauschalen; Summe der tatsächlichen Betriebskosten als Obergrenze für die Einnahmen aus den Kostenpauschalen; Erfordernis der Sachaufklärung; keine ungeprüfte Zugrundelegung der nicht belegten und bestrittenen Angaben der Vollzugsanstalt); Recht auf den gesetzlichen Richter (Entscheidung über einen Befangenheitsantrag; Verfassungsverstoß nur bei Willkür oder grundlegender Verkennung der grundgesetzlichen Verfahrensgarantie; völlig unzureichend begründeter Ablehnungsantrag).

Art. 3 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 71 Abs. 1 BayStVollzG; Art. 73 BayStVollzG

**613. BVerfG 2 BvR 1260/16 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 19. Juni 2018 (LG Braunschweig)**

Durchsuchung einer Wohnung (Wohnungsgrundrecht; Ermittlungsverfahren wegen Betruges über die Internet-Plattform „ebay“; Anfangsverdacht; Richtervorbehalt; Begrenzungsfunktion des Durchsuchungsbeschlusses; Beschreibung von Tatvorwurf und zu suchender Beweismittel; keine Nachbesserung im Beschwerdeverfahren; zeitliche Eingrenzung der Tatvorwürfe; Ausschluss der Verjährung; Abgrenzung zu weiteren Vorwürfen; keine Durchsuchung wegen erst zu erwartender Taten).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 102 StPO; § 103 StPO; § 105 StPO; § 263 StGB

**614. BVerfG 2 BvR 1261/16 (Zweiter Senat) - Beschluss vom 26. Juni 2018**

Selbstablehnung des Bundesverfassungsrichters Müller wegen Besorgnis der Befangenheit (Verfassungsbeschwerdeverfahren gegen das Gesetz zur Strafbarkeit der geschäftsmäßigen Förderung der Selbsttötung; Ausschluss des Richters wegen seines früheren besonderen politischen Engagements im Gesetzgebungsverfahren).

§ 18 BVerfGG; § 19 Abs. 1 BVerfGG; § 19 Abs. 3 BVerfGG; § 217 StGB

**615. BVerfG 2 BvR 1287/17, 2 BvR 1583/17 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 27. Juni 2018 (LG München I / AG München)**

Unzulässige Verfassungsbeschwerde einer international tätigen US-amerikanischen Rechtsanwaltskanzlei gegen die Durchsuchung eines Kanzleistandorts im Inland („VW-Dieselskandal“; Beschwerdebefugnis; inländische juristische Personen als Träger materieller Grundrechte; ausländische juristische Personen; Berufung lediglich auf Verfahrensgewährleistungen; Ausnahme bei Sitz in der Europäischen Union und hinreichendem Inlandsbezug; „Sitztheorie“; Ort der tatsächlichen Hauptverwaltung bei mehreren Standorten; fehlende organisatorisch selbständige Stellung des inländischen Kanzleistandorts; keine Grundrechtsberechtigung aufgrund zwischenstaatlichen Handelsvertrages).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 3 GG; Art. 93 Abs. 4a GG; § 90 Abs. 1 BVerfGG; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 103 StPO

**616. BVerfG 2 BvR 1405/17, 2 BvR 1780/17 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 27. Juni 2018 (LG München I / AG München)**

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde eines Automobilherstellers gegen die Sicherstellung von Unterlagen und Daten bei einer von ihm mit internen Ermittlungen beauftragten Anwaltskanzlei („VW-Dieselskandal“; juristische Personen als Träger des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung bei grundrechtlich erheblicher Gefährdungslage; Zulässigkeit einer Beschlagnahme bei Berufsgeheimnisträgern; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; staatliches Interesse an einer wirksamen Strafverfolgung; Interesse am Schutz unternehmensinterner Daten; Vertrauensverhältnis zwischen Rechtsanwalt und Mandant; Legitimationsbedürftigkeit von Beweiserhebungsverboten; kein Beschlagnahmeverbot außerhalb des Berufsgeheimnisträger-Beschuldigten-Verhältnisses; Beschlagnahmeschutz erst bei zumindest beschuldigten-ähnlicher Verfahrensstellung aufgrund eines hinreichenden Verdachts; kein Beschlagnahmeschutz für den Mutterkonzern wegen eines parallel geführten Ordnungswidrigkeitenverfahrens gegen eine Tochtergesellschaft).

Art. 2 Abs. 1 GG; § 94 StPO; § 97 Abs. 1 Nr. 3 StPO; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 103 StPO; § 110 StPO; § 160a Abs. 1 Satz 1 StPO

**617. BVerfG 2 BvR 1562/17 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 27. Juni 2018 (LG München I / AG München)**

Unzulässige Verfassungsbeschwerde von Rechtsanwälten einer international tätigen US-amerikanischen Anwaltskanzlei gegen die Durchsuchung eines Kanzleistandorts im Inland („VW-Dieselskandal“; Beschwerdebefugnis; eigene Betroffenheit durch einen Grundrechtseingriff;

Schutz des Wohnungsgrundrechts bei Geschäftsräumen regelmäßig nur für den Geschäftsinhaber; Schutz der räumlichen Privatsphäre einer natürlichen Person innerhalb von Betriebsräumen; Berufsfreiheit; Grundrecht auf wirtschaftliche Betätigung; Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung; Recht auf ein faires Verfahren; Geltung auch für Nichtbeschuldigte bei eigener Betroffenheit).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 14 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 93 Abs. 4a GG; § 90 Abs. 1 BVerfGG; § 98 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 103 StPO

**618. BGH 4 StR 645/17 - Beschluss vom 21. Juni 2018 (LG Bielefeld)**

Sexueller Missbrauch von Schutzbefohlenen (Missbrauch einer aus dem Obhutsverhältnis resultierenden Abhängigkeit).

§ 174 Abs. 1 Nr. 2 1. Alternative StGB

**619. BGH 3 StR 102/18 - Beschluss vom 17. Mai 2018 (LG Verden)**

Änderung des Schuldspruchs nach Beschränkung des Verfahrens.

§ 154a StPO

**620. BGH 3 StR 171/17 - Beschluss vom 12. Juni 2018 (LG Osnabrück)**

Persönlicher Schadenseinschlag beim Betrug (Vermögensschaden; Gesamtsaldierung; subjektiver Wert; Unbrauchbarkeit der Gegenleistung; Urteil eines objektiven Dritten; normative Betrachtung; individuelle und wirtschaftliche Bedürfnisse und Verhältnisse des Geschädigten; andere zumutbare Verwendung; problemloser Weiterverkauf).

§ 263 StGB

**621. BGH 3 StR 176/18 - Beschluss vom 12. Juni 2018 (LG Hannover)**

Voraussetzungen der Gewerbsmäßigkeit beim Regelbeispiel der Urkundenfälschung in einem besonders schweren Fall (Erfordernis einer auf Urkundenfälschung bezogenen Wiederholungsabsicht).

§ 267 Abs. 1, Abs. 3 StGB

**622. BGH 3 StR 181/18 - Beschluss vom 26. Juni 2018 (LG Mönchengladbach)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Versäumung der Revisionsfrist; Beweiskraft des gerichtlichen Posteingangsstempels (Anforderungen an die Entkräftung des Beweises; Glaubhaftmachung; Behauptung einer Fehlstempelung; plausible, in sich widerspruchsfreie und beweisbare Darstellung).

§ 37 StPO; § 44 StPO; § 418 ZPO

**623. BGH 3 StR 28/18 - Beschluss vom 14. Juni 2018 (LG Koblenz)**

Wegfall der Einziehungsentscheidung nach Einstellung.

§ 33 BtMG; § 154 Abs. 2 StPO

**624. BGH 3 StR 61/18 - Beschluss vom 14. Juni 2018 (LG Duisburg)**

Rechtsmittelrücknahmeerklärung des Angeklagten (Wirksamkeit; Fähigkeit zur vernünftige Interessenwahrnehmung; Freiheit der Willensentschließung und Willensbetä-

tigung; Geschäfts- oder Schuldunfähigkeit; Unfähigkeit zur Erfassung der Bedeutung der abgegebenen Erklärung; Unwiderruflichkeit und Unanfechtbarkeit; Verlust des Rechtsmittels; Voraussetzungen eines gleichzeitigen Widerrufs).

§ 302 StPO; § 130 Abs. 1 BGB

**625. BGH 3 StR 70/18 - Beschluss vom 28. Mai 2018 (LG Wuppertal)**

Eigene Rechtsfolgenentscheidung des Revisionsgerichts bei rechtsfehlerhafter Strafraumenwahl des Tatgerichts.

§ 354 Abs. 1a StPO

**626. BGH 3 StR 8/18 - Beschluss vom 3. Mai 2018 (LG Osnabrück)**

Einziehung von Tatmitteln als Nebenstrafe (bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Freiheitsstrafe; angemessene Berücksichtigung im Rahmen einer Gesamtbetrachtung der den Täter treffenden Rechtsfolgen).

§ 46 StGB; § 74 StGB

Die Einziehung nach § 74 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 StGB nF hat den Charakter einer Nebenstrafe und stellt damit eine Strafzumessungsentscheidung dar. Wird dem Täter auf diese Weise ein ihm zustehender Gegenstand von nicht unerheblichem Wert (hier: ein Pkw) entzogen, so ist dies deshalb ein bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafe und insoweit im Wege einer Gesamtbetrachtung der den Täter treffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen.

**627. BGH 3 StR 197/18 - Beschluss vom 26. Juni 2018 (LG Mainz)**

Unzulässiger Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (fehlende Mitteilung über den Zeitpunkt des Wegfalls eines der Fristwahrung entgegenstehenden Hindernisses).

§ 44 StPO; § 45 StPO

**628. BGH 3 StR 226/18 - Beschluss vom 12. Juni 2018 (LG Krefeld)**

Beischlaf zwischen Verwandten (keine Erfassung von beischlafähnlichen Handlungen; Anal- und Oralverkehr).

§ 173 Abs. 1 StGB

**629. BGH 3 StR 286/17 - Urteil vom 19. April 2018 (OLG Celle)**

BGHSt; Unterstützung einer terroristischen Vereinigung durch Zusage oder Begehung einer deren Zwecken dienenden oder deren Tätigkeit entsprechenden Straftat (Vorteil für die Vereinigung als Folge des Unterstützens; Zusicherung der Begehung einer in den wesentlichen Grundzügen konkretisierten Straftat; objektiver Nutzen; Festigung der Gefährlichkeit der Vereinigung; Anstiftung oder Beihilfe des Außenstehenden durch ein Mitglied); Konkurrenzen (Tatmehrheit; Gesetzeskonkurrenz; Organisationsdelikt; Bereiterklären zum Verbrechen und anschließende Umsetzung).

§ 129a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 5 S. 1 StGB; § 129b StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 30 StGB

**630. BGH 3 StR 400/17 - Beschluss vom 8. Februar 2018 (KG Berlin)**



BGHSt; Rechtsgrundlage für die Ermittlung von Standortdaten durch den Versand „stiller SMS“ (Telekommunikation; menschlich veranlasster Informationsaustausch; Inhaltsdaten; Verkehrsdaten; Ermittlungsgeneralklausel; sonstige technische Mittel; Fernmeldegeheimnis; Recht auf informationelle Selbstbestimmung; Freiheit der Wohnung); Aufklärungsrüge wegen unterbliebener Beiziehung von Akten; Verlesung von Urkunden im Selbstleseverfahren.

§ 100a StPO; § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO; § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 161 Abs. 1 S. 1 StPO; 163 Abs. 1 StPO; § 244 StPO; § 249 StPO; § 250 S. 2 StPO; § 344 Abs. 2 S. 2 StPO; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 10 GG; Art. 13 GG

**631. BGH 3 StR 422/17 - Beschluss vom 12. Juni 2018 (LG Kleve)**

Einziehung bei der Verurteilung wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Fällen eines im Fahrzeug verbauten „Schmuggelverstecks“.

§ 29 BtMG; § 74 StGB

**632. BGH 3 StR 486/17 - Beschluss vom 30. Mai 2018 (LG Köln)**

Anforderungen an die Abfassung der Urteilsgründe (gesetzliche Vorgaben; Auswahl zwischen Wesentlichem und Unwesentlichem; kurze, klare und bestimmte Sachverhaltsschilderung; für erwiesen erachtete Tatsachen; keine Dokumentation der Beweisaufnahme; Ressourcen der Justiz).

§ 267 StPO

1. Die Urteilsgründe müssen nach § 267 Abs. 1 S. 1 StPO die für erwiesen erachteten Tatsachen angeben, in denen die gesetzlichen Merkmale der Straftat gefunden werden. Die Sachverhaltsschilderung soll kurz, klar und bestimmt sein und alles Unwesentliche fortlassen. Gleiches gilt entsprechend für die Beweiswürdigung, in der das Beweisergebnis nur so weit erörtert werden soll, wie es für die Entscheidung von Bedeutung ist, nicht aber eine Dokumentation der Beweisaufnahme vorgenommen werden soll. Ebenso wenig ist es angezeigt, zu jeder Feststellung, mag sie in Bezug auf den Tatvorwurf noch so unwesentlich sein, einen Beleg in den Urteilsgründen zu erbringen.

2. Es handelt sich bei diesen Grundsätzen nicht bloß um unverbindliche stilistische Maßgaben, sondern um die einzuhaltenden gesetzlichen Vorgaben des § 267 Abs. 1-3 StPO. Es ist stets eine wertende Auswahl zwischen Wesentlichem und Unwesentlichem zu treffen. Gerade darin liegt die unverzichtbare geistige Leistung, die von einem Richter zu verlangen ist. Eine umfassende Wiedergabe aller denkbaren Umstände und Verfahrensabläufe ist schließlich auch mit Blick auf einen angemessenen Umgang mit den Ressourcen der Justiz zu unterlassen.

**633. BGH 3 StR 490/17 - Beschluss vom 28. Mai 2018 (OLG Düsseldorf)**

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

**634. BGH 3 StR 625/17 - Beschluss vom 22. März 2018 (LG Hannover)**

Klarstellung des Schuldspruchs (keine Aufnahme des Vorliegens eines gesetzlichen Regelbeispiels in die Urteilsformel).

§ 260 StPO

**635. BGH 3 StR 657/17 - Beschluss vom 20. Februar 2018 (LG Düsseldorf)**

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

**636. BGH 3 StR 660/17 - Beschluss vom 4. April 2018 (LG Wuppertal)**

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

**637. BGH 5 StR 17/18 - Urteil vom 9. Mai 2018 (LG Hamburg)**

BGHR; Widerspruchserfordernis bei der Rüge unzulässiger Verwertung von Durchsuchungsfunden (Rügepräklusion; Sinn und Zweck der Widerspruchsbliegenheit; subsidiärer Rechtsschutz; Schonung von Justizressourcen; keine Differenzierung innerhalb unselbständiger Beweisverwertungsverbote).

§ 105 StPO; § 261 StPO; § 344 Abs. 2 S. 2 StPO

**638. BGH 5 StR 38/18 - Beschluss vom 3. Juli 2018 (LG Berlin)**

Keine Begründung von schutzwürdigem Vertrauen durch rechtlichen Hinweis.

§ 265 StPO

**639. BGH 5 StR 63/18 - Beschluss vom 8. Mai 2018 (LG Berlin)**

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

**640. BGH 5 StR 67/18 - Beschluss vom 23. Mai 2018 (LG Potsdam)**

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

**641. BGH 5 StR 68/18 - Urteil vom 20. Juni 2018 (LG Bremen)**

Beurteilung der nicht geringen Menge bei teilweise zum Weiterverkauf und teilweise zum Eigenkonsum bestimmten Betäubungsmitteln; Konkurrenzen zwischen Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge und Handeltreiben (Auffangfunktion gegenüber anderen Verbrechen; keine Verdrängung durch ein Vergehen; keine Orientierung an den Wirkstoffgehalten der Teilmengen).

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 29a Abs. 1 BtMG; § 52 StGB

**642. BGH 5 StR 83/18 - Beschluss vom 6. Juni 2018 (LG Berlin)**

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

**643. BGH 5 StR 109/18 - Beschluss vom 5. Juni 2018 (LG Berlin)**

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

**644. BGH 5 StR 111/18 - Beschluss vom 8. Mai 2018 (LG Berlin)**

Fehlerhafte Bemessung des Vorwegvollzugs.

§ 67 Abs. 2 StGB

**645. BGH 5 StR 113/18 - Beschluss vom 20. Juni 2018 (LG Hamburg)**

Rechtsfehlerhafte Adhäsionsentscheidung (unzureichende Begründung; Mitteilung der Schadenspositionen; Übergang von Ansprüchen; Bezeichnung des Adhäsionsklägers in Rubrum oder Urteilsformel; Absehen von einer Entscheidung über den Adhäsionsantrag).

§ 406 StPO

**646. BGH 4 StR 607/17 - Beschluss vom 4. Juli 2018 (LG Hagen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**647. BGH 4 StR 638/17 - Beschluss vom 21. Juni 2018 (LG Trier)**

Anrechnung (keine Aussetzung zur Bewährung nach vollständiger Erledigung durch Anrechnung); Verbot der Verschlechterung (Anwendbarkeit bei Verweisung an das zuständige Gericht); Aussetzung zugleich mit der Anordnung (keine Berührung der bewährungsweisen Aussetzung der Maßregelvollstreckung durch den Wegfall der Strafaussetzung zur Bewährung infolge vollständiger Erledigung der Gesamtfreiheitsstrafe durch Anrechnung).

§ 51 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 67b Abs. 1 Satz 2 StGB; § 225a StPO; § 328 Abs. 2 StPO; § 331 Abs. 1 StPO

**648. BGH 4 StR 643/17 - Urteil vom 24. Mai 2018 (LG Dortmund)**

Revisionsbegründung (Beschränkung der Revision auf Nichtanordnung der Sicherheitsverwahrung); Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (ausnahmsweise Wechselwirkung zwischen Strafe und Nichtanordnung der Sicherungsverwahrung; Bestimmung der Erheblichkeit einer Straftat).

§ 66 StGB; § 344 StPO

**649. BGH 4 StR 599/17 - Beschluss vom 21. Juni 2018 (LG Essen)**

Mittäterschaft (Abgrenzung von Tateinheit und Tatmehrheit bei einer Deliktserie mit mehreren Beteiligten).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 52 StGB; § 52 StGB

**650. BGH 5 StR 98/18 - Beschluss vom 5. Juni 2018 (LG Saarbrücken)**

Härteausgleich bei der nachträglichen Gesamtstrafenbildung (Abkehr vom „Vollstreckungsmodell“).

§ 55 StGB

**651. BGH 5 StR 129/18 - Beschluss vom 19. Juni 2018 (LG Hamburg)**

Versehentliche Annahme eines zu niedrigen Grenzwertes bei Verurteilung wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge.

§ 29a BtMG

**652. BGH 5 StR 133/18 - Beschluss vom 5. Juni 2018 (LG Bremen)**

Unwirksamer Eröffnungsbeschluss aufgrund von fehlerhafter Gerichtsbesetzung (Mitwirkung von Schöffen; Eröffnungsbeschluss in der Hauptverhandlung).

HRRS August/September 2018 (8-9/2018)

§ 199 Abs. 1 StPO; § 206a StPO; § 76 GVG

**653. BGH 5 StR 135/18 - Beschluss vom 6. Juni 2018 (LG Frankfurt [Oder])**

Rechtsfehlerhafte Gefährlichkeitsprognose bei der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (verschärfte Darlegungsanforderungen bei nicht erheblicher Anlasstat).

§ 63 StGB

**654. BGH 5 StR 136/18 (alt: 5 StR 166/16) - Urteil vom 20. Juni 2018 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerfreie Strafzumessungsentscheidung (langer Tatzeitraum; Taten gegen höchstpersönliche Rechtsgüter mehrerer Personen; seit den Taten verstrichenen Zeit).

§ 46 StGB

**655. BGH 5 StR 138/18 - Beschluss vom 5. Juni 2018 (LG Hamburg)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus bei Auslösung von Schuldunfähigkeit durch alltägliche Ereignisse aufgrund einer länger dauernden geistig-seelischen Störung.

§ 63 StGB

**656. BGH 5 StR 146/18 - Beschluss vom 9. Mai 2018 (LG Berlin)**

Rechtsfehlerhafter Strafausspruch.

§ 46 StGB

**657. BGH 5 StR 152/18 - Beschluss vom 22. Mai 2018 (LG Potsdam)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**658. BGH 5 StR 159/18 - Beschluss vom 5. Juni 2018 (LG Göttingen)**

Erneute Vernehmung eines Zeugen unter Ausschluss der Öffentlichkeit (neuer Gerichtsbeschluss; Anordnung; keine Bezugnahme auf vorausgegangenen Ausschlussbeschluss).

§ 174 Abs. 1 GVG; § 338 Nr. 6 StPO

**659. BGH 5 StR 172/18 - Beschluss vom 6. Juni 2018 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**660. BGH 5 StR 175/18 - Beschluss vom 6. Juni 2018 (LG Hamburg)**

Keine gefährliche Körperverletzung in sukzessiver Mittäterschaft bei Hinzutreten nach vollständig abgeschlossenem tatbestandsmäßigen Geschehen (Kenntnis und Billigung; Hinzutreten vor Beendigung der Tat; Verbindung zu gemeinschaftlicher weiterer Ausführung).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 224 StGB

**661. BGH 5 StR 181/18 - Beschluss vom 19. Juni 2018 (LG Berlin)**

Verwerfung der Anhörungsgrüge als unbegründet (keine Begründungspflicht bei Verwerfung der Revision durch Beschluss; rechtliches Gehör).

§ 349 Abs. 2 StPO; § 356a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

**662. BGH 5 StR 189/18 - Beschluss vom 23. Mai 2018 (LG Berlin)**

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

**663. BGH 5 StR 209/18 - Beschluss vom 5. Juni 2018 (LG Görlitz)**

Verwerfung des Wiedereinsatzantrags als unzulässig  
§ 45 Abs. 2 StPO

**664. BGH 5 StR 225/18 - Beschluss vom 20. Juni 2018 (LG Berlin)**

Straferschwerende Berücksichtigung des Fehlens eines Strafmilderungsgrundes (Nichtinverkehrbringen gehandelter Betäubungsmittel).  
§ 46 StGB; § 29 StGB

**665. BGH 5 StR 231/18 - Beschluss vom 6. Juni 2018 (LG Kiel)**

Bewertungseinheit beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln.  
§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 52 StGB

**666. BGH 5 StR 252/18 - Beschluss vom 19. Juni 2018 (LG Berlin)**

Berücksichtigung von Untersuchungshaft bei der Strafzumessung.  
§ 46 StGB

**667. BGH 5 StR 253/18 - Beschluss vom 19. Juni 2018 (LG Hamburg)**

Gesonderter Antrag als Voraussetzung der selbständigen Einziehung.  
§ 76a StGB; § 435 Abs. 1 StPO

**668. BGH 5 StR 293/18 - Beschluss vom 3. Juli 2018 (LG Potsdam)**

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

**669. BGH 5 StR 383/17 - Beschluss vom 8. Mai 2018 (LG Potsdam)**

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unbegründet.  
§ 356a StPO

**670. BGH 5 StR 581/17 - Beschluss vom 9. Januar 2018 (LG Berlin)**

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

**671. BGH 5 StR 616/17 - Beschluss vom 9. Mai 2018 (LG Bremen)**

Keine Rechtfertigung der Ermöglichung einer strafbaren Handlung durch zivilrechtlichen Herausgabeanspruch.  
§ 27 StGB; § 34 StGB; § 985 BGB

**672. BGH 5 StR 623/17 - Beschluss vom 24. Mai 2018 (LG Hamburg)**

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

**673. BGH 5 StR 623/17 5 StR 624/17 - Urteil vom 24. Mai 2018 (LG Hamburg)**

Erlangung eines Vermögenswertes im Sinne des Rechts der Einziehung von Taterträgen (mehrere Beteiligte; Möglichkeit der Ausübung tatsächlicher Verfügungsgewalt; ungehinderter Zugriff; rein tatsächliches Herrschaftsverhältnis; Unerheblichkeit der späteren Aufgabe der Verfügungsmacht; Minderung bei der Beuteteilung).  
§ 73 StGB

**674. BGH 5 StR 630/17 - Beschluss vom 22. Mai 2018 (LG Potsdam)**

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

**675. BGH 5 StR 643/17 - Beschluss vom 19. Juni 2018 (LG Saarbrücken)**

Aufgrund von Übermüdung fehlende Fähigkeit zum Folgen der Hauptverhandlung (ins Gewicht fallende Zeitspanne; Schlaf; bloß vorübergehende Beeinträchtigung der Aufmerksamkeit; keine Anwendbarkeit des Zweifelssatzes).  
§ 338 Nr. 1 StPO

**676. BGH AK 22/18 - Beschluss vom 17. Mai 2018 (OLG München)**

Fortdauer der Untersuchungshaft (dringender Tatverdacht wegen Mitgliedschaft in terroristischer Vereinigung; Fluchtgefahr; Schwerekriminalität; Verhältnismäßigkeit).  
§ 112 StPO; § 120 StPO; § 121 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB

**677. BGH AK 23/18 - Beschluss vom 17. Mai 2018 (OLG Hamburg)**

Voraussetzungen für die Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate hinaus (dringender Tatverdacht wegen der Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat; Fluchtgefahr; Verhältnismäßigkeit).  
§ 112 StPO; § 121 StPO; § 89a StGB

**678. BGH AK 24 u. 25/18 - Beschluss vom 28. Juni 2018**

Fortdauer der Untersuchungshaft (dringender Tatverdacht wegen Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland; besondere Schwierigkeit und besonderer Umfang des Verfahrens); Unterrichtungspflicht gegenüber der Jugendgerichtshilfe in Haftsachen.  
§ 112 StPO; § 116 StPO; § 121 StPO; § 122 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB; § 8 VStGB; § 72a Satz 1 JGG; § 38 Abs. 2 JGG; § 107 JGG

**679. BGH GSSt 4/17 - Beschluss vom 10. Juli 2017 (LG Stade)**

BGHSt; Tateinheit beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (natürliche Handlungseinheit; dieselbe Handlung; Körperbewegung; notwendige Überlagerung der objektiven Ausführungshandlungen; teildentische Ausführungshandlung bei Aufsuchen des Betäubungsmittelieferanten; keine einschränkende Auslegung; Begehung gelegentlich der anderen Tat; unterschiedliche Umsatzgeschäfte; Bewertungseinheit); Begriff des Handeltreibens (weite Auslegung; Erstreckung auf dem Betäubungsmittelumsatz nachfolgende Zahlungsvorgänge).  
§ 52 StGB; § 29 BtMG

**680. BGH StB 10/18 - Beschluss vom 28. Juni 2018**

Mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland (für sich genommen legale Handlungen); Unterstützen einer terroristischen Vereinigung (Förderung des Zusammenhalts; Erleichterung der Begehung von Straftaten; Festigung der Gefährlichkeit; Förderung der Tätigkeit eines Mitglieds); erforderlicher Verdachtsgrad bei der Durchsuchung (Anfangsverdacht; konkretes und schlüssiges Tatsachenmaterial).

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 102 StPO

**681. BGH StB 11/18 vom 28. Juni 2018**

Dringender Tatverdacht wegen mitgliedschaftlicher Betätigung in einer terroristischen Vereinigung im Ausland (einvernehmlicher Wille zur fortdauernden Teilnahme am Verbandsleben; keine „aufgedrängte“ Mitgliedschaft; für sich genommen legale Tätigkeiten); Anordnung der Untersuchungshaft.

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 112 StPO; § 116 StPO

**682. BGH StB 13/18 - Beschluss vom 14. Juni 2018**

Beschlagnahme (potenzielle Bedeutung von Gegenständen als Beweismittel; Verwendung zu Untersuchungszwecken; ex-ante-Prognose).

§ 94 StPO

**683. BGH StB 14/18 - Beschluss vom 28. Juni 2018**

Ermittlungsdurchsuchung beim Tatverdächtigen (Erwartung des Auffindens von Personen, Spuren oder Sachen; konkrete Gründe; erwiesene Tatsachen; Durchsuchungsbeschluss; hinreichend individualisierte und bestimmte Beweismittel; Bestimmung der Gattung nach ausreichend).

§ 102 StPO; § 103 StPO; § 105 StPO

**684. BGH 1 StR 13/18 - Beschluss vom 6. April 2018 (LG Amberg)**

Betrug (Vermögensschaden im Falle eines Eingehungs Betrugs; Vermögensschaden durch Aufrechnung des Getäuschten mit nicht bestehender Forderung des Täters).

§ 263 Abs. 1 StGB; 387 BGB

**685. BGH 1 StR 51/18 - Urteil vom 28. Mai 2018 (LG Nürnberg-Fürth)**

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsklinik (erforderliche Prognose eines hinreichend konkreten Therapieerfolgs; Beurteilungszeitpunkt, Abweichung des Tatgerichts von einem Sachverständigengutachten, erforderliche Begründung im Urteil).

§ 64 Satz 2 StGB; § 246a StPO

**686. BGH 1 StR 136/18 - Beschluss vom 25. April 2018 (LG Ansbach)**

Unerlaubte Abgabe von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Übertragung der tatsächlich Verfügungsmacht: mittelbarer Besitz); unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Eignützigkeit: Erwartung eines mittelbaren Vorteils ausreichend); Beschränkung der Revision (Möglichkeit der rechtlichen und tatsächlichen selbstständigen Beurteilung des angefochtenen Teils).

HRRS August/September 2018 (8-9/2018)

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 868 BGB; § 344 Abs. 1 StPO

**687. BGH 1 StR 151/18 - Beschluss vom 16. Mai 2018 (LG Regensburg)**

Gewerbsmäßige Geldfälschung (Vorliegen der Gewerbsmäßigkeit beim Herstellen von Falschgeld).

§ 146 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 StGB

**688. BGH 1 StR 542/17 - Beschluss vom 19. Dezember 2017 (LG München II)**

Kognitionspflicht des Gerichts (nachträglich bekannt gewordene Teile der Tat: nur innerhalb der prozessualen Tat, erforderliche Einzelfallbetrachtung).

§ 264 Abs. 1 StPO

**689. BGH 1 StR 651/17 - Urteil vom 15. Mai 2018 (LG Traunstein)**

Einziehung von Taterträgen (Berücksichtigung des Wegfalls der Bereicherung erst im Vollstreckungsverfahren: Verfassungsmäßigkeit; keine analoge Anwendung bereits im Erkenntnisverfahren; verfassungsrechtlich zulässige Anwendbarkeit des neuen Rechts auf bereits vor Inkrafttreten begangene Taten; zulässige Beschränkung der Revision allein auf die Anordnung der Einziehung); Versprechen eines gesetzlich nicht vorgesehenen Vorteils (Hinweis auf die strafmildernde Wirkung von Angaben des Beschuldigten); Befragung des Angeklagten nach einer Beweiserhebung (erforderliche Revisionsbegründung); Beschluss über die Verlesung eines Vernehmungsprotokolls (Beruhen des Urteils auf unterlassener Begründung); Mittäterschaft (Voraussetzungen: wertende Gesamtbetrachtung); Mitteilung über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (keine richterliche Mitteilungspflicht bei Gesprächen zwischen Staatsanwaltschaft und Angeklagtem im Ermittlungsverfahren).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 14 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 73 StGB; Art. 316h Satz 1 EGStGB; § 459g Abs. 2, Abs. 5 StPO; § 344 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 StPO; § 136a Abs. 1 Satz 3 StPO; § 46b StGB; § 257 Abs. 1 StPO; § 251 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 337 Abs. 1 StPO; § 25 Abs. 2 StGB; § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 160b StPO

**690. BGH 1 StR 67/18 - Urteil vom 5. April 2018 (LG Regensburg)**

Tötungsvorsatz (Vorliegen von Eventualvorsatz: erforderliche umfassende Gesamtwürdigung aller Tatumstände, Bedeutung der erkannten Lebensgefährlichkeit der Tathandlung und der Hemmschwellentheorie, Bedeutung des Tatmotivs, revisionsrechtliche Überprüfbarkeit der tatrichterlichen Beweiswürdigung); gefährliche Körperverletzung (regelmäßiges Vorliegen eines minderschweren Falls bei Provokation durch das Opfer im Sinne des § 213 Alt. 1 StGB).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 261 StPO; § 224 Abs. 1, Abs. 2 StGB; § 213 Alt. 1 StGB

**691. BGH 2 StR 18/18 - Beschluss vom 23. Mai 2018 (LG Limburg)**

Wohnungseinbruchdiebstahl (Konkurrenzen: Betreten eines anderen Gebäudeteils).

§ 242 Abs. 1 StGB; § 243 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 StGB; § 244 Abs. 1 Nr. 3 StGB

**692. BGH 2 StR 114/18 - Beschluss vom 13. Juni 2018 (LG Rostock)**

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

**693. BGH 2 StR 115/18 - Beschluss vom 12. Juni 2018 (LG Frankfurt [Main])**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Fristversäumung (nur ausnahmsweise Wiedereinsetzung bei frist- und formgerechter Revisionsbegründung).  
§ 44 StPO

**694. BGH 2 StR 45/18 - Urteil vom 9. Mai 2018 (LG Bonn)**

Grundsätze der Strafzumessung (Verhältnis gegen Mittäter verhängter Strafen); Einziehung; Bestimmung des Wertes des Erlangten; Schätzung (trichterliche Überzeugung von der deliktischen Herkunft des Gegenstandes).  
§ 46 StGB; § 73d StGB a.F.; § 33 BtMG a.F

**695. BGH 2 StR 72/18 - Beschluss vom 8. Mai 2018 (LG Aachen)**

Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (Abgrenzung); verminderte Schuldfähigkeit (Abgrenzung).  
§ 20 StGB; § 21 StGB

**696. BGH 2 StR 176/17 - Urteil vom 28. März 2018 (LG Schwerin)**

Tateinheit (Abgrenzung zur Tatmehrheit bei einer Mehrzahl von Einzeltaten und Beteiligten; Verhältnis zur bandenmäßigen Tatbegehung).  
§ 52 Abs. 1 StGB

1. Leistet ein Beteiligter für alle oder einige Einzeltaten einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten – soweit nicht natürliche Handlungseinheit vorliegt – als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Erbringt er dagegen im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktserie Tatbeiträge, durch die alle oder mehrere Einzeldelikte anderer Beteiligter gleichzeitig gefördert werden, so sind ihm diese als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ob die anderen Beteiligten die einzelnen Delikte nach obigen Grundsätzen ihrerseits gegebenenfalls tatmehrheitlich begangen haben, ist demgegenüber ohne Bedeutung.

2. Die Verurteilung wegen bandenmäßiger Tatbegehung wird durch die Annahme von Tateinheit nicht in Frage gestellt. Denn maßgebend dafür, ob fortgesetzt eine Mehrzahl im Einzelnen noch ungewisser Straftaten begangen werden sollte oder begangen wurde, sind die geplanten tatsächlichen Abläufe sowie deren Umsetzung; unerheblich ist demgegenüber, ob diese in der Person eines Bandenmitglieds aufgrund der besonderen Art seiner Tatbeiträge und gegebenenfalls unter Heranziehung des Zweifelsatzes rechtlich zu einer Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammengefasst werden.

**697. BGH 2 StR 87/18 - Beschluss vom 30. Mai 2018 (LG Frankfurt am Main)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**698. BGH 2 StR 91/18 - Beschluss vom 8. Mai 2018 (LG Darmstadt)**

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

**699. BGH 2 StR 176/17 - Beschluss vom 19. April 2018**

Korrektur eines Fassungsversehens.

**700. BGH 2 StR 176/17 - Beschluss vom 28. März 2018 (LG Schwerin)**

Tateinheit (Abgrenzung zur Tatmehrheit bei einer Mehrzahl von Einzeltaten und Beteiligten).  
§ 52 Abs. 1 StGB

Leistet ein Beteiligter für alle oder einige Einzeltaten einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten – soweit nicht natürliche Handlungseinheit vorliegt – als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Erbringt er dagegen im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktserie Tatbeiträge, durch die alle oder mehrere Einzeldelikte anderer Beteiligter gleichzeitig gefördert werden, so sind ihm diese als tateinheitlich begangen zuzurechnen, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden. Ob die anderen Beteiligten die einzelnen Delikte nach obigen Grundsätzen ihrerseits gegebenenfalls tatmehrheitlich begangen haben, ist demgegenüber ohne Bedeutung.

**701. BGH 2 StR 176/17 - Beschluss vom 28. März 2018 (LG Schwerin)**

Beihilfe (Akzessorietät der Beihilfe).  
§ 27 StGB

**702. BGH 2 StR 194/17 - Urteil vom 25. April 2018 (LG Gießen)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (Beweiswürdigung in Fällen von Aussage-gegen-Aussage).  
§ 261 StPO

**703. BGH 2 StR 200/18 - Beschluss vom 5. Juni 2018 (LG Wiesbaden)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Begriffs des Hangs: Vorliegen bei Beschaffungskriminalität).  
§ 64 StGB

Ein Hang im Sinne von § 64 StGB liegt bei demjenigen vor, der aufgrund einer chronischen, auf körperlicher Sucht beruhenden Abhängigkeit oder aufgrund einer eingewurzelten, auf psychischer Disposition beruhenden oder durch Übung erworbenen intensiven Neigung immer wieder Rauschmittel im Übermaß zu sich nimmt. Das Fehlen ausgeprägter Entzugssymptome sowie etwaige Intervalle der Abstinenz stehen der Annahme einer solchen Neigung nicht grundsätzlich entgegen. Für die Annahme eines Rauschmittelkonsums im Übermaß ist es ausreichend, dass der Betroffene aufgrund seiner Konsumgewohnheiten sozial gefährdet oder gefährlich erscheint. Eine solche soziale Gefährdung oder soziale Gefährlichkeit kommt nicht nur dann in Betracht, wenn

der Betroffene Rauschmittel in einem solchen Umfang zu sich nimmt, dass seine Gesundheit, Arbeits- und Leistungsfähigkeit dadurch erheblich beeinträchtigt werden, sondern insbesondere auch bei Beschaffungskriminalität.

**704. BGH 2 StR 205/18 - Beschluss vom 12. Juni 2018 (LG Köln)**

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

**705. BGH 2 StR 311/17 - Urteil vom 28. März 2018 (LG Gera)**

Sexueller Missbrauch widerstandsunfähiger Personen (alte Fassung: Widerstandsunfähigkeit des Tatopfers; kein bewusste Ausnutzen der Widerstandsunfähigkeit bei vorheriger Einwilligung in sexuelle Handlungen); Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften (Besitz: kein Besitz an vollständig gelöschten Dateien, kein Besitz an wiederherstellbaren Dateien); Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit; Darlegungs- und Begründungsanforderungen in Fällen von Aussage-gegen-Aussage); Grundsätze der Strafzumessung (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit).  
§ 46 StGB; § 179 Abs. 1 Nr. 1 StGB aF; § 184b StGB; § 261 StPO

**706. BGH 2 StR 418/17 - Beschluss vom 5. Juni 2018 (LG Gießen)**

Bildung der Gesamtstrafe (Gesamtfreiheitsstrafe aus Einzelfreiheitsstrafen und Einzelgeldstrafen: erforderliche Festsetzung der Höhe des einzelnen Tagessatzes; Festsetzung durch das Revisionsgericht).  
§ 54 Abs. 3 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

**707. BGH 2 ARs 183/18 2 AR 124/18 - Beschluss vom 27. Juni 2018 (OLG Stuttgart)**

Örtliche Zuständigkeit (unbekannter Aufenthalt des Verfolgten).  
§ 14 Abs. 3 IRG

**708. BGH 4 StR 100/18 - Beschluss vom 22. Mai 2018 (LG Zweibrücken)**

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

**709. BGH 4 StR 4/18 - Beschluss vom 22. Mai 2018 (LG Paderborn)**

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

**710. BGH 4 StR 446/17 - Beschluss vom 11. April 2018 (LG Arnsberg)**

Schuldunfähigkeit wegen seelischer Störungen (mehrstufige Prüfung; Abgrenzung); verminderte Schuldfähigkeit (mehrstufige Prüfung; Abgrenzung).  
§ 20 StGB; § 21 StGB

**711. BGH 4 StR 524/17 - Beschluss vom 5. Juni 2018 (LG Arnsberg)**

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

**712. BGH 4 StR 583/17 - Beschluss vom 11. April 2018 (LG Hagen)**

BGHSt; Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung von nicht bloß unerheblichem Mitverschulden einer oder mehrerer Dritter Personen); Entziehung der Fahrerlaubnis (Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen: charakterliche Unzulänglichkeiten); Unerlaubtes Entfernen vom Unfallort (Entfernen des Unfallbeteiligten nach Verlassen des Unfallortes durch die letzte feststellungsberechtigte Person).  
§ 46 StGB; § 69 Abs. 1; § 69 Abs. 2 StGB; § 142 Abs. 1 Nr. 1 StGB

**713. BGH 4 StR 623/17 - Beschluss vom 21. Juni 2018 (LG Halle)**

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

**714. BGH 4 StR 639/17 - Beschluss vom 7. Juni 2018 (LG Essen)**

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

**715. BGH 4 StR 641/17 - Beschluss vom 6. Juni 2018 (LG Bochum)**

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

**716. BGH 4 StR 97/18 - Beschluss vom 6. Juni 2018 (LG Arnsberg)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (molekulargenetische Vergleichsuntersuchung).  
§ 261 StPO

**717. BGH 1 StR 159/18 - Beschluss vom 12. Juni 2018 (LG Tübingen)**

Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern (Berücksichtigung bei der Strafzumessung).  
§ 74 Abs. 1 StGB n.F.

1. Die Anordnung einer Einziehung von Tatmitteln gemäß § 74 Abs. 1 StGB n.F. hat den Charakter einer Nebenstrafe und stellt damit eine Strafzumessungsentcheidung dar.

2. Wird dem Täter auf diese Weise eine Sache von nicht unerheblichem Wert entzogen, ist dies ein bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafe und insoweit im Wege einer Gesamtbeurteilung der den Täter betreffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen.

**718. BGH 1 StR 210/18 - Beschluss vom 5. Juli 2018 (LG Braunschweig)**

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

**719. BGH 1 StR 264/18 - Beschluss vom 3. Juli 2018 (LG Kempten)**

Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern (Voraussetzungen).  
§ 74 Abs. 1 Var. 2 StGB

**720. BGH 1 StR 28/18 - Beschluss vom 29. Mai 2018 (LG Stuttgart)**

Versuch (unmittelbares Ansetzen zum Totschlag, einzel-fallgerechte Anwendung).  
§ 22 StGB; § 212 StGB

**721. BGH 1 StR 33/18 - Beschluss vom 17. Mai 2018 (LG Nürnberg-Fürth)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzung: Schuldunfähigkeit oder verminderte Schuldfähigkeit und das Beruhen der Tatbegehung hierauf; Darstellung der Auswirkung eines Krankheitsbildes auf die Tatsituation).  
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

**722. BGH 1 StR 78/18 - Urteil vom 28. Juni 2018 (LG Nürnberg-Fürth)**

Beihilfe (Definition); Strafzumessung (Strafrahmenwahl in Fällen, in denen das Gesetz bei einer Straftat einen minder schweren Fall vorsieht und im Einzelfall ein gesetzlicher Milderungsgrund vorliegt).  
§ 27 Abs. 1 StGB; § 27 Abs. 2 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

**723. BGH 1 StR 79/18 - Urteil vom 26. Juni 2018 (LG Tübingen)**

Besonders schwerer Fall des Diebstahls (Voraussetzungen einer Schutzvorrichtung).  
§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 StGB

**724. BGH 2 StR 20/18 - Urteil vom 6. Juni 2018 (LG Erfurt)**

Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (revisionsgerichtliche Überprüfbarkeit).  
§ 261 StPO

**725. BGH 2 StR 127/18 - Beschluss vom 20. Juni 2018 (LG Wiesbaden)**

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

**726. BGH 2 StR 130/18 - Beschluss vom 8. Mai 2018 (LG Limburg)**

Straftaten nach BtMG (Konkurrenzen).  
§ 29 BtMG

**727. BGH 2 StR 132/18 - Beschluss vom 16. Mai 2018 (LG Frankfurt am Main)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Voraussetzungen; Darlegung in den Urteilsgründen).  
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

**728. BGH 2 StR 167/18 - Beschluss vom 20. Juni 2018 (LG Köln)**

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

**729. BGH 2 StR 170/18 - Beschluss vom 5. Juni 2018 (LG Darmstadt)**

Rechtsmittelbefugnis des Nebenklägers (Revisionsbe-gründung).  
§ 400 Abs. 1 StPO

Nach § 400 Abs. 1 StPO ist ein Nebenkläger nicht befugt, das Urteil mit dem Ziel anzufechten, dass eine andere  
HRRS August/September 2018 (8-9/2018)

Rechtsfolge der Tat verhängt oder der Angeklagte wegen einer Gesetzesverletzung verurteilt wird, die nicht zum Anschluss als Nebenkläger berechtigt. Ist der Angeklagte wegen eines nebenklagefähigen Delikts verurteilt worden, bedarf die Revision des Nebenklägers eines genauen Antrages oder einer Begründung, die deutlich macht, dass er eine Änderung des Schuldspruchs hinsichtlich des Nebenklagedelikts verfolgt.

**730. BGH 2 StR 170/18 - Beschluss vom 5. Juni 2018 (LG Darmstadt)**

Sexueller Übergriff; sexuelle Nötigung; Vergewaltigung (Konkurrenzen).  
§ 177 Abs. 5 StGB; § 177 Abs. 6 StGB

**731. BGH 2 StR 180/18 - Beschluss vom 10. Juli 2018 (LG Darmstadt)**

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

**732. BGH 2 StR 51/18 - Beschluss vom 16. Mai 2018 (LG Darmstadt)**

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

**733. BGH 2 StR 211/18 - Beschluss vom 19. Juni 2018 (LG Wiesbaden)**

Verhängung in Tagessätzen (Festsetzung der Tagessatz-höhe bei Einbeziehung in Gesamtfreiheitsstrafe); Ur-teilsgründe (Begründung einer Maßregel der Besserung und Sicherung; notwendige Begründung einer Sperrfrist bei Verkehrsdelikten).  
§ 40 Abs. 2 Satz 1 StGB; § 53 Abs. 2 Satz 1 StGB; § 69 Abs. 2 StGB; § 267 Abs. 6 Satz 1 StPO

**734. BGH 2 StR 213/17 - Urteil vom 9. Mai 2018 (LG Marburg)**

Verwerfung der Revision als unzulässig.  
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**735. BGH 2 StR 336/17 - Beschluss vom 13. Juni 2018 (LG Rostock)**

Verwerfung der Anhörungsrüge als unbegründet.  
§ 356a StPO

**736. BGH 2 StR 467/17 - Beschluss vom 11. Juli 2018 (LG Aachen)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Fristversäu-mung (Zurechnung des Verschuldens eines Prozessbe-vollmächtigten gegenüber einem Nebenkläger); Anfor-derungen an einen Wiedereinsetzungsantrag (Darlegung und Glaubhaftmachung aller zwischen dem Beginn und Ende der versäumten Frist liegenden Umstände; Haftung eines Rechtsanwaltes für das Verschulden seines Kanz-leipersonals).  
§ 44 StPO; § 45 Abs. 2 Satz 1 StPO

**737. BGH 2 StR 583/17 - Beschluss vom 13. Juni 2018 (LG Gießen)**

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

**738. BGH 4 StR 103/18 - Beschluss vom 27. Juni 2018 (LG Paderborn)**

Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung von Anlass und Modalitäten der Tat).  
§ 46 StGB

**739. BGH 4 StR 110/18 - Beschluss vom 27. Juni 2018 (LG Hamburg)**

Rücktritt (Aufgabe der Tatausführung bei der Nötigung; Rücktrittshorizont).  
§ 24 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 240 StGB

**740. BGH 4 StR 51/17 - Beschluss vom 24. Mai 2018 (LG Detmold)**

Mord (Beihilfe durch Bewachung von Opfern bei der Ankunft im Konzentrationslager Auschwitz; Beihilfe hinsichtlich derjenigen Opfer, welche ohne konkreten Bezug zu Wachdiensten des Angeklagten zu Tode gebracht wurden); Kosten und notwendige Auslagen bei Freispruch, Nichteröffnung und Einstellung (Voraussetzungen der Anwendung im Revisionsverfahren; Voraussetzungen der Versagung der Auslagenerstattung hinsichtlich des Angeklagten bzw. der Nebenkläger); Entschädigung für andere Strafverfolgungsmaßnahmen (grob fahrlässige Verursachung aus Tatbegehung als solcher).  
§ 27 Abs. 1 StPO; § 211 StGB; § 467 Abs. 3 Satz 2 Nr. 2 StPO; § 2 Abs. 2 Nr. 4 StrEG

**741. BGH 4 StR 112/18 - Beschluss vom 3. Juli 2018 (LG Stendal)**

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

**742. BGH 4 StR 116/18 - Beschluss vom 27. Juni 2018 (LG Bielefeld)**

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Voraussetzungen des Mitsichführens eines gefährlichen Gegenstandes).  
§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

Der Tatbestand des bewaffneten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln ist schon dann verwirklicht, wenn der zur Verletzung von Personen geeignete und bestimmte gefährliche Gegenstand in einem Stadium des Tathergangs zur Verfügung steht.

**743. BGH 4 StR 171/18 - Beschluss vom 3. Juli 2018 (LG Arnsberg)**

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

**744. BGH 4 StR 184/18 - Beschluss vom 21. Juni 2018 (LG Münster)**

Recht auf ein faires Verfahren (ausnahmsweise Entbehrlichkeit einer Verfahrensrüge bei konventionswidriger Verfahrensverzögerung).  
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 344 Abs. 2 S. 2 StPO

**745. BGH 4 StR 187/18 - Beschluss vom 20. Juni 2018 (LG Siegen)**

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

**746. BGH 4 StR 217/18 - Beschluss vom 19. Juni 2018 (LG Bielefeld)**

Grundsätze der Strafzumessung (Berücksichtigung von Umständen die sowohl strafmildernde als auch strafschärfende Aspekte aufweisen).  
§ 46 StGB

**747. BGH 4 StR 484/17 - Beschluss vom 19. Juni 2018 (LG Bochum)**

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

**748. BGH 4 StR 561/17 - Beschluss vom 20. Juni 2018 (LG Essen)**

Untreue (Maßstab für die pflichtwidrige Verletzung des Sparsamkeitsgebotes; Pflichtverletzung durch Zahlung eines überhöhten Arbeitsentgeltes an einen Betriebsratsvorsitzenden).  
§ 266 Abs. 1 StGB

**749. BGH 4 StR 570/17 - Beschluss vom 13. März 2018 (LG Essen)**

BGHSt; sexuelle Belästigung (Berührung in sexuell bestimmter Weise: Auslegung des Tatbestandsmerkmals; Belästigung: tatbestandsmäßige Beeinträchtigungen; Maßstab des Vorsatzes; Konkurrenzen); Geiselnahme (Absicht zur Vornahme einer qualifizierten Drohung; maßgeblicher Zeitpunkt); Eigene Entscheidung in der Sache; Zurückverweisung (ausnahmsweise Beschwer durch zu milden Schuldspruch bei völlig verschiedenem Delikt).  
§ 184i Abs. 1 StGB; § 239b Abs. 1 Var. 1 StGB; § 354 StPO

**750. BGH 4 StR 599/17 - Beschluss vom 21. Juni 2018 (LG Essen)**

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