

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

## STÄNDIGE MITARBEITER

Wiss. Mit. Julia Heß (Redaktionsassistentin); RiLG Dr. Ulf Buermeyer, LL.M.; Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Univ. Hamburg; Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M. (NYU), Univ. Frankfurt; Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., Univ. Leipzig; Prof. Dr. Lutz Eidam, LL.M., Univ. Bielefeld; Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon), Univ. Cambridge; Prof. Dr. Diethelm Klieschewski, 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

## Publikationen

Wiss. Mit. Dr. Carina Dorneck, M.mel., Halle/Trier – **Der Einfluss des Unionsrechts auf das deutsche Strafprozessrecht am Beispiel der rückwirkenden Pflichtverteidigerbestellung** S. 104

RA Hans Meyer-Mews, Bremen – **Auswirkungen der Rechtsprechung zur Vorratsdatenspeicherung auf die Verwertbarkeit der EncroChat-Kommunikation** S. 110

## Entscheidungen

BVerfG **Mindestangaben des Europäischen Haftbefehls**

BVerfG **Aussetzung der lebenslangen Freiheitsstrafe**

BVerfG **Richtervorlage zur Verbreitung von Kinderpornographie**

BGHSt **Konkurrenzen bei der Entziehung Minderjähriger**

BGHR **Örtliche Zuständigkeit bei der Auslieferung**

BGH **Begriff des Warenlagers/Warenvorrats bei der Brandstiftung**

BGH **Darlegungsanforderungen bei der Rüge von Beweiserhebungsmängeln nach ausländischem Verfahrensrecht**

Die Ausgabe umfasst 131 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

RA Dr. h.c. Gerhard Strate  
Holstenwall 7, 20355 Hamburg  
gerhard.strate@strate.net

## SCHRIFTLEITUNG

Professor Dr. Karsten Gaede  
Lehrstuhl für dt., europ. und int. Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich Medizin-, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht  
Bucerius Law School  
Jungiusstraße 6  
20355 Hamburg  
karsten.gaede@strate.net

## REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

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

ISSN 1865-6277

24. Jahrgang, April 2023, Ausgabe

4

Rechtsprechung

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

### **357. BVerfG 2 BvR 2009/22 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Februar 2023 (OLG Düsseldorf)**

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen eine Auslieferung nach Belgien zum Zwecke der Strafverfolgung aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Unionsgrundrechte als vorrangiger Prüfungsmaßstab bei unionsrechtlich vollständig determinierten Rechtsfragen; europarechtlicher Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht; unionsgrundrechtliches Recht auf effektiven Rechtsschutz; unzureichende Überprüfung der Einhaltung zwingender Mindestangaben im Europäischen Haftbefehl; Mitteilung der einschlägigen Straftatbestände, der tatsächlichen Umstände und der Beteiligung des Verfolgten; Gebot der Einholung notwendiger Zusatzinformationen für die Zulässigkeits-

entscheidung; Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens; Grundsatz der Spezialität).

Art. 25 GG; Art. 47 Abs. 1 GRCh; Art. 2 Abs. 2 RbEuHb; Art. 4 RbEuHb; Art. 8 Abs. 1 RbEuHb; Art. 11 Abs. 2 RbEuHb; Art. 15 Abs. 2 RbEuHb; § 81 Nr. 4 IRG; § 83a Abs. 1 IRG

1. Eine Entscheidung, mit der eine Auslieferung nach Belgien zum Zwecke der Strafverfolgung aufgrund eines Europäischen Haftbefehls für zulässig erklärt wird, verletzt das unionsgrundrechtliche Recht auf effektiven Rechtsschutz, wenn das Oberlandesgericht die Einhaltung der zwingenden Mindestangaben im Europäischen Haftbefehl hinsichtlich der vorgeworfenen Straftaten, der Beschreibung der zugrundeliegenden tatsächlichen Umstände und

der Beteiligung des Verfolgten nur unzureichend überprüft (Hauptsacheentscheidung zur einstweiligen Anordnung vom 17. November 2022 [= HRRS 2022 Nr. 1188]).

2. Ein in Belgien ausgestellter Europäischer Haftbefehl genügt nicht den für seine Gültigkeit maßgeblichen Mindestanforderungen, wenn er als einschlägige Straftatbestände einerseits „Menschenhandel“ und „Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung“ benennt, während an anderer Stelle lediglich die belgischen Strafnormen für „Schleusung“ und „Mittäterschaft“ benannt sind, die – anders als die zuerst genannten Tatbestände – zudem nicht den Listenstraftaten nach Art. 2 Abs. 2 RbEuHb unterfallen, bei denen eine Prüfung der gegenseitigen Strafbarkeit entbehrlich ist.

3. Die einem Europäischen Haftbefehl zugrundeliegende Straftat ist nicht hinreichend beschrieben, wenn ohne nähere Konkretisierung lediglich mitgeteilt wird, dem – teils als „Täter“, teils als „Beteiligter“ bezeichneten – Verfolgten werde vorgeworfen, „zum Zwecke der Einschleusung“ ein Schlauchboot transportiert und „Kontakt zu weiteren Verdächtigen“ gehabt zu haben, mit denen er über die „weitere Ausführung“ von „Aufträgen“ gesprochen habe.

4. Im vollständig unionsrechtlich determinierten Verfahren der Überstellung im Anwendungsbereich des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl sind grundsätzlich nicht die deutschen Grundrechte, sondern die Unionsgrundrechte maßgeblich. Das Bundesverfassungsgericht gewährleistet den Grundrechtsschutz in enger Kooperation mit dem EuGH, dem EGMR und den Verfassungs- und Höchstgerichten der anderen Mitgliedstaaten. Es prüft die Entscheidungen der Fachgerichte daraufhin nach, ob diese bei der Anwendung des Unionsrechts den Anforderungen der Grundrechtecharta Genüge getan haben.

5. Das unionsgrundrechtliche Recht auf effektiven Rechtsschutz umfasst das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf. Dieses wird bezogen auf das europäische Überstellungsverfahren im Rahmenbeschluss zum Europäischen Haftbefehl bekräftigt, welcher dem Verfolgten einen Rechtsbeistand zur Seite stellt und die den Europäischen Haftbefehl vollstreckende Justizbehörde verpflichtet, über die Überstellung nach Maßgabe des Rahmenbeschlusses zu entscheiden und die notwendigen zusätzlichen Informationen anzufordern, wenn die übermittelten Informationen für die Zulässigkeitsentscheidung nicht ausreichen.

6. Die Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens, die auch dem System des Europäischen Haftbefehls zugrunde liegen, beruhen auf der Prämisse, dass der Europäische Haftbefehl im Einklang mit den Mindestanforderungen ausgestellt wurde, von denen seine Gültigkeit abhängt.

7. Dem entsprechend ist eine Auslieferung nach der einfach-gesetzlichen Regelung in § 83a Abs. 1 Nr. 4 und Nr. 5 IRG nur zulässig, wenn der Europäische Haftbefehl mindestens Angaben zur Art und rechtlichen Würdigung der Straftat einschließlich der gesetzlichen Bestimmungen sowie zur Beschreibung der Umstände enthält, unter denen die Straftat begangen wurde; dies umfasst die Angabe der

Tatzeit, des Tatorts und der Tatbeteiligung der gesuchten Person.

8. Die Angaben zu den tatsächlichen Umständen und zur rechtlichen Würdigung der in Rede stehenden Straftat dienen auch der effektiven Überprüfung einer Wahrung des Grundsatzes der Spezialität, der zu den allgemeinen Regeln des Völkerrechts im Sinne des Art. 25 GG gehört und der untrennbar mit der Vollstreckung eines – in seiner Tragweite klar festzulegenden – Europäischen Haftbefehls verbunden ist.

**355. BVerfG 2 BvR 117/20, 2 BvR 962/21 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. Februar 2023 (OLG Koblenz / LG Koblenz)**

Aussetzung der Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung (Menschenwürde; realisierbare Chance auf Wiedererlangung der Freiheit; Freiheitsgrundrecht; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; prognostische Gesamtwürdigung; Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit; Eingehen eines vertretbaren Restrisikos; Gewicht der bedrohten Rechtsgüter; Wahrscheinlichkeit erneuter Straffälligkeit; richterliche Pflicht zur Sachaufklärung; Auswirkung verbleibender Zweifel zulasten des Verurteilten; Bedeutung von Vollzugslockerungen; Berücksichtigung möglicher Bewährungsweisungen; Begründungsanforderungen an die Versagung einer Aussetzung).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG; § 57a Abs. 1 StGB; § 45 Abs. 3 LVollzG NRW

1. Die Ablehnung der Aussetzung der Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, wenn die Vollstreckungsgerichte nicht hinreichend berücksichtigen, dass das den Anlasstaten – zwei sexuell motivierten Morden – zugrundeliegende und während der Haft unbearbeitet gebliebene Persönlichkeitsdefizit in Form einer übersteigerten sexuellen Dranghaftigkeit bei dem seit über 50 Jahren inhaftierten und zwischenzeitlich über 75 Jahre alten Verurteilten naheliegenderweise nicht in einem Maße fortbesteht, das die Gefahr der Begehung vergleichbarer, gegen das Leben gerichteter Sexualstraftaten begründet. Dies gilt umso mehr, wenn außer Betracht geblieben ist, dass der Verurteilte mehrjährig im offenen Vollzug untergebracht und zu Langzeitausgängen zugelassen ist, ohne dass es zu neuen Straftaten gekommen ist.

2. Zu den Voraussetzungen einer menschenwürdigen Strafvollstreckung gehört, dass dem zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilten eine konkrete und grundsätzlich auch realisierbare Chance verbleibt, zu einem späteren Zeitpunkt die Freiheit wiedergewinnen zu können. Die Regelung des § 57a StGB konkretisiert insoweit den Schutz der Menschenwürde, deren Kern betroffen wäre, wenn ein Verurteilter ungeachtet der Entwicklung seiner Persönlichkeit jegliche Hoffnung auf Freiheit aufgeben müsste und von vornherein zum Versterben in der Haft verurteilt wäre.

3. Bei der Entscheidung über die Aussetzung einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung bedarf es von Verfassungs wegen einer Gesamtwürdigung, die die von dem

Betroffenen ausgehenden Gefahren zur Schwere des mit dem Freiheitsentzug verbundenen Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht ins Verhältnis setzt und auch die in § 57 Abs. 1 Satz 2 StGB aufgeführten Umstände berücksichtigt.

4. Bei der Abwägung kommt dem Freiheitsanspruch des Verurteilten wegen der regelmäßig bereits langen Haftzeit großes Gewicht zu. Die erforderliche Prüfung, ob die Vollstreckungsaussetzung unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit verantwortet werden kann, schließt es daher mit ein, dass ein vertretbares Restrisiko eingegangen wird. Ob das Restrisiko vertretbar ist, hängt von den bei einem Rückfall bedrohten Rechtsgütern und vom Grad der Wahrscheinlichkeit einer erneuten Straffälligkeit ab. Dabei steht auch bei schweren Gewalt- oder Sexualdelikten die – nie sicher auszuschließende – bloße theoretische Möglichkeit eines Rückfalls der Aussetzung nicht von vornherein entgegen. Vielmehr muss sich die Ablehnungsentscheidung auf konkrete Tatsachen stützen, die das Risiko unvertretbar erscheinen lassen.

5. Allerdings muss das Rückfallrisiko umso geringer sein, je höherwertige Rechtsgüter in Gefahr sind. Bei Straftaten, die wie der Mord mit lebenslanger Freiheitsstrafe bedroht sind, kommt dem Sicherheitsbedürfnis der Allgemeinheit naturgemäß eine besonders hohe Bedeutung zu. Daher ist für eine Aussetzung kein Raum, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass der Verurteilte ein neues schweres Verbrechen begehen wird. Kann nach zureichender richterlicher Sachaufklärung eine günstige Gefährlichkeitsprognose nicht gestellt werden, so ist es von Verfassungen wegen nicht zu beanstanden, wenn sich die verbleibenden Zweifel zulasten des Verurteilten auswirken.

6. Bei der Prognoseentscheidung kommt dem Verhalten des Verurteilten im Rahmen von Vollzugslockerungen besondere Bedeutung zu. Außerdem ist die mögliche Wirkung von Weisungen sowie der Betreuung durch einen Bewährungshelfer zu berücksichtigen.

7. Aus dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit folgen verfahrensrechtliche Anforderungen, die mit zunehmender Dauer der Freiheitsentziehung steigen. Vor allem wenn die besondere Schwere der Schuld die weitere Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe nicht mehr gebietet, hat das Gericht sich um eine möglichst breite Tatsachenbasis zu bemühen und die für seine Entscheidung maßgeblichen Gesichtspunkte näher darzulegen. Allerdings darf es in die richterliche Bewertung Eingang finden, wenn trotz Ausschöpfens der zur Verfügung stehenden Erkenntnismittel die Zuverlässigkeit der Prognose mit großen Unsicherheiten behaftet ist.

### **353. BVerfG 2 BvL 11/22, 2 BvL 15/22 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. März 2023 (AG München, AG Wuppertal)**

Unzulässige Richtervorlagen betreffend die Strafnorm zur Verbreitung eines kinderpornographischen Inhalts (Qualifizierung als Verbrechen; unterbliebene Regelung eines minder schweren Falls; Übermaßverbot; Darlegungsanforderungen an eine Vorlage zur konkreten Normenkontrolle; Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage).

Art. 100 Abs. 1 GG; § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 184b Abs. 1 Satz 1 StGB

1. Erachtet ein Strafgericht die Vorschrift des § 184b Abs. 1 Satz 1 StGB in der Fassung des Gesetzes zur Bekämpfung sexualisierter Gewalt gegen Kinder mit Blick auf die durch den Gesetzgeber vorgenommene Qualifizierung als Verbrechen und die unterbliebene Regelung eines minder schweren Falls wegen Verstoßes gegen das Übermaßverbot als verfassungswidrig, so genügt die Vorlage an das Bundesverfassungsgericht nicht den Begründungsanforderungen, wenn das Gericht lediglich zu fiktiven Beispielfällen ausführt und nicht darlegt, inwiefern das Verfahren überhaupt einen pornographischen Inhalt zum Gegenstand hat, der dem Tatbestand der Norm unterfällt.

2. In einem Normenkontrollverfahren nach Art. 100 Abs. 1 GG muss das vorlegende Gericht angeben, inwiefern seine Entscheidung von der Gültigkeit der Rechtsvorschrift abhängt und mit welcher übergeordneten Rechtsnorm sie unvereinbar ist. Dazu muss es den zugrunde liegenden Sachverhalt sowie die maßgeblichen rechtlichen Erwägungen im Vorlagebeschluss vollständig darlegen. Die Ausführungen müssen aus sich heraus verständlich sein und die in Literatur und Rechtsprechung entwickelten Rechtsauffassungen zur Auslegung der vorgelegten Vorschrift berücksichtigen.

### **352. BVerfG 1 BvR 141/16 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 15. Februar 2023**

Erfolgreiche Rechtssatzverfassungsbeschwerde gegen die anlasslose Vorratsdatenspeicherung (mögliches Entfallen des Rechtsschutzbedürfnisses nach Entscheidung des EuGH; Begründungslast für das Fortbestehen der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde).

Art. 10 Abs. 1 GG; Art. 52 Abs. 1 GRCh; Art. 267 AEUV; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 100g Abs. 2 StPO; § 100g Abs. 3 StPO; § 113b TKG a.F.; § 113c TKG a.F.; § 176 TKG; § 177 TKG

1. Eine Verfassungsbeschwerde gegen die gesetzliche Verpflichtung zur anlasslosen Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten und gegen die Vorschriften zur strafprozessualen Verwertung solcher Daten ist unzulässig, wenn der Beschwerdeführer nichts dazu vorträgt, inwieweit ein Rechtsschutzbedürfnis fortbesteht, nachdem der Gerichtshof der Europäischen Union entschieden hat, dass die Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation im Lichte der Grundrechtecharta entsprechenden nationalen Rechtsvorschriften nur unter besonderen formellen und materiellen Voraussetzungen und bei strikter Wahrung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nicht entgegensteht.

2. Für die Überprüfung einer nationalen Rechtsnorm im Rahmen einer Verfassungsbeschwerde besteht grundsätzlich kein Bedürfnis, wenn bereits feststeht, dass die Norm dem Unionsrecht widerspricht und deshalb innerstaatlich nicht angewendet werden darf.

3. Den Beschwerdeführer trifft bei entscheidungserheblicher Veränderung der Sach- oder Rechtslage eine

Begründungslast für das Fortbestehen der Annahme- und Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde.

**354. BVerfG 2 BvR 39/22 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 17. Februar 2023 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)**

Strafvollzugsbegleitende Überprüfung des Betreuungsangebots bei angeordneter Sicherungsverwahrung (möglicher Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses bei Erreichen des Strafendes und zwischenzeitlicher Entscheidung über die Vollstreckung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung; Begründungslast für das Fortbestehen der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde bei Änderung der Sach- und Rechtslage; Gebot bestmöglicher Sachaufklärung; Sachverständigengutachten zur Notwendigkeit psychiatrischer Behandlungsmaßnahmen).

Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 119a Abs. 1 Nr. 1 StVollzG; § 66c Abs. 2 StGB; § 67c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB

1. Die Verfassungsbeschwerde eines Strafgefangenen, dessen Unterbringung in der Sicherungsverwahrung angeordnet ist, gegen eine gerichtliche Entscheidung zur strafbegründungsbegleitenden Kontrolle des Behandlungsangebots (§ 119a Abs. 1 Nr. 1 StVollzG) genügt nicht den Darlegungsanforderungen, wenn bis zur Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts das Strafende erreicht ist und der Betroffene nicht ergänzend dazu vorträgt, inwieweit angesichts der zwischenzeitlich zu treffenden Entscheidung über die Vollstreckung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (§ 67c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB) bezüglich der vorangegangenen Überprüfungsentscheidung noch ein Rechtsschutzbedürfnis besteht.

2. Den Beschwerdeführer trifft bei entscheidungserheblicher Veränderung der Sach- und Rechtslage eine Begründungslast für das Fortbestehen der Annahme- und Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde.

3. Für Entscheidungen im Rahmen des Überprüfungsverfahrens nach § 119a StVollzG gilt das Gebot bestmöglicher Sachaufklärung. Dieses ist möglicherweise verletzt, wenn der Gefangene zur Vorbereitung einer angezeigten sozialtherapeutischen Behandlung lediglich eine externe Einzeltherapie erhält und die Strafvollstreckungskammer auf die Einholung eines Sachverständigengutachtens verzichtet, obwohl die Notwendigkeit zusätzlicher psychiatrischer Behandlungsmaßnahmen im Raum steht.

**356. BVerfG 2 BvR 1810/22 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. März 2023 (AG Montabaur)**

Stillschweigendes Übergehen eines Adhäsionsantrags (Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör; Rechtswegerschöpfung vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde; Anhörungsrüge; ausnahmsweise Statthafte auch gegen ein Urteil; kein Vorrang des Zivilrechtswegs).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 33a Satz 1 StPO; § 406 StPO

1. Übergeht ein Strafgericht in seinem Urteil stillschweigend einen Adhäsionsantrag, so ist der Adhäsionskläger vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde gehalten, zur Erschöpfung des Rechtswegs eine Anhörungsrüge anzubringen und so auf die Beseitigung der Verletzung seines Rechts auf rechtliches Gehör hinzuwirken.

2. Die Anhörungsrüge ist in derartigen Fällen – ebenso wie bei einer entgegen § 406 Abs. 5 Satz 2 StPO durch Urteil ergangenen expliziten Absehensentscheidung – ausnahmsweise auch gegen ein Strafurteil statthaft, nachdem eine sofortige Beschwerde wegen des Abschlusses der Instanz ausgeschlossen ist (§ 406a Abs. 1 Satz 1 StPO) und der Adhäsionskläger eine Berufungsentscheidung nicht erzwingen kann. Hingegen gebietet es der Grundsatz der Subsidiarität nicht, vorrangig den prozessual weniger vorteilhaften Zivilrechtsweg zu beschreiten.

Rechtsprechung

## Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

### I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

**393. BGH 4 StR 442/22 – Beschluss vom 14. Februar 2023 (LG Mosbach)**

Rücktritt vom Totschlag (Freiwilligkeit, innere Hemmung, mit dem Ende einer hochgradigen affektiven Erregung einhergehende seelische Erschütterung, Mitleid, willensgesteuertes Innehalten); Adhäsionsentscheidung (Zinsen).

§ 212 StGB; § 404 StPO

1. Freiwilligkeit im Sinne des § 24 StGB liegt vor, wenn der Täter noch „Herr seiner Entschlüsse“ geblieben ist und er die Ausführung seines Verbrechensplans noch für möglich hält, er also weder durch eine äußere Zwangslage daran gehindert, noch durch einen seelischen Druck unfähig geworden ist, die Tat zu vollbringen. Hiernach kommt neben – vom Täter wahrgenommenen – äußeren, physischen Hemmnissen auch ein nur durch innere Vorgänge

bewirktes, mithin psychisches Unvermögen als der Freiwilligkeit des Rücktritts entgegenstehender Umstand in Betracht.

2. Die Annahme einer derartigen inneren Zwangslage setzt nicht notwendigerweise eine Veränderung der (äußeren) Handlungssituation voraus, sondern kann auch auf hier von unabhängig aufgetretenen inneren Hemmungen beruhen.

3. Es versteht sich nicht von selbst, dass eine mit dem (abrupten) Ende einer hochgradigen affektiven Erregung einhergehende seelische Erschütterung die weitere Tatausführung unwiderstehlich hindert. Vielmehr kann ein freiwilliger Rücktritt vorliegen, wenn – nach den Umständen des Einzelfalls – Mitleid, seelische Erschütterung beim Anblick des bis dahin Angerichteten oder die Wiederkehr hinreichender Steuerungsfähigkeit nach Affektentladung ein willensgesteuertes Innehalten ermöglichen.

**372. BGH 2 StR 341/22 – Beschluss vom 20. Dezember 2022 (LG Darmstadt)**

Banden- und gewerbsmäßige Urkundenfälschung (Mittäterschaft: kein eigenhändiges Delikt, keine Mitwirkung am Kerngeschehen zwingend notwendig); Betrug (Bereicherungsabsicht: Stoffgleichheit).  
§ 267 StGB; § 263 StGB

1. Mittäterschaft kann regelmäßig angenommen werden, wenn aufgrund einer gemeinsamen Abrede der eine Tatgenosse die Urkunde herstellen lässt und der andere sie gebraucht oder wenn beide beim Gebrauch zusammenwirken. Denkbar ist auch eine Beteiligung des Auftraggebers als Mittäter an der Herstellung der unechten Urkunde durch einen anderen. Dabei erfordert Mittäterschaft nicht zwingend eine Mitwirkung am Kerngeschehen selbst; ausreichen kann auch ein die Tatbestandsverwirklichung fördernder Tatbeitrag, der sich auf eine Vorbereitungs- oder Unterstützungshandlung beschränkt. Sie setzt indes konkrete Feststellungen zu der objektiv aus einem wesentlichen Tatbeitrag bestehenden Mitwirkung voraus, die sich nach der Willensrichtung der sich Beteiligten als Teil der Tätigkeit aller darstellt.

2. Der objektive Tatbestand des § 263 Abs. 1 StGB setzt die Absicht voraus, sich oder einem Dritten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Dabei müssen der vom Täter erstrebte Vermögensvorteil und der verursachte Vermögensschaden einander spiegelbildlich entsprechen. Der Vorteil muss die Kehrseite des Schadens sein, das heißt als unmittelbare Folge der täuschungsbedingten Vermögensverfügung dem Täter direkt aus dem geschädigten Vermögen zufließen.

**367. BGH 2 StR 102/22 – Beschluss vom 8. November 2022 (LG Aachen)**

Bandenmäßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Bande: deliktische Vereinbarung, konkludente Bandenabrede, auf der Verfolgung selbständiger eigener Interessen beruhenden Tatbeteiligung, Würdigung aller Umstände); unerlaubter Besitz einer Schusswaffe (Vorsatz: Beweiswürdigung, Erfahrungssatz, widerlegbares Indiz, Tatbestandsirrtum); Ausübung der tatsächlichen Gewalt über Kriegswaffen.  
§ 30a BtMG; § 52 WaffG; § 22a KrWaffKontrG; § 261 StPO

1. Zum Begriff des Vorsatzes, des bewussten Wollens aller Merkmale des äußeren Tatbestandes, gehört, dass der Täter die nach Gegenstand, Zeit und Ort bestimmte Zuwiderhandlung wenigstens in allen wesentlichen Beziehungen, wenn auch nicht mit allen Einzelheiten der Ausführung in seine Vorstellung und seinen Willen aufgenommen hat. Dabei führt die fehlerhafte Vorstellung über die tatsächliche Funktionalität einer Waffe – anders als die fehlerhafte normative Einordnung der in tatsächlicher Hinsicht zutreffend erkannten Waffenqualität – zu einem Tatbestandsirrtum.

2. Wesentliches Merkmal einer Bande ist die auf eine gewisse Dauer angelegte Verbindung von mindestens drei Personen zur gemeinsamen Deliktsbegehung. Ob jemand Mitglied dieser Bande ist, bestimmt sich allein nach der deliktischen Vereinbarung, der so genannten Bandenabrede, die auch durch schlüssiges Verhalten zustande kommen und aus dem konkret feststellbaren deliktischen Zusammenwirken mehrerer Personen hergeleitet werden kann. Die Abgrenzung zwischen einer auf einer konkludent getroffenen Bandenabrede beruhenden Bandentat und bloßer – auf der Verfolgung selbständiger, ausschließlich eigener Interessen beruhender – Tatbeteiligung kann schwierig sein. Insoweit bedarf es einer sorgfältigen und umfassenden Würdigung aller im konkreten Einzelfall für und gegen eine Bandenabrede sprechenden Umstände.

**363. BGH 1 StR 400/22 – Beschluss vom 12. Januar 2023 (LG Traunstein)**

Betrug (Konkurrenzen bei betrügerischer Nutzung eines Kundenkontos mit unrichtigen Kundendaten).  
§ 263 Abs. 1 StGB; § 52 StGB

Bei der mehrfachen Nutzung eines Kundenkontos mit den dort gespeicherten unrichtigen Daten werden die über dieses Konto getätigten betrügerischen Bestellungen zur Tateinheit verbunden.

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

### 401. BGH 6 StR 16/23 – Beschluss vom 21. Februar 2023 (LG Saarbrücken)

BGHSt; Entziehung Minderjähriger (konkurrenzrechtliches Verhältnis der Tatbestandsvarianten von Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 1 Nr. 2: Tateinheit).  
§ 235 Abs. 1 StGB

Die Tatvarianten des § 235 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB stehen bei Identität des betroffenen Kindes in Tateinheit zueinander. (BGHSt)

### 386. BGH 4 StR 268/22 – Beschluss vom 25. Oktober 2022 (LG Bielefeld)

Brandstiftung (Tatobjekt: Warenlager oder-vorräte, Waren, § 92 Abs. 2 BGB, § 241a Abs. 1 BGB, zum Eigenverbrauch oder zur Weiterverarbeitung vor Ort bestimmte Gegenstände; subjektiver Tatbestand: Inbrandsetzung, bedingter Vorsatz, abweichender Kausalverlauf, Beweiswürdigung, Rückschlüsse aus dem äußeren Tatgeschehen, Gesamtschau).  
§ 306 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 S. 1 StGB

1. Gemäß § 306 Abs. 1 Nr. 3 StGB macht sich strafbar, wer fremde Warenlager oder -vorräte in Brand setzt oder durch eine Brandlegung ganz oder teilweise zerstört. Waren sind körperliche Gegenstände, die zum gewerblichen Umsatz, regelmäßig zum Verkauf, bestimmt sind. Die Begriffsbestimmung der Waren als zum Umsatz bestimmte beweglichen Sachen entspricht dem allgemeinen Sprachgebrauch, wie er auch in § 92 Abs. 2 BGB und § 241a Abs. 1 BGB seinen Niederschlag gefunden hat.

2. Zu einem anderen Begriffsverständnis geben auch die Gesetzesmaterialien zum Sechsten Gesetz zur Reform des Strafrechts (6. StrRG) vom 26. Januar 1998, das den Begriff des Magazins durch den des Warenlagers ersetzt hat, keinen Anlass. Der Gesetzgeber hat in dem Bestreben, den Katalog der Tatobjekte den Erfordernissen der heutigen Wirtschaftsordnung anzupassen, bewusst den umfassenderen Begriff des Magazins aufgegeben, zu dem nach der Rechtsprechung ein Gebäude, eine Baulichkeit oder eine sonstige dauernde Einrichtung zählten, in welchen „bestimmungsgemäß größere Vorräte von Waren, Konsumtibilien, Kriegsbedürfnissen oder dergleichen Gegenständen aufgespeichert werden“. Keine Waren im Sinne von § 306 Abs. 1 Nr. 3 StGB sind demnach Gegenstände, die zum Eigenverbrauch oder zur Weiterverarbeitung vor Ort bestimmt sind.

3. Eine vollendete Brandstiftung gemäß § 306 Abs. 1 StGB in der Variante der Inbrandsetzung setzt in subjektiver Hinsicht voraus, dass der Täter zumindest für möglich gehalten und billigend in Kauf genommen hat (bedingter Vorsatz), dass durch seine Tathandlung das in Rede stehende Tatobjekt vom Feuer ergriffen wird und selbständig

weiterbrennt. Dabei muss sich der Vorsatz auch auf den zum Eintritt des Erfolges führenden Geschehensverlauf erstrecken, wobei eine Abweichung des tatsächlichen vom vorgestellten Kausalverlauf nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs als unwesentlich anzusehen ist, wenn sie sich innerhalb der Grenzen des nach allgemeiner Lebenserfahrung Vorhersehbaren hält und keine andere Bewertung der Tat rechtfertigt.

4. Das Bestehen eines solchen Vorsatzes im Tatzeitpunkt ist – sofern sich dies nicht ausnahmsweise von selbst ergibt – beweiswürdigend zu belegen. Bei einem leugnenden Angeklagten können innere Tatsachen wie seine Vorstellungen über die möglichen Folgen seines Handelns und deren Billigung regelmäßig durch Rückschlüsse aus dem äußeren Tatgeschehen festgestellt werden. Ein wesentlicher Anknüpfungspunkt für die Frage, ob der Täter mit Brandstiftungsvorsatz gehandelt hat, ist der Grad der Wahrscheinlichkeit, dass ein Tatobjekt in Brand gerät. Maßgebend ist insoweit aber stets eine Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Umstände.

### 371. BGH 2 StR 267/22 – Beschluss vom 20. Dezember 2022 (LG Gera)

Gefährliche Körperverletzung (mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung: Gefährlichkeit der Behandlung, eingetretene Verletzung, heftige Schläge gegen den Kopf des Opfers, Beweiswürdigung; subjektiver Tatbestand: Handlung auf Lebensgefährdung angelegt, Vorstellung des Täters, Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit).  
§ 224 StGB; § 15 StGB

Für den Körperverletzungsvorsatz im Sinne von § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB ist zumindest erforderlich, dass der Täter die Umstände erkennt, aus denen sich die allgemeine Gefährlichkeit des Tuns in der konkreten Situation für das Leben des Opfers ergibt. Dabei muss der Täter sie nicht als solche bewerten, jedoch muss die Handlung nach seiner Vorstellung auf Lebensgefährdung „angelegt“ sein). In Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit müssen bei der Annahme eines bedingten Verletzungsvorsatzes beide Elemente der inneren Tatseite, also sowohl das Wissens- als auch das Willenselement, in jedem Einzelfall besonders geprüft und durch tatsächliche Feststellungen belegt werden.

### 369. BGH 2 StR 223/22 – Beschluss vom 6. Dezember 2022 (LG Hanau)

Räuberische Erpressung (Bereicherungsabsicht: rechtswidriger Vermögensvorteil, gesetzliches Verbot, Verstoß gegen die guten Sitten).  
§ 255 StGB; § 134 BGB; § 138 BGB

1. Die Absicht des Täters, sich oder einen Dritten aus dem Vermögen des Genötigten zu Unrecht zu bereichern

(§ 253 Abs. 1 StGB), deckt sich inhaltlich mit der beim Betrug (§ 263 Abs. 1 StGB) vorausgesetzten Absicht, sich oder einem Dritten aus dem Vermögen des Getäuschten einen rechtswidrigen Vermögensvorteil zu verschaffen. Die erstrebte Vermögensverschiebung geschieht zu Unrecht, wenn dem Täter kein materiell-rechtlicher Anspruch auf die geforderte Leistung zusteht. Ob dies der Fall ist, bestimmt sich nach zivil- oder gegebenenfalls auch öffentlich-rechtlichen Maßstäben.

2. Sittenwidrig können nach der Rechtsprechung Geschäfte sein, durch die Dritte gefährdet oder geschädigt werden oder die in krassem Widerspruch zum Gemeinwohl stehen. Voraussetzung dafür ist, dass alle an dem Geschäft Beteiligten sittenwidrig handeln, also die Tatsachen, die die Sittenwidrigkeit begründen, kennen oder sich zumindest ihrer Kenntnis grob fahrlässig verschließen. Die Sittenwidrigkeit kann sich auch aus den Begleitumständen des Geschäfts, insbesondere den zugrundeliegenden Motiven und den verfolgten Zwecken ergeben; danach können auch Rechtsgeschäfte, die der Vorbereitung einer Straftat dienen, bei Kenntnis der Beteiligten oder grob fahrlässiger Unkenntnis sittenwidrig sein.

#### **405. BGH 6 StR 44/23 – Beschluss vom 22. Februar 2023 (LG Braunschweig)**

Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung (äußeres Erscheinungsbild des vermögensschädigenden Verhaltens des Verletzten: Wegnahme, Weggabe; Vermögensverfügung; Gewahrsam: Gewahrsamlockerung, Möglichkeit zur anschließenden Wegnahme); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Darlegungsanforderungen: konkrete Erfolgsaussicht der angeordneten Maßregel).

§ 249 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 64 StGB

Die Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung erfolgt nach dem äußeren Erscheinungsbild des vermögensschädigenden Verhaltens des Verletzten (st. Rspr.). Wird dieser gezwungen, die Wegnahme der Sache durch den Täter selbst zu dulden, so liegt Raub vor; wird er dagegen zur Vornahme einer vermögensschädigenden Handlung, mithin einer Weggabe, genötigt, so ist – sofern eine Absicht rechtswidriger Bereicherung gegeben ist – eine räuberische Erpressung anzunehmen.

#### **430. BGH 3 StR 278/22 – Beschluss vom 21. Februar 2023 (LG Düsseldorf)**

Kriminelle Vereinigung bei Betrieb eines sog. Hawala-Banking-Systems; Erbringung von Zahlungsdiensten ohne Erlaubnis; unerlaubtes Führen einer Schusswaffe (Abgrenzung zum Besitz; Konkurrenzen); Einziehung beim sog. Hawala-Banking (Einordnung von Kundengeldern als Tatmittel und nicht als Taterträge; Wertersatz-einziehung).

§ 73 StGB; § 74 StGB; 74c StGB; § 129 Abs. 2 StGB; § 63 Abs. 1 Nr. 4 ZAG; § 10 Abs. 1 Satz 1 ZAG; § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 ZAG; § 52 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b WaffG

1. Im Rahmen von Hawala-Banking erlangte Taterträge (§ 73 Abs. 1 StGB) sind allein die Provisionen (Entgelte), nicht aber die Kundengelder, die Gegenstand der Transfergeschäfte und summenmäßig an die von den Einzählern bestimmten Empfänger auszuzahlen sind.

2. Die Kundengelder sind Tatmittel im Sinne des § 74 Abs. 1 Alt. 2 StGB beziehungsweise Tatobjekte im Sinne des § 74 Abs. 2 StGB. Als solche unterliegen sie, jedenfalls sofern eine Strafbarkeit nach § 129 Abs. 1 StGB gegeben ist, der Ermessenseinziehung, wenn sie gegenständlich sichergestellt werden konnten. Dagegen scheidet eine Wertersatz-einziehung hinsichtlich der Kundengelder aus, sofern diese bestimmungsgemäß transferiert wurden, weil hierin keine die Einziehung verhindernde Vereitelungshandlung im Sinne des § 74c Abs. 1 StGB liegt.

#### **377. BGH 2 StR 421/22 – Beschluss vom 9. Februar 2023 (LG Bonn)**

Misshandlung von Schutzbefohlenen (rohes Misshandeln: gefühllose Gesinnung, Darstellung, objektive Tatseite, Gesinnung des Täters).

§ 225 StGB

1. Rohes Misshandeln im Sinne von § 225 Abs. 1 StGB liegt vor, wenn der Täter einem anderen eine Körperverletzung aus gefühlloser Gesinnung zufügt, die sich in erheblichen Handlungsfolgen äußert. Eine gefühllose Gesinnung ist gegeben, wenn der Täter bei der Misshandlung das – notwendig als Hemmung wirkende – Gefühl für das Leiden des Misshandelnden verloren hat, das sich bei jedem menschlich und verständlich Denkenden eingestellt hätte.

2. Das Tatbestandsmerkmal erfordert eine sorgfältige Darstellung nicht nur der objektiven Tatseite, sondern auch der Gesinnung des Täters.

#### **359. BGH 1 StR 284/22 – Urteil vom 25. Januar 2023 (LG München I)**

Mord aus niedrigen Beweggründen (Voraussetzungen: Motivbündel); Strafzumessung (Berücksichtigung (ausländischer) Vorverurteilungen).

§ 211 Abs. 2 StGB; § 46 Abs. 2 StGB

1. Beweggründe im Sinne von § 211 Abs. 2 StGB sind niedrig, wenn sie nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe stehen und deshalb besonders verachtenswert sind. Die Beurteilung der Frage, ob Beweggründe zur Tat niedrig sind und – in deutlich weiterreichendem Maße als bei einem Totschlag – als verachtenswert erscheinen, erfordert eine Gesamtwürdigung aller äußeren und inneren für die Handlungsantriebe des Täters maßgeblichen Faktoren (st. Rspr.).

2. Bei einem Motivbündel beruht die vorsätzliche Tötung auf niedrigen Beweggründen, wenn das Hauptmotiv, welches der Tat ihr Gepräge gibt, nach allgemeiner sittlicher Wertung auf tiefster Stufe steht und deshalb verwerflich ist. Kann das Gericht bei mehreren in Betracht kommenden tatbeherrschenden Motiven zu keiner eindeutigen Festlegung gelangen, weil es keinen von mehreren nach dem Beweisergebnis in Betracht kommenden Beweggründen ausschließen kann, so ist eine Verurteilung wegen Mordes dann möglich, wenn jeder dieser Beweggründe als niedrig anzusehen ist.

3. Es ist verfehlt, den Umstand eines lediglich geringen Maßes an Vorverurteilungen strafmildernd zu werten. Nur das Fehlen von Vorstrafen ist strafmildernd zu



berücksichtigen, wohingegen Vorverurteilungen zu Lasten des Täters wirken.

4. Bei der Strafzumessung sind auch die rechtskräftigen ausländischen Vorstrafen zu berücksichtigen, wenn die Tat nach deutschem Recht strafbar und nicht tilgungsreif wäre und das ausländische Strafverfahren rechtsstaatlichen Anforderungen genüge; denn sie sind Teil des Vorlebens des Täters (§ 46 Abs. 2 StGB).

**435. BGH 3 StR 394/22 – Beschluss vom 21. Februar 2023 (LG Hagen)**

Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung (Begriff des Rädelsführers).  
§ 129 Abs. 5 StGB

1. Rädelsführer i.S. des § 129 Abs. 5 Satz 2 StGB ist, wer in der Vereinigung dadurch eine führende Rolle spielt, dass er sich in besonders maßgebender Weise für sie betätigt, wobei nicht der Umfang, sondern das Gewicht, das der geleistete Beitrag für die Vereinigung hat, von Bedeutung ist. Besonders maßgebend ist eine Tätigkeit dann, wenn sie von Einfluss ist auf die Führung der Vereinigung im Ganzen oder in wesentlichen Teilen, wenn also der Täter, falls er nicht schon selbst zu den Führungskräften gehört, doch durch sein Tun gleichsam an der Führung mitwirkt.

2. Der vom Täter ausgeübte Einfluss muss der Sache nach beträchtlich sein und sich auf die Vereinigung als solche richten, mithin etwa die Bestimmung der Organisationszwecke, -tätigkeiten oder -ziele, die ideologische Ausrichtung der Vereinigung, deren Organisationsstruktur oder sonstige Belange mit für die Vereinigung wesentlicher Bedeutung betreffen. Eine rein formale Stellung innerhalb eines Führungsgremiums reicht für sich genommen noch nicht aus. Liegen die genannten Voraussetzungen vor, so wird die Rädelsführerschaft andererseits nicht schon dadurch ausgeschlossen, dass der Täter von Weisungen abhängig ist

**436. BGH 3 StR 418/22 – Beschluss vom 24. Januar 2023 (LG Düsseldorf)**

Schwere Zwangsprostitution (Ausbeutung); Adhäsionsantrag (Prozesszinsen).  
§ 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 404 Abs. 2 StPO; § 187 Abs. 1 BGB; § 291 Satz 1 BGB

1. Eine Ausbeutung im Sinne des § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB setzt voraus, dass dem Opfer in objektiver Hinsicht ein erheblicher Teil der Einnahmen entzogen wird und dies bei ihm zu einer gravierenden Beschränkung der persönlichen und wirtschaftlichen Bewegungs- und Entscheidungsfreiheit führt, die geeignet ist, die Lösung aus der Prostitution zu erschweren.

2. Von einer Ausbeutung ist ohne Weiteres auszugehen, wenn die Prostituierte ihre gesamten Einnahmen abgeben muss und nur gelegentlich geringe Summen zurückerhält. Abgaben in Höhe von 50 % der Einnahmen können die Annahme einer Ausbeutung nahelegen.

**429. BGH 3 StR 274/22 – Beschluss vom 7. Februar 2023 (LG Mönchengladbach)**

Mittelbare Falschbeurkundung (öffentliche Urkunde: notarieller Vertrag; Bereicherungsabsicht: mittelbare Vorteile der Tat).  
§ 271 StGB

1. Ein notarieller Vertrag stellt eine öffentliche Urkunde i.S. des § 271 Abs. 1 StGB dar. Auf einen darin genannten Namen bezieht sich auch der öffentliche Glaube der Urkunde, also die volle Beweiskraft für und gegen jedermann.

2. Für eine Bereicherungsabsicht i.S. des § 271 Abs. 3 StGB ist nicht erforderlich, dass der Täter sich oder einen Dritten unmittelbar durch die mittelbare Falschbeurkundung bereichern will. Vielmehr genügt, dass es zu der bei Tatbegehung bezweckten Vermögensmehrung mittels der falschen Urkunde durch folgende Taten kommen soll.

**408. BGH 6 StR 9/23 – Beschluss vom 7. Februar 2023 (LG Rostock)**

Grundsätze der Strafzumessung (rassistische, fremdenfeindliche, antisemitische oder sonstige menschenverachtende Gesinnung: Schuldgrundsatz, innerer Zusammenhang mit der Tat; strafschärfende Berücksichtigung weiterer nicht abgeurteilter Straftaten: Erfordernis prozessordnungsgemäßer Feststellung).  
§ 46 Abs. 1, Abs. 2 StGB

1. Zwar kann auch die Gesinnung des Täters bei der Strafbemessung berücksichtigt werden (§ 46 Abs. 2 StGB). Dies gilt aber nur, wenn diese aus der Tat spricht, mit ihr also in einem inneren Zusammenhang steht.

2. Ein außerhalb der Tatausführung liegendes Verhalten und die Lebensführung des Angeklagten müssen – um eine strafschärfende Bewertung zu eröffnen – mit der Straftat zusammenhängen, auf diese Weise Schlüsse auf ihren Unrechtsgehalt zulassen oder Einblick in die innere Einstellung des Täters zu seiner Tat gewähren.

3. Das Erfordernis des inneren Zusammenhangs zwischen der Gesinnung des Täters und dessen Tat ergibt sich aus dem Schuldgrundsatz.

**404. BGH 6 StR 35/23 – Beschluss vom 22. Februar 2023 (LG Nürnberg-Fürth)**

Strafzumessung (strafschärfende Berücksichtigung der Art der Tatausführung: nur bei Vorwerfbarkeit, bei vermindert schuldfähigem Täter nur nach dem Maß der geminderten Schuld).  
§ 46 StGB; § 21 StGB

1. Die Art der Tatausführung darf einem Angeklagten nur dann ohne Abstriche strafschärfend zur Last gelegt werden, wenn sie in vollem Umfang vorwerfbar ist, nicht aber, wenn ihre Ursache in einer von ihm nicht oder nur eingeschränkt zu vertretenden geistig-seelischen Beeinträchtigung liegt.

2. Auch der im Sinne des § 21 StGB erheblich vermindert schuldfähige Täter ist für die von ihm begangene Tat in ihrer konkreten Ausgestaltung verantwortlich, so dass für eine strafschärfende Berücksichtigung durchaus

Raum bleibt, jedoch nur nach dem Maß der geminderten Schuld (st. Rspr.). In einem solchen Fall müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass sich das Tatgericht

dieses Umstandes bewusst war und ihm Rechnung getragen hat.

## Rechtsprechung

## III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

**394. BGH 4 StR 443/22 – Beschluss vom 1. Februar 2023 (LG Bremen)**

Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis (in Beziehung Stehen der Tat zu der Führung eines Kraftfahrzeuges durch den Täter oder einen anderen Tatbeteiligten). § 69a StGB

Voraussetzung für die Entziehung der Fahrerlaubnis und auch für die Anordnung einer (isolierten) Sperrfrist nach § 69a Abs. 1 StGB ist, dass der Täter die Tat „bei oder im Zusammenhang mit dem Führen eines Kraftfahrzeuges oder unter Verletzung der Pflichten eines Kraftfahrzeugführers begangen hat“ (§ 69 Abs. 1 Satz 1 StGB). Die Tat muss damit in Beziehung stehen zu der Führung eines Kraftfahrzeugs durch den Täter oder zumindest einen anderen Tatbeteiligten.

**476. BGH 5 StR 529/22 – Beschluss vom 28. Februar 2023 (LG Dresden)**

Einziehung von zum gewinnbringenden Weiterverkauf erlangten Betäubungsmitteln (Tatobjekte; Taterträge; Wertersatz). § 73 StGB; § 74 StGB; § 33 BtMG

Zum gewinnbringenden Weiterverkauf erlangte Betäubungsmittel sind unter Einziehungsgesichtspunkten nicht Taterträge im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB, sondern

Tatobjekte, die nach § 33 Satz 1 BtMG iVm § 74 Abs. 2 StGB. Die Einziehung des Wertersatzes richtet sich dementsprechend nach § 74c StGB. Voraussetzung hierfür ist, dass das Tatobjekt dem Täter zur Tatzeit gehörte oder zustand. Werden Betäubungsmittel wie hier aber im Inland erworben, kann der Käufer wegen § 134 BGB kein Eigentum an den Drogen erlangen.

**439. BGH 3 StR 440/22 – Urteil vom 9. Februar 2023 (LG Koblenz)**

Strafmilderung oder Absehen von Strafe wegen Aufklärungshilfe (Konnex zwischen Tat des Angeklagten und Aufklärungshilfe); Strafzumessung (sonstige aufklärende Angaben als positives Nachtatverhalten). § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 46 Abs. 2 StGB

§ 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG setzt voraus, dass die aufgeklärten und die abgeurteilten Taten Einzeldelikte eines kriminellen Gesamtgeschehens sind, also einen inneren und verbindenden Bezug aufweisen. Dieser Bezug ist zum Beispiel gegeben, wenn der Kronzeuge das tatbestandliche Handeln eines Mittäters offenlegt, wenn sich die aufgedeckte Tat als Teil einer Serie des Mittäters erweist, an welcher der Aufklärungsgehilfe jedenfalls in anderen Handlungsabschnitten beteiligt war, oder wenn er weitere Geschäfte seines Betäubungsmittellieferanten enthüllt.

## Rechtsprechung

## IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

**382. BGH 2 ARs 189/22 – Beschluss vom 27. September 2022 (OLG Frankfurt am Main)**

BGHR; Auslieferungsverfahren (örtliche Zuständigkeit: Zuständigkeitsbestimmung durch das gemeinschaftliche obere Gericht, europäischer Haftbefehl, Ergreifung des Verfolgten, aktueller Aufenthalt des Verfolgten, Prioritätsprinzip, Befasstsein, einvernehmlich Übernahme, abschließende Spezialregelung, vorläufige Entscheidung über die Unzulässigkeit der Auslieferung, keine Erledigung des Auslieferungsverfahrens, unzureichende

Haftbedingungen, Zwischenentscheidung, Kontinuität und Einheit des Auslieferungsverfahrens).

§ 14 IRG; § 14 StPO

Die örtliche Zuständigkeit des zur Entscheidung über ein Auslieferungsverfahren zum Zwecke der Strafverfolgung berufenen Oberlandesgerichts besteht auch dann fort, wenn dieses wegen unzureichender Haftbedingungen die Auslieferung für unzulässig erklärt und der ersuchende Staat nachfolgend – bei Fortbestehen des dem Ausliefer-

ungersuchen zugrundeliegenden Europäischen Haftbefehls – neue Zusicherungen in Bezug auf die von dem Verfolgten zu erwartenden Haftbedingungen erteilt hat. (BGHR)

### 390. BGH 4 StR 93/22 – Beschluss vom 16. Februar 2023 (LG Hagen)

Revisionsbegründung (Beweisverwertungsverbot: Darlegungsanforderungen, EncroChat, durch einen ausländischen Staat erhobene Beweismittel, Verfahrenstatsachen zur ausländischen Beweismittelgewinnung und zur Beweisübermittlung, Abwägung aller Umstände, wesentlichen Schriftstücke oder Aktenstellen, wörtliches Zitat); Online-Durchsuchung (Verwendungsbeschränkung: Beweisrechtshilfe, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Verdacht einer Katalogtat: Informationslage im Verwendungszeitpunkt); erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Vermeidung einer doppelten Inanspruchnahme: Einziehung des Wertes von Taterträgen, Abzug vom Wert der eingezogenen Taterträge).

§ 344 StPO; § 100b StPO; § 100e StPO; § 73a StGB; § 73c StGB

1. Gemäß § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO muss der Beschwerdeführer im Rahmen einer Verfahrensrüge die den geltend gemachten Verstoß enthaltenden Tatsachen grundsätzlich so vollständig und genau darlegen, dass das Revisionsgericht allein anhand der Revisionsbegründung in die Lage versetzt wird, über den geltend gemachten Mangel endgültig zu entscheiden. Dies gilt auch, wenn ein Verstoß gegen ein Beweisverwertungsverbot gerügt wird. Geht es um Beweismittel, die durch einen ausländischen Staat erhoben und im Wege der Rechtshilfe übermittelt worden sind, muss die Revisionsbegründung die Verfahrenstatsachen zur ausländischen Beweismittelgewinnung und zur Beweisübermittlung im Einzelnen vortragen, soweit sie rügt, dabei seien Verfahrensvorschriften verletzt worden. Denn ob sich daraus ausnahmsweise ein Verwertungsverbot ergibt, vermag das Revisionsgericht erst aufgrund einer Abwägung aller Umstände, die Art und Gewicht etwaiger Verfahrensverstöße einbezieht, zu entscheiden.

2. Um diese Anforderungen an eine entsprechende Rüge zu erfüllen, sind die nach ihrer Angriffsrichtung wesentlichen Schriftstücke oder Aktenstellen im Einzelnen zu bezeichnen und – in der Regel durch wörtliche Zitate beziehungsweise eingefügte Abschriften oder Ablichtungen – zum Bestandteil der Revisionsbegründung zu machen.

### 444. BGH 3 StR 483/21 – Beschluss vom 7. Februar 2023 (OLG Düsseldorf)

Antrag auf Aussetzung des Revisionsverfahrens (ausreichende Verteidigung); Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ausland (Unterstützungshandlung); Terrorismusfinanzierung (subjektiver Tatbestand); Verstöße gegen Rechtsakte der Sanktionsmaßnahmen der EU; Anfechtung der Kostenentscheidung (Begriff der wirtschaftlichen Ressource); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung im Revisionsverfahren (Gesamtbetrachtung).

§ 143a Abs. 3 StPO; § 205 Satz 1 StPO; § 304 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 464 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 2 Abs. 3 StGB;

§ 89a StGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 18 AWG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

1. Für eine Strafbarkeit wegen Unterstützung einer terroristischen Vereinigung kommt es nicht darauf an, ob die Unterstützungshandlung dergestalt wirksam wird, dass sie der Vereinigung als solcher einen objektiven messbaren Nutzen bringt. Vielmehr genügt es regelmäßig, wenn ein Beteiligungsakt eines Mitglieds, das im Auftrag der Organisation tätig ist, wirksam gefördert wird; der Feststellung eines noch weitergehenden positiven Effekts der Handlungen des Nichtmitglieds für die Vereinigung als solche bedarf es in der Regel nicht.

2. Der weit gefasste Begriff der „wirtschaftlichen Ressource“ i.S. des § 18 Abs. 1 AWG erstreckt sich gemäß Art. 1 Nr. 2 EU-Verordnung 881/2002 auf Vermögenswerte jeder Art, die für den Erwerb von Geldern, Waren oder Dienstleistungen verwendet werden können. Somit sind auch Waffenteile und Waffenzubehör sowie sonstige Ausrüstungsgegenstände erfasst, weil auch diese – jenseits ihres unmittelbaren Nutzens als „Kampfmittel“ – Gegenstand eines Handelsgeschäfts sein können, also einen durch (Weiter-)Verkauf oder Eintausch realisierbaren wirtschaftlichen Wert haben.

3. Für eine Strafbarkeit nach § 89a Abs. 1 und 2 StGB ist grundsätzlich erforderlich, dass der Vorbereitungstäter bei seiner unter Strafe gestellten Vorbereitungshandlung bereits fest entschlossen ist, die vorbereitete schwere staatsgefährdende Gewalttat zu begehen.

4. Diese von Verfassungen wegen gebotene strafbarkeitsbeschränkende Voraussetzung erstreckt sich allerdings nicht unmittelbar auch auf – vom Straftatbestand ebenfalls erfasste – Taten im Mehrpersonenverhältnis, also die Konstellation, dass der Vorbereitungstäter mit seiner Tathandlung im Sinne des § 89a Abs. 2 StGB keine schwere staatsgefährdende Gewalttat vorbereitet, die er selbst zu begehen beabsichtigt, sondern seiner Vorstellung nach ein Dritter die Gewalttat verüben und dabei von der Vorbereitungshandlung profitieren soll. Dann ist für eine Strafbarkeit nicht erforderlich, dass ein designierter Täter einer Tat im Sinne des § 89c Abs. 1 StGB festgestellt werden kann, der seinerseits bereits fest entschlossen ist, eine schwere staatsgefährdende Gewalttat zu begehen.

5. Die verfassungsrechtlich gebotene Restriktion der Strafbarkeit nach § 89a StGB, wonach bezüglich des „Ob“ der Begehung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat bedingter Vorsatz des Vorbereitungstäters nicht genügt, erfordert allerdings in der Konstellation der Personenverschiedenheit von Vorbereitungstäter und Täter der prospektiven Gewalttat, dass der Vorbereitungstäter bei seiner Tathandlung – entsprechend der Vorsatzregelung des ähnlich strukturierten § 89c Abs. 1 StGB, mit welcher der Gesetzgeber ausdrücklich Bedenken hinsichtlich der Verfassungsmäßigkeit des § 89a StGB begegnen wollte – mit dem Wissen (dolus directus 2. Grades) oder in der Absicht (dolus directus 1. Grades) handelt, dass seine Vorbereitungshandlung einen wirksamen Beitrag zu einer Gewalttat im Sinne des § 89a Abs. 1 StGB eines Dritten leisten soll.

6. Für eine ausreichende Verteidigung im Revisionsverfahren bedarf es keines im Rahmen einer Honorarvereinbarung und damit höherer Entlohnung tätig werdenden „Revisionspezialisten“ als Wahlverteidiger. Dem Interesse eines Angeklagten, im Revisionsverfahren durch einen mit dem Revisionsrecht in besonderem Maße vertrauten Rechtsanwalt seiner Wahl vertreten zu werden, wird durch seinen in § 143a Abs. 3 StPO normierten Anspruch auf Bestellung eines von ihm benannten anderen Pflichtverteidigers für die Revisionsinstanz Rechnung getragen.

7. Zwar wird das auch dem öffentlichen Interesse dienende Gebot einer zügigen Verfahrensdurchführung nicht durch einen entgegenstehenden Willen des Angeklagten dispensiert. Ein solcher ist jedoch bei der Gesamtwürdigung der Angemessenheit der Verfahrensdauer zu berücksichtigen, denn in diese hat auch das Ausmaß der subjektiven Belastung des Angeklagten durch das Andauern des Verfahrens einzufließen.

**360. BGH 1 StR 288/22 – Beschluss vom 25. Januar 2023 (LG Baden-Baden)**

Pflicht zur Mitteilung über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (keine Mitteilungspflicht im abgetrennten Einziehungsverfahren über Verständigungsgespräche im Hauptsacheverfahren); Einziehung (keine Einziehung erlangten Bargelds im Original bei zwischenzeitlicher Vermengung mit unbemakeltem Bargeld).

§ 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 422 StPO; § 73 Abs. 1 StGB; § 73c StGB; § 948 BGB

Im abgetrennten Verfahren über die Einziehung besteht keine Mitteilungspflicht nach § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO über im Hauptsacheverfahren geführte Verständigungsgespräche.

**466. BGH 5 StR 412/22 – Beschluss vom 4. Januar 2023 (LG Dresden)**

Rüge der unzulässigen Beschränkung der Verteidigung wegen nicht hinreichend gewährter Akteneinsicht.

§ 338 Nr. 8 StPO; § 344 Abs. 2 S. 2 StPO

Mit der Rüge nach § 338 Nr. 8 StPO sind neben der geltend gemachten Beeinträchtigung der Rechte des Angeklagten die konkreten Umstände im Einzelnen anzugeben, aus denen sich eine wesentliche Beschränkung der Verteidigung ergibt. Die bloße Mitteilung der Beschlusslage durch den Beschwerdeführer genügt insoweit nicht. Wird die Rüge mit der Stoßrichtung erhoben, dass der Verteidigung die Einsicht in Akten nicht hinreichend gewährt worden sei, erfordert dies jedenfalls die Darstellung des Verfahrensgangs unter Mitteilung der konkreten zeitlichen und sonstigen Umstände, aus denen sich ergibt, warum die der Verteidigung zur Verfügung stehende Zeit zur Datensichtung nicht ausgereicht haben sollte.

**370. BGH 2 StR 262/22 – Beschluss vom 22. November 2022 (LG Erfurt)**

Beweiswürdigung (Misshandlung von Schutzbefohlenen; schwerer sexueller Missbrauch; Darlegung in den Urteilsgründen: wesentliche Beweiserwägungen, umfangreiche Beweiswürdigung, erkennbare Strukturen, Chat-Nachrichten); Veränderung des rechtlichen

Gesichtspunktes oder der Sachlage (Hinweispflicht: neue Fassung).

§ 261 StPO; § 267 StPO; § 265 StPO; § 225 StGB; § 176c StGB

1. §§ 261 und 267 StPO verpflichten den Tatrichter, in den Urteilsgründen darzulegen, dass seine Überzeugung von den die Anwendung des materiellen Rechts tragenden Tatsachen auf einer umfassenden, von rational nachvollziehbaren Überlegungen bestimmten Beweiswürdigung beruht. Die Urteilsgründe dienen nicht der Darstellung aller Einzelheiten der Beweisaufnahme, sondern sollen das Ergebnis der Hauptverhandlung wiedergeben und die Nachprüfung der getroffenen Entscheidung ermöglichen. Der Tatrichter ist – über den Wortlaut des § 267 Abs. 1 Satz 2 StPO hinaus – verpflichtet, die wesentlichen Beweiserwägungen in den Urteilsgründen so darzulegen, dass seine Überzeugungsbildung für das Revisionsgericht nachzuvollziehen und auf Rechtsfehler zu überprüfen ist.

2. Insbesondere bei einer umfangreicheren Beweiswürdigung ist darauf Bedacht zu nehmen, diese durch eine erkennbare Struktur – etwa eine Gliederung – klar und nachvollziehbar zu machen; ein klarer sprachlicher Ausdruck dient der notwendigen intersubjektiven Vermittelbarkeit der bestimmenden Beweisgründe. Waren – wie hier – längere, sprachlich bestenfalls schwer verständliche Chat-Nachrichten und ähnliche, verschriftlichte Kommunikation Gegenstand der Beweisaufnahme, wird deshalb in den Blick zu nehmen sein, ob durch deren „Einkopieren“ in die Urteilsgründe die Nachvollziehbarkeit der Beweiswürdigung erschwert oder gar gefährdet wird und wie dem gegebenenfalls begegnet werden kann.

**458. BGH 5 StR 34/23 – Beschluss vom 14. Februar 2023 (LG Berlin)**

Beschränkung der Revision auf den Rechtsfolgenauspruch bei Subsumtionsfehlern des erkennenden Gerichts zum Schuldspruch.

§ 344 Abs. 1 StPO; § 318 StPO

Das Revisionsgericht darf grundsätzlich diejenigen Entscheidungsteile nicht nachprüfen, deren Überprüfung von keiner Seite begehrt wird. Insbesondere berühren etwaige Subsumtionsfehler des erkennenden Gerichts und daraus resultierende Mängel des Schuldspruchs die Wirksamkeit einer Rechtsmittelbeschränkung, die den Schuldspruch von der Beanstandung ausnimmt, nicht. Vielmehr hat das Revisionsgericht im Fall eines auf den Rechtsfolgenauspruch beschränkten Rechtsmittels die revisionsrechtliche Prüfung der Rechtsfolgenentscheidung auf der Basis des Schuldspruchs des angefochtenen Urteils vorzunehmen, auch wenn dieser – zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten – auf einer rechtsfehlerhaften Subsumtion und damit unzutreffenden rechtlichen Einordnung des Tatgeschehens beruht.

**422. BGH 6 StR 514/22 – Beschluss vom 7. März 2023 (LG Hannover)**

Verfahrensrüge (sichere Grundlage, Erwiesensein der tatsächlichen Richtigkeit von Behauptungen); Selbstleungsverfahren (Datenträger, hinreichende Bestimmung).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 249 Abs. 2 StPO

Die tatsächliche Richtigkeit von Behauptungen, aus denen sich ein verfahrensrechtlicher Verstoß ergeben soll, muss erwiesen sein und kann nicht lediglich nach dem Grundsatz „im Zweifel für den Angeklagten“ unterstellt werden.

### **462. BGH 5 StR 392/21 – Beschluss vom 17. Februar 2023 (LG Berlin)**

Erforderlicher Vortrag für eine zulässige Verfahrensrüge.

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

Wird ein Verstoß gegen die Vorschriften über die Öffentlichkeit des Verfahrens geltend gemacht, erfordert § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO die Angabe auch derjenigen dem Beschwerdeführer zugänglichen Umstände, nach denen das Gericht den Verstoß zu vertreten hat, da eine objektiv vorliegende Beschränkung der Öffentlichkeit nur dann die Revision begründen kann, wenn sie auf ein vorwerfbares Verhalten des Gerichts zurückzuführen ist.

### **467. BGH 5 StR 451/22 – Beschluss vom 1. März 2023 (LG Dresden)**

Unzulässigkeit der Revision (Wirksamkeit; Form; elektronisches Dokument).

§ 32d StPO

Nach § 32d Satz 2 StPO müssen Verteidiger und Rechtsanwälte die Revision – bei schriftlicher Einlegung – als elektronisches Dokument übermitteln. Insoweit handelt es sich um eine Form- und Wirksamkeitsvoraussetzung der Prozesshandlung. Ihre Nichteinhaltung bewirkt die Unwirksamkeit der Erklärung.

### **409. BGH 6 StR 374/22 – Urteil vom 8. März 2023 (LG Magdeburg)**

Sexueller Missbrauch von Kindern; schwerer sexueller Missbrauch von Kindern; Lückenhafte Beweiswürdigung (mangelnde Darstellung der Aussagen der Geschädigten); Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (mangelnde Gesamtschau der Beweisergebnisse, Vorliegen mehrerer Beweisanzeichen).

§ 176 StGB; § 176c StGB; § 261 StPO

Liegen mehrere Beweisanzeichen vor, so genügt es nicht, diese jeweils einzeln abzuhandeln. Das einzelne Beweisanzeichen ist vielmehr mit allen anderen Indizien in eine Gesamtwürdigung einzustellen. Auch wenn keine der Indizien für sich allein zum Nachweis der Täterschaft des Angeklagten ausreichen würde, besteht die Möglichkeit, dass sie in ihrer Gesamtheit dem Tatgericht die entsprechende Überzeugung vermitteln können.

## Rechtsprechung

# V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

### **373. BGH 2 StR 67/22 – Beschluss vom 7. Februar 2023 (LG Darmstadt)**

Strafzumessung (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt: unzutreffende Schadensbeträge, Schätzung vorenthaltener Sozialversicherungsbeiträge, zwei Drittel des Nettoumsatzes als gezahlte Nettolohnsumme veranschlagt, Hochrechnung der Nettolöhne auf Bruttolöhne, Lohnsteuerklasse); Einziehung des Wertes von Taterträgen (durch die Tat erlangt: Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt, wirtschaftlicher Vorteil, nicht Abführen der geschuldeten Beiträge zur Sozialversicherung, Tatlohn, andere Zuwendungen, Rechtsgrund, Deckmantel).

§ 46 StGB; § 266a StGB; § 73 StGB; § 73c StGB

1. Im Falle des Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt, darf nur bei vollumfänglich illegalen Beschäftigungsverhältnissen bei der Hochrechnung der Nettolöhne auf Bruttolöhne der Eingangssteuersatz der Lohnsteuerklasse VI (vgl. § 39c EStG) zugrunde gelegt werden. Wenn indes die tatsächlichen Verhältnisse der Arbeitnehmer bekannt waren oder ohne Weiteres hätten festgestellt werden können, muss der Umfang hinterzogener Sozialversicherungsbeiträge anhand der tatsächlich gegebenen Lohnsteuerklasse der Arbeitnehmer ermittelt werden.

2. Durch die Tat erlangt sind alle Vermögenswerte, die dem Täter aus der Verwirklichung des Tatbestandes selbst in irgendeiner Phase des Tatablaus zufließen. Der in diesem Sinn aus den gegenständlichen Taten nach § 266a StGB resultierende wirtschaftliche Vorteil liegt darin, dass geschuldete Beträge zur Sozialversicherung nicht abgeführt werden müssen, wobei dieser Vorteil schon begrifflich allein im Vermögen des zahlungsverpflichteten Arbeitgebers anfällt und sich als nicht gegenständlicher Vorteil bereits mit seiner Inanspruchnahme verbraucht.

3. Für die Tat erlangt ist, was dem Täter oder Teilnehmer als Gegenleistung für sein rechtswidriges Handeln gewährt wird und sich nicht als Vermögensvorteil darstellt, der auf der Tatbestandsverwirklichung selbst beruht. Abzugrenzen sind hiervon Zuwendungen, die der Tatbeteiligte aus einem anderen, von der Tatbegehung unabhängigen Rechtsgrund erhält. Ob ein solcher Rechtsgrund tatsächlich vorliegt oder ob der Tatlohn lediglich unter dem Deckmantel eines solchen dem Tatbeteiligten gewährten Anspruchs an ihn weitergeleitet wird, ist Tatfrage und im Rahmen einer wertenden Gesamtbetrachtung aller maßgeblichen Umstände des Einzelfalls zu entscheiden.

### **388. BGH 4 StR 284/22 – Beschluss vom 6. Dezember 2022 (LG Münster)**

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Waffe: Bestimmung durch den Täter zur Verletzung; sonstige Gegenstände: Gebrauchsgegenstände des täglichen Lebens, Messer, Zweckbestimmung durch den Täter, objektiv gefährlicher Gegenstand, griffbereites Mitsichführen, Fehlen eines nachvollziehbaren Grundes, Mitsichführen in der Schlussphase des Betäubungsmittelgeschäfts, keine sichere Verfügungsgewalt über das Betäubungsmittel; Mittäterschaft).

§ 30a BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

1. Bei Waffen im technischen Sinn und den in § 1 Abs. 2 Nr. 2 Buchst. b) WaffG normierten, sog. gekorenen Waffen liegt die Bestimmung durch den Täter zur Verletzung von Menschen auf der Hand, so dass es einer ausdrücklichen Erörterung in den Urteilsgründen nicht bedarf.

2. Bei sonstigen Gegenständen, die nicht typischerweise dazu eingesetzt werden, jemanden zu verletzen, sind tatrichterliche Feststellungen zur Zweckbestimmung durch den Täter unerlässlich; dies gilt insbesondere bei Gebrauchsgegenständen des täglichen Lebens. Allerdings kann die Annahme einer Zweckbestimmung im Sinne von § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG nahe liegen, wenn nach den Umständen des Falles ein nachvollziehbarer Grund dafür fehlt, dass der Täter einen objektiv gefährlichen Gegenstand griffbereit mit sich führt.

3. Der Tatbestand des bewaffneten Handeltreibens kann auch dann noch erfüllt sein, wenn der Täter den Gegenstand erst in der Schlussphase des Betäubungsmittelgeschäfts vor dessen Beendigung mit einer entsprechenden Zweckbestimmung bei sich führt. Danach kann ein Waffeneinsatz im Sinne von § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG auch dann noch in Betracht kommen, wenn der Erwerber noch keine sichere Verfügungsgewalt über das Betäubungsmittel erlangt hat.

#### **434. BGH 3 StR 353/22 – Beschluss vom 25. Januar 2023 (LG Koblenz)**

Bandeneinfuhr von Betäubungsmitteln (tatbestandlicher Erfolg); Bandenausfuhr von Betäubungsmitteln; Bandenhandel mit Betäubungsmitteln; unerlaubtes Führen einer Schusswaffe; unerlaubter Besitzes einer Schusswaffe.

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 30a Abs. 1 BtMG; § 27 StGB; § 52 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b) WaffG

1. Bei einem länderübergreifenden Transport ist erst dann der Tatbestand der Einfuhr nach § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG erfüllt, wenn die Drogen deutsches Staatsgebiet erreichen. Die Norm schützt (nur) die inländische Bevölkerung vor den Gefahren der Drogensucht, nicht die niederländische.

2. Ein zu hohes Gesamtstrafübel, das sich dadurch ergibt, dass die Zäsurwirkung eines Urteils die Bildung mehrerer Gesamtstrafen erfordert, ist auszugleichen, insbesondere bei einer voraussichtlichen Gesamtvollstreckungsdauer, die diejenige einer lebenslangen Freiheitsstrafe erreicht oder überschreitet.

3. Das Tatgericht hat in solchen Fällen die besondere Größenordnung der Gesamtstrafensumme im Urteil zu

erörtern und durch einen erheblichen Härteausgleich sichtbar Rechnung zu tragen. Dabei ist auch das Ausmaß der Warnwirkung des zäsurbildenden Urteils zu berücksichtigen.

#### **418. BGH 6 StR 500/22 – Beschluss vom 24. Januar 2023 (LG Schwerin)**

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Deliktstypus; Vollendung); Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (konkurrenzrechtliche Beurteilung); unterbliebene Prüfung der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 64 StGB

1. Für die Vollendung des Handeltreibens reicht es aus, dass der Täter bei einem beabsichtigten Ankauf von zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmten Betäubungsmitteln in ernsthafte Verhandlungen mit dem potenziellen Verkäufer eintritt. Der Tatbestand ist auch dann erfüllt, wenn es nicht zur Übereinkunft und deren Erfüllung gekommen ist.

2. Besitz der Täter Betäubungsmittel teils zur gewinnbringenden Weiterveräußerung und teils zu anderen Zwecken, geht der Täter an der zum Handel bestimmten Betäubungsmittelmenge im Handeltreiben mit Betäubungsmitteln auf. Nur für die anderen Zwecken dienende Menge verbleibt es bei der Strafbarkeit wegen Besitzes von Betäubungsmitteln.

#### **459. BGH 5 StR 343/22 – Urteil vom 18. Januar 2023 (LG Dresden)**

Fehlende Feststellungen zum Wirkstoffgehalt bei Verurteilung wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Bestimmung der geringen Menge; Strafrahenwahl und Strafzumessung; fehlende Untersuchungsmöglichkeit; Anhaltspunkte für Schätzung); Anforderungen an das freisprechende Urteil; Zeitablauf zwischen Tat und Urteil als Strafzumessungsgesichtspunkt.

§ 29 BtMG; § 261 StPO; § 267 StPO; § 46 StGB

1. Bei der Verurteilung wegen einer Betäubungsmittelstraftat bedarf es regelmäßig Feststellungen zum Wirkstoffgehalt. Auf diesen kommt es neben Art und Menge der gehandelten Betäubungsmittel nicht nur für die Bestimmung einer nicht geringen Menge, sondern auch für die Strafrahenwahl und die Strafzumessung im engeren Sinne an, weil dadurch der Schuldumfang der Tat und die Schuld des Täters maßgeblich bestimmt werden. Dies gilt auch in Fällen, in denen es lediglich zum Ankauf der Betäubungsmittel kam und eine spätere Auslieferung nicht festgestellt ist, da insoweit das Vorstellungsbild des Angeklagten entscheidend ist. Bei der Strafzumessung in Beihilfefällen ist die Feststellung der Wirkstoffmenge für die Bestimmung der Schwere der Haupttat erforderlich, auch wenn dem Gewicht des Tatbeitrags des Gehilfen die maßgebliche Bedeutung zukommt.

2. Stehen Betäubungsmittel für eine Untersuchung nicht zur Verfügung, muss das Tatgericht die Wirkstoffmenge oder den Wirkstoffgehalt unter Berücksichtigung der anderen hinreichend sicher festgestellten Tatumstände (wie

Herkunft, Preis, Aussehen, Verpackung, Beurteilung durch Tatbeteiligte, Handelsstufe), gegebenenfalls unter Berücksichtigung des Zweifelssatzes, zahlenmäßig schätzen. Eine Umschreibung in allgemeiner Form, etwa „durchschnittliche Qualität“ reicht nicht aus.

3. Spricht das Tatgericht einen Angeklagten aus tatsächlichen Gründen frei, muss es regelmäßig in einer geschlossenen Darstellung die als erwiesen angesehenen Tatsachen feststellen, bevor es in der Beweiswürdigung darlegt, aus welchen Gründen die für einen Schuldspruch erforderlichen zusätzlichen Feststellungen nicht getroffen werden konnten. Denn es ist Aufgabe der Urteilsgründe, dem Revisionsgericht auf diese Weise eine umfassende Nachprüfung der freisprechenden Entscheidung zu ermöglichen.

4. Der Zeitablauf zwischen Tat und Urteil gehört zu den Umständen, die nach am Einzelfall orientierten Maßgaben als sonstiger Aspekt im Sinne des § 46 Abs. 2 StGB Einfluss auf die Bemessung der Strafe gewinnen können, da der Ablauf der Zeit zwar nicht die Tatschuld mindert, aber Tat und Täter unter den Aspekten von Schuld und Spezialprävention in einem günstigeren Licht erscheinen lassen kann, als es bei schneller Ahndung der Fall gewesen wäre. Deshalb führt ein langer Zeitablauf nach der Tat nicht nur zu einer Minderung des Sühneanspruchs, weil das Strafbedürfnis allgemein abnimmt, sondern erfordert auch eine gesteigerte Prüfung der Wirkungen der Strafe für den Täter.

**461. BGH 5 StR 390/22 – Beschluss vom 4. Januar 2023 (LG Hamburg)**

Täterschaft und Beihilfe beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln trotz erfolgter Sicherstellung.  
§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 27 StGB

Die Sicherstellung von Betäubungsmitteln beendet das Handeltreiben i.S.d. § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG nicht, wenn ein Täter sich in Unkenntnis der Sicherstellung weiter darum bemüht, in den Besitz der Betäubungsmittel zu kommen. Denn für die Strafbarkeit des Täters beim Handeltreiben kommt es nicht auf den tatsächlichen Umsatzerfolg an, sondern allein auf das hierauf abzielende Verhalten. Für eine Beihilfe zum Handeltreiben reicht es in diesen Konstellationen dementsprechend aus, wenn der Gehilfe das auf den Erfolg abzielende Verhalten des Haupttäters unterstützt.

**417. BGH 6 StR 493/22 (alt: 6 StR 431/21) – Beschluss vom 21. Februar 2023 (LG Magdeburg)**

Strafzumessung im Jugendstrafrecht (Erziehungsgedanke: keine lediglich formelhafte Erwähnung) Versuchtes Tötungsdelikt (keine strafscharfende Berücksichtigung bedingten Tötungsvorsatzes bei strafbefreiendem Rücktritt vom Versuch).

§ 18 Abs. 2 JGG; § 16 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 StGB

Bei der Verhängung einer Jugendstrafe genügt eine lediglich formelhafte Erwähnung des Erziehungsgedankens nicht.

Aufsätze und Anmerkungen

# Der Einfluss des Unionsrechts auf das deutsche Strafprozessrecht am Beispiel der rückwirkenden Pflichtverteidigerbestellung

Von Wiss. Mit. Dr. Carina Dorneck, M.mel., Halle/Trier\*

## I. Einführung

Die Frage nach der Rückwirkung einer Pflichtverteidigerbestellung ist ein Dauerbrenner unter den strafprozessualen Fragestellungen.<sup>1</sup> Neuen Auftrieb erhielt dieser Streit durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung, das am 13. Dezember 2019 in Kraft

trat und zur Neuregelung der Pflichtverteidigervorschriften (§§ 140 ff. StPO) in ihrer heutigen Form führte.<sup>2</sup> Mit diesem Gesetz wurden mit halbjähriger Verzögerung die Vorgaben der Richtlinie (EU) 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 26. Oktober 2016 über Prozesskostenhilfe für Verdächtige und beschuldigte Personen im Strafverfahren sowie für gesuchte Personen in Verfahren zur Vollstreckung eines Europäischen

\* Die Verfasserin ist wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl für Straf- und Strafprozessrecht und Medizinrecht, Prof. Dr. Henning Rosenau, Martin-Luther-Universität Halle-Wittenberg. Sie vertritt derzeit eine Professur für

Strafrecht und Strafprozessrecht einschließlich europäischer und internationaler Bezüge an der Universität Trier.

<sup>1</sup> So auch *Schrader* jurisPR-StrafR 1/2023, Anm. 2.

<sup>2</sup> BGBl. I 2019, S. 2128.

Haftbefehls (im Folgenden: PKH-Richtlinie)<sup>3</sup> umgesetzt. Obwohl die Reform damit bereits drei Jahre zurückliegt, ist das Problem der rückwirkenden (oder auch als nachträglich bezeichneten) Pflichtverteidigerbestellung bis heute nicht geklärt. Vielmehr ist gerade durch die Reform die längst entschieden geglaubte Diskussion um diese Frage wieder aufgeflammt. Das Meinungsspektrum ist divers; insbesondere innerhalb der Rechtsprechung selbst ist der Streit unentschieden. Die Judikate der jüngeren Vergangenheit könnten insofern kaum unterschiedlicher ausfallen.<sup>4</sup> Angesichts dieses Befundes werden im Folgenden die wesentlichen Änderungen durch die Neuregelung vorgestellt (II.), bevor unter Berücksichtigung der divergierenden Rechtsprechung der Frage nachgegangen wird, ob und unter welchen Voraussetzungen eine rückwirkende Pflichtverteidigerbestellung möglich ist (III.). Bei der Beantwortung dieser Frage wird der Einfluss, den das Unionsrecht auf das deutsche Strafprozessrecht nimmt, eine entscheidende Rolle spielen (IV.).

## II. Wesentliche Änderungen durch die Neuregelung

Das Institut der notwendigen Verteidigung, geregelt in den §§ 140 ff. StPO, beruht im Wesentlichen auf zwei Erwägungen:<sup>5</sup> Zum Ersten liegt der zwingenden Mitwirkung eines Verteidigers das Ziel der Verfahrenssicherung bzw. das staatliche Interesse an der Gewährleistung eines justizförmigen Verfahrens zugrunde. Zum Zweiten entspringt dem Fürsorge- und Sozialstaatsprinzip der Gedanke, dass die Hinzuziehung eines Verteidigers nicht von den finanziellen Verhältnissen des Beschuldigten abhängen darf.<sup>6</sup>

Diese Zielsetzungen wurden durch das Gesetz zur Neuregelung der notwendigen Verteidigung nicht angetastet. Es wurden im Wesentlichen lediglich der Zeitpunkt und das Verfahren zur Bestellung und Auswahl des Pflichtverteidigers neu geregelt. Hinsichtlich des Verfahrens sieht § 141 Abs. 1 Satz 1 StPO nunmehr vor, dass auf Antrag des Beschuldigten diesem unverzüglich ein Pflichtverteidiger zu bestellen ist. Gemäß § 142 Abs. 1 StPO ist der Antrag des Beschuldigten auf Pflichtverteidigerbestellung unverzüglich dem Gericht vorzulegen.<sup>7</sup> Dabei hat die Staatsanwaltschaft Stellung dazu zu beziehen, ob aus ihrer Sicht die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung vorliegen. Sie ist darüber hinaus in den Fällen des § 141 Abs. 2 Satz 1 Nrn. 1 bis 3 StPO dazu verpflichtet, selbst einen Antrag auf Bestellung eines Pflichtverteidigers zu stellen, sofern der Beschuldigte keinen Antrag gestellt hat, § 142 Abs. 2 StPO.<sup>8</sup> § 141 Abs. 2 StPO weicht folglich das neu eingeführte Antragsmodell des Absatzes 1 auf und fordert zum Schutz des Beschuldigten sowie zur Gewährleistung

eines rechtsstaatlichen Verfahrens ein Einschreiten der Strafverfolgungsorgane von Amts wegen.<sup>9</sup>

Den Zeitpunkt der Beiordnung bestimmt § 141 StPO. Anders als in dessen vorheriger Fassung wird der Zeitpunkt der Pflichtverteidigerbestellung nicht mehr in erster Linie an der Hauptverhandlung festgemacht, sondern in das Ermittlungsverfahren vorverlagert.<sup>10</sup> Es wird zwischen der Beiordnung i.S.d. Absatzes 1 aufgrund eines Antrags des Beschuldigten und der Beiordnung i.S.d. Absatzes 2 ohne Antrag des Beschuldigten unterschieden. Der Zeitpunkt der Beiordnung hängt folglich davon ab, ob ein Antrag des Beschuldigten vorliegt bzw. ob die Voraussetzungen des § 141 Abs. 2 StPO gegeben sind, die die Staatsanwaltschaft von Amts wegen prüft. Im ersten Fall ist gemäß § 141 Abs. 1 Satz 1 StPO über den Antrag des Beschuldigten „unverzüglich“ zu entscheiden, spätestens jedoch vor dessen Vernehmung oder einer Gegenüberstellung mit diesem, § 141 Abs. 1 Satz 2 StPO. Im zweiten Fall ist zum Schutz des Beschuldigten ein Einschreiten von Amts wegen in den dort genannten Zeitpunkten gefordert (z.B. in den Fällen der Nr. 1 sobald der Beschuldigte einem Gericht zur Entscheidung über Haft oder einstweiliger Unterbringung vorgeführt werden soll).<sup>11</sup>

## III. Die rückwirkende Pflichtverteidigerbestellung

Vor dem Hintergrund dieser Neuordnung des Rechts der notwendigen Verteidigung, insbesondere der Neuregelung des Zeitpunkts und des Verfahrens der Pflichtverteidigerbestellung, wird unterschiedlich beurteilt, ob sich an der nach altem Recht überwiegend abgelehnten Möglichkeit einer rückwirkenden Beiordnung etwas geändert hat. Sie betrifft Fälle, in denen die Entscheidung auf Beiordnung des Verteidigers als Pflichtverteidiger von einer Einstellung des Verfahrens – gemäß der Opportunitätsvorschriften der §§ 153 ff. StPO oder aufgrund mangelnden hinreichenden Tatverdachts gemäß § 170 Abs. 2 StPO – überholt wurde.<sup>12</sup> Sie betrifft außerdem Fälle, in denen gegen einen ablehnenden Bescheid vor dem rechtskräftigen Abschluss des Strafverfahrens Beschwerde eingelegt wurde.<sup>13</sup> Schließlich kommt eine rückwirkende Pflichtverteidigerbestellung in Betracht, wenn die Entscheidung über die Beiordnung des Verteidigers trotz Vorliegens der Voraussetzungen des § 140 Abs. 1 Nr. 5 StPO erst nach der Haftentlassung ergeht.<sup>14</sup>

Somit steht hinter der rückwirkenden Pflichtverteidigerbestellung die rechtliche Problematik, dass sich das Verfahren, für das der Verteidiger als Pflichtverteidiger zu bestellen wäre, bereits erledigt hat, bevor es überhaupt zu seiner Bestellung kommt. *Prima facie* wirkt es daher befremdlich, im Nachhinein die Beiordnung als

<sup>3</sup> Amtsblatt der Europäischen Union vom 04. November 2016, Nr. L297 S. 1 ff., bereinigt im Amtsblatt der Europäischen Union vom 05. April 2017, Nr. L91 S. 40.

<sup>4</sup> So die Worte von *Beutel NStZ* 2022, 328.

<sup>5</sup> *Welp ZStW* 90 (1978), 101 (105 ff.); *ders. ZStW* 90 (1978), 804 (821 f.).

<sup>6</sup> *Wohlers StV* 2007, 376 (379) m.w.N.

<sup>7</sup> BT-Drs. 19/13829, S. 41.

<sup>8</sup> BT-Drs. 19/13829, S. 41.

<sup>9</sup> SSW-StPO/*Beulke/Salat*, 5. Aufl. (2023), § 141 Rn. 21.

<sup>10</sup> LR/*Jahn*, 27. Aufl. (2021), § 141 Entstehungsgeschichte.

<sup>11</sup> SSW-StPO/*Beulke/Salat* (Fn. 9), § 141 Rn. 21; MüKo-StPO/*Kämpfer/Travers*, 2. Aufl. (2023), § 141 Rn. 1.

<sup>12</sup> BeckOK-StPO/*Krawczyk*, 46. Edition (Stand 1. Januar 2023), § 142 Rn. 30; LR/*Jahn* (Fn. 10), § 141 Rn. 2.

<sup>13</sup> *Wohlers StV* 2007, 376 (379).

<sup>14</sup> LR/*Jahn* (Fn. 10), § 141 Rn. 2; SSW-StPO/*Beulke/Salat* (Fn. 9), § 141 Rn. 9.



Pflichtverteidiger anzuordnen, weil es in diesem Fall so scheint, als gäbe es für den Verteidiger schlicht nichts mehr zu verteidigen. Eine rückwirkende Beiordnung entspräche allein dessen Gebühreninteresse oder dem Kosteninteresse des Beschuldigten.

## 1. Meinungsstand nach früherer Rechtslage

Angesichts dieses Umstandes wurde insbesondere nach früherer Rechtslage von der ganz überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung und Lehre vertreten, dass eine rückwirkende Pflichtverteidigerbestellung unzulässig sei.<sup>15</sup> Die Tätigkeit des Verteidigers sei auf eine künftig zu erbringende Dienstleistung gerichtet. Eine Verteidigung, die lediglich rückwirkend ein bereits beendetes Verfahren betreffe, sei dagegen nicht mehr schutzwürdig. Zweck der notwendigen Verteidigung sei es, dem Beschuldigten für das kommende Verfahren eine ordnungsgemäße Verteidigung zu gewährleisten, nicht aber dessen Kosteninteresse oder das Gebühreninteresse des Verteidigers zu sichern.<sup>16</sup>

Von diesem Grundsatz der Unzulässigkeit der rückwirkenden Pflichtverteidigerbestellung wurde jedoch bereits nach alter Rechtslage insbesondere von den Instanzgerichten eine Ausnahme zugelassen, wenn der Antrag auf Beiordnung rechtzeitig vor Einstellung des Verfahrens gestellt worden war, die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung i.S.d. § 140 StPO vorlagen und die Beiordnungsentscheidung allein aufgrund justizinterner Vorgänge verzögert wurde oder unterblieben ist.<sup>17</sup> Dem stand es gleich, wenn das Verfahren vor einer Entscheidung über die eingelegte Beschwerde gegen eine Ablehnung der Pflichtverteidigerbeiordnung bereits abgeschlossen wurde.<sup>18</sup>

## 2. Befürwortung der rückwirkenden Pflichtverteidigerbestellung

Mit der Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung aufgrund der PKH-Richtlinie mehren sich jedoch zunehmend die Stimmen, die zumindest für den Fall des rechtzeitigen, aber verspätet verbeschiedenen Antrags auf Pflichtverteidigerbestellung dessen rückwirkende Beiordnung befürworten.<sup>19</sup> Zu verzeichnen ist eine Abkehr

von der Maxime der Unzulässigkeit der Rückwirkung der Pflichtverteidigerbestellung.<sup>20</sup>

Schon das Unverzüglichkeitsgebot des neu gefassten § 141 Abs. 1 Satz 1 StPO spräche für eine solche Auslegung der §§ 140 ff. StPO. Maßgebend für die rückwirkende Bestellung sei demnach, dass die Voraussetzungen für die Beiordnung schon zu einem früheren Zeitpunkt vorlagen, eine solche beantragt worden war, über diese aber aus Gründen, die der Antragssteller nicht zu vertreten hat, nicht entschieden worden ist.<sup>21</sup> Unverzüglich bedeute zwar nicht sofort, es bedeute aber, dass eine Entscheidung so bald wie möglich und ohne schuldhaftes Zögern, insbesondere ohne sachlich nicht begründete Verzögerung ergehen müsse.<sup>22</sup> Als Frist, innerhalb derer entschieden werden müsse, wird überwiegend eine Frist von einer Woche als angemessen erachtet.<sup>23</sup> Dabei sei auf den Zeitpunkt abzustellen, zu dem redlicherweise die erste Entscheidung über die Beiordnung hätte getroffen werden können.<sup>24</sup>

Angesichts des in den §§ 141 Abs. 1 Satz 1, 141 Abs. 2 Satz 1, 142 Abs. 1 Satz 2, 142 Abs. 2, 142 Abs. 4 Satz 2 StPO zum Ausdruck kommenden Unverzüglichkeitsgebotes sei daher durch die Möglichkeit der rückwirkenden Pflichtverteidigerbestellung der Gefahr zu begegnen, dass eine an sich gebotene Pflichtverteidigerbestellung wegen verzögerter Sachbearbeitung unterbleibe und damit eine effektive Verteidigung wegen ungeklärter Kostenfrage scheitere.<sup>25</sup> Es dürfe dem Beschuldigten nicht zum Nachteil gereichen, wenn sein rechtzeitig gestellter Antrag entgegen der Intention des Gesetzgebers nicht zeitnah verbeschieden, sondern liegengelassen werde.<sup>26</sup> Aus diesem Grund lasse die höchstrichterliche Rechtsprechung schon in anderem Zusammenhang, nämlich bei der Bewilligung von Prozesskostenhilfe, eine Rückwirkung zu, sofern vor dem rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens ein begründeter Bewilligungsantrag gestellt, aber aus Gründen, die der Antragssteller nicht zu vertreten habe, nicht rechtzeitig verbeschieden wurde.<sup>27</sup> Ähnliches gelte im Zivilverfahrensrecht, sofern der Antrag zum Zeitpunkt der Erledigung des Hauptsacheverfahrens bereits entscheidungsreif war.<sup>28</sup> Gefordert wird ein Gleichlauf von Zivil- und Strafverfahren bzw. Prozesskostenhilfe und Pflichtverteidigerbestellung.<sup>29</sup> Schließlich, so diese Ansicht, seien keine vernünftigen Gründe ersichtlich, weshalb für die rückwirkende Bestellung eines Pflichtverteidigers etwas anderes

<sup>15</sup> Zum Streitstand siehe KK-StPO/Willnow, 9. Aufl. (2023), § 142 Rn. 16 m.w.N.

<sup>16</sup> Vgl. nur BGH StV 1989, 378; BGH StV 1997, 238 f.; BGH NStZ-RR 2009, 348; OLG Hamm NStZ-RR 2009, 113 f.; OLG Köln NStZ-RR 2011, 325; OLG Oldenburg BeckRS 2015, 20542; zust. Bleckat StraFo 2022, 182 (183).

<sup>17</sup> Vgl. nur LG Itzehoe NStZ 2011, 56; LG Trier StRR 2015, 346 f.; LG Frankenthal StV 2018, 155; für umfassende weitere Nachweise siehe LR/Jahn (Fn. 10), § 141 Rn. 2.

<sup>18</sup> LG Braunschweig StV 2001, 447; LG Saarbrücken StV 2005, 82; LG Düsseldorf NStZ 2010, 296; LG Verden StraFo 2011, 225.

<sup>19</sup> LG Aurich StRR 2020, Nr. 6, 3; LG Passau StV 2021, 164 f.; LG Wiesbaden StRR 2020, Nr. 5, 24 ff.; AG Amberg BeckRS 2020, 7655; AG Frankfurt BeckRS 2020, 45319. Aus dem Schrifttum: MüKo-StPO/Kämpfer/Travers (Fn. 11), § 142 Rn. 14; BeckOK-StPO/Krawczyk (Fn. 12), § 142 Rn. 30.

<sup>20</sup> Schrader jurisPR-StrafR 1/2023, Anm. 2; Beutel NStZ 2022, 328 (329).

<sup>21</sup> LG Hamburg BeckRS 2022, 23286; LG Flensburg BeckRS 2020, 35948.

<sup>22</sup> Meyer-Goßner/Schmitt, 65. Aufl. (2022), § 141 Rn. 7.

<sup>23</sup> KK-StPO/Willnow (Fn. 15), § 141 Rn. 7; SSW-StPO/Beulke/Salat (Fn. 9), § 141 Rn. 19; MüKo-StPO/Kämpfer/Travers (Fn. 11), § 141 Rn. 5a.

<sup>24</sup> Hecken StRR 2021, Nr. 3, 17.

<sup>25</sup> LG Köln NStZ 2021, 639 (640); LG Düsseldorf BeckRS 2021, 36883; LG Wuppertal BeckRS 2021, 32474; LG Bremen StV 2021, 564; AG Frankfurt a.M. BeckRS 2021, 32494; BeckOK-StPO/Krawczyk (Fn. 12), § 142 Rn. 30.

<sup>26</sup> Hillenbrand StRR 2021, Nr. 8, 19.

<sup>27</sup> BGH BeckRS 2021, 8406.

<sup>28</sup> Vgl. etwa schon BGH NJW 1982, 446 ff.; eine rückwirkende Bewilligung von Prozesskostenhilfe jüngst bestätigend BGH BeckRS 2022, 26610.

<sup>29</sup> Schrader jurisPR-StrafR 1/2023, Anm. 2.

gelten solle als für die rückwirkende Bewilligung von Prozesskostenhilfe.<sup>30</sup>

### 3. Ablehnung der rückwirkenden Pflichtverteidigerbestellung nach neuer Rechtslage

Doch es gibt auch Stimmen, die trotz der Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung eine rückwirkende Pflichtverteidigerbestellung ablehnen. Insbesondere die Obergerichte halten an der Unzulässigkeit einer rückwirkenden Beordnung fest.<sup>31</sup> Sie berufen sich darauf, dass mit der Neuregelung ein Systemwechsel im Recht der notwendigen Verteidigung nicht intendiert gewesen sei. Der Gesetzgeber habe mit der Neuregelung lediglich das Ziel verfolgt, unter Wahrung des hergebrachten Systems die PKH-Richtlinie umzusetzen.<sup>32</sup> Von einem Systemwechsel, der die Möglichkeit der rückwirkenden Pflichtverteidigerbestellung eröffne, könne daher nicht ausgegangen werden.<sup>33</sup> Zweck der PKH-Richtlinie sei es, im öffentlichen Interesse dafür zu sorgen, dass ein Beschuldigter in schwerwiegenden Fällen rechtskundigen Beistand erhält, um hierdurch einen ordnungsgemäßen Verfahrensablauf zu sichern.<sup>34</sup> Dieser Zweck entfalle jedoch nach Abschluss des Verfahrens, weil die Rechte des Beschuldigten nicht mehr zu sichern seien. In diesem Fall benötige der Beschuldigte keine Hilfe mehr durch einen Rechtsbeistand. Dies gelte insbesondere dann, wenn das Verfahren endgültig eingestellt wurde.<sup>35</sup> Das Institut der notwendigen Verteidigung diene folglich allein der Sicherung der Verteidigungsfähigkeit des Beschuldigten, nicht aber einem nachträglichen Kosteninteresse des Betroffenen oder des Verteidigers, so dass eine rückwirkende Pflichtverteidigerbestellung abzulehnen sei.<sup>36</sup>

## IV. Einfluss des Unionsrechts auf das deutsche Strafprozessrecht

Richtigerweise ist jedoch unter Beachtung des Einflusses, den das Unionsrecht auf das deutsche Strafprozessrecht nimmt, insbesondere unter Berücksichtigung der Zielsetzungen der PKH-Richtlinie, die Annahme der Unzulässigkeit der rückwirkenden Pflichtverteidigerbestellung heute nicht mehr tragfähig.<sup>37</sup>

Zwar ist einzuräumen, dass das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung bewusst davon abgesehen hat, einen Systemwechsel dahingehend zu vollziehen, dass neben den materiellen Kriterien die finanzielle Bedürftigkeit des Betroffenen zur Grundlage der Entscheidung über die Notwendigkeit der Verteidigung gemacht wird. Ein solches Vorgehen war jedoch ausdrücklich von der PKH-Richtlinie gedeckt, weil hiernach die unionsrechtskonforme Umsetzung sowohl über die Einführung eines allgemeinen Modells der Prozesskostenhilfe als auch, wie in Deutschland erfolgt, über den Weg des tradierten Pflichtverteidigungsmodells möglich war (Art. 4 Abs. 2 bis 4 PKH-Richtlinie). Doch auch in diesem Modell gilt, dass die Hinzuziehung eines Verteidigers nicht von den finanziellen Verhältnissen des Beschuldigten abhängen darf, sondern allein materielle Kriterien über die Notwendigkeit der Verteidigung entscheiden.<sup>38</sup> Zudem wirken die unionsrechtlichen Vorgaben der PKH-Richtlinie auch noch nach deren Umsetzung in das nationale Recht hinein. Folglich bleibt trotz der Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung die PKH-Richtlinie für die deutschen Gerichte bei der Auslegung der §§ 140 ff. StPO bindend.<sup>39</sup>

Dem zugrunde liegt der Grundsatz der richtlinienkonformen Auslegung.<sup>40</sup> Er verlangt, dass mitgliedstaatliches Recht durch die nationalen Gerichte im Lichte des Wortlauts und des Zwecks der Richtlinie ausgelegt wird, wobei das Gericht diese Auslegung unter voller Ausschöpfung des Beurteilungsspielraums, den ihm das nationale Recht einräumt, in Übereinstimmung mit den Anforderungen des Unionsrechts vornehmen muss.<sup>41</sup> Dies setzt voraus, dass die nationalen Bestimmungen einen Auslegungsspielraum eröffnen. Liegt ein solcher vor, wie in der zugrundeliegenden Fallkonstellation, kommt folglich das Gebot der richtlinienkonformen Auslegung zum Tragen. Zur Beantwortung des vorliegenden Streits ist somit maßgeblich, welche Zwecke die PKH-Richtlinie verfolgt und ob die Verneinung einer rückwirkenden Pflichtverteidigerbestellung diesen widersprechen würde.

Wie sich aus Erwägungsgrund 1 der Richtlinie ergibt, ist ausdrückliches Ziel der Richtlinie die Effektivität des Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand. Hierfür sind die Mitgliedstaaten nach Art. 4 Abs. 1 der PKH-Richtlinie verpflichtet zu gewährleisten, dass Verdächtigen und beschuldigten Personen, die nicht über ausreichende Mittel

<sup>30</sup> OLG Bamberg BeckRS 2021, 14711 Rn. 19; LG Kiel BeckRS 2021, 28701 Rn. 10; LG Hamburg BeckRS 2022, 23286 Rn. 23.

<sup>31</sup> OLG Brandenburg NStZ 2020, 625; OLG Hamburg StraFo 2020, 486 f.; KG BeckRS 2020, 39483; OLG Bremen NStZ 2021, 253; OLG Braunschweig StRR 2021, Nr. 4, 2; zust. Gräbener jurisPR-StrafR 8/2021, Anm. 3.

<sup>32</sup> BT-Drs. 19/13829, S. 21.

<sup>33</sup> Müller-Metz NStZ-RR 2021, 216.

<sup>34</sup> LG Würzburg NStZ 2021, 255 (256); Bleckat StraFo 2022, 182 (183).

<sup>35</sup> OLG Bremen NStZ 2021, 253; Bleckat StraFo 2022, 182 (184).

<sup>36</sup> OLG Brandenburg NStZ 2020, 625 (allerdings ohne Erwähnung der Gesetzesänderung); OLG Hamburg StraFo 2020, 486 f.; OLG Bremen NStZ 2021, 253; OLG Braunschweig StRR 2021, Nr. 4, 2; LG Aachen BeckRS 2021, 7023; LG

Köln NStZ 2021, 639 f.; LG Bonn BeckRS 2021, 12660; siehe außerdem LR/Jahn (Fn. 10), § 141 Rn. 3; Gräbener jurisPR-StrafR 8/2021, Anm. 3.

<sup>37</sup> So auch OLG Nürnberg StV 2021, 153; OLG Bamberg BeckRS 2021, 14711 Rn. 15 f.; zust. Schrader jurisPR-StrafR 1/2023, Anm. 2.

<sup>38</sup> Wohlers StV 2007, 376 (379) m.w.N.

<sup>39</sup> SSW-StPO/Beulke/Salat (Fn. 9), § 141 Rn. 4.

<sup>40</sup> Näher zur richtlinienkonformen Auslegung siehe Calliess/Ruffert, 6. Aufl. (2022), Art. 288 AEUV Rn. 78 ff.; Grabitz/Hilf/Nettesheim, 77. Ergänzungslieferung (Stand September 2022), Art. 288 AEUV Rn. 133 ff.

<sup>41</sup> Vgl. nur EuGH NJW 1984, 2021, Rn. 26 ff. [von Colson und Kamann]; EuGH BeckRS 2004, 73704 [Harz vs. Deutsche Tradax]; BGH NJW 2014, 2595 (2597); für weitere Nachweise siehe Calliess/Ruffert (Fn. 40), Art. 288 AEUV Rn. 78.

zur Bezahlung eines Rechtsbeistandes verfügen, ein Anspruch auf Prozesskostenhilfe eingeräumt wird, sofern dies im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist. Mit Prozesskostenhilfe in diesem Sinne ist gemäß Art. 3 der PKH-Richtlinie die Bereitstellung finanzieller Mittel für die Unterstützung durch einen Rechtsbeistand gemeint, die sicherstellen, dass das Recht auf Zugang zu einem Rechtsbeistand wirksam wahrgenommen werden kann. Die PKH-Richtlinie verlangt somit explizit, dass dem mittellosen Beschuldigten auch die finanziellen Mittel zur Bezahlung eines Verteidigers gesichert werden,<sup>42</sup> wie es in ähnlicher Weise Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK vorsieht.<sup>43</sup> Zur Effektivität des Rechts auf Zugang zu einem Rechtsbeistand gehören nach Erwägungsgrund 24 außerdem die unverzügliche Entscheidung über die Bewilligung von Prozesskostenhilfe sowie nach Erwägungsgrund 27 die Gewährung wirksamer Rechtsbehelfe, die verhindern sollen, dass das Recht auf Prozesskostenhilfe untergraben wird.<sup>44</sup> Vor diesem Hintergrund wird ersichtlich, dass die PKH-Richtlinie nicht nur darauf abzielt, den Zugang zu einem Rechtsbeistand als solchen zu sichern, sondern dass auch die Rechtzeitigkeit der Bewilligung sowie die Vergütung des Verteidigers Zielsetzungen der Richtlinie sind. Im Gesamten intendierte der europäische Gesetzgeber daher eine grundlegende Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen und Beschuldigten im Strafverfahren.<sup>45</sup>

Wird diese erhebliche Stärkung der Beschuldigtenrechte im Sinne der Richtlinie ernst genommen, muss jedoch auch eine rückwirkende Pflichtverteidigerbestellung möglich sein, weil anderenfalls die Beschuldigtenrechte durch justizinterne Verzögerungen unterlaufen zu werden drohen. Insbesondere in Bezug auf mittellose Beschuldigte, die nach den Vorgaben der Richtlinie unter besonderem Schutz stehen,<sup>46</sup> läge anderenfalls die Befürchtung nicht fern, dass ein mancher Verteidiger vor seiner Beordnung als Pflichtverteidiger trotz Vorliegens der Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung und rechtzeitiger Antragsstellung nicht in gleichem Maße für seinen Mandanten eintreten würde, wie dies ein Wahlverteidiger für seinen solventen Mandanten täte.<sup>47</sup> Selbst wenn dies, wie behauptet wird, die Ausnahme darstellen mag,<sup>48</sup> so wird hierdurch gleichwohl die Effektivität der Verteidigung des Beschuldigten im Einzelfall gefährdet, und zwar gerade in Bezug auf die besonders schutzbedürftigen mittellosen Beschuldigten. Dies gilt umso mehr, als auch Fälle drohen, in denen ein mittelloser Beschuldigte ggf. sogar gänzlich auf seine Verteidigung verzichten müsste, weil er entweder selbst im Zweifel aufgrund der möglichen Kostenlast von einer Hinzuziehung anwaltlichen Beistandes absieht oder weil einzelne Verteidiger in der Endphase eines Verfahrens nicht mehr zur Übernahme dieser Mandate bereit

sein könnten, wenn sie befürchten müssten, dass die Beordnung nicht mehr vor Erledigung des Verfahrens erfolgt und zugleich wüssten, dass eine rückwirkende Bestellung ausgeschlossen ist.<sup>49</sup> Das Ziel der PKH-Richtlinie, die Rechte des Beschuldigten effektiv zu stärken, kann daher nur dann gelingen, wenn der Beschuldigte sowie dessen Verteidiger auch sicher sein können, dass letzterer notfalls im Nachhinein als Pflichtverteidiger bestellt wird und daher seine Vergütung entsprechend gesichert ist. Eine Gesetzesauslegung, nach der ein Beschuldigte besorgen müsste, unverschuldet mit den Kosten seines Rechtsbeistandes belastet zu werden, widerspricht dagegen dem erklärten Ziel der Richtlinie.<sup>50</sup>

In diesen Zusammenhang ist ferner zu beachten, dass der deutsche Gesetzgeber durch die Umsetzung der PKH-Richtlinie in den §§ 140 ff. StPO bewusst von einer Bedürftigkeitsprüfung abgesehen hat, obschon eine solche nach der Richtlinie zulässig gewesen wäre (Art. 4 Abs. 2 PKH-Richtlinie). Der Beibehaltung des tradierten Systems der notwendigen Verteidigung, das allein an materielle Kriterien anknüpft, ist jedoch systemimmanent, dass ggf. auch finanziell nicht Bedürftige einen Anspruch auf „Prozesskostenhilfe“ bzw. auf Beordnung eines Pflichtverteidigers geltend machen können.<sup>51</sup> Insofern gebieten der allgemeine Gleichheitsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG sowie das Diskriminierungsverbot des Art. 14 Abs. 1 EMRK eine Gleichbehandlung der Beschuldigten. Ein sachlicher Differenzierungsgrund liegt nicht vor. Denn auch unabhängig der finanziellen Situation des Beschuldigten erscheint es unbillig, die rückwirkende Beordnung eines Pflichtverteidigers zu untersagen, wenn der Antrag bei Vorliegen der Voraussetzungen rechtzeitig gestellt und er lediglich aus justizinternen Gründen nicht verbeschieden wurde. Es darf dem Beschuldigten, ganz gleich, ob er selbst über hinreichende Mittel zur Verteidigung verfügt oder nicht, nicht zum Nachteil gereichen, wenn sein rechtzeitig gestellter Antrag entgegen der Intention der Richtlinie nicht zeitnah verbeschieden wird.<sup>52</sup> Insofern spricht auch das in der Richtlinie zum Ausdruck kommende Unverzüglichkeitsgebot für die Möglichkeit der rückwirkenden Pflichtverteidigerbestellung. Dem Unverzüglichkeitsgebot entsprechend hat ferner auch der nationale Gesetzgeber mit seiner Umsetzung der Richtlinie in den §§ 140 ff. StPO sein Bestreben verdeutlicht, die Beschuldigtenrechte unter dem Gesichtspunkt des Beschleunigungsgrundsatzes zu stärken.<sup>53</sup> Eine verzögerte Sachbearbeitung darf daher sowohl nach den Vorgaben der Richtlinie als auch nach dem Willen des nationalen Gesetzgebers das Recht des Beschuldigten auf effektive Verteidigung nicht behindern.<sup>54</sup> Wenn darauf verwiesen wird, dass sich diese Gefahr in der Praxis regelmäßig nicht realisieren werde, weil ein

<sup>42</sup> So auch MüKo-StPO/Kämpfer/Travers (Fn. 11), § 142 Rn. 14.

<sup>43</sup> Näher Wohlers StV 2007, 376 (378 f.); Gercke/Julius/Temming/Zöllner/Julius/Schiemann, 6. Aufl. (2019), § 141 Rn. 17. LG Köln NSTz 2021, 639 (640).

<sup>44</sup> Vgl. diesbezüglich auch den „Fahrplan zur Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen oder Beschuldigten in Strafverfahren“, Amtsblatt der Europäischen Union vom 4. Dezember 2009, Nr. C 295, S. 1 ff.

<sup>45</sup> Schöller StV 2022, 195.

<sup>46</sup> So zu Recht Hillenbrand StRR 2021, Nr. 8, 19; zust. Schrader jurisPR-StrafR 1/2023, Anm. 2.

<sup>47</sup> LR/Jahn (Fn. 10), § 141 Rn. 2.

<sup>48</sup> Ähnlich bereits LG Itzehoe NSTz 2011, 56; wie hier MüKo-StPO/Kämpfer/Travers (Fn. 11), § 142 Rn. 14.

<sup>49</sup> So zu Recht das LG Hannover BeckRS 2020, 30765.

<sup>50</sup> LG Köln NSTz 2021, 639 (640); Friedrich FD-StrafR 2021, 435050.

<sup>51</sup> Hillenbrand StRR 2021, Nr. 8, 19.

<sup>52</sup> So auch SSW-StPO/Beulke/Salat (Fn. 9), § 141 Rn. 8.

<sup>53</sup> LG Köln NSTz 2021, 639 (640); LG Düsseldorf BeckRS 2021, 36883; LG Wuppertal BeckRS 2021, 32474; LG Bremen StV 2021, 564; AG Frankfurt a. M. BeckRS 2021, 32494; BeckOK-StPO/Krawczyk (Fn. 12), § 142 Rn. 30.

Verteidiger spätestens zu Beginn der Hauptverhandlung erneut auf seine Pflichtverteidigerbeordnung hinwirken würde,<sup>55</sup> so ist dem entgegenzuhalten, dass es nicht zwingend und stets zu einer Hauptverhandlung vor der Erledigung kommen muss. Die Mitgliedsstaaten sind jedoch nach Art. 4 Abs. 5 PKH-Richtlinie verpflichtet sicherzustellen, dass die Prozesskostenhilfe unverzüglich bzw. spätestens vor einer Befragung durch die Polizei, durch eine andere Strafverfolgungs- oder Justizbehörde oder vor der Durchführung einer Ermittlungsmaßnahme bewilligt wird. Ziel der Richtlinie ist somit auch, dem Beschuldigten gerade in der entscheidenden Phase des Ermittlungsverfahrens ein effektives Recht auf Verteidigung zu sichern. Sofern es aufgrund justizinterner Verzögerungen jedoch gar nicht zu einer Beordnung kommt, erscheint es folglich nicht nur aus Billigkeitserwägungen sowie aufgrund des Unverzüglichkeitsgebotes angebracht, die Bewilligung nachträglich anzuordnen, sondern aus Gründen der Verfahrensfairness (Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK) sogar geboten.<sup>56</sup> Dies gilt umso mehr, als nicht ausgeschlossen werden kann, dass auch noch nach Verfahrensabschluss Verfahrenshandlungen vorzunehmen sind, wie etwa die Prüfung von Entschädigungsfragen nach dem StrEG, die Klärung der Kostenfrage oder die Prüfung der Herausgabe von Asservaten. Folglich sind auch nach Abschluss des Verfahrens Fälle denkbar, in denen eine rückwirkende Pflichtverteidigerbeordnung relevant wird. Aus den genannten Gründen ist es somit im Interesse der Rechtspflege erforderlich, dem Beschuldigten bei rechtzeitiger beantragter aber verspätet entschiedener Pflichtverteidigerbestellung diese ggf. rückwirkend zu gewähren.

Insgesamt zeigt sich, dass eine rückwirkende Pflichtverteidigerbestellung nicht allein – wie von der wohl noch herrschenden Meinung behauptet wird – das Gebühreninteresse des Verteidigers bzw. das Kosteninteresse des Beschuldigten betrifft,<sup>57</sup> sondern dass diese vielmehr im Gesamten die Effektivität des Rechts auf rechtzeitigen und praktisch wirksamen Zugang zu einem Verteidiger sichert. Unter Beachtung der Zielsetzung der PKH-Richtlinie, insbesondere der von ihr verfolgten grundlegenden Stärkung der Verfahrensrechte von Verdächtigen und Beschuldigten im Strafverfahren, ist daher in richtlinienkonformer Auslegung der §§ 140 ff. StPO eine rückwirkende Pflichtverteidigerbestellung richtigerweise zuzulassen, sofern diese aufgrund von Umständen unterbleibt, die der Beschuldigte nicht zu vertreten hat. Vorrangig ist jedoch zu prüfen, ob eine Beordnung nicht bereits konkludent erfolgte, etwa indem ein Rechtsanwalt aufgefordert wird, als Verteidiger tätig zu werden und sein späteres Auftreten in der Hauptverhandlung als Verteidiger geduldet wird.<sup>58</sup> Die

Annahme einer solchen konkludenten Beordnung darf allerdings nicht einfach unterstellt werden. Diese setzt vielmehr konkrete Anhaltspunkte voraus, dass das Gericht den Verteidiger bestellen wollte und darf.<sup>59</sup> Die Annahme einer stillschweigenden Beordnung lässt daher die Frage nach der Zulässigkeit einer rückwirkenden Bestellung nicht obsolet werden.<sup>60</sup> Schließlich vermag auch der Verweis auf mögliche Amtshaftungsansprüche im Falle justizinterner Verzögerung der Bestellung einen Verstoß gegen das Recht auf rechtzeitigen und effektiven Zugang zu einem Rechtsbeistand nicht hinreichend zu kompensieren.<sup>61</sup> Schon aufgrund des wenig geklärten Verständnisses des begrenzten Spruchrichterprivilegs des § 839 Abs. 2 Satz 2 BGB erscheint ein solcher Anspruch zweifelhaft.<sup>62</sup> Danach sind Spruchrichter für den Schaden einer Amtspflichtverletzung nur dann verantwortlich, wenn diese eine Straftat darstellt. Erschöpft sich die Pflichtverletzung dagegen in einer verweigerten oder verzögerten Amtsausübung, greift allein die Regelhaftung des § 839 Abs. 1 S. 1 BGB ein.

## V. Fazit

Während im Vorfeld der PKH-Richtlinie noch die Hoffnung bestand, Deutschland würde deren Vorgaben nicht nur umsetzen, sondern sogar darüber hinaus gehen und das Recht der Pflichtverteidigung beschuldigtenfreundlich reformieren, hat sich inzwischen Ernüchterung breit gemacht.<sup>63</sup> Nicht nur, dass die Vorgaben der Richtlinie vom Gesetzgeber mit über einem halben Jahr Verspätung umgesetzt wurden. Auch die obergerichtliche Rechtsprechung zeigt, dass eine beschuldigtenfreundliche Auslegung offenbar nicht gewollt ist. Das aber widerspricht den klaren Zielsetzungen der Richtlinie. Eine richtlinien- und unionsrechtskonforme Auslegung ist hier aber nicht nur geboten, sondern verpflichtende unionsrechtliche Vorgabe.<sup>64</sup> Die §§ 140 ff. StPO sind daher zwingend im Lichte der in der Richtlinie zum Ausdruck kommenden Zwecksetzungen auszulegen.

Mit diesem Beitrag konnte gezeigt werden, dass bei richtlinienkonformer Auslegung der §§ 140 ff. StPO eine rückwirkende Pflichtverteidigerbestellung möglich sein muss. Nur so kann das Recht des Beschuldigten auf rechtzeitigen und wirksamen Zugang zu einem Rechtsbeistand effektiv vor justizinterner Nachlässigkeit geschützt werden. Zu begrüßen sind daher die sich in diesem Sinne mehrenden Stimmen. Insofern bleibt zu hoffen, dass die Resilienz der landgerichtlichen Strafkammern nicht nachlässt und zunehmend auch in der obergerichtlichen Rechtsprechung die Pflicht zur richtlinienkonformen Auslegung der §§ 140 ff. StPO ernst genommen wird.

<sup>55</sup> *Bleekat* StraFo 2022, 182 (184).

<sup>56</sup> LG Dresden StV 2011, 666; MüKo-StPO/Kämpfer/Travers (Fn. 11), § 142 Rn. 14.

<sup>57</sup> Dies muss auch *Jahn* einräumen, in: LR (Fn. 10), § 141 Rn. 2.

<sup>58</sup> OLG Hamburg NJW 1998, 621; OLG Saarbrücken BeckRS 2014, 18593.

<sup>59</sup> So zu Recht BeckOK-StPO/Krawczyk (Fn. 12), § 142 Rn. 29.

<sup>60</sup> So die Behauptung von *Willnow*, in: KK-StPO (Fn. 15), § 142 Rn. 16.

<sup>61</sup> So aber *Bleekat* StraFo 2022, 182 (184); LR/*Jahn* (Fn. 10), § 141 Rn. 2.

<sup>62</sup> In diese Richtung auch LR/*Jahn* (Fn. 10), § 141 Rn. 3; *Bleekat* StraFo 2022, 182 (184) verweist außerdem darauf, dass auch der erforderliche Vermögensschaden regelmäßig zweifelhaft sein wird, weil nicht ersichtlich sei, welchen Vermögensschaden ein Beschuldigter erleidet, wenn nicht unverzüglich über seinen Antrag auf Pflichtverteidigerbestellung entschieden wird.

<sup>63</sup> *Wolf* StraFo 2022, 185.

<sup>64</sup> Vgl. nur EuGH NJW 1984, 2021, Rn. 26 ff. [von *Colson und Kamann*]; EuGH Slg. 1990, I-4135 Rn. 8 [Marleasing]; EuGH Slg. 2009, I-3071 Rn. 106 [Angelidaki u.a.]; zur Methodik vgl. statt vieler *Möllers*, Juristische Methodenlehre, 4. Aufl. (2021), § 12 Rn. 46 ff.

# Auswirkungen der Rechtsprechung zur Vorratsdatenspeicherung auf die Verwertbarkeit der EncroChat-Kommunikation

Von RA Hans Meyer-Mews, Bremen

## I. Einleitung

Der Beitrag befasst sich mit der Frage, ob die zu den EncroChat-Daten erhobenen Standort- und Verkehrsdaten zur Identifizierung der auf deutschem Boden geführten EncroChat-Kommunikation genutzt werden durften.

Eine die ausgespähten EncroChat-Daten betreffende Verwertungsproblematik besteht nach der – bisherigen – obergerichtlichen Rechtsprechung allerdings nicht.<sup>1</sup> Lediglich das Landgericht Berlin<sup>2</sup> und jetzt wohl auch das Landgericht Frankfurt (Oder)<sup>3</sup> sind von dieser Rechtsprechung bisher abgewichen. Das Landgericht Leipzig<sup>4</sup> hat zuletzt eine abwartende Haltung eingenommen. Die herrschende Lehre verneint dagegen die Verwertbarkeit der von den französischen Ermittlungsbehörden gehackten EncroChat-Kommunikation.<sup>5</sup>

Im Folgenden soll untersucht werden, ob sich die zur Vorratsdatenspeicherung vom EuGH entwickelte

Rechtsprechung auf die Erfassung, Speicherung und Verwendung der EncroChat-Daten in deutschen Strafverfahren übertragen lässt.<sup>6</sup> Dabei stützen sich die nachfolgenden Ausführungen auf den vom 5. Strafsenat des BGH in seinem Beschluss vom 2. März 2022 festgestellten Sachverhalt, soweit er für die zu erörternde Problematik bedeutsam ist.<sup>7</sup> Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs ist in seinem Grundsatzbeschluss vom 2. März 2022 – soweit für die nachfolgenden Ausführungen von Belang – von folgendem Sachverhalt ausgegangen:

Die Staatsanwaltschaft Lille beantragte Ende Januar 2020 die Genehmigung einer technischen Einrichtung, die dazu dient, ohne Zustimmung der Betroffenen an jedem Ort Zugang zu den Computerdaten des EncroChat-Messengerdienstes zu haben, sie zu *speichern, aufzubewahren* und sie zu übertragen.<sup>8</sup>

Am 2. Juni 2020 erließ die GStA Frankfurt a. M. in einem UJs-Verfahren<sup>9</sup> eine Europäische Ermittlungsanordnung

<sup>1</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 8. Februar 2022 – 6 StR 639/21 = HRRS 2022 Nr. 419; BGH, Beschluss vom 2. März 2022 – 5 StR 457/21 = HRRS 2022 Nr. 393; HansOLG Bremen, Beschluss vom 18. Dezember 2020 – 1 Ws 166/20, NStZ-RR 2021, 158; Schleswig-Holsteinisches OLG, Beschluss vom 29. April 2021 – 2 Ws 47/21, NStZ 2021, 693; HansOLG Hamburg, Beschluss vom 29. Januar 2021 – 1 Ws 2/21; OLG Köln, Beschluss vom 31. März 2021 – 2 Ws 118/21; OLG Rostock, Beschlüsse vom 11. Mai 2021 – 20 Ws 121/21, NJ 2021, 372; vom 23. März 2021 – 20 Ws 70/21, MMR 2021, 572; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 21. Juli 2021 – III 2 Ws 96/21; OLG Celle, Beschluss vom 12. August 2021 – 2 Ws 250/21, StraFo 2021, 466 m. Anm. Albrecht, jurisPR-StrafR 20/2021; KG, Beschluss vom 30. August 2021 – 2 Ws 79/21 und 93/21, NStZ-RR 2021, 353; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 10. November 2021 – 2 Ws 261/21; OLG Nürnberg, Beschluss vom 16. November 2021 – Ws 1069/21; Brandenburgisches OLG, Beschlüsse vom 26. Juli 2021 – 2 Ws 94/21 (S); vom 9. August 2021 – 2 Ws 113/21 (S); vom 16. Dezember 2021 – 2 Ws 197/21.

<sup>2</sup> Vgl. LG Berlin, Beschluss vom 1. Juli 2021 – (525 KLs) 254 Js 592/20 (10/21); LG Berlin, Beschluss vom 19. Oktober 2022, (525 KLs) 279 Js 30/22 (8/22) = HRRS 2022 Nr. 1047.

<sup>3</sup> Vgl. LG Frankfurt (Oder), Beschluss vom 27. Oktober 2022 – 24 Qs 80/22.

<sup>4</sup> Vgl. Verfügung des Vorsitzenden der 6. Strafkammer des LG Leipzig vom 10. November 2022, Beschluss vom 25. November 2022 jeweils zum Az.: 6 KLs 101 Js 63778/20.

<sup>5</sup> Vgl. u. a. Böse, JZ 2022, 1048; Brodowski, StV 2022, 364; Burhoff, StRR 2021, Heft 8, 31; Cornelius, NJW 2022, 1546; Derin/Singelstein, NStZ 2021, 449; dies., StV 2022, 130; Erhard/Lödden, StraFo 2021, 366; Gebhard/Michalke, NJW 2022, 655; Grözingler, in Müller/Schlothauer/Knauer, Anwalts-handbuch Strafverteidigung<sup>3</sup>, § 50 Rn. 336 ff.; Labusga, NStZ 2021, 702; Lödden, StV-Spezial 2022, 169; Meyer-Mews, HRRS 2022, 289, ders., myops Heft 46, 52; ders., StraFo 2022, 457; Nadeborn/Albrecht, NZWiSt 2021, 420; Rückert, NStZ 2022, 446; ders., in MüKoStPO<sup>2</sup>, § 100e, Rn. 93a ff.; Sommer, StV Spezial 2021, 67; Stehr/Rakow, StRR 2021, Heft 4, 6; Strate, HRRS 2022, 15; Theune, NJ 2021, 444; ders., RAV Infobrief 6/2022, 43; Wahl, ZIS 2021, 452; Weiss, ZfiStW 2022, 427; Zimmermann, ZfiStW 2022, 173; Zühlke, StV-Spezial 2022, 169.

<sup>6</sup> In diesem Zusammenhang ist darauf hinzuweisen, dass die gesetzliche Regelung der Vorratsdatenspeicherung als Rechtsgrundlage für die Verwertung der EncroChat-Kommunikation zumindest in Betracht zu ziehen sein wird.

<sup>7</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022 – 5 StR 457/21, Rn. 7 ff.

<sup>8</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022, a. a. O., Rn. 12; ebenso Lödden StV-Spezial 2022, a. a. O.

<sup>9</sup> Az. 62 UJs 50005/20.

(EEA) zur Erlangung von *Informationen* oder *Beweismitteln*, die sich bereits im *Besitz* der französischen Vollstreckungsbehörde befinden, sowie von *Informationen*, die sich in den von französischen Polizei- oder Justizbehörden geführten *Datenbanken* bereits *befinden*. Die französischen Justizbehörden wurden ersucht, die unbeschränkte Verwendung der betreffenden Daten bezüglich der über EncroChat ausgetauschten Kommunikation in Strafverfahren gegen die (mutmaßlichen) Täter zu genehmigen.<sup>10</sup>

Am 13. Juni 2020 genehmigte das Strafgericht Lille die Übermittlung von Informationen aufgrund der digitalen Erfassung im Rahmen des Untersuchungsverfahrens zum EncroChat-Komplex in Bezug auf die auf dem deutschen Staatsgebiet begangenen Straftaten an die GStA in Frankfurt a. M. Auf Bitte der französischen Behörden übermittelte Europol der GStA Frankfurt a. M. die zwischen dem 1. April 2020 und dem 30. Juni 2020 auf den EncroChat-Rechnern gespeicherten Daten, die sich auf Geräte bezogen, die zu einer Auslösung von Mobilfunkantennen auf deutschem Boden geführt hatten.<sup>11</sup>

Sämtliche aus der EncroChat-Kommunikation ausgeleiteten personenbezogenen Daten waren mithin von Ende Januar 2020 bis zum 13. Juni 2020 auf einem französischen Server gespeichert.

## II. Zulässigkeit der Vorratsdatenspeicherung nach deutschem Recht und nach Unionsrecht

In welchem Mitgliedstaat der EU die verschlüsselten EncroChat-Nachrichten jeweils versendet und empfangen worden sind, haben die französischen Behörden anhand der von ihnen gesicherten Standortdaten festgestellt. Nur auf diese Weise konnten die französischen Ermittlungsbehörden die von deutschem Boden aus geführte Kommunikation von der EncroChat-Kommunikation absondern, die in anderen Ländern geführt worden ist und ausschließlich die auf deutschem Boden geführte EncroChat-Kommunikation dem BKA zur Verfügung stellen.

Bei dieser Vorgehensweise dürfte es sich – wie nachfolgend darzustellen sein wird – um eine im besonderen Maße ungesetzliche Form der Vorratsdatenspeicherung handeln, durch die insbesondere auch die retrograden Standortdaten erfasst worden sind.

### 1. Standortdaten, Verkehrsdaten, Vorratsdatenspeicherung

Nach § 100g II StPO i. V. m. §§ 175 I, 176 I Nr. 2, IV TKG waren die Anbieter von Telekommunikationsdiensten 2020 verpflichtet, Standortdaten für vier Wochen zu speichern.<sup>12</sup> Die auf deutschem Boden ausgespähten personenbezogenen Daten des Diensteanbieters EncroChat sind in Frankreich deutlich länger gespeichert worden.

*Standortdaten* sind nach § 3 Nr. 56 TKG diejenigen Daten, die in einem Telekommunikationsnetz oder von einem Telekommunikationsdienst verarbeitet werden und die den Standort des Endgeräts eines Nutzers eines öffentlich zugänglichen Telekommunikationsdienstes angeben. Standortdaten dienen der Lokalisation eines Endgeräts zu einem bestimmten Zeitpunkt.

Nach § 3 Nr. 70 TKG sind *Verkehrsdaten* Daten, deren Erhebung, Verarbeitung oder Nutzung bei der Erbringung eines Telekommunikationsdienstes erforderlich ist.

Unter *Vorratsdatenspeicherung* i. S. d. § 100g II StPO wird eine gesetzliche Regelung verstanden, die Anbieter öffentlich zugänglicher elektronischer Kommunikationsdienste oder Betreiber eines öffentlichen Kommunikationsnetzes verpflichtet, bestimmte personenbezogene Daten für Zwecke der Ermittlung, Feststellung und Verfolgung von Straftaten zur Verfügung zu stellen. In § 176 TKG ist geregelt, welche Daten auf Vorrat gespeichert werden müssen. Dabei geht die gesetzliche Speicherfrist deutlich über die für den Vertragszweck zulässige Dauer hinaus und ist weder vertraglich veranlasst noch bezieht sich die Speicherung auf einen bestimmten Tatverdacht. Es werden deshalb die Daten sämtlicher Vertragspartner des Anbieters anlasslos „auf Vorrat“ gespeichert.

Es trifft zwar zu, dass unter *Vorratsdatenspeicherung* die Pflicht privater Diensteanbieter, bestimmte Telekommunikationsdaten über einen bestimmten Zeitraum zu speichern, zu verstehen ist und die Speicherung auf Vorrat im Fall des EncroChat-Hacks nicht durch das Unternehmen EncroChat erfolgte, sondern durch den französischen Staat. Das macht es aber nicht besser und vor allem nicht gesetzlicher. Im Gegenteil.

Allerdings umfasst die Speicherungspflicht des § 176 TKG die gesamten in Deutschland erhobenen und gespeicherten Verkehrs- und Standortdaten. Das ist im Fall der Ausspähung der EncroChat-Kommunikation nicht der Fall gewesen. Ähnlich wie im Fall des EncroChat-Hacks verhält es sich aber bei der Befugnis des BND zur strategischen Auslandstelekommunikationsüberwachung. Auch hier wird nur ein kleiner Teil der im Ausland von Ausländern geführten Telekommunikation zu Zwecken der Gefahrenabwehr überwacht.

Als anlasslose, im Wesentlichen nur final angeleitete und begrenzte Befugnis ist die Auslandstelekommunikationsüberwachung nach der Rechtsprechung des BVerfG eine Ausnahmebefugnis, die auf die Auslandsaufklärung durch eine Behörde, die selbst keine operativen Befugnisse hat, begrenzt bleiben muss und nur durch deren besonderes Aufgabenprofil gerechtfertigt ist. Erforderlich sind nach dem Urteil des BVerfG vom 19. Mai 2020<sup>13</sup> zur Auslandstelekommunikationsüberwachung insbesondere Maßgaben zur Aussonderung der Telekommunikationsdaten von Deutschen und Inländern, eine Begrenzung der zu erhebenden Daten, die Festlegung qualifizierter

<sup>10</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022, a. a. O., Rn. 21.

<sup>11</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022, a. a. O., Rn. 21 ff.

<sup>12</sup> Zur Zulässigkeit der Vorratsdatenspeicherung nach deutschem Verfassungsrecht vgl. grundlegend BVerfG, Urteil

vom 2. März 2010 – 1 BvR 256/08, BVerfGE 125, 260 ff. = HRRS 2010 Nr. 134.

<sup>13</sup> Vgl. BVerfG, Urteil vom 19. Mai 2020 – 1 BvR 2835/17, BVerfGE 154, 152.

Überwachungszwecke, die Strukturierung der Überwachung auf der Grundlage eigens festgelegter Maßnahmen, besondere Anforderungen an gezielt personenbezogene Überwachungsmaßnahmen, Grenzen für die bevorratende Speicherung von Verkehrsdaten, Rahmenbestimmungen zur Datenauswertung, Vorkehrungen zum Schutz von Vertraulichkeitsbeziehungen, die Gewährleistung eines Kernbereichsschutzes und Löschungspflichten.<sup>14</sup> Diesen Anforderungen genügt die Verarbeitung der personenbezogenen Daten aus dem EncroChat-Hack ebenfalls nicht.

Nach § 100g II StPO dürfen die nach § 176 TKG gespeicherten Verkehrsdaten erhoben werden, soweit die Erforschung des Sachverhalts oder die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre, die Erhebung der Daten in einem angemessenen Verhältnis zur Bedeutung der Sache steht und bestimmte Tatsachen den Verdacht begründen, dass jemand eine besonders schwere Straftat begangen hat und die Tat auch im Einzelfall besonders schwer wiegt. Nach § 100g II StPO darf auf auf Vorrat gespeicherte Daten zurückgegriffen werden, um einen bestehenden Verdacht, der auf andere Weise nicht oder nur schwer aufzuklären wäre, aufzuklären. Unzulässig wäre es, sämtliche Verkehrs- und Standortdaten, die in einer Funkzelle in einem bestimmten Zeitraum gespeichert worden sind, abzurufen, um auf diese Weise zu prüfen, ob in dieser Funkzelle in diesem Zeitraum Straftaten begangen worden sind. Diese Einschränkung ist bei der Verarbeitung personenbezogener Daten (§ 46 Nr. 2 BDSG) aus der EncroChat-Kommunikation nicht zum Tragen gekommen.

Allerdings führt der 5. Strafsenat in seinem Beschluss vom 2. März 2022<sup>15</sup> dazu aus, es handele sich bei dem EncroChat-Hack nicht um eine ‚anlasslose Massenüberwachung und Massendatenauswertung und damit nicht um eine im Kern geheimdienstliche Maßnahme‘.<sup>16</sup> Die französischen Behörden seien ersichtlich davon ausgegangen, dass ein Nutzer schon allein aufgrund des mit erheblichen Kosten einhergehenden Erwerbs und der Nutzung eines auf normalem Vertriebsweg nicht erhältlichen EncroChat-Handys krimineller Aktivitäten aus dem Bereich der organisierten Kriminalität wie Drogen- und Waffenhandel oder Geldwäsche verdächtig ist.<sup>17</sup> So gesehen wären die Auslandstelekommunikationsüberwachung und die Vorratsdatenspeicherung ebenfalls keine anlasslose Massenüberwachung. Beide Maßnahmen sind dadurch gekennzeichnet, dass der Verdacht auf den Beweis folgt. Diese Ermittlungsfolge, bei der nicht aufgrund eines Verdachts Beweise ermittelt werden, bezeichnet das BVerfG anders als der 5. Strafsenat des BGH als *anlasslos*.<sup>18</sup>

*Anlasslos* ist eine Überwachungsmaßnahme nach der Rechtsprechung des BVerfG, die grundsätzlich gegenüber jeder Person erlaubt ist und allein durch bestimmte Zwecksetzungen final angeleitet ist. Objektive

Eingriffsschwellen werden bei anlasslosen Überwachungsmaßnahmen danach weder in Bezug auf begrenzte Situationen noch auf die von der Überwachung betroffenen Personen vorausgesetzt.<sup>19</sup> Auch die Ausspähung der EncroChat-Kommunikation orientierte sich allein an dem Zweck der Aufklärung unbekannter Straftaten unbekannter Tatverdächtiger und betraf mithin unterschiedslos sämtliche Nutzer des EncroChat-Messengerdienstes.

## 2. Speicherung der Standortdaten nach deutschem Recht

### a) Eingriffe auf strafrechtlicher Ermächtigungsgrundlage

In § 100g II StPO wird als Eingriffsvoraussetzung verlangt, dass sich die Maßnahme gegen einen bestimmten Beschuldigten richtet und dass die Maßnahme der Aufklärung einer konkreten Tat gilt.

Auf *Standortdaten* darf nach innerstaatlichem Recht für eine Funkzellenabfrage zudem nur unter den Voraussetzungen des § 100g II StPO zurückgegriffen werden. In der amtlichen Begründung heißt es zu § 100g II StPO:

„Die Erhebung von gespeicherten Standortdaten ist besonders sensibel, weil aus ihnen Bewegungsprofile erstellt werden können. Sie wird deshalb nur nach Absatz 2 unter den dort geregelten strengen Voraussetzungen zugelassen. In Absatz 1 wird die Erhebung von aus geschäftlichen Gründen gespeicherten Standortdaten grundsätzlich ausgeschlossen, indem die Ermittlung des Aufenthaltsortes des Beschuldigten nicht mehr zu den zulässigen Zwecken einer Verkehrsdatenerhebung nach dieser Vorschrift gehört.“<sup>20</sup>

Der Aufklärung der über den EncroChat-Dienst geplanten und abgesprochenen Straftaten ist aber gerade die Verarbeitung retrograder Standortdaten, die von französischen Behörden erhoben worden sind, vorausgegangen.

Unter den Voraussetzungen des § 100g II S. 1 StPO dürfen die nach § 176 TKG gespeicherten retrograden Verkehrsdaten im Strafverfahren verwendet werden. Der in § 100g II S. 1 StPO in Bezug genommene § 176 TKG verpflichtete im Jahr 2020 die Anbieter eines Telekommunikationsdienstes personenbezogene Daten, insbesondere Verkehrsdaten und Standortdaten im Inland zu speichern. Nach Ablauf der Speicherungsfrist mussten sie gelöscht werden (§ 75 II, IV BDSG).<sup>21</sup>

Nach dem Urteil des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung vom 2. März 2010 sind die zur Klärung eines eine schwere Straftat betreffenden Verdachts<sup>22</sup> übermittelten Daten nach Maßgabe des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes

<sup>14</sup> Vgl. BVerfG, Urteil vom 19. Mai 2020 a. a. O., 4. LS, 5. LS.

<sup>15</sup> Vgl. BGH, a. a. O., Rn. 37.

<sup>16</sup> Unter Hinweis auf *Derin/Singelstein*, StV 2022, 130, 134.

<sup>17</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022, a. a. O., Rn. 37.

<sup>18</sup> Vgl. BVerfG, Urteil vom 19. Mai 2020 a. a. O., 5. LS, BVerfGE 154, a. a. O., 242.

<sup>19</sup> Vgl. BVerfG, a. a. O., Rn. 150.

<sup>20</sup> BT-Drs. 18/5088, S. 27 (Hervorhebung d. d. Verf.).

<sup>21</sup> Vgl. *Nolte/Werkmeister*, in Gola/Heckmann, BDSG, 13. Aufl., § 75, Rn. 2; *Schwichtenberg*, in Kühling/Buchner, DS-GVO BDSG, 3. Aufl., § 75, Rn. 4.

<sup>22</sup> Vgl. Urteil des Ersten Senats des BVerfG vom 2. März 2010 – 1 BvR 256, 263, 586/08, 5. LS, BVerfGE 125, 260.

hinreichend selektiv und in klarer Weise zu bezeichnen.<sup>23</sup> Auch dies war bei der unterschiedslosen Übermittlung sämtlicher auf deutschem Boden geführten EncroChat-Kommunikation nicht der Fall.

Nach dem Urteil des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung darf die Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten zudem nicht als Schritt hin zu einer Gesetzgebung verstanden werden, die auf eine möglichst flächendeckende vorsorgliche Speicherung aller für die Strafverfolgung oder Gefahrenprävention nützlichen Daten zielt. Eine solche Gesetzgebung sei von vornherein mit der Verfassung unvereinbar.<sup>24</sup> Die verfassungsrechtliche Unbedenklichkeit einer vorsorglich anlasslosen Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten setze vielmehr voraus, dass sie eine *Ausnahme* bleibe. Sie dürfe auch nicht im Zusammenspiel mit anderen vorhandenen Dateien zur Rekonstruierbarkeit praktisch aller Aktivitäten der Bürger führen. Maßgeblich für die Rechtfertigungsfähigkeit einer solchen Speicherung sei deshalb insbesondere, dass die Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten *nicht unmittelbar durch staatliche Stellen* erfolge, dass sie *nicht die Kommunikationsinhalte erfasse* und dass auch die Speicherung der von ihren Kunden aufgerufenen Internetseiten durch kommerzielle Diensteanbieter grundsätzlich untersagt werde. Die Einführung der Telekommunikationsverkehrsdatenspeicherung könne zudem nicht als *Vorbild für die Schaffung weiterer vorsorglich anlassloser Datensammlungen* dienen. Durch eine vorsorgliche Speicherung der Telekommunikationsverkehrsdaten werde der Spielraum für weitere anlasslose Datensammlungen auch über den Weg der Europäischen Union erheblich geringer.<sup>25</sup>

Ein qualifizierter konkreter Verdacht lag der Ausspähung des EncroChat-Dienstes nicht zugrunde. Außerdem sind die Verkehrs- und Standortdaten und – was noch schwerer wiegt – die Kommunikationsinhalte staatlicherseits erhoben und gespeichert worden, wenn auch zunächst nicht durch den deutschen Staat.

Als Zwischenergebnis ist festzuhalten, dass eine unterschiedslose Speicherung von Verkehrs- und Standortdaten durch staatliche Stellen, die auch Kommunikationsinhalte erfasst und die zusätzlich zu der Vorratsdatenspeicherung nach § 176 TKG erfolgt, nach der Rechtsprechung des BVerfG verfassungswidrig ist.

## b) Eingriffe auf präventiv-rechtlicher Ermächtigungsgrundlage

Bei der Nutzung der von französischen Ermittlungsbehörden gehackten EncroChat-Kommunikation handelt es sich um einen Eingriff in das *Recht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme* zum Zweck der Gefahrenabwehr. Zum Zweck der Gefahrenabwehr darf der Staat nach der Rechtsprechung des BVerfG nur dann in informationstechnische Systeme eingreifen,

wenn bestimmte Tatsachen auf eine im Einzelfall erst drohende Gefahr einer Begehung terroristischer Straftaten hinweisen. Diese Eingriffsvoraussetzung *„ist dahingehend auszulegen, dass Maßnahmen nur erlaubt sind, wenn die Tatsachen den Schluss auf ein wenigstens seiner Art nach konkretisiertes und zeitlich absehbares Geschehen zulassen, und wenn erkennbar ist, dass bestimmte Personen beteiligt sein werden, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann (...)“*<sup>26</sup>

Die unterschiedslose massenhafte Ausleitung und Speicherung der EncroChat-Kommunikation betraf gerade nicht bestimmte Personen, über deren Identität zumindest so viel bekannt ist, dass die Überwachungsmaßnahme gezielt gegen sie eingesetzt und weitgehend auf sie beschränkt werden kann. Die vom BVerfG verlangten Voraussetzungen lagen nicht vor, als die französischen Behörden den EncroChat-Server gehackt haben, sie lagen auch nicht zu dem Zeitpunkt vor, in dem die GStA Frankfurt a. M. bzw. das BKA die Zustimmung zur Nutzung für Zwecke der Gefahrenabwehr erteilt hat.

Zu Zwecken der Gefahrenabwehr dürfte das BKA gemäß § 49 I BKAG *„ohne Wissen der betroffenen Person mit technischen Mitteln in von der betroffenen Person genutzte informationstechnische Systeme eingreifen und aus ihnen Daten erheben, wenn bestimmte Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass eine Gefahr vorliegt für (1.) Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder (2.) solche Güter der Allgemeinheit, deren Bedrohung die Grundlagen oder den Bestand des Bundes oder eines Landes oder die Grundlagen der Existenz der Menschen berührt.“*

Allerdings hat das BKA nicht selbst in das Recht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme eingegriffen, sondern dies den französischen Behörden überlassen, um sodann eine entsprechende EEA zu erlassen, aufgrund derer die deutschen Behörden Zugriff auf diese Daten erhalten haben. Das war unzulässig. Im Rechtshilferecht ist es nämlich ausgeschlossen, dass eine EEA dazu führen kann, innerstaatliche Befugnis- und Verfahrensnormen zu umgehen.<sup>27</sup>

In dem Zeitraum von Anfang April 2020 bis zum 13. Juni 2020 standen die Daten der auf deutschem Boden geführten EncroChat-Kommunikation dem BKA nur zu präventiven Zwecken, also zur Gefahrenabwehr zur Verfügung. Ohne die Erkenntnisse aus den zu präventiven Zwecken zur Verfügung gestellten EncroChat-Daten hätte das BKA nicht wissen können, ob es diese Daten auch zu Zwecken der Strafverfolgung benötigt; ohne die zu präventiven Zwecken zur Verfügung gestellten EncroChat-Daten hätte die GStA Frankfurt a. M. keinen Anlass gehabt, ein UJS-Aktenzeichen anzulegen und ein Verfahren gegen Unbekannt einzuleiten.

<sup>23</sup> Vgl. BVerfG, Urteil vom 2. März 2010, a. a. O., BVerfGE 125, 260, 338.

<sup>24</sup> Vgl. BVerfGE 125, a. a. O., 323.

<sup>25</sup> Vgl. BVerfGE 125, a. a. O., 324.

<sup>26</sup> BVerfG, Urteil des Ersten Senats vom 20. April 2016 – 1 BvR 966, 1140/09, Rn. 212 f., BVerfGE 141, 220, 304 f.

<sup>27</sup> BT-Drs. 18/9757, S. 45; das Gesetz nur dient der Umsetzung der Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (ABl. L 130 vom 1.5.2014, S. 1; L 143 vom 9.6.2015, S. 16).



### 3. Speicherung der Standortdaten nach Unionsrecht

Der EuGH stellt strengere Anforderungen an die unterschiedslose Speicherung von Telekommunikationsdaten als das BVerfG und orientiert sich dabei an den unionsrechtlichen Vorgaben.

Nach dem Urteil der Großen Kammer des EuGH vom 20. September 2022 über das Vorabentscheidungsersuchen des BVerwG<sup>28</sup> ist Art. 15 I der Datenschutzrichtlinie für elektronische Kommunikation 2002/58/EG in der durch die Richtlinie 2009/136/EG vom 25. November 2009 geänderten Fassung im Licht der Art. 7, 8 und 11 sowie von Art. 52 I GRCh dahin auszulegen, dass er nationalen Rechtsvorschriften entgegensteht, die präventiv zur Bekämpfung schwerer Kriminalität und zur Verhütung schwerer Bedrohungen der öffentlichen Sicherheit eine allgemeine und unterschiedslose Vorratsspeicherung von Verkehrs- und Standortdaten vorsehen.<sup>29</sup> Auch die Speicherung der personenbezogenen Daten aus der EncroChat-Kommunikation erfolgte ohne Bezug auf einen konkreten Verdacht oder auf einen bestimmten Verdächtigen.<sup>30</sup>

Für die Verarbeitung auf Vorrat, also ohne konkreten Tatverdacht und nicht auf eine bestimmte Tat bezogener gespeicherter Standort- und Verkehrsdaten im Strafverfahren fehlt es aktuell an einer gültigen Rechtsgrundlage. Eine § 176 TKG ersetzende, mit dem Unionsrecht vereinbare gesetzliche Regelung existiert nicht. Eine solche Regelung ist auch nicht ‚in Arbeit‘. Die Bundesregierung beabsichtigt vielmehr, die Vorratsdatenspeicherung durch eine gesetzliche Quick-Freeze-Regelung abzulösen. Nach dem Urteil des EuGH zur gesetzlichen Regelung der Vorratsdatenspeicherung in Deutschland ist der § 176 TKG unionsrechtswidrig und darf nicht mehr angewendet werden. Das ist aus rechtshilferechtlicher Sicht deswegen bedeutsam, weil nach Art. 6 I b), 31 III EEA-RL 2014/41/EU vom 3. April 2014 die Voraussetzungen für die Speicherung der EncroChat-Daten auch nach deutschem Recht hätten vorliegen müssen.<sup>31</sup>

### 4. Vorrang des Unionsrechts

Im Fall der gespeicherten EncroChat-Daten sind in Frankreich staatlicherseits Verkehrs-, Standortdaten und die Inhalte der EncroChat-Kommunikation gespeichert worden. Dies war mit dem Unionsrecht unvereinbar. Das wirft die Frage der Verbindlichkeit bzw. des Vorrangs des Unionsrechts vor nationalem Recht auf.

In seinem Urteil vom 21. Dezember 2021 führt der EuGH dazu aus, nach dem Grundsatz des Vorrangs des Unionsrechts könne die Einheit und Wirksamkeit des Unionsrechts nicht dadurch beeinträchtigt werden, dass sich ein Mitgliedstaat auf Bestimmungen des nationalen Rechts berufe, auch wenn sie Verfassungsrang haben. Die Wirkungen des Grundsatzes des Vorrangs des Unionsrechts seien für alle Einrichtungen eines Mitgliedstaats verbindlich, ohne dass innerstaatliche Bestimmungen, auch wenn sie Verfassungsrang haben, entgegenstehen könnten. Ein nationales Gericht, das im Rahmen seiner Zuständigkeit die Bestimmungen des Unionsrechts anzuwenden habe und eine nationale Regelung nicht im Einklang mit den Anforderungen des Unionsrechts auslegen könne, sei daher nach dem Grundsatz des Vorrangs verpflichtet, für die volle Wirksamkeit der Anforderungen des Unionsrechts in dem bei ihm anhängigen Rechtsstreit Sorge zu tragen, indem es erforderlichenfalls jede – auch spätere – nationale Regelung oder Praxis, die einer Bestimmung des Unionsrechts mit unmittelbarer Wirkung entgegensteht, unangewendet lasse, ohne die vorherige Beseitigung dieser nationalen Regelung oder Praxis auf gesetzgeberischem Weg oder durch irgendein anderes verfassungsrechtliches Verfahren zu beantragen oder abzuwarten.<sup>32</sup>

Urteile des EuGH binden somit auch die französischen Strafverfolgungsbehörden und die französische Justiz. Zwar gilt innerhalb des Rechtsraums der Europäischen Union die Vermutung, dass andere Mitgliedstaaten das Unionsrecht und insbesondere die Grundrechte einhalten. Diese Vermutung ist, wie auch der BGH in seinem EncroChat-Beschluss vom 2. März 2022 einräumt, widerlegbar.<sup>33</sup> Sie ist bezogen auf die Verarbeitung der Kommunikation des Diensteanbieters EncroChat eindeutig und zwar nicht nur aus den vorstehenden Gründen widerlegt.<sup>34</sup>

Soweit der 5. Strafsenat in seinem Beschluss vom 2. März 2022 ausführt, die Rechtmäßigkeit von Ermittlungshandlungen im Rechtshilfverfahren richte sich nach dem Recht des ersuchten Staates, in diesem Fall also nach französischem Recht<sup>35</sup> und nicht nach dem Recht des ersuchenden Staates, in diesem Fall also nicht nach deutschem Recht, übersieht er, dass unionsrechtliche Vorgaben die französische Rechtsordnung in gleicher Weise binden.

### III. Zur Vergleichbarkeit der Speicherung der EncroChat-Daten mit der Vorratsdatenspeicherung

Die französischen Behörden hatten die *Vermutung*, dass die EncroChat-Kommunikation ganz überwiegend zu kriminellen Zwecken genutzt wird.<sup>36</sup> Einen *Verdacht* im

<sup>28</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 20. September 2022 – C-793/19; C-794/19.

<sup>29</sup> Vgl. EuGH, a. a. O.

<sup>30</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022 – 5 StR 457/21, Rn. 70.

<sup>31</sup> Vgl. Böse, JZ 2022, 1048, 1051; Weiss, ZfiStW 6/2022, 427, 436.

<sup>32</sup> Urteil der Großen Kammer des EuGH vom 21. Dezember 2021 in den verbundenen Rechtssachen C-357/19, C-379/19, C-547/19, C-811/19 und C-840/19, Rn. 250 ff.

<sup>33</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022 – 5 StR 457/21, Rn. 28, 35.

<sup>34</sup> Vgl. französischer Kassationshof Urteil vom 11. Oktober 2022 Nr. M 21-85.148 F-D in der auf der Homepage der Rechtsanwälte *Strate* und *Ventzke* abrufbaren Übersetzung des Urteils.

<sup>35</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022, a. a. O., Rn. 26.

<sup>36</sup> Vgl. BGH, a. a. O., Rn. 36.

Rechtssinne hatten sie nicht. Denn selbst ein Anfangsverdacht müsste sich auf konkrete Tatsachen und womöglich auch auf Tatverdächtige beziehen.<sup>37</sup> Die Vermutung, der zufolge auch Standort- und Verkehrsdaten erfasst werden, die zum jeweiligen Tatverdacht passen, bildete die Grundlage für die gesetzliche Regelung der Vorratsdatenspeicherung. Während aber durch die Vorratsdatenspeicherung nur die Verkehrs- und Standortdaten erfasst werden, erstreckte sich der EncroChat-Hack auch auf die Kommunikationsinhalte.

Im Gegensatz zur Vorratsdatenspeicherung erfolgte die Erhebung und Speicherung der EncroChat-Daten durch einen Mitgliedstaat der EU, nämlich durch Frankreich und nicht durch private Diensteanbieter. Die Erhebung und Speicherung der EncroChat-Daten ist indessen nicht durch deutsche Behörden bewirkt worden. Eine Speicherung dieser Daten durch den deutschen Staat wäre nach der Rechtsprechung des BVerfG unzulässig.<sup>38</sup> Nach dem Urteil des BVerfG zur Vorratsdatenspeicherung muss gewährleistet sein, dass eine tatsächliche Kenntnisnahme und Verwendung der gespeicherten personenbezogenen Daten in normenklarer Form in einer Weise begrenzt bleibt, die dem Gewicht der weitreichenden Datenerfassung Rechnung trägt und den Abruf sowie die tatsächliche Verwendung der Daten auf den unbedingt erforderlichen Teil der Datensammlung beschränkt.<sup>39</sup> Diese Bedingung ist durch den Abruf der EncroChat-Daten durch das BKA nicht erfüllt. Die Vorratsdatenspeicherung ist nach der Rechtsprechung des BVerfG darüber hinaus nur insoweit verfassungsrechtlich unbedenklich als sie nicht auch die Kommunikationsinhalte erfasst.<sup>40</sup> Auch insoweit liegt der Fall bei der Verwendung der EncroChat-Daten im Strafverfahren anders als bei der Vorratsdatenspeicherung. Durch die unterschiedslose Speicherung der EncroChat-Daten ist in gravierenderer Weise in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen eingegriffen worden als dies bei der Vorratsdatenspeicherung nach deutschem Recht der Fall ist.

Folgt man dem EncroChat-Beschluss des Bundesgerichtshofs, so wäre der EncroChat-Hack eine Ermittlungsmaßnahme, auf die sich eine EEA beziehen kann.<sup>41</sup> Die Pflicht der französischen Behörden, die EncroChat-Daten deutschen Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung zu stellen, würde sich danach aus Art. 9 I der EEA-Richtlinie<sup>42</sup> ergeben. Die Pflicht der deutschen Diensteanbieter, die Verkehrsdaten zu speichern ist ebenfalls gesetzlich geregelt und folgt aus § 176 TKG. Sowohl im Rechtshilferecht als auch nach der deutschen Regelung der Vorratsdatenspeicherung besteht somit die Pflicht, die gespeicherten Daten den jeweiligen Strafverfolgungsbehörden zur Verfügung zu stellen.

Ebenso wie bei der Vorratsdatenspeicherung wurden die EncroChat-Daten nicht durch den deutschen Staat gespeichert, sondern anders als bei der Vorratsdatenspeicherung durch einen fremden Staat.

Der gesetzlichen Regelung der Vorratsdatenspeicherung lag die Vermutung zugrunde, dass durch sie den Strafverfolgungsbehörden *auch* strafrechtsrelevante personenbezogene Daten zur Verfügung stehen würden. Dem EncroChat-Hack lag dagegen die Vermutung der französischen Behörden zugrunde, dass dadurch den Strafverfolgungsbehörden *überwiegend* strafrechtlich relevante personenbezogene Daten zur Verfügung gestellt würden.

Die Vorratsdatenspeicherung ist hinsichtlich ihrer rechtlichen Natur mithin durchaus mit dem EncroChat-Hack vergleichbar, wobei durch den EncroChat-Hack in noch gravierenderer Weise in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung des betroffenen Personenkreises eingegriffen worden ist, als dies bei der Vorratsdatenspeicherung nach deutschem Recht der Fall war.

## IV. Beweisverbote

Nach dem EncroChat-Beschluss des 5. Strafsenats vom 2. März 2022<sup>43</sup> richtet sich die Frage, ob im Wege der Rechtshilfe erlangte Beweise verwertbar sind, ausschließlich nach dem nationalen Recht des um Rechtshilfe ersuchenden Staates, in diesem Fall also nach deutschem Recht.<sup>44</sup>

### 1. Aus dem Unionsrecht abgeleitetes Beweiserhebungsverbot

Bei dem derzeit anzuwendenden Rechtshilferecht handelt es sich um verbindliches Unionsrecht. Auch in diesem Fall richten sich die Rechtsfolgen eines Unionsrechtsverstößes mangels einschlägiger unionsrechtlicher Vorschriften zwar grundsätzlich nach den Verfahrensmodalitäten des Mitgliedstaates, in dem die betreffende unionsrechtliche Vorschrift anzuwenden ist.<sup>45</sup> Die aus dem Unionsrecht erwachsenden, dem Schutz des Einzelnen dienenden Unionsrechte dürfen dabei aber keinem geringeren verfahrensrechtlichen Schutz unterliegen als gleichartige, aber dem innerstaatlichen Recht unterliegende Sachverhalte (*Äquivalenzgrundsatz*).<sup>46</sup> Außerdem darf die Ausübung der durch Unionsrechtsakte garantierten Rechte durch das innerstaatliche Verfahrensrecht nicht praktisch unmöglich oder übermäßig erschwert werden (*Effektivitätsgrundsatz*).<sup>47</sup> Die Einhaltung des Effektivitätsgrundsatzes erfordert es daher, dass innerstaatliche Vorschriften über die Zulässigkeit und Verwertbarkeit von Erkenntnissen und Sachbeweisen darauf abzielen, zu verhindern, dass ein Beschuldigter durch rechtswidrig erlangte Erkenntnisse oder

<sup>37</sup> Vgl. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO<sup>65</sup>, § 152, Rn. 4 m. w. N.

<sup>38</sup> Vgl. BVerfGE 125, 260, 321, 324.

<sup>39</sup> Vgl. BVerfGE 125, a. a. O.

<sup>40</sup> BVerfGE 125, a. a. O., 324.

<sup>41</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022, a. a. O., Rn. 48.

<sup>42</sup> Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen.

<sup>43</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022, a. a. O., Rn. 26 f., 78.

<sup>44</sup> Unter Hinweis auf BGH, Beschlüsse vom 21. November 2012 – 1 StR 310/12, BGHSt 58, 32 Rn. 21 m. w. N.; BGH Beschluss vom 9. April 2014 – 1 StR 39/14, NStZ 2014, 608 = HRRS 2014 Nr. 679.

<sup>45</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 2. März 2021, in der Rechtssache C-746/18, Rn. 42.

<sup>46</sup> Vgl. EuGH, a. a. O.

<sup>47</sup> Vgl. EuGH, a. a. O.

Sachbeweise unangemessene Nachteile erleidet.<sup>48</sup> Das kann und wird im Einzelfall dazu führen, dass unionsrechtswidrig erlangte Erkenntnisse und Sachbeweise nach innerstaatlichem Recht ausgeschlossen werden müssen.<sup>49</sup>

Außerdem enthält die in den §§ 45 BDSG in deutsches Recht umgesetzte EU-Datenschutzrichtlinie für Polizei und Justiz 2016/680 ein auf die Verarbeitung personenbezogener Daten beschränktes Beweisverbot. Danach dürfen personenbezogene Daten nur auf rechtmäßige Weise und nach Treu und Glauben verarbeitet werden.<sup>50</sup> Mit Verarbeitung ist nach Art. 3 Nr. 2 EU-Datenschutzrichtlinie 2016/680<sup>51</sup> jede Art der Verwendung im Strafverfahren gemeint. Nach Art. 16 II der EU-Datenschutzrichtlinie für Polizei und Justiz 2016/680<sup>52</sup> sind personenbezogene Daten, die unter Verstoß gegen Art. 4 der Richtlinie erlangt worden sind, unverzüglich zu löschen. Bei unionsrechtskonformer Verfahrensführung stehen unrechtmäßig erlangte personenbezogene Daten dem Verfahren nicht (mehr) zur Verfügung.

## 2. Verwendung nach § 161 III StPO?

Nach § 161 III StPO dürfen die aufgrund einer entsprechenden Maßnahme nach anderen Gesetzen, wozu wöglich auch französische Gesetze zählen, erlangten personenbezogenen Daten ohne Einwilligung der von der Maßnahme betroffenen Personen zu Beweis Zwecken im Strafverfahren nur zur Aufklärung solcher Straftaten verwendet werden, zu deren Aufklärung eine solche Maßnahme nach der Strafprozessordnung hätte angeordnet werden dürfen. Nach der Strafprozessordnung wäre eine mit dem EncroChat-Hack vergleichbare Maßnahme nicht zulässig. § 161 III StPO scheidet als Rechtsgrundlage für die Verwertung der personenbezogenen Daten aus der EncroChat-Kommunikation mithin aus.

Der 5. Strafsenat des Bundesgerichtshofs führt dazu aus, die verfassungsmäßige Rechtsgrundlage für die Verwertung in der Hauptverhandlung erhobener Beweise sei § 261 StPO.<sup>53</sup> Tatsächlich regelt § 261 StPO nur, dass das Urteil allein aus den im Rahmen der Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung erhobenen Beweise geschöpft werden darf. Welche Beweise zugelassen sind, regelt § 261 StPO gerade nicht.

Der § 100b StPO scheidet, worauf der 5. Strafsenat zutreffend hingewiesen hat, als Rechtsgrundlage für die Verwendung der EncroChat-Daten im Sinne des § 161 III StPO u. a. deshalb aus, weil sich die Onlinedurchsuchung anders als die Erhebung und Speicherung der EncroChat-Daten auf Einzelfälle und auf einen konkreten Verdacht bezieht.<sup>54</sup> Als Rechtsgrundlage in Betracht käme mithin nur die (analoge) Anwendung des § 100g II StPO i. V. m. § 176

TKG. Nach dem Urteil des EuGH zur Vorratsdatenspeicherung ist der § 176 TKG als Bestandteil der deutschen Vorratsdatenspeicherung unionsrechtswidrig und darf nicht angewendet werden. Somit kann die die EncroChat-Daten betreffende Beweiserhebung nicht auf § 161 III StPO gestützt werden. § 479 II StPO scheidet als Rechtsgrundlage für die Verwendung der EncroChat-Daten deshalb aus, weil es sich bei dem EncroChat-Hack nicht um eine Maßnahme nach der StPO handelt. Der § 479 II StPO bezieht sich ausschließlich auf Maßnahmen nach der StPO.

## 3. Rückwirkungsverbot

Gegen dieses Ergebnis kann auch nicht das Rückwirkungsverbot ins Feld geführt werden; es kommt nämlich nicht darauf an, dass die die EncroChat-Daten betreffende EEA der GStA Frankfurt a. M. schon am 2. Juni 2020, also zeitlich vor dem Urteil des EuGH zur Vorratsdatenspeicherung vom 20. September 2022, erlassen worden ist. Zunächst ist daran zu erinnern, dass sich die Unionsrechtswidrigkeit der Vorratsdatenspeicherung bereits aus dem Urteil des EuGH vom 21. Dezember 2016 zur Vorratsdatenspeicherung ergibt.<sup>55</sup> Überdies würde das Rückwirkungsverbot nicht für neues Prozessrecht gelten.<sup>56</sup> Und erst recht gilt das Rückwirkungsverbot nicht in laufenden Verfahren und es entfaltet keine Schutzwirkung zugunsten staatlicher Strafverfolgungsorgane.

## V. Schluss

Es ist vorstehend dargelegt worden, dass der EncroChat-Hack nach deutschem Recht und wegen der Ähnlichkeit mit der Vorratsdatenspeicherung auch nach Unionsrecht unzulässig gewesen wäre. Das gilt sowohl für die Verarbeitung zur präventiven wie auch zu repressiven Zwecken. Der 5. Strafsenat übersieht in seinem Beschluss vom 2. März 2022, dem zu Folge es aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht erforderlich ist, dass die ausländische Ermittlungsmaßnahme auch auf deutscher Rechtsgrundlage möglich gewesen wäre<sup>57</sup>, außerdem geflissentlich, dass es auf die verfassungsrechtliche Sicht nicht ankommt<sup>58</sup>, weil es nach Art. 6 I b), 31 III EEA-RL 2014/41/EU darauf ankommt, ob die Maßnahme nach innerstaatlichem Recht des ersuchenden Staates zulässig wäre. Im Anwendungsbereich des Unionsrechts, wie beispielsweise im europäischen Rechtshilferecht, hat das Unionsrecht Vorrang vor innerstaatlichem Recht. Mithin richtet sich die Verwertbarkeit im Wege der Rechtshilfe erlangter Beweise – wie der 5. Strafsenat zutreffend ausführt – ausschließlich nach dem nationalen Recht des um Rechtshilfe ersuchenden Staates, in diesem Fall nach deutschem Recht.<sup>59</sup>

<sup>48</sup> Vgl. EuGH, a. a. O., Rn. 43.

<sup>49</sup> Vgl. EuGH, a. a. O., Rn. 44.

<sup>50</sup> Entspricht Art. 4 I a) der EU-Datenschutzrichtlinie für Polizei und Justiz 2016/680.

<sup>51</sup> Entspricht § 46 Nr. 2 BDSG (neue Fassung).

<sup>52</sup> Entspricht § 75 II BDSG (neue Fassung).

<sup>53</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022, a. a. O., Rn. 25.

<sup>54</sup> In diesem Sinne wohl auch BGH, Beschluss vom 2. März 2022, a. a. O., Rn. 53, 65.

<sup>55</sup> Vgl. EuGH, Urteil vom 21. Dezember 2016 in den verbundenen Rechtssachen C-203/15, C-698/15, NJW 2017, 717.

<sup>56</sup> Vgl. BGH NJW 2009, 791, 792; a. A. Meyer-Goßner/Schmitt, StPO<sup>65</sup>, Einl., Rn. 203.

<sup>57</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022, a. a. O., Rn. 74 f.

<sup>58</sup> Vgl. Vgl. Böse, JZ 2022, 1048, 1051; Weiss, ZfStW 6/2022, 427, 436.

<sup>59</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022, a. a. O., Rn. 26.

Aus diesem Grund ist die Prüfung, ob der ersuchte Staat bereits vorhandene Beweismittel nach dem Maßstab seiner eigenen nationalen Verfahrensregeln rechtmäßig erlangt hat, nicht vorgesehen. Denn etwaigen Rechtsschutzdefiziten im ersuchten Staat, hier Frankreich, kann, worauf der 5. Strafsenat ebenfalls zutreffend hinweist, auf der Ebene der Beweisverwertung Rechnung getragen werden.<sup>60</sup> Ist die im ersuchten Staat erfolgte Beweiserhebung nach dem Recht des ersuchenden Staates unzulässig, so zieht dies mithin ein Beweisverwertungsverbot nach sich. Auch aus diesem Grunde sind die aus der EncroChat-Kommunikation generierten personenbezogenen Daten nach deutschem Recht unverwertbar.

Der EncroChat-Hack ist mit der Vorratsdatenspeicherung vergleichbar. Da aber mit der Ausspähung der personenbezogenen Daten aus der EncroChat-Kommunikation auch die Kommunikationsinhalte erfasst worden sind, wird durch den EncroChat-Hack tiefer in das allgemeine Persönlichkeitsrecht der Betroffenen eingegriffen, als dies bei der Vorratsdatenspeicherung der Fall ist. Gemessen an den durch die ständige Rechtsprechung des EuGH zur Vorratsdatenspeicherung entwickelten Rechtsprechung erweist sich die Verwendung der Standort- und Verkehrsdaten aus dem EncroChat-Hack im Strafverfahren als unionsrechtswidrig.

### Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

### Schrifttum

## Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

---

<sup>60</sup> Vgl. BGH, Beschluss vom 2. März 2022, a. a. O., Rn. 30.

# 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.

## **352. BVerfG 1 BvR 141/16 (1. Kammer des Ersten Senats) – Beschluss vom 15. Februar 2023**

Erfolgreiche Rechtssatzverfassungsbeschwerde gegen die anlasslose Vorratsdatenspeicherung (mögliches Entfallen des Rechtsschutzbedürfnisses nach Entscheidung des EuGH; Begründungslast für das Fortbestehen der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde). Art. 10 Abs. 1 GG; Art. 52 Abs. 1 GRCh; Art. 267 AEUV; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 100g Abs. 2 StPO; § 100g Abs. 3 StPO; § 113b TKG a.F.; § 113c TKG a.F.; § 176 TKG; § 177 TKG

## **353. BVerfG 2 BvL 11/22, 2 BvL 15/22 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. März 2023 (AG München, AG Wuppertal)**

Unzulässige Richtervorlagen betreffend die Strafnorm zur Verbreitung eines kinderpornographischen Inhalts (Qualifizierung als Verbrechen; unterbliebene Regelung eines minder schweren Falls; Übermaßverbot; Darlegungsanforderungen an eine Vorlage zur konkreten Normenkontrolle; Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage). Art. 100 Abs. 1 GG; § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 184b Abs. 1 Satz 1 StGB

## **354. BVerfG 2 BvR 39/22 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 17. Februar 2023 (OLG Nürnberg / LG Regensburg)**

Strafvollzugsbegleitende Überprüfung des Betreuungsgebots bei angeordneter Sicherungsverwahrung (möglicher Wegfall des Rechtsschutzbedürfnisses bei Erreichen des Strafendes und zwischenzeitlicher Entscheidung über die Vollstreckung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung; Begründungslast für das Fortbestehen der Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde bei Änderung der Sach- und Rechtslage; Gebot bestmöglicher Sachaufklärung; Sachverständigengutachten zur Notwendigkeit psychiatrischer Behandlungsmaßnahmen). Art. 2 Abs. 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG; § 119a Abs. 1 Nr. 1 StVollzG; § 66c Abs. 2 StGB; § 67c Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB

## **355. BVerfG 2 BvR 117/20, 2 BvR 962/21 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 24. Februar 2023 (OLG Koblenz / LG Koblenz)**

Aussetzung der Vollstreckung einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Bewährung (Menschenwürde; realisierbare

Chance auf Wiedererlangung der Freiheit; Freiheitsgrundrecht; Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; prognostische Gesamtwürdigung; Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit; Eingehen eines vertretbaren Restrisikos; Gewicht der bedrohten Rechtsgüter; Wahrscheinlichkeit erneuter Straffälligkeit; richterliche Pflicht zur Sachaufklärung; Auswirkung verbleibender Zweifel zulasten des Verurteilten; Bedeutung von Vollzugslockerungen; Berücksichtigung möglicher Bewährungsweisungen; Begründungsanforderungen an die Versagung einer Aussetzung).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG; § 57a Abs. 1 StGB; § 45 Abs. 3 LJVollzG NRW

## **356. BVerfG 2 BvR 1810/22 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 3. März 2023 (AG Montabaur)**

Stillschweigendes Übergehen eines Adhäsionsantrags (Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör; Rechtswegerschöpfung vor Erhebung der Verfassungsbeschwerde; Anhörungsrüge; ausnahmsweise Statthaftigkeit auch gegen ein Urteil; kein Vorrang des Zivilrechtswegs).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 33a Satz 1 StPO; § 406 StPO

## **357. BVerfG 2 BvR 2009/22 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. Februar 2023 (OLG Düsseldorf)**

Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen eine Auslieferung nach Belgien zum Zwecke der Strafverfolgung aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (Unionsgrundrechte als vorrangiger Prüfungsmaßstab bei unionsrechtlich vollständig determinierten Rechtsfragen; europarechtlicher Grundrechtsschutz durch das Bundesverfassungsgericht; unionsgrundrechtliches Recht auf effektiven Rechtsschutz; unzureichende Überprüfung der Einhaltung zwingender Mindestangaben im Europäischen Haftbefehl; Mitteilung der einschlägigen Straftatbestände, der tatsächlichen Umstände und der Beteiligung des Verfolgten; Gebot der Einholung notwendiger Zusatzinformationen für die Zulässigkeitsentscheidung; Grundsätze der gegenseitigen Anerkennung und des gegenseitigen Vertrauens; Grundsatz der Spezialität).

Art. 25 GG; Art. 47 Abs. 1 GRCh; Art. 2 Abs. 2 RbEuHb; Art. 4 RbEuHb; Art. 8 Abs. 1 RbEuHb; Art. 11 Abs. 2 RbEuHb; Art. 15 Abs. 2 RbEuHb; § 81 Nr. 4 IRG; § 83a Abs. 1 IRG

**358. BGH 1 StR 15/23 – Beschluss vom 9. März 2023 (LG München I)**

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

**359. BGH 1 StR 284/22 – Urteil vom 25. Januar 2023 (LG München I)**

Mord aus niedrigen Beweggründen (Voraussetzungen: Motivbündel); Strafzumessung (Berücksichtigung (ausländischer) Vorverurteilungen).  
§ 211 Abs. 2 StGB; § 46 Abs. 2 StGB

**360. BGH 1 StR 288/22 – Beschluss vom 25. Januar 2023 (LG Baden-Baden)**

Pflicht zur Mitteilung über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (keine Mitteilungspflicht im abgetrennten Einziehungsverfahren über Verständigungsgespräche im Hauptsacheverfahren); Einziehung (keine Einziehung erlangten Bargelds im Original bei zwischenzeitlicher Vermengung mit unbemakeltem Bargeld).  
§ 243 Abs. 4 Satz 1 StPO; § 422 StPO; § 73 Abs. 1 StGB; § 73c StGB; § 948 BGB

**361. BGH 1 StR 312/22 – Urteil vom 7. Februar 2023 (LG Kiel)**

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

**362. BGH 1 StR 358/22 – Beschluss vom 10. Januar 2023 (LG Ingolstadt)**

Strafzumessung (Wert einer entwendeten Sache: ausschließliche Relevanz des Verkehrswerts zum Zeitpunkt der Tat).  
§ 46 Abs. 1 StGB; § 242 Abs. 1 StGB

**363. BGH 1 StR 400/22 – Beschluss vom 12. Januar 2023 (LG Traunstein)**

Betrug (Konkurrenzen bei betrügerischer Nutzung eines Kundenkontos mit unrichtigen Kundendaten).  
§ 263 Abs. 1 StGB; § 52 StGB

**364. BGH 1 StR 423/22 – Beschluss vom 24. Januar 2023 (LG Traunstein)**

Härteausgleich für eigentlich gesamtstrafenfähige ausländische Verurteilungen.  
§ 55 StGB

**365. BGH 1 StR 480/22 – Beschluss vom 22. Februar 2023 (LG München I)**

Aufhebung der Bestellung eines Pflichtverteidigers (endgültige Zerstörung des Vertrauensverhältnisses: erforderliche substantiierte Darlegung).  
§ 143a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 StPO

**366. BGH 1 StR 8/23 – Beschluss vom 8. März 2023 (LG Tübingen)**

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

**367. BGH 2 StR 102/22 – Beschluss vom 8. November 2022 (LG Aachen)**

Bandenmäßiges Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Bande: deliktische Vereinbarung,

konkludente Bandenabrede, auf der Verfolgung selbständiger eigener Interessen beruhenden Tatbeteiligung, Würdigung aller Umstände); unerlaubter Besitz einer Schusswaffe (Vorsatz: Beweiswürdigung, Erfahrungssatz, widerlegbares Indiz, Tatbestandsirrtum); Ausübung der tatsächlichen Gewalt über Kriegswaffen.  
§ 30a BtMG; § 52 WaffG; § 22a KrWaffKontrG; § 261 StPO

**368. BGH 2 StR 140/22 – Beschluss vom 2. März 2023 (LG Darmstadt)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Pflicht zur elektronischen Übermittlung (Revision)).  
§ 44 StPO; § 32d StPO

**369. BGH 2 StR 223/22 – Beschluss vom 6. Dezember 2022 (LG Hanau)**

Räuberische Erpressung (Bereicherungsabsicht: rechtswidriger Vermögensvorteil, gesetzliches Verbot, Verstoß gegen die guten Sitten).  
§ 255 StGB; § 134 BGB; § 138 BGB

**370. BGH 2 StR 262/22 – Beschluss vom 22. November 2022 (LG Erfurt)**

Beweiswürdigung (Misshandlung von Schutzbefohlenen; schwerer sexueller Missbrauch; Darlegung in den Urteilsgründen: wesentliche Beweiserwägungen, umfangreiche Beweiswürdigung, erkennbare Strukturen, Chat-Nachrichten); Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes oder der Sachlage (Hinweispflicht: neue Fassung).  
§ 261 StPO; § 267 StPO; § 265 StPO; § 225 StGB; § 176c StGB

**371. BGH 2 StR 267/22 – Beschluss vom 20. Dezember 2022 (LG Gera)**

Gefährliche Körperverletzung (mittels einer das Leben gefährdenden Behandlung: Gefährlichkeit der Behandlung, eingetretene Verletzung, heftige Schläge gegen den Kopf des Opfers, Beweiswürdigung; subjektiver Tatbestand: Handlung auf Lebensgefährdung angelegt, Vorstellung des Täters, Abgrenzung zur bewussten Fahrlässigkeit).  
§ 224 StGB; § 15 StGB

**372. BGH 2 StR 341/22 – Beschluss vom 20. Dezember 2022 (LG Darmstadt)**

Banden- und gewerbsmäßige Urkundenfälschung (Mittäterschaft: kein eigenhändiges Delikt, keine Mitwirkung am Kerngeschehen zwingend notwendig); Betrug (Bereicherungsabsicht: Stoffgleichheit).  
§ 267 StGB; § 263 StGB

**373. BGH 2 StR 67/22 – Beschluss vom 7. Februar 2023 (LG Darmstadt)**

Strafzumessung (Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt: unzutreffende Schadensbeträge, Schätzung vorenthaltener Sozialversicherungsbeiträge, zwei Drittel des Nettoumsatzes als gezahlte Nettolohnsumme veranschlagt, Hochrechnung der Nettolöhne auf Bruttolöhne, Lohnsteuerklasse); Einziehung des Wertes von Taterträgen (durch die Tat erlangt: Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt, wirtschaftlicher Vorteil, nicht Abführen der geschuldeten Beiträge zur Sozialversicherung, Tatlohn, andere Zuwendungen, Rechtsgrund, Deckmantel).  
§ 46 StGB; § 266a StGB; § 73 StGB; § 73c StGB

**374. BGH 2 StR 68/22 – Beschluss vom 7. Februar 2023 (LG Köln)**

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

**375. BGH 2 StR 351/22 – Beschluss vom 7. Februar 2023 (LG Köln)**

Zurückweisung einer Anhörungsrüge.  
§ 356a StPO

**376. BGH 2 StR 394/22 – Beschluss vom 10. Januar 2023 (LG Köln)**

Unterschlagung (Konkurrenzen: Subsidiaritätsklausel, gewerbs- und bandenmäßige Urkundenfälschung); Adhäsionsentscheidung (Prozesszinsen).  
§ 246 StGB; § 267 StGB; § 404 StPO

**377. BGH 2 StR 421/22 – Beschluss vom 9. Februar 2023 (LG Bonn)**

Misshandlung von Schutzbefohlenen (rohes Misshandeln: gefühllose Gesinnung, Darstellung, objektive Tatseite, Gesinnung des Täters).  
§ 225 StGB

**378. BGH 2 StR 433/22 – Beschluss vom 9. Februar 2023 (LG Wiesbaden)**

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

**379. BGH 2 StR 460/22 – Beschluss vom 8. Februar 2023 (LG Bonn)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand.  
§ 45 StPO

**380. BGH 2 StR 477/22 – Beschluss vom 7. Februar 2023 (LG Gießen)**

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

**381. BGH 2 StR 492/22 – Beschluss vom 28. Februar 2023 (LG Hanau)**

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

**382. BGH 2 ARs 189/22 – Beschluss vom 27. September 2022 (OLG Frankfurt am Main)**

BGHR; Auslieferungsverfahren (örtliche Zuständigkeit: Zuständigkeitsbestimmung durch das gemeinschaftliche obere Gericht, europäischer Haftbefehl, Ergreifung des Verfolgten, aktueller Aufenthalt des Verfolgten, Prioritätsprinzip, Befasstsein, einvernehmlich Übernahme, abschließende Spezialregelung, vorläufige Entscheidung über die Unzulässigkeit der Auslieferung, keine Erledigung des Auslieferungsverfahrens, unzureichende Haftbedingungen, Zwischenentscheidung, Kontinuität und Einheit des Auslieferungsverfahrens).  
§ 14 IRG; § 14 StPO

**383. BGH 2 ARs 302/22 2 AR 169/22 – Beschluss vom 8. Februar 2023**

Zuständigkeitsbestimmung durch das gemeinschaftliche obere Gericht (divergierende Entscheidungen mehrerer Gerichte); Pflichtverteidigervergütung (funktionelle Zuständigkeit der Geschäftsstelle; Festsetzungsverfahren).

§ 14 StPO; § 45 RVG; § 55 RVG

**384. BGH 4 StR 154/22 – Urteil vom 2. Februar 2023 (LG Arnsberg)**

Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (formelle Voraussetzungen; hangbedingt gefährlicher Täter; Symptomtaten: neue Fassung, Begehung von drei Straftaten, jeweils Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr, Freiheitsstrafe von mindestens drei Jahren wegen einer oder mehrerer Taten); Strafzumessung (Geständnis des Angeklagten; zulässiges Verteidigungsverhalten; strafschärfende Berücksichtigung nicht angeklagter Taten).  
§ 66 StGB; § 46 StGB

**385. BGH 4 StR 237/22 – Beschluss vom 31. Januar 2023 (LG Bochum)**

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (Revisionseinlegung: Pflicht zur elektronischen Übermittlung).  
§ 44 StGB; § 32a StPO; 32d StPO

**386. BGH 4 StR 268/22 – Beschluss vom 25. Oktober 2022 (LG Bielefeld)**

Brandstiftung (Tatobjekt: Warenlager oder-vorräte, Waren, § 92 Abs. 2 BGB, § 241a Abs. 1 BGB, zum Eigenverbrauch oder zur Weiterverarbeitung vor Ort bestimmte Gegenstände; subjektiver Tatbestand: Inbrandsetzung, bedingter Vorsatz, abweichender Kausalverlauf, Beweiswürdigung, Rückschlüsse aus dem äußeren Tatgeschehen, Gesamtschau).  
§ 306 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 S. 1 StGB

**387. BGH 4 StR 281/22 – Beschluss vom 31. Januar 2023 (LG Hagen)**

Hilfe zur Aufklärung oder Verhinderung von schweren Straftaten.  
§ 46b StGB

**388. BGH 4 StR 284/22 – Beschluss vom 6. Dezember 2022 (LG Münster)**

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Waffe: Bestimmung durch den Täter zur Verletzung; sonstige Gegenstände: Gebrauchsgegenstände des täglichen Lebens, Messer, Zweckbestimmung durch den Täter, objektiv gefährlicher Gegenstand, griffbereites Mitsichführen, Fehlen eines nachvollziehbaren Grundes, Mitsichführen in der Schlussphase des Betäubungsmittelgeschäfts, keine sichere Verfügungsgewalt über das Betäubungsmittel; Mittäterschaft).  
§ 30a BtMG; § 25 Abs. 2 StGB

**389. BGH 4 StR 293/22 – Beschluss vom 2. Februar 2023 (LG Aschaffenburg)**

Gefährdung des Straßenverkehrs (konkrete Gefährdung von Leib und Leben eines anderen Menschen oder fremder Sache von bedeutendem Wert: Beinahe-Unfall).  
§ 315c StGB

**390. BGH 4 StR 93/22 – Beschluss vom 16. Februar 2023 (LG Hagen)**

Revisionsbegründung (Beweisverwertungsverbot: Darlegungsanforderungen, EncroChat, durch einen ausländischen Staat erhobene Beweismittel, Verfahrenstatsachen zur ausländischen Beweismittelgewinnung und zur Beweisübermittlung, Abwägung aller Umstände,

wesentlichen Schriftstücke oder Aktenstellen, wörtliches Zitat); Online-Durchsuchung (Verwendungsbeschränkung: Beweisrechtshilfe, Verhältnismäßigkeitsgrundsatz; Verdacht einer Katalogtat: Informationslage im Verwendungszeitpunkt); erweiterte Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Vermeidung einer doppelten Inanspruchnahme: Einziehung des Wertes von Taterträgen, Abzug vom Wert der eingezogenen Taterträge).  
§ 344 StPO; § 100b StPO; § 100e StPO; § 73a StGB; § 73c StGB

**391. BGH 4 StR 299/22 – Beschluss vom 15. Februar 2023 (LG Münster)**

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

**392. BGH 4 StR 395/22 – Beschluss vom 18. Januar 2023 (LG Bielefeld)**

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

**393. BGH 4 StR 442/22 – Beschluss vom 14. Februar 2023 (LG Mosbach)**

Rücktritt vom Totschlag (Freiwilligkeit, innere Hemmung, mit dem Ende einer hochgradigen affektiven Erregung einhergehende seelische Erschütterung, Mitleid, willensgesteuertes Innehalten); Adhäsionsentscheidung (Zinsen).  
§ 212 StGB; § 404 StPO

**394. BGH 4 StR 443/22 – Beschluss vom 1. Februar 2023 (LG Bremen)**

Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis (in Beziehung stehen der Tat zu der Führung eines Kraftfahrzeuges durch den Täter oder einen anderen Tatbeteiligten).  
§ 69a StGB

**395. BGH 4 StR 449/22 – Beschluss vom 16. Februar 2023 (LG Frankenthal (Pfalz))**

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

**396. BGH 4 StR 453/22 – Beschluss vom 2. Februar 2023 (LG Bielefeld)**

Strafzumessung (rechtskräftige ausländische Vorstrafen: Strafbarkeit nach deutschem Recht, Bundeszentralregister, Tilgungsreife, Verwertungsverbot).  
§ 46 StGB; § 58 BZRG; § 51 BZRG

**397. BGH 4 StR 471/22 – Beschluss vom 31. Januar 2023 (LG Bielefeld)**

Strafzumessung (Doppelverwertungsverbot: unerlaubtes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge).  
§ 46 Abs. 3 StGB; 29a BtMG

**398. BGH 4 StR 472/22 – Beschluss vom 1. März 2023 (LG Münster bei dem Amtsgericht Bocholt)**

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

**399. BGH 4 StR 486/22 – Beschluss vom 1. März 2023 (LG Essen)**

Nötigung (Konkurrenzen: Bedrohung, Mittel der Nötigung).  
§ 240 StGB; § 241 StGB

**400. BGH 4 StR 511/22 – Beschluss vom 14. Februar 2023 (LG Essen)**

Mehrere Straftaten in verschiedenen Alters- und Reifestufen (Schwergewicht der Taten: Tatfrage, Erörterungsmangel); Anwendung des Jugendstrafrechts auf Heranwachsende.  
§ 32 JGG; § 105 JGG

**401. BGH 6 StR 16/23 – Beschluss vom 21. Februar 2023 (LG Saarbrücken)**

BGHSt; Entziehung Minderjähriger (konkurrenzrechtliches Verhältnis der Tatbestandsvarianten von Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 1 Nr. 2: Tateinheit).  
§ 235 Abs. 1 StGB

**402. BGH 6 StR 22/23 – Beschluss vom 9. März 2023 (LG Bückeburg)**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus; Schuldunfähigkeit, verminderte Schuldfähigkeit (Darlegungsanforderungen bei Anschluss an Beurteilung eines Sachverständigen: Auseinandersetzung mit dem Gutachteninhalt, Mitteilung wesentlicher Anknüpfungstatsachen und Schlussfolgerungen; Darlegung der Auswirkung der psychischen Störung in der konkreten Tatsituation auf die Einsichts- und Steuerungsfähigkeit).  
§ 20 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB; § 267 StPO

Das Tatgericht hat die Schuldfähigkeit des Angeklagten ohne Bindung an die Äußerungen des Sachverständigen in eigener Verantwortung zu beurteilen. Schließt es sich dem Sachverständigen an, muss es sich grundsätzlich mit dem Gutachteninhalt auseinandersetzen und die wesentlichen Anknüpfungstatsachen und Schlussfolgerungen des Sachverständigen auf eine für das Revisionsgericht nachprüfbar Weise im Urteil mitteilen.

**403. BGH 6 StR 26/23 – Beschluss vom 21. Februar 2023 (LG Verden)**

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

**404. BGH 6 StR 35/23 – Beschluss vom 22. Februar 2023 (LG Nürnberg-Fürth)**

Strafzumessung (strafschärfende Berücksichtigung der Art der Tatausführung: nur bei Vorwerfbarkeit, bei vermindert schuldfähigem Täter nur nach dem Maß der geminderten Schuld).  
§ 46 StGB; § 21 StGB

**405. BGH 6 StR 44/23 – Beschluss vom 22. Februar 2023 (LG Braunschweig)**

Abgrenzung von Raub und räuberischer Erpressung (äußeres Erscheinungsbild des vermögensschädigenden Verhaltens des Verletzten: Wegnahme, Weggabe; Vermögensverfügung; Gewahrsam: Gewahrsamslockerung, Möglichkeit zur anschließenden Wegnahme); Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Darlegungsanforderungen: konkrete Erfolgsaussicht der angeordneten Maßregel).



§ 249 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB; § 64 StGB

**406. BGH 6 StR 46/23 – Beschluss vom 7. März 2023 (LG Potsdam)**

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

**407. BGH 6 StR 51/23 – Beschluss vom 21. März 2023 (LG Nürnberg-Fürth)**

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

**408. BGH 6 StR 9/23 – Beschluss vom 7. Februar 2023 (LG Rostock)**

Grundsätze der Strafzumessung (rassistische, fremdenfeindliche, antisemitische oder sonstige menschenverachtende Gesinnung; Schuldgrundsatz, innerer Zusammenhang mit der Tat; strafscharfende Berücksichtigung weiterer nicht abgeurteilter Straftaten; Erfordernis prozessordnungsgemäßer Feststellung).  
§ 46 Abs. 1, Abs. 2 StGB

**409. BGH 6 StR 374/22 – Urteil vom 8. März 2023 (LG Magdeburg)**

Sexueller Missbrauch von Kindern; schwerer sexueller Missbrauch von Kindern; Lückenhafte Beweiswürdigung (mangelnde Darstellung der Aussagen der Geschädigten); Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (mangelnde Gesamtschau der Beweisergebnisse, Vorliegen mehrerer Beweisanzeichen).  
§ 176 StGB; § 176c StGB; § 261 StPO

**410. BGH 6 StR 444/22 – Beschluss vom 8. Februar 2023 (LG Halle)**

Betäubungsmittelstraftaten (konkurrenzrechtliche Beurteilung: Anbahnung eines neuen Geschäfts mit Übergabe von Betäubungsmitteln, Teilidentität, Tateinheit).  
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 52 Abs. 1 StGB

**411. BGH 6 StR 450/22 – Beschluss vom 21. Februar 2023 (LG Dessau-Roßlau)**

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

**412. BGH 6 StR 466/22 – Beschluss vom 21. Februar 2023 (LG Magdeburg)**

Gegenvorstellung gegen einen nach § 349 Abs. 1 StPO ergangenen Beschluss.  
§ 349 Abs. 1 StPO

**413. BGH 6 StR 59/23 – Beschluss vom 8. März 2023 (LG Halle)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Einbeziehung früherer Einziehungsentscheidungen).  
§ 55 Abs. 2 StGB; § 74 StGB; § 75 Abs. 1 StGB

**414. BGH 6 StR 63/23 – Beschluss vom 9. März 2023 (LG Potsdam)**

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

**415. BGH 6 StR 67/23 – Beschluss vom 8. März 2023 (LG Nürnberg-Fürth)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**416. BGH 6 StR 74/23 – Beschluss vom 7. März 2023 (LG Frankfurt (Oder))**

Verwerfung der Revision als unzulässig; Pflicht zur elektronischen Übermittlung.  
§ 349 Abs. 1 StPO; § 32d Satz 2 StPO

**417. BGH 6 StR 493/22 (alt: 6 StR 431/21) – Beschluss vom 21. Februar 2023 (LG Magdeburg)**

Strafzumessung im Jugendstrafrecht (Erziehungsgedanke: keine lediglich formelhafte Erwähnung) Versuchtetes Tötungsdelikt (keine strafscharfende Berücksichtigung bedingten Tötungsvorsatzes bei strafbefreiendem Rücktritt vom Versuch).  
§ 18 Abs. 2 JGG; § 16 Abs. 1 StGB; § 24 Abs. 1 StGB

**418. BGH 6 StR 500/22 – Beschluss vom 24. Januar 2023 (LG Schwerin)**

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Deliktstypus; Vollendung); Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln und Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (konkurrenzrechtliche Beurteilung); unterbliebene Prüfung der Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.  
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 64 StGB

**419. BGH 6 StR 507/22 – Beschluss vom 7. Februar 2023 (LG Braunschweig)**

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

**420. BGH 6 StR 509/22 – Beschluss vom 22. Februar 2023 (LG Hannover)**

Unzulässige Verfahrensrügen; Krypto-Messengerdienst „EncroChat“.  
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**421. BGH 6 StR 511/22 – Beschluss vom 8. März 2023 (LG Rostock)**

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

**422. BGH 6 StR 514/22 – Beschluss vom 7. März 2023 (LG Hannover)**

Verfahrensrüge (sichere Grundlage, Erwiesensein der tatsächlichen Richtigkeit von Behauptungen); Selbstleseverfahren (Datenträger, hinreichende Bestimmung).  
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 249 Abs. 2 StPO

**423. BGH 6 StR 523/22 – Beschluss vom 21. Februar 2023 (LG Hannover)**

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (versehentliche Heranziehung der Gesamtfreiheitsstrafe als Einzelstrafe; Entbehrlichkeit der Aufrechterhaltung der Einziehungsentscheidung).  
§ 55 Abs. 2 StGB; § 75 Abs. 1 StGB

**424. BGH 6 StR 548/22 – Beschluss vom 7. Februar 2023 (LG Neuruppin)**

Vorbereitung der Herstellung von unrichtigen Impfausweisen (Blankett-Impfausweis, Personalisierung).  
§ 275 Abs. 1a StGB

**425. BGH 6 StR 549/22 – Beschluss vom 25. Januar 2023 (LG Neubrandenburg)**

Wohnungseinbruchdiebstahl (Rücktritt vom Versuch: Rücktrittshorizont; mehrere Tatbeteiligte: Erfolgsverhinderung, bloßes Nicht-Weiterhandeln).

§ 244 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 StGB; § 22 StGB; § 24 Abs. 2 StGB

**426. BGH 3 StR 154/22 – Urteil vom 26. Januar 2023 (LG Koblenz)**

Revisionsbegründung (Revisionsbeschränkung: Wirksamkeitsvoraussetzungen, Herausnahme der Maßregelanordnung); Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung (beschränkte Revisibilität; Würdigung von Einlassungen des Angeklagten); Bestimmung des Wirkstoffgehalts im Betäubungsmittelstrafrecht (Maßgeblichkeit für Unrecht und Schuld; genaue Feststellungen; Schätzung).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 46 Abs. 1 StGB; § 64 StGB; § 261 StPO; § 344 Abs. 1 StPO

1. Die Rechtswirksamkeit einer Revisionsbeschränkung setzt voraus, dass die Beschwerdepunkte nach dem inneren Zusammenhang des Urteils – losgelöst von seinem nicht angefochtenen Teil – rechtlich und tatsächlich unabhängig beurteilt werden können, ohne eine Überprüfung des Urteils im Übrigen erforderlich zu machen. Zudem muss gewährleistet sein, dass die nach Teilanfechtung stufenweise entstehende Gesamtentscheidung frei von inneren Widersprüchen bleiben kann.

2. Die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt gemäß § 64 StGB kann in zulässiger Weise von der Revision ausgenommen werden, wenn das Tatgericht Symptomtaten festgestellt hat, die vom Rechtsmittel nicht angegriffen werden und die Maßregelanordnung tragen.

3. Einlassungen des Angeklagten, für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit es keine objektiven Anhaltspunkte gibt, sind nicht ohne weiteres als „unwiderlegbar“ hinzunehmen und den Feststellungen zu Grunde zu legen. Der Tatrichter hat vielmehr auf der Grundlage des gesamten Beweisergebnisses darüber zu entscheiden, ob derartige Angaben geeignet sind, seine Überzeugungsbildung zu beeinflussen. Es ist weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zu Gunsten des Angeklagten Geschehensabläufe zu unterstellen, für deren Vorliegen außer der nicht widerlegbaren, aber auch durch nichts gestützten Angaben des Angeklagten keine Anhaltspunkte bestehen.

4. Da der Wirkstoffgehalt von Betäubungsmitteln sich regelmäßig auf den Schuldumfang der Taten auswirkt, hat ein Tatgericht in Ermangelung exakter Wirkstoffbestimmungen den Wirkstoffgehalt und die Wirkstoffmenge unter Berücksichtigung anderer sicher feststellbarer Umstände (Herkunft, Preis, Handelsstufe, Qualität, Beanstandungen durch die Käuferin) gegebenenfalls durch Schätzung unter Anwendung des Zweifelssatzes zu ermitteln.

**427. BGH 3 StR 274/22 – Beschluss vom 7. Februar 2023 (LG Mönchengladbach)**

Einziehung von Taterträgen (faktische Verfügungsgewalt über Vermögenswerte).

§ 73 Abs. 1 StGB

**428. BGH 3 StR 274/22 – Beschluss vom 7. Februar 2023 (LG Mönchengladbach)**

Gewerbsmäßiger Bandenbetrug (Beurteilung der Beteiligung an Bandentat unabhängig von Bandenmitgliedschaft).

§ 263 Abs. 5 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 73 StGB

Schließen sich mehrere Täter zu einer Bande zusammen, um fortgesetzt einzelne Taten zu begehen, hat dies nicht zur Folge, dass jede von einem der Bandenmitglieder aufgrund der Bandenabrede begangene Tat den anderen Bandenmitgliedern ohne Weiteres als gemeinschaftlich begangene Straftat im Sinne des § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann. Vielmehr ist für jede einzelne Tat nach den allgemeinen Kriterien festzustellen, ob sich die anderen Bandenmitglieder hieran als Mittäter, Anstifter oder Gehilfen beteiligt oder ob sie gegebenenfalls überhaupt keinen strafbaren Tatbeitrag geleistet haben.

**429. BGH 3 StR 274/22 – Beschluss vom 7. Februar 2023 (LG Mönchengladbach)**

Mittelbare Falschbeurkundung (öffentliche Urkunde: notarieller Vertrag; Bereicherungsabsicht: mittelbare Vorteile der Tat).

§ 271 StGB

**430. BGH 3 StR 278/22 – Beschluss vom 21. Februar 2023 (LG Düsseldorf)**

Kriminelle Vereinigung bei Betrieb eines sog. Hawala-Banking-Systems; Erbringung von Zahlungsdiensten ohne Erlaubnis; unerlaubtes Führen einer Schusswaffe (Abgrenzung zum Besitz; Konkurrenzen); Einziehung beim sog. Hawala-Banking (Einordnung von Kundengelder als Tatmittel und nicht als Taterträge; Wertersatzeinziehung).

§ 73 StGB; § 74 StGB; 74c StGB; § 129 Abs. 2 StGB; § 63 Abs. 1 Nr. 4 ZAG; § 10 Abs. 1 Satz 1 ZAG; § 1 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 ZAG; § 52 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b WaffG

**431. BGH 3 StR 295/22 – Urteil vom 15. Dezember 2022 (LG Koblenz)**

Rechtswirksamkeit einer Revisionsbeschränkung; Betäubungsmittelstrafrecht (Reichweite der prozessualen Tat; Kognitionspflicht; Trennung von Handels- und Eigenverbrauchsmenge; Strafzumessung: mittlere Gefährlichkeit von Amphetamin; Konkurrenzen: Bewertungseinheit, Verhältnis von Besitz und Handeltreiben).

§ 29 BtMG; § 29a BtMG; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG; § 46 StGB; 52 StGB; § 264 StPO; § 344 Abs. 1 StPO

**432. BGH 3 StR 311/22 – Beschluss vom 8. Februar 2023 (LG Aurich)**

Bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen: Verhältnis zum Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge).

§ 29a BtMG; § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG

**433. BGH 3 StR 326/22 – Beschluss vom 7. März 2023 (LG Oldenburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet; Einziehung des Wertes von Taterträgen.

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73c StGB; § 349 Abs. 2 StPO

**434. BGH 3 StR 353/22 – Beschluss vom 25. Januar 2023 (LG Koblenz)**

Bandeneinfuhr von Betäubungsmitteln (tatbestandlicher Erfolg); Bandenausfuhr von Betäubungsmitteln; Bandenhandel mit Betäubungsmitteln; unerlaubtes Führen einer Schusswaffe; unerlaubter Besitz einer Schutzwaffe.

§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 30 Abs. 1 Nr. 4 BtMG; § 30a Abs. 1 BtMG; § 27 StGB; § 52 Abs. 1 Nr. 2 Buchst. b WaffG

**435. BGH 3 StR 394/22 – Beschluss vom 21. Februar 2023 (LG Hagen)**

Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung (Begriff des Rädelsführers).

§ 129 Abs. 5 StGB

**436. BGH 3 StR 418/22 – Beschluss vom 24. Januar 2023 (LG Düsseldorf)**

Schwere Zwangsprostitution (Ausbeutung); Adhäsionsantrag (Prozesszinsen).

§ 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 404 Abs. 2 StPO; § 187 Abs. 1 BGB; § 291 Satz 1 BGB

**437. BGH 3 StR 421/22 – Beschluss vom 7. März 2023 (LG Oldenburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet; Einziehung des Wertes von Taterträgen.

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73c StGB; § 349 Abs. 2 StPO

**438. BGH 3 StR 427/22 – Beschluss vom 24. Januar 2023 (LG Düsseldorf)**

Konkurrenzen bei Deliktserie (Tateinheit; Tatmehrheit); Beteiligung nach Beendigung der Tat; Straflageverbrauch. § 263 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; Art. 103 Abs. 3 GG

1. Sind an einer Deliktserie mehrere Personen als Mittäter beteiligt, ist bei jedem Beteiligten gesondert zu prüfen und zu entscheiden, ob die einzelnen Taten tateinheitlich oder tatmehrheitlich zusammentreffen. Maßgeblich ist der Umfang des erbrachten Tatbeitrags.

2. Leistet ein Mittäter für alle oder einige Einzelaten einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten – soweit keine natürliche Handlungseinheit vorliegt – als tatmehrheitlich begangen zuzurechnen. Fehlt es an einer solchen individuellen Tatförderung, erbringt der Täter aber im Vorfeld oder während des Laufs der Deliktserie Tatbeiträge, durch die alle oder mehrere Einzelaten seiner Tatgenossen gleichzeitig gefördert werden, sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen.

**439. BGH 3 StR 440/22 – Urteil vom 9. Februar 2023 (LG Koblenz)**

Strafmilderung oder Absehen von Strafe wegen Aufklärungshilfe (Konnex zwischen Tat des Angeklagten und Aufklärungshilfe); Strafzumessung (sonstige aufklärende Angaben als positives Nachtatverhalten).

§ 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG; § 46 Abs. 2 StGB

**440. BGH 3 StR 444/22 – Beschluss vom 21. Februar 2023 (LG Trier)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**441. BGH 3 StR 450/22 – Beschluss vom 23. Februar 2023 (LG Mönchengladbach)**

Aufhebung der Pflichtverteidigerbestellung (Störung des Vertrauensverhältnisses).

§ 143a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 StPO

**442. BGH 3 StR 477/22 – Beschluss vom 8. Februar 2023 (LG Mainz)**

Einziehung von Betäubungsmitteln und Konsumutensilien (Bezeichnung in der Urteilsformel; Einordnung als Tatmittel oder Tatobjekt).

§ 74 StGB

**443. BGH 3 StR 481/22 – Beschluss vom 7. Februar 2023 (LG Krefeld)**

Anwendung von Jugendstrafrecht; Jugendstrafe (Schwere der Schuld; Bemessung der Strafhöhe); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG; § 17 Abs. 2 JGG; § 18 Abs. 2 JGG; § 64 StGB

**444. BGH 3 StR 483/21 – Beschluss vom 7. Februar 2023 (OLG Düsseldorf)**

Antrag auf Aussetzung des Revisionsverfahrens (ausreichende Verteidigung); Unterstützung einer terroristischen Vereinigung im Ausland (Unterstützungshandlung); Terrorismusfinanzierung (subjektiver Tatbestand); Verstöße gegen Rechtsakte der Sanktionsmaßnahmen der EU; Anfechtung der Kostenentscheidung (Begriff der wirtschaftlichen Ressource); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung im Revisionsverfahren (Gesamtbetrachtung).

§ 143a Abs. 3 StPO; § 205 Satz 1 StPO; § 304 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 464 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 2 Abs. 3 StGB; § 89a StGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 18 AWG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

**445. BGH 3 StR 501/22 – Beschluss vom 7. Februar 2023 (LG Oldenburg)**

Einziehung von Tatmitteln bei schuldlos Handelnden.

§ 74b Abs. 1 Nr. 1 StGB

**446. BGH AK 1/23 – Beschluss vom 9. Februar 2023 (OLG Celle)**

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (Fristberechnung bei Anpassung des Haftbefehls; dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr; Haftgrund der Schwerekriminalität; besondere Schwierigkeit und Umfang der Ermittlungen); Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat; mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland.

§ 112 StPO; § 121 StPO; § 89a StGB; § 129a StGB; § 129b StGB

**447. BGH AK 2-5/23 – Beschluss vom 22. Februar 2023**

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (Fluchtgefahr; Verdunkelungsgefahr; Haftgrund der Schwerekriminalität; besondere Schwierigkeit und Umfang der Ermittlungen); mitgliedschaftliche Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung.

§ 112 StPO; § 121 StPO; § 129 StGB

**448. BGH AK 2-5/23 – Beschluss vom 22. Februar 2023**

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (Fluchtgefahr; Verdunkelungsgefahr; Haftgrund der

Schwerkriminalität; besondere Schwierigkeit und Umfang der Ermittlungen); mitgliedschaftliche Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung.

§ 112 StPO; § 121 StPO; § 129 StGB

**449. BGH AK 2-5/23 – Beschluss vom 22. Februar 2023**

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (Fluchtgefahr; Verdunkelungsgefahr; Haftgrund der Schwerekriminalität; besondere Schwierigkeit und Umfang der Ermittlungen); mitgliedschaftliche Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung.

§ 112 StPO; § 121 StPO; § 129 StGB

**450. BGH AK 2-5/23 – Beschluss vom 22. Februar 2023**

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (Fluchtgefahr; Verdunkelungsgefahr; Haftgrund der Schwerekriminalität; besondere Schwierigkeit und Umfang der Ermittlungen); mitgliedschaftliche Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung.

§ 112 StPO; § 121 StPO; § 129 StGB

**451. BGH AK 6-9/23 – Beschluss vom 22. Februar 2023 (OLG Koblenz)**

Fortdauer der Untersuchungshaft über neun Monate (Fluchtgefahr; Haftgrund der Schwerekriminalität; besondere Schwierigkeit und Umfang der Ermittlungen); Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat; mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung; Verstöße gegen das KrWaffKG und WaffG.

§ 112 StPO; § 121 StPO; § 89a StGB; § 129a StGB, § 22a KrWaffKG, § 52 WaffG

**452. BGH AK 6-9/23 – Beschluss vom 22. Februar 2023 (OLG Koblenz)**

Fortdauer der Untersuchungshaft über neun Monate (Fluchtgefahr; Haftgrund der Schwerekriminalität; besondere Schwierigkeit und Umfang der Ermittlungen); Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat; mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung; Verstöße gegen das KrWaffKG und WaffG.

§ 112 StPO; § 121 StPO; § 89a StGB; § 129a StGB, § 22a KrWaffKG, § 52 WaffG

**453. BGH AK 6-9/23 – Beschluss vom 22. Februar 2023 (OLG Koblenz)**

Fortdauer der Untersuchungshaft über neun Monate (Fluchtgefahr; Haftgrund der Schwerekriminalität; besondere Schwierigkeit und Umfang der Ermittlungen); Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat; mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung; Verstöße gegen das KrWaffKG und WaffG.

§ 112 StPO; § 121 StPO; § 89a StGB; § 129a StGB, § 22a KrWaffKG, § 52 WaffG

**454. BGH AK 6-9/23 – Beschluss vom 22. Februar 2023 (OLG Koblenz)**

Fortdauer der Untersuchungshaft über neun Monate (Fluchtgefahr; Haftgrund der Schwerekriminalität; besondere Schwierigkeit und Umfang der Ermittlungen); Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat; mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung; Verstöße gegen das KrWaffKG und WaffG.

§ 112 StPO; § 121 StPO; § 89a StGB; § 129a StGB, § 22a KrWaffKG, § 52 WaffG

**455. BGH StB 15/23 – Beschluss vom 21. März 2023 (OLG Frankfurt am Main)**

Zuständigkeit für Untersuchungshaft betreffende Entscheidungen nach Anklageerhebung.

§ 126 Abs. 2 Satz 1 StPO

**456. BGH StB 3/23 – Beschluss vom 9. Februar 2023**

Pflichtverteidigerbestellung (Eröffnung des Tatvorwurfs).

§ 141 Abs. 1 Satz 1 StPO

**457. BGH 5 StR 223/22 – Beschluss vom 28. Februar 2023 (LG Berlin)**

Zurückweisung der Gehörsrüge.

§ 33 StPO

**458. BGH 5 StR 34/23 – Beschluss vom 14. Februar 2023 (LG Berlin)**

Beschränkung der Revision auf den Rechtsfolgenanspruch bei Subsumtionsfehlern des erkennenden Gerichts zum Schuldspruch.

§ 344 Abs. 1 StPO; § 318 StPO

**459. BGH 5 StR 343/22 – Urteil vom 18. Januar 2023 (LG Dresden)**

Fehlende Feststellungen zum Wirkstoffgehalt bei Verurteilung wegen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (Bestimmung der geringen Menge; Strafrahenwahl und Strafzumessung; fehlende Untersuchungsmöglichkeit; Anhaltspunkte für Schätzung); Anforderungen an das freisprechende Urteil; Zeitablauf zwischen Tat und Urteil als Strafzumessungsgesichtspunkt.

§ 29 BtMG; § 261 StPO; § 267 StPO; § 46 StGB

**460. BGH 5 StR 387/22 – Urteil vom 15. Februar 2023 (LG Hamburg)**

Voraussetzungen einer materiellrechtlichen Tateinheit.

§ 52 Abs. 1 StGB

Eine materiellrechtliche Tateinheit liegt nach § 52 Abs. 1 StGB vor, wenn dieselbe Handlung mehrere Strafgesetze oder dasselbe Strafgesetz mehrfach verletzt. Eine Tat im Rechtssinne kann auch angenommen werden, wenn mehrere Handlungen im natürlichen Sinne zu einer Handlungseinheit zusammengefasst werden, so wenn zwischen mehreren strafrechtlich erheblichen Verhaltensweisen ein solcher unmittelbarer Zusammenhang besteht, dass sich das gesamte Tätigwerden bei natürlicher Betrachtungsweise (objektiv) auch für einen Dritten als ein einheitlich zusammengefasstes Tun darstellt und die einzelnen Betätigungsakte durch ein gemeinsames subjektives Element miteinander verbunden sind.

**461. BGH 5 StR 390/22 – Beschluss vom 4. Januar 2023 (LG Hamburg)**

Täterschaft und Beihilfe beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln trotz erfolgter Sicherstellung.

§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 27 StGB

**462. BGH 5 StR 392/21 – Beschluss vom 17. Februar 2023 (LG Berlin)**

Erforderlicher Vortrag für eine zulässige Verfahrensrüge.  
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

**463. BGH 5 StR 406/22 – Beschluss vom 1. März 2023 (LG Berlin)**

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

**464. BGH 5 StR 5/23 – Beschluss vom 1. März 2023 (LG Dresden)**

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

**465. BGH 5 StR 410/22 – Beschluss vom 17. Februar 2023 (LG Lübeck)**

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

**466. BGH 5 StR 412/22 – Beschluss vom 4. Januar 2023 (LG Dresden)**

Rüge der unzulässigen Beschränkung der Verteidigung wegen nicht hinreichend gewährter Akteneinsicht.  
§ 338 Nr. 8 StPO; § 344 Abs. 2 S. 2 StPO

**467. BGH 5 StR 451/22 – Beschluss vom 1. März 2023 (LG Dresden)**

Unzulässigkeit der Revision (Wirksamkeit; Form; elektronisches Dokument).  
§ 32d StPO

**468. BGH 5 StR 477/22 – Beschluss vom 1. Februar 2023 (LG Berlin)**

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

**469. BGH 5 StR 496/22 – Beschluss vom 3. Januar 2023 (LG Berlin)**

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (im Rausch begangene Tat; Wurzel der konkreten Tat im Hang; symptomatischer Zusammenhang).  
§ 64 StGB

Für die Anordnung der Maßregel des § 64 StGB ist erforderlich, dass die rechtswidrige Tat im Rausch begangen worden ist oder auf den Hang zurückgeht, wobei die erste Alternative sich als Unterfall der zweiten darstellt. Die konkrete Tat muss in dem Hang ihre Wurzel finden, also Symptomwert für den Hang des Täters zum Missbrauch von Alkohol oder anderen berauschenden Mitteln haben, indem sich in ihr seine hangbedingte Gefährlichkeit äußert. Im Rausch begangen ist die Tat, wenn sich der Täter währenddessen in dem für das jeweilige Rauschmittel typischen Intoxikationszustand befindet und der Rausch Einfluss auf die Begehung der Tat gehabt hat. Der Feststellung einer besonderen Motivation für die Tatbegehung – wie bei nicht im Rausch begangenen Taten, die auf den Hang zurückgehen – bedarf es darüber hinaus nicht.

**470. BGH 5 StR 497/22 – Beschluss vom 1. Februar 2023 (LG Berlin)**

Nachholung der Einbeziehung einer Einzelstrafe in die Gesamtstrafe.  
§ 354 Abs. 1 StPO; § 55 StGB

**471. BGH 5 StR 500/22 – Urteil vom 1. März 2023**

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Anforderungen an die tatrichterlichen Feststellungen; Unterscheidung zwischen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit; Anlasstat; Gefährlichkeitsprognose; Anschluss an den Sachverständigen).  
§ 63 StGB

1. Die grundsätzlich unbefristete Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus gemäß § 63 StGB darf nur angeordnet werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der Unterzubringende bei der Begehung der Anlasstat schuldunfähig oder erheblich vermindert schuldfähig war, und die Tatbegehung hierauf beruht. Dabei muss es sich um einen länger andauernden, nicht nur vorübergehenden Defekt handeln, der zumindest eine erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit im Sinne des § 21 StGB sicher begründet. Das Tatgericht hat die der Unterbringungsanordnung zugrunde liegenden Umstände in den Urteilsgründen so umfassend darzustellen, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird, die Entscheidung nachzuvollziehen.

2. Schließt sich das Gericht bei Beurteilung der Schuldfähigkeit – wie hier – den Ausführungen des Sachverständigen an, müssen dessen wesentliche Anknüpfungspunkte und Darlegungen im Urteil so wiedergegeben werden, wie dies zum Verständnis des Gutachtens und zur Beurteilung seiner Schlüssigkeit erforderlich ist. Die Urteilsgründe müssen zudem die notwendige Differenzierung zwischen Einsichts- und Steuerungsfähigkeit und eine eindeutige Bewertung des psychischen Zustands des Beschuldigten erkennen lassen. Die für die Maßregelanordnung erforderliche Gefährlichkeitsprognose hat auf der Grundlage einer umfassenden Würdigung der Persönlichkeit des Täters, seines Vorlebens und der von ihm begangenen Anlasstat(en) zu erfolgen. Als prognoseungünstig herangezogene tatsächliche Umstände aus dem Vorleben des Täters müssen dabei rechtsfehlerfrei festgestellt und belegt sein.

**472. BGH 5 StR 503/22 – Beschluss vom 2. März 2023 (LG Bremen)**

Rechtliches Gehör (kein Anspruch auf Begründung der Verwerfung der Revision).  
Art. 103 Abs. 1 GG; § 349 Abs. 2 StPO

**473. BGH 5 StR 507/22 – Beschluss vom 15. März 2023 (LG Hamburg)**

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

**474. BGH 5 StR 521/22 – Beschluss vom 28. Februar 2023 (LG Bremen)**

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

**475. BGH 5 StR 527/22 – Beschluss vom 14. Februar 2023 (LG Lübeck)**

Mitteilungspflicht bei erfolglosen Verständigungsbemühungen.  
§ 243 Abs. 4 StPO

Die sich aus § 243 Abs. 4 Satz 1 StPO ergebende Pflicht zur Information über außerhalb der Hauptverhandlung geführte verständigungsbezogene Erörterungen gilt ohne Einschränkungen auch im Fall erfolgloser Verständigungsbemühungen.

**476. BGH 5 StR 529/22 – Beschluss vom 28. Februar 2023 (LG Dresden)**

Einziehung von zum gewinnbringenden Weiterverkauf erlangten Betäubungsmitteln (Tatobjekte; Taterträge; Wertersatz).

§ 73 StGB; § 74 StGB; § 33 BtMG

**477. BGH 5 StR 531/22 – Beschluss vom 28. Februar 2023 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**478. BGH 5 StR 532/22 – Beschluss vom 17. Januar 2023 (LG Kiel)**

Darstellungsanforderungen bei der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 63 StGB

Bei der Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus hat das Tatgericht mithilfe eines Sachverständigen festzustellen, welchen Ausprägungsgrad und welchen Einfluss die diagnostizierte Störung auf die soziale Anpassungsfähigkeit des Täters hat. Seine

psychische Funktionsfähigkeit muss durch das psychosoziale Verhaltensmuster bei Tatbegehung beeinträchtigt worden sein. Um dies zu begründen, bedarf es einer konkretisierenden und widerspruchsfreien Darlegung, wie sich die festgestellte, einem Merkmal von §§ 20, 21 StGB unterfallende Erkrankung in der jeweiligen Tatsituation auf die Einsichts- oder die Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat und warum die Anlasstat(en) auf den entsprechenden psychischen Zustand zurückzuführen sind.

**479. BGH 5 StR 543/22 – Beschluss vom 14. Februar 2023 (LG Hamburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**480. BGH 5 StR 552/22 – Beschluss vom 15. März 2023 (LG Hamburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**481. BGH 5 StR 561/22 – Beschluss vom 1. März 2023 (LG Bremen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**482. BGH 5 ARs 47/22 5 AR (VS) 33/22 – Beschluss vom 28. Februar 2023**

Verwerfung der Rechtsbeschwerde als unzulässig.

§ 29 EGGVG