

## 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

RiLG Dr. Fabian Afshar; 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. Biele-

feld; Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur

(Oxon), Univ. Cambridge; Prof. Dr. Diet-

helm Kleszczewski, Univ. Leipzig; Prof.

Dr. Hans Kudlich, Univ. Erlangen-Nürnberg;

Prof. Dr. Frank Meyer, LL.M.

(Yale), Univ. Heidelberg; RA Tilo Mühl-

bauer, Dresden; RA Prof. Dr. Ralf Neu-

haus, Dortmund; RA Dr. Markus Rüben-

stahl, 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

Jan-Christian Schröder, Bochum – **Ein rechtspolitischer Vorschlag, um die Risiken einer Strafverfolgung von IT-Sicherheitsforschern zu reduzieren** S.75

Philipp Rhein, LL.B., Hamburg – **Rechtsdogmatische und rechtspolitische Anmerkungen zu BGH HRRS 2023 Nr. 1418 unter dem Gesichtspunkt des § 435 Abs. 4 StPO** S. 87

Robin Kaltenhauser, München – **Quo vadis Volksverhetzung?** S. 92

## Entscheidungen

BVerfG **Beruhensprüfung bei der Verständigung**

BVerfG **Gebotene Prüfung eines verständigungsbasierten Geständnisses**

BGHSt **Einziehung beim Insiderhandel**

BGHSt **Ablehnung von Beweisanträgen im Urteil nach Fristsetzung**

BGHSt **Rüge der Besorgnis der Befangenheit durch die StA**

BGHR **Zueignung bei der Unterschlagung**

Die Ausgabe umfasst 146 Entscheidungen.

# HRRS

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

## HERAUSGEBER

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

## SCHRIFTLÉITUNG

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

## REDAKTION

RiLG Dr. Fabian Afshar; 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. Heidelberg; 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

25. Jahrgang, März 2024, Ausgabe

3

Rechtsprechung

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

### **231. BVerfG 2 BvR 294/22 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. November 2023 (OLG Naumburg / AG Magdeburg)**

Verständigung im Strafverfahren (Rechtsstaatsprinzip; Recht auf ein faires Verfahren; Transparenz- und Dokumentationspflichten als Schwerpunkt des gesetzlichen Regelungskonzepts; Kontrolle des Verständigungsgeschehens durch die Öffentlichkeit; Inhalt der Mitteilungspflicht; Verfahrensrüge und Beruhensprüfung bei unzureichender Mitteilung; Ausschluss des Beruhens nur in Ausnahmefällen; keine Rechtsverletzung des Angeklagten bei fehlender Angabe einer Strafuntergrenze). Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 257c StPO; § 337 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Ein Revisionsgericht verkennt Bedeutung und Tragweite des Rechts auf ein faires Verfahren für die Auslegung und Anwendung der Vorschriften über die Verständigung im Strafverfahren, wenn es das Beruhen eines Urteils auf einem Verstoß gegen die Mitteilungspflicht aus § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO allein unter dem Gesichtspunkt einer Einwirkung auf das Aussageverhalten des Angeklagten prüft und die von dem Verstoß in erster Linie betroffene, auch dem Schutz des Angeklagten dienende Kontrollmöglichkeit der Öffentlichkeit außer Acht lässt.

2. Die Mitteilung über eine Verständigung genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen, wenn der Vorsitzende lediglich bekannt gibt, dass eine Verständigung herbeigeführt worden sei und welche Strafe der

Angeklagte im Falle eines Geständnisses zu erwarten habe, ohne darzulegen, von welcher Seite die Frage einer Verständigung aufgeworfen wurde, ob sie bei den anderen Gesprächsteilnehmern auf Zustimmung oder Ablehnung gestoßen ist und welche Standpunkte die einzelnen Gesprächsteilnehmer vertreten haben.

3. Dem Gesetzgeber kam es bei der Regelung der Verständigung im Strafverfahren maßgeblich darauf an, dem verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der Wahrheitsermittlung Rechnung zu tragen und die Findung einer gerechten, schuldangemessenen Strafe sicherzustellen. Einen Schwerpunkt des Regelungskonzepts bilden die gesetzlichen Transparenz- und Dokumentationspflichten, die eine effektive Kontrolle des Verständigungsgeschehens durch die Öffentlichkeit, die Staatsanwaltschaft und das Rechtsmittelgericht eröffnen sollen.

4. Die Transparenz- und Dokumentationspflichten des Verständigungsgesetzes dürfen angesichts ihrer zentralen Bedeutung nicht als bloße Ordnungsvorschriften verstanden werden. Wengleich der Gesetzgeber Verstöße gegen die verfahrensrechtlichen Sicherungen der Verständigung nicht als absolute Revisionsgründe eingestuft hat, wird sich bei einer Verletzung von Transparenz- und Dokumentationspflichten in den meisten Fällen nicht sicher ausschließen lassen, dass das Urteil auf eine gesetzwidrige informelle Absprache oder diesbezügliche Gesprächsbemühungen zurückgeht.

5. Ein Beruhen des Urteils auf einer fehlerhaften Mitteilung kann im Wege einer Gesamtbetrachtung im Einzelfall ausnahmsweise ausgeschlossen werden, wobei insbesondere von Bedeutung sein kann, wie schwer der Verstoß wiegt, welcher Art die nicht mitgeteilten Gesprächsinhalte waren und ob der Angeklagte umfassend und zuverlässig über die Gespräche informiert wurde. Daneben ist jedoch auch die Beeinträchtigung der Kontrollmöglichkeit durch die Öffentlichkeit in den Blick zu nehmen. Insoweit kann ein Einfluss einer unzureichenden Information der Öffentlichkeit auf das Urteil nur ausgeschlossen werden, wenn der Inhalt der geführten Gespräche zweifelsfrei feststeht und diese nicht auf die Herbeiführung einer gesetzeswidrigen Absprache gerichtet waren.

6. Die zulässige Erhebung der Verfahrensrüge einer Verletzung der Mitteilungspflicht nach § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO setzt voraus, dass der Revisionsführer den Inhalt der Erörterungen zwischen den Verfahrensbeteiligten wahrheitsgemäß und genau mitteilt. Das Revisionsgericht muss in die Lage versetzt werden, eigenständig zu prüfen, ob tatsächlich verständigungsbezogene Gespräche stattgefunden haben, welchen Inhalt diese hatten und wer wann was mit wem besprochen hat. Nicht erforderlich sind hingegen rechtliche Ausführungen dazu, ob die geschilderten Erörterungen auf das Zustandekommen einer Verständigung im Sinne von § 257c StPO ausgerichtet waren.

7. Macht ein Beschwerdeführer mit der Verfassungsbeschwerde geltend, das Tatgericht habe sich nach einem verständigungsbasierten Geständnis die Überzeugung von seiner Schuld auf unzureichender Tatsachengrundlage verschafft, so verletzt er den Grundsatz der Subsidiarität, wenn er hierzu nicht bereits im Revisionsverfahren im Rahmen der Sachrüge vorgetragen hat.

8. Die unterbliebene Angabe einer Strafuntergrenze im Rahmen einer Verständigung verletzt den Angeklagten regelmäßig nicht in eigenen Rechten, zumal diese Angabe nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs primär der Absicherung der Rechte der Staatsanwaltschaft dienen soll.

9. Ergänzt ein Revisionsgericht den Antrag der Staatsanwaltschaft nach § 349 Abs. 2 StPO in seiner Entscheidung nicht durch abweichende oder über die Rechtsansicht der Staatsanwaltschaft hinausgehende Rechtsausführungen, ist davon auszugehen, dass es sich die Rechtsauffassung der Staatsanwaltschaft zu eigen gemacht hat.

### **234. BVerfG 2 BvR 2103/20 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Dezember 2023 (OLG Naumburg / AG Halle (Saale))**

Verständigung im Strafverfahren (erforderliche Sachverhaltsaufklärung nach verständigungsbasiertem Geständnis; Recht auf ein faires Verfahren; Schuldprinzip; Unschuldsvermutung; gerichtliche Aufklärungspflicht; Gebot bestmöglicher Sachaufklärung; Ermittlung des wahren Sachverhalts; richterliche Überzeugungsbildung aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung; Pflicht zur Überprüfung von Geständnissen durch Beweiserhebung; kein bloßer Abgleich mit der Aktenlage; Transparenzanliegen des Verständigungsgesetzes; geringe Aussagekraft eines Geständnisses in komplexem Verfahren wegen Vorenthaltes und Veruntreuens von Arbeitsentgelt).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 257c StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 266a StGB

1. Ein Strafgericht verletzt den Angeklagten in seinem Recht auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren, wenn es ein verständigungsbasiertes Geständnis als alleinige Grundlage zur Feststellung der Schuld heranzieht, ohne dessen Richtigkeit der erforderlichen Überprüfung in der Hauptverhandlung zu unterziehen, und obwohl es nur von geringer Aussagekraft ist.

2. Eine ergänzende Beweiserhebung zur Überprüfung der Einlassung und zur Feststellung der Schuld drängt sich insbesondere bei komplexen Sachverhalten auf – etwa dann, wenn das Verfahren zahlreiche Vorwürfe des Vorenthaltes und Veruntreuens von Arbeitsentgelt durch Beschäftigung einer größeren Zahl Scheinselbständiger ohne Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen zum Gegenstand hat. Dies gilt umso mehr, wenn das durch den Verteidiger vorgetragene Geständnis keine substantiierte Schilderung des umfangreichen und komplexen, lange zurückliegenden Geschehens enthält und nicht erkennen lässt, ob es sämtliche objektiven und subjektiven Merkmale des Straftatbestandes erfasst – insbesondere soweit es die Eigenschaft des Angeklagten als Arbeitgeber und die Bestimmung des sozialversicherungsrechtlichen Schadens betrifft.

3. Aufgabe des Strafprozesses ist es, den Strafanspruch des Staates in einem justizförmigen Verfahren durchzusetzen und dem mit Strafe Bedrohten eine wirksame Sicherung seiner Grundrechte zu gewährleisten. Zentrales Anliegen ist dabei die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne den sich das materielle Schuldprinzip, wonach keine Strafe ohne Schuld verhängt werden darf, nicht verwirklichen lässt.

4. Straf- und Strafverfahrensrecht tragen dem Gebot der Verfahrensfairness und der Unschuldsvermutung Rechnung, indem sie die Ermittlung des Sachverhalts der gerichtlichen Aufklärungspflicht und dem Gebot bestmöglicher Sachaufklärung unterstellen. Das Tatgericht ist verpflichtet, alle bekannten Beweismittel vollständig zu erheben, über alle entscheidungserheblichen Beweisfragen eine vollständige Beweiswürdigung vorzunehmen und diese dem Urteil zugrunde zu legen.

5. Dem Gesetzgeber kam es bei der Regelung der Verständigung im Strafverfahren maßgeblich darauf an, dem verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz der Wahrheitsermittlung Rechnung zu tragen und die Findung einer gerechten, schuldangemessenen Strafe sicherzustellen. Dabei sollten die Grundsätze der richterlichen Sachverhaltsaufklärung und Überzeugungsbildung nicht angetastet werden. Grundlage eines Strafurteils kann niemals die Verständigung als solche sein, sondern nur die – ausreichend fundierte – Überzeugung des Gerichts von dem von ihm festzustellenden Sachverhalt.

6. Ein inhaltsleeres Formalgeständnis kann allein keine taugliche Grundlage für die richterliche Überzeugungsbildung sein. Darüber hinaus ist jedes verständigungsbaasierte Geständnis durch eine förmliche Beweiserhebung in der Hauptverhandlung zwingend auf seine Richtigkeit zu überprüfen. Ein bloßer Abgleich mit der Aktenlage bildet demgegenüber keine hinreichende Grundlage für die gebotene Überzeugungsbildung aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung und trägt dem Transparenzanliegen des Verständigungsgesetzes zur Ermöglichung einer wirksamen Kontrolle verständigungsbasierter Urteile nicht ausreichend Rechnung.

**232. BVerfG 2 BvR 1756/23 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 17. Januar 2024 (Schleswig-Holsteinisches OLG / LG Itzehoe / AG Itzehoe)**

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate hinaus (besonderes Beschleunigungsgebot in Haftsachen im gerichtlichen Zwischenverfahren; fehlende Eröffnungsentscheidung fünf Monate nach Anklageerhebung und vier Monate nach Eröffnungsreife; keine Rechtfertigung durch Schwere der Tat oder unvorhersehbare, ungewöhnlich hohe Belastung der Strafkammer; kein Zuwarten mit der Eröffnungsentscheidung mangels verfügbarer Hauptverhandlungstermine); Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Erfordernis der Anhörungsgrüge auch bei Geltendmachung eines anderen Grundrechtsverstoßes; Verstoß gegen das Recht auf rechtliches Gehör bei fehlender Bescheidung des Kerns des Parteivorbringens).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 33a StPO; § 121 StPO; § 122 Abs. 1 StPO

1. Eine Strafkammer fördert ein bei ihr anhängiges Verfahren nicht mit einer dem besonderen Beschleunigungsgebot in Haftsachen gerecht werdenden Zügigkeit, wenn sie trotz Ablaufs von mehr als fünf Monaten seit Anklageerhebung und mehr als vier Monate nach Eintritt der Eröffnungsreife noch nicht über die Eröffnung des Hauptverfahrens entschieden hat und insoweit lediglich auf eine

unvorhersehbare, ungewöhnlich hohe Belastung mit anderen Haftsachen verweist.

2. Das Gewicht der zu ahndenden Straftat kann die Fortdauer der Untersuchungshaft allenfalls bei einer geringfügigen Verfahrensverzögerung rechtfertigen. Bei der Überlastung des Gerichts handelt es sich um einen in den Verantwortungsbereich der staatlich verfassten Gemeinschaft und nicht des Angeklagten fallenden Umstand; jedenfalls bei einer nicht nur kurzfristigen Überlastung kann es auf deren Vorhersehbarkeit nicht ankommen.

3. Allein die Üblichkeit, die Entscheidung über die Eröffnung des Hauptverfahrens zeitgleich mit der Terminierung der Hauptverhandlung vorzunehmen, kann eine Verzögerung der Eröffnungsentscheidung nicht rechtfertigen, nur weil eine Terminierung noch nicht möglich ist.

4. Zur Wahrung des Grundsatzes der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde ist ein Beschwerdeführer gehalten, eine unter Verletzung seines Rechts auf rechtliches Gehör ergangene Entscheidung zunächst mit einer Anhörungsgrüge anzugreifen. Dies gilt auch dann, wenn der Beschwerdeführer zwar keinen Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG rügen will, durch die Anhörungsgrüge aber die Möglichkeit wahr, dass damit auch die geltend gemachten Grundrechtsverletzungen beseitigt werden.

5. Grundsätzlich ist davon auszugehen, dass ein Gericht seiner aus Art. 103 Abs. 1 GG folgenden Verpflichtung, das Vorbringen der Beteiligten zur Kenntnis zu nehmen und in Erwägung zu ziehen, nachgekommen ist, auch wenn es sich in den Entscheidungsgründen nicht ausdrücklich damit befasst. Schweigt eine Entscheidung jedoch zum Kern des Parteivorbringens, der für den Verfahrensausgang eindeutig von entscheidender Bedeutung ist, so lässt dies den Schluss zu, dass der Vortrag nicht beachtet worden ist.

**233. BVerfG 2 BvR 1936/22 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. Dezember 2023 (LG Chemnitz)**

Einstweiliger Rechtsschutz gegen die Verlegung eines Strafgefangenen in eine andere Justizvollzugsanstalt (Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz bei Eilanträgen gegen belastende vollzugliche Maßnahmen; Erfordernis einer Folgenabwägung; nicht rückgängig zu machende Rechtsbeeinträchtigungen während der Dauer einer rechtswidrigen Verlegung; Beeinträchtigung des Resozialisierungsanspruchs; summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache; kein Interesse am Vollzug einer offensichtlich rechtswidrigen Maßnahme).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 114 Abs. 2 StVollzG; § 17 SächsStVollzG; § 76 SächsStVollzG

1. Eine Strafvollstreckungskammer verletzt einen Strafgefangenen in seinem Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz, wenn sie bei der Prüfung seines Antrags auf einstweiligen Rechtsschutz gegen die Verlegung in eine andere Justizvollzugsanstalt die gebotene Folgenabwägung unterlässt, weil sie verkennt, dass der Inhaftierte für die Dauer einer rechtswidrigen Verlegung Rechtsbeeinträchtigungen erleidet, die anders als die Verlegung selbst nicht wieder rückgängig gemacht werden können.

2. Wird ein Strafgefangener gegen seinen Willen in eine andere Justizvollzugsanstalt verlegt, so greift dies jedenfalls in sein Grundrecht aus Art. 2 Abs. 1 GG ein und kann auch seinen Resozialisierungsanspruch beeinträchtigen. Begehrt ein Gefangener Eilrechtsschutz gegen eine solche Verlegung, so geht es um die vorläufige Aussetzung einer ihn belastenden Maßnahme. Dies gilt auch dann, wenn die Verlegung bereits vollzogen wurde.

3. Im Rahmen der Prüfung des § 114 Abs. 2 Satz 1 StVollzG kann auch eine Rolle spielen, ob der Antragsteller nach einer summarischen Prüfung mit seinem Rechtsbehelf voraussichtlich Erfolg haben wird. Erweist sich eine belastende Maßnahme bereits bei einer summarischen Prüfung als offensichtlich rechtswidrig, kann kein öffentliches Interesse an deren sofortiger Vollziehung bestehen.

## Rechtsprechung

## Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

### I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

#### **306. BGH 3 StR 422/23 – Beschluss vom 12. Dezember 2023 (LG Oldenburg)**

Schwerer Wohnungseinbruchsdiebstahl (unmittelbares Ansetzen); Nötigung (Konkurrenzen); Aufklärungshilfe; Einziehung des Wertes von Taterträgen (gesamtschuldnerische Haftung).

§ 240 StGB; § 244 Abs. 4 StGB; § 22 StGB; § 46b StGB; § 73c StGB

1. Ein unmittelbares Ansetzen liegt nicht erst dann vor, wenn der Täter bereits ein Merkmal des gesetzlichen Tatbestands verwirklicht. In den Bereich des Versuchs einbezogen ist ein für sich gesehen noch nicht tatbestandsmäßiges Handeln, soweit es nach der Vorstellung des Täters der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals räumlich und zeitlich unmittelbar vorgelagert ist oder nach dem Tatplan im ungestörten Fortgang ohne Zwischenakte in die Tatbestandsverwirklichung einmünden soll.

2. Handlungen, die keinen tatbestandsfremden Zwecken dienen, sondern wegen ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tathandlung nach dem Plan des Täters als deren Bestandteil erscheinen, weil sie an diese zeitlich und räumlich angrenzen und mit ihr im Falle der Ausführung eine natürliche Einheit bilden, sind nicht als der Annahme unmittelbaren Ansetzens entgegenstehende Zwischenakte anzusehen.

#### **294. BGH 3 StR 185/23 – Urteil vom 14. Dezember 2023 (LG Wuppertal)**

Entschuldigender Notstand (nicht anders abwendbare Gefahr: Inanspruchnahme behördlicher Hilfe); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Neuregelung; überwiegendes Beruhen der Anlasstat auf den Hang).

§ 35 StGB; § 64 StGB

Der Entschuldigungsgrund des § 35 Abs. 1 Satz 1 StGB setzt voraus, dass der Täter in einer gegenwärtigen, nicht

anders abwendbaren Gefahr für Leben, Leib oder Freiheit eine rechtswidrige Tat begeht, um die Gefahr von sich, einem Angehörigen oder einer anderen ihm nahestehenden Person abzuwenden. Nicht anders abwendbar ist die Gefahr dann, wenn bei einer Ex-ante-Betrachtung kein milderes, gleichermaßen zur Gefahrenabwehr geeignetes Mittel vorhanden ist. Als anderweitige Abwendungsmöglichkeit in diesem Sinne ist grundsätzlich die rechtzeitig mögliche Inanspruchnahme behördlicher Hilfe vorgreiflich.

#### **300. BGH 3 StR 280/23 – Urteil vom 11. Januar 2024 (LG Bad Kreuznach)**

Totschlag; vorsätzlicher Vollrausch; Schuldfähigkeit (Alkoholintoxikation); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Vorwegvollzug der Strafe; Revisionsbegründungsschrift der Staatsanwaltschaft (Fehlen von Anträgen); Revisionsbeschränkung (konkludente Beschränkung trotz unbeschränkter Anträge).

§ 212 StGB; § 323a StGB; § 2 Abs. 6 StGB; § 20 StGB; § 64 StGB; § 67 Abs. 2 StGB; § 300 StPO analog; § 345 StPO; § 354a StPO

1. Wenn zwischen Tat und Blutentnahme kein Nachtrunk stattfand oder festgestellt werden kann, ist für die Frage der Schuldfähigkeit zu Gunsten des Angeklagten ein stündlicher Alkoholabbau von 0,2 Promille und zusätzlich ein einmaliger Sicherheitszuschlag von 0,2 Promille anzusetzen.

2. Ein individueller Abbauwert aufgrund der Ermittlung der Differenz von zwei in einem bestimmten Abstand zueinander entnommenen Blutproben ist nach medizinischer Erkenntnis nicht feststellbar. Ein derart berechneter (vermeintlicher) individueller Wert darf daher für eine Rückrechnung zur Bestimmung der Schuldfähigkeit nicht herangezogen werden.

## II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

### 355. BGH 6 StR 191/23 – Beschluss vom 29. November 2023 (LG Neuruppin)

BGHR; Unterschlagung, veruntreuende Unterschlagung (Manifestation des Zueignungswillens; Zueignung; Erfolgsdelikt).

§ 246 Abs. 1, Abs. 2 StGB

1. Zur Zueignung im Sinne des § 246 Abs. 1 StGB (BGHR)
2. § 246 StGB ist als Erfolgsdelikt ausgestaltet. (Bearbeiter)
3. Für die Zueignung im Sinne des § 246 Abs. 1 StGB genügt eine bloße Manifestation des Zueignungswillens nicht, sie kann aber ein gewichtiges Beweisanzeichen für den subjektiven Tatbestand sein. (Bearbeiter)
4. In dem bloßen Unterlassen der geschuldeten Rückgabe sicherungsübereigneter Gegenstände liegt keine vollendete Zueignung, denn ein solches beeinträchtigt die Eigentümerbefugnisse nicht weitergehend, als bereits durch die im Rahmen des Miet- oder Leasingvertrags erfolgte Gebrauchsüberlassung geschehen. (Bearbeiter)

### 291. BGH 3 StR 157/23 – Urteil vom 25. Januar 2024 (LG Koblenz)

Beschränkung der Revision (Auslegung); gefährliche Körperverletzung (lebensgefährdende Behandlung); rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (Lückenhaftigkeit); Schuldfähigkeit (Differenzierung zwischen Aufhebung der Einsichtsfähigkeit und Aufhebung der Steuerungsfähigkeit); Strafzumessung (strafschärfendes Gewicht der Art der Tatausführung bei eingeschränkter Steuerungsfähigkeit); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Neuregelung; überwiegendes Beruhen der Anlassat auf den Hang; Erfolgsaussicht einer Behandlung).

§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 46 StGB; § 64 StGB; § 261 StPO; § 300 StPO analog

1. Heftige Schläge gegen den Kopf des Opfers können eine das Leben gefährdende Behandlung i.S. des § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB sein, wenn sie nach der Art der Ausführung der Verletzungshandlungen im Einzelfall zu lebensgefährlichen Verletzungen führen können. Dies gilt selbst für Schläge mit der bloßen Hand in das Gesicht oder gegen den Kopf, sofern Umstände in der Tatausführung oder individuelle Besonderheiten beim Opfer vorliegen, die das Gefahrenpotential der Handlung im Vergleich zu einer „einfachen“ Körperverletzung deutlich erhöhen. Insbesondere gilt dies für kräftige Fausthiebe gegen den Kopf, namentlich gegen die Schläfenregion.
2. Zwar darf die Art der Tatausführung auch bei einer erheblich eingeschränkten Steuerungsfähigkeit zu Lasten

des Angeklagten gewertet werden, indes nur eingeschränkt nach dem Maß der geminderten Schuld.

### 281. BGH 4 StR 253/23 – Beschluss vom 18. Januar 2024 (LG Bielefeld)

Mord (Heimtücke: mehraktiges Geschehen, natürliche Handlungseinheit, unmittelbarer Zusammenhang, gemeinsames subjektives Element, Rücktritt, Ausnutzungsbewusstsein, affektive Durchbrüche, heftige Gemütsbewegungen, erhebliche Alkoholisierung).

§ 211 StGB

1. Heimtückisch handelt, wer in feindlicher Willensrichtung die Arg- und dadurch bedingte Wehrlosigkeit des Opfers bewusst zur Tötung ausnutzt. Arglos ist ein Tatopfer, das bei Beginn des ersten mit Tötungsvorsatz geführten Angriffs weder mit einem lebensbedrohlichen noch mit einem gegen seine körperliche Unversehrtheit gerichteten erheblichen Angriff rechnet.

2. Handelt es sich um ein mehraktiges Tatgeschehen, bei welchem dem Tatopfer die todesursächliche Verletzungsfolge nicht mit dem ersten Angriff, sondern durch einen späteren Teilakt beigebracht wird, kommt es grundsätzlich darauf an, ob das Gesamtgeschehen als eine natürliche Handlungseinheit zu bewerten ist und deshalb eine Tat im Rechtssinne vorliegt. Dies ist der Fall, wenn zwischen einer Mehrheit gleichgearteter, strafrechtlich erheblicher Betätigungen ein derart unmittelbarer Zusammenhang besteht, dass das gesamte Handeln des Täters objektiv auch für einen Dritten als ein einheitliches zusammengehöriges Tun erscheint und die einzelnen Betätigungsakte durch ein gemeinsames subjektives Element miteinander verbunden sind. Unabhängig hiervon kann ein Heimtückemord gleichwohl ausscheiden, wenn der Täter im ersten Handlungskomplex bereits zurückgetreten war.

3. In subjektiver Hinsicht setzt das Mordmerkmal der Heimtücke gemäß § 211 Abs. 2 StGB voraus, dass der Täter die Arg- und Wehrlosigkeit in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber dem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen. Das Ausnutzungsbewusstsein kann im Einzelfall bereits aus dem objektiven Bild des Tatgeschehens abgeleitet werden, wenn dessen gedankliche Erfassung durch den Täter auf der Hand liegt. Das gilt in objektiv klaren Fällen bei einem psychisch normal disponierten Täter selbst dann, wenn er die Tat einer raschen Eingebung folgend begangen hat. An einem Ausnutzungsbewusstsein kann es aber bei affektiven Durchbrüchen oder heftigen Gemütsbewegungen ebenso fehlen wie bei einem zur Tatzeit erheblich alkoholisierten Täter.

**282. BGH 4 StR 287/23 – Urteil vom 1. Februar 2024 (LG Koblenz)**

Mord (Heimtücke: Arglosigkeit, kurze Zeitspanne, Beweiswürdigung; Strafmilderung: Versuch, Gesamtschau, erschwerende Umstände, vertypter Milderungsgrund, lebenslange Freiheitsstrafe); Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis (lebenslange Sperre: schwerste Verkehrskriminalität, drohende Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs).

§ 211 StGB; § 23 Abs. 2 StGB; § 69a StGB

1. Das Opfer kann auch dann arglos sein, wenn der Täter ihm offen feindselig entgegentritt, die Zeitspanne zwischen dem Erkennen der Gefahr und dem unmittelbaren Angriff aber so kurz ist, dass keine Möglichkeit bleibt, dem Angriff irgendwie zu begegnen.

2. Nach § 23 Abs. 2 StGB kann der Versuch milder bestraft werden als die vollendete Tat. Ob eine Straffrahmenverschiebung wegen Versuchs gemäß § 23 Abs. 2 StGB in Verbindung mit § 49 Abs. 1 StGB in Betracht kommt, ist vom Tatgericht auf der Grundlage einer Gesamtschau aller Tatumstände und der Persönlichkeit des Täters zu entscheiden. Eine sorgfältige Abwägung und umfassende Begründung ist insbesondere in Fällen geboten, in denen die Verhängung der Strafmilderung wegen Versuchs die Verhängung einer lebenslangen Freiheitsstrafe zur Folge hat.

**293. BGH 3 StR 183/23 – Urteil vom 14. Dezember 2023 (LG Amberg)**

Verbreitung jugend- und kinderpornographischer Inhalte (Altersbestimmung: Gesamtwürdigung aller Umstände; „Scheinkind“); Auslegung der Revision der Staatsanwaltschaft (konkludente Beschränkung trotz unbeschränkter Anträge); Beweiswürdigung des Tatgerichts (Lückenhaftigkeit).

§ 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 261 StPO; § 300 StPO

1. In Fällen nicht identifizierter abgebildeter Personen bedarf es einer Altersbestimmung oder zumindest Alterseingrenzung aufgrund einer Gesamtwürdigung aller sich aus dem Inhalt selbst und dessen Bezeichnung ergebender Umstände; als solche kommen namentlich die körperlichen Entwicklung, das Aussehens, die Gestik und Mimik, die Stimme, die Äußerungen und das Verhalten des Abgebildeten, aber auch weiterer Faktoren wie die Räumlichkeit, in der die Aufnahme gefertigt wurde, Bekleidungsstücke (etwa Kinderbekleidung), sichtbare weitere Gegenstände (etwa Kinderspielzeug) sowie textliche oder sprachliche Altersangaben in dem Inhalt oder dessen Bezeichnung (Dateiname) in Betracht.

2. Zwar ist primär das beweiswürdigend festgestellte oder zumindest eingegrenzte Alter der Person maßgeblich. Für eine Einordnung eines Inhalts als kinder- beziehungsweise jugendpornographisch genügt es aber, wenn ein objektiver, gewissenhaft urteilender Betrachter aufgrund einer Gesamtwürdigung des Inhalts und dessen Bezeichnung den Eindruck erlangt, dass die gezeigte Person ein Kind oder Jugendlicher ist. Dann ist das tatsächliche Alter irrelevant („Scheinkinder“ oder „Scheinjüngliche“) beziehungsweise ohne Bedeutung, ob sich dieses feststellen lässt oder nicht.

3. Altersangaben zu nicht identifizierten abgebildeten Personen in den betreffenden Aufnahmen oder in Dateinamen, die eine Volljährigkeit oder zumindest Jugendlichkeit des Darstellers behaupten, stehen der gesamtwürdigen Annahme einer jüngeren Altersstufe nicht entgegen, denn ansonsten hätte es der Hersteller oder Verbreiter des Inhalts in der Hand, durch einfache unwahre Behauptungen eine Anwendbarkeit der §§ 184b, 184c StGB zu verhindern.

4. Demgegenüber kann Angaben in einer Videoaufnahme oder einer Dateibezeichnung, die ein kindliches oder jugendliches Alter des Abgebildeten behaupten, im Rahmen der gebotenen Gesamtwürdigung Indizwert dahin zukommen, dass es sich bei der betreffenden Person tatsächlich um ein Kind oder einen Jugendlichen handelt. Auch kann eine solche Angabe in der Gesamtschau mit dem Aufnahmeinhalt geeignet sein, einem objektiven, gewissenhaft urteilenden Betrachter den Eindruck zu vermitteln, die gezeigte Person sei ein Kind oder Jugendlicher, was für die Qualifikation eines Inhalts als kinder- oder jugendpornographisch ausreicht.

**277. BGH 4 StR 227/23 – Beschluss vom 15. August 2023 (LG Braunschweig)**

Gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr (verkehrsfeindlicher Inneneingriff: bedingter Schädigungsvorsatz, Mittäterschaft, Mitfahrer, eigenhändiges Delikt, Auslegung, Wortlaut, Systematik, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs).

§ 315b StGB

1. Ein gefährlicher Eingriff in den Straßenverkehr gemäß § 315b Abs. 1 StGB liegt vor, wenn durch eine der in den Nummern 1 bis 3 genannten Tathandlungen eine Beeinträchtigung der Sicherheit des Straßenverkehrs herbeigeführt worden ist und sich diese abstrakte Gefahrenlage zu einer konkreten Gefährdung von Leib oder Leben eines anderen Menschen oder fremder Sachen von bedeutendem Wert verdichtet hat. Dabei kann § 315b Abs. 1 StGB auch mittels eines Kraftfahrzeugs im Rahmen von Verkehrsvorgängen im fließenden Verkehr verwirklicht werden (sog. Inneneingriff). Dies setzt aber voraus, dass das Fahrzeug in verkehrsfeindlicher Einstellung bewusst zweckwidrig eingesetzt wird und der Täter das Fahrzeug mit mindestens bedingtem Schädigungsvorsatz – etwa als Waffe oder Schadenswerkzeug – missbraucht. Erst dann liegt eine über den Tatbestand der Gefährdung des Straßenverkehrs gemäß § 315c StGB hinausgehende und davon abzugrenzende verkehrstypische „Pervertierung“ eines Verkehrsvorgangs zu einem gefährlichen Eingriff in den Straßenverkehr im Sinne des § 315b Abs. 1 StGB vor.

2. Ein verkehrsfeindlicher Inneneingriff kann auch durch einen Mitfahrer eines Kraftfahrzeugs in Mittäterschaft begangen werden. § 315b Abs. 1 StGB stellt kein eigenhändiges Delikt dar, bei dem der Täter nur durch ein eigenes Handeln persönlich den Tatbestand erfüllen kann.

3. Ein eigenhändiges Delikt ist dadurch gekennzeichnet, dass die Täterschaft an eine bestimmte Ausführungshandlung gebunden ist, sodass das maßgebliche Unrecht in einem eigenen verwerflichen Tun liegt und nicht in erster

Linie aus der Gefährdung oder Verletzung eines Rechtsguts hergeleitet wird. Ob dies der Fall ist, ist mit Rücksicht auf die Fassung des gesetzlichen Tatbestands sowie mit Blick auf den Zusammenhang der einschlägigen Gesetzesbestimmungen und die Entstehungsgeschichte zu entscheiden.

**267. BGH 2 StR 447/23 – Beschluss vom 21. November 2023 (LG Köln)**

Schwerer Bandendiebstahl (Bandentat: wechselnde Beteiligung ohne vorherige Tatplanung, eine von nur zwei Mitgliedern verübte Tat, einzelne Tat Ausfluss der Bandenabrede; Absicht rechtswidriger Zueignung: Behältnis, Hoffnung auf möglichst große Beute, vermuteter Inhalt); Strafzumessung (Strafmilderungsgrund: polizeiliche Überwachung der Tat, Wegfall einer Gefahr der Rechtsgüter des Tatopfers).  
§ 244a StGB; § 46 StGB

1. Auch Straftaten, die in wechselnder Beteiligung ohne vorherige Tatplanung spontan aus der Situation heraus begangen werden, können einer Bandenabrede zugrunde liegen. Auch kann nach vorheriger Bandenabrede eine von nur zwei Mitgliedern verübte Tat als Bandentat zu qualifizieren sein; denn das für das Vorliegen einer Bande erforderliche dritte Mitglied muss nicht in die konkrete Tatbegehung eingebunden sein oder auch nur Kenntnis von der Tatbegehung haben. Die Annahme eines Bandendiebstahls setzt aber neben einer ausdrücklich oder konkludent getroffenen Bandenabrede zwischen mindestens drei Personen voraus, dass der Täter gerade als Mitglied der Bande unter Mitwirkung eines anderen Bandenmitglieds stiehlt, die Einzeltat also Ausfluss der Bandenabrede ist und nicht losgelöst davon ausschließlich im eigenen Interesse der jeweils unmittelbar Beteiligten ausgeführt wird.

2. Der Täter eines Diebstahls muss bei der Wegnahme beabsichtigen, sich oder einem Dritten zumindest vorübergehend eine eigentümergeähnliche Verfügungsgewalt über die Sache anzumaßen. Daran kann es hinsichtlich eines Behältnisses fehlen, wenn sich der Täter nicht das Behältnis, sondern in der Hoffnung auf möglichst große Beute allein dessen vermuteten Inhalt aneignen will. Enthält ein Behältnis, das der Täter in seinen Gewahrsam bringt, nicht die vorgestellte werthaltige Beute, auf die es ihm bei der Tat allein ankommt, und entledigt er sich – nachdem er dies festgestellt hat – deswegen des Behältnisses sowie des gegebenenfalls darin befindlichen, ihm nutzlos erscheinenden Inhalts, so kann er mangels Zueignungsabsicht bezüglich der erlangten Beute nicht wegen eines vollendeten, sondern nur wegen versuchten (fehlgeschlagenen) Diebstahls bestraft werden.

3. An der Voraussetzung, dass der Wille des Täters auch auf Änderung des Bestandes seines Vermögens gerichtet sein muss, fehlt es zudem in Fällen, in denen er eine fremde Sache nur wegnimmt, um sie wegzuerwerfen oder beiseitezuschaffen.

4. Es kann einen über die Sicherstellung hinausgehenden Strafmilderungsgrund darstellen, wenn die polizeiliche Überwachung der Tat mit dem Wegfall einer Gefahr für Rechtsgüter des Tatopfers verbunden ist. Dieses Gewicht resultiert aus dem Gewinn an Sicherheit, den eine

derartige Überwachung schon während der Tatbegehung bewirkt, indem sie bereits von Beginn an die Möglichkeit für eine spätere Sicherstellung schafft und so eine tatsächliche Gefahr für die betroffenen Rechtsgüter ausschließt; insoweit reduziert sie das Handlungsunrecht zusätzlich gegenüber Fällen, in denen eine Sicherstellung trotz fehlender Überwachung letztlich gelingt.

**273. BGH 4 StR 115/23 – Beschluss vom 7. November 2023 (LG Essen)**

Raub (Verknüpfung zwischen Nötigungsmittel und Wegnahme: Raubvorsatz erst nach Abschluss der Gewaltanwendung; Raubmittel: konkludente Drohung, Fortführung der Gewalt, Andauern der Wirkung eines eingesetzten Nötigungsmittels, bloßes Ausnutzen entstandener Angst, Gesamtumstände); räuberische Erpressung (finaler Zusammenhang: Angst des Opfers vor erneuter Gewaltanwendung, konkludente Drohung).  
§ 249 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

1. Der Tatbestand des Raubes gemäß § 249 Abs. 1 StGB erfordert den Einsatz von Gewalt gegen eine Person oder die Drohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben als Mittel zur Ermöglichung der Wegnahme einer Sache. An einer solchen Verknüpfung fehlt es, wenn der Täter zwar Gewalt gegen das Tatopfer richtet, aber den Raubvorsatz erst nach Abschluss der Gewaltanwendung fasst.

2. Als Raubmittel kommt auch die konkludente Drohung mit einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben, nämlich der Fortführung der Gewalt, in Betracht. Dafür genügt jedoch weder allein der Umstand, dass die Wirkungen eines ohne Wegnahmenvorsatz eingesetzten Nötigungsmittels noch andauern und der Täter dies ausnutzt, noch das bloße Ausnutzen der durch die vorangegangene Gewaltanwendung entstandenen Angst eines der Einwirkung des Täters schutzlos ausgelieferten Opfers. Vielmehr muss sich den Gesamtumständen einschließlich der zuvor verübten Gewalt die aktuelle Drohung erneuter Gewaltanwendung entnehmen lassen, der Täter also in irgendeiner Form schlüssig erklärt haben, er werde einen eventuell geleisteten Widerstand mit Gewalt gegen Leib oder Leben brechen.

3. Eine räuberische Erpressung nach §§ 253, 255 StGB setzt voraus, dass der Täter Gewalt oder Drohungen mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben einsetzt, um eine Vermögensverfügung des Opfers herbeizuführen, sodass zwischen beidem nach seiner Vorstellung von der Tat ein finaler Zusammenhang besteht. Das bloße Ausnutzen der Angst des zuvor körperlich misshandelten Opfers vor erneuter Gewaltanwendung reicht dafür nicht aus. Zwar kann in einem solchen Fall die Annahme naheliegen, der Täter habe dem Opfer durch sein Verhalten zu verstehen gegeben, er werde die zuvor zu anderen Zwecken eingesetzte Gewalt nunmehr zur Erzwingung der erstrebten vermögensschädigenden Handlung des Opfers fortsetzen oder wiederholen. Die Annahme einer konkludenten Drohung bedarf aber konkreter Feststellungen und Belege.

**252. BGH 2 StR 270/23 – Urteil vom 6. Dezember 2023 (LG Bonn)**

Störung der Totenruhe (Verüben beschimpfenden Unfugs); Beweiswürdigung (beschränkte Revisibilität).



§ 168 StGB; § 261 StPO

Das Verüben beschimpfenden Unfugs bedeutet ein im Angesicht eines Toten durch ein besonderes Maß an

Pietätlosigkeit und Rohheit gekennzeichnetes Verhalten, mit dem der Täter seine Verachtung des Toten zum Ausdruck bringt, wobei er sich des beschimpfenden Charakters seiner Handlung bewusst ist.

## Rechtsprechung

### III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

#### 270. BGH 2 StR 471/22 – Urteil vom 6. Dezember 2023 (LG Frankfurt am Main)

BGHSt; verbotenes Insidergeschäft; Strafzumessung (Insiderhandel: Handelsvolumen der Insidergeschäfte, strafscharfende Berücksichtigung, Darstellung in den Urteilsgründen); Einziehung des Wertes von Taterträgen (Revisionsbeschränkung: selbstständige Prüfbarkeit, Doppelrelevanz von Tatsachen, bestimmender Strafzumessungsfaktor; Bestimmung der Höhe des Wertes von Taterträgen: Insidergeschäft, zweistufiges Verfahren, Bruttoprinzip, Aufwendungen, Finanzinstrument, Verkehrswert, Bruttoerlös, Wertsteigerungen, Kapitalertragssteuer, Gebühren; Aufwendungen: zum Erwerb der Finanzinstrumente eingesetzte Gelder, Kapitalvertragssteuer, Reinvestition; durch die Tat erlangt: tatsächliche Verfügungsgewalt, wirtschaftlich wertvoll, verbotenes Insidergeschäft, Rechtsprechungswechsel; Verhältnismäßigkeit: Härte im Einzelfall, Berücksichtigung im Vollstreckungsverfahren); Vollstreckung von Nebenfolgen (Unverhältnismäßigkeit: Einziehung, besondere Umstände, Beschränkungen, Entreicherung, Gesamtschau, schicksalhafter Verlust des Erlangten, Übermaßverbot).

§ 119 Abs. 3 Nr. 1 WpHG; § 73 Abs. 1 StGB; § 73c StGB; § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB; § 46 StGB; § 459g Abs. 5 StPO

1. Erwirbt der Täter durch ein verbotenes Insidergeschäft Finanzinstrumente, unterfallen diese – ersatzweise deren Wert – der Einziehung. (BGHSt)

2. Die Aufwendungen für die Anschaffung mindern diesen Wert ebenso wenig wie die Transaktionskosten der Veräußerung oder angefallene Kapitalertragssteuern. Etwaige Doppelbelastungen sind auf der steuerlichen Ebene auszugleichen. (BGHSt)

3. Die Reinvestition von Taterträgen lässt – bei der gebotenen tatbezogenen Betrachtung – die Einziehung des Veräußerungserlöses aus dem einzelnen Insidergeschäft unberührt. (BGHSt)

4. Der allgemeine Rechtsgrundsatz der Verhältnismäßigkeit steht der Einziehung nach den vorstehenden Grundsätzen nicht entgegen. Die Strafprozessordnung sieht mit § 459g Abs. 5 StPO ein Regulativ vor, das geeignet ist, unbillige Härten auszuräumen und die Verhältnismäßigkeit zu wahren. (BGHSt)

5. Berücksichtigt das Tatgericht – rechtlich unbedenklich – in Fällen des Insiderhandels das Handelsvolumen der Insidergeschäfte bzw. die hieraus resultierenden Kontengutschriften als Gewinn strafscharfend, muss das Revisionsgericht anhand der schriftlichen Urteilsgründe überprüfen können, ob die als strafzumessungsrelevant herangezogenen Verkaufserlöse und die Kontenzuflüsse rechtsfehlerfrei festgestellt sind. (Bearbeiter)

6. Bei der Bestimmung des einzuziehenden Gegenstandes oder dessen Wertes findet ein zweistufiges Verfahren Anwendung: Zunächst ist unter Berücksichtigung des Bruttoprinzips der ursprünglich gegenständliche Einziehungsanspruch bzw. dessen Wert zu bestimmen; in einer zweiten Stufe ist sodann zu prüfen, ob gemäß §§ 73d, 73e StGB ausnahmsweise Aufwendungen vom Wert des Erlangten in Abzug zu bringen sind. Daraus ergibt sich sodann der Betrag, der gemäß § 73 Abs. 1, § 73c Satz 1 StGB der Einziehung unterliegt. (Bearbeiter)

7. Ein Vermögenswert ist im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB durch die Tat erlangt, wenn er dem Beteiligten unmittelbar aus der Verwirklichung des Tatbestands in irgendeiner Phase des Tatablaufs so zugeflossen ist, dass er hierüber die tatsächliche Verfügungsgewalt ausüben kann. Maßgeblich ist dabei nicht, ob die erlangte Verfügungsmacht rechtlicher Billigung unterliegt, sondern ob sie sich als wirtschaftlich wertvoll erweist. Die Einziehung knüpft allein an einen durch die Tat tatsächlich beim Täter eingetretenen Vermögensvorteil an. (Bearbeiter)

8. Als Wert einer Sache im Sinne des § 73c Satz 1 StGB ist grundsätzlich der Verkehrswert, also der gewöhnliche inländische Verkaufswert in Ansatz zu bringen. Beim Insiderhandel stellt der Bruttoerlös aus der Veräußerung der Finanzinstrumente den Wert des Tatertrages dar und unterliegt damit der Einziehung. Wertsteigerungen, die bis zum Eintritt der Unmöglichkeit im Sinne des § 73c Satz 1 StGB eingetreten sind, werden berücksichtigt. (Bearbeiter)

9. Unverhältnismäßigkeit im Sinne des § 459g Abs. 5 StPO ist anzunehmen, wenn besondere Umstände vorliegen, aufgrund derer mit der Vollstreckung der Einziehung eine außerhalb des Einziehungszwecks liegende Härte verbunden wäre, die dem Betroffenen nicht zugemutet werden kann. (Bearbeiter)

10. Zu solchen Besonderheiten zählen zwar nicht diejenigen Umstände, die der Gesetzgeber im Erkenntnisverfahren bewusst als nicht abzugsfähig normiert hat, wie etwa dem Abzugsverbot nach § 73d Abs. 1 Satz 2 StGB unterliegende Aufwendungen. Im Übrigen sind dem für die Entscheidung nach § 459g Abs. 5 StPO zuständigen Gericht vom Gesetzgeber aber keine Beschränkungen auferlegt worden, welche Gesichtspunkte es bei seiner Entscheidung berücksichtigen darf. Auch die Entreichung kann im Sinne einer Gesamtschau grundsätzlich weiterhin bei der Prüfung des § 459g Abs. 5 StPO Berücksichtigung finden, wenngleich diese nur in besonderen Ausnahmefällen geeignet sein wird, eine Unverhältnismäßigkeit im Sinne des § 459g Abs. 5 StPO zu begründen. (Bearbeiter)

11. Ein „schicksalhafter Verlust“ des Erlangten ist keine zwingende Voraussetzung für die Annahme einer Unverhältnismäßigkeit im Sinne des § 459g Abs. 5 StPO. Diese wird vielmehr immer bei Verletzung des Übermaßverbotes anzunehmen sein. Wann das Übermaßverbot verletzt ist, ist jeweils aufgrund einer Gesamtwürdigung im Einzelfall zu prüfen. Die Umstände, die das für die Entscheidung nach § 459g Abs. 5 StPO berufene Gericht heranziehen kann, sind demnach vielfältig. (Bearbeiter)

### **236. BGH 1 StR 142/23 – Beschluss vom 14. November 2023 (LG Bielefeld)**

BGHSt; Einziehung bei der Hinterziehung von Verbrauchssteuern und anschließender Steuerhehlerei (unversteuerte Zigaretten als Tatertrag der Erwerbshehlerei und Tatobjekt des Steuerhinterzieher, Bemessung der Wertersatzeinziehung).

§ 370 Abs. 1 AO, § 374 Abs. 1 AO; § 73 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 73c Satz 1 StGB; § 73d Abs. 2 StGB

1. Unversteuerte Zigaretten unterfallen bei der Tatvariante der Erwerbshehlerei („Sichverschaffen“, § 374 Abs. 1 Variante 1 AO, mit der Untervariante des „Ankaufens“) als Tatertrag der Vorschrift des § 73 Abs. 1 Alternative 1 StGB. (BGHSt)

2. Sind die Zigaretten nicht mehr gegenständlich vorhanden, ist deren Wert nach § 73c Satz 1 Variante 2 StGB einzuziehen; der Wert ist anhand der Einkaufs- oder Verkaufspreise zu bestimmen und regelmäßig nach § 73d Abs. 2 StGB zu schätzen (st. Rspr.). Ist das vom Steuerhehler als Kaufpreis vereinnahmte Bargeld oder ein sonstiger als Gegenleistung erlangter Vermögensgegenstand sichergestellt worden, kann das Tatgericht diesen im Rahmen einer Ermessensentscheidung als Surrogat einziehen (§ 73 Abs. 3 Nr. 1 StGB). Ist das Bargeld oder der sonstige Vermögensgegenstand nicht mehr „vorhanden“, ist eine Einziehung des entsprechenden Nominalbetrages als Wertersatz ausgeschlossen, da das Gesetz eine Einziehung des Wertes des Surrogates nicht vorsieht. In diesen Fällen kommt ausschließlich die Einziehung des Wertes des ursprünglich Erlangten in Betracht, dessen Wert nach vorstehenden Grundsätzen nach § 73d Abs. 2 StGB zu schätzen und nicht in jedem Fall identisch mit dem Wert des Surrogates ist. (Bearbeiter)

3. In der Hand des Verbringers sind die Zigaretten Tatobjekt. Denn der Steuerhinterzieher erlangt aus seiner Tat die Steuerersparnis. Gegen ihn ist die Einziehung des

Wertes von Taterträgen in Höhe der verkürzten Verbrauchsteuer anzuordnen, wenn sich die Tabaksteuerersparnis in seinem Vermögen niederschlägt (§ 370 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 Satz 1 AO, § 23 Abs. 1 TabStG aF; st. Rspr.). Die beim Verbringer sichergestellten Zigaretten unterliegen der Einziehung nach § 74 Abs. 2 StGB i.V.m. § 375 Abs. 2 Satz 1 Variante 1 Nr. 1 AO. (Bearbeiter)

### **329. BGH 5 StR 168/23 – Urteil vom 7. Dezember 2023 (LG Dresden)**

Sicherungsverwahrung (Hangtaten; Gefährlichkeitsprognose; Betäubungsmitteldelikte als erhebliche Taten; Gesamtwürdigung; Erstserientäter).

§ 66 StGB

1. Betäubungsmittelstraftaten scheiden als „erhebliche“ Prognosestaten i.S.d. § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB nicht von vornherein aus. Gegenteilige Rechtsprechung des 2. Strafsenats (vgl. BGH HRRS 2011 Nr. 1054), wonach das (einfache) Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge als Prognosestat für die Anordnung der Sicherungsverwahrung nicht ausreichen soll, steht nicht entgegen, da sie sich auf den Übergangszustand nach Feststellung der Verfassungswidrigkeit der Regelungen zur Sicherungsverwahrung durch das Bundesverfassungsgericht bezog. Bei der Beurteilung, ob die von dem Angeklagten hangbedingt zu erwartenden Taten „erheblich“ sind, kommt es vielmehr auf die Umstände des Einzelfalles an, die im Wege einer sorgfältigen Gesamtwürdigung des Täters und seiner Taten in den Blick zu nehmen sind

2. Gem. § 246a Abs. 1 Satz 1 StPO ist in der Hauptverhandlung ein Sachverständiger über den Zustand des Angeklagten und die Behandlungsaussichten zu vernehmen, wenn in Betracht kommt, dass die Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus oder in der Sicherungsverwahrung angeordnet oder vorbehalten wird. Dabei genügt bereits die Möglichkeit einer solchen Maßregelverordnung.

3. Der Senat neigt jedoch dazu, nicht in allen Fällen mehrfacher Verbrechen nach dem Betäubungsmittelgesetz bei Erfüllung der formellen Voraussetzungen von § 66 Abs. 2 oder Abs. 3 Satz 2 StGB die Heranziehung eines Sachverständigen nach § 246a Abs. 1 Satz 1 StPO beziehungsweise eine Erörterung der Maßregel in den Urteilsgründen für erforderlich zu halten. Bei Betäubungsmittelerienstraftaten ist vielmehr trotz der durch den Handel abstrakt geschaffenen Gefahren für das Rechtsgut der Volksgesundheit und der hohen Strafdrohungen eine weniger schematische Sichtweise als etwa bei Gewalttaten erforderlich.

4. Die Vorschrift des § 66 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 StGB ermöglicht neben der Verurteilung zur verwirkten Freiheitsstrafe schon bei Erstserientätern die Verhängung unbefristeter Freiheitsentziehung in Sicherungsverwahrung zur Sicherung der Allgemeinheit vor gefährlichen Hangtätern. Es handelt sich um eine Ausnahmenvorschrift. Erfasst werden sollen lediglich besonders gelagerte Ausnahmefälle.

5. Bei mit einer Deliktserie im Sinne von § 66 Abs. 2, Abs. 3 Satz 2 StGB erstmals straffällig gewordenen Tätern verdient auch die Frage, ob ein „Hang“ zur Begehung

schwerer Straftaten besteht, besondere Beachtung. Ein solcher Hang liegt bei einem eingeschliffenen inneren Zustand des Täters vor, der ihn immer wieder neue Straftaten begehen lässt. Hangtäter ist derjenige, der dauerhaft zu Straftaten entschlossen ist oder aufgrund einer festen eingewurzelten Neigung straffällig wird, wenn sich die Gelegenheit bietet, ebenso wie derjenige, der willensschwach ist und aus innerer Haltlosigkeit Tatanreizen nicht zu widerstehen vermag. Für diese Beurteilung kann insbesondere ein schneller Rückfall nach einer erheblichen einschlägigen Vorverurteilung relevant sein.

### **295. BGH 3 StR 225/23 – Urteil vom 14. Dezember 2023 (LG Osnabrück)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Neuregelung; überwiegendes Beruhen der Anlasstat auf den Hang); Strafzumessung (Indizwirkung von Regelbeispielen der besonders schweren Fälle).

§ 46 StGB; § 64 StGB; § 29 Abs. 3 BtMG

1. Von der Neufassung des § 64 StGB wird vorausgesetzt, dass der Behandlungserfolg „aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zu erwarten“ ist. Durch die Neufassung der Vorschrift sind die Anforderungen an eine günstige Behandlungsprognose „moderat angehoben“ worden, indem nunmehr eine „Wahrscheinlichkeit höheren Grades“ gegeben sein muss; im Übrigen bleibt es dabei, dass die Beurteilung der Erfolgsaussicht im Rahmen einer Gesamtwürdigung der Täterpersönlichkeit und aller sonstigen maßgebenden Umstände vorzunehmen ist.

2. Hieraus folgt, dass die nach früherer Rechtslage möglicherweise ausreichend gewesene Feststellung, es bestehe eine hinreichend konkrete Aussicht für einen erfolgreichen Therapieabschluss, das nach der Neufassung nunmehr erforderliche Maß an Prognosesicherheit verfehlt, wonach ein Therapieerfolg „aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zu erwarten“ sein muss.

3. Bei benannten besonders schweren Fällen gibt das Gesetz selbst durch die Regelbeispiele Anhaltspunkte für die Würdigung vor. Sind die Voraussetzungen des Regelbeispiels gegeben, besteht eine Vermutung dafür, dass der Fall insgesamt als besonders schwer anzusehen ist, mit der Folge, dass es, wenn keine Anhaltspunkte für ein Abweichen vorliegen, keiner zusätzlichen Prüfung mehr bedarf, ob die Anwendung des erhöhten Strafrahmens geboten ist. Diese indizielle Bedeutung kann aber im Rahmen einer Gesamtbewertung durch andere Strafzumessungsfaktoren kompensiert werden, so dass dann nur auf den normalen Strafrahmen zurückzugreifen ist.

### **346. BGH 5 StR 499/23 – Beschluss vom 30. Januar 2024 (LG Leipzig)**

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Anforderungen an die Erfolgsaussicht bei gleichzeitiger Anordnung von Sicherungsverwahrung; neue Rechtslage).

§ 64 StGB

1. Nach § 64 Satz 2 StGB in der Fassung vom 26. Juli 2023 erfolgt eine Unterbringung in der Entziehungsanstalt nur, wenn aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte zu erwarten ist, die Person durch die Behandlung in einer

Entziehungsanstalt innerhalb der Frist des § 67d Abs. 1 Satz 1 oder 3 StGB zu heilen oder über eine erhebliche Zeit vor dem Rückfall in den Hang zu bewahren und von der Begehung erheblicher rechtswidriger Taten abzuhalten, die auf ihren Hang zurückgehen. Der Gesetzgeber wollte durch die im Vergleich zur Altfassung von § 64 Satz 2 StGB geänderte Formulierung die Anforderungen an eine günstige Behandlungsprognose moderat anheben und die Annahme ausreichender Erfolgsaussicht von einer Wahrscheinlichkeit höheren Grades abhängig machen (vgl. BGH HRRS 2024 Nr. 212).

2. Soweit in älterer Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. etwa BGH HRRS 2014 Nr. 515) darauf abgestellt wurde, an die Feststellung der Erfolgsaussicht im Sinne von § 64 Satz 2 StGB dürften keine überspannten Maßstäbe angelegt werden, wenn neben der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt auch diejenige in der Sicherungsverwahrung infrage stehe, vermag der Senat dem spätestens seit der Neufassung von § 64 Satz 2 StGB nicht zu folgen.

### **337. BGH 5 StR 419/23 – Urteil vom 1. Februar 2024 (LG Hamburg)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (länger andauernder psychischer Defekt; aktuell hinzutretender Genuss berausender Mittel; krankhafte Sucht; akute Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit); Beweiswürdigung (Zweifelssatz; Indizien; erschöpfende Würdigung).

§ 20 StGB; § 63 StGB; § 261 StPO

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus scheidet aus, wenn der Ausschluss oder die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit nicht schon allein durch einen länger andauernden Defekt, sondern erst durch einen aktuell hinzutretenden Genuss berausender Mittel, insbesondere von Alkohol, herbeigeführt worden ist. Jedoch kommt die Unterbringung nach § 63 aber dann in Betracht, wenn der Täter in krankhafter Weise alkoholüberempfindlich ist, an einer krankhaften Alkoholsucht leidet oder aufgrund eines psychischen Defekts alkoholsüchtig ist, der – ohne pathologisch zu sein – in seinem Schweregrad einer krankhaften seelischen Störung im Sinne des § 20 StGB gleichsteht. Dasselbe gilt, wenn der Täter an einer länger dauernden geistig-seelischen Störung leidet, bei der bereits geringer Alkoholkonsum oder andere alltägliche Ereignisse die akute erhebliche Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit auslösen können und dies getan haben.

2. Die Würdigung der Beweise ist grundsätzlich Sache des Tatgerichts (§ 261 StPO). Spricht es einen Angeklagten frei, weil es Zweifel nicht zu überwinden vermag, ist dies durch das Revisionsgericht in der Regel hinzunehmen. Insbesondere ist es ihm verwehrt, die Beweiswürdigung des Tatgerichts durch seine eigene zu ersetzen. Die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob dem Tatgericht bei der Beweiswürdigung Rechtsfehler unterlaufen sind. Insofern gilt:

a) Ein revisibler Rechtsfehler liegt vor, wenn die Beweiswürdigung von einem rechtlich unzutreffenden Ansatz ausgeht, etwa hinsichtlich des Umfangs und der

Bedeutung des Zweifelssatzes, wenn sie Lücken aufweist, wenn sie widersprüchlich oder unklar ist, gegen Gesetze der Logik oder gesicherte Erfahrungssätze verstößt oder wenn an die zur Verurteilung erforderliche Gewissheit überspannte Anforderungen gestellt werden. Die Beweiswürdigung ist außerdem rechtsfehlerhaft, wenn die Beweise nicht erschöpfend gewürdigt werden oder sich den Urteilsgründen nicht entnehmen lässt, dass die einzelnen Beweisergebnisse in eine umfassende Gesamtwürdigung eingestellt wurden.

b) Weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst ist es geboten, zugunsten des Angeklagten von Annahmen auszugehen, für deren Vorliegen das Beweisergebnis keine konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte erbracht hat. Rechtsfehlerhaft ist es auch, Indizien lediglich einzeln zu betrachten und isoliert den Zweifelssatz auf sie anzuwenden. Sie sind vielmehr mit vollem Gewicht in die erforderliche Gesamtwürdigung einzustellen und in diesem Rahmen in ihrem Beweiswert zu würdigen. Erst anschließend ist Platz für die Anwendung des Zweifelssatzes, der keine Beweis-, sondern eine Entscheidungsregel ist.

#### **357. BGH 6 StR 227/23 – Beschluss vom 17. Oktober 2023 (LG Lüneburg)**

Grundsätze der Strafzumessung (keine strafmildernde Berücksichtigung einer zugleich angeordneten Maßregel); Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (fehlende Feststellungen zum Vollstreckungsstand); Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Rückfallverjährung; Fristberechnung); Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensationsentscheidung: keine schematische Anrechnung, wertende Betrachtung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls).

§ 46 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 55 StGB; § 66 StGB; Art. 6 Abs. 1 EMRK

1. Zu den nach § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB zu berücksichtigenden Wirkungen, die von der Strafe für das künftige Leben des Angeklagten in der Gesellschaft zu erwarten sind, gehört nicht die „Wechselwirkung“ zwischen der verhängten Strafe und einer angeordneten Maßregel der Besserung und Sicherung.

2. Bei der Berechnung des von Verwahrung freien Zeitraums nach § 66 Abs. 4 Satz 3 StGB kommt es auf den Zeitraum zwischen den einzelnen relevanten Vortaten

sowie auf die Frist zwischen der letzten in Betracht kommenden Vortat und der Anlasstat an.

3. Die Kompensation für Belastungen rechtsstaatswidriger Verzögerung des Verfahrens ist nach ständiger Rechtsprechung nicht durch eine schematische Anrechnung der jeweiligen Verzögerungsdauer auf die Strafe vorzunehmen, sondern aufgrund einer wertenden Betrachtung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls – allenfalls mit einem Bruchteil – zu bemessen.

#### **296. BGH 3 StR 243/23 – Urteil vom 30. November 2023 (LG Mönchengladbach)**

Aufklärungshilfe (ausreichender Aufklärungsbeitrag); Auslegung der Revision der Staatsanwaltschaft (konkludente Beschränkung trotz unbeschränkter Anträge).

§ 46b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB; § 300 StPO analog

Die Strafmilderungsmöglichkeit gemäß § 46b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB kommt in Betracht, wenn der Täter wesentlich zur Aufklärung beigetragen hat. War er an der Tat beteiligt, sind besondere Anforderungen an seine Angaben zu stellen. Die Strafmilderung scheidet aus, wenn er lediglich eine Tat offenbart, die er als Alleintäter verübte.

#### **239. BGH 1 StR 316/23 – Beschluss vom 14. Dezember 2023 (LG Stuttgart)**

Aussetzung einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe zu Bewährung (Feststellung der besonderen Schwere der Schuld: Bestimmung der Mehrverbüßungszeit).

§ 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB; § 57b StGB

Die gesetzliche Regelung in § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB sieht für die Festsetzung der Mindestverbüßungszeit über 15 Jahre hinaus keinen Automatismus vor. Für den Endzeitpunkt der Verbüßungsdauer einer lebenslangen Freiheitsstrafe als unbedingter Strafe ergibt sich weder aus der Regelung des § 57a StGB noch aus der des § 57b StGB eine absolute Grenze für die aus Gründen der Schuld zu verbüßende Zeit. Vielmehr obliegt den Strafvollstreckungskammern die Prüfung aller in § 57a StGB genannten materiellen Voraussetzungen einer bedingten Entlassung. Die Festsetzung der Mehrverbüßungszeit nach § 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB orientiert sich nicht an einer Durchschnittszeit. Sie ist vielmehr auf der Grundlage einer vollstreckungsrechtlichen Gesamtwürdigung des Unrechts- und des Schuldgehalts mit lebenslanger Freiheitsstrafe gehandelter Taten nach §§ 57a, 57b StGB zu bestimmen.

## IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

#### **292. BGH 3 StR 160/22 – Beschluss vom 19. Dezember 2023 (Kammergericht)**

BGHSt; Ablehnung von Beweisanträgen im Urteil nach Fristsetzung (Prozessverschleppung; Nachbringung bzw. Austausch von Ablehnungsgründen durch das

Revisionsgericht; Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme); Aufklärungsrüge; Ablehnung von Beweisanträgen auf Einvernahme von Auslandszeugen; Beweiswürdigung des Tatgerichts (mängelbehaftete Wiedererkennung des Angeklagten durch

Belastungszeugen); Anwendung deutschen Strafrechts (Geltung für Auslandstaten in anderen Fällen; Betroffensein im Inland).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 6 StPO; § 261 StPO; § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 211 StGB; § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB

1. Die Fristsetzung zur Anbringung von Beweisanträgen nach § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO erfordert nicht die Feststellung oder den konkreten Verdacht einer Absicht der Prozessverschleppung. (BGHSt)

2. Wird ein Beweisantrag nach Fristablauf gemäß § 244 Abs. 6 Satz 4 Halbsatz 1 StPO im Urteil abgelehnt, so ist eine rechtsfehlerhafte Begründung unschädlich, wenn das Tatgericht ihn ohne Rechtsfehler hätte zurückweisen dürfen und die Ablehnungsgründe vom Revisionsgericht aufgrund des Urteilsinhalts nachgebracht werden können. (BGHSt)

3. Für den Abschluss des gerichtlichen Beweisprogramms i.S. des § 244 Abs. 6 Satz 3 StPO macht es keinen Unterschied, ob das Gericht von vorneherein ein bestimmtes Beweismittel als für seine Entscheidungsfindung unerheblich erachtet und daher nicht zum Gegenstand der Beweisaufnahme macht oder ob es erkennbar von der Absicht einer solchen Beweiserhebung abrückt und die Beweisaufnahme aufgrund der geänderten Beurteilung nicht auf das Beweismittel erstreckt.

4. Für die Prüfung, ob nach § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB der Täter „im Inland betroffen ... wird“ und seine „Auslieferung nicht ausführbar ist“, ist der Zeitpunkt des Urteils in der letzten Tatsacheninstanz, nicht derjenige der revisionsgerichtlichen Entscheidung, maßgebend. (BGHR)

### 251. BGH 2 StR 195/23 – Urteil vom 25. Oktober 2023 (LG Köln)

BGHSt; Besorgnis der Befangenheit (Rechtsnormen zugunsten des Angeklagten: Staatsanwaltschaft, Wächterin des Gesetzes, abstrakte Zweckbestimmung der Norm; Grund zu der Besorgnis der Befangenheit: enge Auslegung, Sich-Freihalten von Befangenheit, persönliche Beziehungen des Richters, enge Beziehung, besonderer Zusammenhang).

§ 339 StPO; § 24 Abs. 2 StPO

1. Bei den gesetzlichen Vorschriften, nach denen ein Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden kann (§ 24 Abs. 1 und 2, § 31 StPO), handelt es sich nicht um Rechtsnormen, die im Sinne des § 339 StPO lediglich zugunsten des Angeklagten wirken. (BGHSt)

2. Die Staatsanwaltschaft kann in Ausübung ihrer Rolle als „Wächterin des Gesetzes“ Rechtsfehler im Zusammenhang mit der Entscheidung über von ihr gestellte Ablehnungsgesuche ungeachtet von deren Angriffsrichtung mit der Revision rügen. (BGHSt)

3. Ein Ablehnungsgesuch der Staatsanwaltschaft ist gerechtfertigt, wenn sie bei verständiger Würdigung der ihr bekannten Umstände Grund zu der Besorgnis hat, dass der Richter gegenüber dem rechtlich zu würdigenden

Sachverhalt oder den daran Beteiligten nicht unvoreingenommen und unparteilich ist. (BGHSt)

4. Die Ablehnung eines (Berufs-)Richters ist nach § 24 Abs. 2 StPO, der nach § 31 Abs. 1 StPO für einen Schöffen entsprechend gilt, gerechtfertigt, wenn die ablehnende Staatsanwaltschaft bei verständiger Würdigung der ihr bekannten Umstände Grund zu der Besorgnis hat, dass der Richter gegenüber dem rechtlich zu würdigenden Sachverhalt oder den daran Beteiligten nicht unvoreingenommen und unparteilich ist. Nicht erheblich ist, ob der abgelehnte Richter tatsächlich befangen ist oder nicht. (Bearbeiter)

5. Dabei ist zunächst in den Blick zu nehmen, dass die §§ 22, 23 StPO Ausschlussgründe aufgrund typisierter Verhältnisse oder Beziehungen erschöpfend regeln. Sie sind eng auszulegen und dürfen nicht dadurch erweitert werden, dass für bestimmte Fälle § 24 StPO allgemein „zur Lückenfüllung“ herangezogen wird. (Bearbeiter)

6. Grundsätzlich gilt daher, dass, soweit nicht die im Gesetz aufgeführten persönlichen Verhältnisse oder Beziehungen vorliegen, von der Fähigkeit des Richters auszugehen ist, sich von Befangenheit frei zu halten. Gleichwohl vermögen persönliche Beziehungen des Richters zu Angeklagten, Verletzten oder Zeugen je nach Intensität und konkreter Sachlage die Besorgnis der Befangenheit zu begründen. Sie lassen eine Ablehnung aber nur dann als begründet erscheinen, wenn eine besonders enge Beziehung vorliegt oder ein besonderer Zusammenhang mit der Strafsache besteht, der besorgen lässt, dass der Richter der Sache nicht mit der gebotenen Unvoreingenommenheit gegenübersteht. (Bearbeiter)

### 244. BGH 1 StR 411/23 – Beschluss vom 12. Januar 2024 (LG Mannheim)

Ablehnung eines Beweisantrags auf Einholung eines aussagepsychologischen Sachverständigengutachtens (Revisionsbegründung: Erforderlichkeit eines Sachvortrags zu einer Einwilligung der zu begutachtenden Person in die Untersuchung).

§ 244 Abs. 2, Abs. 4 Satz 1 StPO; § 344 Abs. 2 StPO

Für Zulässigkeit der Rüge, das Tatgericht einen Antrag auf Einholung eines aussagepsychologischen Gutachtens zur Glaubhaftigkeit der Angaben der Geschädigten unter Verstoß gegen § 244 Abs. 4 Satz 1 und Abs. 2 StPO abgelehnt, ist ein Sachvortrag zur Einwilligung der zu begutachtenden Person in die Untersuchung jedenfalls in den Fällen nicht erforderlich, in denen das Tatgericht den Antrag auf Begutachtung wegen eigener Sachkunde abgelehnt hat.

### 303. BGH 3 StR 358/23 – Beschluss vom 11. Januar 2024 (LG Mönchengladbach)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Vollstreckungslösung; abschließende Sachentscheidung des Revisionsgerichts wegen Unvertretbarkeit weiterer Verzögerungen).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 354 Abs. 1 StPO analog

Eine abschließende Sachentscheidung des Revisionsgerichts kann in Fällen einer bereits eingetretenen rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung in Ausnahmefällen

geboten sein, wenn jede weitere Verzögerung des Verfahrens durch Zurückverweisung der Sache an das Tatgericht unvertretbar wäre.

### **246. BGH 1 StR 425/23 – Beschluss vom 9. Januar 2024 (LG Konstanz)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (revisionsrechtliche Überprüfung bei nicht erhobener oder unzulässiger entsprechender Verfahrensrüge).

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

Wird hinsichtlich eines Verstoßes gegen das Beschleunigungsgebot keine Verfahrensruge erhoben oder greift diese nicht durch, so unterliegt die Frage, ob ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 MRK vorliegt, nur dann der revisionsrechtlichen Überprüfung, wenn sich entweder die Verfahrensverzögerung aus den Urteilsgründen – gegebenenfalls unter Heranziehung der vom Revisionsgericht von Amts wegen zur Kenntnis zu nehmenden Verfahrenstatsachen – ergibt oder aber die Urteilsgründe jedenfalls ausreichende Anhaltspunkte enthalten, die das Tatgericht zur Prüfung einer Kompensation drängen mussten, sodass ein Erörterungsmangel gegeben ist.

### **321. BGH StB 2/24 – Beschluss vom 24. Januar 2024 (OLG Düsseldorf)**

Fortdauer der Untersuchungshaft (Haftbeschwerde; Fluchtgefahr und Verhältnismäßigkeit unter Berücksichtigung der konkreten Straferwartung); Beschleunigungsgebot in Haftsachen (Verhandlungsdichte; Selbstleseverfahren; Planung der Beweisaufnahme; Prozessverhalten der Angeklagten und ihrer Verteidiger).

§ 112 StPO; § 304 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK

1. In Haftsachen ist grundsätzlich eine Verhandlungsdichte von durchschnittlich mehr als einem Tag pro Woche erforderlich. Ferien- und Krankheitszeiten haben bei der Berechnung außer Betracht zu bleiben. Jedoch ist ein Verstoß gegen das Beschleunigungsgebot nicht streng schematisch an der Terminierungsdichte festzumachen; ebenfalls entscheidend sind die konkreten Verfahrensabläufe in der Hauptverhandlung.

2. Das Beschleunigungsgebot in Haftsachen verlangt, dass die Strafgerichte alle möglichen und zumutbaren Maßnahmen ergreifen, um eine Entscheidung über die dem Angeklagten vorgeworfenen Taten herbeizuführen. Dazu gehört die sorgfältige Planung der Beweisaufnahme. Die voraussichtliche Dauer einer Beweiserhebung durch das Gericht ist im Vorfeld ebenso abzuschätzen wie die Wahrnehmung von Frage- und Erklärungsrechten der Verfahrensbeteiligten, um Leerläufe möglichst gering zu halten.

3. Strafgerichte sind nicht dazu gehalten, für Situationen, in denen ein für den entsprechenden Tag vorgesehenes Beweisprogramm früher als ursprünglich vorgesehen abgeschlossen ist, stets eine alternative tagesfüllende Beweisaufnahme vorzubereiten und vorzuhalten.

4. Soweit der bisherige Verlauf eines Verfahrens zumindest auch auf dem Prozessverhalten der Angeklagten und ihrer Verteidiger beruht – und etwa von zahlreichen Anträgen und Widersprüchen der Angeklagten geprägt ist – hat dies bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit der Haftfortdauer Berücksichtigung zu finden.

### **365. BGH 6 StR 488/21 – Beschluss vom 15. November 2023 (LG Saarbrücken)**

Ablehnung von Beweisanträgen (tatsächliche Bedeutungslosigkeit; Berücksichtigung von Urkunden vor Abschluss des Selbstleseverfahrens, vorzeitige Berücksichtigung; Beruhen); Grundsatz der Spezialität (Nichtbeachtung; Vollstreckungshindernis).

§ 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 StPO; § 249 Abs. 2 StPO; Art. 14 EuAÜbk; § 83h Abs. 1 IRG

Zur Berücksichtigung von Urkunden in einem Ablehnungsbeschluss vor formell ordnungsgemäßem Abschluss des Selbstleseverfahrens.

### **245. BGH 1 StR 413/23 – Beschluss vom 10. Januar 2024 (LG Stuttgart)**

Zulässiger Gegenstand einer Verständigung (Verzicht auf Beweisanträge).

§ 257 Abs. 2 Satz 1 Var. 3 StPO; § 244 Abs. 3 StPO

Die Zusage des Angeklagten, im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung keine weiteren Beweisanträge zu stellen, ist kein zulässiger Gegenstand einer Verständigung. Allenfalls einzelne Anträge können zum Gegenstand der Verständigung gemacht werden.

### **324. BGH StB 65/23 – Beschluss vom 1. Februar 2024 (OLG München)**

Beschwerde gegen Entscheidungen des Oberlandesgerichts (Versagung von Akteneinsicht; fehlende Statthafkeit betreffend Rechtmäßigkeit der Löschung von Daten in Akten).

§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 489 StPO

Entscheidungen über die Rechtmäßigkeit der Löschung von Daten nach § 489 StPO oder dem Bundesdatenschutzgesetz unterfallen dem Katalog der beschwerdefähigen Entscheidungen in § 304 Abs. 4 Satz 2 StPO grundsätzlich nicht.

## Rechtsprechung

## V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

**248. BGH 1 StR 447/23 – Beschluss vom 11. Januar 2024 (LG Aachen)**

Vorenthalten und Veruntreuen von Sozialversicherungsbeiträgen (Beiträge zur Berufsgenossenschaft als Arbeitsgeberbeiträge zur Sozialversicherung).

§ 266a Abs. 2 StGB, § 150 Abs. 1 Satz 1 SGB VII

Werden Beiträge zur Berufsgenossenschaft nicht ordnungsgemäß abgeführt, erfüllt das nicht der Tatbestand des Betruges, sondern der des Vorenthalten und Veruntreuens von Arbeitsentgelt (§ 266a Abs. 2 StGB). Insoweit handelt es um von dem Arbeitgeber nach dem Gesetz (§ 150 Abs. 1 Satz 1 SGB VII) geschuldete Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung und damit um Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung.

**308. BGH 3 StR 424/23 – Beschluss vom 19. Dezember 2023 (LG Krefeld)**

Einheitsjugendstrafe (Gefahr der Doppelbestrafung durch Einbeziehung früherer, bereits in ein anderes Urteil eingeflossener Entscheidungen); Nebenfolgen (unzulässiger Vorbehalt in Urteilsformel); nachträgliche Gesamtstrafenbildung.

§ 31 JGG; § 66 JGG; § 55 StGB

1. Ebenso wie im Erwachsenenstrafrecht Strafen nicht mehr in eine Gesamtstrafe einbezogen werden dürfen, wenn sie bereits zur Bildung einer anderen noch nicht rechtskräftigen Gesamtstrafe gedient haben, ist im Jugendstrafrecht die Einbeziehung früherer, bereits in ein anderes, noch nicht rechtskräftiges Urteil eingeflossener Entscheidungen ausgeschlossen. Eine nachträgliche Entscheidung nach § 66 JGG ist nicht geeignet, der Gefahr einer Doppelbestrafung sicher zu begegnen.

2. Die Prüfung, ob eine Erledigung eingetreten ist, ist Sache des Tatgerichts und kann nicht dem Vollstreckungsorgan überlassen werden. Eine in der Urteilsformel angeordnete Aufrechterhaltung der Sperrfrist und Einziehungsentscheidung unter dem Vorbehalt, dass sie nicht erledigt sind, ist unzulässig.

**258. BGH 2 StR 323/23 – Beschluss vom 21. November 2023 (LG Marburg)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (bandenmäßige Begehung: Bande, Mitglied einer Bande, Bandenabrede, selbstständige Geschäftspartner, andauernde Geschäftsbeziehung, Geschäfte „auf Kommission“, Einbindung in die Absatzorganisation, Verkauf auf eigenes Risiko, Beweiswürdigung).

§ 30a BtMG; § 261 StPO

1. Die bandenmäßige Begehung des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge nach § 30a Abs. 1 BtMG setzt den Zusammenschluss von mindestens

drei Personen voraus, die sich mit dem Willen verbunden haben, künftig für eine gewisse Dauer mehrere selbstständige, im Einzelnen noch ungewisse Betäubungsmitteldelikte zu begehen. Ob ein am Betäubungsmittelhandel Beteiligter Mitglied einer Bande ist, bestimmt sich allein nach der deliktischen Vereinbarung in Form einer Bandenabrede. Kein Bandenhandel liegt vor, wenn sich die Beteiligten eines Betäubungsmittelgeschäftes auf der Verkäufer- und der Erwerberseite als selbstständige Geschäftspartner gegenüberstehen. Das gilt auch dann, wenn es sich um eine andauernde Geschäftsbeziehung und ein eingespieltes Bezugs- und Absatzsystem handelt.

2. Die vorstehenden Maßstäbe sollen grundsätzlich auch bei Geschäften „auf Kommission“ Anwendung finden. Kauft ein am Betäubungsmittelhandel Beteiligter allerdings Betäubungsmittel „auf Kommission“, bedarf die Annahme einer mit diesem getroffenen Bandenabrede insoweit regelmäßig näherer Feststellungen. Dass Betäubungsmittel „auf Kommission“ bezogen werden, wird nämlich isoliert betrachtet häufig auf die Stellung eines selbstständigen, eigene Interessen verfolgenden Geschäftspartners hindeuten. Darin kann aber auch lediglich die verdeckende Umschreibung dafür zu sehen sein, dass der „auf Kommission“ erwerbende Beteiligte in unselbstständiger Weise als verlängerter Arm seines Lieferanten anzusehen ist.

3. Ob eine Person, die regelmäßig von einem bestimmten Verkäufer Betäubungsmittel „auf Kommission“ zum Zwecke des gewinnbringenden Weiterverkaufs bezieht, in die Absatzorganisation des Verkäufers eingebunden ist oder ob sie diesem stattdessen als selbstständiger Geschäftspartner gegenüber steht, beurteilt sich wesentlich nach der getroffenen Risikoverteilung. Von einer Einbindung in die Absatzorganisation als verlängerter Arm des Verkäufers ist in der Regel auszugehen, wenn die Verkäuferseite dem Abnehmer die Höhe des Verkaufspreises vorgibt, Zeitpunkt und Umfang der Lieferungen der Betäubungsmittel bestimmt sowie am Gewinn und Risiko des Weiterverkaufs beteiligt ist.

4. Der Abnehmer in einem eingespielten Bezugs- und Absatzsystem, der die Betäubungsmittel zum vereinbarten Preis erwirbt und diese anschließend ausschließlich auf eigenes Risiko verkauft, ist demgegenüber regelmäßig als selbstständiger Käufer anzusehen. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn er die Verkaufspreise selbst festsetzt und über die erzielten Gewinne allein disponieren kann. Für ein selbstständiges Agieren spricht auch, wenn der Abnehmer für ausbleibende Zahlungen haftbar gemacht wird.

**238. BGH 1 StR 263/23 – Urteil vom 14. Dezember 2023 (LG Stuttgart)**

Unerlaubtes bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (minderschwerer Fall bei geringer Gefährlichkeit des mitgeführten Gegenstands; Verhältnis zum Normalfall des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge: Spezialität, Bestimmung des Strafrahmens). § 30a Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BtMG

1. Zwar darf im Rahmen der für die Annahme eines minder schweren Falls nach § 30a Abs. 3 BtMG geforderten Gesamtwürdigung auch der minderen Gefährlichkeit der Waffe oder des sonstigen Gegenstandes Rechnung getragen werden, wobei bei der Bestimmung des Gefährlichkeitsgrads auch ein Vergleich der mitgeführten Waffe mit den ebenfalls in § 30a Abs. 2 Nr. 2 BtMG genannten Schusswaffen anzustellen ist. Bei Schlagwaffen bedarf es dazu jedoch näheren Feststellungen zu Gewicht, Qualität und Alter sowie zu Kraft, Geschicklichkeit und Übung des Benutzers.

2. Bejaht das Gericht einen minder schweren Fall gemäß § 30a Abs. 3 BtMG mit einer Strafrahmenuntergrenze von sechs Monaten Freiheitsstrafe, so hat es zu prüfen, ob zugleich ein minder schwerer Fall des verdrängten § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG nach dessen Absatz 2 mit einer Strafrahmenuntergrenze von drei Monaten Freiheitsstrafe vorliegt. Ist dies zu verneinen, ist zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen die Strafrahmenuntergrenze des § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG von einem Jahr Freiheitsstrafe maßgeblich, sodass sich in Verbindung mit der Strafrahmenobergrenze des § 30a Abs. 3 BtMG ein Strafrahmen von einem Jahr bis zu zehn Jahren Freiheitsstrafe ergibt.

### **333. BGH 5 StR 339/23 – Urteil vom 17. Januar 2024 (LG Berlin)**

Strafzumessung bei der Verurteilung wegen eines Betäubungsmitteldelikts (Überwachung als Strafmilderungsgrund).

§ 29 BtMG; § 46 StGB

Staatliche Überwachung von Betäubungsmittelhandel kommt regelmäßig nur dann als Strafmilderungsgrund in Betracht, wenn hierdurch eine tatsächliche Gefährdung des Rechtsguts Volksgesundheit ausgeschlossen war; Voraussetzung ist in aller Regel die Sicherstellung des Rauschgifts, während Straftäter keinen Anspruch darauf haben, dass Verfolgungsbehörden frühzeitig gegen sie einschreiten.

### **345. BGH 5 StR 495/23 – Beschluss vom 16. Januar 2024 (LG Bremen)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Erforderlichkeit von Feststellungen zum Wirkstoffgehalt; Strafzumessung; In-den-Verkehr-Gelangen kein Strafschärfungsgrund).

§ 29 BtMG; § 46 StGB

1. Bei der Verurteilung wegen einer Betäubungsmittelstraftat sind regelmäßig Feststellungen zum Wirkstoffgehalt erforderlich. Auf diesen kommt es neben Art und Menge der gehandelten Betäubungsmittel nicht nur für die Bestimmung einer nicht geringen Menge, sondern auch für die Strafrahmenwahl und die Strafzumessung im engeren Sinne an, weil dadurch der Schuldumfang der Tat und die Schuld des Täters maßgeblich bestimmt werden.

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 als „durchschnittliche Qualität“, reicht nicht aus.

3. Es gehört zum Normalfall des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln, dass sie in den Verkehr gelangen. Diese Tatsache ist deshalb kein Strafschärfungsgrund. Im Gegenteil stellt die Sicherstellung zum gewinnbringenden Weiterverkauf bestimmter Betäubungsmittel einen Strafmilderungsgrund dar.



# Ein rechtspolitischer Vorschlag, um die Risiken einer Strafverfolgung von IT-Sicherheitsforschern zu reduzieren

Von Jan-Christian Schröder, Bochum\*

Im Zuge schnell voranschreitender Digitalisierung gewinnt die IT-Sicherheit zunehmend an Bedeutung. Die Abwehr von Gefahren für die IT-Sicherheit ist eine Aufgabe, die von dem Bundesamt für Sicherheit in der Informationstechnik (BSI) wahrgenommen wird (vgl. § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BSIG). Jedoch ergreifen auch IT-Sicherheitsforscher Maßnahmen zur Verbesserung der IT-Sicherheit. Wegen der hohen Bedeutung der IT-Sicherheit sind solche Handlungen grundsätzlich gesellschaftlich wünschenswert. Allerdings bestehen für IT-Sicherheitsforscher angesichts der unklaren Rechtslage Risiken einer Strafverfolgung. Schon diese Unsicherheiten dürften einen Abschreckungseffekt haben. Es liegt nahe, dass deswegen wünschenswerte IT-Sicherheitsforschung nicht selten unterbleibt.<sup>1</sup> Vor diesem Hintergrund fordern viele Stimmen aus der IT-Sicherheitsforschung und der Strafrechtswissenschaft den deutschen Gesetzgeber auf, eine klare Rechtslage zu schaffen und diese Risiken zu reduzieren.<sup>2</sup> Diese Forderungen haben Eingang in den aktuellen Koalitionsvertrag gefunden, in dem es heißt: „Das Identifizieren, Melden und Schließen von Sicherheitslücken in einem verantwortlichen Verfahren, z. B. in der IT-Sicherheitsforschung, soll legal durchführbar sein.“<sup>3</sup>

Dieser Beitrag widmet sich der Frage, ob der deutsche Gesetzgeber die Risiken einer Strafverfolgung von IT-Sicherheitsforschern verringern kann und wie er dies umsetzen sollte. Nach einer kurzen Definition des Begriffs der IT-Sicherheitsforschung (unter I.) und einem knappen Überblick über die Strafverfolgungsrisiken (unter II.) wird untersucht, welche unions- und völkerrechtliche Handlungsspielräume der deutsche Gesetzgeber für den Erlass

von Sonderregelungen für IT-Sicherheitsforscher hat (III.). Daran schließt sich ein rechtsvergleichender Überblick an, in dem Regelungen von sieben Ländern zur Verringerung der Risiken einer Strafverfolgung von IT-Sicherheitsforschern dargestellt, verglichen und bewertet werden (IV.). Mithilfe der dadurch gewonnenen Erkenntnisse wird ein eigener Regelungsvorschlag unterbreitet (V.). Der Beitrag schließt mit einem Ausblick (VI.).

## I. Was versteht man unter IT-Sicherheitsforschung?

Eine allgemein anerkannte Definition der IT-Sicherheitsforschung existiert nicht. In diesem Beitrag wird unter einem IT-Sicherheitsforscher eine Person verstanden, die eine Handlung mit der Absicht vornimmt, zur Verbesserung der IT-Sicherheit beizutragen.<sup>4</sup> Der Begriff des IT-Sicherheitsforschers ist nicht auf an Universitäten oder anderen Forschungseinrichtungen tätige Personen beschränkt. Die IT-Sicherheit wird verbessert, indem Sicherheitslücken vermieden, beseitigt oder die Folgen einer Ausnutzung abgemildert und Angriffe technisch verfolgt werden.<sup>5</sup>

Die Vorgehensweise in der IT-Sicherheitsforschung lässt sich wie folgt kategorisieren: Es gibt defensive und offensive IT-Sicherheitsforschung.<sup>6</sup> Der Unterschied liegt in der eingenommenen Perspektive. Bei der defensiven Sicherheitsforschung wird die Perspektive des Verteidigers eingenommen. Es werden präventive und reaktive Maßnahmen umgesetzt. Beispielsweise werden

\* Der Autor ist Rechtsreferendar am Landgericht Bochum. Er absolvierte Ende 2023 seine Verwaltungsstation im Bundesministerium der Justiz im Referat IIA4 (Strafrechtliche Bekämpfung der Wirtschafts-, Computer-, Korruptions- und Umweltkriminalität). Er gibt in diesem Beitrag allein seine persönliche Auffassung wieder.

<sup>1</sup> Balaban et al., Whitepaper zur Rechtslage der IT-Sicherheitsforschung, 2021, S. 6, abrufbar unter <https://sec4research.de/assets/Whitepaper.pdf>. Alle in diesem Beitrag zitierten Internetquellen wurden zuletzt am 20. Februar 2024 abgerufen.

<sup>2</sup> Kipker/Rockstroh ZRP 2022, 240, 243; Freiling, in: Golla/Brodowski (Hrsg.), IT-Sicherheitsforschung und IT-Strafrecht,

2023, S. 21, 33; Kuschel/Rostam, in: Golla/Brodowski (Hrsg.), IT-Sicherheitsforschung und IT-Strafrecht, 2023, S. 83, 105; Wörner/Blocher, in: Golla/Brodowski (Hrsg.), IT-Sicherheitsforschung und IT-Strafrecht, 2023, S. 57, 81.

<sup>3</sup> Koalitionsvertrag 2021-2025, S. 13.

<sup>4</sup> Definitionen mit etwas anderer Akzentuierung als hier in Whitepaper (Fn. 1), S. 7 und Analyse des BKA zu Tätern im Bereich von Cybercrime S. 41, 2015, abrufbar unter [https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/BKA-Studie\\_Taeterim-Bereich-Cybercrime\\_Eine-Literaturanalyse.pdf](https://cdn.netzpolitik.org/wp-upload/BKA-Studie_Taeterim-Bereich-Cybercrime_Eine-Literaturanalyse.pdf).

<sup>5</sup> Whitepaper (Fn. 1), S. 7.

<sup>6</sup> Vgl. Whitepaper (Fn. 1), S. 7.

informationstechnische Systeme überwacht, schnellere Reaktionen auf Angriffe vorbereitet und Technologien eingesetzt, um den Netzwerkverkehr zu filtern. Bei der offensiven Sicherheitsforschung wird hingegen die Perspektive des Angreifers eingenommen, indem ein Angriff auf ein informationstechnisches System simuliert wird. Dadurch soll die Verteidigung des Betroffenen überprüft werden.

IT-Sicherheitsforschung kann mit oder ohne Einwilligung des zum Zugriff auf das informationstechnische System Berechtigten geschehen.

Die konkreten technischen Maßnahmen, die in der IT-Sicherheitsforschung ergriffen werden, lassen sich hingegen nur schwer kategorisieren, weil sie sehr zahlreich sind und sich erheblich voneinander unterscheiden.<sup>7</sup>

## II. Ein knapper Überblick über die Risiken einer Strafverfolgung von IT-Sicherheitsforschern nach dem deutschen Strafrecht

Aus strafrechtlicher Sicht ist die offensive IT-Sicherheitsforschung ohne Einwilligung des Berechtigten am problematischsten. Trotzdem wird diese Vorgehensweise nicht selten derjenigen mit Einwilligung des Berechtigten vorgezogen. Das liegt vor allem daran, dass es häufig schwer zu durchschauen ist, welche Berechtigungen an informationstechnischen Systemen bestehen, weswegen es aufwändig bis faktisch unmöglich ist, die Einwilligung aller Berechtigten einzuholen.<sup>8</sup>

Welche Risiken einer Strafverfolgung bei der offensiven IT-Sicherheitsforschung ohne Einwilligung bestehen, ist an anderer Stelle bereits eingehend erörtert worden.<sup>9</sup> Deswegen sollen die wesentlichen Risiken hier lediglich knapp aufgezeigt werden.

Angeichts der vielfältigen Maßnahmen der IT-Sicherheitsforschung lässt sich zu den Strafverfolgungsrisiken keine generelle Aussage treffen. Aus diesem Grund sollen die Risiken am Beispiel der Untersuchung eines fremden und räumlich getrennten

informationstechnischen Systems<sup>10</sup> ohne Einwilligung veranschaulicht werden. Dabei ist es sinnvoll, zwischen den unterschiedlichen zeitlichen Phasen der Tätigkeit des IT-Sicherheitsforschers zu unterscheiden. Aus rechtlicher Sicht<sup>11</sup> erscheint eine Einteilung in vier Phasen sinnvoll:

Die erste Phase ist die Vorbereitungsphase, in welcher der IT-Sicherheitsforscher vor allem Informationen über sein Angriffsziel sammelt.<sup>12</sup> In dieser Phase kann der IT-Sicherheitsforscher den Tatbestand des § 202c Abs. 1 Nr. 2 StGB erfüllen, wenn er ein Computerprogramm herstellt oder sich verschafft, um damit auf das informationstechnische System zuzugreifen.<sup>13</sup> Risiken einer Strafverfolgung bestehen auch bei der Analyse von Softwarecodes, sofern diese urheberrechtlichen Schutz nach § 69a Abs. 3 S. 1 UrhG genießen.<sup>14</sup> Um eine solche Analyse durchführen zu können, muss der Softwarecode in ein für einen Menschen lesbares Format umgewandelt werden. Ein Mittel dazu ist die Dekompilierung. Bei der Dekompilierung wird der Objektcode in einen Quellcode zurückübersetzt.<sup>15</sup> Der Quellcode ist für einen Menschen lesbar. Da der Quellcode nicht mit dem Originalquellcode identisch ist, liegt eine Vervielfältigung des Werkes vor, die nach § 106 Abs. 1 UrhG grundsätzlich strafbar ist. Die Vervielfältigung des Werkes kann aber nach § 69d Abs. 1 UrhG erlaubt sein.<sup>16</sup> Dann müsste der IT-Sicherheitsforscher erstens berechtigt sein, ein Vervielfältigungsstück des Programms zu verwenden. Zweitens müsste die Vervielfältigung notwendig sein, um einen Fehler des Computerprogramms zu berichtigen. Ob diese Voraussetzungen bei Fehlersuchen durch IT-Sicherheitsforscher erfüllt sind, ist jedenfalls nicht eindeutig.<sup>17</sup>

An die Vorbereitungsphase schließt sich die Zugriffsphase an, in der sich der IT-Sicherheitsforscher Zugriff auf das informationstechnische System verschafft. In diesen Fällen wird regelmäßig der Tatbestand des § 202a Abs. 1 StGB erfüllt sein.<sup>18</sup> Dafür genügt es, dass der Täter sich Zugang zu den Daten verschafft; er muss sich nicht die Daten selbst beschaffen.<sup>19</sup> Auch an die weiteren Tatbestandsvoraussetzungen des § 202a Abs. 1 StGB, nämlich

<sup>7</sup> Überblick über solche Maßnahmen bei *Sheikh*, *Certified Ethical Hacker Preparation Guide*, 2021, S. 49 ff.

<sup>8</sup> *Golla*, a. a. O. (Fn. 2), S. 10.

<sup>9</sup> *Böken*, in: Kipker (Hrsg.), *Cybersecurity*, 2. Aufl. 2023, Kapitel 19 Rn. 64 ff.; *Brodowski*, a. a. O. (Fn. 2), S. 37 ff.; *Whitepaper* (Fn. 1), S. 9 ff.

<sup>10</sup> Dieses Beispiel wählt *Brodowski*, a. a. O. (Fn. 2), S. 39 als „eine idealtypische Herangehensweise der offensiven IT-Sicherheitsforschung“.

<sup>11</sup> In der IT-Sicherheitsforschung gibt es andere Einteilungen, vgl. *Engelhardt*, *Hacking & IT-Security für Einsteiger*, 2020, S. 255 ff.

<sup>12</sup> Wichtig in der Vorbereitungsphase sind vor allem Portscans (zu den technischen Hintergründen *Grieger International Cybersecurity Law Review*, 2021, 297, 300 ff.). Portscanning dürfte nicht strafbar sein, vgl. *Grieger International Cybersecurity Law Review*, 2021, 297, 302 ff.

<sup>13</sup> *Brodowski*, a. a. O. (Fn. 2), S. 49.

<sup>14</sup> Die nachfolgenden Ausführungen zum Urheberrecht sind von *Kuschel/Rostam*, a. a. O. (Fn. 2), S. 84 ff. übernommen.

<sup>15</sup> Nach manchen Stimmen in der Literatur lässt sich die Entscheidung des LG Aachen MMR 2023, 866 so lesen, dass derjenige, der dekompiert, den Quellcode in einer nach § 202a Abs. 1 StGB strafbaren Weise ausspäht, vgl. *Kipker/Rockstroh* MMR 2023, 868 f.

<sup>16</sup> § 69e UrhG erklärt Dekompilierungen unter sehr engen Voraussetzungen für zulässig. Trotzdem stellt § 69e UrhG keine Spezialregelung dar, die es verbieten würde, bei Dekompilierungen auf § 69d UrhG zurückzugreifen, siehe dazu EuGH, Urteil v. 6.10.2021 – C 13/20, *Top System*, ECLI:EU:C:2021:811; *Kuschel/Rostam*, a. a. O. (Fn. 2), S. 95 f.

<sup>17</sup> Im Falle der Fehlersuche sehen *Kuschel/Rostam*, a. a. O. (Fn. 2), S. 88 ff. diese beiden Voraussetzungen als erfüllt an, wenn die Umstände des Einzelfalls einen verdeckten Fehler nahelegen und die Handlung zur Fehlersuche erforderlich ist.

<sup>18</sup> *Klaas* MMR 2022, 187, 188 f.; *Vettermann* MMR 2023, 827, 828; *Brodowski*, a. a. O. (Fn. 2), S. 46 f.; *Whitepaper* (Fn. 1), S. 9 f.

<sup>19</sup> BT-Drs. 16/33656, S. 9.

an die besondere Zugangssicherung und deren Überwindung, werden keine hohen Anforderungen gestellt.<sup>20</sup>

Hat der IT-Sicherheitsforscher Zugriff auf das informationstechnische System erlangt, beginnt die dritte Phase. In dieser Phase kann der IT-Sicherheitsforscher einen Nachweis dafür schaffen, dass ihm der Zugriff gelungen ist. Er wird womöglich auch die infolge eines solchen Zugriffs drohenden Schäden untersuchen oder nach weiteren Sicherheitslücken suchen. Verändert oder löscht er dabei Daten, erfüllt dies den Tatbestand des § 303a Abs. 1 StGB.<sup>21</sup> Verursacht der IT-Sicherheitsforscher einen Ausfall oder eine Funktionsbeeinträchtigung des informationstechnischen Systems, kommt auch eine Strafbarkeit nach § 303 StGB und § 303b Abs. 1 Nr. 1, Nr. 2, Abs. 2 StGB in Betracht.<sup>22</sup> Wenn der IT-Sicherheitsforscher personenbezogene Daten, die nicht allgemein zugänglich sind, abrufen, sich verschafft oder speichert oder wenn er ein Geschäftsgeheimnis erlangt, kann er dadurch ferner den objektiven Tatbestand des § 42 Abs. 2 Nr. 1 BDSG<sup>23</sup> und des § 23 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG erfüllen. Allerdings ist es zweifelhaft, ob auch der subjektive Tatbestand dieser beiden Delikte erfüllt ist. Die Lehre – die Rechtsprechung hat sich dazu noch nicht geäußert – geht davon aus, dass ein IT-Sicherheitsforscher, der beabsichtigt, nachträglich von dem Betroffenen für seine Tätigkeit belohnt zu werden, weder mit Bereicherungsabsicht noch aus Eigennutz handelt.<sup>24</sup>

In der vierten Phase werden die erlangten Erkenntnisse mitgeteilt (Mitteilungsphase). Diese Mitteilung kann gegenüber dem Betroffenen, einer Behörde, aber auch gegenüber der Öffentlichkeit erfolgen. Letzterer Weg wird von IT-Sicherheitsforschern vor allem gewählt, wenn sich der Verantwortliche weigert, die Sicherheitslücke anzuerkennen. Sofern der IT-Sicherheitsforscher in diesem Zusammenhang personenbezogene Daten oder Geschäftsgeheimnisse veröffentlicht oder übermittelt, erfüllt er dadurch möglicherweise die Tatbestände der §§ 42 Abs. 2 Nr. 1 BDSG, 23 Abs. 1 Nr. 2 GeschGehG.

Selbst wenn der IT-Sicherheitsforscher einen dieser Tatbestände erfüllt, macht er sich dadurch nicht zwingend strafbar. Es sind mehrere Ansätze diskutiert worden, wie eine Strafbarkeit verneint werden könnte.<sup>25</sup> Diese Ansätze, etwa eine Rechtfertigung gemäß § 34 StGB, sind wegen der damit einhergehenden Interessenabwägung jedenfalls mit erheblichen Rechtsunsicherheiten verbunden.

Schließlich bestehen neben Risiken einer Strafverfolgung in allen vier Phasen auch andere Haftungsrisiken, insbesondere nach dem Zivilrecht.<sup>26</sup> Es erscheint naheliegend, dass nicht nur die Risiken einer Strafverfolgung, sondern

alle Haftungsrisiken IT-Sicherheitsforscher hemmen, offensive IT-Sicherheitsforschung ohne Einwilligung zu betreiben.

### III. Unions- und völkerrechtliche Handlungsspielräume des Gesetzgebers für den Erlass von Sonderregelungen für IT-Sicherheitsforscher

Bevor die rechtsvergleichende Übersicht dargestellt wird, ist es sinnvoll, sich zunächst einen Überblick über die unions- und völkerrechtlichen Handlungsspielräume des deutschen Gesetzgebers für Sonderregelungen für IT-Sicherheitsforscher zu verschaffen. Erstens stellt sich die Frage, ob der Gesetzgeber überhaupt Regelungen erlassen könnte, um die Haftungsrisiken der IT-Sicherheitsforscher zu reduzieren (dazu unter 1.). Zweitens ist zu prüfen, ob der Gesetzgeber zum Erlass solcher Regelungen verpflichtet ist (dazu unter 2.).

#### 1. Möglichkeiten zum Erlass von Sonderregelungen für IT-Sicherheitsforscher

Zweifel daran, dass der Gesetzgeber überhaupt Sonderregelungen für IT-Sicherheitsforscher schaffen könnte, bestehen angesichts des völkerrechtlichen und unionsrechtlichen Hintergrundes der hier in Rede stehenden Strafvorschriften. Die §§ 202a, 202b, 202c, 303a und 303b StGB gehen auf die vom Europarat ausgearbeitete und am 1. Juli 2004 in Kraft getretene Budapest-Konvention<sup>27</sup>, ein völkerrechtliches Übereinkommen über Computerkriminalität, zurück. Ferner existiert die EU-Richtlinie über Angriffe auf Informationssysteme vom 12. August 2013. Inhaltlich unterscheiden sich die Strafvorschriften der Richtlinie nicht wesentlich von denen der Budapest-Konvention.

Weder die Straftatbestände der Budapest-Konvention noch diejenigen der EU-Richtlinie über Angriffe auf Informationssysteme enthalten eine Ausnahmeregel für IT-Sicherheitsforscher. Trotzdem wäre eine Regelung, die das Verhalten von IT-Sicherheitsforschern unter bestimmten Voraussetzungen nicht unter Strafe stellt, mit diesen beiden Rechtsakten vereinbar.

Für die Budapest-Konvention folgt das aus ihrem Art. 2. Nach diesem Artikel muss die Tathandlung „without right“ erfolgen. Das soll nach Nr. 38 des Explanatory Reports zur Konvention zum Ausdruck bringen, dass

<sup>20</sup> Brodowski, a. a. O. (Fn. 2), S. 46 f.

<sup>21</sup> Ein Beispiel für einen Fall, in dem ein IT-Sicherheitsforscher den Tatbestand des § 303a StGB erfüllt, findet sich bei Brodowski, a. a. O. (Fn. 2), S. 46.

<sup>22</sup> Diese Risiken bestehen auch in der Zugriffsphase, etwa wenn das informationstechnische System beim Versuch des Zugriffs abstürzt.

<sup>23</sup> Es ist umstritten, ob es sich bei § 42 BDSG um ein Sonderdelikt handelt, das nur der Verantwortliche und der Auftragsverarbeiter im Sinne des Art. 4 Nr. 7, 8 DSGVO begehen kann (zu diesem Streit vgl. Brodowski/Nowak, in:

Beck'scher Online-Kommentar Datenschutzrecht, 46. Ed. Stand 01.11.2023, § 42 BDSG Rn. 15). Es ist unklar, ob und unter welchen Voraussetzungen der offensiv agierende IT-Sicherheitsforscher Verantwortlicher ist.

<sup>24</sup> Golla, a. a. O. (Fn. 2), S. 9 Fn. 29; Wagner et al. (Hrsg.), Verantwortungsbewusster Umgang mit IT-Sicherheitslücken, Band 4, 2023, S. 38 f.

<sup>25</sup> Statt aller Wagner/Zech, a. a. O. (Fn. 2), S. 131 ff.

<sup>26</sup> Vgl. Whitepaper (Fn. 1), S. 20 ff.

<sup>27</sup> Europarat, Vertrag Nr. 185, Übereinkommen über Computerkriminalität, Budapest, 23. 11. 2001.

Rechtfertigungsgründe unberührt bleiben.<sup>28</sup> Es soll sogar zulässig sein, Rechtfertigungsgründe nur in Bezug auf die Tatbestände der Konvention zu schaffen, wenn eine Bestrafung aufgrund entgegenstehender Interessen nicht angemessen wäre.<sup>29</sup>

Für die EU-Richtlinie über Angriffe auf Informationssysteme folgt dies aus den Erwägungsgründen 11 und 12. Nach Erwägungsgrund 11 sind die Mitgliedstaaten nicht verpflichtet, in leichten Fällen eine Strafe vorzusehen. Es obliegt dem nationalen Gesetzgeber zu definieren, wann ein leichter Fall vorliegt. Erwägungsgrund 12 betont die Wichtigkeit der IT-Sicherheit. Ferner werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, sich darum zu bemühen, dass es legal möglich ist, Sicherheitslücken aufzudecken und zu melden. Angesichts dieser beiden Erwägungsgründe ist es mit der EU-Richtlinie über Angriffe auf Informationssysteme vereinbar, bestimmte Handlungen von IT-Sicherheitsforschern nicht unter Strafe zu stellen.<sup>30</sup>

Hingegen sind die Handlungsspielräume für Sonderregelungen im Urheberrecht begrenzt. Die §§ 69a-69g UrhG beruhen auf der EU-Richtlinie über den Rechtsschutz von Computerprogrammen vom 14. Mai 1991<sup>31</sup>, die hinsichtlich des Ausschließlichkeitsrechts vollharmonisierend ist.<sup>32</sup> Jedoch verpflichtet Art. 7 der Richtlinie die Mitgliedstaaten nur zu bestimmten Schutzmaßnahmen. Insbesondere besteht keine Pflicht, eine rechtswidrige Vervielfältigung des Werkes unter Strafe zu stellen. Hingegen kann der deutsche Gesetzgeber die IT-Sicherheitsforscher nicht von der in Art. 7 der Richtlinie vorgesehenen Haftung freistellen.

## 2. Pflicht zum Erlass von Sonderregelungen für IT-Sicherheitsforscher

Der deutsche Gesetzgeber kann das Verhalten von IT-Sicherheitsforschern straffrei stellen. Es stellt sich die Frage, ob er dies sogar *muss*. Eine derartige Verpflichtung könnte sich aus der EU-Richtlinie über Maßnahmen für ein hohes gemeinsames Cybersicherheitsniveau in der gesamten Union (NIS2-Richtlinie) vom 14. Dezember 2022 ergeben. Diese muss bis zum 17. Oktober 2024 umgesetzt werden. Relevant ist insoweit Erwägungsgrund 60, der lautet:

„(...). Die Mitgliedstaaten sollten im Rahmen ihrer nationalen Strategien im Einklang mit den nationalen Rechtsvorschriften so weit wie möglich die Herausforderungen angehen, mit denen

*Forscher, die sich mit Schwachstellen befassen, konfrontiert sind, wozu auch deren potenzielle strafrechtliche Haftung gehört. Da (...) Personen, die Schwachstellen erforschen, in einigen Mitgliedstaaten der strafrechtlichen und zivilrechtlichen Haftung unterliegen könnten, werden die Mitgliedstaaten aufgefordert, Leitlinien für die Nichtverfolgung von Forschern im Bereich der Informationssicherheit zu verabschieden und eine Ausnahme von der zivilrechtlichen Haftung für ihre Tätigkeiten zu erlassen.“*

Aus diesem Erwägungsgrund lässt sich jedoch keine Verpflichtung des deutschen Gesetzgebers zum Erlass von Sonderregelungen für IT-Sicherheitsforscher ableiten. Denn die Vorgaben des Erwägungsgrundes sind viel zu vage. Insbesondere bleibt unklar, unter welchen Voraussetzungen eine Ausnahme von der Haftung vorgesehen werden soll.

Es ist auch nicht zu erwarten, dass sich eine derartige Verpflichtung aus dem UN-Abkommen über die Nutzung von Informations- und Kommunikationstechnologien zu kriminellen Zwecken, das sich gegenwärtig in Verhandlungen befindet, ergeben wird. Zwar wurde von NGOs mehrfach vorgeschlagen, eine Ausnahmeregelung für IT-Sicherheitsforscher vorzusehen.<sup>33</sup> Jedoch scheint die IT-Sicherheitsforschung in den bisherigen Verhandlungen keine nennenswerte Rolle gespielt zu haben.<sup>34</sup>

## IV. Rechtsvergleichender Überblick

Handlungen von IT-Sicherheitsforschern erfüllen häufig auch die Straftatbestände anderer Länder, sodass auch in diesen Ländern das Risiko einer Strafverfolgung besteht. Nachfolgend soll ein Überblick gegeben werden, wie in anderen Ländern das Risiko einer Strafverfolgung von IT-Sicherheitsforschern reduziert wird. Zunächst werden dafür die Regelungen ausgewählter Länder dargestellt und erläutert (dazu unter 1.). Anschließend erfolgen ein Vergleich und eine Bewertung (unter 2.).

Es werden nur Länder in den Rechtsvergleich miteinbezogen, die Mitglied der Budapest-Konvention sind. Dadurch wird sichergestellt, dass sich ihre computerstrafrechtlichen Vorschriften ähneln.

<sup>28</sup> Explanatory Report to the Convention on Cybercrime, 2001, abrufbar unter <https://rm.coe.int/16800cce5b>.

<sup>29</sup> Das legt Nr. 38 des Explanatory Reports nahe. Handlungsspielräume der Vertragsstaaten bejahen auch *Del-Real/Mesa Information & Communications Technology Law 2023*, 207, 223 ff.

<sup>30</sup> Im Ergebnis ebenso *Del-Real/Mesa Information & Communications Technology Law 2023*, 207, 227 f.

<sup>31</sup> Diese Richtlinie wurde marginal durch die Richtlinie 2009/24/EG überarbeitet.

<sup>32</sup> Vgl. *Antoine*, Verändernde Werknutzungen – Computerprogramme und der angemessene Interessenausgleich im Urheberrecht, 2023, S. 19 ff. Nach *Antoine* ist hinsichtlich der Ausnahmetatbestände der Art. 5, 6 der Computerprogramm-Richtlinie, auf denen die §§ 69d, e UrhG beruhen,

von einer umfassenden Harmonisierungswirkung auszugehen, vgl. S. 27.

<sup>33</sup> Siehe die Stellungnahmen verschiedener NGOs unter [https://www.unodc.org/documents/Cybercrime/AdHocCommittee/6th\\_Session/Submissions/Multi-stakeholders/Access\\_Now\\_1.pdf](https://www.unodc.org/documents/Cybercrime/AdHocCommittee/6th_Session/Submissions/Multi-stakeholders/Access_Now_1.pdf); [https://www.unodc.org/documents/Cybercrime/AdHocCommittee/Concluding\\_session/Submissions/Multi-Stakeholders/Cybersecurity\\_Tech\\_Accord\\_7th\\_AHC\\_session\\_submission.pdf](https://www.unodc.org/documents/Cybercrime/AdHocCommittee/Concluding_session/Submissions/Multi-Stakeholders/Joint_submission_letter_to_the_AHC_chair_Feb_8.pdf).

<sup>34</sup> Vgl. die Übersicht unter [https://www.unodc.org/unodc/en/cybercrime/ad\\_hoc\\_committee/home](https://www.unodc.org/unodc/en/cybercrime/ad_hoc_committee/home).

## 1. Ein komprimierter<sup>35</sup> Länderbericht

Der Länderbericht erfolgt viergeteilt. Er beginnt mit den Ländern, die keine spezifischen Regelungen für IT-Sicherheitsforscher erlassen haben, jedoch im Einzelfall durch ihre allgemeinen Vorschriften zur Straffreiheit gelangen. Es folgen Länder mit ausschließlich strafprozessualen, mit teils strafprozessualen und teils materiellrechtlichen, und mit ausschließlich materiellrechtlichen Sonderregelungen.

### a) Länder ohne Sonderregelungen für IT-Sicherheitsforscher

Die meisten Länder haben keine besonderen Regelungen für IT-Sicherheitsforscher geschaffen, um deren Risiken einer Strafverfolgung zu reduzieren. Das bedeutet jedoch nicht, dass IT-Sicherheitsforscher sich, selbst wenn ihre Handlung einen Tatbestand erfüllt, zwingend strafbar machen. Das lässt sich am Beispiel der Schweiz veranschaulichen. Das Nationale Testinstitut für Cybersicherheit, eine öffentlich finanzierte Non-Profit-Organisation in der Schweiz, gab ein Gutachten über die Strafbarkeit der IT-Sicherheitsforschung in Auftrag. Nach dem Gutachten erfüllen IT-Sicherheitsforscher ggf. die Tatbestände der Art. 143<sup>bis</sup> Abs. 1 und Abs. 2 und 144<sup>bis</sup><sup>36</sup> Schweizerisches Strafgesetzbuch, jedoch kann ihr Verhalten im Einzelfall nach Art. 17 Schweizerisches Strafgesetzbuch gerechtfertigt sein.<sup>37</sup> Art. 17 normiert den rechtfertigenden Notstand. Nach dem Gutachten müssen drei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sein, damit das Verhalten nach Art. 17 gerechtfertigt ist:

- Es bedarf konkreter Anzeichen dafür, dass eine Sicherheitslücke im Zielsystem besteht<sup>38</sup>,
- die Durchführung der Untersuchung muss erforderlich sein<sup>39</sup> und
- der Handelnde muss Kenntnis von der Notstandslage haben und darf ausschließlich das Ziel verfolgen, eine Sicherheitslücke aufzudecken.<sup>40</sup>

Maßnahmen, die über das hinausgehen, was zum Nachweis der Sicherheitslücke notwendig ist, sind strafbar.<sup>41</sup> Verfolgt der Handelnde nicht nur den Zweck, die Sicherheitslücke aufzudecken, sondern will er sich auch selbst profilieren oder wirtschaftliche Vorteile erlangen, ist eine Rechtfertigung ausgeschlossen.<sup>42</sup>

### b) Strafprozessuale Lösung

#### aa) Vereinigtes Königreich

Im Recht des Vereinigten Königreichs können Handlungen von IT-Sicherheitsforschern insbesondere die Tatbestände der §§ 1, 3, 3ZA und 3A des Computer Misuse Act 1990<sup>43</sup> erfüllen.<sup>44</sup> Die §§ 1, 3, 3ZA und 3A setzen die Vorgaben der Art. 2-6 der Budapest-Konvention um.<sup>45</sup>

Das Risiko einer strafrechtlichen Verfolgung wird aber womöglich durch eine vom Crown Prosecution Service erlassene Richtlinie zum Computer Misuse Act<sup>46</sup> reduziert. Der Crown Prosecution Service erlässt Richtlinien, um Staatsanwälten bei der Anwendung des Gesetzes Leitlinien an die Hand zu geben, wenn sie Ermessen ausüben. Die Richtlinien dienen der Einheitlichkeit und Transparenz staatsanwaltlicher Entscheidungen.<sup>47</sup>

In der Richtlinie zum Computer Misuse Act wird definiert, welche Faktoren des öffentlichen Interesses der Staatsanwalt zu berücksichtigen hat. Eine Strafverfolgung wird nicht eingeleitet, wenn der zuständige Staatsanwalt sich sicher ist, dass die öffentlichen Interessen, die gegen eine Strafverfolgung sprechen die dafürsprechenden überwiegen.<sup>48</sup> Relevante Kriterien der Richtlinie sind der finanzielle, rufschädigende oder kommerzielle Schaden, der dem Opfer entstanden ist, und ob mit Bereicherungsabsicht gehandelt wurde.

Ob es diese sehr vage Richtlinie verhindern wird, dass Strafverfahren gegen IT-Sicherheitsforscher eingeleitet werden, erscheint nicht frei von Zweifeln.<sup>49</sup> Die CyberUp Kampagne, die sich dafür einsetzt, den Computer Misuse Act zu überarbeiten, kritisierte diese Richtlinie als nicht weitgehend genug.<sup>50</sup> Mehrere Stimmen forderten, einen

<sup>35</sup> Der Länderbericht gibt nur einen Überblick und stellt keine umfassende Rechtsvergleichung dar. Das ist auch ausreichend, um Impulse für den Entwurf einer Regelung zu erhalten, die Risiken für IT-Sicherheitsforscher reduziert. Unter diesen Umständen hat auch ein Überblick einen Mehrwert (vgl. auch *Burchard* RW 2017, 277, 290 f. Fn. 65).

<sup>36</sup> Diese ähneln den deutschen §§ 202a, 202c und 303a StGB.  
<sup>37</sup> Walder Wyss, Gutachten vom 26. Juni 2023 zur Strafbarkeit von Ethical Hacking, Rn. 8 f., 40 ff., 208.

<sup>38</sup> Ebd., Rn. 13, 209.

<sup>39</sup> Ebd., Rn. 14 f., 150 ff., 209.

<sup>40</sup> Ebd., Rn. 17; 162 ff.; 209.

<sup>41</sup> Ebd., Rn. 157 f.

<sup>42</sup> Ebd., Rn. 17, 169.

<sup>43</sup> <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1990/18/contents>.

<sup>44</sup> *Guinhard* Journal of Information Rights Policy and Practice 2(2), 2018, 12 ff.

<sup>45</sup> Europarat, Bewertung der Umsetzung der Budapest-Konvention, S. 927 ff., abrufbar unter <https://rm.coe.int/t-cy-2015-18-assessing-implementation-of-article-13-budapest-conventio/1680724ca3>.

<sup>46</sup> <https://www.cps.gov.uk/legal-guidance/computer-misuse-act>.

<sup>47</sup> <https://www.cps.gov.uk/prosecution-guidance>.

<sup>48</sup> <https://www.cps.gov.uk/publication/code-crown-prosecutors>.

<sup>49</sup> In eine andere Richtung weisen die Ausführungen des Earl of Erroll, Mitglied des House of Lords. Schon in früheren Gesetzgebungsverfahren sei es schwierig gewesen, zwischen Personen mit strafwürdigen und nicht strafwürdigen Absichten zu unterscheiden. Man hätte letztlich keine Differenzierung vorgesehen, weil man sagte: „Well, we won't prosecute the good guys“ vgl. <https://hansard.parliament.uk/Lords/2022-06-21/debates/999E4935-C3F0-4831-98AB-F63DF5746B62/ProductSecurityAndTelecommunicationsInfrastructureBill>.

<sup>50</sup> Vgl. Criminal Law Reform Now Network, Reforming the Computer Misuse Act 1990, 2020, abrufbar unter <http://www.clrnn.co.uk/publications-reports>; *Clark*, Research Briefing, Cybersecurity in the UK, House of Commons, S. 51, abrufbar unter

Rechtfertigungsgrund für IT-Sicherheitsforscher einzuführen.<sup>51</sup> Die CyberUp Kampagne unterbreitete einen Vorschlag, der vier Voraussetzungen vorsieht, die kumulativ für eine Rechtfertigung vorliegen müssen:<sup>52</sup>

- Die voraussichtlich durch die Handlung eintretenden Vorteile müssen die voraussichtlich dadurch eintretenden Nachteile überwiegen,
- es müssen vernünftige Vorkehrungen getroffen werden, um Schadensrisiken zu minimieren,
- die Handlung muss im guten Glauben (in „good faith“) erfolgen und
- der Handelnde muss eine hinreichende Kompetenz aufweisen.

In „good faith“ soll derjenige handeln, der ein informationstechnisches System schützen will oder sein Verhalten für vernünftig hält, um eine Straftat zu verhindern. Ferner darf er keine Bereicherungsabsicht aufweisen.<sup>53</sup> Über diesen Vorschlag wurde 2022 im House of Lords diskutiert.<sup>54</sup> Die Vorschläge stießen überwiegend auf Zustimmung. Bislang wurde aber keiner von ihnen umgesetzt.

**bb) Frankreich**

Auch im französischen Recht bestehen für IT-Sicherheitsforscher Risiken einer Strafverfolgung.<sup>55</sup> Auf diese reagierte der französische Gesetzgeber schon im Jahre 2016. Damals wurde im code de la défense ein neuer Artikel L2321-4<sup>56</sup> eingeführt. Nach Artikel L2321-4 greift die Verpflichtung gemäß Art. 40 des code de procédure pénale nicht ein, wenn zwei Voraussetzungen kumulativ erfüllt sind:

- Eine Person muss die Informationen über eine Schwachstelle eines automatisierten Datenverarbeitungssystems an die nationale Behörde für die Sicherheit von Informationssystemen (ANSSI) übermitteln und
- gutgläubig („de bonne foi“) sein.

Art. 40 des code de procédure pénale<sup>57</sup> normiert die Pflicht des Staatsanwaltes, Strafanträge und Strafanzeigen entgegenzunehmen. Liegen die beiden oben genannten Voraussetzungen vor, ist diese Pflicht suspendiert.

Es ist unklar, was unter dem Merkmal der Gutgläubigkeit („de bonne foi“) zu verstehen ist. Dabei handelt es sich um einen Rechtsbegriff, der im französischen Recht rechtsgebietsübergreifend verwendet wird.<sup>58</sup> Unter Gutgläubigkeit wird grundsätzlich die Überzeugung verstanden, sich rechtskonform zu verhalten, und das Bewusstsein, keine Rechte anderer zu beeinträchtigen.<sup>59</sup> Die Rechtsprechung hat das Merkmal der Gutgläubigkeit in Bezug auf bestimmte Vorschriften, etwa für die Beleidigungsdelikte, konkretisiert.<sup>60</sup> Eine derartige Konkretisierung für Artikel L2321-4 ist aber noch nicht ersichtlich.

**c) Teils strafprozessuale, teils materielle Lösung**

**aa) USA**

Die Lösung in den USA für die typischen computerstrafrechtlichen Delikte lässt sich nur durch einen Blick in das US-amerikanische Urheberrecht nachvollziehen. Im Urheberrecht wurde eine materielle Lösung gewählt. § 1201(a)(1)(A) des Digital Millennium Copyright Act<sup>61</sup> verbietet es, eine technische Maßnahme zu umgehen, um sich Zugang zu einem geschützten Werk zu verschaffen. Jedoch ist nach § 1201(a)(1)(C) i. V. m. 37 Code of Federal Regulations (CFR) § 201.40(b)(11)(i)<sup>62</sup> die mit einem Computerprogramm durchgeführte Umgehung nicht verboten, wenn der verwendete Computer rechtmäßig erworben oder die Umgehung mit Einwilligung des Eigentümers des Computers erfolgte, und ausschließlich zum Zweck der gutgläubigen Sicherheitsforschung („good faith security research“) vorgenommen wurde. Was unter gutgläubiger Sicherheitsforschung zu verstehen ist, definiert 37 CFR § 201.40(b)(11)(ii). Dieser sieht drei Voraussetzungen vor, die kumulativ vorliegen müssen:

<https://researchbriefings.files.parliament.uk/documents/CBP-9821/CBP-9821.pdf>.

<sup>51</sup> Vgl. etwa Vallance, Pro-innovation Regulation of Technologies, 2023, S. 13, abrufbar unter <https://www.gov.uk/government/publications/pro-innovation-regulation-of-technologies-review-digital-technologies>.

<sup>52</sup> CyberUp, Protecting legitimate cyber security activity, 2021, S. 4, abrufbar unter <https://static1.squarespace.com/static/5e258d570aee2d7e8a7bcd9/t/617a95af0def5a2fdaf42eaa/1635423669620/CyberUp+Campaign++Protecting+legitimate+cyber+security+activity.pdf>.

<sup>53</sup> Ebd., S. 7.

<sup>54</sup> <https://hansard.parliament.uk/Lords/2022-06-21/debates/999E4935-C3F0-4831-98AB-F63DF5746B62/ProductSecurityAndTelecommunicationsInfrastructureBill>.

<sup>55</sup> Überblick bei Mattatia Revue de science criminelle et de droit pénal comparé, 2015/4 (N° 4), 837, 840 ff.

<sup>56</sup> [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006071307/LEGISCTA000018095363/#LEGISCTA000028345135](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071307/LEGISCTA000018095363/#LEGISCTA000028345135).

<sup>57</sup> [https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section\\_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA000006167418/#LEGISCTA000006167418](https://www.legifrance.gouv.fr/codes/section_lc/LEGITEXT000006071154/LEGISCTA000006167418/#LEGISCTA000006167418).

<sup>58</sup> vgl. Dictionnaire du droit privé, définition de Bonne foi, <https://www.dictionnaire-juridique.com/definition/bonne-foi.php>; Gras Legicom 2006/1 (N° 35), 145 ff.

<sup>59</sup> Ebouah Village de la Justice, 2021, <https://www.village-justice.com/articles/particularite-protection-des-hackers-blancs,39923.html#:~:text=Par%20Landry%20Ebouah%20C%20Juriste.,1939%20lectures&text=L'article%20323%2D1%20du,60%20000%20%E2%82%AC%20d'amende>.

<sup>60</sup> Instruktiv auch zur historischen Entwicklung Gras Legicom 2006/1 (N° 35), 145 ff.

<sup>61</sup> <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/17/1201>.

<sup>62</sup> <https://www.law.cornell.edu/cfr/text/37/201.40>. Zu der Historie der letzten Änderung dieser Norm vgl. Section 1201 Rulemaking, Recommendation of the register of copyrights, 2021, S. 234 ff., abrufbar unter [https://cdn.loc.gov/copyright/1201/2021/2021\\_Section\\_1201\\_Registers\\_Recommendation.pdf](https://cdn.loc.gov/copyright/1201/2021/2021_Section_1201_Registers_Recommendation.pdf); Halderman et al., Long comment regarding a proposed exemption under 17 U.S.C. § 1201, S. 1 ff., abrufbar unter <https://www.acm.org/binaries/content/assets/public-policy/ustpc-jt-long-comment-copyright-ofc-dmca.pdf>.

- Der Zugang auf einen Computer darf nur zu dem Zweck erfolgen, einen Sicherheitsmangel oder eine Schwachstelle gutgläubig zu testen, zu untersuchen oder zu beheben,
- es dürfen keine Schäden für Personen oder die Öffentlichkeit entstehen und
- die dadurch erlangten Informationen müssen in erster Linie dazu verwendet werden, die IT-Sicherheit des betroffenen Systems zu fördern. Sie dürfen nicht in einer Weise verwendet werden, die eine Verletzung des Urheberrechts erleichtert.

Für die typischen computerstrafrechtlichen Delikte wurde eine strafprozessuale Lösung gewählt. Durch 18 U.S. Code § 1030<sup>63</sup> erfüllen die USA unter anderem ihre Verpflichtungen aus Art. 2, 4 und 5 der Budapest-Konvention.<sup>64</sup> Im Jahre 2022 hat das U.S. Department of Justice seine Richtlinien für die Strafverfolgung bei Verstößen gegen 18 U.S.C. § 1030 geändert.<sup>65</sup> Nicht mehr strafrechtlich verfolgt wird der „good faith security research“. Dieser Begriff ist der soeben erläuterten Vorschrift 37 CFR § 201.40(b)(11)(ii) entnommen und ebenso zu verstehen.<sup>66</sup> Sind die obigen drei Voraussetzungen erfüllt, wird gegen den IT-Sicherheitsforscher kein Strafverfahren eingeleitet.

### bb) Niederlande

Auch in den Niederlanden bestehen für IT-Sicherheitsforscher Risiken einer Strafverfolgung, insbesondere nach Artikel 138ab des Wetboek van Strafrecht<sup>67</sup>, der dem deutschen § 202a StGB ähnelt.<sup>68</sup>

Die niederländischen Strafgerichte fällten in den Jahren 2013 und 2014 zwei Urteile, welche das Eindringen in ein fremdes informationstechnisches System, um eine Sicherheitslücke aufzudecken, zum Gegenstand hatten.

In einem Strafverfahren vor der Rechtbank Oost-Brabant<sup>69</sup> ging es um Verstöße gegen Artikel 138ab des Wetboek van Strafrecht. Der Angeklagte hatte zufällig Zugangsdaten erhalten, die es ihm ermöglichten, auf bestimmte Gesundheitsdaten zuzugreifen. Er nahm Einsicht in seine eigenen und in fremde Gesundheitsdaten. Daraufhin unterrichtete er den Datenverantwortlichen telefonisch über die Situation. Dieser bat darum, das Problem schriftlich zu schildern. Der Angeklagte, der sich wohl nicht ernstgenommen fühlte, offenbarte den Sachverhalt der Presse.

Das Gericht führte aus, dass das Verhalten unter Berücksichtigung des Art. 10 EMRK gerechtfertigt sei, wenn drei Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

- An der Handlung müsse ein bedeutsames gesellschaftliches Interesse bestehen,
- sie dürfe nicht über das, was für die Zielerreichung notwendig ist, hinausgehen (Verhältnismäßigkeitsgebot) und
- es dürfe keine anderen, weniger beeinträchtigenden Maßnahmen zur Zielerreichung geben (Subsidiaritätsgebot).

Grundsätzlich bestehe ein erhebliches gesellschaftliches Interesse, Sicherheitsmängel vertraulicher medizinischer Daten aufzuzeigen. Auch sei es nicht zu beanstanden, dass der Täter sich einloggte, in eigene Daten Einsicht nahm und Maßnahmen ergriff, um die Sicherheitslücke nachzuweisen. Jedoch habe der Angeklagte bewusst zusätzliche Informationen gesammelt und den Medien die Sicherheitslücke mitgeteilt. Das sei mit dem Gebot der Subsidiarität unvereinbar. Insbesondere hätte der Angeklagte sich zunächst schriftlich an den Datenverantwortlichen wenden müssen.

In dem anderen Strafverfahren vor der Rechtbank Den Haag<sup>70</sup> ging es ebenfalls um Verstöße gegen Artikel 138ab des Wetboek van Strafrecht. Der Angeklagte fand heraus, dass ein Krankenhaus veraltete und unsichere Software nutzte. Deswegen konnte er sich die Zugangsdaten für den Server des Krankenhauses verschaffen. Er wies das Krankenhaus auf die Sicherheitslücke hin und gab Gelegenheit, die Sicherheitslücke zu schließen. Das Krankenhaus reagierte jedoch nicht, woraufhin der Angeklagte einen Journalisten über die Sicherheitslücke informierte. Sowohl bevor als auch nachdem er den Journalisten informiert hatte, loggte sich der Angeklagte in das Computersystem des Krankenhauses ein, lud Dateien herunter und fertigte Screenshots an.

Das Gericht legte denselben Maßstab wie die Rechtbank Oost-Brabant an. Die Handlungen seien erforderlich gewesen. Insbesondere durfte der Angeklagte die Presse einschalten, da dem Krankenhaus Gelegenheit gegeben wurde, die Sicherheitslücke zu beseitigen. Hingegen sei der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz nicht gewahrt. Unverhältnismäßig seien Handlungen, die zum Nachweis der Sicherheitslücke nicht notwendig sind. Es sei nicht notwendig gewesen, sich einzuloggen und Daten zu speichern, nachdem die Presse schon informiert wurde und der Angeklagte bereits ausreichend Informationen zum Nachweis der Sicherheitslücke gesammelt hatte. Daher wurde der Angeklagte schuldig gesprochen.

Im Jahre 2013, nachdem die Entscheidung der Rechtbank Oost-Brabant verkündet wurde, veröffentlichte die niederländische Staatsanwaltschaft (Openbaar Ministerie)

<sup>63</sup> <https://www.law.cornell.edu/uscode/text/18/1030>.

<sup>64</sup> Europarat (Fn. 45), S. 938 ff.

<sup>65</sup> <https://www.justice.gov/opa/press-release/file/1507126/download>, S. 4.

<sup>66</sup> <https://www.crowell.com/en/insights/client-alerts/doj-s-revised-prosecutorial-guidelines-the-ethical-hacker-exemption>.

<sup>67</sup> *Harms* Netherlands Journal of Legal Philosophy, 2017 (46) (2), 196; ausführlich *van der Reijden*, Biedt Art. 10 EVRM de ethisch hacker bescherming tegen onduidelijkheden en

onvolkomenheden in de Leidraad Responsible Disclosure?, S. 8 ff., abrufbar unter: <https://www.maesover.nl/files/scriptie-dick-van-der-reijden-v1-0p.pdf>.

<sup>68</sup> Vgl. *Wagner/Zech*, a. a. O. (Fn. 2), S. 170.

<sup>69</sup> Rechtbank Oost-Brabant, Urteil vom 15.02.2023, abrufbar unter <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#/details?id=ECLI:NL:RBOBR:2013:BZ1157>.

<sup>70</sup> Rechtbank Den Haag, Urteil vom 17.12.2014, <https://uitspraken.rechtspraak.nl/#/details?id=ECLI:NL:RBDHA:2014:15611>.

Richtlinien, die sie am 14. Dezember 2020 aktualisierte.<sup>71</sup> In diesen Richtlinien wird klargestellt, dass die Staatsanwaltschaft eine koordinierte Offenlegung von Schwachstellen unterstützt. Für die koordinierte Offenlegung verweist die Staatsanwaltschaft auf Leitlinien des niederländischen Nationaal Cyber Security Centrum. Dieses untersteht dem niederländischen Ministerium für Justiz und Sicherheit; seine Leitlinien haben keine rechtliche Bindungswirkung.<sup>72</sup>

Nach den Richtlinien der Staatsanwaltschaft wird in der Regel kein Strafverfahren eingeleitet, wenn die drei in dem Urteil der Rechtbank Oost-Brabant genannten Voraussetzungen vorliegen. Deswegen wurde etwa ein Niederländer nicht angeklagt, der das Twitter-Passwort Donald Trumps erriet und sich in dessen Account einloggte, anschließend aber Kontakt zu den US-Behörden aufnahm, um dieses Sicherheitsrisiko zu beseitigen.<sup>73</sup>

#### d) Materiellrechtliche Lösung

##### aa) Belgien

In Belgien trat am 15. Februar 2023 das Whistleblowing-Gesetz („Klokkenluiderswet“)<sup>74</sup> in Kraft. Dadurch wurden in das Gesetz zur Umsetzung der NIS1-Richtlinie<sup>75</sup> (NIS-Gesetz) Regelungen für die Meldung von Sicherheitslücken eingefügt. Art. 62/1 des NIS-Gesetzes schreibt ein bestimmtes Verfahren vor, wie derartige Informationen dem Belgischen Zentrum für Cybersicherheit (ZCB), der nationalen Behörde für Cybersicherheit, mitzuteilen sind. Das Gesetz verweist insoweit vor allem auf die Verfahrensregeln auf der Website des ZCB.<sup>76</sup>

Nach Art 62/2 des NIS-Gesetzes sind Handlungen nicht strafbar, die notwendig sind, um im Rahmen des Verfahrens nach Art. 62/1 eine Sicherheitslücke an das ZCB zu melden und wenn vier weitere Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

- Es darf nicht mit betrügerischer oder schädigender Absicht gehandelt werden,
- die Sicherheitslücke muss unverzüglich an den Verantwortlichen für das informationstechnische System gemeldet werden; dies muss spätestens erfolgen, wenn das ZCB informiert wird,
- die Handlung darf nicht weiter gehen, als es notwendig und angemessen ist, um eine Sicherheitslücke zu entdecken und
- die Sicherheitslücke darf ohne Zustimmung des ZCB nicht öffentlich bekanntgegeben werden.

Die Norm ist so zu verstehen, dass sie nicht nur die Strafbarkeit in der vierten Phase, der Mitteilungsphase, ausschließen kann, sondern auch in den drei zeitlich vorgelagerten Phasen. Insbesondere können Handlungen, um eine Sicherheitslücke in Erfahrung zu bringen und nachzuweisen, notwendig sein, um die Sicherheitslücke anschließend zu melden.

In der Gesetzesbegründung werden die einzelnen Voraussetzungen näher konkretisiert.<sup>77</sup> Wenn der Handelnde bei seiner Untersuchung keine Sicherheitslücke entdeckt, muss er weder das ZCB noch den für das informationstechnische System Verantwortlichen informieren. Wenn eine Sicherheitslücke in geringem Umfang nachgewiesen wurde, soll eine Untersuchung, wie weitgehend in das System eingedrungen werden könnte, nicht notwendig sein. Vielmehr muss die Untersuchung an dieser Stelle abgebrochen werden. Nach der Untersuchung sind erlangte Daten nach einem angemessenen Zeitraum zu löschen. Sie dürfen aber aufbewahrt werden, wenn sie für ein Gerichtsverfahren benötigt werden.

Art 62/2 des NIS-Gesetzes sieht als Rechtsfolge vor, dass der Handelnde keine Straftat begeht. Nach der Gesetzesbegründung handelt es sich um einen Rechtfertigungsgrund.<sup>78</sup> Auch zivil- und disziplinarrechtliche Konsequenzen sollen ausgeschlossen sein.<sup>79</sup>

##### bb) Polen

Das polnische Strafrecht enthält zwei Sondervorschriften, um Handlungen zum Schutz der IT-Sicherheit nicht zu pönalisieren. Art 269b § 1 Kodeks karny bestraft bestimmte Vorbereitungshandlungen, um Computerdelikte zu begehen. Er ähnelt §§ 202c, 303a Abs. 3, 303b Abs. 5 StGB. Nach Art. 269b § 1a Kodeks karny wird jedoch nach dieser Vorschrift nicht bestraft, wer ausschließlich bezweckt, ein Computersystem gegen eine in § 1 bezeichnete Straftat zu sichern oder wer ein solches Sicherheitsverfahren entwickelt.

Des Weiteren sieht das polnische Strafrecht in Art. 267 § 1 und 2, 268a und 269a Kodeks karny Strafvorschriften vor, die den deutschen Regelungen der §§ 202a, 303a, 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB ähneln. Art. 269c Kodeks karny schließt eine Bestrafung nach Art. 267 § 2 und Art. 269a Kodeks karny aus, wenn die folgenden drei Voraussetzungen kumulativ vorliegen:

- Es darf ausschließlich der oben genannte Zweck verfolgt werden (Sicherheit eines

<sup>71</sup> <https://www.om.nl/binaries/om/documenten/richtlijnen/2020/december/14/om-beleidsbrief-ethischhaken/OM+Beleidsbrief+Coordinated+Vulnerability+Disclosure+Dec+2020.pdf>; ausführlich dazu *Harms* *Netherlands Journal of Legal Philosophy*, 2017 (46) (2), 196, 200 f.

<sup>72</sup> *van der Reijden* (Fn. 67), S. 26.

<sup>73</sup> <https://www.om.nl/actueel/nieuws/2020/12/16/inlog-twitter-account-trump-niet-strafbaar>; vgl. auch *Wagner/Zech*, a. a. O. (Fn. 2), S. 171.

<sup>74</sup> [https://www.ejustice.just.fgov.be/mopdf/2023/02/15\\_1.pdf](https://www.ejustice.just.fgov.be/mopdf/2023/02/15_1.pdf).

<sup>75</sup> [https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi\\_loi/change\\_lg.pl?language=nl&la=N&cn=2019040715&table\\_name=wet](https://www.ejustice.just.fgov.be/cgi_loi/change_lg.pl?language=nl&la=N&cn=2019040715&table_name=wet).

<sup>76</sup> <https://ccb.belgium.be/de/meldung-der-entdecken-schwachstelle-den-ccb>.

<sup>77</sup> <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/2912/55K2912001.pdf>, S. 124 f.

<sup>78</sup> <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/2912/55K2912001.pdf>, S. 126; ebenso das ZCB, vgl. <https://ccb.belgium.be/de/meldung-der-entdecken-schwachstelle-den-ccb>.

<sup>79</sup> <https://www.dekamer.be/FLWB/PDF/55/2912/55K2912001.pdf>, S. 126.



- Computersystems oder Entwicklung eines Sicherungsverfahrens),
- die Handlung darf keine öffentlichen oder privaten Interessen verletzen und keinen Schaden verursachen und
- jede festgestellte Sicherheitslücke ist unverzüglich dem Administrator zu melden.

Nach dem Wortlaut der Norm ist eine Bestrafung nur nach den Art. 267 § 2, 269a Kodeks karny ausgeschlossen. Derartige Handlungen werden aber auch häufig die Tatbestände der Art. 267 § 1, 268a Kodeks karny erfüllen. Trotzdem kann in diesen Fällen nicht nach Art. 268a Kodeks karny bestraft werden. Art. 268a Kodeks karny ist im Vergleich zu Art. 269a Kodeks karny der mildere Tatbestand.<sup>80</sup> Wenn Art. 269c Kodeks karny eine Bestrafung nach dem schwereren Tatbestand des Art. 269a Kodeks karny ausschließen kann, muss dies für den milderen Tatbestand des Art. 268a Kodeks karny erst recht möglich sein. Unklar bleibt, ob nach Art. 267 § 1 Kodeks karny bestraft werden kann. Der Wortlaut von Art. 269c Kodeks karny spricht dafür. Sinnvoll wäre dieses Ergebnis nicht.

Die Anforderungen an den verfolgten Zweck sind streng. Verfolgt der Handelnde neben denen im Gesetz genannten noch andere Zwecke, etwa weil er in Bereicherungsabsicht handelt, ist er zu bestrafen.<sup>81</sup> Sprachlich liegt es nahe, Art. 269b § 1a, 269c Kodeks karny als Strafaufhebungsgründe zu deuten. In der Literatur wird jedoch für eine Einordnung als Rechtfertigungsgrund plädiert, da sozial wünschenswerte Handlungen nicht rechtswidrig sein sollten.<sup>82</sup>

## 2. Vergleich und Bewertung

### a) Sonderregelung für IT-Sicherheitsforscher

Manche Staaten, wie etwa die Schweiz, haben keine Sonderregelungen für IT-Sicherheitsforscher erlassen. In den Niederlanden haben die Gerichte konkretisiert, unter welchen Voraussetzungen sich ein IT-Sicherheitsforscher strafbar macht. In den anderen Staaten des Länderberichts wurden hingegen Sonderregelungen für IT-Sicherheitsforscher erlassen.

Letzterer Weg ist vorzuzugswürdig. Zwar mag man auch ohne Sonderregelung im Einzelfall zur Straffreiheit gelangen. Allerdings verbleibt eine erhebliche Rechtsunsicherheit, die der IT-Sicherheitsforschung abträglich ist. Daraus folgt aber zugleich, dass die Sonderregelung möglichst konkret und rechtssicher gefasst werden sollte. Deswegen

ist etwa der im House of Lords diskutierte Vorschlag nicht überzeugend. Er weist mehrere unbestimmte Voraussetzungen auf (Vorteile müssen Nachteile überwiegen, vernünftige Vorkehrungen, Handeln in „good faith“ und hinreichende Kompetenz). Die Erläuterungen zu diesem Vorschlag<sup>83</sup> beseitigen diese Unklarheiten nicht.

### b) Dogmatische Einordnung der Sonderregelung

Wenn man eine Sonderregelung für IT-Sicherheitsforscher schaffen will, stellt sich die Frage nach ihrer dogmatischen Einordnung. Denkbar ist eine strafprozessuale Lösung, nach der kein Strafverfahren eingeleitet oder zumindest keine Anklage erhoben wird, oder eine materiellrechtliche Lösung, wobei ein Tatbestandsausschluss, ein Rechtfertigungsgrund oder ein Strafausschließungs- oder Strafaufhebungsgrund vorgesehen werden kann.

Vorzugswürdig ist eine materiellrechtliche Lösung, die einen Tatbestandsausschluss oder einen Rechtfertigungsgrund vorsieht. Alle anderen Lösungsansätze müssten dem IT-Sicherheitsforscher eine strafrechtswidrige<sup>84</sup> Handlung vorwerfen. Strafrechtswidrig sollen aber nur Handlungen sein, die besonders sozialschädlich und für das geordnete Zusammenleben der Menschen unerträglich sind.<sup>85</sup> Wenn aber eine Maßnahme der offensiven IT-Sicherheitsforschung gesellschaftlich wünschenswert ist, kann sie nicht strafrechtswidrig sein. Ferner kann nur durch eine Tatbestands- oder Rechtfertigungslösung sichergestellt werden, dass IT-Sicherheitsforschung an Hochschulen betrieben werden kann. Denn das Hochschulrecht verpflichtet die Universitäten zur wissenschaftlichen Redlichkeit und damit auch zur Einhaltung des geltenden Rechtsrahmens.<sup>86</sup>

Im Vergleich der Tatbestands- und Rechtfertigungslösung erscheint letztere vorzuzugswürdig. Hinsichtlich der Rechtsfolgen unterscheiden sich Tatbestandslosigkeit und Rechtfertigung nur in einem Punkt: Gerechtfertigtes Verhalten ist immer duldungspflichtig, tatbestandsloses Verhalten hingegen nicht.<sup>87</sup> Sozial erwünschte Verhaltensweisen von IT-Sicherheitsforschern sollten immer duldungspflichtig sein.<sup>88</sup>

### c) Rein strafrechtsbezogener oder rechtsgebietsübergreifender Ansatz

Mit Ausnahme Belgiens betrachten alle hier untersuchten Länder das Problem nur aus strafrechtlicher Sicht. Dadurch reduzieren sie zwar die Risiken einer

<sup>80</sup> Vgl. Kozłowska-Kalisz, in: *Budyn-Kulik* et al. (Hrsg.), *Kodeks karny, Komentarz*, 11. Aufl. 2023, Art. 269a Rn. 8; s. auch *Lach*, in: *Konarska-Wrzošek* et al. (Hrsg.), *Kodeks karny, Komentarz* 4. Aufl. 2023, Art. 269a Rn. 4.

<sup>81</sup> *Kozłowska-Kalisz*, in: *Budyn-Kulik* (Fn. 80), Art. 269c Rn. 3; in diese Richtung auch *J. Giezek*, *Kodeks karny Część szczególna. Komentarz*, 2021, Art. 269c, Rn. 3.

<sup>82</sup> *J. Giezek*, *Kodeks karny Część szczególna* (Fn. 81), Art. 269c, Rn. 3.

<sup>83</sup> *CyberUp* (Fn. 52), S. 5 ff.

<sup>84</sup> Zum Begriff der Strafrechtswidrigkeit vgl. *Schlehofer*, in: *Münchener Kommentar StGB*, Bd. 1, 4. Aufl. 2020, Vor § 32, Rn. 2.

<sup>85</sup> Vgl. *BVerfG* NJW 2008, 1137 Rn. 35.

<sup>86</sup> *Vonderau/Wagner* DSRITB 2020, 525.

<sup>87</sup> Dazu *Roxin/Greco*, *Strafrecht AT I*, 5. Aufl. 2020, § 10 Rn. 21 f.

<sup>88</sup> Ein anderer Weg wurde im Geschäftsgeheimnisgesetz gewählt. § 5 *GeschGehG* war ursprünglich als Rechtfertigungsgrund konzipiert, wurde im Gesetzgebungsverfahren dann aber als Tatbestandsausnahme ausgestaltet. Dies geschah, weil abschreckende Wirkungen befürchtet wurden, wenn das Verhalten lediglich gerechtfertigt wäre (*BT-Drs.* 19/8300, S. 14). Wenn man sich vor Augen führt, dass die Rechtsfolgen der Rechtfertigung für den Handelnden *günstiger* sind als diejenigen der Tatbestandslosigkeit, ist diese Befürchtung nicht nachvollziehbar.

Strafverfolgung, nicht aber andere Haftungsrisiken. Das ist nicht überzeugend. Denn nicht nur Risiken einer Strafverfolgung, sondern auch andere Haftungsrisiken sind geeignet, IT-Sicherheitsforscher von ihren Tätigkeiten abzuhalten.<sup>89</sup> Vorzugswürdig ist ein rechtsgebietsübergreifender Ansatz. Unter bestimmten Voraussetzungen sollten die Handlungen von IT-Sicherheitsforschern in allen Rechtsgebieten rechtmäßig sein.

#### d) Sprachliche Erfassung der IT-Sicherheitsforschung

In den ersten drei Phasen unterscheiden sich die Handlungen von IT-Sicherheitsforschern zu strafwürdigen Tätern äußerlich nicht oder nur unwesentlich. Der einzig relevante Unterschied liegt in der Absicht: IT-Sicherheitsforscher handeln, um die IT-Sicherheit zu verbessern. Ein Gesetzgeber hat verschiedene Möglichkeiten, wie er diesen Unterschied verarbeitet.

Erstens kann er eine positive Regelung treffen, das heißt, die positive Voraussetzung statuieren, dass zur Verbesserung der IT-Sicherheit gehandelt werden muss. Eine solche Lösung wurde in den USA und in Polen gewählt.

Zweitens kann eine negative Regelung getroffen werden. Gemeint ist damit eine Voraussetzung, nach der eine bestimmte Absicht *nicht* vorliegen darf. Für ein solches Modell entschied man sich in Belgien (keine betrügerische oder schädigende Absicht).

Vorzugswürdig ist es, ein positives Absichtserfordernis vorzusehen. Wenn ein bestimmtes Phänomen durch den Gesetzgeber geregelt werden soll, ist eine positive Umschreibung grundsätzlich einer negativen vorzuziehen. Denn negative Umschreibungen tragen die Gefahr in sich, überschießend zu sein und Sachverhalte vom Anwendungsbereich der Norm auszuschließen, die erfasst sein sollten. So schließt das Erfordernis, nicht in Schädigungsabsicht zu handeln, nicht nur Handlungen von IT-Sicherheitsforschern, sondern auch andere Handlungen aus, die ggf. strafwürdig sind.<sup>90</sup> Im Übrigen hat ein positives Absichtserfordernis den Vorzug, rechtsklarer zu sein. Der Gesetzgeber kann dadurch konkreter normieren, bei welchen beabsichtigten Handlungen eine Rechtfertigung eintreten soll und bei welchen nicht.

#### e) Konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung der IT-Sicherheit

Nur im schweizerischen Recht sind konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung der IT-Sicherheit erforderlich. Ob ein solches Erfordernis sinnvoll ist, hängt entscheidend davon ab, ob IT-Sicherheitsforscher zumeist konkrete Anhaltspunkte für eine Gefährdung der IT-Sicherheit haben oder haben könnten, bevor sie potentiell

strafbare Maßnahmen ergreifen. Das Gutachten zum schweizerischen Recht geht davon aus.<sup>91</sup> Auch in der Literatur zur IT-Sicherheitsforschung werden vielfältige Maßnahmen beschrieben, die vor dem Zugriff auf ein fremdes informationstechnisches System ergriffen werden können, um Anhaltspunkte für eine Gefährdung der IT-Sicherheit zu erhalten.<sup>92</sup> Sofern das zutrifft, sollte auf dieses Erfordernis nicht verzichtet werden. Denn dadurch kann ein Anreiz für eine angemessene Vorbereitung der IT-Sicherheitsforscher und gegen ein Handeln auf „gut Glück“ geschaffen werden. Freilich dürfen die Anforderungen an die konkreten Anhaltspunkte nicht überspannt werden.

#### f) Anforderungen an den Offenlegungsprozess

Die Mehrzahl der Staaten des Länderberichts stellt Anforderungen an den Offenlegungsprozess. Insoweit bestehen aber Unterschiede hinsichtlich des Adressaten der Offenlegung: Es ist die zuständige Behörde (Frankreich) oder der für das informationstechnische System Verantwortliche (Polen) oder es sind beide (Belgien) zu informieren. Eine Mitteilung an die Öffentlichkeit ist im belgischen Recht nur mit Zustimmung der zuständigen Behörde und im niederländischem Recht in Ausnahmefällen zulässig.

Indes kann, wenn man zugunsten von IT-Sicherheitsforschern einen Rechtfertigungsgrund schaffen will, die Rechtfertigung in den ersten drei Phasen nicht davon abhängen, ob bestimmte Anforderungen an einen Offenlegungsprozess eingehalten werden. Denn dieser Offenlegungsprozess liegt zeitlich nach der Handlung, deren Rechtfertigung zu beurteilen ist. Nachträgliche Umstände können nicht rechtfertigend wirken, weil die Rechtmäßigkeit einer Handlung in dem Zeitpunkt feststehen muss, in dem sie vorgenommen wird. Das folgt schon daraus, dass sonst nicht bestimmt werden könnte, ob gegen diese Handlung Notwehr (§ 32 StGB) zulässig ist.<sup>93</sup> Deswegen sollte der Rechtfertigungsgrund keine Anforderungen an einen Offenlegungsprozess enthalten.

#### g) Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit der Handlung

Nach dem schweizerischen und niederländischen Recht muss die Handlung erforderlich, nach dem niederländischen Recht ferner verhältnismäßig sein. Nach der US-amerikanischen und polnischen Regelung darf kein Schaden eintreten. Darin liegt ein Fall typisierter Unverhältnismäßigkeit.

Das Kriterium der Erforderlichkeit erscheint sinnvoll, damit bei gleich geeigneten Maßnahmen die mildeste ergriffen wird. Hingegen fällt es schwerer, das Kriterium der Verhältnismäßigkeit zu bewerten. Einerseits schafft dieses Kriterium Rechtsunsicherheit. Andererseits ist es

<sup>89</sup> Vgl. etwa die von *Freiling*, a. a. O. (Fn. 2), S. 26 ff. geschilderte Erfahrung.

<sup>90</sup> Das zeigt sich am Beispiel des § 118a öStGB, zur Kritik an diesem Regelungsmodell vgl. *Wagner/Zech*, a. a. O. (Fn. 2), S. 167 f.

<sup>91</sup> Gutachten (Fn. 37), Rn. 163 f.

<sup>92</sup> Insbesondere im Rahmen der sogenannten Reconnaissance-Phase und durch Scanning, vgl. *Engelhardt*, *Hacking & IT-Security* (Fn. 11), S. 263 ff.; vgl. auch BSI, Studie

Durchführungskonzept für Penetrationstests, 2020, S. 49, abrufbar unter <https://www.bsi.bund.de/SharedDocs/Downloads/DE/BSI/->

Publikationen/Studien/Penetrationstest/penetrationstest.pdf?\_\_blob=publicationFile&v=3.

<sup>93</sup> Zur Rechtfertigung von Verteidigungsmaßnahmen gegen Hackerangriffe vgl. *Wegner*, in: *Gianni et al.* (Hrsg.), 8. Symposium Junger Strafrechtlerinnen und Strafrechtler, 2022, S. 21, 26 ff.

sinnvoll, die Rechtfertigung auszuschließen, wenn die erwartbaren Nachteile der Handlung die erwartbaren Vorteile eindeutig überwiegen.

Das ist immer dann der Fall, wenn kein öffentliches Interesse an der Maßnahme besteht. Beispielsweise soll die Sonderregelung keine Maßnahmen gegen einen Nachbarn mit unzureichendem IT-Schutz rechtfertigen, weil in einem solchen Fall nur private Einzelinteressen berührt sind. Hingegen ist die Untersuchung eines informationstechnischen Systems nicht deswegen zwingend unverhältnismäßig, weil damit die Gefahr erheblicher Schäden, beispielsweise durch einen Systemabsturz, notwendig verbunden ist. Denn diese Gefahr bestünde gleichermaßen, wenn ein Täter mit strafwürdiger Absicht sich Zugriff auf das System verschafft. Wer von beiden sich zuerst Zugriff verschafft, hängt vom Zufall ab. Diese Zufälligkeit sollte nicht zu Lasten des IT-Sicherheitsforschers gehen. Freilich wird es der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei konkreten Anhaltspunkten für den Eintritt schwerer Schäden, insbesondere für die Kritische Infrastruktur, gebieten, dass der IT-Sicherheitsforscher sich an das BSI wendet und dieses über das weitere Vorgehen entscheidet.

Um solche und zum jetzigen Zeitpunkt nicht vorhersehbare Fälle einer angemessenen Lösung zuführen zu können, erscheint das Kriterium der Verhältnismäßigkeit sinnvoll. Damit die Regelung nicht zu rechtsunsicher wird, darf die Rechtfertigung aber nur in evidenten Fällen der Unverhältnismäßigkeit ausgeschlossen sein.

## V. Eigener Vorschlag

### 1. Vorüberlegung: Unter welchen Voraussetzungen dürfen Private staatliche Aufgaben wahrnehmen?

Die Sonderregelung soll es ermöglichen, dass IT-Sicherheitsforscher Maßnahmen zur Abwehr von Gefahren für die IT-Sicherheit ergreifen dürfen. Diese Aufgabe obliegt aber grundsätzlich dem Staat. Das hat das BVerfG festgestellt<sup>94</sup> und folgt einfachrechtlich aus § 3 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 BStG. Derartige Maßnahmen zur Gefahrenabwehr gehen mit der Beeinträchtigung der Rechte Dritter einher. Wegen des staatlichen Gewaltmonopols ist dazu der Staat, nicht aber der Private berechtigt. Die Sonderregelung durchbricht also das staatliche Gewaltmonopol und weist eine gewisse Nähe zur Verwaltungsprivatisierung auf.<sup>95</sup> Diese setzt eine staatliche Veranlassung voraus, wobei typischerweise der Staat mit dem Privaten einen entsprechenden Vertrag abschließt.<sup>96</sup> Hier könnte die staatliche Veranlassung darin erblickt werden, dass eine Rechtsnorm

geschaffen wird, welche die Wahrnehmung einer staatlichen Aufgabe durch einen Privaten für rechtmäßig erklärt. Dadurch wird ein vom Staat bezweckter Anreiz geschaffen, derartige Handlungen vorzunehmen. Im Rahmen der Verwaltungsprivatisierung trifft den Staat jedoch eine Gewährleistungsverantwortung.<sup>97</sup> Diese erfüllt der Staat vor allem dadurch, indem er den Privaten auswählt und überwacht.<sup>98</sup> Ferner wird vertreten, dass die Befugnisse des Privaten nicht über diejenigen des Staates hinausgehen dürfen.<sup>99</sup>

Eine Auswahl und Überwachung von IT-Sicherheitsforschern wäre höchst unpraktikabel. Es bedürfte dann aber eines rechtfertigenden Grundes, wieso diese Anforderungen nicht eingehalten werden. Da die Verwaltungsprivatisierung mit damit verbundenen Effizienzgewinnen gerechtfertigt wird, liegt in Effizienzgewinnen allein kein tragfähiger Begründungsansatz. Deutlich überzeugender erscheint es darauf abzustellen, dass angesichts der rasant fortschreitenden Digitalisierung das BSI auf Mithilfe von IT-Sicherheitsforschern zwingend angewiesen ist, um die IT-Sicherheit in Deutschland effektiv zu schützen. Solche Überlegungen werden auch in anderen Ländern angestellt, wie die Worte von Lord Arbuthnot of Edrom im House of Lords zeigen: „We cannot rely on the National Cyber Security Centre for everything, because even the Government cannot keep up with the speed of technological development (...).“<sup>100</sup> Im Folgenden wird daher davon ausgegangen, dass sich aus der Dogmatik der Verwaltungsprivatisierung keine zusätzlichen Anforderungen an die Ausgestaltung der Sonderregelung für IT-Sicherheitsforscher ergeben.

### 2. Vorschlag und Erläuterungen

Im rechtsvergleichenden Teil wurde herausgearbeitet, dass ein rechtsgebietsübergreifender Ansatz vorzugswürdig ist. Dafür reicht es nicht aus, lediglich einen strafrechtlichen Rechtfertigungsgrund zu schaffen. Wenn die Voraussetzungen eines strafrechtlichen Rechtfertigungsgrundes vorliegen, folgt daraus nicht zwangsläufig die Zivilrechtmäßigkeit der Handlung.<sup>101</sup> Dementsprechend bietet es sich an, eine Regelung mit rechtsgebietsübergreifender rechtfertigender Wirkung in einem eigenen Gesetz für IT-Sicherheitsforscher zu schaffen. In diesem Gesetz sollten auch Anforderungen an den Offenlegungsprozess statuiert werden. Verstöße gegen diese Anforderungen sollten aber allenfalls bußgeldbewehrt sein. Hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Regelung wäre es denkbar, zwischen den vier Phasen zu differenzieren und für jede einen eigenständigen Rechtfertigungsgrund zu schaffen. Möglich erscheint es aber auch, nur einen Rechtfertigungsgrund vorzusehen, der wie folgt lauten könnte:

<sup>94</sup> BVerfG NVwZ 2021, 1361 Rn. 33.

<sup>95</sup> Es besteht weder hinsichtlich des Begriffs noch der Arten der Verwaltungsprivatisierung Einigkeit, vgl. für einen Überblick Schmitz, in: *Stelkens/Bonk/Sachs* (Hrsg.), *Verwaltungsverfahrensgesetz*, 10. Aufl. 2023, § 1 Rn. 121 ff.; *Gröpl*, in: *Herzog et al.* (Hrsg.), *Grundgesetz*, 102. EL August 2023, Art. 90 Rn. 42 ff.

<sup>96</sup> Vgl. *Burgi*, *Funktionale Privatisierung und Verwaltungshilfe*, 1999, S. 11, 162 ff.

<sup>97</sup> Vgl. *Stober* NJW 2008, 2301, 2305, 2308.

<sup>98</sup> *Kämmerer*, in: *Ehlers/Fehling/Pünder* (Hrsg.), *Besonderes Verwaltungsrecht – Band 1*, 4. Aufl. 2019, Rn. 96.

<sup>99</sup> Vgl. etwa *Möstl*, *Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung*, 2002, S. 360.

<sup>100</sup> <https://hansard.parliament.uk/Lords/2022-06-21/debates/999E4935-C3F0-4831-98AB-F63DF5746B62/ProductSecurityAndTelecommunicationsInfrastructureBill>.

<sup>101</sup> Dazu *Roxin/Greco* (Fn. 87), § 14 Rn. 31, 33 ff.

Eine Handlung ist nicht rechtswidrig, wenn

1. tatsächliche Anhaltspunkte für das Bestehen einer Sicherheitslücke vorliegen,
2. sie in der Absicht vorgenommen wird, einen Verantwortlichen über diese Sicherheitslücke zu informieren und sie dafür erforderlich ist und
3. einer Rechtfertigung nicht erkennbar überwiegende Interessen entgegenstehen.

Für den Begriff der Sicherheitslücke bietet sich eine Anknüpfung an die Definition in § 2 Abs. 6 BSIG an. Demnach sind Sicherheitslücken Eigenschaften von informationstechnischen Systemen, die von Dritten ausgenutzt werden können, um sich gegen den Willen des Berechtigten Zugang zu fremden informationstechnischen Systemen zu verschaffen oder deren Funktionen zu beeinflussen, beispielsweise indem sie abgeschaltet werden.<sup>102</sup>

In Nr. 2 ist ein positives Absichtserfordernis enthalten, das, wie im rechtsvergleichenden Teil herausgearbeitet wurde, vorzugswürdig ist. Mit den Verantwortlichen sind die für das informationstechnische System Verantwortlichen<sup>103</sup>, aber auch das BSI als zuständige Behörde für IT-Sicherheit, gemeint. Beabsichtigt der IT-Sicherheitsforscher, die Öffentlichkeit von der Sicherheitslücke zu informieren, macht er sich strafbar. Denn solche Veröffentlichungen sind gefährlich, weil viele Personen von der Sicherheitslücke Kenntnis erlangen und sie ausnutzen können. Ferner können solche Veröffentlichungen für Betroffene sehr beeinträchtigend sein. Die Entscheidung über eine solch gefährliche und beeinträchtigende Maßnahme sollte dem BSI obliegen. Deswegen muss der IT-Sicherheitsforscher beabsichtigen, sich im Falle unkooperativen Verhaltens des für das informationstechnische System Verantwortlichen an das BSI zu wenden. Das BSI entscheidet dann, ob es die Öffentlichkeit nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 lit. a BSIG informiert und warnt. Zwar mag eine Mitteilung an das BSI für viele IT-Sicherheitsforscher unattraktiv sein. Dem BSI wird teilweise unterstellt, solche Mitteilungen nicht zur Verbesserung der IT-Sicherheit zu nutzen, sondern sie an andere Behörden weiterzugeben.<sup>104</sup> Das widerspricht dem Interesse der IT-Sicherheitsforscher, die ausschließlich dazu beitragen wollen, die IT-Sicherheit zu verbessern.<sup>105</sup> Selbst wenn eine solche Praxis des BSI bestünde, läge darin jedoch kein überzeugender Einwand gegen den hier unterbreiteten Vorschlag. Nach dem BVerfG darf eine Behörde eine

Sicherheitslücke nur offenhalten, wenn in einem Gesetz geregelt ist, wie der Zielkonflikt zwischen dem Schutz der IT-Sicherheit und der Durchführung gefahrenabwehrrechtlicher Maßnahmen aufzulösen ist.<sup>106</sup> Ferner muss die Schließung der Sicherheitslücke veranlasst werden, wenn nicht das Interesse daran, sie offenzuhalten, überwiegt.<sup>107</sup> Sind diese Voraussetzungen erfüllt, steht damit fest, dass solche Sicherheitslücken offengehalten werden dürfen.<sup>108</sup> Diese Wertung werden viele IT-Sicherheitsforscher zwar nicht teilen. Der Sonderregelung sollten aber nicht die Wertungen der IT-Sicherheitsforscher, sondern die Wertungen des Gesetzes zugrunde liegen.

Der Rechtfertigungsgrund umfasst nur Handlungen, um die Sicherheitslücke aufzudecken, um dann einen Betroffenen darüber zu informieren. IT-Sicherheitsforscher nehmen aber auch andere Handlungen vor. Etwa versuchen sie, die Folgen der Ausnutzung einer Sicherheitslücke abzumildern und Angriffe zu verfolgen. Diese Handlungen sind vom Rechtfertigungsgrund nicht erfasst, weil hier eine Einwilligung eingeholt werden sollte.<sup>109</sup> Ist das nicht möglich, müssen derartige Handlungen unterbleiben.

Ein weiterer wichtiger Punkt betrifft die Frage, ob Motivbündel eine Rechtfertigung ausschließen, etwa wenn der IT-Sicherheitsforscher eine nachträgliche Entlohnung beabsichtigt oder zu Profilierungszwecken handelt. Im schweizerischen und polnischen Strafrecht würde bei solchen Motivbündeln bestraft. Das ist wenig überzeugend, weil diese hinzutretenden Motive nichts daran ändern, dass die Handlung des IT-Sicherheitsforschers sozial wünschenswert ist. Derartige Motivbündel sind daher für die Rechtfertigung unschädlich.

In Nr. 2 wird ferner vorausgesetzt, dass die Handlung erforderlich sein muss, um einen Verantwortlichen über die Sicherheitslücke zu informieren. Die Handlung muss also dafür geeignet und das relativ mildeste Mittel sein. Das ist aus einer objektiven ex-ante Perspektive zu bestimmen. Wie im belgischen Recht bezieht sich dieses Erfordernis nicht nur auf die Mitteilungsphase, sondern auf alle vier Phasen.

Die Nr. 3 soll eine Rechtfertigung ausschließen, wenn dieser erkennbar überwiegende Interessen entgegenstehen. Um der Rechtssicherheit Rechnung zu tragen, ist das Merkmal der Erkennbarkeit vorgesehen.<sup>110</sup> Einer

<sup>102</sup> BT-Drs. 16/11967, 12.

<sup>103</sup> Zu diesem Begriff vgl. Ritter, in: Kipker/Reusch/Ritter (Hrsg.), Recht der Informationssicherheit, 2023, § 7b BSIG Rn. 10.

<sup>104</sup> Vgl. die Stellungnahme der Arbeitsgemeinschaft Kritische Infrastrukturen zur öffentlichen Anhörung im Ausschuss für Digitales im Bundestag, 25. Januar 2023, S. 12, <https://www.bundestag.de/resource/blob/929948/d607e3604be4c777cd8186265a912386/Stellungnahme-Atug-data.pdf>.

<sup>105</sup> Ebd.

<sup>106</sup> BVerfG NVwZ 2021, 1361 Rn. 44. Das Bundesverfassungsrecht entschied nur über Quellen-Telekommunikationsüberwachungen zur Gefahrenabwehr, doch dürfte die Entscheidung auch auf andere Gefahrenabwehrmaßnahmen übertragbar sein.

<sup>107</sup> Vgl. BVerfG NVwZ 2021, 1361 Rn. 44.

<sup>108</sup> Jedenfalls solange das im Koalitionsvertrag 2021-2025 auf S. 87 geschilderte Vorhaben nicht umgesetzt ist. Demnach soll es dem Staat zukünftig verboten sein, Sicherheitslücken offenzuhalten, und das BSI verpflichtet werden, auf die Schließung jeglicher Sicherheitslücken hinzuwirken.

<sup>109</sup> An der Verfolgung von Angriffen besteht ein geringeres gesamtgesellschaftliches Interesse als an ihrer Vermeidung, da Prävention wichtiger ist als Repression. Hingegen dient es präventiven Zwecken, die Folgen der Ausnutzung der IT-Sicherheitslücke abzumildern. Trotzdem dürfte das Interesse daran, Sicherheitslücken aufzudecken und zu schließen, deutlich größer sein. Indes erscheint es diskutabel, den Rechtfertigungsgrund so zu fassen, dass er auch solche abmildernden Maßnahmen erfasst.

<sup>110</sup> Dieses Merkmal ist dem Polizeirecht entnommen, vgl. etwa § 15 Abs. 2 BPolG und die allgemeinen Landespolizeigesetze, siehe auch Goldhammer, in: Beck'scher Online-

Rechtfertigung stehen erkennbar überwiegende Interessen entgegen, wenn die erwartbaren Nachteile der Handlung die erwartbaren Vorteile *eindeutig* überwiegen. Angesichts des hohen Stellenwertes der IT-Sicherheit wird eine Rechtfertigung nur in Ausnahmefällen wegen Nr. 3 ausgeschlossen sein.

## VI. Ausblick

Es besteht größtenteils Einigkeit darüber, dass die Risiken einer Strafverfolgung für IT-Sicherheitsforscher reduziert werden sollen. Für die Umsetzung dieses Ziels gibt es

unterschiedliche Ansätze, wie der Länderbericht beweist. In der Diskussion über die Umsetzung sollte insbesondere berücksichtigt werden, ob sich aus der Nähe zur Verwaltungsprivatisierung besondere Anforderungen ergeben. Müssen IT-Sicherheitsforscher zuvor ausgewählt und überwacht werden? Dürfen ihre Befugnisse weitergehen als diejenigen des BSI? Antworten auf diese Fragen sind unerlässlich, um zu entscheiden, wie die Regelung ausgestaltet werden soll. Fest steht in jedem Fall: IT-Sicherheitsforscher benötigen für ihre wichtige Tätigkeit deutlich mehr Rechtssicherheit. Der Gesetzgeber ist gefordert, diese Rechtssicherheit herzustellen.

### Aufsätze und Anmerkungen

# Rechtsdogmatische und rechtspolitische Anmerkungen zu BGH HRRS 2023 Nr. 1418 unter dem Gesichtspunkt des § 435 Abs. 4 StPO

Von Philipp Rhein, LL.B., Hamburg\*

## I. Einleitung

Die dem Beschluss des Großen Strafsenates vom 23. Mai 2023 (GSSt 1/23) zugrunde liegende Argumentation wurde bereits erschöpfend aufgearbeitet. Schon der 3. Strafsenat hatte seine Entscheidung, die Einziehung eines durch eine verjährte Straftat erlangten Wertes des Tatertrags nach § 76a Abs. 2 S. 1 StGB im selben Urteil anzuordnen, in dem das Verfahren nach § 260 Abs. 3 StPO eingestellt wurde, eingehend begründet.<sup>1</sup> Auf dessen Anfrage bestätigten der 1. Strafsenat<sup>2</sup> und der 2. Strafsenat<sup>3</sup> ihre konträre Rechtsprechung, während der 4. Strafsenat<sup>4</sup> und der 5. Strafsenat<sup>5</sup> sich von den Argumenten des 3. Strafsenates überzeugen ließen – wiederum jeweils mit eigener argumentativer Auseinandersetzung. Dieser judikative Diskurs wurde begleitet durch mehrere rechtswissenschaftliche Anmerkungen.<sup>6</sup> Begrüßenswerterweise hat sich der Große Strafsenat in seinem Beschluss mit sämtlichen Auffassungen – sowohl der einzelnen Strafsenate als auch der Literaturstimmen – eingehend

auseinandergesetzt und diese wiederum in seine Begründung einfließen lassen.<sup>7</sup> Angesichts dessen darf auf eine weitere Diskussion der die Entscheidung tragenden Argumente mit gutem Gewissen verzichtet werden.<sup>8</sup>

Der hiesige Beitrag will sich daher nicht mit den bereits in den Beschlussgründen erörterten Fragen beschäftigen, sondern sich vielmehr auf einen Aspekt konzentrieren, der bislang nicht von den Strafsenaten und kaum<sup>9</sup> in der rechtswissenschaftlichen Literatur hierzu angesprochen wurde: die Regelung des § 435 Abs. 4 StPO.

Sofern der Große Strafsenat nämlich den Übergang in ein objektives Verfahren für die Anordnung selbstständiger Einziehung nicht als erforderlich erachtet, übergeht er die durch § 435 Abs. 4 StPO geschaffene Unterschiedlichkeit zwischen dem subjektiven und dem objektiven Verfahren hinsichtlich der verwendbaren Beweismittel und schafft so eine dogmatische Friktion (hierzu unter II.). Jedoch ist die Regelung des § 435 Abs. 4 StPO aus mehreren

Kommentar Polizei- und Sicherheitsrecht Bayern, 23. Ed. Stand 01.10.2023, PAG Art. 4 Rn. 136.

\* Der Autor ist Wissenschaftlicher Mitarbeiter in der Kanzlei NEUWERK sowie Rechtsreferendar am Hanseatischen Oberlandesgericht.

<sup>1</sup> BGHSt 66, 83 = HRRS 2022 Nr. 36; anders noch BGH HRRS 2021 Nr. 158 Rn. 10.

<sup>2</sup> BGH HRRS 2022 Nr. 671.

<sup>3</sup> BGH HRRS 2023 Nr. 308.

<sup>4</sup> BGH Beschl. v. 30. März 2022 – 4 ARs 15/21 zitiert nach BGH HRRS 2023 Nr. 1418 Rn. 11.

<sup>5</sup> BGH HRRS 2022 Nr. 299.

<sup>6</sup> *El-Ghazi* NSTZ 2022, 255; *Lantermann* NSTZ-RR 2022, 85; *Zivanic* JR 2022, 196; *Zivanic* JR 2023, 240; *Hüls* ZWH 2023, 239; ebenso hierzu NK-StGB/*Saliger*, 6. Aufl. (2023), § 76a Rn. 13.

<sup>7</sup> Beifällig *Deutscher* StRR 2024, 20, 22.

<sup>8</sup> Überdies sei auch die Anmerkung von *Eberz* NZWiSt 2024, 66 verwiesen.

<sup>9</sup> Hierzu nun erstmals *Eberz* NZWiSt 2024, 66, 68 f.

Gründen ihrerseits derart kritikwürdig, dass die durch sie verursachte Unstimmigkeit einer rechtspolitischen Einordnung bedarf (hierzu unter III.).

## II. Rechtsdogmatischer Problemaufriss der Entscheidung

Die durch den Beschluss des Großen Strafsenates hervorgerufene Inkongruenz offenbart sich, wenn man vergleicht, welche Erkenntnisse zur Anordnung einer selbstständigen Einziehung im objektiven Verfahren nach vorherigen Ermittlungen im subjektiven Verfahren herangezogen werden dürften (hierzu unter 1.) und welche, wenn ein solcher Übergang nicht (notwendigerweise) erfolgen würde (hierzu unter 2.)

### 1. Rechtslage bei (notwendigem) Übergang vom subjektiven ins objektive Verfahren

Im Gegensatz zum subjektiven Verfahren sind die zulässigen Beweismittel im objektiven Verfahren durch § 435 Abs. 4 StPO beschränkt. Dies gilt ausweislich des Wortlautes von § 435 Abs. 4 S. 1 StPO jedenfalls im Rahmen von Ermittlungen, die ausschließlich der Durchführung eines selbstständigen Einziehungsverfahrens dienen sollen. Neben der Gestaltung eines objektiven Vorverfahrens entfaltet der § 435 Abs. 4 StPO aber auch dann Wirkung, wenn zunächst Erkenntnisse in einem subjektiven Ermittlungsverfahren gesammelt und sodann in ein objektives Einziehungsverfahren übergeleitet werden.<sup>10</sup>

#### a) Rechtfertigungsbedürftige Weiternutzung bei Übergang ins objektive Verfahren

Nach der Rechtsprechung des BVerfG können einmal erhobene Daten nicht ohne weiteres weiterverwendet werden.<sup>11</sup> Dreh- und Angelpunkte sind dabei einerseits der Zweck, zu dem die Daten erhoben wurden, und andererseits der Zweck, zu dem sie verwendet werden sollen. So dürfen zwar Daten ohne weiteres („– als innere Konsequenz der Ermächtigung zur Datenerhebung –“<sup>12</sup>) ihrem Erhebungszweck entsprechend verwendet werden. Sollen die Daten jedoch für einen anderen Zweck verwendet werden, stellt dies einen eigenen Eingriff in die Grundrechte des Betroffenen dar, der sich gerade nicht als logische Konsequenz aus der Ermächtigungsgrundlage für die Datenerhebung ableiten lässt und daher einer eigenen Rechtfertigungsgrundlage bedarf.<sup>13</sup>

Bei der Überleitung eines subjektiven Verfahrens in ein objektives stellt sich daher die Frage, „ob sich die Nutzung

der im vorangegangenen subjektiven Verfahren erhobenen Daten in dem sich nach Überleitung anschließenden objektiven Verfahren bloß als (unkritische) zweckrealisierende Nutzung, oder aber als rechtfertigungsbedürftige Weiternutzung in einem anderen Verfahren darstellt.“<sup>14</sup> Dies beurteilt sich danach, ob der Zweck, zu dem die Daten im objektiven Verfahren verwendet werden würden, dem Zweck entspricht, zu dem sie im subjektiven Verfahren erhoben wurden.

Angesichts dieses Maßstabs ist von einer rechtfertigungsbedürftigen Weiternutzung auszugehen. Dass mit dem Verfahrensübergang auch die Zielrichtung wechselt, ergibt sich bereits aus den Gesetzesunterlagen, wonach „das selbständige Einziehungsverfahren nicht auf die Bestrafung (oder im Sicherungsverfahren die Sicherung) einer bestimmten Person gerichtet ist. Die Ermittlungen dienen nicht der Durchsetzung des staatlichen Straf- beziehungsweise des den Maßregeln der Besserung und Sicherung zugrundeliegenden Sicherheitsanspruchs, sondern allein der Durchsetzung, der mit der Einziehung verfolgten Ziele (insbesondere der Wiederherstellung der rechtmäßigen Vermögenslage).“<sup>15</sup> Ob man dem objektiven Verfahren deshalb eine gänzlich andere Zielrichtung zuschreibt<sup>16</sup>, oder hierin nur ein Minus zum subjektiven Verfahren<sup>17</sup> sieht, ist nicht entscheidend. Beides ist richtigerweise als Zweckänderung einzuordnen. Während nach der erstgenannten Auffassung eine Zweckänderung auf der Hand liegt, kann sie auch nach der zweitgenannten Ansicht kaum verneint werden. Denn auch das Minus bzw. auch die Amputation eines Teils der Zwecke des subjektiven Verfahrens beim Übergang in ein objektives Verfahren<sup>18</sup> ändert den Verfahrenszweck.

Sofern demgegenüber argumentiert wird, dass sich durch die Beschränkung der Zwecke nichts „an der Gesamtzielrichtung (General- bzw. Spezialprävention) oder am tatsächlichen Verfahrensgegenstand (Einziehung eines bestimmten inkriminierten Gegenstandes) [...] ändern würde“<sup>19</sup>, berührt dies die hier vertretene Beurteilung nicht. Zum Ersten kann ein übereinstimmender Zweck von subjektivem und objektivem Verfahren nicht aus den übergeordneten Strafzwecken begründet werden. Die Zweckbestimmung erfordert nämlich eine gewisse Konkretheit<sup>20</sup>, da anderenfalls „nicht mehr abzusehen [ist], ob sich die Weitergabe in den Grenzen des zur Zweckerfüllung Erforderlichen hält“<sup>21</sup>. Daran gemessen, sind allgemeine Verfahrenszwecke wie General- und Spezialprävention keineswegs hinreichend konkret. Auch praktisch hätte ein solch extensives Zweckverständnis zur Konsequenz, dass man jeder strafprozessualen Maßnahme denselben Zweck – nämlich General- und Spezialprävention – unterstellen und folglich einen freien Informationsfluss zwischen sämtlichen Strafverfahren ohne gesonderte

<sup>10</sup> Eingehend hierzu erstmals *Zimmermann* NZWiSt 2023, 161, 165 ff.

<sup>11</sup> Statt aller BVerfGE 141, 220 Rn. 275 ff. mit zahlreichen weiteren Nachweisen aus der Rspr. des BVerfG.

<sup>12</sup> BVerfGE 141, 220 Rn. 296.

<sup>13</sup> Deutlich BVerfGE 141, 220 Rn. 285.

<sup>14</sup> *Zimmermann* NZWiSt 2023, 161, 165.

<sup>15</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 110.

<sup>16</sup> So Löwe/Rosenberg/Gaede, 27. Aufl. (2022), StPO § 435 Rn. 63; zustimmend *Eberz* NZWiSt 2024, 66, 68.

<sup>17</sup> So wohl *Zimmermann* NZWiSt 2023, 161, 165 f.

<sup>18</sup> Ähnlich die Formulierung von *Zimmermann* NZWiSt 2023, 161, 165 f.

<sup>19</sup> *Zimmermann* NZWiSt 2023, 161, 166.

<sup>20</sup> Statt vieler *Singelstein* NSTZ 2020, 639, 640 auch unter Verweis auf § 500 Abs.1 StPO i.V.m. § 47 Nr. 2 BDSG sowie m.w.N.

<sup>21</sup> BVerfGE 65, 1 = NJW 1984, 419 (427).

Rechtfertigungsgrundlage erlauben müsste. Das würde den verfassungsrechtlichen Grundsatz der Zweckbindung im Strafverfahren gänzlich denaturieren. Zum Zweiten führt die Teilidentität von subjektivem und objektivem Verfahren in Bezug auf die Einziehung eines bestimmten Gegenstandes bzw. Wertes nicht dazu, dass eine Zweckänderung verneint werden könnte. Im Gegenteil belegt der Umstand, dass die Verfahren eben nur teilweise gleichgerichtet sind, die unterschiedliche Zweckrichtung.

## b) Umfang der Rechtfertigung einer Weiternutzung

Daraus ergibt sich, dass Informationen, die im subjektiven Verfahren erlangt wurden, nicht ohne gesetzliche Grundlage im objektiven Verfahren weiterverwendet werden dürfen.<sup>22</sup>

Eine solche Grundlage für den speziellen Regelungsbe-  
reich ergibt sich nicht aus den §§ 435 ff. StPO. In Betracht kommt aber eine analoge Anwendung der allgemeinen Regelung des § 479 Abs. 2 S. 1 StPO.<sup>23</sup> Unmittelbar ist diese Norm nicht anwendbar, denn sie setzt ein „anderes Strafverfahren“ voraus; hierunter wird im Allgemeinen ein (subjektives) Strafverfahren verstanden<sup>24</sup>, das eine andere prozessuale Tat betrifft, nicht aber ein dieselbe Tat betreffendes, jedoch anders strukturiertes Verfahren. Die Voraussetzungen für eine analoge Anwendung liegen jedoch vor. Für die Weiternutzung von im subjektiven Verfahren erlangten Erkenntnissen in einem anschließenden objektiven Verfahren besteht eine Regelungslücke. In Anbetracht dessen, dass der Gesetzgeber offensichtlich davon ausgeht, dass es möglich sei, nach Abschluss der Ermittlungen in einem subjektiven Verfahren ggf. in das objektive Verfahren überzuleiten, ohne die Ermittlungsergebnisse sämtlich neu erheben zu müssen<sup>25</sup>, erweist sich diese Lücke als planwidrig.

Daher ist analog § 479 Abs. 2 S. 1 StPO i.V.m. § 161 Abs. 3 StPO zu prüfen, ob eine im subjektiven Strafverfahren erlangte Erkenntnis auch im objektiven Verfahren (im Sinne einer hypothetischen Datenneuerhebung<sup>26</sup>) hätte erlangt werden können.<sup>27</sup>

Hierbei kommt nunmehr insbesondere der Beschränkung des § 435 Abs. 4 StPO maßgebliche Bedeutung zu. Danach sind insbesondere die in den §§ 98a, 99, 100a bis 100f, 100h, 100i, 110a, 163d bis 163g StPO genannten Maßnahmen im objektiven Verfahren ausgeschlossen. Erkenntnisse, die aus diesen – im subjektiven Verfahren zulässigen – Maßnahmen stammen, hätten somit im objektiven Verfahren nicht erlangt werden können. Sie dürfen daher im objektiven Verfahren auch nicht (weiter-)verwendet und

so im Ergebnis nicht für die Anordnung einer selbstständigen Einziehung herangezogen werden.<sup>28</sup>

Ergänzend sei betont, dass dieses Ergebnis auch von Vertretern der Gegenansicht nicht grundsätzlich in Abrede gestellt wird. Vielmehr wird das hier gefundene Ergebnis auch danach jedenfalls für die Maßnahmen der Wohnraumüberwachung und der Online-Durchsuchung bzw. die hieraus erlangten Informationen für richtig gehalten.<sup>29</sup> Insofern unterscheidet sich die hier vertretene Auffassung nicht grundsätzlich, sondern nur hinsichtlich der Reichweite von der Gegenauffassung. Die sogleich skizzierten Unstimmigkeiten stellen sich daher letztlich nach jeder Auffassung.

## 2. Situation ohne Verfahrensübergang nach der Auffassung des Großen Strafsenates

Konträr zu den soeben skizzierten Überlegungen steht die Rechtslage, wenn – wie vom Großen Strafsenat nunmehr ausdrücklich gebilligt – die (selbstständige) Einziehung im subjektiven Verfahren angeordnet wird. Hierbei können sämtliche zuvor gewonnenen Erkenntnisse dem Urteil – und damit auch der Entscheidung über die selbstständige Einziehung als Teilaspekt hiervon – zugrunde gelegt werden.<sup>30</sup>

Zwar beruht die Rechtfertigungsbedürftigkeit einer Weiternutzung nicht auf einem formalen Verfahrenswechsel, sondern allein auf der Änderung des Verwendungszwecks im Vergleich zum Erhebungszweck. Soweit aber in einem subjektiven Verfahren Erkenntnisse gesammelt und dieses subjektive Verfahren schließlich durch ein Urteil abgeschlossen wird, werden die Erkenntnisse letztlich zu demselben Zweck verwendet, zu dem sie erhoben wurden.

## 3. Fazit

Es zeigt sich, dass es einen grundlegenden und für die Praxis höchst relevanten Unterschied macht, ob die selbstständige Einziehung noch im subjektiven Verfahren oder erst nach Übergang in ein objektives Verfahren angeordnet werden kann. Im ersten Fall können sämtliche im (subjektiven) Ermittlungsverfahren erlangten Erkenntnisse zur Begründung der Einziehungsentscheidung herangezogen werden. Im zweiten Fall kann sich das Gericht diesbezüglich nur auf solche Erkenntnisse stützen, die es auch im objektiven Ermittlungsverfahren, d.h. namentlich unter der Beschränkung des § 435 Abs. 4 StPO, hätte erheben dürfen.<sup>31</sup>

<sup>22</sup> A.A. Zimmermann NZWiSt 2023, 161, 166.

<sup>23</sup> Auf die diese Regelung ergänzenden Normen, z.B. § 100e Abs. 6 StPO, kommt es wegen der Beschränkungen des § 435 Abs. 4 StPO nicht an.

<sup>24</sup> Statt aller Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, 66. Aufl. (2023), StPO § 479 Rn. 3.

<sup>25</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 109.

<sup>26</sup> Eingehend zu diesem Begriff Schneider GSZ 2022, 1.

<sup>27</sup> Ebenso das Verständnis von § 161 Abs. 3 StPO im Kontext des objektiven Verfahrens bei Zimmermann NZWiSt 2023, 161, 166 f.

<sup>28</sup> A.A. grundsätzlich Zimmermann NZWiSt 2023, 161, 166.

<sup>29</sup> Zimmermann NZWiSt 2023, 161, 166 in Fn. 53 unter Verweis auf die diesbezüglichen Besonderheiten nach BVerfGE 162, 1 = NJW 2022, 1583 Rn. 228; anders scheinbar Eberz NZWiSt 2024, 66, 68, jedoch ohne Auseinandersetzung.

<sup>30</sup> Ebenso Eberz NZWiSt 2024, 66, 68.

<sup>31</sup> Diese Gegenüberstellung findet sich auch bei Eberz NZWiSt 2024, 66, 68, jedoch ohne die Schlussfolgerung einer hierin liegenden Dissonanz.

Angesichts dessen kann kaum davon gesprochen werden, dass die Entscheidung des Großen Strafsenates allein prozessökonomisierend wirke.<sup>32</sup> Vielmehr eröffnet sie den Strafgerichten bei der Anordnung selbstständiger Einziehung Beweismittel, die im objektiven Verfahren nicht zur Verfügung gestanden hätten. Eine Begründung für diese Ungleichbehandlung liefert der Große Strafsenat nicht. Es ist auch nicht ersichtlich, warum derart profunde Beweisfragen davon anhängen sollten, ob sich z.B. die Verjährung der Anlasstat bereits im Ermittlungsverfahren herausstellt (und dann statt Anklageerhebung nur noch ein objektives Verfahren für die Anordnung selbstständiger Einziehung offensteht) oder erst im Hauptverfahren.<sup>33</sup>

### III. Rechtspolitische Perspektivierung des § 435 Abs. 4 StPO

Dass der Große Strafsenat diese rechtsdogmatischen Dissonanzen in seinen Gründen nicht angesprochen und den § 435 Abs. 4 StPO argumentativ allenfalls gestreift hat<sup>34</sup>, ist misslich. Gleichwohl stellt die oben ausgeführte Friktion die Richtigkeit der Entscheidung nicht zwingend infrage. Statt dem Großen Strafsenat vorzuwerfen, er habe dogmatische Unstimmigkeiten geschaffen, könnte man das aufgeworfene Problem auch als Symptome einer gesetzgeberischen Fehlkonstruktion diagnostizieren.<sup>35</sup> Der § 435 Abs. 4 StPO ist seinerseits rechtspolitisch durchaus fragwürdig.<sup>36</sup>

Schon die der Regelung zugrundeliegende Annahme des Gesetzgebers, wonach die Ermittlungsbefugnisse im objektiven Verfahren wegen des weniger gewichtigen Zwecks<sup>37</sup> unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit begrenzt werden müssen<sup>38</sup>, stößt zum Teil auf Ablehnung.<sup>39</sup> Darüber hinaus wird kritisiert, dass die Vorschrift systematisch inkonsequent positioniert ist.<sup>40</sup> Basiert die Beschränkung des § 435 Abs. 4 StPO nämlich auf dem Gedanken der Verhältnismäßigkeit bezüglich nicht-beschuldigter Einziehungsbeteiligten, so wäre diese Überlegung nicht auf das objektive Verfahren zu beschränken, sondern müsste konsequenterweise auch dem nicht-beschuldigtem Einziehungsbeteiligten im subjektiven Verfahren zugutekommen. Insofern widerspricht die – der systematischen Stellung des § 435 Abs. 4 StPO zu entnehmende – Beschränkung der Norm auf das objektive Verfahren ihrem Telos.<sup>41</sup>

Eine Erstreckung der Regelung auch auf das subjektive Verfahren würde dieser Kritik zwar entgegenkommen und die oben beschriebenen Unstimmigkeiten beseitigen. Allerdings bliebe auch dann ein – bisher nicht diskutierter – systematischer Bruch zwischen § 435 Abs. 4 StPO und § 459g Abs. 3 StPO bestehen: Nach § 459g Abs. 3 StPO kann sich die Staatsanwaltschaft als Vollstreckungsbehörde bei der Vollstreckung einer rechtskräftigen Einziehungsforderung zusätzlicher, ansonsten bei der Strafvollstreckung nicht vorgesehener Maßnahmen bedienen. Unter diesen in § 459g Abs. 3 S. 1 StPO abschließend aufgelisteten Maßnahmen findet sich auch die Durchsuchung nach § 102 StPO; eine solche wird wiederum von § 435 Abs. 4 StPO ausgeschlossen. Die Folge ist, dass der Staatsanwaltschaft in der Vollstreckung einer (rechtskräftig abgeurteilten) Einziehung eingriffsintensivere Mittel zur Verfügung stehen als bei den diesbezüglichen Ermittlungen im objektiven Verfahren. Der nicht-beschuldigte Einziehungsbeteiligte wird einerseits zwar durch § 435 Abs. 4 StPO im (objektiven) Ermittlungsverfahren aus Verhältnismäßigkeitsgründen geschont, muss andererseits jedoch im Vollstreckungsverfahren schwerere Grundrechtseingriffe dulden als jeder verurteilte Straftäter bei der Beitreibung einer Geldstrafe. Die diesem Wertungswiderspruch zugrundeliegende mangelhafte gesetzgeberische Abstimmung der Verfahrensstadien ist vor allem deshalb wenig nachvollziehbar, weil sich die die Verhältnismäßigkeit betonende Gesetzgebung zu § 435 Abs. 4 StPO<sup>42</sup> in der BT-Drs. 19/27654 unmittelbar vor der Begründung zu § 459g Abs. 3 StPO, die allein die Effektivität der Vermögensabschöpfung in den Blick nimmt<sup>43</sup>, befindet. Insofern wird die Problematik bereits bei bloßer Lektüre der BT-Drs. 19/27654 augenfällig.

Im Ergebnis sind zwar die Ansätze einer Eingrenzung der Einziehung aufgrund von Verhältnismäßigkeitsüberlegungen ohne weiteres zu begrüßen. Jedoch erweist sich ihre Ausgestaltung in § 435 Abs. 4 StPO mindestens als unausgereift und (sowohl hinsichtlich der systematischen Verortung im objektiven Verfahren als auch mit Blick auf § 459g Abs. 3 StPO) insgesamt als inkonsequent ausgestaltet. Im Rahmen seiner Reform im Jahr 2017 hatte der Gesetzgeber vor allem die Effektivität der Vermögensabschöpfung – vom BVerfG als überragend wichtigen Gemeinwohlbelang geadelt<sup>44</sup> – in den Fokus gestellt. Sofern nunmehr die Verhältnismäßigkeit in den Blick rücken soll<sup>45</sup>, führen allein punktuelle Korrekturen – wie die

<sup>32</sup> So aber *Deutscher StRR* 2024, 20, 22; ähnlich *El-Ghazi NStZ* 2022, 255, 256; *Hüls ZWH* 2023, 239, 242; *Eberz NZWiSt* 2024, 66, 69.

<sup>33</sup> Zurecht weist *Eberz NZWiSt* 2024, 66, 69 darüber hinaus darauf hin, dass bei „willkürliche[r] Verkennung der eingetretenen Verjährung durch die Strafverfolgungsbehörden [...] in Bezug auf die unbeschränkt ermittelten Tatsachen ein Beweisverwertungsverbot in Betracht kommen“ könnte.

<sup>34</sup> BGH HRRS 2023 Nr. 1418 Rn. 54.

<sup>35</sup> In diese Richtung könnten auch die Überlegungen von *Eberz NZWiSt* 2024, 66, 68 f. zu deuten sein, die aus der beweiserrechtlichen Unterschiedlichkeit zwischen der Anordnung selbstständiger Einziehung im subjektiven bzw. objektiven Verfahren keinen dogmatischen Konflikt ableiten.

<sup>36</sup> Eingehend *Zimmermann NZWiSt* 2023, 161, 163 ff.

<sup>37</sup> Siehe hierzu oben unter II. 1. a).

<sup>38</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 110.

<sup>39</sup> *Zimmermann NZWiSt* 2023, 161, 163 f. m.w.N. zu zustimmenden Stimmen in der Literatur.

<sup>40</sup> BeckOK StPO/*Temming*, 50. Ed. (1.1.2024), § 435 Rn. 13.1.

<sup>41</sup> BeckOK StPO/*Temming*, 50. Ed. (1.1.2024), § 435 Rn. 13.1 (“Die Regelung ist mithin in § 435 falsch verortet und müsste eher in § 424 enthalten sein.”); zustimmend *Zimmermann NZWiSt* 2023, 161, 164.

<sup>42</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 109 f.

<sup>43</sup> BT-Drs. 19/27654, S. 110 f., auch unter Verweis auf BT-Drs. 18/11640, S. 89.

<sup>44</sup> BVerfGE 156, 354 = HRRS 2021 Nr. 280 Rn. 161 ff.

<sup>45</sup> Hierfür plädierten bereits frühzeitig *Rönnau/Begemeier NZWiSt* 2016, 260 („Um Taterträge effektiver abschöpfen zu können, schlägt der RefE vor, mit Kanonen auch auf Spatzen zu schießen. Dem ist energisch zu widersprechen.“).



durch die Ausgestaltung des § 435 Abs. 4 StPO hervorgerufenen Friktionen belegen – nicht weit.

## IV. Dialektik der Kritiken und praktisches Fazit

Für die Rechtswissenschaft bleibt die Frage, wie den hier aufgezeigten Problemen begegnet werden kann: Indem man der Entscheidung des Großen Strafsenates entgegentritt? Oder indem man Kritik an der gesetzgeberischen Konzeption des § 435 Abs. 4 StPO übt? Bedenkt man, dass sich der dogmatische Bruch<sup>46</sup> gerade aus dem Zusammenwirken von § 435 Abs. 4 StPO als originär dem objektiven Verfahren zugeordnete Regel und der Auffassung des Großen Strafsenates ergibt, sind beide Ansätze denkbar. Das Wechselspiel beider Aspekte im Rahmen der Entscheidung des Großen Strafsenates macht die jeweilige Kritik, d.h. die rechtsdogmatische Kritik am Beschluss des Großen Strafsenates und die rechtspolitische Kritik an § 435 Abs. 4 StPO, gewissermaßen perspektivisch.

Weniger offen fällt das Fazit *de lege lata* aus. Trotz der berechtigten rechtspolitischen Zweifel kann die Regelung des § 435 Abs. 4 StPO nicht einfach übergangen oder aus ihrem systematischen Kontext herausgelöst werden; die Kritik entbindet den Rechtsanwender nicht von der Geltung der Norm. Mag man auch die oben<sup>47</sup> dargelegten dogmatischen Dissonanzen – nicht unberechtigtweise – als Folge gesetzesimmanenter Ungereimtheiten ansehen, so bringt diese Erkenntnis doch keine Lösung. Denn mit einem Verweis auf den gesetzgeberischen Willen lassen sich die durch die aktuelle Fassung des § 435 Abs. 4 StPO hervorgerufenen dogmatischen Brüche gerade nicht begründen. Die Praxis wird sich daher mit den Spannungen auseinandersetzen müssen, die – je nach Perspektive – durch

den Beschluss des Großen Strafsenates hervorgerufen wurden bzw. zwar *de lege lata* angelegt sind, aber durch den Beschluss des Großen Strafsenates flagrant geworden sind.<sup>48</sup> Die Entscheidung des Großen Strafsenates ist jedenfalls insofern kritikwürdig, als sie sich hiermit argumentativ nicht genügend auseinandersetzt.

## V. Ausblick

Einen Lichtblick gibt es jedoch *de lege ferenda*: Die 93. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister hat in ihrer Herbstkonferenz vom 10. November 2022 – auch in Anbetracht des Vorlagebeschlusses des 3. Strafsenates – deutlich zum Ausdruck gebracht, „dass die gegenwärtige rechtliche Regelung der §§ 435 ff. Strafprozessordnung zum Übergang vom subjektiven Verfahren in das objektive Einziehungsverfahren für jene Fallkonstellationen unnötig kompliziert ausgestaltet ist, in denen die selbständige Einziehung aus der Hauptverhandlung heraus gegen die zuvor angeklagte Person oder gegen eine solche Person beantragt wird, deren Einziehungsbeteiligung bereits im subjektiven Verfahren angeordnet worden war“.<sup>49</sup> Entsprechend wurde der Bundesminister für Justiz aufgefordert, einen gesetzlichen Regelungsvorschlag zu unterbreiten, und der Strafrechtausschuss der Konferenz um die Einrichtung einer diesbezüglichen Arbeitsgruppe gebeten.<sup>50</sup> Konkrete Ergebnisse stehen noch aus. Nachdem das Problem jedoch grundsätzlich erkannt wurde, bleibt zu hoffen, dass bald eine dogmatisch konsistente und zugleich praktikable(re) Lösung gefunden wird – wobei eine solche angesichts der hier skizzierten Erwägungen nicht ohne eine grundlegende Befassung mit § 435 Abs. 4 StPO auskommen dürfte.

<sup>46</sup> Siehe unter II.3.

<sup>47</sup> Ausführlich unter II.

<sup>48</sup> Anders offenbar Eberz NZWiSt 2024, 66, 68 f.

<sup>49</sup> Ziffer 2 des Beschlusses zu TOP II.13 der Herbstkonferenz der 93. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister (abrufbar unter <https://t1p.de/15bmj>; zuletzt abgerufen am 7. Februar 2024).

<sup>50</sup> Ziffer 3 u. 4 des Beschlusses zu TOP II.13 der Herbstkonferenz der 93. Konferenz der Justizministerinnen und Justizminister (abrufbar unter <https://t1p.de/15bmj>; zuletzt abgerufen am 14. März 2024); hierzu auch Bittmann WjJ 2024, 81, 82.

# Quo vadis Volksverhetzung?

Von Robin Kaltenhauser, München\*

## A. Einleitung

Seit der erneuten Eskalation des Nahostkonflikts nehmen antisemitische Äußerungen auch in Deutschland wieder zu. In der Folge werden Stimmen laut, die eine Verschärfung des Volksverhetzungstatbestandes in § 130 Abs. 1 StGB fordern.<sup>1</sup> Handlungsbedarf sieht unter anderem Prof. Dr. *Elisa Hoven* und *Alexandra Witting*.<sup>2</sup> In diesem Zusammenhang und um zu beurteilen, ob eine Verschärfung wirklich notwendig ist, lohnt sich ein Blick in die Geschichte des Tatbestands, sowie auf die Frage, was er eigentlich zu schützen versucht.

## B. Die Volksverhetzung – § 130 StGB

### I. Die historische Entwicklung des § 130 StGB

Vor 1871 war das Strafrecht Partikularstrafrecht.<sup>3</sup> Ein Tatbestand der Volksverhetzung, wie man ihn heute in § 130 Abs. 1 StGB findet, war dem Gemeinen Recht unbekannt. Gruppenfeindliche Äußerungen, die ehrverletzend, Hass erregend oder zu Gewaltmaßnahmen auffordernd wirken sollten, waren nicht eigens strafbewehrt. Anders war dies in Frankreich seit dem ersten Drittel des 19. Jahrhunderts.<sup>4</sup>

#### 1. Französisches Vorbild

Der erste Vorgänger der Volksverhetzung entwickelte sich in Frankreich, hier entstand 1819 die erste Strafandrohung

gegen Aufreizung zum Klassenkampf im Rahmen einer neuen Gesetzgebung über die Presse.<sup>5</sup> Diese hatte allerdings nur drei Jahre bestand. Sie wurde 1822 neu gefasst und umfasste sodann auch erstmals den Schutz des öffentlichen Friedens („paix publique“).<sup>6</sup> Nachdem Sozialisten 1848 versuchten, die Nationalversammlung zu sprengen, sie für aufgelöst erklärten und eine provisorische sozialistische Regierung bildeten, welche am gleichen Tag von der Nationalgarde aufgelöst wurde, erklärte sich die Nationalversammlung für permanent und übertrug dem General Cavaignac die diktatorische Gewalt.<sup>7</sup> Aufgrund der ihm erteilten Vollmacht erließ er als erste Maßnahme seiner Diktatur einschneidende Erlasse gegen die politischen Gesellschaften sowie gegen die Presse, darunter auch das Dekret vom 11./12.08.1848, welches in Art. 7 denjenigen bestrafte, der den öffentlichen Frieden zu stören sucht, indem er Hass oder Verachtung der Bürger gegen eine oder mehrere Klassen von Personen erregt.<sup>8</sup> Zentraler Kritikpunkt war hier der die geschützte Personenmehrheit umschreibende Begriff „classes“: Einige fürchteten, die alte Staatsordnung solle wiederbelebt werden, denn inzwischen gebe es doch in Frankreich nur noch gleiche Bürger, ohne jedwede „classification“.<sup>9</sup> Dem damaligen Justizminister *de Serre* zufolge meinte „classes“ aber solche Personengruppen, die aufgrund irgendeines gemeinsamen Merkmals zusammengefasst werden können, beispielsweise aufgrund ihrer Herkunft, ihrer Religion, der ihnen unterstellten Auffassungen, ihres gesellschaftlichen Ranges oder des ausgeübten Berufes.<sup>10</sup> Diese Strafbestimmung wurde sodann unmittelbares Vorbild des § 17 der preußischen Verordnung vom 30. Juni 1849.<sup>11</sup>

\* Der Autor ist studentische Hilfskraft am Lehrstuhl für Deutsches, Europäisches und Internationales Strafrecht und Strafprozessrecht sowie Wirtschaftsstrafrecht an der LMU München (Prof. Dr. *Helmut Satzger*). Der Beitrag basiert im Kern auf einer Seminararbeit zum Thema „Von der Klassenhetze zur Volksverhetzung“ im Seminar „Strafrechtlicher Schutz der Machthaber vor den Bürgern und der Bürger vor den Machthabern“ von Prof. em. Dr. jur. Dr. jur. h.c. mult. *Bernd Schünemann* im Sommersemester 2023.

<sup>1</sup> Vgl. <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/volksverhetzung-bundestag-union-klein-hoven-poseck-straftat-straftat-demo-hamas-israel-reform/> (zuletzt abgerufen am 12.03.2024).

<sup>2</sup> *Hoven/Witting* KriPoZ 2024, 5.

<sup>3</sup> *MüKo/Joeks/Erb*, 4. Auflage (2020), Einleitung Rn. 80.

<sup>4</sup> *Rohrßen*, Von der „Anreizung zum Klassenkampf“ zur „Volksverhetzung“ (§ 130 StGB) (2009), S. 11.

<sup>5</sup> *Krone*, Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (1979), S. 130f.

<sup>6</sup> *Krone*, Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (1979), S. 134.

<sup>7</sup> *Krone*, Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (1979), S. 139.

<sup>8</sup> „Quiconque par l'un de moyens énoncés en l'art 1er de la loi du 17. Mai 1819 aura cherché à troubler la paix publique en excitant le mépris ou la haine des citoyens contre une ou plusieurs classes de personnes sera puni d'un emprisonnement de quinze jours à deux ans et d'une amende de cent francs à quatre mille francs“ Abgedr. in *Krone*, Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit, S. 141.

<sup>9</sup> *Rohrßen*, Von der „Anreizung zum Klassenkampf“ zur „Volksverhetzung“ (§ 130 StGB) (2009), S. 15 f.

<sup>10</sup> *Zit. n. Rohrßen*, Von der „Anreizung zum Klassenkampf“ zur „Volksverhetzung“ (§ 130 StGB) (2009), S. 16.

<sup>11</sup> *Rohrßen*, Von der „Anreizung zum Klassenkampf“ zur „Volksverhetzung“ (§ 130 StGB) (2009), S. 17.

## 2. Preußische Notverordnung (1849)

Nachdem am 28.04.1849 das preußische Ministerium eine Zirkularnote erließ, in der die von der in der Paulskirche tagenden Nationalversammlung erlassene Reichsverfassung als ein anarchistisches und revolutionäres Dokument dargestellt wurde, erhoben sich Republikaner, Studenten und Arbeiter für dieses Verfassungswerk. In Rheinpreußen und Westfalen bewaffnete sich die Landwehr zum Schutze der Reichsverfassung und auch in anderen deutschen Gebieten entstanden weitere Unruhen. Währenddessen erließ der preußische König, dessen Regierung davon ausging, dass die innenpolitische Situation zum größten Teil auf einen Missbrauch der Presse und eine unzulängliche Pressegesetzgebung zurückzuführen sei, am 30.06.1849 eine „Verordnung betreffend die Vervielfältigung und Verbreitung von Schriften und verschiedene durch Wort, Schrift, Druck, Zeichen, bildliche oder andere Darstellung begangene strafbare Handlungen“. Diese wurde als Notverordnung erlassen. In bewusster Anlehnung an das französische Vorbild bestimmte § 17:<sup>12</sup>

„Wer den öffentlichen Frieden dadurch zu stören sucht, daß er die Angehörigen des Staates zum Hasse und zur Verachtung gegeneinander öffentlich anreizt wird (...) bestraft.“<sup>13</sup>

## 3. § 100 des preußischen StGB (1850)

1850 wurde durch eine weitere Notverordnung diejenige aus 1849 noch einmal erheblich verschärft.<sup>14</sup> Der nun geschaffene § 100 lautete wie folgt:

„Wer den öffentlichen Frieden dadurch gefährdet, daß er die Angehörigen des Staates zum Hasse oder zur Verachtung gegeneinander öffentlich anreizt, wird (...) bestraft.“<sup>15</sup>

Der Unterschied zwischen dem § 17 der Verordnung vom 30.06.1849 und dem neuen § 100 war, dass § 17 nur vorsätzliches Handeln, § 100 auch schon fahrlässiges Handeln bestraft. Ferner bestrafte § 17 bereits den Versuch, § 100 lediglich die Vollendung, diese lag sodann aber bereits mit der Gefährdung der öffentlichen Ordnung vor.<sup>16</sup>

## 4. Die Anreizung zum Klassenkampf, § 130 RStGB (1871)

Der § 100 des preußischen StGB kann als Vorgänger des durch die Vereinheitlichung des Strafgesetzbuchs des

norddeutschen Bundes 1871 in Kraft getretenen § 130 RStGB gesehen werden.<sup>17</sup> Die Motive zum RStGB betonen, dass § 100 des preußischen StGB „die vielleicht am meisten angefochtene Bestimmung“ des ganzen Gesetzes gewesen sei. Eine vollständige Streichung hätte aber eine Lücke im Gesetz erzeugt.<sup>18</sup> Der daraufhin neu geschaffene § 130 RStGB lautete sodann:

„Wer in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise verschiedene Klassen der Bevölkerung zu Gewaltthätigkeiten gegeneinander öffentlich anreizt, wird (...) bestraft“<sup>19</sup>

Die „Angehörigen des Staates“ wurden folglich durch „verschiedene Klassen“ und „Hasse und Verachtung“ durch „Gewaltthätigkeiten“ (sic.) ersetzt. Der Gesetzgeber erhoffte sich durch den bereits im französischen Recht verwendeten Begriff der Klasse eine bessere Begrenzung des Tatbestandes.<sup>20</sup> Im Wesentlichen sollten unter den Begriff der „Klasse“ die „auf den Boden der Gesellschaft emporgewachsenen Gliederungen des Volksorganismus“ verstanden werden.<sup>21</sup>

1871 und 1894 gab es Novellierungsvorschläge, welche die Strafe des § 130 RStGB auch auf diejenigen anwenden wollten, welcher „in einer den öffentlichen Frieden gefährdenden Weise die Ehe, die Familie oder das Eigentum öffentlich angreift“.<sup>22</sup> Bei diesen Vorschlägen handelte es sich ausgesprochenermaßen um die Schaffung eines „Kampfgesetzes gegen die Sozialdemokratie“.<sup>23</sup> Diese Novellierungsvorschläge wurden allerdings nie umgesetzt, womit eine Kritik dieser Art ausscheidet.<sup>24</sup>

Der historische Hintergrund der Entstehungsgeschichte der „Anreizung zum Klassenkampf“ zeigt aber, dass § 130 RStGB ausnahmslos dazu diente, gegenüber der jeweils herrschenden Regierung vorhandene, oppositionelle Strömungen zu unterbinden.<sup>25</sup>

## 5. Volksverhetzung, § 130 StGB (1960)

§ 130 RStGB war zwar in seiner Auslegung deutlichen Schwankungen unterlegen, aber sein Wortlaut war seit Schaffung des Reichsstrafgesetzbuchs unverändert geblieben.<sup>26</sup> Zwar gab es während der NS-Zeit Bemühungen den Tatbestand zu reformieren, diese wurden allerdings nie umgesetzt.<sup>27</sup> Auch war die Vorschrift von den Entnazifizierungsbemühungen nicht betroffen. Vielmehr wurde sie als eine der Normen auserkoren, mit deren Hilfe neuerliche

<sup>12</sup> Krone, Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (1979), S. 144f.

<sup>13</sup> Zit. n. Krone, Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (1979), S. 145.

<sup>14</sup> Krone, Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (1979), S. 146.

<sup>15</sup> Zit. n. Rüdorff, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich, (1892), S. 326.

<sup>16</sup> Goltdammer, Die Materialien zum Straf-Gesetzbuche für die preußischen Staaten (1852), S. 158.

<sup>17</sup> Rüdorff, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich (1892), S. 326.

<sup>18</sup> Von Hippel, Friedensstörungen: Die Anreizung zum Klassenkampf (1906), S. 48.

<sup>19</sup> Zit. n. Ebermayer/Lobe/Rosenberg, Reichsstrafgesetzbuch (1925), S. 439.

<sup>20</sup> Rüdorff, Strafgesetzbuch für das deutsche Reich (1892), S. 328.

<sup>21</sup> RGSt 26, 63.

<sup>22</sup> Von Hippel, Friedensstörungen: Die Anreizung zum Klassenkampf (1906), S. 65.

<sup>23</sup> Ebenda.

<sup>24</sup> Ebenda.

<sup>25</sup> Krone, Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (1979), S. 152.

<sup>26</sup> Rohrsen, Von der „Anreizung zum Klassenkampf“ zur „Volksverhetzung“ (§ 130 StGB) (2009), S. 151.

<sup>27</sup> Vgl. Rohrsen, Von der „Anreizung zum Klassenkampf“ zur „Volksverhetzung“ (§ 130 StGB) (2009), S. 146 ff.

antisemitische Äußerungen strafrechtlich geahndet werden sollten.<sup>28</sup> In den fünfziger Jahren kam die Vorschrift allerdings kaum noch zur Anwendung.<sup>29</sup> Bis zur Einführung des neuen § 130 StGB im Jahr 1960 waren antisemitische und neonazistische Äußerungen somit allenfalls nach den Beleidigungsvorschriften der §§ 185 ff. strafbar.

Die „Nieland-Affäre“ bot sodann aber unmittelbaren politischen Anlass zur Regelung der Volksverhetzung:<sup>30</sup> Der Holzkaufmann Nieland hat die Schrift „Wieviel Welt(Geld)-Kriege müssen die Völker noch verlieren“ verfasst, in 2.000 Stücken drucken lassen und vorwiegend an Parlamentarier und Politiker der Bundesrepublik versandt.<sup>31</sup> In dieser Schrift führt er u.a. aus, es bestehe eine geheime jüdische Weltregierung, zwei Weltkriege hätte sie bereits angezettelt und einen dritten geplant.<sup>32</sup> Um den Zerfall des Judentums zu verhindern schüre sie planmäßigen Juden Hass und Hitler sei nur ein „vom internationalen Judentum“ finanziertes, planmäßig gelenktes Vernichtungswerkzeug im Dienste dieser geheimen Bestrebungen gewesen.<sup>33</sup> Zudem wird die systematische Ermordung von 6 Millionen Juden geleugnet.<sup>34</sup> Schließlich fordert Nieland: „Es darf kein Jude an irgendeinem maßgebenden Posten sitzen, sei es in der Regierung, sei es in politischen Parteien oder in der Bankwelt oder sonstwo.“<sup>35</sup> Das LG Hamburg lehnte die Eröffnung des Hauptverfahrens mit der Argumentation ab, dass es nicht auszuschließen sei, dass es der tatsächlichen Überzeugung des Angeklagten entspreche, dass das „internationale Judentum“ vom jüdischen Volk zu trennen sei und dass etwaige Maßnahmen nur gegen erstere zu richten seien, sodann könnte ihm keine Staatsgefährdung im Sinne der §§ 88, 93 StGB<sup>36</sup> nachgewiesen werden.<sup>37</sup> Das OLG Hamburg verwarf eine darauffolgende Beschwerde der Staatsanwaltschaft.<sup>38</sup> Dem BGH blieb sodann nur noch die Einziehung der restlichen Broschüren in einem selbstständigen Verfahren anzuordnen.<sup>39</sup>

Im Nachhinein erwies sich die „Nieland-Affäre“ aber lediglich als Auftakt zu einer regelrechten Flut von „Haß, Gemeinheit und flegelhaftem Unverstand“.<sup>40</sup> Es folgte eine große Welle von antisemitischen und neonazistischen Schmierereien zur Jahreswende 1959/1960, welche eine große Empörung im In- und Ausland auslösten. Sogar die Menschenrechtskommission der Vereinten Nationen setzte die Ausschreitungen auf ihre Tagesordnung.<sup>41</sup>

Der daraufhin vom Rechtsausschuss, unter Berücksichtigung des § 100 des preußischen StGB, erarbeitete und vom Bundestag angenommene Entwurf eines sechsten

Strafrechtsänderungsgesetzes enthielt sodann den neuen § 130 StGB:

„Wer in einer Weise, die geeignet ist, den öffentlichen Frieden zu stören, die Menschenwürde anderer dadurch angreift, dass er

1. zum Hass gegen Teile der Bevölkerung aufstachelt,
2. zu Gewalt- oder Willkürmaßnahmen gegen sie auffordert oder
3. sie beschimpft, böswillig verächtlich macht oder verleumdet wird (...) bestraft.“<sup>42</sup>

Ebenso wie die „Anreizung zum Klassenkampf“ schützt auch der neue § 130 StGB den „öffentlichen Frieden“. Dieser hatte die Aufgabe, schon in den Anfängen einem Wiederaufstehen des Hasses zu wehren, der einmal auf deutschem Boden gewütet hat.<sup>43</sup> Deshalb wandte *Bockelmann* gegen das Tatbestandsmerkmal des „öffentlichen Frieden“ in der Sitzung der Großen Strafrechtskommission 1960 ein, dass es sich eigentlich nicht um den Schutz vor Beleidigungen und auch nicht um den Schutz des öffentlichen Friedens handele, sondern „im Grunde genommen die Äußerung bestimmter Gesinnungen unter Strafe gestellt werden“ soll.<sup>44</sup> Es ginge nicht darum, dass Äußerungen gegen Minderheiten den Frieden gefährden, „sondern darum, daß sie eine abscheuliche Gesinnung offenbaren, deren Ausdruck wir dieser Abscheulichkeit wegen als unerträglich empfinden. Daraus entsteht das Strafbefürnis.“ Denn das „was mit antisemitischer Spitze gesagt wird, steht (...) vor dem Hintergrund der Ermordung von sechs Millionen Juden. Deshalb empfinden wir es als unerträglich; und deshalb sind es auch die antisemitischen Äußerungen, gegen die sich die Strafandrohung vorwiegend richtet“.<sup>45</sup> Dennoch wurde das Tatbestandsmerkmal des „öffentlichen Friedens“ mit in den Straftatbestand aufgenommen. Die Diskussionen, sowie die Ereignisse vor der Verabschiedung des neuen § 130 StGB zeigen aber die Zielrichtung des Straftatbestandes deutlich: Er sollte jegliches Aufkommen von neonazistischer Gesinnung sofort, sobald es nach außen dringt, unterbinden und stand damit unter dem Leitbild „Nie wieder!“.

## 6. Verbrechensbekämpfungsgesetz (1994)

1994 wurde § 130 StGB durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz vom 28.10.1994 erneut erweitert und verschärft. Ziel des Gesetzgebers war es, die Anwendung in der Praxis zu erleichtern, die generalpräventive Wirkung zu erhöhen und so eine noch wirksamere Bekämpfung rechtsextremistischer und ausländerfeindlicher

<sup>28</sup> *Rohrßen*, Von der „Anreizung zum Klassenkampf“ zur „Volksverhetzung“ (§ 130 StGB) (2009), S. 151.

<sup>29</sup> Schönke/Schröder/Schröder § 130, 10. Auflage (1961), S. 596.

<sup>30</sup> Vgl. *Schafheutle* JZ 1960, 470 (472).

<sup>31</sup> BGH JZ, 1959, 414.

<sup>32</sup> Ebenda.

<sup>33</sup> Ebenda.

<sup>34</sup> Vgl. BGH JZ 1959, 414.

<sup>35</sup> BGH JZ 1959, 414.

<sup>36</sup> § 93 StGB regelte seinerzeit die „Einfuhr verfassungsverräterischer Publikationen“ und § 88 StGB definierte dabei den „Begriff der Staatsgefährdung“.

<sup>37</sup> Vgl. LG Hamburg JZ 1959, 176.

<sup>38</sup> OLG Hamburg JZ 1959, S. 178.

<sup>39</sup> BGH JZ 1959, S. 414.

<sup>40</sup> *Schafheutle* JZ 1960, 470 (471).

<sup>41</sup> Ebenda.

<sup>42</sup> Sechstes Strafrechtsänderungsgesetz vom 4. August 1960, BGBl. Teil I, S. 478.

<sup>43</sup> *Schafheutle* JZ 1960, 470.

<sup>44</sup> *Bockelmann*, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 13. Band Besonderer Teil 2. Lesung (1960), S. 121.

<sup>45</sup> *Bockelmann*, Niederschriften über die Sitzungen der Großen Strafrechtskommission, 13. Band Besonderer Teil 2. Lesung (1960), S. 121.

Propaganda zu ermöglichen, die sich insbesondere gegen Asylbewerber sowie ausländische und jüdische Mitbürger richtet.<sup>46</sup>

Zunächst wurde der § 130 Nr. 1, 2 a.F. in Abs. 1 Nr. 1 unter Verzicht auf das in der alten Fassung enthaltene Erfordernis eines Angriffs auf die Menschenwürde, der mit den fraglichen Handlungen „in der Regel“ ohnehin gegeben sei zusammengefasst.<sup>47</sup> Nr. 3 der alten Fassung wurde unter ausdrücklicher Einbeziehung des Menschenwürdeangriffs zu Abs. 1 Nr. 2 der neuen Volksverhetzungsvorschrift.

Ferner wurde der bis dahin in § 131 StGB geregelte Rassenhass mit dem inhaltlich eng verwandten Tatbestand der Aufstachelung zum Hass gegen Teile der Bevölkerung (§ 130 Nr. 1 StGB) zu einem allgemeinen und umfassenden Diskriminierungstatbestand zusammengefasst. Dabei wird in dem neuen § 130 Abs. 3 StGB der Kreis der Betroffenen erweitert und die Strafandrohung verschärft.<sup>48</sup> Der neue § 130 Abs. 3 StGB setzt dagegen eine Eignung zur Störung des (inländischen) öffentlichen Friedens nicht voraus und bezieht damit – ebenso wie der bisherige § 131 StGB – auch Gruppen ein, die nur im Ausland leben.<sup>49</sup>

Auch die Leugnung des Holocausts wurde nun erstmals in Abs. 3 unter Strafe gestellt. Vor der Verabschiedung des Verbrechensbekämpfungsgesetz war das Leugnen des Holocausts nur dann eine Volksverhetzung, wenn eine Beleidigung vorlag, welche so heftig ist, dass sie nicht nur die Ehre, sondern darüber hinaus die Menschenwürde des Angegriffenen verletzt.<sup>50</sup> Die gängige Fragestellung der Rechtsprechung im Zusammenhang mit dem Auschwitz-Leugnen lautete daher: Handelt es sich bei der konkret zu beurteilenden Äußerung „nur“ um eine (Sammel-)Beleidigung oder geht die Äußerung inhaltlich darüber in einem Maße hinaus, dass man bereits von Volksverhetzung sprechen muss?<sup>51</sup>

Nachdem sich holocaustleugnende Aussagen allerdings in den achtziger Jahren mehrten, begann man über Strafverschärfungen nachzudenken. Letztlich brachte der Fall Deckert im Jahr 1994 die Gesetzgebung endgültig ins Rollen:<sup>52</sup>

Der damalige Bundesvorsitzende der NPD, *Günter Deckert*, organisierte 1991 eine Veranstaltung der NPD, in welcher der amerikanische „Hinrichtungsexperte“ *Fred Leuchter* seine Ergebnisse zur Widerlegung des Holocausts darlegte und dabei von *Deckert* übersetzt und zustimmend kommentiert worden war.<sup>53</sup> Im März 1994 entschied der BGH, dass die Verurteilung *Deckerts* durch das LG Mannheim wegen Volksverhetzung aufzuheben sei, da das LG „die von ihm angenommene Einstellung des Angeklagten nicht ausreichend aus dem Gesamtzusammenhang des

Geschehens entwickelt und festgestellt“ habe.<sup>54</sup> Von der Öffentlichkeit wurde dieses Urteil als Freispruch fehlinterpretiert.<sup>55</sup> Kurz darauf verurteilte das LG Mannheim *Deckert* erneut wegen Volksverhetzung, fügte der Urteilsbegründung jedoch einige den Angeklagten verteidigende Passagen bei, die einen „Sturm der Entrüstung“ auslösten.<sup>56</sup> Der Richter führte aus, es „hätte zur Verfolgung des von ihm angestrebten Zweckes völlig ausgereicht, auf die lange seit der nationalsozialistischen Judenverfolgung verstrichene Zeit, den Umfang der bereits erbrachten Sühneleistung sowie die ungesühnten und unbereuten Massenverbrechen anderer Völker hinzuweisen.“ Ferner wurde zugunsten des Angeklagten die Tatsache „nicht außer Acht gelassen (...), dass Deutschland auch heute noch, rund fünfzig Jahre nach Kriegsende, weitreichenden Ansprüchen politischer, moralischer und finanzieller Art aus der Judenverfolgung ausgesetzt ist, während die Massenverbrechen anderer Völker ungesühnt blieben“.<sup>57</sup> Der damalige Bundeskanzler *Kohl* bezeichnete das Urteil als „Schandurteil“.<sup>58</sup>

Darauffolgend wurde durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz in den § 130 StGB ein neuer Absatz 3 eingefügt, der denjenigen mit Strafe bedroht, der „eine unter der Herrschaft des Nationalsozialismus begangene Handlung der in § 220a Abs. 1 StGB bezeichneten Art in einer Weise, die geeignet ist den öffentlichen Frieden zu stören, öffentlich oder in einer Versammlung billigt, leugnet oder verharmlost“; nach dem am 30.06.2002 in Kraft getretenen deutschen Gesetz zur Einführung eines VStGB verweist § 130 Abs. 3 StGB nunmehr auf den nahezu gleichlautenden § 6 Abs. 1 VStGB.<sup>59</sup>

## 7. Verherrlichung der NS-Gewalt (2005)

2005 erhält § 130 StGB einen vierten Absatz, nach dem mit Freiheitsstrafe bis zu drei Jahren bestraft wird, „wer öffentlich oder in einer Versammlung den öffentlichen Frieden in einer die Würde der Opfer verletzenden Weise dadurch stört, dass er die nationalsozialistische Gewalt- und Willkürherrschaft billigt, verherrlicht oder rechtfertigt“. Hintergrund der Änderung war der bevorstehende 60. Jahrestag des Kriegsendes und den dort zu erwartenden Versammlungen von Neonazis – diese Fernsichtbilder wollte man vermeiden und verschärfte den § 130 StGB erneut, sowie das Versammlungsrecht.<sup>60</sup>

## 8. Die Europäisierung der Volksverhetzung (2008/2011)

2008 kam es sodann gewissermaßen zu einer Europäisierung des Volksverhetzungstatbestandes. Der von der EU-Kommission 2001 und vom Rat 2008 förmlich angenommene Rahmenbeschluss zur Bekämpfung von Rassismus und Fremdenfeindlichkeit (RB Rassismus) gibt den

<sup>46</sup> MüKo/Schäfer/Anstötz, 4. Auflage (2021), § 130 Rn. 15; BT-Drs. 12/6853.

<sup>47</sup> BT-Drs. 12/8411 S. 6.

<sup>48</sup> Ebenda.

<sup>49</sup> BT-Drs. 12/8411 S. 7.

<sup>50</sup> Wandres, Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens (2000), S. 128.

<sup>51</sup> Ebenda.

<sup>52</sup> V. Dewitz, NS-Gedankengut und Strafrecht (2006), S. 101.

<sup>53</sup> Vgl. BGH NJW 1994, 1421.

<sup>54</sup> BGH NJW 1994, 1421 (1422).

<sup>55</sup> V. Dewitz, NS-Gedankengut und Strafrecht (2006), S. 102.

<sup>56</sup> Ebenda.

<sup>57</sup> LG Mannheim NJW 1994, 2494.

<sup>58</sup> Zit. n. Wandres, Die Strafbarkeit des Auschwitz-Leugnens (2000), S. 117.

<sup>59</sup> Kühl, Auschwitz-Leugnen als Volksverhetzung? (2003), S. 103.

<sup>60</sup> Bertram NJW 2005, 1476.

Mitgliedstaaten der EU vier Straftatbestände vor, die in nationales Strafrecht umzusetzen waren: die öffentliche Hetze aus rassistischen oder fremdenfeindlichen Gründen, die öffentliche Verbreitung entsprechender Hetzschriften, die öffentliche Billigung, Leugnung oder grobe Verharmlosung des Holocaust und die öffentliche Billigung, Leugnung oder grobe Verharmlosung anderer Völkerrechtsverbrechen.<sup>61</sup> Durch den Rahmenbeschluss sollte sichergestellt werden, dass Rassismus und Fremdenfeindlichkeit in allen Mitgliedstaaten mit wirksamen, angemessenen und abschreckenden Strafen geahndet werden, die eine Auslieferung oder Übergabe nach sich ziehen können. Überdies sollte die justizielle Zusammenarbeit durch Beseitigung möglicher Hindernisse verbessert und gefördert werden.<sup>62</sup>

Die Diskussion über die Aufnahme von sog. Leugnungstatbeständen gehörte dabei zum schwierigsten Teil der Verhandlungen: Staaten wie Frankreich, Belgien und Deutschland oder Spanien hatten bereits Strafgesetze gegen die Holocaustleugnung, die Staaten des Common Law und den Nordirischen Staaten hingegen, welche von einem sehr weitgehenden Begriff der Meinungsfreiheit geprägt sind, war ein solcher Straftatbestand fremd und standen ihm ablehnend gegenüber.<sup>63</sup> Osteuropäische Staaten wollten auch die Verbrechen unter kommunistischer Herrschaft mit einbeziehen, dies war aber aufgrund fehlender EU Kompetenz nicht möglich. Die Kompetenz erstreckte sich lediglich auf Maßnahmen gegen Rassismus und Fremdenfeindlichkeit, die Verbrechen unter kommunistischer Herrschaft wurden allerdings aus politischen Gründen verübt. Der RB Rassismus stellt deshalb klar, dass jeder Mitgliedstaat in seinem nationalen Recht auch die Leugnung von Verbrechen unter Strafe stellen kann, die aus Gründen der politischen Überzeugung oder der Zugehörigkeit zu einer sozialen Gruppe begangen wurden.<sup>64</sup>

Ein Vergleich zwischen den internationalen Vorgaben und dem deutschen Recht zeigt, dass die deutsche Strafvorschrift gegen Volksverhetzung viele dieser Vorgaben bereits abdeckte und in einigen Punkten sogar über sie hinausgeht. Änderungsbedarf ergab sich mit Blick auf das Tatbestandsmerkmal „Teile der Bevölkerung“ in § 130 Abs. 1 und Abs. 2 StGB, seit 2011 erstrecken sich diese Absätze nun auch auf Einzelne. Keine Änderung sei im Hinblick auf das Tatbestandsmerkmal des „öffentlichen Friedens“ erforderlich gewesen.<sup>65</sup>

Die Verabschiedung des RB Rassismus wurde in der EU nicht zuletzt als ein politisches Signal im Kampf gegen

Rassismus und Fremdenfeindlichkeit verstanden. Sein Regelungsgehalt geht jedoch über nur „symbolische“ Gesetzgebung weit hinaus. Die Europäische Union legte mit ihm einen strafrechtlichen Mindeststandard fest, den zukünftig kein Mitgliedstaat mehr unterschreiten darf.<sup>66</sup>

## 9. Vertragsverletzungsverfahren (2021/2022)

Bis Dezember 2022 kam es zu einigen wenigen, hier zu vernachlässigenden, Änderungen, welche meist nur redaktioneller Art waren. Einzig zu erwähnen sei hier, dass 2015 auch erstmals der Versuch pönalisiert wurde.<sup>67</sup>

Im Dezember 2021 hat die Kommission allerdings ein Vertragsverletzungsverfahren gegen die Bundesrepublik Deutschland wegen unzureichender Umsetzung des RB Rassismus eingeleitet. Die Kommission war der Auffassung, dass die Bundesrepublik Deutschland Art. 1 Abs. 1 Buchstabe c des Rahmenbeschlusses<sup>68</sup> nicht ordnungsgemäß umgesetzt habe.<sup>69</sup> Daraufhin wurde das im RB Rassismus genannte Verhalten ausdrücklich in § 130 Abs. 5 unter Strafe gestellt, der Absatz geht nicht über die Mindestanforderungen des Rahmenbeschlusses hinaus und wurde fast wörtlich aus dem Rahmenbeschluss übernommen.

## II. Der § 130 StGB de lege lata

Von einem französischen Vorbild aus 1819, bis zur letzten, durch die EU veranlassten, Gesetzesänderung 2022, unterlag der § 130 StGB einigen Änderungen. Allerdings blieben seit der Einführung des § 100 des preußischen StGB auch einige Tatbestandsmerkmale, wie beispielsweise der „öffentliche Friede“, immer gleich. Mit diesem Tatbestandsmerkmal gehen allerdings auch einige Probleme und Unklarheiten einher. Im Folgenden soll geklärt werden, was § 130 StGB zu schützen versucht und ob dafür das Tatbestandsmerkmal des öffentlichen Friedens nötig ist. Schon § 130 Abs. 1 ist eine komplexere Strafnorm als die herrschende Meinung annimmt, die für den gesamten § 130 StGB auf ein Einheitsrechtsgut öffentlicher Friede abstellt.<sup>70</sup> Aufgrund dieser Komplexität und weil sich die Reformdiskussion im Kern auf § 130 Abs. 1 StGB bezieht wird sich im Folgenden auf den ersten Absatz fokussiert.

### 1. Das Schutzgut „öffentlicher Friede“

Nach ganz herrschender Meinung ist das Schutzgut des §130 StGB allein der „öffentliche Friede“.<sup>71</sup> Allerdings sprach sich bereits von Hippel 1906 gegen das

die nach den Kriterien der Rasse, Hautfarbe, Religion, Abstammung oder nationale oder ethnische Herkunft definiert werden, wenn die Handlung in einer Weise begangen wird, die wahrscheinlich zu Gewalt oder Hass gegen solch eine Gruppe oder gegen ein Mitglied solch einer Gruppe aufstachelt“ unter Strafe zu stellen.

<sup>69</sup> BT-Drs. 20/4085, S. 13.

<sup>70</sup> Hörnle, Grob anstößiges Verhalten (2005), S. 337.

<sup>71</sup> BVerfGE 124, 300 (325, 334); BGH NJW 1995, 340; Schönke/Schröder/Sternberg-Lieben/Schittenhelm, 30. Auflage (2019) § 130 StGB Rn. 1a; Matt/Renzikowski/Altenhain, 2. Auflage (2020), § 130 Rn. 3.

<sup>61</sup> Hellmann/Gärtner NJW 2011, 961.

<sup>62</sup> KOM(2001) 664 endgültig 2001/0270 (CNS), S. 7

<sup>63</sup> Hellmann/Gärtner NJW 2011, 961.

<sup>64</sup> Ebenda.

<sup>65</sup> Ebenda.

<sup>66</sup> Ebenda.

<sup>67</sup> BT-Drs. 18/2601.

<sup>68</sup> Dieser verpflichtet die Mitgliedstaaten „das öffentliche Billigen, Leugnen oder gröbliche Verharmlosen von Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen im Sinne der Artikel 6, 7 und 8 des Statuts des Internationalen Strafgerichtshofs, das gegen eine Gruppe von Personen oder gegen ein Mitglied einer solchen Gruppe gerichtet ist,

Tatbestandsmerkmal des „öffentlichen Friedens“ und für seine Streichung aus.<sup>72</sup> Auch *Bockelmann* (s.o.) erläuterte, was eigentlich durch den § 130 StGB geschützt werden soll und dass es das Merkmal des „öffentlichen Friedens“ nicht brauche. Kann der „öffentliche Friede“ also tatsächlich als das (alleinige) Schutzgut des § 130 StGB gesehen werden?

### a) Unklarheiten des Schutzguts

Außerhalb der Kommentarliteratur überwiegt inzwischen eine ablehnende Haltung gegenüber dem Rechtsgut „öffentlicher Friede“ – es sei keineswegs geklärt, was darunter zu verstehen ist.<sup>73</sup> Alle Definitionen haben jedoch gemein, dass es sich beim „Schutz des öffentlichen Friedens“ um den Schutz eines kollektiv zugeordneten, rein innerstaatlich bezogenen Guts/Werts/Interesses in Gestalt des verträglichen und gesicherten Zusammenlebens der nach dem Menschenbild des Grundgesetzes gerade auch gemeinschaftsgebundenen und gemeinschaftsbezogenen Menschen in Deutschland geht.<sup>74</sup>

*Fischer* beklagt die Vagheit und Ungenauigkeit des Begriffes.<sup>75</sup> Eine ausführliche Analyse über die Entstehungsgeschichte der einzelnen Normen, welche mit dem Schutz des öffentlichen Friedens begründet werden, zeigt laut *Fischer*, dass durch die historische Betrachtung keine Klarheit über den Begriff zu gewinnen sei. Ein klares und einheitliches Konzept sei hinter der jeweils aktuellen Tagespolitik nicht zu erkennen. Das Tatbestandsmerkmal erscheine je nach rechtspolitischer „Konjunktur“ als einmal mehr dem Staatsschutz, einmal mehr dem Schutz von Bürgervielfalten zugeordnet.<sup>76</sup>

Nach einer gängigen Definition beinhaltet der öffentliche Friede sowohl einen objektiv feststellbaren Lebenszustand allgemeiner Rechtssicherheit sowie des frei von Furcht voreinander verlaufenden Zusammenlebens der Staatsbürger als auch das Vertrauen der Bevölkerung in die öffentliche Rechtssicherheit.<sup>77</sup>

Schon früh wandte *Fischer* gegen diese Betrachtung ein, dass der objektive Zustand allgemeiner Rechtssicherheit und das subjektive Bewusstsein bzw. Gefühl über denselben sich weder addieren ließen, noch stellten sie die Vor- und Rückseite derselben Medaille dar.<sup>78</sup> Beide Elemente seien, wie auch *Hörnle* bekräftigte, „nicht identisch“ und könnten nicht einfach nebeneinander gestellt werden.<sup>79</sup> Auch *Steding* pflichtet dieser Betrachtung mit Nachdruck bei, denn das subjektive Bewusstsein bzw. die Einschätzung der Bevölkerung von einem gesamtgesellschaftlichen (Friedens-)Zustand weicht – wie bspw. der Unterschied

zwischen Kriminalitätswirklichkeit und ihrer Wahrnehmung deutlich macht – vom objektiven Zustand ab.<sup>80</sup>

### b) Allgemeine Rechtssicherheit

Ferner führt *Fischer* an, dass das Spezifische eines „objektiven öffentlichen Friedens“ in den Darlegungen der h. M. unklar bliebe. Wenn „öffentlicher Friede“ objektiv die Gesicherheit des Rechts bedeutet, dann würde er durch den Rechtsbruch – und zwar durch jeden – gestört. Außerhalb der Summe des (positiven) Rechts kann es keinen Rechtsfrieden in diesem Sinn und auch keine Rechtsfriedensstörung geben. Die Pönalisierung von Friedensstörungen als Rechtsverletzungen könne somit nur das schützen, was schon anderweitig durch Strafvorschriften geschützt wird.<sup>81</sup> Auch *Hörnle* sieht zwischen der allgemeinen Rechtssicherheit und der öffentlichen Sicherheit keinen relevanten Unterschied, die Reichweite eines gutes „allgemeiner Rechtssicherheit“ oder „öffentlicher Sicherheit“ seien mit den dahinterstehenden Individualrechtsgütern *exakt deckungsgleich*. Eine Verletzung der öffentlichen Sicherheit sei daher nicht möglich, ohne dass ein bereits anerkanntes Rechtsgut verletzt bzw. gefährdet werde. Es sei daher nicht einsichtig, welche Rolle einem selbständigen Rechtsgut allgemeiner Rechtssicherheit oder öffentlicher Sicherheit zukommen solle.<sup>82</sup>

### c) Aufhetzung zu Straftaten

In Rechtsprechung und Literatur findet sich ein weiterer Ansatz, wonach eine Störung des öffentlichen Friedens dann vorliegt, wenn ein „psychisches Klima“ geschaffen werde, in dem potentielle Täter zu Straftaten aufgehetzt werden könnten<sup>83</sup> oder das „psychische Klima“ „für Friedensstörungen aufgeheizt werde“.<sup>84</sup> Letztere Definition des BayObLG ist allerdings nicht haltbar: Man kann nicht X damit definieren, dass durch X die Gefahr von mehr X geschaffen werde.<sup>85</sup>

Durch das Verb „hetzen“ liegt es nahe, dass nicht primär das Klima selbst, sondern die dadurch möglicherweise später bewirkten Straftaten der Kern des zu verhindernden Übels seien. Somit wären die schützenswerten Rechtsgüter auch nicht mehr kollektiver, sondern individueller Natur.<sup>86</sup> Problematisch ist hier, wie weit die Strafbarkeit verlagert werden kann und welche Rechtsgüter tatsächlich gefährdet sind. Der zweite Einwand schlägt laut *Hörnle* aber nicht durch, da eine Gefährdung multipler Individualrechtsgüter genüge, wenn mit Gewalttätigkeiten zu rechnen sei.<sup>87</sup>

<sup>72</sup> *Von Hippel*, Friedensstörungen: Die Anreizung zum Klassenkampf (1906), S. 63.

<sup>73</sup> *Fischer*, Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung (1986), S. 423; *ders.* NStZ 1988, 159; *Hörnle*, grob anstößiges Verhalten (2005), S. 90 ff.; *Steding*, Rechtsgut „öffentlicher Friede?“ (2022), S. 243 ff.

<sup>74</sup> *Steding*, Rechtsgut „öffentlicher Friede?“ (2022), S. 247.

<sup>75</sup> *Fischer* NStZ 1988, 162.

<sup>76</sup> *Fischer*, Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung (1986), S. 383.

<sup>77</sup> Vgl. BGHSt 1649, 56; 2926, 27; 46212, 221f; 47278, 280 f; LK-StGB/*Krauß*, 13. Auflage (2021), § 130 Rn. 72.

<sup>78</sup> *Fischer* NStZ 1988, 159 (161); *ders.* Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung (1986), S. 522 f.

<sup>79</sup> *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten (2005), S. 92.

<sup>80</sup> *Steding*, Rechtsgut „öffentlicher Friede?“ (2022), S. 279.

<sup>81</sup> *Fischer* NStZ 1988, 159 (161).

<sup>82</sup> *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten (2005), S. 92 ff.

<sup>83</sup> BGHSt 29, 26, 28; 34, 329, 331.

<sup>84</sup> BayObLG NJW 1995, 145, 146.

<sup>85</sup> *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten (2005), S. 94.

<sup>86</sup> Ebenda.

<sup>87</sup> *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten (2005), S. 95.

Das entscheidende Problem ist vielmehr, wie weit der Strafbarkeitsbereich nach vorne verlagert werden darf. Gerade mit der Anerkennung eines kollektiven Rechtsguts „Klimaschutz“ besteht die Gefahr einer extremen Vorverlagerung.<sup>88</sup> Die *Wahrscheinlichkeit* späterer Straftaten und die *Zurechenbarkeit* zu der aufhetzenden Handlung sind ausschlaggebend für die Beurteilung einer entsprechenden Strafnorm, nicht aber das „aufgehetzte Klima“ als schwer fassbares Phänomen.<sup>89</sup> Auch *Schünemann* geht dieser Vorschlag zu weit, der „Klimaschutz-Gedanke“ sei geradezu ein Paradebeispiel für ein völlig entfesseltes, polizeistaatliches Strafrecht und sei gegenüber der – ja nur den ohne weiteres zumutbaren Selbstschutz des Opfers im Rahmen zulässiger Tatbestandsauslegung zur Geltung bringenden – Viktimo-Dogmatik eine maßlose Übertreibung.<sup>90</sup> Auch *Steding* steht dieser Ansicht ablehnend gegenüber. Ein öffentlicher Friede, der über vermeintliche „Klimapflege“ eine Aufhetzung potentieller Täter verhindern will, stellt für sich genommen keinen legitimen Zweck zur Beschränkung der Meinungsfreiheit dar, denn eigentliches Ziel sei ein Vorfeldschutz für bereits strafrechtlich geschützter Objekte, der aus rechtsstaatlichen Gründen nicht in ein hiervon gelöstes eigenständiges Schutzobjekt verselbstständigt werden dürfe.<sup>91</sup>

Diesen kritischen Stimmen ist hier im Grundsatz zuzustimmen. Letztlich wird der „öffentliche Friede“ gerade in Bezug auf § 130 StGB nur durch ein anderes Merkmal, das „Klima“, ersetzt. Es kommt dadurch zu keiner weiteren Eingrenzung des Tatbestandes, es wird vielmehr die Strafbarkeit unnötig nach vorne verlagert.

#### d) Schutz eines toleranten Klimas

Nach anderer Ansicht soll nicht nur ein zu Straftaten führendes Klima verhindert, sondern darüber hinaus ein „Mindestmaß an Toleranz“ sowie ein „Klima, in dem nicht einzelne Bevölkerungsgruppen zum geistigen Freiwild und Parais der Gesellschaft gemacht oder sonst ausgegrenzt werden, und zwar unabhängig davon, ob auf diese Weise zugleich ein latentes Gefahrenpotential produziert wird“ geschützt werden.<sup>92</sup> Nach *Wehinger* wird die zwischen den Individuen angesiedelte soziale Wirklichkeit, das Verbindende zwischen den Menschen, deren gegenseitige Achtung und Akzeptanz erfasst. Öffentlicher Friede ließe sich nach ihm damit grob als *das harmonische und einträchtige Zusammenleben der Menschen* umschreiben.<sup>93</sup> Das Verbot müsste sich darauf stützen, dass diesem toleranten Zusammenleben ein Eigenwert zukommt, der als solcher schützenswert ist. Angebracht wird hier, dass die Lebensqualität in einer toleranten Gesellschaft höher sei, dies kann aber für ein strafrechtliches Verbot nicht ausreichen. Ferner wäre problematisch, wo die Grenze für nicht mehr hinnehmbares Verhalten zu ziehen sei. Das völlige Unterbleiben von Provokationen kann in einer freiheitlichen

Gesellschaft nicht erwartet werden. In einer homogenen Gesellschaft deren Bürger durch einen Kanon einheitlicher, von allen geteilten und im Wesentlichen befolgten Verhaltenserwartungen verbunden wären, wäre mangels abweichenden Verhaltens Toleranz nicht erforderlich.<sup>94</sup> Ferner wendet *Steding* ein, dass ein gesellschaftliches Klima gegenseitiger Achtung und Toleranz bereits durch die Achtungsansprüche, die mit Menschenwürde und persönlicher Ehre verbunden sind im Verfassungsstaat des Grundgesetzes gewährleistet sind. Für ein entsprechendes Kollektivgut sei insoweit kein Raum, da es dann an der legitimen Zwecksetzung zur Beschränkung der Meinungsfreiheit fehle.<sup>95</sup>

#### e) Schutz des Vertrauens in der Bevölkerung

Die dualistisch angelegten Friedensdefinitionen enthalten stets auch eine subjektive Friedenskomponente. Danach sei das Vertrauen der Bevölkerung in die Fortdauer des friedlichen Zusammenlebens schutzwürdig und das Umschlagen dieses Vertrauens in einen Zustand der allgemeinen Verunsicherung zu verhindern.<sup>96</sup> Gegen diese Komponente bestehen mehrfache Bedenken: Ein erstes Problem liegt darin, dass der Zustand und die Störung desselben kaum messbar sind, zwar kann Vertrauen als reale Gegebenheit aufgefasst werden, die empirisch bestimmbar ist. Fundierte Aussagen über die relevanten Zusammenhänge sind jedoch schwierig.<sup>97</sup> Ferner mag das Vertrauen der Bevölkerung in die Fortdauer eines friedlichen Zusammenlebens in Berlin ein anderes sein als in einem bayerischen Dorf, § 130 StGB schützt aber nach h.M. den öffentlichen Frieden im gesamten Inland.<sup>98</sup> Wie sehr kann und sollte man also das regionale Empfinden der Menschen berücksichtigen? Gerade mit dem Aufkommen rechter Parteien in Ostdeutschland (aber auch anderswo) mag dort das Vertrauen in die Fortdauer des friedlichen Zusammenlebens durch vermeintlich volksverhetzende Aussagen weniger gefährdet sein als in anderen Teilen Deutschlands. Mit der Definition des Vertrauens wird versucht, ein stark subjektives Gefühl zu objektivieren.

Ferner gilt, wie auch *Fischer* erläuterte, wenn öffentlicher Friede (objektiv) die Gesichertheit des Rechts bedeutet, wird er durch den Rechtsbruch – und zwar durch jeden – gestört. Wenn ein Zustand in dem Gefühl von demselben bestehen soll, dann bedeute dies, einen Gegenstand durch sich selbst zu definieren.<sup>99</sup>

#### f) Stellungnahme

Seit der Einführung der Volksverhetzung blieb, trotz all der Mühen der Rechtswissenschaft, der Begriff des „öffentlichen Frieden“ eine leere, bedeutungslose Hülle, die zwar versucht, den Tatbestand der Volksverhetzung einzugrenzen, es aber nicht zu schaffen vermag. Dies zeigt auch

<sup>88</sup> Ebenda.

<sup>89</sup> *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten (2005), S. 96.

<sup>90</sup> *Schünemann*, Strafrechtssystem und Kriminalpolitik (1992), S. 128.

<sup>91</sup> *Steding*, Rechtsgut „öffentlicher Friede“? (2022), S. 289.

<sup>92</sup> Schönke/Schröder/*Sternberg-Lieben/Schittenhelm*, 30. Auflage (2019), § 126 Rn. 1.

<sup>93</sup> *Wehinger*, Kollektivbeleidigung – Volksverhetzung (1994), S. 83.

<sup>94</sup> *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten (2005), S. 98 f.

<sup>95</sup> *Steding*, Rechtsgut „öffentlicher Friede“? (2022), S. 309.

<sup>96</sup> BGHSt 29, 26, 28; 34, 329, 331; *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten (2005), S. 101.

<sup>97</sup> *Hörnle*, Grob anstößiges Verhalten (2005), S. 102.

<sup>98</sup> *Matt/Renzikowski/Altenhain*, 2. Auflage (2020), § 130 Rn. 3.

<sup>99</sup> *Fischer*, Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung (1986), S. 491.



die Praxis: Dass der öffentliche Friede gefährdet sei „wird festgestellt“, bedarf aber oft „keiner weiteren Begründung“ oder „keiner nähen Darlegung“. <sup>100</sup> Bereits *Lasker* und *Planck* stellten 1870 eine Verflüchtigung des Begriffs in der Judikatur in Aussicht. <sup>101</sup> Sie sollten damit Recht behalten, denn über 150 Jahre später ist der Begriff noch immer mindestens genauso inhaltsleer, wie er es schon damals gewesen ist. Die oben angeführten Versuche, den „öffentlichen Frieden“ zu definieren, scheitern aus bereits genannten Gründen. Einzig der Schutz eines toleranten Klimas kann in wenigen Punkten überzeugen. Er könnte es zumindest schaffen, ausdrücklich das zu pönalisieren, was bereits *Bockelmann* bei der Einführung des Volksverhetzungstatbestands klar und deutlich als das zu pönalisierende Verhalten ausgesprochen hat, nämlich die Äußerung einer bestimmten Gesinnung. Aber auch diese Ansicht führt zu Abgrenzungsschwierigkeiten und verfassungsrechtlichen Problemen (s.o.). Damit ist die Friedensklausel weder als Mittel zur Strafbarkeitsbeschränkung noch als Schutzgut zu gebrauchen und folglich überflüssig.

Diese Konsequenz lässt sich auch aus der Historie der Norm ableiten. Der alte „Klassenkampfparagraph“ diene tatsächlich eindeutig dazu, den öffentlichen Frieden i.S. von Ruhe und Ordnung zu schützen. Die Nachfolgeregelung hat man dann, ohne dass man sich über eine möglicherweise geänderte Schutzrichtung völlig klargeworden wäre, im 7. Abschnitt des StGB bei den Straftaten gegen die öffentliche Ordnung belassen. <sup>102</sup>

## 2. Das Schutzgut „Menschenwürde“

Das Erfordernis des Angriffs auf die Menschenwürde anderer war ursprünglich ein Tatbestandsmerkmal bei allen Begehungsformen des § 130 StGB. Es wurde gestrichen, da Angriffe auf die Menschenwürde ohnehin vorlägen, wenn die anderen Tatbestandsmerkmale erfüllt sind, s.o. Angesichts dessen kommt die Menschenwürde allerdings auch für die heutige Fassung des § 130 Abs. 1 und 2 StGB als geschütztes Rechtsgut in Betracht.

*Krone* leitet das Rechtsgut der Menschenwürde aus einer mit der Entstehungsgeschichte begründeten Einordnung der Norm als Verbrechen gegen die Menschlichkeit her. <sup>103</sup> Der das Humanitätsverbrechen charakterisierende Vollzug eines Negativurteils über eine andere Bevölkerungsgruppe, der den auf den Menschenrechten beruhenden Wert der Angehörigen dieser Gruppe angreift, kann in seinem ersten Stadium nur dadurch erfolgen, dass den Mitgliedern der betroffenen Gruppe die Menschenwürde abgesprochen wird. Sie werden mithin nicht mehr in ihrer individuellen Persönlichkeit, sondern nur noch als

vertretbarer und damit gleichsam als entmenschlichter Teil der angegriffenen Bevölkerungsgruppe gesehen und infolge dieser Einschätzung sozial diskriminiert. Genau dies sei laut *Krone* in § 130 StGB tatbestandlich umschrieben. <sup>104</sup> Ähnlich argumentiert auch *Streng*. <sup>105</sup> Er sieht § 130 StGB als Reaktion auf die historisch erwiesene Gefährdung bestimmter Gruppen. Hetze gegen spezielle Bevölkerungssteile, bei der die Gruppenzugehörigkeit zum Identitätsprägenden Stigma gemacht und die Gruppenangehörigen entindividualisiert und gewissermaßen zum Objekt gemacht werden, verletzt die Betroffenen in ihrer Menschenwürde. § 130 StGB schütze laut ihm auch nicht die Menschenwürde der einzelnen Angegriffenen, sondern auch das Selbstverständnis der Gesellschaft in Bezug auf ihre Orientierung an der Menschenwürde als obersten Wert und Verfassungsprinzip. <sup>106</sup> Auch *Stegbauer* sieht die Menschenwürde als das geschützte Rechtsgut an, und zwar ausdrücklich die des Einzelnen. Dies gelte laut ihm auch nach der Umgestaltung des § 130 StGB durch das Verbrechensbekämpfungsgesetz, weil die Streichung des Angriffs auf die Menschenwürde als Tatbestandsmerkmal nach der Intention des Gesetzgebers die Schutzrichtung der Norm nicht ändern sollte. <sup>107</sup>

Das Bundesverfassungsgericht beschreibt die Verletzung der Menschenwürde als eine Behandlung des Einzelnen „die seine Subjektqualität prinzipiell in Frage stellt“. <sup>108</sup> Derartige Verletzungen der individuellen Menschenwürde würden sich aber laut *Jacobi* vielmehr typischerweise dort ergeben, wo mit dem Einzelnen im Rahmen von institutionalisierten Machtverhältnissen unter Missachtung seiner Persönlichkeit verfahren wird. Eine solche Verletzung der individuellen Menschenwürde gehe aber von Äußerungen i.S.d. § 130 Abs. 1 StGB nicht aus, denn Zielobjekte solcher Äußerungen sind „Teile der Bevölkerung“, bei Nr. 1 kann es alternativ auch „eine nationale, rassische, religiöse oder durch ihre ethnische Herkunft bestimmte Gruppe“ sein. Beiden Begriffen sei aber eigen, dass es sich in der Regel um zahlenmäßig große und unüberschaubare Kollektive handelt. <sup>109</sup> Eine „mensenunwürdige“ Behandlung des Einzelnen könne laut ihm nicht in einer Äußerung liegen, die sich gegen eine möglicherweise nach hunderttausenden zählende Gruppe richtet, von deren Angehörigen die allermeisten weder in direkten Kontakt zum Täter kommen noch überhaupt von seiner Tat Kenntnis erlangen. <sup>110</sup>

Dieser Argumentation kann nicht gefolgt werden, vielmehr ist den oben genannten Autoren zuzustimmen, die die Menschenwürde als Schutzgut des § 130 StGB verstehen. Die Menschenwürde ist zwar stets als etwas höchstpersönliches anzusehen, es kann aber auch gegenüber einer ganzen Gruppe dem jeweils Einzelnen die

<sup>100</sup> Vgl. Darstellung bei *Fischer*, Öffentlicher Friede und Gedankenäußerung (1986), S. 385 ff.

<sup>101</sup> Zit. n. v. *Hippel*, Friedensstörungen: Die Anreizung zum Klassenkampf (1906), S. 53.

<sup>102</sup> So auch *Streng*, das Unrecht der Volksverhetzung (1987), S. 509 f.

<sup>103</sup> *Krone*, Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (1979), S. 78 ff.

<sup>104</sup> Ebenda.

<sup>105</sup> *Streng*, das Unrecht der Volksverhetzung in FS für Lackner (1987), S. 501 ff.

<sup>106</sup> *Streng*, das Unrecht der Volksverhetzung in FS für Lackner (1987), S. 508.

<sup>107</sup> *Stegbauer*, Rechtsextremistische Propaganda im Lichte des Strafrechts (2000), S. 173.

<sup>108</sup> BVerfGE 30, 1, 26.

<sup>109</sup> *Jacobi*, Das Ziel des Rechtsgüterschutzes bei der Volksverhetzung (2010), S. 227 f.

<sup>110</sup> *Jacobi*, Das Ziel des Rechtsgüterschutzes bei der Volksverhetzung (2020), S. 228.

Subjektqualität abgesprochen werden. Letztlich kann es keinen Unterschied machen, ob einer Einzelperson das Menschsein aufgrund dieser Person anhaftender Merkmale abgesprochen wird oder einem „ganzen Teil der Bevölkerung“ – das Ergebnis bleibt gleich: Sie verlieren ihre Subjektqualität. Das mag möglicherweise zwar nicht Jeden dieser Gruppe erreichen, dies ist aber auch nicht Voraussetzung eines Schutzgutes, sondern des Erfolges. Wie oben erläutert, steht hinter § 130 StGB das Leitbild „Nie wieder!“. Gerade aus diesem Blickwinkel erscheint das Schutzgut Menschenwürde dazu geeignet, damit nie wieder Menschen das Menschsein abgesprochen wird.

## C. Fazit

Seit seinen Anfängen hat sich nicht nur der § 130 StGB selbst stark gewandelt, sondern auch seine Ausrichtung: Anfangs sollten mit Hilfe der Norm linke Unruhen unterbunden werden, nun bildet er einen wichtigen Baustein für den Schutz marginalisierter Gruppen.<sup>111</sup> Als zu schützendes Gut kommt nach hier vertretener Ansicht nur die Menschenwürde in Betracht, eine noch weitergehende Zurückführung des Schutzgutes auf die Individualrechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit oder auf die „Rechtsstellung der betroffenen Gruppenangehörigen“ nähme § 130 den eigenständigen Charakter als Tatbestand der Volksverhetzung.<sup>112</sup> § 130 StGB lässt sich als Delikt gegen die Menschlichkeit charakterisieren.<sup>113</sup> Er soll jegliches Aufkommen neonazistischer Strömungen in Deutschland so früh wie möglich unterbinden. Der Tatbestand hat damit einen durchaus berechtigten Platz im deutschen Strafrecht. Durch die teilweise offene Formulierung des § 130 StGB besteht allerdings erstens die Gefahr eines Gesinnungsstrafrechts und zweitens die Gefahr des Missbrauchs, indem er gezielt gegen politische Gegner eingesetzt wird (wofür er ursprünglich eben gerade geschaffen wurde). Solange sich der Schutz aber auf die Menschenwürde beschränkt und sich nicht auf ein zu unbestimmtes bzw. sogar unbestimmbares Merkmal, wie den öffentlichen Frieden oder das gesellschaftliche Klima, bezieht, ist die Möglichkeit des Missbrauchs zumindest stark

eingeschränkt. Die Menschenwürde gilt als der zentrale Wert unserer Gesellschaft, sie zu schützen ist Aufgabe Aller. In diesem Zusammenhang und mit dem geschichtlichen Hintergrundwissen lässt sich nun auch die Forderung nach einer Verschärfung des § 130 StGB besser einordnen: Zwar möchte der Volksverhetzungstatbestand im Grundgedanken und nach seiner Entstehungsgeschichte in seiner jetzigen Form Neonazismus unterbinden. Ob antisemitische Äußerungen nun aber politischer oder religiöser Natur sind, macht für die Bejahung des Tatbestandes keinen Unterschied und diese sind durch den § 130 StGB mit Blick auf die Historie ausreichend unter Strafe gestellt. Die Reform des Tatbestands im Jahr 1960, welche ihn aus der Bedeutungslosigkeit geholt hat, geschah gerade aus dem Anlass vermehrter antisemitischer Hetze und über die Jahre wurde der § 130 StGB bereits immer weiter verschärft. Legt man nun die Volksverhetzung im Lichte des Rechtsguts der Menschenwürde enger aus, damit die Norm mit dem *ultima-ratio*-Grundsatz im Einklang steht und die Meinungsfreiheit nicht zu stark einschränkt, gefährdet eine weitere Verschärfung dieses Ziel aber gerade. Natürlich hat Deutschland mit Blick auf seine Historie eine besondere Stellung hinsichtlich der Bekämpfung von Antisemitismus, worin auch ein bedeutender Grund der Strafbarkeit der Volksverhetzung insgesamt liegt. Ein Tatbestand, der aber gerade aufgrund eines Erstarkens und zur Bekämpfung antisemitischer Hetze neu gefasst wurde, muss nicht deshalb verschärft werden, weil sich solche Aussagen wieder häufen. Insbesondere ein neues Tatbestandsmerkmal „antisemitisch“ scheint hier überflüssig. Natürlich gilt dies aber nur solange keine bedeutenden Strafbarkeitslücken bestehen, solche sind aber aktuell nicht ersichtlich.<sup>114</sup> Einer Verschärfung sollte daher nicht ausschließlich aufgrund vermehrter antisemitischer Äußerungen erfolgen. Ob hiervon unabhängig möglicherweise Reformbedarf gegeben ist, steht allerdings auf einem anderen Blatt. Erste gute Ansätze hierfür, wie unter anderem die überfällige Streichung des Merkmals „öffentlicher Friede“, finden sich bei dem Vorschlag von *Hoven und Witting*.<sup>115</sup>

### Dokumentation

## Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

<sup>111</sup> *Hoven/Witting* KriPoZ 2024, 5, 5.

<sup>112</sup> Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger/Ostendorf/Kuhli, 6. Auflage (2023), § 130 Rn. 4.

<sup>113</sup> *Krone*, Die Volksverhetzung als Verbrechen gegen die Menschlichkeit (1979); Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Saliger/Ostendorf/Kuhli, 6. Auflage (2023), § 130 Rn. 4.

<sup>114</sup> So auch *Jahn* zit. n. <https://www.lto.de/recht/hintergruende/h/volksverhetzung-bundestag-union-klein-hoven-poseck-straftat-straftat-demo-hamas-israel-reform/> (zuletzt abgerufen am 12.03.2024).

<sup>115</sup> Vgl. *Hoven/Witting* KriPoZ 2024, 5.

# Schrifttum

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

# Vollständige Rechtsprechungsübersicht

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

## **231. BVerfG 2 BvR 294/22 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. November 2023 (OLG Naumburg / AG Magdeburg)**

Verständigung im Strafverfahren (Rechtsstaatsprinzip; Recht auf ein faires Verfahren; Transparenz- und Dokumentationspflichten als Schwerpunkt des gesetzlichen Regelungskonzepts; Kontrolle des Verständigungsgeschehens durch die Öffentlichkeit; Inhalt der Mitteilungspflicht; Verfahrensrüge und Beruhensprüfung bei unzureichender Mitteilung; Ausschluss des Beruhens nur in Ausnahmefällen; keine Rechtsverletzung des Angeklagten bei fehlender Angabe einer Strafuntergrenze).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 257c StPO; § 337 Abs. 1 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

## **232. BVerfG 2 BvR 1756/23 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 17. Januar 2024 (Schleswig-Holsteinisches OLG / LG Itzehoe / AG Itzehoe)**

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate hinaus (besonderes Beschleunigungsgebot in Haftsachen im gerichtlichen Zwischenverfahren; fehlende Eröffnungsentscheidung fünf Monate nach Anklageerhebung und vier Monate nach Eröffnungsreife; keine Rechtfertigung durch Schwere der Tat oder unvorhersehbare, ungewöhnlich hohe Belastung der Strafkammer; kein Zuwarten mit der Eröffnungsentscheidung mangels verfügbarer Hauptverhandlungstermine); Grundsatz der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde (Erfordernis der Anhörungs-rüge auch bei Geltendmachung eines anderen Grundrechtsverstoßes; Verstoß gegen das Recht auf rechtliches Gehör bei fehlender Bescheidung des Kerns des Parteivorbringens).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 103 Abs. 1 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 90 Abs. 2 BVerfGG; § 33a StPO; § 121 StPO; § 122 Abs. 1 StPO

## **233. BVerfG 2 BvR 1936/22 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. Dezember 2023 (LG Chemnitz)**

Einstweiliger Rechtsschutz gegen die Verlegung eines Strafgefangenen in eine andere Justizvollzugsanstalt (Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz bei Eilanträgen gegen belastende vollzugliche Maßnahmen; Erfordernis einer Folgenabwägung; nicht rückgängig zu machende Rechtsbeeinträchtigungen während der Dauer einer rechtswidrigen Verlegung; Beeinträchtigung des Resozialisierungsanspruchs; summarische Prüfung der Erfolgsaussichten in der Hauptsache; kein Interesse am Vollzug einer offensichtlich rechtswidrigen Maßnahme).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 114 Abs. 2 StVollzG; § 17 SächsStVollzG; § 76 SächsStVollzG

## **234. BVerfG 2 BvR 2103/20 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Dezember 2023 (OLG Naumburg / AG Halle (Saale))**

Verständigung im Strafverfahren (erforderliche Sachverhaltsaufklärung nach verständigungsbasiertem Geständnis; Recht auf ein faires Verfahren; Schuldprinzip; Unschuldvermutung; gerichtliche Aufklärungspflicht; Gebot bestmöglicher Sachaufklärung; Ermittlung des wahren Sachverhalts; richterliche Überzeugungsbildung aus dem Inbegriff der Hauptverhandlung; Pflicht zur Überprüfung von Geständnissen durch Beweiserhebung; kein bloßer Abgleich mit der Aktenlage; Transparenzanliegen des Ver-

ständigungsgesetzes; geringe Aussagekraft eines Geständnisses in komplexem Verfahren wegen Vorenthaltens und Veruntreuens von Arbeitsentgelt).

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 257c StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 261 StPO; § 266a StGB

### **235. BGH 1 StR 142/23 – Beschluss vom 14. November 2023 (LG Bielefeld)**

Einziehung bei der Hinterziehung von Verbrauchssteuern und anschließender Steuerhhelei (unversteuerte Zigaretten als Tatertrag der Erwerbshelei und Tatobjekt des Steuerhinterziehung, Bemessung der Wertersatzeinziehung).

§ 370 Abs. 1 AO, § 374 Abs. 1 AO; § 73 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 73c Satz 1 StGB; § 73d Abs. 2 StGB

1. Unversteuerte Zigaretten unterfallen bei der Tatvariante der Erwerbshelei („Sichverschaffen“, § 374 Abs. 1 Variante 1 AO, mit der Untervariante des „Ankaufens“) als Tatertrag der Vorschrift des § 73 Abs. 1 Alternative 1 StGB.

2. Sind die Zigaretten nicht mehr gegenständlich vorhanden, ist deren Wert nach § 73c Satz 1 Variante 2 StGB einzuziehen; der Wert ist anhand der Einkaufs- oder Verkaufspreise zu bestimmen und regelmäßig nach § 73d Abs. 2 StGB zu schätzen (st. Rspr.). Ist das vom Steuerhhelei als Kaufpreis vereinnahmte Bargeld oder ein sonstiger als Gegenleistung erlangter Vermögensgegenstand sichergestellt worden, kann das Tatgericht diesen im Rahmen einer Ermessensentscheidung als Surrogat einziehen (§ 73 Abs. 3 Nr. 1 StGB). Ist das Bargeld oder der sonstige Vermögensgegenstand nicht mehr „vorhanden“, ist eine Einziehung des entsprechenden Nominalbetrages als Wertersatz ausgeschlossen, da das Gesetz eine Einziehung des Wertes des Surrogates nicht vorsieht. In diesen Fällen kommt ausschließlich die Einziehung des Wertes des ursprünglich Erlangten in Betracht, dessen Wert nach vorstehenden Grundsätzen nach § 73d Abs. 2 StGB zu schätzen und nicht in jedem Fall identisch mit dem Wert des Surrogates ist.

3. In der Hand des Verbringers sind die Zigaretten Tatobjekt. Denn der Steuerhinterzieher erlangt aus seiner Tat die Steuerersparnis. Gegen ihn ist die Einziehung des Wertes von Taterträgen in Höhe der verkürzten Verbrauchssteuer anzuordnen, wenn sich die Tabaksteuerersparnis in seinem Vermögen niederschlägt (§ 370 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 4 Satz 1 AO, § 23 Abs. 1 TabStG aF; st. Rspr.). Die beim Verbringer sichergestellten Zigaretten unterliegen der Einziehung nach § 74 Abs. 2 StGB i.V.m. § 375 Abs. 2 Satz 1 Variante 1 Nr. 1 AO.

### **236. BGH 1 StR 142/23 – Beschluss vom 14. November 2023 (LG Bielefeld)**

BGHSt; Einziehung bei der Hinterziehung von Verbrauchssteuern und anschließender Steuerhhelei (unversteuerte Zigaretten als Tatertrag der Erwerbshelei und Tatobjekt des Steuerhinterziehung, Bemessung der Wertersatzeinziehung).

§ 370 Abs. 1 AO, § 374 Abs. 1 AO; § 73 Abs. 1, Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 73c Satz 1 StGB; § 73d Abs. 2 StGB

### **237. BGH 1 StR 16/23 – Beschluss vom 12. Dezember 2023 (LG Hechingen)**

Verhängung einer kurzen Freiheitsstrafe (erforderliche Gesamtwürdigung von Tat und Täter).

§ 47 Abs. 1 StGB

### **238. BGH 1 StR 263/23 – Urteil vom 14. Dezember 2023 (LG Stuttgart)**

Unerlaubtes bewaffnetes Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (minderschwerer Fall bei geringer Gefährlichkeit des mitgeführten Gegenstands; Verhältnis zum Normalfall des unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge: Spezialisierung, Bestimmung des Strafrahmens).

§ 30a Abs. 2 Nr. 2, Abs. 3 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 BtMG

### **239. BGH 1 StR 316/23 – Beschluss vom 14. Dezember 2023 (LG Stuttgart)**

Aussetzung einer lebenslänglichen Freiheitsstrafe zu Bewährung (Feststellung der besonderen Schwere der Schuld: Bestimmung der Mehrverbüßungszeit).

§ 57a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB; § 57b StGB

### **240. BGH 1 StR 338/23 – Beschluss vom 14. Dezember 2023 (LG Kiel)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

### **241. BGH 1 StR 346/23 – Beschluss vom 24. Januar 2024 (LG München I)**

Adhäsionsverfahren (Antrag auf Feststellung einer Ersatzpflicht für zukünftige immaterielle Schäden: Feststellungsinteresse; Kostenauspruch: keine vorläufige Vollstreckbarkeit der Kostenentscheidung).

§ 403 StPO; § 256 ZPO; § 406 Abs. 3 Satz 2 StPO

### **242. BGH 1 StR 391/23 – Beschluss vom 9. Januar 2024 (LG Stuttgart)**

Aufrechterhaltung von Nebenstrafen, Nebenfolgen und Maßnahmen bei nachträglicher Gesamtstrafenbildung.

§ 55 Abs. 2 StGB

### **243. BGH 1 StR 406/23 – Beschluss vom 9. Januar 2024 (LG Mannheim)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

### **244. BGH 1 StR 411/23 – Beschluss vom 12. Januar 2024 (LG Mannheim)**

Ablehnung eines Beweisantrags auf Einholung eines aus sagepsychologischen Sachverständigengutachtens (Revisionsbegründung: Erforderlichkeit eines Sachvortrags zu einer Einwilligung der zu begutachtenden Person in die Untersuchung).

§ 244 Abs. 2, Abs. 4 Satz 1 StPO; § 344 Abs. 2 StPO

### **245. BGH 1 StR 413/23 – Beschluss vom 10. Januar 2024 (LG Stuttgart)**

Zulässiger Gegenstand einer Verständigung (Verzicht auf Beweisanträge).

§ 257 Abs. 2 Satz 1 Var. 3 StPO; § 244 Abs. 3 StPO

### **246. BGH 1 StR 425/23 – Beschluss vom 9. Januar 2024 (LG Konstanz)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (revisionsrechtliche Überprüfung bei nicht erhobener oder unzulässiger entsprechender Verfahrensrüge).

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

**247. BGH 1 StR 444/23 – Beschluss vom 10. Januar 2024 (LG Freiburg)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**248. BGH 1 StR 447/23 – Beschluss vom 11. Januar 2024 (LG Aachen)**

Vorenthalten und Veruntreuen von Sozialversicherungsbeiträgen (Beiträge zur Berufsgenossenschaft als Arbeitgeberbeiträge zur Sozialversicherung).

§ 266a Abs. 2 StGB, § 150 Abs. 1 Satz 1 SGB VII

**249. BGH 2 StR 124/23 – Beschluss vom 15. Januar 2024 (LG Köln)**

Ablehnung des Antrages auf Pflichtverteidigerwechsel als unbegründet.

§ 143a StPO

**250. BGH 2 StR 175/23 – Urteil vom 20. Dezember 2023 (LG Gera)**

Rechtsstaatswidrige Tatprovokation (Verfahrenshindernis); Handeltreiben mit Betäubungsmittel (Eigennützigkeit: Beweiswürdigung; Konkurrenzen); Fahren ohne Fahrerlaubnis (Konkurrenzen: Dauerdelikt, neuer Willensentschluss); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (neue Fassung; symptomatischer Zusammenhang, erhöhte Kausalitätsanforderungen).

§ 29a BtMG; § 21 Abs. 1 Nr. 1 StVG; § 52 StGB; § 64 StGB nF

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln ist jede eigennützige, auf den Umsatz von Betäubungsmitteln gerichtete Tätigkeit; der Begriff ist weit auszulegen. Eigennützig handelt, wer von einem Streben nach Gewinn geleitet wird oder wer sich einen anderen persönlichen Vorteil davon verspricht, durch den er materiell oder immateriell besser gestellt wird.

**251. BGH 2 StR 195/23 – Urteil vom 25. Oktober 2023 (LG Köln)**

BGHSt; Besorgnis der Befangenheit (Rechtsnormen zugunsten des Angeklagten: Staatsanwaltschaft, Wächterin des Gesetzes, abstrakte Zweckbestimmung der Norm; Grund zu der Besorgnis der Befangenheit: enge Auslegung, Sich-Freihalten von Befangenheit, persönliche Beziehungen des Richters, enge Beziehung, besonderer Zusammenhang).

§ 339 StPO; § 24 Abs. 2 StPO

**252. BGH 2 StR 270/23 – Urteil vom 6. Dezember 2023 (LG Bonn)**

Störung der Totenruhe (Verüben beschimpfenden Unfugs); Beweiswürdigung (beschränkte Revisibilität).

§ 168 StGB; § 261 StPO

**253. BGH 2 StR 49/23 – Beschluss vom 7. Dezember 2023 (LG Limburg)**

Bestellung eines Pflichtverteidigers (fehlende Bestellung in Rahmen der polizeilichen Beschuldigtenvernehmung;

kein Ausnahmetatbestand, Verwertungsverbot, Interessenabwägung); Adhäsionsentscheidung.

§ 141 StPO; § 140 StPO; § 141a StPO; § 406 StPO

**254. BGH 2 StR 55/23 – Beschluss vom 31. Januar 2024 (LG Köln)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**255. BGH 2 StR 59/23 – Beschluss vom 23. November 2023 (LG Aachen)**

Totschlag (bedingter Tötungsvorsatz: objektive Gefährlichkeit der Tathandlung, Besonderheiten des Einzelfalles, Beweiswürdigung, Zerschlagen einer leeren Bierflasche, Gleichlauf der Bewaffnung; Mittäterschaft: gemeinsamer Tatplan, gemeinsamer Tatentschluss, gemeinsames Unternehmen).

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 261 StPO

**256. BGH 2 StR 59/23 – Beschluss vom 23. November 2023 (LG Aachen)**

Verwerfung der Revision als unzulässig.

§ 349 Abs. 1 StPO

**257. BGH 2 StR 273/23 – Beschluss vom 26. Oktober 2023 (LG Kassel)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (neue Fassung: Hang, Substanzkonsumstörung, symptomatischer Zusammenhang).

§ 64 StGB nF

**258. BGH 2 StR 323/23 – Beschluss vom 21. November 2023 (LG Marburg)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (bandenmäßige Begehung: Bande, Mitglied einer Bande, Bandenabrede, selbstständige Geschäftspartner, andauernde Geschäftsbeziehung, Geschäfte „auf Kommission“, Einbindung in die Absatzorganisation, Verkauf auf eigenes Risiko, Beweiswürdigung).

§ 30a BtMG; § 261 StPO

**259. BGH 2 StR 344/23 – Beschluss vom 7. November 2023 (LG Bonn)**

Dauer der Jugendstrafe (beweiswürdigende Unterlegung); Adhäsionsentscheidung (uneingeschränktes Schmerzensgeld: Einheitlichkeit des Schmerzensgeldes, Bemessung, zukünftige immaterielle Schäden).

§ 18 JGG; § 403 StPO

**260. BGH 2 StR 346/23 – Beschluss vom 15. November 2023 (LG Meiningen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**261. BGH 2 StR 356/23 – Beschluss vom 11. Januar 2024 (LG Köln)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**262. BGH 2 StR 361/23 – Beschluss vom 5. Dezember 2023 (LG Köln)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**263. BGH 2 StR 365/23 – Beschluss vom 7. Dezember 2023 (LG Limburg a.d. Lahn)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (neue Fassung: Hang, Kausalzusammenhang, positive Feststellung).

§ 64 StGB nF

Die Annahme eines Hangs erfordert nunmehr eine Substanzkonsumstörung, infolge derer eine dauernde und schwerwiegende Beeinträchtigung der Lebensgestaltung, der Gesundheit, der Arbeits- oder der Leistungsfähigkeit eingetreten ist und fort dauert. Zudem muss die Anlasstat nun „überwiegend“ auf den Hang zurückgehen, alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen. Nach dem Willen des Gesetzgebers reicht eine bloße Mitursächlichkeit des Hangs für die Tat nur noch dann aus, wenn sie andere Ursachen quantitativ überwiegt. Das Vorliegen dieses Kausalzusammenhangs ist durch das Tatgericht – gegebenenfalls unter sachverständiger Beratung – positiv festzustellen.

**264. BGH 2 StR 374/23 – Urteil vom 8. November 2023 (LG Darmstadt)**

Strafzumessung (Betäubungsmitteldelikte: bestimmender Strafzumessungsgrund, Abgabe von Betäubungsmitteln an Jugendliche an einer besonders dem Jugendschutz dienenden Örtlichkeit, Vorerfahrungen mit Betäubungsmittelgeschäften); Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung einer einzubeziehenden Vorverurteilung: zu hohes Gesamtstrafenübel).

§ 46 StGB; § 54 StGB; § 30 BtMG; § 29a BtMG; § 30a BtMG

**265. BGH 2 StR 420/23 – Beschluss vom 23. November 2023 (LG Köln)**

Diebstahl (Konkurrenzen: Tateinheit, Tatmehrheit); Strafzumessung (ausländische Verurteilungen); Einziehung des Wertes von Taterträgen.

§ 242 StGB; § 52 StGB; § 53 StGB; § 46 StGB; § 73c StGB

**266. BGH 2 StR 446/23 – Beschluss vom 5. Dezember 2023 (LG Limburg)**

Strafzumessung (Wegfall eines Strafschärfungsgrundes: gleich hohe Strafe, eingehende Begründung).

§ 46 StGB

**267. BGH 2 StR 447/23 – Beschluss vom 21. November 2023 (LG Köln)**

Schwerer Bandendiebstahl (Bandentat: wechselnde Beteiligung ohne vorherige Tatplanung, eine von nur zwei Mitgliedern verübte Tat, einzelne Tat Ausfluss der Bandenabrede; Absicht rechtswidriger Zueignung: Behältnis, Hoffnung auf möglichst große Beute, vermuteter Inhalt); Strafzumessung (Strafmilderungsgrund: polizeiliche Überwachung der Tat, Wegfall einer Gefahr der Rechtsgüter des Tatopfers).

§ 244a StGB; § 46 StGB

**268. BGH 2 StR 452/23 – Beschluss vom 5. Dezember 2023 (LG Aachen)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**269. BGH 2 StR 462/23 – Beschluss vom 9. Januar 2024 (LG Bonn)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**270. BGH 2 StR 471/22 – Urteil vom 6. Dezember 2023 (LG Frankfurt am Main)**

BGHSt; verbotenes Insidergeschäft; Strafzumessung (Insiderhandel: Handelsvolumen der Insidergeschäfte, strafschärfende Berücksichtigung, Darstellung in den Urteilsgründen); Einziehung des Wertes von Taterträgen (Revisionsbeschränkung: selbstständige Prüfbarkeit, Doppelrelevanz von Tatsachen, bestimmender Strafzumessungsfaktor; Bestimmung der Höhe des Wertes von Taterträgen: Insidergeschäft, zweistufiges Verfahren, Bruttoprinzip, Aufwendungen, Finanzinstrument, Verkehrswert, Bruttoerlös, Wertsteigerungen, Kapitalertragssteuer, Gebühren; Aufwendungen: zum Erwerb der Finanzinstrumente eingesetzte Gelder, Kapitalvertragssteuer, Reinvestition; durch die Tat erlangt: tatsächliche Verfügungsgewalt, wirtschaftlich wertvoll, verbotenes Insidergeschäft, Rechtsprechungswechsel; Verhältnismäßigkeit: Härte im Einzelfall, Berücksichtigung im Vollstreckungsverfahren); Vollstreckung von Nebenfolgen (Unverhältnismäßigkeit: Einziehung, besondere Umstände, Beschränkungen, Entreichung, Gesamtschau, schicksalhafter Verlust des Erlangten, Übermaßverbot).

§ 119 Abs. 3 Nr. 1 WpHG; § 73 Abs. 1 StGB; § 73c StGB; § 73d Abs. 1 Satz 1 StGB; § 46 StGB; § 459g Abs. 5 StPO

**271. BGH 2 ARs 460/23 2 AR 203/23 – Beschluss vom 21. Dezember 2023**

Örtliche Zuständigkeit (JGG; Abgabe des Verfahrens: Wechsel des Aufenthalts des Angeklagten, pflichtgemäßes Ermessen, gemeinschaftliches oberes Gericht).

§ 42 JGG

**272. BGH 2 ARs 473/23 (2 AR 213/23) – Beschluss vom 21. Dezember 2023**

Örtliche Zuständigkeit (JGG; Verfahrensabgabe: Wechsel des Wohnsitzes des Angeklagten, gemeinschaftliches oberes Gericht).

§ 42 JGG

**273. BGH 4 StR 115/23 – Beschluss vom 7. November 2023 (LG Essen)**

Raub (Verknüpfung zwischen Nötigungsmittel und Wegnahme: Raubvorsatz erst nach Abschluss der Gewaltanwendung; Raubmittel: konkludente Drohung, Fortführung der Gewalt, Andauern der Wirkung eines eingesetzten Nötigungsmittels, bloßes Ausnutzen entstandener Angst, Gesamtumstände); räuberische Erpressung (finaler Zusammenhang: Angst des Opfers vor erneuter Gewaltanwendung, konkludente Drohung).

§ 249 StGB; § 253 StGB; § 255 StGB

**274. BGH 4 StR 129/23 – Beschluss vom 31. Januar 2024 (LG Bochum)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**275. BGH 4 StR 209/23 – Beschluss vom 20. Dezember 2023 (LG Zweibrücken)**

Strafzumessung; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt; Einstellung bei Verfahrenshindernis.

§ 46 StGB; § 64 StGB; § 260 Abs. 3 StPO

**276. BGH 4 StR 209/23 – Beschluss vom 20. Dezember 2023 (LG Zweibrücken)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Beihilfe; Täterschaft); Strafzumessung (hohe Gesamtwirkstoffmenge der Betäubungsmittel: strafscharfende Berücksichtigung); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (neue Fassung; Hang).

§ 29a BtMG, § 64 StGB nF

**277. BGH 4 StR 227/23 – Beschluss vom 15. August 2023 (LG Braunschweig)**

Gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr (verkehrsfeindlicher Inneneingriff: bedingter Schädigungsvorsatz, Mittäterschaft, Mitfahrer, eigenhändiges Delikt, Auslegung, Wortlaut, Systematik, Entscheidungen des Bundesgerichtshofs).

§ 315b StGB

**278. BGH 4 StR 239/23 – Beschluss vom 31. Januar 2024 (LG Göttingen)**

Verwerfung eines unzulässigen Ablehnungsantrags (Glaubhaftmachung des vorgetragenen Ablehnungsgrundes).

§ 26a StPO

**279. BGH 4 StR 239/23 – Beschluss vom 14. Februar 2024 (LG Göttingen)**

Zurückweisung der Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

**280. BGH 4 StR 252/23 – Beschluss vom 19. Dezember 2023 (LG Bochum)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**281. BGH 4 StR 253/23 – Beschluss vom 18. Januar 2024 (LG Bielefeld)**

Mord (Heimtücke: mehraktiges Geschehen, natürliche Handlungseinheit, unmittelbarer Zusammenhang, gemeinsames subjektives Element, Rücktritt, Ausnutzungsbewusstsein, affektive Durchbrüche, heftige Gemütsbewegungen, erhebliche Alkoholisierung).

§ 211 StGB

**282. BGH 4 StR 287/23 – Urteil vom 1. Februar 2024 (LG Koblenz)**

Mord (Heimtücke: Arglosigkeit, kurze Zeitspanne, Beweiswürdigung; Strafmilderung: Versuch, Gesamtschau, erschwerende Umstände, vertypter Milderungsgrund, lebenslange Freiheitsstrafe); Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis (lebenslange Sperre: schwerste Verkehrskriminalität, drohende Gefahr für die Sicherheit des Straßenverkehrs).

§ 211 StGB; § 23 Abs. 2 StGB; § 69a StGB

**283. BGH 4 StR 289/23 – Urteil vom 18. Januar 2024 (LG Zweibrücken)**

Eventualvorsatz (Totschlag: Beweiswürdigung, hohe und anschauliche konkrete Lebensgefährlichkeit der Tatausführung, Gesamtschau aller objektiven und subjektiven Tatumstände, voluntatives Vorsatzelement, Motiv des Angeklagten, Bestrafungsmotiv, Spontaneität); Rücktritt (Abgrenzung unbeendeter Versuch und beendeter

Versuch: Rücktrittshorizont, naheliegende Möglichkeit des Erfolgseintritts).

§ 15 StGB; § 212 StGB; § 24 StGB; § 261 StPO

**284. BGH 4 StR 316/23 – Beschluss vom 17. Januar 2024 (LG Paderborn)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**285. BGH 4 StR 352/23 – Beschluss vom 21. November 2023 (LG Münster)**

Beweiswürdigung (Aussage-gegen-Aussage-Konstellation: Darstellung in den Urteilsgründen, Konstanzanalyse, Gesamtwürdigung); Voraussetzungen der Jugendstrafe (schädliche Neigung); mehrere Straftaten eines Jugendlichen (einheitliche Rechtsfolgenbemessung).

§ 261 StPO; § 17 JGG; § 31 Abs. 2 JGG

**286. BGH 4 StR 397/23 – Beschluss vom 30. Januar 2024 (LG Essen)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (neue Fassung; Hang; symptomatischer Zusammenhang: neue Fassung, strengerer Anordnungsmaßstab; Erfolgsaussicht: neue Fassung, moderate Anhebung der Anforderungen an eine günstige Behandlungsprognose, Wahrscheinlichkeit höheren Grades).

§ 64 StGB nF

**287. BGH 4 StR 403/23 – Beschluss vom 17. Januar 2024 (LG Dortmund)**

Beurkundung der Hauptverhandlung (Vermerk der Berichterstatterin: Verlinkung mit einer Aktenfundstelle; förmliche Verlesung; Verfahrensrüge: kein Beruhen möglich, Urteilsformel, Urteilsverkündung).

§ 273 StPO; § 243 Abs. 4 StPO; § 337 StPO

**288. BGH 4 StR 421/23 – Beschluss vom 5. Dezember 2023 (LG Bielefeld)**

Beweiswürdigung (beschränkte Revisibilität; Darstellung in den Urteilsgründen: wesentlichen Beweiserwägungen, Überprüfbarkeit, geständige Einlassungen des Angeklagten, Plausibilität und Tragfähigkeit, Beweislage, inhaltliche Qualität des Geständnisses, sonstige Beweisergebnisse; eingeschränktes Erinnerungsvermögen des Angeklagten an Einzelheiten des Tatgeschehens); Adhäsionsantrag (Bedingung der Bewilligung von Prozesskostenhilfe); Sexualdelikte (sexuelle Handlung; Strafzumessung: Einzelstrafbemessung, festgestellte Tatfolgen, unmittelbare Folge allein einzelner Taten, Gesamtstrafenbildung).

§ 261 StPO; § 267 StPO; § 404 StPO; § 184h 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 wesentlichen Beweiserwägungen müssen daher – über den Wortlaut des § 267 Abs. 1 Satz 2 StPO hinaus – in den schriftlichen Urteilsgründen so dargelegt werden, dass die tatgerichtliche Überzeugungsbildung für das Revisionsgericht nachzuvollziehen und auf Rechtsfehler hin zu überprüfen ist.

2. Die sachlich-rechtliche Begründungspflicht umfasst die Verpflichtung, auch die geständige Einlassung des Angeklagten jedenfalls in ihrem wesentlichen Inhalt wiederzugeben. Denn ein Geständnis enthebt das Tatgericht nicht seiner Pflicht, es einer kritischen Prüfung auf Plausibilität und Tragfähigkeit hin zu unterziehen und zu den sonstigen Beweismitteln in Beziehung zu setzen. Erforderlich ist außerdem, dass das Tatgericht in den Urteilsgründen für das Revisionsgericht nachvollziehbar darlegt und begründet, weshalb es das Geständnis für glaubhaft erachtet. Hierbei hängt das Maß der gebotenen Darlegung von der jeweiligen Beweislage und insoweit von den Umständen des Einzelfalles ab. Es steht in einer umgekehrten Wechselbeziehung zu der inhaltlichen Qualität des Geständnisses. Bei einem detaillierten Geständnis des Angeklagten können knappe Ausführungen genügen.

3. Decken sich die Angaben des Angeklagten mit sonstigen Beweisergebnissen und stützt der Tatrichter seine Überzeugung von der Glaubhaftigkeit des Geständnisses auch auf diese Beweisergebnisse, so ist er zu deren jedenfalls gedrängter Wiedergabe verpflichtet, da anderenfalls eine revisionsgerichtliche Überprüfung seiner Überzeugungsbildung nicht möglich ist.

**289. BGH 4 StR 428/23 – Beschluss vom 16. Januar 2024 (LG Bielefeld)**

Beweiswürdigung (beschränkte Revisibilität; schwierige Beweissituation: Darstellungsanforderungen, Glaubhaftigkeit); gefährliche Körperverletzung (eine das Leben gefährdende Behandlung, Erheblichkeitsschwelle).  
§ 261 StPO; § 224 StGB

**290. BGH 4 StR 441/23 – Beschluss vom 30. Januar 2024 (LG Paderborn)**

Strafzumessung (Strafmilderung: minder schwerer Fall des Totschlags, Provokation, schwere Beleidigung, verminderte Schuldfähigkeit; strafscharfende Berücksichtigung: Art der Tatausführung).  
§ 213 StGB; § 21 StGB; § 46 StGB

**291. BGH 3 StR 157/23 – Urteil vom 25. Januar 2024 (LG Koblenz)**

Beschränkung der Revision (Auslegung); gefährliche Körperverletzung (lebensgefährdende Behandlung); rechtsfehlerhafte Beweiswürdigung (Lückenhaftigkeit); Schuldfähigkeit (Differenzierung zwischen Aufhebung der Einsichtsfähigkeit und Aufhebung der Steuerungsfähigkeit); Strafzumessung (strafscharfendes Gewicht der Art der Tatausführung bei eingeschränkter Steuerungsfähigkeit); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Neuregelung; überwiegendes Beruhen der Anlasstat auf den Hang; Erfolgsaussicht einer Behandlung).  
§ 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 20 StGB; § 21 StGB; § 46 StGB; § 64 StGB; § 261 StPO; § 300 StPO analog

**292. BGH 3 StR 160/22 – Beschluss vom 19. Dezember 2023 (Kammergericht)**

BGHSt; Ablehnung von Beweisanträgen im Urteil nach Fristsetzung (Prozessverschleppung; Nachbringung bzw. Austausch von Ablehnungsgründen durch das Revisionsgericht; Abschluss der von Amts wegen vorgesehenen Beweisaufnahme); Aufklärungsrüge; Ablehnung von Beweisanträgen auf Einvernahme von Auslandszeugen;

Beweiswürdigung des Tatgerichts (mängelbehaftete Wiedererkennung des Angeklagten durch Belastungszeugen); Anwendung deutschen Strafrechts (Geltung für Auslandstaten in anderen Fällen; Betroffensein im Inland).

§ 244 Abs. 2 StPO; § 244 Abs. 5 Satz 2 StPO; § 244 Abs. 6 StPO; § 261 StPO; § 7 Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 129a StGB; § 129b StGB; § 211 StGB; § 8 Abs. 1 Nr. 1 VStGB

**293. BGH 3 StR 183/23 – Urteil vom 14. Dezember 2023 (LG Amberg)**

Verbreitung jugend- und kinderpornographischer Inhalte (Altersbestimmung: Gesamtwürdigung aller Umstände; „Scheinkind“); Auslegung der Revision der Staatsanwaltschaft (konkludente Beschränkung trotz unbeschränkter Anträge); Beweiswürdigung des Tatgerichts (Lückenhaftigkeit).

§ 184c Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 261 StPO; § 300 StPO

**294. BGH 3 StR 185/23 – Urteil vom 14. Dezember 2023 (LG Wuppertal)**

Entschuldigender Notstand (nicht anders abwendbare Gefahr: Inanspruchnahme behördlicher Hilfe); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Neuregelung; überwiegendes Beruhen der Anlasstat auf den Hang).

§ 35 StGB; § 64 StGB

**295. BGH 3 StR 225/23 – Urteil vom 14. Dezember 2023 (LG Osnabrück)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Neuregelung; überwiegendes Beruhen der Anlasstat auf den Hang); Strafzumessung (Indizwirkung von Regelbeispielen der besonders schweren Fälle).

§ 46 StGB; § 64 StGB; § 29 Abs. 3 BtMG

**296. BGH 3 StR 243/23 – Urteil vom 30. November 2023 (LG Mönchengladbach)**

Aufklärungshilfe (ausreichender Aufklärungsbeitrag); Auslegung der Revision der Staatsanwaltschaft (konkludente Beschränkung trotz unbeschränkter Anträge).

§ 46b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB; § 300 StPO analog

**297. BGH 3 StR 254/23 – Urteil vom 11. Januar 2024 (LG Mönchengladbach)**

Beschränkung der Revision auf den Schuld- und Rechtsfolgenausspruch (Einfluss auf die Anordnung des Vorwegvollzugs); Kognitionspflicht des Tatgerichts.

§ 67 StGB; § 264 Abs. 1 StPO

**298. BGH 3 StR 272/23 – Beschluss vom 28. November 2023 (LG Kleve)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**299. BGH 3 StR 278/23 – Beschluss vom 12. Dezember 2023 (LG Osnabrück)**

Strafvorschriften nach dem AufenthG (Befreiung vom Erfordernis eines Aufenthaltstitels bei legalem Kurzaufenthalt).

§ 95 AufenthG; § 96 AufenthG

**300. BGH 3 StR 280/23 – Urteil vom 11. Januar 2024 (LG Bad Kreuznach)**

Totschlag; vorsätzlicher Vollrausch; Schuldfähigkeit (Alkoholintoxikation); Unterbringung in einer



Entziehungsanstalt; Vorwegvollzug der Strafe; Revisionsbegründungsschrift der Staatsanwaltschaft (Fehlen von Anträgen); Revisionsbeschränkung (konkludente Beschränkung trotz unbeschränkter Anträge).

§ 212 StGB; § 323a StGB; § 2 Abs. 6 StGB; § 20 StGB; § 64 StGB; § 67 Abs. 2 StGB; § 300 StPO analog; § 345 StPO; § 354a StPO

**301. BGH 3 StR 337/23 – Beschluss vom 23. Januar 2024 (LG Oldenburg)**

Verwerfung der Anhörungsrüge (Wochenfrist; keine Verletzung des Rechts auf rechtliches Gehör bei Verwerfung der Revision durch Beschluss ohne Begründung).

§ 356a StPO; Art. 103 Abs. 1 GG

**302. BGH 3 StR 355/23 – Beschluss vom 14. November 2023 (LG Oldenburg)**

Schwerer Wohnungseinbruchdiebstahl (Urteilformel); Korrektur der Anordnung der Einziehung von Wertersatz.

§ 244 Abs. 4 StGB; § 73c StGB; § 354 Abs. 1 StPO analog

**303. BGH 3 StR 358/23 – Beschluss vom 11. Januar 2024 (LG Mönchengladbach)**

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Vollstreckungslösung; abschließende Sachentscheidung des Revisionsgerichts wegen Unvertretbarkeit weiterer Verzögerungen).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 354 Abs. 1 StPO analog

**304. BGH 3 StR 394/23 – Beschluss vom 10. Januar 2024 (LG Krefeld)**

Strafrahmenwahl im Betäubungsmittelstrafrecht (minder schwerer Fall; Sperrwirkung; Aufklärungshilfe; Verbrauch von vertyppten Strafmilderungsgründen).

§ 30 BtMG; § 30a BtMG; § 31 BtMG

**305. BGH 3 StR 411/23 – Beschluss vom 19. Dezember 2023 (LG Koblenz)**

Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Abgrenzung zu straflosen Vorbereitungshandlungen; Urteilformel); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Neuregelung; Erfolgsaussicht einer Behandlung); Absetzung des Urteils (Verhinderungsvermerk).

§ 29 BtMG; § 64 StGB; § 275 Abs. 2 Satz 2 StPO

**306. BGH 3 StR 422/23 – Beschluss vom 12. Dezember 2023 (LG Oldenburg)**

Schwerer Wohnungseinbruchdiebstahl (unmittelbares Ansetzen); Nötigung (Konkurrenzen); Aufklärungshilfe; Einziehung des Wertes von Taterträgen (gesamtschuldnerische Haftung).

§ 240 StGB; § 244 Abs. 4 StGB; § 22 StGB; § 46b StGB; § 73c StGB

**307. BGH 3 StR 423/23 – Beschluss vom 9. Januar 2024 (LG Kleve)**

Antrag auf revisionsgerichtliche Entscheidung gegen die Verwerfung der Revision als unzulässig durch das Gericht des ersten Rechtszuges (Wochenfrist).

§ 346 Abs. 2 Satz 1 StPO

**308. BGH 3 StR 424/23 – Beschluss vom 19. Dezember 2023 (LG Krefeld)**

Einheitsjugendstrafe (Gefahr der Doppelbestrafung durch Einbeziehung früherer, bereits in ein anderes Urteil eingeflossener Entscheidungen); Nebenfolgen (unzulässiger Vorbehalt in Urteilsformel); nachträgliche Gesamtstrafenbildung.

§ 31 JGG; § 66 JGG; § 55 StGB

**309. BGH 3 StR 454/23 – Beschluss vom 9. Januar 2024 (LG Osnabrück)**

Verwerfung der Revision als unzulässig (fehlende Beschwer).

§ 349 Abs. 1 StPO

**310. BGH AK 100-106/23 – Beschluss vom 24. Januar 2024**

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr; besondere Schwierigkeit und besonderer Umfang der Ermittlungen); Gründung und mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland.

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

**311. BGH AK 100-106/23 – Beschluss vom 24. Januar 2024**

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr; besondere Schwierigkeit und besonderer Umfang der Ermittlungen); Gründung und mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland.

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

**312. BGH AK 100-106/23 – Beschluss vom 24. Januar 2024**

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr; besondere Schwierigkeit und besonderer Umfang der Ermittlungen); Gründung und mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland.

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

**313. BGH AK 1/24 – Beschluss vom 31. Januar 2024 (OLG Stuttgart)**

Versuchter Mord (niedrige Beweggründe: Reichsbürgerideologie; Grausamkeit; Verdeckungsabsicht); Rücktritt (Freiwilligkeit); mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung; Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr; Haftgrund der Schwerkriminalität; besondere Schwierigkeit und Umfang der Ermittlungen).

§ 129a StGB; § 211 StGB; § 112 StPO; § 121 StPO

**314. BGH AK 2/24 – Beschluss vom 6. Februar 2024**

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (Schwierigkeit und der Umfang des Verfahrens).

§ 112 StPO; § 121 StPO

**315. BGH AK 100-106/23 – Beschluss vom 24. Januar 2024**

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr; besondere Schwierigkeit und besonderer Umfang der Ermittlungen); Gründung und mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland.

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

**316. BGH AK 100-106/23 – Beschluss vom 24. Januar 2024**

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr; besondere Schwierigkeit und besonderer Umfang der Ermittlungen); Gründung und mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland.

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

**317. BGH AK 100-106/23 – Beschluss vom 24. Januar 2024**

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr; besondere Schwierigkeit und besonderer Umfang der Ermittlungen); Gründung und mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland.

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

**318. BGH AK 100-106/23 – Beschluss vom 24. Januar 2024**

Fortdauer der Untersuchungshaft über sechs Monate (dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr; besondere Schwierigkeit und besonderer Umfang der Ermittlungen); Gründung und mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland.

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

**319. BGH AK 108/23 – Beschluss vom 23. Januar 2024**

Aufhebung des Haftbefehls (Veränderung des dringenden Tatverdachts; Fluchtgefahr); mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland (Eingliederung in die Vereinigung; Beteiligungshandlungen); Verletzung der Fürsorge- oder Erziehungspflicht.

§ 112 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB; § 171 StGB

**320. BGH StB 1/24 – Beschluss vom 24. Januar 2024 (OLG Düsseldorf)**

Ablehnung der Aussetzung der Vollstreckung des Strafrests zur Bewährung unter Berücksichtigung des Sicherheitsinteresses der Allgemeinheit.

§ 57 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB

**321. BGH StB 2/24 – Beschluss vom 24. Januar 2024 (OLG Düsseldorf)**

Fortdauer der Untersuchungshaft (Haftbeschwerde; Fluchtgefahr und Verhältnismäßigkeit unter Berücksichtigung der konkreten Straferwartung); Beschleunigungsgebot in Haftsachen (Verhandlungsdichte; Selbstleseverfahren; Planung der Beweisaufnahme; Prozessverhalten der Angeklagten und ihrer Verteidiger).

§ 112 StPO; § 304 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 EMRK

**322. BGH StB 3/24 – Beschluss vom 25. Januar 2024**

Fortdauer der Untersuchungshaft (Haftbeschwerde; dringender Tatverdacht; Haftgrund der Schwerekriminalität).

§ 112 StPO; § 304 StPO; § 129 StGB; § 129a StGB

**323. BGH StB 4/24 – Beschluss vom 24. Januar 2024 (OLG Koblenz)**

Fortdauer der Untersuchungshaft (weitere Beschwerde; dringender Tatverdacht; Fluchtgefahr).

§ 112 StPO; § 310 Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 129a StGB

**324. BGH StB 65/23 – Beschluss vom 1. Februar 2024 (OLG München)**

Beschwerde gegen Entscheidungen des Oberlandesgerichts (Versagung von Akteneinsicht; fehlende Statthaflichkeit betreffend Rechtmäßigkeit der Löschung von Daten in Akten).

§ 304 Abs. 4 Satz 2 StPO; § 489 StPO

**325. BGH StB 76-78/23 – Beschluss vom 6. Februar 2024**

Beschwerde gegen Durchsuchungsanordnung des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs; Durchsuchung bei Beschuldigten (Anfangsverdacht; Auffindevermutung).

§ 304 Abs. 5 StPO; § 102 StPO; § 105 StPO

**326. BGH StB 76-78/23 – Beschluss vom 6. Februar 2024**

Beschwerde gegen Durchsuchungsanordnung des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs; Durchsuchung bei Beschuldigten (Anfangsverdacht; Auffindevermutung).

§ 304 Abs. 5 StPO; § 102 StPO; § 105 StPO

**327. BGH StB 76-78/23 – Beschluss vom 6. Februar 2024**

Beschwerde gegen Durchsuchungsanordnung des Ermittlungsrichters des Bundesgerichtshofs; Durchsuchung bei Beschuldigten (Anfangsverdacht; Auffindevermutung).

§ 304 Abs. 5 StPO; § 102 StPO; § 105 StPO

**328. BGH StB 80/23 – Beschluss vom 11. Januar 2024 (Kammergericht Berlin)**

Unzulässigkeit der Beschwerde gegen Ablehnung des Antrags auf Berichtigung des Hauptverhandlungsprotokolls.

§ 304 Abs. 2 Satz 2 StPO

**329. BGH 5 StR 168/23 – Urteil vom 7. Dezember 2023 (LG Dresden)**

Sicherungsverwahrung (Hangtaten; Gefährlichkeitsprognose; Betäubungsmitteldelikte als erhebliche Taten; Gesamtwürdigung; Erstserientäter).

§ 66 StGB

**330. BGH 5 StR 243/23 – Beschluss vom 12. Februar 2024**

Festsetzung des Gegenstandswerts der Rechtsanwaltsgebühr im Adhäsionsverfahren.

§ 33 Abs. 1 RVG

**331. BGH 5 StR 320/23 – Beschluss vom 27. September 2023 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**332. BGH 5 StR 325/23 – Beschluss vom 11. Januar 2024 (LG Kiel)**

Teileinstellung.

§ 154a Abs. 2 StPO

**333. BGH 5 StR 339/23 – Urteil vom 17. Januar 2024 (LG Berlin)**

Strafzumessung bei der Verurteilung wegen eines Betäubungsmitteldelikts (Überwachung als Strafmilderungsgrund).

§ 29 BtMG; § 46 StGB

**334. BGH 5 StR 364/23 – Beschluss vom 31. Januar 2024 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**335. BGH 5 StR 418/23 – Beschluss vom 7. Dezember 2023 (LG Hamburg)**

Gewerbs- und bandenmäßiger Betrug; Geldwäsche.

§ 261 StGB; § 263 StGB

**336. BGH 5 StR 93/23 – Beschluss vom 1. Februar 2024 (LG Berlin)**

Einziehung von Taterträgen (erlangtes Etwas, tatsächliche Verfügungsgewalt); Begünstigung; Geldwäsche.

§ 73 StGB; § 257 StGB; § 261 StGB

**337. BGH 5 StR 419/23 – Urteil vom 1. Februar 2024 (LG Hamburg)**

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (länger andauernder psychischer Defekt; aktuell hinzutretender Genuss berauschender Mittel; krankhafte Sucht; akute Beeinträchtigung der Steuerungsfähigkeit); Beweiswürdigung (Zweifelssatz; Indizien; erschöpfende Würdigung).

§ 20 StGB; § 63 StGB; § 261 StPO

**338. BGH 5 StR 420/23 – Beschluss vom 16. Januar 2024 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**339. BGH 5 StR 451/23 – Beschluss vom 16. Januar 2024 (LG Chemnitz)**

Strafzumessung (minder schwerer Fall und gesetzlich vertypter Milderungsgrund).

§ 49 StGB

Sieht das Gesetz einen besonderen Strafraumen für minder schwere Fälle vor und ist auch ein gesetzlich vertypter Milderungsgrund gegeben, muss bei der Strafraumwahl im Rahmen einer Gesamtabwägung zunächst geprüft werden, ob die allgemeinen Milderungsgründe die Annahme eines minder schweren Falles tragen. Ist nach einer Abwägung aller allgemeinen Strafzumessungsumstände das Vorliegen eines minder schweren Falles abzulehnen, so sind zusätzlich die den gesetzlich vertypten Strafmilderungsgrund verwirklichenden Umstände in die gebotene Gesamtabwägung einzubeziehen. Erst wenn das Tatgericht die Anwendung des mildereren Strafraumes danach weiterhin nicht für gerechtfertigt hält, darf es seiner konkreten Strafzumessung den (allein) wegen des gegebenen gesetzlich vertypten Milderungsgrundes gemilderten Regelstrafrahmen zugrunde legen.

**340. BGH 5 StR 458/23 – Beschluss vom 30. Januar 2024 (LG Dresden)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**341. BGH 5 StR 460/23 – Beschluss vom 5. Dezember 2023 (LG Berlin)**

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussicht).

§ 64 StGB

**342. BGH 5 StR 462/23 – Beschluss vom 16. Januar 2024 (LG Berlin)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**343. BGH 5 StR 464/23 – Beschluss vom 31. Januar 2024 (LG Dresden)**

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

**344. BGH 5 StR 490/23 – Beschluss vom 30. Januar 2024 (LG Dresden)**

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Mitursächlichkeit des Hangs für die Tatbegehung).

§ 64 StGB

Nach der zum 1. Oktober 2023 in Kraft getretene Neufassung des § 64 StGB gilt für den erforderlichen symptomatischen Zusammenhang zwischen dem Substanzkonsum des Täters und der Begehung von Straftaten, dass die Anlasstat „überwiegend“ auf den Hang zurückgehen muss, alkoholische Getränke oder andere berauschende Mittel im Übermaß zu sich zu nehmen. Nach dem Willen des Gesetzgebers reicht eine bloße Mitursächlichkeit des Hangs für die Tat nur noch dann aus, wenn sie andere Ursachen quantitativ überwiegt. Das Vorliegen dieses Kausalzusammenhangs ist durch das Tatgericht – gegebenenfalls unter sachverständiger Beratung – positiv festzustellen.

**345. BGH 5 StR 495/23 – Beschluss vom 16. Januar 2024 (LG Bremen)**

Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Erforderlichkeit von Feststellungen zum Wirkstoffgehalt; Strafzumessung; In-den-Verkehr-Gelangen kein Strafschärfungsgrund).

§ 29 BtMG; § 46 StGB

**346. BGH 5 StR 499/23 – Beschluss vom 30. Januar 2024 (LG Leipzig)**

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Anforderungen an die Erfolgsaussicht bei gleichzeitiger Anordnung von Sicherungsverwahrung; neue Rechtslage).

§ 64 StGB

**347. BGH 5 StR 506/23 – Beschluss vom 16. Januar 2024 (LG Bremen)**

Einziehung von Taterträgen (erlangtes Etwas; mehrere Beteiligte; Mitverfügungsgewalt; Haftung als Gesamtschuldner; Schätzung).

§ 73 StGB; § 73d Abs. 2 StGB

1. Einem Tatbeteiligten kann die Gesamtheit des aus der Tat Erlangten mit der Folge einer gesamtschuldnerischen Haftung zugerechnet werden, wenn sich die Beteiligten einig sind, dass jedem die Mitverfügungsgewalt hierüber zukommen soll, und der Tatbeteiligte zumindest faktische oder wirtschaftliche Mitverfügungsgewalt über den

Vermögensgegenstand erlangt. Allein die mittäterschaftliche Tatbeteiligung des Beteiligten belegt dagegen für sich betrachtet noch keine tatsächliche Verfügungsgewalt im Sinne von § 73 StGB.

2. Eine Schätzung nach § 73d Abs. 2 StGB kommt nur in Betracht, wenn die Werte, die für §§ 73 bis 73d StGB maßgebend sind, nicht mit hinreichender Sicherheit festgestellt werden können oder ihre Ermittlung einen unverhältnismäßigen Aufwand an Zeit oder Kosten erfordert. Mit Ergebnissen der Beweisaufnahme darf die Schätzung nicht im Widerspruch stehen.

3. Auch bei einer Schätzung hat sich das Tatgericht aufgrund des gesamten Ergebnisses der Beweisaufnahme eine Überzeugung von der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der maßgeblichen Umstände zu bilden, um die Festsetzung eines der Wirklichkeit nahekommenden Schätzwertes zu ermöglichen. Dabei ist für die Ermittlung der Tatsachengrundlagen der Schätzung – nicht dagegen für die Schätzung selbst – der Zweifelssatz anzuwenden. Die Grundlagen, auf welche sich die Schätzung stützt, müssen festgestellt und erwiesen sein sowie im Urteil mitgeteilt werden.

**348. BGH 5 StR 508/23 – Beschluss vom 13. Februar 2024 (LG Itzehoe)**

Keine erweiterte Einziehung des Surrogats.  
§ 73a StGB

**349. BGH 5 StR 577/23 – Beschluss vom 30. Januar 2024 (LG Hamburg)**

Fehlender Eröffnungsbeschluss.  
§ 207 StPO

**350. BGH 5 StR 584/23 – Beschluss vom 14. Februar 2024 (LG Flensburg)**

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (fehlende Feststellungen zur dauernden und schwerwiegenden Beeinträchtigung der Lebensgestaltung).  
§ 64 StGB

**351. BGH 5 StR 607/23 – Beschluss vom 30. Januar 2024 (LG Zwickau)**

Sichverschaffen von Betäubungsmitteln; Tateinheit durch Klammerwirkung.  
§ 29 BtMG; § 52 StGB

1. Das Sichverschaffen von Betäubungsmitteln setzt (wie der Erwerb) voraus, dass der Täter die tatsächliche Verfügungsgewalt mit der Möglichkeit und dem Willen erlangt, über die Sache als eigene zu verfügen.

2. Überschneiden sich die Ausführungshandlungen zweier an sich selbstständiger Delikte zwar nicht miteinander, wohl aber mit den Ausführungshandlungen eines dritten Tatbestandes, führt dies zur Annahme von Tateinheit durch Klammerwirkung, wenn das verklammernde Delikt nicht von minderschwermem Gewicht ist.

**352. BGH 6 StR 109/23 – Beschluss vom 17. Oktober 2023 (LG Göttingen)**

Verwerfung des Antrags auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand als unzulässig; Verwerfung der Revision als unbegründet; Schwere Zwangsprostitution, Ausbeutung

von Prostituierten, Zuhälterei, sexueller Missbrauch von Jugendlichen, Förderung sexueller Handlungen Minderjähriger (konkurrenzrechtliche Bewertung).

§ 44 Satz 1 StPO; § 349 Abs. 2 StPO; § 232a Abs. 1 Alt. 2 Nr. 1 Alt. 2, Abs. 4 Halbsatz 1 StGB; § 232 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1, Nr. 3 StGB; § 180a Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 181a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 182 Abs. 1 Nr. 2 StGB, § 180 Abs. 2 StGB

**353. BGH 6 StR 1/24 alt: 6 StR 195/23 – Beschluss vom 23. Januar 2024 (LG Stade)**

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

**354. BGH 6 StR 18/23 – Urteil vom 24. Januar 2024 (LG Saarbrücken)**

Verletzung der Kognitionspflicht; Grundsätze der Strafzumessung (kein Anspruch des Täters auf rechtzeitiges Einschreiten der Ermittlungsbehörden).  
§ 264 StPO; § 46 StGB

**355. BGH 6 StR 191/23 – Beschluss vom 29. November 2023 (LG Neuruppin)**

BGHR; Unterschlagung, veruntreuende Unterschlagung (Manifestation des Zueignungswillens; Zueignung: Erfolgsdelikt).  
§ 246 Abs. 1, Abs. 2 StGB

**356. BGH 6 StR 210/23 – Beschluss vom 9. August 2023 (LG Hannover)**

Erfolgreicher Antrag auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; Pflicht zur elektronischen Übermittlung.  
§ 44 Satz 1 StPO; § 45 Abs. 2 Satz 1 StPO; § 32d Satz 2 StPO

**357. BGH 6 StR 227/23 – Beschluss vom 17. Oktober 2023 (LG Lüneburg)**

Grundsätze der Strafzumessung (keine strafmildernde Berücksichtigung einer zugleich angeordneten Maßregel); Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (fehlende Feststellungen zum Vollstreckungsstand); Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung (Rückfallverjährung; Fristberechnung); Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensationsentscheidung; keine schematische Anrechnung, wertende Betrachtung der maßgeblichen Umstände des Einzelfalls).  
§ 46 Abs. 1 Satz 2 StGB; § 55 StGB; § 66 StGB; Art. 6 Abs. 1 EMRK

**358. BGH 6 StR 257/23 – Beschluss vom 7. September 2023 (LG Stralsund)**

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

**359. BGH 6 StR 346/23 – Urteil vom 7. Februar 2024 (LG Regensburg)**

Verbrechensverabredung (Rücktritt); Einlassung des Angeklagten (kritische Würdigung); Zweifelssatz (kein Ausgehen von Annahmen zugunsten des Angeklagten ohne Anhaltspunkte).  
§ 30 Abs. 2 Fall 3 Alt. 1 StGB; § 31 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 261 StPO

**360. BGH 6 StR 348/23 – Urteil vom 7. Februar 2024 (LG Regensburg)**

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussicht: Drohende Vollstreckung der restlichen Freiheitsstrafe aus einem Urteil der Republik Italien, angestrebte Aberkennung der Freizügigkeit); Grundsätze der Strafzumessung (Verhalten des Angeklagten nach der Tat; Doppelverwertungsverbot: kein Verstoß bei Berücksichtigung besondere Bedeutung des Angeklagten innerhalb der Bande).

§ 64 StGB; § 6 FreizügigkeitsG/EU; § 7 FreizügigkeitsG/EU; § 46 StGB

**361. BGH 6 StR 352/23 – Beschluss vom 6. Februar 2024 (LG Braunschweig)**

Betrug (gehackte Accounts auf Internetportalen, konkurrenzrechtliche Bewertung: Tateinheit bei mehrfacher Nutzung eines Täters zu diesem Zweck manipulierter Benutzerkonten, Teilidentität in den Ausführungshandlungen). § 263 Abs. 1 StGB; § 52 StGB

**362. BGH 6 StR 359/23 – Beschluss vom 22. August 2023 (LG Göttingen)**

Adhäsionsverfahren (zukünftige immaterielle und materielle Schäden: Feststellungsinteresse, hinreichende Sachengrundlage, Möglichkeit eines zukünftigen Schadenseintritts, keine bloß abstrakt-theoretische Möglichkeit; Beginn des Zinslaufs).

§ 403 StPO; § 404 Abs. 2 StPO, § 291 Satz 1 BGB; § 187 Abs. 1 BGB; § 256 Abs. 1 ZPO

**363. BGH 6 StR 380/23 – Beschluss vom 5. September 2023 (LG Lüneburg)**

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

**364. BGH 6 StR 456/23 – Beschluss vom 24. Januar 2024 (LG Frankfurt (Oder))**

„Aussage-gegen-Aussage“-Konstellation (Urteilsgründe; Beweiswürdigung: Fehlende Erörterung der Inhalte und der Entstehung und Entwicklung der Aussagen des Geschädigten).

§ 267 StPO

**365. BGH 6 StR 488/21 – Beschluss vom 15. November 2023 (LG Saarbrücken)**

Ablehnung von Beweisanträgen (tatsächliche Bedeutungslosigkeit; Berücksichtigung von Urkunden vor Abschluss des Selbstleseverfahrens, vorzeitige Berücksichtigung; Beruhen); Grundsatz der Spezialität (Nichtbeachtung: Vollstreckungshindernis).

§ 244 Abs. 3 Satz 3 Nr. 2 StPO; § 249 Abs. 2 StPO; Art. 14 EuAIÜbk; § 83h Abs. 1 IRG

**366. BGH 6 StR 525/23 – Beschluss vom 6. Februar 2024 (LG Ansbach)**

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

**367. BGH 6 StR 528/23 – Beschluss vom 7. Februar 2024 (LG Regensburg)**

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussicht: tatsächliche Anhaltspunkte, Wahrscheinlichkeit höheren Grades).

§ 64 StGB

**368. BGH 6 StR 533/23 – Beschluss vom 8. Februar 2024 (LG Frankfurt/Oder)**

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

**369. BGH 6 StR 533/23 – Beschluss vom 8. Februar 2024 (LG Frankfurt (Oder))**

Rücktritt vom Versuch (Nichtberücksichtigung durch das Tatgericht; Rücktrittshorizont).

§ 24 Abs. 2 StGB

**370. BGH 6 StR 549/23 – Beschluss vom 10. Januar 2024 (LG Hannover)**

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang: Schärfung des Kausalitätserfordernisses zwischen Hang und Anlassstat; Mitursächlichkeit des Hangs: Quantitatives Überwiegen anderer Ursachen).

§ 64 StGB

1. Bloße Mitursächlichkeit des Hangs für die Tat reicht nach der Neufassung des § 64 StGB nur noch dann aus, wenn sie andere Ursachen quantitativ überwiegt.

2. Ein solches quantitatives Überwiegen wird insbesondere in Fällen abzulehnen sein, in denen Straftaten begangen werden, um – neben dem Drogenkonsum – den eigenen, womöglich aufwendigen Lebensbedarf zu finanzieren, oder bei einem „Großdealer“, der selbst auch die gehandelte Droge oder ein anderes Suchtmittel konsumiert, und solchen, bei denen suchunabhängiges dissoziales Verhalten für die Tatbegehung wesentlich war.

3. Ein überwiegender Zusammenhang wird regelmäßig anzunehmen sein, wenn das delinquente Verhalten seine Motivation etwa im Craving, also im Drogenhunger, oder in der Notwendigkeit zum Erwerb der Substanz hat, um Entzugssymptome zu vermeiden, oder wenn aggressive Handlungen infolge der Abhängigkeit bzw. einer Intoxikation begangen worden sind.

**371. BGH 6 StR 551/23 – Beschluss vom 23. Januar 2024 (LG Lüneburg)**

Erpresserischer Menschenraub (Tätige Reue: kein Erfordernis der Freiwilligkeit).

§ 239a Abs. 4 StGB

§ 239a Abs. 4 Satz 1 StGB setzt keine Freiwilligkeit voraus. Es kommt nicht darauf an, aus welchen Motiven der Täter handelt.

**372. BGH 6 StR 558/23 – Beschluss vom 24. Januar 2024 (LG Hannover)**

Verspätete Urteilsabsetzung.

§ 275 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 338 Nr. 7 StPO

**373. BGH 6 StR 559/23 – Beschluss vom 6. Februar 2024 (LG Göttingen)**

Verwerfung des Antrags auf Entscheidung des Revisionsgerichts als unbegründet.

§ 346 Abs. 2 StPO

**374. BGH 6 StR 559/23 – Beschluss vom 6. Februar 2024 (LG Göttingen)**

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

**375. BGH 6 StR 581/23 – Beschluss vom 8. Februar 2024 (LG Saarbrücken)**

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

**376. BGH 6 StR 600/23 – Beschluss vom 8. Februar 2024 (LG Hannover)**

Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (Akzessorietät der Teilnahme).  
§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 27 Abs. 1 StGB