

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

REDAKTION

Prof. Dr. Christian Becker; RiLG Dr. Ulf

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

Gaede; RiKG Dr. Holger Mann; RA Dr.

Stephan Schlegel.

STÄNDIGE MITARBEITER

RA Dr. Christoph Henckel; Wiss. Mit.

Marc-Philipp Bittner; Sina Aaron

Moslehi (Redaktionsassistenten); Prof.

Dr. Jochen Bung, M.A., Univ. Hamburg;

Prof. Dr. Christoph Burchard, LL.M.

(NYU), Univ. Frankfurt; Prof. Dr. Daniela

Demko, LL.M., Univ. Leipzig; Prof. Dr. Lutz

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

du Bois-Pedain, MJur (Oxon), Univ.

Cambridge; Prof. Dr. Diethelm Kle-

sczewski, Univ. Leipzig; Prof. Dr. Hans

Kudlich, Univ. Erlangen-Nürnberg; Prof.

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

Zürich; RA Tilo Mühlbauer, Dresden; RA

Prof. Dr. Ralf Neuhaus, Dortmund; RA

Dr. Markus Rübenstahl, mag. iur.,

Frankfurt a.M.; Prof. Dr. Frank Saliger,

LMU München; RA Dr. Hellen Schilling,

Frankfurt a.M.; Prof. Dr. Christoph

Sowada, Univ. Greifswald; RA Klaus-

Ulrich Ventzke, Hamburg und Prof. Dr.

Wolfgang Wohlers, Univ. Basel

Publikationen

Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Abraham, Hamburg – **Der Zugriff auf beim Pro-
vider gespeicherte E-Mails** Zugl. Bespr. zu BGH HRRS 2021 Nr. 32 S. 356

Wiss. Mit. Florian Nicolai, Erlangen-Nürnberg – **Der Zugriff auf beim Pro-
vider (end-)gespeicherter E-Mails** Bespr. zu BGH HRRS 2021 Nr. 32S. 365

RA Hans Meyer-Mews, Bremen – **Durchfuhr von Betäubungsmitteln –
ja, gibt's denn sowas?** S. 369

Entscheidungen

BVerfG **Keine Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug entgegen
einer Patientenverfügung**

BVerfG **Invollzugsetzung eines Haftbefehls bei neuen Tatvorwür-
fen**

BGHSt **Bestechungsdelikte bei Bewerbung für eine andere Amts-
stelle**

BGHSt **Begriff der kriminellen Vereinigung**

BGHSt **Sammeln von Vermögenswerten zur Terrorismusfinanzie-
rung**

BGHSt **Anderer im Sinne des § 184b Abs. 2 StGB a.F.**

BGHR **Strafbare Verbreitung sog. Ransomware**

BGH **Garantenstellungen unter Geschwistern**

Die Ausgabe umfasst 177 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

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

REDAKTION

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

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

ISSN 1865-6277

22. Jahrgang, August/September 2021, Ausgabe

8-9

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des BVerfG/EuGH/EGMR

740. BVerfG 2 BvR 1866/17, 2 BvR 1314/18 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 8. Juni 2021 (OLG Nürnberg / LG Nürnberg-Fürth / LG Regensburg)

Keine Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug entgegen einer wirksamen Patientenverfügung (Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus; Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit; Ausschluss eines Eingriffs nur bei wirksamer Einwilligung; besonders schwerwiegender Grundrechtseingriff durch medizinische Zwangsbehandlung mit Neuroleptika; Rechtfertigung des Eingriffs durch staatliche Schutzpflicht für Grundrechte Dritter oder für die körperliche Unversehrtheit und das Freiheitsinteresse des Untergebrachten; Zwangsbehandlung nur als letztes Mittel; Eingriffsvo-

oraussetzungen; fehlende Einsichtsfähigkeit; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; verfahrensrechtliche Anforderungen; Zurücktreten der staatlichen Schutzpflicht bei freier Entscheidung des Untergebrachten; Selbstbestimmungsrecht des Patienten als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts; „Freiheit zur Krankheit“; zweistufige Prüfung; Einsichtsfähigkeit; Reichweite der Erklärung; Bindungswirkung einer Patientenverfügung; Verfassungsmäßigkeit und Auslegung der früheren Regelung im Bayerischen Maßregelvollzugsgesetz).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 63 StGB; § 109 StVollzG; § 1901a Abs. 1 BGB; Art. 6 Abs. 3 BayMRVG a. F.; Art. 6 Abs. 4 Satz 6 BayMRVG a. F.; Art. 41 Nr. 3 BayMRVG a. F.

1. Staatliche Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 und 2 GG gegenüber einer untergebrachten Person können eine Zwangsbehandlung nicht rechtfertigen, wenn diese die in Rede stehende Behandlung im Zustand der Einsichtsfähigkeit durch eine Patientenverfügung wirksam ausgeschlossen hat. (BVerfG)
2. Der Vorrang individueller Selbstbestimmung auf der Grundlage des allgemeinen Persönlichkeitsrechts setzt voraus, dass der Betroffene seine Entscheidung mit freiem Willen und im Bewusstsein über ihre Reichweite getroffen hat. Seine Erklärung ist daraufhin auszulegen, ob sie hinreichend bestimmt und die konkrete Behandlungs- und Lebenssituation von ihrer Reichweite umfasst ist. (BVerfG)
3. Die staatliche Pflicht zum Schutz der Grundrechte anderer Personen, die mit dem Betroffenen in der Einrichtung des Maßregelvollzugs in Kontakt treten, bleibt unberührt. Die autonome Willensentscheidung des Patienten kann nur so weit reichen, wie seine eigenen Rechte betroffen sind. Über Rechte anderer Personen kann er nicht disponieren. (BVerfG)
4. Sieht der Gesetzgeber die Maßnahme einer Zwangsbehandlung derjenigen Person vor, von der die Gefährdung anderer ausgeht, so ist er dabei an den Grundsatz strikter Verhältnismäßigkeit gebunden. Strenge materielle und verfahrensrechtliche Anforderungen müssen sicherstellen, dass die betroffenen Freiheitsrechte nicht mehr als unabdingbar beeinträchtigt werden. (BVerfG)
5. Jede medizinische Behandlung einer Person gegen ihren natürlichen Willen greift in das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit ein, zu dessen traditionellem Gehalt der Schutz gegen eine staatliche Zwangsbehandlung gehört. Die medizinische Behandlung eines Untergebrachten, die ihrer Art nach das Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit berührt, greift in dieses Grundrecht allenfalls dann nicht ein, wenn sie von der frei, auf der Grundlage der gebotenen ärztlichen Aufklärung erteilten Einwilligung des Betroffenen gedeckt ist. Dies setzt allerdings dessen Einwilligungsfähigkeit voraus. Hingegen entfällt der Eingriffscharakter einer Zwangsbehandlung nicht deshalb, weil sie zum Zweck der Heilung vorgenommen wird, der Betroffene ihr keinen physischen Widerstand entgegengesetzt oder krankheitsbedingt einsichtsunfähig ist. (Bearbeiter)
6. Der in der medizinischen Zwangsbehandlung eines Untergebrachten mit Neuroleptika liegende Grundrechtseingriff wiegt mit Blick auf die Möglichkeit schwerer, irreversibler Nebenwirkungen und die erstrebte Veränderung seelischer Abläufe besonders schwer und berührt in besonderem Maße den Kern der Persönlichkeit. Dies gilt unabhängig davon, ob die Verabreichung mit körperlichem Zwang durchgesetzt wird. (Bearbeiter)
7. Die Zwangsbehandlung eines Untergebrachten kann jedoch gerechtfertigt sein. Der Schutz der Allgemeinheit vor Straftaten des Untergebrachten stellt keinen geeigneten Rechtfertigungsgrund dar, weil er auch durch einen unbehandelten Verbleib im Maßregelvollzug gewährleistet werden kann. Zur Rechtfertigung können jedoch die Grundrechte anderer Personen innerhalb der Maßregelvollzugseinrichtung herangezogen werden. Eine staatliche Schutzpflicht kann außerdem das Recht auf körperliche Unversehrtheit des Untergebrachten selbst sowie sein grundrechtlich geschütztes Freiheitsinteresse auslösen. (Bearbeiter)
8. Eine Zwangsbehandlung darf als letztes Mittel nur eingesetzt werden, wenn eine weniger eingriffsintensive Behandlung aussichtslos ist. Weiterhin ist erforderlich, dass der Betroffene krankheitsbedingt nicht einsichtsfähig ist oder sich nicht einsichtsgemäß verhalten kann und dass der Behandlung der ernsthafte, mit dem nötigen Zeitaufwand und ohne Ausübung unzulässigen Drucks unternommene Versuch vorausgegangen ist, eine auf Vertrauen gegründete Zustimmung zu erlangen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit fordert überdies, dass die Zwangsbehandlung im Hinblick auf das Behandlungsziel Erfolg verspricht und der zu erwartende Nutzen den möglichen Schaden einer Nichtbehandlung sowie die mit der Maßnahme verbundene Beeinträchtigung deutlich überwiegt. (Bearbeiter)
9. Aus den Grundrechten ergeben sich zudem Anforderungen an das Verfahren. Jedenfalls planmäßige Behandlungen sind anzukündigen, um den Betroffenen in die Lage zu versetzen, rechtzeitig um Rechtsschutz zu ersuchen. Zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit unabdingbar ist überdies die Anordnung und Überwachung durch ärztliches Personal. Außerdem sind die Behandlungsmaßnahmen einschließlich ihres Zwangscharakters, der Durchsetzungsweise, der maßgeblichen Gründe und der Wirkungsüberwachung zu dokumentieren. Schließlich bedarf es außerhalb akuter Notfälle einer vorausgehenden Prüfung der Maßnahme durch Dritte in gesicherter Unabhängigkeit von der Unterbringungseinrichtung. (Bearbeiter)
10. Die Schutzpflicht des Staates aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG tritt gegenüber dem Betroffenen zurück, soweit dieser mit freiem Willen über medizinische Maßnahmen zur Erhaltung oder Besserung der eigenen Gesundheit entscheiden kann. Der Einzelne ist grundsätzlich frei, über Eingriffe in seine körperliche Integrität und den Umgang mit seiner Gesundheit nach eigenem Ermessen zu entscheiden. Diese Freiheit ist Ausdruck der persönlichen Autonomie und als solche durch das allgemeine Persönlichkeitsrecht in der Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts des Patienten geschützt. (Bearbeiter)
11. Die Entscheidung, ob und inwieweit eine Person eine Krankheit diagnostizieren und behandeln lässt, muss sich nicht an einem Maßstab objektiver Vernünftigkeit ausrichten. Es ist grundsätzlich Sache des Einzelnen, darüber zu entscheiden, ob er sich therapeutischen Maßnahmen unterziehen will. Das schließt die „Freiheit zur Krankheit“ und damit das Recht ein, auf Heilung zielende Eingriffe abzulehnen, selbst wenn diese nach dem Stand des medizinischen Wissens dringend angezeigt sind. Der Staat darf eine Zwangsbehandlung auch nicht allein deshalb durchführen, um dem Betroffenen ein Leben außerhalb des Maßregelvollzugs zu ermöglichen. (Bearbeiter)
12. Um wirksam und verbindlich zu sein, muss die Ablehnung einer (Zwangs-)Behandlung im Zustand der

Einsichtsfähigkeit erklärt worden sein. In einem zweiten Schritt ist der Inhalt der Erklärung daraufhin auszulegen, ob dieser hinreichend bestimmt und die konkrete Behandlungssituation von der Reichweite der Erklärung umfasst ist. Letzteres kann nach denselben Maßstäben beurteilt werden, die für die unmittelbare Bindungswirkung einer Patientenverfügung im Sinne von § 1901a Abs. 1 BGB gelten. Unter diesen Voraussetzungen ist eine Zwangsbehandlung, die sich zur Rechtfertigung allein auf den Schutz des Betroffenen selbst stützt, auch im Maßregelvollzug ausgeschlossen. (Bearbeiter)

13. Die Regelung in Art. 6 Abs. 3, Abs. 4 BayMRVG a. F. genügt den Anforderungen, die das Grundgesetz in formeller und materieller Hinsicht an die Zulassung von Zwangsbehandlungen stellt. Allerdings trägt eine Auslegung des Art. 6 Abs. 4 Satz 6 BayMRVG a. F. dem Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit nicht hinreichend Rechnung, wenn das Gericht verkennt, dass die gesetzliche Anordnung, eine wirksame Patientenverfügung zu „beachten“, im Sinne einer strikten Bindung an den Patientenwillen zu verstehen ist, soweit zur Rechtfertigung der Zwangsbehandlung nur die Rechte des Untergebrachten herangezogen werden. (Bearbeiter)

736. BVerfG 2 BvR 575/21 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Juli 2021 (OLG München / LG Augsburg / AG Augsburg)

Invollzugsetzung eines Haftbefehls anlässlich neu hinzugetretener Tatvorwürfe (Freiheitsgrundrecht; freiheitsgewährleistende Funktion von Verfahrensgarantien; Entstehung eines Vertrauenstatbestandes mit der Haftverschonung; umfassende Abwägung aller Umstände des Einzelfalls; Bindung an die Beurteilung in der Aussetzungsentscheidung; neu hervorgetretene Umstände; Haftgründe als Bezugspunkt; Unerheblichkeit des Verdachtsgrades; gesteigerter Fluchtanreiz durch deutlich erhöhte Straferwartung; Vorstellungsbild des Beschuldigten; erhöhte Begründungstiefe von Haftentscheidungen); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Rechtsschutzbedürfnis; fortbestehendes Feststellungsinteresse nach Erlass einer Haftfortdauerentscheidung; Grundsatz der Subsidiarität; Erfordernis einer Anhörungsrüge nur bei Geltendmachung eines Gehörsverstößes); Rechtsfolgen einer verfassungsgewärtigen Entscheidung (bloße Feststellung des Grundrechtsverstößes nach prozessualer Überholung der angegriffenen Entscheidung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 95 Abs. 2 BVerfGG; § 33a StPO; § 112 Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO

1. Die Invollzugsetzung eines Haftbefehls anlässlich nach Anklageerhebung bekannt gewordener neuer Vorwürfe der Verbreitung und des Besitzes kinder- und jugendpornographischer Schriften genügt den sich aus dem Freiheitsgrundrecht ergebenden Anforderungen nicht, wenn eine – gegenüber dem im Ermittlungsverfahren ergangenen, mit seiner Verkündung außer Vollzug gesetzten Haftbefehl – erhöhte Fluchtgefahr auf das Hinzutreten neuer vergleichbarer Vorwürfe gestützt wird, ohne dass das Gericht darlegt, inwieweit sich dadurch die Strafer-

wartung und die Fluchtgefahr – wie erforderlich – ganz wesentlich erhöht haben.

2. Bei der Bewertung der Fluchtgefahr ist es auch zu berücksichtigen, wenn der Beschuldigte sich während der Außervollzugsetzung des Haftbefehls für einen Zeitraum von zehn Monaten dem Verfahren nicht entzogen hat und beanstandungsfrei allen Auflagen nachgekommen ist, obwohl ihm vor Augen stand, dass sich der Umfang der Tatvorwürfe nach der Auswertung bereits sichergestellter Datenträger noch erhöhen würde.

3. Die Anordnung und Aufrechterhaltung der Untersuchungshaft ist wegen der im Rechtsstaatsprinzip wurzelnden Unschuldsvermutung nur ausnahmsweise zulässig, wenn die unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung den Freiheitsanspruch des Beschuldigten überwiegen. Bei der Abwägung ist dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz Rechnung zu tragen.

4. Das in § 116 Abs. 4 StPO zum Ausdruck kommende Gebot, die Aussetzung des Vollzuges eines Haftbefehls nur dann zu widerrufen, wenn sich die Umstände gegenüber dem Zeitpunkt der Haftverschonung verändert haben, gehört zu den bedeutsamsten freiheitssichernden Verfahrensgarantien, deren Beachtung Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG fordert und mit grundrechtlichem Schutz versieht. § 116 Abs. 4 StPO kommt auch dann zur Anwendung, wenn ein außer Vollzug gesetzter Haftbefehl aufgehoben wird und in der Folge ein neuer Haftbefehl erlassen und in Vollzug gesetzt wird.

5. Der (erneute) Vollzug eines Haftbefehls aufgrund neu hervorgetretener Umstände (§ 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO) kommt nur in Betracht, wenn – auch zeitlich vor dem Aussetzungsbeschluss entstandene – schwerwiegende Tatsachen nachträglich bekannt werden, die das Gericht, hätte es sie im Zeitpunkt der Aussetzungsentscheidung gekannt, zur Ablehnung der Verschonung veranlasst hätten. Entscheidend ist, ob die Vertrauensgrundlage für die Aussetzungsentscheidung entfallen ist. Vorzunehmen ist insoweit eine sämtliche Umstände des Einzelfalls berücksichtigende Abwägung zwischen dem Gewicht der neuen Erkenntnisse und des mit der Haftverschonung entstandenen Vertrauenstatbestandes. Dabei ist das Gericht an die Beurteilung der für die Aussetzung maßgeblichen Umstände grundsätzlich gebunden.

6. Die neu hervorgetretenen Tatsachen müssen sich auf die Haftgründe beziehen, während Umstände auf der Ebene des Tatverdachts – wie insbesondere ein gesteigerter Verdachtsgrad nach Anklageerhebung oder Eröffnung des Hauptverfahrens – als solche nicht herangezogen werden dürfen. Letztere können eine Wiederinvollzugsetzung nur dann rechtfertigen, wenn zugleich ein Haftgrund betroffen ist, etwa weil die Straferwartung von der Prognose des Haftrichters zum Zeitpunkt der Außervollzugsetzung erheblich zum Nachteil des Beschuldigten abweicht und sich hieraus ein deutlich gesteigerter Fluchtanreiz ergibt. Die Anwendung des § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO erfordert allerdings nachvollziehbare Feststellungen dazu, von welcher Straferwartung der Beschuldigte im Zeitpunkt der Außervollzugsetzung des Haftbefehls ausgegangen ist; bloße Mutmaßungen genügen insoweit nicht.

7. Ebenso wie Haftfortdauerentscheidungen unterliegen auch Entscheidungen über die Wiederinvollzugsetzung eines Haftbefehls von Verfassungen wegen einer erhöhten Begründungstiefe und erfordern regelmäßig schlüssige und nachvollziehbare Ausführungen zum Fortbestehen der Voraussetzungen der Untersuchungshaft, zur Abwägung zwischen Freiheitsgrundrecht und Strafverfolgungsinteresse sowie zur Frage der Verhältnismäßigkeit.

8. Das Rechtsschutzbedürfnis für die (verfassungsgerichtliche) Überprüfung einer Haftentscheidung besteht wegen des mit dem Vollzug der Untersuchungshaft verbundenen tiefgreifenden Eingriffs in das Freiheitsgrundrecht fort, wenn der angegriffene Haftbefehl nicht mehr die aktuelle Grundlage der Inhaftierung bildet, weil zwischenzeitlich eine Haftfortdauerentscheidung ergangen ist. Infolge der prozessualen Überholung kann der Beschwerdeführer jedoch keine Aufhebung der angegriffenen Entscheidung, sondern nur noch die Feststellung einer Grundrechtsverletzung erreichen.

9. Die Erhebung einer Anhörungsrüge ist zur Wahrung des Grundsatzes der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde nicht erforderlich, wenn der Beschwerdeführer mit Blick auf eine Haftentscheidung keine Gehörsverletzung geltend macht, sondern die Bewertung der Fluchtgefahr durch das Gericht als fehlerhaft ansieht.

735. BVerfG 2 BvQ 63/21 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Juni 2021 (AG Gera)

Erfolgreicher Eilantrag gegen die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis (Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung; fehlende Rechtswegerschöpfung mangels Abwartens von Abhilfe- und Beschwerdeentscheidung; keine Unzumutbarkeit des Abwartens der fachgerichtlichen Entscheidungen; strenger Maßstab).

§ 32 Abs. 1 BVerfGG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG; § 111a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 306 Abs. 2 StPO; § 309 StPO

Der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung gegen die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis bleibt ohne Erfolg, wenn der Antragsteller den Rechtsweg noch nicht erschöpft hat, weil er weder die Abhilfeentscheidung des Amtsgerichts noch die Beschwerdeentscheidung des Landgerichts abgewartet hat, und wenn auch nicht erkennbar ist, dass ihm das Abwarten der fachgerichtlichen Entscheidungen nach dem insoweit anzulegenden strengen Maßstab unzumutbar wäre.

737. BVerfG 2 BvR 1110/21 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 28. Juni 2021 (OLG Dresden)

Einstweilige Anordnung gegen eine Auslieferung nach Tschechien aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (unionsgrundrechtliches Recht auf ein faires Verfahren; Auswirkungen von Verfahrenseinstellungen in Deutschland auf das tschechische Strafverfahren; Folgenabwägung zugunsten des Verfolgten).

Art. 47 Abs. 2 GRCh; § 32 Abs. 1 BVerfGG

Die Entscheidung eines Oberlandesgerichts, mit der eine Auslieferung nach Tschechien für zulässig erklärt wird,

verletzt möglicherweise das Grundrecht der Verfolgten auf ein faires Verfahren aus Art. 47 Abs. 2 GRCh und ist daher einstweilen auszusetzen, wenn das Gericht seiner Verpflichtung zur Vornahme einer Gesamtabwägung aller Umstände des Einzelfalls im Hinblick auf die in Deutschland erfolgten Verfahrenseinstellungen und tschechischen Zusicherungen sowie seiner Ermittlungs- und Informationspflicht hinsichtlich deren Auswirkungen im tschechischen Strafverfahren nicht hinreichend nachgekommen ist.

738. BVerfG 2 BvR 1214/21 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Juli 2021 (Saarländisches OLG)

Einstweilige Anordnung gegen eine Auslieferung nach Rumänien aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (unionsgrundrechtliches Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung; hinreichende Prüfung der konkret zu erwartenden Haftbedingungen; Einholung von Zusicherungen; Haftanstalt Rahova; Folgenabwägung zugunsten des Verfolgten).

Art. 4 GRCh; § 32 Abs. 1 BVerfGG

Die Entscheidung eines Oberlandesgerichts, mit der eine Auslieferung nach Rumänien für zulässig erklärt wird, verletzt möglicherweise das Grundrecht des Verfolgten aus Art. 4 GRCh und ist daher einstweilen auszusetzen, wenn das Gericht im Einzelfall nicht hinreichend aufgeklärt hat, ob der Verfolgte nach seiner Überstellung in einer rumänischen Haftanstalt der Gefahr unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung ausgesetzt sein wird, weil entsprechende Zusicherungen der rumänischen Behörden – insbesondere bezüglich einer Quarantänezeit in der Haftanstalt Rahova – zwar angefordert worden, aber ausgeblieben sind.

739. BVerfG 2 BvR 1306/20 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Juni 2021 (Hanseatisches OLG / LG Hamburg)

Einklagbarer Anspruch auf Verbescheidung von Eingaben im Vollzug der Sicherungsverwahrung (Petitionsrecht; Gewährleistung der Durchführung eines Verfahrens; Recht auf abschließende Entscheidung in angemessener Frist; Rechtsweggarantie; Recht auf effektiven Rechtsschutz; unterbliebene gerichtliche Entscheidung über einen Vornahmeantrag mit dem Ziel der Verbescheidung durch die Justizvollzugsanstalt).

Art. 17 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 109 Abs. 1 Satz 2 StVollzG; § 113 StVollzG; § 115 Abs. 4 Satz 1 StVollzG; § 86 HmbSVVollzG

1. Wendet sich ein Sicherungsverwahrter gemeinsam mit weiteren Untergebrachten mit einem Schreiben an die Vollzugsanstalt, in welchem die Betroffenen nach ihrer Auffassung bestehende Missstände und Rechtsverstöße der Vollzugsanstalt – unter anderem bezüglich Haftdurchsuchungen, Einschluss, Telefongebühren und Freizeitangeboten – geltend machen und Abhilfe fordern, so hat er einen einklagbaren Anspruch auf Verbescheidung seines Ersuchens, der das Recht auf eine abschließende Entscheidung in angemessener Frist einschließt.

2. Eine Strafvollstreckungskammer verkennt Bedeutung und Tragweite der grundrechtlichen Gewährleistungen

aus Art. 17 und Art. 19 Abs. 4 GG, wenn sie sich mit dem Rechtsanspruch eines Sicherungsverwahrten auf Verbescheidung seiner Anregungen und Beschwerden gegenüber der Justizvollzugsanstalt nicht befasst, weil sie lediglich darauf abstellt, dass es an einer Maßnahme oder Regelung der Anstalt fehle, und dabei übersieht, dass der Betroffene einen Vornahmeantrag mit dem Ziel der Verbescheidung gestellt hatte.

3. Das Grundrecht des Art. 17 GG verleiht demjenigen, der eine zulässige Petition einreicht, ein Recht darauf, dass die angegangene Stelle die Eingabe nicht nur entgegennimmt, sondern auch sachlich prüft und dem Petenten zumindest die Art der Erledigung schriftlich mitteilt. Wie die Rechtsweggarantie des Art. 19 Abs. 4 GG verbürgt das Petitionsrecht die Durchführung eines Verfahrens, nicht hingegen die Durchsetzung des von ihrem Initiator verfolgten Anliegens. Nicht dem Schutzbereich des Art. 17 GG unterfallen allerdings Eingaben, die bloße Hinweise enthalten oder Ansichten äußern, ohne dass ein konkretes Begehren erkennbar ist.

4. Art. 19 Abs. 4 GG verbürgt gerichtlichen Rechtsschutz, wenn jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt wird; hierzu zählt auch das Recht aus Art. 17 GG.

741. BVerfG 2 BvR 2010/20 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Juni 2021 (OLG Hamm)

Klageerzwingungsverfahren (erfolglose Verfassungsbeschwerde gegen die Nichteinleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen Staatsanwälte, Steuerfahnder und Journalisten wegen der Weitergabe von Teilen der

Strafakte eines Steuerstrafverfahrens an die Presse; Recht auf effektiven Rechtsschutz; Darlegungsanforderungen an einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung; Einhaltung der Beschwerdefrist; Überprüfbarkeit allein anhand der Antragschrift).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 172 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 353b Abs. 1 Nr. 1 StGB

1. Die Verwerfung eines Antrags auf gerichtliche Entscheidung im Klageerzwingungsverfahren als unzulässig überspannt die Darlegungsanforderungen nicht in verfassungswidriger Weise, wenn das Oberlandesgericht beanstandet, eine Einhaltung der Beschwerdefrist des § 172 Abs. 1 Satz 1 StPO sei weder offensichtlich, noch ergebe sie sich aus dem Antragsvorbringen als solchem.

2. Es ist verfassungsrechtlich unbedenklich, § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO so auszulegen, dass der Klageerzwingungsantrag den Gang des Ermittlungsverfahrens, den Inhalt der angegriffenen Bescheide und die Gründe für ihre Unrichtigkeit in groben Zügen wiedergeben und eine aus sich selbst heraus verständliche Schilderung des Sachverhalts enthalten muss, der bei Unterstellung des hinreichenden Tatverdachts die Erhebung der öffentlichen Klage rechtfertigt.

3. Verfassungsrechtlich nichts zu erinnern ist auch gegen die Rechtsauslegung der Oberlandesgerichte, dass der Antragsteller im Klageerzwingungsverfahren die Einhaltung der Beschwerdefrist des § 172 Abs. 1 StPO darzulegen hat und dass allein anhand der Antragschrift ohne Rückgriff auf die Ermittlungsakten oder andere Schriftstücke eine Schlüssigkeitsprüfung der Erfolgsaussichten des Antrags möglich sein muss.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

843. BGH 2 StR 109/20 – Urteil vom 31. März 2021 (LG Limburg)

Begehen durch Unterlassen (Garantenstellung unter Geschwistern: ausdrückliche oder konkludente Übernahme von Verantwortung; Garantenstellung im Eltern-Kind-Verhältnis; keine Garantenstellung gegenüber eines Hilfsbedürftigen nach Beistand); Totschlag (bedingter Vorsatz: Abgrenzung von bewusster Fahrlässigkeit, hohe Lebensgefährlichkeit des Verhaltens, grundsätzliche Unbeachtlichkeit der Motive des Täters, Zweifelssatz); unterlassene Hilfeleistung; Körperverletzung mit Todesfolge (Unterlassen).

§ 13 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 212 StGB; §§ 223, 227 StGB; § 323c StGB; § 264 StPO

1. Unter Geschwistern besteht nicht schon wegen ihrer Verwandtschaft in der Seitenlinie eine Garantenstellung. Nur im Eltern-Kind-Verhältnis liegt mit Blick auf §§ 1618a, 1619 BGB bereits aufgrund einer Verwandtschaft in aufsteigender Linie eine Rechtspflicht zum Handeln nahe.

2. Eine Garantenstellung eines Geschwisterteils kommt etwa in Betracht, wenn es ausdrücklich oder konkludent die Übernahme von Verantwortung erklärt, diese zusätzlich neben den in erster Linie verantwortlichen Eltern übernommen hat und sich insoweit auch sein Vorsatz auf das Bestehen einer Rechtspflicht zum Handeln erstreckt.

3. Allein daraus, dass jemand einem Hilfsbedürftigen beisteht, folgt noch keine Garantenpflicht zur Vollendung einer begonnenen Hilfeleistung.

4. Bedingter Tötungsvorsatz ist nach ständiger Rechtsprechung gegeben, wenn der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Verhaltens erkennt (Wissenselement) und dies billigt oder sich um des angestrebten Zieles willen zumindest mit dem Eintritt des Todes abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (Willenselement). Bewusste Fahrlässigkeit liegt vor, wenn der Täter mit der als möglich erkannten Tatbestandsverwirklichung nicht einverstanden ist und ernsthaft und nicht nur vage darauf vertraut, der tatbestandliche Erfolg werde nicht eintreten. Diese Grundsätze gelten sowohl für Begehungsdelikte als auch für Unterlassungstaten. Gegenstand des Vorsatzes müssen bei Unterlassungen neben der Untätigkeit aber auch die physisch-reale Handlungsmöglichkeit, der Eintritt des Erfolges, die Quasi-Kausalität sowie die eine objektive Zurechnung begründenden Umstände sein.

5. Für die Beweiswürdigung zur Frage des Tötungsvorsatzes gilt, dass eine hohe Lebensgefährlichkeit des Verhaltens regelmäßig ein wichtiges auf (Eventual-)Vorsatz hinweisendes Beweisanzeichen darstellt. Zwar kann im Einzelfall der Vorsatz fehlen, wenn dem Täter, obwohl er alle Umstände kennt, die sein Verhalten zu einer das Leben gefährdenden Behandlung machen, das Risiko des Todes nicht erfasst, oder wenn er trotz erkannter Gefährlichkeit der Tat ernsthaft und nicht nur vage auf ein Ausbleiben des tödlichen Erfolges vertraut. Das Vertrauen auf einen glimpflichen Ausgang darf aber nicht auf bloßen Hoffnungen beruhen, sondern muss tatsachenbasiert sein. Den Motiven des Täters kommt – anders als bei direktem Vorsatz – bei der Abgrenzung bedingten Tötungsvorsatzes von bewusster Fahrlässigkeit nur unter bestimmten Umständen eine Bedeutung zu.

6. Das Tatgericht hat die für und gegen (bedingten) Tötungsvorsatz sprechenden Tatsachen und Beweisergebnisse in einer Gesamtschau zu würdigen. Einzelindizien dürfen nicht nur isoliert bewertet werden, sondern sie entfalten ihr wahres Beweigewicht erst, wenn sie auch in der Relation zu den anderen Umständen des Einzelfalles gesehen werden. Erst nachdem das Tatgericht eine Gesamtwürdigung vorgenommen hat und ihm danach unüberwindliche Zweifel verbleiben, hat es zugunsten des Angeklagten zu entscheiden.

7. Eine vorsätzliche Körperverletzung kann durch einen Garanten verwirklicht werden, wenn er den Eintritt des tatbestandlichen Erfolges trotz vorhandener Möglichkeit dazu pflichtwidrig nicht abwendet. Ein von § 223 Abs. 1 StGB erfasster Erfolg in Gestalt einer Gesundheitsschädigung kann bereits darin liegen, dass bei einem behandlungsbedürftigen Zustand einer Person die gebotene ärztliche Versorgung nicht bewirkt wird. Die Möglichkeit, sodann auch § 227 StGB durch Unterlassen zu verwirklichen, ist in der Rechtsprechung anerkannt.

768. BGH 4 StR 68/21 – Beschluss vom 8. Juni 2021 (LG Köln)

Versuch (Tatentschluss); gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr (Tatentschluss; Beinaheunfall; verkehrsspezifische Gefahr: Außeneinwirkung ohne Ausnutzung Eigendynamik eines Fahrzeuges); Verbindung und Trennung rechtshängiger Strafsachen (sachliche Zuständigkeit verändernde Verbindung bei Gerichten in unterschiedlichen Bezirken ranghöherer Gerichte).
§ 23 StGB; § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 4 Abs. 2 Satz 2 StPO

1. Der Tatbestand eines versuchten Delikts verlangt in subjektiver Hinsicht (Tatentschluss) das Vorliegen einer vorsatzgleichen Vorstellung, die sich auf alle Umstände des äußeren Tatbestands bezieht.

2. Im Fall des § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB muss es der Täter zumindest für möglich halten und billigend in Kauf nehmen, die Sicherheit des Straßenverkehrs durch einen der Zerstörung, Beschädigung oder Beseitigung von Fahrzeugen oder Anlagen oder der Bereitung von Hindernissen ähnlichen ebenso gefährlichen Eingriff zu beeinträchtigen und dadurch Leib oder Leben anderer oder fremde Sachen von bedeutendem Wert zu gefährden.

3. Als tatbestandsmäßig kommen nur konkrete Gefahren für die benannten Rechtsgüter in Betracht, die über die der Tathandlung innewohnende latente Gefährlichkeit hinaus zu einem „Beinaheunfall“ geführt haben oder in ihrem Erscheinungsbild einem „Beinaheunfall“ gleichen. Letzteres setzt voraus, dass sich durch die Tathandlung eine verkehrsspezifische Gefahr verwirklicht, die – jedenfalls auch – auf die Wirkungsweise der für Verkehrsvorgänge typischen Fortbewegungskräfte zurückzuführen ist. Bei Außeneinwirkungen, die nicht durch eine vom Täter ausgenutzte Eigendynamik eines Fahrzeugs gekennzeichnet sind, ist eine verkehrsspezifische Gefahr nur dann zu bejahen, wenn der Fortbewegung des vom Eingriff betroffenen Fahrzeugs in einer Weise entgegen gewirkt wird, dass gerade infolge der Dynamik des Straßenverkehrs eine konkrete Gefahr für die Fahrzeuginsassen oder das Fahrzeug entsteht.

4. Eine nicht nur die örtliche, sondern auch die sachliche Zuständigkeit ändernde Verbindung kann nur nach § 4 Abs. 2 Satz 2 StPO durch eine Entscheidung des gemeinschaftlichen oberen Gerichtes erfolgen, wenn die Gerichte nicht alle zu dem Bezirk des ranghöheren Gerichts gehören.

816. BGH 3 StR 488/20 – Beschluss vom 23. Februar 2021 (LG Mönchengladbach)

Feststellung des Tötungseventualvorsatzes bei Verurteilung wegen versuchten Totschlages durch Unterlassen (Wissens- und Willenselement; normative und psychologische Betrachtung; Beweiswürdigung); Körperverletzung mit Todesfolge durch Unterlassen (gefahrsspezifischer Zusammenhang); Aussetzung mit Todesfolge; Konkurrenzen.

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 227 StGB; § 221 StGB; § 52 StGB; § 261 StPO

1. Bedingter Tötungsvorsatz ist gegeben, wenn der Täter den Tod als mögliche, nicht ganz fernliegende Folge seines Handelns erkennt (Wissenselement) und dies billigt

oder sich um des erstrebten Ziels willen zumindest mit dem Eintritt des Todes eines anderen Menschen abfindet, mag ihm der Erfolgseintritt auch gleichgültig oder an sich unerwünscht sein (Willenselement). Ob ein Täter nach diesen rechtlichen Maßstäben bedingt vorsätzlich gehandelt hat, ist in Bezug auf beide Elemente im Rahmen der Beweiswürdigung umfassend zu prüfen und durch tatsächliche Feststellungen zu belegen. Diese Grundsätze gelten sowohl für Begehungsdelikte als auch für Unterlassungstaten.

2. Um das Willenselement des bedingten Tötungsvorsatzes zu belegen, genügen Formulierungen regelmäßig nicht, die beschreiben, was von dem Angeklagten von Rechts wegen zu erwarten gewesen wäre (z. B. „musste“, „durfte nicht“). Vielmehr ist grundsätzlich entscheidend, wovon der Angeklagte nach der auf einer sachlich-rechtlich fehlerfreien Beweiswürdigung beruhenden Überzeugung des Gerichts tatsächlich subjektiv ausging.

3. Beim Delikt der Körperverletzung mit Todesfolge muss zwischen der Körperverletzung und dem Tod nicht lediglich ein Kausalzusammenhang bestehen; zudem muss sich im tödlichen Ausgang gerade eine solche Gefahr verwirklicht haben, die der Körperverletzung in spezifischer Weise anhaftete („spezifischer Gefährdungszusammenhang“). Für den Fall einer Begehung durch Unterlassen bedeutet dies, dass der Tatbestand regelmäßig dann nicht erfüllt ist, wenn das Tatopfer auch dann verstorben wäre, wenn der Angeklagte die rechtlich gebotenen Maßnahmen zur ergriffen hätte, deren Vornahme er mit Körperverletzungsvorsatz unterließ.

4. Wenn der Tod des Opfers durch ein im Sinne des § 221 Abs. 1 StGB oder § 227 Abs. 1 StGB tatbestandsmäßiges vorsätzliches Verhalten des Täters verursacht wurde, der Täter mit Tötungsvorsatz aber erst agierte, als das Opfer bereits verstorben war, steht eine Strafbarkeit wegen (vollendeter) Aussetzung mit Todesfolge beziehungsweise Körperverletzung mit Todesfolge ausnahmsweise in Tateinheit mit einer Strafbarkeit wegen versuchten Totschlags.

799. BGH 3 StR 84/21 – Urteil vom 1. Juli 2021 (LG Osnabrück)

Anstiftung (doppelter Anstiftersvorsatz; Konkretisierung der Haupttat; omnimodo facturus; Beihilfe (Zeitpunkt; Beendigung; Gehilfenvorsatz); gerichtliche Kognitionspflicht.

§ 26 StGB; § 27 StGB; § 264 StPO

1. Als Anstifter strafbar macht sich gemäß § 26 StGB derjenige, der einen anderen vorsätzlich zu dessen vorsätzlich begangener rechtswidriger Tat bestimmt hat. Vorsatz des Anstifters setzt dabei voraus, dass der Anstifter die vorsätzliche Begehung der Haupttat durch den Haupttäter und das Hervorrufen des Tatentschlusses des Haupttäters durch ihn selbst (sog. doppelter Anstiftersvorsatz) zumindest für möglich hält (kognitives Element) und billigend in Kauf nimmt (voluntatives Element). Anstifter kann auch sein, wer kein ideelles oder materielles Interesse am Taterfolg hat. Auf seine Motivation kommt es grundsätzlich nicht an.

2. Bezugsgegenstand der Anstiftung ist eine konkret-individualisierte Tat. Welche zur Tatindividualisierung tauglichen Merkmale jeweils erforderlich sind, entzieht sich dabei einer abstrakt-generellen Bestimmung und kann nur nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls entschieden werden.

3. Ein zu einer konkreten Tat fest Entschlossener kann nicht mehr zu ihr bestimmt werden (omnimodo facturus); denn in diesem Fall fehlt es an der erforderlichen Kausalität der Anstiftungshandlung. Bis zum Tatentschluss bleibt allerdings ein Bestimmen zu einer konkreten Tat selbst dann noch möglich, wenn der Haupttäter bereits allgemein zu derartigen Taten bereit war und diese Bereitschaft auch aufgezeigt oder sogar selbst die Initiative zu den Taten ergriffen hat.

4. Ein Gehilfenvorsatz setzt voraus, dass der Gehilfe in dem Bewusstsein handelt, durch sein Verhalten das Vorhaben des Haupttäters zu fördern. Nach Beendigung der Haupttat ist Beihilfe zu dieser nicht mehr möglich.

5. Die sich aus § 264 StPO ergebende Kognitionspflicht erfordert, dass der – durch die zugelassene Anklage abgegrenzte – Prozessstoff durch vollständige Aburteilung des einheitlichen Lebensvorgangs erschöpft wird. Der Unrechtsgehalt der Tat muss ohne Rücksicht auf die dem Eröffnungsbeschluss zugrunde gelegte Bewertung ausgeschöpft werden, soweit keine rechtlichen Gründe entgegenstehen. Fehlt es daran, so stellt dies einen sachlich-rechtlichen Mangel dar.

835. BGH 5 StR 477/20 – Urteil vom 24. Juni 2021 (LG Berlin)

Versuchter Totschlag (Beweiswürdigung zum Tötungsvorsatz; anschauliche und konkrete Lebensgefährlichkeit; Rücktritt; unbeendeter und beendeter Versuch).

§ 212 StGB; § 24 StGB; § 261 StPO

1. Die Abgrenzung zwischen unbeendetem und beendetem Versuch bestimmt sich nach dem Vorstellungsbild des Täters nach Abschluss der letzten von ihm vorgenommenen Ausführungshandlung (sog. Rücktrittshorizont). Wenn der Täter bei einem Tötungsdelikt den Eintritt des Todes bereits für möglich hält oder sich keine Vorstellungen über die Folgen seines Tuns macht, liegt ein beendeter Versuch vor, mit der Folge, dass er für den Eintritt der Straffreiheit entweder den Tod durch eigene Rettungsbemühungen verhindern oder sich darum jedenfalls freiwillig und ernsthaft bemühen muss. Rechnet der Täter zu diesem Zeitpunkt noch nicht mit dem Eintritt des Erfolges, hält er jedoch die Vollendung weiterhin für möglich, liegt ein unbeendeter Versuch vor; für eine Straffreiheit genügt sodann die Aufgabe der weiteren Tatausführung.

2. Eine hohe und zudem anschauliche konkrete Lebensgefährlichkeit der Tatausführung stellt auf beiden Vorsatzebenen das wesentliche auf bedingten Tötungsvorsatz hinweisende Beweisanzeichen dar.

844. BGH 2 StR 12/21 – Beschluss vom 27. April 2021 (LG Bonn)

Totschlag; Versuch (beendeter Versuch: Vorliegen bei gedanklicher Indifferenz des Täters, Vorliegen bei Kenntnis der die den Erfolgseintritt nahelegenden tatsächlichen Umstände).

§ 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB; § 212 StGB

1. Ein beendeter Versuch liegt auch dann vor, wenn sich der Täter nach der letzten Ausführungshandlung keine Vorstellung von den Folgen seines bisherigen Verhaltens macht.

2. Diese gedankliche Indifferenz des Täters gegenüber den von ihm bis dahin angestrebten oder doch zumindest in Kauf genommenen Konsequenzen ist eine innere Tatsache, die positiv festgestellt werden muss. Hierzu bedarf es in der Regel einer zusammenfassenden Würdigung aller maßgeblichen objektiven Umstände. Können keine eindeutigen Feststellungen getroffen werden, ist der Zweifelsgrundsatz anzuwenden.

3. Ein Versuch ist auch dann beendet, wenn der Täter Kenntnis der tatsächlichen Umstände hat, die den Erfolgseintritt nach der Lebenserfahrung nahelegen, was bei gefährlichen Gewalthandlungen und schweren Verletzungen, insbesondere bei tief in den Brust- oder Bauchraum eingedrungenen Messerstichen, deren Wirkungen der Täter wahrgenommen hat, auf der Hand liegt.

772. BGH 1 StR 58/21 – Beschluss vom 16. Juni 2021 (LG Stuttgart)

Rücktritt vom Versuch (Abgrenzung zwischen beendtem und unbeendetem Versuch: Rücktrittshorizont, keine Vorstellungen des Täters von den Folgen der Versuchshandlung).

§ 24 Abs. 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB

Zwar liegt ein beendeter Versuch auch dann vor, wenn sich der Täter im Augenblick des Verzichts auf eine mögliche Weiterführung der Tat keine Vorstellung von den Folgen seines bisherigen Verhaltens macht. Als innere Tatsache muss diese gedankliche Indifferenz des Täters gegenüber den von ihm bis dahin angestrebten oder doch zumindest in Kauf genommenen Konsequenzen aber positiv festgestellt werden.

748. BGH 2 StR 448/20 – Beschluss vom 11. Mai 2021 (LG Kassel)

Verminderte Schuldfähigkeit (erhebliche Herabsetzung des Hemmungsvermögens: Blutalkoholkonzentration von mehr als drei Promille; Hinweise auf erhaltenes Steuerungsvermögen trotz erheblicher Alkoholisierung, Kompensationsfähigkeit im Bereich grobmotorischer Auffälligkeiten bei Alkoholikern); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Voraussetzungen des Hangs).

§ 21 StGB; § 64 StGB

1. Eine Blutalkoholkonzentration von mehr als drei Promille legt die Annahme einer erheblichen Herabsetzung des Hemmungsvermögens zur Tatzeit nahe. Auch wenn davon auszugehen ist, dass es keinen gesicherten medizinisch-statistischen Erfahrungssatz darüber gibt, dass ohne Rücksicht auf psychodiagnostische Beurteilungskriterien allein wegen einer bestimmten Blutalkoholkonzentration zur Tatzeit in aller Regel vom Vorliegen einer alkoholbedingt erheblich verminderten Steuerungsfähigkeit ausgegangen werden muss, ist der im Einzelfall festzustellende Wert doch immerhin ein gewichtiges Beweisanzeichen für eine erhebliche alkoholische Beeinflussung. Dies gilt unbeschadet der Tatsache, dass die Wirkungen einer Alkoholaufnahme individuell verschieden sind. Je höher dieser Wert ist, umso näher liegt die Annahme einer zumindest erheblichen Einschränkung der Steuerungsfähigkeit. Maßgeblich für die Frage, ob die Voraussetzungen des § 21 StGB gegeben sind, ist dementsprechend eine Gesamtwürdigung, in die sowohl die Höhe der Blutalkoholkonzentration als auch psychodiagnostische Kriterien einzustellen sind. Bei einer starken Alkoholisierung lässt sich erheblich verminderte Schuldfähigkeit nur ausschließen, wenn gewichtige Anzeichen für den Erhalt des Hemmungsvermögens sprechen.

2. Als gegen die Annahme erheblich verminderter Schuldfähigkeit sprechende psychodiagnostische Beurteilungskriterien kommen nur solche Umstände in Betracht, die verlässliche Hinweise darauf geben können, ob das Steuerungsvermögen des Täters trotz der erheblichen Alkoholisierung voll erhalten geblieben ist. Dies gilt auch mit Blick darauf, dass ein Täter nach der Tatbegehung flüchtet. Das Fehlen von Ausfallerscheinungen oder alkoholbedingten Einschränkungen kann zwar grundsätzlich gegen eine erhebliche Verminderung der Steuerungsfähigkeit sprechen; doch ist bei alkoholgewöhnten Tätern zu berücksichtigen, dass äußeres Leistungsverhalten und innere Steuerungsfähigkeit durchaus weit auseinander fallen können und sich gerade bei Alkoholikern oft eine durch „Übung“ erworbene erstaunliche Kompensationsfähigkeit im Bereich grobmotorischer Auffälligkeiten zeigt.

3. Für einen Hang im Sinne von § 64 StGB ist nach ständiger Rechtsprechung eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene Neigung ausreichend, immer wieder Rauschmittel zu konsumieren, wobei diese Neigung noch nicht den Grad einer physischen Abhängigkeit erreicht haben muss. Nicht erforderlich ist das Vorliegen eines Eingangsmerkmals nach § 21 StGB; auch gegen einen voll schuldfähigen kann eine Maßregel nach § 64 StGB angeordnet werden.

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

865. BGH 6 StR 119/21 – Beschluss vom 1. Juni 2021 (LG Regensburg)

BGHSt; Amtsträgerkorruption (Diensthandlung; der sich für ein anderes Amt bei demselben Dienstherrn bewerbende Amtsträger, der sich zur Wiederwahl stellende Amtsträger, Abgrenzung zu der Privathandlung, Abgrenzung der Bestechung und Bestechlichkeit zu der Vorteilsannahme und -gewährung, Bestimmtheit der zukünftigen Diensthandlung).

§ 331 StGB; § 332 StGB; § 333 StGB; § 334 StGB

1. Das Anbieten oder Gewähren von Vorteilen für künftige Diensthandlungen an einen Amtsträger, der sich für ein anderes Amt bei demselben Dienstherrn bewirbt, kann dem Anwendungsbereich der Bestechungsdelikte unterfallen, wenn dem Vorteilsnehmer im Zeitpunkt der Tathandlung bereits allgemein aufgrund seiner Stellung ein weitreichender Aufgabenkreis zugewiesen ist. (BGHSt)

2. Ein Amtsträger, der sich zur Wiederwahl stellt und hierfür in einem Gegenseitigkeitsverhältnis mit seinen – nach seiner Wahl vorzunehmenden – Diensthandlungen stehende Vorteile annimmt, verstößt bereits mit deren Annahme gegen die ihm aufgrund seiner Stellung obliegenden Sonderpflichten zum Schutze der Lauterkeit des öffentlichen Dienstes. Er gefährdet das Vertrauen der Allgemeinheit in diese Lauterkeit, weil er mit seinem Verhalten den Anschein der Käuflichkeit öffentlicher Entscheidungen erweckt. (Bearbeiter)

3. Die Anforderungen an die Bestimmtheit der zukünftigen Diensthandlung dürfen nicht allzu eng gefasst sein, weil ansonsten solche Amtsträger privilegiert würden, die sich nicht nur im Hinblick auf eine einzelne konkrete Diensthandlung, sondern für weite Bereiche ihres Wirkens als käuflich erweisen. Erachten Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer die Möglichkeit als gegeben, dass der Amtsträger im Bereich seines Dienstherrn zukünftig mit solchen Aufgaben betraut sein wird, die Grund der Vorteilsgewährung sind, will der Spender nicht nur die allgemeine Ausrichtung der Politik des Wahlbewerbers unterstützen, sondern sich dessen Gewogenheit auch für seine Individualinteressen sichern. (Bearbeiter)

4. Während sich Vorteilsannahme und -gewährung auf die Dienstaussübung, d.h. Handlungen, durch die der Amtsträger im öffentlichen Dienst die ihm übertragenen Aufgaben wahrnimmt, mithin die Diensthandlungen im Allgemeinen, beziehen, ist Gegenstand der Bestechung und Bestechlichkeit ein konkretes Verhalten im Rahmen der Dienstaussübung. Dienstaussübung und Diensthandlung unterscheiden sich demnach lediglich durch den Grad ihrer Konkretisierung. (Bearbeiter)

5. Die Grenze der zum Gegenstand der Dienstaussübung gemachten Diensthandlung zur Privathandlung ist – unbesehen verbleibender Unschärfen im Randbereich – erst überschritten, wenn die Tätigkeit in keinerlei funktionalem Zusammenhang mit dienstlichen Aufgaben mehr steht. (Bearbeiter)

795. BGH 3 StR 21/21 – Urteil vom 2. Juni 2021 (LG Köln)

BGHSt; Begriff der kriminellen Vereinigung (übergeordnetes gemeinsames Interesse; Abgrenzung zu individuellen Einzelinteressen; bezweckte Begehung von Straftaten; Abgrenzung zur Bande; Gesamtwürdigung); Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot durch Mehrfachmilderung; Geldwäsche; Begünstigung.

§ 129 StGB; § 257 StGB; § 261 StGB; § 50 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

1. Unter die Legaldefinition der kriminellen Vereinigung können auch Tätergruppierungen aus dem Bereich der organisierten Kriminalität ebenso wie sonstige Zusammenschlüsse aus dem Bereich der Wirtschaftskriminalität fallen. Erforderlich hierfür ist neben den sonstigen Voraussetzungen, dass der Zusammenschluss ein übergeordnetes gemeinsames Interesse verfolgt. Lediglich individuelle Einzelinteressen der Mitglieder der Gruppierung genügen nicht. Das gemeinsame Interesse muss insbesondere über die bezweckte Begehung der konkreten Straftaten und ein Handeln um eines persönlichen materiellen Vorteils willen hinausgehen. (BGHSt)

2. Zur Ermittlung des für eine Vereinigung konstitutiven übergeordneten gemeinsamen Interesses können im Rahmen einer Gesamtwürdigung die äußeren Tatumstände herangezogen werden. (BGHSt)

3. Ein übergeordnetes gemeinsames Interesse liegt bei Zusammenschlüssen zur Verfolgung weltanschaulich-ideologischer, religiöser oder politischer Ziele regelmäßig bereits mit Blick hierauf vor. Bei der gemeinsamen Begehung von Taten, die auf Gewinnerzielung ausgerichtet sind und damit letztlich vor allem dem jeweils beteiligten Individuum wirtschaftliche Vorteile bringen sollen, ist dies allerdings nicht ohne Weiteres in gleicher Weise der Fall. Bei der zur Feststellung erforderlichen Gesamtwürdigung gilt im Einzelnen:

a) Zu berücksichtigen sind insbesondere der Umfang und das Ausmaß genutzter – gegebenenfalls auch grenzüberschreitender – organisatorischer Strukturen sowie sachlicher Mittel, eine festgelegte einheitliche Willensbildung, eine interne Sanktionierung von Verstößen gegen gemeinschaftliche Regeln, die Anzahl der Mitglieder, ein von den konkreten Personen losgelöster Be-

stand, eine etwaige Gemeinschaftskasse, die Beanspruchung quasistaatlicher Autorität und die Einflussnahme auf grundlegende gesellschaftliche oder hoheitliche Akteure.

b) Je ausgeprägter solche Kriterien vorliegen, desto eher lässt sich der Schluss ziehen, dass es den einzelnen Personen – gerade im Bereich allgemeiner, auf Gewinnerzielung ausgerichteter Kriminalität – nicht lediglich um ihre individuellen Vorteile, sondern um weitergehende Ziele geht wie beispielsweise den eigenständigen Fortbestand der Organisation um ihrer selbst willen oder ein spezifisches Machtstreben.

c) Da eine Gesamtbetrachtung geboten ist, müssen nicht sämtliche Merkmale in besonderer Weise vorliegen. Entscheidend ist, ob sie insgesamt den Schluss auf die Verfolgung eines übergeordneten gemeinsamen Interesses und die damit einhergehende vereinigungs-typische Dynamik zulassen. Bedienen sich die Täter beispielsweise ausschließlich des eingerichteten Gewerbebetriebs eines (auch) legal am Markt operierenden Unternehmens, dessen Geschäftszweck nicht primär in der Begehung von Straftaten liegt, vermag allein ein hoher betrieblicher Organisationsgrad den Rückschluss auf ein übergeordnetes Interesse nicht zu begründen. (Bearbeiter)

4. Genügte bereits übereinstimmende Einzelinteressen für die Annahme eines Vereinigungsinteresses im Sinne des § 129 Abs. 2 StGB, wäre ein solches bei der Verwirklichung eines Bandentatbestandes angesichts des übereinstimmenden Willens zu künftiger Straftatbegehung regelmäßig gegeben. Ein sich daraus ergebender weitgehender Gleichlauf von Bande und Vereinigung fügt sich nicht in die Gesamtsystematik des materiellen Strafrechts ein. Denn die bloße Mitgliedschaft in einer Bande ist nicht strafbar, sondern das Handeln als Bandenmitglied lediglich ein Qualifikationsmerkmal oder ein Regelbeispiel für besonders schwere Fälle und demgemäß kein strafbegründendes, sondern strafschärfendes Merkmal. Demgegenüber stellt § 129 Abs. 1 StGB die mitglied-schaftliche Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung als solche unter Strafe. (Bearbeiter)

5. Gemäß § 50 StGB darf bei der Strafrahmenwahl ein Umstand, der mit anderen Umständen die Annahme eines minder schweren Falles begründet und der zugleich ein besonderer gesetzlicher Milderungsgrund nach § 49 StGB ist (hier: Schadenswiedergutmachung im Rahmen eines Täter-Opfer-Ausgleichs), nur einmal berücksichtigt werden. (Bearbeiter)

813. BGH 3 StR 302/20 – Beschluss vom 20. Mai 2021 (LG Aachen)

BGHSt; Terrorismusfinanzierung (Tathandlung; Sammeln von Vermögenswerten; Absicht zur Begehung einer Katalogtat; bloße Umwidmung eines zu anderen Zwecken gesammelten Vermögens; Entgegennehmen; Austauschverhältnis; Gegenleistung; wirtschaftliche Besserstellung des Täters); Eingrenzung des Gegenstands der Anklage (Anklagesatz; Lebensvorgang; Tatbegriff; Verfolgungswille der Staatsanwaltschaft).

§ 89c StGB; § 200 StPO; § 264 StPO

1. Die Tathandlung des Sammelns umfasst neben dem Einsammeln bei anderen Personen das Zusammentragen im Sinne eines Ansammelns. (BGHSt)

2. Die bloße Umwidmung vorhandenen, gegebenenfalls zu anderen Zwecken gesammelten Vermögens begründet keine Strafbarkeit wegen Terrorismusfinanzierung. (BGHSt)

3. Ein Entgegennehmen im Sinne des § 89c Abs. 2 StGB liegt nicht vor, wenn im Rahmen eines Austauschverhältnisses erworbene Vermögenswerte durch eine Gegenleistung kompensiert werden und deshalb keinen Vermögenszuwachs zur Folge haben. (BGHSt)

4. § 89c StGB soll die Finanzierung terroristischer Taten unter Strafe stellen und dadurch solchen Taten die wirtschaftliche Grundlage zu entziehen. Erwirbt indes ein Täter einen Vermögenswert und gibt er dafür etwas Gleichwertiges hin, lässt dies seine wirtschaftliche Situation im Ergebnis unberührt. Eine größere Gefahr für das geschützte Rechtsgut folgt daraus in finanzieller Hinsicht nicht. Sofern sich durch die Entgegennahme das Risiko in der Sache gleichwohl erhöht, etwa beim Erwerb von Utensilien für einen Anschlag oder – wie hier – eines Flugtickets für die Ausreise, beruht dies nicht auf einer veränderten wirtschaftlichen Situation, sondern darauf, dass der Täter ungeachtet seiner Vermögenslage bestimmte Gegenstände erhält. (Bearbeiter)

5. Zu einer Eingrenzung des Gegenstands der Anklage ist vom Anklagesatz auszugehen, der die Schilderung der einem Angeschuldigten angelasteten Tat als historisches Ereignis (§ 200 Abs. 1 Satz 1 StPO) enthält. Dabei sind die gesetzlichen Merkmale des ihm vorgeworfenen objektiven und subjektiven Straftatbestandes mit einem entsprechenden äußeren und inneren Zustand oder Vorgang zu belegen. Dies bestimmt den Verfolgungswillen der Staatsanwaltschaft. (Bearbeiter)

6. Enthält der Anklagesatz weitere Angaben, die nicht die angeklagte prozessuale Tat, sondern einen anderen getrennten Lebensvorgang betreffen, so wird dieser hierdurch nicht zum Verfahrensgegenstand im Sinne des § 264 Abs. 1 StPO. Was dem Verfolgungswillen der Staatsanwaltschaft unterliegt, ist im Zweifel durch Auslegung zu ermitteln, wobei nach den Umständen des Einzelfalls auch das wesentliche Ergebnis der Ermittlungen herangezogen werden kann. (Bearbeiter)

849. BGH 2 StR 47/20 – Urteil vom 28. April 2021 (LG Wiesbaden)

BGHSt; Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften (Anderer: Beteiligte an dem dargestellten sexuellen Missbrauch; Besitzverschaffen); schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (Täterschaft; Teilnahme einer Person ohne Körperkontakt; kinderpornographische Absicht eines Teilnehmers; Verbreiten); Konkurrenzen; Strafzumessung (straferschwere Berücksichtigung von verjährten Taten).

§ 184b StGB a.F.; § 176a StGB a.F.; § 52 StGB

1. „Anderer“ im Sinne des § 184b Abs. 2 StGB (in der Fassung des Gesetzes vom 27. Dezember 2003, BGBl. I S.

3007; jetzt: § 184b Abs. 1 Nr. 2 StGB) kann auch ein Beteiligter an dem in einer kinderpornographischen Schrift dargestellten sexuellen Missbrauch sein, dem vom Hersteller dieser Schrift der (erstmalige) Besitz daran verschafft wird. (BGHSt)

2. Vollendetes Besitzverschaffen im Sinne des § 184b Abs. 2 StGB ist – auch in dessen vor der Änderung durch das 49. Strafrechtsänderungsgesetz vom 21. Januar 2015 (BGBl. I S. 10) geltenden Fassung – nicht nur die tatsächliche Übergabe des körperlichen Gegenstands einer kinderpornographischen Schrift oder eines ihr gleichgestellten Datenträgers. Tatbestandsmäßig ist auch die Übermittlung von Daten, jedenfalls dann, wenn sie zu einer zumindest vorübergehenden Abspeicherung auf einem Datenträger des Empfängers führt. (Bearbeiter)

3. Ausreichend zur Verwirklichung des Tatbestandes des § 184b Abs. 2 aF StGB ist, dass die Videodatei nur an einen einzelnen Empfänger übersandt wird. (Bearbeiter)

4. Es kann als Täter nach § 176a Abs. 2 Nr. 1 aF StGB nur bestraft werden, wer entweder selbst („eigenhändig“) im Sinne von § 176 Abs. 1 StGB Körperkontakt zu dem Kind aufnimmt oder wer gemäß § 176 Abs. 2 StGB das Kind dazu bestimmt, eine der genannten Handlungen an einem Dritten vorzunehmen oder von diesem an sich vornehmen zu lassen. Dies schließt indes nicht aus, dass sich eine Person ohne Körperkontakt zum Tatopfer einer Anstiftung oder einer Beihilfe zum schweren sexuellen Missbrauch gemäß § 176a Abs. 2 Nr. 1 aF, §§ 26, 27 StGB schuldig macht. (Bearbeiter)

5. Täter des § 176a Abs. 3 aF StGB sind auch die an einem (schweren) sexuellen Kindesmissbrauch beteiligten Anstifter und Gehilfen, sofern sie in der Absicht handeln, das Geschehen zum Gegenstand einer kinderpornographischen Schrift zu machen, die verbreitet werden soll; die Vorschrift qualifiziert den sexuellen Missbrauch auch für einen Teilnehmer, der mit entsprechender Absicht handelt. (Bearbeiter)

6. Das von § 176a Abs. 3 aF StGB in Bezug genommene „Verbreiten“ umfasst sämtliche Tatmodalitäten des § 184b Abs. 1 und 2 aF StGB. (Bearbeiter)

7. Der schwere sexuelle Missbrauch in kinderpornographischer Absicht gemäß § 176a Abs. 3 aF StGB steht zur Beihilfe zum schweren sexuellen Missbrauch gemäß § 176a Abs. 2 Nr. 1 aF StGB in Idealkonkurrenz. (Bearbeiter)

8. Zwischen den Qualifikationen des § 176a aF StGB und den Verschaffungsdelikten nach § 184b Abs. 2 und 4 aF StGB besteht Tateinheit. (Bearbeiter)

9. Verjährte Taten können – wenn auch mit geringerem Gewicht – straferschwerend berücksichtigt werden. (Bearbeiter)

774. BGH 1 StR 78/21 – Beschluss vom 8. April 2021 (LG Stuttgart)

BGHR; Computersabotage (hier: Verbreitung von Ransomware; Begriff des Veränderns von Daten: Hin-

zufügen von Einträgen in der Windows-Registry-Datei zum automatischen Laden einer Schadsoftware; Begriff der Datenverarbeitung von wesentlicher Bedeutung: Privatpersonen, Ausschluss von Bagatellfällen); Erpressung; Beihilfe (Tateinheit bei Förderung mehrerer Taten durch einheitliche Unterstützungshandlung).

§ 303a Abs. 1 StGB; § 303b Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 253 Abs. 1 StGB; § 27 StGB

1. Zur Strafbarkeit der Verbreitung eines Erpressungstrojaners über das Internet (sog. Ransomware). (BGH)

2. Ein Verändern von Daten i.S.d. §§ 303a, 303b StGB ist auch das Hinzufügen von Einträgen in der Windows-Registry-Datei, wodurch eine Schadsoftware beim Hochfahren des Rechners automatisch geladen wird, ohne dass der Computernutzer hiervon Kenntnis bekam und sofort der ganze Bildschirm und alle weiteren Fenster vom Sperrbildschirm überdeckt werden, so dass dieser weder minimiert noch geschlossen werden kann. Diese System-Dateien sind taugliche Tatobjekte im Sinne der Legaldefinition des § 202a Abs. 2 StGB. Ein Verändern ist auch beim Herbeiführen von Funktionsbeeinträchtigungen der Daten anzunehmen, die eine Änderung ihres Informationsgehalts oder des Aussagegewerts zur Folge haben. (Bearbeiter)

3. Das einschränkende Merkmal einer Datenverarbeitung „von wesentlicher Bedeutung“ sollte nach dem Willen des Gesetzgebers als Filter für Bagatellfälle dienen, die vom Tatbestand nicht erfasst werden. Bei Privatpersonen als Geschädigten ist darauf abzustellen, ob die Datenverarbeitung für die Lebensgestaltung der Privatperson eine zentrale Funktion einnimmt. Das ist bei einer gegen den Willen der berechtigten Computernutzer installierte Schadsoftware, die jegliche Nutzung der auf den Geräten gespeicherten Daten unmöglich macht und dadurch der Computer nur durch eine mit einem vollständigen Datenverlust verbundene Neuinstallation des Betriebssystems wieder genutzt werden konnten, anzunehmen. (Bearbeiter)

864. BGH 4 StR 79/20 – Urteil vom 24. Juni 2021 (LG Aachen)

Verbotenes Kraftfahrzeugrennen (Absicht Erreichung höchstmöglicher Geschwindigkeit: Ziel der möglichst hohen Geschwindigkeit, situativ mögliche Höchstgeschwindigkeit, nicht ganz unerhebliche Wegstrecke, Ausreichen von notwendigem Zwischenziel); bedingter Vorsatz (Abgrenzung von bewusster Fahrlässigkeit; in hohem Maße gefährliche Handlungen; Vertrauen auf guten Ausgang bei erkannter Eigengefährdung bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr); Gefährdung des Straßenverkehrs (falsches Fahren beim Überholen).

§ 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 315c Abs. 1 Nr. 2b StGB; § 15 StGB

1. Die nach § 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB strafbarkeitsbegründende Absicht muss darauf gerichtet sein, die nach den Vorstellungen des Täters unter den konkreten situativen Gegebenheiten – wie Motorisierung, Verkehrslage, Streckenverlauf, Witterungs- und Sichtverhältnisse etc. – maximal mögliche Geschwindigkeit zu erreichen. Nicht

ausreichend ist, dass es dem Täter auf das Erreichen einer „möglichst hohen“ Geschwindigkeit ankommt. Erforderlich ist vielmehr, dass der Täter nach seinen Vorstellungen die situativ mögliche Höchstgeschwindigkeit anstrebt.

2. Für das Absichtsmerkmal ist zu verlangen, dass sich die Zielsetzung des Täters nach seinen Vorstellungen auf eine unter Verkehrssicherheitsgesichtspunkten nicht ganz unerhebliche Wegstrecke bezieht und sich nicht nur in der Bewältigung eines räumlich eng umgrenzten Verkehrsvorgangs erschöpft.

3. Für das Absichtsmerkmal reicht es aus, dass der Täter die höchstmögliche Geschwindigkeit als aus seiner Sicht notwendiges Zwischenziel anstrebt, um ein weiteres Handlungsziel zu erreichen. Dies erfordert konkrete Feststellungen dazu, dass der Täter sein eigenes Handlungsziel gerade durch die Beschleunigung auf die situativ höchstmögliche Geschwindigkeit erreichen möchte, was sich weder aus dem Willen, eine bestimmte Strecke möglichst schnell zurückzulegen, noch aus dem Fluchtmotiv in sogenannten Polizeifluchtfällen ohne Weiteres ergibt.

4. Für die Entscheidung, ob ein Täter mit bedingtem Vorsatz gehandelt hat, kommt es auch bei in hohem Maße gefährlichen Handlungen auf die Umstände des Einzelfalls an. Bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr, die nicht von vornherein auf die Verletzung einer anderen Person oder die Herbeiführung eines Unfalls ausgelegt sind, kann eine vom Täter als solche erkannte Eigengefährdung dafür sprechen, dass er auf einen guten Ausgang vertraute. Beim Vorliegen einer solchen Konstellation hat das Tatgericht daher mögliche Gefahren für die eigene körperliche Integrität des Täters in den Blick zu nehmen und sich als vorsatzkritischen Gesichtspunkt mit derjenigen Eigengefährdung auseinanderzusetzen, die nach dem Vorstellungsbild des Täters mit seiner erkanntenmaßen das Leben des Tatopfers gefährdenden Vorgehensweise verbunden ist.

5. Ein falsches Fahren beim Überholen im Sinne des § 315c Abs. 1 Nr. 2b StGB liegt vor, wenn der Täter eine der in § 5 StVO normierten Regeln verletzt oder einen anderweitigen Verkehrsverstoß begeht, der das Überholen als solches gefährlicher macht, sodass ein innerer Zusammenhang zwischen dem Verkehrsverstoß und der spezifischen Gefahrenlage des Überholens besteht.

777. BGH 1 StR 123/21 – Beschluss vom 31. Mai 2021 (LG München II)

Minder schwerer Fall des Totschlags (Begriff der Misshandlung: kein Körperverletzungserfolg erforderlich, gebotene Gesamtbetrachtung).

§ 213 Alt. 1 StGB; § 212 Abs. 1 StGB

1. Die Strafzumessungsregel des § 213 Alternative 1 StGB setzt das Vorliegen einer Misshandlung im Sinne einer Körperverletzung voraus. Ein Verletzungserfolg ist nicht erforderlich; auch seelische Misshandlungen können genügen. Entscheidend ist demnach nicht, in welchem Umfang das körperliche Wohlbefinden des Täters des Totschlags beeinträchtigt ist, sondern, ob die diesem

zugefügten Misshandlungen nach ihrem Gewicht und den Umständen des Einzelfalls geeignet sind, die „Jähart als verständliche Reaktion“ auf das provozierende Verhalten des anschließend getöteten Opfers erscheinen zu lassen.

2. Ob der vorausgehende Angriff durch das Opfer ausreichendes Gewicht hat, hat das Tatgericht mit Blick auf den für Totschlagsdelikte durch § 213 StGB eröffneten Strafrahmen und auf der Grundlage einer Gesamtwürdigung aller dafür maßgebenden Umstände, namentlich unter Berücksichtigung der bisherigen Täter-Opfer-Beziehung und der damit verbundenen Motivationsgenese, zu beurteilen. Die Anwendung des § 213 Alternative 1 StGB kann auch dann geboten sein, wenn die tatauflösende Misshandlung für sich allein genommen zwar keine „schwere Unbill“ ist, sie aber gleichsam der „Tropfen“ ist, der „das Fass zum Überlaufen bringt“. Das gesamte provozierende Verhalten des Opfers ist einzubeziehen. Lediglich geringfügige Eingriffe in die körperliche oder seelische Unversehrtheit des Täters des Tötungsdelikts sind regelmäßig nicht von ausreichendem Gewicht; die Erheblichkeitsschwelle ist aber bei schmerzhaften Ohrfeigen überschritten.

845. BGH 2 StR 13/20 – Urteil vom 9. Juni 2021 (LG Aachen)

Erpressung (Vermögensschaden: Verzicht auf die Geltendmachung einer Forderung, Werthaltigkeit der nicht geltend gemachten Forderung).

§ 253 StGB

Eine Erpressung (§ 253 StGB) kann auch dadurch begangen werden, dass der Täter das Tatopfer durch Drohung und Gewalt dazu veranlasst, auf die Geltendmachung einer Forderung zu verzichten, sei es durch Unterlassen geeigneter Maßnahmen zu ihrer Durchsetzung, sei es dadurch, dass es duldet, dass sich der Täter entfernt, ohne seine Personalien anzugeben. Voraussetzung für den Eintritt des vom Tatbestand vorausgesetzten Vermögensschadens ist in diesen Fällen, dass die Forderung werthaltig ist. Wer auf die Geltendmachung einer wertlosen, weil gänzlich uneinbringlichen Forderung verzichtet, erleidet dadurch keinen Vermögensschaden.

847. BGH 2 StR 279/20 – Beschluss vom 3. Februar 2021 (LG Darmstadt)

Erpresserischer Menschenraub (beabsichtigter Erpressungserfolg: geplanter Zeitpunkt der gewollten erpressten Leistung, Schuldanerkenntnis, formlose Zahlungszusage); Geiselnahme (beabsichtigter Nötigungserfolg: funktionaler und zeitlicher Zusammenhang zwischen Bemächtigung und qualifizierter Nötigung, Erstreben mehrerer Verhaltensweisen, Abgabe eines „Ehrenworts“).

§ 239a Abs. 1 StGB; § 239b Abs. 1 StGB

1. Es fehlt an der Absicht des Ausnutzens der Bemächtigungslage zur Begehung einer Erpressung im Sinne des § 239a Abs. 1 StGB, wenn der Tatplan vorsieht, dass die Leistung, die der Täter erpressen will, erst zu einem Zeitpunkt erfolgen soll, zu dem die Bemächtigungslage beendet ist. Da die Erpressung auf eine vermögensrelevante Handlung, Duldung oder Unterlassung des Opfers

abzielt, muss im Fall des § 239a StGB nach der Vorstellung des Täters eine solche während der Bemächtigungslage stattfinden. Dazu kann etwa die Abgabe eines notariell beglaubigten Schuldanerkenntnisses genügen. Jedoch reicht eine formlose Zahlungszusage mangels Vermögensrelevanz nicht aus.

2. Bei einer Geiselnahme nach § 239b Abs. 1 StGB muss zwischen der Entführung oder Bemächtigung des Opfers und der qualifizierten Nötigung ein funktionaler und zeitlicher Zusammenhang in der Weise bestehen, dass der Täter das Opfer während der Dauer der Zwangslage nötigen will und die abgenötigte Handlung während der Dauer der Zwangslage vorgenommen werden soll. Eine während der Bemächtigung des Opfers vollendete Nötigung ist auch gegeben, wenn der Täter mehrere Verhaltensweisen des Opfers erstrebt, die er zwar nicht sämtlich schon während der Bemächtigungslage realisieren will, von denen er aber zumindest eine Handlung des Opfers in dieser Phase herbeiführt, wenn darin aus seiner Sicht eine bedeutende und eigenständige Vorstufe zu dem angestrebten Erpressungserfolg zu erblicken ist. Ebenso kann eine beliebige Handlung, Duldung oder Unterlassung einen Nötigungserfolg auch im Sinne von § 239b StGB darstellen. Deshalb kann zum Beispiel ein abgenötigtes „Ehrenwort“ des Geschädigten genügen.

764. BGH 2 StR 454/19 – Urteil vom 7. Oktober 2020 (LG Darmstadt)

Sexueller Mißbrauch von Schutzbefohlenen (Anvertrautsein: Abhängigkeitsverhältnis, Maßgeblichkeit des Einzelfalls, Orientierung am Schutzzweck der Vorschrift, mangelnde Maßgeblichkeit des Erziehungsstils; Obhutsverhältnis: auch bei Anvertrautsein zur zeitweiligen Betreuung einer unter 16 Jahre alten Person); Ruhen der Verjährung (Erfassung Sexueller Mißbrauch von Jugendlichen mit Wirkung zum 27. Januar 2015; Rückwirkung; Ausschluss bei Verjährung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens); Freispruch bei rechtlichem Zusammentreffen von schwererem und leichterem Vorwurf.

§ 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 182 StGB

1. Der Tatbestand des § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB a.F. und n.F. setzt voraus, dass zwischen Täter und Opfer ein Verhältnis besteht, kraft dessen eine Person unter 16 Jahren dem Täter zur Erziehung, zur Ausbildung oder zur Betreuung in der Lebensführung anvertraut ist, wobei sich die Begriffe der Erziehung, der Ausbildung und der Betreuung in der Lebensführung in ihrem Bedeutungsgehalt überschneiden. Erforderlich hierfür ist ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne einer Unter- und Überordnung, die den persönlichen, allgemein menschlichen Bereich umfasst, in welchem einer Person das Recht und die Pflicht obliegt, die Lebensführung des Jugendlichen und damit dessen geistig-seelische Entwicklung zu überwachen und zu leiten.

2. Ein Anvertrautsein im Sinne einer Unter- und Überordnung kann außer im schulischen Bereich auch in anderen, den Verhältnissen an einer Schule vergleichbaren Fällen bestehen, etwa im Einzel- oder im Mannschaftssport ebenso in einem anderweitigen Ausbil-

ungsverhältnis. Maßgebend sind in jedem Fall die konkreten, tatsächlichen Verhältnisse des Einzelfalls. Bei deren Bewertung muss sich der Tatrichter am Schutzzweck der Vorschrift orientieren, wonach Minderjährige und daher regelmäßig noch nicht ausgereifte Menschen vor sexuellen Übergriffen durch Autoritätspersonen bewahrt werden sollen, denen sie durch einen Vertrauensbeweis überantwortet und damit gewissermaßen in die Hand gegeben sind.

3. Maßgeblich für das Anvertrautsein ist allein, dass der Heranwachsende in die Verantwortung des späteren Täters gegeben worden ist, nicht hingegen, auf welche Art und Weise, also mit welchem Erziehungsstil, der Täter einen ihm möglichen Einfluss im Wege der Über- und Unterordnung auf das Opfer ausübt.

4. Ein Obhutsverhältnis im Sinne des § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB kann auch gegeben sein, wenn die unter 16 Jahre alte Person einem anderen zur (zeitweiligen) Betreuung in der Lebensführung anvertraut ist.

5. Die Ruhensregelung des § 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB erfasst die Norm des § 182 StGB erst mit Wirkung zum 27. Januar 2015. Diese Regelung gilt zwar auch rückwirkend für vor Inkrafttreten dieses Gesetzes begangene Taten. Ihre Anwendung ist indes ausgeschlossen, wenn zum Zeitpunkt des Inkrafttretens des Änderungsgesetzes bereits Verjährung eingetreten war.

6. Auf Freispruch und nicht auf Einstellung des Verfahrens ist zu erkennen, wenn bei rechtlichem Zusammentreffen eines schwereren und eines leichteren Vorwurfs der schwerere nicht nachweisbar, der leichtere aber wegen eines Prozesshindernisses nicht verfolgt ist.

860. BGH 4 StR 141/21 – Beschluss vom 7. Juli 2021 (LG Bielefeld)

Körperverletzung mit Todesfolge (Mittäter: Exzeshandlung, Gefahrenzusammenhang).

§ 227 StGB

Ein spezifischer Gefahrenzusammenhang, der den tatbestandlichen Anforderungen des § 227 Abs. 1 StGB genügt, kann in objektiver Hinsicht nur angenommen werden, wenn sich aus Art und Weise des tätlichen Angriffs einfallbezogen konkrete tatsächliche Umstände ergeben, welche die Möglichkeit einer tödlichen Eskalation nahelegen.

829. BGH 5 StR 177/21 – Beschluss vom 6. Juli 2021 (LG Hamburg)

Besonders schwerer Fall des Diebstahls (Schlaf als Hilflosigkeit).

§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB

Der „gesunde“ Schlaf fällt nicht ohne weiteres unter den Begriff der Hilflosigkeit im Sinne des § 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 6 1. Var. StGB. Anders verhält es sich aber, wenn der Schlaf mit einer krankhaften Störung verbunden ist. Gleiches gilt auch in Fällen, in denen der Schlafende hier – infolge einer erheblichen Alkoholisierung unfähig ist, sich gegen die Wegnahme von in seinem Gewahrsam befindlichen Sachen zu schützen.

851. BGH 2 StR 355/20 – Urteil vom 9. Juni 2021 (LG Wiesbaden)

Betrug (Bandenmitgliedschaft; gewerbsmäßiges Handeln; Beihilfe); Strafzumessung (Revisibilität der Strafzumessung; Vermögenseinbuße durch Einziehung von Wertersatz kein Strafmilderungsgrund).

§ 263 StGB; § 46 StGB

1. Es steht der Annahme einer Bandenmitgliedschaft nicht entgegen, dass ein Beteiligter nur einen Vordermann in der Organisation kennt.

2. Die Kenntnis der Einzelheiten der durchzuführenden Straftaten und der konkreten Aktivitäten anderer Beteiligter ist nicht zwingende Voraussetzung für eine Bandenmitgliedschaft.

3. Die mit der Einziehung von Wertersatz verbundene Vermögenseinbuße stellt keinen Strafmilderungsgrund dar. Die Einziehung dient allein der Gewinnabschöpfung und damit dem Ausgleich unrechtmäßiger Vermögensverschiebung.

819. BGH 5 StR 30/21 – Beschluss vom 11. Mai 2021 (LG Hamburg)

Amtsanmaßung kein eigenhändiges Delikt (Mittäterschaft); gewerbs- und bandenmäßiger Betrug.

§ 132 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 263 StGB

Bei einer Tat nach § 132 Var. 1 StGB ist eine Begehung in Mittäterschaft möglich; es handelt sich nicht um ein „eigenhändiges Delikt“.

862. BGH 4 StR 312/20 – Beschluss vom 10. Juni 2021 (LG Cottbus)

Versuchter Totschlag; bedingter Vorsatz (bedingter Tötungsvorsatz; Abgrenzung von bewusster Fahrlässigkeit); gefährliche Körperverletzung (mittels eines anderen gefährlichen Werkzeugs: gezieltes Anfahren mit einem Kfz).

§ 212 StGB; §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 15 StGB; § 22 StGB

Nach ständiger Rechtsprechung ist der Tatbestand einer gefährlichen Körperverletzung mittels eines gefährlichen Werkzeuges nicht ohne weiteres erfüllt, wenn eine Person durch ein gezieltes Anfahren mit einem Kraftfahrzeug zu Fall gebracht wird. Die Annahme des § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB setzt in derartigen Fällen vielmehr voraus, dass bereits durch den Anstoß eine nicht unerhebliche Beeinträchtigung des körperlichen Wohlbefindens und damit eine körperliche Misshandlung gemäß § 223 Abs. 1 StGB ausgelöst worden ist. Erst infolge des anschließenden Sturzes erlittene Verletzungen, die nicht auf den unmittelbaren Kontakt zwischen Kraftfahrzeug und Körper zurückzuführen sind, können für sich allein die Beurteilung als gefährliche Körperverletzung nach § 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB nicht tragen.

840. BGH AK 37/21 – Beschluss vom 14. Juli 2021 (AG Karlsruhe)

Dringender Tatverdacht wegen mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland (formale Eingliederung in die Organisation mit

deren Zustimmung; vom Inland aus agierender Täter); Verstoß gegen Bereitstellungsverbot; Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat.

§ 129a StGB; § 129b StGB; § 89a StGB; § 18 Abs. 1 Nr. 1 AWG

1. Die mitgliedschaftliche Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung nach § 129a Abs. 1 StGB setzt eine gewisse formale Eingliederung des Täters in die Organisation voraus, die einer Vereinigung nicht aufgedrängt werden kann, sondern ihre Zustimmung erfordert. Ob vor diesem Hintergrund ein Täter, der in der Bundesrepublik Deutschland lebt und von Deutschland aus agiert, sich als Mitglied an einer terroristischen Vereinigung im Ausland beteiligt, bedarf regelmäßig bereits deshalb besonderer Prüfung, weil er sich nicht im unmittelbaren Betätigungsbereich der (Kern-)Organisation aufhält; dies gilt insbesondere dann, wenn sich der Täter nie an einem Ort befunden hat, an dem die Vereinigungsstrukturen bestehen.

2. Eine Beteiligungshandlung des Mitglieds kann darin bestehen, unmittelbar zur Durchsetzung der Ziele der Vereinigung beizutragen; sie kann auch darauf gerichtet sein, lediglich die Grundlagen für die Aktivitäten der Vereinigung zu schaffen oder zu erhalten. Ausreichend ist deshalb die Förderung von Aufbau, Zusammenhalt oder Tätigkeit der Organisation. In Betracht kommt etwa ein organisationsförderndes oder ansonsten vereinigungstypisches Verhalten von entsprechendem Gewicht. In Abgrenzung hierzu fehlt es in Fällen einer bloß formalen oder passiven, für das Wirken der Vereinigung bedeutungslosen Mitgliedschaft grundsätzlich an einem aktiven mitgliedschaftlichen Beteiligungsakt.

807. BGH 3 StR 138/21 – Beschluss vom 16. Juni 2021 (LG Düsseldorf)

Freiheitsberaubung auf andere Weise durch Bedrohung (angedrohtes Übel; gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben; Bedrohung zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung; Konkurrenzen).

§ 239 StGB; § 241 StGB

1. Eine Freiheitsberaubung „auf andere Weise“ durch eine Bedrohung erfüllt den objektiven Tatbestand des § 239 StGB nicht bereits bei jeder Drohung mit einem empfindlichen Übel; das angedrohte Übel muss vielmehr den Grad einer gegenwärtigen Gefahr für Leib oder Leben erreichen.

2. Einer Bedrohung (§ 241 StGB) kommt im Verhältnis zu einer Freiheitsberaubung (§ 239 StGB) kein eigenständiger Unrechtsgehalt zu, sofern sie ausschließlich der Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung dient.

848. BGH 2 StR 323/20 – Beschluss vom 16. Februar 2021 (LG Darmstadt)

Verstoß gegen Weisungen während der Führungsaufsicht (Weisung: hinreichend bestimmt, Weisungsverstöße; tatbestandsausschließendes Einverständnis; Vorsatz).

§ 145a StGB; § 15 StGB

1. Es steht der Annahme einer hinreichend bestimmten Weisung im Sinne des § 145a StGB nicht im Wege, dass

sich die genauen Termine, an denen sich der Angeklagte bei seinem Bewährungshelfer hätte melden sollen, nicht aus dem gerichtlichen Beschluss ergeben, sondern noch der Festlegung durch den Bewährungshelfer bedurften.

2. Nicht ausgeschlossen ist, dass ein ausgesprochener Verzicht auf einen Gesprächstermin unter bestimmten Voraussetzungen ein den objektiven Tatbestand des § 145a StGB ausschließendes Einverständnis darstellt.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

814. BGH 3 StR 350/20 – Urteil vom 6. Mai 2021 (LG Koblenz)

Abweichendes Sexualverhalten (hier: Pädophilie) schwere andere seelische Störung (Schuldfähigkeit; Steuerungsfähigkeit; Veränderung der Persönlichkeit; Hemmungsvermögen); Sicherungsverwahrung (Hangtäter; eingeschliffener innerer Zustand; Anlasstaten; Vorverurteilung; Gesamtwürdigung; längere Straflosigkeit).

§ 20 StGB; § 66 StGB

1. Ein abweichendes Sexualverhalten kann nicht ohne Weiteres einer schweren Persönlichkeitsstörung und dem Eingangsmerkmal der schweren anderen seelischen Störung i.S.d. § 20 StGB gleichgesetzt werden. Die Diagnose einer Pädophilie hat insofern für sich genommen kaum Aussagekraft für das Vorliegen des vierten Eingangsmerkmals von § 20 StGB und erst recht nicht für die Überzeugung von einer erheblich verminderten Schuldfähigkeit.

2. Steht für die Beurteilung der Schuldfähigkeit eine von der Norm abweichende sexuelle Präferenz im Vordergrund, muss diese den Täter im Wesen seiner Persönlichkeit so verändert haben, dass er zur Bekämpfung seiner Triebe nicht die erforderlichen Hemmungen aufbringt, sondern bei der Begehung der Sexualtaten aus einem starken, mehr oder weniger unwiderstehlichen Zwang heraus handelt. Die Steuerungsfähigkeit kann demzufolge etwa dann beeinträchtigt sein, wenn die abweichenden Sexualpraktiken zu einer eingeschliffenen Verhaltensschablone geworden sind, die sich durch abnehmende Befriedigung, zunehmende Frequenz, durch Ausbau von Raffinements und durch gedankliche Einnengung auf diese Praktiken auszeichnet.

3. Ob die sexuelle Devianz in Form einer Pädophilie einen solchen Ausprägungsgrad erreicht, der dem Eingangsmerkmal der schweren anderen seelischen Störung zugeordnet werden kann, ist aufgrund einer Gesamtschau der Täterpersönlichkeit und seiner Taten zu beurteilen. Dabei kommt es darauf an, ob die sexuellen Neigungen die Persönlichkeit des Täters so verändert haben, dass er nicht die zur Bekämpfung seiner Triebe erforderlichen Hemmungen aufzubringen vermag.

4. Ein Hang im Sinne des § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB verlangt einen eingeschliffenen inneren Zustand des

Täters, der ihn immer wieder neue Straftaten begehen lässt. Hangtäter ist derjenige, der dauerhaft zu Straftaten entschlossen ist oder aufgrund einer fest eingewurzelten Neigung immer wieder straffällig wird, wenn sich die Gelegenheit bietet, ebenso wie derjenige, der willensschwach ist und aus innerer Haltlosigkeit Tatanreizen nicht zu widerstehen vermag.

5. Das Vorliegen eines Hangs im Sinne des § 66 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB hat das Tatgericht unter sorgfältiger Gesamtwürdigung aller für die Beurteilung der Persönlichkeit des Täters und seiner Taten maßgebenden Umstände darzulegen. Diese Würdigung bedarf in den Fällen von § 66 Abs. 2, 3 Satz 2 StGB, bei denen Vortaten und Vorverbüßungen fehlen, besonderer Sorgfalt. In die Würdigung ist gegebenenfalls auch einzubeziehen, dass sich der Täter über längere Zeiträume straflos verhalten hat

833. BGH 5 StR 364/20 – Urteil vom 26. Mai 2021 (LG Hamburg)

Sicherungsverwahrung (Hang; zeitnah aufeinanderfolgende Taten; Sachverständigengutachten; Gefährlichkeitsprognose; Gesamtwürdigung); Berücksichtigung errechneter Blutalkoholkonzentration im Rahmen der Beweiswürdigung (Indizienbeweis; Beweiswert; Zweifelsatz; Gesamtwürdigung aller Beweistatsachen).

§ 66 StGB; § 261 StPO

1. Ob ein Hang im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB im Zeitpunkt des Urteils vorliegt, hat das Tatgericht aufgrund einer umfassenden Vergangenheitsbetrachtung – nach sachverständiger Beratung – unter sorgfältiger Gesamtwürdigung aller für die Beurteilung der Persönlichkeit des Täters und seiner Taten maßgebenden Umstände in eigener Verantwortung zu bewerten. Das erfordert eine Auseinandersetzung mit den Taten des Angeklagten, dem Gutachteninhalt und den wesentlichen Anknüpfungstatsachen und Schlussfolgerungen des Sachverständigen in einer für das Revisionsgericht nachvollziehbaren Weise. Zeitnah aufeinanderfolgende Taten können in ihrer Häufung insoweit Ausdruck eines eingeschliffenen inneren Zustands des Täters sein, der ihn immer wieder neue Straftaten begehen lässt.

2. Für die Beurteilung, ob von einem Angeklagten künftig infolge eines Hangs erhebliche Straftaten zu erwarten sind, namentlich solche, durch welche die Opfer seelisch oder körperlich schwer geschädigt werden, und

er deshalb für die Allgemeinheit gefährlich ist, bedarf es einer Prognose auf der Grundlage einer umfassenden Gesamtwürdigung der Persönlichkeit des Verurteilten und aller individuellen protektiven und der für die bisherige Delinquenz bedeutsamen Faktoren. Dem Hang kommt dabei eine wesentliche, auf eine Gefährlichkeit im Sinne des § 66 Abs. 1 Nr. 4 StGB hinweisende Bedeutung als prognostisch ungünstiger Gesichtspunkt zu.

3. Nach den allgemeinen Grundsätzen des Indizienbeweises darf der errechnete Höchstwert der Blutalkoholkonzentration nicht isoliert nach dem Zweifelssatz bewertet werden, wenn andere Beweisanzeichen, die Aufschluss über die Schuldfähigkeit des Angeklagten geben können, vorliegen. Er muss vielmehr in eine Gesamtwürdigung aller Beweistatsachen eingebracht werden, die darüber entscheidet, welche Bedeutung ihm neben den sonstigen Beweisanzeichen im Einzelfall zukommt.

4. Den errechneten Blutalkoholwerten kann eine geringere Beweisbedeutung beizumessen sein, wenn diese über einen sehr langen Rückrechnungszeitraum – hier: etwa zehn Stunden – ermittelt worden sind. Eine solche Rückrechnung stellt eine mit zahlreichen Fehlerquellen behaftete Schätzung dar, die vom Tatgericht zwar dann nach dem Zweifelssatz zugrunde zu legen ist, wenn es über andere zuverlässige Beweisanzeichen nicht verfügt, deren geringerer Beweiswert aber bei der Abwägung mit sonstigen Beweisanzeichen zu würdigen ist.

869. BGH 6 StR 403/20 – Urteil vom 30. Juni 2021 (LG Braunschweig)

Strafzumessung (strafschärfende Berücksichtigung: unter Bewährung Stehen bei Tatbegehung); Vollstreckungsverfahren (Anrechnung einer erlittenen Untersuchungshaft auf den vorweg zu vollstreckenden Teil der Strafe); Einziehung; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; wenig aussagekonstante Einlassung des Angeklagten, heimlicher Konsum).

§ 64 StGB; § 51 StGB; § 67 Abs. 2 StGB; § 73 StGB; § 73c StGB

1. Die strafschärfende Berücksichtigung dessen, dass der Angeklagte bei Tatbegehung unter Bewährung stand, erweist sich als rechtfehlerhaft, wenn der Angeklagte die Taten begangen hat, als die Bewährungszeit bereits abgelaufen war und lediglich der Beschluss über den Erlass der Strafe noch ausstand.

2. Eine erlittene Untersuchungshaft ist im Vollstreckungsverfahren (§ 51 StGB) auf den nach § 67 Abs. 2 StGB vorweg zu vollstreckenden Teil der Strafe anzurechnen.

776. BGH 1 StR 90/21 – Beschluss vom 17. Mai 2021 (LG Mosbach)

Anordnung der Sicherungsverwahrung im Nachverfahren (Gefährlichkeitsprognose: erforderliche Darstellung im Urteil).

§ 66a Abs. 3 Satz 2 StGB; § 275a Abs. 2 StPO; § 267 Abs. 6 StPO

1. Die Anordnung der Sicherungsverwahrung im Nachverfahren gemäß § 66a Abs. 3 Satz 2 StGB setzt im Rah-

men der Prüfung der Gefährlichkeit des Verurteilten nicht voraus, dass substantiell neue Tatsachen in dem strengen Sinne, wie sie von der Rechtsprechung für die Anordnung nachträglicher Sicherungsverwahrung im Rahmen des § 66b StGB aF verlangt wurden, festgestellt worden sind. Erforderlich, aber auch ausreichend ist, dass die Gefährlichkeitsprognose unter Einbeziehung neu hinzutretender prognoserelevanter Umstände seit Anordnung des Vorbehalts der Maßregel nunmehr eindeutig positiv begründet werden kann.

2. Die mit Fortschreiten des Lebensalters eintretenden Haltungsänderungen sowie etwaige Erkrankungen sind im Hinblick auf ihre Aussagekraft für eine künftige Legalbewährung zu bewerten und in die Gesamtwürdigung einzubeziehen. Ferner sind die Wirkungen des Strafvollzugs und mögliche Verhaltensänderungen des Verurteilten bis zur Entscheidung des Gerichts im Nachverfahren besonders in den Blick zu nehmen. Die Wirkungen des (langjährigen) Strafvollzugs sind regelmäßig unter Einbeziehung der Frage, ob und inwieweit der Verurteilte von den besonderen Behandlungsangeboten zu profitieren vermochte, in die Gesamtwürdigung einzustellen. Schließlich ist auch die konkrete Entlassungssituation des Verurteilten in den Blick zu nehmen und zu prüfen, ob eine fortbestehende Gefährlichkeit durch flankierende Maßnahmen wie Auflagen und Weisungen, Therapie-maßnahmen oder durch die Unterbringung in einer betreuten Wohneinrichtung auf ein vertretbares Maß reduziert werden kann. Zu dieser umfassenden Würdigung ist allein das Tatgericht berufen, dem dabei ein Beurteilungsspielraum eingeräumt ist.

3. Die Erwägungen, auf die das Gericht seine Gefährlichkeitsprognose stützt, sind in den Urteilsgründen so vollständig und genau darzulegen, dass diese für das Revisionsgericht nachzuvollziehen ist. Wurde beim Ausspruch des Vorbehalts bereits die Gefährlichkeit mit hinreichender Sicherheit festgestellt, reicht es für die Anordnung der zunächst vorbehaltenen Sicherungsverwahrung aus, dass sich diese Überzeugung auch in der nachfolgenden Gesamtwürdigung, die auch die Entwicklung der verurteilten Person im Vollzug einbezieht, bestätigt, also jedenfalls nicht abschwächt. Hielt das Gericht hingegen in der Ausgangsverurteilung – wie hier – eine Gefährlichkeit lediglich für wahrscheinlich, erfordert die Anordnung der Sicherungsverwahrung, dass sich diese Wahrscheinlichkeit aufgrund der neuen, auch hier die Entwicklung des Täters seit der Aburteilung einbeziehenden Gesamtwürdigung nunmehr zur Überzeugung des Gerichts zur hinreichenden Sicherheit verfestigt hat.

4. In einem solchen Fall hat das Tatgericht in den Urteilsgründen im Einzelnen vollständig, lückenlos und nachvollziehbar darzulegen, dass und aufgrund welcher zusätzlichen Tatsachen es nunmehr zu der positiven Feststellung gelangt ist, dass der Verurteilte für die Allgemeinheit gefährlich ist. Dabei sind insbesondere die Ergebnisse einer therapeutischen Behandlung des Verurteilten im Strafvollzug als neue Prognosetatsachen zu berücksichtigen. Es genügt regelmäßig nicht, lediglich die schon im Ausgangsverfahren bekannten Tatsachen neu zu bewerten.

861. BGH 4 StR 30/21 – Beschluss vom 10. Juni 2021 (LG Saarbrücken)

Fakultative Strafrahmenverschiebung infolge verminderter Schuldfähigkeit (Gesamtabwägung aller schuldrelevanten Umstände; Ermessensspielraum des Tatgerichts; Ermessensausübung: Verringerung des Schuldgehalts im Regelfall, Erforderlichkeit schulderhöhender Umstände, selbstverschuldete Trunkenheit); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang; Vorliegen, Notwendigkeit sicherer Feststellung); Entziehung der Fahrerlaubnis (Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen: maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt, geraumes Zurückliegen der den Eignungsmangel ausweisenden Taten); Recht auf ein faires Verfahren (revisionsrechtliche Überprüfung).

§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 64 StGB; § 69 Abs. 1 StGB; Art. 6 EMRK

1. Über die fakultative Strafrahmenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB entscheidet das Tatgericht nach seinem pflichtgemäßen Ermessen aufgrund einer Gesamtabwägung aller schuldrelevanten Umstände; insoweit steht dem Tatgericht ein weiter Ermessensspielraum zu. Im Rahmen seiner Ermessensausübung hat das Tatgericht im Ausgangspunkt Bedacht darauf zu nehmen, dass auf Grund der erheblichen Verminderung der Schuldfähigkeit der Schuldgehalt der Tat in aller Regel verringert ist. Um dem Prinzip zu genügen, dass die Strafe das Maß der Schuld nicht überschreiten darf, erfordert die Versagung einer Strafrahmenverschiebung nach §§ 21, 49 Abs. 1 StGB deshalb schulderhöhende Umstände, die diese Schuldmilderung kompensieren.

2. Beruht die erhebliche Verminderung der Schuldfähigkeit auf einer selbst zu verantwortenden Trunkenheit, kann dies allein zwar die Versagung einer Strafrahmenverschiebung tragen, auch wenn eine vorhersehbare signifikante Erhöhung des Risikos der Begehung von Straftaten aufgrund der persönlichen und situativen Verhältnisse des Einzelfalls nicht festgestellt ist. Dies bedeutet allerdings nicht, dass im Fall selbstverschuldeter Trunkenheit eine Strafmilderung stets zu versagen ist. Vielmehr obliegt es dem Tatgericht zu bewerten, ob das Gewicht dieses Umstandes im konkreten Einzelfall hoch genug ist, um die aufgrund der erheblich verminderten Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit verringerte Tatschuld aufzuwiegen.

3. Ein Hang im Sinne von § 64 StGB liegt vor bei einer chronischen, auf körperlicher Sucht beruhenden Abhängigkeit oder aufgrund einer eingewurzelten, auf psychische Disposition zurückzuführenden oder durch Übung erworbenen intensiven Neigung, immer wieder Rauschmittel im Übermaß zu sich zu nehmen. Ein solcher Hang muss sicher festgestellt sein, nicht ausreichend ist, dass sein Vorliegen möglich oder nur nicht auszuschließen ist.

4. Maßgeblicher Zeitpunkt für die Feststellung der Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen im Sinne des § 69 Abs. 1 StGB und deren voraussichtlicher Dauer ist der Zeitpunkt der tatrichterlichen Entscheidung. Liegen die den Eignungsmangel ausweisenden Taten geraume Zeit zurück und ist der Täter seither nicht mehr nachteilig aufgefallen, so kann darin ein Grund liegen, der die

Beurteilung rechtfertigt, dass der ursprünglich vorhandene Mangel nicht mehr besteht.

5. Wird lediglich die Verletzung sachlichen Rechts gerügt, 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 Verzögerung 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, so dass ein Erörterungsmangel gegeben ist.

850. BGH 2 StR 91/21 – Beschluss vom 8. Juni 2021 (LG Köln)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussicht der Behandlung: Sprachunkundigkeit, Ausreisepflichtigkeit; Soll-Vorschrift: Absehen von einer Maßregelverordnung nur in Ausnahmefällen).

§ 64 StGB

1. Die fehlende Beherrschung der deutschen Sprache kann die Annahme nahelegen, eine Behandlung nach § 64 StGB habe keine hinreichend konkrete Erfolgsaussicht.

2. Durch die Umwandlung des § 64 StGB in eine Soll-Vorschrift, ist diese keine Ermessensvorschrift im engeren Sinne geworden. Ein Absehen von einer Maßregelverordnung kommt – bei Vorliegen der tatbestandlichen Voraussetzungen – nur in Ausnahmefällen in Betracht.

3. Nach dem Zweck des § 64 StGB kann bei ausreisepflichtigen sprachunkundigen Ausländern von einer Unterbringung abgesehen werden.

811. BGH 3 StR 192/21 – Beschluss vom 29. Juni 2021 (LG Duisburg)

Strafzumessung beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Sicherstellung als bestimmender Strafzumessungsgrund; Überschreitung der nicht geringen Menge im Bagatellbereich).

§ 29 BtMG

1. Werden Betäubungsmittel vollständig sichergestellt, handelt es sich – jedenfalls in Bezug auf solche Betäubungsmittel, die zum Weiterverkauf bestimmt sind – wegen des damit verbundenen Wegfalls der von Betäubungsmitteln üblicherweise ausgehenden Gefahr für die Allgemeinheit um einen bestimmenden Strafzumessungsgrund, der sowohl bei der Strafrahmenwahl als auch bei der konkreten Strafzumessung zu beachten ist.

2. Eine Überschreitung der „nicht geringen Menge“ lediglich im Bagatellbereich darf nicht strafschärfend berücksichtigt werden. Das Tatgericht hat die Bagatellgrenze jeweils unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles festzulegen. Eine solche Einordnung liegt bei dem 2,16-fachen der nicht geringen Menge – also einem Überschreiten um das 1,16-fache – nicht auf der Hand.

825. BGH 5 StR 145/21 – Beschluss vom 6. Juli 2021 (LG Berlin)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefahrenprognose unter Berücksichtigung statistisch erhöhter Gewaltneigung bei bestimmten Erkrankungen).

§ 63 StGB

Bei der Prüfung der Voraussetzungen des § 63 StGB kann im Rahmen der Gefahrenprognose berücksichtigt werden, dass bestimmte psychotische Störungen nach wissenschaftlichen Erkenntnissen mit einem erhöhten Gewaltisiko einhergehen. Jedoch darf die Erwartung erheblicher rechtswidriger Taten nicht nur auf diesen einen statistischen Gesichtspunkt gestützt werden; vielmehr müssen darüber hinaus stets konkrete Umstände des Einzelfalles Berücksichtigung finden.

787. BGH 1 StR 447/20 – Urteil vom 21. April 2021 (LG München I)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Berücksichtigung einer vollzogenen Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus im Ausland); Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf Auslandsdaten eines Deutschen (keine Relevanz möglicher Verfahrenshindernisse im ausländischen Staat; kein Strafklageverbrauch bei abgeschlossenem Verfahren im Ausland).

Art. 103 Abs. 3 GG; § 63 StGB; § 67d Abs. 6 StGB; § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB

1. Der aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitete Verhältnismäßigkeitsgrundsatz verpflichtet den Gesetzgeber sicherzustellen, dass die einen Täter treffenden Folgen einer strafbaren Handlung – zu denen auch die Wirkung eines ausländischen Strafverfahrens und eine etwaige Verurteilung im Ausland zählen – zur Schwere der Rechtsgutsverletzung und der individuellen Schuld insgesamt noch in einem gerechten Verhältnis stehen. In Fällen einer vollzogenen Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus aufgrund eines ausländischen Straferkenntnisses sind deshalb die ausländischen Vollzugszeiten in die Gefährlichkeitsprognose einzustellen. Dies gilt in besonderem Maße dann, wenn die Zeiten der Unterbringung die nach § 67d Abs. 6 Satz 2 StGB maßgebliche 6-Jahresgrenze faktisch insgesamt überschritten haben.

2. Nach § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB kommt es für die Anwendung deutschen Strafrechts grundsätzlich nicht auf die verfahrensrechtliche Verfolgbarkeit im Tatortstaat an.

747. BGH 2 StR 294/20 – Urteil vom 17. Februar 2021 (LG Darmstadt)

Urteilsgründe (Darstellung der Strafzumessungserwägungen: Beschränkung auf bestimmende Zumessungsgründe); Grundsätze der Strafzumessung (Begriff der bestimmenden Zumessungsgründe; Differenzierung zwischen gewichtigen und minder gewichtigen Folgen; Gewichtung eines drohenden Widerrufs der Strafaussetzung).

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

1. Bei der Darstellung seiner Strafzumessungserwägungen im Urteil ist das Tatgericht nur gehalten, die bestimmenden Zumessungsgründe mitzuteilen. Eine erschöpfende Aufzählung aller für die Strafzumessungsentscheidung relevanten Gesichtspunkte ist dagegen weder gesetzlich vorgeschrieben noch in der Praxis möglich. Auswahl und Gewichtung der Strafzumessungsgesichtspunkte obliegt grundsätzlich dem Tatgericht. Es hat unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls zu entscheiden, welchen Umstand es als bestimmenden Strafzumessungsgrund ansieht. Hat das Tatgericht bei seiner Zumessungsentscheidung einen Gesichtspunkt, der nach den Gegebenheiten des Einzelfalls als bestimmender Strafzumessungsgrund in Betracht kommt, nicht erkennbar erwogen, ist die Strafzumessung in sachlich-rechtlicher Hinsicht rechtsfehlerhaft.

2. Bestimmende Umstände in diesem Sinne sind wesentliche Tatsachen und Erwägungen, die für die Strafartwahl oder die Strafhöhenbestimmung von einigem Gewicht sein können und deren Erörterung sich nach den Umständen des einzelnen Falls aufdrängt. Inhaltlich werden sie durch das materielle Strafrecht, insbesondere den Katalog der Strafzumessungsgründe (§§ 46 ff. StGB) vorgegeben. Die aus § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB folgende Pflicht des Tatrichters, bei der Strafzumessung die Wirkungen in den Blick zu nehmen, die von der Strafe für das künftige Leben des Täters in der Gesellschaft zu erwarten sind, erstreckt sich danach grundsätzlich auch auf rechtliche Folgen, die außerhalb der strafgerichtlichen Verurteilung als solcher liegen, also an diese anknüpfen. Wann derartige rechtliche Folgen das Gewicht eines bestimmenden Strafzumessungsgrundes im Sinne des § 267 Abs. 3 Satz 1 StPO erlangen können und der Tatrichter demzufolge im Urteil erkennen lassen muss, dass er diese bedacht hat, lässt sich mit Blick auf das unterschiedliche Gewicht der in Betracht kommenden Umstände nicht einheitlich beantworten.

3. In ständiger Rechtsprechung differenziert der Bundesgerichtshof in diesem Zusammenhang regelmäßig zwischen – eher gewichtigen – Folgen, die sich rechtlich zwingend aus der strafgerichtlichen Verurteilung ergeben, etwa dem bei Rechtskraft des Strafurteils kraft Gesetzes eintretenden Verlust der Beamtenstellung und solchen eher minderen Gewichts, die nur als (abstrakt) mögliche Konsequenz aus dem Strafurteil drohen, vor allem dann, wenn ihr Eintreten von einer weiteren, nicht in die Kompetenz des Tatrichters fallenden gerichtlichen (Ermessens-)Entscheidung abhängt. So hat er hinsichtlich der Berücksichtigung ausländerrechtlicher Folgen einer strafgerichtlichen Verurteilung angenommen, dass diese als bestimmender Strafzumessungsgrund regelmäßig dann in Betracht kommen, wenn eine aufenthaltsbedingende Maßnahme zwingend zu erfolgen hat und besondere Umstände hinzukommen, die für den Betroffenen eine besondere Härte bedeuten.

4. Treten Nebenfolgen einer strafrechtlichen Verurteilung nicht zwingend ein, sind aber zumindest (abstrakt) möglich, so kann der Tatrichter im Einzelfall gehalten sein, diese möglichen Nebenfolgen mit dem ihnen jeweils

zukommendem Gewicht als bestimmenden Strafzumessungsgrund in den Blick zu nehmen. Dabei hat der Tatrichter jedoch auch zu bedenken, dass nachteilige Folgen für den Täter nicht schlechthin strafmildernd sind. Wer bei einer Tat bestimmte Nachteile für sich selbst (zwar nicht gewollt, aber) bewusst auf sich genommen hat, verdient in der Regel keine – schon gar nicht mit besonderem Gewicht eingestellte – strafmildernde Berücksichtigung solcher Folgen.

5. Im Fall des drohenden Widerrufs der Strafaussetzung in anderer Sache gilt dieser Maßstab ebenso. Ein (möglicher) Bewährungswiderruf als Folge eines bewussten Bewährungsbruchs durch den Täter ist regelmäßig nur bei Vorliegen besonderer Voraussetzungen strafmildernd zu berücksichtigen. Im Fall des drohenden Widerrufs kommt zudem hinzu, dass der Widerruf keine zwingende gesetzliche Folge darstellt. Die abschließende Entscheidung darüber ist dem Tatrichter entzogen. Schon deswegen ist er nicht verpflichtet, die Wahrscheinlichkeit eines möglichen Widerrufs im Rahmen der Strafzumessung näher zu prognostizieren. Daraus folgt, dass der Umstand eines bloß möglichen Bewährungswiderrufs – anders als zwingend an eine strafgerichtliche Verurteilung knüpfende Folgen – von vornherein nur ein geringeres Gewicht hat.

6. Im Hinblick auf § 46 Abs. 1 Satz 2 StGB und den Strafzweck der Resozialisierung wird indes der Umstand drohenden Bewährungswiderrufs regelmäßig dann an Gewicht gewinnen und zu erörtern sein, wenn auf Grund eines möglichen Widerrufs die gesamte Länge der zu verbüßenden Haft diejenige der neu verhängten Strafe beträchtlich übersteigt; die Dauer der zu erwartenden Gesamtvollstreckung wäre dann im Rahmen der Strafzumessung in den Blick zu nehmen. Eine Erörterung oder gar strafmildernde Bewertung eines möglicherweise drohenden Bewährungswiderrufs im Einzelfall kann freilich dann unterbleiben, wenn ein übermäßiges Gesamtvollstreckungsübel namentlich aus spezialpräventiven Gründen nicht naheliegt, etwa bei Intensiv- oder Serientätern, bei hoher Rückfallgeschwindigkeit oder bei einer Tat kurz nach der Haftentlassung, nachdem die Vollstreckung der Reststrafe zur Bewährung ausgesetzt worden ist.

878. BGH 2 StR 398/20 – Beschluss vom 30. März 2021 (LG Kassel)

Grundsätze der Strafzumessung (Tatserie von Missbrauchstaten: sinkende Hemmschwelle des Täters; zunehmendes Alter eines Tatopfers); Urteilsgründe (Anforderungen an den Umfang).
§ 46 Abs. 2 StGB; § 267 StPO

1. Sinkt die Hemmschwelle eines Täters bei einer über mehrere Jahre andauernden Tatserie von Missbrauchstaten, kann dies genauso wie das zunehmende Alter eines Tatopfers den Unrechtsgehalt einer Tat verringern und deshalb bei der Strafbemessung zu Gunsten eines Angeklagten in den Blick zu nehmen sein.

2. Hinsichtlich der Abfassung der Urteilsgründe weist der Senat darauf hin, dass diese nicht dazu dienen, all das zu dokumentieren, was in der Hauptverhandlung an

Beweisen erhoben wurde. Sie sollen nicht das vom Gesetzgeber abgeschaffte Protokoll über den Inhalt von Angeklagten- und Zeugenäußerungen ersetzen, sondern vielmehr das Ergebnis der Hauptverhandlung wiedergeben und die Nachprüfung der Entscheidung ermöglichen. Eine umfängliche Wiedergabe der Einlassung des Angeklagten sowie von Zeugenaussagen ohne Bezug zu Einzelheiten einer späteren Beweiswürdigung ist deshalb regelmäßig verfehlt. Die Mitteilung von zahlreichen nebensächlichen Details ohne erkennbare Entscheidungserheblichkeit macht die Urteilsgründe unübersichtlich, fehleranfällig und führt zu unnötiger Schreib- und Lesearbeit. Die Urteilsgründe sollen alles Wesentliche enthalten, aber nicht mehr als dies.

827. BGH 5 StR 160/21 – Beschluss vom 6. Juli 2021 (LG Flensburg)

Reichweite der Strafmilderung bei Aufklärungshilfe im Betäubungsmittelstrafrecht (Aufklärungserfolg; mehrere Taten; Zusammenhang mit der aufgedeckten Tat).
§ 31 BtMG

Hat ein Angeklagter durch freiwilliges Offenbaren seines Wissens wesentlich zur Aufdeckung einer Tat nach den §§ 29 bis 30a BtMG beigetragen, liegen die Voraussetzungen für eine Strafmilderung nach § 31 Satz 1 Nr. 1 BtMG für alle Taten des Angeklagten vor, die mit der aufgedeckten Tat im Zusammenhang stehen, ohne dass es darauf ankommt, ob auch bezüglich dieser Taten ein wesentlicher Aufklärungserfolg bewirkt worden ist

888. BGH 4 StR 113/21 – Beschluss vom 12. Mai 2021 (LG Essen)

Grundsätze der Strafzumessung (Maßstab des minder schweren Falles).
§ 46 Abs. 3 StGB

Ein minder schwerer Fall liegt nicht erst bei einem „seltenen Ausnahmefall“ oder bei Vorliegen außergewöhnlicher Umstände vor, sondern dann, wenn das gesamte Tatbild einschließlich aller subjektiven Momente und der Täterpersönlichkeit vom Durchschnitt der erfahrungsgemäß gewöhnlich vorkommenden Fälle in einem Maße abweicht, dass die Anwendung des Ausnahmestrafrahmens geboten erscheint.

828. BGH 5 StR 165/21 – Beschluss vom 22. Juni 2021 (LG Hamburg)

Einziehung eines Tatmittels bei nicht schuldhaft handelndem Angeklagten (Sicherungsverfahren; selbständiges Einziehungsverfahren).
§ 74 StGB; § 74b StGB; § 76a StGB; § 413 StPO; § 435 StPO

Hat der Angeklagte nicht schuldhaft gehandelt, lässt sich die Einziehung eines Tatmittels (hier: eines Messers) nicht auf § 74 Abs. 1 StGB stützen, sondern könnte nur Gegenstand einer selbstständigen Einziehung gemäß § 76a StGB iVm § 74b Abs. 1 Nr. 1 StGB sein. Eine solche ist jedoch nicht im Sicherungsverfahren nach § 413 StPO zulässig, in dem nur Maßregeln der Besserung und Sicherung angeordnet werden können. Vielmehr kommt die selbständige Einziehung eines Gegenstands nur im selbständigen Einziehungsverfahren gemäß § 435 Abs. 1 StPO in Betracht.

894. BGH 4 StR 522/20 – Urteil vom 29. April 2021 (LG Leipzig)

Entziehung der Fahrerlaubnis, Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis (Regelvermutung für die Ungeeignetheit des Täters zum Führen von Kraftfahrzeugen nach Verurteilung wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr).

§ 69 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 69 Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 69a Abs. 1 Satz 3 StGB; § 316 Abs. 1, 2 StGB

Hat das Landgericht, obwohl es den Angeklagten wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr verurteilt hat, zu einer Maßregelverordnung nach § 69, § 69a StGB keine Ausführungen gemacht, stellt dies einen Erörterungsmangel dar. Nach § 69 Abs. 2 Nr. 2 StGB begründet die Begehung einer Straftat nach § 316 StGB eine Regelvermutung für die Ungeeignetheit des Täters zum Führen von Kraftfahrzeugen im Sinne des § 69 Abs. 1 Satz 1 StGB mit der Folge der Entziehung der Fahrerlaubnis oder, wenn der Täter keine Fahrerlaubnis hat, einer isolierten Sperre nach § 69a Abs. 1 Satz 3 StGB.

767. BGH 4 StR 503/20 – Beschluss vom 9. Juni 2021 (LG Hagen)

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Erlangen: faktische oder wirtschaftliche Mitverfügungsgewalt über Erlangtes; Betäubungsmittelgeschäfte).

§ 73 Abs. 1 StGB

1. Es genügt für das Erlangen im Sinne des § 73 Abs. 1 StGB, dass ein Tatbeteiligter in irgendeiner Phase der Tatbestandsverwirklichung die faktische oder wirtschaftliche Mitverfügungsgewalt über das Erlangte innehat.

2. Bei Betäubungsmittelgeschäften ist es daher nicht erforderlich, dass der Tatbeteiligte an der Übergabe des Kaufpreises für die gehandelten Drogen selbst beteiligt ist. Ausreichend ist, wenn er anschließend ungehinderten Zugriff auf das übergebene Geld nehmen kann. Die bloße Annahme mittäterschaftlichen Handelns vermag die fehlende Darlegung des tatsächlichen Geschehens hierzu nicht zu ersetzen.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

870. BGH 6 BGs 19/21 – Beschluss vom 29. April 2021 (Ermittlungsrichter)

Zurückstellung der Benachrichtigung bei verdeckten Maßnahmen (Gefährdung des Untersuchungszwecks: mehrere verdeckte Untersuchungshandlungen; Abwägung: sachgrundloser längerer Verfahrensstillstand, Gewichtung der Belange des Betroffenen mit zunehmender Dauer der Zurückstellung); fehlende polizeiliche Ressourcen im von der Staatsanwaltschaft geführten Ermittlungsverfahren (Priorisierung zwischen Ermittlungsverfahren: Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft; Anzeigepflicht der Ermittlungspersonen); Weisungsrecht der Staatsanwaltschaft gegenüber den Ermittlungspersonen.

§ 101 Abs. 6 StPO; § 101 Abs. 5 StPO; § 161 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163 StPO; § 152 GVG

1. Zu den Voraussetzungen der Zurückstellung der Benachrichtigung gem. § 101 Abs. 5 StPO wegen einer Gefährdung des Untersuchungszwecks.

2. Es kann aus Gründen fehlender Ressourcen eine Priorisierung unter den zeitgleich von der Staatsanwaltschaft geführten Ermittlungsverfahren geboten und eine hierdurch eintretende Verzögerung in der Sachbehandlung einzelner, aus Sicht der Staatsanwaltschaft weniger bedeutsamer oder weniger dringender Verfahren erforderlich sein. Gerade auch um eine gerichtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung zu ermöglichen, ist aber diese staatsanwaltschaftliche Entschließung einerseits und sind die

ihr zugrunde liegenden Erwägungen andererseits aktenkundig zu machen.

3. Der Staatsanwaltschaft steht gegenüber den von ihr mit den konkreten Ermittlungen betrauten Ermittlungspersonen, verstanden als Organe der Staatsanwaltschaft, ein uneingeschränktes Weisungsrecht in Bezug auf ihre auf die Sachverhaltserforschung gerichtete strafverfolgende Tätigkeit sowie in diesem Rahmen das Weisungsrecht eines Dienstvorgesetzten zu. Selbständig handeln die Beamten der Polizei im Rahmen ihrer repressiven Tätigkeit nur dann, wenn ihnen durch das Gesetz ausnahmsweise entsprechende Befugnisse eingeräumt sind. Weisungen des polizeilichen Dienstvorgesetzten sind unzulässig, wenn sie in Konkurrenz mit Anordnungen der zuständigen Staatsanwaltschaft treten.

4. Sind die Ressourcen der beauftragten Polizeidienststelle für die Erfüllung sämtlicher bei ihr anhängiger Ermittlungsverfahren unzureichend, haben die Ermittlungspersonen dies der Staatsanwaltschaft unverzüglich anzuzeigen. Allein der Staatsanwaltschaft ist als „Herrin des Ermittlungsverfahrens“ die dann möglicherweise erforderliche Priorisierung zwischen ihren verschiedenen Verfahren überantwortet. Würden der Polizei Ermittlungsaufgaben durch unterschiedliche Staatsanwaltschaften übertragen, kann eine solche Priorisierung nur im Wege der Abstimmung sämtlicher betroffener Staatsanwaltschaften erfolgen.

871. BGH 6 BGs 95/20 – Beschluss vom 19. August 2020 (Ermittlungsrichter)

Vorermittlungsverfahren (fehlende Statthaftigkeit richterlicher Untersuchungshandlungen; Abgrenzung zum bereits eingeleiteten Ermittlungsverfahren).

§ 162 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 152 StPO

1. Vorermittlungen, die zu dem Zwecke der Abklärung geführt werden, ob ein bekannter Sachverhalt in tatsächlicher Hinsicht bereits ausreicht, um einen Anfangsverdacht zu bejahen, erweisen sich nicht als Teil des gesetzlichen Ermittlungsverfahrens, so dass bei diesen keine richterlichen Untersuchungshandlungen – gar mit Zwangs- oder Eingriffscharakter – statthaft sind.

2. Zwar ist die registerrechtliche Sachbehandlung für die Bewertung, ob die ermittelnde Staatsanwaltschaft bereits zureichende Anhaltspunkte im Sinne von § 152 StPO besitzt, für sich grundsätzlich ohne Aussagekraft für die Abgrenzung von Vorermittlungen und bereits eingeleitetem Ermittlungsverfahren. Anderes muss allerdings dann gelten, wenn die Anklagebehörde ihren Antrag ausdrücklich als Vorermittlungsverfahren deklariert und damit kundgibt, aus ihrer Sicht kein Ermittlungsverfahren zu betreiben. In diesen Fällen steht es dem Ermittlungsrichter – unabhängig von der Tatverdachtsbewertung (§ 152 Abs. 2 StPO) – nicht zu, seinerseits das Verfahren formal als Ermittlungsverfahren zu betreiben und damit die notwendigen Voraussetzungen für die Untersuchungshandlungen nach § 162 StPO erst zu schaffen.

856. BGH 2 BGs 254/21 – Beschluss vom 4. Juni 2021 (Ermittlungsrichter)

Entscheidung über die Bestellung eines Pflichtverteidigers (Bestellung von Amts wegen); Zeitpunkt der Bestellung eines Pflichtverteidigers (Unterbringung in einer Anstalt auf Grund einer richterlichen Anordnung: Beurlaubung oder Unterbringung in gelockerter Form; mangelnde Verteidigungsfähigkeit); unvollständige Belehrung.

§ 142 Abs. 3 StPO; § 141 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StPO; § 141 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 5 StPO

1. Eines ausdrücklichen Antrags, etwa auch der Staatsanwaltschaft, der die gerichtliche Entscheidung nach § 142 Abs. 3 StPO erst erwirkt, bedarf es nach Inkrafttreten des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung für die gerichtliche Bestellung nicht mehr. Dies gilt nicht nur für Fälle, in denen bereits Anklage erhoben worden und die Verfahrensherrschaft auf das angerufene Gericht übergegangen ist (§ 142 Abs. 3 Nr. 2 i.V.m. § 141 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 StPO), sondern gerade auch für ermittelungsrichterliche Entscheidungen im Vorverfahren.

2. Eine Beurlaubung oder Unterbringung in gelockerter Form nach § 26 NPsychKG ändert nichts an der Unterbringung des Beschuldigten in einer Anstalt aufgrund richterlicher Anordnung im Sinne des § 141 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StPO. Eine solche – zeitlich freilich begrenzte – ärztliche Einschätzung und Modifikation der Unterbringung mag zwar eine gerichtliche Entscheidung über die Aussetzung der Vollziehung der gerichtlichen Unterbrin-

gungsanordnung oder über die gerichtliche Entlassung des Betroffenen vorbereiten, veranlassen oder begründen, nicht aber die richterliche Entscheidung über den Vollzug der Freiheitsentziehung zu suspendieren oder gar aufzuheben. Dies ist allein richterliche Aufgabe.

3. Maßgeblich für die Verteidigungsfähigkeit des Beschuldigten im Sinne des § 141 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 sind seine geistigen Fähigkeiten, sein Gesundheitszustand und die weiteren konkreten Umstände des Einzelfalles, namentlich das Gewicht des Tatvorwurfs und die damit drohende strafrechtliche Sanktion und etwaige Verständigungsschwierigkeiten bei Ausländern. Der Beiordnungsgrund ist bereits dann anzunehmen, wenn tatsächengestützte Zweifel an der Verteidigungsfähigkeit bestehen, wobei ein Anhaltspunkt dafür auch unverständliches oder gar widersprüchliches Prozessverhalten sein kann.

857. BGH 2 BGs 468/20 – Beschluss vom 9. Juli 2020 (Ermittlungsrichter)

Telekommunikationsüberwachung (Anwendung auf internetbasierte Chat- und Messaging-Dienste: „WhatsApp“, richterliche Entscheidung über die Verhältnismäßigkeit); Beschlagnahmeverbot (Angehörigenverhältnis; Verzicht: Einwilligungserklärung, unvollständige Tatsachengrundlage); Belehrungspflichten bei der Zeugenvernehmung; eigenverantwortliche Prüfung des Ermittlungsrichters (Entscheidung auf Vorlage einzelner schriftlicher Antragsunterlagen; Unvollständigkeit der staatsanwaltschaftlich ausgewählten Teile der Ermittlungsakte: Verlust der erlangten Beweismittel, fortan grundsätzliche Vorlage der gesamten Ermittlungsakte).

Art. 10 GG; Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG; § 100a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 97 StPO; § 163 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 52 Abs. 3 StPO; § 162 StPO

1. Zu den Voraussetzungen der Überwachung der Kommunikation über einen internetbasierten Instant-Messaging-Dienst („WhatsApp“).

2. Der in verschiedenen Vorschriften des Strafverfahrens garantierte Schutz eines Angehörigenverhältnisses zählt in seinem Kernbestand zu den rechtsstaatlich unverzichtbaren Erfordernissen eines fairen Verfahrens.

3. Grundsätzlich kann der zeugnisverweigerungsberechtigte Gewahrsamsinhaber auf das Beschlagnahme- und Verwertungsverbot aus § 97 Abs. 1 StPO verzichten. Denn das Verbot ist eine Folge seines Zeugnisverweigerungsrechts, über dessen Ausübung er entscheiden kann.

4. Allein dem angerufenen Richter obliegt vom Zeitpunkt seiner Befassung an die Entscheidung, in welcher Form und in welchem Umfang ihm die Entscheidungsgrundlagen vermittelt werden. Zur eigenverantwortlichen gerichtlichen Prüfung bedarf es nicht stets der Vorlage der gesamten Ermittlungsakten in Papierform. Ist der Verfahrenssachverhalt etwa bereits durch eine kurz zuvor erfolgte umfassende gerichtliche Prüfung bekannt und seither nach eigenständiger Prüfung der Staatsanwaltschaft kein bedeutsames Beweismaterial angefallen oder die Sache besonders eilbedürftig, kann auch auf Vorlage

einzelner schriftlicher Antragsunterlagen entschieden werden.

5. Schließt die Staatsanwaltschaft in diesen Konstellationen ihrem Antrag auf Anordnung einer gerichtlichen Untersuchungshandlung (§ 162 StPO) nur ausgewählte Teile der Ermittlungsakten bei, so erklärt sie hierdurch zugleich, dass diese Auswahl nach ihrer eigenverantwortlichen Prüfung sämtliche bis zum Zeitpunkt der Antragsstellung angefallenen maßgeblichen Ermittlungsergebnisse enthält. Anderenfalls blieben Zweifel an der Vollständigkeit der gerichtlichen Entscheidungsgrundlage, die mit dem – von Verfassungen wegen – gebotenen präventiven Rechtsschutz durch den Ermittlungsrichter unvereinbar wären.

6. Erweist sich später, dass die von der Staatsanwaltschaft vorgenommene Auswahl entgegen einer solcherart abgegebenen Vollständigkeitserklärung für die Entscheidung der konkreten gerichtlichen Untersuchungshandlung unvollständig war, so kann dies im Einzelfall den Verlust der hierdurch erlangten Beweismittel besorgen lassen.

7. In diesen Verfahrenskonstellationen besteht grundsätzlich kein Raum mehr, auch fortan weitere ermittlungsrichterliche Anordnungen lediglich auf der Grundlage einer staatsanwaltschaftlichen Auswahl von Ermittlungsergebnissen zu erwirken. Der angerufene Ermittlungsrichter wird in dem betroffenen Verfahren nämlich nicht mehr davon ausgehen können, dass zukünftig zusammengestellte Aktenteile alle aktuellen und maßgebenden Ermittlungsergebnisse enthalten. Deshalb ist jedenfalls von diesem Zeitpunkt an grundsätzlich die Vorlage der gesamten Ermittlungsakte zur Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen der beantragten gerichtlichen Untersuchungshandlungen erforderlich.

823. BGH 5 StR 67/21 – Beschluss vom 24. Juni 2021 (LG Berlin)

Verwertbarkeit einer ohne Anwesenheit des Angeklagten durchgeführten ermittlungsrichterlichen Vernehmung zu einem Thema der laufenden Hauptverhandlung (Zuständigkeit; Eilbedürftigkeit; Nachermittlung zur Sache durch die Staatsanwaltschaft; qualifizierte Belehrung; Verwertungsverbot); Konfrontationsrecht.

§ 162 StPO; § 168c StPO; Art. 6 Abs. 1 und 3 lit. d EMRK

1. Die ermittlungsrichterliche Vernehmung zu einem Thema der bereits laufenden Hauptverhandlung kann insbesondere bei gegebener Eilbedürftigkeit zulässig sein. Gerade in Fällen von häuslicher Gewalt gegen die Zeugin ist eine Aussagebereitschaft häufig nur situativ vorhanden, was schnelles Handeln unter Einschaltung des Ermittlungsrichters zur Beweissicherung erfordern kann.

2. Wegen eines Verstoßes gegen § 168c StPO fehlerhaft zustande gekommene richterliche Vernehmungen – hier beim Ermittlungsrichter – dürfen als nichtrichterliche Vernehmung in die Hauptverhandlung eingeführt werden. Dabei ist – unter Beachtung der §§ 250 ff. StPO – nicht nur die Verlesung derartiger Vernehmungsprotokol-

le möglich, sondern erst recht können Vernehmungspersonen über den Inhalt der Vernehmung als Zeugen gehört werden. Nichts anderes gilt für die Vernehmung der Aussageperson selbst, sofern sie als Zeugin über den Inhalt ihrer früheren Vernehmung berichtet.

834. BGH 5 StR 377/20 – Urteil vom 10. Juni 2021 (LG Dresden)

Verwertbarkeit von Erkenntnissen einer gefahrenabwehrrechtlich zulässigen Durchsuchung im Strafverfahren (Gemengelage; doppel funktionale Maßnahme; kein Vorrangverhältnis zwischen Strafprozessordnung und Gefahrenabwehrrecht; rechtsmissbräuchliche Umgehung der strafprozessualen Anordnungsvoraussetzungen); Beweiswürdigung (Überzeugungsbildung; Indiztatsachen; Gesamtwürdigung).

§ 103 StPO; § 161 StPO; § 163 StPO; § 261 StPO

1. Es besteht weder ein allgemeiner Vorrang der Strafprozessordnung gegenüber dem Gefahrenabwehrrecht noch umgekehrt ein solcher des Gefahrenabwehrrechts gegenüber der Strafprozessordnung. Auch bei Vorliegen eines Anfangsverdachts einer Straftat ist ein Rückgriff auf präventivpolizeiliche Ermächtigungsgrundlagen rechtlich möglich. Insbesondere bei sogenannten Gemengelagen, in denen die Polizei sowohl repressiv als auch präventiv handeln kann und will, bleiben strafprozessuale und gefahrenabwehrrechtliche Maßnahmen grundsätzlich nebeneinander anwendbar.

2. Erkenntnisse aus einer gefahrenabwehrrechtlich zulässigen Durchsuchung können auch im Strafverfahren verwendet werden. Etwas Anderes gilt ausnahmsweise dann, wenn die Voraussetzungen einer rechtsmissbräuchlichen Umgehung der strafprozessualen Anordnungsvoraussetzungen unter dem Deckmantel einer tatsächlich nicht bezweckten Gefahrenabwehr gegeben sind.

3. Die tatrichterliche Beweiswürdigung ist sachlich-rechtlich fehlerhaft, wenn sich das Tatgericht darauf beschränkt, die einzelnen Belastungsindizien gesondert zu erörtern und auf ihren jeweiligen Beweiswert zu prüfen, ohne eine Gesamtabwägung aller für und gegen die Täterschaft sprechenden Umstände vorzunehmen. Erst eine solche Gesamtwürdigung entscheidet letztlich darüber, ob das Gericht die Überzeugung von der Schuld des Angeklagten und den sie tragenden Feststellungen gewinnt.

4. Auch wenn keine der Indiztatsachen für sich allein zum Nachweis der Täterschaft des Angeklagten ausreichen würde, besteht die Möglichkeit, dass sie in ihrer Gesamtschau dem Tatgericht die entsprechende Überzeugung vermitteln. Beweisanzeichen können nämlich wegen ihrer Häufung und gegenseitigen Durchdringung die Überzeugung von der Richtigkeit eines Vorwurfs begründen. Der Beweiswert einzelner Indizien ergibt sich zudem regelmäßig erst aus dem Zusammenhang mit anderen Indizien, weshalb der Inbezugsetzung der Indizien zueinander im Rahmen der Gesamtwürdigung besonderes Gewicht zukommt.

841. BGH StB 24/21 – Beschluss vom 15. Juni 2021 (OLG Celle)

Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen Pflichtverteidiger und Angeklagtem (verständiger Angeklagter; Kontakt zu inhaftiertem Mandanten; Meinungsverschiedenheiten; Pflichtverletzung).

§ 143a Abs. 2 StPO

1. Eine Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen dem Pflichtverteidiger und dem Angeklagten i.S.d. § 143a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 Var. 1 StPO ist aus Sicht eines verständigen Angeklagten zu beurteilen und von diesem oder seinem Verteidiger substantiiert darzulegen. Insofern kann zwar von Bedeutung sein, wenn ein Pflichtverteidiger zu seinem inhaftierten Mandanten über einen längeren Zeitraum überhaupt nicht in Verbindung tritt. Allerdings liegt es grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen des Verteidigers, in welchem Umfang und auf welche Weise er mit dem Beschuldigten Kontakt hält. Die unverzichtbaren Mindeststandards müssen jedenfalls gewahrt sein.

2. Bloße Differenzen zwischen dem Pflichtverteidiger und dem Angeklagten über die Verteidigungsstrategie rechtfertigen für sich genommen die Entpflichtung nicht. Etwas Anderes kann mit der Folge einer endgültigen und nachhaltigen Erschütterung des Vertrauensverhältnisses allenfalls gelten, wenn solche Meinungsverschiedenheiten über das grundlegende Verteidigungskonzept nicht behoben werden können und der Verteidiger sich etwa wegen der Ablehnung seines Rats außerstande erklärt, die Verteidigung des Angeklagten sachgemäß zu führen.

842. BGH StB 25 und 26/21 – Beschluss vom 16. Juni 2021 (OLG Düsseldorf)

Geschäftsverteilungsplan (gesetzlicher Richter; generell-abstrakte Regelung; pflichtgemäßes Ermessen; Willkürkontrolle; Turnus- oder Rotationsprinzip; Missbrauchsgefahr; Staatsschutzsachen; Evokationsbefugnis des Generalbundesanwalts).

Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; § 21e GVG; § 222b StPO

1. Eine Regelung im Geschäftsverteilungsplan, bei der die Zuständigkeit der Spruchkörper mit dem Kriterium der zeitlichen Reihenfolge des Eingangs beim Gericht verknüpft wird (sog. sogenanntes Turnus- oder Rotationsprinzip), genügt grundsätzlich den aus Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG folgenden Anforderungen an eine generell-abstrakte Regelung der Geschäftsverteilung.

2. Zwar ist das Turnussystem nicht völlig frei von der Möglichkeit missbräuchlicher Eingriffe; eine Verteilung, die schlechthin jeden potentiellen Einfluss ausschließt und dennoch praktikabel ist, ist allerdings kaum vorstellbar. Den Erfordernissen des Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG ist deshalb Genüge getan, wenn sachfremde Einflüsse der Justizverwaltung oder der Staatsanwaltschaft nach dem Verteilungsmodus nicht ernsthaft zu befürchten sind. Denn allein die abstrakte Möglichkeit eines Missbrauchs macht eine Geschäftsverteilung weder verfassungs- noch gesetzeswidrig.

3. Staatsschutzverfahren erfordern regelmäßig einen hohen zeitlichen Aufwand in der richterlichen Bearbeitung. Eine generell-abstrakte Verteilung der Sachen nicht nach dem Turnusprinzip, sondern nach anderen

Kriterien, etwa dem Anfangsbuchstaben des Namens des ältesten Angeklagten, birgt in diesen Fällen die Gefahr der ungleichmäßigen Beanspruchung der Spruchkörper, der damit einhergehenden Überlastung einzelner von ihnen und der notwendigen unterjährigen Änderung der Geschäftsverteilung. Das Turnusprinzip stellt dagegen den generell-abstrakten Verteilungsmodus dar, der bestmöglich die gleichmäßige Zuweisung der Geschäfte gewährleistet. Auch die Einrichtung eines speziellen Turnus für Verfahren, in denen der Generalbundesanwalt die Anklage erhebt, kann insofern sachgerecht sein.

4. Es liegt im pflichtgemäßen Ermessen eines Gerichtspräsidiums, nach welchem System es die Geschäfte verteilt. Zwischen verschiedenen Möglichkeiten der generell-abstrakten Verteilung der Verfahren kann es auswählen. Ziel muss es sein, für eine optimale Erledigung der anfallenden Rechtsprechungsaufgaben zu sorgen und die Effizienz des Geschäftsablaufs zu gewährleisten. Die Geschäfte sind möglichst gleichmäßig zu verteilen, um unterjährigen Änderungen (§ 21e Abs. 3 GVG) wegen Überlastung eines Spruchkörpers von vornherein vorzubeugen.

5. Soweit das Präsidium die richterlichen Aufgaben im pflichtgemäßen Ermessen verteilt, ist ihm ein weiterer Einschätzungs- und Prognosespielraum eingeräumt. Dieser ist erst überschritten, wenn für die Entscheidungen kein sachlicher Grund ersichtlich ist und die Verteilung der Geschäfte maßgeblich durch sachfremde Erwägungen geprägt, also die Grenze zur objektiven Willkür überschritten ist. Ein Jahresgeschäftsverteilungsplan ist insoweit nur einer beschränkten gerichtlichen Kontrolle zugänglich, die sich nicht darauf zu erstrecken hat, ob sich die getroffene Regelung als die zweckmäßigste darstellt oder sich bessere Alternativen angeboten hätten (vgl. demgegenüber zum Prüfungsmaßstab in Fällen der unterjährigen Änderung eines Geschäftsverteilungsplans nach § 21e Abs. 3 Satz 1 GVG zuletzt BGH HRRS 2021 Nr. 666).

854. BGH 2 StR 452/20 – Beschluss vom 12. Mai 2021 (LG Aachen)

Zuständigkeitsänderung vor der Hauptverhandlung (Verweisung der Sache an das zuständige Gericht bei fehlendem Übernahmeschluss); Einziehung von Tatmitteln (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte; mitgeführte Waffe); verminderte Schuldfähigkeit (Beweiswürdigung); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 225a Abs. 1 Satz 2 StPO; § 74 StGB; § 113 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

1. Das Fehlen eines wirksamen, den Anforderungen des § 225a Abs. 1 Satz 2 StPO entsprechenden schriftlichen Übernahmeschlusses führt nicht zu einer Einstellung des Verfahrens, sondern zu einer Verweisung der Sache an das zuständige Gericht.

2. Der besonders schwere Fall des Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte im Sinne von § 113 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB setzt nicht (mehr) voraus, dass der Täter die Waffe verwendet oder in Verwendungsabsicht bei sich

führt, allein das Mitführen der Waffe macht diese aber nicht zum Tatmittel im Sinne des § 74 StGB.

898. BGH 4 StR 597/19 – Beschluss vom 9. November 2020 (LG Detmold)

Durchbrechung der Rechtskraft (keine Aufhebung eines lediglich versehentlich auf einer unzutreffenden tatsächlichen Grundlage ergangenen Senatsbeschlusses).

§ 349 Abs. 2, 4 und 5 StPO; § 356a StPO

1. Zur Ablehnung einer ausnahmsweisen Durchbrechung der formellen bzw. materiellen Rechtskraft einer Revisionsentscheidung, wenn eine Senatsentscheidung zwar auf einer tatsächlich falschen Grundlage ergangen ist, dies aber nicht Folge einer unvollständigen oder falschen Aktenlage war, sondern auf einem Versehen beruhte.

2. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs können Entscheidungen des Revisionsgerichts grundsätzlich weder aufgehoben noch abgeändert werden. Das gilt nicht nur für nach § 349 Abs. 2 StPO ergangene Beschlüsse über die Verwerfung der Revision, durch die das Verfahren wie durch ein Verwerfungsurteil nach § 349 Abs. 5 StPO rechtskräftig abgeschlossen wird, sondern auch für einen nach § 349 Abs. 4 StPO gefassten Beschluss, mit dem die Sache zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Tatgericht zurückverwiesen wird und der deshalb lediglich formelle Rechtskraft erlangt. Ein Bedürfnis der Rechtspflege und der Allgemeinheit nach Rechtssicherheit verbietet es auch im Revisionsverfahren, einen Eingriff in die Rechtskraft einer gerichtlichen Sachentscheidung zuzulassen, es sei denn, die Voraussetzungen der speziell für diesen Verfahrensabschnitt geltenden Ausnahmevorschrift des § 356a StPO wären erfüllt, wonach die Entscheidung des Revisionsgerichts unter Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör zustande gekommen ist.

3. Die Rechtsprechung hat eine Korrektur einer formell bzw. materiell rechtskräftigen Revisionsentscheidung nur in eng begrenzten Ausnahmefällen zugelassen (bei irrtümlicher Annahme der Mitwirkung eines funktionell unzuständigen Urkundsbeamten bei Anbringung der Revisionsanträge; bei fehlender Kenntnis des Revisionsgerichts von der Revisionsrücknahme und der Entscheidung des Landgerichts über die Kostenfolge, die den dem Revisionsssenat vorgelegten Akten nicht beigelegt waren; bei Verursachung des Irrtums des Revisionsgerichts über ein Verfahrenshindernis durch eine dem Angeklagten zuzurechnende Täuschung; zur Verfahrenseinstellung nach nachträglich bekannt gewordenem Tod des Beschwerdeführers).

901. BGH 4 StR 654/19 – Beschluss vom 17. Mai 2021

Verteidigerwechsel (Aufhebung der Bestellung eines Pflichtverteidigers: endgültige Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zwischen Verteidiger und Beschuldigtem).

§ 143a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 StPO

1. Die Bestellung eines Pflichtverteidigers ist nur aufzuheben, wenn das Vertrauensverhältnis zwischen Verteidi-

ger und Beschuldigten endgültig zerstört ist oder aus einem sonstigen Grund keine angemessene Verteidigung des Beschuldigten gewährleistet ist. Eine ernsthafte Störung des Vertrauensverhältnisses muss der Angeklagte substantiiert darlegen. Pauschale, nicht näher belegte Vorwürfe rechtfertigen eine Entpflichtung nicht. Ein wichtiger Grund wird eher fernliegen oder gar ausgeschlossen sein, wenn die Zerstörung des Vertrauensverhältnisses vom Beschuldigten schuldhaft herbeigeführt wurde.

2. Die Möglichkeit, die Organe der Justiz unter Einschluss des Pflichtverteidigers zu verunglimpfen und diesen mit offensichtlich unbegründeten Forderungen gerichtlich zu verfolgen, steht jedem Angeklagten faktisch unbegrenzt zur Verfügung. Könnte er damit die Auswechslung eines Verteidigers erzwingen, könnte er ein Verfahren ohne sachlichen Grund nahezu beliebig verzögern und blockieren.

897. BGH 4 StR 550/20 – Beschluss vom 26. Mai 2021 (LG Detmold)

Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes oder der Sachlage (Ausschluss der Annahme einer anderweitigen Verteidigungsmöglichkeit).

§ 265 Abs. 1 StPO

Die Annahme einer anderweitigen Verteidigungsmöglichkeit kann im Einzelfall ausgeschlossen sein, wenn der unter Verletzung der Hinweispflicht ausgeurteilte Tatbestand von dem in der unverändert zugelassenen Anklage dem Angeklagten zur Last gelegten Tatbestand mit umfasst war und beide insoweit denselben Tatvorwurf betreffen.

877. BGH 2 StR 383/20 – Beschluss vom 30. März 2021 (LG Frankfurt am Main)

Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten (Verstoß gegen die Belehrungspflicht; Beruhen des Urteils auf diesem Verstoß: Ursächlichkeit des Belehrungsfehlers für das Geständnis).

§ 257c StPO; § 337 Abs. 1 StPO

1. Eine Verständigung ist regelmäßig nur dann mit dem Grundsatz des fairen Verfahrens zu vereinbaren, wenn der Angeklagte vor ihrem Zustandekommen nach § 257c Abs. 5 StPO über deren nur eingeschränkte Bindungswirkung für das Gericht belehrt worden ist.

2. Zur Ursächlichkeit des Belehrungsfehlers für das Geständnis in dem Fall, dass die Angeklagten noch vor Abgabe ihrer Geständnisse belehrt worden sind.

859. BGH 2 BGs 645/20 – Beschluss vom 28. August 2020 (Ermittlungsrichter)

Durchsetzung der Aussage- und Erscheinungspflicht eines Zeugen durch die Staatsanwaltschaft (Zwangsmittel; Annexkompetenz bei dem Ausbleiben eines Zeugen: Richtervorbehalt, Ordnungs- und Erzwingungshaft, Anordnung der zwangsweisen Öffnung und des Betretens einer Wohnung, Ergänzung einer staatsanwaltschaftlich angeordneten Vorführung).

Art. 104 Abs. 2 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 51 Abs. 1 Satz 3 StPO

1. Es obliegt im Vorverfahren grundsätzlich der Staatsanwaltschaft, die auf ihrem Auftrag und auf einer wirklichen polizeilichen Ladung beruhende Aussage- und Erscheinungspflicht eines Zeugen durchzusetzen. Hierzu stehen ihr nach § 163 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4 Satz 1 Nr. 4 Hs. 1 StPO grundsätzlich die Zwangsmittel nach §§ 51, 70 StPO zur Verfügung. Die Staatsanwaltschaft kann daher die zwangsweise Vorführung eines Zeugen selbst anordnen und vollstrecken; die damit verbundene Freiheitsbeschränkung erweist sich nicht als eine nach Art. 104 Abs. 2 Satz 1 GG nur dem Richter vorbehaltene Freiheitsentziehung, sondern darf auch durch eine Behörde angeordnet werden, wenn dies gesetzlich für zulässig erklärt worden ist.

2. Soll zur Durchsetzung von Aussage- und Erscheinungspflicht im Wege einer zwangsweisen Vorführung (§ 51 Abs. 1 Satz 3 StPO) in Rechtspositionen des Zeugen eingegriffen werden, die von Verfassungen wegen dem Richter vorbehalten sind, so ist für die Anordnung eines solchen – von der Norm als Annexkompetenz erfassten – Zwangsmittels der Ermittlungsrichter zuständig (§ 162 StPO).

3. Dies gilt etwa mit Blick auf Art. 104 Abs. 2 GG für die Anordnung von Ordnungs- oder Erzwingungshaft und wegen Art. 13 Abs. 2 GG auch für die zur Vollstreckung einer zwangsweisen Vorführung gegebenenfalls notwendige Gestattung des Öffnens und Betretens einer Wohnung.

4. Eine auf die Annexkompetenz des § 51 Abs. 1 Satz 3 StPO gestützte richterliche Anordnung der zwangsweisen Öffnung und des Betretens der Wohnung des Zeugen kann auch eine staatsanwaltschaftlich angeordnete Vorführung zu ihren Ermittlungspersonen nach § 163 Abs. 3 StPO ergänzen.

858. BGH 2 BGs 619/20 – Beschluss vom 14. September 2020 (Ermittlungsrichter)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Fristveräumung (Statthaftigkeit bei einem Verteidigerwechsel); Verteidigerwechsel (Frist: keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; zeitliche Beschränkung).
§ 44 StPO; § 143a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 StPO

1. In die Erklärungsfrist des § 143a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 StPO findet eine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand nach Maßgabe des § 44 Satz 1 StPO nicht statt.

2. An der zeitlich uneingeschränkten prozessualen Befugnis, einen Verteidigerwechsel zu erwirken, ändern auch die Maßgaben des Gesetzes zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung vom 10. Dezember 2019 (BGBl. I S. 2128) nichts. Allein eine auf § 143a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 StPO gestützte Auswechslung ist nach dem gesetzgeberischen Willen zeitlich beschränkt möglich; alle anderen geregelten Gründe für den Verteidigerwechsel bestehen unbeschadet dessen fort.

786. BGH 1 StR 314/20 – Beschluss vom 7. Juni 2021 (LG Frankfurt a. M.)

Unterbrechung der Verjährung (Unterbrechungswirkung eines Durchsuchungsbeschlusses für mehrere Einzeltaten); Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Verjährungsbeginn).
§ 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB; § 266a Abs. 1 StGB;
§ 78a Satz 1 StGB

Insbesondere in Wirtschaftsstrafverfahren, die durch eine Tatserie geprägt sind, kann es zur durch einen Durchsuchungsbeschluss herbeigeführten Unterbrechungswirkung bezüglich mehrerer verfolgter prozessualer Taten ausreichen, wenn in einem frühen Ermittlungsstadium der Tatverdacht, dessen Einzelheiten die Ermittlungen noch klären müssen, weiter gefasst ist, die Einzeltaten aber unter zusammenfassenden kennzeichnenden Merkmalen bestimmbar sind. Für die Bestimmung des Verfolgungswillens der Strafverfolgungsorgane ist maßgeblich, was mit der jeweiligen richterlichen Handlung bezweckt wird.

821. BGH 5 StR 53/21 – Beschluss vom 22. Juni 2021 (LG Berlin)

Anforderungen an das Revisionsvorbringen (Erkundigungspflicht des neuen Verteidigers nach Verteidigerwechsel).
§ 344 Abs. 2 StPO

Wird die Revision nach einem Verteidigerwechsel mit behaupteten Rechtsverletzungen (hier: bzgl. § 257c StPO) begründet, für deren Vortrag es auf den Inhalt von Vier-Augen-Gesprächen zwischen dem vorigen Verteidiger und dritten Personen ankommt, trifft den neuen Verteidiger eine Erkundigungspflicht. Der Revisionsführer kann sich insofern regelmäßig nicht darauf berufen, dass ihm Vortrag zu solchen Vorgängen nicht möglich ist.

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

791. BGH GSSt 2/20 – Beschluss vom 20. Januar 2021 (LG München II)

BGHSt; Einziehung (kein Ermessen über die Anordnung der Einziehung von Wertersatz auch im Jugendstrafrecht).

§ 73 StGB, § 73c Satz 1 StGB; § 8 Abs. 3 Satz 1 JGG

Die Entscheidung über die Einziehung des Wertes von Taterträgen (§ 73c Satz 1 StGB) steht auch bei Anwendung

von Jugendstrafrecht nicht im Ermessen des Tatgerichts. (BGHSt)

781. BGH 1 StR 144/20 – Urteil vom 18. Mai 2021 (LG München II)

Untreue (Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht: grundsätzlich weiter Ermessenspielraum auch für Vorstand einer Sparkasse, Begrenzung durch das Sparsamkeitsgebot, Spenden, Geschenke an andere Vorstände und Aufsichtsratsmitglieder); Vorteilsannahme und -gewährung (Unrechtsvereinbarung; Gesamtbetrachtung)

§ 266 Abs. 1 StGB; § 331 Abs. 1 StGB; § 333 Abs. 1 StGB

1. Da der Vorstand einer Sparkasse ein selbständiges Wirtschaftsunternehmen leitet, ist ihm im Ausgangspunkt – insoweit nicht anders als der Geschäftsleitung eines privatwirtschaftlichen Unternehmens – ein weiter Beurteilungs- und Ermessenspielraum eröffnet, ohne den eine unternehmerische Tätigkeit nicht möglich ist (vgl. BGHSt 47, 187, 192). Eine strafrechtlich relevante Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht kommt u.a. erst dann in Betracht, wenn der Geschäftsleiter seine Entscheidungen nicht mehr am Unternehmenswohl ausrichtet. In der Regel wird erst unvertretbares Vorstandshandeln, bei dem sich ein Leitungsfehler aufdrängt, einen strafrechtlich bedeutsamen Pflichtverstöß begründen.

2. Ein solch weiter Handlungsspielraum steht der Geschäftsleitung grundsätzlich auch bei Unternehmensspenden zur Förderung von Kunst, Wissenschaft, mildtätigen (sozialen) Zwecken oder Sport zu, ohne dass der wirtschaftliche Nutzen (Werbung; Verbesserung der sozialen Akzeptanz [„good corporate citizen“]) im Einzelnen genau bestimmt werden könnte (vgl. BGHSt 47, 187, 192 ff.). Indes muss der Vorstand solche freiwilligen Vermögensopfer mit der Sorgfalt eines Treuhänders erbringen, der über Geld verfügt, das ihm nicht gehört, sondern der juristischen Person.

3. Ob die Geschäftsleitung durch eine Spende ihre Vermögensbetreuungspflicht gravierend verletzt, ist innerhalb einer Gesamtschau unter Abwägung folgender Gesichtspunkte zu bestimmen: fehlende Nähe zum Unternehmensgegenstand, Unangemessenheit im Hinblick auf die Ertrags- und Vermögenslage, fehlende innerbetriebliche Transparenz sowie sachwidrige Motive, namentlich Verfolgung rein persönlicher Präferenzen. Vornehmlich die Zielsetzung des unternehmerischen Einsatzes ist entscheidend.

4. Auch Sparkassen, die auf dem Gebiet der Daseinsvorsorge tätig sind, dürfen als im Wettbewerb stehende Wirtschaftsunternehmen grundsätzlich zur Förderung sozialer, mildtätiger oder gemeinnütziger Zwecke spenden, um für sich zu werben oder ihr Ansehen zu verbessern. Indes haben Sparkassenvorstände als „öffentliche Behörden“ bei Führung des „Kommunalunternehmens“ neben betriebswirtschaftlichen Grundsätzen zusätzlich zur Treuhand und zu ihrem öffentlichen Auftrag den Grundsatz der Sparsamkeit und Wirtschaftlichkeit zu

beachten, der als allgemeines Prinzip der Haushaltsführung für den gesamten öffentlichen Bereich gilt.

5. Das Sparsamkeitsgebot verhindert als äußerer Begrenzungsrahmen des bestehenden Entfaltungs- und Gestaltungsspielraums nur solche Maßnahmen, die mit den Grundsätzen vernünftigen Wirtschaftens schlicht unvereinbar sind (vgl. BGHSt 61, 48 und BGHSt 64, 246).

6. Bei Geschenken innerhalb des Organs „Vorstand“ bzw. gar an Mitglieder des Aufsichtsgremiums gilt im Falle einer Sparkasse jedoch ein wesentlich strengerer Maßstab: Nur in einem bescheidenen Rahmen sind eher geringwertige Aufmerksamkeiten aus Höflichkeit und Anstand anlässlich gesetzlicher Feiertage wie etwa Weihnachten oder besonderer Ereignisse wie etwa Jubiläen oder persönlicher Feiertage („runden Geburtstags“, Hochzeit) zulässig.

7. Ob eine (gelockerte) Unrechtsvereinbarung i.S.d. §§ 331, 333 StGB nachzuweisen ist, ist Tatfrage, die der wertenden Beurteilung des Tatgerichts durch eine Gesamtschau aller in Betracht kommenden Indizien unterliegt. Als mögliche Indizien für oder gegen das Ziel, mit dem Vorteil auf die künftige Dienstausübung Einfluss zu nehmen oder die vergangene Dienstausübung zu honorieren, fließen neben der Plausibilität einer anderen – behaupteten oder sonst in Betracht kommenden – Zielsetzung in die wertende Beurteilung namentlich ein: die Stellung des Amtsträgers und die Beziehung des Vorteilsgebers zu dessen dienstlichen Aufgaben (dienstliche Berührungspunkte), die Vorgehensweise bei dem Angebot, dem Versprechen oder dem Gewähren von Vorteilen (Heimlichkeit) sowie die Art, der Wert und die Zahl solcher Vorteile (vgl. BGHSt 53, 6 Rn. 30 ff.).

868. BGH 6 StR 334/20 – Beschluss vom 16. Juni 2021 (LG Potsdam)

Untreue (Pflichtverletzung: fehlende Transparenz der Entscheidung, eigenwirtschaftliche Ziele; Vermögensnachteil: Bestimmung des objektiven Wertes einer Immobilie); Strafverfolgungsverjährung (Unterbrechungswirkung: Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgebots, fehlende Ausführungen zu der Verhältnismäßigkeit in einem Durchsuchungsbeschluss); Ausschöpfungsrüge (Unzulässigkeit).

§ 266 StGB; § 78c StGB; § 261 StPO

1. Für die Bestimmung des objektiven Werts einer Immobilie ist die Feststellung ihres Verkehrswertes der zutreffende Ansatz. Dieser bemisst sich nach dem Preis, der im maßgebenden Zeitpunkt im gewöhnlichen Geschäftsverkehr nach den Eigenschaften, der sonstigen Beschaffenheit und Lage des Grundstücks ohne Rücksicht auf ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse zu erzielen wäre. Dazu kann ein Kaufpreis zugrunde gelegt werden, der für die Beschaffung eines gleichartig gelegenen und eingerichteten Grundstücks erforderlich wäre oder den ein Kaufbewerber, der ebenfalls einen solchen Betrieb führen will, dafür aufwenden würde.

2. Der Verkehrswert einer Immobilie kann regelmäßig nur annäherungsweise und nicht exakt im Sinne einer

mathematischen Genauigkeit ermittelt werden, so dass unterschiedliche Ergebnisse bei der Schätzung des Verkehrswertes in gewissen Toleranzen unvermeidbar sind.

3. Eine Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgebots zieht lediglich die verfahrensrechtliche Fehlerhaftigkeit des Beschlusses, nicht jedoch die für ein Entfallen der Unterbrechungswirkung nötige Unwirksamkeit nach sich. Dies gilt erst recht für insofern fehlende Ausführungen in einem Durchsuchungsbeschluss.

836. BGH 5 StR 481/20 – Beschluss vom 8. Juni 2021 (LG Itzehoe)

Vermögensnachteil bei der Untreue (wirtschaftlicher Vermögens-/Schadensbegriff; kein Schutz der Dispositionsfreiheit; Leistung auf nicht fällige Verbindlichkeit; rechtsgrundlose Zahlung).
§ 266 StGB

1. Die Leistung auf eine nicht fällige Forderung führt nicht ohne Weiteres zu einem Vermögensnachteil i.S.d. § 266 Abs. 1 StGB. Ein solcher kann sich zwar daraus ergeben, dass die vorzeitige Erfüllung einer Forderung mit messbaren wirtschaftlichen Nachteilen für den Schuldner verbunden ist. Insbesondere kann es einen Vermögensnachteil begründen, dass im Zeitpunkt der Zahlung ungewiss ist, ob die Gegenleistung erbracht werden wird und der Vermögensinhaber die ihn absichernde Einrede des nicht erfüllten Vertrages aufgibt. Jedoch sind in einem solchen Fall tragfähige Feststellungen zu den wirtschaftlichen Auswirkungen der tatgegenständlichen Zahlung bzw. zum Risiko der Vorauszahlung erforderlich.

2. Ein Vermögensnachteil kann durch die Erbringung einer rechtsgrundlosen Zahlung bewirkt werden, weil diese nicht zum Erlöschen einer wirksamen Forderung führt (vgl. BGH HRRS 2013 Nr. 185; siehe aber auch BGH HRRS 2019 Nr. 236). Dies kann naheliegen, wenn der Vertragspartner des möglichen Untreuetäters unter Missbrauch seiner Vertretungsmacht einen Vertrag infolge einer Bestechung schließt.

779. BGH 1 StR 127/21 – Beschluss vom 1. Juni 2021 (LG Bochum)

Steuerhinterziehung (Suspendierung der Strafbewehrung steuerlicher Erklärungspflichten durch Einleitung und Bekanntgabe eines Strafverfahrens für diesen Zeitraum; Kompensationsverbot); Strafaussetzung zur Bewährung (besondere Umstände nach Gesamtwürdigung von Tat und Persönlichkeit des Verurteilten: keine nachteilige Berücksichtigung zulässigen Verteidigungsverhaltens).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 4 Satz 3 AO; § 56 Abs. 2 Satz 1 StGB

1. Die Einleitung und Bekanntgabe eines Strafverfahrens suspendiert die Strafbewehrung steuerlicher Erklärungspflichten für die betroffenen Zeiträume. Insofern kommt lediglich eine Strafbarkeit wegen versuchter Steuerhinterziehung in Betracht.

2. Die Verneinung besonderer Umstände, die eine Aussetzung einer Freiheitsstrafe zur Bewährung nach § 56

Abs. 2 Satz 1 StGB erlauben würden, darf nicht auf das Bestreiten der Tat im Rahmen zulässigen Verteidigungsverhaltens gestützt werden.

789. BGH 1 StR 521/20 – Beschluss vom 11. März 2021 (LG Kassel)

Steuerhinterziehung (zulässige Schätzung der Höhe der hinterzogenen Steuer: grundsätzlich zulässige Schätzungsmethode anhand von Rohgewinnaufschlagsätzen, erforderliche Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls).

§ 370 Abs. 1 AO; § 261 StPO; § 267 Abs. 2 Satz 1 StPO

1. Ist bei einer Steuerhinterziehung eine konkrete Berechnung der vom Täter erzielten Umsätze und Gewinne nicht möglich und kommen ausgehend von der vorhandenen Tatsachenbasis andere Schätzungsmethoden nicht in Betracht, darf der Tatrichter die Besteuerungsgrundlagen auch unter Heranziehung der Richtsätze für Rohgewinnaufschläge aus der Richtsatzsammlung des Bundesministeriums der Finanzen pauschal schätzen. Dabei muss er aber beachten, dass es sich bei der Anwendung der Richtsätze um ein eher grobes Schätzungsverfahren handelt, zumal dem äußeren Betriebsvergleich schon im Allgemeinen ein starkes Unsicherheitsmoment anhaftet, da kaum ein Betrieb dem anderen gleicht, und zudem bei der Ermittlung der Richtsätze für steuerliche Zwecke jeweils etwa zehn Prozent der Betriebe mit den im Vergleich zum Durchschnitt höchsten und niedrigsten Gewinnsätzen herausgefiltert werden.

2. Auch bei dieser Schätzungsmethode müssen deshalb die festgestellten Umstände des Einzelfalls in den Blick genommen werden. Gerade weil die in der Richtsatzsammlung enthaltenen Rohgewinnaufschlagsätze auf bundesweite Prüfungsergebnisse zurückgehen, muss der Tatrichter bei Anwendung der Richtsatzsammlung für die Schätzung im Strafprozess erkennen lassen, dass er die örtlichen Verhältnisse und – soweit vorhanden – die Besonderheiten des jeweiligen Gewerbebetriebes berücksichtigt hat.

3. Dies hat zur Folge, dass sich der Tatrichter bei der Beweiswürdigung zum Rohgewinnaufschlagsatz zwar einerseits nicht zugunsten eines Angeklagten an den unteren Werten der in der Richtsatzsammlung genannten Spannen orientieren muss, wenn sich Anhaltspunkte für eine positivere Ertragslage ergeben. Soweit Zweifel verbleiben, darf der Tatrichter aber andererseits auch nicht ohne Weiteres einen als wahrscheinlich angesehenen Wert aus der Richtsatzsammlung zugrunde legen, sondern muss einen als erwiesen angesehenen Mindestschuldumfang feststellen.

770. BGH 1 StR 28/21 – Beschluss vom 25. März 2021 (LG Hamburg)

Einziehung (Einziehung des Werts hinterzogener Steuern als ersparte Aufwendungen: erforderliches Erlangen eines messbaren wirtschaftlichen Vorteils, Steuerpflicht nach § 14c UStG).

§ 73 Abs. 1 StGB; § 73c StGB; § 370 Abs. 1 AO; § 14c UStG

Ein messbarer wirtschaftlicher Vorteil des Täters, der als ersparte Aufwendungen nach §§ 73 Abs. 1, 73c StGB

einziehen wäre, ergibt sich in Fällen einer Umsatzsteuerhinterziehungskette nur, soweit sich die Steuerersparnis im Vermögen des Tatbeteiligten tatsächlich niederschlägt. In Fällen, in denen die geschuldete Umsatzsteuer nicht aus einer Lieferung oder sonstigen Leistung resultiert, sondern ein unberechtigter Steuerausweis im Sinne des § 14c UStG ohne zugrundeliegende Leistung vorliegt, ist dies nicht der Fall, weshalb eine Einziehung des Wertes von Taterträgen in Form ersparter Aufwendungen hier nicht in Betracht kommt.

846. BGH 2 StR 167/20 – Urteil vom 28. April 2021 (LG Gera)

Betäubungsmittelkriminalität (Bandenabrede); Urteilsgründe (Feststellungen zu persönlichen Verhältnissen des Angeklagten); Beweiswürdigung (Einlassung eines Angeklagten: Prüfung auf Plausibilität und anhand des übrigen Beweisergebnisses auf ihren Wahrheitsgehalt, Zweifelssatz); Einziehung (Einziehung eines Gegenstandes von nicht unbeträchtlichem Wert: Berücksichtigung bei der Strafbemessung im Wege einer Gesamtbetrachtung der den Täter treffenden Rechtsfolgen; Ermessen bei der Einziehung von Tatmitteln).

§ 30a Abs. 1 BtMG; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO; 3 § 261 StPO; § 74 StGB

1. Eine Bandenabrede im Sinne des § 30a Abs. 1 BtMG setzt nicht voraus, dass sich alle Beteiligten persönlich absprechen und untereinander kennen; vielmehr kann sie auch durch aufeinander folgende Vereinbarungen entstehen. Insbesondere kann die Bandenabrede dadurch zu Stande kommen, dass sich zwei Personen einig sind, künftig im Einzelnen noch ungewisse Straftaten mit zumindest einem dritten Beteiligten zu begehen, und der von der Absprache informierte Dritte sich der Vereinbarung ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten anschließt.

2. Auch bei freisprechenden Urteilen kann der Tatrichter aus sachlich-rechtlichen Gründen unter den Umständen des konkreten Falles verpflichtet sein, Feststellungen zu Werdegang, Vorleben und Persönlichkeit eines Angeklagten zu treffen. Dies kommt namentlich dann in Betracht, wenn dahingehende Feststellungen für die Beurteilung des Tatvorwurfs eine Rolle spielen können und deshalb zur Überprüfung des Freispruchs durch das Revisionsgericht auf Rechtsfehler hin notwendig sind. In einem solchen Fall bliebe der Freispruch ohne Feststellungen zu den persönlichen Verhältnissen nicht in jeder Hinsicht nachvollziehbar und das Urteil deshalb lückenhaft.

3. Einlassungen eines Angeklagten, für deren Richtigkeit oder Unrichtigkeit es keine objektiven Anhaltspunkte gibt, sind nicht ohne weiteres als „unwiderlegbar“ hinzunehmen und den Feststellungen zu Grunde zu legen. Vielmehr sind sie – nicht anders als andere Beweismittel – insbesondere auf ihre Plausibilität und anhand des übrigen Beweisergebnisses auf ihren Wahrheitsgehalt zu prüfen. Es ist weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zu Gunsten des Angeklagten Geschehensabläufe zu unterstellen, für deren Vorliegen es außer der nicht widerlegbaren, aber auch durch nichts

gestützten Angaben des Angeklagten keine Anhaltspunkte bestehen.

4. Wird dem Angeklagten ein Gegenstand von nicht unbeträchtlichem Wert entzogen, so ist dies als bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafe und insoweit im Wege einer Gesamtbetrachtung der den Täter treffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen.

817. BGH 5 StR 112/21 – Beschluss vom 21. Juli 2021 (LG Hamburg)

Revision gegen ausschließlich Erziehungsmaßregeln und/oder Zuchtmittel verhängendes Urteil im Jugendstrafrecht.

§ 55 Abs. 1 S. 1 JGG; § 344 StPO

Ein Urteil, das lediglich Erziehungsmaßregeln und/oder Zuchtmittel anordnet, ist gemäß § 55 Abs. 1 S. 1 JGG weder wegen des Umfangs der festgesetzten Maßnahme noch deshalb anfechtbar, weil andere Erziehungsmaßregeln oder Zuchtmittel hätten angeordnet werden sollen. Deshalb kann ein Rechtsmittel gegen ein allein derartige Rechtsfolgen des Jugendstrafrechts verhängendes Urteil lediglich darauf gestützt werden, dass die Schuldfrage rechtlich oder tatsächlich falsch beantwortet oder die Sanktion selbst rechtswidrig ist. Wegen dieser sachlichen Beschränkung hat der Revisionsführer sein Anfechtungsziel eindeutig klarzustellen, um dem Revisionsgericht die Prüfung zu ermöglichen, ob mit dem Rechtsmittel ein zulässiges Ziel verfolgt wird.

760. BGH 4 StR 523/20 – Beschluss vom 9. Juni 2021 (LG Essen)

Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern (Charakter einer Nebenstrafe; Strafzumessungsentscheidung; keine Strafmilderung bei Einziehung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte); halbautomatische Kurzwaffe zum Verschießen von Patronenmunition (Unerheblichkeit einer vorübergehenden Funktionsunfähigkeit); unerlaubtes Ausüben der tatsächlichen Gewalt über eine Kriegswaffe (Konkurrenzen).

§ 74 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 StGB; § 1 WaffG; § 52 Abs. 1 Nr. 2b) WaffG; § 22a Abs. 1 Nr. 2 KrWaffKontrG; § 22a Abs. 1 Nr. 3 KrWaffKontrG; § 22a Abs. 1 Nr. 6a KrWaffKontrG

1. Tatobjekt des § 52 Abs. 1 Nr. 2b) WaffG ist eine halbautomatische Kurzwaffe zum Verschießen von Patronenmunition. Die Schusswaffe bzw. die gleichgestellten wesentlichen Teile der Schusswaffe i.S.d. Anlage 1 Unterabschnitt 1 Nr. 1.3 des WaffG müssen funktionsfähig sein. Eine vorübergehende Funktionsunfähigkeit ist unerheblich, wenn eine Reparatur mit allgemein gebräuchlichen Werkzeugen möglich ist.

2. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat eine Maßnahme nach § 74 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 StGB den Charakter einer Nebenstrafe und stellt damit eine Strafzumessungsentscheidung dar; wird dem Täter auf diese Weise ein ihm zustehender Gegenstand von nicht unerheblichem Wert entzogen, ist dies

deshalb als ein bestimmender Gesichtspunkt für die Bemessung der daneben zu verhängenden Strafe und insoweit im Wege der Gesamtbetrachtung der den Täter betreffenden Rechtsfolgen angemessen zu berücksichtigen.

3. Vermögenseinbußen durch Einziehung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte stellen keinen Strafmilderungsgrund dar, weil insoweit kein rechtlich schützenswertes Vertrauen besteht.

4. Die Tatbestandsvariante des unerlaubten Ausübens der tatsächlichen Gewalt über eine Kriegswaffe (§ 22a Abs. 1 Nr. 6a) KrWaffKontrG) ist ein Auffangtatbestand, der hinter den spezielleren Erscheinungsformen des unerlaubten Erwerbs und der unerlaubten Beförderung einer

Kriegswaffe i.S.v. § 22a Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 KrWaffKontrG zurücktritt.

761. BGH 4 StR 523/20 – Beschluss vom 9. Juni 2021 (LG Essen)

Unerlaubtes Ausüben der tatsächlichen Gewalt über eine Kriegswaffe (Konkurrenzen).

§ 22a Abs. 1 Nr. 2 KrWaffKontrG; § 22a Abs. 1 Nr. 3 KrWaffKontrG; § 22a Abs. 1 Nr. 6a) KrWaffKontrG

Die Tatbestandsvariante des Ausübens der tatsächlichen Gewalt über eine Kriegswaffe ist ein Auffangtatbestand, der hinter den spezielleren Erscheinungsformen des unerlaubten Erwerbs und der unerlaubten Beförderung einer Kriegswaffe i.S.v. § 22a Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 KrWaffKontrG zurücktritt.

Aufsätze und Anmerkungen

Der Zugriff auf beim Provider gespeicherte E-Mails

Zugl. Besprechung von BGH HRRS 2021 Nr. 32

Von Akad. Rat a.Z. Dr. Markus Abraham, Hamburg*

I. Einleitung

Wie darf auf E-Mails zugegriffen werden, die beim Provider verblieben sind?¹ Handelt es sich bei einem solchen Zugriff um die „Überwachung von Telekommunikation“, ist also § 100a StPO als Ermittlungsmaßnahme einschlägig? Während die Phasen der Absendung und des Abrufs von E-Mails nahezu einhellig als von § 100a StPO erfasst betrachtet werden,² umgekehrt E-Mails, die auf dem Rechner gespeichert sind, eindeutig nicht mehr § 100a StPO unterfallen,³ sind die Phasen⁴, in der die E-Mails ungelesen oder gelesen auf dem Server des Providers liegen, umstritten.⁵

* Der Verfasser ist Mitarbeiter am Lehrstuhl für Rechtsphilosophie und Strafrecht (Prof. Dr. Jochen Bung) der Universität Hamburg.

¹ Instruktiv zum Zugriff auf E-Mails insgesamt T. Zimmermann JA 2014, 321.

² Vgl. etwa BeckOK-StPO/Graf, 40. Ed. (1.7.2021), § 100a Rn. 56; KMR-StPO/Bär, 21. EL (6/2019), § 100a Rn. 52; LR-StPO/Hauck, 27. Aufl. (2019), § 100a Rn. 77.

³ Vgl. nur KMR-StPO/Bär, 21. EL (6/2019), § 100a Rn. 52; Radtke/Hohmann/Röwer, 2011, § 100a Rn. 16.

⁴ S. zur Einteilung in Phasen Brodowski JR 2009, 402, 402; KMR-StPO/Bär, 21. EL (6/2019), § 100a Rn. 51; Graf, StPO, 3. Aufl. (2018), § 100a Rn. 54; T. Zimmermann JA 2014, 321, 322 ff.

⁵ S. eingehend Gercke GA 2011, 474, 485 ff. mwN.

Insbesondere E-Mails, die nach Abruf auf dem Server des Providers verblieben sind – um solche gespeicherten E-Mails soll es hier primär gehen⁶ – scheinen nicht mehr am Vorgang der *Telekommunikation* teilzuhaben. Denn ein laufender Kommunikationsvorgang findet dort, im Gegensatz zu einem Telefongespräch, gerade nicht statt. Auch von *Überwachung* scheint man schwerlich sprechen zu können. Denn bei den gespeicherten E-Mails wird nicht Kommunikation „mitgeschnitten“, die sich der Maßnahme-Anordnung zeitlich *nachfolgend* ereignet, sondern es sind Nachrichten betroffen, die bereits vor dem Anordnungszeitpunkt eingegangen sind.

Der 5. Strafsenat bejaht nun dennoch ausdrücklich die Kompetenz der Ermittlungsbehörden, auf gespeicherte E-Mails gemäß § 100a StPO zuzugreifen.⁷ Diese These

⁶ Im Folgenden beziehe ich mich unmittelbar auf E-Mails, die auf dem Server verblieben sind. Diese Phase wird tlw. von der Phase, in der sich die E-Mails ungelesen auf dem Providerserver ruhen, separiert. Die Differenzierung vermag jedoch nicht zu überzeugen (vgl. die Kritik der „Trennungsthese“ bei SK-StPO/Wolter/Greco, 5. Aufl. (2016), § 100a Rn. 37 u. 39). Aber auch für den Fall, dass man die Differenzierung für zutreffend hält, würde sich aus der hier vertretenen Anwendbarkeit des § 100a auf E-Mails, die auf dem Server verblieben sind, a maiore ad minus die Anwendbarkeit des § 100a StPO für ungelesene E-Mails ergeben.

⁷ BGH 5 StR 229/19 – Beschl. v. 14. Oktober 2020 (LG Hamburg) = HRRS 2021 Nr. 32 = BeckRS 2020, 36910,

möchte ich im Folgenden untersuchen. Dazu werde ich zunächst die zentralen Aussagen der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts aus dem Jahre 2009 rekapitulieren (II.), auf die der 5. Strafsenat sich abstützt. Dessen Argumentation zeichne ich im Anschluss daran nach (III.). Im Hauptteil des Textes lege ich dar, weshalb der aufgestellten These trotz einiger Ambivalenzen (IV.1.) zuzustimmen ist (IV.2.) und füge ein Caveat an, das sich aufgrund der Heimlichkeit der Maßnahme ergibt (IV.3.). An die Kritik des jüngst verabschiedeten § 95a StPO (V.), der de facto heimliche Maßnahmen unter erleichterten Voraussetzungen gestattet, schließt ein Fazit an (VI.).

II. Das Bundesverfassungsgericht zur Beschlagnahme von E-Mails nach § 94 StPO

Mit dem Zugriff auf E-Mails, die auf dem Server des Providers gespeichert sind, war das Bundesverfassungsgericht im Jahr 2009 befasst. Es bejahte die Möglichkeit, solche E-Mails im Wege der offenen Ermittlungsmaßnahme der Beschlagnahme (§§ 94 ff. StPO) zu erlangen.⁸ Die Argumentation lässt sich auf die folgenden vier Aussagen verdichten.⁹

Erstens handle es sich bei E-Mails, die beim Provider gespeichert sind, um Kommunikation im Sinn des grundrechtlich geschützten Fernmeldegeheimnisses.¹⁰ Auch wenn die E-Mails nicht Teil laufender Kommunikation sind, reiche der Schutz von Art. 10 GG weiter als der Begriff der Telekommunikation des Telekommunikationsgesetzes. Wenn E-Mails auf dem Server des Providers verbleiben, sei die E-Mail-nutzende Person, da sich die Daten nicht in ihrem Herrschaftsbereich¹¹ befinden, besonders schutzwürdig, der Schutzbereich von Art. 10 GG, der einem weiten an der Schutzbedürftigkeit orientierten Begriff der Telekommunikation folge, somit betroffen.¹²

Zweitens seien die §§ 94 ff. StPO nicht durch andere Eingriffsbefugnisse der Strafprozessordnung gesperrt,

Rn. 17. Die Entscheidung wird ablehnend bzgl. des E-Mail-Aspekts besprochen von *Hiéramente* Wij 2021, 19 und *Grözing*er, NStZ 2021, 358.

⁸ BVerfGE 124, 43. Eingehende Kritik bei *Kleszczewski* ZStW 123 (2011), 737, 747 ff.; *Gercke* GA 2011, 474, 486 f.; s. die kurz zuvor avisierte entsprechende Anwendung von § 99 StPO bei BGH NStZ 2009, 397 m.Anm. *Bär*; dazu *Jahn* JuS 2009, 1048, 1049 f.; *Brodowski* StV 2009, 402, 408 f.

⁹ Zur Entscheidung jüngst *Grözing*er GA 2019, 441, 443 f.

¹⁰ Der Eingriff in das Fernmeldegeheimnis verdrängt das Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme gem. Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 1 Abs. 1 GG. BVerfGE 124, 43, 57. Zu diesem „IT-Grundrecht“ und der Grenze zwischen Quellen-TKÜ und Onlinedurchsuchung *Buermeyer* StV 2013, 470, 473 f.

¹¹ Dazu näher *Brodowski* StV 2009, 402, 404 (auch zum Argument, der E-Mail-Nutzende lasse sich freiwillig auf die Bedingungen des Providers ein).

¹² BVerfGE 124, 43, 55 f.; zur Eröffnung des Schutzbereichs von Art. 10 GG zuvor bereits *Schlegel* HRRS 2007, 44, 48 f.; *Gaede* StV 2009, 96, 97 f.; aA *AnwK-StPO/Löffelmann*, 2. Aufl. (2010), § 100a Rn. 14; s. zur Verdrängung des IT-Grundrechts *Grözing*er GA 2019, 441, 444.

vielmehr taugliche Eingriffsnormen: Der Umstand, dass das Fernmeldegeheimnis berührt sei, habe nicht zur Folge, dass nur eine bestimmte Eingriffsgrundlage der Strafprozessordnung in Frage käme.¹³ Aus den Vorschriften des 8. Abschnitts der StPO ergäbe sich kein System, demzufolge nur mittels bestimmter Maßnahmen (§§ 99, 100a oder 100g StPO) in das Fernmeldegeheimnis eingegriffen werden dürfe.¹⁴ Vielmehr sei auch die Beschlagnahme nach § 94 StPO eine potentielle Eingriffsgrundlage.¹⁵ Dass dort von *Gegenständen* als Objekten der Beschlagnahme die Rede ist, schade nicht. Vielmehr seien davon auch nicht-körperliche Gegenstände, also auch E-Mails erfasst.¹⁶

Drittens handle es sich bei § 94 StPO um eine hinreichend klare¹⁷ und verhältnismäßige Eingriffsnorm.¹⁸ Hier sei die Schwere des Eingriffs in das Fernmeldegeheimnis zu bedenken. Unter bestimmten Kriterien ist von einem erschwerten Eingriff auszugehen. Dies sei der Fall, wenn der Eingriff heimlich, längerfristig oder für einen unbestimmten Zweck erfolgt oder wenn der Eingriffsadressat keine Einwirkungsmöglichkeit auf den Datenbestand hat.¹⁹ Bei der Beschlagnahme der beim Provider gespeicherten E-Mails handle es sich hingegen um einen offenen²⁰ und begrenzten Eingriff außerhalb der laufenden Kommunikation, so dass es überhaupt keiner besonderen Eingriffsschwelle („schwere Straftat“ oder „Straftat von erheblicher Bedeutung“) bedürfe.²¹ Das Erfordernis einer besonderen Eingriffshürde wäre mit dem verfassungsrechtlich anerkannten Strafverfolgungsinteresse unvereinbar. Denn es wäre sonst ein Leichtes, Nachrichten dem Zugriff der Strafverfolgung zu entziehen, indem belastende E-Mails auf einen Mailserver ausgelagert würden.²²

Viertens betont das Bundesverfassungsgericht die Anforderungen an die Verhältnismäßigkeit in der Anwendung

¹³ S. zum vor der Entscheidung diskutierten Zusammenhang zwischen betroffenem Grundrecht und Eingriffsnorm *Gercke* StV 2009, 624, 625.

¹⁴ BVerfGE 124, 43, 58 f. Dagegen betont LR-StPO/*Hauck*, 27. Aufl. (2019), § 100a Rn. 77, dass die §§ 94 ff. und 102 ff. StPO die Eingriffe in Art. 13 und 15 GG, nicht aber in Art. 10 GG regeln.

¹⁵ Ausschließlich § 100a StPO für zulässig erachten (vor BVerfGE 124, 43) *Schlegel* HRRS 2007, 44, 49 f.; *Gaede* StV 2009, 96, 190; aktuell *HK-StPO/Gercke*, 6. Aufl. (2019), § 100a Rn. 14.

¹⁶ BVerfGE 124, 43, 60 f.; krit. dazu *SK-StPO/Wohlers/Greco* 5. Aufl. (2016), § 94 Rn. 27; LR-StPO/*Hauck*, 27. Aufl. (2019), § 100a Rn. 77; *Kleszczewski* ZStW 123 (2011), 737, 747.

¹⁷ Dazu die Kritik bei *SK-StPO/Wolter/Greco*, 5. Aufl. (2016), § 100a Rn. 33.

¹⁸ BVerfGE 124, 43, 61; krit. *Kleszczewski* ZStW 123 (2011), 737, 748 f.

¹⁹ BVerfGE 124, 43, 62 f.

²⁰ Zutreffend kritisch bzgl. den Obiter-dictum-Passagen, die auch die Möglichkeit eines vorübergehend heimlichen Zugriffs gem. § 94 ff. StPO zu suggerieren (etwa BVerfGE 124, 43, 71) *Brodowski* JZ 2009, 402, 407.

²¹ Demzufolge ist der heimliche Zugriff über die Postbeschlagnahme gem. § 99 StPO, der von BGH NStZ 2009, 397, 398 angenommen worden war, versperrt, so *T. Zimmermann* JA 2014, 321, 324; *Singelstein* NStZ 2012, 593, 596.

²² BVerfGE 124, 43, 64 f.

der Beschlagnahmefugnis.²³ Insbesondere²⁴ sei die Gewinnung überschüssender Daten zu vermeiden,²⁵ und – je nach Beurteilung im Einzelfall – auch die Teilnahme der betroffenen Person²⁶ an der Sichtung der Daten²⁷ geboten.²⁸

III. Die Argumentation des 5. Strafsenats zu § 100a StPO

Der 5. Strafsenat behandelt die Thematik ebensolcher servergespeicherter E-Mails, nun allerdings im Lichte der Ermittlungsbefugnis des § 100a StPO. In Übereinstimmung mit dem überwiegenden Teil der Literatur²⁹ bejaht der Strafsenat die Zulässigkeit des verdeckten Zugriffs nach § 100a StPO³⁰, wobei er explizit an die verfassungsgerichtliche Begründung anknüpft. Die fünf-schrittige Argumentation läuft so:

Servergespeicherte E-Mails unterfallen dem Fernmeldegeheimnis, so dass es sich um Telekommunikation im Sinne von § 100a StPO handelt, zumal sich die Auslegung des Telekommunikationsbegriff des § 100a StPO am grundrechtlichen Schutz zu orientieren hat (1).³¹

Der vorgebrachte Einwand, dass § 100a StPO die Elemente einer Durchsuchung und Beschlagnahme fehlten, hindere dessen Anwendbarkeit nicht. Denn das Vorgehen

gemäß § 100a StPO erfolge kooperativ³² mit dem Provider, wobei gerade keine Durchsuchung beim Provider nötig werde (2).³³

Dass für die servergespeicherten E-Mails, wie das Bundesverfassungsgericht dargetan hat, auch die Beschlagnahme nach § 94 StPO eine taugliche Eingriffsgrundlage abgibt, spreche ebenfalls nicht gegen die Anwendbarkeit von § 100a StPO. Die Möglichkeit des offenen Zugriffs nach § 94 StPO stehe vielmehr im Ergänzungsverhältnis zur Möglichkeit des heimlichen Zugriffs nach § 100a StPO.³⁴ Die mit der Heimlichkeit einhergehende gesteigerte Tiefe des Eingriffs „korrespondiert mit der im Vergleich zu § 94 StPO deutlich höheren Eingriffsschwelle“ (3).³⁵

Dieser Zugriff nach § 100a StPO beschränke sich nicht auf künftig eingehende E-Mails, sondern erfasse auch solche E-Mails, die zum Zeitpunkt der Anordnung bereits auf dem Server ruhen (4). Das ergebe sich erstens aus einem Erst-Recht-Schluss: Wenn schon § 94 StPO solche ruhenden E-Mails erfasse, so müsse der voraussetzungsreichere § 100a StPO diese erst recht erfassen (4a).³⁶ Zweitens habe der Gesetzgeber das Verbot rückwirkender Zugriffe bei der Quellen-Telekommunikationsüberwachung eingeführt (§ 100a Abs. 5 S. 1 Nr. 1b StPO), da diese Ermittlungsmaßnahme eine Infiltrierung des informationstechnischen Systems der betroffenen Person erforderlich mache. Der Fall der „normalen“ Überwachung von Telekommunikation nach § 100a Abs. 1 S. 1 StPO, die nicht in diesem gesteigerten Sinne invasiv sei, sei in § 100a Abs. 5 S. 1 StPO nicht erwähnt, weshalb das Verbot rückwirkender Zugriffe im Umkehrschluss hier nicht gelte (4b).³⁷ Der Zugriff auf retrograde Daten stehe überdies im Einklang mit den ergangenen Entscheidungen zu Mailboxen (4c).³⁸

Eine Einschränkung des Zugriffs ergebe sich im konkreten Fall auch nicht aus Gesichtspunkten der Verhältnismäßigkeit, etwa dem Erfordernis, den Zeitraum der E-Mails, auf die zugegriffen werden soll, zu begrenzen. Denn die beweisrelevanten E-Mails stammten im vorliegenden Fall aus den Monaten, die der Anordnung unmittelbar vorangingen (5).³⁹

²³ BVerfGE 124, 43, 66. Krit. dazu, dass die besondere Betonung der Verhältnismäßigkeit die (im Vergleich zu § 100a StPO) geringeren Hürden des § 94 StPO und den damit einhergehend reduzierten Schutz kompensiere, *Gercke StV* 2009, 624, 626.

²⁴ Anforderungen der Verhältnismäßigkeit ergeben sich außerdem aus den Anforderungen an den Tatverdacht und dem Schutz des Kernbereichs, BVerfGE 124, 43, 69 f. Näher zu den Grenzen *Singelstein NStZ* 2012, 593, 597.

²⁵ BVerfGE 124, 43, 67.

²⁶ BVerfGE 124, 43, 72.

²⁷ Im Fall fand eine Durchsuchung statt, so dass die E-Mails beim Provider vorläufig sichergestellt wurden, woran sich die Durchsicht (gem. § 110 StPO) als der Beschlagnahme vorgelagertem Stadium anschließt; so die (korrigierende) Interpretation des BVerfGE 124, 43, 75.

²⁸ Dass nur geringe Datenmengen mitgenommen werden müsste, hält *Brunst CR* 2009, 591, 592 für unrealistisch und weist auf die diesbezüglich weichen Anforderungen des BVerfG hin.

²⁹ Aus der Kommentarliteratur: Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, StPO, 64. Aufl. (2021), § 100a Rn. 6c; MK-StPO/Günther, 2014, § 100a Rn. 138; KK-StPO/Greven, 8. Aufl. (2019), § 94 Rn. 4a; HK-StPO/Gercke, 6. Aufl. (2019), § 100a Rn. 14; S/S/W-StPO/Eschelbach, 4. Aufl. (2020), § 100a Rn. 4; BeckOK-StPO/Graf, 40. Ed. (1.7.2021), § 100a Rn. 67 und den Hinweis auf die hier besprochene Entscheidung in Rn. 58 (vgl. aber auch Rn. 60). A.A. SK-StPO/Wolter/Greco, 5. Aufl. (2016), § 100a Rn. 33; LR-StPO/Hauck, 27. Aufl. (2019), § 100a Rn. 77; auch KK-StPO/Bruns, 8. Aufl. (2019), § 100a Rn. 21 erwähnt für den in Frage stehenden Fall ausschließlich die offene Maßnahme nach § 94 StPO.

³⁰ KMR-StPO/Bär, 21. EL (6/2019), § 100a Rn. 56 hält demgegenüber den verdeckten Zugriff nach § 99 für zutreffend (da es an Telekommunikation fehle).

³¹ BGH 5 StR 229/19 – Beschl. v. 14. Oktober 2020 = HRRS 2021 Nr. 32, Rn. 16.

³² S. zum Fall der TKÜ-Maßnahme ohne Mitwirkung des Telekommunikationsdienstleisters T. Zimmermann JA 2014, 321, 325.

³³ BGH 5 StR 229/19 – Beschl. v. 14. Oktober 2020 = HRRS 2021 Nr. 32, Rn. 19.

³⁴ Dazu bereits *Brunst CR* 2009, 591, 592.

³⁵ BGH 5 StR 229/19 – Beschl. v. 14. Oktober 2020 = HRRS 2021 Nr. 32, Rn. 21.

³⁶ BGH 5 StR 229/19 – Beschl. v. 14. Oktober 2020 = HRRS 2021 Nr. 32, Rn. 23.

³⁷ BGH 5 StR 229/19 – Beschl. v. 14. Oktober 2020 = HRRS 2021 Nr. 32, Rn. 24. So auch Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, StPO, 64. Aufl. (2021), § 100a Rn. 6c.

³⁸ BGH 5 StR 229/19 – Beschl. v. 14. Oktober 2020 = HRRS 2021 Nr. 32, Rn. 25. So auch Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, StPO, 64. Aufl. (2021), § 100a Rn. 6c.

³⁹ BGH 5 StR 229/19 – Beschl. v. 14. Oktober 2020 = HRRS 2021 Nr. 32, Rn. 26.

IV. Erfasst § 100a StPO den retrograden Zugriff auf E-Mails?

1. Ambivalente Argumente

Bereits der letztgenannte Gedanke, nämlich der zur Verhältnismäßigkeit des konkreten Eingriffs (Argument 5), macht etwas stutzig. Denn die Frage nach der Begrenzung des Zeitraums der vom Zugriff betroffenen E-Mails stellt sich bereits im Zeitpunkt der Anordnung der Maßnahme und nicht erst *ex post* bei der Beurteilung der Verwertbarkeit. Allerdings ist wohl davon auszugehen, dass der 5. Strafsenat hier implizit das Argument des hypothetisch rechtmäßigen Ersatzeingriffs⁴⁰ bemüht und insofern im Ergebnis vorliegend kein Problem erkennt: hätte man zeitlich eingeschränkt, was dann jedenfalls verhältnismäßig gewesen wäre, hätte man die relevanten E-Mails ebenfalls erlangt.

Insofern möchte ich die Frage der Verhältnismäßigkeit der konkreten Maßnahme hier außen vor lassen und im Folgenden die grundsätzliche Frage fokussieren, ob nämlich § 100a StPO den retrograden Zugriff auf E-Mails, die auf dem Server des Providers gespeichert sind, gestattet.⁴¹

Auch wenn man mit dem 5. Strafsenat die Anschlussfähigkeit der verfassungsgerichtlichen Ansicht zur *Beschlagnahmefähigkeit* der servergespeicherten E-Mails (s.o. II.) teilt,⁴² so lässt sich zunächst festhalten, dass einige Schlussfolgerungen, die der 5. Strafsenat daraus ableitet, allenfalls tentativ, nicht aber zwingend sind.

Dies gilt einmal für das Erst-Recht-Argument, wonach der im Vergleich zu § 94 StPO voraussetzungsreichere § 100a StPO den Zugriff erst recht gestatten müsse (Argument 4a):⁴³ Denn, nur weil eine Maßnahme *offen* nach § 94 StPO zulässig ist, folgt daraus nicht notwendig, dass die Maßnahme unter höheren Voraussetzungen auch in *verdeckter* Weise zulässig sein muss. Vielmehr könnte es

⁴⁰ S. zum Argument des hypothetisch rechtmäßigen Ersatzeingriffs Abraham ZIS 2020, 120. Ein Verfahrensfehler zieht, so die dortige These, dann kein Beweisverwertungsverbot nach sich, wenn (i) das Beweismittel nach gerichtlicher Überzeugung auch bei rechtmäßigem Vorgehen erlangt worden wäre, (ii) die Strafverfolgungsbehörden den Anschein bewusster Nichtbeachtung, der durch die rechtswidrige Maßnahme gesetzt wurde, widerlegen und (iii) dem Beschuldigten jenseits der Verwertung des Beweismittels keine weiteren Nachteile entstehen (ebd., 128 f.).

⁴¹ Verneinend Graf, StPO, 3. Aufl. (2018), § 100a Rn. 58 (für § 99, wobei allerdings § 100a StPO bis zur dringend erforderlichen Neuregelung im Fall der länger andauernden Sicherstellung des E-Mail-Verkehrs gelten solle, ebd., Rn. 57).

⁴² Vgl. aber die Kritik etwa bei Kleczewski ZStW 123 (2011), 737, 747 ff.; Gercke GA 2011, 474, 486 f.

⁴³ BGH 5 StR 229/19 – Beschl. v. 14. Oktober 2020 = HRRS 2021 Nr. 32, Rn. 23. Kritik des Arguments auch bei Grözingen NSTz 2021, 358, 358 und Hiéramente Wij 2021, 19, 23.

sein, dass die Maßnahme eben ausschließlich in offener Weise zulässig ist.⁴⁴

Ambivalent ist auch der Hinweis des Bundesgerichtshofs, dass das Verbot der retrograden Erhebung speziell für die Quellen-Telekommunikationsüberwachung (§ 100a Abs. 1 S. 2, 3 StPO) geregelt sei, die Regelung jedoch den Fall des § 100a Abs. 1 S. 1 StPO unerwähnt lasse (Argument 4b)⁴⁵. Ambivalent⁴⁶ ist der Hinweis deswegen, weil die gegenläufige Auslegung, die durch § 100a Abs. 1 S. 1 StPO allein die laufende Kommunikation *ab Zeitpunkt der Anordnung* erfasst sieht, ein solches Verbot der retrograden Erfassung überhaupt nicht benötigt. Das Verbot ergibt sich bei dieser Lesart bereits aus der Tatsache, dass von § 100a Abs. 1 S. 1 StPO nur künftige Kommunikation erfasst ist. Eine Aufnahme in die Klausel des § 100a Abs. 5 S. 1 StPO würde sich nach dieser Lesart demnach als offensichtlich überflüssig darstellen.

Auch der Hinweis, dass sich die Entscheidung in die Rechtsprechung zu Mailboxen einfügt (Argument 4c), überzeugt nicht ohne Weiteres. Die eine Entscheidung⁴⁷, auf die an dieser Stelle verwiesen wird, betraf eine Mailbox im historischen Sinn, womit sich die Frage der Übertragbarkeit auf E-Mail-Kommunikation stellt,⁴⁸ vor allem aber wurde Zugriff über § 100a StPO dort zentral damit gerechtfertigt, dass der Zugriff per Telekommunikation erfolgt war, so dass die Entscheidung eher als Vorläufer der Online-Durchsuchung erscheint.⁴⁹ Die andere angeführte Entscheidung⁵⁰ betrifft den Zugriff auf eine Sprachnachricht, die auf einer Mailbox eines Mobiltelefons gespeichert ist; allerdings ging dort die Nachricht erst nach Beginn der Ermittlungsmaßnahme ein,⁵¹ bildet also keinen Zugriff auf Kommunikation, die zeitlich vor der Anordnung eingegangen ist – die Entscheidung betrifft also nicht direkt die Frage, die sich bei solchen E-Mails stellt, die bereits im Zeitpunkt der Anordnung auf dem Server des Providers gespeichert sind.

2. Überzeugendes Ergebnis

Trotz dieser Ambivalenzen überzeugt das Ergebnis des 5. Strafsenats, dass nämlich von § 100a Abs. 1 S. 1 StPO E-Mails erfasst werden, die nach Kenntnisnahme auf dem Providerserver verblieben sind. Bei den auf dem Server

⁴⁴ Dem verfassungsgerichtlichen Urteil lässt sich allerdings auch umgekehrt keine Aussage entnehmen, dass ausschließlich § 94 StPO anwendbar sein soll.

⁴⁵ BGH 5 StR 229/19 – Beschl. v. 14. Oktober 2020 = HRRS 2021 Nr. 32, Rn. 24. So auch Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, StPO, 64. Aufl. (2021), § 100a Rn. 6c.

⁴⁶ Nach Einem Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers erblicken Hiéramente Wij 2021, 19, 21 f. und Grözingen NSTz 2021, 358, 359 gerade der BGH in Widerspruch zum Willen des Gesetzgebers.

⁴⁷ BGH 2 BJs 94/94-6 – Beschl. v. 31. Juli 1995 = NJW 1997, 1934, 1935.

⁴⁸ Näher Störing CR 2009, 475, 475 f.

⁴⁹ So Störing CR 2009, 475, 476.

⁵⁰ BGH 2 StR 341/02 – Urt.v.14. März 2003 = NJW 2003, 2034, 2035.

⁵¹ Insofern nimmt auch Grözingen GA 2019, 441, 451, der einen engen Überwachungsbegriff vertritt, an, dass eine solche Nachricht von der Überwachung gem. § 100a StPO erfasst ist.

verbliebenen E-Mails handelt es sich nämlich um Telekommunikation im Sinne des § 100a StPO (a), und der Zugriff wird vom Begriff des Überwachens erfasst (b).

a) Beim Provider gespeicherte E-Mails als *Kommunikation*

Überzeugend ist zunächst die Einordnung, dass es sich bei den auf den servergespeicherten E-Mails um Telekommunikation im Sinne des § 100a StPO handelt. Aus der Analyse des Bundesverfassungsgerichts, dass der Zugriff auf gespeicherte E-Mails dem Begriff der Telekommunikation im Sinne des Fernmeldegeheimnisses unterfällt (also nicht auf dynamische Telekommunikation i.S.d technischen Telekommunikationsbegriffs des TKG beschränkt sind)⁵², folgt zwar nicht zwingend, dass damit auch Telekommunikation im Sinne des § 100a StPO gegeben ist.⁵³ Es ist jedoch einleuchtend, dass der Gesetzgeber mit der hohen Eingriffsschwelle des § 100a StPO eben die hohe Schutzbedürftigkeit adressieren wollte, die sich aus der Einbindung des Providers als TelekommunikationsMittler ergibt.⁵⁴ durch die Eingebundenheit hat auch der Provider Zugriff auf die Kommunikationsinhalte, ohne dass der E-Mail-Nutzende dies technisch verhindern kann.⁵⁵ Die Einbindung des Providers in den Telekommunikationsvorgang, die sich auch daran zeigt, dass der Nutzer für den Zugriff (Lesen, Löschen, etc.) eine Verbindung zum Mailserver herstellen muss, spricht angesichts der Schutzbedürftigkeit bereits in der Tendenz für die Auslegung beim Provider gespeicherter Mails als Telekommunikation im Sinne von § 100a StPO.⁵⁶

Die Interpretation als Telekommunikation im Sinne des § 100a StPO ergibt sich, wenn man in den Blick nimmt, wie das Argument der Schutzbedürftigkeit für die Phase der Zwischenspeicherung (zutreffend) in Stellung gebracht wird: In dieser Phase der Zwischenspeicherung, zwischen Ankommen der E-Mail auf dem Providerserver und dem Abrufen durch den Empfänger, „ruht“ die E-Mail auf dem Providerserver, so dass keine dynamische Kommunikation stattfindet. Dennoch, so das vielfach vorgetragene Argument, liege in dieser Phase der Zwischenspeicherung Telekommunikation im Sinne des § 100a StPO vor, da der Kommunikationsvorgang als einheitlicher Vorgang⁵⁷ anzusehen sei, was consequen-

terweise auch ein einheitliches Schutzniveau, nämlich das des § 100a StPO, erfordere.⁵⁸ Damit wird diese Phase der Zwischenspeicherung implizit als Telekommunikation im Sinne des § 100a StPO begriffen. Vertritt man diese nicht am Telekommunikationsgesetz, sondern an der Schutzbedürftigkeit orientierte, verfassungsrechtliche Auslegung des Telekommunikationsbegriffs des § 100a StPO, so ist es überzeugend, solche E-Mails, die auf dem Server verbleiben, *ebenfalls* als Telekommunikation anzusehen.⁵⁹ Denn an der Schutzbedürftigkeit⁶⁰ ändert sich auch dann nichts, wenn die E-Mails nach Abruf durch den Empfänger auf dem Server des Providers verbleiben.⁶¹ Vielmehr belässt die E-Mail-Nutzerin die E-Mails in der nicht von ihr vollständig beherrschten Sphäre.

Der Hinweis darauf, dass die Nutzerin es in der Hand habe, wie sie mit der E-Mail verfährt, sie also auch serverunabhängig speichern könnte und auf diese Weise den Zustand der diesbezüglichen Schutzwürdigkeit (und den Vorgang der Telekommunikation) beenden würde,⁶² vermag keinen Unterschied zu begründen.⁶³ Denn die Tatsache, dass eine Verhaltensoption bestanden hätte, welche die Schutzbedürftigkeit qua Providereinbindung aufgehoben hätte, führt nicht dazu, dass die Schutzbedürftigkeit endet, wenn die Nutzerin diese Option tatsächlich nicht wahrnimmt.⁶⁴ Infolge der Schutzbedürftigkeit, die durch die nicht-beendete Einbeziehung des Providers in die Kommunikationsabwicklung besteht, handelt es sich daher – ebenso wie in Phase der Zwischenspeicherung – auch bei Verbleib der E-Mails auf dem Server um Telekommunikation im Sinne von § 100a StPO.⁶⁵

⁵² BVerfGE 124, 43, 55 f.

⁵³ Vgl. die Kritik bei *Hiéramente/Fenina* StraFo 2015, 365, 371, dass die Schutzwürdigkeit mit Blick auf Art. 10 GG nicht zwingend die Eingriffsnorm des § 100a StPO zur Folge hat (dort zur Überwachung von Cloudaktivitäten); *Hiéramente* HRRS 2016, 448, 450.

⁵⁴ BGH 5 StR 229/19 – Beschl. v. 14. Oktober 2020 = HRRS 2021 Nr. 32, Rn. 16, Abstützung auf BVerfGE 124, 43, 54 ff. Die Ausführungen des BVerfG betroffen freilich lediglich die Auslegung des Art. 10 GG, die Parallelität von grundrechtlichem Schutz von Art. 10 GG und § 100a StPO betont aber der 5. Strafsenat (ebd.).

⁵⁵ BVerfGE 124, 43, 55.

⁵⁶ BGH 5 StR 229/19 – Beschl. v. 14. Oktober 2020 = HRRS 2021 Nr. 32, Rn. 16; bereits Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, 63. Aufl. (2020), § 100a Rn. 6b a.E. und jetzt Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, StPO, 64. Aufl. (2021), § 100a Rn. 6b a.E.

⁵⁷ S. zu dieser „Einheitstheorie“ ausf. SK-StPO/Wolter/Greco, 5. Aufl. (2016), § 100a Rn. 38 m.w.N.; dagegen für die Anwendung von § 99 StPO in dieser Phase der Zwischenspeicherung BGH NStZ 2009, 397, 398 m.Anm. Bär; KMR-

StPO/Bär, 21. EL 6/2019, § 100a Rn. 53 a.E., der als Eingriffsnormen §§ 99, 94 und 95 StPO für zulässig erachtet (ebd., Rn. 55 ff.).

⁵⁸ *Beulke/Swoboda*, StPO, 15. Aufl. (2020), Rn. 392; *Roxin/Schünemann*, StPO, 29. Aufl. (2017), § 36 Rn. 6; *AnwK-StPO/Löffelmann*, 2. Aufl. (2010), § 100a Rn. 13.

⁵⁹ A.A. *AnwK-StPO/Löffelmann*, 2. Aufl. (2010), § 100a Rn. 14 mit dem Argument, die besondere Gefährdungssituation beruhe nicht auf dem Übermittlungsvorgang, sondern auf der Nutzung externen Speichermediums.

⁶⁰ Man könnte einwenden, dass die Schutzbedürftigkeit auch Berücksichtigung fände, wenn man nicht mehr von Telekommunikation (und damit von § 100a StPO), sondern den (noch strengeren) Maßstab des § 100b StPO für einschlägig hielte. Allerdings spricht die Tatsache, dass endgespeicherte E-Mails eben wie zwischengespeicherte E-Mails sich gleichermaßen noch partiell in der Sphäre des Providers befinden, weshalb eine Gleichbehandlung überzeugend ist (s. zum Gebot der Gleichbehandlung von Zwischen- und Endspeicherung SK-StPO/Wolter/Greco, 5. Aufl. (2016), § 100a Rn. 39 [die freilich eine an das Schutzniveau von §§ 100a, 100b angelehnte normenklare Ermächtigung fordern]).

⁶¹ Bereits LG Hamburg MMR 2008, 186, 187.

⁶² So aber *Beulke/Swoboda*, StPO, 15. Aufl. (2020), Rn. 392. Freilich verweisen *Beulke/Meininghaus*, in: *Festschrift für Widmaier*, 2008, S. 63, 66 f. auf den dann eingreifenden Schutz der informationellen Selbstbestimmung.

⁶³ Vgl. für ein einheitliches an § 100a, 100b StPO angelehnten Schutzniveau auch für zwischen- und endgespeicherte Mails auch SK-StPO/Wolter/Greco, 5. Aufl. (2016), § 100a Rn. 39 (dort freilich mit der Forderung nach einer normenklaren Ermächtigung).

⁶⁴ Bereits *Gaede* StV 2009, 96, 97.

⁶⁵ *Störing*, Strafprozessuale Zugriffsmöglichkeiten auf E-Mail-Kommunikation, 2007, 220 ff.

Daraus, dass somit gespeicherte E-Mails Telekommunikation im Sinne des § 100a StPO darstellen, folgt freilich noch nicht, dass § 100a StPO eine taugliche Eingriffsnorm abgibt. Dafür wäre zu plausibilisieren, dass es sich dabei auch um einen Vorgang des Überwachens handelt.

b) Zugriff auf Providergespeicherte E-Mails als Überwachen

Um darzulegen, dass sich der Zugriff auf beim Provider gespeicherte E-Mails als Überwachung beschreiben lässt, möchte ich näher auf den vom 5. Strafsenat adressierten Einwand der Anwendbarkeit eingehen. Dem Einwand zufolge sei § 100a Abs. 1 S. 1 StPO keine passende Eingriffsnorm, zumal es ihr an Elementen der Durchsuchung und Beschlagnahme fehlt, was Elemente seien, die einem Zugriff auf beim Provider zwischen- oder endgespeicherten E-Mails immanent seien.⁶⁶ Dem Einwand begegnet der Bundesgerichtshof – wie gesehen – mit dem Hinweis darauf, dass der Eingriff nach § 100a StPO in kooperativer Weise mit dem Provider stattfindet (s.o. III., Argument 2)⁶⁷. Das ist konkretisierungsbedürftig und im Ergebnis überzeugend. Dem Vorgang, dass die Ermittlungsbehörden vom E-Mail-Provider eine Datenkopie der E-Mails erlangen, haftet in der Tat etwas Beschlagnahmehaftes an. Allerdings gilt dieser durch die Erlangung der Datenkopie entstehende Eindruck für jede Maßnahme nach § 100a StPO, in der ein Telekommunikations-Anbieter Daten zur Verfügung stellt. Zudem handelt es sich beim Zur-Verfügung-Stellen der Datenkopie seitens des Telekommunikations-Anbieters nicht um den Eingriff selbst, den § 100a StPO gestattet. Es handelt sich vielmehr um die Ermöglichung des Eingriffs, nämlich, Maßnahmen der Überwachung und Aufzeichnung vorzunehmen. Das Beschlagnahmehafte beschränkt sich also auf die Ermöglichung der Überwachung, geht der Überwachung gewissermaßen als Annex voraus. Die Elemente der Durchsuchung und Sichtung schließlich werden durch die Maßnahme der Überwachung abgedeckt, wobei der Gegenstand der Überwachung durch die Anordnung nach § 100e Abs. 3 StPO nach Zeitraum und anderen Begrenzungskriterien beschränkt wird.

Der Gedanke, dass der Ermöglichung der Überwachung stets etwas Beschlagnahmeartiges anhaftet, erfasst allerdings noch nicht den argumentativen Kern des Einwands. Der Kern des Einwands dürfte vielmehr darin zu sehen sein, dass der Zugriff auf E-Mails, die nach Kenntnissnahme durch den Nutzer beim Provider gespeichert sind, also der *vergangenheits-gerichtete* Zugriff, im Vergleich zur Überwachung gegenwärtiger oder künftiger Kommunikation eben in gesteigertem Maße einer Beschlagnahme ähnelt und sich folglich mit dem Begriff der Überwachung nicht erfassen lässt. Folgt man dieser Analyse,

⁶⁶ LR-StPO/Hauck, 27. Aufl. (2019), § 100a Rn. 77; SK-StPO/Wolter/Greco, 5. Aufl. (2016), § 100a Rn. 33: es mangle „§ 100a an den zusätzlichen Elementen von Durchsuchung, Sicherstellung, Durchsicht und (Post-)Beschlagnahme (...), die dem Zugriff auf E-Mails immanent sind.“ Wolter/Greco verweisen auf Entscheidungen, in denen zusätzlich zu § 100a StPO weitere Regelungen gleichsam als Hilfskonstruktion hergezogen wurden.

⁶⁷ BGH 5 StR 229/19 – Beschl. v. 14. Oktober 2020 = HRRS 2021 Nr. 32, Rn. 19. Krit. zu diesem Argument Grözingenr NSStZ 2021, 358, 358.

wäre dann konsequenterweise, zumal auch eine Kombination von Befugnisnormen nicht hilft,⁶⁸ eine gesonderte Eingriffsnorm zu fordern.⁶⁹

Erfasst man diesen Aspekt, dass also der Zugriff auf gespeicherte Emails qua Vergangenheitsbezogenheit besonders beschlagnahme-ähnlich ist, als Kern der Kritik an der Anwendbarkeit des § 100a StPO, so hängt die Frage, ob der Zugriff auf beim Provider gespeicherter E-Mails von § 100a StPO erfasst ist,⁷⁰ entscheidend davon ab, ob der Zugriff noch mit dem Begriff der Überwachung vereinbar ist. Wolter/Greco zufolge könne man „nicht ohne weiteres von ‚Überwachung‘ sprechen, da es um einen *nachträglichen* staatlichen Zugriff auf vom Nutzer bereits abgerufene Informationen durch Telekommunikation geht, die dann nicht mehr zeitgleich im eigentlichen Wortsinn ‚überwacht‘ werden“ kann.⁷¹ Jüngst hat auch Grözingenr dies bestritten:⁷² Eine Überwachung könne bereits begrifflich nur gegeben sein, „wenn die Maßnahme auf die sinnliche Wahrnehmung eines gegenwärtig ablaufenden Vorgangs abzielt“⁷³. Von Überwachung sei daher nur dann auszugehen, „wenn die Maßnahme auf die Erfassung gegenwärtig ablaufender Vorgänge gerichtet ist, wobei ein Vorgang in diesem Sinn als jede sinnlich wahrnehmbare Abweichung vom Ist-Zustand beschrieben werden kann. Gegenwärtig ist jeder Vorgang, der im Anschluss an die Überwachungsanordnung abläuft.“⁷⁴

Der Begriffsanalyse ist zuzugeben, dass man in den meisten Fällen, in denen man von Überwachung spricht, genau dieses zukunftsgerichtete Erfassen von Veränderung des Ist-Zustands meint. Dies folgt regelmäßig bereits aus der technischen Begrenztheit des eingesetzten

⁶⁸ Überzeugend SK-StPO/Wolter/Greco, 5. Aufl. (2016), § 100a Rn. 35: Die bloße Kombination von Eingriffsbefugnissen widerstreite Analogieverbot und grundrechtlichem Gesetzesvorbehalt (dort freilich mit dem Ergebnis, dass eine Eingriffsnorm fehle); LR-StPO/Hauck, 27. Aufl. (2019), § 100a Rn. 77; krit. zu Vermengung auch Valerius JR 2007, 275, 277.

⁶⁹ SK-StPO/Wolter/Greco, 5. Aufl. (2016), § 100a Rn. 35; LR-StPO/Hauck, 27. Aufl. (2019), § 100a Rn. 78.

⁷⁰ Ablehnend bzgl. des Anwendungsbereichs von § 100a auf gespeicherte Daten KMR-StPO/Bär, 21. EL (6/2019), § 100a Rn. 53 a.E., der als Eingriffsnormen §§ 99, 94 und 95 StPO für zulässig erachtet (ebd., Rn. 55 ff.).

⁷¹ SK-StPO/Wolter/Greco, 5. Aufl. (2016), § 100a Rn. 34. Ebenfalls Hiéramente Wij 2021, 19, 21.

⁷² Grözingenr GA 2019, 441, 445 ff. Grözingenr verweist auch auf Wicker, Cloud Computing und staatlicher Strafanspruch, 2016, 375 f., die ebenfalls annimmt, dass sich § 100a StPO ausschließlich in die Zukunft richte. Erneut Grözingenr NSStZ 2021, 358, 358.

⁷³ Grözingenr GA 2019, 441, 445.

⁷⁴ Grözingenr GA 2019, 441, 447. Soweit Grözingenr auf BT-Drs. 17/12785, S. 50 verweist, wonach der Gesetzgeber gerade keine vergangenen Kommunikationsinhalte erfasst sehen will, beziehen sich die Ausführungen des Gesetzgebers unmittelbar nur auf die Quellen-Telekommunikationsüberwachung nach § 100a Abs. 1 S. 2, 3 StPO, um deren Einführung es dort geht. Ob aus den gesetzgeberischen Ausführungen zum Maßstab, der an die (invasive) Quellen-Telekommunikationsüberwachung anzulegen ist (es genüge statt den strengeren Vorgaben des Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG das Niveau des Art. 10 GG), zwingende Aussagen zum Überwachungs-begriff des § 100a StPO zu entnehmen sind, ist zu befragen.

Überwachungsinstrumentes: Eine Videokamera etwa vermag nur diejenigen Ereignisse zu erfassen, die *nach* dem Zeitpunkt ihrer Installation passieren.

Gleichwohl ist diese rein auf künftige Veränderungen abstellende Begriffsverwendung zu eng.⁷⁵ Zu überwachen meint, jemanden beziehungsweise etwas zu beobachten und zu kontrollieren.⁷⁶ Erfasst ist damit also auch die Untersuchung des gegenwärtigen Zustandes, inklusive seiner Entstehung.⁷⁷ Diese Bedeutungskomponente wird klar, wenn man sich vor Augen führt, dass die mit der „Überwachung“ eines Gebäudes beauftragte Person nicht von der Untersuchung eines verdächtigen Gegenstandes absehen wird, nur weil dieser Gegenstand bereits bei Antritt ihrer Überwachung vor Ort war (und nach Überwachungsantritt unverändert liegen blieb). Auch die Wissenschaftlerin, die die Ausbreitung einer bestimmten Krankheit überwacht, wird nicht nur die ab ihrem Untersuchungsbeginn *hinzukommenden* Krankheitsfälle für ihre Analyse heranziehen.

Dass der Begriff des Überwachens nicht nur in der Alltagssprache weiter reicht, sich also nicht nur auf das Erfassen künftiger Veränderung beschränkt, lässt sich bereits in verfassungsgerichtlicher Sprachverwendung⁷⁸, aber auch in der Strafprozessordnung selbst festmachen. Der Gesetzgeber spricht nämlich in § 100a Abs. 1 S. 3 StPO explizit von der Überwachung *gespeicherter* Daten: „gespeicherte Inhalte ... dürfen überwacht werden“.

Die Tatsache, dass auch gespeicherte E-Mails auch vom Gesetzgeber als der Überwachung zugänglich angesehen werden, kann man neben anderen Anhaltspunkten⁷⁹ auch dem Entwurf des Gesetzes zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung⁸⁰ entnehmen. Dort wird in der Gesetzesbegründung davon ausgegangen, dass der Zugriff beim Provider zwischen- oder endgespeicherter E-Mails *de lege lata* dem Anwendungsbereich des § 100a StPO unterfällt.⁸¹ Dieses dritte, neben die Alltagssprache und die Formulierung in § 100a Abs. 1 S. 3 StPO tretende Argument, ist allerdings mit einiger Vorsicht zu betrachten. Das liegt daran, dass der Gesetzgeber zur Begründung der Ansicht, dass § 100a StPO den retrograden Zugriff erfasse, gerade auf die hier in Rede stehende Entscheidung des 5. Strafsenats verweist. Die tentative Zirkelhaftigkeit des Arguments wird jedoch dadurch abgemildert, dass dort auch auf andere Quellen in der

Literatur verwiesen wird,⁸² der Gesetzgeber sich insofern auch diese zu eigen macht. Außerdem belegt die gesetzgeberische Begründung schlicht, dass der Gesetzgeber von dieser Lesart des § 100a StPO ausgeht. Dies steht auch in Einklang mit der Analyse, dass der Gesetzgeber mit § 100a StPO eine Eingriffsnorm schaffen wollte, die jegliche von Art. 10 GG geschützte Telekommunikation erfasst.⁸³

c) Zwischenergebnis

Um es zusammenzufassen: Nimmt man mit dem Bundesverfassungsgericht an, dass sich E-Mails, die auf dem Providerserver verblieben sind, aufgrund der Eingebundenheit des Providers durchaus unter den Begriff der Telekommunikation im Sinne des Fernmeldegeheimnisses zu fassen sind, so ist es überzeugend § 100a StPO mit Blick auf das Erfordernis der *Telekommunikation* als mögliche Eingriffsnorm anzusehen. Die Eingriffsnorm ist darüber hinaus auch mit Blick auf die Beschreibung der *Überwachung* einschlägig. Denn der Begriff des Überwachens umfasst auch den vergangenheitsgerichteten Zugriff.⁸⁴ Die beschlagnahmeartigen Elemente des Zugriffs beschränken sich hingegen auf die *Ermöglichung* der Überwachung.⁸⁵

3. Caveat

Auch wenn mit dem 5. Strafsenat § 100a StPO also den Zugriff auf gespeicherte E-Mails ermöglicht, ist die Vorstellung des Ergänzungsverhältnisses, das zwischen § 94 und § 100a StPO bestehe,⁸⁶ in den Blick zu nehmen. Hinzuweisen ist hier einerseits auf die Subsidiarität heimlichen Vorgehens (a), und andererseits – für den rechtstatsächlich wohl nicht seltenen Fall, dass heimlich vorgegangen wird – auf die besondere strafprozessuale Schutzwürdigkeit der betroffenen Person (b).

a) Subsidiarität heimlichen Vorgehens

Zu betonen ist also einmal, dass sich die heimliche Maßnahme des § 100a StPO *subsidiär* zum offenen Ermittlungsvorgehen verhält. Diese Subsidiarität lässt sich an drei – zusammenhängenden – Überlegungen festmachen. Sie ergibt sich erstens einfachgesetzlich aus § 100a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO, der voraussetzt, dass die Ermittlung „auf andere Weise wesentlich erschwert oder aussichtslos wäre“, wodurch Grundrechtseingriffe minimiert werden sollen⁸⁷. Die Subsidiarität ergibt sich zweitens daraus, dass die Nicht-Heimlichkeit der Beschlagnahme nach § 94 StPO einen wesentlichen Gesichtspunkt dar-

⁷⁵ Ausf. bereits *Gaede StV* 2009, 96, 100.

⁷⁶ *Pfeifer*, *Etymologisches Wörterbuch des Deutschen*, 1993, digitalisiert und überarbeitet: *dwds.de*, Lemma „überwachen“ (abgerufen am 26.8.2021).

⁷⁷ Ebenso, u.a. mit dem Verweis auf den Wortlaut, *Störing CR* 2009, 475, 478.

⁷⁸ *Gaede StV* 2009, 96, 100 weist darauf hin, dass das Bundesverfassungsgericht (in anderem Zusammenhang, BVerfGE 120, 274, 341), den Zugriff ein E-Mail-Postfach mittels erlangten Passwortes als Tätigkeit des Überwachens bezeichnet.

⁷⁹ Darauf, dass bereits der Gesetzgeber von 2007 (BT-Drs. 16/5846) keine Sonderregelung für den Zugriff auf ruhende Telekommunikation für nötig erachtet hat, verweist *Gaede StV* 2009, 96, 100.

⁸⁰ Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften, BT-Drs. 19/27654.

⁸¹ BT-Drs. 19/27654, S. 62.

⁸² BT-Drs. 19/27654, S. 62.

⁸³ So *Störing* (Fn. 65), S. 225.

⁸⁴ Bereits *Schlegel HRRS* 2007, 44, 48 f.; *Gaede StV* 2009, 96, 99; *Störing* (Fn. 65), S. 224 f.

⁸⁵ Klarstellend zu ergänzen ist, dass E-Mails, die nicht mehr auf dem Mail-Server, sondern auf dem Rechner gespeichert sind, keine Telekommunikation darstellen, weshalb ein verdeckter Zugriff dann nur unter den Voraussetzungen des § 100b StPO möglich ist.

⁸⁶ BGH 5 StR 229/19 – Beschl. v. 14. Oktober 2020 = HRRS 2021 Nr. 32, Rn. 21.

⁸⁷ *Rieß*, in: *Festschrift für Meyer*, 1990, S. 367, 378; vgl. zur rechtstatsächlich beschränkten Wirkung von Subsidiaritätsklauseln *Zöller StraFo* 2008, 15, 19 f.

stellt, der das Bundesverfassungsgericht den Eingriff in den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses als minder schwer qualifizieren ließ.⁸⁸ Dass die Frage der Heimlichkeit/Offenheit in hohem Maße für die Eingriffstiefe⁸⁹ relevant ist,⁹⁰ zeigt sich auch daran, dass das Bundesverfassungsgericht bei offenem Zugriff die Beteiligung bei der Durchsicht der Daten im Einzelfall von Verfassungen wegen für geboten hält⁹¹ – ein Recht, das qua Offenheit richtigerweise generell anzunehmen ist⁹². Die Subsidiarität der verdeckten Maßnahme nach § 100a StPO ergibt sich drittens daraus, dass die Heimlichkeit der Maßnahme den staatlichen Informationsvorsprung vergrößert und damit vereitelt, dass die betroffene Person ihre Rechte unmittelbar geltend machen kann.⁹³ Es geht bei der Subsidiarität der verdeckten Maßnahme mithin nicht nur um eine aus dem Fernmeldegeheimnis folgende Schonung der Vertraulichkeit der Kommunikation (und insofern um eine Vermeidung unnötiger Daten), sondern auch darum, dass nur die Offenheit der Ermittlungsmaßnahme die vollumfängliche Wahrnehmung von Verteidigungsrechten ermöglicht. Heimliches Vorgehen stellt demgegenüber die Ausnahme dar und das Delta im Rechtsschutz, das im Vergleich zum Rechtsschutz bei offenem Vorgehen besteht, bedarf der Kompensation.⁹⁴ Zwar besteht insoweit durch die Voraussetzung *gerichtlicher* Anordnung ein gewisser Schutz. Dieser Schutz ersetzt aber eine verteidigende Perspektive nicht nur unvollständig, sondern er wird zusätzlich erheblich dadurch abgeschwächt, dass bei Gefahr im Verzug die staatsanwaltschaftliche Anordnung für die Durchführung der Maßnahme hinreicht und lediglich der *nachträglichen* Bestätigung seitens des Gerichts bedarf.⁹⁵ Die vom 5. Strafsenat betonte Vorstellung des Ergänzungsverhältnisses von § 94 und § 100a StPO darf daher nicht dazu verleiten, den subsidiären Charakter heimlichen Vorgehens zu verdecken.

⁸⁸ Krit. zum Differenzierungskriterium der Offenheit/Heimlichkeit für die Abgrenzung zwischen §§ 94 ff. und §§ 100a ff. StPO SK-StPO/Wohlers/Greco 5. Aufl. (2016), § 94 Rn. 27, auch mit dem wichtigen Hinweis, dass rechtstatsächlich die Offenheit nur unzureichend realisiert werde.

⁸⁹ Cornelius JZ 2007, 798, 799 weist darauf, hin, dass – selbst wenn den Vorschriften des Ermittlungsverfahrens kein Grundsatz der Offenheit zu entnehmen ist – dies doch für bestimmte Zwangsmaßnahmen (dort: Durchsuchung) gelte. Dies dürfte man hier für Beschlagnahme ebenso annehmen können.

⁹⁰ Vgl. zur Bedeutung der Heimlichkeit auch BVerfGE 115, 116, 194: „Beim Zugriff auf die Verbindungsdaten (...) fehlt es an der Heimlichkeit der Maßnahme (...) als einem wesentlichen Element, das für die Betroffenheit des Schutzbereichs von Art. 10 GG zwar nicht konstitutiv, gerade für Eingriff in das Fernmeldegeheimnis aber typisch ist und die Schwere des Eingriffs deutlich erhöht.“

⁹¹ BVerfGE 124, 43, 72.

⁹² Peters NZWiSt 2017, 465, 470 f.

⁹³ Zur Heimlichkeit von Ermittlungsmaßnahmen Heghmanns, in: Festschrift für Eisenberg, 2009, S. 511, der herausarbeitet, dass der Verweis auf die qua Heimlichkeit gesteigerte Eingriffsintensität häufig allein die Beeinträchtigung strafprozessualer Abwehrmöglichkeiten betrifft (S. 519).

⁹⁴ Vgl. Beulke/Swoboda, StPO, 15. Aufl. (2020), Rn. 356; auch Zöller StraFo 2008, 15, 17 f.

⁹⁵ S. § 100e Abs. 1 StPO.

b) Besondere Schutzwürdigkeit qua heimlichen Vorgehens

Was aber, wenn die Eingriffsvoraussetzungen für einen subsidiären, verdeckten Zugriff vorliegen? Bejahen die Strafverfolgungsbehörden die Eingriffsvoraussetzungen, so erfordert die heimliche Vorgehensweise die besondere Beachtung der daraus resultierenden Eingriffstiefe und folglich eine enge Beschränkung der Belastungen, die sich (auch) durch die fehlende Offenheit ergeben.⁹⁶ Zum einen bedeutet dies, dass der Eingriff streng zu begrenzen ist,⁹⁷ und zwar noch strenger als dies angesichts der potentiell enormen Datenmengen eines E-Mail-Bestandes bereits bei der offenen Beschlagnahme nötig ist. Auf die Wichtigkeit einer solchen Begrenzung weist auch das Europaparlament in der im Entstehen befindlichen E-Evidence-Verordnung hin: Anfragen an den Provider zur Herausgabe von elektronischen Informationen, so die Anmerkung des Parlaments, müssten bezogen auf den Zeitraum engst möglich begrenzt sein („tailored as narrowly as possible“, Art. 5 Abs. 5 lit. e VO-E).⁹⁸ Zum anderen erfordert das ausnahmsweise heimliche Vorgehen der Strafverfolgung, die sich daraus ergebenden Beschränkungen der Verteidigungsmöglichkeit möglichst weitgehend durch Benachrichtigung und die Gewährung nachträglichen Rechtsschutzes zu kompensieren. Ein solcher wirksamer nachträglicher Rechtsschutz impliziert unter anderem, die hier bestehenden besondere Rechtsbehelfe (§ 101 Abs. 7 S. 2 StPO), die ein Rechtsschutzbedürfnis als gegeben fingieren, nicht dergestalt auszulegen, dass sie den generellen Rechtsbehelf nach § 98 Abs. 2 S. 2 StPO verdrängen; denn die besonderen Rechtsbehelfe sollen doch gerade der *Verbesserung* der Rechtsschutzmöglichkeiten dienen.⁹⁹ Zur Gewährung effektiven nachträglichen Rechtsschutzes gehört zudem, dass bei rechtswidrig erlangter Information ein effektives Beweisverwertungsverbot greift. Die für ein Beweisverwertungsverbot aufgestellte Voraussetzung von Willkür oder grober Fehlerhaftigkeit seitens der Strafverfolgungsbehörden, die auch bezüglich der Einhaltung der Subsidiaritätsklausel gelten soll,¹⁰⁰ ist insofern als allzu großzügige Richtschnur zu bemängeln.

V. Kritik des § 95a StPO

Mit Blick auf die soeben dargelegte Subsidiarität verdeckter Maßnahmen gegenüber dem offenen Ermittlungshandeln (s.o. IV.3a) erweist sich der völlig überraschend¹⁰¹ vorgeschlagene und kürzlich verabschiedete § 95a

⁹⁶ Vgl. zur Eingriffsschwere und Rechtsschutzbescheidung bereits Valerius JZ 2007, 275, 278 f.

⁹⁷ Vgl. zur Notwendigkeit einer gesetzlichen Selektionsregelung angesichts der enormen Datenmengen bereits Neuhöfer, Der Zugriff auf serverbasiert gespeicherte E-Mails beim Provider, 2011, 93 ff.

⁹⁸ Abschlussbericht des EP/LIBE über den Vorschlag für eine Verordnung des Europäischen Parlaments und des Rates über Europäische Herausgabeanordnungen und Sicherungsanordnungen für elektronische Beweismittel in Strafsachen, A9-0256/2020 v. 11.12.2020, PE642.987v02-00, Art. 5 Abs. 5 lit. e VO-E.

⁹⁹ So ausf. Burghardt HRRS 2009, 567, 569 ff.

¹⁰⁰ S. MK-StPO/Günther, 2014, § 100a Rn. 199 f.

¹⁰¹ Kritik an der kurzfristigen Einführung und der Verhinderung einer kritischen Fachdiskussion bei BRAK, Stellungnahme Nr. 21, Februar 2021, S. 4 f.

StPO¹⁰² als bedenklich.¹⁰³ Denn diese Vorschrift bricht mit der zweigleisigen Struktur, wonach ein *offener* Zugriff über die Maßnahme der Beschlagnahme zulässig ist, eine *verdeckte* Überwachung hingegen nur unter den Voraussetzungen des § 100a StPO gestattet ist. Die neue Regelung des § 95a StPO erlaubt den Strafverfolgern nun, die Mitteilung über eine Beschlagnahme, die bei einem Dritten (hier: dem Provider) stattfindet, gegenüber der davon betroffenen Person (hier: der E-Mail-nutzenden Person) *zurückzustellen*.¹⁰⁴ Zwar sieht der Gesetzgeber eine solche Zurückstellung der Benachrichtigung auch als eingriffssensitivere Maßnahme an, weshalb für die Zulässigkeit der Zurückstellung der Katalog des § 100a als „Orientierungshilfe“ dienen sollte.¹⁰⁵ Allerdings sei zum Erhalt der „Flexibilität“¹⁰⁶ nicht unbedingt eine Katalogtat im Sinne des § 100a Abs. 2 StPO zu fordern, vielmehr, so der Wortlaut der Norm, genügt der Verdacht einer Straftat „von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung“ (§ 95a Abs. 1 Nr. 1 StPO). Die Hürde einer Straftat „von erheblicher Bedeutung“ ist nach vorherrschender Auslegung regelmäßig bereits bei einer Straftat genommen, die im Höchstmaß mit über zwei Jahren sanktionierbar ist.¹⁰⁷ Durch die Einführung des § 95a StPO wird damit den Strafverfolgungsbehörden in umfassender Weise der de facto heimliche Zugriff eröffnet, ohne dass die strengen Erfordernisse des § 100a-Katalogs (beziehungsweise soweit es nicht um Telekommunikation geht, die Voraussetzungen des § 100b StPO) erfüllt sein müssen.¹⁰⁸ Damit hat der Gesetzgeber den rechtsstaatlichen Standard bezüglich heimlicher Ermittlungsbefugnisse erheblich abgesenkt.¹⁰⁹

Als Begründung führt der Gesetzgeber an, dass die Beschlagnahme nach § 94 StPO gemeinsam mit der Zurückstellung der Benachrichtigung gem. § 95a StPO eben

doch als partiell offene Maßnahme zu qualifizieren sei, da der Provider von der Beschlagnahme unterrichtet werde.¹¹⁰ Dies überzeugt nicht. Denn der Provider kann – unter Androhung von Ordnungs- und Zwangsmitteln – zur Verschwiegenheit verpflichtet werden (§ 95a Abs. 6 StPO). Die Offenheit gegenüber dem Provider ändert daher für die betroffene Person offensichtlich nichts daran, dass sie nicht in der Lage ist, bestehende (Verteidigungs-)Rechte frühzeitig auszuüben.¹¹¹ Ihr bleibt lediglich der nachträgliche Rechtsschutz (s. § 95a Abs. 5 StPO). Bis freilich diese Gelegenheit auf diesen nachträglichen Rechtsschutz besteht, kann einige Zeit vergehen (vgl. zur Befristung der Zurückstellung § 95a Abs. 2 StPO), zumal die Benachrichtigung des Beschuldigten erst dann erfolgt, wenn die Benachrichtigung „ohne Gefährdung des Untersuchungszweckes möglich ist“, § 95a Abs. 4 S. 1 StPO. Die dadurch entstandene neue Ermittlungsmaßnahme, Beschlagnahme unter Zurückstellung der Benachrichtigung, ist aus Beschuldigtensicht also eindeutig eine verdeckte.

Aus rechtstaatlicher Sicht ist diese Absenkung der Eingriffsschwellen für faktisch heimliches Ermittlungsvorgehen zu kritisieren. Bedenkt man, dass das Bundesverfassungsgericht die Verhältnismäßigkeit der Eingriffsnorm des § 94 StPO für E-Mails gerade damit begründet hat, dass es sich um einen nicht-heimlichen Eingriff handele (s.o. II., dritte Aussage), erscheint die Regelung verfassungsrechtlich fragwürdig. Ob die vom Gesetzgeber eingefügte Voraussetzung der Straftat „von erheblicher Bedeutung“ sowie die Möglichkeit nachträglichen Rechtsschutzes den Ausschlag für eine noch verhältnismäßige Maßnahme abzugeben geeignet ist, erscheint zweifelhaft. Jedenfalls aber ist bei der Auslegung der Norm die hier dargelegte Subsidiarität heimlichen Vorgehens und die besonderen Schutzwürdigkeit qua heimlichen Vorgehens (s. III.3.) zu beachten. Mit Blick auf die Eingriffsvoraussetzungen spricht dies für eine enge, an § 100a StPO orientierte Auslegung der Vorschrift einschließlich der Beachtung der strengen Subsidiaritätsklausel, mit Blick auf die Ebene des Rechtsschutzes spricht dies für eine besondere Berücksichtigung der Eingriffstiefe inklusive der Entwicklung von Beweisverwertungsverbote.

VI. Fazit

Die Auslegung des 5. Strafsenats ist im Ergebnis überzeugend: Auf E-Mails, die beim Provider gespeichert¹¹² sind, kann gemäß § 100a StPO zugegriffen werden. Dieser *verdeckte* Zugriff steht, sofern man dem Bundesverfassungsgericht folgt, in Ergänzung zum *offenen* Zugriff gem.

¹⁰² BGBl. I 2021 S. 2099. Vorausgehend der Gesetzentwurf der Bundesregierung, Entwurf eines Gesetzes zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften, BT-Drs. 19/27654. Begrüßend *Moldenhauer*, Stellungnahme vom 14. April 2021 (mit dem Verweis darauf, dass der verdeckte Zugriff gem. der hier behandelten Entscheidung über § 100a StPO bei inaktiven E-Mailkonten versage, § 95a StPO insofern nötig sei). Weitere Stellungnahmen finden sich unter kripoz.de/2020/11/13/gesetzes-zur-fortentwicklung-der-straafprozessordnung-und-zur-aenderung-weiterer-vorschriften/ (abgerufen am 26.8.2021).

¹⁰³ Krit. *Hiéramente*, netzpolitik.org/2021/beschlagnahme-von-e-mails-in-aller-heimlichkeit (abgerufen am 26.8.2021).

¹⁰⁴ Vgl. bereits zur Kritik an den zu großzügigen Zurückstellungsmöglichkeiten der Benachrichtigung (im Rahmen des § 101 StPO) *Zöller* StraFo 2008, 15, 24.

¹⁰⁵ BT-Drs. 19/27654, S. 62.

¹⁰⁶ BT-Drs. 19/27654, S. 62. § 95a Abs. 1 Nr. 1 StPO sieht allerdings vor, dass die Anlasstat auch im konkreten Einzelfall von erheblicher Bedeutung sein muss (ebd.).

¹⁰⁷ Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler, StPO, 64. Aufl. (2021), § 98a Rn. 5.

¹⁰⁸ Krit. *Hiéramente*, netzpolitik.org/2021/beschlagnahme-von-e-mails-in-aller-heimlichkeit (abgerufen am 26.8.2021).

¹⁰⁹ Immerhin sieht § 95a Abs. 1 Nr. 2 StPO eine Subsidiaritätsklausel in Entsprechung zu § 100a Abs. 1 S. 1 Nr. 3 StPO vor, auf die der Gesetzentwurf explizit betont, BT-Drs. 19/27654, S. 63. S. zur engen Auslegung der strengen Subsidiaritätsklausel, wonach im Regelfall Aussichtslosigkeit der Erforschung auf anderem Wege zu fordern sei, BeckOK-StPO/*Gerhold*, 40. Ed. (1.7.2021), § 95a Rn. 12.

¹¹⁰ „Zudem ist vorgesehen, dass die Maßnahme nicht – wie etwa die Online-Durchsuchung oder die Quellen-Telekommunikationsüberwachung – vollständig verdeckt erfolgt. Vielmehr ist die Beschlagnahme für den unmittelbar betroffenen Gewahrsamsinhaber weiterhin offen ausgestaltet; ihm stehen sofortigen [!] Rechtsschutzmöglichkeiten.“ BT-Drs. 19/27654, S. 61.

¹¹¹ Krit. zur Beschränkung der Verteidigung BRAK, Stellungnahme Nr. 21, Februar 2021, S. 7 f.

¹¹² Für die Phase der Zwischenspeicherung gilt dies erst recht, s. dazu Fn. 6.

§ 94 StPO. Dabei darf allerdings nicht der Eindruck eines austauschbaren Ergänzungsverhältnisses entstehen. Wegen der Heimlichkeit des Vorgehens nach § 100a StPO ist die betroffene Person nämlich besonders schutzwürdig. Daraus folgt erstens, dass die Subsidiarität heimlichen Vorgehens streng zu beachten ist. Halten die Strafverfolgungsbehörden die Voraussetzungen für verdecktes Vorgehen dennoch für erfüllt, so ist zweitens der qua Heimlichkeit besonders schwere Eingriff streng begrenzt zu halten und die qua Heimlichkeit beschränkte Verteidigungsmöglichkeit durch effektiven nachträglichen Rechtsschutz so weit als möglich zu kompensieren. Diese

besondere Schutzwürdigkeit ist in der prozessualen Praxis noch stärker als bisher einzufordern.

Das bestehende Regelwerk der StPO sieht daher in ausgewogener Weise Ermittlungsbefugnisse zur Verfügung. Der jüngst eingeführte § 95a StPO bricht mit dem bestehenden Verhältnis von *offener* Beschlagnahme und *verdeckter* Überwachung, ist als Absenkung rechtsstaatlicher Standards als verfassungsrechtlich bedenklich zu kritisieren und bedarf mit Blick auf die durch ihn gestattete Heimlichkeit jedenfalls einer begrenzenden Auslegung.

Aufsätze und Anmerkungen

Der Zugriff auf beim Provider (end-) gespeicherter E-Mails

Besprechung des Beschlusses BGH HRRS 2021 Nr. 32

Von Wiss. Mit. Florian Nicolai, Erlangen-Nürnberg*

I. Hinführung

Mangels expliziter Regelung in der StPO zum Zugriff auf E-Mails existiert eine beständige Diskussion über die Wahl der richtigen Ermittlungsmaßnahme. Die Beantwortung der Frage, wie hier vorgegangen werden darf, unterscheidet sich u.a. danach, ob der E-Mailverkehr von Art. 10 GG geschützt ist. Hierfür nehmen Rspr. und Lit. eine Einteilung des Mailversands in verschiedene Stadien vor, in denen die Antwort auf vorstehende Frage unterschiedlich lauten kann.¹ Die vorliegende Entscheidung des BGH behandelt die Frage, mit welcher Eingriffsnorm Ermittlungsbehörden auf solche E-Mails zugreifen können, die beim Provider gespeichert sind. Bereits im Jahr 2009 hat der BGH die §§ 94 ff. StPO als Normen für diese Maßnahme gebilligt.² Das BVerfG entschied, dass

die §§ 94 ff. StPO die verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Eingriffsnorm in Art. 10 GG erfüllen.³ Im hier besprochenen Urteil benennt der 5. Strafsenat § 100a Abs. 1 S. 1 StPO als richtige Grundlage für diese Maßnahme, die jedoch parallel zu den §§ 94 ff. StPO zum Zugriff auf Mails in diesem Stadium bestünde. Dem ist so nicht zuzustimmen.

II. Der Zugriff auf beim Provider gespeicherte E-Mails

Die Revisionsführer hatten auf ein Urteil des LG Hamburg hin, in dem sie wegen Marktmanipulation in fünf Fällen zu Freiheitsstrafen von 3 bzw. 4 Jahren verurteilt worden waren, mit der Revision u.a. gerügt, das LG habe rechtswidrig bei dem E-Mailprovider gespeicherte E-Mails verwertet, die bereits vor der Anordnung der Überwachung des betreffenden E-Mail-Accounts nach § 100a Abs. 1 a.F. StPO versandt worden seien. Der 5. Strafsenat hat die Revision mit der Begründung verworfen, § 100a Abs. 1 S. 1 StPO stelle eine ausreichende Eingriffsgrundlage für den Zugriff auf beim Provider gespeicherte E-Mailkorrespondenz dar, und zwar auch dann, wenn die Mails sich bereits zur Endspeicherung nach Kenntnisnahme durch den Empfänger auf dem

* Der Verf. ist wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Strafrecht, Strafprozessrecht und Kriminologie der Friedrich-Alexander-Universität Erlangen-Nürnberg (Prof. Dr. Hans Kudlich, Prof. Dr. Gabriele Kett-Straub). Die hier dokumentierten Arbeiten wurden gefördert mit Mitteln der Deutschen Forschungsgemeinschaft (DFG) als Teil des Graduiertenkollegs 2475 "Cyberkriminalität und Forensische Informatik" (Projektnummer 393541319/GRK2475/1-2019).

¹ Zu den Stadien des Mailversandes s. Brodowski JR 2009, 402; BeckOK-StPO/Graf, 39. Ed., 01.01.2021, § 100a Rn. 55 ff.

² BGH NJW 2009, 1828 = HRRS 2009 Nr. 419; zum heimlichen Zugriff auf Daten einer Mailbox s. Kudlich JuS 1998, 209 sowie Jäger StV 2002, 243; instruktiv zu den Maßnah-

men der StPO im „digitalen Zeitalter“ Ruppert JURA 2018, 994 ff.

³ BVerfGE 124, 43 = HRRS 2009 Nr. 800.

Server des Mailproviders befinden (Rn. 14 f. der Entsch.).

1. Der zweifelhafte Kunstgriff des BGH: Parallele Anwendung von § 94 und § 100a StPO?

Bemerkenswert ist dabei weniger, dass der Senat § 100a Abs. 1 S. 1 StPO als Rechtsgrundlage für den ermittelungsbehördlichen Zugriff auf E-Mails beim Provider billigt und in diesem Zuge bestätigt, dass es sich auch bei sog. ruhenden E-Mails um von Art. 10 GG geschützte Telekommunikation handelt.⁴ Auffällig ist vielmehr, dass der Senat bemüht ist, früheren Entscheidungen, in denen für den Zugriff auf beim Provider gespeicherte E-Mails die §§ 94 ff. StPO bemüht wurden, nicht zu widersprechen und damit eine Anfrage nach § 132 Abs. 3 GVG sowie eine Divergenzvorlage nach § 132 Abs. 2 GVG nicht notwendig werden zu lassen. Vielmehr wird in der Entscheidung ein im Ergebnis nicht zustimmungswürdiges Nebeneinander beider Maßnahmen konstruiert und begründet.

2. § 100a Abs. 1 S. 1 StPO als Zugriffsnorm

§ 100a Abs. 1 S. 1 StPO kann die richtige Maßnahme darstellen, um auf bereits gelesene E-Mails zuzugreifen.

a) Der Senat stellt zurecht fest, dass auch beim Provider zwischen- und endgelagerte E-Mails dem besonderen Schutz des Art. 10 GG unterfallen. Das Telekommunikationsgeheimnis aus Art. 10 GG schützt den Verlust der Kontrolle über den Übertragungsvorgang durch Absender und Empfänger sowie die eingeschränkte Beherrschbarkeit der Privatsphäre.⁵ Die Beteiligten des Kommunikationsvorgangs sollen so gestellt werden, als kommunizierten Anwesende miteinander.⁶ Damit sind auch solche E-Mails vom Telekommunikationsgeheimnis geschützt, die bereits gelesen sind und nun zur Endspeicherung beim Provider liegen.⁷ Entscheidend hierfür ist nämlich, dass die E-Mails sich auch nach dem Lesen nicht im Herrschaftsbereich des Empfängers befinden, mithin die spezifischen Risiken der Telekommunikation, denen durch Art. 10 GG und den erhöhten Eingriffsvoraussetzungen entgegengewirkt werden soll, fortbestehen.⁸ Hierfür sprechen nicht nur die tatsächlich begrenzten Einwirkungsmöglichkeiten des Empfängers, sondern auch die weiterhin fortbestehende faktische Beherrschbarkeit durch den Provider, der bspw. seinerseits die E-Mails löschen oder den Empfänger u.U. von seiner Einwirkung auf das Postfach ausschließen kann.⁹ Dass die Hürden der Überwachung durch den Beschuldigten damit selbst

erhöht werden können,¹⁰ indem er gelesene E-Mails ausschließlich auf dem Server des Providers speichert und diese zum Lesen stets erneut über eine Internetverbindung abrufen muss, vermag an der korrekten Einordnung als Telekommunikation nichts zu verändern, sondern kann vielmehr ein Argument für ein notwendiges Tätigwerden des Gesetzgebers zum Ermittlungszugriff auf E-Mails darstellen, für den die Ermittlungsbehörden z.T. unter höchstrichterlicher Billigung immer wieder fragwürdige Kunstgriffe vornehmen mussten, um zum gewünschten Ergebnis gelangen zu können.

b) Aus der Entscheidung geht nicht explizit hervor, wie genau der Zugriff erfolgte. Dafür, dass die E-Mails beim Vorgang des (erneuten) Abrufens vom Server auf das Endgerät des Empfängers geladen wurden und im Zuge dieses Telekommunikationsvorganges mit Hilfe des Providers gem. § 100a Abs. 4 StPO ausgeleitet worden sind – quasi in einer (wiederholten, weil schon gelesenen) Echtzeit-Kommunikation – könnte sprechen, dass der Senat der Rüge des zeitlichen Moments damit entgegentritt, bei der TKÜ nach Abs. 1 S. 1 StPO bestünde die in Abs. 5 festgelegte und für die Quellen-TKÜ (Abs. 1 S. 2, 3) geltende zeitliche Grenze nicht. Der Zugriff fände dann nämlich auf Kommunikationsinhalte statt, die bereits vor der Anordnung entstanden sind und sogar bereits gelesen wurden.

Sollten die Ermittler jedoch mithilfe des Providers punktuell auf E-Mails, die zur Zwischen- oder Endspeicherung auf dem Server des Providers lagerten, zugegriffen haben, ohne dass gerade ein Echtzeit-Abruf der Nachrichten stattfand, so wäre das Rügevorbringen gegen dieses Vorgehen aufgrund des Charakters der Maßnahme tatsächlich nachvollziehbar. Die Folge daraus kann jedoch nicht sein, dass die §§ 94 ff. StPO aufgrund einer Beschlagnahmeähnlichkeit¹¹ zum Mittel der Wahl werden (dazu s. gleich). Vielmehr wäre sodann die Frage danach zu stellen, ob entgegen den Ausführungen des Senats die zeitlichen Grenzen des Abs. 5 nicht auch in diesem Fall zu gelten haben, da das Vorgehen vielmehr einer sog. kleinen Online-Durchsuchung, § 100a Abs. 1 S. 3 StPO, (wenn nicht sogar der „großen“ Online-Durchsuchung nach § 100b StPO)¹² gleicht. Wenngleich man den gesamten Vorgang des E-Mailversandes als einen einheitlichen Telekommunikationsvorgang betrachten möchte, so lässt sich durchaus ein Unterschied feststellen, ob der Zugriff über die Ausleitung derjenigen E-Mails erfolgt, die gerade aktiv vom Nutzer abgerufen werden oder ob man per § 100a Abs. 1 S. 1 StPO auf alle zwischen- oder endgespeicherten E-Mails zugreifen kann. Die in der Entscheidung richtige (und eigentlich erfreuliche) Annahme, auch endgespeicherte E-Mails unterfielen einem noch nicht abgeschlossenen Telekommunikationsvorgang, stünde bei letzterer Vorgehensweise jedoch in dem Licht, sie sei nur getroffen worden, um nicht den zeitli-

⁴ Vgl. ausf. zum Schutz solcher Mails durch Art. 10 GG Gaede StV 2009, 96, 97 f. m.w.N.

⁵ SK-StPO/Wohlers/Greco, Bd. II, 5. Aufl. (2016), § 94 Rn. 27, § 100a Rn. 33 a.E.

⁶ BVerfGE 100, 313, 363; BVerfGE 85, 386, 396.

⁷ BVerfGE 124, 43, 56 ff. = HRRS 2009 Nr. 800; Rn. 15 f. der hier bespr. Entscheidung.

⁸ BVerfGE 124, 43, 56 = HRRS 2009 Nr. 800, vgl. auch BVerfGE 120, 274, 307 f. = HRRS 2008 Nr. 160; Brodowski JR 2009, 402, 404.

⁹ Brodowski JR 2009, 402, 404.

¹⁰ Dies anführend aber BeckOK-StPO/Graf (Fn.1), § 100a Rn. 60.

¹¹ S. ausf. hierzu Grözinger GA 2019, 441, 445 f., 451.

¹² Bei § 100b StPO geht es jedoch gerade nicht um Telekommunikationsvorgänge, vgl. ausf. Grözinger GA 2019, 441, 451 ff. Zum damit verbundenen Eingriff in das sog. „IT-Grundrecht“ s. HeidelbK-StPO/Gercke, 6. Aufl. (2019), § 100b Rn. 1 ff.

chen Grenzen des § 100a Abs. 1 S. 3, Abs. 5 StPO unterworfen zu sein.¹³

3. Mehr als Heimlichtuerei – Das Verhältnis von § 94 und § 100a StPO

Dass der *Senat* sodann die Annahme des § 100a StPO als richtige Eingriffsgrundlage nicht konsequent fortsetzt und einem Zugriff über § 94 StPO eine Absage erteilt, sondern aufwändig begründet, warum er § 94 StPO auf diese Konstellation weiter für anwendbar hält, verwäscht das eigentliche Verhältnis zwischen § 94 und § 100a StPO. Der *Senat* nimmt an, die Ermittlungsmaßnahmen stünden für den Zugriff auf beim Provider gespeicherte E-Mails in einem Nebeneinander, welches allein durch die Offenheit bzw. Heimlichkeit der Maßnahme zu scheiden sei, m.a.W.: Für einen heimlichen Zugriff auf beim Provider gespeicherte E-Mails sollen die Ermittlungsbehörden sich auf § 100a StPO stützen können, für einen offenen Zugriff genügen die kleineren Hürden der §§ 94 ff. StPO. Dieser Annahme kann im Ergebnis nicht gefolgt werden. Dass kriminalpolitisch dennoch ein Zugriff wünschenswert ist, vermag nichts an der Systematik der Ermittlungsmaßnahme zu ändern, sondern hält vielmehr den Gesetzgeber zum Tätigwerden an.

a) Die Möglichkeit des Nebeneinanders stützt der *Senat* auf die vielbeachtete Entscheidung des BVerfG,¹⁴ der zufolge die §§ 94 ff. StPO verfassungsgemäße Normen seien, um in durch Art. 10 GG geschützte Telekommunikation einzugreifen. Das Urteil des BVerfG ist jedoch zur Stützung dieser Annahme ungeeignet. Sofern der *Senat* – unter Bezugnahme auf die Entscheidung des BVerfG – annimmt, § 94 und 100a StPO ergänzen einander und schließen einander nicht gegenseitig aus, seien mithin also je nach Zugriffsmodus auf die beim Provider gespeicherten E-Mails anwendbar, verkennt er, dass aufgrund des eingeschränkten Prüfungsmaßstabs des BVerfG (keine Superrevisionsinstanz), die Festlegung dieser genuin strafprozessualen Systematik nicht gemeint sein kann.¹⁵ Vielmehr muss die Entscheidung des BVerfG so zu verstehen sein, dass die §§ 94 ff. StPO den verfassungsrechtlichen Anforderungen an eine Ermittlungsmaßnahme, die in durch Art. 10 GG geschützte Grundrechte eingreifen soll, genügen. Hieran ändert sich auch dadurch nichts, dass, so das BVerfG, sich aus der Gesamtsystematik der Eingriffsnormen des 8. Abschnitts der StPO nicht ergäbe, dass § 94 StPO keine Eingriffe in Art. 10 GG rechtfertigen solle.¹⁶ Dies ändert nämlich nichts an der strafprozessual-systematischen Unterwerfung der Telekommunikationsüberwachung unter den normierten Abwägungsvorgang des § 100a StPO. Die Frage nach dem einfachgesetzlich-stimmigen Lösungsweg (der ggf. zwi-

schen mehreren verfassungsgemäßen Wegen auszuwählen ist) bleibt den Fachgerichten überlassen.¹⁷

Darüber hinaus ist zweifelhaft, ob für § 94 StPO als Eingriffsnorm ohne normativ konkretisierte Verhältnismäßigkeitsprüfung die vom BVerfG postulierten Anforderungen an Normenklarheit und -bestimmtheit, mit Blick auf die Bedeutung des E-Mailverkehrs und im Lichte der engen §§ 99 f. sowie § 100a StPO, wirklich erfüllt wären.¹⁸ Auch eine Aufspaltung in gerade laufende Kommunikationsvorgänge und ruhende Kommunikationsvorgänge erscheint jedenfalls im vorliegenden Fall nicht sachgerecht.¹⁹ Denn die o.g. Gefahren, die durch den erhöhten Schutz des Art. 10 GG abgedeckt werden sollen, bestehen wie bereits dargelegt auch in diesem ruhenden Stadium. So mag sich zwar ein Zugriff auf die E-Mail während der Ruhephase noch eher wie eine tatsächliche Beschlagnahme „anföhlen“ und daher auf den ersten Blick weniger schwer wiegen als das Abfangen der Mail beim Abruf derselben durch den Empfänger. Da die Sensibilität der Telekommunikation jedoch auch in der Ruhephase vorliegt und damit gerade dem Telos des § 100a StPO entspricht, ist eine künstliche Spaltung des Kommunikationsvorganges zu vermeiden.

b) Doch auch das grundsätzliche Verhältnis von § 94 zu § 100a StPO streitet gegen die parallele Anwendung der Normen.

aa) Die strenge Distinktion durch das Merkmal der Heimlichkeit wäre nämlich – wenn überhaupt – nur dann sachgerecht, wenn die Heimlichkeit der Maßnahme *einziges* Merkmal der höheren Eingriffsintensität durch § 100a StPO im Vergleich zu § 94 StPO wäre. Dem ist jedoch nicht zuzustimmen. Richtig ist, dass das durch § 100a StPO legitimierte heimliche Vorgehen *ein* Aspekt ist, der zu erhöhten Eingriffshürden führen muss. Auch wenn die §§ 161, 163 StPO als Ermittlungsgeneralklauseln leichtere Eingriffe in Grundrechte ermöglichen, so gilt vor allem ein Vorgehen der Ermittlungsbehörden ohne Wissen des Betroffenen als einer der entscheidenden Faktoren, die eine Regelung durch eine *lex specialis* erforderlich machen.²⁰ Die Heimlichkeit des Vorgehens allein führt jedoch nicht zu dem eng umgrenzten Anwendungsbereich des § 100a StPO. Vielmehr kommt in § 100a StPO zum Ausdruck, dass die Telekommunikationsüberwachung auch deshalb besonderer Eingriffs-schranken bedarf, weil durch sie ein Zugriff in den Kernbereich höchstpersönlicher Lebensführung möglich wird, der sich der Kontrolle des Grundrechtsträgers entzieht. Der sich aus den Umständen der Telekommunikation ergebende (s. zur *ratio legis* des Art. 10 GG bereits oben) vereinfachte Zugriff Dritter soll seine Schranken in einer umfassenden Verhältnismäßigkeitsprüfung finden. Diese ist in § 100a StPO gewissermaßen vornormiert und wirft zugunsten des Betroffenen nicht nur dessen Unwissen in die Waagschale. Darüber hinaus würde nur aufgrund der Offenheit der Maßnahme der in § 100a StPO festgelegte

¹³ Denn bei abgeschlossener, verschlüsselter Telekommunikation wäre sodann § 100a Abs. 1 S. 3 StPO die richtige Maßnahme, s. u.a. *Großmann* JA 2019 241, 243 f. m.w.N.; *Meyer-Goßner/Schmitt/Köhler*, 63. Aufl. (2020), § 100a Rn. 6b f., 14g.

¹⁴ BVerfGE 124, 43 = HRRS 2009 Nr. 800.

¹⁵ *Ausf. Brodowski* JR 2009, 402, 407.

¹⁶ BVerfGE 124, 43, 59 ff., 63 = HRRS 2009 Nr. 800.

¹⁷ S. erneut *Brodowski* JR 2009, 402, 407.

¹⁸ *Ausf. Brodowski* JR 2009, 402, 406.

¹⁹ S. auch *Gaede* StV 2009, 96, 98; a.A. wohl zumindest unter verfassungsrechtlichen Gesichtspunkten BVerfGE 124, 43, 63 = HRRS 2009 Nr. 800; *BeckOK-StPO/Graf* (Fn.1), § 100a Rn. 52.

²⁰ *Ausf. Bernsmann/Jansen* StV 1998, 21.

Kernbereichsschutz durch einen Rückgriff auf § 94 StPO aufgeweicht, in den §§ 94 ff. StPO finden sich jedoch die im Urteil des BVerfG²¹ geforderten „Vorkehrungen zum Schutz individueller Entfaltung im Kernbereich privater Lebensgestaltung“ gerade nicht.²² Auch der vom BGH schon vorgenommene Kunstgriff über § 99 StPO vermag hierüber nicht hinwegzuhelfen, da dessen Wortlaut seiner Anwendung auf E-Mailverkehr eindeutig entgegensteht.²³

bb) Dass die vom BGH postulierte Unterscheidung der Normen nicht sachgerecht ist, zeigt noch ein weiterer Umstand: Die Beschlagnahme über die §§ 94 ff. StPO beim Provider müsste wohl zunächst auch nur dem Provider gegenüber offen erfolgen, der als Betroffener das Antragsrecht des § 98 Abs. 2 S. 3 StPO inne hätte, nicht jedoch dem Empfänger der Mail.²⁴ In diese Richtung weist nun auch der – freilich zum Zeitpunkt der Entscheidung noch nicht in Kraft getretene – 95a StPO.²⁵ Dem Kommunikationsteilnehmer die Schranken des § 100a StPO zu nehmen und ihm „ausgleichend“ zuzugestehen, dass der Zugriff über die §§ 94 ff. StPO offen und nicht heimlich erfolge, weil er dem Provider gegenüber offengelegt wird, ist ein schlechtes Geschäft. Es kann nicht der Systematik der StPO entsprechen, den Schutz des Betroffenen über § 100a StPO davon abhängig zu machen, ob dem Provider – der wiederum nur in begrenztem Umfang Mitteilungspflichten an seinen Kunden hat – die Durchführung der dann heimlich-kollusiven Maßnahme offenbart wird. Selbst bei Anwendung der Informationsrechte auf den Kunden reichen diese nicht so weit wie diejenigen bei einer Maßnahme nach § 100a StPO.²⁶

cc) Des Weiteren würde die entstehende Möglichkeit der Zusammensetzung eigener Ermittlungsmethoden und Verhältnismäßigkeitsprüfungen nach dem Baukastenprinzip die Normativierung derselben in § 100a StPO ad

²¹ BVerfGE 124, 43, 69 = HRRS 2009 Nr. 800.

²² SK-StPO/Wohlers/Greco (Fn. 4), § 94 Rn. 27, 46a.

²³ So aber BGH NStZ 2009, 397; wie hier Kudlich JA 2009, 658; Gaede, StV 2009, 96, 99; KK-StPO/Greven, 8. Aufl. (2019), § 99 Rn. 7; HeidelbK-StPO/Gercke (Fn. 11), § 99 Rn. 2; vgl. hierzu auch Sieber Gutachten C zum Deutschen Juristentag 2012, C 110 f.

²⁴ So auch Brodowski, JR 2009, 402, 407; vgl. auch KK-StPO/Greven (Fn. 22), § 98 Rn. 18.

²⁵ Eingeführt durch das Gesetz zur Fortentwicklung der StPO und zur Änderung weiterer Vorschriften v. 25.06.2021 m.W.z. 1.7.2021, BGBl 2021 I 2099

²⁶ Vgl. auch Brodowski JR 2009, 402, 407.

absurdum führen.²⁷ Die Eingriffsvoraussetzungen des § 100a StPO wären geradezu überflüssig, wenn die Ermittlungsbehörden selbst Gewichte aus der Waagschale nehmen, die zum erhöhten Schutz des Betroffenen führen, um sodann selbst leichter die Maßnahme durchführen zu können. Wäre das im Sinne des Gesetzgebers und der Systematik der StPO, hätte § 100a StPO als Ermessensvorschrift mit (enumerativer) Nennung der für die Abwägung relevanten Umstände ausgestaltet werden müssen. Die Ausgestaltung des § 100a StPO und das Bündel an eingriffstiefenden Merkmalen verbieten jedoch eine solche teleologische Reduktion durch die Hintertür. Dass dies sogar dann gelten müsste, wenn die Heimlichkeit tatsächlich das einzige Unterscheidungsmerkmal wäre, wird dadurch deutlich, dass § 100a Abs. 1 S. 1 StPO explizit davon spricht, *auch* ohne Wissen des Betroffenen, könne die Telekommunikation überwacht werden, mithin § 100a StPO auch bei offener Maßnahme Anwendung finden könne.²⁸ Warum sollten die engen Voraussetzungen des § 100a StPO für offene Maßnahmen gelten, wenn § 94 StPO die offene Maßnahme ohnehin weniger Beschränkungen aussetzt?

III. Fazit

Der BGH scheint weiterhin gewillt, den Ermittlungsbehörden sowohl die §§ 94 ff. als auch § 100a Abs. 1 S. 1 StPO für den (punktuellen) Zugriff auf beim Provider gelagerte E-Mails an die Seite stellen zu wollen. Mag man dem Ergebnis der vorliegenden Entscheidung, § 100a StPO sei in diesem Stadium des Mailversands die richtige Norm, ggf. noch zustimmen, so ist die zugleich erfolgte Stütze der §§ 94 ff. StPO als gleichsam geeignete Maßnahme eine schwache. Sie verkürzt den Grundrechtsschutz des Art. 10 GG bisweilen willkürlich. Anstatt weiterhin zuzusehen, wie die Ermittlungsbehörden und Gerichte – aus einer gewissermaßen sogar nachzuvollziehenden Not heraus – zum Leidwesen aller Beteiligten auf nicht richtig passende Maßnahmen zurückgreifen, ist ein Tätigwerden des Gesetzgebers angezeigt, der explizite Regelungen für den strafprozessualen Zugriff auf E-Mails schaffen sollte. Bei der in diesem Zusammenhang gerne betonten Entwicklungsoffenheit der StPO, sollte durchaus im Hinterkopf behalten werden, dass diese nicht mantrahhaft heraufbeschworen werden kann. Sie muss tatsächlich in Gesetzesform gegossen werden.

²⁷ Vgl. in diesem Zusammenhang auch die Entscheidung des BGH zur damals noch nicht normierten Online-Durchsuchung, BGHSt 51, 211 = HRRS 2007 Nr. 197.

²⁸ Vgl. KK-StPO/Bruns (Fn. 22), § 100a Rn. 1.

Durchfuhr von Betäubungsmitteln – ja, gibt's denn sowas?

Von Rechtsanwalt Hans Meyer-Mews, Bremen

I. Statt einer Einleitung

Die Durchfuhr von Betäubungsmitteln hat in der (Verurteilungs-)Praxis der Gerichte eine nur geringe Bedeutung.¹ Warum das so ist, soll nachfolgend untersucht werden. Anstelle der üblichen Einführung wird die Problematik anhand eines Falles aus der Praxis vorgestellt. Das LG Rostock hat folgende Feststellungen getroffen:

„Der Angeklagte fuhr ... als Passagier eines Flixbusses nach Amsterdam. Dort erwarb er zu einem nicht näher bestimmbaran Zeitpunkt (...) von einer unbekannt gebliebenen Person Kokain mit einem Gesamtgewicht von 2.433,26 Gramm.

(...)

Danach begab sich der Angeklagte mit dem Kokain von Amsterdam nach Berlin, bestieg dort ... den Flixbus Berlin-Malmö/Schweden mit dem Reiseziel Kopenhagen. Der Angeklagte wollte das Kokain in Kopenhagen gewinnbringend veräußern (...).

Im Rostocker Überseehafen wurde der Flixbus ... im Rahmen ... der routinemäßigen Schwerpunktkontrolle ... durch Beamte des Hauptzollamtes ... kontrolliert. Im Rahmen dieser Zollkontrolle fanden die Zollbeamten im Reisekoffer des Angeklagten versteckt in der Kofferverkleidung das Kokain – abgepackt in sogenannten Bodypacks.“²

Das LG Rostock hat den Angeklagten wegen unerlaubter Einfuhr von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge in Tateinheit mit unerlaubtem Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und zehn Monaten verurteilt.

Der 6. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat die Revision des Angeklagten gem. § 349 II StPO verworfen.³ Eine Begründung enthält der Beschluss nicht.⁴ Im Rahmen der Sachrüge ist auch gerügt worden, dass das Landgericht

¹ Vgl. Wettley, in Bohnen/Schmidt (Hrsg.), BtMG, 2020, § 29, Rn. 544.

² LG Rostock, Urteil vom 05.06.2020 [18 KLs 51/20 (3)] S. 5. In diesem Verfahren war der Verfasser neben Rechtsanwalt Maximilian Rakow, Rostock, als Verteidiger tätig.

³ Beschl. vom 27.01.2021 – 6 StR 421/20. Auch im Revisionsverfahren war der Verf. als Revisionsverteidiger tätig.

⁴ Vgl. zur Begründung letztinstanzlicher Entscheidungen der Revisionsgerichte: von Döllen/Meyer-Mews, StV 2005, 4; Meyer-Mews StraFo 2007, 96.

den Revisionsführer nicht lediglich wegen Durchfuhr von Betäubungsmitteln verurteilt hat.⁵

II. Durchfuhr

Durchfuhr ist das Verbringen von Betäubungsmitteln durch deutsches Hoheitsgebiet.⁶ Erlaubt ist die Durchfuhr nur unter zollamtlicher Überwachung und nur, wenn die Betäubungsmittel während des Transports durch deutsches Hoheitsgebiet zu keiner Zeit dem Durchführenden oder einer dritten Person zur Verfügung stehen und der durch die Beförderung bedingte Aufenthalt auf die dafür notwendige Zeit beschränkt ist.⁷ Durchfuhr gem. § 29 I Nr. 5 BtMG ist weder der Oberbegriff von Ein- und Ausfuhr noch die Kombination von Ein- und Ausfuhr⁸, sondern ein eigenständiger Straftatbestand. Zwischen Einfuhr und Durchfuhr besteht daher auch keine Tateinheit gemäß § 52 StGB, denn Durchfuhr setzt Einfuhr und Ausfuhr tatbestandlich voraus. Und die Durchfuhr von BtM ist gerade unter der Voraussetzung des Besitzes während der Durchfuhr nach § 29 I Nr. 5 BtMG strafbar. Der Besitz ist somit eine der Strafbarkeitsvoraussetzungen der Durchfuhr. Besitz ist im Übrigen ein Auffangtatbestand⁹, der nur eingreift, wenn andere Straftatbestände nach dem BtMG nicht erfüllt sind. Die Bestrafung wegen Einfuhr kann in Fällen der Durchfuhr mithin nicht auf ungleichartige Tateinheit (§ 52 II 1 StGB) gestützt werden.

1. Das Gesetz

Der Blick ins Gesetz soll bekanntlich die Rechtskenntnis schärfen. Ein Blick in den § 29 I Nr. 5 BtMG vermittelt folgende Erkenntnisse zur Strafbarkeit der Durchfuhr von Betäubungsmitteln:

⁵ Gegen den Beschluss des BGH hat der Verurteilte Verfassungsbeschwerde erhoben. Die 2. Kammer des Zweiten Senats des BVerfG hat die Verfassungsbeschwerde durch Beschluss vom 08.08.2021 (2 BvR 497/21) nicht zur Entscheidung angenommen. Der Beschluss enthält keine Begründung.

⁶ Vgl. Kotz in Kotz/Rahlf (Hrsg.), Praxis des Betäubungsmittelstrafrechts (2013), S. 200, Rn. 204.

⁷ Vgl. BGH NJW 1974, 429.

⁸ Vgl. Wettley, in Bohnen/Schmidt, BtMG, 2020, § 11, Rn. 11.

⁹ Vgl. Eberth/Müller/Schütrumpf [Praxis der Strafverteidigung], Verteidigung in Betäubungsmittelsachen⁷, Rn. 112.

„(1) Mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe wird bestraft, wer

...
5. entgegen* § 11 I 2 Betäubungsmittel durchführt,
...“

Der § 11 I 2 BtMG hat folgenden Wortlaut:

„(1)¹(...).²Betäubungsmittel dürfen* durch den Geltungsbereich dieses Gesetzes nur unter zollamtlicher Überwachung ohne weiteren als den durch die Beförderung oder den Umschlag bedingten Aufenthalt und ohne dass das Betäubungsmittel zu irgendeinem Zeitpunkt während des Verbringens dem Durchführenden oder einer dritten Person tatsächlich zur Verfügung steht, durchgeführt werden.“

Die Strafschärfung des § 29a BtMG für nicht geringe Mengen von Betäubungsmitteln erstreckt sich nicht auf die Fälle der Durchfuhr. Mit Geldstrafe oder mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren wird mithin auch der bestraft, der Betäubungsmittel in nicht geringer Menge durchführt.

Betäubungsmittel dürfen nach § 11 I 2 BtMG *legal* durch das Bundesgebiet nur unter zollamtlicher Überwachung ohne weiteren als den durch die Beförderung oder den Umschlag bedingten Aufenthalt und ohne dass das Betäubungsmittel zu irgendeinem Zeitpunkt während des Verbringens dem Durchführenden oder einer dritten Person tatsächlich zur Verfügung steht, durchgeführt werden. Wer entgegen diesen Bestimmungen Betäubungsmittel durchführt, wird nach § 29 I Nr. 5 BtMG bestraft.

Der Gesetzgeber hat mithin zwischen legaler Durchfuhr unter den Voraussetzungen des § 11 I 2 BtMG und der als Vergehen strafbaren Durchfuhr unterschieden; er hat dabei jede ungesetzliche Durchfuhr als Vergehen unter Strafe gestellt. Erfolgt die Durchfuhr entgegen § 11 I 2 BtMG

- ohne zollamtliche Überwachung oder
- mit weiteren nicht durch die Beförderung oder den Umschlag bedingten Aufenthalt oder
- in der Weise, dass das Betäubungsmittel zu irgendeinem Zeitpunkt während des Verbringens dem Durchführenden oder einer dritten Person tatsächlich zur Verfügung steht,

so ist die Durchfuhr ungesetzlich und zugleich gem. § 29 I Nr. 5 BtMG als Vergehen strafbar und danach mit einer Höchststrafe von fünf Jahren bedroht. Jede andere Auslegung ist mit dem Wortlaut des Gesetzes unvereinbar.¹⁰

2. Die herrschende Meinung

Nach hM soll sich allerdings aus § 2 II BtMG ergeben, dass das (im Sinne von *jedes*) Verbringen eines Betäubungsmittels in den Geltungsbereich des BtMG grund-

* Hervorhebung durch den Verfasser.

* Hervorhebung durch den Verfasser.

¹⁰ So aber u. a. Eberth/Müller/Schütrumpf, a. a. O., Rn. 128.

sätzlich den Tatbestand der Einfuhr erfülle.¹¹ Denn nach § 2 II BtMG steht jedes sonstige Verbringen in den oder aus dem Geltungsbereich des BtMG der Ein- oder Ausfuhr gleich.¹²

Werde ein Betäubungsmittel dagegen nur durch den Geltungsbereich des BtMG befördert und geschehe dies ohne weiteren als den durch die Beförderung oder den Umschlag bedingten Aufenthalt und ohne dass es zu irgendeinem Zeitpunkt während des Verbringens dem Durchführenden oder einer dritten Person tatsächlich zur Verfügung stehe, begründe dies nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs den Tatbestand der (strafbaren) Durchfuhr.¹³ Danach ist die nach § 29 I Nr. 5 BtMG *strafbare* Durchfuhr von Betäubungsmitteln eine Durchfuhr unter den Voraussetzungen des § 11 I S. 2 BtMG, die jedoch ohne zollamtliche Genehmigung erfolgt. Diese Auslegung lässt sich mit dem Wortlaut des Gesetzes nicht vereinbaren.

Der in § 11 I 2 BtMG geregelte Sachverhalt bildet eine Ausnahme von § 2 II BtMG. Er geht dem § 2 II BtMG als *Lex specialis* vor. Da die Strafbarkeit wegen Durchfuhr der Strafbarkeit wegen Einfuhr somit vorgeht¹⁴, kann es namentlich nicht darauf ankommen, ob der Täter – was in dem eingangs vorgestellten Fall noch nicht einmal festgestellt worden ist – während der Durchfuhr durch das Bundesgebiet (tatsächlichen) Zugriff¹⁵ auf die von ihm durchgeführten Betäubungsmittel hatte und sich sein Aufenthalt im Bundesgebiet auf das durch die Erfordernisse der Beförderung absolut notwendige Mindestmaß beschränkte.

Wer Betäubungsmittel ein- durch- oder ausführt, macht sich grundsätzlich wegen Bannbruch gemäß § 372 I AO strafbar. Bannbruch ist ein Auffangtatbestand, der nur eingreift, wenn die Tat nicht nach einem anderen Gesetz strafbar ist. Die Strafbarkeit der Durchfuhr von Betäubungsmitteln nach § 372 II AO tritt deswegen zurück, weil der Täter gemäß §§ 29 ff. BtMG bestraft werden kann. *Durchfuhr* ist in den Fällen des § 372 AO das Verbringen von Gegenständen, ohne dass diese Gegenstände in dem Gebiet, in dem die Durchfuhr stattfindet, in den freien Verkehr gelangen.¹⁶ Nach der Legaldefinition des § 2 IX Nr. 1 AWG ist *Durchfuhr* die Beförderung von Waren aus dem Ausland durch das Inland, ohne dass die Waren im Inland in den zollrechtlich freien Verkehr gelangen. Die subsidiäre Strafbarkeit der *Durchfuhr* nach § 372 AO, der sowohl Straftaten nach dem Außenwirtschaftsgesetz als auch Straftaten nach § 29 BtMG unterliegen, bringt es mit sich, dass der Rechtsbegriff *Durchfuhr* im Betäubungsmittelstrafrecht die Auslegung findet und die Bedeutung hat, die ihm auch im Außenwirt-

¹¹ Vgl. BGH, Urteil vom 04.05.1983 – 2 StR 661/82, Rn. 6 = BGHSt 31, 374, 375f.

¹² Vgl. BGH, a. a. O.

¹³ Vgl. BGH, a. a. O.

¹⁴ Vgl. Wettley, in Bohnen/Schmidt (Hrsg.), a. a. O., § 29, Rn. 574.

¹⁵ Vgl. zur Frage, ob die abstrakte Zugriffsmöglichkeit genügt, Kotz, in Kotz/Rahlf, a. a. O., S. 205, Vgl. Wettley, in Bohnen/Schmidt (Hrsg.), a. a. O., § 29, Rn. 574.

¹⁵ Vgl. zur Frage, ob die abstrakte Zugriffsmöglichkeit genügt, Kotz, in Kotz/Rahlf, a. a. O., Rn. 200 m. w. N.

¹⁶ Vgl. Jäger, in Klein, AO¹⁵, § 372 Rn. 9.

schaftsgesetz zukommt. Entgegen der Ansicht des Bundesgerichtshofs ist der Rechtsbegriff Durchfuhr mithin sehr wohl legaldefiniert, wenn auch nicht im BtMG.

Vor der Entscheidung darüber, ob – ausnahmsweise – eine strafbare Durchführung gem. § 29 I Nr. 5 BtMG vorliegt, hat der Tatrichter nach der Rechtsprechung des BGH positive Feststellungen dazu zu treffen, ob der Täter die Verfügungsmacht über die BtM während der Durchführung hatte.¹⁷ Daran fehlte es in dem eingangs vorgestellten Fall zugrunde liegenden Urteil. Dieser Mangel dürfte auch sonst Urteilen, denen ein vergleichbarer Sachverhalt zugrunde liegt, anhaften.

III. Das Bestimmtheitsgebot

1. Die Rechtsprechung des BVerfG zum Bestimmtheitsgebot

Auch der noch so enthusiastische Verfechter der zum Betäubungsmittelstrafrecht herausgebildeten hM wird sich kaum der Erkenntnis verschließen können, dass das Gesamtgebilde der hierzu ergangenen Rechtsprechung dem aus Art. 103 II GG abgeleiteten Bestimmtheitsgebot genügen muss.

Die Bedeutung des Art. 103 II GG erschöpft sich nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG nicht im Verbot der gewohnheitsrechtlichen oder rückwirkenden Straf Begründung. Art. 103 II GG enthält für die Gesetzgebung ein striktes Bestimmtheitsgebot.¹⁸ Dadurch soll sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber selbst abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet. Insoweit enthält Art. 103 II GG einen strengen Gesetzesvorbehalt, der es der vollziehenden und rechtsprechenden Gewalt verwehrt, die normativen Voraussetzungen einer Bestrafung festzulegen.¹⁹ Zudem hat Art. 103 II GG nach ständiger Rechtsprechung des BVerfG eine freiheitsgewährleistende Funktion.²⁰ Jeder Teilnehmer am Rechtsverkehr soll danach vorhersehen können, welches Verhalten mit Strafe bedroht ist und in welchem Rahmen er mit einer Bestrafung nach welcher Norm zu rechnen hat. Der Tatbestand eines Gesetzes muss mithin so klar und unmissverständlich umschrieben sein, dass der Betroffene die Rechtslage erkennen und sein Verhalten danach bestimmen kann.²¹

Die allgemeinen rechtsstaatlichen Grundsätze, nach denen der Gesetzgeber im Bereich der Grundrechtsausübung alle wesentlichen Entscheidungen selbst treffen²² und Rechtsvorschriften so genau fassen muss, wie dies

nach der Eigenart der zu ordnenden Lebenssachverhalte mit Rücksicht auf den Normzweck möglich ist²³, gelten danach für den grundrechtssensiblen Bereich des materiellen Strafrechts in besonders strikter Weise.²⁴ Das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 II GG verlangt daher, den Wortlaut von Strafnormen so zu fassen, dass der Normadressat im Regelfall bereits anhand des Wortlauts der gesetzlichen Vorschrift voraussehen kann, ob ein Verhalten strafbar ist oder nicht.²⁵

Allerdings muss der Gesetzgeber den „Tatbestand nicht stets vollständig im förmlichen Gesetz umschreiben, sondern darf auf andere Vorschriften verweisen. Solche Verweisungen sind als vielfach übliche und notwendige gesetzestechnische Methode anerkannt, sofern die Verweisungsnorm hinreichend klar erkennen lässt, welche Vorschriften im Einzelnen gelten sollen, und wenn diese Vorschriften dem Normadressaten durch eine frühere ordnungsgemäße Veröffentlichung zugänglich sind (...).“²⁶ Von dieser Möglichkeit hat der Gesetzgeber durch seine Verweisung auf § 11 I 2 BtMG Gebrauch gemacht. Die Verweisung ist normenklar und lässt keinen Spielraum für eine Rechtsvermutung im Sinne von *in dubio contra reum*. Insbesondere handelt es sich nicht um eine die Bestimmtheit des Gesetzes berührende Ketten- oder Kaskadenverweisung, die der EuGH im Verbraucherrecht für unzulässig erklärt hat.²⁷

Diesen durch die Rechtsprechung des BVerfG herausgebildeten Mindestanforderungen genügt zwar die Gesetzeslage, nicht aber die insoweit doch recht „freihändige“ Rechtsprechung des BGH zur Durchführung von Betäubungsmitteln. Der BGH hat den Vorrang des spezielleren Gesetzes ebenso wenig beachtet (Vorrang der §§ 29 I Nr. 5, 11 I 2 BtMG gegenüber dem § 2 BtMG), wie die im Sinne größtmöglicher Transparenz gebotene einheitliche Auslegung und Definition von Rechtsbegriffen (*Durchfuhr*). Allerdings hat das BVerfG in einem die Verurteilung wegen Handeltreibens betreffenden Nichtannahmebeschluss recht feinsinnig zwischen *Normbestimmtheit* und *Normintention* unterschieden.²⁸ Zur Begründung bezieht sich das BVerfG auf die eigene Rechtsprechung, nach der selbst sachlich missglückte Strafbestimmungen gemessen an Art. 103 II GG verfassungsgemäß sind, wenn sie die Voraussetzungen strafbaren Tuns oder Unterlassens hinreichend deutlich umschreiben. Scheinbar kommt es bei missglückten Normen auf die hinter der missglückten Norm stehende gesetzgeberische Intention an. Es bleibt zu hoffen, dass wenigstens die gesetzgeberische Intention in diesen Fällen ausreichend bestimmbar ist.

Allerdings handelt es sich bei § 29 I 1 Nr. 5 BtMG nicht um eine Norm, die hinsichtlich ihrer Bestimmtheit zu solchen Beanstandungen Anlass geben würde, die den Rückgriff auf die gesetzgeberische Intention erforderlich machen würden. Zudem beruht die Strafbewehrung der

¹⁷ Vgl. BGH, Beschl. vom 25.07.2002 – 2 StR 259/02 = StV 2003, 281.

¹⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. des Zweiten Senats vom 21. September 2016 – 2 BvL 1/15, Rn. 36 = BVerfGE 143, 38.

¹⁹ Vgl. BVerfGE, a. a. O., unter Hinweis auf BVerfGE 47, 109, 120; BVerfGE 57, 250, 262; BVerfGE 73, 206, 234f.; BVerfGE 75, 329, 341; BVerfGE 78, 374, 382; BVerfGE 92, 1, 12; BVerfGE 126, 170, 194f.; BVerfGE 130, 1, 43.

²⁰ Vgl. BVerfGE 143, a. a. O., Rn. 37, unter Hinweis auf BVerfGE 75, 329, 341 m.w.N.; BVerfGE 126, 170, 194f.

²¹ Vgl. BVerfGE 50, 290, 380, unter Hinweis auf BVerfGE 38, 61, 82.

²² Vgl. BVerfGE 143, a. a. O. Rn. 38, unter Hinweis auf BVerfGE 101, 1, 34; BVerfGE 108, 282, 312

²³ BVerfGE, a. a. O., unter Hinweis auf BVerfGE 93, 213, 238.

²⁴ Vgl. BVerfGE, a. a. O.

²⁵ Vgl. BVerfGE, a. a. O., unter Hinweis auf BVerfGE 126, 170 <195> m.w.N.

²⁶ Vgl. BVerfGE, a. a. O., Rn. 42, unter Hinweis auf BVerfGE 5, 25, 31; BVerfGE 22, 330, 346; BVerfGE 26, 338, 365 f.; BVerfGE 47, 285, 311.

²⁷ Vgl. EuGH, Urteil vom 26. März 2020 [c-66/19].

²⁸ Vgl. BVerfG, Beschl. vom 18.09.2006 – 2 BvR 2126/05 = NJW 2007, 1193.

Durchführung von Betäubungsmitteln maßgeblich auf von der Bundesrepublik zu erfüllenden völkervertragsrechtlichen Verpflichtungen.²⁹ Die Intention des Gesetzgebers ist hier also in den von der Bundesrepublik eingegangenen völkerrechtlichen Verpflichtungen zu sehen. Ihre völkerrechtlichen Verpflichtungen hat die Bundesrepublik durch die Regelung der Strafbarkeit der Durchführung von Betäubungsmitteln erfüllt.

2. Die Rechtsprechung des EuGH und des EGMR zum Bestimmtheitsgebot

Das BVerfG prüft nach seinem *Recht-auf-Vergessen-II-Beschluss* vom 06.11.2019³⁰ wegen des Vorrangs der Garantien der GRCh und der EMRK gegenüber den Grundrechten des Grundgesetzes im Interesse eines umfassenden Grundrechtsschutzes nunmehr auch Verstöße gegen die GRCh und gegen die EMRK und orientiert sich dabei – soweit möglich – an der Rechtsprechung des EuGH und des EGMR.

Auch nach Art. 49 I GRCh muss die Strafbarkeit eines bestimmten Verhaltens hinsichtlich des Straftatbestands und hinsichtlich der Rechtsfolgen ausreichend bestimmt sein.³¹

Nach Art. 7 I 1 EMRK besteht das Gebot der Bestimmtheit und Klarheit von Strafvorschriften. Danach muss die strafbare Handlung oder Unterlassung durch das Gesetz selbst hinreichend klar bestimmt sein. Der Rechtsunterworfenen muss i. d. R. dem Wortlaut entnehmen können, welches Handeln oder Unterlassen die Strafbarkeit begründet.³² Dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung kann jeder Teilnehmer am Rechtsverkehr mühelos entnehmen, welches Verhalten als Durchführung von Betäubungsmitteln gem. § 29 I Nr. 5 BtMG strafbar ist, nicht aber der hierzu entwickelten hM.

Auch gemessen an diesen Maßstäben sind die Strafbarkeitsvoraussetzungen der Durchführung von Betäubungsmitteln in § 29 I Nr. 5 BtMG trotz der Verweisung auf § 11 I 2 BtMG noch ausreichend bestimmt geregelt. Die von der hM und darüber hinaus von der einhelligen Literaturmeinung vorgenommene Auslegung des Gesetzes ist allerdings *contra legem* und somit verfassungs- und europarechtswidrig.

IV. Lamento statt Fazit

Bei der Auslegung und Anwendung des Betäubungsmittelstrafrechts durch die obergerichtliche Rechtsprechung wird der Grundsatz *in dubio pro libertate* regelmäßig in sein Gegenteil verkehrt. Offenbar im Interesse effektiver Generalprävention wird im Zweifel nach der Norm bestraft, der der höhere Strafrahmen zu entnehmen ist. Das

dogmatisch fragwürdige Betäubungsmittelstrafrecht³³ geht hier eine unheilige Allianz mit dem scheinbar uner-schütterlichen Glauben an den Sinn des Strafens ein.

So treibt beispielsweise vollendeten Handel mit Betäubungsmitteln schon, wer Betäubungsmittel besitzt, um sie gewinnbringend zu verkaufen³⁴ oder eine lose Kaufvereinbarung trifft und zwar ganz unabhängig davon, ob der Verkäufer über das Betäubungsmittel und der Käufer über das Kaufgeld verfügt.³⁵ Nach hM steht damit selbst ein bloß *verbales Handeltreiben* als Handeltreiben unter Strafe.³⁶ Der Tatbestand des Handels setzt daher auch keinen Absatzerfolg voraus, es ist noch nicht einmal erforderlich, dass die Handlung des Täters den Umsatz objektiv gefördert hat oder hierzu überhaupt geeignet war.³⁷ Handeltreiben ist – das muss man wissen – nämlich nicht nur ein *Unternehmensdelikt*, sondern auch ein *Erklärungsdelikt*.³⁸ Da bleibt für das in § 29 IV BtMG ebenfalls strafbare fahrlässige Handeltreiben kaum noch Raum.

Vom untauglichen Versuch, von der Strafmilderung wegen Versuchs³⁹ und von straflosen Vorbereitungshandlungen scheint sich die hM dogmatisch emanzipiert zu haben. Wer mehr als genug Betäubungsmittel lagert, dem wird Handel mit einer nicht geringen Menge von Betäubungsmitteln schlicht unterstellt, obwohl für den Besitz von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge das gleiche Strafmaß gilt, das auch beim Handel mit einer nicht geringen Menge von Betäubungsmitteln zur Anwendung kommt.

Das LG Halle (Saale) hat einen Angeklagten, der mit einem Regionalzug von Lörrach (Deutschland) nach Basel (Schweiz) gereist ist und am Hauptbahnhof SSB Basel ca. 12 kg Kokain mit sich führte nicht etwa wegen des Vergehens der Ausfuhr verurteilt.⁴⁰ Nein, nein, denn *Ausfuhr* ist „nur“ ein Vergehen, das gem. § 29 I 1 Nr. 1 BtMG mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft wird. Für solche schweren BtM-Straftaten müssen scheinbar Normen zur Anwendung kommen, für die ein höherer Strafrahmen vorgesehen ist. Demgemäß verurteilte das LG Halle den Angeklagten nicht wegen Ausfuhr, sondern wegen Besitzes in Tateinheit mit Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge. Für den Besitz einer nicht geringen Menge von Betäubungsmitteln droht das Gesetz immerhin Freiheitsstrafe von einem Jahr bis zu fünfzehn Jahren an. Allerdings handelt es sich beim strafbaren Besitz von Betäubungsmitteln um einen Auffangtatbe-

³³ Vgl. Meyer-Mews, StraFo 2013, 161, passim.

³⁴ Vgl. BGHSt 42, 162, 164; Eberth/Müller/Schütrumpf, a. a. O., Rn. 112.

³⁵ Vgl. BGHSt 6, 246, 247; BGH, Beschl. vom 24.10.2006 – 3 StR 392/06.

³⁶ Vgl. Eberth/Müller/Schütrumpf, a. a. O., Rn. 62.

³⁷ Vgl. Becker, in Bohnen/Schmidt (Hrsg.), a. a. O., § 29, R. 57.

³⁸ Vgl. Eberth/Müller/Schütrumpf, a. a. O., Rn. 62.

³⁹ Vgl. BVerfG NJW 2007, 1193.

⁴⁰ LG Halle, Urteil vom 08.04.2013 – 3 KLs 503 Js 30368/09 (47/12) [an diesem Verfahren war der Verf. als Verteidiger beteiligt].

²⁹ Vgl. Wettley, in Bohnen/Schmitt (Hrsg.), a. a. O., BtMG, § 29, S. 265.

³⁰ Vgl. BVerfG, Beschl. vom 06.11.2019 – 1 BvR 276/17 = BVerfGE 152, 216.

³¹ Vgl. EuGH, Rs. 74/95, Rn. 25; EuG, Rs. 279/02, Rn. 66.

³² Vgl. EGMR Große Kammer (Streletz, Kefßler und Krentz/Deutschland), Urteil vom 22.03.2001 – 34044/96, 35532/97 und 44801/98, Rn. 50 = NJW 2001, 3035, 3037.

stand.⁴¹ Durch die Vorschrift sollen Fälle erfasst werden, in denen nur der Besitz, nicht aber die Besitzverschaffung oder der Zweck der Besitzverschaffung, also etwa Handel nachzuweisen ist.⁴² Die Strafbarkeit des Besitzes dient der Beweiserleichterung; durch den Straftatbestand soll zudem eine Gesetzeslücke geschlossen werden.⁴³ Eine zu schließende Gesetzeslücke, die die Anwendung eines auffangtatbestands rechtfertigen würde, lag in diesem Fall aber gar nicht vor, denn das LG Halle hat zugleich auch den Tatbestand der Beihilfe zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge als erfüllt angesehen. Für Beihilfe zum Handel mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge sieht das Gesetz allerdings „nur“ einen Straffrahmen von drei Monaten bis zu elf Jahren und drei Monaten vor. Im Interesse einer möglichst exzessiven Bestrafung ist es so gesehen tunlich, den Angeklagten zugleich wegen Besitzes von Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge zu bestrafen. Auch wenn das Landgericht Halle den Angeklagten – richtigerweise – allein wegen Ausfuhr von Betäubungsmitteln verurteilt hätte, hätte keine Gesetzeslücke vorgelegen. Wichtig ist, was hinten rauskommt, soll *Helmut Kohl* einmal festgestellt haben. Und so sah es wohl auch der 4. Strafsenat des BGH, der an dem Urteil des LG Halle nichts auszusetzen hatte und die Revision verworfen⁴⁴ hat.⁴⁵

Mit der contra-legenem Leugnung der realen Existenz des Vergehens der strafbaren Durchfuhr gem. § 29 I Nr. 5 BtMG hat die Rechtsprechung zum Betäubungsmittelstrafrecht sprichwörtlich den Vogel abgeschossen.

⁴¹ Vgl. *Teriet/Wettley*, in Bohnen/Schmidt (Hrsg.), a. a. O., Rn. 472.

⁴² Vgl. dies., a. a. O.

⁴³ Vgl. dies., a. a. O., unter Hinweis auf BT-Drs. IV/1877, S. 9.

⁴⁴ Erfolgreiche Angeklagtenrevisionen werden i. d. R. *verworfen*, wohl um der Anmaßung, die in der erfolglosen Revision zu sehen ist, Ausdruck zu verleihen. Bleiben Revisionen der StA ausnahmsweise einmal ohne Erfolg, so werden sie lediglich *zurückgewiesen*. Dieser sanfteren Formulierung scheint ein verhohlenes Bedauern anzuhaften.

⁴⁵ Beschl. vom 20.11.2013 – 4 StR 441/13 [an diesem Verfahren war der Verf. als Revisionsverteidiger beteiligt].

P.S.: Nach allgemeiner Meinung soll das Betäubungsmittelstrafrecht dem gesetzgeberischen Ziel dienen, die menschliche Gesundheit des Einzelnen und der Bevölkerung insgesamt vor den vom Betäubungsmittelkonsum ausgehenden Gefahren schützen.⁴⁶ Diese Begründung für die mit dem de facto-Verbot jeden Umgangs mit Betäubungsmitteln einhergehenden Einschränkungen des Grundrechts auf persönliche Freiheit greift zu kurz. *Ers tens* ist der Staat entgegen anderer Behauptungen⁴⁷ nicht zu einem abwägungsfreien unbedingten Schutz der Volksgesundheit oder der Gesundheit des Einzelnen verpflichtet und er fühlt sich etwa im Gesundheitswesen zu einem derart absoluten Schutz der Gesundheit auch nicht verpflichtet.⁴⁸ *Zweitens* wird vom Grundrecht der Freiheit der Person auch das *Recht zur Krankheit* erfasst.⁴⁹

Die Freiheitsgrundrechte schließen danach das Recht ein, von der Freiheit einen Gebrauch zu machen, der – in den Augen Dritter – den wohlverstandenen Interessen des Grundrechtsträgers zuwiderläuft. Daher schließt die grundrechtlich geschützte Freiheit, so das BVerfG, auch die *Freiheit zur Krankheit* und damit das Recht ein, eine auf Heilung zielende Behandlung abzulehnen, selbst wenn diese nach dem Stand des medizinischen Wissens dringend angezeigt ist.⁵⁰ Zwar ist der Konsum von Betäubungsmitteln auch dann straffrei, wenn er krank macht und dient damit der verfassungsrechtlich geschützten Freiheit zur Krankheit, aber die Beschaffung der Mittel, die zur Ausübung des *Freiheitsrechts zur Krankheit* unerlässlich erforderlich sind, wird hierzulande drakonisch bestraft.

Ein wenig mehr Gelassenheit im Umgang mit Betäubungsmittelkriminalität täte dem Rechtsstaat gut.

⁴⁶ So etwa *Becker*, a. a. O., § 29, Rn. 51, unter Hinweis auf BVerfG, Beschl. v. 09.03.1994 – 2 BvL 63/92.

⁴⁷ Vgl. *Felix Ekhardt/Anna Hyla/Swantje Meyer-Mews*, NJ 2012, 25, unter Hinweis auf BVerfGE 115, 118ff; BVerfGE 125, 175ff.

⁴⁸ Näher: Felix Ekhardt u. a., a. a. O., 26.

⁴⁹ Vgl. BVerfG, Beschl. v. 23.03.2011 – 2 BvR 882/09, Rn. 48 = NJ 2011, 388 m. Anm. *Meyer-Mews*; ebenso BVerfG, Beschl. v. 12.10.2011 – 2 BvR 633/11

⁵⁰ BVerfG, Beschl. v. 23.03.2011, a. a. O., Rn. 48, 55.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

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.

735. BVerfG 2 BvQ 63/21 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 23. Juni 2021 (AG Gera)

Erfolgsloser Eilantrag gegen die vorläufige Entziehung der Fahrerlaubnis (Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung; fehlende Rechtswegerschöpfung mangels Abwartens von Abhilfe- und Beschwerdeentscheidung; keine Unzumutbarkeit des Abwartens der fachgerichtlichen Entscheidungen; strenger Maßstab).

§ 32 Abs. 1 BVerfGG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 90 Abs. 2 Satz 2 BVerfGG; § 111a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 306 Abs. 2 StPO; § 309 StPO

736. BVerfG 2 BvR 575/21 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Juli 2021 (OLG München / LG Augsburg / AG Augsburg)

Invollzugsetzung eines Haftbefehls anlässlich neu hinzutretener Tatvorwürfe (Freiheitsgrundrecht; freiheitsgewährleistende Funktion von Verfahrensgarantien; Entstehung eines Vertrauenstatbestandes mit der Haftverschonung; umfassende Abwägung aller Umstände des Einzelfalls; Bindung an die Beurteilung in der Aussetzungsentscheidung; neu hervorgetretene Umstände; Haftgründe als Bezugspunkt; Unerheblichkeit des Verdachtsgrades; gesteigerter Fluchtanreiz durch deutlich erhöhte Straferwartung; Vorstellungsbild des Beschuldigten; erhöhte Begründungstiefe von Haftentscheidungen); Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde (Rechtsschutzbedürfnis; fortbestehendes Feststellungsinteresse nach Erlass einer Haftfortdauerentscheidung; Grundsatz der Subsidiarität; Erfordernis einer Anhörungsrüge nur bei Geltendmachung eines Gehörsverstoßes); Rechtsfolgen einer verfassungsgerichtlichen Entscheidung (bloße Fest-

stellung des Grundrechtsverstoßes nach prozessualer Überholung der angegriffenen Entscheidung).

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 104 Abs. 1 Satz 1 GG; § 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 95 Abs. 2 BVerfGG; § 33a StPO; § 112 Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 116 Abs. 4 Nr. 3 StPO

737. BVerfG 2 BvR 1110/21 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 28. Juni 2021 (OLG Dresden)

Einstweilige Anordnung gegen eine Auslieferung nach Tschechien aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (unionsgrundrechtliches Recht auf ein faires Verfahren; Auswirkungen von Verfahrenseinstellungen in Deutschland auf das tschechische Strafverfahren; Folgenabwägung zugunsten des Verfolgten).

Art. 47 Abs. 2 GRCh; § 32 Abs. 1 BVerfGG

738. BVerfG 2 BvR 1214/21 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 13. Juli 2021 (Saarländisches OLG)

Einstweilige Anordnung gegen eine Auslieferung nach Rumänien aufgrund eines Europäischen Haftbefehls (unionsgrundrechtliches Verbot unmenschlicher oder erniedrigender Behandlung; hinreichende Prüfung der konkret zu erwartenden Haftbedingungen; Einholung von Zusicherungen; Haftanstalt Rahova; Folgenabwägung zugunsten des Verfolgten).

Art. 4 GRCh; § 32 Abs. 1 BVerfGG

739. BVerfG 2 BvR 1306/20 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Juni 2021 (Hanseatisches OLG / LG Hamburg)

Einklagbarer Anspruch auf Verbescheidung von Eingaben im Vollzug der Sicherungsverwahrung (Petitionsrecht; Gewährleistung der Durchführung eines Verfahrens; Recht auf abschließende Entscheidung in angemessener Frist; Rechtsweggarantie; Recht auf effektiven Rechtsschutz; unterbliebene gerichtliche Entscheidung über einen Vornahmeantrag mit dem Ziel der Verbescheidung durch die Justizvollzugsanstalt).

Art. 17 GG; Art. 19 Abs. 4 GG; § 109 Abs. 1 Satz 2 StVollzG; § 113 StVollzG; § 115 Abs. 4 Satz 1 StVollzG; § 86 HmbSVVollzG

740. BVerfG 2 BvR 1866/17, 2 BvR 1314/18 (Zweiter Senat) – Beschluss vom 8. Juni 2021 (OLG Nürnberg / LG Nürnberg-Fürth / LG Regensburg)

Keine Zwangsbehandlung im Maßregelvollzug entgegen einer wirksamen Patientenverfügung (Unterbringung im psychiatrischen Krankenhaus; Grundrecht auf körperliche Unversehrtheit; Ausschluss eines Eingriffs nur bei wirksamer Einwilligung; besonders schwerwiegender Grundrechtseingriff durch medizinische Zwangsbehandlung mit Neuroleptika; Rechtfertigung des Eingriffs durch staatliche Schutzpflicht für Grundrechte Dritter oder für die körperliche Unversehrtheit und das Freiheitsinteresse des Untergebrachten; Zwangsbehandlung nur als letztes Mittel; Eingriffsvoraussetzungen; fehlende Einsichtsfähigkeit; Grundsatz der Verhältnismäßigkeit; verfahrensrechtliche Anforderungen; Zurücktreten der staatlichen Schutzpflicht bei freier Entscheidung des Untergebrachten; Selbstbestimmungsrecht des Patienten als Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts; „Freiheit zur Krankheit“; zweistufige Prüfung; Einsichtsfähigkeit; Reichweite der Erklärung; Bindungswirkung einer Patientenverfügung; Verfassungsmäßigkeit und Auslegung der früheren Regelung im Bayerischen Maßregelvollzugsgesetz).

Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG; Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; § 63 StGB; § 109 StVollzG; § 1901a Abs. 1 BGB; Art. 6 Abs. 3 BayMRVG a. F.; Art. 6 Abs. 4 Satz 6 BayMRVG a. F.; Art. 41 Nr. 3 BayMRVG a. F.

741. BVerfG 2 BvR 2010/20 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. Juni 2021 (OLG Hamm)

Klageerzwingungsverfahren (erfolglose Verfassungsbeschwerde gegen die Nichteinleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen Staatsanwälte, Steuerfahnder und Journalisten wegen der Weitergabe von Teilen der Strafakte eines Steuerstrafverfahrens an die Presse; Recht auf effektiven Rechtsschutz; Darlegungsanforderungen an einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung; Einhaltung der Beschwerdefrist; Überprüfbarkeit allein anhand der Antragsschrift).

Art. 19 Abs. 4 GG; § 172 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 172 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 353b Abs. 1 Nr. 1 StGB

742. BGH 2 StR 101/21 – Beschluss vom 27. April 2021 (LG Aachen)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Voraussetzungen eines Hangs); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Feststellung von Art und Ausmaß durch den Tatrichter).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 64 StGB

743. BGH 2 StR 105/21 – Beschluss vom 27. Mai 2021 (LG Hanau)

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

744. BGH 2 StR 122/21 – Beschluss vom 8. Juni 2021 (LG Gießen)

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

745. BGH 2 StR 144/21 – Beschluss vom 10. Juni 2021 (LG Hanau)

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

746. BGH 2 StR 233/20 – Beschluss vom 16. Februar 2021 (LG Gießen)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (tatgerichtliche Ausführungen zum Gesamtstrafübel).
§ 55 StGB

Nötigt die Zäsurwirkung einer einzubeziehenden Vorurteilung zur Bildung zweier Gesamtstrafen, muss das Gericht einen sich daraus möglicherweise für den Angeklagten ergebenden Nachteil infolge eines zu hohen Gesamtstrafübels ausgleichen. Dabei muss es nicht nur darlegen, dass es sich dieser Sachlage bewusst gewesen ist, sondern auch erkennen lassen, dass es das Gesamtmaß der Strafen für schuldangemessen gehalten hat.

747. BGH 2 StR 294/20 – Urteil vom 17. Februar 2021 (LG Darmstadt)

Urteilsgründe (Darstellung der Strafzumessungserwägungen: Beschränkung auf bestimmende Zumessungsgründe); Grundsätze der Strafzumessung (Begriff der bestimmenden Zumessungsgründe; Differenzierung zwischen gewichtigen und minder gewichtigen Folgen; Gewichtung eines drohenden Widerrufs der Strafaussetzung).

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

748. BGH 2 StR 448/20 – Beschluss vom 11. Mai 2021 (LG Kassel)

Verminderte Schuldfähigkeit (erhebliche Herabsetzung des Hemmungsvermögens: Blutalkoholkonzentration von mehr als drei Promille; Hinweise auf erhaltenes Steuerungsvermögen trotz erheblicher Alkoholisierung, Kompensationsfähigkeit im Bereich grobmotorischer Auffälligkeiten bei Alkoholikern); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Voraussetzungen des Hangs).

§ 21 StGB; § 64 StGB

749. BGH 2 StR 6/21 – Beschluss vom 29. April 2021 (LG Darmstadt)

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

750. BGH 2 StR 478/20 – Beschluss vom 11. Mai 2021 (LG Limburg)

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

751. BGH 2 ARs 119/21 (2 AR 53/21) – Beschluss vom 27. Mai 2021

Verbindungsbeschluss.

§ 4 Abs. 2 StPO

752. BGH 2 ARs 131/21 (2 AR 106/21) – Beschluss vom 10. Juni 2021

Abgabe der Sache.

§ 42 Abs. 3 Satz 1 JGG

753. BGH 2 ARs 149/21 2 AR 98/21 – Beschluss vom 27. Mai 2021

Zuständigkeit der Strafvollstreckungskammer und des erstinstanzlichen Gerichts (Bindungswirkung der Abgabe an das Amtsgericht des Wohnsitzes: Entfallen nur bei Willkür; Unbeachtlichkeit einer fehlenden polizeilichen Meldung).

§ 462a StPO

1. Die Bindungswirkung der Abgabe an das Amtsgericht, in dessen Bezirk der Verurteilte seinen Wohnsitz hat, entfällt nur bei Willkür.

2. Darauf, dass der Verurteilte im Bezirk des empfangenden Amtsgerichts nicht polizeilich gemeldet ist, kommt es nicht an.

754. BGH 2 ARs 59/21 2 AR 50/21 – Beschluss vom 27. Mai 2021

Örtliche Zuständigkeit in Jugendsachen (Abgabe des Verfahrens; Zweckmäßigkeit: Vermeidung erheblicher Verfahrenerschwernisse).

§ 42 Abs. 3 Satz 1 JGG

Zwar sollen sich Heranwachsende grundsätzlich vor dem für ihren Aufenthaltsort zuständigen Gericht verantworten, das regelmäßig über die größere Sachnähe verfügt. Dieser Grundsatz kann aber zur Vermeidung erheblicher Verfahrenerschwernisse durchbrochen werden.

755. BGH 4 StR 41/21 – Beschluss vom 22. Juni 2021 (LG Halle)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

756. BGH 4 StR 81/21 – Beschluss vom 23. Juni 2021

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Feststellung eines ursächlichen Defektzustandes; Gefährlichkeitsprognose: Dauerhaftigkeit des Defektzustandes; allgemeine Darlegungsanforderungen; spezifische Darlegungsanforderungen bei Psychose aus dem schizophränen Formenkreis).

§ 63 StGB

1. Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nach § 63 StGB darf nur angeordnet werden, wenn zweifelsfrei feststeht, dass der Unterzubringende bei Begehung der Anlasstat(en) aufgrund eines psychischen Defekts schuldunfähig oder vermindert schuldfähig war und die Tatbegehung auf diesem Zustand beruht. Der Defektzustand muss, um eine Gefährlichkeitsprognose tragen zu können, von längerer Dauer sein. Der Tatrichter hat die der Unterbringungsanordnung zugrundeliegenden Umstände in den Urteilsgrün-

den so umfassend darzustellen, dass das Revisionsgericht in die Lage versetzt wird, die Entscheidung nachzuvollziehen.

2. Die Diagnose einer Psychose aus dem schizophränen Formenkreis führt für sich genommen nicht zur Feststellung einer generellen oder zumindest längere Zeiträume überdauernden gesicherten erheblichen Beeinträchtigung der Schuldfähigkeit. Erforderlich ist vielmehr stets die konkretisierende Darlegung, in welcher Weise sich die festgestellte psychische Störung bei Begehung der Tat auf die Handlungsmöglichkeiten des Angeklagten in der konkreten Tatsituation und damit auf die Einsichts- oder Steuerungsfähigkeit ausgewirkt hat.

757. BGH 4 StR 83/21 – Beschluss vom 22. Juni 2021 (LG Münster (Westf.))

Strafaussetzung (keine Anwendbarkeit bei durch Anrechnung vollständig erledigter Strafe).

§ 56 StGB

Bei einer durch Anrechnung vollständig erledigten Strafe scheidet eine Strafaussetzung zur Bewährung schon begrifflich aus.

758. BGH 4 StR 135/21 – Beschluss vom 22. Juni 2021 (LG Dortmund)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

759. BGH 4 StR 157/21 – Beschluss vom 23. Juni 2021

Ablehnung des Antrages auf Bewilligung von Prozesskostenhilfe.

§ 397a Abs. 2 Satz 1 StPO

760. BGH 4 StR 523/20 – Beschluss vom 9. Juni 2021 (LG Essen)

Einziehung von Tatprodukten, Tatmitteln und Tatobjekten bei Tätern und Teilnehmern (Charakter einer Nebenstrafe; Strafzumessungsentscheidung; keine Strafmilderung bei Einziehung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte); halbautomatische Kurzwaffe zum Verschießen von Patronenmunition (Unerheblichkeit einer vorübergehenden Funktionsunfähigkeit); unerlaubtes Ausüben der tatsächlichen Gewalt über eine Kriegswaffe (Konkurrenzen).

§ 74 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1 StGB; § 1 WaffG; § 52 Abs. 1 Nr. 2b) WaffG; § 22a Abs. 1 Nr. 2 KrWaffKontrG; § 22a Abs. 1 Nr. 3 KrWaffKontrG; § 22a Abs. 1 Nr. 6a KrWaffKontrG

761. BGH 4 StR 523/20 – Beschluss vom 9. Juni 2021 (LG Essen)

Unerlaubtes Ausüben der tatsächlichen Gewalt über eine Kriegswaffe (Konkurrenzen).

§ 22a Abs. 1 Nr. 2 KrWaffKontrG; § 22a Abs. 1 Nr. 3 KrWaffKontrG; § 22a Abs. 1 Nr. 6a) KrWaffKontrG

762. BGH 4 StR 523/20 – Beschluss vom 9. Juni 2021 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

763. BGH 4 StR 84/21 – Beschluss vom 8. Juni 2021 (LG Hagen)

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

764. BGH 2 StR 454/19 – Urteil vom 7. Oktober 2020 (LG Darmstadt)

Sexueller Mißbrauch von Schutzbefohlenen (Anvertrautsein: Abhängigkeitsverhältnis, Maßgeblichkeit des Einzelfalls, Orientierung am Schutzzweck der Vorschrift, mangelnde Maßgeblichkeit des Erziehungsstils; Obhutsverhältnis: auch bei Anvertrautsein zur zeitweiligen Betreuung einer unter 16 Jahre alten Person); Ruhen der Verjährung (Erfassung Sexueller Mißbrauch von Jugendlichen mit Wirkung zum 27. Januar 2015; Rückwirkung; Ausschluss bei Verjährung zum Zeitpunkt des Inkrafttretens); Freispruch bei rechtllichem Zusammentreffen von schwererem und leichterem Vorwurf.
§ 78b Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 174 Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 182 StGB

765. BGH 4 StR 130/21 – Beschluss vom 24. Juni 2021

Aufhebung der Pflichtverteidigerbestellung.
§ 143a Abs. 1 StPO

766. BGH 4 StR 171/21 – Beschluss vom 23. Juni 2021

Ablehnung des Antrags auf Prozesskostenhilfe.
§ 397a Abs. 2 Satz 1 StPO

767. BGH 4 StR 503/20 – Beschluss vom 9. Juni 2021 (LG Hagen)

Einziehung von Taterträgen bei Tätern und Teilnehmern (Erlangen: faktische oder wirtschaftliche Mitverfügungsgewalt über Erlangtes; Betäubungsmittelgeschäfte).
§ 73 Abs. 1 StGB

768. BGH 4 StR 68/21 – Beschluss vom 8. Juni 2021 (LG Köln)

Versuch (Tatentschluss); gefährliche Eingriffe in den Straßenverkehr (Tatentschluss; Beinaheunfall; verkehrsspezifische Gefahr: Außeneinwirkung ohne Ausnutzung Eigendynamik eines Fahrzeuges); Verbindung und Trennung rechtshängiger Strafsachen (sachliche Zuständigkeit verändernde Verbindung bei Gerichten in unterschiedlichen Bezirken ranghöherer Gerichte).
§ 23 StGB; § 315b Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 4 Abs. 2 Satz 2 StPO

769. BGH 1 StR 111/21 – Beschluss vom 2. Juni 2021 (LG Stuttgart)

Nachträgliche Anordnung der Sicherungsverwahrung.
§ 66b Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 Satz 1 StGB aF; Art. 316e EGStGB; Art. 316f EGStGB

770. BGH 1 StR 28/21 – Beschluss vom 25. März 2021 (LG Hamburg)

Einziehung (Einziehung des Werts hinterzogener Steuern als ersparte Aufwendungen: erforderliches Erlangen eines messbaren wirtschaftlichen Vorteils, Steuerpflicht nach § 14c UStG).
§ 73 Abs. 1 StGB; § 73c StGB; § 370 Abs. 1 AO; § 14c UStG

771. BGH 1 StR 44/21 – Beschluss vom 2. Juni 2021 (LG Stuttgart)

Mitteilung über außerhalb der Hauptverhandlung geführte Verständigungsgespräche (Revisionsbegründung: keine Darlegung vorheriger verfahrensfördernder Erörterungen).
§ 243 Abs. 4 StPO; § 257b StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

772. BGH 1 StR 58/21 – Beschluss vom 16. Juni 2021 (LG Stuttgart)

Rücktritt vom Versuch (Abgrenzung zwischen beendeten und unbeeendetem Versuch: Rücktrittshorizont, keine Vorstellungen des Täters von den Folgen der Versuchshandlung).
§ 24 Abs. 1 StGB; § 22 StGB; § 23 Abs. 1 StGB

773. BGH 1 StR 64/21 – Beschluss vom 16. Juni 2021 (LG München I)

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

774. BGH 1 StR 78/21 – Beschluss vom 8. April 2021 (LG Stuttgart)

BGHR; Computersabotage (hier: Verbreitung von Ransomware; Begriff des Veränderns von Daten: Hinzufügen von Einträgen in der Windows-Registry-Datei zum automatischen Laden einer Schadsoftware; Begriff der Datenverarbeitung von wesentlicher Bedeutung: Privatpersonen, Ausschluss von Bagatellfällen); Erpressung; Beihilfe (Tateinheit bei Förderung mehrerer Taten durch einheitliche Unterstützungshandlung).
§ 303a Abs. 1 StGB; § 303b Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 253 Abs. 1 StGB; § 27 StGB

775. BGH 1 StR 83/21 – Beschluss vom 30. Juni 2021 (LG Augsburg)

Absehen von der Vorführung des Angeklagten zur Revisionshauptverhandlung.
§ 350 Abs. 2 Satz 3 StPO

776. BGH 1 StR 90/21 – Beschluss vom 17. Mai 2021 (LG Mosbach)

Anordnung der Sicherungsverwahrung im Nachverfahren (Gefährlichkeitsprognose: erforderliche Darstellung im Urteil).
§ 66a Abs. 3 Satz 2 StGB; § 275a Abs. 2 StPO; § 267 Abs. 6 StPO

777. BGH 1 StR 123/21 – Beschluss vom 31. Mai 2021 (LG München II)

Minder schwerer Fall des Totschlags (Begriff der Missetzung: kein Körperverletzungserfolg erforderlich, gebotene Gesamtbetrachtung).
§ 213 Alt. 1 StGB; § 212 Abs. 1 StGB

778. BGH 1 StR 125/21 – Beschluss vom 31. Mai 2021 (LG Konstanz)

Beweiswürdigung (erforderliche Darlegungen, wenn das Gericht einer Zeugenaussage in Teilen folgt).
§ 261 StPO; § 267 Abs. 1 Satz 1 StPO

779. BGH 1 StR 127/21 – Beschluss vom 1. Juni 2021 (LG Bochum)

Steuerhinterziehung (Suspendierung der Strafbewehrung steuerlicher Erklärungspflichten durch Einleitung und Bekanntgabe eines Steuerstrafverfahrens für diesen Zeitraum; Kompensationsverbot); Strafaussetzung zur Bewährung (besondere Umstände nach Gesamtwürdigung von Tat und Persönlichkeit des Verurteilten: keine nachteilige Berücksichtigung zulässigen Verteidigungsverhaltens).

§ 370 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2, Abs. 4 Satz 3 AO; § 56 Abs. 2 Satz 1 StGB

780. BGH 1 StR 133/21 – Beschluss vom 1. Juni 2021 (LG Frankfurt a. M.)

Einziehung (erforderliches Erlangen tatsächlicher Verfügungsgewalt; keine Einziehung beim Täter nach § 73b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB).

§ 73 StGB; § 73b Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 StGB

781. BGH 1 StR 144/20 – Urteil vom 18. Mai 2021 (LG München II)

Untreue (Verletzung der Vermögensbetreuungspflicht: grundsätzlich weiter Ermessenspielraum auch für Vorstand einer Sparkasse, Begrenzung durch das Sparsamkeitsgebot, Spenden, Geschenke an andere Vorstände und Aufsichtsratsmitglieder); Vorteilsannahme und –gewährung (Unrechtsvereinbarung: Gesamtbetrachtung)

§ 266 Abs. 1 StGB; § 331 Abs. 1 StGB; § 333 Abs. 1 StGB

782. BGH 1 StR 146/21 – Beschluss vom 18. Mai 2021 (LG Mosbach)

Hilfe zur Aufklärung schwerer Straftaten (wesentlicher Aufklärungsbeitrag).

§ 46b Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StGB

783. BGH 1 StR 147/21 – Beschluss vom 19. Mai 2021 (LG München I)

Doppelverwertungsverbot.

§ 46 Abs. 3 StGB

784. BGH 1 StR 153/21 – Beschluss vom 29. Juni 2021 (LG Freiburg)

Einstellung des Verfahrens wegen Tod des Angeklagten.

§ 206a StPO

785. BGH 1 StR 158/21 – Beschluss vom 16. Juni 2021 (LG Passau)

Gesamtstrafenbildung.

§ 54 Abs. 1 Satz 2 StGB

786. BGH 1 StR 314/20 – Beschluss vom 7. Juni 2021 (LG Frankfurt a. M.)

Unterbrechung der Verjährung (Unterbrechungswirkung eines Durchsuchungsbeschlusses für mehrere Einzeltaten); Vorenthalten und Veruntreuen von Arbeitsentgelt (Verjährungsbeginn).

§ 78c Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 StGB; § 266a Abs. 1 StGB; § 78a Satz 1 StGB

787. BGH 1 StR 447/20 – Urteil vom 21. April 2021 (LG München I)

Anordnung der Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefährlichkeitsprognose: Berücksichtigung einer vollzogenen Unterbringung in einem psychi-

atrischen Krankenhaus im Ausland); Anwendbarkeit deutschen Strafrechts auf Auslandstaten eines Deutschen (keine Relevanz möglicher Verfahrenshindernisse im ausländischen Staat; kein Strafklageverbrauch bei abgeschlossenem Verfahren im Ausland).

Art. 103 Abs. 3 GG; § 63 StGB; § 67d Abs. 6 StGB; § 7 Abs. 2 Nr. 1 StGB

788. BGH 1 StR 519/20 – Beschluss vom 1. Juli 2021

Zulassung von Ton- und Fernseh-Rundfunkaufnahmen bei der Urteilsverkündung.

§ 169 Abs. 3 GVG

789. BGH 1 StR 521/20 – Beschluss vom 11. März 2021 (LG Kassel)

Steuerhinterziehung (zulässige Schätzung der Höhe der hinterzogenen Steuer: grundsätzlich zulässige Schätzungsmethode anhand von Rohgewinnaufschlagsätzen, erforderliche Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls).

§ 370 Abs. 1 AO; § 261 StPO; § 267 Abs. 2 Satz 1 StPO

790. BGH 1 StR 675/18 – Urteil vom 1. Juni 2021 (LG München I)

Erweiterte Einziehung von Taterträgen (Anforderungen an den Nachweis der Herkunft aus einer rechtswidrigen Tat; rückwirkende Anwendbarkeit).

§ 73a Abs. 1 StGB; Art. 316h Satz 1 EGStGB

791. BGH GSSt 2/20 – Beschluss vom 20. Januar 2021 (LG München II)

BGHSt; Einziehung (kein Ermessen über die Anordnung der Einziehung von Wertersatz auch im Jugendstrafrecht).

§ 73 StGB, § 73c Satz 1 StGB; § 8 Abs. 3 Satz 1 JGG

792. BGH 3 StR 101/21 – Beschluss vom 26. Mai 2021 (LG Krefeld)

Subjektive Voraussetzungen der Verurteilung wegen falscher Verdächtigung (Absicht zur Veranlassung eines Verfahrens).

§ 164 StGB

793. BGH 3 StR 16/21 – Beschluss vom 26. Mai 2021 (LG Osnabrück)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

794. BGH 3 StR 20/21 – Beschluss vom 1. Juni 2021

Zurückweisung der Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

795. BGH 3 StR 21/21 – Urteil vom 2. Juni 2021 (LG Köln)

BGHSt; Begriff der kriminellen Vereinigung (übergeordnetes gemeinsames Interesse; Abgrenzung zu individuellen Einzelinteressen; bezweckte Begehung von Straftaten; Abgrenzung zur Bande; Gesamtwürdigung); Verstoß gegen das Doppelverwertungsverbot durch Mehrfachmilderung; Geldwäsche; Begünstigung.

§ 129 StGB; § 257 StGB; § 261 StGB; § 50 StGB; § 46 Abs. 3 StGB

796. BGH 3 StR 49/21 – Beschluss vom 4. Mai 2021 (LG Düsseldorf)

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

797. BGH 3 StR 67/20 – Beschluss vom 26. Mai 2021 (LG Osnabrück)

Verwerfung der Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

798. BGH 3 StR 67/21 – Beschluss vom 4. Mai 2021 (LG Wuppertal)

Subsidiarität der erweiterten Einziehung von Taterträgen.
§ 73a StGB; § 73 StGB

§ 73a StGB ist gegenüber § 73 StGB subsidiär. Liegt dem Erlangten ein konkret nachweisbares Geschehen zugrunde, kommt eine Anordnung nach § 73a StGB nicht in Betracht. Vielmehr sind dann die Voraussetzungen des vorrangigen § 73 StGB gegebenenfalls in einem gesonderten Verfahren zu klären.

799. BGH 3 StR 84/21 – Urteil vom 1. Juli 2021 (LG Osnabrück)

Anstiftung (doppelter Anstiftersvorsatz; Konkretisierung der Haupttat; omnimodo facturus; Beihilfe (Zeitpunkt; Beendigung; Gehilfenvorsatz); gerichtliche Kognitions-pflicht.
§ 26 StGB; § 27 StGB; § 264 StPO

800. BGH 3 StR 107/21 – Beschluss vom 5. Mai 2021 (LG Osnabrück)

Strafrahmenwahl bei Zusammentreffen von minder schwerem Fall (hier: Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion) und Beihilfe.
§ 308 StGB; § 27 StGB; § 49 Abs. 1 StGB

801. BGH 3 StR 107/21 – Beschluss vom 6. Juli 2021 (LG Osnabrück)

Zuständigkeit für den Antrag auf schriftliche Übersetzung einer gerichtlichen Entscheidung.
§ 187 GVG

802. BGH 3 StR 125/21 – Beschluss vom 16. Juni 2021 (LG Duisburg)

Rechtsfehlerhafter Strafausspruch (unterlassene Zubilligung eines Härteausgleichs bei Wegfall der Einbeziehungsfähigkeit einer unbedingten Freiheitsstrafe wegen deren Verbüßung).
§ 54 StGB

803. BGH 3 StR 126/21 – Beschluss vom 29. Juni 2021 (LG Wuppertal)

Anordnung der gesamtschuldnerischen Haftung bei der Einziehungsentscheidung.
§ 73 StGB; § 421 BGB

804. BGH 3 StR 129/21 – Beschluss vom 1. Juni 2021 (LG Kleve)

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

805. BGH 3 StR 135/21 – Beschluss vom 16. Juni 2021 (LG Oldenburg)

Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Gefahr künftiger Straftaten).
§ 64 StGB

Die Anordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt setzt nicht zwingend voraus, dass von dem Angeklagten künftig mit der Anlasstat vergleichbare Taten drohen. Vielmehr ist die Gefahr beliebiger künftiger Straftaten ausreichend, solange diese erheblich sind.

806. BGH 3 StR 137/21 – Beschluss vom 13. Juli 2021 (LG Osnabrück)

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

807. BGH 3 StR 138/21 – Beschluss vom 16. Juni 2021 (LG Düsseldorf)

Freiheitsberaubung auf andere Weise durch Bedrohung (angedrohtes Übel; gegenwärtige Gefahr für Leib oder Leben; Bedrohung zum Zwecke der Aufrechterhaltung der Freiheitsentziehung; Konkurrenzen).
§ 239 StGB; § 241 StGB

808. BGH 3 StR 146/21 – Beschluss vom 1. Juni 2021 (LG Kleve)

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

809. BGH 3 StR 154/21 – Beschluss vom 16. Juni 2021 (LG Wuppertal)

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

810. BGH 3 StR 157/21 – Beschluss vom 16. Juni 2021 (LG Oldenburg)

Nachträgliche Festsetzung der Einzelstrafen.
§ 354 StPO

811. BGH 3 StR 192/21 – Beschluss vom 29. Juni 2021 (LG Duisburg)

Strafzumessung beim Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Sicherstellung als bestimmender Strafzumessungsgrund; Überschreitung der nicht geringen Menge im Bagatellbereich).
§ 29 BtMG

812. BGH 3 StR 300/20 – Beschluss vom 16. Juni 2021 (LG Oldenburg)

Verwerfung der Anhörungsrüge (keine Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör).
§ 356a StPO

813. BGH 3 StR 302/20 – Beschluss vom 20. Mai 2021 (LG Aachen)

BGHSt; Terrorismusfinanzierung (Tathandlung; Sammeln von Vermögenswerten; Absicht zur Begehung einer Katalogtat; bloße Umwidmung eines zu anderen Zwecken gesammelten Vermögens; Entgegennehmen; Austauschverhältnis; Gegenleistung; wirtschaftliche Besserstellung des Täters); Eingrenzung des Gegenstands der Anklage (Anklagesatz; Lebensvorgang; Tatbegriff; Verfolgungswille der Staatsanwaltschaft).
§ 89c StGB; § 200 StPO; § 264 StPO

814. BGH 3 StR 350/20 – Urteil vom 6. Mai 2021 (LG Koblenz)

Abweichendes Sexualverhalten (hier: Pädophilie) schwere andere seelische Störung (Schuldfähigkeit; Steuerungsfähigkeit; Veränderung der Persönlichkeit; Hemmungsvermögen); Sicherungsverwahrung (Hangtäter; eingeschlifener innerer Zustand; Anlasstaten; Vorverurteilung; Gesamtwürdigung; längere Strafflosigkeit).

§ 20 StGB; § 66 StGB

815. BGH 3 StR 379/19 – Beschluss vom 15. Juli 2021

Verwerfung der Erinnerung gegen den Kostenansatz.

§ 66 GKG

816. BGH 3 StR 488/20 – Beschluss vom 23. Februar 2021 (LG Mönchengladbach)

Feststellung des Tötungseventualvorsatzes bei Verurteilung wegen versuchten Totschlags durch Unterlassen (Wissens- und Willenselement; normative und psychologische Betrachtung; Beweiswürdigung); Körperverletzung mit Todesfolge durch Unterlassen (gefahrsspezifischer Zusammenhang); Aussetzung mit Todesfolge; Konkurrenzen.

§ 212 StGB; § 15 StGB; § 227 StGB; § 221 StGB; § 52 StGB; § 261 StPO

817. BGH 5 StR 112/21 – Beschluss vom 21. Juli 2021 (LG Hamburg)

Revision gegen ausschließlich Erziehungsmaßregeln und/oder Zuchtmittel verhängendes Urteil im Jugendstrafrecht.

§ 55 Abs. 1 S. 1 JGG; § 344 StPO

818. BGH 5 StR 121/21 – Beschluss vom 22. Juni 2021 (LG Hamburg)

Unterbrechung der Hauptverhandlung; Verfahrensrüge aufgrund der Ablehnung eines Beweisantrags wegen Ungeeignetheit (Auslegung des Beweisantrags).

§ 229 StPO; § 244 StPO

819. BGH 5 StR 30/21 – Beschluss vom 11. Mai 2021 (LG Hamburg)

Amtsanmaßung kein eigenhändiges Delikt (Mittäterschaft); gewerbs- und bandenmäßiger Betrug.

§ 132 StGB; § 25 Abs. 2 StGB; § 263 StGB

820. BGH 5 StR 50/21 – Beschluss vom 6. Juli 2021 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

821. BGH 5 StR 53/21 – Beschluss vom 22. Juni 2021 (LG Berlin)

Anforderungen an das Revisionsvorbringen (Erkundigungspflicht des neuen Verteidigers nach Verteidigerwechsel).

§ 344 Abs. 2 StPO

822. BGH 5 StR 65/21 – Beschluss vom 20. Juli 2021 (LG Dresden)

Kein beweiswürdiger Beleg der Tatbeteiligung des Angeklagten bei Verurteilung wegen Diebstahls.

§ 261 StPO

823. BGH 5 StR 67/21 – Beschluss vom 24. Juni 2021 (LG Berlin)

Verwertbarkeit einer ohne Anwesenheit des Angeklagten durchgeführten ermittlungsrichterlichen Vernehmung zu einem Thema der laufenden Hauptverhandlung (Zuständigkeit; Eilbedürftigkeit; Nachermittlung zur Sache durch die Staatsanwaltschaft; qualifizierte Belehrung; Verwertungsverbot); Konfrontationsrecht.

§ 162 StPO; § 168c StPO; Art. 6 Abs. 1 und 3 lit. d EMRK

824. BGH 5 StR 136/21 – Beschluss vom 7. Juli 2021 (LG Kiel)

Gesamtstrafenbildung (nachträgliche Auslieferungsbewilligung; Erteilung während des laufenden Revisionsverfahrens; kein Verweis auf das Nachtragsverfahren).

§ 54 StGB

825. BGH 5 StR 145/21 – Beschluss vom 6. Juli 2021 (LG Berlin)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Gefahrenprognose unter Berücksichtigung statistisch erhöhter Gewaltneigung bei bestimmten Erkrankungen).

§ 63 StGB

826. BGH 5 StR 157/21 – Beschluss vom 22. Juni 2021 (LG Berlin)

Ausnahmsweise Ausschluss eines Beruhens des Urteils auf der Verletzung der Mitteilungspflicht.

§ 243 Abs. 4 StPO; § 337 StPO

827. BGH 5 StR 160/21 – Beschluss vom 6. Juli 2021 (LG Flensburg)

Reichweite der Strafmilderung bei Aufklärungshilfe im Betäubungsmittelstrafrecht (Aufklärungserfolg; mehrere Taten; Zusammenhang mit der aufgedeckten Tat).

§ 31 BtMG

828. BGH 5 StR 165/21 – Beschluss vom 22. Juni 2021 (LG Hamburg)

Einziehung eines Tatmittels bei nicht schuldhaft handelndem Angeklagten (Sicherungsverfahren; selbständiges Einziehungsverfahren).

§ 74 StGB; § 74b StGB; § 76a StGB; § 413 StPO; § 435 StPO

829. BGH 5 StR 177/21 – Beschluss vom 6. Juli 2021 (LG Hamburg)

Besonders schwerer Fall des Diebstahls (Schlaf als Hilflosgigkeit).

§ 243 Abs. 1 S. 2 Nr. 6 StGB

830. BGH 5 StR 179/21 – Beschluss vom 6. Juli 2021 (LG Kiel)

Anforderungen an die Abfassung der Urteilsgründe.

§ 267 StPO

831. BGH 5 StR 214/21 – Beschluss vom 20. Juli 2021 (LG Lübeck)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

832. BGH 5 StR 310/20 – Urteil vom 23. Juni 2021 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision durch Urteil.
§ 352 StPO

833. BGH 5 StR 364/20 – Urteil vom 26. Mai 2021 (LG Hamburg)

Sicherungsverwahrung (Hang; zeitnah aufeinanderfolgende Taten; Sachverständigengutachten; Gefährlichkeitsprognose; Gesamtwürdigung); Berücksichtigung errechneter Blutalkoholkonzentration im Rahmen der Beweiswürdigung (Indizienbeweis; Beweiswert; Zweifelsatz; Gesamtwürdigung aller Beweistatsachen).
§ 66 StGB; § 261 StPO

834. BGH 5 StR 377/20 – Urteil vom 10. Juni 2021 (LG Dresden)

Verwertbarkeit von Erkenntnissen einer gefahrenabwehrrechtlich zulässigen Durchsuchung im Strafverfahren (Gemengelage; doppel funktionale Maßnahme; kein Vorrangverhältnis zwischen Strafprozessordnung und Gefahrenabwehrrecht; rechtsmissbräuchliche Umgehung der strafprozessualen Anordnungsvoraussetzungen); Beweiswürdigung (Überzeugungsbildung; Indiztatsachen; Gesamtwürdigung).
§ 103 StPO; § 161 StPO; § 163 StPO; § 261 StPO

835. BGH 5 StR 477/20 – Urteil vom 24. Juni 2021 (LG Berlin)

Versuchter Totschlag (Beweiswürdigung zum Tötungsvorsatz; anschauliche und konkrete Lebensgefährlichkeit; Rücktritt; unbeendeter und beendeter Versuch).
§ 212 StGB; § 24 StGB; § 261 StPO

836. BGH 5 StR 481/20 – Beschluss vom 8. Juni 2021 (LG Itzehoe)

Vermögensnachteil bei der Untreue (wirtschaftlicher Vermögens-/Schadensbegriff; kein Schutz der Dispositionsfreiheit; Leistung auf nicht fällige Verbindlichkeit; rechtsgrundlose Zahlung).
§ 266 StGB

837. BGH 5 StR 482/20 – Beschluss vom 7. Juli 2021

Verwerfung der Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

838. BGH 5 StR 545/20 – Urteil vom 24. Juni 2021 (LG Berlin)

Strafzumessung als Aufgabe des Tatgerichts (revisionsgerichtliche Überprüfung; Grenze des Vertretbaren; Darstellung in den Urteilsgründen; bestimmende Umstände).
§ 46 StGB; § 267 StPO

1. Die Strafzumessung ist grundsätzlich Sache des Tatgerichts. Ein Eingriff des Revisionsgerichts ist nur möglich, wenn die Zumessungserwägungen in sich fehlerhaft sind, von unzutreffenden Tatsachen ausgehen, das Tatgericht gegen rechtlich anerkannte Strafzwecke verstößt oder wenn sich die verhängte Strafe nach oben oder unten von ihrer Bestimmung, gerechter Schuldausgleich zu sein, so weit löst, dass sie nicht mehr innerhalb des dem Tatgericht eingeräumten Spielraums liegt. Eine ins Einzelne gehende Richtigkeitskontrolle ist ausgeschlossen. In Zweifelsfällen muss das

Revisionsgericht die vom Tatgericht vorgenommene Bewertung bis an die Grenze des Vertretbaren hinnehmen.

2. Das Tatgericht ist lediglich verpflichtet, in den Urteilsgründen die für die Strafzumessung bestimmenden Umstände darzulegen (§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO); eine erschöpfende Aufzählung aller Strafzumessungserwägungen ist weder vorgeschrieben noch möglich. Die Bewertungsrichtung und das Gewicht der Strafzumessungstatsachen bestimmt in erster Linie das Tatgericht, dem hierbei von Rechts wegen ein weiterer Entscheidungs- und Wertungsspielraum eröffnet ist.

839. BGH 5 ARs 18/21 5 AR (VS) 6/21 – Beschluss vom 6. Juli 2021

Verwerfung der nicht zugelassenen Rechtsbeschwerde.
§ 29 Abs. 1 EGGVG

840. BGH AK 37/21 – Beschluss vom 14. Juli 2021 (AG Karlsruhe)

Dringender Tatverdacht wegen mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer terroristischen Vereinigung im Ausland (formale Eingliederung in die Organisation mit deren Zustimmung; vom Inland aus agierender Täter); Verstoß gegen Bereitstellungsverbot; Vorbereitung einer schweren staatsgefährdenden Gewalttat.
§ 129a StGB; § 129b StGB; § 89a StGB; § 18 Abs. 1 Nr. 1 AWG

841. BGH StB 24/21 – Beschluss vom 15. Juni 2021 (OLG Celle)

Störung des Vertrauensverhältnisses zwischen Pflichtverteidiger und Angeklagtem (verständiger Angeklagter; Kontakt zu inhaftiertem Mandanten; Meinungsverschiedenheiten; Pflichtverletzung).
§ 143a Abs. 2 StPO

842. BGH StB 25 und 26/21 – Beschluss vom 16. Juni 2021 (OLG Düsseldorf)

Geschäftsverteilungsplan (gesetzlicher Richter; generell-abstrakte Regelung; pflichtgemäßes Ermessen; Willkürkontrolle; Turnus- oder Rotationsprinzip; Missbrauchsfahr; Staatsschutzsachen; Evokationsbefugnis des Generalbundesanwalts).
Art. 101 Abs. 1 S. 2 GG; § 21e GVG; § 222b StPO

843. BGH 2 StR 109/20 – Urteil vom 31. März 2021 (LG Limburg)

Begehen durch Unterlassen (Garantenstellung unter Geschwistern: ausdrückliche oder konkludente Übernahme von Verantwortung; Garantenstellung im Eltern-Kind-Verhältnis; keine Garantenstellung gegenüber eines Hilfsbedürftigen nach Beistand); Totschlag (bedingter Vorsatz; Abgrenzung von bewusster Fahrlässigkeit, hohe Lebensgefährlichkeit des Verhaltens, grundsätzliche Unbeachtlichkeit der Motive des Täters, Zweifelsatz); unterlassene Hilfeleistung; Körperverletzung mit Todesfolge (Unterlassen).
§ 13 Abs. 1 StGB; § 15 StGB; § 212 StGB; §§ 223, 227 StGB; § 323c StGB; § 264 StPO

844. BGH 2 StR 12/21 – Beschluss vom 27. April 2021 (LG Bonn)

Totschlag; Versuch (beendeter Versuch: Vorliegen bei gedanklicher Indifferenz des Täters, Vorliegen bei Kenntnis der die den Erfolgseintritt nahelegenden tatsächlichen Umstände).

§ 24 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 StGB; § 212 StGB

845. BGH 2 StR 13/20 – Urteil vom 9. Juni 2021 (LG Aachen)

Erpressung (Vermögensschaden: Verzicht auf die Geltendmachung einer Forderung, Werthaltigkeit der nicht geltend gemachten Forderung).

§ 253 StGB

846. BGH 2 StR 167/20 – Urteil vom 28. April 2021 (LG Gera)

Betäubungsmittelkriminalität (Bandenabrede); Urteilsgründe (Feststellungen zu persönlichen Verhältnissen des Angeklagten); Beweiswürdigung (Einlassung eines Angeklagten: Prüfung auf Plausibilität und anhand des übrigen Beweisergebnisses auf ihren Wahrheitsgehalt, Zweifelssatz); Einziehung (Einziehung eines Gegenstandes von nicht unbeträchtlichem Wert: Berücksichtigung bei der Strafbemessung im Wege einer Gesamtbetrachtung der den Täter treffenden Rechtsfolgen; Ermessen bei der Einziehung von Tatmitteln).

§ 30a Abs. 1 BtMG; § 267 Abs. 5 Satz 1 StPO; 3 § 261 StPO; § 74 StGB

847. BGH 2 StR 279/20 – Beschluss vom 3. Februar 2021 (LG Darmstadt)

Erpresserischer Menschenraub (beabsichtigter Erpressungserfolg: geplanter Zeitpunkt der gewollten erpressen Leistung, Schuldanerkenntnis, formlose Zahlungszusage); Geiselnahme (beabsichtigter Nötigungserfolg: funktionaler und zeitlicher Zusammenhang zwischen Bemächtigung und qualifizierter Nötigung, Erstreben mehrerer Verhaltensweisen, Abgabe eines „Ehrenworts“).

§ 239a Abs. 1 StGB; § 239b Abs. 1 StGB

848. BGH 2 StR 323/20 – Beschluss vom 16. Februar 2021 (LG Darmstadt)

Verstoß gegen Weisungen während der Führungsaufsicht (Weisung: hinreichend bestimmt, Weisungsverstöße; tatbestandsausschließendes Einverständnis; Vorsatz).

§ 145a StGB; § 15 StGB

849. BGH 2 StR 47/20 – Urteil vom 28. April 2021 (LG Wiesbaden)

BGHSt; Verbreitung, Erwerb und Besitz kinderpornographischer Schriften (Anderer: Beteiligte an dem dargestellten sexuellen Missbrauch; Besitzverschaffen); schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (Täterschaft; Teilnahme einer Person ohne Körperkontakt; kinderpornographische Absicht eines Teilnehmers; Verbreiten); Konkurrenzen; Strafzumessung (straferschwerende Berücksichtigung von verjährten Taten).

§ 184b StGB a.F.; § 176a StGB a.F.; § 52 StGB

850. BGH 2 StR 91/21 – Beschluss vom 8. Juni 2021 (LG Köln)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Erfolgsaussicht der Behandlung: Sprachunkundigkeit, Ausreise-

pflichtigkeit; Soll-Vorschrift: Absehen von einer Maßregelanelordnung nur in Ausnahmefällen).

§ 64 StGB

851. BGH 2 StR 355/20 – Urteil vom 9. Juni 2021 (LG Wiesbaden)

Betrug (Bandenmitgliedschaft; gewerbsmäßiges Handeln; Beihilfe); Strafzumessung (Revisibilität der Strafzumessung; Vermögenseinbuße durch Einziehung von Wertersatz kein Strafmilderungsgrund).

§ 263 StGB; § 46 StGB

852. BGH 2 StR 443/20 – Beschluss vom 11. Mai 2021 (LG Gera)

Verminderte Schuldfähigkeit (voneinander abweichende Gutachten: Darstellungsmangel; rechtsfehlerfreie Prüfung: Darlegung der Blutalkoholkonzentration, mittlerer Abbauwert darf der Berechnung nicht zugrunde gelegt werden; Alkoholgewöhnung).

§ 21 StGB

Eine rechtsfehlerfreie Prüfung des § 21 StGB setzt die Darlegung voraus, von welcher Blutalkoholkonzentration dabei ausgegangen wird. Ein mittlerer Abbauwert darf dabei der Berechnung nicht zugrunde gelegt werden.

853. BGH 2 StR 443/20 – Beschluss vom 11. Mai 2021 (LG Gera)

Anwendung des Jugendstrafrechts auf Heranwachsende (Gesamtwürdigung; Darstellungsmangel).

§ 105 Abs. 1 Nr. 1 JGG

854. BGH 2 StR 452/20 – Beschluss vom 12. Mai 2021 (LG Aachen)

Zuständigkeitsänderung vor der Hauptverhandlung (Verweisung der Sache an das zuständige Gericht bei fehlendem Übernahmebeschluss); Einziehung von Tatmitteln (Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte: mitgeführte Waffe); verminderte Schuldfähigkeit (Beweiswürdigung); Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus.

§ 225a Abs. 1 Satz 2 StPO; § 74 StGB; § 113 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 21 StGB; § 63 StGB

855. BGH 2 ARs 46/21 2 AR 16/21 – Beschluss vom 24. Juni 2021

Zuständigkeitsbestimmung durch das gemeinschaftliche obere Gericht; gerichtliche Zuständigkeit in Jugendstrafsachen (Einwendungen des Verurteilten gegen einen abgelehnten Vollstreckungsaufschub; Beschwerden gegen andere als jugendrichterliche Entscheidungen des Vollstreckungsleiters; Ausnahmen).

§ 14 StPO; §§ 458 Abs. 2, 462 Abs. 1 StPO; § 2 Abs. 2 JGG; § 83 Abs. 1 JGG

1. Über Beschwerden gegen andere als jugendrichterliche Entscheidungen des Vollstreckungsleiters wird grundsätzlich im Verwaltungswege entschieden.

2. Insoweit besteht allerdings eine Ausnahme gemäß § 2 Abs. 2 JGG in Verbindung mit §§ 458 Abs. 2, 462 Abs. 1 StPO, wonach das Gericht, das das Urteil gesprochen hat, über Einwendungen gegen die Entscheidungen des Ju-

gendrichters als Vollstreckungsleiter in den Fällen der §§ 455, 456 StPO zu befinden hat. Danach ist das Gericht des ersten Rechtszuges zuständig.

856. BGH 2 BGs 254/21 – Beschluss vom 4. Juni 2021 (Ermittlungsrichter)

Entscheidung über die Bestellung eines Pflichtverteidigers (Bestellung von Amts wegen); Zeitpunkt der Bestellung eines Pflichtverteidigers (Unterbringung in einer Anstalt auf Grund einer richterlichen Anordnung; Beurteilung oder Unterbringung in gelockerter Form; mangelnde Verteidigungsfähigkeit); unvollständige Belehrung.

§ 142 Abs. 3 StPO; § 141 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 StPO; § 141 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 StPO; § 136 Abs. 1 Satz 5 StPO

857. BGH 2 BGs 468/20 – Beschluss vom 9. Juli 2020 (Ermittlungsrichter)

Telekommunikationsüberwachung (Anwendung auf internetbasierte Chat- und Messaging-Dienste: „WhatsApp“, richterliche Entscheidung über die Verhältnismäßigkeit); Beschlagnahmeverbot (Angehörigenverhältnis; Verzicht: Einwilligungserklärung, unvollständige Tatsachengrundlage); Belehrungspflichten bei der Zeugenvernehmung; eigenverantwortliche Prüfung des Ermittlungsrichters (Entscheidung auf Vorlage einzelner schriftlicher Antragsunterlagen; Unvollständigkeit der staatsanwaltschaftlich ausgewählten Teile der Ermittlungsakte: Verlust der erlangten Beweismittel, fortan grundsätzliche Vorlage der gesamten Ermittlungsakte).

Art. 10 GG; Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG; § 100a Abs. 1 Satz 1 StPO; § 97 StPO; § 163 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 52 Abs. 3 StPO; § 162 StPO

858. BGH 2 BGs 619/20 – Beschluss vom 14. September 2020 (Ermittlungsrichter)

Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bei Fristversäumung (Statthaftigkeit bei einem Verteidigerwechsel); Verteidigerwechsel (Frist: keine Wiedereinsetzung in den vorigen Stand; zeitliche Beschränkung).

§ 44 StPO; § 143a Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 StPO

859. BGH 2 BGs 645/20 – Beschluss vom 28. August 2020 (Ermittlungsrichter)

Durchsetzung der Aussage- und Erscheinungspflicht eines Zeugen durch die Staatsanwaltschaft (Zwangsmittel; Annexkompetenz bei dem Ausbleiben eines Zeugen: Richtervorbehalt, Ordnungs- und Erzwingungshaft, Anordnung der zwangsweisen Öffnung und des Betretens einer Wohnung, Ergänzung einer staatsanwaltschaftlich angeordneten Vorführung).

Art. 104 Abs. 2 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 51 Abs. 1 Satz 3 StPO

860. BGH 4 StR 141/21 – Beschluss vom 7. Juli 2021 (LG Bielefeld)

Körperverletzung mit Todesfolge (Mittäter: Exzesshandlung, Gefahrenzusammenhang).

§ 227 StGB

861. BGH 4 StR 30/21 – Beschluss vom 10. Juni 2021 (LG Saarbrücken)

Fakultative Strafrahmenschiebung infolge verminderter Schuldfähigkeit (Gesamtabwägung aller schuldrelevanter

Umstände; Ermessensspielraum des Tatgerichts; Ermessensausübung; Verringerung des Schuldgehalts im Regelfall, Erforderlichkeit schulderhöhender Umstände, selbstverschuldete Trunkenheit); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang: Vorliegen, Notwendigkeit sicherer Feststellung); Entziehung der Fahrerlaubnis (Ungeeignetheit zum Führen von Kraftfahrzeugen: maßgeblicher Beurteilungszeitpunkt, geraumes Zurückliegen der den Eignungsmangel ausweisenden Taten); Recht auf ein faires Verfahren (revisionsrechtliche Überprüfung).

§ 21 StGB; § 49 Abs. 1 StGB; § 64 StGB; § 69 Abs. 1 StGB; Art. 6 EMRK

862. BGH 4 StR 312/20 – Beschluss vom 10. Juni 2021 (LG Cottbus)

Versuchter Totschlag; bedingter Vorsatz (bedingter Tötungsvorsatz; Abgrenzung von bewusster Fahrlässigkeit); gefährliche Körperverletzung (mittels eines anderen gefährlichen Werkzeugs: gezieltes Anfahren mit einem Kfz).

§ 212 StGB; §§ 223, 224 Abs. 1 Nr. 2 StGB; § 15 StGB; § 22 StGB

863. BGH 4 StR 353/20 – Urteil vom 24. Juni 2021 (LG Bochum)

Grenzen der Revisibilität (beschränkte Revisibilität der Beweiswürdigung); Zweifelssatz; Beweiswürdigung (umfassende Gesamtwürdigung einzelner Beweisergebnisse; Vergewaltigung; Körperverletzung).

§ 261 StPO; § 337 StPO

864. BGH 4 StR 79/20 – Urteil vom 24. Juni 2021 (LG Aachen)

Verbotenes Kraftfahrzeugrennen (Absicht Erreichung höchstmöglicher Geschwindigkeit: Ziel der möglichst hohen Geschwindigkeit, situativ mögliche Höchstgeschwindigkeit, nicht ganz unerhebliche Wegstrecke, Ausreichen von notwendigem Zwischenziel); bedingter Vorsatz (Abgrenzung von bewusster Fahrlässigkeit; in hohem Maße gefährliche Handlungen; Vertrauen auf guten Ausgang bei erkannter Eigengefährdung bei riskanten Verhaltensweisen im Straßenverkehr); Gefährdung des Straßenverkehrs (falsches Fahren beim Überholen).

§ 315d Abs. 1 Nr. 3 StGB; § 315c Abs. 1 Nr. 2b StGB; § 15 StGB

865. BGH 6 StR 119/21 – Beschluss vom 1. Juni 2021 (LG Regensburg)

BGHSt; Amtsträgerkorruption (Diensthandlung: der sich für ein anderes Amt bei demselben Dienstherrn bewerbende Amtsträger, der sich zur Wiederwahl stellende Amtsträger, Abgrenzung zu der Privathandlung, Abgrenzung der Bestechung und Bestechlichkeit zu der Vorteilsannahme und -gewährung, Bestimmtheit der zukünftigen Diensthandlung).

§ 331 StGB; § 332 StGB; § 333 StGB; § 334 StGB

866. BGH 6 StR 249/21 – Beschluss vom 30. Juni 2021 (LG Braunschweig)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang: Beweiswürdigung, wechselnde und widersprüchliche Angaben des Angeklagten zu seinem Drogenkonsum; Darstellungsfehler hinsichtlich eines Gutachtens).

§ 64 StGB

867. BGH 6 StR 252/21 – Beschluss vom 15. Juli 2021 (LG Potsdam)

Betäubungsmittelkriminalität (Konkurrenzen); Umfang des Urteils (keine Erörterung von Verfahrensvorgängen; Überfrachtung).

§ 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG i.V.m. § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG; § 52 StGB

1. Gab der Angeklagte bei der Tat Betäubungsmittel nur an einen Minderjährigen ab, erfasst die Verurteilung wegen gewerbsmäßiger Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige (§ 30 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG) auch den im Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (§ 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG) liegenden Unrechtsgehalt, weswegen dieses Delikt im Wege der Gesetzeskonkurrenz zurücktritt.

2. Die gewerbsmäßige Abgabe von Betäubungsmitteln an Minderjährige (§ 30 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 29a Abs. 1 Nr. 1 BtMG) und das Handeltreiben mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge (§ 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG) stehen aufgrund der Klarstellungsfunktion der Tateinheit in Tateinheit. Denn das durch § 29a Abs. 1 Nr. 2 BtMG verpönte Unrecht gerade des Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in nicht geringer Menge käme in einer Verurteilung nur wegen des Verbrechens nach § 30 Abs. 1 Nr. 2 BtMG nicht eigenständig zum Ausdruck.

3. Verfahrensvorgänge sind im Urteil grundsätzlich nicht zu erörtern. Insbesondere sind Ausführungen zur Verwertbarkeit von Beweismitteln von Rechts wegen nicht geboten, vielmehr zur Vermeidung der Überfrachtung der schriftlichen Urteilsgründe regelmäßig sogar tunlichst zu unterlassen.

868. BGH 6 StR 334/20 – Beschluss vom 16. Juni 2021 (LG Potsdam)

Untreue (Pflichtverletzung; fehlende Transparenz der Entscheidung; eigenwirtschaftliche Ziele; Vermögensnachteil: Bestimmung des objektiven Wertes einer Immobilie); Strafverfolgungsverjährung (Unterbrechungswirkung: Verletzung des Verhältnismäßigkeitsgebots, fehlende Ausführungen zu der Verhältnismäßigkeit in einem Durchsuchungsbeschluss); Ausschöpfungsrüge (Unzulässigkeit).

§ 266 StGB; § 78c StGB; § 261 StPO

869. BGH 6 StR 403/20 – Urteil vom 30. Juni 2021 (LG Braunschweig)

Strafzumessung (strafschärfende Berücksichtigung; unter Bewährung Stehen bei Tatbegehung); Vollstreckungsverfahren (Anrechnung einer erlittenen Untersuchungshaft auf den vorweg zu vollstreckenden Teil der Strafe); Einziehung; Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang: wenig aussagekonstante Einlassung des Angeklagten, heimlicher Konsum).

§ 64 StGB; § 51 StGB; § 67 Abs. 2 StGB; § 73 StGB; § 73c StGB

870. BGH 6 BGs 19/21 – Beschluss vom 29. April 2021 (Ermittlungsrichter)

Zurückstellung der Benachrichtigung bei verdeckten Maßnahmen (Gefährdung des Untersuchungszwecks:

mehrere verdeckte Untersuchungshandlungen; Abwägung: sachgrundloser längerer Verfahrensstillstand, Gewichtung der Belange des Betroffenen mit zunehmender Dauer der Zurückstellung); fehlende polizeiliche Ressourcen im von der Staatsanwaltschaft geführten Ermittlungsverfahren (Priorisierung zwischen Ermittlungsverfahren: Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft; Anzeigepflicht der Ermittlungspersonen); Weisungsrecht der Staatsanwaltschaft gegenüber den Ermittlungspersonen. § 101 Abs. 6 StPO; § 101 Abs. 5 StPO; § 161 Abs. 1 Satz 2 StPO; § 163 StPO; § 152 GVG

871. BGH 6 BGs 95/20 – Beschluss vom 19. August 2020 (Ermittlungsrichter)

Vorermittlungsverfahren (fehlende Statthaftigkeit richterlicher Untersuchungshandlungen; Abgrenzung zum bereits eingeleiteten Ermittlungsverfahren).

§ 162 Abs. 1 Satz 1 StPO; § 152 StPO

872. BGH 2 StR 111/21 – Beschluss vom 27. April 2021

Bestellung eines Beistands (Fortwirkung bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens).

§ 397a Abs. 1 Nr. 3 StPO

Die Bestellung als Beistand nach § 397a Abs. 1 Nr. 3 StPO wirkt über die jeweilige Instanz hinaus bis zum rechtskräftigen Abschluss des Verfahrens fort und erstreckt sich somit auch auf die Revisionsinstanz.

873. BGH 2 StR 111/21 – Beschluss vom 27. April 2021 (LG Köln)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

874. BGH 2 StR 317/19 – Beschluss vom 11. Mai 2021

Entscheidung über die Festsetzung einer Pauschgebühr.

§ 51 Abs. 1 RVG

875. BGH 2 StR 381/20 – Beschluss vom 12. Mai 2021 (LG Köln)

Rechtsmittelbefugnis des Nebenklägers (zulässiges Anfechtungsziel).

§ 400 Abs. 1 StPO

876. BGH 2 StR 381/20 – Beschluss vom 12. Mai 2021 (LG Köln)

Rechtsmittelbefugnis des Nebenklägers (zulässiges Anfechtungsziel).

§ 400 Abs. 1 StPO

877. BGH 2 StR 383/20 – Beschluss vom 30. März 2021 (LG Frankfurt am Main)

Verständigung zwischen Gericht und Verfahrensbeteiligten (Verstoß gegen die Belehrungspflicht; Beruhen des Urteils auf diesem Verstoß: Ursächlichkeit des Belehrungsfehlers für das Geständnis).

§ 257c StPO; § 337 Abs. 1 StPO

878. BGH 2 StR 398/20 – Beschluss vom 30. März 2021 (LG Kassel)

Grundsätze der Strafzumessung (Tatserie von Missbrauchstaten: sinkende Hemmschwelle des Täters; zu-

nehmendes Alter eines Tatopfers); Urteilsgründe (Anforderungen an den Umfang).
§ 46 Abs. 2 StGB; § 267 StPO

879. BGH 2 StR 52/21 – Beschluss vom 27. April 2021 (LG Bonn)

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

880. BGH 2 StR 469/20 – Beschluss vom 27. Mai 2021 (LG Köln)

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

881. BGH 4 StR 34/21 – Beschluss vom 11. Mai 2021 (LG Münster)

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

882. BGH 4 StR 36/21 – Beschluss vom 26. Mai 2021 (LG Bielefeld)

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

883. BGH 4 StR 63/21 – Beschluss vom 1. Juni 2021 (LG Siegen)

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

884. BGH 4 StR 66/21 – Beschluss vom 9. Juni 2021 (LG Essen)

Rechtsmittelbefugnis des Nebenklägers (Mitteilung eines zulässigen Anfechtungsziels).
§ 400 Abs. 1 StPO

885. BGH 4 StR 78/21 – Beschluss vom 25. Mai 2021 (LG Bochum)

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

886. BGH 4 StR 88/21 – Beschluss vom 27. Mai 2021 (LG Kaiserslautern)

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

887. BGH 4 StR 94/21 – Beschluss vom 11. Mai 2021 (LG Essen)

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

888. BGH 4 StR 113/21 – Beschluss vom 12. Mai 2021 (LG Essen)

Grundsätze der Strafzumessung (Maßstab des minder schweren Falles).
§ 46 Abs. 3 StGB

889. BGH 4 StR 117/21 – Beschluss vom 9. Juni 2021 (LG Dortmund)

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

890. BGH 4 StR 142/20 – Beschluss vom 27. Mai 2021 (LG Berlin)

Zurückweisung der Anhörungsgründe als unbegründet.
§ 356a StPO

891. BGH 4 StR 162/20 – Beschluss vom 25. Mai 2021 (LG Hagen)

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

892. BGH 4 StR 516/20 – Beschluss vom 26. Mai 2021 (LG Essen)

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

893. BGH 4 StR 522/20 – Beschluss vom 29. April 2021 (LG Leipzig)

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

894. BGH 4 StR 522/20 – Urteil vom 29. April 2021 (LG Leipzig)

Entziehung der Fahrerlaubnis, Sperre für die Erteilung einer Fahrerlaubnis (Regelvermutung für die Ungeeignetheit des Täters zum Führen von Kraftfahrzeugen nach Verurteilung wegen fahrlässiger Trunkenheit im Verkehr).
§ 69 Abs. 1 Satz 1 StGB; § 69 Abs. 2 Nr. 2 StGB; § 69a Abs. 1 Satz 3 StGB; § 316 Abs. 1, 2 StGB

895. BGH 4 StR 534/20 – Beschluss vom 8. Juni 2021 (LG Limburg)

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

896. BGH 4 StR 535/20 – Beschluss vom 11. Mai 2021 (LG Hamburg)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Fehlen der Unrechtseinsicht als Folge der verminderten Einsichtsfähigkeit).
§ 21 StGB; § 63 StGB

Eine verminderte Einsichtsfähigkeit ist strafrechtlich erst dann von Bedeutung, wenn sie das Fehlen der Unrechtseinsicht zur Folge hat. Derjenige, der trotz erheblicher verminderteter Einsichtsfähigkeit im konkreten Fall Einsicht in das Unrecht seines Tuns hat, ist – sofern nicht seine Steuerungsfähigkeit erheblich eingeschränkt war – voll schuldfähig. In einem solchen Fall ist auch die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nicht zulässig.

897. BGH 4 StR 550/20 – Beschluss vom 26. Mai 2021 (LG Detmold)

Veränderung des rechtlichen Gesichtspunktes oder der Sachlage (Ausschluss der Annahme einer anderweitigen Verteidigungsmöglichkeit).
§ 265 Abs. 1 StPO

898. BGH 4 StR 597/19 – Beschluss vom 9. November 2020 (LG Detmold)

Durchbrechung der Rechtskraft (keine Aufhebung eines lediglich versehentlich auf einer unzutreffenden tatsächlichen Grundlage ergangenen Senatsbeschlusses).
§ 349 Abs. 2, 4 und 5 StPO; § 356a StPO

899. BGH 4 StR 654/19 – Beschluss vom 12. Mai 2021

Zurückweisung der Anhörungsrüge.
§ 33a StPO

900. BGH 4 StR 654/19 – Beschluss vom 17. Mai 2021

Bewilligung von Prozesskostenhilfe für die Hinzuziehung eines Rechtsanwalts in der Revisionsinstanz.
§ 397a Abs. 2 StPO

901. BGH 4 StR 654/19 – Beschluss vom 17. Mai 2021

Verteidigerwechsel (Aufhebung der Bestellung eines Pflichtverteidigers: endgültige Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zwischen Verteidiger und Beschuldigtem).
§ 143a Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 StPO

902. BGH 4 StR 654/19 – Beschluss vom 19. Mai 2021 (LG Landau)

Zurückverweisung (Entscheidung über den Gesamtstrafenausspruch im Nachverfahren).
§ 354 Abs. 1b Satz 1 StPO; § 460 StPO; § 462 StPO

Eine Verweisung in das Beschlussverfahren nach §§ 460, 462 StPO kann auch dann erfolgen, wenn im Revisionsverfahren eine oder mehrere Einzelstrafen durch Einstellung in Wegfall kommen und nur deshalb über die Gesamtstrafe neu zu befinden ist.

903. BGH 4 StR 654/19 – Beschluss vom 19. Mai 2021

Zurückweisung der Anhörungsrüge als unzulässig.
§ 33a StPO

904. BGH 4 StR 654/19 – Beschluss vom 8. Juni 2021

Ablehnung eines Richters (Statthaftigkeit nur vor Ergehen einer Entscheidung auch bei Verbindung mit Anhörungsrüge); Verletzung des Anspruchs auf rechtliches Gehör bei einer Revisionsentscheidung (keine Geltendmachung der Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter).
§ 25 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 26a Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 356a StPO

1. Ein Ablehnungsgesuch ist in entsprechender Anwendung des § 25 Abs. 2 Satz 2 StPO nur statthaft, solange die Entscheidung noch nicht ergangen ist. Das gilt auch, wenn das Ablehnungsgesuch mit einer Anhörungsrüge verbunden ist, die sich als unbegründet erweist.

2. Eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter kann mit einer Anhörungsrüge nicht geltend gemacht werden.

905. BGH 4 StR 654/19 – Beschluss vom 10. Juni 2021 (LG Landau)

Zurückweisung der Gegenvorstellung.
§ 349 Abs. 2 und 4 StPO

906. BGH 6 StR 127/21 – Urteil vom 16. Juni 2021 (LG Dessau-Roßlau)

Urteilsgründe (Strafzumessung: bestimmende Umstände darzulegen, erschöpfende Aufzählung aller Strafzumessungserwägungen nicht vorgeschrieben, Bestimmung der wesentlichen Strafzumessungsgründe im Einzelfall); schwerer sexueller Missbrauch von Kindern (Strafzumessung: minder schwerer Fall).

§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO; § 176a Abs. 2 Nr. 1, Abs. 4 Var. 2 StGB a.F.

Das Tatgericht ist lediglich verpflichtet, in den Urteilsgründen die für die Strafbemessung bestimmenden Umstände darzulegen (§ 267 Abs. 3 Satz 1 StPO); eine erschöpfende Aufzählung aller Strafzumessungserwägungen ist weder vorgeschrieben noch möglich. Was als wesentlicher Strafzumessungsgrund anzusehen ist, entscheidet das Tatgericht unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls.

907. BGH 6 StR 212/21 – Beschluss vom 1. Juni 2021 (LG Nürnberg-Fürth)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Hang: indizielle Bedeutung von der Beeinträchtigung der Gesundheit oder Arbeits- und Leistungsfähigkeit und von drogenfreien Intervallen; symptomatischer Zusammenhang: Mitursächlichkeit der Intoxikation für die Begehung der Tat; hinreichend konkrete Erfolgsaussicht: fehlende Therapiebereitschaft, Weckung einer zunächst fehlenden Therapiebereitschaft für eine erfolgsversprechende Therapie).

§ 64 StGB

1. Für die Annahme eines Hangs im Sinne des § 64 StGB ist nach ständiger Rechtsprechung eine eingewurzelte, auf psychische Disposition zurückgehende oder durch Übung erworbene Neigung ausreichend, immer wieder Rauschmittel zu konsumieren, wobei diese Neigung noch nicht den Grad einer physischen Abhängigkeit erreicht haben muss. Die Beeinträchtigung der Gesundheit oder der Arbeits- und Leistungsfähigkeit hat zwar indizielle Bedeutung für das Vorliegen eines Hangs, deren Fehlen schließt ihn jedoch nicht aus; Gleiches gilt für drogenfreie Intervalle.

2. Der erforderliche symptomatische Zusammenhang besteht auch bei einer Mitursächlichkeit der Intoxikation für die Begehung der Tat.

3. Eine fehlende innere Therapiebereitschaft kann nicht allein aus dem Umstand abgeleitet werden, dass der Angeklagte eine Exploration durch den psychiatrischen Sachverständigen abgelehnt hat.

4. Das Tatgericht hat stets zu prüfen, ob die konkrete Aussicht besteht, dass eine zunächst fehlende Therapiebereitschaft für eine erfolgsversprechende Therapie noch geweckt werden kann.

908. BGH 6 StR 230/21 – Beschluss vom 15. Juni 2021 (LG Stade)

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

909. BGH 6 StR 231/21 – Beschluss vom 15. Juni 2021 (LG Hannover)

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

910. BGH 6 StR 233/21 – Beschluss vom 15. Juni 2021 (LG Magdeburg)

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

911. BGH 6 StR 28/21 – Beschluss vom 15. Juni 2021 (LG Hildesheim)

Zurückweisung der Gegenvorstellung; Unzulässigkeit einer Gegenvorstellung gegen einen nach § 349 Abs. 2 StPO ergangenen Beschluss; Auslegung eines Schreibens.
§ 300 StPO