

Impressum

Entscheidungen

Aktuelles

- EGMR** 1128/17 v. 16.02.2021
Besorgnis der Befangenheit wegen richterlicher Vorbefassung (Ls)
- EuGH** C-481/19 v. 02.02.2021
Aussageverweigerungsrecht im Verwaltungs-sanktionenrecht
- BGH** AnwSt (B) 4/20 v. 29.01.2021
Befangenheit bei Verfahrensfehlern; verwehrte Akteneinsicht (Ls)
- BGH** XIII ZB 123/19 v. 15.12.2020
Hinzuziehung eines Rechtsanwalts (Ls)
- OLG Bremen** 1 Ws 166/20 v. 18.12.2020
Zur Verwertbarkeit von »EncroChat«-Daten (Ls)
- OLG Düsseldorf** 3 RVs 32/20 v. 17.09.2020
Strafbarkeit der Zahlenkombination »1312« als Beleidigung; Verfolgung als Ordnungswidrigkeit
- LG Bremen** 2 Kls 1/20 v. 04.11.2020
Voraussetzungen der Strafbarkeit von Rechtsanwälten und BAMF-Sachbearbeitern im Asylverfahren
- LG Berlin** 212 Js-OWi 1/20, 526 OWiG LG 1/20 v. 18.02.2021
Verbandsverantwortlichkeit bei Datenschutzverstößen
- LG Leipzig** 9 Ns 607 Js 54505/18 v. 06.11.2020
Verstoß gegen das Vermummungsverbot im Fußballstadion; Pyrotechnik

Europäisches und Internationales

- EGMR** 73329/16 v. 09.02.2021
Begründungstiefe bei Entscheidungen über Anordnung und Fortdauer der U-Haft (Ls)
- EGMR** 60202/15 v. 06.10.2020
Fortdauer der U-Haft nach erstinstanzlichem Freispruch (Ls)
- EGMR** 20649/18 v. 01.09.2020
Untersuchungspflicht bei Vorwurf rassistisch motivierter Polizeigewalt (Ls)
- EGMR** 35449/14 v. 06.10.2020
Zeugnisverweigerungsrecht von Medienmitarbeitern (Ls)
- EGMR** 68550/17 v. 09.02.2021
Internetzugang im U-Haftvollzug (Ls)
- EGMR** 2205/16 v. 19.01.2021
Konfrontationsrecht (Ls)

- III** **EuGH** C-414/20 PPU v. 13.01.2021
Verhältnismäßigkeit eines Europäischen Haftbefehls (Ls) **55**
- EuGH** C-393/19 v. 14.01.2021
Einziehung bei gutgläubigem Dritten (Ls) **55**
- BGH** 1 StR 404/20 v. 12.01.2021
Gesamtstrafenbildung: Zäsurwirkung einer EU-ausländischen Verurteilung (Ls) **55**
- OLG Bamberg** 1 Ausl AR 55/20 v. 18.12.2020
Einverständnis mit vereinfachter Auslieferung **56**

41 Schnittstellen zum öffentlichen Recht

- 41** **BGH** 4 StR 168/20 v. 06.10.2020
Widerstand gegen den Vollzug rechtswidrigen polizeirechtlichen Gewahrsams **56**
- 44** **OLG Hamm** 4 RVs 83/20 v. 21.07.2020
Hausfriedensbruch bei Verstoß gegen ein bundesweites Stadionverbot (Ls) **57**
- 44** **LG Wuppertal** 24 Qs 10/20 v. 12.01.2021
Aufnahme von Lichtbildern zum Abgleich mit Tatvideos (Ls) **57**

44 Strafrecht und Digitalisierung

- 45** **BGH** 5 StR 229/19 v. 14.10.2020
Zugriff auf »ruhende« E-Mails; Einziehung bei Marktmanipulation **58**
- 50** **BGH** 2 StR 529/19 v. 16.09.2020
Einziehung eines »E-Mail-Postfachs« **60**
- 53** **BGH** 4 StR 49/20 v. 29.07.2020
Selbstaufnahmen des Tatopfers m. Anm. *Hoyer* **61**

Recht der Strafverteidigung; Kosten- und Gebührenrecht

- 54** **BGH** 2 StR 299/20 v. 16.12.2020
Offenkundiger Mangel der Verteidigung (Ls) **64**
- 54** **LG Gera** 11 Qs 18/21 v. 25.01.2021
Schwierigkeit der Sachlage bei einer Vielzahl von Polizeizeugen **64**
- 54** **LG Neuruppin** 11 Ks 22/20 v. 15.03.2021
Erstattungsfähigkeit der Kosten für die Übersetzung von Verteidigerpost **65**

55 Von Adhäsion bis Zeugenbeistand

- 55** **OLG Schleswig** 17 EK 2+3/19 v. 12.06.2020
Entschädigung für überlange Verfahrensdauer (Ls) **66**

AG Osnabrück 29 HL 166/17 v. 15.10.2020
Hinterlegung einer Kaution durch Dritte (Ls) **66**

Forum

EncroChat – ein Kapitel in der Geschichte des
zerbröselnden europäischen Strafprozesses **67**
Ulrich Sommer

Der »BAMF-Skandal« – Strafverfolgung zwischen
Politik und Medien **71**
Hennig Ernst Müller

Aufsatz

Das strafrechtliche (Schutz)waffen- und
Vermummungsverbot – Ein Fall für das
Fußballstadion? **77**
Till Pörner

Redaktion:

Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski, Saarbrücken
Rechtsanwältin Lea Voigt, Bremen
Rechtsanwalt Prof. Dr. Björn Gercke, Köln
Prof. Dr. Matthias Jahn, Frankfurt/M.
Rechtsanwalt Prof. Dr. Helmut Pollähne, Bremen

Verlag:

Wolters Kluwer Deutschland GmbH
Wolters-Kluwer-Str. 1
50354 Hürth

Katharina Tobschirbel

Tel.: 02233 / 3760-7005
Fax: 02233 / 3760-7005-73
E-Mail: Katharina.Tobschirbel@wolterskluwer.com

Entscheidungen

Die mit * gekennzeichneten Entscheidungen sind zum Abdruck in der amtlichen Sammlung bestimmt. Nicht rechtskräftige Entscheidungen sind mit dem Zusatz »n.r.« gekennzeichnet. Bei Leitsätzen, die nicht ausdrücklich als amtlich gekennzeichnet sind, handelt es sich um solche der Redaktion.

Aktuelles

Besorgnis der Befangenheit wegen richterlicher Vorbefassung

EMRK Art. 6 Abs. 1; StPO § 24 Abs. 2

Die Befürchtung der Unparteilichkeit eines Richters ist gerechtfertigt, wenn dieser zuvor in einem anderen Verfahren als Berichterstatter an der Verurteilung eines mutmaßlichen Mittäters mitgewirkt hat und in jener Entscheidung das Verhalten des Angeklagten in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht gewürdigt hat.

EGMR, 3. Sektion, UrT. v. 16.02.2021 – 1128/17
(Meng ././ Deutschland) – n.r.

Anm. d. Red.: Beschwerde gegen BGH StraFo 2016, 289. S. zuvor EGMR NJW 2007, 3553. Nach st. Rspr. des BGH soll eine solche Vortätigkeit die Besorgnis der Befangenheit nur begründen, wenn »besondere Umstände hinzukommen, die diese Besorgnis rechtfertigen«, BGH StV 2011, 69 (Rn. 23).

Aussageverweigerungsrecht im Verwaltungssanktionenrecht

EMRK Art. 6 Abs. 1; GrCh Art. 47 Abs. 2, Art. 48; VO 596/2014 Art. 30 Abs. 1 Buchst. b; RL 2003/6 Art. 14 Abs. 3

1. Das Aussageverweigerungsrecht wird verletzt, wenn ein Verdächtiger aussagt, dem bei einer Aussageverweigerung Sanktionen drohen, oder wenn er wegen seiner Aussageverweigerung bestraft wird.

2. Das Aussageverweigerungsrecht erfasst nicht nur Eingeständnisse von Fehlverhalten oder Bemerkungen, die unmittelbar die befragte Person belasten, sondern erstreckt sich auch auf Informationen über Tatsachenfragen, die später zur Untermauerung der Anklage verwendet werden und sich damit auf die Verurteilung dieser Person oder die gegen sie verhängte Sanktion auswirken können.

3. Das Aussageverweigerungsrecht kann allerdings nicht jede Verweigerung der Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden rechtfertigen; dies gilt etwa für die Weigerung, zu einer von ihnen anberaumten Anhörung zu erscheinen, oder für eine Hinhaltetaktik, um die Durchführung der Anhörung zu verzögern.

4. Das Aussageverweigerungsrecht gilt auch in Verfahren, die zur Verhängung von Verwaltungssanktionen strafrechtlicher Natur führen können, oder wenn Beweise, die in einem Verwaltungsverfahren erlangt werden, in einem Strafverfahren verwertet werden können, um eine Straftat nachzuweisen.

5. Verpflichtungen des Unionsrechts, eine Verweigerung der Zusammenarbeit mit Aufsichtsbehörden zu ahnden, sind im Einklang mit dem Aussageverweigerungsrecht auszulegen.

EuGH, Große Kammer, UrT. v. 02.02.2021 – C-481/19

Aus den Gründen: [14] Mit Bescheid v. 02.05.2012 verhängte die Consob [Nationale Unternehmens- und Börsenaufsichtsbehörde, Italien] [...] gegen DB zwei Geldbußen i.H.v. 200.000 € und 100.000 € wegen einer aus zwei Teilen, nämlich Insidergeschäften und der unrechtmäßigen Weitergabe von Insider-Informationen, bestehenden, zwischen dem 19. und 26.02.2009 begangenen Ordnungswidrigkeit.

[15] Sie erlegte ihm darüber hinaus eine Geldbuße i.H.v. 50.000 € [...] auf, weil er den Zeitpunkt der Anhörung, zu der er in seiner Eigenschaft als über den Sachverhalt informierte Person geladen worden sei, mehrmals verschoben und sich, als er dort erschienen sei, geweigert habe, die an ihn gerichteten Fragen zu beantworten.

[16] Außerdem verhängte die Consob die [...] Nebensanktion einer vorübergehenden Aberkennung der Zuverlässigkeit für die Dauer von 18 M. und verfügte [...] die Beschlagnahme eines dem Gewinn entspr. Betrags bzw. der bei seiner Erzielung eingesetzten Mittel. [...]

[34] Mit seinen Fragen, die zusammen zu prüfen sind, möchte das vorlegende *Gericht* wissen, ob Art. 14 Abs. 3 der RL 2003/6 und Art. 30 Abs. 1 Buchst. b der VO Nr. 596/2014 im Licht der Art. 47 und 48 der Charta dahin auszulegen sind, dass sie es den Mitgliedstaaten gestatten, keine Sanktionen gegen eine natürliche Person zu verhängen, die sich i.R. sie betr., von der zuständigen Behörde gem. der RL oder der VO durchgeführter Ermittlungen weigert, der Behörde Antworten zu geben, aus denen sich ihre Verantwortlichkeit für eine mit Verwaltungssanktionen strafrechtlicher Natur bewehrte Zuwiderhandlung ergeben kann.

[35] Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass die Charta nach ihrem Art. 51 Abs. 1 für die Organe der EU gilt sowie für die Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union.

[36] Überdies beziehen sich die Vorlagefragen zwar auf die Art. 47 und 48 der Charta, in denen u.a. das Recht einer Person, dass ihre Sache in einem fairen Verfahren verhandelt wird, und die Unschuldsvermutung verankert sind, doch wird im Vorabentscheidungsersuchen auch auf die durch Art. 6 der EMRK garantierten Rechte Bezug genommen. Auch wenn die EMRK, solange die Union ihr nicht beigetreten ist, kein Rechtsinstrument darstellt, das formell in die Unionsrechtsordnung übernommen wurde, sind die durch die EMRK anerkannten Grundrechte, wie Art. 6 Abs. 3 EUV bestätigt, gleichwohl als allg. Grundsätze Teil des Unionsrechts. Zudem soll mit Art. 52 Abs. 3 der Charta, wonach die in ihr enthaltenen Rechte, die den durch die EMRK garantierten Rechten entsprechen, die gleiche Bedeutung und Tragweite haben, wie sie ihnen in der EMRK verliehen werden, die notwendige Kohärenz zwischen den jew. Rechten geschaffen werden, ohne dass dadurch die Eigenständigkeit des Unionsrechts und des *Gerichtshofs* berührt wird (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 20.03.2018 – C-537/16 [Garlsson Real Estate u.a.], Rn. 24 und 25 [= NJW 2018, 1233]).

[37] Nach den Erläuterungen zur Charta der Grundrechte (ABl. 2007, C 303, S. 17) entspricht Art. 47 Abs. 2 der Charta Art. 6 Abs. 1 der EMRK, und Art. 48 der Charta stimmt mit Art. 6 Abs. 2 und 3 der EMRK überein. Der *Gerichtshof* muss daher bei seiner Auslegung der durch Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 der Charta garantierten Rechte die entspr. durch Art. 6 der EMRK in dessen Auslegung durch den *EGMR* garantierten Rechte als Mindestschutzstandard berücksichtigen (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 21.05.2019 – C-235/17, Rn. 72, v. 06.10.2020 – C-511/18, C-512/18 und C-520/18 [La Quadrature du Net u.a.], Rn. 124 [= NJW 2021, 531], und v. 17.12.2020 – C-336/19, Rn. 56).

[38] Hierzu hat der *EGMR* ausgeführt, dass Art. 6 der EMRK das Recht, zu schweigen, zwar nicht ausdrücklich erwähnt, dass es aber eine allg. anerkannte Norm des Völkerrechts darstellt, die zum Kern des Begriffs des fairen Verfahrens gehört. Indem der Angekl. vor missbräuchlichem Zwang der Behörden bewahrt wird, trägt dieses Recht dazu bei, Justizirrtümer zu vermeiden und das mit Art. 6 angestrebte Ergebnis zu gewährleisten (vgl. in diesem Sinne *EGMR*, [Urt. v.] 08.02.1996 [– 18731/91], John Murray ./. Vereinigtes Königreich, Rn. 45).

[39] Da der Schutz, den das Recht, zu schweigen, verschafft, in einer Strafsache dafür sorgen soll, dass die Anklage ihre Argumentation ohne Rückgriff auf Beweise untermauert, die durch Zwang oder Druck, unter Missachtung des Willens des Angekl., erlangt wurden (vgl. in diesem Sinne *EGMR*, [Urt. v.] 17.12.1996 [– 19187/91], Saunders ./. Vereinigtes Königreich, Rn. 68), wird dieses Recht u.a. dann verletzt, wenn ein Verdächtiger, dem bei einer Aussageverweigerung Sanktionen drohen, entweder aus sagt oder wegen seiner Weigerung bestraft wird (vgl. in diesem Sinne *EGMR*, [Urt. v.] 13.09.2016 [– 50541/08 u.a.], Ibrahim u.a. ./. Vereinigtes Königreich, Rn. 267 [= JuS 2017, 177 m. Anm. *Jahn*]).

[40] Das Recht, zu schweigen, kann bei vernünftiger Betrachtung nicht auf Eingeständnisse von Fehlverhalten oder auf Bemerkungen, die unmittelbar die befragte Person belasten, beschränkt werden, sondern erstreckt sich auch auf Informationen über Tatsachenfragen, die später zur Untermauerung der Anklage verwendet werden und sich damit auf die Verurteilung

dieser Person oder die gegen sie verhängte Sanktion auswirken können (vgl. in diesem Sinne *EGMR*, [Urt. v.] 17.12.1996 a.a.O. Rn. 71, und [Urt. v.] 19.03.2015 [– 7494/11 u.a.], Corbet u.a. ./. Frankreich, Rn. 34).

[41] Das Recht, zu schweigen, kann allerdings nicht jede Verweigerung der Zusammenarbeit mit den zuständigen Behörden rechtfertigen; dies gilt etwa für die Weigerung, zu einer von ihnen anberaumten Anhörung zu erscheinen, oder für eine Hinhaltetaktik, um die Durchführung der Anhörung zu verzögern.

[42] In Bezug auf die Frage, unter welchen Voraussetzungen das Recht, zu schweigen, auch i.R.v. Verfahren zur Feststellung von Verwaltungsverstößen gewahrt werden muss, ist hervorzuheben, dass dieses Recht im Kontext von Verfahren zur Anwendung kommt, die zur Verhängung von Verwaltungsanktionen strafrechtlicher Natur führen können. Für die Beurteilung der strafrechtlichen Natur sind drei Kriterien maßgebend: erstens die rechtliche Einordnung der Zuwiderhandlung im innerstaatlichen Recht, zweitens die Art der Zuwiderhandlung und drittens der Schweregrad der dem Betr. drohenden Sanktion (Urt. v. 20.03.2018 a.a.O. Rn. 28).

[43] Es ist zwar Sache des vorlegenden *Gerichts*, im Licht dieser Kriterien zu beurteilen, ob die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden Verwaltungsanktionen strafrechtlicher Natur sind; dieses *Gericht* weist jedoch zutr. darauf hin, dass nach der Rspr. des *Gerichtshofs* mit einigen der von der Consob verhängten Verwaltungsanktionen eine repressive Zielsetzung verfolgt zu werden scheint und dass ihnen aufgrund ihres hohen Schweregrads strafrechtliche Natur beigemessen werden kann (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 20.03.2018 – C-596/16 und C-597/16 [Di Puma und Zecca], Rn. 38 [= NJW 2018, 1237], und v. 20.03.2018 – C-537/16 [Garlsson Real Estate u.a.], Rn. 34 und 35). Der *EGMR* ist im Wesentlichen zum gleichen Ergebnis gekommen (*EGMR*, [Urt. v.] 04.03.2014 [– 18640/10 u.a.], Grande Stevens u.a. ./. Italien, Rn. 101).

[44] Selbst wenn die im Ausgangsverfahren in Rede stehenden, von der Aufsichtsbehörde gegen DB verhängten Sanktionen nicht strafrechtlicher Natur sein sollten, könnte sich das Erfordernis, das Recht, zu schweigen, i.R.e. von dieser Behörde durchgeführten Ermittlungsverfahrens zu beachten, auch aus dem vom vorlegenden *Gericht* angesprochenen Umstand ergeben, dass nach nationalem Recht die i.R.d. Verfahrens erlangten Beweise in einem Strafverfahren gegen DB verwertet werden können, um ihm eine Straftat nachzuweisen.

[45] In Anbetracht der Ausführungen in den Rn. 35 bis 44 des vorliegenden Urt. ist davon auszugehen, dass zu den aus Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 der Charta resultierenden Garantien, die sowohl von den Unionsorganen als auch von den Mitgliedstaaten bei der Durchführung des Rechts der Union zu beachten sind, u.a. das Recht, zu schweigen, einer natürlichen Person gehört, die ein »Angekl.« i.S.d. letztgenannten Bestimmung ist. Dieses Recht steht u.a. der Verhängung einer Sanktion gegen eine solche Person wegen deren Weigerung entgegen, der zuständigen Behörde gem. der RL 2003/6 oder der VO Nr. 596/2014 Antworten zu geben, aus denen sich ihre Verantwortlichkeit für eine mit Verwaltungsanktionen strafrechtlicher Natur bewehrte Zuwiderhandlung oder ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit ergeben könnte.

[46] Diese Analyse wird durch die Rspr. des *Gerichtshofs* zu den Wettbewerbsregeln der Union nicht in Frage gestellt. Aus ihr geht im Wesentlichen hervor, dass i.R.e. Verfahrens zum Nachweis einer Verletzung dieser Regeln das betr. Unternehmen verpflichtet werden kann, alle erforderlichen Auskünfte über ihm eventuell bekannte Tatsachen zu erteilen und erforderlichenfalls die in seinem Besitz befindlichen Schriftstücke, die sich hierauf beziehen, zu übermitteln, selbst wenn sie dazu verwendet werden können, den Beweis für ein wettbewerbswidriges Verhalten u.a. dieses Unternehmens zu erbringen (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 18.10.1989 – 374/87 [Orkem/Kommission], Rn. 34, v. 29.06.2006 – C-301/04 P [Kommission/SGL Carbon], Rn. 41, und v. 25.01.2007 – C-407/04 P [Dalmine/Kommission], Rn. 34).

[47] Zum einen hat der *Gerichtshof* nämlich in diesem Kontext auch entschieden, dass dem fraglichen Unternehmen nicht die Verpflichtung auferlegt werden darf, Antworten zu geben, durch die es das Vorliegen einer solchen Zuwiderhandlung eingestehen müsste (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 18.10.1989 a.a.O. Rn. 35, und v. 29.06.2006 a.a.O. Rn. 42).

[48] Zum anderen betr. die in den beiden vorstehenden Rn. dieses Urt. wiedergegebene Rspr., wie das vorliegende *Gericht* selbst ausführt, Verfahren, die zur Verhängung von Sanktionen gegen Unternehmen und Unternehmensvereinigungen führen können. Sie kann bei der Festlegung der Tragweite des Rechts, zu schweigen, von natürlichen Personen, gegen die, wie im Fall von DB, ein Verfahren wegen Insidergeschäften durchgeführt wird, nicht entspr. angewandt werden.

[49] Angesichts der vom vorliegenden *Gericht* geäußerten Zweifel an der Gültigkeit von Art. 14 Abs. 3 der RL 2003/6 und Art. 30 Abs. 1 Buchst. b der VO Nr. 596/2014 im Hinblick auf Art. 47 Abs. 2 und Art. 48 der Charta ist ferner zu prüfen, ob diese Bestimmungen des abgeleiteten Unionsrechts dergestalt im Einklang mit dem Recht, zu schweigen, ausgelegt werden können, dass sie keine Verpflichtung aufstellen, einer natürlichen Person wegen ihrer Weigerung, der zuständigen Behörde gem. der RL oder der VO Antworten zu geben, aus denen sich ihre Verantwortlichkeit für eine mit Verwaltungsstrafmaßnahmen strafrechtlicher Natur bewehrte Zuwiderhandlung oder ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit ergeben könnte, Sanktionen aufzuerlegen.

[50] Insoweit ist zunächst darauf hinzuweisen, dass eine Vorschrift des abgeleiteten Unionsrechts nach einem allg. Auslegungsgrundsatz so weit wie möglich in einer ihre Gültigkeit nicht in Frage stellenden Weise und im Einklang mit dem gesamten Primärrecht und insb. mit den Bestimmungen der Charta auszulegen ist. Lässt eine solche Vorschrift mehr als eine Auslegung zu, ist daher die Auslegung, bei der sie mit dem Primärrecht vereinbar ist, derjenigen vorzuziehen, die zur Feststellung ihrer Unvereinbarkeit mit ihm führt (Urt. v. 14.05.2019 – C-391/16, C-77/17 und C-78/17, Rn. 77). Sowohl im 44. Erwägungsgrund der RL 2003/6 als auch im 77. Erwägungsgrund der VO Nr. 596/2014 wird i.Ü. hervorgehoben, dass diese beiden Rechtsakte mit den in der Charta verankerten Grundrechten und Grundsätzen im Einklang stehen.

[51] Art. 14 Abs. 3 der RL 2003/6 bestimmt, dass die Mitgliedstaaten i.E. festzulegen haben, wie die Verweigerung der

Zusammenarbeit i.R.v. Ermittlungen i.S.v. Art. 12 der RL zu ahnden ist. Nach Art. 12 muss die zuständige Behörde in diesem Rahmen in der Lage sein, von jedermann Auskünfte anzufordern und, falls notwendig, eine Person vorzuladen und zu vernehmen.

[52] Diese beiden Bestimmungen schließen zwar nicht ausdrücklich aus, dass die den Mitgliedstaaten auferlegte Pflicht, die für einen solchen Fall geltenden Sanktionen festzulegen, auch dann gilt, wenn eine vernommene Person sich weigert, der Behörde Antworten zu geben, aus denen sich ihre Verantwortlichkeit für eine mit Verwaltungsstrafmaßnahmen strafrechtlicher Natur bewehrte Zuwiderhandlung oder ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit ergeben kann. Der Wortlaut von Art. 14 Abs. 3 der RL 2003/6 steht aber auch einer Auslegung der Vorschrift, wonach die fragliche Pflicht für diese Fallgruppe nicht gilt, nicht entgegen.

[53] Art. 30 Abs. 1 Buchst. b der VO Nr. 596/2014 schreibt vor, dass für den Fall der Verweigerung der Zusammenarbeit mit einer Ermittlung oder einer Prüfung oder einer in Art. 23 Abs. 2 genannten Anfrage Verwaltungsstrafmaßnahmen festzulegen sind. Nach Art. 23 Abs. 2 Buchst. b gehört dazu die Befragung einer Person, um Informationen zu erhalten.

[54] Auch wenn Art. 30 Abs. 1 der VO Nr. 596/2014 von den Mitgliedstaaten verlangt, den zuständigen Behörden u.a. für die in Buchst. b genannten Fälle die Befugnis zum Erlass angemessener Sanktionen und anderer Maßnahmen zu übertragen, verpflichtet er sie nicht dazu, die Anwendung solcher Sanktionen oder Maßnahmen auf natürliche Personen vorzusehen, die sich i.R.v. Ermittlungen zu einer mit Verwaltungsstrafmaßnahmen strafrechtlicher Natur bewehrten Zuwiderhandlung weigern, der zuständigen Behörde Antworten zu geben, aus denen sich ihre Verantwortlichkeit für eine solche Zuwiderhandlung oder ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit ergeben könnte.

[55] Folglich ist sowohl Art. 14 Abs. 3 der RL 2003/6 als auch Art. 30 Abs. 1 Buchst. b der VO Nr. 596/2014 einer mit den Art. 47 und 48 der Charta vereinbaren Auslegung zugänglich, wonach sie nicht verlangen, dass einer natürlichen Person wegen ihrer Weigerung, der zuständigen Behörde Antworten zu geben, aus denen sich ihre Verantwortlichkeit für eine mit Verwaltungsstrafmaßnahmen strafrechtlicher Natur bewehrte Zuwiderhandlung oder ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit ergeben könnte, Sanktionen auferlegt werden.

[56] Bei einer solchen Auslegung kann die Gültigkeit dieser Bestimmungen des abgeleiteten Unionsrechts im Hinblick auf die Art. 47 und 48 der Charta nicht mit der Begründung in Frage gestellt werden, dass sie die Verhängung einer Sanktion wegen einer derartigen Weigerung nicht ausdrücklich ausschließen.

[57] Schließlich ist in diesem Kontext darauf hinzuweisen, dass die Mitgliedstaaten von dem Ermessen, das ihnen eine Vorschrift des abgeleiteten Unionsrechts verleiht, in einer mit den Grundrechten im Einklang stehenden Weise Gebrauch machen müssen (vgl. in diesem Sinne Urt. v. 13.03.2019 – C-635/17, Rn. 53 und 54). I.R.d. Umsetzung von Verpflichtungen, die sich aus der RL 2003/6 oder der VO Nr. 596/2014 ergeben, müssen sie daher, wie in Rn. 45 des vorliegenden Urt. hervorgehoben

worden ist, sicherstellen, dass es der zuständigen Behörde aufgrund des durch die Art. 47 und 48 der Charta garantierten Rechts, zu schweigen, verwehrt ist, gegen eine natürliche Person wegen deren Weigerung, dieser Behörde Antworten zu geben, aus denen sich ihre Verantwortlichkeit für eine mit Verwaltungs-sanktionen strafrechtlicher Natur bewehrte Zuwiderhandlung oder ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit ergeben könnte, Sanktionen zu verhängen.

[58] Nach alledem ist auf die vorgelegten Fragen zu antworten, dass Art. 14 Abs. 3 der RL 2003/6 und Art. 30 Abs. 1 Buchst. b der VO Nr. 596/2014 im Licht der Art. 47 und 48 der Charta dahin auszulegen sind, dass sie es den Mitgliedstaaten gestatten, keine Sanktionen gegen eine natürliche Person zu verhängen, die sich im Rahmen sie betr., von der zuständigen Behörde gem. der RL oder der VO durchgeführter Ermittlungen weigert, der Behörde Antworten zu geben, aus denen sich ihre Verantwortlichkeit für eine mit Verwaltungs-sanktionen strafrechtlicher Natur bewehrte Zuwiderhandlung oder ihre strafrechtliche Verantwortlichkeit ergeben kann.

Befangenheit bei Verfahrensfehlern; verwehrt Akteneinsicht

StPO §§ 24, 147

1. Aus dem Vorliegen eines Verfahrensfehlers durch ein Gericht kann zwar nicht unmittelbar auf eine Besorgnis der Befangenheit geschlossen werden; jedoch begründen solche (qualifizierten) Verfahrensfehler die Besorgnis der Befangenheit, die sich unmittelbar zum Nachteil eines Beteiligten auswirken und deswegen den Schluss zulassen, der Richter sei nicht unparteiisch, sondern gegen den betroffenen Beteiligten eingestellt.

2. Der Umstand, dass das Akteneinsichtsgesuch des Rechtsanwaltes durch den Senat übergangen worden und es dennoch zu einer einstimmigen Zurückweisung der Beschwerde gekommen ist, kann jedenfalls dann, wenn – wie hier – mehrfach auf das offene Akteneinsichtsgesuch hingewiesen worden ist, einem Beteiligten bei vernünftiger Würdigung aller Umstände Anlass geben, an der Unvoreingenommenheit und objektiven Einstellung der beteiligten Richter zu zweifeln.

BGH, Beschl. v. 29.01.2021 – AnwSt (B) 4/20 (ANWG Hamm)

Hinzuziehung eines Rechtsanwalts

GG Art. 104 Abs. 1; EMRK Art. 6 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Buchst. c

Erklärt der Betroffene bei der Anhörung, sich ohne Anwalt nicht oder nicht weiter äußern zu wollen, darf der Haftrichter eine Freiheitsentziehung nicht anordnen, ohne zu klären, ob der Betroffene damit – unabhängig von den Voraussetzungen einer Beiordnung im Wege der Verfahrenskostenhilfe – sein Recht auf Hinzuziehung anwaltlichen Beistands geltend machen will. Er muss deshalb den Betroffenen fragen, ob ein Anwalt kontaktiert werden soll, oder ihm hierzu Gelegenheit geben. Unterbleibt eine solche Klärung des Willens des Betroffenen, ist zu vermuten, dass dem Betroffenen der Zugang zu einem Anwalt verwehrt wurde. (amtl. Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 15.12.2020 – XIII ZB 123/19 (LG Bamberg)

Zur Verwertbarkeit von »EncroChat«-Daten

IRG §§ 92b ff., 59; RL 2014/41/EU (Europäische Ermittlungsanordnung)

Ein Verbot der Verwertung der über EncroChat ausgetauschten Kommunikation ergibt sich weder aus dem einschlägigen Rechtshilferecht noch gibt es Hinweise, dass die Anordnung oder Fortführung der Überwachungsmaßnahmen fehlerhaft gewesen sein könnten.

OLG Bremen, Beschl. v. 18.12.2020 – 1 Ws 166/20

Anm. d. Red.: Vgl. OLG Hamburg, Beschl. v. 29.01.2021 – 1 Ws 2/21 und *Sommer StV-S 2021*, 67 (in diesem Heft).

Strafbarkeit der Zahlenkombination »1312« als Beleidigung; Verfolgung als Ordnungswidrigkeit

StGB § 185; OWiG § 118 Abs. 1

Für die Strafbarkeit der Zahlenkombination »1312« bedarf es einer personalen Zuordnung. Der bloße Aufenthalt im oder am Stadion in dem Bewusstsein, dort anwesende Polizeibeamte könnten die Aufschrift »1312« auf dem getragenen Pullover sehen, genügt dafür nicht. Auch der Tatbestand des § 118 Abs. 1 OWiG ist dadurch (noch) nicht erfüllt.

OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.09.2020 – 3 RVs 32/20

Aus den Gründen: Wie das AG zutreffend erkannt hat, erfüllt das Tragen des Sweatshirts mit der Aufschrift »1312« nicht den Tatbestand der Beleidigung gemäß § 185 StGB. Bei dieser Zahlenkombination, hinter der die – dem Angekl. wie Polizeibeamten bekannte – Erklärung »all cops are bastards« steht, handelt es sich zwar um eine Polizisten im Allgemeinen in ihrer persönlichen Ehre herabsetzende Meinungsäußerung. Da die Äußerung aber weder bestimmte Personen benennt noch erkennbar auf bestimmte Personen bezogen ist, sondern ohne individuelle Aufschlüsselung ein Kollektiv erfasst, kann sich eine Strafbarkeit wegen Beleidigung nur unter bestimmten Umständen ergeben. Es muss eine hinreichende Individualisierung des Adressatenkreises möglich sein. Der grundlegende Schutz des Art. 5 GG, der auch diese Meinungsäußerung umfasst, erfordert eine personale Zuordnung auf die am Stadion in Wuppertal eingesetzten Polizeikräfte (vgl. *BVerfG*, stattgebender Kammerbeschl. v. 16.01.2017 – 1 BvR 1593/16). Der bloße Aufenthalt im (bzw. am) Stadion im Bewusstsein, dass die Polizei präsent ist, genügt den verfassungsrechtlichen Vorgaben an eine erkennbare Konkretisierung der Äußerung auf bestimmte Personen indes nicht (*BVerfG* a.a.O. Rn. 17). Dazu bedarf es Feststellungen, dass sich der Angekl. bewusst in die Nähe der Einsatzkräfte der Polizei begeben hat, um diese mit seiner Parole zu konfrontieren. Dahingehende Feststellungen hat das AG gerade nicht getroffen. Es hat vielmehr ausgeführt, der Angekl. sei bewusst auf die Polizisten zugegangen, um ihnen zu verdeutlichen, dass er beabsichtige, einen Fan aus dem »gegnerischen Bereich« abzuholen. Dies habe er grundsätzlich getan, um Schwierigkeiten mit den Polizeibeamten zu vermeiden.

Des Weiteren ist das festgestellte Verhalten des Angekl. auch nicht als Belästigung der Allgemeinheit gemäß § 118 Abs. 1 OWiG zu ahnden. [...] Die offen auf der Kleidung getragene Zahlenkombination »1312« stellt zwar ebenso wie die synonymen Erklärungen »a.c.a.b.« oder »all cops are bastards« eine grob ungebührliche Handlung im Sinne von § 118 OWiG dar (vgl. *OLG Frankfurt/M.*, Beschl. v. 23.05.2018 – 2 Ss-OWi

506/17). Diese ist jedoch nur unter bestimmten – hier nicht vorliegenden – Umständen geeignet, die Allgemeinheit zu gefährden und die öffentliche Ordnung zu beeinträchtigen. Die bloße Äußerung derartiger Inhalte genügt dafür nicht. Um das Zusammenleben der Bürger konkret zu beeinträchtigen, muss das Handeln des Täters auf besonderen, provokativen oder aggressiven Begleitumständen beruhen (*OLG Frankfurt a.a.O.*).

Mitgeteilt von RA *Felix Menke*, Mönchengladbach.

Voraussetzungen der Strafbarkeit von Rechtsanwälten und BAMF-Sachbearbeitern im Asylverfahren

AufenthG §§ 95 Abs. 2 Nr. 2, 96 Abs. 1, 2; AsylG § 84 Abs. 1; StGB §§ 25 Abs. 2, 28 Abs. 1, 339, 353b; BRAO §§ 1, 3

1. Unrichtige oder unvollständige Angaben i.R.d. Asylverfahrens sind nicht nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG strafbar. Dies gilt auch für Angaben von Dritten zu Gunsten eines Asylbewerbers.

2. Die Anwendung eines Rechtsatzes auf einen ähnlichen, nicht erfassten Sachverhalt sowie das Entwickeln neuer Rechtsätze aus ähnlichen, schon bestehenden, ist zu Ungunsten des (vermeintlichen) Täters ausgeschlossen.

3. Eine Strafbarkeit von RAen wegen des Einschleusens von Ausländern gem. § 96 AufenthG im Zusammenhang mit ihrer beruflichen Tätigkeit in aufenthalts- oder asylrechtlichen Verfahren kommt nur dann in Betracht, wenn sich diese Tätigkeiten nicht mehr auf die Erfüllung der jeweiligen rechtlich festgelegten berufsspezifischen Pflichten beschränken. Dies ist z.B. der Fall, wenn der Ausländer versteckt oder gewaltsam ggü. dem Behördenzugriff verteidigt wird oder die Behörden irreführt werden und hierdurch die Durchführung der Abschiebung nicht mehr möglich ist.

4. RAe haben sich jeder aktiven Verdunkelung und Verzerrung des Sachverhaltes zu enthalten. Sie sind aber nicht verpflichtet, an Verhaftungen oder Abschiebungen aktiv mitzuwirken. Die Verteidigung der Interessen der Mandantschaft umfasst grds. auch den Schutz vor Anklage, Verhaftung und Verurteilung.

5. Der Vermögensvorteil gem. § 96 Abs. 1 AufenthG ist ein täterbezogenes Merkmal gem. § 28 Abs. 2 StGB, welches nicht nach § 25 Abs. 2 StGB Mittätern zugerechnet werden kann.

6. Ein Sachbearbeiter oder sog. Entscheider im Asylverfahren ist kein tauglicher Täter einer Rechtsbeugung gem. § 339 StGB.

LG Bremen, Beschl. v. 04.11.2020 – 2 KLs 1/20
(»BAMF-Verfahren«)

Aus den Gründen: Nach umfassender Prüfung der Sach- und Rechtslage konnte die Eröffnung des Hauptverfahrens [...] in der ganz überwiegenden Zahl der angeklagten Fälle nicht erfolgen.

I. [...] Die StA wirft den Angekl. [einer Beamtin des BAMF und einem RA, Anm. d. Red.] bzw. dem Angesch. [einem RA, Anm. d. Red.] vor, in der Zeit von Juni 2014 bis zum 12.03.2018 im bewussten und gewollten Zusammenwirken und aufgrund eines gemeinsamen Tatplanes in 65 Fällen unrichtige oder unvollständige Angaben gemacht oder benutzt zu haben, um für einen anderen

einen Aufenthaltstitel zu beschaffen, wobei der Angekl. und der Angesch. jew. gewerbsmäßig gehandelt haben sollen. [...] Konkret sollen die Angekl. bzw. der Angesch. jew. unrichtige oder unvollständige Angaben i.R.v. Asylverfahren beim BAMF gemacht haben, um für Asylbewerber Aufenthaltstitel zu beschaffen, wobei der Angekl. und der Angesch. als RAe hierfür von den Asylbewerbern bezahlt worden sein sollen. Gegen die Angekl. bzw. den Angesch. besteht insoweit jedoch – aus rechtlichen Gründen – kein hinreichender Tatverdacht. [...]

1. [...] Angaben von Dritten in einem asylrechtlichen Verfahren zur Erlangung einer Asylanerkennung [...] erfüllen den Tatbestand des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG nicht, da die Angaben nicht unmittelbar die Erteilung von Aufenthaltstiteln zur Folge haben. Die Erteilung von Aufenthaltstiteln war lediglich i.R.v. nachfolgenden Verfahren nach dem AufenthG vor dem Migrationsamt der Freien Hansestadt Bremen oder einer entspr. anderen Ausländerbehörde möglich. Es ist auch allg. anerkannt, dass unrichtige Angaben zur Erlangung einer Aufenthaltsgestattung im Asylverfahren (§ 63 AsylG) nicht über die allg. Strafvorschriften im Ausländerrecht erfasst sind (vgl. *BGH NJW* 1997, 333 [= *StV* 1997, 26]). Die asylrechtliche Aufenthaltsgestattung ist kein Aufenthaltstitel i.S.d. AufenthG (so bereits *KG*, Beschl. v. 22.12.2009 – (3) 1 Ss 410/08, juris Rn. 6). Dies gilt unabhängig davon, von wem die darauf abzielenden Angaben im Asylverfahren gemacht worden sind.

2. [...] Soweit die Anklage [...] ausführt, dass es das erklärte Ziel des Angekl. und des Angesch. gewesen sei, ihren Mandanten eine Bleibeperspektive in Gestalt einer Aufenthaltserlaubnis nach § 25 Abs. 2 S. 1 Var. 1 AufenthG zu verschaffen und die in den verfahrensgegenständlichen Schriftsätzen beantragte Zuerkennung der Flüchtlingseigenschaft nach § 3 Abs. 1 AsylG eine notwendige aber auch hinreichende Bedingung für die Erteilung dieses Titels gewesen sei, führt dies zu keiner anderen Bewertung und einer etwaigen (erweiterten) Auslegung der Vorschrift: Es handelt sich bei der Vorschrift des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG um ein abstraktes Gefährdungsdelikt, da der Aufenthaltstitel tatsächlich nicht aufgrund der falschen Angaben erteilt worden sein muss. Vielmehr reicht es aus, wenn die Angaben für das Verfahren allg. von Bedeutung sind und damit grds. zur Verschaffung eines unrechtmäßigen Aufenthaltstitels führen können (*BGH*, Beschl. v. 02.09.2009 – 5 StR 266/09 [= *StV* 2010, 247], juris Rn. 19; BeckOK-Ausländerrecht/*Hoboff*, Stand: Juli 2020, § 95 AufenthG, Rn. 91). Wegen dieser vorausgesetzten allg. Bedeutung der Angaben für das Verfahren muss sich aber auch die Absicht des Täters, für sich oder einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung zu beschaffen, auf dieses Verfahren beziehen, das die Erteilung des Aufenthaltstitels zum Gegenstand hat. Somit muss ein funktionaler Zusammenhang zwischen den (vermeintlich unrichtigen oder unvollständigen) Angaben und der Erteilung des Aufenthaltstitels bestehen (zum Erfordernis des funktionalen Zusammenhangs bei dem vergleichbaren abstrakten Gefährdungsdelikt des § 239a StGB: *Fischer-StGB*, 67. Aufl. 2020, § 239a Rn. 11 m.w.N.). Das Asylverfahren ist aber – wie bereits ausgeführt – kein ausländerrechtliches Verfahren zur Erteilung eines Aufenthaltstitels, auch wenn es hierfür eine gewichtige Rolle spielt. Es sind in einem Verfahren zur Erteilung eines Aufenthaltstitels eine Vielzahl von Informationen bedeutsam. Die unrichtigen Angaben im Asylverfahren mögen sich dahin auswirken, dass in der Folge ein Aufenthaltstitel erteilt wird. Dies ist jedoch lediglich die mittelbare Folge

des Asylverfahrens. Würde es für eine Strafbarkeit ausreichen, wenn irgendwo in anderen Verfahren falsche Angaben zur Erlangung eines Aufenthaltstitels gemacht werden, die nur mittelbar für dessen Erteilung relevant sind, so würde dies den Wortlaut der Strafvorschrift überdehnen (so *BayObLG*, Urt. v. 19.02.2020 – 207 StRR 2415/19, juris Rn. 13 ff.) Diese Auffassung entspricht auch der – soweit ersichtlich einhelligen – zu dieser Fragestellung bislang ergangenen Rspr. (vgl. *OLG Brandenburg*, Beschl. v. 16.10.2019 – (1) 53 Ss 107/19 (69/19), juris Rn. 21 ff.; *OLG Oldenburg*, Beschl. v. 27.01.2010 – 1 Ss 219/09, juris Rn. 7; *LG Aachen*, Beschl. v. 02.04.2019 – 66 Qs 18/19, juris Rn. 7). Auch in der Literatur (so *MüKo-StGB/Gericke*, 3. Aufl. 2018, § 95 AufenthG Rn. 104; *Fahlbusch* in: Hofmann, Ausländerrecht, 2. Aufl. 2016, § 95 AufenthG Rn. 222; BeckOK-Ausländerrecht/*Hoboff*, Stand: Juli 2020, § 95 AufenthG Rn. 93; *Senge* in: Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand: Juli 2020, § 95 AufenthG Rn. 58; Huber-AufenthG/*Hörich*, 2. Aufl. 2016, § 95 Rn. 230 f.) herrscht Einigkeit darüber, dass eine Strafbarkeit für unrichtige oder unvollständige Angaben i.R.d. Asylverfahrens beim BAMF nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG ausscheidet, weil dies weder mit dem Wortlaut der Vorschrift noch mit der Gesetzssystematik oder mit dem Zweck der Vorschrift, das Verfahren zur Erlangung eines Aufenthaltstitels vor falschen Angaben zu schützen, in Einklang gebracht werden kann. Für die Angaben von Dritten zu Gunsten eines Asylbewerbers soll dies in nachvollziehbarer Weise insb. deshalb gelten, weil die Strafbarkeit dieses Handelns in § 84 AsylG geregelt ist, welches die speziellere Norm darstellt und damit der Vorschrift des § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG vorgeht (vgl. *Gericke*, a.a.O. Rn. 105; *Senge*, a.a.O.). Dieser Auffassung folgt auch die *Kammer*.

Schließlich überzeugen auch die Ausführungen der StA zum Vorliegen eines vermeintlichen unauflösbaren Wertungswiderspruchs im Hinblick auf die Fälle, in denen der Täter Falschangaben eines Ausländers lediglich unterstützt haben soll, nicht. Denn der mögliche Wortsinn des Gesetzes, wie er sich aus dem Gesetzeswortlaut und dem Sinnzusammenhang ergibt, in den die Norm gestellt ist, markiert die äußerste Grenze zulässiger richterlicher Auslegung. Die Anwendung eines Rechtssatzes auf einen von ihm auf Grund einer planwidrigen Gesetzeslücke ähnlichen, nicht erfassten, Sachverhalt sowie das Entwickeln neuer Rechtssätze aus ähnlichen, schon bestehenden, ist zu Ungunsten des (vermeintlichen) Täters ausgeschlossen (vgl. *Fischer*, a.a.O. § 1 Rn. 21, 24).

II. [...] Die Eröffnung des Hauptverfahrens konnte hinsichtlich des Vorwurfes des Einschleusens von Ausländern gem. § 96 Abs. 1 AufenthG jew. i.V.m. § 25 Abs. 2 StGB [...] nicht erfolgen. [...] Konkret sollen der Angekl. bzw. der Angesch. im Wesentlichen durch die auf der Basis einer kollusiven Abrede mit der Angekl. gestellten unzulässigen bzw. unbegründeten Asylanträge, die zum Teil falsche Angaben enthalten haben sollen, ihre Mandanten jew. dazu ermutigt zu haben, sich illegal auf dem Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aufzuhalten bzw. einzureisen. Hierfür seien der Angekl. und der Angesch. von den jew. Ausländern, ihren Mandanten, auch bezahlt worden, worauf es der Angekl. und der Angesch. zur Schaffung einer regelmäßigen Einnahmequelle auch abgesehen haben sollen. Gegen den Angekl. bzw. den Angesch. besteht in der überwiegenden Anzahl der Fälle jedoch [...] aus rechtlichen

Gründen kein hinreichender Tatverdacht. [...] Auszuführen ist zunächst, dass durch die Strafvorschrift des § 96 Abs. 1 AufenthG nach den allg. Regeln (§§ 26, 27 StGB) strafbare Teilnahmehandlungen an den in § 96 Abs. 1 AufenthG genannten Taten nach § 95 AufenthG zu selbstständigen, in Täterschaft (§ 25 StGB) begangenen Straftaten heraufgestuft werden, wenn der Teilnehmer zugleich eines der in § 96 Abs. 1 AufenthG geregelten Schleusermerkmale erfüllt (vgl. z.B. *BGH*, Urt. v. 14.11.2019 – 3 StR 561/18, juris Rn. 14 m.w.N.; Beschl. v. 13.01.2015 – 4 StR 378/14 [= StV 2015, 353], juris Rn. 9 m.w.N.). Es ist jedoch anerkannt, dass nicht jede Handlung, die sich im Erg. objektiv tatfördernd auswirkt, als (strafbare) Beihilfe gewertet werden kann. Vielmehr bedarf es insb. in Fällen, die sog. »neutrale« Handlungen betreffen, einer bewertenden Betrachtung im Einzelfall. [...] Zu beachten ist weiterhin, dass das Bundesministerium des Innern in der Allg. VV zum AufenthG v. 26.10.2009 unter Ziff. Vor 95.1.4 festgelegt hat, dass Handlungen von Personen, die i.R. ihres Berufes oder ihres sozial anerkannten Ehrenamtes tätig werden (insb. auch Richter und RAe), regelmäßig keine Beteiligung leisten, soweit die Handlungen sich objektiv auf die Erfüllung ihrer rechtlich festgelegten berufsspezifischen Pflichten beschränken (so auch: *LG Bad Kreuznach*, Beschl. v. 05.04.2019 – 2 Qs 42/19, juris Rn. 18 ff.). Schleusungshandlungen von RAen kommen bei den hier zu betrachtenden Fällen nach Auffassung der *Kammer* in Ansehung dieser grds. Erwägungen nur dann in Betracht, wenn der Ausländer versteckt oder gewaltsam ggü. dem Behördenzugriff verteidigt wird oder die Behörden irreführt werden und hierdurch die Durchführung der Abschiebung nicht mehr möglich ist (vgl. *LG Bad Kreuznach* a.a.O. Rn. 22) oder wenn sich aus den Umständen ergibt, dass die in Betracht gezogenen Tathandlungen sich objektiv nicht mehr auf die Erfüllung der jew. rechtlich festgelegten berufsspezifischen Pflichten beschränken.

Zu den Berufspflichten der RAe ist folgendes auszuführen: Dem RA als berufenem unabhängigen Berater und Beistand obliegt es, seinem Mandanten umfassend beizustehen (so ausdrücklich: *BVerfG*, Nichtannahmebeschl. v. 28.07.2015 – 2 BvR 2558/14, juris Rn. 37). Die Wahrnehmung anwaltlicher Aufgaben setzt den unabhängigen, verschwiegenen und nur den Interessen des eigenen Mandanten verpflichteten RA voraus (vgl. *BGH*, Urt. v. 07.09.2017 – IX ZR 71/16, juris Rn. 17). Die durch den Grundsatz der freien Advokatur gekennzeichnete anwaltliche Berufsausübung unterliegt unter dem Grundgesetz der freien und reglementierten Selbstbestimmung des einzelnen RA. Der RA ist Organ der Rechtspflege (vgl. §§ 1 und 3 BRAO) und dazu berufen, die Interessen seines Mandanten zu vertreten. Sein berufliches Tätigwerden liegt im Interesse der Allgemeinheit an einer wirksamen und rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege. Diese – auch sein Selbstverständnis prägende – besondere Aufgabenstellung des RA, ermöglicht es dem RA, auch aus seiner Sicht zweifelhafte Ansprüche geltend zu machen und ggf. gerichtlicher Prüfung zu unterziehen (vgl. hierzu erst jüngst *BGH*, Beschl. v. 23.04.2020 – 1 StR 391/19, juris Rn. 18 m.w.N.). [...] Die Anklage wirft dem Angekl. bzw. dem Angesch. die Einreichung bzw. Rücknahme von Anträgen und Rechtsbehelfen vor. Dabei habe es zum Wesen des von den Angekl. bzw. dem Angesch. geschaffenen Willkürsystems gehört, dass der Angekl. bzw. der Angesch. auf die gesetzlich vorgesehenen Rechtsbehelfe verzichtet oder diese sogar abgebrochen hätten, um an ihrer Stelle in der Außenstelle Bremen des BAMF

die gewünschte Anerkennungsentscheidung herbeizuführen. Durch die Einreichung bzw. Rücknahme von Anträgen und Rechtsbehelfen für ihre Mandanten haben der Angeklagte bzw. der Angesch. jedoch keine strafbaren Schleusungshandlungen i.S.v. § 96 AufenthG begangen: [...] Die Wahrnehmung sämtlicher Rechtsangelegenheiten ihrer Mandanten brachte es in den vorliegend zu betrachtenden Fällen mit sich, u.a. Klagen und Eilrechtsschutzanträge bei den VerwG einzureichen. Um in einigen Fällen die Zulässigkeit der Folgeanträge herbeizuführen, dürfte es mitunter notwendig gewesen sein, Rechtsbehelfe, welche zuvor bei den VerwG zur Überprüfung der Ablehnungsentscheidungen oder zur Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes eingereicht wurden, wieder zurückzunehmen. Die Rücknahme eines früheren Asylantrages ist in § 71 Abs. 1 AsylG als eine der Voraussetzungen für das Vorliegen eines Folgeantrages ausdrücklich gesetzlich normiert. Sämtliche hier zu betrachtende Verfahrens- und Prozesshandlungen dürften von den angeklagten bzw. angeschuldigten RAen zum Zwecke der umfassenden und bestmöglichen Förderung der Interessen und Rechtsangelegenheiten der jew. Mandanten vorgenommen worden sein. Dass hierin eine Solidarisierung mit dem vermeintlichen Unrecht eines etwaigen unerlaubten Aufenthalts des jew. Mandanten liegen könnte, erscheint der *Kammer* gänzlich fernliegend. Eine solche Sichtweise hätte nämlich eine ganz erhebliche Einschränkung der (zulässigen und erforderlichen) anwaltlichen Tätigkeit zur Folge. RAe, die im Bereich des Ausländerrechts tätig sind und auch zukünftig tätig sein wollen, müssten dann einerseits prüfen, welche Vorgehensweise für ihre Mandanten am erfolgversprechendsten erscheint, andererseits aber auch im Blick haben, durch welche, ggf. auch taktische Vorgehensweisen, sie sich selbst der Gefahr einer etwaigen Strafverfolgung aussetzen würden. Hier würde im Bereich des Ausländerrechts eine Grauzone geschaffen, aufgrund derer in diesem Bereich die rechtsanwaltliche Tätigkeit nicht mehr in einer den Anforderungen aus § 3 Abs. 1 BRAO genügenden (insb. einer umfassenden und nur die Interessen der Mandanten fördernden) Weise erfüllt werden könnte.

[...] Auch das Einreichen von (vermeintlich unzulässigen und/oder unbegründeten) Asyl(folge)anträgen durch den Angekl. und den Angesch. für ihre jew. Mandanten bei der BAMF-Außenstelle Bremen ist nicht als strafbares Handeln zu beurteilen. Durch die Einreichung von Anträgen, selbst wenn diese in Einzelfällen unzulässig und/oder unbegründet gewesen sein sollten, haben die beiden RAe lediglich berufsneutrale Handlungen vollzogen.

[...] Denn es gehört jedenfalls nicht zu den Obliegenheiten eines RA, eine ihm ggf. in Aussicht gestellte abw. tatsächliche Handhabung rein formeller Kriterien, die von Behördenseite wegen einer nachvollziehbaren besonderen Situation – hier der Überlastung des ges. Amtes – für möglich bzw. vertretbar erachtet wird, in Frage zu stellen. Entscheidend ist, dass die beiden angeklagten bzw. angeschuldigten RAe die Anträge für ihre Mandanten bei der zur Entscheidung über Anträge aus dem Bereich des Asylrechts zuständigen Behörde, nämlich dem BAMF, eingereicht haben. Inwiefern dann – behördenintern – eine Verweisung an andere Außenstellen bereits für die Antragstellung bzw. eine Weiterleitung der eingegangenen Anträge an die unterschiedlichen Außenstellen des BAMF zu erfolgen hatte bzw. die Verfahrensbevollmächtigten darauf hinzuweisen waren, dass der Antrag durch den Asylast. persönlich zu stellen ist, war ausschließlich durch das BAMF selber zu regeln und zu entscheiden.

Weiterhin erscheint es nach Aktenlage zwar möglich, dass die Angekl. ausdrücklich oder zumindest konkludent in Aussicht gestellt haben könnten, dass insb. yezidische Ast. aus Syrien und dem Irak von der Außenstelle Bremen mit besonderem Wohlwollen und deren Anträge unter Ausschöpfung der vom Gesetz vorgegebenen Möglichkeiten sowie unter Ausnutzung der durch die elektronische Aktenbearbeitung beim BAMF vorgegebenen Rahmenbedingungen [...] behandelt werden. Dafür, aber auch nur dafür, finden sich in der Ermittlungsakte Anhaltspunkte. Hinweise darauf, dass die Angekl. den beteiligten RAen generell in Aussicht gestellt haben könnte, über die Zuständigkeitsregelung hinausgehende asylrechtliche Vorschriften bewusst zu missachten, um einer bestimmten Klientel von Ast. ohne Ansehung der Sach- und Rechtslage eine Asylanerkennung zu verschaffen, gibt es auch bei einer Gesamtbetrachtung sämtlicher Ermittlungsergebnisse nicht [...]. Dass der Angekl. und der Angesch. zum Wohle ihrer jew. Mandanten den ihnen möglicherweise bekannten Umstand nicht ungenutzt ließen, dass die Anträge in Bremen zumindest zu Beginn des hier maßgeblichen Tatzeitraumes schneller und evtl. auch mit höherer Erfolgswahrscheinlichkeit – trotz einer möglicherweise entgegenstehenden Zuständigkeitsregelung – entschieden wurden, lässt sich nicht in ein strafbares Handeln der beiden angeklagten bzw. angeschuldigten RAe umdeuten. [...]

[...] Soweit dem Angekl. in Einzelfällen vorgeworfen wird, er habe trotz Kenntnis vom Aufenthaltsort seiner Mandanten diesen der Ausländerbehörde trotz Aufforderung nicht mitgeteilt, kann auch darin kein strafrechtlich relevantes Verhalten erkannt werden. RAe haben sich jeder aktiven Verdunkelung und Verzerrung des Sachverhaltes zu enthalten (vgl. *BGH*, Urt. v. 01.09.1992, NJW 1993, 273 [= StV 1993, 470]). Sie sind aber nicht verpflichtet, an Verhaftungen oder Abschiebungen aktiv mitzuwirken. Die Verteidigung der Interessen der Mandantschaft umfasst grds. auch den Schutz vor Anklage, Verhaftung und Verurteilung (vgl. *BGH*, Urt. v. 06.04.2000 – 1 StR 502/99 [= StV 2000, 418], juris Rn. 19; v. 03.10.1979 – 3 StR 264/79 (S), juris Rn. 16). [...]

III. [...] Die Eröffnung des Hauptverfahrens kam im Hinblick auf ein der Angekl. vorgeworfenes Einschleusen von Ausländern gem. § 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG i.V.m. § 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG und gem. § 96 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a AufenthG i.V.m. § 95 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG jew. i.V.m. § 25 Abs. 2 StGB aus rechtlichen Gründen nicht in Betracht. [...]

Konkret wird ihr vorgeworfen, gem. vorheriger Absprachen mit dem Angekl. und dem Angesch. [...] die von diesen eingereichten und z.T. mit vermeintlich falschen Angaben versehenen Asylfolgeanträge bearbeitet zu haben und auf diese Weise den jew. ausreisepflichtigen Ausländer in seinem Entschluss bestärkt zu haben, die Bundesrepublik Deutschland pflichtwidrig nicht zu verlassen [...].

1. Eine Strafbarkeit der Angekl. nach § 96 Abs. 1 AufenthG kommt jedoch aus rechtlichen Gründen nicht in Betracht. [...] Soweit ersichtlich ist unstrittig, dass die Angekl. in keinem der angeklagten Fälle selbst einen Vermögensvorteil erlangt oder sich versprechen lassen hat. [...] Die Zurechnung eines Vermögensvorteils gem. § 25 Abs. 2 StGB [...] scheidet bei einer Tat nach § 96 Abs. 1 AufenthG jedoch grds. aus, weil es sich hierbei nicht um ein tatbezogenes Merkmal, sondern um ein täterbezogenes Merkmal i. S. v. § 28 Abs. 2 StGB handelt, welches nicht anderen – vermeintlichen – Mittätern zugerechnet werden kann.

Der Verweis [...] der Anklageschrift auf eine Entscheidung des *BayObLG* (Urt. v. 27.02.1998 – 4St RR 3/98 [= StV 1999, 255], juris) vermag nicht zu überzeugen. Es wird nicht ersichtlich, dass sich das *BayObLG* mit dem Wortlaut der Vorschrift des § 92a Abs. 1 Nr. 1 AuslG, welcher wie nun auch § 96 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a AufenthG

und § 96 Abs. 1 Nr. 3 AufenthG das Merkmal des Vermögensvorteils enthielt, auseinandergesetzt hat. Vielmehr ist das *Gericht* unmittelbar zur Auslegung der Vorschrift nach Sinn und Zweck übergangen, hat die Erlangung eines Vermögensvorteils im Wesentlichen unter Hinweis auf den Zweck des Gesetzes, nämlich die Bekämpfung des Schlepperwesens, d.h., die organisierte illegale Einreise und den illegalen Aufenthalt aus Eigennutz zu bekämpfen, zu einem die Tat und nicht den Täter prägenden Merkmal erklärt, auf diese Weise den Anwendungsbereich von § 28 Abs. 2 StGB verneint und den Anwendungsbereich von § 25 Abs. 2 StGB für eröffnet erklärt. Eine Auslegung von § 96 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. a AufenthG bzw. § 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG ist aber aufgrund des eindeutigen Wortlautes der Vorschriften nicht angezeigt. Der Wortlaut der Vorschriften ist dahingehend eindeutig, dass Täter nur derjenige sein kann, der selbst einen Vermögensvorteil erlangt oder sich versprechen lassen hat. Es handelt sich folglich um ein täterbezogenes Merkmal i.S.v. § 28 Abs. 2 StGB. Eine Zurechnung über § 25 Abs. 2 StGB scheidet damit aus. Dies entspricht auch der Rspr. des *BGH* zu dieser Fragestellung (vgl. zuletzt: Beschl. v. 12.12.2017 – 3 StR 303/17 [= StV 2018, 565], juris Rn. 5), dessen Ansicht die *Kammer* insoweit folgt. [...] Grundlegend anders als in dem durch das *BayOBLG* entschiedenen Fall ist es im vorliegenden Fall nach dem bisherigen Ermittlungsergebnis nämlich eher fernliegend, dass die Angekl. aus anderen Motiven als aus einer »gesteigerten Hilfsbereitschaft« heraus gehandelt haben könnte [...]. Dies entspricht i.Ü. auch dem Sinn und Zweck des Gesetzes. Eine Verurteilung von Tätern, die allein aus gesteigerter Hilfsbereitschaft handeln, widerspräche dem Gedanken des Gesetzgebers, der eine Sanktionierung von Tätern beabsichtigte, die das Einschleusen von Ausländern als Geschäftsmodell für sich entdeckt haben und daraus wirtschaftlichen Profit erzielen. Wer aus gesteigerter Hilfsbereitschaft handelt, tut dies aber gerade nicht zur Erwirtschaftung des eigenen Lebensunterhalts bzw. zur Gewinnerzielung.

Dafür, dass es sich bei dem Tatbestandsmerkmal des Vermögensvorteils um ein täterbezogenes und nicht um ein tatbezogenes Merkmal handelt, spricht schlussendlich auch der Wortlaut des § 96 Abs. 1 Nr. 1 AufenthG. Wegen der vom Gesetzgeber beabsichtigten Angleichung an den Vorteilsbegriff in den §§ 331 ff. StGB muss es sich, anders als bei § 96 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, nicht um einen Vermögensvorteil handeln, ausreichend ist vielmehr jede Leistung materieller oder immaterieller Art, durch die der Täter objektiv bessergestellt wird. Neben materiellen Zuwendungen jeglicher Art – Geldleistungen aber z.B. auch Sachwerte, Rabatte, Urlaubsreisen etc. – kommen immaterielle Vorteile in Form von Ehrungen, Ehrenämtern, insb. aber auch sexuelle Zuwendungen des Geschleusten in Betracht (*Gericke*, a.a.O. § 96 AufenthG Rn. 18). Es liegt auf der Hand, dass derartige immaterielle Vorteile immer nur bei dem Täter selbst vorliegen können und die Zurechnung bspw. sexueller Dienstleistungen an etwaige Mittäter über § 25 Abs. 2 StGB nicht sachgerecht erscheint. Da aber nicht davon auszugehen ist, dass der Gesetzgeber innerhalb ders. Vorschrift die Tatbestandsmerkmale des »Vorteils« bzw. des »Vermögensvorteils« einmal als täterbezogenes und einmal als tatbezogenes Merkmal verstanden wissen wollte, spricht auch dieser Umstand für die hier vertretene Auffassung. [...]

2. Die *Kammer* hat nach alledem auch geprüft, ob sich die Angekl. [...] wegen Beihilfe zum unerlaubten Aufenthalt gem. §§ 95 Abs. 1 Nr. 2 AufenthG, 27 StGB [...] strafbar gemacht haben könnte, und auch dies im Erg. [...] aus tatsächlichen [...] und rechtlichen Gründen verneint.

[...] [D]ie Anlage eines Asyl(folge)verfahrens ist keine taugliche Beihilfehandlung. Denn durch die jew. Anlage eines Folgeverfahrens kann die Angekl. keine tatbestandsmäßigen, rechtswidrig und schuldhaft begangenen Haupttaten gefördert haben, weil sie durch die

Anlage eines Asyl(folge)verfahrens die Legalisierung des Aufenthalts des jew. Ast. bewirkt hat. Die hier in Betracht kommenden Tathandlungen haben nicht den unerlaubten Aufenthalt eines Ausländers im Bundesgebiet gefördert, sondern diesen jew. beendet. [...] Bereits die Einreichung eines Folgeantrages beseitigt den unerlaubten Aufenthalt des Ausländers, weil hierdurch die Abschiebung von Gesetzes wegen ausgesetzt wird. Durch die Einleitung eines Asyl(folge)verfahrens (von Seiten des BAMF) wird sodann eine Aufenthaltsgestattung geschaffen. Erst eine Mitteilung des BAMF darüber, dass die Voraussetzungen von § 51 Abs. 1 bis 3 VwVfG nicht vorliegen, hätte die jew. Abschiebungsanordnung wieder aufleben lassen und den unerlaubten Aufenthalt des jew. Ausländers begründet. Letzteres ist aber in keinem der hier zu betrachtenden Fälle erfolgt. Sofern i.R.d. Anklageschrift wiederholt auf die Regelung in § 71 Abs. 5 S. 2 a.E. AsylG verwiesen und diesbzgl. die Auffassung vertreten wird, es wären keine solchen Mitteilungen über die Unzulässigkeit des jew. Folgeantrages notwendig gewesen, weil die Ast. ausschließlich in sichere Drittstaaten abgeschoben werden sollten, teilt die *Kammer* diese Einschätzung nicht. Bei den Mitgliedstaaten der EU handelt es sich gerade nicht um Drittstaaten i.S.v. § 26a Abs. 2 AsylG, weswegen diese Regelung in den vorliegenden Fällen keine Anwendung finden kann. Welche Staaten als sichere Drittstaaten im AsylG zu verstehen sind, ist in § 26a AsylG legal definiert. Diese nationale Drittstaatenregelung ist jedoch unionsrechtskonform dahingehend einschränkend auszulegen, dass alle Mitgliedstaaten der EU keine »Drittstaaten« sind (vgl. *BVerwG*, Urt. v. 17.06.2020 – 1 C 35/19, juris Rn. 12; Beschl. v. 04.05.2020 – 1 C 5/19, juris Rn. 18 ff.; v. 21.04.2020 – 1 C 4.19, Rn. 18 ff.).

Die Durchführung eines weiteren Asylverfahrens hat auch dann den unerlaubten Aufenthalt beendet, wenn sich dies im Erg. als materiell fehlerhaft erweisen sollte. Wie die StA in der Anklage zutr. ausgeführt hat, vertritt der *BGH* für das Aufenthaltsstrafrecht eine strenge Verwaltungsrechtsakzessorität. Dieser Auffassung folgt auch die *Kammer*. Insb. im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot aus Art. 103 Abs. 2 GG ist es erforderlich, einen eindeutigen Auslegungsmaßstab in Bezug auf verwaltungsrechtliche Vorgaben zu haben: Die Strafbarkeit darf nicht von verborgenen materiell-rechtlichen Mängeln, deren Nachweisbarkeit im Einzelfall zufällig ist, abhängig gemacht werden. [...]

IV. Der Angekl. wird [...] vorgeworfen, durch das auf dem Boden einer kollusiven Abrede mit dem Angekl. und dem Angesch. erfolgte Anlegen und Bearbeiten von Asylanträgen, die falsche bzw. unvollständige Angaben aufgewiesen haben sollen, eine sukzessive Unterstützungsleistung i.S.d. § 84 Abs. 1 AsylG begangen zu haben. Da die Angekl. [...] fälschlicherweise davon ausgegangen sei, dass die in das Asylverfahren über den Angekl. und den Angesch. eingebrachten schriftsätzlichen falschen Angaben bzw. bewussten Auslassungen mit den jew. Ast. abgesprochen gewesen seien, sei sie insoweit lediglich wegen eines Versuchs gem. den §§ 84 Abs. 1, Abs. 2 Nr. 2, Abs. 4 AsylG, 22, 23 StGB zu bestrafen.

Die *Kammer* teilt zunächst die [...] Auffassung der StA, dass es aufgrund der Wortlautgrenze des Art. 103 Abs. 2 GG unverzichtbar ist, dass die falschen oder unvollständigen Angaben vom Ausländer selbst gemacht werden oder zumindest von ihm herrühren. Zwar handelt der bevollmächtigte RA bei der Abgabe von recht[s]erheblichen Erklärungen – soweit diese nicht ausdrücklich im eigenen Namen abgegeben werden – stets im Namen und im Auftrag seiner Mandanten, so dass im Rechtsverkehr die vom Bevollmächtigten in einem behördlichen oder gerichtlichen Verfahren vorgetragenen Angaben grds. inhaltlich als Angaben des Vertretenen angesehen werden. Diese rechtsgeschäftliche Zurechnung unterscheidet sich allerdings von der hier maßgeblichen strafrechtlichen Betrachtungsweise. Danach kommt nach dem Wortlaut des § 84 Abs. 1 AsylG

als Täter nur in Betracht, wer einen Ausländer zu unrichtigen Angaben verleitet oder wer einen Ausländer dabei unterstützt, unrichtige oder unvollständige Angaben im Asylverfahren zu machen. Dies ist hier [...] gerade nicht der Fall. [...]

Der mit der Anklage erhobene Vorwurf, die Anträge »geben vor«, es lägen Wiederaufgreifensgründe vor, bzw. die Anträge »verschleiern« das Nichtvorliegen solcher Gründe, stellt für sich genommen ebenfalls keine greifbare Tatsache dar, die an den Maßstäben des § 84 AsylG gemessen werden kann. Letztendlich gibt jeder Antrag, der sich im Nachhinein als unzulässig oder unbegründet herausstellt, allein dadurch, dass er gestellt wird, vor, dass die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen. Das Stellen eines vom Gesetzgeber vorgesehenen – wenn auch unzulässigen Antrages – kann aber für sich genommen keine strafbare Handlung darstellen. Gleiches gilt für etwaige Rücknahmen von Anträgen, auch wenn dies aus taktischen Gründen erfolgt.

Mit den dargelegten Vorwürfen wird der Angekl. im Kern eine fehlerhafte und missbräuchliche Rechtsanwendung vorgeworfen [...]. Die grds. Frage, ob in den jew. Verfahren Gesetze auf der Grundlage einer gemeinsamen Absprache (bewusst) missachtet wurden, wird aber nach der Maßgabe von dienst- bzw. berufsrechtlichen Vorschriften zu messen sein, bzw. im Falle der Angekl. an den Grenzen des § 339 bzw. § 132 StGB und nicht an den Voraussetzungen des § 84 AsylG.

[...] Eine Strafbarkeit der Angekl. nach § 339 StGB scheidet daran, dass die Angekl. als Täterin dieser Vorschrift nicht in Betracht kommt. [...] Der bloße Umstand, dass Verwaltungsrecht angewendet wird, genügt nach der Rspr. des *BGH* nicht, um das Handeln eines Verwaltungsangehörigen der Rspr. gleichzustellen (vgl. Urt. v. 29.07.1986 – 1 StR 330/86, NJW 1986, 3093; hier hatte der *BGH* einen Sachbearbeiter, der eigenverantwortlich über die Erteilung von Aufenthaltsbewilligungen zu entscheiden hatte, als nicht tauglichen Täter einer Rechtsbeugung eingeordnet). Die als Verbrechen eingestufte und damit eng auszulegende Strafvorschrift kann nämlich nur solche Personen erfassen, die eine besondere Verantwortung ggü. dem Recht tragen und zu seiner Durchsetzung berufen sind (*OLG Hamm*, Beschl. v. 10.02.1999 – 2 Ws 20/99, NJW 1999, 2291). Von dem Regelungsgehalt des § 339 StGB werden deshalb nur Angehörige der Verwaltung erfasst, die ausschließlich die Aufgabe haben, in rechtsförmlichen Verwaltungsverfahren selbst das Recht unparteiisch und ggü. dem Rechtsunterworfenen zu entscheiden (*OLG Hamm* a.a.O.). [...] Das hier relevante Handeln der Angekl. betrifft die Bearbeitung der einzelnen Asylverfahren, beginnend mit der Annahme der Asyl(folge)anträge, dem Anlegen der Vorgänge, der Zuführung der Sachverhalte zu einem Entscheider bzw. in einigen wenigen Fällen die Entscheidung selbst, mithin die originäre Tätigkeit eines Sachbearbeiters Asyl bzw. eines Entscheiders.

Eine Rechtsache i.S.d. § 339 StGB liegt darin zum einen deshalb nicht, weil die Tätigkeit keine Angelegenheit mehrerer Parteien darstellt, bei der widerstreitende Interessen in Einklang zueinander zu bringen sind. Die Tätigkeit beschränkt sich auf die Prüfung der Frage, ob die Ast. einen Anspruch auf Asyl haben, d.h. sie erschöpft sich in der Anwendung des geltenden Rechts und auf die Feststellung, ob eine bestimmte Rechtsfolge eintritt.

Im Gegensatz zu der Tätigkeit der Ahndung und Verfolgung von Ordnungswidrigkeiten, die unstreitig eine Rechtssache

i.S.d. § 339 StGB darstellt (vgl. *BGH*, Urt. v. 27.01.2016 – 5 StR 328/15, NStZ 2016, 351), besteht bei der Bearbeitung von Asylanträgen nicht die Möglichkeit, nach Abwägung der Sach- und Rechtslage die Verfahren ohne Sachentscheidung – z.B. durch eine Verfahrenseinstellung – zu beenden. Es mangelt daher an der erforderlichen hohen Entscheidungsautonomie.

Zwar trifft es zu, dass die Anhörung nach § 25 AsylG, der im Asylverfahren eine große Bedeutung zukommt, zumindest in Ansätzen vergleichbar ist mit bestimmten gerichtlichen Verfahren, z.B. kann ein Ast. i.R.d. Anhörung Beweisanträge stellen, die dann von dem jew. Sachbearbeiter in freier Beweiswürdigung zu würdigen sind. Jedoch liegt im Hinblick auf die Entscheidung selbst eine hohe Weisungsgebundenheit vor, die Entscheidungsautonomie ist damit auch aus diesem Grund erheblich eingeschränkt. Zahlreiche Dienstsanweisungen [...] geben den Umgang mit bestimmten Fallkonstellationen vor. Die Anhörung erfolgt anhand von vorgefertigten und immer gleichlautenden Fragebögen [...]. Für die Lösung von rechtlichen und tatsächlichen Fragestellungen werden Ergebnisse und bindende Handlungsanweisungen von Seiten der Behördenleitung vorgegeben. [...] Eine Vergleichbarkeit mit einem lediglich an das Gesetz gebundenen Richter liegt nach Auffassung der *Kammer* mithin nicht vor. [...]

[...] [E]ine Bestrafung nach [§ 353b StGB] kommt bereits deswegen nicht in Betracht, weil es vorliegend an der Erfüllung des Tatbestandsmerkmals der Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen fehlt. [...] Eine Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen i.S.d. § 353b Abs. 1 StGB käme danach allenfalls mittelbar in Betracht, wenn durch das Offenbaren des Umstandes, dass im Ausländerzentralregister für eine bestimmte Person ein Suchvermerk notiert ist, das Vertrauen der Öffentlichkeit in die Integrität der öffentlichen Verwaltung im Allg. und des BAMF im Besonderen beeinträchtigt wäre. Eine solche mittelbare Gefährdung kann nach der Rspr. des *BGH* grds. ausreichen (Urt. v. 22.06.2000 – 5 StR 268/99, NStZ 2000, 596 [= StV 2002, 26]). Dieser Auffassung folgt auch die *Kammer*. Die Gefährdung der öffentlichen Interessen ist allerdings auch im Falle mittelbarer Gefährdung immer anhand der Besonderheiten des Einzelfalls zu beurteilen. Es ist schon in Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG ein nur enger Anwendungsbereich »mittelbarer« Gefährdungen anzuerkennen; man wird eine solche nur bejahen können, wenn im Einzelfall die Motivation (z.B. Korruption), die Form (z.B. öffentliche Mitteilungen) oder der Gegenstand der Tat (z.B. höchstpersönliche Daten; Umfang der Offenbarung) das Vertrauen breiterer Bevölkerungskreise in die Integrität der Staatsverwaltung ernsthaft zu erschüttern geeignet sind (vgl. *Fischer*, a.a.O., § 353b, Rn. 24). Diese gebotene Einzelfallbeurteilung ist auch deshalb erforderlich, um dem Merkmal der Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen seinen eigenständigen Bedeutungsgehalt zu erhalten. Nähe man bei jeder Weitergabe von Dienstgeheimnissen im Falle ihrer Aufdeckung immer einen wichtige öffentliche Interessen gefährdenden Vertrauensverlust an, entfele die Korrekturfunktion, die diesem Tatbestandsmerkmal zukommt. Dies wäre nicht mit dem erkennbaren Willen des Gesetzgebers vereinbar. Wie sich schon aus der Beifügung des Adjektivs »wichtig« ergibt, sollen nur solche Verletzungen eines Dienstgeheimnisses pönalisiert werden, durch deren Preisgabe die Aufgabenerfüllung der Behörde ernstlich beeinträchtigt ist. Da Geheimnisverletzungen von Behördenbediensteten grds. nach § 203 Abs. 2 Nr. 1 StGB strafbewehrt sind, entstehen auch bei einer tatbestandseinen-

genden Auslegung des Merkmals der Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen keine Strafbarkeitslücken (*BGH* a.a.O.). Die hiernach gebotene Gesamtabwägung kann im vorliegenden Fall nicht zur Annahme einer Gefährdung wichtiger öffentlicher Interessen führen. [...]

Mitgeteilt von RA *Johannes Eisenberg*, Berlin, RA *Erich Joester* und RAin *Lea Voigt*, Bremen.

Anm. d. Red.: Vgl. *Müller* StV-S 2021, 71 (in diesem Heft).

Verbandsverantwortlichkeit bei Datenschutzverstößen

VO (EU) 2016/679 (DSGVO) Art. 83 Abs. 1, Abs. 2 S. 2, Abs. 4–6; BDSG § 41; OWiG § 30 Abs. 1

1. Eine juristische Person kann in einem Bußgeldverfahren nach Art. 83 DSGVO nicht Betroffene, sondern nur Nebenbeteiligte sein.

2. Auch in einem selbstständigen Verfahren nach Art. 83 DSGVO, § 41 BDSG i.V.m. § 30 Abs. 4 OWiG muss eine vorwerfbare Ordnungswidrigkeit eines Organmitgliedes der juristischen Person festgestellt werden.

LG Berlin, Beschl. v. 18.02.2021 – 212 Js-OWi 1/20, 526 OWiG LG 1/20 – n.r.

Aus den Gründen: [8] **II.** Das Verfahren war nach § 206a StPO i.V.m. §§ 46, 71 OWiG durch Beschl. einzustellen, da ein Verfahrenshindernis besteht.

[9] **1.** Der Bußgeldbescheid der Berliner Beauftragten für Datenschutz und Informationsfreiheit [BlnBDI] v. 30.10.2019 leidet unter derart gravierenden Mängeln, dass er nicht Grundlage des Verfahrens sein kann.

[10] **a)** Der Bußgeldbescheid wurde gegen die ... erlassen, mithin gegen eine Europäische Gesellschaft, eine juristische Person des Privatrechts mit eigener Rechtspersönlichkeit i.S.v. § 1 Abs. 1 AktG i.V.m. §§ 1 ff. SEAG i.V.m. Art. 1 Abs. 3 der VO (EG) Nr. 2157/2001 des Rates v. 08.10.2001 über das Statut der Europäischen Gesellschaft. Die ... wurde von der BlnBDI als Betr. i.S.d. OWiG behandelt. Ihr wurde im Bußgeldbescheid an zahlreichen Stellen die vorsätzliche Verwirklichung von Ordnungswidrigkeitstatbeständen vorgeworfen. In der Stn. der BlnBDI v. 28.10.2020 zur Einspruchsbegründung der Betr. hat die Behörde bekräftigt, der Bescheid richte sich allein gegen die ..., vertreten durch ihre Geschäftsführung.

[11] Eine juristische Person kann indes nicht Betr. in einem Bußgeldverfahren, auch nicht in einem solchen nach Art. 83 [DSGVO], sein. Denn eine Ordnungswidrigkeit kann nur eine natürliche Person vorwerfbar begehen. Der juristischen Person kann lediglich ein Handeln ihrer Organmitglieder oder Repräsentanten (der natürlichen Personen) zugerechnet werden. Sie kann deshalb im Bußgeldverfahren nur Nebenbeteiligte sein. Die Verhängung einer Geldbuße gegen sie ist in § 30 OWiG geregelt, der über § 41 Abs. 1 BDSG auch für Verstöße nach Art. 83 Abs. 4 bis 6 DSGVO Anwendung findet. Danach kann entweder in einem einheitlichen Verfahren gegen die juristische Person eine Geldbuße festgesetzt werden, wenn wegen der Tat des Organmitgliedes oder Repräsentanten, also der natürlichen Person, gegen diese ein Bußgeldverfahren durchgeführt wird,

oder aber nach § 30 Abs. 4 OWiG in einem selbstständigen Verfahren. Voraussetzung ist dann freilich, dass wegen der Tat des Organmitgliedes oder Repräsentanten der juristischen Person ein Verfahren nicht eingeleitet oder ein solches Verfahren eingestellt wird. Allerdings muss, da die juristische Person selbst eine Ordnungswidrigkeit nicht begehen kann, auch in diesem sogenannten selbstständigen Verfahren eine vorwerfbare Ordnungswidrigkeit eines Organmitgliedes der juristischen Person festgestellt werden.

[12] Der verfahrensgegenständliche Bußgeldbescheid v. 30.10.2019 wurde offensichtlich nicht als selbstständiger Bescheid gem. § 30 Abs. 4 OWiG erlassen. Die BlnBDI war sich der dargestellten Rechtslage nicht bewusst und vertritt die Auffassung, eine juristische Person könne im Ordnungswidrigkeitenrecht wie eine natürliche Person behandelt werden. Der Bußgeldbescheid erging daher in einem Verfahren, das im OWiG nicht vorgesehen und daher nicht zulässig ist. Der Bescheid ist deshalb unwirksam (vgl. *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 01.02.1993 – 4 Ss 573/92, MDR 1993, 572).

[13] **aa)** Dabei übersieht die *Kammer* nicht, dass in der rechtswissenschaftlichen Lit. und vom *LG Bonn* (Urt. v. 11.11.2020 – 29 OWi 1/20 [= StV-S 2021, 5]) vertreten wird, Art. 83 DSGVO allein sei hinreichende Rechtsgrundlage für eine sogenannte unmittelbare Verbandshaftung juristischer Personen (vgl. etwa: BeckOK-DatenschutzR/*Holländer*, [34. Ed. 01.11.2020], Art. 83 DSGVO Rn. 9; Kühling/Buchner-DSGVO/*Bergt*, [3. Aufl. 2020], Art. 83 Rn. 20; BeckOK-DatenschutzR/*Brodowski/Nowak*, [34. Ed. 01.11.2020], § 41 BDSG Rn. 11). Nach dieser Auffassung besteht für die DSGVO ein Anwendungsvorrang vor nationalen Vorschriften, da es andernfalls zu ungewünschten Wettbewerbsverzerrungen in den Mitgliedsstaaten der EU im Hinblick auf die Durchsetzungen der europarechtlichen Datenschutzregeln kommen könne. Nationale Vorschriften wie § 41 Abs. 1 BDSG i.V.m. §§ 30, 130 OWiG, seien wegen des Grundsatzes der praktischen Wirksamkeit (*effet utile*) so auszulegen, dass ihre Anwendung nicht zu Vollzugsdefiziten führen könne – und wo dies nicht gelänge, seien sie gar nicht anzuwenden. Schließlich gäben die Erwägungsgründe der DSGVO Hinweis darauf, dass der europäische Verordnungsgesetzgeber das Sanktionsregime des europäischen Kartellrechtes habe nachbilden wollen, dem eine unmittelbare Verbandshaftung zugrunde liege. Danach bedarf es gerade nicht der Feststellung einer Tathandlung durch eine natürliche Person, die dem Verband zugerechnet werden müsste (sogenannte Anknüpfungstat). Vielmehr sei die juristische Person selbst Täter und nach dem insoweit unmittelbar anwendbaren Unionsrecht auch schuldfähig.

[14] **bb)** Dieser Auffassung vermag sich die *Kammer* indes nicht anzuschließen.

[15] Nach Art. 83 DSGVO i.V.m. Art. 4 Nr. 7 und 8 DSGVO sind Geldbußen für Verstöße gegen die DSGVO gem. Art. 83 Abs. 4 bis 6 DSGVO nicht nur gegen natürliche Personen, sondern auch gegen juristische Personen als »Verantwortlicher« i.S.d. Art. 4 Nr. 7 DSGVO oder »Auftragsverarbeiter« i.S.d. Art. 4 Nr. 8 DSGVO zu verhängen. Nähere Bestimmungen zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit juristischer Personen für von ihnen zurechenbaren natürlichen Personen begangene Verstöße gegen die Datenschutz-Grundverordnung enthält die VO indes nicht.

[16] Auf das von der BlnBDI geführte Ordnungswidrigkeitsverfahren für die Verhängung einer Geldbuße nach Art. 83

Abs. 4–6 DSGVO findet nach § 41 BDSG aber das OWiG Anwendung. Die Norm dient – neben der allgemeinen Umsetzungsverpflichtung europäischen Rechts aus Art. 197 Abs. 3 S. 1, 291 Abs. 1 des Vertrags über die EU und des Vertrags über die Arbeitsweise der EU (AEUV) – der Umsetzung des spezifischen Regelungsauftrages aus Art. 83 Abs. 8 DSGVO. Danach haben die Mitgliedstaaten für die Ausübung der Befugnisse gem. Art. 83 DSGVO durch die zuständige Aufsichtsbehörde angemessene Verfahrensgarantien einschließlich wirksamer gerichtlicher Rechtsbehelfe und ordnungsgemäßer Verfahren vorzusehen. § 41 Abs. 1 BDSG erklärt daher die Anwendung des OWiG für die Verstöße nach Art. 83 Abs. 4 bis 6 DSGVO und damit für das »ob« einer Tatbestandsverwirklichung unter Ausnahme der §§ 17, 35, 36 OWiG, für anwendbar. § 41 Abs. 2 BDSG regelt sinnleiches für das Verfahren wegen eines Verstoßes gegen Art. 83 Abs. 4 bis 6 DSGVO. Die Regelung ist erforderlich, da das OWiG nach dessen § 2 Abs. 2 S. 2 nur für Bundes- und Landesrecht gilt. Der Nichtanwendungsbefehl für die §§ 17, 35, 36 OWiG folgt dabei daraus, dass in der diesen Normen zugrundeliegenden Regelungsmaterie, namentlich der Bußgeldhöhe und der Zuständigkeit der Aufsichtsbehörde, die Datenschutz-Grundverordnung abschließende Regelungen getroffen hat (vgl. BT-Drs. 18/11325, 108 zu § 41). Für den Bereich der Zurechnung schuldhaften Verhaltens ist dies freilich nicht der Fall, weshalb die §§ 30, 130 OWiG auch i.R.v. Verstößen nach Art. 83 Abs. 4 bis 6 DSGVO anwendbar bleiben (vgl. *Gola-DSGVO*, [2. Aufl. 2018], Art. 83, Rn. 11; *Sydow-DSGVO/Popp* [2. Aufl. 2018], Art. 83 Rn. 5, Art. 84 Rn. 3; *Piltz-BDSG*, [2018], § 41 Rn. 7 ff.; *Schantz/Wolff*, Das neue Datenschutzrecht, [2017], Rn. 1128, 1132–1135; zur vergleichbaren Rechtslage in Österreich: *ÖVwGH*, Erkenntnis vom 12.5.2020 – Ro 2019/04/0229, ZD 2020, 463; *BVwG*, Spruch v. 19.08.2019 – W211 2217629-1/10E Rn. 29 ff.; Spruch v. 23.10.2019 – W258 2227269-1/114E, sub. 3.11).

[17] Die Regelung der Zurechnung der durch natürliche Personen begangenen Verstöße ist erforderlich, da die juristische Person selbst nicht handelt, ihre Organe und Vertreter tun dies für sie. Eine Ordnungswidrigkeit aber ist eine rechtswidrige und vorwerfbare Handlung, die den Tatbestand eines Gesetzes verwirklicht, welches die Ahndung mit einer Geldbuße zulässt (vgl. § 1 Abs. 1 OWiG). Insoweit ist die Feststellung eines vorwerfbaren Verhaltens einer natürlichen Person die notwendige Grundvoraussetzung für die Begründung einer Verantwortlichkeit des möglicherweise pflichtigen Rechtsträgers.

[18] Der Wortlaut des § 41 Abs. 1 S. 1 BDSG, der für Verstöße nach Art. 83 Abs. 4 bis 6 der DSGVO die »sinngemäße« Anwendung der Vorschriften des OWiG vorsieht, liefert – entgegen der Auffassung der Behörde – keinen Hinweis darauf, dass die Normen des OWiG »eingeschränkt« oder gar selektiv überhaupt nicht anzuwenden wären. Es handelt sich bei diesem Verweis vielmehr um eine gängige Inbezugnahme außerhalb des Ausgangstextes liegender Vorschriften. Hierzu stehen dem Gesetzgeber verschiedene Formen des Verweises zur Verfügung. Einer von ihnen ist die sogenannte Analogieverweisung, die rechtsförmlich zutreffend mit dem Wort »sinngemäß« oder »entspr.« verbunden wird. Damit soll bestimmt werden, dass der Bezugstext – hier das OWiG – nicht wörtlich, sondern nur sinngemäß angewandt wird, was immer dann angezeigt ist, wenn der Bezugstext nicht wörtlich passt. Eine inhaltliche Einschränkung dahingehend, dass bestimmte Normen des Bezugs-

textes gar nicht gelten, ist davon indes nicht erfasst. Grds. wird vielmehr der Bezugstext Bestandteil der verweisenden Regelung (zum Ganzen: [BMJ] Handbuch der Rechtsförmlichkeit, BAnz. Nr. 160a v. 22.09.2008, Rn. 218 ff., 232 ff.). Dementspr. lässt sich aus dem Analogieverweis auf die Normen des Gesetzes über Ordnungswidrigkeiten auch keinesfalls ableiten, dass die §§ 30, 130 OWiG nicht oder einschränkt auf den hiesigen Sachverhalt anwendbar wäre.

[19] Zu keinem anderen Ergebnis führt es, dass § 41 Abs. 1 S. 1 BDSG die einschränkende Wendung »soweit dieses Gesetz nichts anderes bestimmt« enthält. Anders als die Behörde meint, ist mit der Bezeichnung »dieses Gesetz« nicht etwa die DSGVO gemeint. Nicht nur wäre die DSGVO als »Gesetz« rechtsförmlich unzutreffend bezeichnet worden. Das verweisende Gesetz – hier das BDSG – wird stets als »dieses Gesetz« bezeichnet (vgl. [BMJ] a.a.O. Rn. 275 f., 310).

[20] Der historische Gesetzgeber des BDSG ist denn auch augenscheinlich von der Anwendbarkeit der §§ 30, 130 OWiG im Falle eines Verstoßes gegen die DSGVO ausgegangen. Denn während der erste RefE eines Gesetzes zur Anpassung des Datenschutzrechts an die VO (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der RL (EU) 2016/680 (Datenschutz-Anpassungs- und -Umsetzungsgesetz EU) in § 39 Abs. 1 S. 2 BDSG-RefE noch die ausdrückliche Nichtanwendung der §§ 30, 130 OWiG vorsah, ist dieser Normbefehl in der Ges. gewordenen bedeutungs- und i.Ü. wortlautgleichen Vorschrift des § 41 Abs. 1 S. 2 BDSG gestrichen worden und auch nicht durch die letzte Novelle des BDSG, durch das zweite Ges. zur Anpassung des Datenschutzrechts v. 20.11.2019, geändert worden. Dabei war sich der Gesetzgeber mind. durch die Entschließung der 97. Konferenz der unabhängigen Datenschutzbehörden des Bundes und der Länder v. 03.04.2019, mit dem für eine »klarstellende« Ergänzung des § 41 Abs. 1 S. 2 BDSG und die Nichtanwendung der §§ 30, 130 OWiG geworben wird, der Folgen seiner Entscheidung bewusst.

[21] Die insoweit unzweideutige Entscheidung des Gesetzgebers findet einen guten Grund in den Grenzen der verfassungsmäßigen Ordnung. Denn Hintergrund des Erfordernisses der Anknüpfung an die Handlung einer natürlichen Person ist das aus dem Rechtsstaatsprinzip des Art. 20 Abs. 3 GG, aus Art. 103 Abs. 2 GG, der allgemeinen Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG sowie der Menschenwürde in Art. 1 Abs. 1 GG folgende Schuldprinzip. Ohne eine Anknüpfung an eine schuldhaft Handlung ist ein staatlicher Strafausspruch nicht möglich. Wobei jede Strafe, nicht nur die Strafe für kriminelles, sondern auch die strafähnliche Sanktion für sonstiges Unrecht, die Elemente von Repression und Vergeltung beinhaltet, die ein Übel wegen eines rechtswidrigen Verhaltens verhängt, dem Schuldprinzip unterliegt (*BVerfG*, Beschl. v. 25.10.1966 – 2 BvR 506/63, NJW 1967, 195; Urt. v. 30.06.1976 – 2 BvR 435/76, NJW 1976, 1883; Beschl. v. 14.07.1981 – 1 BvR 575/80). Dieses gilt daher auch im Ordnungswidrigkeitenrecht. Die schuldhaft Handlung des Einzelnen setzt aber dessen eigene Verantwortung und die Willensfreiheit voraus, sich für Recht oder Unrecht entscheiden zu können. Diese Entscheidung vermag die juristische Person nicht zu treffen, weshalb es insoweit immer der Anknüpfung an die Handlung einer natürlichen Person bedarf. Auf dieser Linie liegt es, wenn auch das aktuelle Gesetzgebungsverfahren zu einem Verbandssanktionengesetz in der Entwurfsfassung des § 3 VerSanG-E (vgl. BT-Drs. 19/23568, 11) auf die Begehung einer Straftat durch eine Leitungsperson

oder die Verletzung einer Aufsichtspflicht abstellt und insoweit am bestehenden Konzept der Notwendigkeit der Verantwortlichkeit einer natürlichen Person festhält.

[22] Der Hinweis darauf, der europäische Verordnungsgesetzgeber habe mit der DSGVO das Sanktionsregime des europäischen Kartellrechts nachbilden wollen, weshalb – wie dort – eine unmittelbare Verbandsverantwortlichkeit in Betracht komme, überzeugt ebenfalls nicht.

[23] Zunächst ist das europäische Kartellrecht davon geprägt, dass es nach Art. 4 der VO (EG) Nr. 1/2003 des Rates v. 16.12.2002 zur Durchführung der in den Art. 81 und 82 des Vertrags niedergelegten Wettbewerbsregeln (KartellVO) grds. von der europäischen Kommission kraft eigener Kompetenz umgesetzt wird, wohingegen die DSGVO durch nationale Aufsichtsbehörden exekutiert werden soll. Mag auch Art. 5 KartellVO eine Zuständigkeit der nationalen Wettbewerbsbehörden zur Anwendung des EU-Wettbewerbsrechts begründen, so ist doch für die Reichweite dieser behördlichen Befugnisse weiterhin das innerstaatliche Recht maßgeblich. Die nationalen Behörden können dementspr. Verstöße gegen europäisches Recht nur verfolgen, soweit es nationale Bestimmungen zulassen. Dies gilt im Besonderen auch für die bußgeldrechtliche Haftung eines Unternehmens i.S.d. weiten Unternehmensbegriffs nach europäischer Rspr. (zu diesem: *EuGH*, Urt. v. 10.09.2009 – C-97/08, *EuZW* 2009, 816 [821] [Akzo Nobel u.a./Kommission], Rn. 54 ff.; *EuG*, Urt. v. 14.12.2006 – T-259/02, BeckRS 2006, 140069 Rn. 21). Denn für das deutsche Recht hat der nationale Gesetzgeber sich für das Rechtsträgerprinzip entschieden, wie es etwa in § 30 OWiG zum Ausdruck kommt. Die Verhängung einer allgemeine[n] Unternehmensgeldbuße durch deutsche Kartellbehörden ohne Anknüpfung an die Tat eines Repräsentanten kommt danach nicht in Betracht (vgl. *BGH*, Beschl. v. 16.12.2014 – KRB 47/13, *NZKart* 2015, 272 [275 f.] [Silostellgebühren III]; v. 10.08.2011 – KRB 55/10, *NJW* 2012, 164 [165] [Versicherungsfusion]; *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 17.12.2012 – V-1 Kart 7/12 (OWi) – *NZKart* 2013, 166 [167 ff.] [Silostellgebühren II]). Das nationale Kartellbußgeldrecht enthält auch nach der jüngsten Novelle des Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen (GWB) keine Ausnahme von diesem Rechtsgrundsatz. Nach den §§ 81 ff. GWB setzt die Bebußung eines Unternehmens voraus, dass die Tat durch eine Leitungsperson selbst oder zwar durch eine andere Person begangen wurde, aber die Leitungsperson sich einer vorsätzlichen oder fahrlässigen Aufsichtspflichtverletzung (§ 130 OWiG) schuldig gemacht hat. Dies gilt insb. auch mit Blick auf die Vorschriften der §§ 81a bis 81c GWB. Soweit danach eine gegen ein Unternehmen oder eine Unternehmensvereinigung zu verhängende Geldbuße in Rede steht, geht es dabei – wie bereits in der Vorgängernorm des § 81 Abs. 4 S. 2 GWB – insb. um die Bußgeldbemessung, ohne dass damit die in § 30 OWiG vorgesehene Begrenzung der Ahndung einer Organtat ggü. derjenigen juristischen Person, deren Organ die Tat begangen hat, aufgehoben wäre (vgl. *BGH*, Beschl. v. 10.08.2011 a.a.O. [166]).

[24] Insoweit vermag auch der Hinweis auf Erwägungsgrund 150 zur DSGVO nicht die Annahme rechtfertigen, der europäische Verordnungsgesetzgeber der DSGVO habe die Übernahme des gesamten supranationalen kartellrechtlichen Sanktionsregimes gewollt. Denn Erwägungsgrund 150 (S. 3) zur DSGVO betr. die Bemessung einer möglichen Bußgeldhöhe allein. Er

verhält sich damit zur Rechtsfolge eines Verstoßes und keinesfalls – wie etwa der die europäische Kommission ermächtigende Art. 23 KartellVO – auch zu dessen Voraussetzungen. S. 3 des Erwägungsgrundes lautet: »Werden Geldbußen Unternehmen auferlegt, sollte zu diesem Zweck der Begriff ›Unternehmen‹ i.S.d. Art. 101 und 102 AEUV verstanden werden.« Die Formulierung setzt zunächst voraus, dass überhaupt eine Buße gegen ein »Unternehmen« verhängt wird. Zur Frage der Bemessung der Höhe dieser Buße nimmt Erwägungsgrund 150 erkennbar Bezug auf Art. 83 Abs. 4 bis 6 DSGVO und möchte damit erreichen, dass im Falle der Verhängung einer Buße gegen ein »Unternehmen« eben nicht allein der erzielte Jahresumsatz des (unmittelbar) betroffenen Rechtsträgers zur Bemessungsgrundlage gemacht wird, sondern vielmehr – i.S.v. Art. 101 f. AEUV und des kartellrechtlichen, weiten Unternehmensbegriffs – der Umsatz der handelnden wirtschaftlichen Einheit (vgl. Immenga/Mestmäcker-Wettbewerbsrecht/*Zimmer*, [6. Aufl. 2019], Art. 101 Abs. 1 AEUV Rn. 9 ff.). Diese Ausdeutung wird in systematischer Hinsicht durch S. 4 des Erwägungsgrundes gestützt, der sich mit der Bemessung der Bußgeldhöhe – und dieser allein – bei natürlichen Personen befasst.

[25] Nach Auffassung der *Kammer* erlaubt es zudem das Gesetzlichkeitsprinzip des Art. 103 Abs. 2 GG nicht, die Frage der Verantwortlichkeit einer juristischen Person i.R.e. staatlichen Sanktionsanordnung durch die eine europäische VO begleitenden Erwägungsgründe zu manifestieren, die zudem erkennbar nicht Bestandteil der VO selbst sind.

[26] Schließlich ist für die *Kammer* auch nicht erkennbar, dass sich aus dem unionsrechtlichen Effektivitätsgebot (Art. 197 AEUV) eine Pflicht zur Übernahme des unionsrechtlichen Modells der Verbandsverantwortlichkeit ergeben sollte. Denn dieses belässt den Mitgliedstaaten bei der Ausgestaltung des Sanktionsregimes einen Ermessensspielraum, der verfassungskonform, hier insb. unter Beachtung des Schuldgrundsatzes auszufüllen ist (vgl. zum Kartellrecht: *Böse ZStW* 126 [2014], 132 [155]).

[27] Zwar wird wohl zutreffend darauf hingewiesen, dass es zur effektiven Durchsetzung der Regelungsziele der DSGVO erforderlich ist, dass das nationale Recht wirksame und hinreichend abschreckende Sanktionen zulässt, womit die Pflicht der nationalen Gerichte einhergehen dürfte, das einzelstaatliche Recht möglichst so auszulegen, dass bei einer Zuwiderhandlung gegen die DSGVO effektive Sanktionen verhängt werden können. Die Pflicht zur unionsrechtskonformen Auslegung findet aber in den allgemeinen Rechtsgrundsätzen, insb. im Grundsatz der Rechtssicherheit, insofern ihre Schranken, als sie nicht als Grundlage für eine Auslegung des nationalen Rechts contra legem, also entgegen den nach nationalem Recht zulässigen Methoden richterlicher Rechtsfindung, dienen darf (vgl. *EuGH*, Urt. vom 16.07.2009 – C-12/08, BeckRS 2009, 70805, Rn. 61 [Mono Car Styling]; *BGH*, Urt. v. 26.11.2008 – VIII ZR 200/0, *BGHZ* 179, 27 Rn. 19 ff. m.w.N.). Besondere Geltung beanspruchen diese Grundsätze für Vorschriften auf dem Gebiet des Straf- oder Ordnungswidrigkeitenrechts (*EuGH*, Urt. v. 16.06.2005 – C-105/03, *NJW* 2005, 2839 Rn. 47 [M. Pupino] [= StV 2006, 1 m. Anm. *Trinkl* StV 2006, 36]; *KK-OWiG/Rogall*, [5. Aufl. 2018], § 3 Rn. 83 m.w.N.), bei deren Auslegung dem im deutschen und auch europäischen Verfassungsrecht verankerten Gesetzlichkeitsprinzip (Art. 103 Abs. 2 GG,

Art. 49 GrCh; Art. 7 EMRK) und somit auch der Wortsinngrenze besondere Bedeutung zukommt. Eine gesetzlich nicht vorgesehene strafrechtliche Verantwortlichkeit kann danach auf eine unionsrechtskonforme Auslegung selbst dann nicht gestützt werden, wenn die in Rede stehende nationale Regelung sich andernfalls als unionsrechtswidrig erweisen könnte (*EuGH*, Urt. v. 28.06.2012 – C-7/11, BeckRS 2012, 81321 [Caronna]; *BGH*, Beschl. v. 16.12.2014 a.a.O. [274]).

[28] Die hier anzuwendenden Bestimmungen in §§ 30, 130 OWiG i.V.m. § 41 BDSG schließen die bußgeldrechtliche Inanspruchnahme der Betr. auf der Grundlage des verfahrensgegenständlichen Bescheides aus. Denn nach ihrem Wortlaut ist für die Verantwortlichkeit der juristischen Person eine schuldhaft Handlung eines ihrer Repräsentanten erforderlich. Dieses Erfordernis kann nicht im Wege der Auslegung der Norm oder durch die Annahme einer Verbandsverantwortlichkeit »sui generis« entfallen, ohne die Wortlautgrenze zu überschreiten und damit einen Verstoß gegen das Analogieverbot des Art. 103 Abs. 2 GG zu begründen (vgl. dazu *BVerfG*, Urt. v. 11.11.1986 – 1 BvR 713/83, BeckRS 1986, 50 Rn. 65 [= StV 1987, 13]).

[29] Es ist überdies lediglich pauschal dargetan worden, dass der Nachweis der Begehung einer Ordnungswidrigkeit durch das Erfordernis des Nachweises einer pflichtwidrigen Organhandlung i.S.v. §§ 30, 130 OWiG erschwert sei. Nicht dargetan ist indessen, dass sie den handelnden Aufsichtsbehörden dadurch nicht möglich wäre. Es ist im hiesigen Falle im Besonderen verwunderlich, dass die verfahrensgegenständlichen Verstöße gegen Datenschutzgesetze durch die Behörde bereits im Jahre 2017 – und damit vor Inkrafttreten der DSGVO – festgestellt worden sind, verschiedene Vor-Ort-Termine stattgefunden haben, Auskünfte, etwa über technische Details der Datenverarbeitung verlangt worden sind, und die Betr. auch entspr. Auskünfte erteilt hat, dass jedoch von der Behörde keine hinreichenden Ermittlungen zu den unternehmensinternen Verantwortlichkeiten für die beanstandeten Verstöße erfolgt sind. In diesem Falle dürfte es naheliegen, dass bereits eine Offenlegung der Organisationsstruktur im Unternehmen der Betr. zu einer Ermittlung von für die Datenverarbeitungsvorgänge verantwortlichen Personen geführt hätte und so möglicherweise etwa eine Aufsichtspflichtverletzung hätte dargelegt werden können. Vor diesem Hintergrund ist nicht ersichtlich, dass unter Beachtung der §§ 30, 130 OWiG keine wirksamen und abschreckenden Sanktionen verhängt werden können.

[30] **b)** Auch bei einer Umdeutung des Bescheids in einen selbstständigen Bußgeldbescheid gem. § 30 Abs. 4 OWiG genügt dieser nicht den Anforderungen, die an einen solchen als Verfahrensgrundlage zu stellen wären.

[31] Der Bußgeldbescheid, der im gerichtlichen Verfahren anstelle des Anklagesatzes tritt, begrenzt nach Person und Sache den Prozessgegenstand. Aus ihm muss sich die tatsächlich und rechtlich näher bezeichnete Beschuldigung ergeben (vgl. § 66 OWiG). Voraussetzung für die Festsetzung einer Geldbuße gegen eine juristische Person im selbstständigen Verfahren gem. § 30 Abs. 4 OWiG ist, wie bereits dargelegt, zudem, dass eines ihrer Organe eine Ordnungswidrigkeit begangen hat, die der juristischen Person zuzurechnen ist.

[32] Der Bußgeldbescheid v. 30.10.2019 erfüllt diese Abgrenzungsfunktion nicht. Der Tatvorwurf ist nicht bestimmt. Es

fehlt etwa die Angabe von Tatzeit und -ort sowie des Organmitgliedes, das schuldhaft und der Betr. zurechenbar die Einrichtung eines den datenschutzrechtlichen Anforderungen genügenden EDV-Systems unterlassen oder aber eine rechtzeitige Löschung relevanter Daten nicht veranlasst haben soll. Der Bescheid enthält – mit Blick auf die Rechtsauffassung der Behörde konsequent – auch sonst keine Angaben zur konkreten Tathandlung selbst oder ihrer Unterlassung. Ihm lässt sich nicht entnehmen, worauf ein Vorwurf, die datenschutzrechtlichen Anforderungen seien nicht eingehalten worden, gestützt wird. Dies wäre aber umso mehr erforderlich, als, wie aus der Akte ersichtlich ist, die Behörde zu den Vorwürfen bei der Betr. Ermittlungen geführt hat und über einen längeren Zeitraum mit dieser über die gegenständlichen Vorwürfe in Kontakt stand, sich etwa schriftlich und in persönlichen Gesprächen Fragen von Mitarbeitern des Unternehmens beantworten ließ. Insoweit wären Ausführungen dazu möglich und notwendig gewesen, aus welchen Umständen die Behörde eine Verantwortlichkeit der Betr. herleiten möchte. Der Bußgeldbescheid enthält gleichwohl keinen konkreten Tatvorwurf gegen ein Organ der juristischen Person. Dieser Mangel kann auch nicht mehr gem. §§ 71 Abs. 1 OWiG, 265 StPO durch einen Hinweis des Gerichts behoben werden. Auch bei Umdeutung des Bußgeldbescheides in einen selbstständigen Bescheid nach § 30 Abs. 4 OWiG müsste deshalb das Verfahren wegen eines Verfahrenshindernisses eingestellt werden.

[33] **2.** Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 71 OWiG, 467 Abs. 1, Abs. 3 StPO. Es erscheint nicht unbillig, der Staatskasse die notwendigen Auslagen der ... aufzuerlegen, da das Verfahrenshindernis von Anfang an bestand.

Verstoß gegen das Vermummungsverbot im Fußballstadion; Pyrotechnik

SächsVersG § 28 Abs. 2

1. Das strafbewehrte Vermummungsverbot verlangt nicht nur eine bestimmte Aufmachung des Beschuldigten, sondern auch die Absicht, dadurch die Identität zu verschleiern.

2. Es muss nicht der Beschuldigte beweisen, dass er einen anderen Grund hatte, sich vorübergehend zu vermummen, sondern es ist an den Strafverfolgungsbehörden, insoweit belastbare Feststellungen zu treffen.

3. Bei einer kurzzeitigen Vermummung an einem Ort, an dem sich der Beschuldigte vorher und hinterher trotz Überwachung durch die Polizei unvermummt aufgehalten hat, kommt die Annahme einer solchen Absicht nur dann in Betracht, wenn der Beschuldigte wegen seines eigenen Verhaltens befürchten musste, dass die Polizei seine Identität würde feststellen wollen.

LG Leipzig, Urt. v. 06.11.2020 – 9 Ns 607 Js 54505/18

Aus den Gründen: IV. [...] Um den Angekl. wegen eines »Verstoßes gegen das Vermummungsverbot« zu verurteilen, bedarf es [...] neben einer bestimmten Aufmachung auch der positiven Feststellung von Umständen, aufgrund derer die Annahme gerechtfertigt ist, diese Aufmachung sei »darauf gerichtet«, die Feststellung der Identität zu verhindern. Es wäre daher Aufgabe der Strafverfolgungsbehörden, solche *zum Tatbestand des § 28 Abs. 2 SächsVersG gehörende* Umstände zu ermitteln. [...] Wenn bei einem Fußballspiel, das 90 Min. dauert, unterbrochen von einer 15-minütigen Halbzeitpause, und bei

einem Gästeblock, der sich schon deutlich vor Spielbeginn gefüllt hatte, der Angekl. in einem solchen engen zeitlichen Rahmen zum Abbrennen von zwei Fahnen und zum Entzünden umfangreicher Pyrotechnik für eine kurze Zeit von zwei bis drei Min. einen Fanschal vor Mund und Nase nimmt, während er vorher und auch nach Auflösen des Nebels während der restlichen Spieldauer an gleicher Stelle stehend sein Gesicht zeigt, dann könnte dem Angekl. ein Verstoß gegen das Vermummungsverbot nur dann angelastet werden, wenn man im Zusammenhang mit dieser »Vermummung« Umstände feststellen kann, die dafür sprächen, dass der Angekl. in direktem Zusammenhang mit der kurzzeitigen »Vermummung« Handlungen begangen haben könnte, die für ihn auch Anlass sein würden, davon auszugehen, dass Dritte, namentlich die im Stadion präsenzte Polizei nunmehr seine Identität feststellen wolle, was er dann womöglich durch Hochnehmen des Fanschals verhindern wollen würde. [...]

Welchen Grund der Angekl. jedoch gehabt haben sollte, in dieser Situation für eine kurze Zeit von zwei bis drei Min. den Fanschal über Mund und Nase zu ziehen, um seine Identität zu verschleiern, die er während des Spiels vorher und nachher »unvermummt« frei preisgegeben hat, bleibt das Geheimnis der Anklagebehörde und des *AG Leipzig*, denn positive Feststellungen für eine solche Absicht wurden nicht getroffen. [...] Die Auffassung, wer keinen (anderen und von ihm darzulegenden oder gar zu beweisenden) Grund habe, Mund und Nase zu bedecken, der tue dies, um die Feststellung seiner Identität zu verhindern, unterstellt dem Betr. ein Verhalten, das nicht nur vom objektiven Erscheinungsbild, sondern v.a. von der subjektiv damit verfolgten Absicht einen Straftatbestand erfüllen soll. So gehandhabt, wird der Tatbestand des § 28 Abs. 2 Nr. 2 SächsVersG aber darauf reduziert, dass sich derjenige strafbar macht, der an öffentlichen Veranstaltungen teilnimmt und dessen Gesicht mit Mund und Nase dabei für einen bestimmten Zeitraum nicht frei zu sehen ist. Es würde sich sogar bereits derjenige nach dieser Norm strafbar machen, der sich auf dem Weg zu einer solchen öffentlichen Veranstaltung befindet und dabei Mund und Nase durch einen Fanschal bedeckt! Und warum jemand, der sonst nichts getan hat, der als Fußballfan ein Fußballspiel »seiner Mannschaft« im Gästeblock anschaut, der keine Pyrotechnik gezündet hat, der keine Fahne in Flammen gesetzt hat, der keine Polizisten beworfen hat, warum diese Person sich für zwei bis drei Min. strafrechtlich relevant vermummen soll, quasi um (nur dadurch) eine Straftat zu begehen, das bedarf der an festzustellenden Umständen festzumachender Begründung. [...] Der Angekl. hat [...] nichts getan, weshalb er Grund zu der Annahme hätte haben können, die Polizei, die schon lange vor Spielbeginn vor Ort war und sich für jedermann sichtbar auch mit Kameras im Innenraum des Stadions aufhielt, wolle gleichwohl und just jetzt seine Identität feststellen, nachdem er zuvor mehr als eine Halbzeit lang problemlos identifiziert werden konnte. Letztlich sollte der Angekl. [später] nur deshalb mit Fahndungsblättern »identifiziert« werden, weil man ihm anlastete, er habe mit der »Vermummung« [...] eine Identifizierung verhindern wollen, nicht aber weil er im Verdacht stand, (zuvor) eine Straftat oder Ordnungswidrigkeit begangen zu haben. Dem Angekl. kann nicht nachgewiesen werden, dass er sich [...] vermummte, um die Feststellung seiner Identität zu verhindern. Er war freizusprechen. [...]

Mitgeteilt von RA *Christian Friedrich*, Leipzig.

Anm. d. Red.: Das OLG Dresden hat mit Urt. v. 15.01.2021 (1 OLG 25 Ss 474/20) die Revision d. StA verworfen.

Europäisches und Internationales

Begründungstiefe bei Entscheidungen über Anordnung und Fortdauer der U-Haft

EMRK Art. 5 Abs. 3

Entscheidungen über die Anordnung und Fortdauer von U-Haft dürfen nicht nur stereotyp und abstrakt begründet sein, sondern müssen die Gründe für den Freiheitsentzug überzeugend darlegen und insbesondere auf Argumente, die zur Verteidigung des Beschuldigten vorgebracht wurden, konkret eingehen.

EGMR, 4. Sektion, Urt. v. 09.02.2021 – 73329/16 (Hasselbaink *J.* Niederlande) – n.r.

Anm. d. Red.: S. zudem die Parallellentsch. *EGMR*, Urt. v. 09.02.2021 – 10982/15 (Maassen *J.* Niederlande) und v. 09.02.2021 – 69491/16 (Zohlandt *J.* Niederlande). Zur Begründungstiefe und zur Notwendigkeit einer Beweiswürdigung im Haftbefehl s. OLG Düsseldorf StV 1991, 521 m. Anm. *Schlothauer*; SSW-StPO/Herrmann, 4. Aufl. 2020, § 112 Rn. 14 ff., 27 ff.

Fortdauer der U-Haft nach erstinstanzlichem Freispruch

EMRK Art. 5 Abs. 1 lit. c

Die Fortdauer von U-Haft nach erstinstanzlichem Freispruch lässt sich nicht auf Art. 5 Abs. 1 lit. c Alt. 1 EMRK stützen. Um die Anwesenheit des Beschuldigten während eines Rechtsmittelverfahrens zu gewährleisten, sind weniger einschneidende Alternativen zum Freiheitsentzug zu nutzen.

EGMR, 3. Sektion, Urt. v. 06.10.2020 – 60202/15 (I.S. *J.* Schweiz)

Anm. d. Red.: Zur Reichweite der Sperrwirkung des § 120 Abs. 1 S. 2 StPO gegen den Erlass eines neuen Haftbefehls KG StV 1986, 539 m. Anm. *Eisenberg*.

Untersuchungspflicht bei Vorwurf rassistisch motivierter Polizeigewalt

EMRK Art. 1, 3

Erhebt eine Person in vertretbarer Weise den Vorwurf, sie sei seitens der Polizei oder anderer Amtsträger einer mit Art. 3 EMRK unvereinbaren Behandlung unterworfen worden, so besteht eine aus Art. 3 i.V.m. Art. 1 EMRK folgende Verpflichtung des betreffenden Staates, diesen Vorwurf in effektiver Weise zu untersuchen.

EGMR, 3. Sektion, Urt. v. 01.09.2020 – 20649/18 (R.R. und R.D. *J.* Slowakei)

Anm. d. Red.: Bestätigung und Fortführung von *EGMR StV* 2013, 129 (El-Masri *J.* Nordmazedonien) m. Anm. *Ambos*, hier bezogen auf den Verdacht, es sei während einer Polizeimaßnahme gegen einen Angehörigen der Roma zu einer rassistisch motivierten Gewaltausübung gekommen.

Zeugnisverweigerungsrecht von Medienmitarbeitern

EMRK Art. 10

Die Durchbrechung des Zeugnisverweigerungsrechts von Medienmitarbeitern aufgrund eines zwingenden öffentlichen Interesses erfordert stets eine Einzelfallprüfung; das Vorliegen einer Katalogtat reicht für sich genommen nicht aus.

EGMR, 3. Sektion, Ur t. v. 06.10.2020 – 35449/14 (Jecker ./ Schweiz)

Anm. d. Red.: Zum Streit, ob die Subsidiaritätsklausel in § 53 Abs. 2 S. 2 StPO auch bei Verbrechen anwendbar ist, s. HK-StPO/ Gercke § 53 Rn. 35 m.w.N.

Internetzugang im U-Haft-Vollzug

EMRK Art. 10

Es verstößt gegen die Meinungs- und Informationsfreiheit (Art. 10 EMRK), wenn einem U-Gefangenen (hier: einem Anwalt) spezifisch der Zugang zu Internetseiten von Gerichten und Verkündungsblättern verwehrt wird, obwohl der Zugang zu juristischen Internetseiten im Strafvollzug im Übrigen gewährleistet wird.

EGMR, 2. Sektion, Ur t. v. 09.02.2021 – 68550/17 (Ramazan Demir ./ Türkei) – n.r.

Anm. d. Red.: Zur Gewährung des Internetzugangs im Strafvollzug s. *Esser* NStZ 2018, 121.

Konfrontationsrecht

EMRK Art. 6 Abs. 1, Abs. 3 lit. d

Einem Beschuldigten ist grundsätzlich eine angemessene und ausreichende Möglichkeit einzuräumen, belastende Zeugenaussagen anzugreifen und deren Urheber entweder im Zuge der Aussage oder zu einem späteren Zeitpunkt zu befragen. Dieses Konfrontationsrecht darf nicht davon abhängig gemacht werden, dass ein konkretes Interesse an der Befragung des Belastungszeugen vorab zu substantiieren ist.

EGMR, 4. Sektion, Ur t. v. 19.01.2021 – 2205/16 (Keskin ./ Niederlande) – n.r.

Anm. d. Red.: Fortführung und Ergänzung zu *EGMR StV* 2017, 213 (Schatschaschwili ./ Deutschland).

Verhältnismäßigkeit eines Europäischen Haftbefehls

GrCh Art. 47; RB 2002/584/JI Art. 6 Abs. 1, Art. 8 Abs. 1 Buchst. c

1. Ein Europäischer Haftbefehl darf nur auf Grundlage eines nationalen Haftbefehls oder einer anderen vollstreckbaren justiziellen Entscheidung mit gleicher Rechtswirkung erlassen werden. Dies sind Entscheidungen, die als justizielle Zwangsmaßnahmen die Festnahme einer Person ermöglichen sollen, um sie zwecks Vornahme strafverfahrensrechtlicher Handlungen einem Richter vorzuführen.

2. Das System des Europäischen Haftbefehls enthält einen zweistufigen Schutz der Verfahrens- und Grundrechte. Zum gerichtlichen Schutz bei Erlass einer nationalen Entscheidung wie eines nationalen Haftbefehls (erste Stufe) tritt die – hiervon getrennte – Überprüfung durch die ausstellende Justizbehörde bei Erlass des Europäischen Haftbefehls (zweite Stufe) hinzu, ob die für die Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls erforderlichen Voraussetzungen gegeben sind und die Ausstellung verhältnismäßig ist.

3. Die ausstellende Justizbehörde hat die Verhältnismäßigkeit der Ausstellung eines Europäischen Haftbefehls unter Berücksichtigung aller be- und entlastenden Gesichtspunkte in objektiver Weise zu prüfen. Sie darf bei dieser Prüfung nicht Gefahr laufen, externen Weisungen, insbesondere seitens der Exekutive, unterworfen zu sein.

4. Sobald die gesuchte Person festgenommen und an den Ausstellungsmitgliedstaat übergeben wurde, sind die Rechtswirkungen eines Europäischen Haftbefehls grundsätzlich erschöpft. Ein Europäischer Haftbefehl ist keine Grundlage für die Inhaftierung der gesuchten Person im Ausstellungsmitgliedstaat. Selbst wenn ein Europäischer Haftbefehl rechtswidrig erlassen worden ist, richtet sich die Rechtmäßigkeit der Haft im Ausstellungsstaat allein nach dessen Recht.

EuGH, 3. Kammer, Ur t. v. 13.01.2021 – C-414/20 PPU

Einziehung bei gutgläubigem Dritten

GrCh Art. 17 Abs. 1, 47 Abs. 1, 2; RB 2005/212/JI Art. 2 Abs. 1, Art. 4; RL 2014/42 Art. 2 Nr. 4

1. Die Einziehung bei einem gutgläubigen Dritten, der nicht wusste und nicht wissen konnte, dass sein Vermögensgegenstand für die Begehung einer Straftat verwendet wurde, stellt im Hinblick auf den verfolgten Zweck einen unverhältnismäßigen und untragbaren Eingriff dar, der dessen Eigentumsrecht in seinem Wesensgehalt antastet.

2. Das Recht auf einen wirksamen Rechtsbehelf nach Art. 47 Abs. 1 und 2 GrCh bedeutet insbesondere, dass ein Dritter, zu dessen Vermögen ein von einer Einziehungsmaßnahme betroffener Gegenstand gehört, die Rechtmäßigkeit dieser Maßnahme anfechten können muss, um diesen Vermögensgegenstand wiederzuerlangen, wenn die Einziehung nicht gerechtfertigt ist.

EuGH, 1. Kammer, Ur t. v. 14.01.2021 – C-393/19

Anm. d. Red.: Ein weiteres Vorabentscheidungsersuchen zum Gutgläubensschutz bei Einziehung ist beim EuGH unter der Rs. C-505/20 anhängig.

Gesamtstrafenbildung: Zäsurwirkung einer EU-ausländischen Verurteilung

StGB § 54; RB 2008/675/JI Art. 3 Abs. 1

Eine EU-ausländische Verurteilung bewirkt eine Zäsur, so dass für vor und nach dieser Verurteilung begangene Taten zwei Gesamtstrafen festzusetzen sind. Die fehlende Möglichkeit, eine Gesamtstrafe mit dieser EU-ausländischen Strafe zu bilden, ist durch eine Bezifferung dieses Nachteils bei der Bemessung der betreffenden Gesamtstrafe auszugleichen.

BGH, Beschl. v. 12.01.2021 – 1 StR 404/20 (LG Cottbus)

Anm. d. Red.: Zur Berücksichtigung an sich gesamtstrafenfähiger EU-ausländischer Strafen s. BGH StV-S 2021, 13 und 15.

Einverständnis mit vereinfachter Auslieferung

IRG §§ 40 Abs. 2, 41; RB 2002/584/JI Art. 13 Abs. 2

1. Das OLG hat die Wirksamkeit der Erklärung des Verfolgten zu überprüfen, mit der er sich nach § 41 IRG mit seiner vereinfachten Auslieferung einverstanden erklärt.

2. Das gegenüber dem Ermittlungsrichter erklärte Einverständnis eines Verfolgten mit seiner vereinfachten Auslieferung nach § 41 IRG ist unwirksam, wenn er vor Abgabe dieser Erklärung nicht die Möglichkeit hatte, sich mit dem ihm nach § 40 Abs. 2 IRG bestellten Rechtsbeistand zu beraten.

OLG Bamberg, Beschl. v. 18.12.2020 – 1 Ausl AR 55/20

Aus den Gründen: I. Der sich zu diesem Zeitpunkt in anderer Sache in Strafhaft befindende Verfolgte wurde aufgrund eines Fahndungersuchens der luxemburgischen Behörden dem *Ermittlungsrichter* des AG vorgeführt. Der *Ermittlungsrichter* hat auf Antrag der GStA eine Festhalteanordnung gem. § 22 Abs. 3 S. 2 IRG erlassen und ihm einen RA als Beistand beigeordnet. Bei seiner Anhörung durch den *Ermittlungsrichter* bestritt der Verfolgte die ihm zur Last liegenden Tatvorwürfe. Er erklärte sich, ohne dass sein bestellter Rechtsbeistand zu diesem Moment anwesend gewesen wäre oder dass er Gelegenheit zur Rücksprache mit diesem gehabt hatte, mit seiner vereinfachten Auslieferung einverstanden und verzichtete auf die Einhaltung des Spezialitätsgrundsatzes. [...]

III. Dem Antrag der GStA festzustellen, dass die vereinfachte Auslieferung des Verfolgten zulässig ist (eine entspr. Entscheidung ist erst seit dem Urt. des *EuGH* v. 24.11.2020 in der Rechtssache C-519/19 veranlasst), kann hingegen derzeit nicht entsprochen werden, da dessen Erklärung vor dem *Ermittlungsrichter*, in der er sich mit seiner vereinfachten Auslieferung einverstanden erklärte, durch die Art und Weise ihres Zustandekommens unwirksam ist, nachdem er keine Möglichkeit hatte, sich vor Abgabe der Erklärung mit seinem Rechtsbeistand zu besprechen.

a) Nach obergerichtlicher Rspr. kann der Verzicht auf die Beachtung des Spezialitätsgrundsatzes [...] unwirksam sein, wenn der Antrag des Verfolgten auf Hinzuziehung eines anwaltlichen Rechtsbeistands übergangen wurde (vgl. *OLG Stuttgart*, Beschl. v. 21.08.2002 – 3 Ausl 33/02 [= StV 2003, 95]). Dies muss umso mehr gelten, wenn das Gericht die Notwendigkeit einer Hinzuziehung anwaltlichen Rechtsbeistands erkennt, diesen auch bestellt, dann aber zum weiteren Verfahren, in welchem dann die Einverständniserklärung mit der vereinfachten Auslieferung erfolgt, nicht hinzuzieht.

b) Weiter entspricht es ständiger und gefestigter höchstrichterlicher Rspr., dass ein Rechtsmittelverzicht nach § 302 Abs. 1 StPO, der ebenfalls eine unwiderrufliche Prozesshandlung darstellt, dann unwirksam sein kann, wenn durch das Gericht einem Angekl. vor Erklärung eines Rechtsmittelverzichts keine Gelegenheit gegeben wurde, sich mit seinem Verteidiger zu besprechen, oder der Verteidiger keine Gelegenheit erhalten hatte, seinen Mandanten zu beraten (vgl. zuletzt *BGH*, Beschl. v. 07.03.2017 – 3 StR 545/16, juris und schon 21.04.1999 – 5 StR 714/98 = *BGHSt* 45, 51 = StV 1999, 412; Meyer-Goßner/*Schmitt*-StPO, 63. Aufl. [2020], § 302 Rn. 25 m.w.N.).

Sinn und Zweck dieser Rspr. sind auch auf das Auslieferungsverfahren zu übertragen.

Bei der Einverständniserklärung mit der vereinfachten Auslieferung handelt es sich, ebenso wie beim Rechtsmittelverzicht nach § 302 Abs. 1 StPO, um eine unbedingte und unwiderrufliche (§ 41 Abs. 3 IRG) Prozesshandlung. Beide Erklärungen sind dadurch geprägt, dass der Betr. auf die weitere gerichtliche Nachprüfung einer entweder ergangenen oder in Form der Auslieferung zu erwartenden Entscheidung verzichtet, obwohl ihm hierzu nach den gesetzlichen Vorschriften das Recht zugestanden hätte.

Es ist in diesem Zshg. zu beachten, dass der Gesetzgeber seit der Neufassung des § 40 IRG (BGBl. I 2019, 2128), die auf einer europarechtlichen Verpflichtung beruht, in § 40 Abs. 2 IRG die Notwendigkeit der Bestellung eines Rechtsbeistands vorsieht. Damit verfolgt er erkennbar das Ziel, dass die Abgabe der Einverständniserklärung durch den Verfolgten freiwillig erfolgt und dieser sich bei Abgabe seiner Einverständniserklärung der sich daraus ergebenden Folgen bewusst ist (vgl. auch Art. 13 Abs. 2 RB 2002/584/JI [EuHB]). Es wäre widersprüchlich und würde die so begründete Notwendigkeit der Bestellung eines Rechtsbeistands für das Auslieferungsverfahren konterkarieren, wenn der Verfolgte ohne die tatsächliche Möglichkeit vorheriger Beratung durch den Rechtsbeistand wirksam auf wesentliche Verfahrensrechte verzichten könnte.

c) Exakt diese Fallkonstellation ist im vorliegenden Fall gegeben. Zwar wurde dem Verfolgten zu Beginn seiner Anhörung vor dem *Ermittlungsrichter* des AG ein RA als Rechtsbeistand bestellt, dieser wurde jedoch zur weiteren Anhörung nicht hinzugezogen, in deren Verlauf sich der Verfolgte mit der vereinfachten Auslieferung und dem Verzicht auf die Einhaltung des Spezialitätsgrundsatzes einverstanden erklärt hat. Dieser hatte somit, was aber gerade der Sinn der Bestellung des Pflichtbeistands war, gerade keine Gelegenheit, sich mit einer rechtskundigen Person über die Konsequenzen seiner verfahrensrechtlichen Erklärung zu besprechen.

Mitgeteilt vom 1. Strafsenat des *OLG Bamberg*.

Schnittstellen zum öffentlichen Recht

Widerstand gegen den Vollzug rechtswidrigen polizeirechtlichen Gewahrsams

StGB §§ 113 Abs. 3, 114 Abs. 3; StPO §§ 158 Abs. 2, 406 Abs. 1 S. 3; BGB § 253 Abs. 3

1. Eine Tat ist nicht als Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte strafbar, wenn sich diese gegen eine rechtswidrige Ingewahrsamnahme nach polizeirechtlichen Vorschriften richtet.

2. Ein Strafantrag setzt grundsätzlich die Unterschrift des Antragstellers voraus.

3. Die Feststellung einer Verpflichtung zum Ersatz künftiger immaterieller Schäden setzt eine einzelfallbezogene

Begründung voraus, aus der sich ergibt, dass künftig immaterielle Schäden, die nicht bereits von dem Ausspruch über die Verurteilung des Angeklagten zur Zahlung eines Schmerzensgelds umfasst sind, wahrscheinlich entstehen werden.

BGH, Beschl. v. 06.10.2020 – 4 StR 168/20 (LG Bielefeld)

Aus den Gründen: [3] **1.** Während der Schuld- und Strafausspruch i.Ü. keinen sachlich-rechtlichen Rechtsfehler zum Nachteil des Angekl. aufweist, hält seine Verurteilung im Fall II. 2. g) wegen tätlichen Angriffs auf Vollstreckungsbeamte in Tateinheit mit Körperverletzung sowie wegen Beleidigung rechtlicher Prüfung nicht stand.

[4] Nach den insoweit getroffenen Feststellungen des LG geriet der Angekl. auf einem Platz in B. in eine Auseinandersetzung und wurde daraufhin von Polizeibeamten zur Verhinderung von Straftaten dem Zentralen Polizeigewahrsam des Polizeipräsidiums zugeführt. Dort kam er der Aufforderung, sein Mobiltelefon auszuhändigen, nicht nach und beschimpfte einen der Polizeibeamten u.a. als »Nazi«. Im Anschluss daran wehrte sich der Angekl. gegen den Versuch, ihn vom Aufnahmeaum in die Gewahrsamszelle zu verbringen, und trat kräftig und gezielt gegen die Beine der Polizeibeamten, wodurch einer von diesen Verletzungen erlitt.

[5] **a)** Der (tatmehrheitlichen) Verurteilung wegen Beleidigung steht ein Verfahrenshindernis entgegen. Das Verfahren ist deshalb insoweit einzustellen.

[6] Es fehlt an dem nach § 194 Abs. 1 S. 1 StGB, § 158 Abs. 2 StPO erforderlichen schriftlichen Strafantrag des Verletzten. Das Schriftformerfordernis des § 158 Abs. 2 StPO verlangt grds. die Unterschrift des Ast. (vgl. BGH, Beschl. v. 06.11.2019 – 4 StR 392/19, Rn. 2 m.w.N.). In der von PHK R. am 13.01.2019 aufgenommenen Strafanzeige findet sich zwar unterhalb der Angabe der Personalien des geschädigten Polizeibeamten der formularmäßige Vermerk »Ich stelle Strafantrag«; eine Unterschrift des Verletzten ist indes nicht beigelegt. Ein Fall, in dem eine Lockerung des Erfordernisses einer eigenhändigen Unterzeichnung des Strafantrags in Betracht kommt (vgl. RGSt 71, 358; Meyer-Goßner/Schmitt-StPO, 63. Aufl. 2020, § 158 Rn. 11 m.w.N.; MüKo-StPO/Kölbl, 1. Aufl. 2016, § 158 Rn. 44), liegt nicht vor.

[7] **b)** Soweit das LG den Angekl. in diesem Fall wegen tateinheitlich mit einer Körperverletzung begangenen tätlichen Angriffs auf Vollstreckungsbeamte (§ 114 StGB) verurteilt hat, liegt ein Darlegungsmangel vor, weil die StrK keine Feststellungen zur Rechtmäßigkeit der Ingewahrsamnahme des Angekl. getroffen hat.

[8] Eine Ingewahrsamnahme nach polizeirechtlichen Vorschriften ist eine Vollstreckungshandlung i.S.v. § 114 Abs. 3 StGB. Hierunter fällt jede Handlung einer dazu berufenen Person, welche die notfalls zwangsweise durchsetzbare Verwirklichung des im Einzelfall bereits konkretisierten Staatswillens bezweckt (vgl. BGH, Beschl. v. 11.06.2020 – 5 StR 157/20, NJW 2020, 2347; Urt. v. 06.05.1982 – 4 StR 127/82, NStZ 1982, 328, jew. m.w.N.). Dies ist bei dem Vollzug eines polizeirechtlichen Gewahrsams der Fall. Infolgedessen ist nach § 114 Abs. 3 StGB die Vorschrift des § 113 Abs. 3 StGB entspr. anwendbar, wonach die Tat nicht als Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte strafbar ist, wenn die Diensthandlung nicht rechtmäßig ist.

[9] Das LG hat nur festgestellt, dass der Angekl. in den frühen Morgenstunden des Tattages »in eine Auseinandersetzung« geraten

war und »infolgedessen« durch Polizeibeamte zur Verhinderung von Straftaten dem Zentralen Polizeigewahrsam des Polizeipräsidiums B. zugeführt wurde. Feststellungen zu den Hintergründen, die eine Prüfung ermöglichen, ob die Voraussetzungen des Gewahrsams nach § 35 Abs. 1 Nr. 2 PolG NRW vorgelegen haben, hat das LG nicht getroffen. Mit der Frage hat es sich auch an anderer Stelle des Urt. nicht befasst. [...]

[12] **2.** Schließlich weist auch die Adhäsionsentscheidung durchgreifende Rechtsfehler auf.

[13] **a)** Soweit festgestellt ist, dass der Angekl. zum Ersatz künftiger immaterieller Schäden verpflichtet ist, mangelt es an einer Begründung eines entspr. Feststellungsinteresses. Nach der Rspr. des BGH setzt ein derartiger Ausspruch eine einzelfallbezogene Begründung voraus, aus der sich ergibt, dass künftig immaterielle Schäden, die nicht bereits von dem Ausspruch über die Verurteilung des Angekl. zur Zahlung der Schmerzensgeldbeträge umfasst sind, wahrscheinlich entstehen werden (vgl. Urt. v. 22.10.2019 – 2 StR 397/19). Eine solche Begründung kann den Urteilsgründen, die insoweit lediglich pauschal auf die »andauernden psychischen Folgen der Tat« abstellen, nicht entnommen werden. Der Adhäsionsausspruch hat insoweit zu entfallen (§ 406 Abs. 1 S. 3 StPO). [...]

Anm. d. Red.: Zum Feststellungsinteresse beim Adhäsionsausspruch s. auch BGH StV-S 2021, 24.

Hausfriedensbruch bei Verstoß gegen ein bundesweites Stadionverbot

StGB § 123; StPO § 267

1. Das Revisionsgericht muss überprüfen können, ob ein für den Tattag und den Tatort wirksam ausgesprochenes bundesweites Stadionverbot vorlag oder das darin zu sehende Hausverbot womöglich unwirksam war. Das Tatgericht muss daher Feststellungen zu den Voraussetzungen der »Richtlinien zur einheitlichen Behandlung von Stadionverboten« des DFB treffen.

2. Kein bundesweit wirksames Stadionverbot liegt vor, wenn der aussprechende Verein, der DFB oder der Liga-Verband hierzu nicht bevollmächtigt war, keine anlassbezogene Hausrechtsübertragung vorlag oder das bundesweite Stadionverbot von einer unzuständigen Stelle ausgesprochen wurde.

OLG Hamm, Beschl. v. 21.07.2020 – 4 RVs 83/20

Mitgeteilt von RAin Lisa Grüter, Dortmund.

Aufnahme von Lichtbildern zum Abgleich mit Tatvideos

StPO § 81b Var. 1, 2

1. Die Aufnahme von Lichtbildern des Beschuldigten zum Abgleich mit Tatvideos kommt nur in Betracht, wenn den Ermittlungsbehörden bereits derartige Tatvideos, auf denen der Beschuldigte möglicherweise zu sehen ist, vorliegen oder zumindest eine hohe Wahrscheinlichkeit dafür spricht, dass derartige Videos aufgefunden werden.

2. Die Fertigung von Lichtbildern im unbedeckten Zustand verleiht dem Eingriff einige Erheblichkeit und darf auch in-

soweit nicht außer Verhältnis zum Gewicht des öffentlichen Strafverfolgungsinteresses stehen.

LG Wuppertal, Beschl. v. 12.01.2021 – 24 Qs 10/20

Strafrecht und Digitalisierung

Zugriff auf »ruhende« E-Mails; Einziehung bei Marktmanipulation

StPO § 100a Abs. 1 S. 1; StGB § 73 Abs. 1

1. § 100a Abs. 1 S. 1 StPO erlaubt den Zugriff auf beim Provider zwischen- oder endgespeicherte (»ruhende«) E-Mails. (amtl. Leitsatz)

2. In Fällen informations- und handlungsgestützter Marktmanipulationen ist erlangtes Etwas i.S.d. § 73 Abs. 1 StGB die infolge der strafbaren Einwirkung auf den Aktienpreis eingetretene Wertsteigerung der gehaltenen Aktien; in Fällen handelsgestützter Marktmanipulationen ist dies der gesamte durch den Täter erzielte Erlös aus den Aktienverkäufen.

BGH, Beschl. v. 14.10.2020 – 5 StR 229/19 (LG Hamburg)

Aus den Gründen: [1] Das LG hat die Angekl. wegen Marktmanipulation in fünf Fällen zu Gesamtfreiheitsstrafen von 4 J. (B.) und 3 J. (P.) verurteilt. Zudem hat es Einziehungsanordnungen gegen den Angekl. B. und die Einziehungsbeteiligten getroffen. Die auf die Verletzung formellen und materiellen Rechts gestützte Revision des Angekl. B. und die mit der Sachrüge geführten Rechtsmittel der Einziehungsbeteiligten I. B. UG, X. G. GmbH und B. führen zu der aus der Beschlussformel ersichtlichen Änderung der Einziehungsentscheidungen. [...]

[2] **1.** Die – dem Grunde nach rechtsfehlerfreien – Einziehungsanordnungen nach §§ 73 ff. StGB halten der rechtlichen Nachprüfung nicht in vollem Umfang stand, weil das LG das erlangte Etwas i.S.d. § 73 Abs. 1 StGB bei – wie den hier abgeurteilten – Straftaten der Marktmanipulation nach § 38 Abs. 2 Nr. 1, § 39 Abs. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2 Nr. 11, § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3 WpHG a.F. nicht zutr. bestimmt hat.

[3] **a)** Vermögensvorteile sind i.S.v. § 73 Abs. 1 StGB und § 73b Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StGB »durch« die rechtswidrige Tat erlangt, wenn sie dem Tatbeteiligten (§ 73 Abs. 1 StGB) oder Drittbegünstigten (§ 73b Abs. 1 StGB) aufgrund der Verwirklichung des Tatbestandes in irgendeiner Phase des Tatablaus zufließen (st. Rspr.; vgl. BGH, Urt. v. 07.03.2019 – 5 StR 569/18, NStZ 2019, 272). Zwischen der Tat und dem Erlangen des einzuziehenden Etwas muss mithin ein Kausalzusammenhang bestehen (BT-Drs. 18/11640, 78). Notwendig, aber auch ausreichend ist, dass die rechtswidrige Tat im materiellen Sinn (§ 11 Abs. 1 Nr. 5 StGB) nicht hinweggedacht werden kann, ohne dass die strafrechtswidrige Bereicherung in Form eines messbaren Vermögensvorteils entfiel (vgl. Bittmann/Köhler/Seeger/Tschakert, Handbuch der Vermögensabschöpfung, [2020], Rn. 80). Am erforderlichen Kausalzusammenhang mit der rechtswidrigen Tat fehlt es daher für solche Vermögenswerte, die dem Täter erst durch weitere, nicht tatbestandsmäßige Handlungen oder Rechtsgeschäfte zufließen (vgl. SSW-StGB/Heine, 4. Aufl. [2019], § 73 Rn. 45; AnwK-StGB/Rübenstahl, 3. Aufl. [2020], § 73 Rn. 23 ff.) oder als Ersatzgegenstände i.S.v. § 73 Abs. 3 StGB (vgl. BT-Drs. a.a.O.).

[4] **b)** Für Fälle strafbarer Marktmanipulationen ist zur Bestimmung des erlangten Etwas i.S.d. § 73 Abs. 1 StGB deshalb – ausgehend von der jew. verwirklichten Tatbestandsvariante – zu prüfen, ob die Tat ursächlich für einen messbaren Vermögenszufluss bei einem Tatbeteiligten oder Dritten gewesen ist. Danach ist wie folgt zu differenzieren:

[5] **aa)** In Fällen informations- und handlungsgestützter Marktmanipulationen (§ 38 Abs. 2 Nr. 1, § 39 Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 11, § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3 WpHG a.F.) ist für die Einziehung nach §§ 73 ff. StGB die infolge der strafbaren Einwirkung auf den Aktienpreis eingetretene Wertsteigerung der gehaltenen Aktien maßgebend. Denn die betr. Tathandlung ist ursächlich für einen messbaren Vermögenszufluss in Form des infolge der Manipulation höheren Wertes der Aktien bei dem Täter. Hinsichtlich des Erlöses aus dem nachfolgenden Verkauf der Aktien fehlt es hingegen an dem erforderlichen Kausalzusammenhang mit der rechtswidrigen Tat. Denn der Vermögenszufluss wird hier erst durch den insofern nicht tatbestandlichen Aktienverkauf vermittelt (i.E. ebenso Trüg in: Achenbach/Ransiek/Rönnau [Hg.], Handbuch des Wirtschaftsstrafrechts, 5. Aufl. [2019], S. 1454 f.; Rönnau/Wegner in Meyer/Veil/Rönnau [Hg.], [Handbuch zum] Marktmissbrauchsrecht, [2018], § 28 Rn. 160, 162 [anders bei einem tateinheitlichen Zusammentreffen mit einem Insiderdelikt]; vgl. zum früheren Recht BGH, Beschl. v. 25.02.2016 – 3 StR 142/15 Rn. 33 [= StV 2017, 110]). Die Höhe der Wertsteigerung und damit des Einziehungsumfangs kann regelmäßig nach dem Veräußerungsgewinn bestimmt werden.

[6] **bb)** In Fällen handelsgestützter Marktmanipulationen (§ 38 Abs. 2 Nr. 1, § 39 Abs. 1 Nr. 1, § 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 WpHG a.F.) unterliegt der gesamte Erlös aus den Aktienverkäufen durch den Täter der Einziehung nach §§ 73 ff. StGB. Denn der Zufluss des Verkaufserlöses im Vermögen des Tatbeteiligten oder Drittbegünstigten beruht hier ursächlich auf der strafbewehrten Manipulationshandlung in Form eines abgesprochenen Eigenverkaufs, ohne dass es einer weiteren – nicht tatbestandlichen – vermittelnden Handlung bedarf. Die rechtswidrige Tat kann in diesen Fällen mithin nicht hinweggedacht werden, ohne dass die strafrechtswidrige Bereicherung entfiel. Die Erwerbskosten für die – wie hier plangemäß – später verkauften Aktien bleiben außer Betracht, weil sie für Vorbereitung der handelsgestützten Marktmanipulation aufgewendet werden und deshalb dem Abzugsverbot des § 73d Abs. 1 S. 2 StGB unterfallen (so i.E. schon zum früheren Recht BGH, Urt. v. 27.11.2013 – 3 StR 5/13, BGHS 59, 80 [92, Rn. 28 ff.] [= StV 2014, 691], i.E. ebenso Trüg, a.a.O. S. 1454; Rönnau/Wegner, a.a.O. [Rn.] 161; weitergehend möglicherweise Heine, a.a.O.; LK-StGB/Lohse, 13. Aufl. [2020], § 73 Rn. 39).

[7] **cc)** Einer differenzierenden rechtlichen Bewertung im beschriebenen Sinne steht auch der Wille des Gesetzgebers nicht entgegen. Zwar weist das LG zutr. darauf hin, dass die Erwerbskosten für Aktien, die Gegenstand einer vorsätzlichen Marktmanipulation sind, dann dem Abzugsverbot des § 73d Abs. 1 S. 1 StGB unterfallen, wenn es sich hierbei um bewusste Investitionen in Verbotenes handelt. Dies gilt indes nur bei handelsgestützten Marktmanipulationen. Um eine solche handelt es sich bei der in den Gesetzesmaterialien zit. Entscheidung des BGH (a.a.O.; vgl. BT-Drs. 18/9525, 68).

[8] **c)** Gemessen an diesen Maßstäben haben die getroffenen Einziehungsanordnungen nur tlw. Bestand. Denn das *LG* ist davon ausgegangen, dass bei Straftaten der Marktmanipulation in allen Var. der gesamte Erlös aus den Aktienverkäufen als Tatertrag i.S.d. § 73 Abs. 1 StGB anzusehen ist. Handelsgestützte Marktmanipulationen in Form von abgesprochenen Eigengeschäften (§ 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 WpHG) hat es indes nur in einem Tatkomplex festgestellt. I.Ü. hat es die Handlungen der Angekl. rechtlich zutr. als informations- und handlungsgestützte Marktmanipulationen (§ 20a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 3 WpHG) gewertet. Insoweit wäre aber die infolge der strafbaren Einwirkung auf den Aktienpreis eingetretene Wertsteigerung der Aktien maßgebend gewesen.

[9] **2.** Der *Senat* schließt aus, dass in einer neuen Hauptverhandlung weitergehende Feststellungen getroffen werden könnten. Er kann die Taterträge auf Grundlage der auch insoweit sorgfältigen Urteilsfeststellungen zu den Erwerbskosten, Verkaufserlösen sowie zum Gewinn und zur Kursentwicklung selbst bestimmen und ändert die Einziehungsanordnungen in entspr. Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO. Auf die nicht revidierende Einziehungsbeteiligte N. B. mbH ist die Entscheidung entspr. § 357 S. 1 StPO zu erstrecken (vgl. Meyer-Goßner/*Schmitt*-StPO, 63. Aufl. [2020], § 357 Rn. 2). [...]

[11] **a)** Soweit der Bf. beanstandet, das *LG* habe rechtsfehlerhaft Erkenntnisse aus Telekommunikationsmaßnahmen verwertet, obwohl es am Tatverdacht für eine Katalogtat nach § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. n StPO a.F. gefehlt habe, teilt der *Senat* die Bedenken des GBA gegen die Zulässigkeit der Rüge (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO). Denn der Bf. hat außer dem vom GBA bezeichneten Beschl. v. 09.04.2018 auch die in einem in der Revisionsbegründung mitgeteilten Verteidigungsschriftsatz erwähnten »Fragebögen« nicht vorgelegt, mit denen die Aktienkäufer von den Strafverfolgungsbehörden befragt wurden. Mit Blick auf die der Anordnung nach § 100a Abs. 1 StPO a.F. zugrundeliegende Katalogtat eines banden- und gewerbsmäßigen Betrugens wäre dies aber für die Überprüfung des Vorliegens der Anordnungsvoraussetzungen erforderlich gewesen.

[12] Die Rüge ist aber jedenfalls unbegründet. Denn das *LG* hat sich in mehreren Beschl. sorgfältig mit der Frage des Vorliegens eines Anfangsverdachts für die genannte Katalogtat nach § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. n StPO [a.F.] auseinandergesetzt. Insb. hat es zutr. darauf hingewiesen, dass die für die Verwirklichung des Betrugstatbestandes erforderliche Stoffgleichheit im börslichen Aktienhandel dann gegeben sein kann, wenn – wie hier – der Täter kurz vor der Manipulation eine limitierte Order in den Markt legt (vgl. *Schröder/Poller* in: Schröder [Hg.], [Handbuch] Kapitalmarktstrafrecht, [4. Aufl. 2020], Kap. 3 Rn. 633). Eingedenk des nur eingeschränkten Überprüfungsmaßstabes (vgl. hierzu *BGH*, Urt. v. 16.02.1995 – 4 StR 729/94, *BGHSt* 41, 30 [34] [= StV 1995, 226]) ist es daher rechtlich nicht zu beanstanden, dass das *LG* die Erkenntnisse aus der betr. TKÜ verwertet hat.

[13] **b)** Soweit der Bf. rügt, das *LG* habe rechtswidrig bei seinem Provider gespeicherte E-Mails verwertet, die bereits vor der Anordnung der Überwachung des betr. E-Mails-Accounts nach § 100a Abs. 1 StPO a.F. versandt worden seien, dringt er nicht durch.

[14] Es kann dahinstehen, ob die Rüge bereits unzulässig ist, weil der Bf. weder den im Eröffnungsbeschl. insofern in Bezug genommenen Beschl. v. 09.04.2018 noch die in dem in der Revisionsbegründungsschrift vorgelegten polizeilichen Vermerk über die »Auswertung älterer E-Mail-Korrespondenz« genannten »TKÜ-Auswertevermerke« mitteilt (§ 344 Abs. 2 S. 2 StPO). Denn sie ist – ungeachtet der vom Bf. ausgelösten Löschung der E-Mails – jedenfalls unbegründet, da § 100a Abs. 1 S. 1

StPO (der § 100a Abs. 1 StPO a.F. entspricht) eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für den verdeckten Zugriff auf beim Provider gespeicherte (»ruhende«) E-Mails darstellt.

[15] **aa)** Auch bei E-Mails, die nach Kenntnisnahme beim Provider zwischen- oder endgespeichert werden, handelt es sich um Telekommunikation i.S.v. § 100a Abs. 1 S. 1 StPO.

[16] Nach der Rspr. des *BVerfG* muss sich die nähere Auslegung des Begriffs Telekommunikation i.R.d. § 100a StPO auch an dem grundrechtlichen Schutz des Betr. durch Art. 10 Abs. 1 GG orientieren; denn das Fernmeldegeheimnis ist der verfassungsrechtliche Maßstab für die heimliche Überwachung flüchtiger Daten. Dabei ist zu berücksichtigen, dass Art. 10 Abs. 1 GG nicht dem rein technischen Telekommunikationsbegriff des Telekommunikationsgesetzes folgt, sondern an den Grundrechtsträger und dessen Schutzbedürftigkeit aufgrund der Einschaltung Dritter in den Kommunikationsvorgang anknüpft (vgl. Beschl. v. 06.07.2016 – 2 BvR 1454/13, *NJW* 2016, 3508 [3509 Rn. 32]). Die spezifische Gefährdungslage und der Zweck der Freiheitsverbürgung von Art. 10 Abs. 1 GG bestehen aber auch dann weiter, wenn die E-Mails nach Kenntnisnahme durch den Empfänger beim Provider gespeichert bleiben. Durch die Endspeicherung wird der von Art. 10 Abs. 1 GG zuvörderst geschützte Kommunikationsinhalt infolge der Nutzung eines bestimmten Kommunikationsmediums auf einem vom Kommunikationsmittler bereit gestellten Speicherplatz in einer von keinem Kommunikationsteilnehmer beherrschbaren Sphäre abgelegt. Weder bei einer Zwischen- noch bei einer Endspeicherung der E-Mails auf dem Mailserver des Providers ist dessen Tätigkeit beendet; der Provider bleibt vielmehr dauerhaft in die weitere E-Mail-Verwaltung auf seinem Mailserver eingeschaltet. Dies zeigt sich auch daran, dass der Nutzer bei seinem Provider gespeicherte Daten für sich auf einem Bildschirm nur lesbar machen – oder wie hier löschen – kann, indem er eine Internetverbindung zum Mailserver des Providers herstellt (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 16.06.2009 – 2 BvR 902/06, *BVerfGE* 124, 43 [54 ff.] [= StV 2009, 617]).

[17] **bb)** Die TKÜ nach § 100a Abs. 1 S. 1 StPO erfasst auch beim Provider zwischen- oder endgespeicherte (»ruhende«) E-Mails.

[18] **(1)** Bei einem verdeckten Zugriff auf beim Provider gespeicherte E-Mails handelt es sich um Überwachung und Aufzeichnung von Telekommunikation i.S.d. § 100a Abs. 1 S. 1 StPO.

[19] Überwachung und Aufzeichnung von Telekommunikation sind – regelmäßig ohne Wissen des Betr. durchgeführte – Eingriffe der öffentlichen Gewalt in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG, um zur Aufklärung bestimmter schwerwiegender Straftaten oder Ermittlung des Aufenthaltsortes des Besch. insb. Telekommunikationsinhalte zu erfassen (vgl. *BGH*, Urt. v. 08.10.1993 – 2 StR 400/93, *BGHSt* 39, 335 [338] [= StV 1994, 58]; LR-StPO/*Hauck*, 27. Aufl. [2018], § 100a Rn. 14). Die Erfassung von E-Mails, die beim Provider und damit nicht in einer ausschließlich vom betr. Kommunikationsteilnehmer beherrschten Sphäre abgelegt sind, stellt einen solchen Eingriff dar (vgl. *BVerfG* a.a.O.; *Gaede* StV 2009, 96 [100]; *Störing* CR 2009, 475 [478]). Die TKÜ nach § 100a Abs. 1 S. 1 StPO stellt mithin eine ausreichende Ermächtigungsgrundlage für den Zugriff auf beim Provider

gespeicherte E-Mails dar (vgl. MüKo-StPO/Günther, [2014], § 100a Rn. 135 ff. m.w.N.; KK-StPO/Greven, 8. Aufl. [2019], § 94 Rn. 4a; Meyer-Goßner/Schmitt-StPO/Köhler, 63. Aufl. [2020], § 100a Rn. 6b; HK-StPO/Gercke, 6. Aufl. [2019], § 100a Rn. 14; AnwK-StPO/Löffelmann, 2. Aufl. [2010], § 100a Rn. 13; Radtke/Hohmann/Röwer, StPO, [2011], § 100a Rn. 17; BeckOK-StPO/Graf, 37. Ed. [2020], § 100a Rn. 64). Soweit hiergegen eingewandt wird, § 100a StPO »passe« nicht, weil es der auf eine Kooperation mit den Providern ausgerichteten Befugnisnorm an den für den Zugriff auf bei diesen »ruhenden« E-Mails typischen Durchsuchungs- und Beschlagnahmemelementen mangle (vgl. Hauck, a.a.O. Rn. 77; SK-StPO/Wolter/Greco, 5. Aufl. [2016], § 100a Rn. 33; wohl auch KK-StPO/Bruns, 8. Aufl. [2019], § 100a Rn. 20 f.), stellt dies die Anwendung des § 100a Abs. 1 S. 1 StPO nicht in Frage. Zum einen wird der Zugriff auf gespeicherte E-Mails durch die Strafverfolgungsbehörden regelmäßig – wie hier – im Wege einer durch den Provider ermöglichten Ausleitung der Nachrichten und damit in Kooperation mit diesem vollzogen werden (vgl. § 100a Abs. 4 S. 1 StPO). Zum anderen bedarf es für den Zugriff auf gespeicherte E-Mails i.R.d. Überwachung eines bestimmten E-Mail-Accounts gerade keiner Durchsuchung beim Provider.

[20] (2) Dem Zugriff nach § 100a Abs. 1 S. 1 StPO steht nicht entgegen, dass beim Provider gespeicherte E-Mails mit der offenen Maßnahme des § 94 StPO beschlagnahmt werden können (BVerfG a.a.O. S. 58 ff.).

[21] Ebenso wenig wie § 94 StPO von § 100a StPO verdrängt wird (vgl. BVerfG a.a.O. S. 59), wird § 100a StPO von § 94 StPO ausgeschlossen (vgl. Löffelmann, a.a.O.). Vielmehr ergänzen sich die beiden Ermittlungsmaßnahmen. Während die Beschlagnahme (§ 94 StPO) nur als offene Maßnahme zulässig ist (vgl. BGH, Beschl. v. 04.08.2015 – 3 StR 162/15, NStZ 2015, 704 [705]), erlaubt § 100a Abs. 1 S. 1 StPO auch den verdeckten Zugriff auf Telekommunikationsinhalte. Die mit der Heimlichkeit der Maßnahme verbundene gesteigerte Eingriffstiefe korrespondiert mit der im Vergleich zu § 94 StPO deutlich höheren Eingriffsschwelle (vgl. BVerfG a.a.O. S. 62 f.; SSW-StPO/Eschelbach, 4. Aufl. [2019], § 100a Rn. 7; Köhler, a.a.O.).

[22] (3) Der Eingriff nach § 100a Abs. 1 S. 1 StPO ist nicht auf E-Mails beschränkt, die ab dem Zeitpunkt der Anordnung der Maßnahme versandt oder empfangen wurden.

[23] Dies folgt schon daraus, dass beim Provider endgespeicherte – von Art. 10 Abs. 1 GG geschützte – E-Mails grds. ohne Rücksicht auf den Zeitpunkt ihrer Speicherung nach § 94 StPO beschlagnahmt werden dürfen (vgl. BVerfG a.a.O. S. 60, 67). Angesichts der im Vergleich zur Beschlagnahme deutlich strengeren Anforderungen muss dieser Zugriff erst recht mit einer TKÜ nach § 100a Abs. 1 S. 1 StPO zulässig sein (vgl. auch Brunst CR 2009, 591 [592]).

[24] Dies ergibt sich auch im Umkehrschluss aus § 100a Abs. 5 S. 1 Nr. 1 Buchst. b StPO, wonach eine solche zeitliche Einschränkung nur für die sogenannte Quellen-TKÜ (§ 100a Abs. 1 S. 2 und 3 StPO) gilt. Diese Unterscheidung findet ihre materielle Rechtfertigung darin, dass bei der Quellen-TKÜ – anders als bei der herkömmlichen TKÜ – informationstechnische Systeme des Betr. infiltriert werden, womit die Gefahr einer Ermittlung von Persönlichkeitsprofilen einhergeht (vgl. BVerfG, Urt. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370, 595/07, BVerfGE 120, 274 [308 f.]

[= StV 2008, 169 (Ls.)). Aufgrund dieser Nähe zu einer Online-Durchsuchung hat der Gesetzgeber für die Quellen-TKÜ besondere Zugriffsanforderungen aufgestellt und ein Verbot für rückwirkende Zugriffe festgelegt; für die herkömmliche TKÜ nach § 100a Abs. 1 S. 1 StPO hat er hingegen keine entspr. Regelungen getroffen (vgl. BT-Drs. 18/12785, 50, 53; Köhler, a.a.O. Rn. 6c; a.A. Grözinger GA 2019, 441 [451, 454]).

[25] Das Ergebnis steht schließlich auch im Einklang mit der Rspr. des BGH zum Zugriff auf Nachrichten, die (abrufbereit) auf einer Mailbox gespeichert sind. Auch insofern hat der BGH entschieden, dass es sich bei dem Zugriff auf die Mailbox um eine Überwachung der Telekommunikation handelt (vgl. Urt. v. 14.03.2003 – 2 StR 341/02, NJW 2003, 2034 [2035] [= StV 2003, 370]; Beschl. v. 31.07.1995 – 2 BJs 94/94-6, NJW 1997, 1934 [1935] [= StV 1997, 398]).

[26] (4) Die Erfassung der betr. E-Mails war auch nicht unverhältnismäßig. Zwar kann zum Schutz des Fernmeldegeheimnisses eine zeitliche Eingrenzung der Maßnahme (etwa auf den Verdachtszeitraum) geboten sein (vgl. BVerfGE 124, 43 [67 f.]). Ausweislich der in Rede stehenden Anordnung der TKÜ v. 14.10.2015 bestand der Tatverdacht für Katalogtaten indes bereits seit April 2013, während die betr. E-Mails erst aus den der Anordnung unmittelbar vorhergehenden Monaten stammten, nämlich aus dem Zeitraum von Mai bis September 2015. [...]

Anm. d. Red.: S. auch Grözinger StV 2019, 406 zu heimlichen Zugriffen auf die »Cloud«.

Einziehung eines »E-Mail-Postfachs«

StGB § 74

Eine Einziehung eines »E-Mail-Postfachs« kommt nur insoweit in Betracht, als die dort gespeicherten Nachrichten inkriminierten Inhalts sind.

BGH, Beschl. v. 16.09.2019 – 2 StR 529/19 (LG Frankfurt/M.)

Aus den Gründen: [1] Das LG hat den Angekl. [u.a. wegen] Sich-Verschaffens von kinderpornographischen Schriften und Besitzes von kinderpornographischen Schriften zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 10 J. verurteilt. [...] Schließlich hat es sichergestellte SD-Karten und Festplatten, iPads, PCs, Kameras und »E-Mail-Postfächer« unter sechs Internetadressen eingezogen. [...]

[17] 5. Rechtsfehlerhaft ist [...] der Ausspruch über die Einziehung der »E-Mail-Postfächer« des Angekl. i.R.e. Einziehung der »durch die Tatbegehung genutzten und die inkriminierten Dateien enthaltenden Asservate«. Das LG hat seine Einziehungsentscheidung auch nur damit begründet, »inkriminierte Dateien enthaltende Asservate« seien »gem. § 74 StGB einzuziehen.« Dies lässt besorgen, dass das LG den Einziehungsgegenstand verkannt hat.

[18] Einziehungsfähig i.S.d. § 74 sind zwar nicht nur Sachen, sondern auch Rechte; das kommt aber in der Entscheidung des LG nicht zum Ausdruck. Ein E-Mail-Postfach bewahrt ein- und ausgehende elektronische Nachrichten bis zur endgültigen Löschung auf dem Mailserver des Internetanbieters auf. Es handelt sich dabei aber nicht um einen Datenträger, der dem Staat aufgrund einer Beschlagnahme physisch – unter den »Asservaten« – zur Verfügung steht. Daran gehen

die Einziehungsanordnung und deren Begründung vorbei. Zudem bleibt offen, ob die E-Mail-Postfächer unter den im Urteilstenor näher bezeichneten Internetadressen nur »inkriminierte Dateien« enthalten, oder auch andere elektronische Nachrichten, die nicht der Einziehung als Tatobjekte unterliegen.

Selbstaufnahmen des Tatopfers

StGB § 201a

Selbstaufnahmen des Tatopfers können Gegenstand der unbefugten Weitergabe i.S.d. § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB sein. (amtl. Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 29.07.2020 – 4 StR 49/20 (LG Paderborn)*

Aus den Gründen: [1] Das LG hat den Angekl. wegen schweren sexuellen Missbrauchs eines Kindes, sexuellen Missbrauchs von Kindern in Tateinheit mit Sichverschaffen einer kinderpornographischen Schrift in elf Fällen, davon in acht Fällen in Tateinheit mit Nötigung, Sichverschaffens einer kinderpornographischen Schrift in zwei Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit Nötigung, versuchter Nötigung in fünf Fällen, Nötigung in Tateinheit mit Sichverschaffen einer jugendpornographischen Schrift in fünf Fällen sowie Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen in fünf Fällen, davon in einem Fall in Tateinheit mit öffentlichem Zugänglichmachen einer jugendpornographischen Schrift und in einem Fall in Tateinheit mit Drittbesitzverschaffung an einer jugendpornographischen Schrift, unter Einbeziehung vorangegangener Verurteilungen zu einer Einheitsjugendstrafe von 4 J. 9 M. verurteilt. [...]

[2] Der Erörterung bedarf nur das Folgende:

[3] Zutreffend hat das LG in den Fällen der Weiterverbreitung der von den Geschädigten selbst hergestellten und dem Angekl. überlassenen Bildaufnahmen eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs durch Bildaufnahmen nach § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB gesehen.

[4] **1.** Nach § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB macht sich strafbar, wer eine befugt hergestellte Bildaufnahme der in Nr. 1 und 2 dieser Vorschrift bezeichneten Art einem Dritten wissentlich unbefugt zugänglich macht und dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich des Abgebildeten verletzt.

[5] Da die in Bezug genommenen Nr. 1 und 2 u.a. voraussetzen, dass die Bildaufnahme »von einer anderen Person« hergestellt wird, sind Selbstaufnahmen der abgebildeten Person von diesen Tatbestandsvarianten ausgeschlossen. In der Lit. ist umstr., ob daraus zu folgern ist, dass auch bei einer Tat nach § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB Selbstaufnahmen der geschädigten Person als Tatobjekt ausgeschlossen sind (vgl. MüKo-StGB/*Graf*, 3. Aufl. [2017], § 201a Rn. 29; AK-StGB/*Popp*, 3. Aufl. [2020], § 201a Rn. 19) oder ob der Tatbestand auch durch die Weitergabe der von dem Aufgenommenen selbst angefertigten Bildaufnahmen erfüllt werden kann (vgl. Sch/Sch-StGB/*Eisele*, 30. Aufl. [2019], § 201a Rn. 33; LK-StGB/*Valerius*, 12. Aufl. [2010], § 201a Rn. 12 [zu der bis zum 26.01.2015 geltenden Fassung der Norm]; zw. SSW-StGB/*Bosch*, 4. Aufl. [2020], § 201a Rn. 5).

[6] **2.** In der Rspr. ist diese Frage – soweit ersichtlich – bisher nicht geklärt. Der Senat entscheidet sie aus den folgenden Erwägungen dahin, dass auch Selbstaufnahmen des Tatopfers von § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB erfasst sein können.

[7] **a)** Der Wortlaut der Bezugnahme auf eine »Bildaufnahme der in den Nr. 1 oder 2 bezeichneten Art« zwingt nicht zu der Annahme, dass sämtliche tatbestandlichen Voraussetzungen der in Bezug genommenen Nummern erfüllt sein müssen (a.A. SK-StGB/*Hoyer*, 9. Aufl. [2017], § 201a Rn. 37). Die Bezugnahme ist lediglich auf die »Art« der Bildaufnahme beschränkt und deshalb dahin zu verstehen, dass sich die Tat nur auf eine dort ihrem Inhalt nach näher beschriebene Bildaufnahme als Tatobjekt beziehen muss, ohne dass es auf den Akt der Herstellung durch den Täter ankommt (*Valerius*, a.a.O. Rn. 12). Auch das Erfordernis einer »befugt« hergestellten Bildaufnahme schließt die Möglichkeit der Aufnahme durch die abgebildete Person selbst gerade nicht aus. Vom Wortlaut des § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB erfasst sind danach sämtliche befugt aufgenommenen Abbildungen, die eine vom Täter verschiedene Person in einer geschützten Räumlichkeit (Nr. 1) oder in hilfloser Lage (Nr. 2) zeigen und deren höchstpersönlichen Lebensbereich betreffen.

[8] **b)** Auch die Systematik der Regelungen des § 201a Abs. 1 StGB spricht gegen eine einschränkende Auslegung und legt nahe, dass die Bezugnahme in § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB sich nur auf die Bildaufnahme selbst bezieht. Denn anders als bei Nr. 4 stellt § 201a Abs. 1 Nr. 3 StGB ausdrücklich auf eine »durch eine Tat nach den Nr. 1 oder 2 hergestellte Bildaufnahme«, also nicht nur auf das Tatobjekt der in Bezug genommenen Nummern ab.

[9] **c)** Sinn und Zweck des § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB sprechen ebenfalls für die Einbeziehung von Selbstaufnahmen der geschädigten Person in den Schutzbereich der Vorschrift. Denn das verwirkte Tatunrecht wird in dieser Tatvariante nicht wie bei Nr. 1 und 2 durch die Herstellung der Bildaufnahme gegen die schutzwürdigen Interessen des Opfers geprägt, sondern durch deren Weitergabe zu einem späteren Zeitpunkt, die einen eigenständigen Eingriff bewirkt (vgl. *Hoyer*, a.a.O. Rn. 10; *Fischer-StGB*, 67. Aufl. [2020], § 201a Rn. 17; *Bosch*, a.a.O. Rn. 24). Der darin liegende Vertrauensmissbrauch beeinträchtigt das geschützte Rechtsgut unabhängig davon, wer die – ggf. lange Zeit zuvor entstandene – Aufnahme gefertigt hat.

[10] **d)** Eine einschränkende Auslegung widerspricht zudem dem Willen des Gesetzgebers.

[11] Der Gesetzesbegründung zur Einführung des § 201a StGB lässt sich eine ausdrückliche Herausnahme von Selbstaufnahmen aus dem Anwendungsbereich der Vorgängervorschrift des § 201a Abs. 3 StGB nicht entnehmen (vgl. BT-Drs. 15/2466, 4, 5). Im Zuge der Änderung durch das 49. StrafÄndG hat der Gesetzgeber zum Ausdruck gebracht, dass mit der am 27.01.2015 in Kraft getretenen Neufassung eine Erweiterung von § 201a StGB beabsichtigt war (vgl. BT-Drs. 18/2601, 3) und »die Herstellung und nachfolgende Verbreitung von Bildaufnahmen in – zum Teil sogar aktiv von dem Täter herbeigeführten – entwürdigenden, bloßstellenden oder gewalttätigen Situationen« erfasst werden sollte; hinsichtlich Bildaufnahmen des nackten menschlichen Körpers bestehe ein »schützenswertes Interesse daran, dass diese nicht unbefugt hergestellt, weitergegeben oder sogar verbreitet werden« (vgl. BT-Drs. 18/2601, 36). Eine Beschränkung auf durch andere hergestellte Bildaufnahmen beim Zugänglichmachen einer »befugt hergestellten Bildaufnahme« findet sich auch hier nicht (vgl. BT-Drs. 18/2601, 36 f., 38). Insb. hinsichtlich der als strafwürdig angesehenen Weitergabe von Aktaufnahmen nach Beendigung einer Beziehung (vgl. etwa den Fall des LG Kiel, NJW 2007, 1002) hinge in solchen Fällen bei einschränkender Auslegung der Vorschrift der strafrechtliche Schutz von dem zum Zeitpunkt

der Entstehung der Aufnahme eher zufälligen Umstand ab, ob die abgebildete Person oder ihr ehemaliger Partner die Aufnahme angefertigt oder gegebenenfalls den Selbstauslösemechanismus der Kamera in Gang gesetzt hatte.

Anmerkung: I. Die Auslegung des § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB durch den BGH. Seine Entscheidung, auch Selbstaufnahmen des Tatopfers könnten Gegenstand einer unbefugten Weitergabe nach § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB¹ sein, stützt der BGH auf vier Argumente, von denen er schulmäßig jeweils eines aus jeder der vier klassischen Methoden zur Gesetzesauslegung ableitet:

- Vom Wortlaut her schließe das Erfordernis einer »befugt« hergestellten Bildaufnahme die Möglichkeit nicht aus, dass die abgebildete Person sich selbst aufgenommen habe,
- von der Systematik her sei zu berücksichtigen, dass § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB sich anders als die vorangehende Nr. 3² nur der »Art« nach auf Aufnahmen wie der in Nr. 1 bezeichneten bezieht, ohne dass es erforderlich sei, dass die Aufnahme gerade »durch eine Tat« i.S.d. Nr. 1 hergestellt worden sei,
- vom Sinn und Zweck des § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB her bedeute die unbefugte Weitergabe einer von der abgebildeten Person selbst hergestellten Aufnahme einen ebenso schweren Vertrauensmissbrauch, wie wenn die später unbefugt weitergegebene Aufnahme einst mit dem Einverständnis des Opfers von dessen ehemaligem Partner hergestellt worden wäre,
- von der Entstehungsgeschichte des § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB her habe weder der Gesetzgeber des 36. StrÄndG, als er die Vorgängervorschrift des § 201a Abs. 3 StGB schuf,³ noch der Reformgesetzgeber, als er § 201a StGB durch das 49. StrÄndG erweiterte⁴ und unter anderem den vormaligen § 201a Abs. 3 in die zum Tatzeitpunkt gültige Fassung des § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB überführte, einen Willen zur Herausnahme von Selbstaufnahmen aus dem Schutzbereich der betreffenden Vorschrift erkennen lassen.

II. Eigene Stellungnahme. So gründlich und lückenlos die Argumentation des BGH auf den ersten Blick zu sein scheint, so wenig vermag sie doch auf den zweiten Blick hin (mich⁵) zu überzeugen:

1. Die Begriffe »befugt« und »unbefugt« in § 201a Abs. 1 Nr. 1 StGB. Wenn § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB von einer »befugt« hergestellten Bildaufnahme spricht, dann mag es einem möglichen Wortsinn dieser Formulierung entsprechen, auch die Herstellung einer Selbstaufnahme durch die abgebildete Person als »befugt« zu bezeichnen – dem Wortgebrauch durch den Gesetzgeber entspricht dieses Begriffsverständnis aber gerade nicht. Dies ergibt sich bereits aus § 201a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB, wo jeweils zwischen dem Erfordernis, dass die Aufnahme »unbefugt« hergestellt worden sein muss, und dem Erfordernis, dass sie »einer anderen Person« gegolten haben muss, unterschieden wird. Erfolgte eine Selbstaufnahme stets auch »befugt«, wie es dem Begriffsverständnis des BGH in der vorliegenden Entscheidung entspricht, dann erübrigte sich die zusätzliche Forderung des Gesetzes danach, dass es sich überdies um die Aufnahme »einer anderen Person« handeln müsse. Um nicht das Tatbestandsmerkmal der »anderen Person« in § 201a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB der gesetzgeberischen

Vorstellung zuwider obsolet zu machen, muss dem Merkmal »befugt« in dieser Vorschrift also ein engeres Verständnis zukommen, das die Ausklammerung von Selbstaufnahmen aus dem Tatbestand dem Merkmal der »anderen Person« überlässt.

Um ein solches engeres Verständnis des Begriffs »unbefugt« zu gewinnen, muss berücksichtigt werden, dass § 201a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB als Folge der unbefugten Herstellung einer Aufnahme jeweils voraussetzen, der Hersteller müsse »dadurch den höchstpersönlichen Lebensbereich der abgebildeten Person verletzt« haben. Unter dem Gesichtspunkt, ob durch sie eine Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs eintreten kann, unterscheiden sich nun Selbstaufnahmen der abgebildeten Person und deren Aufnahme durch einen anderen: Im Falle einer Selbstaufnahme fehlt es bereits an einem Eingriff (von außen) in den höchstpersönlichen Lebensbereich (eines anderen) und erst recht an dessen Verletzung; wird die Aufnahme dagegen von einem anderen hergestellt, so greift dieser Hersteller in jedem Fall in den höchstpersönlichen Lebensbereich des Abgebildeten ein und erst eine etwaige Befugnis dazu lässt die Strafbarkeit dieses Rechtsgutseingriffs entfallen. Bei einer Selbstaufnahme kommt dem Merkmal »befugt« somit keine Funktion zu, die abgebildete Person bewegt sich allenfalls in ihrem höchstpersönlichen Lebensbereich, greift aber, da es eben der ihre ist, nicht in ihn ein und kann ihn daher auch nicht durch unbefugten Eingriff verletzen. Bei der Aufnahme einer anderen Person in deren höchstpersönlichem Lebensbereich kommt dem Merkmal »unbefugt« dagegen die Funktion zu, über die Strafbarkeit des damit vorgenommenen Rechtsgutseingriffs zu entscheiden.

Dabei bleibt unmaßgeblich, ob einer etwaigen Befugnis nun tatbestandsausschließende⁶ oder rechtfertigende Bedeutung⁷ oder eine Doppelfunktion⁸ innerhalb des Deliktaufbaus zukommt. Bedeutsam wird das Merkmal »unbefugt« jedenfalls nur bei einem Eingriff von außen in den höchstpersönlichen Lebensbereich eines anderen, indem es das Fehlen einer Erlaubnis für den vorgenommenen Rechtsgutseingriff bezeichnet. Wer sich selbst in seinem höchstpersönlichen Lebensbereich abbildet, braucht keine über seine Strafbarkeit entscheidende Erlaubnis dafür, weil er selbst bei deren Fehlen nicht unbefugt, sondern gar nicht in (seine eigenen) Rechtsgüter eingreift. Umgekehrt kann eine Selbstaufnahme dann aber auch ebenso wenig als befugter Rechtsgutseingriff angesehen werden, wie etwa die Beschädigung einer Sache durch deren Eigentümer als befugter Eingriff ins Eigentumsrecht anzusehen wäre.⁹

1 Aufgrund des 59. StrÄndG seit dem 01.01.2021 wortgleich: § 201a Abs. 1 Nr. 5 StGB.

2 Aufgrund des 59. StrÄndG seit dem 01.01.2021 wortgleich: § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB.

3 BGBl. I 2004, S. 2012.

4 BGBl. I 2015, S. 10.

5 A.A. Jäger JA 2020, 952 (953); Bosch Jura 2021, 221.

6 Sauren ZUM 2005, 425 (431).

7 Eisele JR 2005, 6 (10); Kühl AfP 2004, 190 (196); Hoppe GRUR 2014, 990 (994); LK-StGB/Valerius, 12. Aufl. 2010, § 201a Rn. 22; SK-StGB/Hoyer, 9. Aufl. 2017, § 201a Rn. 26.

8 Flechsig ZUM 2004, 605 (612); Pollähne KritV 2003, 387 (414); SSW-StGB/Bosch, 4. Aufl. 2019, § 201a Rn. 23; Mart/Renzikowski-StGB/Altenbain, 2. Aufl. 2020, Rn. 12; MüKo-StGB/Graf, 3. Aufl. 2017, § 201a Rn. 37.

9 Vgl. § 303 Abs. 2 StGB, wo ebenfalls kumulativ ein Eingriff in Rechtsgüter eines anderen und daneben vorausgesetzt wird, dass dieser unbefugt erfolgt.

2. Die Begriffe »befugt« und »unbefugt« in § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB. Eine Selbstaufnahme der abgebildeten Person bilde demnach keine »befugt hergestellte Bildaufnahme« i.S.d. § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB, wenn »befugt« hier ebenso das Gegebensein einer Eingriffsgrundlage für den mit der Herstellung einer Bildaufnahme verbundenen Rechtsgutseingriff bedeutete, wie »unbefugt« i.S.d. § 201a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB ein Fehlen der nötigen Eingriffsgrundlage für den vorgenommenen Rechtsgutseingriff bezeichnet.

a) *Die Argumentationslast bei der Begriffsauslegung.* Es ist zwar nicht von vornherein ausgeschlossen, dass den Begriffen »befugt« und »unbefugt« im Rahmen des § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB qua Gesetzesauslegung eine andere Bedeutung entnommen werden muss, als sie denselben Begriffen qua Auslegung für § 201a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB zuerkannt wurde. Die Argumentationslast für eine solche disparate Bestimmung des Sinngehalts ein und desselben Begriffs innerhalb verschiedener Absätze derselben Vorschrift müsste dann aber denjenigen treffen, der eine solche Aufspaltung ihres Sinngehalts vorschlägt.

Dass sich der Gesetzesbegründung eine »Herausnahme von Selbstaufnahmen aus dem Anwendungsbereich des § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB nicht entnehmen lässt«, wie es der BGH geltend macht, genügt den aus einer solchen Verteilung der Argumentationslast folgenden Anforderungen nicht. Wenn nämlich § 201a Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 2 StGB Selbstaufnahmen gerade nicht durch deren Einstufung als »befugt« aus dem Tatbestand herausnimmt, dann müsste sich der Gesetzesbegründung, um die Ansicht des BGH zu stützen, umgekehrt entnehmen lassen, im Rahmen des § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB sollten Selbstaufnahmen aber als »befugt« hergestellt gelten.

b) *Art und Herstellung der Bildaufnahme.* Auch das weitere (systematische) Argument des BGH, § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB nehme im Unterschied zur Nr. 3 lediglich auf die »Art« der Bildaufnahme Bezug, besagt nichts über die Richtigkeit der vom BGH verfochtenen Begriffsauslegung: Dass § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB anders als Nr. 3 nicht auf eine Bildaufnahme Bezug nimmt, die »durch eine Tat« nach der Nr. 1 hergestellt wurde, erklärt sich zwanglos daraus, dass es bei einer »befugt« hergestellten Bildaufnahme, wie sie § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB als Tatobjekt voraussetzt, stets an einer Tat nach der Nr. 1 fehlt und deshalb auch nicht auf eine solche (Vor)Tat Bezug genommen werden kann, ohne dass die Vorschrift vollständig leerliefe.

Als das 49. StrÄndG die Fassung des früheren § 201a Abs. 3 StGB (»wer eine befugt hergestellte Bildaufnahme von einer anderen Person ...«) am 27.01.2015 durch die zur Tatzeit geltende Fassung des § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB (»wer eine befugt hergestellte Bildaufnahme der in den Nr. 1 oder 2 bezeichneten Art ...«) ersetzte, sollte damit im Übrigen der Anwendungsbereich der Vorschrift nicht verändert werden – mit Ausnahme seiner Erweiterung »um Bildaufnahmen, die die Hilflosigkeit einer anderen Person zur Schau stellen«,¹⁰ also um die Bezugnahme in § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB über Bildaufnahmen nach der Nr. 1 hinaus auch auf solche nach der ebenfalls durch das 49. StrÄndG neu eingeführten Nr. 2 zu erstrecken.

Es fragt sich auch, ob ein Selfie nicht doch auch entgegen dem BGH seiner »Art« nach eine andere Bildaufnahme ist als dasselbe Motiv, aufgenommen von einer anderen Person als der abgebildeten – ebenso wie ein Selbstportrait von van

Gogh eine andere Art von Gemälde wäre, als wenn dasselbe Motiv in derselben Manier von einem anderen auf die Leinwand gebracht worden wäre. Jedenfalls kann aber der Hinweis darauf, dass § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB nur hinsichtlich der »Art« der Bildaufnahme auf Nr. 1 Bezug nehme, nichts an der Bedeutung des davon verschiedenen Tatbestandsmerkmals »befugt« ändern, für das es (im Gegensatz zur Bezugnahme auf die Art der Bildaufnahme) eben doch auf den »Akt der Herstellung durch den Täter« und nicht nur auf den »Inhalt« der hergestellten Bildaufnahme ankommt.

c) *Vertrauensmissbrauch als Strafgrund für § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB.* Dass dem Tatbestandsmerkmal »befugt« in § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB eine andere Bedeutung zukommt als in den Nr. 1 und 2, lässt sich mithin allenfalls unter Verweis auf den Sinn und Zweck der Nr. 4 begründen, den Abgebildeten vor dem »Vertrauensmissbrauch« zu schützen, der in der Weitergabe einer ihn kompromittierenden Bildaufnahme unabhängig davon liegt, wer diese Aufnahme gefertigt hat. Dieses auf den ersten Blick so überzeugend scheinende teleologische Argument¹¹ wird auf den zweiten Blick aber durch die Erwägung zerschlagen, dass der Abgebildete demjenigen, der die Selbstaufnahme später weitergegeben hat, anders als dem Hersteller einer befugten Fremdaufnahme nicht notwendigerweise überhaupt irgendein Vertrauen geschenkt haben muss, sodass die Weitergabe dieser Selbstaufnahme dann auch keinen »Vertrauensmissbrauch« dargestellt zu haben braucht. Die Übertragung der Verfügungsgewalt an der Selbstaufnahme auf denjenigen, der sie später einem Dritten zugänglich macht, kann beispielsweise auch auf einer Wegnahme oder Nötigung gegenüber dem Abgebildeten beruhen. Dem Leitsatz der Entscheidung zufolge braucht das Tatopfer noch nicht einmal die Absicht gehegt zu haben, seine »befugt« hergestellte Selbstaufnahme überhaupt jemandem anderen zu überlassen, geschweige denn gerade demjenigen, in dessen Hände sie später tatsächlich gelangt. Zwar wären ein etwaiger Diebstahl der Selbstaufnahme nach § 242 StGB und eine etwaige Abnötigung der Selbstaufnahme nach § 240 StGB strafbar; diese Vorschriften würden aber jeweils nicht speziell die Verletzung des höchstpersönlichen Lebensbereichs erfassen, die mit dem Eingriff in die Verfügungsgewalt des Abgebildeten über dessen Selbstaufnahme einherginge. Es wäre auch aus teleologischer Sicht völlig unschlüssig, weshalb es nach § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB strafbar sein sollte, wenn der Dieb einer vom Tatopfer »befugt« hergestellten Selbstaufnahme diese »einer dritten Person zugänglich macht«, aber tatbestandslos, wenn er sie sich ausschließlich selbst zugänglich macht.

Dass § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB allein das Zugänglichmachen an »eine dritte Person«, nicht jedoch das Zugänglichmachen an sich selbst erfasst, kann nur mittels der Annahme erklärt werden, dem Gesetzgeber habe als Ausgangspunkt der Tat eine Situation vorgeschwebt, in welcher der Täter bereits »befugt« Zugang zu der Aufnahme erlangt hat, bevor er sie dann »unbefugt« an einen Dritten übergeben hat. Stets einen befugten Zugang zu der Aufnahme erlangt hat zwar derjenige, der sie im Einverständnis mit dem Abgebildeten selbst hergestellt hat, nicht aber derjenige, der eine Selbstaufnahme des Abgebildeten erlangt hat. Im erstgenannten Fall hat der Abgebildete dem

10 BT-Drs. 18/3202, S. 28.

11 So auch Jäger JA 2020, 952 (953); Bosch Jura 2021, 221.

Täter einen Eingriff in seinen höchstpersönlichen Lebensbereich erlaubt und ihm insofern Vertrauen geschenkt, das dieser später durch die Weitergabe der Aufnahme an einen Dritten missbraucht hat.¹² Im zweitgenannten Fall schenkt das spätere Tatopfer beim Herstellen der Selbstaufnahme überhaupt niemandem ein besonderes Vertrauen, insbesondere auch nicht demjenigen, der später Verfügungsgewalt an der Aufnahme erlangt.

Allein in den Fällen, in denen der Hersteller der Selbstaufnahme die Verfügungsgewalt an dieser freiwillig auf einen anderen übertragen hat, kann die Weitergabe dieser Selbstaufnahme einen »Vertrauensmissbrauch« bedeuten. Um die Strafbarkeit der Weitergabe von Selbstaufnahmen auf diese Fallgruppe zu beschränken, müsste § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB aber nicht nur eine (vom späteren Tatopfer) »befugt hergestellte«, sondern überdies eine (vom späteren Täter) befugt erlangte Selbstaufnahme voraussetzen. Eine solche Restriktion nimmt der *BGH* selbst bei seiner Einbeziehung von Selbstaufnahmen aber nicht vor und sie erwies sich auch nicht als tragfähig, um den Vertrauensmissbrauch durch den befugten Empfänger einer Selbstaufnahme und den Vertrauensmissbrauch durch den befugten Hersteller einer Fremdaufnahme einander tatbestandlich gleichzustellen. Im Falle einer Fremdaufnahme wird dem Hersteller nämlich der Eingriff in den höchstpersönlichen Lebensbereich eines anderen erlaubt, im Falle der bloßen Entgegennahme einer Selbstaufnahme des späteren Tatopfers fehlt es an einem solchen Eingriff. Mit der Erlaubnis zu einem Grundrechtseingriff wird dem dadurch Befugten ein sehr viel weitreichenderes und deshalb auch sehr viel schutzwürdigeres Vertrauen geschenkt, als es demjenigen gewährt wird, der abredgemäß gerade keine Befugnis zu Grundrechtseingriffen erhalten soll.

d) Ergebnis. Wo eine grundrechtsrelevante Eingriffsbefugnis verliehen wird, erscheint es eher gerechtfertigt, das dadurch betätigte Vertrauen strafrechtlich gegen eine Überschreitung dieser Befugnis abzusichern, als dort, wo statt einer rechtlichen Befugnis nur die tatsächliche Möglichkeit zu einem Grundrechtseingriff eingeräumt wird – eine entsprechende Wertung steht auch hinter der Beschränkung des Untreuetatbestands auf vermögensbetreuungspflichtige Täter.¹³ Entgegen dem *BGH* ist der für § 201a Abs. 1 Nr. 4 StGB in Betracht kommende Täterkreis daher nicht extensiv so zu bestimmen, dass er auch den Inhaber der Selbstaufnahme eines anderen einbezieht, sondern restriktiv so festzulegen, dass er nur den Inhaber der Befugnis, die Aufnahme eines anderen herzustellen, umfasst.

Prof. Dr. *Andreas Hoyer*, Kiel.

Recht der Strafverteidigung; Kosten- und Gebührenrecht

Offenkundiger Mangel der Verteidigung

EMRK Art. 6 Abs. 3; StPO § 143a Abs. 2 Nr. 3

Hat es der bisherige Pflichtverteidiger versäumt, die Revision des Angeklagten form- und fristgerecht zu begründen, liegt darin ein »offenkundiger Mangel« der Verteidigung.

Bevor das Revisionsgericht über den Wiedereinsatzantrag des Angeklagten entscheidet, ist ihm ein neuer Pflichtverteidiger zu bestellen, der ab seiner Bestellung form- und fristgerecht die Revision zu begründen hat.

BGH, Beschl. v. 16.12.2020 – 2 StR 299/20 (LG Köln)

Schwierigkeit der Sachlage bei einer Vielzahl von Polizeizeugen

StPO § 140 Abs. 2

1. Dass der Beschuldigte inzwischen ein eigenes Akteneinsichtsrecht hat, macht die Mitwirkung eines Verteidigers nicht von vorneherein entbehrlich, da die effektive Ausübung dieses Rechts ein Verständnis des Akteninhalts und dessen sachgerechte Bewertung im Hinblick auf die Verteidigungschancen bzw. -strategie verlangt.

2. Benennt die Anklage eine Vielzahl von (Polizei-)Zeugen, die voraussichtlich auch gehört werden müssen, bedarf dies einer eingehenden Vorbereitung. Ohne die besonderen anwaltlichen Kenntnisse polizeiinterner Abläufe und angesichts des zu erwartenden berufstypischen Ausgestalts der polizeilichen Zeugen läge darin eine unangemessene Überforderungssituation eines unverteidigten Angeklagten.

LG Gera, Beschl. v. 25.01.2021 – 11 Qs 18/21

Aus den Gründen: I. Der Bf. ist Angesch. eines Strafverfahrens wegen Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte, Landfriedensbruchs und Körperverletzung. Die StA legt ihm dabei zur Last, in einer unübersichtlichen Menschenmenge am Rande des Fußballspiels [...] einen Polizeibeamten [...] bei dem Versuch die jeweiligen Fanlager beider Vereine zu trennen, vorsätzlich mit der Schulter so gegen dessen Rücken gestoßen zu haben, dass dieser das Gleichgewicht verlor und Schmerzen verspürte. Bei der nachfolgenden Festnahmebehandlung soll der Bf. dann die Hand des Polizeibeamten weggestoßen haben, um sich der Festnahme zu entziehen. [...]

II. [...] Die Mitwirkung eines Pflichtverteidigers war im vorliegenden Verfahren wegen der Schwierigkeit der Sachlage geboten, § 140 Abs. 2 StPO. Zur effektiven Verteidigung des Angesch. und zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens ist vorliegend die anwaltliche Einsicht und Auswertung der Ermittlungsakte notwendig. Zwar sieht die StPO [...] mit § 147 Abs. 4 StPO mittlerweile auch ein eigenständiges Akteneinsichtsrecht des Besch. vor, dieser Umstand schließt jedoch nicht die notwendige Mitwirkung eines Verteidigers aus. Die effektive Ausübung des Akteneinsichtsrechts erschöpft sich nicht in der – nunmehr unmittelbar dem Besch. eröffneten – Möglichkeit der Kenntnisnahme der Akten, sondern erfordert ein Verständnis des Akteninhalts und dessen sachgerechte Bewertung im Hinblick auf Verteidigungschancen bzw. -strategie. Hierzu zählt auch eine Analyse früherer Aussagen von Belastungszeugen zur Aufdeckung von Widersprüchen (zutr. *LG Dortmund* NZV 2019, 308 [= StV 2020, 165] m. zust. Anm. *Schulz-Merkel*). All dies ist dem Besch. vorliegend nicht oder nur eingeschränkt möglich. Dies folgt schon aus der Tatsache, dass die Anklage 16 Zeugen, davon

¹² Vgl. *Kühl* AfP 2004, 190 (195); *Sauren* ZUM 2005, 425 (429); *Koch* GA 2005, 589 (602); *Borgmann* NJW 2004, 2133 (2135).

¹³ SK-StGB/*Hoyer* (Fn. 7), Rn. 10.

8 Polizeibeamte, benennt, die aufgrund der unübersichtlichen Menschenmenge am Tatort ohne eine geständige Einlassung auch höchstwahrscheinlich sämtlich gehört werden müssen. Ohne eine entspr. Vorbereitung, insb. durch die Auswertung der Einsatz- und Ermittlungsberichte sowie ohne die besondere anwaltliche Kenntnis polizeiinterner Abläufe, wäre dem Angesch. eine eigene Verteidigung gegen die zu erwartenden Zeugenaussagen erheblich erschwert. Der Bf. sähe sich in diesem Fall, v.a. durch den berufstypisch zu erwartenden Ausgestil der polizeilichen Zeugen, in der Hauptverhandlung einer unangemessenen Überforderungssituation ausgesetzt. Insoweit folgt die notwendige Verteidigung hier auch aus dem Gebot der Waffengleichheit, da die StA als Anklagebehörde naturgemäß mit den dortigen Ermittlungs- und Aussageabläufen vertraut ist.

Mitgeteilt von RA *Christian Friedrich*, Leipzig.

Erstattungsfähigkeit der Kosten für die Übersetzung von Verteidigerpost

EMRK Art. 6 Abs. 3; RVG § 46 Abs. 1; GVG § 187 Abs. 1 S. 1

1. Es besteht zwischen mündlicher und schriftlicher Kommunikation grundsätzlich kein Vorrangverhältnis, weshalb auch im Hinblick auf die beiden allgemein in Betracht kommenden Arten der Sprachmittlung dem mündlichen Dolmetschen gegenüber dem schriftlichen Übersetzen kostenrechtlich kein prinzipieller Vorrang zukommt.

2. Die Landeskasse hat die Kosten für einen Sprachmittler zu tragen, den der Pflichtverteidiger hinsichtlich des schriftlichen Austauschs zwischen ihm und dem Beschuldigten (Verteidigerpost) mit den dabei anfallenden Übersetzungsarbeiten beauftragt, ohne dass es insoweit jeweils einer allgemeinen gerichtlichen Ermächtigung im Pflichtverteidigerbestellungsbeschluss oder einer konkreten gerichtlichen Ermächtigung im Einzelfall bedürfte.

3. Im Kernbereich des Verteidigungsverhältnisses in Gestalt der vertraulichen Kommunikation zwischen dem Pflichtverteidiger und dem Beschuldigten haben Forderungen nach einer Darlegung der Notwendigkeit einzelner – vom Pflichtverteidiger im Grundsatz geheim zu haltender – Kommunikationsvorgänge prinzipiell zu unterbleiben.

LG Neuruppin, Beschl. v. 15.03.2021 – 11 Ks 22/20

Aus den Gründen: I. [...] Der Erinnerungsführer ist dem Angekl. [...] als Pflichtverteidiger bestellt worden. Mit Schreiben v. [...] hat der Erinnerungsführer [...] eine Rechnung [...] für die Übersetzung einer schriftlichen Erklärung des Angekl. eingereicht und [...] um Begleichung direkt an die [...] Sprachmittlerin gebeten. Mit Beschl. v. 10.12.2020 hat die Urkundsbeamtin d. Geschäftsstelle [...] seinen Antrag [...] zurückgewiesen [...].

II. [...] Die eingelegte Erinnerung ist [...] in der Sache vollumfänglich begründet [...]. Auslagen eines Pflichtverteidigers sind nach Maßgabe der gesetzlichen Wertung aus § 187 Abs. 1 S. 1 GVG sowie unter Berücksichtigung der konventionsrechtlichen Vorgaben aus Art. 6 Abs. 3 EMRK stets dann als erforderlich anzusehen, wenn sie der Sprachmittlung zwischen dem Pflichtverteidiger und einem der deutschen Sprache nicht hinreichend mächtigen Besch. zur Vorbereitung und Durchführung der Verteidigung dienen. Dementspr. kann der Ver-

teidiger für von ihm für erforderlich erachtete bzw. vom Besch. erbetene Mandantengespräche stets einen entspr. Sprachmittler zum Zwecke des Dolmetschens auf Kosten der Landeskasse hinzuziehen, ebenso hat die Landeskasse die Kosten für einen solchen Sprachmittler zu tragen, den der Pflichtverteidiger hinsichtlich des schriftlichen Austauschs zwischen ihm und dem Besch. (Verteidigerpost) mit den dabei anfallenden Übersetzungsarbeiten beauftragt, ohne dass es insoweit jew. einer allg. gerichtlichen Ermächtigung im Pflichtverteidigerbestellungsbeschl. oder einer konkreten gerichtlichen Ermächtigung im Einzelfall bedürfte. Zugleich besteht zwischen mündlicher und schriftlicher Kommunikation insoweit grundsätzlich kein Vorrangverhältnis, weshalb auch im Hinblick auf die beiden allg. in Betracht kommenden Arten der Sprachmittlung dem mündlichen Dolmetschen ggü. dem schriftlichen Übersetzen kostenrechtlich kein prinzipieller Vorrang zukommt. [...] Dass ein Besch. [...] einen Anspruch darauf hat, eine die von ihm beabsichtigte Einlassung zur Sache enthaltende schriftliche Erklärung, welche er seinem Verteidiger zum Zwecke der weiteren Vorbereitung der Verteidigung zur Verfügung stellen will, auf Kosten der Landeskasse in die deutsche Sprache übersetzen zu lassen, liegt auf der Hand, da ein für die Verteidigung zentralerer Inhalt der Kommunikation zwischen einem Besch. und seinem Pflichtverteidiger letztlich kaum denkbar ist. [...]

[Der] Beschl. des *KG* v. 18.07.2008 zu dem Az. 1 Ws 93/07 [gibt] der *Kammer* keinen Anlass zu einer abw. Entsch. Zwar befasst sich dieser Beschl. [...] durchaus mit einer dem vorliegend zu entscheidenden Fall tlw. insoweit vergleichbaren Konstellation, als es dort um die Erstattungsfähigkeit der Übersetzerkosten für eine vom dortigen Angekl. schriftlich verfasste Einlassung ging, welche jedoch – anders als vorliegend – dauerhaft ein Internum zwischen dem dortigen Angekl. und seiner Pflichtverteidigerin blieb und lediglich der Vorbereitung einer von dieser sodann auf Basis dieses Schreibens vorbereiteten und in der Hauptverhandlung schließlich auch abgegebenen Einlassung des Angekl. diene. Die zur Ablehnung der Erstattungsfähigkeit dieser Übersetzerkosten getätigten Erwägungen des *KG* werden von der *Kammer* jedoch nicht geteilt und begegnen insg. durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Soweit das *KG* [...] zunächst darauf abstellt, ein Pflichtverteidiger müsse die Erforderlichkeit von angefallenen Übersetzerkosten im Kostenfestsetzungsverfahren so ausführlich darlegen, dass sich das Gericht von dieser Erforderlichkeit überzeugen könne, stellt sich dies – jedenfalls in dieser Pauschalität – als äußerst bedenkl. Übergriff in das interne Verteidigungsverhältnis zwischen dem Pflichtverteidiger und dem von ihm zu verteidigenden Besch. dar, welcher in gewissem Umfang auf eine nachträgliche gerichtliche Kontrolle der allein zwischen dem Pflichtverteidiger und dem Besch. abzustimmenden und sodann von dem Pflichtverteidiger – als einem vom Gericht unabhängigen und diesem gleichgeordneten Organ der Rechtspflege – auch berufsethisch allein zu verantwortenden Verteidigungsstrategie hinausliefe. [...] Im Kostenfestsetzungsverfahren können daher – von auf evidenten Kostenmissbrauch abzielenden Vorgehensweisen wiederum abgesehen – Ausführungen des Pflichtverteidigers zur Notwendigkeit einzelner Auslagen regelmäßig nur dann verlangt werden bzw. können entspr. Nachfragen seitens des Gerichts nur dann als berechtigt angesehen werden, wenn ohne eine solche weitergehende Erklärung des Pflichtverteidigers der Zusammenhang zwischen diesen Auslagen und

dem Betreiben der Verteidigung entweder überhaupt nicht zu erkennen wäre oder völlig unklar bliebe bzw. wenn die verteidigungsfördernde Eignung einer Auslage gänzlich fernliegend anmuten würde. In dem – auch vorliegend in Rede stehenden – Kernbereich des Verteidigungsverhältnisses in Gestalt der vertraulichen Kommunikation zwischen dem Pflichtverteidiger und dem von ihm verteidigten Besch. hingegen haben Forderungen nach einer Darlegung der Notwendigkeit einzelner – vom Pflichtverteidiger im Grundsatz geheim zu haltender – Kommunikationsvorgänge hingegen prinzipiell zu unterbleiben.

Die *Kammer* vermag schließlich auch der vom *KG* in dem angeführten Beschl. sodann noch angestellten Überlegung nicht zu folgen, dass die dortige Pflichtverteidigerin sich die in Rede stehende schriftliche Einlassung des dortigen Angekl. bei einem in Anwesenheit einer Dolmetscherin durchgeführten Mandantengespräch in der Haftanstalt von dieser mündlich hätte übersetzen lassen und sich hierüber hätte Notizen anfertigen können und sollen. Denn völlig losgelöst von der Frage, ob es einem Pflichtverteidiger – was das Gericht zudem aus den oben bereits angeführten Gründen auch nicht zu hinterfragen bzw. zu überprüfen hätte – auf eine wortgenaue Übersetzung eines von dem Besch. stammenden Schreibens ankommt, stellt die Beauftragung einer schriftlichen Übersetzung schlichtweg den allg. üblichen und regelmäßig auch kostengünstigsten – zumal aus diesem Grund auch von Gerichten regelmäßig so praktizierten – Weg dar, sich vom Inhalt eines in einer vom jew. Bearbeiter selbst nicht beherrschten Sprache abgefassten Schriftstückes Kenntnis zu verschaffen, auch wenn im Einzelfall der vom *KG* skizzierte Weg ebenfalls tunlich und damit abrechnungsfähig sein mag. Keinesfalls aber kann von einem Pflichtverteidiger grundsätzlich verlangt werden, sich zum Zwecke der Übersetzung längerer fremdsprachiger Schriftstücke – nachgerade als Schreibkraft – einem mündlich übersetzenden und ihm die Übersetzung in die Hand diktierenden Sprachmittler zur Verfügung zu stellen, zumal ein derartiges Vorgehen regelmäßig auch schon keine erkennbaren Einsparpotentiale für die Landeskasse mit sich bringen dürfte. [...]

Mitgeteilt von RA Dr. *Lukas Theune*, Berlin.

Von Adhäsion bis Zeugenbeistand

Entschädigung für überlange Verfahrensdauer

GVG §§ 198 f.; StPO § 153; StrEG §§ 2, 3

1. Führen bei der Staatsanwaltschaft Dezernentenwechsel zu einer Verzögerung des Verfahrens, liegt darin ein vorsehbarer und vermeidbarer organisatorischer Mangel, wenn die Dezernenten abgeordnet wurden und dies hätte verschoben werden können.

2. Das strafprozessuale Beschleunigungsgebot gilt in besonderem Maße, wenn grundrechtsrelevante Ermittlungsmaßnahmen wie Durchsuchungen stattgefunden haben, insb. wenn diese öffentlich bekannt werden und geeignet sind,

die berufliche Integrität eines Beschuldigten in einem sensiblen Bereich des öffentlichen Lebens in Zweifel zu ziehen.

3. Zur Verfahrensbeschleunigung genügt nicht die Durchführung von Ermittlungen überhaupt. Soweit sachlich möglich, sind Ermittlungsmaßnahmen parallel durchzuführen. Insgesamt müssen die Ermittlungen erkennen lassen, dass sie sich an einem konkreten Tatnachweis orientieren und damit in ihrer Gesamtheit auf den Abschluss des Verfahrens gerichtet sind.

4. Ob für die unangemessene Verfahrensdauer bereits auf andere Weise Wiedergutmachung geleistet wurde und ein Entschädigungsanspruch deshalb entfällt, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab. Anders als bei der Anwendung der sog. Vollstreckungslösung bei einer Verurteilung fehlen bei einer Verfahrenseinstellung klare Maßstäbe. Es ist daher im Einzelfall festzustellen, ob die Berücksichtigung der Verfahrensverzögerung identifizierbar ist und eine inhaltliche Mindestqualität erreicht. Erkenntnisleitende Kontrollfrage kann sein, ob es ohne die unangemessene Verfahrensdauer überhaupt zu einer Einstellung gekommen wäre.

5. Ist für eine Verfahrenseinstellung maßgeblich, dass die Ermittlungen den Beschuldigten im Wesentlichen entlastet haben oder nach geraumer Zeit ergebnislos geblieben sind, und die Ermittlungsbehörden aufgrund des möglicherweise noch verbliebenen Tatvorwurfs die Schuld des Klägers als gering bewerteten, genügt dies nicht den Anforderungen des § 199 Abs. 3 S. 1 GVG, da die Verfahrensdauer nicht der prägende Grund für die Einstellung ist.

6. Für einen Anspruch auf finanzielle Entschädigung gem. § 198 Abs. 1, 2 GVG spricht es, wenn der Kläger im Falle einer beruflichen Neuorientierung befürchten muss, Nachfragen zu den Ermittlungen ausgesetzt zu sein.

OLG Schleswig, Urt. v. 12.06.2020 – 17 EK 2+3/19

Mitgeteilt von RA Prof. Dr. *Michael Gubitzy*, Kiel.

Hinterlegung einer Kautions durch Dritte

StPO § 116; Niedersächsisches Hinterlegungsgesetz (NHintG) § 16 Abs. 1

Tritt der Einzahler der Kautions im eigenen Namen auf und nennt den Beschuldigten nicht als Empfangsberechtigten für eine Rückzahlung, spricht dies dafür, dass er selbst als Hinterleger i.S.d. § 16 Abs. 1 NHintG fungieren wollte und bei Freiwerden der Kautions deren Rückzahlung an sich selbst verlangen darf. Dieser Auslegung steht nicht entgegen, dass nach dem Wortlaut des Haftverschonungsbeschlusses die Zahlung einer Kautions durch Dritte nicht vorgesehen ist. Lässt der Haftrichter abweichend vom Wortlaut des Haftverschonungsbeschlusses die von einem Dritten gestellte und von der Hinterlegungsstelle angenommene Sicherheit genügen, liegt in seiner Freilassungsweisung eine nachträgliche Abänderung des Verschonungsbeschlusses. Dies ist bei der Auslegung des Hinterlegungsantrages insofern zu berücksichtigen, als dass man nicht davon ausgehen kann, die Hinterlegung als Dritter sei von vornherein ungeeignet, das Ziel der Freilassung des Beschuldigten zu erreichen, und könnte deshalb nicht so gemeint gewesen sein.

AG Osnabrück, Beschl. v. 15.10.2020 – 29 HL 166/17

Mitgeteilt von RA *Thomas Klein*, Osnabrück.

EncroChat – ein Kapitel in der Geschichte des zerbröselnden europäischen Strafprozesses

Rechtsanwalt Prof. Dr. Ulrich Sommer, Köln

Artikel 7 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GrCh): »Jede Person hat das Recht auf Achtung [...] ihrer Kommunikation.«

EncroChat und die rechtliche Problematik des heimlichen staatlichen Datenzugriffs auf einen kompletten Kommunikationsserver im Ausland beginnt die deutschen Gerichtssäle zu überfluten. Zur Orientierung ein erster – von Wissenschaftlichkeit weit entfernt – Überblick aus Verteidigersicht:

A. Das Phänomen EncroChat

EncroChat war eines der größten weltweit agierenden Unternehmen, das eine weitgehend verschlüsselte Kommunikation anbot. Das Unternehmen hatte weltweit mehr als 60.000 Kunden. Es handelte sich um ein niederländisches Unternehmen, der von diesem Unternehmen betriebene Zentralserver befand sich in Roubaix/Frankreich.

EncroChat warb offiziell auf seiner Homepage mit einer Garantie der Anonymität. Ein Erwerb der Endgeräte war über die offizielle Webseite nicht möglich, auf der Verkaufsplattform eBay oder durch andere Wiederverkäufer wurden derartige verschlüsselte Geräte für ca. 1.000 € (und mehr) angeboten, wobei dieser Preis eine Nutzerlizenz für die Dauer von 6 Monaten beinhaltete.

Der über eine vorinstallierte App gesicherte verschlüsselte Kontakt konnte nur zwischen Kunden der Firma EncroChat erfolgen. Insoweit orientierte sich das Unternehmen an bereits bestehenden Konzepten anderer Anbieter für verschlüsselte Daten, wie beispielsweise des schweizerischen Unternehmens »Threema« (www.threema.ch »Sicherheit und Privatsphäre«). Die weitergehenden Funktionen auf der speziellen Hardware ermöglichten es dem jeweiligen Benutzer auch, individuelle Einstellungen zum Löschen seiner Nachricht einzurichten. Durch Anwendung eines besonderen Passwortes konnte der gesamte Datenbestand des Gerätes unmittelbar gelöscht werden. Weitere Mechanismen wurden angeboten, um eine Manipulation der jeweiligen Geräte von außen auszuschließen.

Namen und Motivationen der Nutzer sind und waren unbekannt. Die besonderen Sicherungsmechanismen dürften trotz erhöhter Kosten Personen zu deren Nutzung veranlasst haben, denen es in besonderer Weise auf die Gewährleistung ihrer Privatsphäre ankam. Hierzu gehörten mutmaßlich zum einen Nutzer, die verbotene Liebesaffären nicht an die Öffentlichkeit dringen lassen wollten, zum anderen aber auch Personen, die einem Beruf nachgehen, der ihnen in ausdrücklicher gesetzlicher Vorgabe Geheimhaltungen auferlegt (zahlreiche Anwälte sollen über ein solches Gerät verfügt haben), letztlich auch politisch Oppositionelle im Exil, die den digitalen Nachstellungen der diktatorischen Heimat entgehen wollten, ebenso wie Whistleblower, die sich vor der wirtschaftlichen Stärke ihres bisherigen Arbeitgebers schützen wollten.

Dass diese Kommunikationsmöglichkeit auch von kriminellen Banden genutzt wurde, ist selbstverständliche krimino-

logisch belegbare Folge. Nicht festgestellt werden konnte bislang, dass ein Großteil oder sogar die Mehrheit der Nutzer die Kommunikationsmöglichkeit für Straftaten nutzte. Ebenso wenig konnte festgestellt werden, dass die Betreiber des Servers gerade derartige kriminelle Aktivitäten ermöglichen oder unterstützen wollten.

B. Dekryptieren durch die französische Justiz

Die französischen Strafverfolgungsbehörden haben nach monatelanger Ermittlung einen Zugriff auf die Kommunikationsdaten erreicht. Durch Infiltration des Servers und der mobilen Endgeräte gelang es ihnen, über 3 Monate (April bis Juni 2020) den kompletten Kommunikationsverkehr aller Nutzer zu erfassen und abzuspeichern.

Anlass für die umfassende »Datenerfassung« waren 7 (!) laufende Ermittlungsverfahren in Frankreich gegen gemutmaßte Drogenhändler, bei denen die Ermittlungsbehörden davon ausgingen, dass diese zur Durchführung ihrer – bereits aufgeklärten – Taten sich der EncroChat-Geräte bedienten. Die französischen Behörden ermittelten daraufhin allgemein wegen des Verdachts der Bildung einer kriminellen Vereinigung sowie wegen angeblicher Delikte im Zusammenhang mit dem Transfer und dem Import von Verschlüsselungsmitteln (Art 13 Décret n°2007–663 vom 02.05.2007), denen in Deutschland kein vergleichbarer Tatbestand entspricht.

Unter Berufung auf Art. 706-102-1 des Code de procédure pénale wurde durch Beschluss vom 20.03.2020 die »Genehmigung des Einsatzes einer Computerdaten-Abfangeinrichtung« vom *Untersuchungsrichter in Lille* erteilt. Die Maßnahme war gegen keinen konkreten oder konkretisierbaren Beschuldigten gerichtet, weder die Verdächtigen der 7 Ausgangsverfahren noch andere Personen – wie möglicherweise die Betreiber der Plattform – waren in den richterlichen Anordnungen benannt.

Das Ergebnis: Den französischen Ermittlungsbehörden gelang ein unmittelbarer und geheimer Zugriff auf sämtliche Daten. Entscheidend war offensichtlich die »Injektion« einer Schadsoftware auf jedes einzelne Mobiltelefon der Nutzer, wodurch noch vor der Chiffrierung der eingegebenen Nachricht die Daten an staatliche Behörden umgeleitet wurden; Details sind unbekannt, weil sie angeblich ein »militärisches Geheimnis« darstellen. Über 3 Monate wurde damit die Kommunikation von – wie die französische Polizei in ihrem Erfahrungsbericht anführt – mehr als 30.000 Nutzern mit mehr als 100 Millionen Datensätzen ungefiltert gesammelt, gelesen und ausgewertet. Der Zugriff endete erst, als die Betreiber die Infiltration bemerkten, die Nutzer informierten und den Server abschalteten.

C. Transfer der Daten an die deutsche Justiz

Ergebnisse dieses Zugriffs sind in Händen der deutschen Ermittlungsbehörden. Tausendfache Chats, die auf einen kriminellen Hintergrund schließen ließen und bei denen die ebenfalls sichergestellten Standortdaten auf einen Aufenthalt des Nutzers in Deutschland hinwiesen, wurden unter anderem unter Vermittlung von Europol dem BKA zur Verfügung gestellt. Andere

Selektionen gingen als gesonderte Pakete in andere Länder. Das BKA war früh – wahrscheinlich schon in der Planungsphase – in die Absicht der Infiltrierung des Servers eingebunden. Jedenfalls erhielt die Behörde parallel zur Erhebung der Daten aus Frankreich tägliche Datenlieferungen von Europol, die man dort zum Anlass für weitere individualisierende Ermittlungen nahm.

Selektion und Transfer der Daten sind intransparent. Die Hash-Algorithmen zum Verschlüsseln digitaler Signaturen, die die EU-Verordnung Nr. 910/2014 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 23.07.2014 als vertrauenswürdige elektronische Identifizierungsmittel voraussetzt, sind auf dem langen Weg von Roubaix auf den Schreibtisch eines deutschen Strafrichters jedenfalls nicht respektiert worden. Die Authentizität der Beweisergebnisse steht schon deswegen in Frage.

Begleitet wurden die polizeilichen Ermittlungen durch die Zentralstelle zur Bekämpfung der Internetkriminalität (ZIT) bei der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt am Main. Dort wurde noch vor der Infiltration des Servers ein Verfahren gegen Unbekannt eingeleitet, das in der Folgezeit als justizielles Vehikel zur Einschleusung der Beweisergebnisse in deutsche Strafverfahren diente. Auf Antrag aus diesem Verfahren erließ das *AG Frankfurt/M.* bereits im Mai 2020 erste Beschlüsse, wonach Überwachungsmaßnahmen gegen unbekannte Nutzer bestimmter Telefone, deren Identifikationsdaten zuvor die französischen Behörden übermittelt hatten, gemäß §§ 163f, 100g, 100i StPO angeordnet wurden.

Am 02.06.2020 verfasste die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt eine Europäische Ermittlungsanordnung (EEA) an die französische Justiz mit dem Ziel, die Übersendung derjenigen Erkenntnisse zu genehmigen, die das BKA längst hatte und nutzte. Mit dem 06.07.2020 genehmigte der *Untersuchungsrichter* in Lille die Übersendung der durch die Infiltrierung gewonnenen Ergebnisse an die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt.

Wenn das BKA meinte, ausreichende Identifizierungen vorgenommen zu haben, legte die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt aus ihrem Verfahren gegen Unbekannt der jeweils örtlich zuständigen Staatsanwaltschaft die selektierten Ermittlungsergebnisse mit der Bitte vor, gegen den jeweils konkretisierten Verdächtigen ein Ermittlungsverfahren einzuleiten. Bundesweit sind mittlerweile Hunderte von Ermittlungsverfahren eingeleitet und zahllose Haftbefehle ausgebracht worden, die sich in ihrer Beweiswürdigung ausschließlich auf die Kommunikation von EncroChat beziehen.

D. Akzeptanz der Ergebnisse durch die deutsche Justiz

Die Deutlichkeit mancher Chats, in denen angesichts gefühlter Sicherheit der Kommunizierenden insbesondere Drogendeals unschwer rekonstruierbar erscheinen, fasziniert Ermittler. Strafrichter sind erleichtert, wenn sie bei der Interpretation digitaler Kommunikation nicht mehr – wie bislang regelmäßig – die Grenze des Erträglichen der freien richterlichen Beweiswürdigung auszuloten haben, sondern sich auf Klartext berufen können.

Es gibt offensichtlich aktuell keine einzige gerichtliche Entscheidung, die die Verwertbarkeit dieser Beweisergebnisse in einem deutschen Strafverfahren bezweifeln würde. Einwände der Verteidigung in laufenden Hauptverhandlungen werden

zurückgewiesen. Mehrere Oberlandesgerichte haben sich in bestätigenden Haftentscheidungen allein oder maßgeblich auf EncroChat gestützt. Eine erste Beschwerde hat das *BVerfG* ohne weitere Begründung nicht zur Entscheidung angenommen.

Der Argumentationsduktus wiederholt sich mittlerweile: Es gäbe keine Anhaltspunkte für die Verletzung französischer Rechtsnormen, die Beweisergebnisse seien durch richterlichen Beschluss daher ordnungsgemäß gewonnen. Der Vertrauensgrundsatz innerhalb der EU gebiete Respekt vor dieser Entscheidung, die von einem deutschen Richter grundsätzlich nicht zu hinterfragen sei. Aus dieser Distanz gebe es jedenfalls keine Veranlassung, die Maßnahme der Verbrechensbekämpfung in Frankreich als unverhältnismäßig zu qualifizieren. Die EEA sei formell ordnungsgemäß beantragt und erlassen. Die französische Polizei und Europol hätten sogar eine Verpflichtung, ihre Kenntnis von Straftaten den deutschen Behörden zu übermitteln. Eine Vorlage an den *EuGH* wird konsequent verweigert. Einig ist sich die Justiz bundesweit, dass selbst bei Zweifeln an der Rechtmäßigkeit der Infiltrierung des Servers die so gewonnenen Daten keinem Beweisverwertungsverbot unterliegen; die überragende Bedeutung der Aufklärung insbesondere schwerster Drogenkriminalität lasse in der vom *BGH* konstituierten und vom *BVerfG* abgesegneten Abwägungslehre jegliche prozessuale Fehlerhaftigkeit verblasen. Ein Beweisverwertungsverbot müsse die prozessuale Ausnahme sein, für die es hier keine ausreichenden Anhaltspunkte gäbe.

Die Sicherheit, mit der eine bestehende juristische Lösung der Problematik in diesen Entscheidungen suggeriert wird, ist irreführend. Das Konglomerat unterschiedlichster EU-Rechtsnormen, ungeklärte nationale Rechtsprobleme im Rechtshilfeverkehr in Verbindung mit der Vagheit einer Dogmatik von Beweisverwertungsverboten lassen die EncroChat-Konstellation als vorbildlos erscheinen. Sie hat vielmehr die Potenz für eine Weichenstellung des zukünftigen europäischen Strafprozesses.

E. Rechtshilfe zwischen staatlicher Souveränität und individuellem Grundrechtsschutz

Die Sicherung der bürgerlichen Grundrechte gegen forschen Ermittlungs- und Verurteilungseifer ist ein wesentliches Ziel strafprozessualer Gesetze. Wird in nationalen Strafprozessordnungen die Subjektstellung des betroffenen Bürgers hochgehalten, so wird er traditionell im Rechtshilfeverfahren zum Objekt staatlicher Souveränitäten und Eifersüchteleien degradiert. Die Europäische Union wollte das ändern und den subjektiven Rechten auch im transnationalen Strafverfahren Geltung verschaffen. Verzicht auf Teilaspekte staatlicher Souveränität und damit die Erleichterung des Rechtshilfeverkehrs in der EU sollten einhergehen mit der Betonung transnationaler Rechte auch im Strafverfahren.

Die EncroChat-Problematik dokumentiert, dass dies Vorhaben offensichtlich misslungen ist. Kein einziger deutscher Beschuldigter hatte und hat jemals die Chance, durch ein EU-weites Rechtsmittel den gesamten Vorgang oder einzelne juristische Schritte anzugreifen. Für Rechtsbehelfe in Frankreich gibt es keinen Ansatz, in Deutschland soll die EEA unanfechtbar sein, jedenfalls verweigert das *AG Frankfurt/M.* die Entscheidung über Beschwerden der EEA und lässt sie allenfalls an die mit konkreten Anklagen besetzten Strafkammern nachsenden. Selbst eine Akteneinsicht in das Grund-

lagenverfahren der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt wird verweigert, es richte sich schließlich nicht gegen Hunderte von Beschuldigten, sondern »gegen Unbekannt«. Niemand soll wissen, welcher Staatsanwalt wann und wie in das Geschehen involviert war.

Rechtshilfe nach EU-Recht ist nach Ansicht der deutschen Justiz letztlich eine Erweiterung staatlicher Machtbefugnisse. Der bescheiden daherkommende Grundsatz des gegenseitigen Vertrauens nationaler staatlicher Machtapparate verschleierte, dass sich aus Sicht eines beschuldigten Bürgers die Potenz der auf Machtausübung fixierten Justiz und Polizei vervielfacht hat. Der prozessuale Grundrechtsschutz hat durch die EU-Vereinfachungen gelitten.

F. EU-weiter Informationsaustausch

Die rechtliche Bewertung unterliegt einem begrifflichen Verwirrspiel der deutschen Justiz. Es gehe doch nur – so der Ansatz vieler Entscheidungen – um »Informationen«. Was kann bedenklich sein an simplen Informationen? Suggestiert wird, es handele sich um einen weitgehend grundrechtsirrelevanten Aufklärungsvorgang, vergleichbar mit dem schlichten Auskunftersuchen des § 163 StPO. Es wird sogar die Behauptung aufgestellt, bezüglich EncroChat handele es sich um einen nach dem Rahmenbeschluss 2006/960/JI legitimierten und notwendigen spontanen Informationsaustausch zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten. Die EEA vom 02.06.2020 enthalte daher auch nicht das Ersuchen um einen Grundrechtseingriff in Frankreich, sondern lediglich die harmlose Bitte um Übersendung bereits vorliegender Daten.

Der Weg zur organisierten Verantwortungslosigkeit ist mit der Reduktion auf schlichte Daten geebnet. Wird ein durch Folter erwirktes Geständnis eingeschmolzen auf äußere Buchstaben, Bits und Bytes, kann der Blick auf das Informationssubstrat umso leichter von dem maßgeblich zu beurteilenden prozessualen Lebenssachverhalt abgewandt werden.

G. Die Europäische Ermittlungsanordnung (EEA)

Antrag und Genehmigung der EEA begegnen vielfältigen Bedenken. Die EEA dient nicht allgemeiner Information, sondern konkreten strafrechtlichen Ermittlungszwecken. Art. 6 RL 2014/41/EU fordert unter Berücksichtigung der Rechte der verdächtigen oder beschuldigten Person die Einhaltung des Maßstabes der Notwendigkeit und Angemessenheit. Damit wird eine Ermittlung wegen einer konkreten Tat gegen einen konkreten möglichen Täter vorausgesetzt. Ein Verfahren ohne Bezug auf eine Tat oder einen möglichen Verdächtigen kann für den Erlass der EEA keine Grundlage sein. Die formale Hülle des Verfahrens der Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt »gegen Unbekannt« kann keine taugliche Basis für den erbetenen Beweistransfer sein.

Nach Art. 6 RL 2014/41/EU kann die EEA nur ergehen, wenn die Ermittlungsmaßnahme in einem vergleichbaren innerstaatlichen Fall unter denselben Bedingungen hätte angeordnet werden können. Dass in Deutschland die Infiltrierung von mehr als 60.000 Mobiltelefonen unverdächtigter Bürger angeordnet werden könnte, darf als ausgeschlossen gelten. Eine maßgebliche Hürde für eine innerstaatliche grundrechtstangierende Ermittlungsmaßnahme ist nach der StPO der Anfangsverdacht. Hier wusste die Staatsanwaltschaft niemals, weswegen und gegen wen sie ermittelte. Sie war aufgrund kriminalistischer Hypothesen

lediglich auf der Suche nach Informationen, um möglicherweise erstmals einen Anfangsverdacht formulieren zu können. Die Generalstaatsanwaltschaft Frankfurt stocherte im strafprozessualen Nebel, ohne die Idee einer Tat oder eines Täters.

Auch eine Online-Durchsuchung nach § 100b StPO (Staats-trojaner) setzt einen qualifizierten Anfangsverdacht voraus und unterliegt darüber hinaus dem Richtervorbehalt. Schon aus diesen Gründen wäre die EEA hier der Kompetenz der Staatsanwaltschaft entzogen.

H. Die Überprüfungsintensität ausländischer Beweisgewinnung durch deutsche Strafgerichte

Nicht Beschuldigtenrechte, sondern Arbeitserleichterungen für die Justiz stehen im Mittelpunkt der Entwicklung einer Rechtsprechung des *BGH*, die die Lähmung des aufklärungswilligen Strafrichters propagiert, wenn es allgemein bei der Verwertung von im Ausland gewonnenen Beweisen darum geht, deren Rechtmäßigkeit zu überprüfen. Das Vertrauen eines deutschen Beschuldigten, wonach der deutsche Strafrichter Garant für die Einhaltung eines fairen Verfahrens ist, soll berechtigterweise enttäuscht werden dürfen, wenn das die Verurteilung tragende Beweismittel im Ausland gewonnen wurde. Der *BGH* tarnt die Propagierung der Passivität mit einem pseudohöflichen Respekt gegenüber der ausländischen Staatsgewalt: Man wolle nicht den Eindruck erwecken, das ausländische Recht besser zu verstehen als die Behörden und Gerichte des Ermittlungsstaates.

EncroChat sollte Anlass für einen Wendepunkt in diesem Denken bieten. Nicht die Höflichkeit gegenüber einem französischen Ermittlungsrichter muss im deutschen Strafverfahren im Mittelpunkt stehen, sondern der Respekt vor den (Prozess-) Grundrechten eines Beschuldigten. Der Beschuldigte hat auch im Ausland einen Anspruch auf Einhaltung der Gesetze durch die Ermittlungsbehörden. Gerade im Zusammenhang mit Haftbedingungen im EU-Ausland haben sowohl das *BVerfG* als auch der *EuGH* zuletzt deutlich gemacht, dass der Blick über die Grenzen zur Wahrung der Bürgerrechte unabdingbar ist. Der deutsche Strafrichter hat jedenfalls dann Zurückhaltung gegenüber ausländischen Beweisermittlungen zu üben, wenn für ihn sehr deutlich ist, dass diese nur unter Verletzung tragender rechtsstaatlicher Verfahrensprinzipien erfolgten.

I. Forum shopping

Aktuell nutzen deutsche Gerichte ein internationales Pingpongspiel unterschiedlicher Zuständigkeiten, um das illusionäre Bild eines fairen Gesamtverfahrens zu skizzieren. In einer nahezu Palmström'schen Volte will beispielsweise das *OLG Hamburg* die Legitimation für Verurteilungen deutscher Angeklagter daraus ableiten, dass *nach* Vorliegen der EncroChat-Protokolle auch nach deutschem Recht eine Infiltration nach § 100b StPO möglich gewesen wäre.¹ Man setzt also mit dem rechtfertigenden Denken erst zu einem Zeitpunkt an, nachdem bereits ein – nach deutschem Recht unzulässiger – Informationsstand produziert worden ist.

Im Vorfeld der Regelung der EEA war befürchtet worden, dass internationale Ermittlungen das Niveau des fairen Prozesses massiv absenken. Wenn das Konzept einer nationalen Rechts-

1 OLG Hamburg, Beschl. v. 29.01.2021 – 1 Ws 2/21.

ordnung zur Wahrung der Grundrechte bestimmte einzelne Ermittlungsmaßnahmen untersagt, würden sich die Ermittler möglicherweise die gewünschten Ergebnisse über Ermittler anderer Staaten besorgen, bei denen unterschiedliche Gesetzesstrukturen exakt diese singuläre Maßnahme zulassen. Noch die deutsche Gesetzesbegründung zur Umsetzung der EEA-Richtlinie schwor, dass die EEA keinesfalls zur Kompetenzerweiterung der nationalen Ermittlungsbehörden führen dürfe.

Der Gesetzgeber hat den unbedingten Verfolgungswillen und den mangelnden Respekt der Ermittlungsbehörden vor den Menschenrechten seiner Bürger falsch eingeschätzt.

Das polizeiliche Vorgehen bei EncroChat dürfte alle Befürchtungen von Juristen übertreffen. Auch wenn die Beteiligten intensiv an Vertuschung arbeiten, steht fest, dass die deutschen Behörden die unzulässige Beweisgewinnung begleitet, unterstützt und womöglich mit initiiert haben. Europol vermittelte. Im Ergebnis wurden mit Kenntnis der deutschen Behörden zehntausende von Mobiltelefonen unverdächtiger Bürger auf deutschem Boden von den französischen Behörden überwacht. Die Ergebnisse trafen mit geringfügiger zeitlicher Verspätung auf den Schreibtischen der deutschen Ermittler ein. Wo ein polizeilicher Wille ist, ist auch ein Weg.

J. Beweisverwertungsverbot

Keine der bislang bekannt gewordenen gerichtlichen Entscheidungen in Deutschland begnügt sich mit dem Lob polizeilicher Effektivität. Dass die Ermittler bindende Rechtsnormen verletzt haben könnten, will kaum ein Richter ausschließen. Unisono will man hieraus allerdings keine Konsequenzen ziehen. Dass Gesetze dazu gedacht sind, eingehalten zu werden, erkennt der Strafrichter bei den vor ihm sitzenden Angeklagten, nicht jedoch bei Ermittlern.

Aus dem ursprünglich vom *BVerfG* formulierten Grundsatz, dass aus prozessualen Gesetzesverstößen »nicht ohne weiteres« auch ein Beweisverwertungsverbot entsteht, hat die strafrichterliche Rechtsprechung in Umkehrung rechtsstaatlicher Grundsätze die Behauptung entwickelt, die Nichtverwendung müsse regelmäßig die – wohlbegründete – Ausnahme sein. Eine solche Ausnahme sieht aktuell kein deutscher Strafrichter. Unter Ausblendung des gescheiterten gesetzgeberischen Konzepts, Drogenhandel und Drogenkonsum durch Strafrecht zu unterbinden, reicht manchen Landgerichten die herausragende Bedeutung der letztendlich verfolgten Drogendelikte, um dahinter alle anderen denkbaren Abwägungsfaktoren verblassen zu lassen.

Wenn erkannt wird, dass auch bei der – so der *BGH* – schier unendlichen Weite der strafrichterlichen Akzeptanz von illegalen Ermittlungsergebnissen die Bewahrung von grundsätzlichen Gewährleistungen des Rechtsstaatsprinzips eine unüberwindliche Hürde für die Verwertung bilden könnte, finden sich nur Solidaritätsbekundungen mit den französischen Richtern. Diese hätten anständig, zielgerichtet und rechtskonform gehandelt.

Das Gegenteil ist der Fall.

Die bereits bekannten Fakten machen deutlich, dass die Behörden als unübersteigbar geltende Grenzen von Menschenrechten und Grundrechten überschritten haben. Freiheit in einem Rechtsstaat bedeutet die Freiheit vor der Kontrolle jeglicher Kommunikation des Bürgers. Das Post- und Fernmeldegeheimnis in Art. 10 GG hat dies exemplarisch und pro-

minent herausgestrichen. Art. 8 der Europäischen Menschenrechtskonvention fordert vom Staat die unbedingte Achtung des Privatlebens seines Bürgers und seiner Korrespondenz. Art. 17 IPBR stellt weltweit die Forderung auf, dass niemand willkürlichen staatlichen Eingriffen in seinen Schriftverkehr ausgesetzt werden darf. Modern und lakonisch heißt es in Art. 7 der EU-Grundrechtecharta: »Jede Person hat das Recht auf Achtung [...] ihrer Kommunikation.«

Nichts dergleichen hat die staatliche Autorität geachtet. In der ebenso unbewiesenen wie unsubstantiierten Hoffnung auf Aufdeckung einiger krimineller Taten hat die Staatsgewalt Millionen kommunikativer Datensätze ihrer Bürger mitgelesen und kontrolliert. Dieser massenhafte Eingriff in die Privatheit der Bürger ist unter keinem einzigen legitimierenden Kriterium denkbar, das der *EGMR* oder das *BVerfG* in der Vergangenheit aufgestellt haben. Abseits von der Überlegung des eingriffshindernden Anfangsverdachts ist das Prinzip der Verhältnismäßigkeit nie gewahrt.

Bereits bei der Beurteilung der anlasslosen Vorratsdatenspeicherung hatte der *EuGH* deutlich gemacht, dass das blinde Abgreifen von Kommunikationsdaten niemals gerechtfertigt sein kann, wenn es nicht ausnahmsweise um existenzielle staatliche Belange geht. Was für inhaltslose Kommunikationsdaten des digitalen Austausches gilt, muss erst recht für Maßnahmen gelten, die den Inhalt der privaten Kommunikation betreffen.

Fazit: Der staatliche Datenraub von Roubaix verletzt den Kerngehalt grundgesetzlicher und menschenrechtlicher Garantien. Seine bewusste Missachtung kann nur das Verbot einer strafprozessualen Verwertung der Ergebnisse zur Folge haben.

K. Ausblick in den Orwell'schen Abgrund

EncroChat beleuchtet grell symptomatische Entwicklungen sowohl der Justiz als auch der Gesellschaft:

Die angesprochenen juristischen Problembereiche sollten zumindest diskutabel sein. Die Justiz will allerdings nicht diskutieren. In einer bemerkenswerten Einheitlichkeit wehren sich die deutschen Strafrichter mit Verve dagegen, dass ihnen ein geschätztes Beweismittel wieder aus der Hand genommen wird. Das mag psychologische Gründe haben: Neurowissenschaftler haben belegt, dass das menschliche Gehirn nicht in der Lage ist, einen einmal wahrgenommenen und positiv eingeschätzten Sachverhalt aus einer späteren Entscheidung auszublenden. Letztlich verlangt das Gesetz mit der Dogmatik der Beweisverwertungsverbote übermenschliches und traut Richtern einen solchen Kraftakt zu. Ein solches Vertrauen wird täglich in Gerichtssälen enttäuscht, die Totalität der EncroChat-Lösung in der Richterschaft zeigt schlaglichtartig die Dominanz dieses Phänomens beim Richten in unserer Zeit.

Symptomatisch ist auch die Enttäuschung des Bürgers, der noch an die Wahrung seiner Grundrechte durch die dritte Gewalt glaubt. In der besonderen gesellschaftlichen Position der Unabhängigkeit war Richtern die Aufgabe anvertraut, Bürger vor den willkürlichen Eingriffen der Exekutive – und hier insbesondere von Ermittlern – zu schützen. Stattdessen nehmen Verteidiger schon seit vielen Jahren wahr, dass sich Richter in der Rolle des solidarischen verlängerten Arms der polizeilichen Verbrechensjäger wohlfühlen. Die Rechtfertigungen der EncroChat-Ergebnisse verdeutlichen dies exemplarisch. So wird beispielsweise die Verwertbarkeit der Daten von einem *Senat* damit gerechtfertigt, dass das Ermittlungsziel der Be-

hören (leider) ohne Zugriff auf die Daten nicht zu erreichen gewesen war. Oder: Was polizeilich sein muss, muss sein.

Merkwürdig ist in der aktuellen gesellschaftlichen Diskussion die Reaktion der Presse. Selbst staatskritische Medien begnügen sich zumeist damit, die durch EncroChat erzielten Erfolge der Kriminalitätsaufdeckung abzufeiern, und decken das millionenfache Mitlesen privater Korrespondenz mit dem Mantel des Schweigens zu. Die fehlende Kritik von Justiz und Presse befeuert die Ermittler darin, noch weiter in das Pri-

vatleben von Bürgern einzudringen. EncroChat war erst der Anfang. Bereits Mitte März wurde bekannt, dass seit längerer Zeit ein noch viel größeres Kommunikationsunternehmen – Sky ECC – infiltriert worden sein soll. »WhatsApp«, »Signal«, Telekom und Vodafone könnten die nächsten sein, die unfreiwillig und fern der Gesetze – über andere Staaten – ihre Kommunikationsdaten dem Überwachungsstaat ausliefern.

Verteidigung scheint derzeit die einzige gesellschaftliche Kraft zu sein, die zu einem Umdenken beitragen könnte.

Der »BAMF-Skandal« – Strafverfolgung zwischen Politik und Medien

Prof. Dr. Henning Ernst Müller, Regensburg

Im April begann¹ die Hauptverhandlung über Vorwürfe, die vor fast drei Jahren die unter dem Namen »BAMF-Skandal« bekannt gewordene Affäre begründeten. Grundlage dieser Hauptverhandlung ist das seit Jahrzehnten aufwändigste Ermittlungsverfahren der Bremer Staatsanwaltschaft, jedenfalls bearbeitet von der »bislang größte[n] Ermittlungsgruppe in der Geschichte der Polizei Bremen«. ² Von den Tatvorwürfen der Anklage sind nach dem Eröffnungsbeschluss des *LG Bremen*³ jedoch nur wenige zum Hauptverfahren zugelassen worden. Über den Kern des »Skandals«, der im Jahr 2018 monatelang die Öffentlichkeit beschäftigte, wird also nicht mehr strafrechtlich geurteilt werden, weil das *LG Bremen* insofern schon den hinreichenden Tatverdacht verneinte (§ 203 StPO). Das auch insoweit erstaunliche Verfahren ist eines, dessen juristische und nichtjuristische Zusammenhänge und Wirkungen schon zuvor eine Vielzahl von problematischen Aspekten der Strafverfolgung unter den Bedingungen der Mediengesellschaft sichtbar gemacht haben. Die folgenden Ausführungen sollen diese Zusammenhänge verdeutlichen. Zudem sollen einige Anmerkungen zum Eröffnungsbeschluss des *LG Bremen* gemacht werden.

A. Aufdeckung des »Skandals«

Am 20.04.2018 berichteten Presse- und Rundfunkorgane übereinstimmend, die ehemalige Leiterin der BAMF-Außenstelle in Bremen werde verdächtigt, in kollusivem Zusammenwirken mit einigen Rechtsanwälten in etwa 2000 Fällen in Asyl- bzw. Aufenthaltsverfahren rechtswidrig zugunsten von Asylsuchenden entschieden zu haben.⁴

Verantwortlich für diese Berichterstattung war ein Recherchenetzwerk des NDR, der Süddeutschen Zeitung und Radio Bremen. Diese Meldungen waren aber nicht Ergebnis investigativ-journalistischer Recherche im engeren Sinne. Die Staatsanwaltschaft ermittelte zu diesem Zeitpunkt bereits fünf Monate lang⁵ und die Hauptbeschuldigte war bereits Mitte 2016 von ihrem Leitungsposten versetzt worden.⁶

Insbesondere die in der seriösen Presse und im öffentlich-rechtlichen Rundfunk berichteten Einzelheiten sowie die umgehende Bestätigung der Bremer Staatsanwaltschaft, ein Ermittlungsverfahren inklusive Durchsuchungen und Be-

schlagnahmen finde bereits statt,⁷ überzeugten einen großen Teil der Öffentlichkeit davon, dass die Vorwürfe auf tatsächlichen Grundlagen beruhten und nur noch Details der »kriminellen Machenschaften« zur Debatte stünden. Geschildert wurde eine Anzahl von 1200 bzw. 2000⁸ rechtswidrig beschiedenen Fällen im Zeitraum von 2013 bis 2017, mutmaßlich unter gewerbsmäßigen Bedingungen. Konkret wurde behauptet, die Bremer Außenstelle sei nur für einen Bruchteil dieser Fälle überhaupt zuständig gewesen.⁹ Die beschuldigten Rechtsanwälte hätten zur Durchführung der Asylverfahren im (unzuständigen) Bremen sogar Busse organisiert, um ihre Mandanten zur Anhörung nach Bremen zu transportieren.¹⁰ Schließlich seien auch Vorteile an die beschuldigte Beamtin geflossen, wobei (»zumindest«) von Restauranteinladungen und Hotelübernachtungen die Rede war.¹¹

Es ist nicht völlig geklärt, auf welchem Wege die Informationen über die Tatvorwürfe und das Ermittlungsverfahren an die Presse gelangten. Einerseits wurde nachträglich über eine schon frühere Befassung eines Journalisten von Radio Bremen mit Korruptionsgerüchten berichtet; dieser habe auch schon mit der Bremer Staatsanwaltschaft in Kontakt gestanden.¹² Einen größeren Anteil an der Publikation der Affäre im April und Mai 2018 hatte aber wohl eine Beamtin des BAMF, die zwischenzeitlich anstelle der 2016 suspendierten

1 Das Verfahren gegen die Hauptangeklagte wurde inzwischen gem. § 153a StPO gegen eine Geldauflage vorläufig eingestellt.

2 StA Bremen, Staatsanwaltschaft erhebt Anklage im »BAMF-Verfahren«, Pressemitteilung 7/2019 v. 19.09.2019, S. 2.

3 LG Bremen StV-S 2021, 45 (in diesem Heft).

4 Richter/Strozyk, Verdacht auf weitreichenden Skandal im Bamf, SZ 20.04.2018.

5 Adelhardt, BAMF-Affäre: Angaben vom Hörensagen, NDR-Pressportal 08.06.2018.

6 Adelhardt/Stalinski/Stempfle, Chronologie der BAMF-Affäre: Was passierte wirklich?, tagesschau 20.08.2018.

7 StA Bremen, Ermittlungsverfahren wegen Verleitung zum Asylmissbrauch, Pressemitteilung 3/2018 v. 20.04.2018.

8 Richter/Strozyk (Fn. 4) korrigieren ihre Angabe von 1200 Fällen noch am selben Tag auf 2000 Fälle.

9 Richter/Strozyk (Fn. 4) schreiben, nur für 98 Fälle sei die Außenstelle Bremen zuständig gewesen.

10 Richter/Strozyk (Fn. 4).

11 Richter/Strozyk (Fn. 4).

12 Adelhardt (Fn. 5); Schirrmeyer, Der eigentliche »Bamf-Skandal«: die Berichterstattung der Medien, Übermedien 13.09.2019.

Beschuldigten in Bremen als Behördenleitern tätig war. Sie soll aus eigenem Antrieb Akten überprüft und die Ergebnisse an die BAMF-Leitung, das Bundesinnenministerium und sogar per SMS direkt an den Bundesinnenminister Seehofer gemeldet haben.¹³ Ein von ihr zusammengestelltes Dossier mit der Nennung von »mindestens 3332 Fällen zwischen 2015 bis 2017« gelangte auch an die Presse.¹⁴ Diese Beamtin wurde in der Folge unwidersprochen als Skandalauferin vorgestellt, unter anderem publikumswirksam in einem Porträt in der Illustrierten »Stern«.¹⁵ In der Öffentlichkeit wurde dann später darüber geklagt, man habe sie bei der Nachfolge der Behördenleitung in Bremen übergangen und stattdessen in ihre bayerische Heimat zurückgeschickt (»strafversetzt«).¹⁶

B. Bundesweite Bedeutung des Ermittlungsverfahrens

Das schon seit November 2017 laufende Ermittlungsverfahren¹⁷ bekam durch die Publikation des Recherchenetzwerks bundesweite Beachtung und Bedeutung. Dies hing auch mit dem Stand der Diskussion über die »Flüchtlingskrise« zusammen. Teile der Unionsparteien hatten sich von der zwischenzeitlich eher flüchtlingsfreundlichen Regierungspolitik distanziert und verfolgten längst einen härteren Kurs, der sich insbesondere in Zurückhaltung bei Aufenthaltsgestattungen, schnelleren Abschiebungen, einer »Obergrenze« für die jährliche Aufnahme von Geflüchteten und der Planung von »Ankerzentren« materialisierte. Der nun im April 2018 geäußerte Verdacht, es seien möglicherweise tausende Asylbewerber bei der Antragsbearbeitung in Bremen aufgrund von Korruption bevorzugt behandelt worden, gelangte deshalb schnell und für mehrere Wochen anhaltend in die Nachrichten, auf die Titelseiten der Presse und in die Polit-Talkshows der Fernsehsender.

In normalen Zeiten hätte ein solcher Fall wohl nur regionale Aufmerksamkeit erregt, zumal die dem Verdacht zugrundeliegenden Vorgänge zum Zeitpunkt der Publikation bereits zwei bis fünf Jahre in der Vergangenheit lagen. In der herrschenden politischen Stimmung hingegen wurde – ohne das Ergebnis der Ermittlungen abzuwarten – die Annahme skandalisiert, die BAMF-Zentrale in Nürnberg, das Innenministerium oder bestimmte Politiker hätten den von den Medien ausgerufenen Skandal vertuschen wollen. Dieser Vorwurf hatte zur Folge, dass die so Kritisierten nun erst recht auf massive Ermittlungsanstrengungen drangen. Das Innenministerium, in dessen Amtsbereich die Tätigkeit des BAMF fällt, distanzierte sich zugleich öffentlich weitestmöglich von der Bremer Außenstelle, um nicht mit deren vom Staatssekretär so bezeichneten »hochkriminell kollusiv[en] und bandenmäßig[en]«¹⁸ Handlungen in Verbindung gebracht zu werden. Der BAMF-Außenstelle in Bremen wurde ab Mitte Mai 2018 die weitere Antragsbearbeitung untersagt.¹⁹ Die Bundesleitung des BAMF wurde im Juni ausgetauscht.²⁰

Insbesondere die vormalige langjährige Leiterin der Außenstelle Bremen schien in dieser politischen Gemengelage der ideale Sündenbock.

C. Hintergrund: Das BAMF in der Flüchtlingskrise

Das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF) steht als zentrale Stelle für Erst- und Folgeanträge auf Anerkennung von Asyl- und Flüchtlingsschutz im Zentrum des nach ihm benannten »Skandals«. Die Beamt-inn-en und Mitarbeiter-innen dieser Behörde haben innerhalb der gesetzlichen Rahmenbedingungen Entscheidungen zu treffen, wobei sie sich im Spannungsfeld zwischen menschen- und

grundrechtsgemäßen Ansprüchen der Geflüchteten einerseits und jeweiliger flüchtlingspolitischer Vorgaben der Bundesregierung andererseits befinden. Dabei sind die gesetzlichen und untergesetzlichen Vorschriften nicht nur häufigen Änderungen unterworfen, sondern müssen auch im Kontext der Lage in den Herkunfts- und Drittländern, im Kontext der UN-Flüchtlingskonvention und der europäischen Richtlinien nach dem Dublin-Verfahren betrachtet werden. Das BAMF hatte schon seit 2014 eine bis dahin unerreichte Zahl von Anträgen zu bearbeiten. Es wurde seitens der zwischen 2014 und 2017 mehrfach wechselnden Leitung versucht, die erhebliche Antragsflut durch erhebliche Personalaufstockung und diverse Verfahrensbeschleunigungsmaßnahmen zu bewältigen und zugleich den erwähnten flüchtlingspolitischen Kurswechsel zu implementieren. Was Schnelligkeit und Reihenfolge der Bearbeitung, aber auch teilweise den materiellen Entscheidungsinhalt angeht, bestehen erhebliche Ermessens- und Beurteilungsspielräume innerhalb der Außenstellen.

Dies zeigt sich etwa, wenn bestimmte Herkunftsgruppen einem besonderen Verfolgungsschicksal unterliegen, wie das bei der durch den IS völkermordähnlich verfolgten Religionsgemeinschaft der Jesiden seit 2014 der Fall war.²¹ In Deutschland wurde deshalb im November 2014 eine beschleunigte Bearbeitung der Anträge jesidischer Flüchtlinge aus Syrien und Irak zugesagt.²² An der Berechtigung ihrer Fluchtgründe bestanden in materieller Hinsicht kaum Zweifel.

Und das zeigt sich ebenfalls, wenn bekannt wird, dass im EU-Mitgliedsstaat Bulgarien Asylsuchende eklatant menschenunwürdigen Bedingungen ausgesetzt seien. Asylsuchende wurden noch über längere Zeit grundsätzlich in diesen »sicheren Drittstaat« abgeschoben, wenn sie dort bereits einen Asylantrag gestellt hatten, bevor Verwaltungsgerichte einen Schutz vor Abschiebung bestätigten.²³

Dass die dezentrale Entscheidungsfindung durch Außenstellen in den Bundesländern zu unterschiedlichen Anerkennungsquoten führt, war vor Kurzem auch Gegenstand einer politikwissenschaftlichen Studie.²⁴ Danach wird die jeweilige Entscheidung – erwartbar – sowohl von sozialen als auch parteipolitischen Parametern im jeweiligen Bundesland beeinflusst.²⁵ Die Anerkennungsquote der Bremer Außenstelle

13 Hauser, Nix mit »geräuschlos« regeln – über eine Beamtin, die sich den Mund nicht verbieten ließ, stern.de 24.05.2018; Talkshow »Anne Will« v. 27.05.2018.

14 Sundermann/Willborn, Asyl-Skandal: War Bremen ein »Schlupfloch«?, Weser-Kurier 11.05.2018; Gathmann/Schmidt, Bamf prüft 18.000 positive Bescheide aus Bremen, Spiegel Online 18.05.2018.

15 Hauser (Fn. 13).

16 Willborn, Josefa Schmid wehrt sich weiterhin gegen Versetzung, Weser-Kurier 11.05.2018; Hauser (Fn. 13).

17 Laut Adelhardt (Fn. 5) war ein früheres Ermittlungsverfahren 2016 eingestellt worden, wurde aber im November 2017 aufgrund neuer Anhaltspunkte wieder aufgegriffen.

18 Staatssekretär Bundesinnenministerium Stephan Mayer, Talkshow »Anne Will« (Fn. 13).

19 Hermann/Beneke, Seehofers Entscheidung stößt in Bremen auf geteiltes Echo, Weser-Kurier 23.05.2018.

20 O.V., Jurist aus Bayern soll neuer Bamf-Chef werden, Zeit Online 17.06.2018.

21 Vgl. von Hein, Die Jesiden fünf Jahre nach dem Genozid, Deutsche Welle 01.08.2019.

22 O.V., Bundesamt beschleunigt Asylverfahren für Syrer und Iraker, Deutsche Welle 11.11.2014 (Überschrift irreführend, da Beschleunigung nur für Jesiden und Christen galt).

23 Vgl. BVerwG, Beschl. v. 08.08.2018 – 1 B 25.18; BVerwG, Urt. v. 17.06.2020 – 1 C 35/19.

24 Schneider/Segadllo/Leue, German Politics 29 (2020), 564.

25 Schneider/Segadllo/Leue (Fn. 24), 573 ff.

war schon in den Jahren 2010 bis 2015 (also weitgehend vor Beginn des Zeitraums der angeklagten Fälle) messbar höher als in den meisten anderen Bundesländern.²⁶

D. Verlauf der Ermittlungen

Der öffentliche und politische Druck hatte erhebliche Auswirkungen auf die Ermittlungen. Nun wurde angekündigt, man werde unabhängig von konkreten, schon in früheren Untersuchungen bemerkten, Verdachtsmomenten noch umfassender aufklären, indem das BAMF systematisch sämtliche Bremer Asylverfahrensakten und -bescheide seit dem Jahr 2000 und damit ca. 13.000 Akten mit ca. 18.000 betroffenen Personen überprüfen würde. Dazu wurden nach Auskunft des Bundesinnenministeriums insgesamt 67 Mitarbeiterinnen des BAMF abgestellt.²⁷

Ein erster Bericht der Innenrevision des BAMF schien schon Mitte Mai 2018 den Verdacht zu bestätigen. Aus dem Revisionsbericht wurde z.B. unter der Überschrift »Bericht: Ex-Bremer BAMF-Leiterin schuldig«²⁸ wörtlich zitiert: »Zusammenfassend kann anhand der Sichtung zahlreicher Akten festgestellt werden, dass Frau B. [...] über Jahre hinweg in einer unbestimmten Zahl von Verfahren massiv u.a. gegen geltendes Recht und aufenthaltsrechtliche Bestimmungen, sicherheitsrelevante Vorgaben und innerbetriebliche Anweisungen verstoßen hat.«²⁹ Schon wenig später erwies sich diese Meldung jedoch als teilweise irreführend. Die Innenrevision des BAMF hatte offenbar nicht beachtet, dass interne Zuständigkeitsregeln während der Flüchtlingskrise vom BAMF aufgehoben worden waren und das angeblich verletzte Vier-Augen-Prinzip im untersuchten Zeitraum noch gar nicht galt.³⁰ Und das Innenministerium ließ auf entsprechende Presseanfragen verlauten, man könne die Frage nach den angeblich verletzten Vorschriften nicht beantworten.³¹ Offenbar hatte hier die innerbehördliche Revision im Übereifer einer angestrebten Schuldzuweisung unausgeglichene Informationen an die Presse gegeben. Im Abschlussbericht der internen Ermittlungen hieß es dann im September 2018, es sei zwar »kein flächendeckender Asylbetrug« festzustellen, aber insgesamt 145 Fälle, in denen manipuliert worden sei. Man vermute als Grund »fehlgeleitetes Amtsverständnis«.³² Seitens der Strafverfolgungsbehörden wurde Ende Mai 2018 die Ermittlungsgruppe »Antrag« gebildet, bestehend aus mehr als 40 Ermittlerinn-en der Bremer Polizei, der Bundespolizei sowie der niedersächsischen Polizei.³³ In diese Ermittlungsgruppe waren auch zwei Beamtinnen des BAMF involviert, denn die komplexen asylrechtlichen Vorschriften und in der Flüchtlingskrise häufig wechselnden Anweisungen innerhalb des BAMF sind schon für herkömmlich ausgebildete Juristinnen-kaum durchschaubar, geschweige denn für polizeiliche Ermittlerinnen.

Insgesamt waren also zeitweise mehr als 100 Personen damit befasst, tausende von abgeschlossenen Asylverfahren zu überprüfen, um Hinweise auf die vorab behauptete rechtswidrige, ja »kriminelle« Entscheidungspraxis der Außenstelle Bremen zu finden. Seitens des BAMF suchte man zudem nach Gründen für die evtl. Rücknahme von Bescheiden und nach Grundlagen für disziplinarische Sanktionen der evtl. beteiligten Mitarbeiterinnen. Die Polizei suchte v.a. nach Hinweisen auf strafrechtlich erhebliches Verhalten der Beschuldigten. Ob und inwieweit es eine Zusammenarbeit der beiden Ermittlungsgruppen gab, ist nicht bekannt. Jedoch ergibt sich ein Hinweis aus dem Streit zwischen Staatsanwalt-

schaft und Verteidigung um Akteneinsicht: Die Staatsanwaltschaft behauptete, selbst nicht über die Verfahrensakten der angeklagten Fälle zu verfügen, die Verteidigung müsse sich dazu an das BAMF wenden.³⁴ Das BAMF wiederum berief sich – insofern im Strafverfahren kaum durchschlagend³⁵ – auf Geheimhaltungsbedürftigkeit und Datenschutz. Aus der Auskunft der Staatsanwaltschaft ergab sich, dass die Akten zu den anklagerelevanten Sachverhalten gar nicht unmittelbar vorgelegen hatten. Offenbar hat man sich für die Anklageerhebung auf die in der BAMF-Prüfung zubereiteten Aktenauszüge verlassen. So blieb bei der Anklage unbeachtet, dass Verwaltungsgerichte in einem Teil der Fälle bereits die ursprünglichen Abschiebeverbote der Bremer Außenstelle nach Bulgarien als rechtmäßig bestätigt hatten.³⁶ Das BAMF könnte also die Staatsanwaltschaft ähnlich in die Irre geführt haben, wie es diese den beschuldigten Rechtsanwälten in der Anklage vorwarf,³⁷ nämlich das rechtliche Schicksal vorhergehender Anträge bzw. Bescheide verschleiert zu haben.

Bei den monatelangen Überprüfungen stieg – anders als vermutet – die Anzahl der Verdachtsfälle nicht an, sondern verringerte sich. War im Dossier der Interimsleiterin noch von »mindestens 3332« Fällen die Rede und in den ersten Veröffentlichungen noch von 2000, wurde diese Zahl im Verlauf der Zeit in den veröffentlichten Meldungen stetig reduziert.³⁸ Am Ende verblieben im Abschlussbericht des BAMF 145 Fälle, in denen ganz bestimmt »manipuliert« worden sei.³⁹ Der Anklage wurden schließlich insgesamt 121 strafbare Handlungen zwischen Juni 2014 und März 2018 zugrunde gelegt.⁴⁰ In 95 Fällen sollte sich die ehemalige Behördenleiterin strafbar gemacht haben.⁴¹ Im November 2020 wandte sich ein Mitglied der Ermittlungsgruppe anonym an die Presse und schilderte, die Untersuchungen seien einseitig geführt worden und es habe sich, weil strafrechtliche Vorwürfe kaum substantiiert werden konnten, in der Gruppe »Verzweiflung breit gemacht«⁴². Die Folge waren interne Ermittlungen innerhalb der Staatsanwaltschaft Bremen,⁴³ die bisher nicht abgeschlossen sind.

26 *Schneider/Segadol Leue* (Fn. 24), Tabelle S. 568.

27 BT-Drs. 19/3839 v. 16.08.2018 (Antwort auf Fragen von MdB *Jelpeke*), S. 11. 28 O.V., Bericht: Ex-Bremer BAMF-Leiterin schuldig, Deutsche Welle 07.06.2018.

29 Deutsche Welle (Fn. 28).

30 *Schirrmeister*, Der Bamf-Skandal, der keiner ist, taz 13.06.2018.

31 *Schirrmeister* (Fn. 30).

32 *Hinrichs/Geyer*, Vorwürfe gegen Bremer Bamf abgemildert, Weser-Kurier 24.09.2018.

33 StA Bremen (Fn. 2), S. 2; *Hinrichs*, Aufarbeitung der Bremer Bamf-Affäre bindet die Polizei, Weser-Kurier 29.12.2018.

34 RA *Eisenberg*, Presseerklärung der Verteidigung v. 28.10.2020.

35 Vgl. zu den Grundlagen behördlicher Geheimhaltung im Strafverfahren *H.E. Müller*, Behördliche Geheimhaltung und Entlastungsvorbringen des Angeklagten, 1992.

36 Vgl. Dokumentation eines in der Anklage enthaltenen Falls, in dem das von der Angeschuldigten erlassene Abschiebeverbot nach Bulgarien vom VG Bremen (v. 02.10.2019 – 2 A 1955/19) als rechtmäßig bestätigt worden war, RA *Eisenberg* (Fn. 34).

37 Vgl. LG Bremen (Fn. 3) (BA S. 31, insoweit in diesem Heft nicht abgedr.).

38 Vgl. *H. E. Müller*, Der eigentliche BAMF-Skandal – erst der Rufmord, dann die Recherche?, Beck-Blog 14.06.2018 bis 16.10.2020.

39 Ohne Autor, Bamf schließt Überprüfung in Bremer Außenstelle ab, Zeit Online 07.09.2018.

40 StA Bremen (Fn. 2); *Sehl*, Was vom Bremer »BAMF-Skandal« übrig bleibt, LTO 17.11.2020.

41 StA Bremen, Anklageschrift v. 16.08.2019 – 311 Js 71761/17.

42 *Adelhardt/Eckstein*, Vorwürfe gegen Ermittler: Neue Wendung in sogenannter BAMF-Affäre, tagesschau 10.11.2020.

43 *Adelhardt/Eckstein* (Fn. 42).

E. Entwicklung der Berichterstattung

Zwei Monate nach den ersten Berichten über einen möglichen Korruptionsskandal beim Bremer BAMF kamen in der Berichterstattung Zweifel auf, ob die zunächst erhobenen Vorwürfe in ihrem Umfang berechtigt seien. Für Bestechlichkeit fand man in der Biografie der Hauptbeschuldigten keine Anhaltspunkte. Für ihre vergleichsweise flüchtlingsfreundliche Entscheidungspraxis plausibler schien ihr Engagement für geflüchtete jesidische Familien und gegen eine Abschiebung von Geflüchteten nach Bulgarien. Dieses Engagement sprach aber eher gegen kriminelle Motive. Dass die mitbeschuldigten Rechtsanwälte Busse organisiert haben sollten, ein zentraler Punkt in den ersten Meldungen, der wohl besondere Dreistigkeit dokumentieren sollte, entpuppte sich als Falschmeldung; die Busse waren von den Behörden organisiert worden, deren Fälle die Außenstelle Bremen übernehmen sollte. Und damit schließlich fiel auch der Vorwurf in sich zusammen, die Außenstelle sei für tausende der bearbeiteten Fälle gar nicht zuständig gewesen.

Eine Korrektur der ursprünglichen Berichterstattung erfolgte im Juni 2018 durch das TV-Magazin *Panorama* des NDR.⁴⁴ Ab diesem Zeitpunkt verlief die Presseberichterstattung im Wesentlichen in zwei Richtungen.⁴⁵ Die eine Tendenz ging dahin, der ursprüngliche »Skandal« habe immer weniger Substanz, da nach Überprüfung tausender von Bremer Asylakten immer weniger kriminelle Sachverhalte übrigblieben. Dies war nun die sich in regionalen Tageszeitungen,⁴⁶ im öffentlich-rechtlichen Rundfunk⁴⁷, aber z.B. auch auf *Focus Online*⁴⁸ verfestigende Position. Die Gegenrichtung, angeführt vom Nachrichtenmagazin *Der Spiegel*⁴⁹, *Stern*⁵⁰, in einzelnen Artikeln auch noch *Zeit Online*⁵¹ und *FAZ*⁵² erhielt im Wesentlichen die ursprüngliche Behauptung eines »BAMF-Skandals« aufrecht, der v.a. in unredlichen Absprachen zwischen Rechtsanwälten und der BAMF-Behördenchefin bestanden habe.

Im weiteren Verlauf wurden mehrfach Interna aus dem Ermittlungsverfahren berichtet. Unter anderem wurde von einem Staatsanwalt, die Unschuldsvermutung missachtend, gegenüber der Presse geäußert, man habe »zahlreiche Beweise für eine kriminelle Zusammenarbeit zwischen B. und jesidischen Rechtsanwälten und [...] in einem möglichen Strafprozess [werde es] nur noch darum gehen, ob Haftstrafen mit oder ohne Bewährung verhängt würden«.⁵³ Von *Zeit Online* wurde⁵⁴ aus den in den Ermittlungsakten enthaltenen E-Mails zwischen der Beamtin und einem Rechtsanwalt wörtlich zitiert, um eine romantische Beziehung zwischen den Beschuldigten als eigentlichen Motivhintergrund nahezu legen.⁵⁵ Lücken in der Berichterstattung waren vor allem in Bezug auf einen behördenkritischen Blick zu verzeichnen. Regelmäßig wurden weder die Ermittlungen des BAMF noch die Methoden der Staatsanwaltschaft und Polizei hinterfragt, obwohl mehrfach neue, sich widersprechende Zahlen angegeben sowie die Ermittlungsergebnisse mit uneindeutigen, rechtlich irrelevanten Begriffen wiedergegeben wurden (»manipuliert«, »kritikwürdig«). Erfahrene Journalist-inn-en bemerkten nicht, wie sie aus der Ermittlungsgruppe mit süffigen Details gefüttert wurden, um zu verdecken, dass man wenig von dem »hochkriminellen Verhalten« fand, das den Skandal ursprünglich einmal ausgelöst hatte. Es spricht einiges dafür, dass ausgerechnet aus der Mitte der Strafverfolgungsbehörden, die ja Ermittlungen zu Missständen in einer anderen Behörde führten, strafrechtliche Grenzen (§ 203 Abs. 2 StGB) überschritten

wurden, indem sie Journalisten vertrauliche Informationen mitteilten. Unabhängig davon liegt die eigentliche Gefahr einer proaktiven Pressearbeit von Staatsanwaltschaften in der psychologischen Selbstbindung der jeweiligen Ankläger. Wer sich öffentlich in der Bewertung frühzeitig festlegt, kann bei den Ermittlungen kaum mehr objektiv bleiben. Hier kommt hinzu, dass die mediale Aufmerksamkeit schon zu Beginn der Affäre eine massive Ausweitung des Ermittlungsaufwands veranlasste, der dann dazu motivieren kann, ihn durch entsprechend schwerwiegende Anklagevorwürfe zu legitimieren.

In der Medienberichterstattung wurde der für das Verständnis der Affäre wesentliche Aspekt, dass es sich bei den meisten Fällen um aus dem Nordirak und Syrien geflüchtete Jesiden handelte, nur gelegentlich erwähnt. Ohne Berücksichtigung dieser Zusammenhänge warf ein Artikel in der *FAZ*⁵⁶ die in Bremen weit überhöhte Schutzquote in die Debatte, die unkritisch aus den Prüfberichten übernommen wurde. Man fragte auch nicht nach, gegen welches »geltende Recht« genau in Bremen verstoßen worden sein sollte. Auch blieb unberücksichtigt, dass es sich in etlichen Fällen um von Abschiebung nach Bulgarien bedrohte Flüchtlinge gehandelt hatte. Die Behördenleiterin hatte in ihren Bescheiden die verwaltungsgerichtlichen Einschätzungen praktisch vorweggenommen zu einer Zeit, in der das BAMF grundsätzlich noch die gegenteilige Tendenz verfolgte. Insoweit ihre Bescheide später von den Verwaltungsgerichten bestätigt wurden, lag aber kaum kriminelles Verhalten nahe, sondern eine lediglich disziplinarrechtlich zu bewertende Insubordination. Kurz vor der Anklageerhebung drängte sich *Bild am Sonntag* mit der Falschmeldung in den Vordergrund, es würden »200 Fälle des Betrugs und Asylmissbrauchs« angeklagt.⁵⁷ Auch die einen Tag vor der Anklageerhebung im *Spiegel* publizierten Einzelheiten der Anklage waren fehlerhaft, denn die dort mitgeteilte Anklage wegen Bestechlichkeit gab es nicht.⁵⁸

F. Rufschaden für die Beschuldigten

Die Berichterstattung hatte erheblichen Rufschaden für die beschuldigten Rechtsanwälte und die Beamtin zur Folge. Auch wenn die genannten Presseorgane ihren Namen nicht nannten, war es trotzdem jedem Interessierten ohne weiteres möglich, innerhalb kürzester Zeit die Identität der Be-

44 *Panorama* 3, Zweifel an der BAMF-Affäre, NDR 13.06.2018.

45 H. E. Müller (Fn. 38).

46 Insbesondere die Bremer Tageszeitung *Weser-Kurier* berichtete nachhaltig über die Entwicklungen und wechselte im Verlauf die Tonlage.

47 Vor allem *NDR* und *Radio Bremen* schienen bestrebt, ihre Fehler bei der Erstveröffentlichung der Vorwürfe durch kritische Recherche wertzumachen.

48 *Willner*, 26 Entscheidungen falsch: Zahl zeigt, wie der Bremer Bamf-Skandal in sich zusammenbricht, *Focus Online* 08.08.2018

49 *Gudel/Wiedmann-Schmidt*, Die verräterischen Nachrichten auf dem Handy der Ulrike B., *Der Spiegel* 26/2018.

50 *Herrnkind*, Anklage gegen frühere Bremer Bamf-Chefin: von wegen kein Skandal, *Stern.de* 20.09.2019.

51 *Klingst*, Bamf-Skandal. Betreff: Wunschliste, *Zeit Online* 21.03.2019.

52 *Bingenerl/Bubrowski*, Die einen wollten manipulieren, die anderen nicht beaufichtigen, *FAZ* 20.09.2019.

53 *Klingst* (Fn. 51), im Netz auffindbar bis zu einer Entscheidung des VG Bremen; *Stengel*, Bremer Staatsanwaltschaft muss schweigen, *Der Tagesspiegel* 09.05.2019.

54 *Klingst* (Fn. 51).

55 *Klingst* (Fn. 51).

56 *Bingenerl/Bubrowski* (Fn. 52).

57 *Faltermann*, »Bild am Sonntag«: Bamf-Affäre: Offenbar Anklage gegen Ulrike B., *Weser-Kurier* 01.09.2019.

58 *Gudel/Wiedmann-Schmidt*, Staatsanwaltschaft klagt Ex-Leiterin und zwei Anwälte an, *Spiegel Online* 18.09.2019.

schuldigten zu benennen und zu verbreiten. Anders als in der Öffentlichkeit bekannte Politiker stehen nicht prominenten Personen, die auf diese Art an den Pranger gestellt werden, nur wenige Möglichkeiten zur Verfügung, sich in der Öffentlichkeit zu verteidigen. Hier hatte das BAMF zudem seiner (suspendierten) Beamtin keine Aussagegenehmigung erteilt. Monatelang wurde den Strafverteidigern keine Akteneinsicht gewährt, so dass die Beschuldigten nicht wussten, welche Fälle ihnen konkret vorgeworfen wurden. Auch nachdem im Juni 2018 Zweifel an der Erstberichterstattung aufkamen, blieb das angebliche skandalöse Fehlverhalten der Beschuldigten noch monatelang in der Berichterstattung präsent.

G. Strafrechtliche Bewertung

I. Zuständigkeit

Die ersten öffentlichen Vorwürfe basierten auf der Vorstellung, die Außenstelle Bremen sei für die meisten der in Diskussion stehenden Fälle gar nicht zuständig gewesen und allein daraus ergebe sich möglicherweise schon die Strafbarkeit der Hauptbeschuldigten. Das BAMF ist als Bundesbehörde jedoch zentral zuständig für alle Anträge im Asylverfahren. In den dezentralen Außenstellen der Bundesbehörde, eingerichtet bei den Erstaufnahmeeinrichtungen der Länder, müssen die Asylsuchenden nach § 23 AsylG jeweils persönlich Anträge stellen und werden dort angehört. Insofern folgt die Zuständigkeit der Außenstellen grundsätzlich der Verteilung von ankommenden Menschen auf die Bundesländer bzw. deren Erstaufnahmeeinrichtungen. Hinsichtlich der größten zehn Herkunftsländer, darunter Syrien und Irak, erfolgt dabei die zahlenmäßige Verteilung dem Königsteiner Schlüssel. Für Asylbewerber aus anderen Herkunftsländern, zu deren Beurteilung auch genauere Kenntnisse zu den Flucht- und Asylgründen sinnvoll sind, sind einige Aufnahmeeinrichtungen und damit auch BAMF-Außenstellen spezialisiert. Die geflüchteten Personen kommen in der Erstaufnahmeeinrichtung an und stellen bei der jeweils angegliederten Außenstelle des BAMF ihren Asylantrag, bevor eine weitere Verteilung auf die Kommunen erfolgt. Bei dem sehr starken Anstieg der Antragstellerzahlen schon ab dem Jahr 2014 war dieses Verteilungssystem nicht mehr einzuhalten. Die Verteilung der Geflüchteten auf Kommunen in der Fläche fand schon statt, bevor ein Asylantrag gestellt wurde. Um den alsbald entstehenden Rückstau zu bewältigen, wurde deshalb die bestehende Zuständigkeitsregelung der BAMF-Außenstellen, die der Verteilung in die und innerhalb der Bundesländer folgte, seitens der Leitung teilweise gelockert bzw. aufgegeben.⁵⁹ Zwar wurde damit von § 23 AsylG abgewichen, aber die internen Zuständigkeitsverteilungen berühren nicht die Rechtmäßigkeit nach außen. Infolgedessen bearbeitete die Außenstelle Bremen auch Erstanträge aus NRW und Niedersachsen. Die angeklagten Fälle betrafen »schwerpunktmäßig« Folgeanträge,⁶⁰ bei denen die interne örtliche Zuständigkeitsverteilung während der Flüchtlingskrise ebenfalls zumindest faktisch aufgehoben war.⁶¹ Ob wegen der allgemeinen Überlastung des BAMF auch eigentlich unzuständige Außenstellen intern befugt waren, Folgeanträge zu bearbeiten, ist unklar. Die Angeklagte hat hier möglicherweise Bescheide erlassen, ohne intern dafür zuständig zu sein, aber diese Bescheide waren dennoch rechtmäßig, so dass der (weitere) Aufenthalt der Antragsteller legal war bzw. legalisiert wurde.

Im Eröffnungsbeschluss wird diesbezüglich ausgeführt, man könne es nicht den Verfahrensbevollmächtigten zum strafrechtlichen Vorwurf machen, wenn eine Abweichung von internen Zuständigkeitsregeln zugunsten ihrer Mandanten erfolgte, selbst wenn dies auf einer unüblichen Absprache mit der Behördenleiterin beruht.⁶² Aufgrund der im asyl- und ausländerrechtlichen Nebenstrafrecht geltenden Verwaltungsrechtsakzessorietät können verwaltungsrechtlich rechtmäßige Bescheide auch grundsätzlich nicht Grundlage eines strafrechtlichen Vorwurfs werden, wenn der Straftatbestand auf die Illegalität des Aufenthalts abstellt. Sofern die Anträge materiell richtig bearbeitet wurden, entfällt damit ein strafrechtlicher Vorwurf, d.h. die vormalige Leiterin der Außenstelle könnte wegen eines Verstoßes gegen die Zuständigkeit betreffende behördeninterne Regelungen nur disziplinarisch belangt werden.

II. Kurze Anmerkung zum Eröffnungsbeschluss

Die Anklage warf den Beschuldigten vor, im kollusiven Zusammenwirken insbesondere ausländer- und asylrechtsbezogene Straftatbestände verwirklicht zu haben, §§ 95, 96 AufenthG einerseits, § 84 AsylG andererseits.⁶³ Insbesondere in der Bewertung dieser Tatbestände folgte das *LG Bremen* der Anklage in den meisten Punkten nicht.

1. § 95 AufenthG

Die den angeschuldigten Rechtsanwälten in der Anklage vorgeworfene Verstöße gegen § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG kamen nach Ansicht der *Kammer* im Einklang mit der ganz h.M. nicht in Betracht, weil die Angaben im Asylverfahren nicht unmittelbar dazu dienen, einen Aufenthaltstitel zu erlangen.⁶⁴

2. § 96 AufenthG

a) Rechtsanwälte

Zwei Rechtsanwälten wurde in der Anklage das »Einschleusen von Ausländern« nach § 96 Abs. 1 und 2 AufenthG vorgeworfen, eine als Täterschaft konstruierte Teilnahmehandlung an der illegalen Einreise bzw. dem illegalen Aufenthalt. In den meisten dieser Fälle hat das *LG Bremen* die Anklage nicht zum Hauptverfahren zugelassen. Dabei argumentiert das *LG* analog zur eingeschränkten Strafbarkeit des Strafverteidigers nach § 258 StGB und im Einklang mit der h.M., dass die berufstypische Pflichterfüllung im Asylverfahren nur unter engen Voraussetzungen als strafrechtlich relevantes Anstiften oder Hilfeleisten zu werten ist.⁶⁵ So werden insbesondere prozesstaktische Vorgehensweisen, selbst wenn sie mit rechtlich fragwürdiger Begründung oder in Absprache mit der angeklagten Behördenleiterin geschehen sind, als strafrechtlich unbeachtlich eingestuft.

59 Der Erlass der BAMF-Zentrale vom 30.12.2014 wird dokumentiert von *Sens-rott*, Der Skandal, der keiner war: Mit diesem Erlass nahm die BAMF-Affäre ihren Anfang, *FragDenStaat* 26.11.2018.

60 StA Bremen (Fn. 2), S. 1.

61 § 71 AsylG regelt dies in Abhängigkeit von der früheren örtlichen Zuständigkeit bzw. durch Antragstellung bei der Zentrale des Bundesamts.

62 Vgl. *LG Bremen* (Fn. 3) (in diesem Heft).

63 StA Bremen (Fn. 41).

64 *LG Bremen* (Fn. 3) (in diesem Heft).

65 *LG Bremen* (Fn. 3) (in diesem Heft).

b) Behördenleiterin

Hinsichtlich der angeklagten Behördenleiterin argumentiert das *LG* im Ergebnis zutreffend, sie komme deshalb nicht als Täterin des § 96 Abs. 1 AufenthG in Betracht, weil sie das Merkmal »Erlangen eines Vermögensvorteils« nicht in eigener Person verwirklicht habe.⁶⁶ Unzutreffend stellt die *Kammer* in diesem Zusammenhang darauf ab, es handle sich beim »Vermögensvorteil« um ein »täterbezogenes Merkmal nach § 28 Abs. 2 StGB«. § 28 Abs. 2 StGB gilt nämlich nur für besondere persönliche Merkmale, die eine Strafdrohung verschärfen oder mildern. Die Erlangung eines Vermögensvorteils in § 96 AufenthG ist jedoch ein strafbegründendes Merkmal, ohne welches schon das Grunddelikt nicht verwirklicht ist. Im Ergebnis ist dem *LG Bremen* jedoch zuzustimmen, dass der Vermögensvorteil nicht wie andere objektive Merkmale nach § 25 Abs. 2 StGB zugerechnet werden kann, sondern von der Täterperson selbst verwirklicht werden muss.⁶⁷

Dass die Angeklagte zum illegalen Aufenthalt Hilfe geleistet habe, wird verneint. Ihre Handlungen hätten ja gerade zur Folge gehabt, den Aufenthalt zu legalisieren⁶⁸ und insofern bestehe auch eine »strenge Verwaltungsrechtsakzessorietät«. In der Begründung kommt der Angeklagten zudem die erst nach Anklageerhebung ergangene Entscheidung des *BVerwG* zugute, nach der in unionsrechtskonformer Auslegung EU-Mitgliedsstaaten keine »Drittstaaten« i.S.d. §§ 26a Abs. 2, 71 Abs. 5 S. 2 AsylG sein könnten.⁶⁹ Da es auch in dem vom *BVerwG* entschiedenen Fall um die Frage der Behandlung von Asylsuchenden im EU-Mitgliedsstaat Bulgarien ging, wird im Eröffnungsbeschluss damit auch die – frühzeitige – Ablehnung von Abschiebungen nach Bulgarien (straf-)rechtlich bestätigt.

Generell folgt der Eröffnungsbeschluss der Einsicht, dass das ausländerrechtliche Nebenstrafrecht grundsätzlich nicht dem Zweck der Einhaltung der Verfahrensvorschriften des AsylG dient. Materiell rechtmäßige Entscheidungen bleiben genauso wie unvorsätzliche Fehlentscheidungen strafrechtlich unbeachtlich, auch wenn dabei die innerbehördliche Disziplin verletzt wird. Eine vorsätzliche Fehlanwendung des (Verfahrens-)Rechts könnte der Angeklagten nur im Rahmen einer Rechtsbeugung (§ 339 StGB) vorgeworfen werden, wozu sie aber keine taugliche Täterin ist.⁷¹

3. § 84 AsylG

Mit § 84 AsylG soll das Asylverfahren vor falschen Angaben und damit vor materiell falschen Entscheidungen geschützt werden. Vom Entstehungsanlass her und auch im Wortlaut steht auch § 84 AsylG im Kontext der Bekämpfung des »Schlepperunwesens«. Der Wortlaut der Vorschrift geht zurück auf § 47a AuslG a.F.⁷² Der Rechtsausschuss hat sich damals mit seiner Empfehlung durchgesetzt, falsche Angaben der Antragsteller selbst straflos zu lassen, um zu vermeiden, dass diejenigen, die man als Zeugen zur Überführung der »Schlepper« benötigt, sich auf § 55 StPO berufen können.⁷³ Das gesetzgeberische Motiv, »Schlepper« bzw. »Schleuser« zu kriminalisieren, wurde dabei durch das Merkmal des »Vermögensvorteils« unterstrichen. Da man später zu der Überzeugung kam, dieses Merkmal ließe sich in der Praxis kaum nachweisen, wurde es im Jahr 1985 gestrichen,⁷⁴ noch bevor der Tatbestand in das Nachfolgegesetz als § 84 AsylG über-

nommen wurde. Schon bei der Änderung dieser Norm wurde im Innenausschuss diskutiert, wie man verhindern könne, dass Rechtsanwälte bei Vertretung ihrer Mandanten kriminalisiert werden.⁷⁵ Nach wie vor setzt der Tatbestand allerdings voraus, dass ein Asylbewerber selbst die falschen Angaben macht. Sind die Angaben – wie hier ermittelt – vom Verfahrensbevollmächtigten ohne Rücksprache mit dem Mandanten vorgetragen worden, scheidet auch eine Täterstrafbarkeit der »unterstützenden« Beamtin aus, wovon auch schon die Anklage ausging.⁷⁶ Plausibel führt nun die *Kammer* in ihrem Eröffnungsbeschluss aus, dass auch der mit der Anklage erhobene Vorwurf des Versuchs nicht trägt.⁷⁷ Ebenso wenig seien die Tatbestände des § 348 StGB und § 267 StGB erfüllt.⁷⁸

4. Verbleibende Vorwürfe

Das *LG Bremen* hat das Hauptverfahren gegen einen der angeschuldigten Rechtsanwälte und die ehemalige Behördenleiterin eröffnet. Die Fallzahlen zu den ausländerstrafrechtlichen Vorwürfen sind gegenüber der Anklage erheblich reduziert worden, die Anordnung eines vorläufigen Berufsverbots nach § 132a StPO gegen den angeklagten Rechtsanwalt wird abgelehnt.⁷⁹ Gegen die angeklagte Behördenleiterin werden nur noch Vorwürfe aus dem StGB erhoben, die Vorteilsannahme in zwei Fällen betreffend die Zahlung von Hotelrechnungen durch die beschuldigten Rechtsanwälte (§ 331 StGB), die Fälschung beweisrelevanter Daten (§ 269 StGB) und in einem Teil der angeklagten Fälle die Verletzung von Dienstgeheimnissen (§ 353b StGB).⁸⁰

H. Vorläufiges Fazit

Der BAMF-Skandal hat zwar auch Schwächen des Systems »BAMF« offengelegt, aber in größerem Ausmaß solche der Strafverfolgung im Umfeld medienwirksamer Vorwürfe in politisch konfliktreichen Angelegenheiten. Strafrechtliche Ermittlungen geraten in Gefahr, politisch instrumentalisiert zu werden, und die Berichterstattung gerät in Gefahr, von der Strafverfolgung instrumentalisiert zu werden. In der Gemengelage von Interessen der Parteipolitik und Medienberichterstattung bleibt für objektive und faire Ermittlungen nur noch wenig Raum. Am Ende erscheinen die Beschuldigten schon vor der Anklageerhebung und unabhängig von einer Hauptverhandlung bestraft.

66 *LG Bremen* (Fn. 3) (in diesem Heft).

67 *LG Bremen* (Fn. 3) (in diesem Heft) mit zutr. Hinweis auf BGH StV 2016, 626 (629 Tz. 33) und BGH StV 2018, 565 (565 Tz. 5).

68 *LG Bremen* (Fn. 3) (in diesem Heft).

69 *LG Bremen* (Fn. 3) (in diesem Heft).

70 *LG Bremen* (Fn. 3) (in diesem Heft) mit Bezug auf *BVerwG*, Urt. v. 17.06.2020 – 1 C 35/19 Tz. 11 f.

71 *LG Bremen* (Fn. 3) (in diesem Heft).

72 Eingefügt 1981 durch das »Gesetz zur Bekämpfung der illegalen Beschäftigung (BillBG)«, BGBl. I 1981, 1390 (1394) und im Jahr darauf wortgleich als »Verleitung zur missbräuchlichen Antragstellung« in das neue Asylverfahrensgesetz (§ 36 AsylVfG a.F.).

73 BT-Drs. 9/1630 v. 16.05.1982, S. 28.

74 BT-Drs. 10/3678, S. 5 f.

75 BT-Drs. 10/6416, S. 29.

76 *LG Bremen* (Fn. 3) (in diesem Heft).

77 *LG Bremen* (Fn. 3) (in diesem Heft).

78 *LG Bremen* (Fn. 3) (BA S. 44 f. u. S. 51 f., insoweit in diesem Heft nicht abgedr.).

79 *LG Bremen* (Fn. 3) (BA S. 54 ff., insoweit in diesem Heft nicht abgedr.).

80 *LG Bremen* (Fn. 3) (BA S. 2 u. 46, insoweit in diesem Heft nicht abgedr.).

Das strafrechtliche (Schutz)waffen- und Vermummungsverbot – Ein Fall für das Fußballstadion?

Dipl.-Jur. Till Pörner, Potsdam*

Die Rechtsprechung war zuletzt mehrfach mit der Frage beschäftigt, ob das strafrechtliche (Schutz)waffen- und Vermummungsverbot auch im Fußballstadion Anwendung findet. Dieses ist im Versammlungsgesetz (VersG) geregelt, weshalb auch der Strafrechtler mit den oft stark durch das Verfassungsrecht geprägten Regelungsgegenständen umgehen können muss. Der Beitrag fasst die wesentlichen Aussagen der Gerichte zusammen und untersucht diese Rechtsfrage im Anschluss anhand einer systematischen Betrachtung der entsprechenden Normen.

A. Problematik

Die §§ 17a, 27 VersG¹ normieren ein (Schutz)waffen- und Vermummungsverbot für bestimmte Arten von Versammlungen, Aufzügen und Veranstaltungen. Gerichte hatten zuletzt vermehrt die Anwendung dieser Norm auf Spiele im Fußballstadion zu prüfen. Immer wieder kommt es in diesem Kontext zu Straftaten, insbesondere im Bereich der Körperverletzungs- und Sachbeschädigungsdelikte, aber auch zu Verstößen gegen das Sprengstoff- oder Waffengesetz, die vor allem deshalb meist nicht effektiv verfolgt werden können, da aufgrund von Vermummung die Identität der jeweiligen Täter nicht festzustellen ist. Auch aus diesem Grunde dürfte die Justiz zuletzt verstärkt versucht haben, Strafen nach den Vorschriften des VersG zu verhängen. Im Kern geht es dabei um die Frage, ob Fußballspiele überhaupt in den Anwendungsbereich der Norm fallen, insbesondere das Tatbestandsmerkmal »unter freiem Himmel« erfüllt ist.

B. Entscheidungen der Gerichte

Die wesentlichen Aussagen der Rechtsprechung lassen sich hinsichtlich zwei Fragen unterscheiden, nämlich derjenigen, ob einerseits die örtlichen Voraussetzungen der §§ 17a, 27 VersG bei Fußballspielen gegeben sind und andererseits, die jeweiligen Tathandlungsmodalitäten erfüllt wurden.

I. Das Fußballstadion als tauglicher »Tatort«?

Mit einer Ausnahme besteht unter den Gerichten Einigkeit darüber, dass Fußballspiele eine öffentliche Veranstaltung unter freiem Himmel darstellen. Teils wird dies ohne nähere Begründung angenommen.²

Erstmals inhaltlich ging das *AG Nürnberg* auf diese Frage ein, dessen Urteil nach erfolgreicher Rechtsbeschwerde durch das *OLG Bamberg* allerdings aufgehoben wurde.³ Das *AG* trennte auch in der Neuverhandlung die Begriffe der »Öffentlichkeit« und »unter freiem Himmel«. Der Besuch des Fußballspiels sei zwar keine Versammlung, aber eine öffentliche Veranstaltung, da die Teilnahme auf einen nicht individuell feststehenden Personenkreis beschränkt sei.⁴ Es handele sich allerdings um keinen Ort unter freiem Himmel, da das Stadion nach allen Seiten durch kontrollierte und beherrschbare Zugänge abgeschottet sei.⁵ Nur bei Fehlen einer solchen Umgrenzung bestehe die Gefahr des Aufeinandertreffens mit Dritten und ein daraus

resultierendes höheres, weniger beherrschbares Konfliktpotential.⁶ Es läge somit keine öffentliche Veranstaltung unter freiem Himmel vor.⁷ Das *OLG* hatte ein solches erhöhtes Konfliktpotential jedoch angenommen, da das Stadion trotz räumlicher Abgrenzung ein grundsätzlich für jedermann zugänglicher Ort sei.⁸ An diesen Ausführungen hielt das *Gericht* auch nach der Neuverhandlung fest.⁹ Einer Rechtsauffassung, der das *OLG Hamm*¹⁰ und das *LG Nürnberg-Fürth*¹¹ folgen.

II. Tathandlungen des § 27 Abs. 2 VersG

Weniger kontrovers erscheinen die Ausführungen zu den Tathandlungen. Mehrere Gerichte sahen im Tragen von (Schlauch)schals und Sturmhauben während des Zündens pyrotechnischer Gegenstände eine Aufmachung, die geeignet und dazu bestimmt ist, die Feststellung der Identität zu verhindern, und somit einen Verstoß gegen das strafrechtliche Vermummungsverbot in § 27 Abs. 2 Nr. 2 VersG.¹² Dies wurde für den Fall des Verbergens unter einer Blockfahne nicht einheitlich bewertet.¹³ Zudem wurde das Tragen eines Mundschutzes¹⁴ bzw. von Boxbandagen¹⁵ als Mitsichführen von Schutzwaffen und somit als Verstoß gegen § 27 Abs. 2 Nr. 1 Alt. 1 VersG angesehen.

C. Rechtliche Würdigung

Die aufgezeigten Wertungen der Gerichte gilt es nunmehr kritisch zu hinterfragen und auf ihre Rechtsfehlerfreiheit zu überprüfen. Auch hierbei soll zunächst auf die örtlichen Voraussetzungen eingegangen werden, ehe die Tathandlungsmodalitäten aufgezeigt werden.

I. Örtliche Voraussetzungen des § 27 VersG

Die Tatortvoraussetzungen des § 27 VersG variieren innerhalb der beiden Absätze. So greift Abs. 1 lediglich bei »öffentlichen

* *Verf.* ist Wiss. Hilfskraft am Lehrstuhl für Strafrecht, Jugendstrafrecht und Kriminologie der Universität Potsdam. Er dankt Herrn Prof. Dr. Wolfgang Mitsch für die wertvollen Anmerkungen.

- Im Zuge der Föderalismusreform ging die Gesetzgebungskompetenz im Versammlungsrecht auf die Länder über. Davon wurde bisher nur vereinzelt Gebrauch gemacht, im Übrigen gilt gem. Art. 125a Abs. 1 GG Bundesrecht fort. Im Beitrag werden die Normen des VersG des Bundes behandelt.
- LG Dresden, Beschl. v. 28.02.2007 – 3 Qs 20/07, juris Rn. 9; OLG Frankfurt NStZ-RR 2011, 257; OLG Zweibrücken StV 2020, 181 (182).
- OLG Bamberg NStZ 2016, 487.
- AG Nürnberg, Urt. v. 12.05.2016 – 431 OWi 403 Js 43039/15, juris Rn. 40; zust. insofern auch OLG Bamberg NStZ 2016, 487 (488); OLG Hamm NStZ-RR 2017, 390 (391); LG Nürnberg-Fürth SpuRt 2019, 84 (85).
- AG Nürnberg, Urt. v. 12.05.2016 (Fn. 4), Rn. 35.
- AG Nürnberg, Urt. v. 12.05.2016 (Fn. 4), Rn. 78.
- AG Nürnberg, Urt. v. 12.05.2016 (Fn. 4), Rn. 32.
- OLG Bamberg NStZ 2016, 487 (488).
- OLG Bamberg SpuRt 2017, 248 (249).
- OLG Hamm NStZ-RR 2017, 390 (391).
- LG Nürnberg-Fürth SpuRt 2019, 84 (85).
- OLG Hamm NStZ-RR 2017, 390 (391).
- Bejahend LG Nürnberg-Fürth SpuRt 2019, 84 (85); abl. OLG Zweibrücken StV 2020, 181 (182), da die Blockfahne das körperliche Erscheinungsbild eines Einzelnen nicht unmittelbar verändere.
- LG Dresden, Beschl. v. 28.02.2007 (Fn. 2), Rn. 7 f.; OLG Frankfurt NStZ-RR 2011, 257 (258).

Versammlungen oder Aufzügen«. Abs. 2 erweitert dies um »sonstige öffentliche Veranstaltungen«, verlangt allerdings einschränkend einen Ort »unter freiem Himmel«.

1. Fußballspiele als Versammlungen, Aufzüge oder sonstige Veranstaltungen?

Zunächst muss der Besuch des Fußballstadions eine Versammlung, einen Aufzug oder sonstige Veranstaltung darstellen. Versammlung meint die örtliche Zusammenkunft mehrerer Personen zur Verfolgung eines gemeinsamen Zwecks.¹⁶ Ein Aufzug ist eine sich fortbewegende Versammlung.¹⁷ Die Frage, wann von mehreren Personen gesprochen werden kann,¹⁸ erlangt aufgrund der Vielzahl von Zuschauern im Stadion zumeist keine Bedeutung.

In der Zweckverfolgung, die eine innere Verbindung zwischen den Teilnehmern begründet, liegt der Unterschied zur bloßen Ansammlung.¹⁹ Die Stadionbesucher, die als »Konsumenten« allein das sportliche Geschehen auf dem Feld verfolgen wollen, können somit keine Versammlung bilden.²⁰ Umstritten aber sind die genauen Anforderungen an die Zweckverfolgung. Bei einem weiten Verständnis könnte dies auch auf rein unterhaltende oder kommerzielle Veranstaltungen zutreffen, solange die Personen einander für die Erreichung ihres Zwecks brauchen.²¹ Dann würde man zumindest für den Teil der Fans, die in einem sog. Fanmarsch den Weg ins Stadion gemeinsam beschreiten oder ihr Team durch einstudierte Choreographien und Fangesänge anfeuern, eine Versammlung annehmen können.²² Diese Zuschauergruppe verfolgt im Stadion neben der Beobachtung des Spiels zugleich das Ziel, in kollektiver Verbundenheit gemeinsam »ihr« Team zu unterstützen. Um diesen Zweck erreichen zu können, brauchen diese Fans einander. Demgegenüber verfolgt die Rechtsprechung des *BVerfG* und die ganz h.M. in der Literatur ein engeres Zweckverständnis und verlangt die gemeinschaftliche und auf Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtete Erörterung oder Kundgebung.²³ Für diese engere Auffassung spricht der historische Ursprung der Versammlungsfreiheit als Teil der kollektiven Meinungsbildung und -kundgabe.²⁴ Speziell für das *VersG* streitet auch die Differenzierung in § 17a *VersG*, welcher zwischen Versammlungen und sonstigen Veranstaltungen unterscheidet, für dieses Verständnis.²⁵ Nun mag man einwerfen können, bestimmte Fanggruppierungen gäben durchaus politische Forderungen und Statements, etwa in Form von Bannern, Flugblättern oder Gesängen, kund.

Dies allein macht das Stadionerlebnis nach h.M. jedoch noch nicht zu einer Versammlung. Erforderlich ist vielmehr, dass das Gesamtgepräge der Zusammenkunft auf die Teilhabe an der öffentlichen Meinungsbildung gerichtet ist.²⁶ Im Fußballstadion nehmen derartige Kundgaben allerdings lediglich eine untergeordnete Rolle ein, primär geht es um die gemeinsame Unterstützung des Teams. Insofern wird man Fußballspiele nicht als Versammlungen im Sinne des *VersG* ansehen können.²⁷ Dies gilt entsprechend für den Aufzug. Demgegenüber sind sonstige Veranstaltungen organisierte örtliche Zusammenkünfte gleich zu welchem Zweck.²⁸ Dies trifft auch auf Fußballspiele zu.²⁹ Wenngleich sich die Gerichte mit dieser Abgrenzungsfrage selten auseinandersetzen, verdienen sie somit im Ergebnis Zustimmung. Da Fußballspiele nach ganz h.M. keine Versammlungen oder Aufzüge darstellen, kommt in diesem Zusammenhang einzig eine Strafbarkeit nach § 27 Abs. 2 *VersG* in Betracht.

2. Öffentlichkeit der Veranstaltung bei Fußballspielen

Die Veranstaltung müsste zudem öffentlich sein, was dann anzunehmen ist, wenn sie grundsätzlich für jedermann zugänglich ist.³⁰ Dies trifft auf Fußballspiele zu. Dem steht auch nicht entgegen, dass hierfür die Vorlage einer Eintrittskarte erforderlich ist, denn grundsätzlich kann jedermann ein Ticket erwerben.³¹

3. Das Fußballstadion als Ort unter freiem Himmel?

Weiter muss es sich beim Fußballstadion auch um einen Ort unter freiem Himmel handeln. Dies ist nicht streng wörtlich, sondern nach dem Normzweck und in Abgrenzung zu den Versammlungen in geschlossenen Räumen zu verstehen.³² Geschlossen meint eine räumliche Umschließung zu den Seiten, sodass der Zutritt nur kontrolliert durch bestimmte Eingänge erfolgen kann.³³ Demgegenüber sind Veranstaltungen unter freiem Himmel nach den Seiten hin nicht zur Umwelt abgegrenzt und somit allgemein zugänglich.³⁴ Derartige Veranstaltungen sind aufgrund des unüberschaubaren Teilnehmerkreises und der möglichen Vermischung mit dem allgemeinen Publikumsverkehr besonders störungs- und gefahrträchtig.³⁵ Zutritt zum Stadion erhalten aber nur diejenigen, die die Einlassvoraussetzungen erfüllen, insbesondere eine Eintrittskarte erworben haben. Dies wird an den Eingängen durch Ordnungspersonal kontrolliert und ein unberechtigter Zutritt zudem durch eine räumliche Umschließung des Stadions, etwa mittels Mauern oder Zäunen, verhindert.³⁶ Auch die Öffnung der Tribünen in Spielfeldrichtung ändert an der

15 LG Dresden, Beschl. v. 28.02.2007 (Fn. 2), Rn. 10.

16 Maunz/Dürig-GG/Depenheuer, 90. EL 02/2020, Art. 8 Rn. 46; Sachs-GG/Höfling, 8. Aufl. 2018, Art. 18 Rn. 14.

17 VG Köln NJW 1983, 1212; Dietel/Gintzel/Kniesel-VersG, 18. Aufl. 2019, § 1 *VersG* Rn. 10 f.; MüKo-StGB/Tölle, 3. Aufl. 2017, § 21 *VersG* Rn. 16.

18 MüKo-StGB/Tölle (Fn. 17), § 21 *VersG* Rn. 12; Sachs-GG/Höfling (Fn. 16), Art. 8 Rn. 13.

19 Erbs/Kohlhaas-Strafrechtliche Nebengesetze/Wache, 231. EL 07/2020, § 1 *VersG* Rn. 20.

20 MüKo-StGB/Tölle (Fn. 17), § 21 *VersG* Rn. 14; Sachs, Verfassungsrecht II, 3. Aufl. 2017, Kap. 20 Rn. 3; Sachs-GG/Höfling (Fn. 16), Art. 8 Rn. 19.

21 Sachs (Fn. 20), Kap. 20 Rn. 4.

22 Dietel/Gintzel/Kniesel-VersG (Fn. 17), Teil I A. Rn. 72; wohl auch Maunz/Dürig-GG/Depenheuer (Fn. 16), Art. 8 Rn. 47; Sachs (Fn. 20), Kap. 20 Rn. 4.

23 BVerfGE 104, 92 (104); BVerfGE 128, 226 (250); Hömig/Wolff-GG, 12. Aufl. 2018, Art. 8 Rn. 2; Kretschmer NSZ 2015, 504 (505).

24 Hömig/Wolff-GG (Fn. 23), Art. 8 Rn. 1; MüKo-StGB/Tölle (Fn. 17), § 21 *VersG* Rn. 14.

25 MüKo-StGB/Tölle (Fn. 17), § 21 *VersG* Rn. 14.

26 BVerwG, Urt. v. 16.05.2007 – 6 C 23/06, juris Rn. 16; BVerwG NVwZ 2007, 1434; Hömig/Wolff-GG (Fn. 23), Art. 8 Rn. 2; Stern/Becker-GG/Blanke, 3. Aufl. 2019, Art. 8 Rn. 24; a.A. Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke-GG/Müller-Franken, 14. Aufl. 2017, Art. 8 Rn. 11.

27 So auch AG Nürnberg, Urt. v. 12.05.2016 (Fn. 4), Rn. 40.

28 MüKo-StGB/Tölle (Fn. 17), § 27 *VersG* Rn. 14.

29 Dietel/Gintzel/Kniesel-VersG (Fn. 17), § 17a *VersG* Rn. 3; Erbs/Kohlhaas-Strafrechtliche Nebengesetze/Wache (Fn. 19), § 17a *VersG* Rn. 1; Kretschmer NSZ 2015, 504; MüKo-StGB/Tölle (Fn. 17), § 27 *VersG* Rn. 14.

30 Dietel/Gintzel/Kniesel-VersG (Fn. 17), § 17a Rn. 3; Erbs/Kohlhaas-Strafrechtliche Nebengesetze/Wache (Fn. 19), § 17a *VersG* Rn. 1; Kretschmer NSZ 2015, 504 (506).

31 Erbs/Kohlhaas/Wache (Fn. 19), § 1 *VersG* Rn. 25.

32 BVerfGE 128, 226 (255 f.); Hömig/Wolff-GG (Fn. 23), Art. 8 Rn. 12.

33 MüKo-StGB/Tölle (Fn. 17), § 25 *VersG* Rn. 6; Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke-GG/Müller-Franken (Fn. 26), Art. 8 Rn. 38.

34 Hömig/Wolff-GG (Fn. 23), Art. 8 Rn. 12; MüKo-StGB/Tölle (Fn. 17), § 25 *VersG* Rn. 6.

35 BVerfGE 128, 226 (255 f.); Frowein NJW 1969, 1081 (1083); Erbs/Kohlhaas/Wache (Fn. 19), § 1 *VersG* Rn. 27; Maunz/Dürig-GG/Depenheuer (Fn. 16), Art. 8 Rn. 133; MüKo-StGB/Tölle (Fn. 17), § 25 *VersG* Rn. 6; Sachs (Fn. 20), Kap. 20 Rn. 18.

36 AG Nürnberg, Urt. v. 12.05.2016 (Fn. 4), Rn. 71.

räumlichen Umschließung nichts.³⁷ Innen- und Zuschauerbereich bilden vielmehr einen gemeinsamen Ort, das Stadion. Dieses ist nach außen räumlich von der Umwelt abgegrenzt. Auf die Überdachung kommt es nach dem Normzweck nicht an.³⁸ Dies würde ansonsten in den Arenen in Frankfurt und Gelsenkirchen, die beide ein schließbares Dach haben, zu den skurrilen Ergebnissen führen, dass je nachdem, ob dieses offen oder geschlossen ist, eine Veranstaltung unter freiem Himmel vorliegt oder nicht. Das kann nicht richtig sein. Zwar wollte der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 17a VersG auch Sportveranstaltungen in dessen Anwendungsbereich wissen,³⁹ dies ändert aber nichts an der notwendigen Arbeit mit dem Gesetz. So muss das Vorliegen des Tatbestandsmerkmals »unter freiem Himmel«, wie bei allen Veranstaltungen, auch bei Fußballspielen weiterhin im Einzelfall durch das Gericht ermittelt werden. Dies ist bei einem Fußballstadion jedoch abzulehnen. Ein solches ist kein Ort unter freiem Himmel.⁴⁰

4. Zwischenergebnis

Da es somit an einem tauglichen »Tatort« nach § 27 VersG fehlt, scheidet eine Strafbarkeit wegen Verstoßes gegen das (Schutz)waffen- und Vermummungsverbot im Fußballstadion bereits aus diesem Grunde aus.

II. Tathandlungen des § 27 VersG

Da sich gleichwohl auch Rechtsfragen bezüglich der Begehungsmodalitäten ergeben können, soll der Vollständigkeit halber nachfolgend auch auf diese eingegangen werden.

1. Waffenverbot des § 27 Abs. 1 VersG

a) Verbot des Mitsichführens, § 27 Abs. 1 S. 1 VersG

§ 27 Abs. 1 S. 1 VersG verbietet bei öffentlichen Versammlungen und Aufzügen das Mitsichführen einer Waffe oder sonstiger Gegenstände, die zur Verletzung von Personen oder Beschädigung von Sachen geeignet und bestimmt sind. Eine behördliche Ermächtigung schließt tatbestandliches Handeln aus.⁴¹ Mit sich führt, wer die tatsächliche Gewalt über den jeweiligen Gegenstand ausübt und in diesem Bewusstsein jederzeit auf ihn zugreifen kann.⁴² Waffen sind solche im technischen Sinne, die also dem Waffengesetz unterfallen.⁴³ Aufgrund der Systematik des § 27 VersG, der zwischen Waffen und Schutzwaffen unterscheidet, können letztere einzig sonstige Gegenstände nach Abs. 1 sein.⁴⁴ Bei einem solchen liegt das entscheidende Merkmal neben der objektiven Eignung zur Verletzung oder Beschädigung, darin, dass der Täter den Gegenstand gerade zu diesem Zwecke mitführt.⁴⁵ Diese subjektive Zweckbestimmung ist durch die Strafverfolgungsbehörden nachzuweisen.⁴⁶ Bei harten Schlaggegenständen, wie z.B. Baseballschlägern, dürfte das zumeist unproblematisch gelingen.⁴⁷ Schwieriger wird es bei Alltagsgegenständen, wie etwa einem Regenschirm, Taschenlampen oder Feuerzeugen, die auch anderen Zwecken dienen können.⁴⁸

b) Tathandlungen des § 27 Abs. 1 S. 2 VersG

Satz 2 erweitert den Straftatbestand um die Vorbereitungsphase⁴⁹ und erfasst das Mitsichführen der Gegenstände auf dem Weg zu solchen Ereignissen, das Hinschaffen oder Bereithalten bzw. das Verteilen zur Verwendung. Damit kann also selbst derjenige bestraft werden, der gar nicht an der Veranstaltung teilnimmt, andere am Versammlungsort aber

mit Gegenständen versorgt.⁵⁰ Hinschaffen meint den Transport zum Veranstaltungsort, Verteilen die Übergabe an eine andere Person, und Bereithalten jegliche Form der Lagerung oder Verwahrung.⁵¹ Der Täter muss aber die beabsichtigte Verwendung kennen.⁵² Umstritten ist, was auf dem Weg befinden meint. Teils wird dies bereits dann angenommen, wenn der Täter zielgerichtet zum Versammlungsort aufbricht.⁵³ Das vermag indes nicht zu überzeugen. Ratio der Norm ist, das Eskalations- und Gefährdungspotential von Veranstaltungen zu verringern. Dabei macht es einen Unterschied, welche Strecke der Täter noch zum Versammlungsort zurückzulegen hat. Bei großen Distanzen käme es andernfalls zu einer sehr weiten Vorverlagerung der Strafbarkeitsgrenze, die letztlich im Gesinnungsstrafrecht mündet. Auch erscheint das Kriterium der Zielrichtung sehr unbestimmt. Verlangt dies, den schnellsten und direkten Weg zum Versammlungsort zu wählen? Richtigerweise wird man neben dem Verlassen des ursprünglichen Lagerortes daher auch eine räumliche und zeitliche Nähe zur Veranstaltung verlangen müssen.⁵⁴

2. Schutzwaffen- und Vermummungsverbot, § 27 Abs. 2 VersG

§ 27 Abs. 2 VersG ist verfassungsrechtlich höchst umstritten.⁵⁵ Auf diese Thematik soll hier jedoch nicht eingegangen werden. Eine Auseinandersetzung erfolgt einzig mit den Tathandlungsmodalitäten und ihrer Auslegung.

a) Schutzwaffenverbot, § 27 Abs. 2 Nr. 1 VersG

Tathandlung ist auch hier das Mitsichführen, welches sich auf Schutzwaffen im technischen Sinne oder im untechnischen Sinne, wenn diese zum Ersatz der Schutzwaffe dienen sollen, beziehen muss.⁵⁶ Schutzwaffen im technischen Sinne

37 So aber LG Nürnberg-Fürth *SpuRt* 2019, 84 (85).

38 BVerfGE 128, 226 (256); *Jarass/Pieroth-GG*, 16. Aufl. 2020, Art. 8 Rn. 17; MüKo-StGB/Tölle (Fn. 17), § 25 VersG Rn. 6.

39 BT-Drs. 11/2834, S. 11.

40 AG Nürnberg, Urt. v. 12.05.2016 (Fn. 4), Rn. 46; Maunz/Dürig-GG/*Depenheuer* (Fn. 16), Art. 8 GG Rn. 133; MüKo-StGB/Tölle (Fn. 17), § 25 VersG Rn. 6; *Sachs* (Fn. 20), Kap. 20 Rn. 18; Stern/Becker-GG/*Blanke* (Fn. 26), Art. 8 Rn. 76.

41 *Dürig-Friedell/Enders-VersammlungsR*, 2016, § 27 VersG Rn. 5; MüKo-StGB/Tölle (Fn. 17), § 27 VersG Rn. 9.

42 Erbs/Kohlhaas/*Wache* (Fn. 19), § 2 VersG Rn. 13.

43 Dietel/Gintzel/*Kniesel-VersG* (Fn. 17), § 2 VersG Rn. 39 f.; Erbs/Kohlhaas/*Wache* (Fn. 19), § 2 VersG Rn. 11; *Kretschmer* NStZ 2015, 504 (505); MüKo-StGB/Tölle (Fn. 17), § 24 VersG Rn. 9.

44 MüKo-StGB/Tölle (Fn. 17), § 24 VersG Rn. 10.

45 Dietel/Gintzel/*Kniesel-VersG* (Fn. 17), § 2 VersG Rn. 41; Erbs/Kohlhaas/*Wache* (Fn. 19), § 2 VersG Rn. 12 *Kretschmer* NStZ 2015, 504 (505); MüKo-StGB/Tölle (Fn. 17), § 24 VersG Rn. 11 f.

46 *Kretschmer* NStZ 2015, 504 (505).

47 Dietel/Gintzel/*Kniesel-VersG* (Fn. 17), § 2 VersG Rn. 41.

48 Erbs/Kohlhaas/*Wache* (Fn. 19), § 2 VersG Rn. 12; MüKo-StGB/Tölle (Fn. 17), § 24 VersG Rn. 12.

49 Erbs/Kohlhaas/*Wache* (Fn. 19), § 2 VersG Rn. 14.

50 Dietel/Gintzel/*Kniesel-VersG* (Fn. 17), § 2 VersG Rn. 45; Erbs/Kohlhaas-*Strafrechtliche Nebengesetze/Wache* (Fn. 19), § 2 VersG Rn. 14; MüKo-StGB/Tölle (Fn. 17), § 27 VersG Rn. 11.

51 Dietel/Gintzel/*Kniesel-VersG* (Fn. 17), § 2 VersG Rn. 45; MüKo-StGB/Tölle (Fn. 17), § 27 VersG Rn. 11.

52 Dietel/Gintzel/*Kniesel-VersG* (Fn. 17), § 2 VersG Rn. 46.

53 BayOblG, Beschl. v. 10.05.1994 – 4 St RR 57/94 –, juris Rn. 6; *Dürig-Friedell/Enders-VersammlungsR* (Fn. 41), § 27 VersG Rn. 6; Erbs/Kohlhaas/*Wache* (Fn. 19), § 2 VersG Rn. 14.

54 MüKo-StGB/Tölle (Fn. 17), § 27 VersG Rn. 10.

55 Dietel/Gintzel/*Kniesel-VersG* (Fn. 17), § 27 VersG Rn. 11; Erbs/Kohlhaas/*Wache* (Fn. 19), § 27 VersG Rn. 11; *Kretschmer* NStZ 2015, 504 (507); MüKo-StGB/Tölle (Fn. 17), § 27 VersG Rn. 2 ff.

56 Dietel/Gintzel/*Kniesel-VersG* (Fn. 17), § 17a VersG Rn. 18.

sind solche Gegenstände, die nach ihrer Zweckbestimmung, den Konstruktionsmerkmalen oder ihren besonderen Eigenschaften von vornherein dazu bestimmt sind, dem Schutz des Körpers bei Angriffen zu dienen.⁵⁷ Schon das Mitführen derartiger Gegenstände ist nach Auffassung des Gesetzgebers Ausdruck der Unfriedlichkeit und genügt somit zur Verwirklichung des Tatbestandes.⁵⁸ Anders ist dies bei Schutzwaffen im untechnischen Sinne. Diese müssen nicht nur die Eignung zur Schutzwaffe aufweisen, sondern auch den Umständen nach dazu bestimmt sein, Vollstreckungsmaßnahmen eines Trägers von Hoheitsgewalt abzuwehren. Dies erfasst also alle Gegenstände, die nach der allgemeinen Verkehrsbestimmung zwar nicht zur Abwehr solcher Handlungen konstruiert wurden, aber gleichermaßen dazu geeignet sind und zu diesem Zwecke auch mitgeführt werden.⁵⁹ Ein klassisches Beispiel ist der Motorradhelm.⁶⁰

b) Vermummungsverbot, § 27 Abs. 2 Nr. 2 VersG

Schließlich verbietet der Gesetzgeber auch die Vermummung. Diese liegt nach § 27 Abs. 2 Nr. 2 VersG bei demjenigen vor, der an einer Veranstaltung in einer Aufmachung teilnimmt, die zur Verhinderung der Identitätsfeststellung geeignet und nach den Umständen auch darauf gerichtet ist. Gleiches gilt wiederum für denjenigen, der den Weg dorthin zurücklegt. Dabei ist grundsätzlich egal, auf welche Art und Weise dies geschieht. Da eine Identifizierung jedoch über das Gesicht eines Menschen erfolgt, wird man einer Aufmachung nur dann die Eignung zusprechen können, wenn dieses wesentlich verändert oder unkenntlich gemacht wird.⁶¹ Hinzutreten muss wiederum der Wille, durch die Aufmachung die Feststellung der Identität zu verhindern (sog. Vermummungsabsicht).⁶² Zu welchem Zwecke dies geschieht, spielt keine Rolle. Der Tatbestand ist somit sehr weit gefasst und erfasst nicht nur die böse Absicht. Man denke etwa an die Fans von Mainz 05, die die Spiele ihres Teams an Fastnacht gewöhnlich kostümiert besuchen. Machen Sie sich durch solche Verkleidungen unkenntlich, handeln diese Fans voll tatbestandsmäßig, da sie ihre Identität entsprechend des Brauchtums gerade verschleiern wollen. Da hilft ihnen auch die Privilegierung des § 17a Abs. 3 VersG nicht. Fastnacht ist zwar ein hergebrachtes Volksfest i.S.d. § 17 VersG,⁶³ jedoch ist dieser Ausnahmetatbestand wohl auf klassische Fastnachtsveranstaltungen zu

beschränken und nicht so weit zu fassen, dass dies auch im Fußballstadion gilt. Man mag dem entgegenhalten, eine Kostümierung sei in derartigen Hochburgen auch im Stadion durchaus üblich. Dies würde aber allenfalls für Heimspiele gelten, nicht aber bei Auswärtsspielen in Städten, die dieses Brauchtum nicht verfolgen. Anders dürfte es indes bei Fans aussehen, die im Winter aus Schutz vor kalten Temperaturen mit Schals und Mützen ihr Gesicht unkenntlich machen. Hier wird man die Vermummungsabsicht wohl ablehnen müssen.⁶⁴ Ein solches Ergebnis dürfte auch in den Fällen zu erreichen sein, in denen sich friedliche Fans (insbesondere dann, wenn es vom Veranstalter oder gar durch Regierungsverordnungen vorgeschrieben ist) mit einem Mund-Nasen-Schutz zur Verhinderung der Ausbreitung des COVID-19-Virus bekleiden. Insofern bietet das subjektive Kriterium der Vermummungsabsicht in einigen Fällen die Möglichkeit zur adäquaten Einschränkung des Tatbestandes.

D. Fazit

Es bleibt festzustellen, dass für das Fußballstadion kein mit Strafe bedrohtes (Schutz)waffen- und Vermummungsverbot gilt. Die Gerichte entschieden in Vergangenheit somit zumeist *contra legem*. Dahinter dürfte der Gedanke stehen, die Gewaltbereitschaft anlässlich von Fußballspielen einzudämmen. Dieses Anliegen mag man als berechtigt ansehen, es rechtfertigt aber kein Handeln gegen die bestehende Rechtslage.

57 OLG Frankfurt NStZ-RR 2011, 257 (257 f.); Dietel/Gintzel/*Kniesel*-VersG (Fn. 17), § 17a VersG Rn. 18; *Kretschmer* NStZ 2015, 504 (506).

58 BT-Drs. 10/3580, S. 4; Dietel/Gintzel/*Kniesel*-VersG (Fn. 17), § 17a VersG Rn. 19; Erbs/Kohlhaas/*Wache* (Fn. 19), § 17a VersG Rn. 3; *Kretschmer* NStZ 2015, 504 (506); MüKo-StGB/*Tölle* (Fn. 17), § 27 VersG Rn. 17.

59 Erbs/Kohlhaas/*Wache* (Fn. 19), § 17a VersG Rn. 4; *Kretschmer* NStZ 2015, 504 (506).

60 Dietel/Gintzel/*Kniesel*-VersG (Fn. 17), § 17a VersG Rn. 20; *Kretschmer* NStZ 2015, 504 (506).

61 Dietel/Gintzel/*Kniesel*-VersG (Fn. 17), § 17a VersG Rn. 29 ff.; Erbs/Kohlhaas/*Wache* (Fn. 19), § 17a VersG Rn. 6; *Kretschmer* NStZ 2015, 504 (507); MüKo-StGB/*Tölle* (Fn. 17), § 27 VersG Rn. 21.

62 Dietel/Gintzel/*Kniesel*-VersG (Fn. 17), § 17a VersG Rn. 32; Erbs/Kohlhaas/*Wache* (Fn. 19), § 17a VersG Rn. 7.

63 *Dürig-Friedell/Enders*-VersammlungsR (Fn. 41), § 17 VersG Rn. 8; Erbs/Kohlhaas/*Wache* (Fn. 19), § 17 VersG Rn. 7.

64 So wohl auch *Kretschmer* NStZ 2015, 504 (506); MüKo-StGB/*Tölle* (Fn. 17), § 27 VersG Rn. 23.

Beirat

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte:

Nicolas Becker, Berlin • Wolfgang Bendler, München • Bertram Börner, Hannover • Dr. h.c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf • Prof. Norbert Gatzweiler, Köln • Kurt Groenewold, Hamburg • Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt a.M. • Dr. Heinrich Hannover, Bremen • Erich Joester, Bremen • Eberhard Kempf, Frankfurt a.M. • Uwe Maeffert, Hamburg • Prof. Dr. Volkmar Mehle, Bonn/Berlin • Dr. Regina Michalke, Frankfurt a.M. • Prof. Dr. Ralf Neuhaus, Dortmund • Prof. Dr. Tido Park, Dortmund • Jürgen Pauly, Frankfurt a.M. • Dr. Imme Roxin, München • Prof. Dr. Franz Salditt, Neuwied • Dr. Jan Schlösser, Berlin • Prof. Dr. Reinhold Schlothauer, Bremen • Johann Schwenn, Hamburg • Dr. h.c. Gerhard Strate, Hamburg • Prof. Dr. Jürgen Taschke, Frankfurt a.M. • Prof. Dr. Günter Tondorf, Düsseldorf • Prof. Dr. Gerson Trüg, Freiburg • Prof. Dr. Michael Tsambikakis, Köln • Klaus-Ulrich Ventzke, Hamburg • Dr. Anne Wehnert, Düsseldorf • Ulrike Zecher, Berlin • Dr. Matthias Zieger, Berlin

Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer:

Prof. Dr. Stephan Barton, Universität Bielefeld • Prof. Dr. Klaus Bernsmann, Ruhr-Universität Bochum • Prof. Dr. Werner Beulke,

Universität Passau • Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Universität Hamburg • Prof. Dr. Friedrich Dencker, Westfälische Wilhelms-Universität Münster • Prof. em. Dr. Erhard Denninger, Goethe-Universität Frankfurt a.M. • Prof. Dr. Robert Esser, Passau • Prof. Dr. Karsten Gaede, Bucerius Law School, Hamburg • Prof. Dr. Sabine Gless, Universität Basel • Prof. Dr. Bernhard Haffke, Universität Passau • Prof. em. Dr. Arthur Kreuzer, Justus-Liebig-Universität Gießen • Prof. Dr. Michael Lindemann, Universität Bielefeld • Prof. Dr. Henning Ernst Müller, Universität Regensburg • Prof. em. Dr. Ingo Müller, Hochschule der Polizei Hamburg • Prof. Dr. Cornelius Nestler, Universität zu Köln • Prof. Dr. Heribert Ostendorf, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel • Prof. Dr. Hans-Ullrich Paeffgen, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn • Prof. Dr. Cornelius Prittowitz, Goethe-Universität Frankfurt a.M. • Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schönemann, Ludwig-Maximilians-Universität München • Prof. em. Dr. Karl F. Schumann, Universität Bremen • Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Universität Konstanz • Prof. em. Dr. Heinz Wagner, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel • Prof. Dr. Thomas Weigend, Universität zu Köln • Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Universität Basel

Zitierweise: StV-S

Redaktion:

Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski, Juniorprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht; c/o RuPS (s.u.); E-Mail: stv@dominikbrodowski.net

Rechtsanwältin Lea Voigt, Fachanwältin für Strafrecht, Willy-Brandt-Platz 3, 28215 Bremen,

Tel.: 04 21/33 51 66, Fax: 04 21/3 35 16 88;

E-Mail: stv-voigt@strafverteidiger-bremen.de

Rechtsanwalt Prof. Dr. Björn Gercke, Fachanwalt für Strafrecht, Hohenstaufenring 62, 50674 Köln, Tel.: 0221/4 76 70 60,

Fax: 0221/47 67 0610; E-Mail: stv@gw-strafsachen.de

Prof. Dr. Matthias Jahn, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtstheorie/Forschungsstelle Recht und Praxis der Strafverteidigung (RuPS), Goethe-Universität Frankfurt, Theodor-W.-Adorno-Platz 4, 60629 Frankfurt/M., Tel.: 0 69/798-3 43 36, Fax: 0 69/798-3 45 21; E-Mail: rups@jura.uni-frankfurt.de

Rechtsanwalt Prof. Dr. Helmut Pollähne, Willy-Brandt-Platz 3, 28215 Bremen, Tel.: 04 21/33 51 66, Fax: 04 21/3 35 16 88;

E-Mail: stv-pollaehne@strafverteidiger-bremen.de

Verlag:

Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Wolters-Kluwer-Straße 1

50354 Hürth

Katharina Tobschirbel, Tel.: +49-(0)-2233-3760-7005

Anschrift für anonymisierte Entscheidungseinsendungen:

STRAFVERTEIDIGER

Herrn Rechtsanwalt Prof. Dr. Helmut Pollähne • Frau Rechtsanwältin Lea Voigt
Willy-Brandt-Platz 3

28215 Bremen

E-Mail: stv-entscheidungen@strafverteidiger-bremen.de

Anschrift für Aufsätze, Anmerkungen und Rezensionen:

STRAFVERTEIDIGER

Herrn Prof. Dr. Matthias Jahn • Herrn Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski
Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechts-
theorie/Forschungsstelle Recht und Praxis der Strafverteidigung (RuPS)

Goethe-Universität Frankfurt

Theodor-W.-Adorno-Platz 4

60629 Frankfurt/M.

E-Mail: rups@jura.uni-frankfurt.de

Manuskripte:

Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Sie gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Beiträge werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Mit der Annahme erwirbt der Verlag vom Verfasser alle Rechte zur Veröffentlichung, auch das Recht der weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer oder anderer Verfahren sowie zur Einspeicherung und Ausgabe in Datenbanken (online oder offline) und ähnlichen Einrichtungen.

Verlags- und Urheberrechte:

Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge, auch die bearbeiteten Gerichtsentscheidungen und Leitsätze, sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung in elektronische Systeme. Wolters Kluwer Deutschland gestattet hiermit rechtsverbindlich die den Regeln des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels entsprechende Nutzung der in dieser Zeitschrift veröffentlichten Rezensionen.

Erscheinungsweise:

4mal jährlich Anfang des Kalendermonats als Beilage zum StV

Anzeigenverkauf:

Janosch Kleibrink, Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Wolters-Kluwer-Straße 1

50354 Hürth

Tel.+49(0)2233/3760-77 19

E-Mail: Janosch.Kleibrink@wolterskluwer.com

Anzeigendisposition:

Karin Odening, Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Wolters-Kluwer-Straße 1

50354 Hürth

Tel. +49 (0) 2233/3760-7760

E-Mail: anzeigen@wolterskluwer.com

Z. Zt. gilt die Preisliste Nr. 25 vom 01.01.2021.

Umschlag und Layout:

Martina Busch, Grafikdesign, Homburg Kirrberg

Druck: Lotos Poligrafia Sp. z o.o., Warszawa, Polen

Satz: Datagroup-Int SRL, Timișoara

ISSN 2702-2471

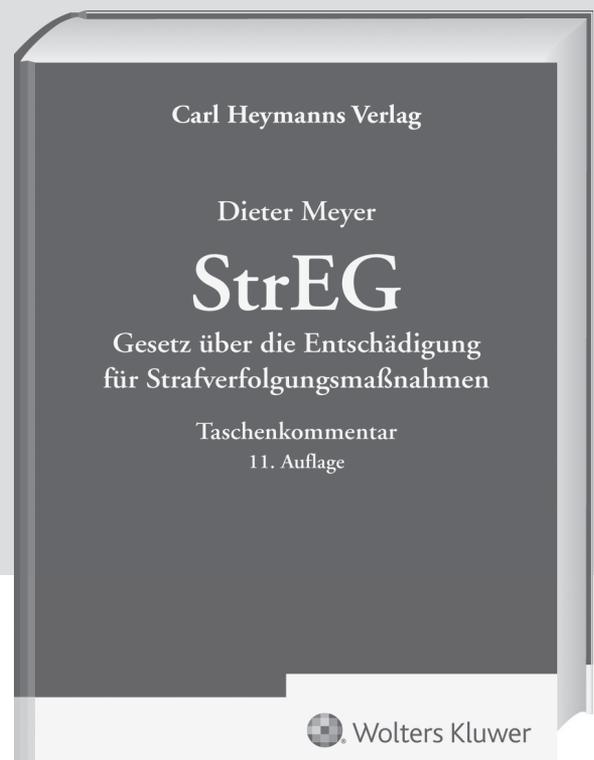
www.stv-online.de

Entschädigungsansprüche erfolgreich durchsetzen

Umfassende, aktuelle, verständliche und praxisgerechte Kommentierung.

Berücksichtigt sind:

- Auswirkungen der zahlreichen bedeutsamen Änderungen im formellen und materiellen Recht
- Rechtsprechung und Schrifttum, insbesondere zur Nichtbeachtung des Beschleunigungsgebots.
- Erweiterung und Überarbeitung des Katalogs des zu erstattenden Vermögensschadens



Meyer, Kommentar zum StrEG – im Modul Strafrecht auf wolterskluer-online.de

Profitieren Sie im Abonnement von der umfassenden Darstellung des Straf- und Strafprozessrechts inklusive zahlreicher Werke zu Spezialmaterien. Mit zahlreichen Tools und Funktionen für effizienteres Arbeiten – inkl. der Wolters Kluwer Recherche mit Zugriff auf die kostenlose Rechtsprechungs- und Gesetzesdatenbank.



Jetzt QR-Code scannen
und mehr erfahren.

wolterskluer-online.de

ALLES, WAS EXPERTEN BEWEGT.