

Impressum

III

Entscheidungen

Aktuelles

- BGH** 6 BGs 19/21 v. 29.04.2021
Zurückstellung der Benachrichtigung; Priorisierung von Ermittlungsverfahren **125**
- BGH** XIII ZB 91/19 v. 18.05.2021
Rechtswidrigkeit des Freiheitsentzugs zwischen Freilassungsanordnung und Entlassung (Ls) **128**
- BGH** 2 BGs 408/20 v. 16.12.2020
Aktenwahrheit und Aktenvollständigkeit bei Entscheidung über Zwangsmaßnahmen **128**

Europäisches und Internationales

- EuGH** C-790/19 v. 02.09.2021
Selbstgeldwäsche und Doppelbestrafungsverbot (Ls) **133**
- EuGH** C-66/20 v. 02.09.2021
Nichtanerkennung einer Europäischen Ermittlungsanordnung (Ls) **133**
- LG Nürnberg-Fürth** 12 Qs 57/21 v. 23.08.2021
Postlaufzeiten aus dem EU-Ausland; Zustellungsvollmacht **133**

Schnittstellen zum Öffentlichen Recht

- LG Köln** 157 Ns 8/20 v. 01.04.2021
Unverwertbarkeit polizeirechtswidriger Videoaufnahmen **135**

Strafrecht und Digitalisierung

- BGH** 5 StR 614/19 v. 13.05.2020
Zugriff auf E-Mail-Postfach durch Administrator als Ausspähen von Daten? m. Anm. *I. Hassemer* **136**
- BGH** 2 BGs 468/20 v. 09.07.2020
WhatsApp-Überwachung **141**
- BGH** StB 21/21 v. 20.05.2021
Gerichtliche Bestätigung einer vorläufigen Sicherstellung eines Mobiltelefons **146**
- BGH** 1 StR 78/21 v. 08.04.2021
Datenveränderung und Computersabotage durch Ransomware **147**

- OLG Koblenz** 5 Ws 16/21 v. 30.03.2021
Durchsicht beschlagnahmter Papiere bzw. elektronischer Speichermedien (Ls) **149**
- LG Kiel** 3 Qs 14/21 v. 18.06.2021
Durchsicht von Daten gem. § 110 StPO, Anwesenheitsrecht **150**
- AG Verden** 9b OWi 290/21 v. 05.07.2021
Keine Aktenversendungspauschale bei Ausdruck einer elektronisch geführten Akte **151**
- AG Offenbach** 20 Gs – 1300 Js 81663/21 v. 25.06.2021
Konkretisierung der gesuchten Daten bei Beschlagnahme von Datenträgern **151**

Recht der Strafverteidigung; Kosten- und Gebührenrecht

- BGH** 2 BGs 619/20 v. 14.09.2020
Pflichtverteidigerwechsel (Ls) **152**
- BayObLG** 206 StRR 226/21 v. 16.06.2021
Wirksame Berufungsbeschränkung; besondere Vollmacht **152**
- OLG Bamberg** 1 Ws 260/21 v. 29.04.2021
Rückwirkende Pflichtverteidigerbestellung (Ls) **153**
- LG Duisburg** 31 Qs 31/21 v. 24.06.2021
Analphabetismus, Betreuerbestellung und fragliche Schuldfähigkeit als Beiordnungsgründe **153**
- LG Dortmund** 33 KLS 4/21 v. 29.04.2021
Durchsuchung und Entkleidung des Verteidigers beim Haftbesuch **153**
- LG Berlin** 515 Qs 83/21 v. 19.07.2021
Pflichtverteidigerwechsel nach § 143a Abs. 2 Nr. 1 StPO; Kostenneutralität **154**
- LG Köln** 106 Qs 14/21 v. 31.08.2021
Verfahrensgebühr bei Einziehung des Wertersatzes (Ls) **154**
- VerfGH Rheinland-Pfalz** VGH B 71/20 v. 28.01.2021
Vorlage einer Vollmachtsurkunde (Ls) **155**

Von Adhäsion bis Zeugenbeistand

- BGH** 6 StR 307/21 v. 27.07.2021
Pflichtverteidigung im Adhäsionsverfahren **155**
- OLG Köln** 7 EK 5/18 v. 25.02.2021
Entschädigung wegen überlanger Verfahrensdauer für den Nebenkläger; Entschädigungspauschalen (Ls) **155**

Inhalt

OLG Hamm 4 Ws 39/21 v. 22.04.2021
Ausschluss einer Entschädigung nach dem StrEG (Ls) **156**

OLG Hamburg 5 Ws 12-13/21 v. 04.03.2021
Gegenstandswerte im Strafvollzugsverfahren (Ls) **156**

Forum

Digitale Akten und Kommunikation im Strafverfahren
Thomas C. Knierim **156**

Aufsätze

**Nachträgliche Pflichtverteidigerbeordnung:
Essential Legal Aid oder Mission Impossible?**
Sven Schoeller **159**

**Das Erlöschen des Anspruchs bei der Einziehung
(§ 73e Abs. 1 StGB) bei der Haftung mehrerer**
Matthias Rahmlow/Christopher Wenserski **165**

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

Zurückstellung der Benachrichtigung; Priorisierung von Ermittlungsverfahren

StPO § 101 Abs. 1, Abs. 4, Abs. 5, Abs. 6; GVG § 152

1. Die Zurückstellung der an sich nach § 101 Abs. 4 StPO zu veranlassenden Benachrichtigung ist in zeitlicher Hinsicht auf das »unbedingt Erforderliche« zu begrenzen. Sachlich kann die Zurückstellung gerechtfertigt sein, wenn eine Benachrichtigung die weitere Erforschung des Sachverhalts im Hinblick auf eine andere, noch verdeckt geführte Maßnahme oder Belange eines anderen Ermittlungsverfahrens gefährden könnte.

2. Bei der eigenverantwortlichen gerichtlichen Kontrolle einer weiteren Zurückstellung der Benachrichtigung gewinnen die Belange des Betroffenen mit zunehmender Dauer der Zurückstellung an Gewicht.

3. Sind die Ressourcen der mit konkreten Ermittlungen betrauten Polizeidienststellen unzureichend, um die erteilten Ermittlungsaufträge mit der gebotenen Zügigkeit umzusetzen, so haben die Ermittlungspersonen dies der StA unverzüglich anzuzeigen.

4. Allein der StA ist eine möglicherweise erforderliche Priorisierung zwischen verschiedenen Verfahren, insb. zugunsten von Haftsachen oder von solchen Fällen, denen sie besondere Bedeutung zuschreibt, überantwortet.

BGH (Ermittlungsrichter), Beschl. v. 29.04.2021 – 6 BGs 19/21

Aus den Gründen: [1] I. Der GBA führt gegen den Besch. K. ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts des Verbrechens der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland gem. § 129a Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 129b Abs. 1 S. 1 StGB. [...]

[4] 3. Die Benachrichtigungen der von den v. 12.12.2019 bis 09.04.2020 durchgeführten [...] Ermittlungsmaßnahmen betr. Personen wurden durch den GBA zurückgestellt, weil diese während des noch laufenden Ermittlungsverfahrens den Untersuchungszweck gefährdet hätten. In der Folgezeit wurde das Verfahren nicht weiter

gefördert; der zuständige Sachbearbeiter war von seinem Dienstvorgesetzten – ohne erkennbare Rücksprache mit dem GBA – von diesem Verfahren abgezogen und anderen Verfahren zugewiesen worden.

[5] 4. Unter dem 12.04.2021 beantragte der GBA gem. § 101 Abs. 6 S. 1 i.V.m. § 101 Abs. 5 S. 1 StPO die weitere Zurückstellung der Benachrichtigung des Besch. und sonstiger Betr. über die in der Beschlussformel benannten Maßnahmen wegen fortbestehender Gefährdung des Untersuchungszwecks. Weiter führte er aus: »Dass das Verfahren aus Kapazitätsgründen der ermittelnden Polizeibehörde für geraume Zeit nicht gefördert werden konnte, steht der weiteren Zurückstellung nicht entgegen. Der Zeitablauf seit Einleitung des Ermittlungsverfahrens am 15.10.2019 hält sich noch im üblichen Rahmen. Die Auswertung der erlangten Daten wurde wieder aufgenommen. Dabei erweist sich insb. die Übersetzung der ausgeleiteten (über 1.600) E-Mails als zeitaufwendig.«

[6] II. Die Voraussetzungen für eine Zustimmung zur weiteren Zurückstellung der Benachrichtigung liegen in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen zeitlichen Umfang vor (§ 101 Abs. 6 S. 1 StPO). Die notwendige Gefährdung des Untersuchungszwecks nach § 101 Abs. 5 S. 1 StPO besteht jedenfalls insoweit.

[7] 1. Eine Gefährdung des Untersuchungszwecks (§ 101 Abs. 5 StPO) ist ab dem grds. maßgeblichen Zeitpunkt nach Beendigung der verdeckt geführten Ermittlungsmaßnahme (vgl. BT-Drs. 16/5846, 61) so lange gegeben, wie die begründete Erwartung besteht, dass durch die verdeckte Ermittlungsführung weitere beweis erhebliche Erkenntnisse gewonnen werden können.

[8] a) Werden in demselben Ermittlungsverfahren mehrere verdeckte Untersuchungshandlungen nach § 101 Abs. 1 StPO parallel oder sukzessive durchgeführt, so kann auch nach Beendigung einer Maßnahme deren Bekanntgabe zunächst unterbleiben, weil eine entspr. Mitteilung die weitere Erforschung des Sachverhalts im Hinblick auf eine andere, noch verdeckt geführte Maßnahme gefährden könnte (§ 101 Abs. 6 S. 4 StPO; vgl. MüKo-StPO/Günther, 2014, § 101 Rn. 56 m.w.N.; KMR-StPO/Bär, 99. Lfg., § 101 Rn. 27).

[9] b) Tragfähige Anhaltspunkte für eine Gefährdung des Untersuchungszwecks durch die Benachrichtigung des Besch. von einer gegen ihn durchgeführten verdeckten Maßnahme können auch in Belangen eines anderen Ermittlungsverfahrens erblickt werden. Ist dort die Auswertung der Erkenntnisse noch nicht abgeschlossen und belegt die bisherige Verdachtslage die – über bloße Vermutungen hinausgehende – Annahme, dass zwischen den Beteiligten zur Tatzeit etwa persönliche Beziehungen bestanden, namentlich ein Nachrichtenaustausch auch über Nachrichtenmittler erfolgte, kann dies eine vorläufig-

fige weitere Zurückstellung zum Schutze des Untersuchungszwecks gebieten. Stützt die StA ihren Antrag auf solche Erkenntnisse aus einem Bezugsverfahren, ist der allg. Hinweis auf noch ausstehende Auswertungen allerdings unzureichend. Erforderlich ist eine nachvollziehbare, substantiierte, tatsächengestützte Darlegung der Gefährdung des Untersuchungszwecks anhand der konkreten Erkenntnis- und Verdachtslage sowie die Vorlage der vollständigen Ermittlungsakten, auch des in Bezug genommenen Verfahrens, um eine eigenverantwortliche gerichtliche Nachprüfung zu ermöglichen [...].

[10] **c)** Der Gesetzgeber hat bewusst keinen noch näheren Zeitpunkt für die Unterrichtung bestimmt, fordert stattdessen aber eine Abwägung zwischen den genannten Belangen einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege einerseits und den Rechtsschutzinteressen des Betr. andererseits (LR-StPO/Hauck, 27. Aufl. [2019], § 101 Rn. 37; Meyer-Goßner/Schmitt-StPO/Köhler, 63. Aufl. [2020], § 101 Rn. 19). Dabei kommt der in Zeitabständen wiederkehrenden eigenverantwortlichen und nicht auf eine Plausibilitätsprüfung, etwa anhand eines Aktenvermerks nach § 101 Abs. 5 S. 2 StPO, beschränkten gerichtlichen Kontrolle die Bedeutung zu, die Zurückstellung der an sich zu veranlassenden Benachrichtigung in zeitlicher Hinsicht auf das »unbedingt Erforderliche« zu begrenzen (BVerfG, Beschl. v. 12.10.2011 – 2 BvR 236, 237, 422/08, BVerfGE 129, 208 [257] [= StV 2012, 257]; BVerfG, Beschl. v. 03.03.2004 – 1 BvR 2378/98, 1084/99, BVerfGE 109, 279 [364 ff.] [= StV 2004, 169]; Hauck a.a.O. Rn. 38).

[11] **aa)** Von Bedeutung für die gebotene Abwägung zwischen den – auch von Verfassungen wegen zu beachtenden – Belangen einer effektiven Strafverfolgung und den Rechtsschutzinteressen der Betr. sind zunächst die Bedeutung des Tatvorwurfs, Umfang und Komplexität des Ermittlungsverfahrens sowie das Gewicht des durch die Ermittlungen dokumentierten Tatverdachts. Zu berücksichtigen ist ferner, ob mit der noch nicht bekannt gewordenen Maßnahme beweishebliche Erkenntnisse erlangt werden könnten (vgl. Köhler a.a.O. § 101 Rn. 19; Hauck a.a.O. Rn. 39; SK-StPO/Wolter/Jäger, 5. Aufl. [2016], § 101 Rn. 29), etwa durch an die Auswertung zeitlich und inhaltlich anschließende Folgemaßnahmen. Weiter ist hier rechtlich von Bedeutung, ob Belange des Besch., solche eines Nachrichtenmittlers oder aber sonstigen Drittbetroffenen in Rede stehen. Dass solche Belange – auch von Drittbetroffenen – im Einzelfall sogar vollständig hinter den Bedürfnissen der funktionstüchtigen Strafrechtspflege zurücktreten können, erhellt aus § 101 Abs. 6 S. 3 StPO, wonach ein endgültiges Absehen von der Benachrichtigung im Ausnahmefall möglich ist. Schließlich ist in die gebotene Abwägung auch die Art und Weise der Verfahrensführung einzustellen. Insoweit gilt i.E.:

[12] **(1)** Nach Abschluss sämtlicher verdeckt geführter Maßnahmen sind die gewonnenen Beweismittel – dem strafprozessualen Zügigkeitsgebot entspr. – zeitnah auszuwerten, um auf dieser Grundlage die Entscheidung zu ermöglichen, ob weitere Folgemaßnahmen eingedenk dessen erforderlich sind.

[13] **(2)** Wird dem Ermittlungsverfahren zeitweise oder gar längerfristig ohne einen durch die Verfahrensakten dokumentierten Sachgrund nicht der notwendige zügige Fortgang eingegeben, ist auch dieser Aspekt zu bewerten. Zwar bringt ein Antrag auf Zurückstellung durch die StA regelmäßig zum

Ausdruck, dass das Verfahren weiter gefördert werden soll. Ein gleichwohl durch die Verfahrensakten belegter sachgrundloser längerer Verfahrensstillstand kann aber auf ein im Einzelfall nur noch sehr begrenztes Strafverfolgungsinteresse schließen lassen [...]. Anhaltspunkte für die Verfahrensführung geben etwa Aktenvermerke über Art und Umfang erfolgter Auswertungsarbeiten [...].

[14] **(3)** Überdies gewinnen die Belange des Betr. mit zunehmender Dauer der Zurückstellung an Gewicht. Denn für die Strafverfolgungsbehörden besteht – i.R. strafprozessualer Verwendungsregelungen – für die Dauer der Zurückstellung die Möglichkeit, die mit der Ermittlungsmaßnahme erhobenen Daten – ohne Kenntnis des Betr. – noch weiterer, auch verfahrensübergreifender Auswertung und Verwendung zuzuführen (vgl. BVerfG, Beschl. v. 14.07.1999 – 1 BvR 2226/94, 2420, 2437/95, BVerfGE 100, 313 [398]). Schon vor diesem Hintergrund erwies sich die gegenteilige Annahme, das Benachrichtigungsinteresse nehme mit der Dauer des Verfahrens ab und sei am größten unmittelbar im Nachgang zur staatlichen Datenerhebung, als Fehlschluss. Diese Annahme wäre überdies unvereinbar mit dem normativen Gewicht des rechtlich geschützten Anspruchs eines Grundrechtsträgers auf spätere Kenntnisnahme von staatlichen Ermittlungsmaßnahmen, die in seine Rechtsposition eingreifen oder eingegriffen haben (vgl. BVerfG, Beschl. v. 03.03.2004 a.a.O. S. 367). Jede Zurückstellung der Benachrichtigung verzögert nämlich die Rechtsschutzmöglichkeiten der – vor Erlass der ermittlungsrichterlichen Anordnung nicht angehört (§ 33 Abs. 4 StPO) – Betr. Denn ohne eine Kenntnis von der Ermittlungsmaßnahme können diese weder die Unrechtmäßigkeit der Informationsgewinnung noch etwaige Rechte auf Löschung der Aufzeichnungen geltend machen (Art. 19 Abs. 4 GG). Schließlich nimmt mit zunehmendem zeitlichen Abstand zu der angeordneten Maßnahme die Effektivität des Rechtsschutzes ab (vgl. BVerfG a.a.O. S. 364). Vor diesem Hintergrund erweist sich jede »Eingrenzung der Mitteilungspflicht« als weiterer Eingriff in die durch die bislang verdeckt geführte Ermittlungsmaßnahme betr. Rechtsgüter (vgl. BVerfG a.a.O. S. 364).

[15] **d)** Die Zurückstellung der Benachrichtigung wegen einer Gefährdung des Untersuchungszwecks hat schließlich auch den Anforderungen der Verhältnismäßigkeit zu genügen (vgl. BVerfG a.a.O. S. 364 ff.). Hier sind gerade auch die Dauer der Zurückstellung, die Verfahrenskomplexität, die Bemühungen um einen zügigen Verfahrensabschluss sowie auch die Art und Tiefe erfolgter Eingriffe in Rechtspositionen des Betr. einzustellen.

[16] **2.** Gemessen an diesen rechtlichen Maßgaben liegen die gesetzlichen Voraussetzungen für eine gerichtliche Zustimmung zur Zurückstellung in dem in der Beschlussformel ausgewiesenen zeitlichen Umfang noch vor. Die weitere Zurückstellung ist erforderlich, da die Benachrichtigungen des Besch. und sonstiger gem. § 101 Abs. 4 StPO von den Maßnahmen betr. Personen den Untersuchungszweck gefährden würden. Außer dem Besch. wären nach derzeitigem Stand möglicherweise mehrere Angehörige des Besch. sowie weitere Personen zu benachrichtigen (vgl. Vermerk des BKA v. 09.04.2021). Die bislang gewonnenen Erkenntnisse konnten noch nicht vollständig ausgewertet werden. Der GBA erwägt, nach Abschluss der Auswertungen, weitere verdeckte oder aber offene Ermittlungsmaßnahmen durchzuführen. Der Erfolg dieser Maßnahmen wäre gefährdet, wenn die vorgenannten Personen Kenntnis von den bislang verdeckt ge-

fürten Ermittlungen im Zuge einer Benachrichtigung erhielten. Dies gilt es mit Blick auf das Gewicht des Tatvorwurfs und vor dem Hintergrund der Vielzahl durch die verdeckt geführten Maßnahmen ermittelter Nachrichten und Telefonate [...] durch die zeitlich verhältnismäßige Zurückstellung zu vermeiden.

[17] **3.** Dem Antrag konnte in zeitlicher Hinsicht hingegen auch eingedenk des Gewichts des Tatvorwurfs und der Komplexität der Ermittlungen nicht vollen Umfangs entsprochen werden. Eine antragsgemäße Bestimmung der Zurückstellung auf ein weiteres Jahr nach Abschluss der verdeckten geführten Maßnahmen erwies sich gegenwärtig gemessen an den vorstehend dargestellten rechtlichen Maßgaben als unverhältnismäßig. [...]

[20] **b)** [...] [E]ine Zustimmung zu einer über den in der Beschlussformel benannten Zeitraum hinausgehende Zurückstellung [ist] derzeit unverhältnismäßig. Zwar kann aus Gründen fehlender Ressourcen eine Priorisierung unter den zeitgleich von der StA geführten Ermittlungsverfahren geboten und eine hierdurch eintretende Verzögerung in der Sachbehandlung einzelner, aus Sicht der StA weniger bedeutsamer oder weniger dringender Verfahren erforderlich sein. Gerade auch um eine – etwa im Zuge von Entscheidungen nach § 101 Abs. 6 StPO veranlasste – gerichtliche Verhältnismäßigkeitsprüfung zu ermöglichen, sind aber diese staatsanwaltschaftliche Entschließung einerseits und sind die ihr zugrunde liegenden Erwägungen andererseits, namentlich Gegenstand und Gewicht der mit dem zurückgestellten Verfahren konkurrierenden weiteren Verfahren sowie ein tragfähiger Anhalt für Ursache und Dauer fehlender Ressourcen und unternommener Vermeidungsbemühungen, aktenkundig zu machen. Dem kann – die hier, soweit ersichtlich, allein vorliegende – polizeiliche Disposition indes nicht genügen. Denn die StA leitet das Ermittlungsverfahren und trägt die Gesamtverantwortung für eine rechtsstaatliche, faire und ordnungsgemäße Durchführung des Verfahrens, auch soweit es durch die Polizei geführt wird.

[21] Auf Grund dieser umfassenden Verantwortung steht der StA ggü. den von ihr mit den konkreten Ermittlungen betrauten Ermittlungspersonen, verstanden als Organe der StA, ein uneingeschränktes Weisungsrecht in Bezug auf ihre auf die Sachverhaltserforschung gerichtete strafverfolgende Tätigkeit (vgl. § 161 Abs. 1 S. 2, § 163 StPO; § 152 GVG; vgl. ferner *BGH*, Beschl. v. 27.05.2009 – 1 StR 99/09, NJW 2009, 2612 [2613] [= StV 2010, 3]; SK-StPO/*Wohlers*, 5. Aufl. [2016], § 152 GVG Rn. 21, 24) sowie in diesem Rahmen das Weisungsrecht eines Dienstvorgesetzten zu (vgl. *Frister*, in: *Lisken/Denninger*, Handbuch des Polizeirechts, 6. Aufl. [2018], Teil F Rn. 18). Dabei können konkrete Einzelweisungen zu Art und Durchführung einzelner Ermittlungshandlungen erteilt (vgl. Nr. 3 Abs. 2, 11 RiStBV) oder die Leitungsbefugnis i.R.d. Aufklärung von Straftaten unabhängig vom Einzelfall durch allg. Weisungen im Voraus in Anspruch genommen werden (vgl. *BGH* a.a.O.). Selbständig handeln die Beamten der Polizei i.R. ihrer repressiven Tätigkeit nur dann, wenn ihnen durch das Gesetz ausnahmsweise entspr. Befugnisse eingeräumt sind (vgl. § 163 Abs. 1 S. 1, § 127 Abs. 1 S. 2, § 163b, § 164 StPO; hierzu *Wohlers* a.a.O. Rn. 3). Weisungen des polizeilichen Dienstvorgesetzten, etwa eines Polizeipräsidenten, sind unzulässig, wenn sie in Konkurrenz

mit Anordnungen der zuständigen StA treten (*Wohlers* a.a.O. Rn. 21 f.).

[22] Solange die StA ihren Ermittlungsauftrag – etwa mit Blick auf eine beabsichtigte Verfahrenseinstellung – nicht widerrufen, haben die Ermittlungspersonen den ihnen erteilten Ermittlungsauftrag mit der im Strafverfahren gebotenen Zügigkeit umzusetzen (§ 161 Abs. 1 S. 2 StPO; Nr. 11 RiStBV). Eine eigenmächtige Entscheidung darüber, ein Ermittlungsverfahren durch vollständigen Abzug der Ermittlungspersonen zugunsten anderer anhängiger Ermittlungsverfahren faktisch auf Dauer einzustellen, steht weder den Ermittlungspersonen noch dem jew. Polizeipräsidenten zu. In Fällen einer Verhinderung des polizeilichen Sachbearbeiters ist deshalb regelmäßig zunächst dessen Vertretung zu organisieren.

[23] Sind indes die Ressourcen der beauftragten Polizeidienststelle für die Erfüllung sämtlicher bei ihr anhängiger Ermittlungsverfahren unzureichend, haben die Ermittlungspersonen dies der StA unverzüglich anzuzeigen; aus § 163 Abs. 2 StPO ist ohne Weiteres zu schließen, dass auch eine durch den polizeilichen Dienstvorgesetzten veranlasste Organisationshandlung ohne schuldhaftes Zögern mitzuteilen ist, wenn diese – insb. in Haftsachen – eine mehrmonatige Verfahrensverzögerung oder gar einen dauerhaften Verfahrensstillstand zu verursachen geeignet ist (zum bestimmenden Weisungsrecht der StA in diesen Fällen etwa LR-StPO/*Franke*, 26. Aufl. [2010], § 152 GVG Rn. 34; ferner *Schmidbauer/Steiner-PAG*, 5. Aufl. [2020], Art. 2 Rn. 69). Allein der StA ist als »Herrin des Ermittlungsverfahrens« die dann möglicherweise erforderliche Priorisierung zwischen ihren verschiedenen Verfahren, insb. zugunsten von Haftsachen oder von solchen Fällen, denen sie besondere Bedeutung zuschreibt, überantwortet. Wurden der Polizei Ermittlungsaufgaben durch unterschiedliche StAen übertragen, kann eine solche Priorisierung nur im Wege der Abstimmung sämtlicher betr. StAen erfolgen. Eine Dispositionsmöglichkeit allein der Ermittlungspersonen darüber, welche Ermittlungsverfahren zu priorisieren sind, sieht das geltende Recht hingegen nicht vor.

[24] **aa)** Dem genügt die polizeiliche Sachbehandlung hier nicht. [...]

[28] **bb)** Diese Sachbehandlung durch das BKA hat die StA als »Wächterin des Verfahrens« (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 14.07.2016 – 2 BvR 2474/14, StV 2017, 361 [362 f.]; *BGH*, Beschl. v. 26.04.2017 – 2 StR 247/16, NJW 2017, 3173 [= StV 2017, 642 m. Bspr. *Lenk* StV 2017, 692]; *Dallmeyer* FS v. Heintschel-Heinegg [2015], 87 [89]) zu vertreten.

[29] **cc)** Vorliegend ist es zu einer Einstellung sämtlicher Ermittlungsarbeiten durch die Polizei und nicht nur zu einer kurzzeitig verzögerten Verfahrensführung gekommen. Diese hat sich i.R.d. gebotenen Abwägung der widerstreitenden Interessen besonders auszuwirken und steht – auch eingedenk des Gewichts von Tatvorwurf und Tatverdacht – einer Zustimmung zu einer weitergehenden Zurückstellung aus Gründen der Verhältnismäßigkeit entgegen. Der Aktendokumentation ist schließlich auch nicht zu entnehmen, dass das BKA die von ihm zu verantwortende Verfahrensverzögerung nach Wegfall ihrer Ursachen durch besonders zügige Ermittlungs- und Auswertungsarbeit zu kompensieren versucht hat. [...]

Rechtswidrigkeit des Freiheitsentzugs zwischen Freilassungsanordnung und Entlassung

FamFG §§ 417 Abs. 1, 62; StPO § 304

Die Feststellung, dass die Anordnung der Haft den Betroffenen in seinen Rechten verletzt hat, erfasst den gesamten Zeitraum vom Erlass der Anordnung bis zur Entlassung des Betroffenen und beinhaltet, dass die Freiheitsentziehung bis zur Entlassung rechtswidrig war. (amtl. Leitsatz)

BGH, Beschl. v. 18.05.2021 – XIII ZB 91/19 (LG Mainz)

Anm. d. Red.: Der Betroffene wurde, nachdem das LG Frankfurt/M. am 10.02.2019 seine sofortige Freilassung angeordnet hatte, erst am 12.02.2019 aus der (Abschiebe-)Haft entlassen.

Aktenwahrheit und Aktenvollständigkeit bei Entscheidung über Zwangsmaßnahmen

GG Art. 20 Abs. 3; StPO §§ 114 Abs. 1, 105 Abs. 1, 100e Abs. 1, Abs. 2; §§ 147, 163 Abs. 2 S. 1, 168b Abs. 1, 169a, 406e Abs. 2; § 161; GVG § 152

1. Ein Richter darf einem Antrag auf Anordnung einer Zwangsmaßnahme nur entsprechen, wenn er sich aufgrund einer eigenverantwortlichen Prüfung der Ermittlungen davon überzeugt hat, dass die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür vorliegen. Um eine solche eigenverantwortliche und ordnungsgemäße Prüfung durch den Richter zu ermöglichen, ist es erforderlich, dass die Ermittlungsbehörden die Einhaltung des Grundsatzes der Aktenwahrheit und der Aktenvollständigkeit gewährleisten.

2. Die StA hat mit ihrem Antrag auf Erlass eines Haftbefehls regelmäßig die aktuellen Ermittlungsergebnisse vollständig in Form der Ermittlungsakten vorzulegen.

3. Die Akten sollen die lückenlose Information über die im Verfahren angefallenen schriftlichen Unterlagen gewährleisten. Es ist den Ermittlungsbehörden daher grds. die Vornahme einer Selektion ebenso verwehrt wie das – auch zeitweilige – Fernhalten von Erkenntnissen aus den Akten. Ermittlungsbehörden haben die durch ihre Erhebungen gewonnenen Erkenntnisse, getroffene Verfügungen oder erstellte Ermittlungs- sowie Gerichtsvermerke unverzüglich aktenkundig zu machen.

4. Mängel in der Aktenführung können die freibeweisliche Rekonstruktion des Beweisergebnisses zum Zeitpunkt der Anordnung einer unter Richtervorbehalt stehenden Zwangsmaßnahme im Beschwerde- oder Tatsachenverfahren vereiteln und den Verlust einzelner Beweismittel besorgen.

BGH (Ermittlungsrichter), Beschl. v. 16.12.2020 – 2 BGs 408/20

Aus den Gründen: [1] A. Der GBA beim *BGH* führt [...] ein Ermittlungsverfahren gegen den Besch.

[2] I. Mit seiner Einleitungsverfügung v. 16.04.2020 legt der GBA diesem zur Last, sich im September 2015 in Syrien als Mitglied an einer Vereinigung im Ausland beteiligt zu haben, deren Zwecke oder deren Tätigkeit darauf gerichtet sind, Mord (§ 211 StGB), Totschlag (§ 212 StGB), Völkermord (§ 6 VStGB), Verbrechen gegen die Menschlichkeit (§ 7 VStGB) und Kriegsverbrechen (§§ 8, 9,

10, 11 und 12 VStGB) zu begehen, und sich tateinheitlich hierzu mit anderen verabredet zu haben, ein Verbrechen zu begehen. [...]

[6] II. Unter dem 03.06.2020 – eingegangen bei Gericht am 16.06.2020 – beantragte der GBA den Erlass eines Haftbefehls gegen den Besch. wegen der vorgenannten Taten. Die Begründung ist wortgleich mit den Erwägungen der Einleitungsverfügung. Beigeschlossen waren dem zwei Stehordner »Sachakten-Sonderbände Haftbefehlsantrag«.

[7] III. Fernmündlich wurde mit dem GBA am 10.07.2020 abgestimmt, dass der Antrag mangels Eilbedürftigkeit – es sei unsicher, ob der Besch. überhaupt noch am Leben sei – erst nach Rückkehr des ordentlichen Vors. des Dezernats Ermittlungsrichter aus dem vierwöchigen Jahresurlaub bearbeitet werden kann. Gerichtlich wurde aber bereits zu diesem Zeitpunkt nach erster Durchsicht der vorgelegten Aktenteile darauf hingewiesen, dass der Haftbefehlsantrag anhand der beigeschlossenen Sachakten-Sonderbände »Haftbefehlsantrag« nicht ohne Weiteres nachvollziehbar sei und die Stehordner jedenfalls auch keine Lichtbilder des Besch. enthielten. [Der GBA ...] kündigte daraufhin an, diese Aspekte aufgreifen und ausräumen sowie eine Ermittlungsakte übersenden zu wollen.

[8] IV. In seiner Zuschrift v. 02.09.2020 – eingegangen bei Gericht am 07.09.2020 – nahm der GBA Bezug auf den vorgenannten Haftbefehlsantrag und übersandte zwei weitere Stehordner »Haftbefehlsantrag Fußnoten zum Vermerk BKA Antrag Erlass eines Haftbefehls v. 16.07.2020«. In seinem Übersendungsschreiben führte er aus, dass die beiden »Sachaktenbände« einen Vermerk des BKA v. 16.07.2020 zu »ergänzenden Quellenangaben« sowie die Inhalte der Fußnoten des Vermerks enthielten. In dem Vermerk des BKA v. 16.07.2020 werden Passagen aus der Antragsschrift des GBA – wörtlich eingedrückt – wiedergegeben und durch die Polizei nunmehr mit Fußnoten versehen, in denen Hinweise auf Ermittlungserkenntnisse zit. werden. Zu sämtlichen der 53 Fußnoten des Vermerks wurden Trennblätter in die beiden Stehordner »Haftbefehlsantrag Fußnoten zum Vermerk BKA Antrag Erlass eines Haftbefehls v. 16.07.2020« eingelegt und die vom BKA im Vermerk jew. in Bezug genommenen Ermittlungserkenntnisse dort abgelegt. Dementspr. wird der Vermerk wie folgt eingeleitet:

»1. Hintergrund Zweck dieses Vermerkes

Bezugnehmend auf den genannten Haftbefehlsantrag v. 03.06.2020 werden nachfolgend einzelne Passagen der Antragsbegründung um zugehörige Verweise und Quellenangaben für die Gliederungspunkte »I Begründung« und »III Dringender Tatverdacht« ergänzt.«

[9] Lichtbilder vom Besch. wurden diesen ausgewählten Aktenteilen nicht beigeschlossen.

[10] B. Der Antrag auf Erlass eines Haftbefehls war abzulehnen.

[11] Die vom GBA ausgewählten Aktenteile der bislang vorliegenden Ermittlungserkenntnisse tragen die gesetzlichen Voraussetzungen der Anordnung von U-Haft gegenwärtig für sich bereits nicht (hierzu nachstehend I.). Dessen ungeachtet erweisen sich die dem Haftbefehlsantrag beigeschlossenen Stehordner »Haftbefehlsantrag Fußnoten zum Vermerk BKA Antrag Erlass eines Haftbefehls v. 16.07.2020« und »Sachakten-Sonderband Haftbefehlsantrag« als unzureichende Dokumentation des Ermittlungsverfahrens und ermöglichen die gebotene eigenverantwortliche gerichtliche Überprüfung der gesetzlichen Anordnungsvoraussetzungen für die begehrte freiheitsentziehende Zwangsmaßnahme hier nicht (hierzu nachstehend II.). [...]

[12] I. Die gesetzlichen Voraussetzungen für den Erlass eines Haftbefehls liegen nicht vor.

[13] **I.** Die ausgewählten Erkenntnisse tragen keinen dringenden Tatverdacht (§ 112 Abs. 1 S. 1 StPO). Ein solcher ist nur gegeben, wenn den ermittelten Tatsachen entnommen werden kann, dass sich der Besch. mit großer Wahrscheinlichkeit der ihm angelasteten Tat schuldig gemacht hat; bloße Vermutungen genügen dagegen nicht (vgl. nur *BGH*, Beschl. v. 18.10.2007 – StB 34/07, BeckRS 2007, 16872 [= StV 2008, 84]). [...]

[15] **II.** Die vom GBA in den Stehordnern zusammengestellten Ermittlungsunterlagen erweisen sich überdies als unzureichend, um hier die gesetzlich gebotene eigenverantwortliche gerichtliche Überprüfung der gesetzlichen Anordnungsvoraussetzungen für die beantragte freiheitsentziehende Zwangsmaßnahme zu gewährleisten.

[16] **I.** Rechtlich gilt insoweit – wie bereits an anderer Stelle wiederholt ausgeführt [...] – grds. Folgendes:

[17] **a)** Durch den Richtervorbehalt wird eine vorbeugende Kontrolle der beantragten Ermittlungsmaßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz garantiert, die insb. dafür zu sorgen hat, dass die Interessen des Betr. angemessen berücksichtigt werden (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 20.02.2001 – 2 BvR 1444/00, *BVerfGE* 103, 142 [151] [= StV 2001, 207]; Urt. v. 27.02.2008 – 1 BvR 595/07, *BVerfGE* 120, 274 [332] [= StV 2008, 169 [Ls]]). Der Richter darf deshalb einem Antrag auf Anordnung einer Zwangsmaßnahme nur entsprechen, wenn er sich aufgrund einer eigenverantwortlichen Prüfung der Ermittlungen davon überzeugt hat, dass die gesetzlichen Voraussetzungen hierfür vorliegen (vgl. nur *BGH*, Beschl. v. 11.03.2010 – StB 16/09, NStZ 2010, 711 [712] [= StV 2010, 553]). Insofern handelt es sich zwar lediglich um eine punktuelle Entscheidung über den von der StA als »Herrin des Vorverfahrens« mit Blick auf § 162 StPO formulierten konkreten Antragsgegenstand; Grundlage der richterlichen Prüfung ist aber das zum Antragszeitpunkt bestehende, in den Ermittlungsakten Ausdruck findende vorläufige Gesamtergebnis des Ermittlungsverfahrens. Das hierin angelegte System wechselseitiger Kontrolle gehört zum Wesen des auf Wahrheitsfindung und Wiederherstellung von Rechtsfrieden ausgerichteten deutschen Strafverfahrensrechts (vgl. etwa bereits *K. Peters* NStZ 1983, 275 [276]). Um eine solche eigenverantwortliche und ordnungsgemäße Prüfung durch den Richter zu ermöglichen, ist es erforderlich, dass die Ermittlungsbehörden die Einhaltung des Grundsatzes der Aktenwahrheit und der Aktenvollständigkeit gewährleisten. Dies folgt bereits aus der Bindung der Verwaltung (und der Justiz) an Gesetz und Recht (Art. 20 Abs. 3 GG) und der aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleiteten Pflicht zur Objektivität (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 06.06.1983 – 2 BvR 244/83, 2 BvR 310/83, NJW 1983, 2135, und v. 14.07.2016 – 2 BvR 2474/14, StV 2017, 361; vgl. ferner *Gusy* in: Barton/Kölbl/Lindemann, *Wider die wildwüchsige Entwicklung des Ermittlungsverfahrens* [2015], S. 195 ff.).

[18] **aa)** Diesen verfassungsrechtlichen Maßgaben trägt die Strafprozessordnung – gerade auch in Bezug auf das Ermittlungsverfahren – Rechnung, wobei der Aktenbegriff nicht strafprozessual bestimmt, sondern vom Gesetz vorausgesetzt wird (vgl. zuletzt BT-Drs. 18/9416, 42). So sind etwa den §§ 147, 163 Abs. 2 S. 1, § 168b Abs. 1, §§ 169a und 406e Abs. 2 StPO Ausprägungen des Grundsatzes der Aktenvollständig-

keit zu entnehmen. Insb. gilt die Bestimmung des § 168b Abs. 1 StPO, wonach das Ergebnis staatsanwaltschaftlicher Untersuchungen aktenkundig zu machen ist, auch für polizeiliche Untersuchungshandlungen entspr. (vgl. nur Meyer-Goßner/*Schmitt*-StPO, 63. Aufl. [2020], § 168b Rn. 1).

[19] **bb)** Das Gebot der Aktenvollständigkeit folgt ferner aus der Natur des Ermittlungsverfahrens. Da dieses ein schriftliches Verfahren ist, muss jedes mit der Sache befasste Ermittlungsorgan, auch das Gericht, wenn es im Vorverfahren oder im gerichtlichen Verfahren tätig wird, das bisherige Ergebnis des Verfahrens und seine Entwicklung erkennen können (*BVerfG* a.a.O. S. 362; LR-StPO/*Erb*, 27. Aufl. [2018], § 168b Rn. 1, § 160 Rn. 65; Meyer-Goßner/*Schmitt*-StPO/*Köhler* a.a.O. § 163 Rn. 18 und Meyer-Goßner/*Schmitt* a.a.O. Einl. Rn. 62). Es muss in einem rechtsstaatlichen Verfahren schon der bloße Anschein vermieden werden, die Ermittlungsbehörden wollten etwas verbergen (vgl. *BVerfG* a.a.O. S. 362; *BGH*, Urt. v. 18.11.1999 – 1 StR 221/99, *BGHSt* 45, 321 [338 f.] [= StV 2000, 57], v. 11.12.2013 – 5 StR 240/13, NStZ 2014, 277 [281] [= StV 2014, 321], und v. 26.04.2017 – 2 StR 247/16, NJW 2017, 3173 [= StV 2017, 642 m. Bspr. *Lenk* StV 2017, 692]; Beschl. v. 02.09.2015 – 5 StR 312/15, BeckRS 2015, 15773 [= StV 2016, 132 [Ls]]; vgl. ferner zum Aktenbegriff *NdsStGH*, Urt. v. 24.10.2014 – StGH 7/13, NordÖR 2015, 16 [19]).

[20] **cc)** Eingedenk dessen steht es nicht im Belieben der Ermittlungsbehörden, ob sie strafprozessuale Ermittlungsmaßnahmen in den Akten vermerken (vgl. *BVerfG* a.a.O. S. 362; *Schmitt* a.a.O. Rn. 62). Das Gericht muss den vollständigen Gang des Verfahrens ohne Abstriche nachvollziehen können (*BVerfG*, Beschl. v. 15.05.2019 – 2 BvR 1884/17, juris; *BGH*, Urt. v. 11.12.2013 a.a.O. S. 281; vgl. *Schmitt* a.a.O. § 147 Rn. 14; *Köhler* a.a.O. § 105 Rn. 1c). Aus den Akten muss sich namentlich ergeben, welche konkreten Ermittlungsmaßnahmen durchgeführt worden sind sowie ob und ggf. welchen Erfolg sie gehabt haben (vgl. nur *Erb* a.a.O. § 168b Rn. 6, § 163 Rn. 81 und § 160 Rn. 62; *Hilger* FS Meyer-Goßner [2001], 755 [759]; *OLG Karlsruhe*, Beschl. v. 20.09.1990 – 2 VAs 1/90, NJW 1992, 642 [644]). Die Akten sollen die lückenlose Information über die im Verfahren angefallenen schriftlichen Unterlagen gewährleisten (vgl. nur *BGH*, Beschl. v. 10.10.1990 – StB 14/90, *BGHSt* 37, 204 [206] [= StV 1991, 1]). Es ist den Ermittlungsbehörden daher grds. die Vornahme einer Selektion ebenso verwehrt wie das – auch zeitweilige – Fernhalten von Erkenntnissen aus den Akten (vgl. *H. Schneider* Jura 1998, 337 [338]). Lediglich Einzelheiten der Durchführung und des Verlaufs konkreter Untersuchungshandlungen müssen i.d.R. nicht zwingend angegeben werden (zu weiteren Ausnahmen vgl. nur KK-StPO/*Schneider*, 8. Aufl. [2019], § 199 Rn. 8; *Erb* a.a.O. § 168b Rn. 6 jew. m.w.N.).

[21] **dd)** Es steht auch nicht im Belieben der Ermittlungsbehörden, zu welchem Zeitpunkt sie die durch ihre Erhebungen gewonnenen Erkenntnisse, getroffene Vfg. oder erstellte Ermittlungs- sowie Gerichtsvermerke aktenkundig machen (vgl. nur *BVerfG*, Beschl. v. 16.06.2015 – 2 BvR 2718/10, 1849 und 2808/11, *BVerfGE* 139, 245 [272] [= StV 2016, 67]; *BGH*, Beschl. v. 26.04.2017 a.a.O. S. 3179; *BGH*, Urt. v. 11.12.2013 a.a.O. S. 281; vgl. ferner *H. Schneider* a.a.O. S. 339; *Krehl* StraFo 2018, 265 [271]). Dies hat unverzüglich

zu geschehen (vgl. auch § 163 Abs. 2 StPO). Mit dem Begriff der Unverzüglichkeit kann im Einzelfall auch unabwiesbaren praktischen Bedürfnissen in außergewöhnlichen Großlagen (zuletzt namentlich die Mordanschläge von Halle oder Hanau) Rechnung getragen werden.

[22] **ee**) Als unvereinbar mit diesen Maßgaben erweist sich daher eine »vorläufige Ermittlungsakte«, in der – verstanden als Provisorium – die Ermittlungshandlungen zunächst dokumentiert werden, allerdings unter dem Vorbehalt, später eine neue Aktenordnung, eine vollständig andere Sortierung oder gar einen anderen Inhalt der Akten »aufzubauen« (vgl. zur Unzulässigkeit eines nachträglichen Entfernens früherer Aktenbestandteile aus Verwaltungsakten *BVerfG*, Beschl. v. 06.06.1983 – 2 BVR 310/83, NJW 1983, 2135; ferner *Heghmanns/Herrmann*, Das Arbeitsgebiet des Staatsanwalts, 5. Aufl. [2017], Rn. 51). Dessen ungeachtet besteht freilich in Einzelfällen die Möglichkeit, Aktenteile etwa der Leitakte zu entnehmen, einem anderen (Sonder-) Band der Verfahrensakten beizuschließen und dies – etwa durch Fehlblätter – aktenkundig zu machen. Für einen jederzeit möglichen vollständigen »Aktenumbau« besteht hingegen kein rechtlich schutzwürdiges Bedürfnis. Die StPO bietet zahlreiche gesetzliche Möglichkeiten, Aktenbestandteile, die aufgrund späterer besserer Erkenntnisgrundlage aus übergeordneten Gründen geheim zu halten oder von der Akteneinsicht (zunächst, im Ausnahmefall auch vollständig) auszunehmen sind, zu schützen und zugleich den Maßgaben der Aktenwahrheit und Aktenklarheit zu entsprechen (vgl. nur § 68 Abs. 3 S. 3 und 4, §§ 96, 101 Abs. 2, § 101a Abs. 4; § 110b Abs. 3, §§ 147, 406e; vgl. auch *Schneider* a.a.O. § 199 Rn. 12; LR-StPO/*Menges*, 27. Aufl. [2019], § 96 Rn. 99 m.w.N.; *Wang* NJW 2015, 3195 [3199]; zur notwendigen Differenzierung zwischen Aktenvollständigkeit einerseits und Umfang des Akteneinsichtsrechts andererseits *Köhler* a.a.O. § 105 Rn. 1d; *BGH*, Beschl. v. 18.06.2009 – 3 StR 89/09, StV 2010, 228 mit Anm. *Stuckenberg*; zu weiteren Beschränkungsmöglichkeiten vgl. etwa *BGH*, Beschl. v. 20.02.2019 – AK 4/19, BeckRS 2019, 3847 [im besonderen Haftprüfungsverfahren] und Beschl. v. 03.04.2019 – StB 5/19, NJW 2019, 2105 [Akteneinsicht vor Haftbefehlsvollstreckung im Beschwerderechtszug] [= StV 2019, 564 [Ls]]).

[23] **b**) Um eine eigenverantwortliche und ordnungsgemäße Prüfung durch den Ermittlungsrichter sicherzustellen, haben Aufbau, Vollständigkeit und Klarheit der Ermittlungsakten zahlreichen, in der deutschen Strafverfolgungspraxis seit jeher etablierten Anforderungen zu genügen. Hierzu an dieser Stelle [...] nur Folgendes:

[24] **aa**) Besondere Bedeutung kommt der regelmäßig chronologischen Ordnung der Eingänge und der Paginierung durch die StA zu (vgl. auch *BGH*, Beschl. v. 26.02.2020 – StB 5/20, sowie i.E. *Heghmanns/Herrmann* a.a.O. Rn. 52). Hierdurch wird auch für Verteidiger, Beschwerdegericht oder Tatgericht für eine möglicherweise gebotene Prüfung ex ante verlässlich dokumentiert, welche Erkenntnisse den Ermittlungsbehörden zu welchem Zeitpunkt – etwa mit Blick auf die richterliche Anordnung von Ermittlungsmaßnahmen oder aber die ausgebliebene Zuschreibung eines Beschuldigtenstatus – vorliegen. I.Ü. wird hierdurch eine – auch dem Gebot der Schonung justizieller Ressourcen entspr. – zügige Aktenlektüre

und Verarbeitung des Prozessstoffs gerade auch durch den Ermittlungsrichter eröffnet (vgl. hierzu *BGH* a.a.O.). Dem entspricht die praktische Übung, nach der eine Bezugnahme auf frühere Aktenbestandteile – etwa in Antragsschriften – durch Angabe von Aktenbandnummer und Blattzahl erfolgt (vgl. *Heghmanns/Herrmann* a.a.O. Rn. 54).

[25] **bb**) Wird Erkenntnissen aus anderen Verfahren durch die StA Beweisbedeutung zugeschrieben, so sind insb. Zeitpunkt und Umfang der Übernahme dieser verfahrensfremden Erkenntnisse durch die StA, etwa durch Beiziehung von Akten oder durch deren tlw. Ablichtung, zu dokumentieren (vgl. hierzu *Schneider* a.a.O. § 199 Rn. 9; LR-StPO/*Stuckenberg* a.a.O. § 199 Rn. 16) und hierdurch auch die gesetzlichen Voraussetzungen etwa von § 161 Abs. 3, § 100e Abs. 6, § 479 Abs. 2 StPO nachvollziehbar zu belegen. Liegen den verfahrensfremden Erkenntnissen wiederum richterlich angeordnete Zwangsmaßnahmen zugrunde (§ 162 StPO), sind auch diese Beschl. der Vollständigkeit halber beizuschließen (vgl. i.E. *Heghmanns/Herrmann* a.a.O. Rn. 56).

[26] **cc**) Vergleichbar liegt es i.Ü. bei der Umwidmung eines Verfahrens gegen Unbekannt (»UJs-Verfahren«) in ein solches gegen einen konkreten Besch. (»Js-Verfahren«; vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 02.07.2018 – 2 BvR 1550/17, BeckRS 2018, 19015 [= medstra 2019, 35]; i.E. *Heghmanns/Herrmann* a.a.O. Rn. 67; ebenso bereits *Dünnebieber* StV 1981, 504 [505]; ferner *H. Schäfer*, NStZ 1984, 203 [206]). Auf diese Weise ist gewährleistet, dass das einheitliche Ermittlungsverfahren durchgängig nachvollzogen werden kann.

[27] **dd**) Dies gilt i.Ü. auch für den Aktenbestand zu – mit »UJs-Verfahren« vergleichbaren – sog. Strukturverfahren des GBA beim *BGH* (vgl. hierzu *BGH*, Beschl. v. 26.02.2020 a.a.O. Rn. 26 [»Strukturverfahren gegen unbekanntes Mitglied des Islamischen Staates«]). Auch in Ermittlungsverfahren wegen Staatsschutzsachen werden die »schützenden Formen« des deutschen Strafprozesses nicht suspendiert (vgl. *Lohsel/Engelstätter* GSZ 2020, 156 [158]); die Aktenführung muss auch hier eine zuverlässige Rekonstruktion des Verfahrensstandes ermöglichen und namentlich belegen, welche Verdachtsmomente gegen einen konkreten Besch. zu welchem Zeitpunkt im Verfahren vorlagen (vgl. zur gerichtlichen Überprüfung der Beschuldigtenstellung etwa *BGH*, Beschl. v. 06.06.2019 – StB 14/19, NJW 2019, 2627 [2630] [»Strukturermittlungsverfahren gegen Unbekannte des syrischen Regimes wegen...«] [= StV 2020, 147 [Ls]], und v. 26.02.2020 a.a.O. Rn. 27).

[28] **c**) Die StA als Herrin des Vorverfahrens hat gewissenhaft dafür Sorge zu tragen, dass der Ermittlungsrichter seine Entscheidungen auf der Grundlage aller maßgeblichen, bis zu dem jew. Zeitpunkt angefallenen – be- und entlastenden – Untersuchungsergebnisse treffen kann (vgl. auch *BGH*, Beschl. v. 26.02.2020 a.a.O. Rn. 26 – und v. 11.03.2010 a.a.O. S. 712). Sie hat ggf. zur Umsetzung der vorgenannten rechtlichen Maßgaben ihre Ermittlungspersonen, etwa solche des BKA (§ 152 GVG), zu einer dem Gesetz entspr. Aktenführung anzuhalten und anzuweisen. Die Polizei führt im Strafverfahren keine eigenständige Akte, sondern wird allenfalls auf Geheiß der StA für diese tätig (vgl. etwa *Schoerit* NJW 1985, 169 [170]; a.A. wohl noch *Meyer-Gößner* NStZ 1982, 353 [354]). Eine etwaige Aktenunvollständigkeit

hat die StA als »Wächterin des Verfahrens« zu vertreten (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 14.07.2016 – 2 BvR 2474/14, StV 2017, 361 [362 f.]; *BGH*, Beschl. v. 26.04.2017 a.a.O.; *Wohlers/Schlegel* NStZ 2010, 486 [487]; *Dallmeyer* FS v. Heintschel-Heinegg [2015], 87 [89]) und sich Fehler der Ermittlungspersonen ebenso wie deren Kenntnis zurechnen zu lassen. Dass die Polizeibehörden möglicherweise ihren Sitz nicht bei der StA haben, ist eingedenk der modernen Kommunikations- und Transportmöglichkeiten heute insoweit ohne Bedeutung (vgl. etwa auch BT-Drs. 18/9416, 44).

[29] **d**) Der Einhaltung des Grundsatzes der Aktenvollständigkeit kommt schließlich auch deshalb besondere Bedeutung zu, weil Mängel in der Aktenführung – je nach Lage des Einzelfalls (vgl. *BGH*, Beschl. v. 26.04.2017 a.a.O.) – für das weitere Verfahren nicht nur zeitliche Verzögerungen bedingen können, sondern auch die freibeweisliche Rekonstruktion des Beweisergebnisses zum Zeitpunkt der Anordnung einer unter Richtervorbehalt stehenden Zwangsmaßnahme im Beschwerde- oder Tatsachenverfahren vereiteln können (vgl. *BGH*, Beschl. v. 07.03.2006 – 1 StR 316/05, *BGHSt* 51, 1 ff. [= StV 2006, 225]; ferner *BGH*, Beschl. v. 24.10.2006 – 3 StR 370/06, NStZ 2007, 117, v. 18.06.2009 a.a.O., v. 08.02.2018 – 3 StR 400/17, NJW 2018, 2809 [2811] [= StV 2019, 157] und etwa – jüngst – Beschl. v. 29.09.2020 – 5 StR 123/20, BeckRS 2020, 28648 Rn. 11). Dies kann im Einzelfall den Verlust einzelner Beweismittel besorgen lassen (vgl. *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 02.10.2018 – V-6 Kart7/17 [OWi], WuW 2020, 101; *Krehl* a.a.O. S. 271; *G. Schäfer* FS Roxin [2011], 1299 [1307]). Für besondere Ausnahmefälle wurde als Fehlerfolge gar die Einstellung des Verfahrens erwogen (vgl. *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 02.10.2018 – V-6 Kart7/17 [OWi], WuW 2020, 101; hierzu auch *Rieß* NStZ 1983, 247).

[30] **e**) Allein dem angerufenen Richter obliegt vom Zeitpunkt seiner Befassung an die Entscheidung, ob es vor seiner Entscheidung weiterer Sachaufklärung durch die Ermittlungsbehörden bedarf und in welcher Form ihm die Entscheidungsgrundlagen – etwa in Papierform oder als elektronische Hilfsakte – vermittelt werden (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 16.06.2015 a.a.O. S. 277 ff.; *BGH*, Beschl. v. 23.03.1996 – 1 StR 685/95, *BGHSt* 42, 103 [105] [= StV 1996, 357]).

[31] **aa**) Zur eigenverantwortlichen gerichtlichen Prüfung etwa des Anfangsverdachts bedarf es mithin nicht stets der Vorlage der Ermittlungsakten in Papierform. Ist der Verfahrenssachverhalt bereits durch eine kurz zuvor erfolgte umfassende gerichtliche Prüfung bekannt und seither nach eigenständiger Prüfung der StA kein bedeutsames Beweismaterial angefallen, kann über Ermittlungsmaßnahmen, die nicht auf eine Freiheitsentziehung gerichtet sind (s. hierzu nachstehend **B.III.1.g**)), auch auf der Grundlage einzelner schriftlicher Antragsunterlagen (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 16.06.2015 a.a.O. S. 275; *BGH*, Beschl. v. 06.10.2016 – 2 StR 46/15, NStZ 2017, 367 [369] [= StV 2017, 707], und v. 26.02.2020 a.a.O. Rn. 26) oder – gerade bei besonders einfach gelagerten Sachverhalten, wie etwa einer Anschriftenänderung kurz vor Vollstreckung eines bereits schriftlich erlassenen Durchsuchungsbeschl. – ausnahmsweise auch auf mündlich übermittelten Antrag und Begründung hin entschieden werden (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 16.06.2015 a.a.O. S. 270). [...]

[32] **bb**) Den verfassungsrechtlichen und einfachgesetzlichen Anforderungen an die Gewährleistung einer eigenverantwortlichen gerichtlichen Prüfung bei Grundrechtseingriffen wird auch das sog. Repräsentat nach § 2 der VO der Bundesregierung über die

technischen und organisatorischen Rahmenbedingungen für die elektronische Aktenführung im Strafverfahren (Bundesstrafaktenführungsverordnung [BStrafAktFV] v. 09.12.2019 [BGBl. 2019 I, 2140]) in jeder Hinsicht Rechnung zu tragen haben (in diesem Sinne auch BT-Drs. 18/9416, 42; *Köhler* a.a.O. § 32 Rn. 1; i.E. *Graalmann-Scheerer* FS Wolf [2018], 187 ff.; vgl. ferner *Growel/Gutfleisch* NStZ 2020, 633 [637 ff.]).

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

[34] **aa**) Erweist sich später, dass die von der StA vorgenommene Auswahl entgegen einer solcherart abgegebenen konkludenten Vollständigkeitserklärung für die Entscheidung der konkreten gerichtlichen Untersuchungshandlung unvollständig war, so kann dies im Einzelfall den Verlust der hierdurch erlangten Beweismittel besorgen lassen (vgl. *G. Schäfer* a.a.O. S. 1310; *Krehl* a.a.O. S. 271; *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 02.10.2018 – V-6 Kart7/17 [OWi], WuW 2020, 101; vgl. zu amtshaftungsrechtlichen Folgen *BGH*, Urt. v. 23.10.2003 – III ZR 9/03, NJW 2003, 3693 [3696] [= StV 2004, 330] sowie bereits Urt. v. 29.05.1958 – III ZR 38/57, NJW 1959, 35 [37]); Versäumnisse ihrer Ermittlungspersonen hat sich die StA wegen ihrer Leitungsfunktion und als aktenführende Stelle im Strafverfahren zurechnen zu lassen (§ 161 StPO, § 152 GVG; vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 14.07.2016 – 2 BvR 2474/14, StV 2017, 361 [362 f.]; *BGH*, Beschl. v. 26.04.2017 a.a.O.; *Wohlers/Schlegel* NStZ 2010, 486 [487]).

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

[36] **g**) Soll im Ermittlungsverfahren ein Haft- oder Unterbringungsbefehl und damit eine freiheitsentziehende Ermittlungsmaßnahme erwirkt werden, kommt allerdings die Vorlage nur ausgewählter Aktenteile nicht in Betracht. Denn die den vorstehend benannten Maßgaben entspr. Dokumentation des strafrechtlichen Ermittlungsverfahrens als Grundlage einer eigenverantwortlichen und unabhängigen Anordnung des Ermittlungsrichters sichert gerade auch den effektiven Rechtsschutz des Besch. bei beantragten Freiheitsentziehungen im strafprozessualen Ermittlungsverfahren ab und verleiht dem in Art. 104 Abs. 2 S. 1 GG verankerten Richtervorbehalt und seiner Sicherungsfunktion (vgl. nur *BVerfG*, Beschl. v.

14.05.2020 – 2 BvR 2345/16, NVwZ-RR 2020, 801 [803] besondere Wirkmacht.

[37] **aa**) Im Hinblick auf die wertsetzende Bedeutung des Rechts auf Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG) ist der zu gewährleistende Grundrechtsschutz bereits durch die Verfahrensgestaltung zu bewirken (vgl. hierzu *BVerfG*, Beschl. v. 20.12.1979 [– 2 BvR 64/78, 2 BvR 460/79], *BVerfGE* 53, 3 [65], v. 22.08.2017 – 2 BvR 2039/16, BeckRS 2017, 123193, und v. 13.10.2016 – 2 BvR 1275/16, BeckRS 2016, 53503). Hiernach hat der Ermittlungsrichter der rechtsstaatlich unverzichtbaren Voraussetzung Rechnung zu tragen, dass Entscheidungen, die den Entzug der persönlichen Freiheit betreffen, unter Beachtung der hierfür vorgeschriebenen Formen ergehen und auf zureichender – dem Gewicht der Freiheitsgarantie entspr. – Tatsachengrundlage beruhen (vgl. *BVerfG*, Beschl. vom 08.10.1985 – 2 BvR 1150/80, *BVerfGE* 70, 297 [310] [= StV 1986, 160], v. 07.10.1981 – 2 BvR 1194/80, *BVerfGE* 58, 208 [222], v. 22.11.2011 – 2 BvR 1334/10, StV 2012, 292 [293], und v. 18.09.2018 – 2 BvR 745/18, BeckRS 2018, 25842 [= NJW 2019, 41]; hierzu auch Maunz/Dürig-GG/*Mehde*, 91. EL. [2020], Art. 104 Rn. 135 ff.; *ders.* JZ 2020, 922 [923]). Eine schlichte Plausibilitätsprüfung genügt dem nicht (vgl. nur BeckOK-GG/*Radtke*, 44. Ed. [2020], Art. 104 Rn. 13; ferner *BGH*, Urt. v. 29.05.1958 – III ZR 38/57, NJW 1959, 35 [37]).

[38] **bb**) Eingedenk dessen hat die StA ihrem Antrag auf Erlass eines Haftbefehls regelmäßig die aktuellen Ermittlungsergebnisse vollständig in Form der Ermittlungsakten vorzulegen (ausgenommen hiervon sind etwa gesperrte Erkenntnisse [...]; vgl. ferner § 114 Abs. 2 Nr. 4 StPO). Denn wie alle staatlichen Organe sind auch die Strafverfolgungsbehörden dazu verpflichtet, dafür Sorge zu tragen, dass der Richtervorbehalt als Grundrechtssicherung in Form einer eigenverantwortlichen und selbständigen richterlichen Entscheidung praktisch wirksam wird (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 14.05.2020 a.a.O. S. 803; zu vergleichbaren Anforderungen bei der Anordnung von Auslieferungs- und Abschiebungshaft s. *BVerfG*, Beschl. v. 14.05.2020 a.a.O. S. 803, und v. 13.11.2017 – 2 BvR 1381/17, NJW 2018, 37 [38 f.] [= StV 2018, 570 [Ls]]). Damit der Ermittlungsrichter aber »die volle Verantwortung« für die Freiheitsentziehung übernehmen kann (vgl. nur *Nehm* FS Meyer-Goßner [2001], 277 [289]), ist grds. die vollständige Vorlage der nach den vorstehend genannten Maßgaben geführten Ermittlungsakte notwendig.

[39] **cc**) Auf eine Auswahl einzelner Ermittlungserkenntnisse und die – auch konkludente – Versicherung der Anklagebehörde, dass weitere be- oder entlastende Umstände im Zeitpunkt der Antragsstellung nicht vorliegen (s. **B.III.1.h**), hat sich der Richter bei der Frage der Freiheitsentziehung grds. nicht verweisen zu lassen. Dies gilt gleichermaßen für eine schlichte Vorlage zusammenfassender polizeilicher Ermittlungsberichte oder polizeilicher Aktenvermerke; diese ersetzen die Vorlage der Primärquellen nicht. Eine eigenverantwortliche gerichtliche Bewertung setzt die Kenntnis der Beweismittel selbst voraus und beschränkt sich nicht auf das Vertrauen auf nachvollziehbare polizeiliche Erwägungen (vgl. – freilich im Kontext zu Art. 103 Abs. 1 GG bei vollzogenem Arrest – nur *BVerfG*, Beschl. v. 19.01.2006 – 2 BvR 1075/05, NStZ 2006, 459 [460] [= StV 2006, 281]).

[40] **dd**) Allein in Konstellationen höchster Eilbedürftigkeit bei hochkomplexen Ermittlungen, wie etwa bei einem aktuellen Anschlagsgeschehen, mag eine auch ungeordnete erste Zusammenstellung der oftmals parallel erfolgenden umfangreichen Beweissicherungen durch eine Vielzahl eingesetzter Polizeikräfte zur Begründung eines Haftbefehlsantrags ausnahmsweise ausreichen, um bei dringendem Tatverdacht [sich] aufdrängender Gefahr von Flucht oder Verdunkelung entgegen zu wirken.

[41] **2.** Gemessen an diesen Maßgaben erweisen sich die dem Antrag hier beigeschlossenen Stehordner mit ersichtlich ausgewählten Ermittlungserkenntnissen als unzureichend, um eine eigenverantwortliche gerichtliche Prüfung der begehrten Freiheitsentziehung zu gewährleisten, sodass auch deshalb der Antrag des GBA abzulehnen war (vgl. *BGH*, Beschl. v. 23.03.1996 – 1 StR 685/95, *BGHSt* 42, 103 [105] [= StV 1996, 357]; ferner etwa *Boetticher/Landau* FS BGH [2000], 555 [559 f.]; *G. Schäfer* a.a.O. S. 1303).

[42] **a**) Schon die Bezeichnungen der vorgelegten Stehordner – »Sachakten-Sonderband Haftbefehlsantrag« und »Haftbefehlsantrag Fußnoten zum Vermerk BKA Antrag Erlass eines Haftbefehls v. 16.07.2020« – lassen erkennen, dass es sich hierbei nicht um die geschlossene Dokumentation des Ermittlungsverfahrens handelt. Namentlich die nicht folierte Zusammenstellung in den Stehordnern »Fußnoten zum Vermerk v. 16.07.2020« ist ersichtlich als Arbeitshilfe und nicht als Ermittlungsakte gedacht [...]. Durch den Vermerk wurden seitens der Polizei den Ausführungen des GBA zum Tatvorwurf und zum dringenden Tatverdacht – nahezu Satz für Satz – die diesem zugrunde liegenden Ermittlungserkenntnisse zugeordnet. Auch die zahlreichen in den Stehordnern »Haftbefehlsantrag« doppelt abgelegten Behördenzeugnisse [...], Vermerke [...] und anderen Inhalte [...] legen nahe, dass es sich hier um eine Auswahl und nicht um eine den vorgenannten Maßgaben verpflichtete Verfahrensdokumentation handelt.

[43] **b**) Die Inhalte der vorgelegten Zusammenstellung einzelner Ermittlungsergebnisse lassen ferner erkennen, dass es neben den vorgelegten vier Stehordnern eine weitere Ablage für in diesem Verfahren erhobene Erkenntnisse und durchgeführte Ermittlungshandlungen geben könnte. Denn die für die Identifikation des Besch. [...] maßgebliche Identifizierung durch den Zeugen P. war und ist nicht Gegenstand der mit dem Antrag ursprünglich allein vorgelegten Sachakten-Sonderordner »Haftbefehlsantrag«. Wer die Zeugenvernehmung zu welchem Zeitpunkt in diesem Verfahren gegen A. beigezogen hat und wo sie bis zur Ablage in den als Arbeitshilfe zusammengestellten Stehordner »Haftbefehlsantrag Fußnoten zum Vermerk BKA Antrag Erlass eines Haftbefehls v. 16.07.2020«, Band 1, »Fußnote 3« verwahrt wurde, ist nicht ersichtlich.

[44] **c**) Dies gilt gleichermaßen für die Vernehmung des Zeugen S. [...]. Diese wurde originär in dem Ermittlungsverfahren gegen A. durchgeführt; die Niederschrift hierüber wurde allerdings lediglich dem als Arbeitshilfe gedachten Stehordner »Haftbefehlsantrag Fußnoten zum Vermerk BKA Antrag Erlass eines Haftbefehls v. 16.07.2020«, Band 2, »Fußnote 36« beigeschlossen. Dies kann einer den vorstehend dargestellten Maßgaben der Aktenklarheit verpflichtete Verfahrensdokumentation freilich nicht genügen. Ob es weitere Ermittlungsmaßnahmen gab, wann und [von wem] diese vorgenommen wurden und welches Ergebnis sie erbracht haben, bleibt dunkel.

[45] **d**) Schließlich ist der vorgelegten Auswahl an Erkenntnissen auch nicht zu entnehmen, aus welchem Grund die vollständige Ermittlungsakte nicht vorgelegt wurde (vgl. zur Sperrung einzelner Erkenntnisse nach § 96 StPO etwa vorstehend **B.I.1.a]dd**).

Europäisches und Internationales

Selbstgeldwäsche und Doppelbestrafungsverbot

GrCh Art. 50; RL (EU) 2018/1673 Art. 3 Abs. 5; StGB § 261 Abs. 1, Abs. 7

1. Ist jemand wegen Beteiligung an der Vortat rechtskräftig verurteilt worden, so steht das Doppelbestrafungsverbot einer Strafverfolgung wegen Geldwäsche entgegen, wenn zwischen dem Sachverhalt, der dieser Verfolgung zugrunde liegt, und dem die Vortat begründenden Sachverhalt eine Identität der materiellen Tat besteht.

2. Die Identität von materiellen Taten ist gegeben, wenn ihnen ein Komplex von Tatsachen zugrunde liegt, die in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach ihrem Zweck unlösbar miteinander verbunden sind. Unerheblich sind jedoch die rechtliche Einordnung der Tat nach nationalem Recht und das geschützte rechtliche Interesse.

EuGH, 2. Kammer, Urt. v. 02.09.2021 – C-790/19

Anm. d. Red.: Zur Kritik an der gegenläufigen Entscheidung BGHSt 63, 268 (Tz. 13) s. SSW-StGB/*Jahn*, 5. Aufl. 2021, § 261 Rn. 97 m.w.N.

Nichtanerkennung einer Europäischen Ermittlungsanordnung

AEUV Art. 267; RL 2014/41/EU Art. 2 Buchst. c, d; Art. 9 Abs. 3

1. Von Vollstreckungsbehörden i.S.v. Art. 2 Buchst. d RL 2014/41/EU getroffene Entscheidungen über die Anerkennung und Vollstreckung einer Europäischen Ermittlungsanordnung haben keinen Rechtsprechungscharakter; sie sind daher nicht befugt, ein Vorabentscheidungsersuchen nach Art. 267 AEUV zu stellen.

2. Die Vollstreckungsbehörde kann beschließen, eine Europäische Ermittlungsanordnung nicht zu vollstrecken, indem sie einen der Gründe für die Versagung der Anerkennung oder der Vollstreckung oder einen der Gründe für den Aufschub der Vollstreckung nach der Richtlinie geltend macht.

3. Die Vollstreckungsbehörde hat eine Europäische Ermittlungsanordnung, die nicht von einer Anordnungsbehörde i.S.d. Art. 2 Buchst. c RL 2014/41/EU erlassen worden ist, nach Art. 9 Abs. 3 RL 2014/41/EU an den Anordnungsstaat zurückzugeben.

EuGH, 4. Kammer, Urt. v. 02.09.2021 – C-66/20

Anm. d. Red.: Die Staatsanwaltschaft Trient hatte angezweifelt, dass eine deutsche Finanzbehörde, wenn sie als Ermittlungsbehörde tätig wird (§ 399 Abs. 1 AO), zum Erlass einer Europäischen Ermittlungsanordnung aktivlegitimiert ist.

Postlaufzeiten aus dem EU-Ausland; Zustellungsvollmacht

StPO § 44 S. 1; § 132 Abs. 1 S. 1 Nr. 2

1. Bei der Einlegung des Einspruchs gegen einen Strafbefehl sind längere Postlaufzeiten aus dem EU-Ausland ins Inland

nötigenfalls durch die Gewährung von Wiedereinsetzung auszugleichen.

2. Tritt der zustellungsbevollmächtigte Polizeibeamte in den Ruhestand, so ist die Zustellung unwirksam, wenn sein – nicht ausdrücklich bevollmächtigter – Nachfolger das Schriftstück entgegennimmt.

LG Nürnberg-Fürth, Beschl. v. 23.08.2021 – 12 Qs 57/21

Aus den Gründen: I. Das *AG Fürth* erließ gegen den Angekl. – einen polnischen Staatsbürger mit Wohnsitz in [...] Polen – am 11.02.2021 einen Strafbefehl wegen Diebstahls, der eine Geldstrafe von 30 Ts zu 40 € vorsah. Der Strafbefehl samt Übersetzung in die polnische Sprache wurde am 03.03.2021 an den vom Angekl. benannten Zustellungsbevollmächtigten, PHK P. von der Polizeiinspektion F., zugestellt. Der Angekl. selbst erhielt den Strafbefehl am 05.03.2021.

Mit Schreiben v. 17.03.2021, beim *AG Fürth* eingegangen am 23.03.2021, legte der Angekl. einen auf die Rechtsfolge beschränkten Einspruch gegen den Strafbefehl ein. Noch am selben Tag verwarf das *AG* den Einspruch als unzulässig, weil verspätet. Die Einspruchsfrist sei am 17. März um 24.00 Uhr abgelaufen.

Zum 01.04.2021 trat PHK P. in den Ruhestand. Am 15.04.2021 wurde die an ihn adressierte polnische Übersetzung des Verwerfungsbeschl. an PHM S. bei der Polizeiinspektion F. zugestellt. Gegen diesen Beschl. wandte sich der Angekl. mit Schreiben v. 22.04.2021, beim *AG Fürth* eingegangen am 27.04.2021. Darin legte er »Berufung« ein und beantragte, den Einspruch »zuzulassen und die Frist wieder in Gang zu setzen«. Zur Begründung führte er aus, er sei mit dem deutschen Recht nicht vertraut und sei davon ausgegangen, dass die am 17.03.2021 ablaufende Frist gewahrt werde, wenn er (spätestens) an diesem Tag seinen Einspruch abschicke. So sei nämlich die Rechtslage in Polen.

Das *AG* gewährte unter dem 02.08.2021 keine Wiedereinsetzung und half der sofortigen Beschwerde nicht ab. Die StA Nürnberg-Fürth beantragte in ihrer Zuschrift, die sofortige Beschwerde als unzulässig zu verwerfen.

II. Die zulässige sofortige Beschwerde ist begründet.

1. Gegen den den Einspruch verwerfenden Beschl. ist die sofortige Beschwerde statthaft (§ 411 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 StPO). Sie ist form- und insb. auch fristgerecht eingelegt worden.

a) Die Zustellung des Beschl. war unwirksam und konnte daher die Wochenfrist des § 311 Abs. 2 mit § 35 Abs. 2 S. 1 StPO nicht in Gang setzen. Der Angekl. hatte PHK P. als Zustellungsbevollmächtigten benannt. Die Zustellung des Beschl. ist aber nicht an ihn, sondern an PHM S. erfolgt. Diesen hatte der Angekl. nicht ausdrücklich zur Entgegennahme von Schriftstücken bevollmächtigt, sodass an ihn auch nicht wirksam zugestellt werden konnte.

In diesem Zshg. wird vertreten, dass der Angekl. regelmäßig kein Interesse daran habe, die Zustellungen an eine bestimmte Person in der Justiz bewirken zu lassen. Daher sei die Vollmacht so auszulegen, dass der Vertreter oder Nachfolger im Amt ebenfalls zum Empfang bevollmächtigt seien; jedenfalls sei von einer stillschweigenden Unterbevollmächtigung des Vertreters oder Nachfolgers analog § 167 BGB auszugehen (BeckOK-StPO/*Niesler*, 39. Ed. 01.01.2021, § 132 Rn. 12). Diese Auffassung teilt die *Kammer* nicht.

aa) Allerdings hat die *Kammer* keine grds. Bedenken (entgegen *LG Berlin*, Beschl. v. 03.11.2011 – 526 Qs 22/11, juris

[= NStZ 2012, 334]; dazu auch LR-StPO/*Gleß*, 27. Aufl. [2019], § 132 Rn. 14 m.w.N.) gegen die Bestellung eines Polizeibeamten als Zustellungsbevollmächtigten.

bb) Dem Angekl. obliegt nach der Erteilung der Zustellungsvollmacht, selbst dafür zu sorgen, dass der Bevollmächtigte ihn zuverlässig unterrichten kann. Ggf. muss er sich beim Bevollmächtigten über den etwaigen Eingang von Schriftstücken informieren (*BayObLG*, Beschl. v. 19.06.1995 – 4 StRR 102/95, juris Rn. 11 [= NStZ 1995, 561]; *LG Dresden*, Beschl. v. 10.01.2017 – 3 Qs 105/16, juris Rn. 22). Um diese eventuell notwendige Kommunikation sicherzustellen, muss der Bevollmächtigte als Ansprechpartner des Angekl. diesem namentlich bekannt oder für ihn leicht identifizierbar sein (SSW-StPO/*Herrmann*, 4. Aufl. [2020], § 116a Rn. 24 m.N.). Der Angekl. muss wissen, an wen er sich wenden muss. Das ist nicht gewährleistet, wenn er – wie hier – einen bestimmten Polizeibeamten bevollmächtigt, Zustellungen aber ebenso an andere, dem Angekl. unbekannt Beamte wirksam erfolgen könnten (im Erg. ebenso *AG Ludwigshafen*, Beschl. v. 09.06.2010 – 5489 Js 10962/10 – 4c OWi, juris Rn. 5; KK-StPO/*Schultheis*, 8. Aufl. [2019], § 127a Rn. 6; unter Betonung des Vertrauensaspekts *Kulhanek*, Die Sprach- und Ortsfremdheit von Besch. in Strafverfahren, 2019, 129).

Eine Unterbevollmächtigung des Nachfolgers durch den ausgeschiedenen Bevollmächtigten analog § 167 BGB scheidet daher ebenfalls aus. Die aufgezeigte Interessenlage des Angekl. – er ist es, der den Bevollmächtigten überhaupt zur Unterbevollmächtigung ermächtigen müsste (Palandt-BGB/*Ellenberger*, 80. Aufl. [2021], § 167 Rn. 12) – steht der Auslegung entgegen, der Bevollmächtigte dürfe Untervollmachten erteilen. Eine ggf. dem zuwider vom Bevollmächtigten eigenmächtig erteilte Untervollmacht wäre wegen § 180 S. 1 BGB unwirksam.

cc) Nichts anderes ergibt sich daraus, dass das vom Angekl. unterzeichnete polizeiliche Formular hinter der Zeile »Als Bevollmächtigten für Zustellungen im Inland benenne ich unwiderrüflich...« eine hochgestellte »5« als Fußnote aufweist. Auf der Rückseite des Formulars wird zu der Fußnote ausgeführt: »Soweit eine Amtsperson als Zustellungsbevollmächtigter für Zustellungen benannt wird, ermächtigt der Besch. mit seiner Unterschrift im Verhinderungsfalle dessen Vertreter ebenso zur Entgegennahme von Zustellungen«. Die Voraussetzungen dieser Klausel sind nicht gegeben. Es liegt kein Verhinderungs- oder Vertretungsfall vor, denn der Bevollmächtigte ist aus dem aktiven Dienst geschieden; es handelt sich vielmehr um einen von der Klausel nicht geregelten Nachfolgefall.

dd) Da die Zustellung bereits aus den genannten Gründen unwirksam war, muss die *Kammer* nicht vertiefen, ob die Benennung des Zustellungsbevollmächtigten auch deshalb unwirksam gewesen sein könnte, weil das entspr. Formular dem des Deutschen kaum mächtigen Angekl. nicht in seiner Muttersprache, sondern nur auf deutsch vorgelegt worden ist. Die Zustellungsvollmacht bedarf bei Sprachunkundigen der Übersetzung (*LG Berlin* a.a.O. Rn. 19; *Schultheis* a.a.O. Rn. 6; *Kulhanek* JR 2016, 207 [212]).

b) Tatsächlich hat der Angekl., wie sein Wiedereinsetzungsantrag v. 22.04.2021 zeigt, von dem Verwerfungsbeschl. Kenntnis erhalten, sodass der aufgezeigte Zustellungsmangel geheilt wurde (§ 37 Abs. 1 StPO mit § 189 ZPO). Das Datum des

tatsächlichen Zugangs als fristauslösendes Ereignis ist der Akte allerdings nicht zu entnehmen, sodass von einer Verfristung der sofortigen Beschwerde nicht ausgegangen werden kann.

2. Die sofortige Beschwerde ist auch begründet. Dem Angekl. ist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, da er ohne sein Verschulden an der Einhaltung der zweiwöchigen Frist zur Einlegung des Einspruchs gegen den Strafbefehl gehindert war (§ 44 S. 1 StPO).

a) Der Angekl. hat die Einspruchsfrist versäumt. Er gibt in seinem Einspruchsschreiben v. 17.03.2021 selbst an, den Strafbefehl am 05.03.2021 erhalten zu haben. Das ist zwar mit der von der *Kammer* eingeholten Auskunft der Polizeiinspektion F. kaum zu vereinbaren, wonach PHK P. den Strafbefehl am 05.03.2021 zur Post an den Angekl. gegeben habe. Es ist aber mangels besserer Erkenntnis von der *Kammer* so hinzunehmen. Damit ist der beim *AG Fürth* erst am 23.03.2021 eingegangene Einspruch verfristet.

b) Diese Verspätung war aber nicht verschuldet i.S.d. § 44 S. 1 StPO. Gem. der Rspr. des *EuGH* (Urt. v. 15.10.2015 – C-216/14, juris Rn. 52 ff. [= StV 2016, 205 m. Anm. *Brodowski*]) ist der in einem anderen Mitgliedstaat wohnende Adressat eines Strafbefehls bei Zustellungsbevollmächtigung so zu stellen, dass ihm die volle Frist für den Einspruch zur Vfg. steht, ggf. durch die Gewährung einer Wiedereinsetzung (*EuGH* a.a.O. Rn. 51). Nachdem der Angekl. den Strafbefehl am 05.03.2021 erhalten hatte, konnte er grds. bis zum 19.03.2021 den Einspruch einlegen. Das ist zwar nicht geschehen, gleichwohl war dem Angekl. nach Lage des Falles Wiedereinsetzung zu gewähren.

aa) Sein fehlendes Verschulden kann der Angekl. allerdings nicht darauf stützen, dass er von einer unzutreffenden Rechtslage ausging. Er berief sich darauf, dass nach dem Recht seines Heimatlandes die rechtzeitige Aufgabe eines Schriftstücks bei der Post die Frist wahre. Entspr. dieser Vorstellung habe er sich auch verhalten, indem er seinen Einspruch am 17.03.2021 bei der polnischen Post aufgegeben habe. Tatsächlich gilt nach Art. 124 der polnischen Strafprozessordnung die Frist als gewahrt, wenn das Schriftstück vor dem Ablauf der Frist bei einem Postdienstleister aufgegeben worden ist, der Zustellungen auf dem Gebiet der EU vornimmt. Hier lag dem Strafbefehl aber ausweislich der Zustellungsurkunde eine polnische Übersetzung der Rechtsbehelfsbelehrung bei, aus der sich ausdrücklich ergibt, dass die Frist nur als gewahrt gilt, wenn der Einspruch vor Fristablauf bei Gericht eingeht. In einer solchen Situation kann sich ein Besch. nicht mit Erfolg auf abweichende Regelungen in seiner heimatlichen Rechtsordnung berufen.

bb) Die Wiedereinsetzung war aber zur Vermeidung einer europarechtlich unzulässigen Diskriminierung zu gewähren.

(1) Ein inländischer Besch. darf für die Einlegung des Einspruchs auf die normalen Postlaufzeiten vertrauen (*BVerfG*, Beschl. v. 16.12.1975 – 2 BvR 854/75, juris Rn. 9 [= *BVerfGE* 41, 23]; *OLG Koblenz*, Beschl. v. 25.03.1983 – 1 Ws 182/83, wistra 1983, 206; *KG*, Beschl. v. 30.08.2000 – 1 AR 1002/00 – 3 Ws 397/00, juris Rn. 3). Nach eigener Angabe der Deutschen Post ist sie in der Lage, 90 % aller nationalen Briefsendungen bereits einen Werktag nach der Einlieferung beim Empfänger auszuliefern (https://www.deutschepost.de/de/q/qualitaet_gelb.html). Hätte der Angekl. seinen Einspruch daher am 17.03.2021 im Inland bei der Post aufgegeben, hätte er mit einem Eingang bei Gericht bis 19.03.2021 rechnen

dürfen. Eine im Betriebsablauf der Post etwa aufgetretene Verzögerung wäre ihm nach der zit. Rspr. nicht i.S.e. Verschuldens zuzurechnen.

(2) Dem Angekl. gereicht es nicht zum Verschulden, dass er den Einspruch am 17.03.2021 im Ausland zur Post aufgegeben hat und er deshalb zu spät bei Gericht einging.

Es wird zwar vertreten, dass bei der Aufgabe der Post im (EU-) Ausland die längere Postlaufzeit vom Absender einkalkuliert werden müsste (*OLG Düsseldorf*, Beschl. v. 20.03.2008 – 2 Ws 48/08, juris Rn. 1). Die *Kammer* teilt diese Auffassung für die gegebene Konstellation indes nicht, weil sie höherrangigen Wertungen widerspricht. Der *EuGH* stützt nämlich die Notwendigkeit, einem im Ausland wohnenden Besch. die volle Zweiwochenfrist für den Einspruch zu gewähren, auch auf das unionsrechtliche Diskriminierungsverbot (Urt. v. 14.05.2020 – C-615/18, NJW 2020, 1873 Rn. 50 [= StV 2020, 612 [Ls]]), wonach der im EU-Ausland Wohnende nicht schlechter stehen dürfe als ein Inländer. Legt man das zugrunde, so darf die Differenz der Zeiträume zwischen den Postlaufzeiten im Inland einerseits und vom EU-Ausland ins Inland andererseits dem Besch. nicht schaden. Sähe man das anders und müsste ein Besch. den Einspruch im EU-Ausland so rechtzeitig absenden, dass er noch binnen der Zweiwochenfrist beim deutschen Gericht ankommt, hätte er die vom *EuGH* geforderten vollen zwei Wochen Einspruchsfrist nicht zur Verfügung. Die möglichen Postlaufzeiten sind durchaus erheblich. So wird die gewöhnliche Postlaufzeit einer als prioritär eingestuften Briefsendung von Polen nach Deutschland bis zum dritten Werktag nach dem Tag ihrer Aufgabe angegeben (<https://www.poczta-polska.pl/paczki-i-listy/przesylki-zagraniczne/listy/list-polecony/>). Auch der *EuGH* rechnet mit erheblichen Postlaufzeiten innerhalb der Union (zusätzliche pauschale Entfernungsfrist von zehn Tagen gem. Art. 51 Verfo EuGH). Das kann bei der Wiedereinsetzung nicht unberücksichtigt bleiben. [...]

Schnittstellen zum Öffentlichen Recht

Unverwertbarkeit polizeirechtswidriger Videoaufnahmen

GG Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs.1; StPO § 261; PolG NRW § 15

Videoaufnahmen, die unter grob fahrlässigem oder vorsätzlichem Verstoß gegen polizeirechtliche Ermächtigungsgrundlagen von der Polizei aufgenommen wurden, sind jedenfalls bei Tatvorwürfen aus dem Bereich der Kleinkriminalität (hier: Beleidigung) im Strafverfahren unverwertbar.

LG Köln, Beschl. v. 01.04.2021 – 157 Ns 8/20

Aus den Gründen: Die Verwertung der Videoaufzeichnung unterliegt einem Beweisverwertungsverbot. [...] Die *Kammer* geht inzwischen davon aus, dass die Polizeibeamten, die die Aufnahme, worauf die streitgegenständlichen Ereignisse zu sehen und zu hören sind, angefertigt haben, gegen § 15 PolG NRW verstoßen haben. [...] Auf den Aufnahmen sieht bzw. hört man eine große Gruppe meist halb nackter, tlw. etwas schwabbeliger jüngerer Männer, die trommeln, brüllen und grölen. Das sind, je nach persönlicher Sichtweise, Geschmacklosigkeiten oder Besonderheiten gemeinsamer Freizeit-

gestaltung, in keinem Fall aber Straftaten. Strafbares bzw. möglicherweise strafbares Verhalten ist nur auf einem Film zu hören und zu sehen, nämlich dem hier streitgegenständlichen. [...] Die *Kammer* geht im Erg. davon aus, dass die Zeugin [...] und möglicherweise auch der Zeuge [...] entschieden haben, mehr oder weniger durchgängig kürzere oder längere Aufnahmen anzufertigen, ohne dass Tatsachen vorlagen, die die Annahme rechtfertigten, dass Straftaten oder Ordnungswidrigkeiten begangen werden. Soweit die Zeugin angegeben hat, auch bei früheren Spielen habe es Vorfälle im Zshg. mit dem Abbrennen von pyrotechnischem Material gegeben, bietet dies keine ausreichende Grundlage, um die Voraussetzungen von § 15 PolG NRW feststellen zu können. Das geht über die Grundlage nicht hinreichender (vgl. dazu BeckOK-PolR NRW/*Ogorek*, 16. Ed. [01.12.2020], § 15 PolG NRW Rn. 7) Vermutungen bevorstehender Straftaten schon der Sache nach nicht hinaus. [...] Würde die *Kammer* die Videoaufnahme mit den Gesängen – eigentlich eher Gebrüll –, die den Vorwurf des vorliegenden Verfahrens bilden, als Beweismittel bei der Urteilsfindung verwerten (§ 261 StPO), läge darin ein unzulässiger Eingriff in das allg. Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) der Angekl. Die Verwertung personenbezogener Informationen in einer gerichtlichen Entscheidung greift in das allg. Persönlichkeitsrecht ein. Das durch Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs.1 GG gewährleistete allg. Persönlichkeitsrecht umfasst als besondere Ausprägungen u.a. das Recht am eigenen Wort, das Recht am eigenen Bild und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (vgl. *BVerfG* NJW 2012, 907 [912]).

Die nach den o. dargestellten Maßstäben vorzunehmende Abwägung führt hier dazu, dass das Strafverfolgungsinteresse ggü. dem Grundrechtsschutz zurückzutreten hat. Die *Kammer* hat dabei allerdings durchaus erhebliche Gesichtspunkte gefunden, die gegen ein Zurücktreten des staatlichen Strafverfolgungsinteresses und damit gegen die Annahme eines Beweisverwertungsverbotessprechen. Die hier in Rede stehenden Aufnahmen sind weit davon entfernt, in den innersten Bereich des Persönlichkeitsrechts einzugreifen. Die Veranstaltung war öffentlich. Sie fand im Freien statt. Die Angekl. waren Teil einer großen Gruppe. Keiner der einzelnen Angekl. stand im Fokus der Aufnahme oder wurde speziell überwacht. Betr. war nicht die Privatsphäre der Angekl. sondern die Sozialsphäre. Die Sozialsphäre umfasst die Teilnahme des Grundrechtsträgers am öffentlichen Leben. Er gibt darin Informationen i.d.R. preis, was allerdings nicht dazu führt, dass Grundrechtseingriffe in diesem Bereich ohne weiteres und ohne Interessenabwägung zulässig wären (vgl. *Wieneck* JA 2018, 38 [45]). Die Aufnahmen erfolgten auch offen und für die Gruppe erkennbar. Andererseits bestand keine Möglichkeit, sich den Aufnahmen zu entziehen, ohne die Tribüne zu verlassen. Dem stehen allerdings überwiegende Gesichtspunkte entgegen, die im Erg. die Zulassung des Beweismittels verbieten. Die *Kammer* sieht hier einen möglicherweise vorsätzlichen, jedenfalls aber grob fahrlässigen Verstoß gegen das Polizeirecht. Den von der Zeugin [...] in ihrer Aussage erwähnten Gesetzesverstoß, nämlich das Abbrennen eines Rauchtropfs, gab es zwar möglicherweise, jedoch nicht vor Beginn der Überwachung der Gruppe mittels Video und auch nicht vor der hier in Rede stehenden Aufnahme mit den Angekl. vorgeworfenen Gesängen. Aufgrund der Vielzahl und der zeitlichen Verteilung der Aufnahmen über die ganze erste Halbzeit geht die *Kammer* von einem Verhalten aus, welches planmäßigen oder systematischen Verfahrensverstößen zumindest gleichkommt. Die *Kammer* sieht zwar durchaus ein staatliches Aufklärungsinteresse, da weitere Beweismittel, mit denen nicht nur nachgewiesen werden könnte, dass die streitgegenständlichen Gesänge stattgefunden haben, sondern auch eine Zuordnung zu den Angekl. erfolgen könnte, nicht vorliegen. Es besteht durchaus auch dringender Tatverdacht. Die *Kammer* hätte keine Bedenken, den Verfahrensverstoß ggü. dem staatlichen Aufklärungsinteresse zurücktreten zu lassen, wenn es sich um den Verdacht einer schwerwiegenden Straftat oder auch nur um eine Tat aus dem Bereich der mittleren Kriminalität handeln würde. Die hier in Rede stehenden Taten sind allerdings dem Bereich der Kleinkriminalität zuzuordnen.

Die *Kammer* erkennt an, dass es ein legitimes Interesse des Staates und auch der Polizei und ihrer Amtsträger gibt, die Polizeibeamten im täglichen Dienst nicht schutzlos den Insultationen grobschlächtiger Leute auszuliefern. Das Delikt (Beleidigung, § 185 1. Alt. StGB) ist aber nur mit Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder mit Geldstrafe bedroht. Der Grad des möglichen persönlichen Verschuldens der Angekl. ist gering. Die Angekl. sind strafrechtlich völlig unvorbelastet. Der Vorgang liegt schon mehrere Jahre zurück, ohne dass sie sich wieder etwas haben zuschulden kommen lassen. Die materielle Strafbarkeit des den Angekl. vorgeworfenen Verhaltens kommt durchaus in Betracht. Der Fall liegt allerdings in einem Grenzgebiet, bei dem die Ehre der Polizeibeamten gegen das Recht auf freie Meinungsäußerung abzuwägen ist. Um plumpe Schmähkritik, bei der eine Abwägung nicht erforderlich ist, um zu einer Strafbarkeit wegen Beleidigung zu kommen (vgl. dazu *BVerfG* NStZ-RR 2016, 277; NJW 2017, 2607), geht es nicht. Schließlich kann auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Zeugin die Gruppe über längere Zeit immer wieder gefilmt hat, ohne dass es irgendwelches strafbares Verhalten gab. Dies mag dazu geführt haben, dass sich die Gruppe irgendwann provoziert gefühlt hat und sich im Wesentlichen aus diesem Grunde entschlossen hat, die hier in Rede stehenden Gespräche anzustimmen.

Mitgeteilt von RA *Tobias Westkamp*, Köln.

Strafrecht und Digitalisierung

Zugriff auf E-Mail-Postfach durch Administrator als Ausspähen von Daten?

StGB § 202a

1. Daten sind gegen unberechtigten Zugang besonders geschützt, wenn Vorkehrungen getroffen sind, den Zugriff auf diese Daten auszuschließen oder wenigstens nicht unerheblich zu erschweren und hierdurch der Berechtigte sein spezielles Interesse an der Geheimhaltung dokumentiert.

2. Für das Vorliegen einer Zugangssicherung ist auf die allgemeine Sicherung der Daten gegenüber dem Zugriff Unbefugter abzustellen, nicht darauf, ob Eingeweihte oder Experten leicht auf die Daten zugreifen können. Daher kann es als Zugangssicherung ausreichen, wenn der Zugang zu einem E-Mail-Postfach durch ein Passwort gesichert ist.

3. Für die Überwindung einer Zugangssicherung ist es unerheblich, ob die Sicherung von Daten vor unberechtigtem Zugang aufgrund besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten oder Möglichkeiten schnell und ohne besonderen Aufwand überwunden wird.

BGH, Beschl. v. 13.05.2020 – 5 StR 614/19 (LG Berlin)

Aus den Gründen: [1] Das *LG* hat den Angekl. H. wegen Wohnungseinbruchsdiebstahls, Ausspähens von Daten in zwei Fällen und Besitzes kinderpornographischer Schriften zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 1 J und 11 M verurteilt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt und 5 M der Strafe als vollstreckt erklärt; zudem hat es gegen ihn die Einziehung des Wertes von Taterträgen i.H.v. 70.900 € angeordnet. Den Angekl. B. hat es wegen Ausspähens von Daten in zwei Fällen zu einer Gesamtgeldstrafe von 300 Tagessätzen zu jew. 220 € verurteilt, von der 60 Ts. als vollstreckt gelten. Die jew. mit Verfahrens- und der Sachrüge geführten Revisionen der Angekl. führen beim Angekl. H. zu einer Reduzierung des Einziehungsbetrages und bei dem Angekl. B. zu einer Aufhebung des Schuldspruchs; i.Ü. sind sie i.S.v. § 349 Abs. 2 StPO unbegründet [...].

[2] **A)** *Revision des Angekl. H.* Das Urte. hält insb. rechtlicher Überprüfung stand, soweit das *LG* den Angekl. H. wegen Ausspähens von Daten (§ 202a Abs. 1 StGB) in zwei Fällen verurteilt hat.

[3] **I. 1.** Das *LG* hat insoweit Folgendes festgestellt:

[4] Der Angekl. B. lernte den Angekl. H. kennen, als er im März 2006 dessen sexuelle Dienstleistungen als »Callboy« in Anspruch nahm. In der Folge kam es 2007 und 2008 zu mehreren solcher Treffen. Im Juli 2007 war B. Leiter der Stabsstelle des Apothekerlobbyverbandes A. geworden und betrieb daneben das Online-Informationsportal »a.–a.«. Auf diesem Portal wurden regelmäßig Hintergrundinformationen aus dem Bundesministerium für Gesundheit veröff., die in der Pharma- und Apothekerbranche auf große Aufmerksamkeit stießen. Im Ministerium gab es 2006 bis 2012 – wie auch schon zuvor – »undichte Stellen«, die unbefugt verwaltungsinterne Informationen weitergaben. Der Angekl. H. wurde von seinem Arbeitgeber ab Juli 2008 als Systemadministrator am Berliner Standort des Ministeriums eingesetzt.

[5] Beide Angekl. kamen spätestens im Januar 2009 überein, dass H. B. mit internen Informationen aus dem Ministerium versorgen werde, die dieser für seine berufliche Tätigkeit nutzen wollte. Dem Angekl. H. war es als Administrator möglich, nach Anmeldung mit seinem Passwort im zentralen Verzeichnis des Systems Zugriff auf alle darin elektronisch geführten Postfächer und auf den Inhalt gespeicherter E-Mails zu nehmen. Hierbei nutzte er für seine Administratorentätigkeit regelmäßig auch das für Schulungszwecke eingerichtete und in die Gruppe »E.D.S.« eingetragene Benutzerprofil »p.«, dessen Kennwort unter den Administratoren des Ministeriums allg. bekannt war.

[6] Am 20.07.2009 änderte das Ministerium die Zugriffsrechte, nachdem die unbeschränkte Zugriffsmöglichkeit der Administratoren auf alle Postfächer als Sicherheitsmangel erkannt worden war. Die Administratoren waren nicht mehr in der Gruppe »E.D.S.« im zentralen Verzeichnis des Systems eingetragen und konnten deshalb ohne weiteres nur noch auf die öffentlichen Postfächer der Abteilungen oder Referate zugreifen. Zunächst konnten sich die Administratoren – was ihnen allerdings verboten war – noch selbst in die Gruppe »E.D.S.« eintragen und dadurch ungehindert Zugriff auf die persönlichen Postfächer nehmen; auch diese Möglichkeit wurde Anfang Oktober 2009 aber beseitigt. Seitdem war für Administratoren der ungehinderte Zugriff eigentlich nur auf öffentliche Postfächer vorgesehen.

[7] Allerdings ergab sich für die Administratoren zur Erfüllung einzelner Aufträge (etwa Wiederherstellung versehentlich gelöschter E-Mail-Nachrichten, Einrichtung neuer Postfächer für neue Mitarbeiter) verschiedentlich die Notwendigkeit, auf den Inhalt einzelner persönlicher Postfächer zugreifen zu müssen. Hierfür war ein kompliziertes Prozedere vorgesehen, wonach die Administratoren unter dem Blick des jew. Ministeriumsbediensteten nach dessen Anmeldung mit seinem Kennwort im System entweder mit ihm vor Ort oder durch »Fernaufschalten« auf dessen Arbeitsplatz agieren sollten. Wenn das Aufschalten nicht gelang oder – was häufiger geschah – Mitarbeiter darum baten, die Behebung einzelner Probleme in der Mittagspause oder in Zeiten sonstiger Abwesenheit vorzunehmen, kam das Einloggen des Administrators mittels eines zentral hinterlegten Notfallkennworts in Frage, was indes sehr aufwändig war. Deshalb äußerten mehrere Administratoren bald nach dem 20.07.2009 den Wunsch nach einer einfacheren Lösung.

[8] Der leitende Systemadministrator des Ministeriums, der Zeuge P., wies die Administratoren darauf hin, dass sie sich unter Umgehung der kurz zuvor eingeführten Einschränkungen mit wenig Aufwand selbst Zugriff auf einzelne persönliche Postfächer von Ministeriumsmitarbeitern verschaffen könnten. Hierfür mussten sich die Administratoren unter Aufruf des dienstlichen Profils der einzelnen Nutzer und Anklicken von »Allg.«, »Eigenschaften«, »Exchange – Erweiterung« und dann »Postfachberechtigung« selbst in die Liste der

Zugriffsberechtigten eintragen, Optionen wie »Leseberechtigung« oder »Vollständiger Postfachzugriff« anklicken und diese Einstellungen über ein »OK-Kästchen« bestätigen. Anschließend konnten sie das Postfach des jew. Mitarbeiters im Outlook-Programm aufrufen und hatten so die Möglichkeit zum Ausführen der notwendigen Operationen. Diese mit wenigen Mausklicks und in wenigen Min. zu bewerkstellenden Handlungen eröffneten anschließend die Möglichkeit, den Inhalt einzelner Ordner wie »Posteingang« und »Gesendete Nachrichten« zu kopieren.

[10] Spätestens von Ende 2009 bis zum 06.11.2012 griff der Angekl. H. in 33 Fällen auf öffentliche und jew. auch private Postfächer zu, die ihm zuvor der Angekl. B. bezeichnet hatte. Anschließend kopierte er E-Mail-Dateien, speicherte sie auf einer CD und übergab diese für 600 bzw. später 400 € an B. oder dessen Mitarbeiterin. Der Angekl. H. ging dabei wie o. beschrieben vor, wobei er das Benutzerprofil »p.« nutzte. Nach Kopieren der E-Mails löschte er »p.« wieder aus der Liste der Zugriffsberechtigten. Dem Angekl. B. war die Art und Weise des Zugriffs auf die von ihm begehrten Daten zwar nicht bekannt; er hielt es aber für möglich, dass der Angekl. H. würde »tricksen« müssen, um an die Daten zu kommen. B. war insb. an E-Mails der jew. Minister, Staatssekretäre und von bestimmten Abteilungs- und Referatsleitern (Abteilung Gesundheitsversorgung, Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Referate Arzneimittelversorgung sowie Grundsatzfragen, Apothekengesetz, Pharmaberufe) und der Leiterin des Leitungsstabes des Ministeriums interessiert und übermittelte H. die entspr. Namen.

[11] Nach Teileinstellung gem. § 154 Abs. 2 StPO sind insoweit noch die Anklagefälle 28 und 40 verfahrensgegenständlich. Im Fall 28 kopierte der Angekl. H. wenige Tage vor dem 10.02.2012 bzw. an diesem Tag selbst zahlreiche E-Mails auf Bitten des Angekl. B. aus den privaten Postfächern des Ministers B. (55 Nachrichten), des Referatsleiters D. (634 Nachrichten), der Staatssekretärin F. (195 Nachrichten), der Leiterin des Leitungsstabes W. (699 Nachrichten), des Juristen O. (302 Nachrichten), des Referatsleiters M. (184 Nachrichten) und der Referatsleiterin M. (167 Nachrichten). Anschließend brannte er die Daten auf eine CD und übergab sie am Abend gegen Zahlung von 600 € an B. In den E-Mails ging es insb. um die Novellierung der Apothekenbetriebsordnung, den Entwurf eines auch Fragen der Apothekervergütung betr. Arzneimittelneuordnungsgesetzes und Ergebnisse vertraulicher Verhandlungen um die Höhe von Erstattungsbeiträgen für Arzneimittel mit neuen Wirkstoffen. Im Fall 40 kopierte der Angekl. H. wenige Tage vor dem 06.11.2012 bzw. an diesem Tag selbst wiederum zahlreiche E-Mails der o.g. Personen (insg. 2.378) aus dem Zeitraum Anfang Oktober bis 05.11.2012. Dabei ging es u.a. um aktuelle Honorarverhandlungen mit der Kassenärztlichen Bundesvereinigung und den gesetzlichen Krankenversicherungen (»Bitte streng vertraulich behandeln«) und um eine Ministervorlage zur Einführung einer Pauschalvergütung für die Nacht- und Notdienste der Apotheken. Die CD mit den Daten übergab H. am Morgen des 06.11.2012 an B. gegen Bezahlung von 400 €.

[11] B. wertete die ihm übergebenen Daten als Hintergrundinformationen für sein Online-Portal »a.–a.« aus. Hierdurch wollte er möglichst hohe Besucherzahlen erreichen, um Kunden zur Buchung zahlungspflichtiger Anzeigen zu bewegen; damit erzielte das Portal seine Einnahmen. Der Angekl. H. war in seinem Arbeitsvertrag mit seinem Arbeitgeber B. auf das Datengeheimnis verpflichtet worden, die Weitergabe von Betriebsinterna war ihm untersagt. Eine Verpflichtung nach dem Gesetz über die förmliche Verpflichtung nichtbeamteter Personen erfolgte ggü. dem Bundesministerium für Gesundheit nicht.

[12] 2. Das LG hat die beiden Taten hinsichtlich der in privaten Postfächern gespeicherten E-Mails als gemeinschaftliches Ausspähen von Daten nach § 202a StGB gewertet. In der manuellen Manipulation der Zugriffsrechte auf die einzelnen E-Mail-Konten hat es eine Überwindung der Zugangssicherung nach § 202a Abs. 1 StGB gesehen. Bei der Einziehungsentscheidung hat es auch die Einnah-

men des Angekl. H. aus den nach § 154 Abs. 2 StPO eingestellten Fällen eingerechnet.

[13] II. 1. Die Revision des Angekl. H. erzielt lediglich hinsichtlich der Einziehungsentscheidung einen Teilerfolg, ist aber i.Ü. unbegründet.

[14] a) Verfahrenshindernisse bestehen nicht. Durch die Anklage der verfahrensgegenständlichen Taten nach § 202a StGB hat die StA zumindest konkludent das besondere öffentliche Interesse an der Strafverfolgung i.S.v. § 205 Abs. 1 StGB bejaht (vgl. *BGH*, Beschl. v. 20.04.2017 – 2 StR 79/17, NStZ-RR 2017, 251 [252] m.w.N. [= StV 2019, 93]), so dass es auf die Frage der Wirksamkeit des Strafantrages v. 14.09.2012 nicht ankommt.

[15] b) Die auf rechtsfehlerfreier Beweiswürdigung beruhenden Feststellungen tragen die Verurteilung des Angekl. H. wegen Ausspähens von Daten in zwei Fällen.

[16] Nach § 202a Abs. 1 StGB in der ab 11.08.2007 geltenden Fassung (BGBl. I, 1786) macht sich strafbar, wer sich oder einem anderen Zugang zu Daten, die nicht für ihn bestimmt und die gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert sind, unter Überwindung der Zugangssicherung verschafft.

[17] aa) Indem der Angekl. H. Zugriff auf die Inhalte der elektronisch gespeicherten E-Mails aus den persönlichen Postfächern der Ministeriumsmitarbeiter genommen und diese kopiert hat, hat er sich nicht nur den Zugang zu Daten (vgl. § 202a Abs. 2 StGB) verschafft, die nicht für ihn bestimmt waren, sondern sogar die Daten selbst. Dass die Daten nicht für den Angekl. bestimmt waren, folgt aus seinen begrenzten Zugriffsrechten als Administrator. Diese umfassten gerade nicht das aufgabenunabhängige Lesen und Kopieren von E-Mails aus den persönlichen E-Mail-Postfächern der Behördenmitarbeiter, sondern sein Zugriffsrecht war auf rein technische Aufgaben zur Verwaltung des Netzwerks beschränkt (vgl. auch *MüKo-StGB/Graf*, 3. Aufl. [2017], § 202a Rn. 24 f.).

[18] bb) Diese Daten waren gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert.

[19] (1) Dies ist der Fall, wenn Vorkehrungen getroffen sind, den Zugriff auf Daten auszuschließen oder wenigstens nicht unerheblich zu erschweren. Durch die Sicherung muss der Berechtigte sein spezielles Interesse an der Geheimhaltung dokumentieren (vgl. *BT-Drs.* 16/3656, 10; *BGH*, Beschl. v. 27.07.2017 – 1 StR 412/16, NStZ 2018, 401 [403] [= StV 2019, 385 m. Anm. *Brodowski*]; v. 21.07.2015 – 1 StR 16/15, NStZ 2016, 339 [340] [= StV 2016, 356]; v. 06.07.2010 – 4 StR 555/09, NStZ 2011, 154, jew. m.w.N.).

[20] (2) Im vorliegenden Fall war der Zugang zu dem jew. EDV-Arbeitsplatz des einzelnen Behördenmitarbeiters und damit auch zu seinen nicht öffentlich zugänglichen persönlichen Dienst-E-Mails – wie allg. üblich – durch Passwörter gesichert [...]. Dies reicht als Zugangssicherung aus (vgl. *Sch/Sch-StGB/Eisele*, 30. Aufl. [2019], § 202a Rn. 14; *Fischer-StGB*, 67. Aufl. [2020], § 202a Rn. 9a; *Graf* a.a.O. Rn. 46).

[21] Für das Vorliegen einer Zugangssicherung ist auf die allg. Sicherung der Daten ggü. dem Zugriff Unbefugter abzustellen, nicht darauf, ob Eingeweihte oder Experten leicht auf die Daten zugreifen können (vgl. *Graf/Jäger/Wittig-Wirtschaftsstrafrecht/Valerius*, 2. Aufl. [2017], § 202a StGB Rn. 26). Es ist auch nicht erforderlich, dass die Sicherung gerade ggü. dem

Täter wirkt (vgl. *Valerius* a.a.O. Rn. 27). Dass dem Angekl. als Administrator der tatsächliche Zugriff auf die Daten möglich war, ist deshalb unerheblich (vgl. *Graf* a.a.O. Rn. 47; NK-StGB/*Kargl*, 5. Aufl. [2017], § 202a Rn. 11).

[22] **cc)** Der Angekl. H. hat sich den Zugang zu den Daten auch unter Überwindung dieser Zugangssicherung verschafft.

[23] **(1)** Durch dieses Erfordernis sollen nach der Vorstellung des Gesetzgebers Handlungen aus dem Tatbestand ausgegrenzt werden, bei denen besonders gesicherte Daten auf andere Weise erlangt werden. Zum einen sollen damit Bagatellfälle aus dem Anwendungsbereich der Strafnorm ausgeschieden werden, zum anderen soll das Merkmal der Zugangssicherung dem Täter eine deutliche Schranke setzen, deren Überwindung die strafwürdige kriminelle Energie manifestiert. Es sollen Fälle erfasst sein, bei denen der Täter zu einer Zugangart gezwungen ist, die der Verfügungsberechtigte erkennbar verhindern wollte; dies betr. allerdings nicht die bloße Verletzung oder Umgehung von organisatorischen Maßnahmen oder Registrierungspflichten (BT-Drs. 16/3656, 10).

[24] Soweit es in den Gesetzesmaterialien heißt, die Überwindung der Zugangssicherung müsse einen nicht unerheblichen zeitlichen oder technischen Aufwand erfordern, weshalb vom Tatbestand solche Fälle nicht erfasst würden, in denen die Durchbrechung des Schutzes ohne weiteres möglich sei (a.a.O.), versteht der *Senat* dies dahingehend, dass die Überwindung der Zugangssicherung typischerweise – also unabhängig von spezifischen Möglichkeiten oder Kenntnissen des konkreten Täters – einen nicht unerheblichen Aufwand erfordern muss. Unter Überwinden ist diejenige Handlung zu verstehen, die geeignet ist, die jew. Sicherung auszuschalten oder zu umgehen (vgl. *Fischer* a.a.O. Rn. 11a). Auch wenn eine Zugangssicherung aufgrund besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten oder Möglichkeiten schnell und ohne besonderen Aufwand überwunden wird, ist der Tatbestand erfüllt. Für das geschützte Rechtsgut – das formelle Geheimhaltungsinteresse des Verfügungsberechtigten (*BGH*, Beschl. v. 27.07.2017 a.a.O.; vgl. zum Schutzzweck auch *Ceffinato* JuS 2019, 337 [338] m.w.N.) – ist es unerheblich, ob die Sicherung von Daten vor unberechtigtem Zugang schnell oder langsam, mit viel oder wenig Aufwand überwunden wird. Der Gesetzgeber wollte nach Auffassung des *Senats* aus dem Tatbestand neben Bagatelltaten lediglich solche Fälle ausschließen, in denen die Durchbrechung des Schutzes für jedermann ohne weiteres möglich ist, nicht aber solche, in denen die Zugangssicherung aufgrund spezieller Kenntnisse oder Möglichkeiten im Einzelfall leicht überwunden wird. Nur eine solche abstrakt-generelle Betrachtungsweise lässt sich mit dem Schutzzweck der Norm vereinbaren.

[25] **(2)** Nach diesen Maßstäben hat der Angekl. H. die Zugangssicherung überwunden. Den Passwortschutz der persönlichen E-Mail-Accounts hat er dadurch umgangen, dass er sich als Administrator in verbotener Weise und unter Manipulation des Ordners »Zugriffsberechtigung« den Zugriff auf die E-Mail-Daten der Behördenmitarbeiter verschafft hat. Diese Zugangart wollte der Verfügungsberechtigte erkennbar durch die klare Beschränkung der Administratorenrechte und die Vorgabe eines bestimmten Prozederes beim Zugriff auf einen E-Mail-Account verhindern. Dass dem Angekl. die Überwindung des Passwortschutzes mit wenigen »Maus-Clicks« möglich war, hindert seine Strafbarkeit nach § 202a Abs. 1 StGB nicht.

[26] **dd)** Dies geschah auch unbefugt (vgl. zu dieser Voraussetzung BT-Drs. 16/3656, 10), denn dem Angekl. H. war ein derartiger Zugriff auf E-Mail-Inhalte ausdrücklich verboten. [...]

[27] **c)** Allerdings kann die Einziehungsentscheidung nur i.H.v. 53.300 € bestehen bleiben. Zu Recht weist der Angekl. H. mit seiner Revision darauf hin, dass es vorliegend nicht möglich ist, hinsichtlich der nach § 154 Abs. 2 StPO eingestellten Taten den Wert der Taterträge einzuziehen (vgl. *BGH*, Beschl. v. 18.12.2018 – 1 StR 407/18, NStZ-RR 2019, 153 m.w.N.). [...]

[29] **B)** *Revision des Angekl. B. 1.* Die Auffassung des *LG*, der Angekl. B. sei Mittäter dieser Taten gewesen, hält revisionsgerichtlicher Überprüfung nicht stand (vgl. zum Prüfungsmaßstab *BGH*, Beschl. v. 06.08.2019 – 3 StR 189/19, NStZ 2020, 22 [= StV 2020, 226] und v. 19.11.2019 – 4 StR 449/19, jew. m.w.N.).

[30] Auf die konkrete Tatbegehung, das Ausspähen von Daten, hatte der Angekl. B. keinen Einfluss und konnte auch keinen nehmen. Ihm war auch nicht bekannt, wie H. eine mögliche Zugangssicherung überwinden würde; er nahm allein an, dass dieser dabei möglicherweise würde »tricksen« müssen. Zwar hatte er ein erhebliches Interesse am Taterfolg und durch das Versprechen einer Bezahlung sowie die Nennung der konkret auszuspähenden Postfächer auch Einfluss auf das Tätigwerden von H. Damit unterscheidet er sich aber nicht von anderen Fällen am Taterfolg interessierter Anstifter, denen es an der Einflussnahme auf die konkrete Tathandlung fehlt (vgl. zur Abgrenzung von Mittäterschaft und Anstiftung bei vergleichbaren Fällen der Einfuhr von Btm etwa *BGH*, Beschl. v. 15.05.2019 – 4 StR 591/18 m.w.N. [= StV 2020, 392 [Ls]]). [...]

Anmerkung: Die Ausführungen des *Senats* im Zusammenhang mit der Verurteilung nach § 202a StGB überzeugen nicht. Es fehlt vor allem an einer differenzierten und nachvollziehbaren Beweisführung, so dass die Entscheidung wenig geeignet ist, den Straftatbestand des § 202a StGB praxistauglich zu konkretisieren. Ein wesentlicher Grund dafür liegt in der unzureichenden Aufarbeitung des IT-spezifischen Tatgeschehens. Das zentrale Thema der besonderen Sicherung wurde erstaunlich knapp abgehandelt. Die interessantere Frage, ob das Passwort überhaupt für die Tat relevant war oder ob vielmehr als besondere Sicherung (ausschließlich) die jeweilige Konfiguration der Zugriffsmöglichkeiten in Betracht kommen müsste, wurde vom *Senat* nur nebenbei gestreift und nicht weiterverfolgt. Im Einzelnen soll anhand der Entscheidung der Fokus auf die Ausführungen zur besonderen Sicherung und deren Umgehung gelegt werden.

I. Besondere Sicherung. 1. Allgemeine Prüfungskriterien. Ab Rn. 18 befasst sich der 5. Strafsenat mit der Frage, ob die Daten gegen unberechtigten Zugang besonders gesichert gewesen seien. Unter Verweis auf das Gesetzgebungsverfahren und *BGH*-Entscheidungen aus 2010 und 2017 stellt er in Rn. 19 klar, dass dies dann der Fall sei, wenn »Vorkehrungen getroffen« seien, »den Zugriff auf Daten auszuschließen oder wenigstens nicht unerheblich zu erschweren«.¹

¹ Vgl. BT-Drs. 16/3656, 10; *BGH* NStZ 2018, 401 (403) = StV 2019, 385 (Ls); *BGH* NStZ 2016, 339 (340) = StV 2016, 356; *BGH* StV 2011, 17; jew. m.w.N.

2. *Passwort als besondere Sicherung.* Laut Beschluss »war der Zugang zum jeweiligen EDV-Arbeitsplatz des einzelnen Behördenmitarbeiters und damit auch zu seinen nicht öffentlich zugänglichen persönlichen Dienst-E-Mails – wie allgemein üblich – durch Passwörter gesichert«², was als Zugangssicherung ausreiche.³ In Anbetracht der Tatsache, dass das Tatbestandsmerkmal der besonderen Sicherung die entscheidende Voraussetzung für eine Verurteilung nach § 202a StGB darstellt, gehen die Ausführungen in diesem Zusammenhang wenig ins Detail und sind unerwartet knapp gehalten. Es ist nicht nachvollziehbar, warum feststeht, dass zum Tatzeitpunkt jeder »EDV-Arbeitsplatz«⁴ über ein Passwort verfügte.⁵ Die einzige, sehr allgemein gehaltene Information in diesem Zusammenhang ist, dass es »allgemein üblich« gewesen sei. Dieser Befund kann den gesetzlichen Ansprüchen an eine nachvollziehbare Beweisführung kaum gerecht werden. Eine derart vage Beschreibung lässt vielmehr genügend Raum für die Hypothese, dass einer oder mehrere der tatrelevanten Arbeitsplätze zum Tatzeitpunkt gerade nicht mittels Passworts gesichert gewesen waren.

Als entscheidende Voraussetzung einer Strafbarkeit des Täters hätten diese Umstände wesentlich genauer aufgeklärt bzw. dargelegt werden müssen. So betont der 1. Strafsenat des BGH in einer Entscheidung aus 2015, die sich ebenfalls mit den Tatbestandsvoraussetzungen zu § 202a StGB befasst, dass der pauschale Verweis auf das Bestehen einer besonderen Sicherung ohne nähere Darlegung nicht ausreiche, »denn eine revisionsgerichtliche Kontrolle der eingangs genannten Voraussetzungen ist nur auf der Grundlage einer ausreichend deskriptiven Darlegung der konkreten tatsächlichen und technischen Umstände möglich« und es lasse sich eine insoweit bestehende Lücke durch die »Feststellungen auch in ihrer Gesamtheit« nicht schließen.⁶

3. *Konkrete Anforderungen an die besondere Sicherung.* Die Entscheidung präsentiert keinen nachvollziehbaren Beweis in Hinsicht auf die vom Senat selbst in Rn. 19 zitierte und vom Gesetzgeber verlangte Voraussetzung, dass die betroffenen E-Mail-Postfachverfügungsberechtigten durch die besondere Sicherung ihr »spezielles Interesse an der Geheimhaltung« gegenüber dem Angekl. H. dokumentiert haben. So fehlen bereits ausreichende Angaben darüber, wer verfügungsberechtigt war. Hierfür hätte zuallererst aufgeklärt werden müssen, welche Regelungen bezüglich privater oder dienstlicher E-Mail-Nutzung in der Behörde getroffen wurden. Denn die Frage, ob es sich um öffentliche oder private E-Mail-Postfächer gehandelt hat, steht und fällt mit einer entsprechenden Vereinbarung. Der Beschluss gibt hierzu keine Auskünfte. Es findet sich lediglich die Information, es habe sich um »nicht öffentlich zugängliche persönliche Dienst-E-Mails« gehandelt (Rn. 20). An anderer Stelle beschreibt der Senat wiederum, dass der Angekl. H. spätestens Ende 2009 bis zum 06.11.2012 »in 33 Fällen auf öffentliche und jeweils auch private Postfächer zugegriffen« habe (Rn. 7). Je nachdem, ob es sich um öffentliche oder private Postfächer gehandelt hat, muss der Sachverhalt strafrechtlich anders bewertet werden, da im ersten Fall auch Vorgesetzte oder der Dienstherr als Verfügungsberechtigte in Frage kommen würden.⁷ Diesbezüglich ist die Beweisführung folglich lückenhaft bzw. teilweise widersprüchlich. In Rn. 21 führt der Senat als nächsten Prüfungspunkt an, dass es auch nicht erforderlich sei, dass die Sicherung gerade gegenüber dem Täter wirke. Dass dem Angekl. als Administrator der

tatsächliche Zugriff auf die Daten möglich gewesen war, sei deshalb unerheblich (Rn. 21). Der BGH verweist an dieser Stelle auf MüKo-StGB/Graf, § 202a Rn. 46. Dieser stellt dort allerdings klar, dass »Voraussetzung für eine Anerkennung als Zugangssicherung« sei, »dass die Abfrage nicht umgangen werden« könne und führt als Beispiel den tatbestandsausschließenden Fall an, dass das Passwort in Rechnernähe für Benutzer ersichtlich notiert ist. Die Fundstelle ist somit wenig geeignet, die Argumentation des Gerichts zu stützen.⁸

II. *Zugangsverschaffung unter Überwindung einer Zugangssicherung.* 1. *Besondere Anforderungen und Bagatellfälle.* Wie oben ausgeführt, hat sich der Senat bei dem Tatbestandsmerkmal der besonderen Sicherung auf den Zugangsschutz mittels Passworts festgelegt. In Rn. 22–25 prüft er anhand der Feststellungen des erstinstanzlichen Urteils weiter, ob der Angekl. H. sich den Zugang zu den Daten auch unter »Überwindung dieser Zugangssicherung« verschafft habe und steigt somit in den entscheidenden Argumentationsbereich der Revision des Angekl. H. ein.

Unter Bezugnahme auf die gesetzgeberische Vorstellung, dass jene Handlungen aus dem Tatbestand ausgegrenzt werden sollen, bei denen besonders gesicherte Daten auf andere Weise erlangt werden, betont der Senat, dass zum einen *Bagatellfälle* ausgeschieden werden sollen, zum anderen das Merkmal der Zugangssicherung dem Täter eine deutliche Schranke setzen solle, deren Überwindung die strafwürdige kriminelle Energie manifestiere. Wenngleich ein sogenannter Bagatellfall im Zusammenhang mit der vorliegenden Entscheidung ausgeschlossen werden kann, muss – da der Senat ausdrücklich darauf Bezug nimmt – die Frage gestellt werden, was unter dieser Bezeichnung eigentlich subsumiert werden soll. Weder der Gesetzgeber noch der BGH oder die einschlägige Literatur konkretisieren diesen Begriff. Abgesehen von den Ausführungen, dass die Zugangssicherung »eine deutliche Schranke« für den Täter sei, deren Überwindung »die strafwürdige kriminelle Energie«⁹ manifestiere, erläutert der Gesetzgeber nicht, warum der Zugriff ohne Sicherung ein Bagatellfall wäre, bzw.

2 Laut Sachverhalt waren mindestens sieben »E-Mail-Postfächer« bzw. rund 2.000 Nachrichten betroffen. Der BGH verweist hierbei auf die Seiten 10 und 40 des bis dato noch nicht veröffentlichten, erstinstanzlichen Urteils des LG Berlin v. 10.04.2019 – 222 Js 1953/12.

3 An dieser Stelle verweist der BGH auf Sch/Sch-StGB/Eisele, 30. Aufl. 2019, § 202a Rn. 14; Fischer-StGB, 67. Aufl. 2020, § 202a Rn. 9a, und MüKo-StGB/Graf, 3. Aufl. 2017, § 202a Rn. 24 f.

4 Auch diese Beschreibung ist wenig konkret und lässt Fragen hinsichtlich der tatsächlichen Sicherungs- bzw. Zugriffsmodalitäten offen.

5 Welches zudem den Anforderungen an die besondere Sicherung nach § 202a StGB entsprochen haben müsste.

6 BGH StV 2016, 356.

7 Mit der Folge, dass konsequenterweise geprüft werden müssen, ob diese eine Sicherung eingerichtet haben, um den Täter davon abzuhalten, auf die öffentlichen »E-Mail-Postfächer« zuzugreifen.

8 Tatsächlich befasst sich Graf in Rn. 47 mit den Besonderheiten der Administratoren im Unternehmen. Er ordnet die zweckwidrige Benutzung des Administratorenkennworts zur Umgehung der sonstigen Sicherungsvorkehrungen eines Rechners als »Verschaffen eines unbefugten Zugangs« ein. Allerdings fehlt eine überzeugende Begründung, insbesondere im Hinblick auf das unter Rn. 46 angeführte Beispiel des »bekannten Passworts« sowie eine Auseinandersetzung mit den Vorgaben aus dem Gesetzgebungsverfahren, wo explizit die bloße Verletzung der Umgehung von organisatorischen Maßnahmen oder Registrierungspflichten vom Straftatbestand ausgenommen werden sollten (BT-Drs. 16/3656, S.10).

9 Der Gesetzesentwurf zitiert an dieser Stelle LK-StGB/Schünemann, 11. Aufl. 2005, § 202a Rn. 7 und 14 m.w.N.

weshalb gerade das Erfordernis einer solchen Bagatellfälle ausschließen würde.¹⁰

2. Tatbestandseingrenzung bei Verstößen gegen organisatorische Maßnahmen. Nach dem Willen des Gesetzgebers soll »die Verletzung oder Umgehung von organisatorischen Maßnahmen oder Registrierungspflichten« grundsätzlich nicht den Straftatbestand des § 202a StGB erfüllen.¹¹ Der *Senat* erwähnt diese Vorgabe am Rande unter Rn. 23, allerdings geht er in der gesamten Entscheidung nicht weiter darauf ein, obwohl sich nach dem Sachverhalt die Diskussion förmlich aufdrängt. Es gibt eine detaillierte Beschreibung darüber, wie von 2009 bis 2012 – mittels ständig wechselnder Maßnahmen im Zusammenhang mit den Administratorenrechten – versucht wurde, eine praktikable und dennoch den Sicherheitsstandards entsprechende Regelung zu treffen. Während ursprünglich noch ungehinderter Zugriff gewährt wurde, hat man dieses Prozedere »Anfang Oktober 2009« eingeschränkt, und für Administratoren war ungehinderter Zugriff »eigentlich nur noch auf öffentliche Postfächer vorgesehen« (Rn. 6).¹² Das hätte durchaus als organisatorische Maßnahme eingeordnet oder zumindest diskutiert werden müssen. Wegen der Einschränkung »eigentlich« drängt sich zudem der Verdacht auf, dass die Regelung nicht abschließend gewesen sein könnte. Tatsächlich wurde den Administratoren in der Folge eine passwortunabhängige Zugriffsmöglichkeit auf die persönlichen E-Mail-Postfächer ausdrücklich eingeräumt (Rn. 8). Das beschriebene Prozedere gibt vor allem Aufschluss darüber, dass es für den Zugriff des Angekl. H. faktisch keine Rolle gespielt hat, ob das jeweilige E-Mail-Postfach über einen Passwortschutz verfügte oder nicht. Ihm wurde vom leitenden Systemadministrator mittels der eingerichteten und oben beschriebenen behördeninternen (organisatorischen) Maßnahmen die Möglichkeit des Zugriffs auf alle E-Mail-Postfächer eingeräumt und unter Auflagen ausdrücklich gestattet.¹³ Das hat er laut Sachverhalt sodann in verbotener Art und Weise ausgenutzt, um auf die tatrelevanten Daten zugreifen zu können. Der Angekl. H. musste die vom *Senat* beschriebene Sicherung, namentlich das Passwort, zu keinem Zeitpunkt überwinden oder umgehen – er musste während der Tatausführung nicht einmal davon Kenntnis erlangen, ob der jeweils betroffene Arbeitsplatz im Moment des Zugriffs über eine Passwortsicherung verfügte. Fest steht nur, dass H. im Innenverhältnis eingeräumte Befugnisse und Möglichkeiten des Zugriffs missbraucht hat.¹⁴ Ohne sich näher mit der Frage zu befassen, ob ein Fall der straflosen Missachtung einer organisatorischen Maßnahme gegeben sein könnte, kommt der *Senat* schließlich unter Rn. 25 zu dem Ergebnis, dass »nach diesen Maßstäben« der Angekl. H. die Zugangssicherung überwunden habe. Dabei nimmt das *Gericht* explizit Bezug auf den Passwortschutz, den H. dadurch »umgangen« habe, dass er sich »als Administrator in verbotener Weise und unter Manipulation des Ordners »Zugriffsberechtigung« den Zugriff auf die E-Mail-Daten der Behördenmitarbeiter verschafft« habe.

3. Überwinden der Zugangssicherung – abstrakt generelle Betrachtungsweise. Unter Rn. 24 befasst sich das *Gericht* näher mit der Auslegung bzw. Definition der Tathandlung des Überwindens und zitiert die entsprechende Vorgabe aus den Gesetzesmaterialien, dass »vom Tatbestand solche Fälle nicht erfasst würden, in denen die Durchbrechung des Schutzes ohne weiteres möglich sei«. Das relativiert der *Senat* sodann dahingehend, dass die Überwindung der Zugangssicherung *typischerweise* – also

unabhängig von spezifischen Möglichkeiten oder Kenntnissen des konkreten Täters – einen nicht unerheblichen Aufwand erfordern müsse.¹⁵ Darum sei der Tatbestand auch dann erfüllt, wenn eine Zugangssicherung aufgrund besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten oder Möglichkeiten schnell und *ohne besonderen Aufwand* überwunden wird. Das mag praxisgerecht sein. Nichtsdestotrotz setzt er »nicht unerheblichen zeitlichen oder technischen Aufwand« gleich mit Fällen, in welchen wegen besonderer Kenntnisse, Fähigkeiten oder Möglichkeiten eine Sicherung »ohne besonderen Aufwand« überwunden wird, was die gesetzgeberische Vorgabe nicht nur sehr weit interpretiert, sondern grundlegend verwässert. Zudem schweigt der *Senat* zur entscheidenden Frage, wann Kenntnisse als »besonders« einzuordnen sind. Ebenso muss bezweifelt werden, dass die Subsumtionsvorgabe der »besonderen Möglichkeiten« (Rn. 23) tatsächlich in der Praxis dafür geeignet sein wird, die Tatbestandsvoraussetzungen rechtssicher zu konkretisieren.

Auch lassen sich für diese Ansicht aus den Gesetzesmaterialien keine zufriedenstellenden Anknüpfungspunkte ableiten. Hinzu kommt, dass sich der Ausschluss von Fällen, in welchen die »Durchbrechung des Schutzes für jedermann ohne weiteres möglich« ist, kaum für eine Tatbestandsabgrenzung eignet. Eine Sicherung, die von »jedermann« durchbrochen werden könnte, kann dennoch – ähnlich dem verschlossenen Brief – eine Signalwirkung entfalten. Nicht zuletzt sind Beschreibungen, wie »jedermann« oder »ohne weiteres möglich« für die Einordnung tatbestandsmäßiger Handlungen zu unbestimmt. Diese vom *Senat* als »*abstrakt generelle Betrachtungsweise*« (Rn. 24) getauften Überlegungen überzeugen folglich nicht und werden in der Praxis wenig Hilfreiches zur Anwendung der Norm beitragen können.

4. Verhinderung der tatrelevanten Zugangsart. Zur Voraussetzung, ob Behördenmitarbeiter genau diese Zugangsart mittels Passworts verhindern wollten, geht der *Senat* wiederum auf den Passwortschutz als besondere Sicherung ein und führt aus, H. habe den Passwortschutz der persönlichen E-Mail-Accounts dadurch umgangen, dass er sich als Administrator in verbotener Weise und unter Manipulation des Ordners »Zu-

10 Dies ist auch nicht zu begründen. Zugriffe auf IT-Systeme ohne besondere Sicherung lassen sich im Umkehrschluss keineswegs zwangsläufig als Fälle definieren, bei welchen sich es um eine Bagatelle handelt. Anders liegt der Sachverhalt bei den Ausführungen des Gesetzgebers zu § 303b StGB beispielsweise, wo ebenfalls auf die sogenannten Bagatellfälle Bezug genommen wird. Hier wird (relativ) genau erläutert, weshalb in § 303b StGB das Tatbestandsmerkmal »von wesentlicher Bedeutung« dafür geeignet sein soll, Bagatellfälle auszuschließen.

11 BT-Drs. 16/3656, 10, mit zahlreichen Nachweisen zur einschlägigen Literatur.

12 In der Entscheidung ist nahezu durchgehend nur von »Postfächern« die Rede. In IT-rechtlicher Hinsicht wäre eine fachlich zutreffendere Beschreibung wünschenswert.

13 Beispielsweise soweit es die Aufgabe betraf, die jeweiligen »E-Mail-Postfachinhaber« zu unterstützen.

14 Eine Strafbarkeit hätte sich eher nach dem damals gültigen Straftatbestand des § 17 UWG a.F. aufdrängen müssen. Allerdings fehlte es möglicherweise am rechtzeitig gestellten Strafantrag nach § 17 Abs. 5 UWG a.F., denn, soweit ersichtlich, wurde der eigentlich naheliegende Verrat von Geschäfts- und Betriebsgeheimnissen nicht geprüft.

15 BGH, Beschl. v. 13.05.2020 – 5 StR 614/19 Rn. 24, S.2 = StV-S 2021, 136 (138 Tz. 24) (in diesem Heft), unter Verweis auf *Fischer*, 67. Aufl. 2020, § 202a Rn. 11a. Allerdings fällt es schwer einen Zusammenhang mit den vorab ausgeführten Thesen und der Fundstelle bei *Fischer* herzustellen. *Fischer* beschreibt in der 67. Aufl. – auf welche sich der Beschluss bezieht – unter Rn. 11a den Fall des Zugangs zu *verschlüsselten* Daten. Davon, dass die Sicherung ausgeschaltet oder umgangen wird, ist dort nicht die Rede.

griffsberechtigung« den Zugriff auf die E-Mail-Daten der Behördenmitarbeiter verschafft habe. *Diese Zugangsart* hätte der Verfügungsberechtigte erkennbar durch die klare Beschränkung der Administratorenrechte und die Vorgabe eines bestimmten Prozederes beim Zugriff auf ein E-Mail-Postfach verhindern wollen (Rn. 25).¹⁶ Dabei gibt der Beschluss sogar unter Rn. 8 wieder, die Administratoren seien vom Zeugen P. darauf hingewiesen worden, dass »sie sich unter Umgehung der kurz zuvor eingeführten *Einschränkungen* mit wenig Aufwand selbst Zugriff auf einzelne persönliche E-Mail-Postfächer von Ministeriumsmitarbeitern verschaffen konnten«. Das ist ein offensichtlicher Widerspruch zu den Ausführungen des *BGH*, dass der *Passwortschutz* durch diese Handlung umgangen werden sollte. Diese Vermutung ist ohnehin abwegig. Einen Passwortschutz einzurichten, um die Änderungen der Zugriffsrechte in den Ordnern zu verhindern, wäre gegenüber den Administratoren wirkungslos. Näher läge die Frage, ob die Einstellungen der Zugriffsberechtigungen als besondere Sicherung hätten gewertet werden können. Die ausführlich beschriebenen Maßnahmen zur Zugriffeinschränkung zielten schließlich genau darauf ab, gegenüber den Administratoren das Signal zu setzen, dass kein unbefugter Zugriff gestattet sei. Dieser durchaus interessante und möglicherweise von Anfang an überzeugendere bzw. gesetzeskonformere Ansatz, die Beschränkung der Administratorenrechte unter dem Aspekt einer besonderen Sicherung zu prüfen, wurde allerdings vom *Senat* weder aufgegriffen noch diskutiert.

III. Fazit: In dubio contra Administrator. Die aktuelle Rspr. des *BGH* erhöht das Risiko der Administratoren, sich strafbar zu machen, wenn Unternehmensangehörige »an irgendeiner Stelle« ein Passwort, Kennwort oder eine sonstige Sicherung eingerichtet haben. Ob diese Sicherung für die Administratoren noch erkennbar war, ist nach dieser Entscheidung nicht mehr ausschlaggebend. Das *LG Berlin* und der *BGH* haben die Gelegenheit verpasst, den Unternehmen und deren Beratern mehr Sicherheit im Umgang mit § 202a StGB zu verschaffen. Das ist bedauerlich. Es handelt sich immerhin um ein zentrales Problem im Umgang mit den digitalen Technologien, egal ob in Behörden, Hochschulen oder Unternehmen. Gerade in diesem Graubereich wäre eine differenzierte und unmissverständlich nachvollziehbare Beweisführung anhand des Sachverhalts unerlässlich gewesen. Die entscheidende Thematik der besonderen Sicherung mittels etwaigen Passwortschutzes wurde in der Entscheidung des *BGH* erstaunlich kurz abgehandelt. Die interessantere Frage, ob das Passwort überhaupt für Tat und Täter relevant war oder ob vielmehr als besondere Sicherung (ausschließlich) die jeweilige Konfiguration der Zugriffsmöglichkeiten in Betracht gekommen wäre, wurde nur nebenbei gestreift und nicht weiterverfolgt.

Besonders im Bereich des IT- und Datenstrafrechts fehlt es an Rspr. Der Weg zu den Gerichten wird ganz offensichtlich von allen Beteiligten gescheut. Ein Grund ist sicher, dass zu vielen Straftatbeständen in diesem Rechtsgebiet strittige und widersprüchliche Ansichten vertreten werden, so dass weder auf Seiten der Ermittlungsbehörden, noch auf Seiten der Verletzten oder Beschuldigten einigermaßen vorhersehbar ist, wie das Verfahren am Ende von den Gerichten entschieden werden wird. Möglicherweise fehlt es nicht selten auch an einschlägigem Fachwissen oder dem Willen, entsprechende Expertise einzuholen. Allem Anschein nach wurde auch im vorliegenden Fall kein unabhängiger Sachverständiger befragt, sondern der System-

administrator des Ministeriums wie ein sachverständiger Zeuge in das Verfahren einbezogen. Ein unabhängiger Sachverständiger hätte sich jedoch, beispielsweise zur genauen Feststellung der technischen Gegebenheiten hinsichtlich der Einordnung des Passwortschutzes als besondere Sicherung im Zusammenhang mit dem Zugriff des Angekl. H., aufdrängen müssen.

Erstaunlich ist nicht zuletzt, dass der *5. Strafsenat* die Entscheidung des *1. Strafsenats* aus dem Jahr 2015 nicht berücksichtigt hat.¹⁷ Die damals im Zusammenhang mit einem »externen« Zugriff getroffene Feststellung, dass auch eine Firewall als besondere Sicherung in Betracht komme, verlangt im Hinblick auf die Verurteilung eines Administrators zumindest eine fall-spezifische Einordnung und Abgrenzung. Denn die Kombination aus beiden Entscheidungen könnte dazu führen, dass bereits eine Firewall, die das Unternehmen gegenüber Angriffen von außen schützen soll, als besondere Sicherung zu Lasten des Administrators eingeordnet werden könnte. Überkriminalisierung im Bereich des Zugangs zu gesicherten Daten lässt sich im Unternehmen allenfalls noch aufwändig über das Einverständnis oder die Rechtfertigung in den Griff bekommen, was zudem datenschutzkonform geregelt werden müsste. Auf Seiten der Unternehmensleitung, die gegenüber Mitarbeitern für Handlungen des Administrators im Rahmen der Aufgabenerfüllung verantwortlich ist, droht ebenfalls die Strafbarkeit nach § 202a StGB. Das Problem lässt sich immerhin durch das Verbot privater Nutzung der unternehmenseigenen IT-Systeme minimieren.

RAin und FAin
für Strafrecht *Ines M. Hassemer*, München

WhatsApp-Überwachung

StPO §§ 100a Abs. 1 S. 1, 100e Abs. 1, Abs. 4, 161; GVG § 152

1. Eine allgemeine richterliche Anordnung zur Überwachung und Aufzeichnung der über einen Mobilfunkanschluss abgewickelten (»herkömmlichen«) Telekommunikation legitimiert nicht die spezifische WhatsApp-Überwachung mittels einer internetbasierten Anwendung (»WhatsApp Web«); erforderlich ist eine richterliche Entscheidung, die sich mit der Verhältnismäßigkeit dieser spezifischen Überwachungsmaßnahme auseinandersetzt.

2. Der Nachrichtenaustausch über internetbasierte Chat- und Messaging-Dienste (hier: WhatsApp) ist Telekommunikation i.S.d. § 100a Abs. 1 StPO. Vom Anwendungsbereich des § 100a Abs. 1 S. 1 StPO werden grds. auch bei WhatsApp gespeicherte Nachrichteninhalte und Dateien erfasst, die bereits vor Erlass einer entsprechenden Anordnung versandt oder empfangen worden waren.

3. Das Einverständnis eines Zeugnisverweigerungsberechtigten, dass die Ermittlungsbehörden die in der Applikation »WhatsApp« auf seinem Mobiltelefon gespeicherten Chatnachrichten mit der Beschuldigten nach Übergabe des Gerätes auslesen oder fotografieren dürfen, vermag

¹⁶ In diesem Zusammenhang sei noch einmal daran erinnert, dass die Frage, wer eigentlich verfügungsberechtigt war, nur lückenhaft beantwortet wird. Nach den Sachverhaltsfeststellungen war der leitende Systemadministrator neben den »E-Mail-Postfachinhabern« verfügungsberechtigt. Wenn es sich um rein dienstliche Mail-Konten mit dem Verbot privater Nutzung gehandelt hat, so wäre auch die jeweilige Dienstherrin verfügungs- und leseberechtigt. Auch hier mangelt es bereits an der Sachverhaltsaufklärung.

¹⁷ BGH StV 2016, 356.

nicht das Vorhaben der Ermittlungsbehörden zu rechtfertigen, durch eine Manipulation der Applikation fortan die gesamte zukünftige Kommunikation aufzuzeichnen und zu überwachen.

4. Die StA hat gewissenhaft dafür Sorge zu tragen, dass der Ermittlungsrichter seine Entscheidungen auf der Grundlage aller maßgeblichen, bis zu dem jeweiligen Zeitpunkt angefallenen – be- und entlastenden – Ermittlungsergebnisse treffen kann. Legt sie nur ausgewählte Teile der Ermittlungsakten vor, so erklärt sie hierdurch zugleich, dass diese Auswahl nach ihrer eigenverantwortlichen Prüfung sämtliche bis zum Zeitpunkt der Antragsstellung angefallenen maßgeblichen Ermittlungsergebnisse enthält. Erweist sich später, dass die von der StA vorgenommene Auswahl entgegen einer solcherart abgegebenen Vollständigkeitserklärung für die Entscheidung der konkreten gerichtlichen Untersuchungshandlung unvollständig war, so kann dies im Einzelfall den Verlust der hierdurch erlangten Beweismittel besorgen lassen.

BGH (Ermittlungsrichter), Beschl. v. 09.07.2020 – 2 BGs 468/20

Aus den Gründen: [1] **A.** Der GBA beim *BGH* führt gegen die Besch. A. ein Ermittlungsverfahren wegen des Vorwurfs der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung im Ausland [...] nach § 129b Abs. 1 S. 1 und 2 i.V.m. § 129a Abs. 1 Nrn. 1 und 2 StGB.

[2] Auf Antrag des GBAs beim *BGH* ordnete der *Ermittlungsrichter des BGH* mit Beschl. v. 16.09.2019 [...] die Überwachung und Aufzeichnung der über den in der Beschlussformel benannten Mobilfunkanschluss des Vaters der Besch. geführten Telekommunikation nach § 100a Abs. 1 S. 1 StPO an. [...]

[3] **6.** Am 10.06.2020 beantragte der GBA beim *BGH* die weitere Verlängerung der Maßnahme und führte hierzu in seiner Antragschrift aus: »Der Anschluss wird von den Eltern als Nachrichtenmittler genutzt. Nach den Erkenntnissen aus der bislang durchgeführten Überwachung des o.g. Anschlusses steht die Besch. mit ihrer Mutter fortlaufend über Messengerdienste in Kontakt. Darüber hinaus wird die Mutter über den Mobilfunkanschluss durch weitere – [...] jedenfalls nahestehende – Personen kontaktiert, die ihr Nachrichten der Besch. konspirativ übermitteln...«

[4] Beigeschlossen waren dem Antrag eine Beschlussanregung des LKA v. 09.06.2020 nebst Anlagen sowie ein Stehordner »Anlagen zu Anträgen an den Ermittlungsrichter des BGH Auszüge aus der Sachakte und den Sachakten-Sonderheften TKÜ«. In der Beschlussanregung wurde festgehalten, dass die »WhatsApp Accounts der Eltern seit dem 12.01.2020 überwacht werden« und hierdurch dessen Kontakte zur Besch. belegt werden könnten.

[5] **7.** Auf gerichtliche Nachfrage wurde durch den GBA per E-Mail v. 10.06.2020 ein polizeilicher Vermerk v. 13.01.2020 übersandt, in dem festgehalten wird:

»Am 12.01.2020 kam es zur Vernehmung der Eheleute P. I.R.d. Vernehmung überließen P. den Vernehmungsbeamten freiwillig für einen kurzen Zeitraum ihre mitgeführten Mobiltelefone, damit darauf enthaltene Nachrichten von ihrer Tochter eingesehen und u.a. fotografiert werden konnten. Im Zuge der Fertigung von entspr. Fotos konnte die computerbasierte Anwendung WhatsApp Web, über eine vom BKA online zur Verfügung gestellte Internetseite verdeckt aktiviert werden, sodass die Nachrichten über einen BKA Rechner mitgelesen werden können. Es liegt kein Eingriff in Form eines Trojaners o.ä. vor. Die Planung und Durchführung der Maßnahme wurde im Vorfeld am 07.01.2020 mit der Bundesanwaltschaft besprochen.« [...]

[8] **B.** Die Voraussetzungen für die erneute Verlängerung der Maßnahme liegen vor. [...]

[11] **III.** Auch die weiteren gesetzlichen Voraussetzungen liegen vor.

[12] **1.** Gegen die Besch. besteht der Verdacht [...] einer Katalogtat i.S.d. § 100a Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d StPO. Es handelt es sich wegen des langen Aufenthalts im Gebiet [...] auch im konkreten Einzelfall um eine schwerwiegende Straftat i.S.d. § 100a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2 Nr. 1 Buchst. d StPO.

[13] **2.** Der Anschluss wird vom Vater der Besch. als Nachrichtenmittler genutzt.

[14] **3.** Die Überwachung der Telekommunikation über den genannten Anschluss ist zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts jedenfalls für den in der Beschlussformel benannten Zeitraum noch geeignet und auch noch erforderlich; insb. tragen die im vergangenen Anordnungszeitraum gewonnenen Erkenntnisse die Verlängerungsanordnung (§ 100e Abs. 1 S. 5 StPO). Zumindest die Angaben der Eltern [...] belegen die naheliegend auch derzeit noch fortbestehenden Kontakte zu ihrer Tochter.

[15] **4.** Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass durch die beantragte Maßnahme allein Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung i.S.d. § 100d Abs. 1 StPO erlangt würden.

[16] **5.** Eine Erforschung des Sachverhalts mit anderen Mitteln wäre wesentlich erschwert, vermutlich sogar aussichtslos.

[17] **IV.** Lediglich ergänzend sei auf Folgendes hingewiesen:

[18] **1.** Die bisher durch den GBA beim *BGH* gestellten Anträge auf Überwachung der über den in der Beschlussformel benannten Mobilfunkanschluss abgewickelten Telekommunikation des Drittbetroffenen umfassten nicht zugleich die durchgeführte spezifische Überwachung der mittels des Messenger-Dienstes WhatsApp ausgetauschten Nachrichten. Den Anträgen war zunächst nur die Absicht zu entnehmen, auf dort nicht näher konkretisierte Art und Weise über die richterliche Anordnung nach »§ 100a Abs. 1 S. 1 und 3 StPO« auch Zugriff auf einen Messenger-Dienst zu nehmen [...]. Auch die Folgeanträge vom 18.03. und 10.06.2020 haben dies nicht ausdrücklich zum Gegenstand des Anordnungsbegehrens gemacht. Es wurde vielmehr nur [...] mitgeteilt, dass aus der Überwachung von WhatsApp Erkenntnisse gewonnen wurden. Dass in den polizeilichen Anregungen etwa die »Überwachung« des WhatsApp-Accounts »i.R.d. TKÜ-Maßnahme« erwähnt wird, ändert am Fehlen einer eindeutig auf die hier im Raum stehende spezifische Messenger-Überwachung abzielenden Prozessklärung der StA nichts (vgl. zur notwendigen Konkretisierung des Antrags als Prozessklärung auch *G. Schäfer* FS Roxin [2011], 1299 [1304]). Damit wurde die – notwendige spezifische (vgl. nachstehend **B.IV.2**) – richterliche Anordnung für diese Überwachungsmaßnahme (§ 100e Abs.1 S. 1 StPO) nicht erwirkt.

[19] **2.** Allerdings erweist sich § 100a Abs. 1 S. 1 StPO grds. als einschlägige gesetzliche Anordnungsgrundlage für diese spezifische Überwachungstechnik.

[20] **a)** Hierdurch wird auf Telekommunikation i.S.d. § 100a Abs. 1 S. 1 StPO zugegriffen.

[21] **aa)** Unter den Begriff der Telekommunikation fallen alle Kommunikationsvorgänge, die sich der Telekommunikationstechnik unter Nutzung einer entspr. Anlage und der darauf bezogenen Dienstleistungen eines Dritten bedienen. Erfasst sind daher das Aussenden, Übermitteln und Empfangen von Nachrichten jeglicher Art, sofern dabei Telekommunikationsanlagen verwendet werden (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 06.07.2016 – 2

BvR 1454/13, NJW 2016, 3508; Urt. v. 27.02.2008 – 1 BvR 370/07, 1 BvR 595/07, NJW 2008, 822 [825] [= StV 2008, 169 [Ls]]; *BGH*, Urt. v. 14.03.2003 – 2 StR 341/02, NJW 2003, 2034 [= StV 2003, 370]. Die nähere Auslegung des Begriffs muss sich insb. auch an dem grundrechtlichen Schutz des Betr. durch Art. 10 GG orientieren, denn das Fernmeldegeheimnis ist der verfassungsrechtliche Maßstab für die heimliche Überwachung flüchtiger Daten (*BVerfG*, Beschl. v. 06.07.2016 a.a.O. S. 3509). Es kommt i.R.d. Art. 10 Abs. 1 GG weder auf die technische Umsetzung der Kommunikation noch auf deren Inhalt und Empfängerkreis an. Ob sie leitungsgebunden oder drahtlos, analog oder digital, offen oder verdeckt erfolgt, ist ebenso ohne Belang wie die Länge des Übermittlungswegs, die sinnliche Wahrnehmbarkeit des Übermittelten oder die Frage, ob Massen-, Individual- oder Maschinenkommunikation vorliegt. Entscheidend ist die fehlende Verkörperung der zunächst übermittelten, dann empfangenen und schließlich wiedererzeugten Information (vgl. *BVerfG* a.a.O.). Ebenso irrelevant ist, wer Betreiber der Übertragungs- und Vermittlungseinrichtungen ist; das Grundrecht ist insg. »entwicklungsoffen« (vgl. *BVerfG* a.a.O. S. 3510). Unabhängig vom Übertragungsweg und der Übermittlungsform ist also allein maßgeblich, dass die Informationen körperlos befördert werden und dass sie am Empfangsort wieder erzeugt werden können. Dies macht ihre Vulnerabilität für heimliche Ausforschungsmaßnahmen aus (vgl. *BVerfG* a.a.O.).

[22] **bb**) Hiervon erfasst wird auch der Nachrichtenaustausch über internetbasierte Chat- und Messaging-Dienste (vgl. *BVerfG*, Urt. v. 27.02.2008 a.a.O., S. 825; ferner i.E. *von zur Mühlen*, Zugriffe auf elektronische Kommunikation [2019], S. 41 f.). Namentlich bei WhatsApp handelt es sich um einen Instant-Messaging-Dienst, mittels dessen Benutzer Textnachrichten, Bild-, Video- und Ton-Dateien, Dokumente, Standortinformationen und Kontaktdaten zwischen zwei Personen oder in Gruppen austauschen können (vgl. näher *Kühling/Schall* CR 2015, 641 [642]; BeckOK-StPO/*Graf*, 36. Ed. [2020], § 100a Rn. 71). Die Kommunikation erfolgt grds. durch den auf einem Smartphone installierten lokalen Client (»App«). Eine mit dem Anwendungsprogramm »WhatsApp-Messenger« in diesem Client vom Nutzer erstellte, zwischengespeicherte (vgl. *Graf* a.a.O. § 107 TKG Rn. 10) und sodann abgesandte Nachricht wird – nach Auskunft des BKA – verschlüsselt zunächst über das Internet an den zwischengeschalteten Server von WhatsApp übertragen und von dort an den adressierten Nutzer weitervermittelt; in der App des Empfängers wird die Nachricht abschließend entschlüsselt (vgl. auch *Kühling/Schall* a.a.O., S. 648).

[23] **cc**) Dass die vom Betr. erzeugten und über das Internet versandten Nachrichten nach ihrem Eingang auf dem Server durch den spezifischen Eingriff der Ermittlungsbehörden – nach Auskunft des BKA – allein von dort nicht nur an den Adressaten der Nachricht, sondern auch an die Ermittlungsbehörden ausgeleitet werden, ändert an der Einordnung des Überwachungsgegenstandes als Telekommunikation nichts. Inmitten steht damit vielmehr ein internetbasiertes funktionales Äquivalent zur herkömmlichen TKÜ (vgl. § 100a Abs. 1 S. 3 StPO).

[24] **dd**) Die demzufolge notwendigen hohen Anforderungen an die Bedeutung der zu verfolgenden Straftat im jew. Einzelfall (vgl. § 100a Abs. 1 S. 1 Nr. 2 und Abs. 2 StPO) und den

für den Zugriff erforderlichen Tatverdacht (vgl. § 100a Abs. 1 S. 1 Nr. 1 StPO; vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 16.06.2009 – 2 BvR 902/06, *BVerfGE* 124, 43 [62] [= StV 2009, 617]) werden von § 100a Abs. 2 StPO erfüllt (vgl. hierzu ferner *von zur Mühlen* a.a.O. S. 198 m.w.N.).

[25] **ee**) Eine Anordnung nach § 100a Abs. 1 S. 1, § 100e Abs. 1 S. 1, Abs. 3 S. 1 Nr. 4 StPO ist auch nicht auf Maßnahmen beschränkt, die zwingend die Einbindung eines Telekommunikationsdienstes erfordern. Vielmehr kann die Überwachung und Aufzeichnung – sofern technisch möglich und in der Entscheidungsformel nicht ausdrücklich anders bestimmt (vgl. § 100e Abs. 3 S. 2 Nr. 3 StPO) – durch die Ermittlungsbehörden auch mit eigenen Mitteln, etwa durch Anmeldung eines weiteren Endgerätes oder Generierung einer webbasierten Datenausleitung, durchgeführt werden (vgl. BT-Drs. 16/5846, 47; Meyer-Goßner/Schmitt-StPO/*Köhler*, 63. Aufl. [2021], § 100a Rn. 8).

[26] **ff**) Soweit aus den vorstehenden Gründen der Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG eröffnet ist, kommt das aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG folgende allg. Persönlichkeitsrecht bzw. das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nicht zur Anwendung (vgl. nur *BVerfG*, Urt. v. 02.03.2010 – 1 BvR 256/08, NJW 2010, 833 [= StV 2010, 281 [Ls]]).

[27] **gg**) Dies gilt gleichermaßen für das aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleitete Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme. Ein Ausnahmefall, in dem die anderen Freiheitsgewährleistungen keinen hinreichenden Schutz gewähren (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 06.07.2016 a.a.O., S. 3509), liegt hier nicht vor. I.Ü. wäre auch der Schutzbereich dieses Grundrechts hier nicht eröffnet. Es wird durch die Zwangsmaßnahme nicht auf ein informationstechnisches System insg. zugegriffen, sondern allein auf die über den in der Beschlussformel benannten WhatsApp-Account geführte Korrespondenz (vgl. *BVerfG*, Urt. v. 27.02.2008 a.a.O., S. 827). Damit werden Inhalte und Umstände einer laufenden Telekommunikation im Rechnernetz erhoben und ausgewertet; bedeutungslos ist für die Einordnung, dass das Endgerät ein komplexes informationstechnisches System ist, dessen Einsatz zur Telekommunikation nur eine unter mehreren Nutzungsarten darstellt (vgl. *BVerfG* a.a.O., S. 825). Alle anderen weiteren Nutzungsmöglichkeiten des Endgeräts sind von der Maßnahme nicht betr. So sind bspw. weder das im informationstechnischen System gespeicherte Kontaktverzeichnis noch sonstige Applikationen oder Speicherorte durch das eingesetzte Mittel auszulesen (»Sandboxing«-Konzept). Vielmehr werden allein die dem Provider aus spezifischer WhatsApp-Kommunikation vorliegenden Daten vom Server übermittelt. Die weiteren Nutzungsmöglichkeiten des Endgerätes werden auch nicht etwa als Reflex des Zugriffs hiervon erfasst. Soweit auch retrograde Kommunikationsdaten und Inhalte aus der Nutzung des Clients »WhatsApp« hierdurch übermittelt werden, sind die Erhebungsakte strikten maßnahmespezifischen Anordnungen zu unterwerfen (s. **B.II.2.b)dd**).

[28] **b**) Allerdings umfasst eine allg. richterliche Anordnung zur Überwachung und Aufzeichnung der über einen Mobilfunkanschluss abgewickelten (»herkömmlichen«) Telekommunikation die spezifische WhatsApp-Überwachung nicht. Erforderlich ist vielmehr eine bei jedem Einsatz dieser operativen

Maßnahme am Einzelfall zu messende Verhältnismäßigkeitsprüfung und hieraus ggf. folgende Eingriffsbeschränkungen.

[29] **aa)** Zwar sind Gegenstand der Telekommunikation auch solche Inhalte, welche die Ermittlungsbehörden – sofern sie nicht verschlüsselt wären – in Echtzeit aufgrund der Überwachung des Mobilfunkanschlusses mitlesen könnten (insoweit vergleichbar mit SMS).

[30] **bb)** Auch kann dem auf der Erhebungsebene – wegen der automatisierten Aufzeichnung und wegen fehlender software-technischer Steuerung – nicht umfassend zu gewährleistenden Kernbereichsschutz mit dem absoluten Verwertungsverbot, dem unverzüglichen Lösungsgebot und der dazugehörigen Dokumentationsverpflichtung (§ 100a Abs. 1 und 2 StPO) wirksam begegnet und der notwendige Grundrechtsschutz auch bei dieser spezifischen Überwachungsmaßnahme i.R.v. § 100a Abs. 1 S. 1 StPO auf der Auswertungsebene – verfassungsrechtlich unbedenklich (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 12.10.2011 – 2 BvR 236, 237, 422/08, *BVerfGE* [129], 208 [249] [= StV 2012, 257]; *BVerfG*, Beschl. v. 06.07.2016 a.a.O. S. 3511) – gewährleistet werden.

[31] **cc)** Erforderlich ist aber eingedenk der damit verbundenen Eingriffstiefe stets eine richterliche Entscheidung über die Verhältnismäßigkeit der spezifischen Überwachungsmaßnahme.

[32] **(1)** Vom Anwendungsbereich des § 100a Abs. 1 S. 1 StPO werden grds. auch bei WhatsApp gespeicherte Nachrichteninhalte und Dateien erfasst, die bereits vor Erlass einer entspr. Anordnung versandt oder empfangen worden waren (Entwürfe werden nach Auskunft des BKA durch den Nutzer-Client nicht übermittelt).

[33] Hierfür spricht schon die bei § 100a Abs. 1 S. 1 StPO im Gesetzeswortlaut fehlende Einschränkung auf laufende Telekommunikation; diese Beschränkung findet sich lediglich in § 100a Abs. 5 S. 1 Nr. 1 Buchst. a StPO für die Quellen-TKÜ. Dies erweist sich mit Blick auf die mit dieser Maßnahme verbundene erheblich größere Eingriffstiefe auch systematisch als stimmig. Denn dort wird auf das gesamte informationstechnische System und nicht lediglich auf einen Client (»Sandbox«) zugegriffen (vgl. – zu retrograden E-Mails – nur *Köhler* a.a.O. § 100a Rn. 6c). Soweit hiergegen unter Bezugnahme auf eine Stn. aus dem Gesetzgebungsverfahren (Änderungsantrag der Fraktionen CDU/CSU und SPD zu dem Gesetzesentwurf der Bundesregierung [BT-Drs. 18/11272] v. 15.05.2017 [Ausschussdrucksache 18(6)334]) eingewandt wird, dass – entgegen dem eindeutigen und auch systematisch stimmigen Gesetzeswortlaut – durch die Neufassung der Norm durch das Gesetz zur effektiveren und praxistauglicheren Ausgestaltung des Strafverfahrens v. 17.08.2017 [BGBl. I, 3202) eine Angleichung des Regelungsbereichs von § 100a Abs. 1 S. 1 StPO mit dem des § 100a Abs. 1 S. 2 und 3 StPO erstrebt worden sei (vgl. *von zur Mühlen* a.a.O. S. 406), überzeugt dies nicht. Es ist schon nicht erkennbar, dass die Stn. aus dem laufenden Gesetzgebungsverfahren auch die hier in Rede stehende spezifische Überwachungsmaßnahme im Blick hatte.

[34] Schließlich streitet für die Erfassung retrograder Chatinhalte durch § 100a Abs. 1 S. 1 StPO – ebenso wie bei der Kommunikation mittels E-Mail (vgl. *Köhler* a.a.O. § 100a Rn. 6b m.w.N.) – das durch die Eingriffsnorm zudem gewährleistete be-

sonders hohe Schutzniveau (vgl. hingegen die niederschweligen Anforderungen nach §§ 94, 98 StPO). Dieses entspricht insb. den hier zu erfüllenden verfassungsrechtlichen Anforderungen aus Art. 10 GG. Denn Art. 10 Abs. 1 GG knüpft nicht an den technischen Begriff der Telekommunikation in § 3 Nr. 22 TKG an, sondern an den Grundrechtsträger und dessen Schutzbedürftigkeit (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 16.06.2009 a.a.O., S. 56; ferner *von zur Mühlen* a.a.O. S. 403; *Köhler* a.a.O.). Diese Schutzbedürftigkeit ist bei den beim Provider gespeicherten Chats nach wie vor gegeben. Denn die gespeicherten Kommunikationsinhalte befinden sich gerade nicht im alleinigen Herrschaftsbereich des Kommunikationsteilnehmers, sondern beim Provider. Eine Weitergabe der Daten durch diesen kann der Kommunikationsteilnehmer faktisch nicht verhindern, sodass diese Auslagerung die betr. Daten einem potentiellen neuerlichen verdeckten staatlichen Zugriff aussetzt (vgl. *BVerfG* a.a.O.). Der Betr. kann nur auf seine gespeicherten Kommunikationsinhalte zugreifen, wenn er eine technische Verbindung und eine vertragliche Beziehung zum Provider weiter unterhält.

[35] **(2)** Dem zum Grundrechtsschutz der Betr. berufenen Ermittlungsrichter obliegt es allerdings insb., die Ausgestaltung einer Überwachung in jedem Einzelfall den Erfordernissen anzupassen und die Angemessenheit jeder Maßnahme sorgfältig zu überprüfen. In diese richterliche Gesamtbewertung sind namentlich einzustellen das im Einzelfall zu bestimmende Gewicht der inmitten stehenden Straftat (vgl. § 100e Abs. 4 S. 1 Nr. 2 StPO; ferner *BVerfG*, Beschl. v. 16.06.2009 a.a.O. S. 66 f.; *BVerfG*, Beschl. v. 06.07.2016 a.a.O., S. 3511), die Erforderlichkeit einer etwa kumulativen Anordnung der spezifischen Messenger-Überwachung neben bereits durchgeführte[n] oder zugleich beantragte[n] Maßnahmen nach § 100a Abs. 1 StPO und die Reichweite der Messenger-Überwachung im Einzelfall. So ist namentlich zu prüfen und zu bestimmen, ob und ggf. in wie weit die zwangsläufig durch den Sever übermittelten und aufgezeichneten retrograden Kommunikationsinhalte auch ausgewertet werden dürfen oder – naheliegend verbunden[...] mit einer Dokumentationsverpflichtung – unverzüglich gelöscht werden müssen; die Eingriffstiefe kann ferner dahin begrenzt werden, dass etwa nur die Kommunikation mit einzelnen Beteiligten auszuwerten und die übrigen Inhalte zu löschen sind (vgl. § 100e Abs. 3 S. 1 Nr. 3 und 4 StPO). Überwölbt wird diese Abwägung freilich in jedem Fall vom Gepräge der Messenger-Kommunikation; die hierüber vermittelten Text- und Sprachnachrichten bleiben nämlich hinter dem Gewicht der durch spontane – auch Emotionen unvermittelt transportierenden – Interaktion mittels herkömmlicher Sprachtelefonie zurück. Allein die von einem Provider angebotene Verschlüsselung schafft für die von richterlich angeordneten Überwachungsmaßnahmen betr. Kommunikationsinhalte keine gesteigerte Grundrechtsrelevanz.

[36] **3.** Ferner ist anzumerken, dass auch der Zugriff der Ermittlungsbehörden auf das Mobiltelefon des Zeugen hier rechtlichen Bedenken begegnet.

[37] **a)** Der Zeuge wurde als Vater der Besch. ausweislich der beiden polizeilichen Vermerke und der Vernehmungsniederschriften über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt und auf das Beschlagnahmeverbot aus § 97 StPO hingewiesen. In Kenntnis seiner Rechte übergab er den eingesetzten Polizeibeamten »freiwillig« sein mitgeführtes Mobiltelefon, »damit darauf enthaltene Nachrichten von ihrer Tochter eingesehen

und u.a. fotografiert werden konnten« [...] Die auf dem Mobiltelefon gespeicherten Chatverläufe mit der besch. Tochter wurden – »mit Einwilligung« des Zeugen [...] – sodann gesichert. Allerdings wurde darüber hinaus durch die eingesetzten Polizeikräfte – in »Absprache« mit der StA – in dem Client »WhatsApp« auf dem Mobiltelefon des Zeugen »verdeckt« die spezifische Messenger-Überwachung »aktiviert«, sodass fortan sämtliche über WhatsApp versandte oder aber empfangene Nachrichten sowie noch bei WhatsApp gespeicherte retrograde Chat-Nachrichten durch die Ermittlungsbehörden überwacht, aufgezeichnet und ausgewertet wurden.

[38] **b)** Zwar sind die Ermittlungsbehörden damit ihren Belehrungspflichten i.R.d. durchgeführten Zeugenvernehmung nachgekommen (§ 163 Abs. 3 S. 2 i.V.m. § 52 Abs. 3 StPO; ferner *Köhler* a.a.O. § 97 Rn. 5 f.). Auch werden die erlangten Erkenntnisse nicht schon vom Beweisverwertungsverbot aus § 163 Abs. 2, § 69 Abs. 3 i.V.m. § 136a Abs. 1 S. 1 StPO erfasst; sie wurden nämlich außerhalb und – soweit ersichtlich wohl – überwiegend erst im Anschluss an die Zeugenvernehmung durch einen software-gestützten Ausleitungsvorgang erhoben und mit dem Zeugen freilich auch nicht besprochen; diese Erkenntnisse waren daher kein Aussagegegenstand (vgl. etwa *BGH*, Beschl. v. 23.10.2012 – 1 StR 137/12, NStZ 2013, 247 [= StV 2013, 135]; ferner LR-StPO/*Cirenerl/Sander*, 27. Aufl. [2019], § 252 Rn. 36), der ursächlich auf eine verbotene Vernehmungsmethode zurückzuführen ist (vgl. hierzu nur Meyer-Goßner/*Schmitt* a.a.O. § 136a Rn. 27 f. m.w.N.).

[39] **c)** Die eingesetzten Polizeibeamten haben aber – in Abstimmung mit der StA – durch den durch sie begründeten Gewahrsam an dem Mobiltelefon das Vertrauensverhältnis zwischen der Besch. und ihrem Vater missachtet. Dies erweist sich als Rechtsverstoß. Denn der in verschiedenen Vorschriften des Strafverfahrens garantierte Schutz eines Angehörigenverhältnisses (vgl. § 52 Abs. 1 und 3, § 97 Abs. 1, § 100d Abs. 4 S. 2, § 252 StPO) zählt in seinem Kernbestand zu den rechtsstaatlich unverzichtbaren Erfordernissen eines fairen Verfahrens (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 01.03.2000 – 2 BvR 2017 u. 2039/94, NStZ 2000, 489 [490] [= StV 2000, 466]).

[40] **aa)** Der polizeiliche Gewahrsam an dem grds. beschlagnahmefreien Mobiltelefon war – in der hier gegebenen Verfahrenskonstellation – nur möglich durch eine einverständliche Herausgabe durch den Zeugen. Grds. kann der zeugnisverweigerungsberechtigte Gewahrsamsinhaber auf das Beschlagnahme- und Verwertungsverbot aus § 97 Abs. 1 StPO verzichten. Denn das Verbot ist eine Folge seines Zeugnisverweigerungsrechts, über dessen Ausübung er entscheiden kann (vgl. bereits *BGH*, Urt. v. 23.01.1963 – 2 StR 534/62, *BGHSt* 18, 227 [230]; ferner LR-StPO/*Menges*, 27. Aufl. [2017], § 97 Rn. 55 m.w.N.).

[41] **bb)** Dies setzt allerdings eine wirksame Einwilligungserklärung des Zeugen voraus. Hieran fehlt es. Zwar hat der Zeuge – ausweislich der insoweit eindeutigen polizeilichen Vermerke – sein Einverständnis damit erklärt, dass die Ermittlungsbehörden die in der Applikation »WhatsApp« auf seinem Mobiltelefon gespeicherten Chatnachrichten mit der Besch. nach Übergabe des Gerätes auslesen oder fotografieren. Er wurde dabei aber über die Reichweite des tatsächlich von Beginn an erstrebten Zugriffs bewusst im Unklaren gelassen. Seine Einwilligung konnte daher nicht zugleich das Vorhaben der Ermittlungsbehörden umfassen, durch eine Manipulation

der Applikation fortan die gesamte zukünftige Kommunikation – unabhängig von seinen jew. Dispositionen – aufzuzeichnen und zu überwachen. Auf dieser unvollständigen Tatsachengrundlage war hier eine wirksame autonome Disposition des Gewahrsamsinhabers über seine Rechtspositionen nicht wirksam möglich (vgl. hierzu etwa *Rogall* JZ 1996, 944 [945]; *Fezer* JuS 1978, 765 [768]).

[42] **d)** Auch eine richterliche Anordnung der spezifischen WhatsApp-Überwachung hätte den Zugriff der Ermittlungsbehörden in der vorbeschriebenen Art und Weise freilich nicht gerechtfertigt (vgl. hier allg. *Derinl/Golla* NJW 2019, 1111).

[43] **4.** Abschließend ist – abermals (vgl. Beschl. v. 12.05.2020 – 1 BGs 154-259/20, v. 22.05.2020 – 2 BGs 342/20 und v. 15.06.2020 – 2 BGs 373/20) – anzumerken, dass die StA als Herrin des Vorverfahrens gewissenhaft dafür Sorge zu tragen hat, dass der Ermittlungsrichter seine Entscheidungen auf der Grundlage aller maßgeblichen, bis zu dem jew. Zeitpunkt angefallenen – be- und entlastenden – Ermittlungsergebnisse treffen kann (vgl. auch *BGH*, Beschl. v. 26.02.2020 – StB 5/20 Rn. 26 – und v. 11.03.2010 – StB 16/09, NStZ 2010, 711 [712] [= StV 2010, 553]).

[44] **a)** Allein dem angerufenen Richter obliegt vom Zeitpunkt seiner Befassung an die Entscheidung, in welcher Form und in welchem Umfang ihm die Entscheidungsgrundlagen vermittelt werden (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 16.06.2015 – 2 BvR 2718/10, 1849 und 2808/11, *BVerfGE* 139, 245 [274, 277 ff.] [= StV 2016, 67]; *G. Schäfer* FS Roxin [2011], 1299 [1305]). Zur eigenverantwortlichen gerichtlichen Prüfung bedarf es nicht stets der Vorlage der gesamten Ermittlungsakten in Papierform. Ist der Verfahrenssachverhalt etwa bereits durch eine kurz zuvor erfolgte umfassende gerichtliche Prüfung bekannt und seither nach eigenständiger Prüfung der StA kein bedeutendes Beweismaterial angefallen oder die Sache besonders eilbedürftig, kann auch auf Vorlage einzelner schriftlicher Antragsunterlagen entschieden werden (vgl. *BVerfG* a.a.O. S. 275; *BGH*, Beschl. v. 06.10.2016 – 2 StR 46/15, NStZ 2017, 367 [369] [= StV 2017, 707]; vgl. aus amtschaftsrechtlicher Sicht auch *BGH*, Urt. v. 23.10.2003 – III ZR 9/03, NJW 2003, 3693 [3695] [= StV 2004, 330]).

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

[46] **c)** Erweist sich später, dass die von der StA vorgenommene Auswahl entgegen einer solcherart abgegebenen Vollständigkeitserklärung für die Entscheidung der konkreten gerichtlichen Untersuchungshandlung unvollständig war, so kann dies im Einzelfall den Verlust der hierdurch erlangten Beweismittel besorgen lassen (vgl. *G. Schäfer* FS Roxin [2011], 1299 [1310]; *Krebl* StraFo 2018, 265 [271]; *OLG Düsseldorf*, Urt. v. 02.10.2018 – V-6 Kart7/17 [OWi], WuW 2020, 101; vgl. zu amtschaftsrechtlichen Folgen *BGH*, Urt. v.

23.10.2003 a.a.O., S. 3696); Versäumnisse ihrer Ermittlungspersonen hat sich die StA wegen ihrer Leitungsfunktion und als aktenführende Stelle im Strafverfahren zurechnen zu lassen (§ 161 StPO, § 152 GVG; vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 14.07.2016 – 2 BvR 2474/14, StV 2017, 361 [362 f.]; *BGH*, Beschl. v. 26.04.2017 – 2 StR 247/16, NJW 2017, 3173 [= StV 2017, 642]; *Woblers/Schlegel* NStZ 2010, 486 [487]).

[47] **d)** Zugleich besteht in diesen Verfahrenskonstellationen grds. kein Raum mehr, auch fortan weitere ermittlungsrichterliche Anordnungen lediglich auf der Grundlage einer staatsanwalt-schaftlichen Auswahl von Ermittlungsergebnissen zu erwirken. Der angerufene Ermittlungsrichter wird in dem betr. Verfahren nämlich nicht mehr davon ausgehen können, dass zukünftig zusammengestellte Akteile alle aktuellen und maßgebenden Ermittlungsergebnisse enthalten. Deshalb ist jedenfalls von diesem Zeitpunkt an grds. die Vorlage der gesamten Ermittlungsakte zur Prüfung der gesetzlichen Voraussetzungen der beantragten gerichtlichen Untersuchungshandlungen erforderlich.

[48] **e)** So liegt es hier. Dass die Ermittlungsbehörden die spezifische Messenger-Überwachung hinsichtlich des WhatsApp-Accounts des Drittbetroffenen einsetzten, wurde erst durch die – auf gerichtliche Nachfrage v. 10.06.2020 hin erfolgte – Übersendung des polizeilichen Vermerks v. 13.01.2020 bekannt. Damit bestand bis dahin aber keine Möglichkeit, den erfolgten umfassenden Zugriff auf die Chat-Nachrichten i.R.v. gerichtlichen Verhältnismäßigkeitserwägungen bei den im März 2020 beantragten Verlängerungsanordnungen zu prüfen. Überdies konnte gerichtlich nicht gewürdigt werden, ob die mit den Verlängerungsanträgen jew. vorgelegten Erkenntnisse aus der spezifischen Messenger-Überwachung – auch mit Blick auf den dargestellten Fairnessverstoß beim Zugriff auf das Mobiltelefon des Drittbetroffenen – verwertbar und damit geeignet waren, die gesetzlichen Voraussetzungen für eine Verlängerung der Anordnungen zu tragen (§ 100e Abs. 1 S. 5 StPO). Vor diesem Hintergrund wird darum gebeten, weiteren Anträgen in diesem Verfahren die vollständigen Ermittlungsakten in Papierform beizuschließen.

Gerichtliche Bestätigung einer vorläufigen Sicherstellung eines Mobiltelefons

StPO § 110 Abs. 1, Abs. 3 S. 1, Abs. 4, § 98 Abs. 2 S. 2, 3

1. Die Durchsicht eines bei einer Wohnungsdurchsuchung vorläufig sichergestellten Mobiltelefons ist noch Teil derselben. Ihre (weitere) Zulässigkeit ist davon abhängig, dass die rechtlichen Voraussetzungen für eine Wohnungsdurchsuchung gem. § 102 StPO nach wie vor gegeben sind.

2. Im Rahmen einer gerichtlichen Entscheidung nach § 110 Abs. 1 StPO i.V.m. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog hat der nach § 98 Abs. 2 S. 3 StPO zuständige Richter darüber zu befinden, ob zum Entscheidungszeitpunkt die vorläufige Sicherstellung des betreffenden Gegenstandes für eine (weitere) Durchsicht zum Zwecke des Auffindens von Beweismitteln rechtmäßig und insbesondere noch verhältnismäßig ist.

3. Eine gerichtliche Befristung der Dauer einer vorläufigen Sicherstellung potentiell beweiserrelevanter Gegenstände ist nicht statthaft.

BGH, 3. StrS, Beschl. v. 20.05.2021 – StB 21/21

Aus den Gründen: [10] **II.** [...] **2.** [...] **b)** Die Mitnahme des bei der Wohnungsdurchsuchung aufgefundenen Mobiltelefons Apple iPhone 7 i.R.e. vorläufigen Sicherstellung sowie die nach wie vor fortdauernde polizeiliche Durchsicht des Speichermediums auf beweiserrelevante Daten sind noch Teil der richterlich angeordneten Durchsicht und von § 110 Abs. 1 StPO gedeckt.

[11] **aa)** Das sichergestellte Mobiltelefon durfte als elektronisches Speichermedium, dessen Durchsicht auf Beweisrelevanz i.R.d. Wohnungsdurchsuchung vor Ort nicht möglich war, zur Auswertung mitgenommen und hierfür einstweilen sichergestellt werden (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 30.01.2002 – 2 BvR 2248/00, NJW 2002, 1410 [1411]; *BGH*, Beschl. v. 05.06.2019 – StB 6/19, juris Rn. 17; v. 05.08.2003 – StB 7/03, NStZ 2003, 670 Rn. 7; Meyer-Goßner/Schmitt-StPO/*Köhler*, 64. Aufl. [2021], § 110 Rn. 2a).

[12] Da die Durchsicht des Mobiltelefons noch Teil der Durchsicht ist (*BVerfG*, Beschl. v. 20.11.2019 – 2 BvR 886/19 u.a., NJW 2020, 384 Rn. 39 [= StV 2020, 464 [Ls]]; v. 20.09.2018 – 2 BvR 708/18, NJW 2018, 3571 Rn. 25; v. 30.01.2002 a.a.O.; *BGH* a.a.O. Rn. 2; *Köhler* a.a.O. Rn. 10), ist ihre (weitere) Zulässigkeit allerdings davon abhängig, dass die rechtlichen Voraussetzungen für eine Wohnungsdurchsuchung gem. § 102 StPO nach wie vor gegeben sind (*BVerfG*, Beschl. v. 20.11.2019 a.a.O. Rn. 39; v. 20.09.2018 a.a.O. Rn. 25; *Köhler* a.a.O. Rn. 10). Das ist der Fall. Der Besch. ist der ihm zur Last gelegten Tat weiterhin verdächtig. Zudem ist auch zum jetzigen Zeitpunkt zu vermuten, dass die (weitere) Untersuchung des Mobiltelefons zur Auffindung beweiserrelevanter Daten führen wird.

[13] **bb)** Die Fortdauer der vorläufigen Sicherstellung ist auch unter dem Gesichtspunkt des Gebots der zügigen Auswertung zur Durchsicht mitgenommener potentieller Beweismittel (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 30.01.2002 a.a.O.; *BGH*, Beschl. v. 05.08.2003 a.a.O. Rn. 8; *LG Frankfurt/M.*, Beschl. v. 04.09.1996 – 5/29 Qs 16/96, NJW 1997, 1170 [= StV 1997, 179]; *LG Saarbrücken*, Beschl. v. 20.09.2016 – 2 Qs 26/16, NStZ-RR 2016, 346; v. 10.09.2010 – 2 Qs 24/10, BeckRS 2010, 25477; SSW-StPO/*Hadamitzky*, 4. Aufl. [2020], § 110 Rn. 9; *Köhler* a.a.O. Rn. 2a; SK-StPO/*Woblers/Jäger*, 5. Aufl. [2016], § 110 Rn. 24) zum jetzigen Zeitpunkt nicht zu beanstanden.

[14] Ausweislich eines Vermerks des GBA v. 06.05.2021 sind in dem Mobiltelefon Daten in besonders großem Umfang gespeichert, und zwar 304.758 Bilder und Videos, 336.710 Chatnachrichten und 34.125 Audiodateien. Die gespeicherten Bilder und Videos wurden bereits vollständig ausgewertet. Zudem wurden bislang knapp 334.000 der in arabischer Sprache verfassten Chatnachrichten gesichtet. Es steht noch eine Sichtung der übrigen Chatnachrichten und der Audiodateien aus. Eine Spiegelung des elektronischen Speichermediums und Fortsetzung der Durchsicht unter Nutzung von Datenkopien scheidet nach Mitteilung des GBA schon deshalb aus, weil die gespeicherten Dateien unter Umständen nur unter Verwendung des Mobiltelefons auswertbar seien.

[15] Damit liegen ungeachtet des Umstandes, dass das Mobiltelefon bereits am 27.10.2020 sichergestellt wurde, keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Durchsicht nicht mit der gebotenen Intensität betrieben wird und bereits zu einem früheren Zeitpunkt hätte abgeschlossen werden können. Unter Berücksichtigung der Schwere des gegen den Besch. erhobenen Tatvorwurfs ist die vorläufige Sicherstellung mithin derzeit – noch – verhältnismäßig.

[16] Nach Abschluss der Durchsicht wird der GBA entweder die richterliche Beschlagnahme des Mobiltelefons oder dessen Herausgabe

an den Besch. zu bewirken haben (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 30.01.2002 a.a.O.; *BGH*, Beschl. v. 05.08.2003 a.a.O. Rn. 8; *Wohlers/Jäger* a.a.O. Rn. 27).

[17] **c)** Eine – vom Gesetz nicht vorgesehene – zeitliche Befristung der gerichtlichen Bestätigung der vorläufigen Sicherstellung des Mobiltelefons scheidet aus. I.R.e. gerichtlichen Entscheidung nach § 110 Abs. 1 StPO i.V.m. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog hat der nach § 98 Abs. 2 S. 3 StPO zuständige Richter allein darüber zu befinden, ob zum Entscheidungszeitpunkt die vorläufige Sicherstellung des betr. Gegenstandes für eine (weitere) Durchsicht zum Zwecke des Auffindens von Beweismitteln rechtmäßig ist. Eine eigenständige prognostische Bewertung des erforderlichen und verhältnismäßigen sachlichen und zeitlichen Umfangs noch ausstehender bzw. möglicher weiterer Auswertungen ist ihm versagt.

[18] **aa)** Die Entscheidung, in welchem Umfang eine inhaltliche Durchsicht potentieller Beweismittel nach § 110 StPO notwendig ist, wie sie i.E. zu gestalten und wann sie zu beenden ist, obliegt vielmehr dem Ermessen der StA (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 28.04.2003 – 2 BvR 358/03, NJW 2003, 2669 [2671]; v. 30.01.2002 a.a.O.; *BGH*, Beschl. v. 05.08.2003 a.a.O. Rn. 7; *LG Saarbrücken*, Beschl. v. 20.09.2016 a.a.O.; *Hadamitzky* a.a.O. Rn. 8). Die Rechtskontrolle durch den Ermittlungsrichter beschränkt sich deshalb darauf, ob die StA im Entscheidungszeitpunkt die Grenzen des ihr zukommenden Ermittlungsermessens überschritten hat. Jedwede gerichtliche Entscheidung über einen Zeitpunkt, bis zu dem die Durchsicht eines vorläufig sichergestellten Gegenstandes abgeschlossen sein muss, enthielte notwendigerweise eigene Wertungen des Ermittlungsrichters hinsichtlich des Umfangs der in der Sache gebotenen Ermittlungen und griffe daher in den Ermessensspielraum der StA ein.

[19] Zudem lässt sich in aller Regel der erforderliche und unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten statthafte Umfang von weiteren Sichtsmaßnahmen nicht vorab bestimmen. Einerseits kann sich aus Erkenntnissen, die bei einer fortschreitenden Durchsicht erlangt werden, die Gebotenheit weiterer Sichtsmaßnahmen ergeben. Andererseits können neue Erkenntnisse, etwa überraschende Erfolge bei einer Dekryptierung von Daten oder die Erlangung von Passwörtern, die erforderliche Zeitdauer einer Durchsicht erheblich verkürzen. Die richterliche Festlegung einer Frist für eine Durchsicht eines vorläufig sichergestellten Gegenstandes könnte sich mithin auch zum Nachteil des Betr. auswirken.

[20] Daher ist eine gerichtliche Befristung der Dauer einer vorläufigen Sicherstellung potentiell beweisrelevanter Gegenstände nicht statthaft (so auch *LG Saarbrücken*, Beschl. v. 20.09.2016 a.a.O.; v. 14.07.2016 – 2 Qs 16/16, NStZ 2016, 751 [752]; *Köhler* a.a.O. Rn. 8a; a.A. LR-StPO/*Tsambikakis*, 27. Aufl. [2019], § 110 Rn. 31; *Wohlers/Jäger* a.a.O. § 110 Rn. 29).

[21] **bb)** Eine zeitliche Befristung kommt vorliegend auch nicht ausnahmsweise deshalb in Betracht, weil der GBA den als Antrag auf gerichtliche Entscheidung zu verstehenden »Widerspruch« des Verteidigers des Besch. erst nach geraumer Zeit dem Ermittlungsrichter vorgelegt hat. Die Drei-Tage-Frist des § 98 Abs. 2 S. 1 StPO bezieht sich nicht auf die vorliegende Fallkonstellation eines erst im Nachgang zu einer vorläufigen Sicherstellung eines Gegenstandes gestellten Antrages auf gerichtliche Entscheidung, der bei der ermittlungsführenden StA oder Polizeidienststelle und nicht bei dem Gericht (vgl. § 98 Abs. 2 S. 3 und S. 4 StPO) eingereicht worden ist. Allerdings ist in einem solchen Fall die unverzügliche Weiterlei-

tung des Antrages durch die StA an das zuständige Gericht geboten. Ein diesbezügliches Versäumnis darf aber nicht durch eine zeitliche Beschränkung einer in der Sache gebotenen Fortsetzung der Durchsicht eines elektronischen Speichermediums oder sonstigen vorläufig sichergestellten Gegenstandes sanktioniert werden. Dies gilt auch deshalb, weil das Gesetz vorsieht, dass der Betr. seinen Antrag auf gerichtliche Entscheidung direkt beim Gericht einreicht.

[22] **cc)** Durch die Beschränkung der Überprüfungscompetenz des Ermittlungsrichters auf die Sach- und Rechtslage zum Zeitpunkt der gerichtlichen Entscheidung wird der Rechtsschutz des von der vorläufigen Sicherstellung Betr. nicht verkürzt. Denn er kann nach erfolgter gerichtlicher Bestätigung zu einem späteren Zeitpunkt – ggf. auch wiederholt – erneut einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 110 Abs. 1 StPO i.V.m. § 98 Abs. 2 S. 2 StPO analog stellen, wenn sich nach seinem Dafürhalten die Sach- und daraus resultierend die Rechtslage geändert hat, etwa wegen Verzögerungen im weiteren Verlauf der Durchsicht oder einer Unverhältnismäßigkeit der fortdauernden Sicherstellung angesichts fortgeschrittenen Zeitablaufs (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 30.01.2002 a.a.O.; v. 29.01.2002 – 2 BvR 94/01, NStZ-RR 2002, 144 [145]; *BGH*, Beschl. v. 05.08.2003 a.a.O. Rn. 8).

Datenveränderung und Computersabotage durch Ransomware

StGB §§ 253 Abs. 1, 303a Abs. 1, 303b Abs. 1 Nr. 1, 27 Abs. 1

1. Das Hinzufügen von Einträgen in der Windows-Registry, so dass eine Schadsoftware beim Starten des Computers automatisch geladen wird, welche jegliche ordnungsgemäße Bedienung unterbindet, stellt eine Datenveränderung i.S.d. § 303a Abs. 1 StGB dar.

2. Auf die wesentliche Bedeutung der Datenverarbeitung i.S.d. § 303b Abs. 1 StGB kann indiziell geschlossen werden, auch wenn nur ein Teil der Betroffenen für die »Entsperrung« ihrer Computer eine Zahlung geleistet hat.

BGH, Beschl. v. 08.04.2021 – 1 StR 78/21 (LG Stuttgart)

Aus den Gründen: [1] Das *LG* hat den Angekl. wegen Beihilfe zur versuchten Erpressung in Tateinheit mit Beihilfe zur versuchten Computersabotage in 396 Fällen sowie wegen Beihilfe zur Erpressung in Tateinheit mit Beihilfe zur Computersabotage in 393 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 4 J 6 M verurteilt. [...]

[3] **I.** Das *LG* hat folgende Feststellungen und Wertungen getroffen:

[4] **1.** Der Angekl. war Mitglied einer international und arbeits-tätig agierenden Gruppierung aus mehr als drei Personen, die sich spätestens Ende 2013 in K. (Ukraine) um unbekannt gebliebene Haupttäter zur fortgesetzten Begehung von Delikten im Bereich der Cyberkriminalität durch Verbreitung eines »Erpressungstrojaners« über das Internet (sog. Ransomware) zusammengeschlossen hatte.

[5] **a)** Zur Vorbereitung und Platzierung der Schadsoftware im Internet bediente sich die Gruppierung der Nutzung von Werbeanzeigen auf verschiedenen Webseiten (sog. Adverts), bei deren Anklicken es ohne den Willen der Nutzer zum Nachladen und zur Installation der Schadsoftware auf den Rechnern der Geschädigten kam. Nach dieser Infektion des Zielrechners wurden in verschlüsselter Form v.a. die Geolokationsdaten des geschädigten Rechners an einen Server der Gruppierung übermittelt; denn nur so war es technisch möglich, einen von der Gruppierung vorprogrammierten Sperrbildschirm an die mit der Schadsoftware infizierten Rechnersysteme zu über-

mitteln, welcher in der jew. Landessprache an das Herkunftsland der geschädigten Computernutzer angepasst war. Die Gruppierung verfügte dazu über Sperrbildschirme in 44 Sprachen. Bei der Gestaltung dieses Sperrbildschirms wurde der Eindruck erweckt, es handele sich um eine von offiziellen Stellen veranlasste Sperrung des Zielsystems, indem hier Logos staatlicher Behörden, bspw. des BKA oder des BND, verwendet wurden. Zudem erhielten die Meldungen am Sperrbildschirm genaue Angaben über den betr. Computer, das verwendete Betriebssystem, die IP-Adresse und den Standort des Rechners sowie die unwahre Behauptung, der Nutzer habe illegale Downloads getätigt oder auf seinem Rechner befänden sich Dateien mit verbotenen kinder- oder tierpornografischen Inhalten. Zur Abwendung eines Straf- oder Bußgeldverfahrens sowie zur Freigabe des gesperrten Computersystems wurde eine Geldzahlung gefordert, die über geldwerte PIN-Codes elektronischer Zahlungssysteme – wie z.B. Paysafecards oder Ukash – im Wert von 100 € zu leisten war.

[6] **b)** Nach der Infektion des Rechners und der Übermittlung des Sperrbildschirms blieb der Computer mit einer Verschlüsselungssoftware dauerhaft gesperrt. Die Sperrbildschirme wurden auch bei jedem Neustart des infizierten Rechners nachgeladen. Zusätzlich wurden Aufrufe des Task-Managers durch die Schadsoftware beendet, so dass der Sperrbildschirm weder minimiert noch geschlossen werden konnte. Für die Sperrung der Rechner wurden von der Tätergruppierung unterschiedliche Varianten der Schadsoftware eingesetzt, die auch permanent dahingehend überprüft wurden, ob und von welchem Antivirenprogramm diese erkannt werden und laufend entspr. angepasst. Weder die Schadsoftware selbst enthielt einen Mechanismus, der bei Übermittlung eines geforderten PIN-Codes oder durch Zeitablauf eine Entsperrung des infizierten Systems veranlasste, noch wurde eine solche Entsperrung manuell durch die Gruppierung durchgeführt. Einzig durch Löschen der Festplatte – unter gleichzeitigem unwiderruflichen Verlust aller auf dem Rechner gespeicherten Daten – und anschließender Neuinstallation des Betriebssystems konnten die infizierten Geräte wieder brauchbar gemacht werden.

[7] **c)** Zur Umsetzung dieses Vorhabens verfügte die Gruppierung über eine Vielzahl von Servern. So wurde etwa der Sperrbildschirm über verschiedene Proxy-Server versandt, die jew. nur über einen Zeitraum von wenigen Tagen bis Wochen verwendet und anschließend durch neue ersetzt wurden. Sie dienten als zwischengeschaltete Server der Anonymisierung und v.a. dazu, die eigentlichen Ziel- bzw. Backend-Server zu verschleiern. Die mit der Schadsoftware infizierten Systeme übermittelten ihre Daten an die Backend-Server, auf denen diese automatisiert gespeichert wurden und von denen aus der länderspezifische Sperrbildschirm mit der Aufforderung zur Zahlung versendet wurde. Auf gleichem Weg vollzog sich auch die Übermittlung der von den Geschädigten erworbenen und in den Sperrbildschirm eingegebenen PIN-Codes im Fall einer Zahlung. Die Backend-Server fungierten zudem als Verwaltungsportal für die erpressten PIN-Codes, die dort in einer Datenbank gesammelt und später verwaltet wurden. Durch die Einschaltung von Finanzagenten wurden die im Verwaltungsportal gespeicherten PIN-Codes über Online-Dienste (z.B. Online-Casinos oder Wettbüros), welche diese als Zahlungsmittel akzeptierten, eingelöst und in einem weiteren Schritt in Form von virtueller Währung auf ein Konto der Gruppierung überwiesen. Weltweit wurden so durch die Tätergruppierung von 2013 bis 2016 über 200 Mio. Rechnersysteme infiziert und von den geschädigten Computernutzern mehr als neun Mio. € an geldwerten PIN-Codes übermittelt.

[8] **d)** Der Angekl. übernahm im Frühjahr/Sommer 2013 i.R.d. Gruppierung die Tätigkeit eines Systemadministrators und technischen Beraters für einen monatlichen Verdienst von 1.000 US-Dollar und betreute die Server der Gruppierung. Er konnte auf Grund seines technischen Sachverständnisses sowohl Zweck als auch Funktionsweise der sich auf den Servern befindlichen Sperrbildschirme einordnen. Der Angekl. hatte spätestens am 29.11.2013 Kenntnis davon, dass die Gruppierung die Server dazu einsetzte, um unter Drohung mit einem behördlichen Verfahren und der dauerhaften Sperrung der Rechner ein Lösegeld i.H.v. 100 € in Form von geldwerten PIN-Codes von

Computernutzern zu verlangen. Er setzte gleichwohl seine Tätigkeit für die Gruppierung fort. Der Angekl. übernahm verschiedene Unterstützungshandlungen innerhalb der von der Gruppierung zur Begehung der Taten aufgebauten Serverinfrastruktur. Im verfahrensgegenständlichen Tatzeitraum v. 29.11.2013 bis 03.02.2015 kümmerte sich der Angekl. auf Anweisung der Führungsmitglieder um die Anmietung neuer Server, die Installation verschiedener Programme auf den Servern, um die Verlinkung einzelner Server untereinander, um die Erhaltung [von] deren Funktionsfähigkeit sowie um die Behebung einzelner technischer Probleme der Serverinfrastruktur. Darüber hinaus stand er den Führungsmitgliedern der Gruppierung als technischer Berater zur Verfügung. In diesem verfahrensgegenständlichen Tatzeitraum wurden in Deutschland mind. 4.332 Computersysteme an 396 Tagen gegen den Willen der berechtigten Computernutzer (Fälle 1 bis 396 der Urteilsgründe) infiziert, wobei es der Gruppierung in 393 weiteren Fällen (Fälle 397 bis 789 der Urteilsgründe) darüber hinaus auch gelang, den jew. Computernutzer der gesperrten Rechner zum Erwerb und zur Übermittlung von geldwerten PIN-Codes an die Täter im Wert von jew. 100 € zu veranlassen. In allen Infektionsfällen – gleich ob das geforderte Lösegeld in Form von PIN-Codes gezahlt wurde oder nicht – wurden die betr. Rechner aber nicht entspert.

[9] **2.** Das *LG* geht nach wertender Betrachtung der Gesamtumstände davon aus, dass der Angekl. gewerbs- und auch bandenmäßig gehandelt hat, aber nur als Gehilfe tätig war, da sein eigenes Interesse am Taterfolg begrenzt war und er lediglich ein Festgehalt bezog sowie auch an den Gewinnen aus den Geschäften nicht beteiligt war. Das *LG* nimmt eine Beihilfehandlung des Angekl. zu allen 789 ausgeurteilten Einzeltaten an.

[10] **II.** Der Schuldspruch wegen Beihilfe zur versuchten Erpressung in Tateinheit mit Beihilfe zur versuchten Computersabotage in 396 Fällen sowie wegen Beihilfe zur Erpressung in Tateinheit mit Beihilfe zur Computersabotage in 393 Fällen hält einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand. Er bedarf in konkurrenzrechtlicher Hinsicht der Korrektur. Dies bedingt auch die Aufhebung des Strafausspruchs.

[11] **1.** Die rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen des *LG* tragen einen Schuldspruch des Angekl. nur wegen einer einheitlichen Beihilfe (§ 27 Abs. 1 StGB) zur Erpressung nach § 253 Abs. 1 StGB in Tateinheit mit Beihilfe zur Computersabotage nach § 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB (§ 52 Abs. 1 StGB). Der Schuldspruch war daher entspr. abzuändern.

[12] **a)** Durch seine festgestellten Unterstützungshandlungen hat der Angekl. sowohl eine Beihilfe zur vollendeten Erpressung als auch zur versuchten Erpressung nach § 253 Abs. 1 StGB geleistet. Die jew. mit der Schadsoftware infizierten Computernutzer wurden durch die Sperrung ihrer Rechner und durch die unwahre Behauptung, illegale Downloads vorgenommen zu haben oder auf den Rechnern Dateien mit verbotenen kinder- oder tierpornografischen Inhalten zu besitzen, zur Abwendung der Sperrung ihrer Rechner zur Zahlung eines Betrages von 100 € über geldwerte PIN-Codes elektronischer Zahlungssysteme genötigt; ihrem Vermögen wurde so ein Nachteil in entspr. Höhe zugefügt. Bei den im Versuchsstadium verbliebenen Taten wurde jedenfalls von den Tätern ein entspr. Schaden erstrebt.

[13] **b)** Die Infektion der Zielrechner mit der entspr. Schadsoftware und der Installation eines Sperrbildschirms erfüllt den Tatbestand der Computersabotage nach § 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB.

[14] **aa)** Gem. § 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB macht sich strafbar, wer eine Datenverarbeitung, die für einen anderen von wesentlicher Bedeutung ist, dadurch stört, dass er eine Tat nach § 303a Abs. 1 StGB begeht, also rechtswidrig Daten löscht, unterdrückt, unbrauchbar macht oder verändert. Die Vorschrift schützt in dieser

Tatvariante das Interesse des Verfügungsberechtigten an der unverehrten Verwendbarkeit der gespeicherten oder übermittelten Daten und damit das Grundrecht auf Integrität und Vertraulichkeit informationstechnischer Systeme (*Bär*, in: *Wabnitz/Janovsky/Schmitt*, Handbuch Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 5. Aufl. [2020], 15. Kapitel Rn. 125; *Fischer-StGB*, 68. Aufl. [2021], § 303b Rn. 2; *LK-StGB/Wolff*, 12. Aufl. [2008], § 303b Rn. 2 m.w.N.; vgl. auch *BT-Drs. 16/3656*, 13).

[15] **bb)** Die Haupttäter haben durch den Eingriff in die Registry-Dateien der geschädigten Computersysteme Daten i.S.d. § 303a Abs. 1 StGB so verändert, dass der ganze Bildschirm und alle weiteren Fenster vom Sperrbildschirm überdeckt sowie alle Aufrufe des Task-Managers durch die Schadsoftware beendet wurden. Diese System-Dateien sind taugliche Tatobjekte i.S.d. Legaldefinition des § 202a Abs. 2 StGB (*BGH*, *Beschl. v. 27.07.2017 – 1 StR 412/16 Rn. 30 f.* [= *StV* 2019, 385 m. Anm. *Brodowski*]; *Bär* a.a.O. Rn. 110 m.w.N.). Ein Verändern ist auch beim Herbeiführen von Funktionsbeeinträchtigungen der Daten anzunehmen, die eine Änderung ihres Informationsgehalts oder des Aussagegewerts zur Folge haben (*BT-Drs. 10/5058*, 35; *BGH* a.a.O. Rn. 33; *Bär* a.a.O. Rn. 118; *Graf/Jäger/Wittig-Wirtschaftsstrafrecht/Bär*, 2. Aufl. [2017], § 303a StGB Rn. 20). Eine solche Veränderung der Daten ist durch das Hinzufügen der Einträge in der Windows-Registry-Datei eingetreten, indem die Schadsoftware beim Hochfahren des Rechners automatisch geladen wurde, ohne dass der Computernutzer hiervon Kenntnis bekam und sofort der ganze Bildschirm und alle weiteren Fenster vom Sperrbildschirm überdeckt wurden, so dass dieser weder minimiert noch geschlossen werden konnte.

[16] **cc)** Das *LG* geht auch zutreffend davon aus, dass hier die ggü. der Datenveränderung nach § 303a Abs. 1 StGB qualifizierenden Merkmale der Computersabotage nach § 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB vorliegen, nämlich eine Datenverarbeitung von wesentlicher Bedeutung sowie eine Störung der entspr. Datenverarbeitung.

[17] Das einschränkende Merkmal einer Datenverarbeitung »von wesentlicher Bedeutung« sollte nach dem Willen des Gesetzgebers als Filter für Bagatellfälle dienen, die vom Tatbestand nicht erfasst werden (*BT-Drs. 16/3656*, 13). So soll nach der Gesetzesbegründung bei Privatpersonen als Geschädigten darauf abgestellt werden, ob die Datenverarbeitung für die Lebensgestaltung der Privatperson eine zentrale Funktion einnimmt (*BT-Drs. 16/3656*, 13). Insoweit waren dem *LG* konkrete Feststellungen zu den einzelnen betr. Computersystemen nicht möglich. Im Fall des Anzeigerstatters lagen diese Voraussetzungen jedenfalls vor. Anhand der übertragenen Daten waren weitere Nachfragen zur Identifizierung der übrigen Nutzer aber ausgeschlossen. Deswegen war das *LG* hier befugt, auf eine wesentliche Bedeutung der Datenverarbeitung für die betr. Computernutzer indiziell zu schließen (vgl. *BGH* a.a.O. Rn. 25). Dies gilt v.a. vor dem Hintergrund, dass bei allen festgestellten Einzeltaten durch die gegen den Willen der berechtigten Computernutzer installierte Schadsoftware jegliche Nutzung der auf den Geräten gespeicherten Daten unmöglich gemacht wurde und die Computer nur durch eine mit einem vollständigen Datenverlust verbundene Neuinstallation des Betriebssystems wieder genutzt werden konnten, so dass von einer Beeinträchtigung der zentralen Funktionen für die Lebensgestaltung der Betr. auszugehen ist. I.Ü. spricht v.a. der Umstand, dass in vielen Fällen die tateinheitlich verwirklichte Erpressung erfolgreich war, weil die Computernutzer

eine Zahlung geleistet haben, für eine wesentliche Bedeutung der Datenverarbeitung und gegen einen Bagatellfall, da sie ansonsten nicht gezahlt hätten.

[18] Auch der für die Verwirklichung des Tatbestands von § 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB erforderliche Taterfolg, die Störung einer Datenverarbeitung, ist nach den Feststellungen des *LG* eingetreten. Da die Sperrbildschirme am Rechner einzig durch ein Löschen der Festplatte und anschließender Neuinstallation des Betriebssystems beseitigt werden konnten, war die Infektion des Rechners immer mit einem unwiderruflichen Verlust aller auf dem Rechner gespeicherter Daten verbunden.

[19] **c)** Beide verwirklichten Tatbestände des § 253 Abs. 1 StGB und des § 303b Abs. 1 Nr. 1 StGB stehen in Tateinheit zueinander, da unmittelbar mit der Computersabotage durch die Veränderung der System-Dateien und dem erscheinenden Sperrbildschirm der Computernutzer zur Übermittlung geldwerter PIN-Codes zum Entsperren der Rechner aufgefordert wurde. Entgegen der Auffassung des *LG* ist aber konkurrenzrechtlich nicht von einer Beihilfe des Angekl. zu 789 Einzeltaten, sondern nur von einer einheitlichen Beihilfe zur Erpressung in Tateinheit mit Computersabotage auszugehen.

[20] **aa)** Nach st. Rspr. des *BGH* ist die Frage der Handlungseinheit oder -mehrheit nach dem individuellen Tatbeitrag eines jeden Beteiligten zu beurteilen. Fördert der Gehilfe durch ein und dass. Tun mehrere rechtlich selbständige Taten des Haupttäters, so ist nur eine Beihilfe im Rechtssinne gegeben (vgl. nur *BGH*, *Beschl. v. 13.03.2013 – 2 StR 586/12 Rn. 6* und *v. 25.07.2019 – 1 StR 230/19 Rn. 5* [= *StV* 2020, 737 [Ls]]; *Urt. v. 23.10.2018 – 1 StR 234/17 Rn. 65* [= *StV* 2019, 747 [Ls]] und *v. 28.10.2004 – 4 StR 59/04, BGHS* 49, 306 [316] [= *StV* 2005, 273]).

[21] **bb)** Die bisherigen Feststellungen belegen nicht, dass der Angekl. bei den im Tatzeitraum v. 29.11.2013 bis 03.02.2015 verwirklichten 789 Einzeltaten einen individuellen tatfördernden Beitrag erbracht hat. Das fördernde Verhalten des Angekl. stellt sich vielmehr nur als eine einheitliche Unterstützungshandlung dar, indem der Angekl. sich auf Anweisung der Führungsmitglieder um die Anmietung neuer Server, um die Installation verschiedener Programme auf den Servern, um die Verlinkung einzelner Server untereinander und um die Erhaltung der Funktionsfähigkeit sowie um die Behebung einzelner technischer Probleme der Serverinfrastruktur kümmerte. Auch seine vom *LG* festgestellte weitere Funktion als technischer Berater der Führungsmitglieder der Gruppierung begründet keinen individuellen tatfördernden Beitrag zu konkreten Einzeltaten. [...]

Anm. d. Red.: Zu technisch-tatsächlich fragwürdigen Pauschalierungen und Normativierungen in der Beweisführung im IT-Strafrecht s. auch *BGH StV-S 2021*, 136 m. Anm. *J. Hassemer* (in diesem Heft); zuvor *BGH StV 2021*, 385 m. Anm. *Brodowski* und *Safferling* *NSZ* 2018, 405; allg. *Kubli StV* 2016, 40.

Durchsicht beschlagnahmter Papiere bzw. elektronischer Speichermedien

StPO § 110 Abs. 1, § 147 Abs. 1, § 32f Abs. 5

1. Die Durchsicht der Papiere bzw. elektronischen Speichermedien des von der Durchsuchung Betroffenen ist gem.

§ 110 Abs. 1 StPO Aufgabe der StA und auf deren Anordnung ihrer Ermittlungspersonen, nicht jedoch der Verteidigung. Erst, wenn die Durchsicht gem. § 110 Abs. 1 StPO erfolgt und eine Beschlagnahmeanordnung ergangen ist, werden diese zu Beweisstücken i.S.d. § 147 Abs. 1 StPO; auch entsteht erst dann das Besichtigungsrecht der Verteidigung.

2. Trotz der Streichung der Regelung eines Anwesenheitsrechts des Inhabers der durchzusehenden Papiere und Daten in § 110 Abs. 3 StPO a.F. kann es im Einzelfall von Verfassungen wegen geboten und insb. auch zweckdienlich sein, den Inhaber der sichergestellten Daten in die Prüfung der Verfahrenserheblichkeit einzubeziehen.

3. Die Auswertung vorläufig sichergestellter Daten ist im Hinblick auf den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zügig vorzunehmen, um abhängig von der Menge des vorläufig sichergestellten Materials und der Schwierigkeit seiner Auswertung in angemessener Zeit zu dem Ergebnis zu gelangen, was als potenziell beweisrelevant dem Gericht zur Beschlagnahme angetragen und was an den Beschuldigten oder Drittbetroffenen herausgegeben werden soll. Die Ressorts der Polizei- und Justizverwaltung sind insoweit gehalten, die erforderlichen personellen und technischen Ressourcen zur Verfügung zu stellen, die eine Bewältigung entspr. Datenmengen ggf. auch mittels entspr. Software und unter Hinzuziehung externen Sachverständigen ermöglichen.

4. Durch die zügige Auswertung soll insb. verhindert werden, dass während laufender Hauptverhandlung stetig neue, bis dahin jedenfalls den übrigen Beteiligten unbekannt gebliebene Beweismittel nachgeliefert werden und ggf. – wie vorliegend geschehen – die Hauptverhandlung ausgesetzt werden muss.

OLG Koblenz, Beschl. v. 30.03.2021 – 5 Ws 16/21

Durchsicht von Daten gem. § 110 StPO, Anwesenheitsrecht

StPO § 110

Ob eine Teilnahme des Rechtsbeistandes des Betroffenen bei der Durchsicht von vorläufig sichergestellten Datenträgern geboten ist, ist im jeweiligen Einzelfall unter Berücksichtigung einer wirksamen Strafverfolgung einerseits und der Intensität des Datenzugriffs andererseits zu beurteilen. Hat der Betroffene ein gewichtiges Interesse daran, dass sein Rechtsbeistand der Durchsicht beiwohnen darf, sind damit einhergehende gewisse zeitliche Einschränkungen und erforderlich werdende organisatorische Maßnahmen i.R.d. Sichtung durch die Strafverfolgungsbehörden hinzunehmen.

LG Kiel, Beschl. v. 18.06.2021 – 3 Qs 14/21

Aus den Gründen: I. Das *AG Kiel* hat [...] die Durchsichtung des Arbeitsplatzes des Besch. bei dem Betr. angeordnet [...], wobei u.a. Daten vom Server [und] Arbeitsplatz des Besch. [...] gesichert und zur Durchsicht an Amtsstelle mitgenommen wurden. Die erste Durchsicht der sichergestellten Daten erfolgte in Anwesenheit des Verfahrensbevollmächtigten des Betr., RA Dr. B., am 26.03.2021, die Fortsetzung am 31.03.2021. Mit Schreiben v. 09.04.2021 teilte die StA Kiel RA Dr. B. mit, dass eine weitere Teilnahme an der Durchsicht insb. aus verfahrenswirtschaftlichen Gründen nicht mehr zugelassen werde. Mit Schriftsatz v. 13.04.2021 beantragte RA Dr. B.

ggü. der StA bei dem *LG Kiel* die Anwesenheit bei der Durchsicht weiterhin zuzulassen, was diese am 16.04.2021 ablehnte. Am 26.04.2021 stellte RA Dr. B. ggü. dem *AG Kiel* einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung und gerichtliche Anordnungen, dem Vertreter der Betr. auch weiterhin seine Anwesenheit bei der Durchsicht der i.R.d. Durchsichtung vorläufig sichergestellter Daten zu gestatten. Mit Beschl. v. 10.05.2021 hat das *AG Kiel* dem Rechtsbeistand des Betr. die Anwesenheit bei der Durchsicht der vorläufig sichergestellten Datenträger gestattet. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der StA. Die StPO enthalte kein einfachgesetzliches Anwesenheitsrecht. Zudem liege auch nach den Entscheidungen des *BVerfG* kein Ausnahmefall vor, der eine Anwesenheit gebiete. Das *AG Kiel* hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

II. [...] Das *AG Kiel* hat zu Recht dem Rechtsbeistand des Betr. ein Anwesenheitsrecht bei der Durchsicht der vorläufig sichergestellten Datenträger gestattet. Ein Recht auf Anwesenheit bei der Durchsicht i.S.d. § 110 StPO ist gesetzlich nicht normiert. Mit dem Ersten Gesetz zur Modernisierung der Justiz v. 24.08.2004 (BGBl I S. 2198) wurde ein solches, das in § 110 Abs. 3 StPO a.F. geregelt war, ohne Begründung ersatzlos gestrichen. Mit der Rspr. des *BVerfG* kann es im Einzelfall zur Wahrung der Verhältnismäßigkeit geboten sein, den oder die Inhaber des jew. Datenbestands in die Prüfung der Verfahrenserheblichkeit sichergestellter Daten einzubeziehen. Konkrete, nachvollziehbare und überprüfbare Angaben v.a. Nichtverdächtiger zur Datenstruktur und zur Relevanz der jew. Daten können deren materielle Zuordnung vereinfachen und den Umfang der sicherzustellenden Daten reduzieren. Allerdings ist es von Verfassungen wegen nicht geboten, in jedem Fall eine Teilnahme an der Sichtung sichergestellter E-Mails vorzusehen. Ob eine Teilnahme bei der Durchsicht geboten ist, ist im jew. Einzelfall unter Berücksichtigung einer wirksamen Strafverfolgung einerseits und der Intensität des Datenzugriffs andererseits zu beurteilen (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 16.06.2009 – 2 BvR 902/06, Rn. 96 [= StV 2009, 617]). Die Verhältnismäßigkeit gebietet es im vorliegenden Fall, dem Rechtsbeistand des Betr. die Anwesenheit bei der Durchsicht zu gestatten. Bei ihm als nicht Besch. ist ein umfangreicher Datenbestand gesichert worden, dessen Großteil an Daten keine Relevanz für das Ermittlungsverfahren haben dürfte. Damit musste er einen erheblichen Eingriff in seine Rechte hinnehmen [...]. Es ist ohne weiteres nachvollziehbar, dass der Betr. ein erhebliches Interesse daran hat, bei der Sichtung der Daten anwesend zu sein. Das gilt um so mehr, als ausweislich des Vermerks v. 29.03.2021 deutliche Differenzen zwischen der Strafverfolgung und dem Vertreter des Betr. über die Art und Weise sowie den Umfang der Durchsicht bestehen.

Das Interesse an der Anwesenheit tritt auch nicht hinter Zwecke der Verfahrensförderung und der Prozessökonomie zurück. Gewisse zeitliche Einschränkungen und organisatorische Maßnahmen i.R.d. Sichtung aufgrund der Hinzuziehung des Rechtsbeistandes sind insoweit hinzunehmen, insb. wenn nicht ersichtlich ist, dass dies zu einer (nennenswerten) Verzögerung des Verfahrens führt. Es ist unbestritten, dass RA Dr. B. zu den vorgesehenen Durchsichtsterminen erschienen ist, ohne dass es zu einer Verlegung des Termins kommen musste [...]. Nach alledem überwiegt das Interesse an der Anwesenheit während der Durchsicht. [...]

Mitgeteilt von RA Dr. Momme Buchholz, Kiel.

Keine Aktenversendungspauschale bei Ausdruck einer elektronisch geführten Akte

OWiG § 107 Abs. 5

Ist eine Behörde technisch (noch) nicht dazu in der Lage, dem Verteidiger die bei ihr digital geführte Akte elektronisch zu übermitteln, und verschickt deshalb einen Ausdruck, kann sie gem. § 107 Abs. 5 OWiG keine Aktenversendungspauschale geltend machen.

AG Verden, Beschl. v. 05.07.2021 – 9b OWi 290/21

Mitgeteilt von RA *Jörg Wedepohl*, Bremen.

Konkretisierung der gesuchten Daten bei Beschlagnahme von Datenträgern

StPO §§ 102, 110, 98

1. Soweit zum Zeitpunkt der Antragstellung eine konkrete Bezeichnung und damit Individualisierung eines als Beweismittel gesuchten Datenträgers nach seiner Art nicht möglich ist – etwa, weil überhaupt nicht bekannt ist, auf welchem Datenträger sich die gesuchten verfahrensgegenständlichen Daten befinden – ist dieser nach seinem Inhalt entsprechend zu konkretisieren. (amtl. Leitsatz)

2. Der staatsanwaltschaftliche Antrag gibt den äußeren Rahmen für die Anordnungsbefugnis des Ermittlungsrichters verbindlich vor.

AG Offenbach, Beschl. v. 25.06.2021 – 20 Gs-1300 Js 81663/21

Aus den Gründen: Soweit zum Zeitpunkt der Antragstellung eine konkrete Bezeichnung und damit Individualisierung eines als Beweismittel gesuchten Datenträgers nach seiner Art nicht möglich ist – etwa, weil überhaupt nicht bekannt ist, auf welchem Datenträger sich die gesuchten verfahrensgegenständlichen Daten befinden – ist dieser nach seinem Inhalt entspr. zu konkretisieren. [...] Das *Gericht* verkennt hierbei nicht, dass – insb. in Fällen, in denen Beweismittel (wie z.B. elektronische Datenträger) aufgrund ihrer physischen Beschaffenheit regelmäßig nicht vor Ort eingesehen werden können, sondern einer späteren Durchsicht nach § 110 StPO oder aber IT-forensischen Auswertung bedürfen – die Durchsuchungspraxis oftmals weiter greift, als die im Beschl. benannten Sicherstellungsobjekte. Kann vor Ort nicht festgestellt werden, ob bzw. auf welchem der aufgefundenen Datenträger sich die gesuchten elektronischen Daten befinden, ist deren Sicherstellung grds. zulässig und unterliegt dem Ermessen der die Durchsuchungsanordnung vollstreckenden Polizeibeamten. Dies befreit die Ast. jedoch nicht von ihrer grds. Verpflichtung, die Gegenstände, deren Auffindung und Sicherstellung als Beweismittel sie mit der beantragten Anordnung verfolgt, in ihrem Antrag nach Art und Inhalt so genau einzugrenzen, wie es ihr nach Lage der Dinge möglich ist. [...] Voraussetzung hierfür ist aber in jedem Fall, dass der Durchsuchungsantrag die tatgegenständlichen Daten konkret benennt, was vorliegend bspw. durch Nennung eines Dateinamens, eines Hashwertes oder auch einer kurzen, ggfls. schlagwortartigen Beschreibung des tatgegenständlichen Inhalts der kinderpornographischen Bild- oder Videodateien erfolgen kann.

Die beantragte Durchsuchungsanordnung nach internetfähigen Endgeräten und Datenträgern, ohne dass diese nach ihrem Inhalt konkretisiert wären, lässt hingegen weder die Zielrichtung der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsmaßnahme erkennen, noch erlaubt sie mit der Durchsichtung befassten Polizeibeamten konkrete Rückschlüsse auf den tatsächlichen

Beweiswert i.R.d. Durchsichtung aufgefundener und vom Wortlaut der Durchsuchungsanordnung grds. umfasster und damit sicherzustellender Gegenstände.

Gleiches gilt für – im Nachgang zu einer erfolgten Durchsichtung – mit der Durchsicht und forensischen Auswertung sichergestellter Datenträger betraute Polizeibeamte bzw. hiermit von StA oder Polizei beauftragte Unternehmen. Auch diese müssen, ohne dass es zusätzlicher Instruktionen bzw. Erklärungen durch die StA oder einer gesonderten Einsichtnahme in die Ermittlungsakte bedarf, bereits auf der Grundlage des erlassenen Durchsuchungsbeschl. eindeutig erkennen können, welche der auf den sichergestellten Datenträgern gespeicherten Inhalte beweisrelevant sind. Eine wie auch immer geartete Bewertung aufgefundener Geräte und Speichermedien im Hinblick auf deren tatsächlichen Beweiswert ist jedoch ohne Kenntnis von Art und Inhalt der gesuchten Daten grds. ausgeschlossen. Dies gilt in gleichem Maße für deren Durchsicht nach § 110 StPO, zumal diese als Bestandteil der Durchsichtung nach § 102 StPO anzusehen ist (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 20.09.2018 – 2 BvR 708/18).

Ohne eine konkrete Bezeichnung der gesuchten Daten im Durchsuchungsbeschl. nach Art und Inhalt bleibt die Festlegung von Durchsuchungsziel und -umfang letztlich den mit der nachträglichen Auswertung der sichergestellten Datenträger befassten Polizeibeamten bzw. hiermit beauftragten Unternehmen auf der Grundlage eigener (d.h. von diesen aufgestellter) Kriterien vorbehalten, was den vom *BVerfG* gemachten Vorgaben widerspricht und damit grds. unzulässig ist. Umgekehrt wird dem Durchsuchungsadressaten jede Möglichkeit genommen, durch (freiwillige) Offenbarung des Geräts oder Speichermediums, auf dem sich die gesuchten verfahrensgegenständlichen Daten befinden, selbst zur Erreichung des Durchsuchungsziels beizutragen, um auf diesem Weg eine Begrenzung des Durchsuchungs- und Sicherstellungsumfangs herbei zu führen.

Dem Ermittlungsrichter ist es verwehrt, den staatsanwaltschaftlichen Antrag im Hinblick auf Art, Umfang und Inhalt der elektronischen Daten, deren Feststellung die StA begehrt, selbst festzulegen und damit in dem erforderlichen Maß zu konkretisieren. Die Ausgestaltung des exakten Durchsuchungs- und Beschlagnahmeumfangs obliegt insoweit ausschließlich der Ast., indem sie – neben dem konkreten Tatvorwurf und den Verdachtsmomenten, auf die sie diesen gründet – die Gegenstände, deren Auffindung und Beschlagnahme als Beweismittel sie mit der beantragten Anordnung verfolgt, in ihrem Antrag nach Art und Inhalt konkret benennt. Der staatsanwaltschaftliche Antrag gibt damit den äußeren Rahmen für die Anordnungsbefugnis des Ermittlungsrichters verbindlich vor. Umgekehrt ist die Anordnungskompetenz des Ermittlungsrichters darauf beschränkt, die beantragte Durchsichtung nach benannten Beweismitteln auf der Grundlage der von ihm nach § 162 Abs. 2 StPO vorzunehmenden Zulässigkeitsprüfung entweder anzuordnen oder aber ganz bzw. tlw. zurück zu weisen. Zu einer darüber hinausgehenden und damit eigenständigen Gestaltung des Ermittlungsverfahrens in Form einer selbstbestimmten Auswahl elektronischer Daten, deren Feststellung für das staatsanwaltschaftliche Ermittlungsverfahren aus Sicht des Gerichts beweisrelevant sein könnten, besteht für den Ermittlungsrichter hingegen weder Veranlassung, noch ist er hierzu befugt.

Recht der Strafverteidigung; Kosten- und Gebührenrecht

Pflichtverteidigerwechsel

StPO §§ 143a Abs. 2 Nr. 1, 44 ff.

Ein Antrag auf Wiedereinsetzung in die dreiwöchige Erklärungsfrist des § 143a Abs. 2 Nr. 1 StPO ist nicht statthaft.

BGH (Ermittlungsrichter), Beschl. v. 14.09.2020 – 2 BGs 619/20

Wirksame Berufungsbeschränkung; besondere Vollmacht

StPO §§ 302 Abs. 2, 317

1. Bei der Beschränkung der Berufung auf den Rechtsfolgenausspruch handelt es sich jedenfalls nach Ablauf der Frist aus § 317 StPO um eine Teilrücknahme des Rechtsmittels, wofür es gem. § 302 Abs. 2 StPO einer besonderen Vollmacht bedarf.

2. Wegen ihrer Unwiderruflichkeit sind strenge Anforderungen an die Eindeutigkeit einer Rücknahme- oder Verzichtserklärung zu stellen. Deshalb genügt das bloße Schweigen des Angeklagten auf die gerichtliche Feststellung der Beschränkung seiner Berufung nicht als Nachweis einer Ermächtigung des Verteidigers oder gar als Beleg einer eigenen Rücknahmeerklärung des Angeklagten in der Hauptverhandlung.

BayObLG, Beschl. v. 16.06.2021 – 206 StRR 226/21

Aus den Gründen: Die zulässige Revision hat mit der Sachrüge – zumindest vorläufig – Erfolg (§ 349 Abs. 4 StPO).

1) Die von Amts wegen vorzunehmende Prüfung der Wirksamkeit der Berufungsbeschränkung (KK-StPO/*Paul*, 8. Aufl. [2019], § 318 Rn. 1) ergibt, dass das *BerG* zu Unrecht von einer wirksamen Berufungsbeschränkung auf den Strafausspruch ausgegangen ist und damit den Umfang des zur Überprüfung stehenden Prozessgegenstands verkannt hat. Durch den Schriftsatz seines Verteidigers v. 24.11.2020 ist keine wirksame Beschränkung der Berufung auf den Rechtsfolgenausspruch erfolgt.

a) Bei der erklärten Beschränkung der Berufung auf den Rechtsfolgenausspruch handelt es sich um eine Teilrücknahme des zunächst mit Schriftsatz v. 15.07.2020 unbeschränkt eingelegten Rechtsmittels, das mit Schriftsatz v. 24.11.2020 nachträglich als Berufung bezeichnet wurde und für die der Verteidiger gem. § 302 Abs. 2 StPO einer ausdrücklichen Ermächtigung des Angekl. bedarf. Es kann offenbleiben, ob dies für das Rechtsmittel der Berufung nur dann gelten soll, wenn die Beschränkung außerhalb der Frist zur Berufungsbegründung gem. § 317 StPO erfolgt, oder in jedem Fall der nachträglichen Berufungsbeschränkung (vgl. dazu *OLG München*, Beschl. v. 14.07.2016 – 5 OLG 13 Ss 230/16, juris Rn. 5 [= StV 2017, 810]; *OLG Koblenz*, Beschl. v. 08.02.2000 – 1 Ss 5/00, juris Rn. 7). Vorliegend erfolgte die Beschränkung nämlich durch Verteidigerschriftsatz v. 24.11.2020 und damit jedenfalls außerhalb der mit Ablauf des 30.07.2020 endenden Frist zur Berufungsbegründung, nachdem das Ur-

des *AG* dem Verteidiger am 23.07.2020 zugestellt worden war (§ 317 StPO).

b) Der zum Zeitpunkt des Eingangs des Schriftsatzes v. 24.11.2020 bei Gericht als Pflichtverteidiger bestellte RA war nicht mit einer entspr. Vollmacht nach § 302 Abs. 2 StPO ausgestattet. Das Vorliegen einer »besonderen Vollmacht« für die Beschränkung der Berufung auf die Rechtsfolgen (vgl. *BGH*, Beschl. v. 13.09.2018 – 5 StR 484/18, juris) hat der Pflichtverteidiger des Angekl. nicht behauptet. Auch auf die allg. Strafprozessvollmacht, die den Verteidiger zur Rücknahme von Rechtsmitteln ermächtigt, kann insoweit nicht abgestellt werden, da diese mit der Niederlegung des Wahlmandats im Zshg. mit der Bestellung zum Pflichtverteidiger am 03.11.2020 erloschen ist (*BGH*, Beschl. v. 08.11.1990 – 4 StR 457/90, juris Rn. 2).

c) Der Nachweis der Ermächtigung kann auch noch nach Abgabe der Erklärung geführt werden (*BGH*, Beschl. v. 10.09.2009 – 4 StR 120/09, juris Rn. 5). Das Prot. der Berufungshauptverhandlung enthält insoweit allerdings nur die gerichtliche Feststellung, dass der Angekl. mit Verteidigerschriftsatz v. 15.07.2020 form- und fristgerecht Berufung eingelegt und die Berufung mit Schriftsatz v. 24.11.2020 auf den Rechtsfolgenausspruch beschränkt hat. Wegen ihrer Unwiderruflichkeit sind strenge Anforderungen an die Eindeutigkeit einer Rücknahme- oder Verzichtserklärung zu stellen. Deshalb genügt das bloße Schweigen des Angekl. auf die gerichtliche Feststellung der Beschränkung seiner Berufung nicht als Nachweis einer Ermächtigung des Verteidigers oder gar als Beleg einer eigenen Rücknahmeerklärung des Angekl. in der Hauptverhandlung (vgl. *OLG München a.a.O.* Rn. 7).

d) Der Nachweis der Ermächtigung kann ggü. dem Revisionsgericht auch dann noch im Freibeweisverfahren erbracht werden, wenn das *BerG* über die – von ihm als wirksam beschränkt behandelte – Berufung entschieden hat (*OLG München a.a.O.* Rn. 8). Vorliegend wurde der Nachweis der Ermächtigung jedoch auch nicht im Freibeweisverfahren geführt. Der frühere Pflichtverteidiger des Angekl., der zwischenzeitlich nicht mehr als RA tätig ist und seine Anwaltszulassung zurückgegeben hat, hat auf Anfrage der StA mitgeteilt, er berufe sich auf seine Verschwiegenheitspflicht als RA, die auch nach Rückgabe der Zulassung gelte. Die nunmehrige Verteidigerin des Angekl. hat mit Schriftsatz v. 17.02.2021 mitgeteilt, dass der Angekl. eine Ermächtigung gem. § 302 Abs. 2 StPO nicht erteilt habe [...]. Danach ist der Nachweis nicht zu führen, dass zum Zeitpunkt der Erklärung der Beschränkung mit Schriftsatz v. 24.11.2020 eine Ermächtigung zur Berufungsbeschränkung durch den Verteidiger vorgelegen hat.

2) Das Fehlen der Ermächtigung zur Beschränkung der Berufung auf die Rechtsfolgen durch den Verteidiger (bzw. einer eigenen Beschränkung des Angekl. in der Berufungshauptverhandlung) hat zur Folge, dass das Rechtsmittel als unbeschränkt eingelegt anzusehen ist. Mangels einer wirksamen Beschränkung war die *BerK* verpflichtet, über den Verfahrensgegenstand in vollem Umfang zu entscheiden. Das ist nicht erfolgt. [...]

Mitgeteilt von RAin *Anja Mack*, Memmingen.

Rückwirkende Pflichtverteidigerbestellung

StPO §§ 140, 141, 142 Abs. 3

1. Entscheidet das Kollegialgericht anstatt des nach § 142 Abs. 3 S. 3 StPO zuständigen Kammervorsitzenden über die Pflichtverteidigerbestellung, so ist die Entscheidung auf eine zulässige sofortige Beschwerde hin aufzuheben. Eine Zurückverweisung der Sache an den Vorsitzenden der Strafkammer ist jedoch regelmäßig nicht geboten. Das Beschwerdegericht hat vielmehr gemäß § 309 Abs. 2 StPO die in der Sache erforderliche Entscheidung selbst zu treffen [...].

2. Auch nach rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens ist einem Angeklagten rückwirkend auf den Zeitpunkt der Antragstellung ein Pflichtverteidiger zu bestellen, wenn die sachlichen Voraussetzungen für die Bestellung eines Pflichtverteidigers vorlagen und der Antrag auf Bestellung noch vor dem rechtskräftigem Abschluss des Verfahrens gestellt, aber nicht bzw. nicht vorab verbeschieden wurde [...].

3. Durch die Zurückweisung eines die Bestellung eines Pflichtverteidigers zurückweisenden Beschlusses ist der Angeklagte auch nach Eintritt der Rechtskraft eines gegen ihn ergangenen Urteils beschwert. (amtl. Leitsätze)

OLG Bamberg, Beschl. v. 29.04.2021 – 1 Ws 260/21

Anm. d. Red.: S. hierzu *Schoeller StV-S* 2021, 162 (in diesem Heft).

Analphabetismus, Betreuerbestellung und fragliche Schuldfähigkeit als Beordnungsgründe

StPO § 140 Abs. 2; StGB §§ 20, 21

Schwierigkeiten beim Lesen und Schreiben (Legasthenie, Analphabetismus), die Bestellung eines Betreuers für die Vertretung vor Behörden und die Erkrankung an einer Depression können jew. für sich genommen, jedenfalls aber im Falle ihres Zusammentreffens einen Fall der notwendigen Verteidigung gem. § 140 Abs. 2 StPO begründen.

LG Duisburg, Beschl. v. 24.06.2021 – 31 Qs 31 /21

Aus den Gründen: Die Besch. ist durch mehrere in ihrer Person liegende Gründe nicht in der Lage, alle Möglichkeiten einer sachgerechten Verteidigung zu nutzen. Jeder dieser Gründe kann bereits für sich die Beordnung eines notwendigen Verteidigers nach § 140 Abs. 2 StPO rechtfertigen. Jedenfalls aber die Gesamtschau der bei der Bf. vorliegenden Umstände begründen ihr Unvermögen zur Selbstverteidigung.

So ist ein Unvermögen zur Selbstverteidigung anzunehmen, wenn der Besch. nur eingeschränkt lesen oder schreiben kann oder an Legasthenie leidet, erst recht wenn der Besch. Analphabet ist (BeckOK-StPO/*Krawczyk*, 39. Ed. 01.01.2021, § 140 Rn. 44–47 m.w.N.). Die Bf. ist libanesische Staatsangehörige. Sie ist der deutschen Sprache nicht mächtig und zudem auch in ihrer Muttersprache Analphabetin. Die Ladung eines Dolmetschers in der Hauptverhandlung vermag diesen Mangel nicht auszugleichen.

Auch dann, wenn der Besch. unter Betreuung steht und zum Aufgabenkreis des Betreuers die Vertretung vor Behörden zählt, ist von einem Unvermögen zur Selbstverteidigung auszugehen (BeckOK-StPO/*Krawczyk* a.a.O.). Die Bf. steht unter laufender Betreuung. Zu dem Aufgabenkreis des Betreuers der Bf. gehört [...] die Vertretung vor Behörden.

Stehen die §§ 20, 21 StGB im Raum, ist zudem stets von einer notwendigen Verteidigung auszugehen (BeckOK-StPO/*Krawczyk* a.a.O.). Die Bf. hat [...] eine schwere depressive Episode mit psychotischen Phänomenen, die [...] auch zum damaligen Zeitpunkt bereits bestand, hier kodiert als F33.3G (Rezidivierende schwere depressive Episode mit psychotischen Symptomen). Zu den psychotischen Symptomen zählen Wahnideen, Halluzinationen oder ein depressiver Stupor (vgl. Nationale Versorgungsleitlinien, Unipolare Depression, herausgegeben von der Deutschen Gesellschaft für Psychiatrie und Psychotherapie, Psychosomatik und Nervenheilkunde, 2. Aufl. 2015, 2.2.1.1 Symptomatik depressiver Episoden). Depressionen können als schwere andere seelische Störung i.S.d. §§ 20, 21 StGB jedenfalls dann von Relevanz sein, wenn sich der Tatvorwurf – wie hier – auf ein echtes Unterlassungsdelikt bezieht (BeckOK-AuslR/*Hoboff*, 29. Ed. 01.04.2021, AufenthG § 95 Rn. 4) oder neben den rein depressiven Symptomen Wahnvorstellungen auftreten (BeckOK-StGB/*Eschelbach*, 49. Ed. 01.02.2021, § 20).

Mitgeteilt von RA *Jan Sürig*, Bremen.

Durchsuchung und Entkleidung des Verteidigers beim Haftbesuch

StPO § 119a Abs. 1 S. 1

1. Ein Verteidiger darf nicht ohne konkreten Anlass gezwungen werden, vor einem Haftbesuch seine Hosentaschen nach außen zu kehren und seinen Wintermantel und sein Jackett einzuschließen.

2. Eine pauschale Durchsuchungsanordnung in der Hausordnung einer JVA berechtigt nicht dazu, Rechtsanwälte und Notare anlasslos zu durchsuchen.

LG Dortmund, Beschl. v. 29.04.2021 – 33 KLS 4/21

Aus den Gründen: I. Der Ast. beabsichtigte am 04.03.2021 seinen Mandanten in dem hiesigen Strafverfahren für eine dringende Besprechung in der U-Haft [...] zu besuchen. Zunächst wurde ihm an der Pforte Einlass gewährt. Ein Bediensteter der JVA [...] begleitete ihn zu den Schließfächern. Im Beisein des Bediensteten entleerte der Ast. die Taschen seiner Bekleidung und legte die dort befindlichen Gegenstände (Schlüssel, Bargeld, Handy etc.) in das Schließfach und verschloss es. Im weiteren Verlauf [...] forderte [der Bedienstete] ihn auf, seine Hosen- und Jackentaschen von innen nach außen zu krepeln. Ein Absenden mithilfe einer Metalldetektorsonde und das Durchschreiten des Metalldetektorrahmens erfolgten nicht. Der weitere Gesprächsverlauf wird von den Beteiligten unterschiedlich beurteilt. Zumindest aber forderte der Bedienstete der JVA [...] den Ast. [...] auf, seine Winterjacke sowie sein Anzugsjackett in das Schließfach einzuschließen. Dieser Aufforderung kam der Ast., u.a. mit Hinweis auf die kalte Jahreszeit und darauf, dass er dann nur mit einem T-Shirt bekleidet in den Besprechungsraum gehen müsste, nicht nach. Der Eintritt wurde dem Ast. daraufhin nicht gewährt. Der Bedienstete begleitete den Ast. sodann zurück zur Pforte. Der Ast. versuchte von dort aus Kontakt mit dem Anstaltsleiter aufzunehmen, der jedoch in einer Besprechung war. Der Ast. verließ sodann die JVA, ohne die dringende Besprechung mit seinem Mandanten durchzuführen.

II. 1. Der Antrag nach § 119a Abs. 1 S. 1 StPO ist statthaft. Gegen einzelne Maßnahmen der StA, ihrer Ermittlungspersonen oder der JVA, die in die Rechte nach § 148 Abs. 1 StPO eingreifen, können der Gefangene und der Verteidiger die Entscheidung des Haftrichters gem. §§ 119, 119a StPO herbeiführen (vgl. *Meyer-Gößner-StPO*, § 148 Rn. 24). Eine allg.

Anordnung der JVA, die nur mit einem Antrag auf gerichtliche Entscheidung nach § 23 EGGVG angefochten werden könnte, liegt nicht vor, da der Bedienstete [...] den Ast. in einer Einzelmaßnahme aufgefordert hat, seine Hosentaschen nach außen zu kehren und überdies seinen Mantel und sein Jackett auszuziehen, bevor er seinen Mandanten besuchen durfte. Es ist nicht ersichtlich, dass die von dem Ast. angefochtene Durchsuchungsanordnung/Entkleidungsanordnung des Bediensteten der JVA [...] alle anstaltsfremden Besucher der Vollzugsanstalt betraf, ohne Rücksicht darauf, zu welchem Zweck sie diese betreten wollten.

2. Die Anordnung, [...] nach der dem Ast. der Zutritt zur JVA [...] zum Zwecke des Besuchs seines Mandanten (U-Gefangener) verweigert worden ist, respektive nur gestattet worden ist unter der Voraussetzung, dass er die Hosentaschen von innen nach außen krempelt und die Jacken (Winterjacken und Anzugsjackett) ablegt und während des Besuchs in ein Schließfach einschließt, [...] [war] rechtswidrig. Durchsuchungen des Verteidigers sind grds. unzulässig, weil sie den freien Verkehr mit dem Mandanten einschränken und den Angekl. möglicherweise in seiner Verteidigung beeinträchtigen (vgl. *Meyer-Gößner-StPO*, § 148 Rn. 12). Dennoch ist die Durchsuchung nach Waffen und anderen gefährlichen Gegenständen auch bei einem RA unter Berücksichtigung des ungehinderten Verkehrs mit dem Verteidiger aus Sicherheitsgründen zulässig.

Auch nach § 22 S. 1 UVollzG NRW i.V.m. § 26 Abs. 1 S. 2 StVollzG kann der Zutritt – auch von RAen – von ihrer Durchsuchung abhängig gemacht werden, wenn dies aus Gründen der Sicherheit der Anstalt erforderlich ist. Sofern von dem Ermessen, das die Norm vorsieht, Gebrauch gemacht werden soll, sind die Gründe dem zu Durchsuchenden darzulegen.

Ein Sicherheitsbedürfnis wurde jedoch nicht vorgetragen [...] Vielmehr wird von der JVA [...] vorgetragen, dass die Maßnahme, »die Hosentaschen von innen nach außen zu krempeln«, unter Verhältnismäßigkeitsgesichtspunkten das mildeste Mittel darstelle. Dem kann nicht beigeppflichtet werden, da das Durchschreiten des Metalldetektorrahmens oder das Absenden mit einem Metalldetektor demggü. die mildereren Mittel gewesen wären, dies insb. auch unter den derzeit bestehenden besonderen Umständen der Covid-19-Pandemie. Warum diese Maßnahme in dem vorliegenden Fall nicht in Betracht gezogen wurden, bleibt offen.

Auch die allg. Hausverfügung der JVA [...] rechtfertigt eine Durchsuchung in dem hiesigen Einzelfall nicht. Dem vorangestellt ist bereits rechtlich str., ob eine pauschale Durchsuchungsanordnung, normiert in einer Hausordnung, eine wirksame Berechtigung darstellt, alle Besucher (also auch RAe und Notare) anlasslos zu durchsuchen. Vielmehr dürfte diesbezüglich die Darlegung eines allg. Sicherheitsbedürfnisses erforderlich sein. Nach der Hausverfügung der JVA [...] ist eine anlasslose Durchsuchung aller Besucher jedoch auch nicht geregelt. Vielmehr sind alle Besucher der Anstalt, auch RAe und Notare, durch den Metalldetektorrahmen zu schicken und ggfls. körperlich zu durchsuchen, insb. dann, wenn sich beim Absenden ein Verdachtsmoment ergibt. Somit liegt die Berechtigung einer Durchsuchung ggf. dann vor, wenn sich ein Verdachtsmoment ergibt. Ein solcher ist jedoch nicht vorgetragen (s.o.). Ob in der Aufforderung, den Wintermantel und das Anzugsjackett auszuziehen und in einem Schließfach einzuschließen, eine unzulässige Entkleidung i.S.d. StVollzG

NRW vorlag, kann dahinstehen. Denn diese Aufforderung war ebenfalls rechtswidrig und auch nicht von der allg. Hausordnung gedeckt. Für die Aufforderung, das Anzugsjackett insb. zu einer kalten Jahreszeit auszuziehen und sodann in das Schließfach einzuschließen, sodass der Ast. lediglich mit einem T-Shirt bekleidet zu seinem Mandanten hätte gehen müssen, gab es keinerlei Berechtigung. Auch insoweit hätte die Möglichkeit bestanden, den Ast. – bekleidet mit dem Anzugsjackett – durch den Metalldetektorrahmen gehen zu lassen.

Verdachtsmomente, die eine Durchsuchung gerechtfertigt hätten, sind diesbezüglich nicht vorgetragen. Der Ast. war somit bereits nicht verpflichtet sein Jackett auszuziehen/durchsuchen zu lassen, sodass auch kein Anlass bestand, nachzufragen, ob er das Jackett nach erfolgter Durchsuchung zurückbekommen könne. [...]

Mitgeteilt von RA *Dr. Frank Nobis*, Iserlohn.

Pflichtverteidigerwechsel nach § 143a Abs. 2 Nr. 1 StPO; Kostenneutralität

StPO §§ 143a Abs. 2 Nr. 1, 142 Abs. 5

Bei einem Pflichtverteidigerwechsel nach § 143a Abs. 2 Nr. 1 StPO fallen die Grund- und Verfahrensgebühren für den neuen Verteidiger erneut an. Eine sog. kostenneutrale Umbeordnung ist nicht zulässig.

LG Berlin, Beschl. v. 16.07.2021 – 515 Qs 83/21

Aus den Gründen: [H]ier erfolgte die Bestellung des RA M. zum Verteidiger aufgrund eines begründeten Antrags gem. § 143a Abs. 2 Nr. 1 StPO, wonach die Bestellung eines Pflichtverteidigers aufzuheben ist und ein neuer Pflichtverteidiger zu bestellen ist, wenn der Besch., dem ein anderer als der von ihm innerhalb der nach § 142 Abs. 5 StPO bestimmten Frist bezeichnete Verteidiger beigeordnet wurde, innerhalb von drei Wochen nach Bekanntmachung der gerichtlichen Entscheidung über die Bestellung beantragt, ihm einen anderen von ihm bezeichneten Verteidiger zu bestellen, und dem kein wichtiger Grund entgegensteht. Diese Voraussetzungen liegen vor. Der inzwischen Verurt. hat bereits i.R.d. Haftbefehlsverkündung angegeben, dass er von RA M. verteidigt werden möchte. [...] Sofern die Bestellung jedoch kostenneutral erfolgt ist, ist der angefochtene Beschl. rechtswidrig und insoweit aufzuheben. [...] Denn der Verteidigerwechsel aus den in § 143a Abs. 2 StPO genannten Gründen erfolgt nicht kostenneutral. Dies ergibt sich im Umkehrschluss daraus, dass es in der Gesetzesbegründung zum neu in das Gesetz aufgenommenen § 143a Abs. 2 StPO heißt, dass ein gesetzlich nicht geregelter einverständlicher Verteidigerwechsel nach den von der Rspr. entwickelten Grundsätzen nach wie vor möglich bleibt, wenn dieser im Einverständnis des neuen Pflichtverteidigers kostenneutral – d.h. ohne, dass doppelte Grund- und Verfahrensgebühren entstehen – erfolgt (vgl. BT-Drs. 19/13829, 47). Erfolgt der Wechsel der Verteidiger hingegen aus einem der in § 143a Abs. 2 StPO genannten Gründe, fallen diese Gebühren daher doppelt an. [...]

Mitgeteilt von RA *Detlev Müllerhoff*, Berlin.

Verfahrensgebühr bei Einziehung des Wertersatzes

VV RVG Nr. 4142; StGB §§ 73 ff., 73c

1. Nach der am 01.07.2017 in Kraft getretenen Reform der strafrechtlichen Vermögensabschöpfung und der damit verbundenen Neufassung der §§ 73 ff. StGB sind vom

sachlichen Anwendungsbereich der Verfahrensgebühr alle Fälle der Einziehung nach §§ 73 ff. StGB, einschließlich der Wertersatzeinziehung nach § 73c StGB, erfasst. Es kommt nicht mehr darauf an, ob die angeordnete Einziehung Strafcharakter hat oder ob sie (auch) der Entschädigung von Tatverletzten dient.

2. Wird mit einem Strafbefehl die Einziehung von Wertersatz angeordnet und legt der Verteidiger gegen den Strafbefehl unbeschränkt Einspruch ein, entsteht dadurch auch die Gebühr nach VV RVG Nr. 4142. Da es sich um eine Verfahrensgebühr handelt, ist der Umfang der vom Rechtsanwalt erbrachten Tätigkeit für das Entstehen und die Höhe der Gebühr ohne Belang.

LG Köln, Beschl. v. 31.08.2021 – 106 Qs 14/21

Mitgeteilt von RA *Christian Kemperdick*, Köln.

Vorlage einer Vollmachtsurkunde

BRAO § 1; OWiG § 67

1. Der Vorlage einer Vollmachtsurkunde durch den Verteidiger bedarf es grundsätzlich nicht.

2. Legt der Verteidiger ein Rechtsmittel ein (hier: Einspruch gegen einen Bußgeldbescheid), spricht eine Vermutung dafür, dass der Verteidiger dazu bevollmächtigt ist. (amtl. Leitsätze)

VerfGH Rheinland-Pfalz, Beschl. v. 28.01.2021 – VGH B 71/20

Von Adhäsion bis Zeugenbeistand

Pflichtverteidigung im Adhäsionsverfahren

StPO §§ 140, 143, 404

Die Pflichtverteidigung erstreckt sich auch auf das Adhäsionsverfahren. Für die Gewährung von Prozesskostenhilfe für den Beschuldigten ist in Fällen notwendiger Verteidigung daher kein Raum.

BGH, Beschl. v. 27.07.2021 – 6 StR 307/21

Aus den Gründen: [3] 1. Die Frage, ob bei bereits bestehender Pflichtverteidigung PKH für das Adhäsionsverfahren gewährt und der Verteidiger insoweit beigeordnet wird, ist str. Während einerseits angenommen wird, die Pflichtverteidigung umfasse auch die Vertretung im Adhäsionsverfahren (vgl. *OLG Rostock*, Beschl. v. 15.06.2011 – I Ws 166/11 [= StV 2011, 656]; *OLG Köln*, Beschl. v. 29.06.2005 – 2 Ws 254/05; *OLG Hamm*, Beschl. v. 31.05.2001 – 2 [s] Sbd. 6-87/01; *OLG Schleswig*, Beschl. v. 30.07.1997 – 1 StR 114/97, NStZ 1998, 101; Meyer-Goßner/*Schmitt*-StPO, 64. Aufl. [2021], § 143 Rn. 1; KK-StPO/*Willnow*, 8. Aufl. [2019], § 140 Rn. 4; SK-StPO/*Velten*, 5. Aufl. [2020], § 404 Rn. 21; *Burhoff/Volpert*, RVG Straf- und Bußgeldsachen, 6. Aufl. [2021], Nr. 4143 VV Rn. 21; HK-RVG/*Kroiß*, 8. Aufl. [2021], RVG VV 4141 Rn. 22; *Gerold/Schmidt*-RVG, 24. Aufl. [2019], VV 4143, 4144 Rn. 5, jew. m.w.N.), wird andererseits eine gesonderte Beiordnung für erforderlich gehalten (vgl. *OLG Dresden*, Beschl. v. 27.03.2013 – 3 Ws 2/13 [= StV 2015, 276 [Ls]]; *KG*, Beschl. v. 24.06.2010 – 1 Ws 22/09; *OLG Bamberg*, Beschl. v. 22.10.2008 – 1 Ws 576/08, NStZ-RR 2009, 114; MüKo-StPO/*Grau*, 2019, § 404 Rn. 8; KMR-StPO/*von Heintschel-Heinegg/Bockemühl*, Stand 2020, § 404 Rn. 29; SSW-StPO/*Schöch*, 4. Aufl.

[2020], § 404 Rn. 19; *Schneider/Volpert/Fölsch*, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl. [2017], VV RVG Nr. 4141 – 4147 Rn. 41, jew. m.w.N.). Der *BGH* hat die Frage – soweit ersichtlich – bislang nicht entschieden (vgl. *BGH*, Beschl. v. 17.12.2013 – 2 StR 351/13).

[4] 2. Der *Senat* vertritt die Auffassung, dass die Bestellung eines Pflichtverteidigers auch die Vertretung im Adhäsionsverfahren umfasst.

[5] a) Ist die Mitwirkung eines Verteidigers notwendig i.S.v. § 140 StPO, so erstreckt sich diese Notwendigkeit auf das gesamte Verfahren (§ 143 Abs. 1 StPO), mithin auch auf die Verteidigung gegen Adhäsionsanträge (KK-StPO/*Willnow*, a.a.O.).

[6] Dies ergibt sich bereits aus der engen tatsächlichen und rechtlichen – i.d.R. untrennbaren – Verbindung zwischen der Verteidigung gegen den Tatvorwurf und der Abwehr des aus der Straftat erwachsenen vermögensrechtlichen Anspruchs des Verletzten i.S.v. § 403 StPO (vgl. *BGH*, Beschl. v. 30.03.2001 – 3 StR 25/01, *BGHR* StPO § 397a Abs. 1 Beistand 4). Die sich aus der strafprozessualen Verknüpfung von Tat und Anspruch resultierende Effizienz ist gerade Zweck des Adhäsionsverfahrens (vgl. *OLG Hamm*, Beschl. v. 31.05.2001 – 2 [s] Sbd. 6 – 87/01). Auch der Gesetzgeber ist mit der Regelung der Nr. 4143 RVG-VV davon ausgegangen, dass die das Adhäsionsverfahren betr. Gebühr ohne Weiteres dem »Pflichtverteidiger« zusteht (vgl. BT-Drs. 15/1971, 228; s. außerdem *Burhoff/Volpert*, RVG Straf- und Bußgeldsachen, 6. Aufl. [2021], Nr. 4143 VV, Rn. 21).

[7] Die in zeitlicher und sachlicher Hinsicht umfassende Wirkung der Bestellung eines Pflichtverteidigers ist überdies der durch das Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung v. 10.12.2019 (BGBl. I, 2128) neugefassten Vorschrift des § 143 Abs. 1 StPO zu entnehmen. Denn der Gesetzgeber hat die RL 2016/1919 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26.10.2016 über PKH für Verdächtige und besch. Personen in Strafverfahren (ABl. L 297 v. 04.11.2016, 1, »PKH-RL«) unter Beibehaltung des Systems der notwendigen Verteidigung in nationales Recht umgesetzt (vgl. BT-Drs. 19/13829, 2). Er hat eine Entscheidung gegen die »antragsbasierte PKH für Besch. anstelle oder neben der notwendigen Verteidigung« getroffen (vgl. BT-Drs. 19/13829, 4, 27), weil es »keine Vorteile mit sich bringen würde«. Daraus wird deutlich, dass es nach dem Willen des Gesetzgebers im Strafverfahren kein Nebeneinander von PKH und notwendiger Verteidigung geben soll.

[8] b) Die Vorschrift des § 404 Abs. 5 StPO, die die Beiordnung eines RA für den Angesch. im Adhäsionsverfahren zulässt, gebietet keine andere Wertung, denn sie bleibt zumindest für die Fälle, in denen die Voraussetzungen des § 140 StPO nicht vorliegen, von Bedeutung.

Entschädigung wegen überlanger Verfahrensdauer für den Nebenkläger; Entschädigungspauschalen

GVG § 198

1. Der Nebenkläger im Strafverfahren ist als Verfahrensbeteiligter entschädigungsberechtigt gem. § 198 Abs. 1 S. 1 GVG. Er kann aber eine Entschädigung nur für solche

Phasen geltend machen, in denen er tatsächlich am Verfahren beteiligt war.

2. Durch den in § 198 Abs. 2 Satz 4 GVG vorgesehenen Pauschalbetrag sollen Streitigkeiten über die Höhe der Entschädigung, die eine zusätzliche Belastung der Gerichte bedeuten würden, vermieden werden. Im Hinblick auf diesen Gesetzeszweck ist der Tatrichter nur bei Vorliegen besonderer Umstände gehalten, von dem normierten Pauschalsatz aus Billigkeitserwägungen abzuweichen.

3. Der Entschädigungsanspruch nach § 198 GVG ist verschuldensabhängig. Die chronische Überlastung eines Gerichts oder Wechsel bei der personellen Besetzung des Spruchkörpers vermögen Verzögerungen daher nicht zu rechtfertigen.

OLG Köln, Beschl. v. 08.02.2021 – 7 EK 5/18

Mitgeteilt von RA Dr. Martin Riemer, Brühl.

Ausschluss einer Entschädigung nach dem StrEG

StrEG § 5 Abs. 2 S. 1; StPO § 115a

Dauert eine entschädigungsfähige Strafverfolgungsmaßnahme maßgeblich aus Gründen weiter an, die nicht (mehr) auf dem grob fahrlässigen Verschulden des Beschuldigten beruhen, so kann auch ein für sich betrachtet grob fahrlässiges Verhalten des Beschuldigten aus Gründen mangelnder

Verursachung nicht zum Ausschluss der Entschädigung führen. Der Ausschluss nach § 5 Abs. 2 S. 1 StrEG entfällt daher für die Zeit, von der an die von dem Beschuldigten gesetzte Kausalität nicht mehr fortwirkt und die Maßnahme hätte aufgehoben werden müssen. Dies ist u.a. der Fall, wenn der Beschuldigte nach seiner Festnahme dem Richter des nächsten Amtsgerichts (§ 115a StPO) vorgeführt wird, dort berechtigte Einwendungen gegen den Haftbefehl vorbringt und gleichwohl zunächst zum zuständigen Gericht verschubt wird, welches dann (erst) den Haftbefehl außer Vollzug setzt.

OLG Hamm, Beschl. v. 22.04.2021 – 4 Ws 39/21

Mitgeteilt von RA Jan Lam, Bremen.

Gegenstandswerte im Strafvollzugsverfahren

StVollzG §§ 109 ff.; GKG § 52

Begehrt ein Gefangener im vollzugsrechtlichen Verfahren nach den §§ 109 ff. StrafvollzG die Verlegung in den offenen Vollzug, ist regelmäßig ein Gegenstandswert von 4.000 € zugrunde zu legen. Wird die Erweiterung von Vollzugslockerungen begehrt, ist ein Gegenstandswert von 2.000 € angemessen.

OLG Hamburg, Beschl. v. 04.03.2021 – 5 Ws 12-13/21 Vollz

Mitgeteilt von RA Christian Woldmann, Hamburg.

Digitale Akten und Kommunikation im Strafverfahren

Rechtsanwalt Thomas C. Knierim, Mainz

Mit Abschluss der 19. Legislaturperiode des Deutschen Bundestages sind die Vorgaben für das digitale Ermittlungs- und Strafverfahren erneut angepasst worden. Eine papierlose Aktenführung, Kommunikation und Verfahrensdokumentation, die bereits in vielen anderen Gerichtszweigen selbstverständlich sind,¹ bestimmen zunehmend auch den Alltag der mit Strafsachen befassten Justiz sowie der Landes- und Bundesbehörden. Ab dem 01.01.2022 wird die aktive Nutzung der elektronischen Kommunikation in Rechtsmittelverfahren verpflichtend, in allen anderen Bereichen sollen Verteidiger und Rechtsanwälte den elektronischen Rechtsverkehr nutzen. Ob aber alle Strafverfolgungsbehörden dafür gerüstet sind, ist noch fraglich. Der Beitrag konzentriert sich auf die vom Bundesgesetzgeber jüngst beschlossenen Ausweitungen und ausgewählte Gerichtsentscheidungen aus Sicht der anwaltlichen Praxis.

A. Facelift der Vorgaben zur digitalen Aktenführung und -übermittlung

I. Gesetzespaket zur Einführung der e-Akte

Die digitale Aktenführung in Strafsachen beruht auf dem monumentalen Gesetzespaket zur Einführung der elektronischen Aktenführung und der elektronischen Kommunikation vom 05.07.2017.² Darin hatten die Bundesregierung³ und der Deutsche Bundestag⁴ das Ziel ausgegeben, die Digitalisierung

1 Vgl. dazu Erfahrungsberichte für die Arbeitsgerichtsbarkeit von *Matter/Haßel* NZA 2017, 1017; *Natter/Gomm* NZA 2021, 261; für die Zivilgerichtsbarkeit: *Schindler* NJW 2020, 2943; *Biallaß* NJW 2020, 2941; internationale Entwicklungen berichten *Quarch/Hähmle* NJOZ 2020, 1281.

2 BGBl. 2017 I 2208; im Überblick hierzu *Viefhues* StraFo 2015, 187; *Kassebohm* StraFo 2017, 393; *Knierim*, in: *Knierim/Oehmichen/Beck/Geisler*, Gesamtes Strafrecht Aktuell, 2018, Kap. 19 Rn. 7.

3 Regierungsentwurf v. 17.08.2016, BT-Drs. 18/9416.

4 Beschlussempfehlung und Bericht des Ausschusses für Recht und Verbraucherschutz v. 28.04.2017, BT-Drs. 18/12203.

der gesamten innerdeutschen Justizarbeit spätestens bis zum 01.01.2026 abzuschließen.⁵ Auf der Grundlage dieser gesetzlichen Anforderungen (§§ 32 ff. StPO, §§ 110a ff. OWiG) sowie mit zwischenzeitlich bekannt gemachten bundeseinheitlichen Rechtsverordnungen sollten die Strafverfolgungsorgane auf den gleichen digitalen Stand gebracht werden, wie er in der Geschäftswelt und der bürgerlichen Gesellschaft mit der Hilfe technischer Geräte und Programme (Apps) verbreitet ist.⁶ Modernisiert wird deshalb nicht nur die (behördeninterne) Datenarchitektur, vielmehr soll ein unumkehrbarer Medienwechsel vom bisherigen (Papier-)Schriftgut im Straf- oder Bußgeldverfahren auf ein elektronisches Format rechtssicher gestaltet werden.⁷

II. StPO-Fortentwicklungsgesetz

Mit dem »Gesetz zur Fortentwicklung der Strafprozessordnung und zur Änderung weiterer Vorschriften«⁸ (»StPO-FortentwG«) sind vor allem Verordnungsermächtigungen für die Übermittlung von Dokumenten zur Strafsakte, die Umwandlung von Papier- in digitale Dokumente und die Aktenübermittlungsmöglichkeiten vereinfacht worden. Die Praxis muss sich aufgrund dieser Ergänzungen aber kaum umstellen, denn zugleich sind im notwendigen Umfang auch die Rechtsverordnungen zur Strafsaktenführung⁹ und -übermittlung,¹⁰ zur Dokumentenerstellung und -übermittlung,¹¹ zur Strafsakteneinsicht¹² und zu den Dokumentenanforderungen für den Elektronischen Rechtsverkehr¹³ angepasst worden.

III. Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs

Erweiterungen der Übermittlungswege, eine Ausweitung der Teilnehmer am elektronischen Rechtsverkehr spätestens ab dem 01.01.2026 und einige Neuerungen bei den Anforderungen an Dokumentenformate und deren sichere Übermittlung ergeben sich aus dem am 24.06.2021 vom Bundestag verabschiedeten »Gesetz zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten und zur Änderung weiterer prozessrechtlicher Vorschriften« (»ERV-AusbauG«), das den Deutschen Bundesrat erst am 17.09.2021 passiert hat.¹⁴ Auch diese Änderungen stellen sinnvolle Ergänzungen des bisherigen Systems des elektronischen Rechtsverkehrs dar.

B. Anforderungen an digitale Dokumente

I. Geeignetheit

Ein elektronisches Dokument muss für die Bearbeitung durch das Gericht geeignet sein (§ 32a Abs. 2 S. 1 StPO).¹⁵ D.h. das Dokument muss in druckbarem, kopierbarem und, soweit technisch möglich, in durchsuchbarem Format an die Strafverfolgungsbehörde übermittelt werden, die zum Empfang verpflichtet ist. Immerhin betont das ERV-AusbauG die Technikoffenheit, indem Festlegungen auf bestimmte Dokumentenformate vermieden werden. Dafür hat das BMJV aktuell den technischen Standard PDF 2.0, PDF/A-1, PDF/A-2, PDF/UA festgelegt.¹⁶

II. Eingebettete Objekte

Vorsicht ist angebracht bei Dokumenten, in denen Objekte (bspw. Scans, Bilder etc.) eingebettet sind, denn eine vollständige und ordnungsmäßige Übermittlung soll nur dann vorliegen, wenn alle Elemente wie bspw. Bilder, Schriften, Grafiken mitübermittelt werden.¹⁷

III. Fehlerfolgen

Durch Einhaltung dieser Festlegungen kann der Streit um die Folgen fehlerhafter Bezeichnungen von Dokumenten oder einer fehlenden Durchsuchbarkeit vermieden werden. Vom BAG wurde angenommen, die fehlende Durchsuchbarkeit führe zur Unwirksamkeit der Übermittlung.¹⁸ In der ordentlichen Gerichtsbarkeit haben dagegen das *LG Mannheim*¹⁹ und das *OLG Koblenz*²⁰ mit beachtlichen Gründen keine strikten Zulässigkeitshindernisse gesehen. Bei etwaigen Streitigkeiten muss auf die Heilungsmöglichkeit des § 32a Abs. 6 StPO verwiesen werden.²¹ Allzu überzogene Anforderungen werden den nutzerfreundlich gedachten Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs behindern.²²

IV. Vorlage einer Vollmacht als Bilddatei?

Die Strafjustiz hat sich bisher vor allem mit dem Vorliegen einer wirksamen Vollmacht in der Berufungshauptverhandlung auseinandergesetzt. Während das *LG Waldshut-Tiengen* angenommen hat, dass eine vom Mandanten per Mail an den Verteidiger als Scan (Bilddatei) übermittelte Vertretungsvollmacht den Anforderungen des § 32a Abs. 4 StPO nicht genügt,²³ hat der 2. Strafsenat des *OLG Karlsruhe* der Revision stattgegeben unter Hinweis darauf, dass § 32a Abs. 3 und 4 StPO nicht auf den Austausch elektronischer Dokumente oder Bilddateien zwischen dem Mandanten und Rechtsanwältin anwendbar ist. Die Vorlage einer Vollmacht als Bilddatei durch den Verteidiger in der Berufungsverhandlung genügt

5 BT-Drs. 18/12203, S. 1; dazu KK-StPO/*Graf*, 8. Aufl. 2019, § 32 Rn. 9; BeckOK-StPO/*Valerius*, 40. Ed. 01.07.2021, § 32 Rn. 1, 2; Radtke/Hohmann-StPO/*Bär*, 2011, § 32 Rn. 1.

6 *Bernhardt* NJW 2015, 2775 (2278); KK-StPO/*Graf* (Fn. 5), § 32 Rn. 3; BeckOK-StPO/*Valerius* (Fn. 5), § 32 Rn. 3; SSW-StPO/*Claus*, 4. Aufl. 2020, § 32 Rn. 1.

7 *Knierim*, in: *Knierim/Oehmichen/Beck/Geisler* (Fn. 2), Kap. 19 Rn. 2; zur Technik s.a. *Hobmann* DSRITB 2018, 857.

8 StPO-Fortentwicklungsg v. 25.06.2021, BGBl. I S. 2099, in Kraft ab 01.07.2021; vgl. auch den RegE, BT-Drs. 19/27654, S. 55 ff.

9 Verordnung über die technischen und organisatorischen Rahmenbedingungen für die elektronische Aktenführung im Strafverfahren (BStRAFtFV) v. 09.12.2019 (BGBl. I S. 2140); Bundesgerichte-Aktenführungsverordnung v. 27.03.2020 (BGBl. I S. 745); in den Bundesländern jeweils eigenständige Aktenordnungen.

10 Strafsaktenübermittlungsverordnung v. 14.04.2020 (BGBl. I S. 799); Bußgeldaktenübermittlungsverordnung v. 06.04.2020 (BGBl. I S. 765), Strafvollzugsgerichtsaktenübermittlungsverordnung v. 03.03.2020 (BGBl. I S. 410).

11 Dokumentenerstellungs- und -übermittlungsverordnung v. 28.02.2020 (BGBl. I S. 244).

12 Strafsakteneinsichtsverordnung v. 24.02.2020 (BGBl. I S. 242).

13 Elektronischer-Rechtsverkehr-Verordnung v. 24.11.2017 (BGBl. I S. 3803), i.d.F. vom 09.02.2018 (BGBl. I S. 200).

14 Vgl. auch den RegE, BT-Drs. 19/28399, Beschlussempfehlung, BT-Drs. 19/30937 und Bericht, BT-Drs. 19/31119; der Deutsche Bundesrat hat in seiner 1003. Sitzung v. 17.09.2021 beschlossen, den Vermittlungsausschuss nicht anzurufen.

15 BT-Drs. 19/28399, S. 45.

16 BMJV, Bekanntmachung zu den Rechtsverordnungen über die Führung und Übermittlung elektronischer Akten, die Erstellung und Übermittlung elektronischer Dokumente sowie die Einsichtnahme in elektronische Akten 2020 – eAeDB 2020, BAnz AT 02.10.2020 B2.

17 Darauf weist *Schindler* NJW 2020, 2943 (2944) hin.

18 BAG NZA 2020, 607 (608).

19 LG Mannheim BeckRS 2020, 22553 = MMR 2021, 177.

20 OLG Koblenz, Beschl. v. 23.11.2020 – 3 U 1442/20, BeckRS 2020, 32096.

21 *Schindler* NJW 2020, 2943 (2945) (zu § 130a Abs. 6 ZPO); vgl. zu § 41a StPO a.F. OLG Koblenz, Beschl. v. 02.02.2021 – 2 OLG 6 Ss 184/20, BeckRS 2021, 1634.

22 Vgl. RegE ERV-AusbauG, BT-Drs. 19/28399, S. 45.

23 LG Waldshut-Tiengen, Urt. v. 17.12.2020 – 7 Ns 12 Js 1170/19, BeckRS 2020, 45133 unter Berufung auf OLG Karlsruhe NSz-RR 2021, 56.

den Anforderungen an den Nachweis im Sinne von § 329 Abs. 1 StPO.²⁴

C. Digitale Dokumentenübermittlung

I. EGVP und beBPO

Ob bis zum 01.01.2022 alle Strafverfolgungsbehörden an ein Elektronisches Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP) oder ein besonderes elektronisches Behördenpostfach (beBPO) angeschlossen sind, steht bisher nicht fest.²⁵ Wann auch alle anderen mit Straf- und Bußgeldsachen befassten Strafverfolgungsbehörden, d.h. die Polizeiverwaltung, die Steuer- und Zollfahndungsämter, die für die Durchführung von Bußgeldverfahren zuständigen Ordnungsbehörden und die Vollzugsbehörden die digitale Aktenführung und den Anschluss an den elektronischen Rechtsverkehr etabliert haben werden, ist ebenfalls noch nicht auszumachen. Planungen und Pilotphasen gibt es in allen Bundesländern, gleichwohl verwenden viele dieser Behörden auch weiterhin die nicht-elektronische Kommunikation und führen Akten in Papierform. Justiznahe Institutionen, beispielsweise Bewährungshelfer, Gerichtshilfe, Jugendämter (insbesondere die Jugendgerichtshilfe) können an den elektronischen Rechtsverkehr nur angeschlossen werden, wenn sie über einen digitalen Zugang verfügen. Immerhin wird durch die Einrichtung des beBPO den Ordnungsbehörden der digitale Rechtsverkehr eröffnet, verpflichtend wird er voraussichtlich erst ab dem 01.01.2026 zu nutzen sein.

II. Qualifizierte elektronische Signatur; sicherer Übermittlungsweg

Für die digitale Dokumentenübermittlung muss ein elektronisches Dokument mit einer qualifizierten elektronischen Signatur der verantwortenden Person versehen sein oder von der verantwortenden Person signiert und auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht werden (§ 32a Abs. 3 StPO). Als sichere Übermittlungswege sind auch weiterhin die in § 32a Abs. 4 StPO vorgesehenen vier Möglichkeiten zugelassen: (1) die Übersendung per DE-Mail-Konto, (2) die Übermittlung über ein elektronisches Anwaltspostfach gem. § 31a BRAO oder ein auf gesetzlicher Grundlage errichtetes Postfach, (3) das sichere Postfach einer Behörde oder juristischen Person des öffentlichen Rechts (beBPO) oder (4) ein Übermittlungsweg, der durch Rechtsverordnung zugelassen ist (bisher nicht erfolgt). Mit Wirkung zum 01.08.2022 wird § 32a Abs. 4 Nr. 2 um das elektronische Postfach für Berufsausübungsgemeinschaften gem. § 31b BRAO n.F. erweitert.²⁶ Das ERV-AusbauG führt zudem ein elektronisches Postfach für Steuerberater und Gerichtsvollzieher und das »elektronische Bürger- und Organisationspostfach« (»eBO«) ein. Diese Möglichkeiten sollen spätestens ab dem 01.01.2026 verpflichtend genutzt werden.

III. Wahrung der Form und Frist

Wird der sichere Übermittlungsweg eingehalten, genügt zur Fristwahrung der Zugang auf dem Server des Gerichts.²⁷ Im Unterschied dazu ist aus anwaltlicher Sicht vor einer Einreichung von Rechtsmittelschriften oder von Rücknahmeerklärungen mit einfacher E-Mail an das Mail-Postfach eines Gerichts zu warnen, weil dieser Weg nicht den Anforderungen an eine sichere Übermittlung entspricht.²⁸

IV. Aktive Nutzungspflicht ab 01.01.2022

Die aktive Nutzungspflicht ab dem 01.01.2022 gem. § 32d StPO betrifft ausschließlich Verteidiger und Rechtsanwälte. Andere Verfahrensbeteiligte, insbesondere Beschuldigte, Angeklagte, Privat- oder Nebenkläger sind nicht betroffen, um den Anspruch auf rechtliches Gehör gem. Art. 103 Abs. 1 GG nicht zu verkürzen.²⁹ Angesichts der gesetzlichen Fassung von Satz 1 und Satz 2 der Vorschrift wird deutlich, dass nur die in Satz 2 genannten Schriftsätze (Berufung und ihre Begründung, die Revision, ihre Begründung und die Gegenerklärung sowie die Privatklage und die Anschlussklärung bei der Nebenklage) formwirksam elektronisch eingereicht werden müssen, alle anderen aber nicht. Insbesondere gilt der Formzwang nicht für die Vorbereitung oder die Durchführung eines Verhandlungs- oder Haftprüfungstermins. Denn diese Erklärungen – insbesondere eine Verteidigererklärung, eine schriftliche Einlassung zur Sache, Anträge zur Verfahrensleitung oder Beweisanträge – sollen auch weiterhin mündlich wie (hand-)schriftlich möglich bleiben. Auch bei anderen verbleibenden eilbedürftigen Situationen oder Spontananträgen/-erklärungen gilt der strenge Formzwang zum Schutz des Rechts auf effektive Verteidigung nicht.

D. Digitale Akteneinsicht

I. Übermittlungsweg

Die Vorgaben des § 32f StPO³⁰ sind erfreulicherweise mit Wirkung seit dem 01.07.2021³¹ durch die Möglichkeit erweitert worden, die Einsicht in die eAkte durch Übertragung des Inhalts auf einem sicheren Übermittlungsweg zu ermöglichen. Als Übermittlungsweg anerkannt werden alle in § 32a Abs. 4 StPO vorgesehenen Wege (§ 3 StrafAktEinV). Begleitend zur Übermittlung ist eine Protokolldatei im XJustiz-Nachrichtenformat »uebermittlung_schriftgutobjekte« in der Version XJustiz 3.2 ab dem 31.10.2021 zu verwenden. Der für die Übermittlung verwendete Dateiname soll den Inhalt des elektronischen Dokuments schlagwortartig umschreiben und bei der Übermittlung mehrerer elektronischer Dokumente eine logische Nummerierung enthalten.³²

II. Anspruch auf digitalen Aktenscan

In diesem Zusammenhang ist eine Entscheidung des *OLG Zweibrücken* von Bedeutung, das die Übersendung eines Aktenscans durch das Gericht an den Verteidiger auf dem elektronischen Übermittlungsweg für ausreichend, aber auch erforderlich hielt, um die Vorbereitung auf die Hauptverhandlung in einer Buß-

24 OLG Karlsruhe NStZ-RR 2021, 184 mit Hinweis auf die weiter geltenden Grundsätze des BVerfG (Kammer) NJW 2002, 3534; GmS OGB, BGHZ 144, 160.

25 Bislang sind weder das BVerfG noch die Strafverfolgungsbehörden der Länder Niedersachsen und Thüringen an den EGVP-Standard bzw. das beA angeschlossen, bei Staatsanwaltschaften besteht ein noch größerer Flickenteppich, vgl. <https://egvp.justiz.de/gerichte/index.php> (Abruf 29.09.2021).

26 Gesetz v. 07.07.2021, BGBl I S. 2363.

27 OLG Zweibrücken, Beschl. v. 07.12.2020 – 1 OWi 2 Ss Bs 165/20, BeckRS 2020, 37332; vgl. dazu allerdings auch OLG Zweibrücken, Beschl. v. 07.05.2020 – 1 OWi 2 Ss Bs 68/20, BeckRS 2020, 10324, wonach der Zugang einer Einspruchsrücknahme bei dem Gericht erst mit dem Ausdruck aus dem Postfach angenommen wurde.

28 Bspw. LG Baden-Baden, Beschl. v. 01.10.2020 – 2 Qs 105/20, BeckRS 2020, 26634.

29 BT-Drs. 18/9416, S. 51, 52.

30 Siehe dazu *Travers/Schwerdtfeger* StV 2021, 750.

31 StPO-ForentwG v. 25.06.2021 (BGBl. I S. 2099), vgl. dazu auch die Erweiterung der technischen Vorgaben in der Strafakteneinsichtsverordnung (StrafAktEinV).

32 § 2 Abs. 2 ERVV.

geldsache zu ermöglichen.³³ Es kann danach eine Behinderung der Verteidigung (§ 338 Nr. 8 StPO) darstellen, wenn zwar formal auf § 32f Abs. 3 StPO i.V.m. § 110c OWiG abgestellt wird, im Ergebnis aber dadurch dem Verteidiger die Vorbereitung auf die Hauptverhandlung unmöglich gemacht wird.

III. Digitale Akteneinsicht für Beschuldigte und Verletzte

Ein digitales Einsichtsformat für natürliche Personen, die nicht professionelle Verfahrensbeteiligte sind, gleichwohl aber ein Recht auf Einsicht in die Akten haben, d.h. sowohl Beschuldigte gem. § 147 Abs. 4 StPO als auch Verletzte gem. § 406e Abs. 3 StPO, fehlt bisher. Durch das eBO kann in Zukunft möglicherweise Abhilfe geschaffen werden, allerdings ist es keineswegs zwingend, dass alle Adressaten des Strafverfahrens in Zukunft über solche Übermittlungswege verfügen. Auf absehbare Zeit bleibt es daher weiterhin entweder bei der Übermittlung per Post oder der Einsichtsgewährung bei der Behörde (§ 32f Abs. 1 S. 2 und 4 StPO). Wenn staatlicher Zwang (bspw. Wegnahme der technischen Geräte, die für eine Akteneinsicht genutzt werden könnten) zu einer faktischen Zugangssperre führt, oder während eines Haftvollzugs die Nutzung elektronischer Geräte verweigert werden kann, sind bisher keine rechtlichen Möglichkeiten geschaffen worden, um das Akteneinsichtsrecht durchsetzen zu können.³⁴ Die damit einhergehende Einschränkung einer selbstbestimmten Vorbereitung der Verteidigung des Beschuldigten (Art. 6 Abs. 3 lit. b EMRK) oder eines Austauschs mit einem Verteidiger (Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK) sind schwerwiegend. Die Praxis behilft sich zwar damit, dass ein (Pflicht-)Verteidiger eine Papierkopie der Akte in die Haftanstalt übersenden darf. Ein solcher Ausschluss des Beschuldigten von elektronischen Lese- und Bearbeitungsmöglichkeiten entspricht aber nicht dem Gebot der Waffengleichheit (Art. 6 Abs. 1 EMRK) im Verfahren.

IV. Anforderungen des Datenschutzrechts

Weitere Anforderungen an den Umgang mit der Akteneinsicht können sich durch den Datenschutz ergeben.³⁵ Wie § 500 StPO deutlich macht, gehen die für das Strafverfahren festzulegenden Rahmenbedingungen dem allgemeinen Datenschutzrecht zwar vor, verdrängen aber keineswegs die allgemeineren Normen. Sind multiple Zwecksetzungen nicht ausgeschlossen, dann rich-

ten sich die für andere Zwecke als die Strafverfolgung einzuhaltenden Anforderungen an die Zutritts-, Zugangs-, Zugriffs-, Weitergabe-, Eingabe-, Auftrags- und Verfügbarkeitskontrolle nach dem allgemeinen Datenschutzrecht.³⁶ So können bei einer digitalen Akteneinsicht (Datenübermittlung durch öffentliche Stellen an nichtöffentliche Stellen) gem. § 25 Abs. 2 BDSG n.F. in Verwaltungsakten höchstpersönliche Inhalte von Akten, bspw. ein Jugendgerichtshilfebericht gem. § 38 JGG, von der Akteneinsicht ausgeschlossen werden.³⁷ Das ist im Jugendstrafverfahren für Verteidiger und Beistände gem. §§ 147, 32f StPO hingegen nicht ohne weiteres möglich.

E. Ausblick

Einen allgemein gültigen Anwendungs-Leitfaden für den Umgang mit digitalen Akten und dem elektronischen Rechtsverkehr mit Strafverfolgungsbehörden sucht man vergeblich. Eine Konzentration auf die §§ 32 ff. StPO, sinnvoll erweitert durch StPO-FortentwG und ERV-AusbauG, ist aber uneingeschränkt zu begrüßen. Die Praxis »gewöhnt« sich an die Nutzung des elektronischen Rechtsverkehrs, Rechtsanwälte und Verteidiger stoßen aber aufgrund der noch nicht vollständig hergestellten Erreichbarkeit aller Strafverfolgungsbehörden auf Unsicherheiten bei der aktiven Nutzung des elektronischen Rechtsverkehrs ab dem 01.01.2022. Außerdem ist die Verbesserung des Zugangs des einzelnen Beschuldigten oder des Verletzten zum elektronischen Rechtsverkehr und zur digitalen Akte dringend anzumahnen.

33 OLG Zweibrücken, Beschl. v. 10.07.2020 – 1 OWi 2 SsBs 51/20, BeckRS 2020, 16186.

34 Die besondere Situation der strafprozessualen Zwangseingriffe betont *von Stetten* ZRP 2015, 138.

35 Durch das Gesetz v. 17.12.2018 (BGBl. I S. 2571), in Kraft seit 21.12.2018; durch Gesetz v. 21.06.2019 (BGBl. I S. 846), in Kraft seit 01.11.2019; durch Gesetz v. 25.06.2021 (BGBl. I S. 2099), in Kraft seit 01.07.2021.

36 BT-Drs. 18/12203, S. 73 noch mit Bezugnahme auf § 9 BDSG a.F. vor Inkrafttreten der Neufassung des BDSG v. 30.06.2017 am 25.05.2018 durch das Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 (= Datenschutz-Grundverordnung, DS-GVO) und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680, BGBl. 2017 I 2097; s.a. das Zweite Gesetz zur Anpassung des Datenschutzrechts an die Verordnung (EU) 2016/679 und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2016/680 (2.DSAnpUG-EU) v. 20.11.2019 (BGBl. 2019 I 1626), in Kraft seit 26.11.2019.

37 BT-Drs. 18/9416, S. 43.

Nachträgliche Pflichtverteidigerbeordnung: Essential Legal Aid oder Mission Impossible?

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Strafrecht Dr. Sven Schoeller, Kassel

Die Zeit nach der Umsetzung der sog. Legal-Aid-Richtlinie EU 2016/1919¹ durch das Gesetz zur Neuregelung der notwendigen Verteidigung vom 10.12.2019² hat in der Rechtsprechungspraxis Bewegung in die Frage der Zulässigkeit nachträglicher Pflichtverteidigerbe-

ordnungen gebracht. Eine nunmehr auch auf obergerichtlicher Ebene im Vordringen befindliche Rechtsmei-

1 ABl. EU L 297 v. 04.11.2016, S. 1; im Folgenden: Legal-Aid-Richtlinie.

2 BGBl. I 2019, 2128.

nung bricht mit dem bisher vertretenen Grundsatz, die rückwirkende Beordnung von Pflichtverteidigern nach rechtskräftigem Verfahrensabschluss sei auf etwas Unmögliches gerichtet und daher unzulässig. Stattdessen erfordere die in der Richtlinie gebotene Gewährleistung der finanziellen Grundlagen der Strafverteidigung eine Gleichstellung der Pflichtverteidigung mit dem Prozesskostenhilferecht, welches in vergleichbaren Fällen die rückwirkende Prozesskostenhilfebewilligung erlaube.

A. Meinungsbild zur Zulässigkeit der nachträglichen Beordnung

Vor der Umsetzung der Legal-Aid-Richtlinie war nach herrschender Rechtsprechung die rückwirkende Beordnung eines Pflichtverteidigers nach Abschluss des Verfahrens grundsätzlich unzulässig.³ Dies wurde mit dem Zweck der notwendigen Verteidigung begründet. Dieser sei darauf gerichtet, im öffentlichen Interesse dafür zu sorgen, dass ein Beschuldigter in schwerwiegenden Fällen rechtskundigen Beistand erhalte und der ordnungsgemäße Verfahrensablauf gesichert sei.⁴ Die Beordnung eines Pflichtverteidigers diene demgegenüber nicht dem Kosteninteresse des Beschuldigten oder dem Gebühreninteresse des Verteidigers.⁵ Da nach dem Verfahrensabschluss eine dem Zweck der Beistandsleistung und Verfahrenssicherung dienliche Tätigkeit des Verteidigers ausgeschlossen sei, sei eine nachträgliche Beordnung auf etwas Unmögliches gerichtet und komme nicht in Betracht.⁶ Von dieser grundsätzlichen Linie der Rechtsprechung wichen bereits in der Zeit vor der Implementierung der Legal-Aid-Richtlinie Gerichte in Einzelfällen ab, wenn die Voraussetzungen der Bestellung im Antragszeitpunkt vorgelegen haben und die Beordnung aus »gerichtsinternen Gründen« unterblieben war.⁷ Hierbei handelte es sich bei Licht besehen im Wesentlichen um Billigkeitsentscheidungen ohne dogmatisches Begründungsfundament. In seltenen Ausnahmen wurden der Pflichtverteidigung bereits seinerzeit Prozesskostenhilfeszwecke unterlegt, indem etwa darauf verwiesen wurde, die Pflichtverteidigung erfülle auch den Zweck, dass der Beschuldigte sich darauf verlassen können solle, am Ende nicht die Verteidigungskosten tragen zu müssen,⁸ oder bei der Pflichtverteidigung handle es sich um eine »Sozialregelung für mittellose Beschuldigte«, denen sie eine gewisse finanzielle Sicherheit verschaffen solle.⁹

Seit Umsetzung der Legal-Aid-Richtlinie ist Bewegung in die Rechtsprechung gekommen, die zu einer Aufspaltung der Gerichte in zwei Lager führt.

I. Rechtsprechung pro nachträgliche Beordnung

Eine zunehmende Anzahl von Gerichten hält die nachträgliche Beordnung von Pflichtverteidigern unter Verweis auf die mit der Legal-Aid-Richtlinie verbundenen Gewährleistungen für zulässig.¹⁰ So hat das *OLG Nürnberg*¹¹ in einem strafvollstreckungsrechtlichen Fall, in dem der Verurteilte gegen den Beschluss zur Ablehnung der beantragten Pflichtverteidigerbestellung sofortige Beschwerde eingelegt hat und das der beantragten Verteidigerbestellung zu Grunde liegende Verfahren (Widerruf der Bewährung) während jenes Beschwerdeverfahrens beendet wurde, die rückwirkende Beordnung des Pflichtverteidigers für zulässig erachtet mit der Begründung, Art. 4 der Legal-Aid-Richtlinie habe nicht nur die Sicherung der tatsächlichen Verteidigung des Beschuldigten im Sinn, sondern auch die Bezahlung des Rechtsbeistands. Die effektive Absicherung und Unterstützung der Verfahrensbeteiligten werde

aber unterlaufen, wenn eine Pflichtverteidigerbestellung nur deswegen versagt werden könne, weil eine Entscheidung hierüber verzögert getroffen wurde.¹² Es sei auch mit der Intention des Gesetzgebers nach Unverzüglichkeit der Beordnung nicht vereinbar, wenn der Bedarf für die Pflichtverteidigerbestellung allein deshalb als erledigt angesehen werde, weil mit der Bestellungsentscheidung zu lange zugewartet wurde.¹³ Dieser Rechtsprechung ist auch das *OLG Bamberg*¹⁴ beigetreten, wobei es eine Einschränkung der rückwirkenden Beordnung auf solche Fälle, in denen die Bestellungsentscheidung verzögert werde, nicht für erforderlich hält. Dem entschiedenen Fall lag zu Grunde, dass sich ein Verteidiger in einem Berufungsverfahren mit dem Antrag auf Bestellung zum Pflichtverteidiger gemeldet hatte und die Staatsanwaltschaft zwei Tage später durch Rücknahme der Berufung die Rechtskraft des Verfahrens herbeiführte, bevor über den Beordnungsantrag entschieden wurde. Das *OLG Bamberg* ergänzt die zu Grunde liegende Argumentation für die Zulässigkeit der rückwirkenden Bestellung mit dem Argument, dass die Befürchtung nicht fern liege, der bis zur Bestellung als Wahlverteidiger tätige Verteidiger werde möglicherweise nicht in gleichem Maße für seinen Mandanten tätig, solange er besorgen müsse, letztlich keine Vergütung zu erhalten.¹⁵ Die Möglichkeit der rückwirkenden Beordnung sei ein Instrument, um auch nur dem Verdacht eines solchen Verhaltens entgegenzuwirken.¹⁶ Außerdem sei nicht ersichtlich, weshalb für die rückwirkende Bestellung eines Pflichtverteidigers etwas anderes gelten solle als bei rückwirkender Bewilligung von Prozesskostenhilfe, die in einschlägigen Fällen auch zulässig sei.¹⁷

II. Rechtsprechung contra nachträgliche Beordnung

Andere Oberlandesgerichte¹⁸ und Landgerichte¹⁹ halten demgegenüber auch nach Umsetzung der Legal-Aid-Richtlinie

3 BGH NStZ-RR 2009, 348 = StV 2011, 645; StV 1997, 238; KG StraFo 2006, 200 = StV 2007, 372; OLG Köln NStZ-RR 2011, 325; OLG Hamm NStZ-RR 2009, 113; OLG Düsseldorf StraFo 2003, 94.

4 OLG Hamm NStZ-RR 2009, 113.

5 BGH StV 1997, 238; OLG Hamm NStZ-RR 2009, 113.

6 KG StraFo 2006, 200 = StV 2007, 372; OLG Hamm NStZ-RR 2009, 113.

7 OLG Koblenz StV 1995, 537; LG Potsdam StV 2005, 83; LG Berlin StV 2005, 83; LG Bremen StV 2004, 126.

8 In der Begründung angesichts der Zugehörigkeit der Pflichtverteidigerkosten zu den im Verurteilungsfall zu tragenden Kosten gem. § 464a StPO so nicht haltbar: OLG Koblenz StV 1995, 538.

9 LG Schweinfurt StraFo 2006, 25.

10 OLG Bamberg StV-S 2021, 153 (Ls, in diesem Heft) = BeckRS 2021, 14711; OLG Nürnberg StV 2021, 153; LG Hamburg NStZ-RR 2021, 216; LG Erfurt, Beschl. v. 11.11.2020 – 7 Qs 199/20, juris; LG Bochum NStZ-RR 2020, 352 = StV 2021, 162 (Ls); LG Bremen StV 2021, 162; LG Frankenthal, Beschl. v. 16.06.2020 – 7 Qs 114/20, juris; LG Hechingen, Beschl. v. 20.05.2020 – 3 Qs 35/20, juris; LG Detmold, Beschl. v. 05.05.2020 – 23 Qs 22 Js 258/20 – 31/20, juris; LG Aurich, Beschl. v. 05.05.2020 – 12 Qs 78/20, juris; LG Bonn, Beschl. v. 28.04.2020 – 21 Qs – 225 Js 2164/19-25/20, BeckRS 2020, 7166; LG Mannheim, Beschl. v. 26.03.2020 – 7 Qs 11/20, juris; LG Wiesbaden, Beschl. v. 04.03.2020 – 1 Qs 8/20, juris; LG Magdeburg, Beschl. v. 20.02.2020 – 29 Qs 2/20, juris = StV 2021, 165 (Ls).

11 OLG Nürnberg StV 2021, 153 (Tz. 26 bei juris).

12 OLG Nürnberg StV 2021, 153; in diese Richtung auch: Meyer-Goßner/*Schmitt*-StPO, 64. Aufl. 2021, § 142 Rn. 20.

13 OLG Nürnberg StV 2021, 153 (Tz. 28 bei juris).

14 OLG Bamberg StV-S 2021, 153 (in diesem Heft).

15 OLG Bamberg StV-S 2021, 153 (Tz. 16 bei BeckRS 2021, 14711).

16 OLG Bamberg StV-S 2021, 153 (Tz. 16 bei BeckRS 2021, 14711).

17 OLG Bamberg StV-S 2021, 153 (Tz. 17 f. bei BeckRS 2021, 14711).

18 OLG Hamburg, Beschl. v. 16.09.2020 – 2 Ws 112/20, juris; OLG Bremen NStZ 2021, 253; KG, Beschl. v. 09.04.2020 – 2 Ws 30-31/20, juris = StV 2021, 228 (Ls).

19 LG Düsseldorf, Beschl. v. 17.02.2021 – 12 Qs 9/21, BeckRS 2021, 9683; LG Bad Kreuznach, Beschl. v. 12.08.2020 – 2 Qs 93/20, juris; LG Münster, Beschl. v. 19.12.2019 – 8 Qs – 72 Js 8030/19 – 60/19, juris.

daran fest, dass eine rückwirkende Verteidigerbestellung ausgeschlossen sei, wofür das bekannte Argument angeführt wird, die Bestellung eines Pflichtverteidigers sei darauf gerichtet, dem Beschuldigten rechtskundigen Beistand zu sichern und einen ordnungsgemäßen Verfahrensablauf zu gewährleisten. Diese Zwecke seien jedoch nach Verfahrensabschluss durch Tätigkeitsentfaltung des Verteidigers nicht mehr beeinflussbar, weshalb der Zweck des Rechtsinstituts der notwendigen Verteidigung eine nachträgliche Beordnung ausschließe.²⁰

B. Mandatssituation bei nachträglicher Pflichtverteidigerbeordnung

Um die Problematik der nachträglichen Beordnung von Pflichtverteidigern vollständig zu erfassen, ist es erforderlich, einen genauen Blick auf die Mandatssituationen zu werfen, die einer nachträglichen Pflichtverteidigerbeordnung vorausgehen. Hierbei ist zunächst festzustellen, dass zum Zeitpunkt der Antragstellung auf Beordnung zum Pflichtverteidiger in diesen Fällen jeweils ein Wahlverteidigungsverhältnis bestanden hat. Denn die nachträgliche Beordnung wäre ohne jeden Sinn, würde sie beantragt werden, ohne dass zuvor Tätigkeiten durch einen Verteidiger entfaltet worden wären, die Gebührentatbestände ausgelöst haben. Primär – und daran knüpft schließlich ein Teil der Kritik an – dient die nachträgliche Beordnung eben dazu, dem Verteidiger eine sichere Liquidationsgrundlage für diejenigen Gebühren zu verschaffen, die er zu einem Zeitpunkt verdient hat, als er noch Wahlverteidiger gewesen ist. Der Antrag auf Beordnung erfolgt in den zu diskutierenden Fällen aus einem laufenden Wahlverteidigungsmandat heraus und bleibt bis zum Abschluss des dem Verteidigungsmandat zu Grunde liegenden Strafverfahrens oder Verfahrensabschnitts unbeschieden. Hinsichtlich des Schicksals des Wahlverteidigungsmandats sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden:

I. Beendigung des Wahlverteidigungsmandats vor der Pflichtverteidigerbestellung

Der Verteidiger kann mit dem Antrag auf Bestellung zum Pflichtverteidiger die Erklärung abgeben, dass er sein Wahlverteidigungsmandat mit sofortiger Wirkung niederlege. In diesem Fall wäre der Mandant ab dem Zeitpunkt der Mandatsniederlegung unverteidigt – und er bliebe auch unverteidigt bis zum Verfahrensabschluss, da die begehrte Pflichtverteidigerbeordnung nicht erfolgt. Eine solche ausdrückliche Mandatsniederlegung mit sofortiger Wirkung hätte den Vorteil, dass das Gericht nunmehr gezwungen wäre, die Pflichtverteidigerbestellung unverzüglich vorzunehmen, weil der Beschuldigte unverteidigt ist. Dies würde im Idealfall verhindern, dass die begehrte Beordnung unterlassen wird. Dennoch werden solche sofort wirksamen Mandatsniederlegungen in der Praxis gemieden. Vielmehr geht das Interesse der Beschuldigten und der Verteidiger dahin, keine Lücken im Verteidigungsschutz im Zeitraum zwischen einer sofort wirksamen Mandatsniederlegung und der begehrten Bestellung zum Pflichtverteidiger entstehen zu lassen. Daher wird regelmäßig durch den Wahlverteidiger schlicht der Antrag gestellt, zum Pflichtverteidiger beigeordnet zu werden, ohne eine ausdrückliche Mandatsniederlegung zu erklären, oder es wird die Mandatsniederlegung für den Fall der beantragten Pflichtbeordnung erklärt. Wie derlei Erklärungen auszulegen sind, wird uneinheitlich gesehen. Teilweise wird der ohne ausdrückliche Mandatsnieder-

legung aus einem Wahlverteidigungsmandat heraus gestellte Antrag auf Beordnung zum Pflichtverteidiger als konkludente Mandatsniederlegung im Zeitpunkt der Antragstellung gesehen.²¹ Dies würde zu dem obigen Ergebnis führen, dass ab Antragstellung zur Pflichtverteidigerbeordnung kein Verteidigungsverhältnis mehr bestünde.

II. Mandatsbeendigung mit der Pflichtverteidigerbestellung

Nach anderweitiger Ansicht²² werden Erklärungen des Wahlverteidigers auf Bestellung zum Pflichtverteidiger ggf. mit Zusatz der Mandatsniederlegung für den Fall der Beordnung so ausgelegt, dass das Wahlverteidigungsmandat mit der Bestellung zum Pflichtverteidiger beendet werden solle. Dass die einseitige Erklärung, das Wahlverteidigungsmandat sei niedergelegt im Fall oder sobald oder wenn die Bestellung zum Pflichtverteidiger erfolge, ein Wahlverteidigungsmandat wirksam beenden kann, wird zu Recht angezweifelt.²³ Denn eine Mandatsniederlegung ist eine einseitige, rechtsgestaltende Erklärung, die – wie eine Prozessklärung – grundsätzlich bedingungsfeindlich ist.²⁴ Die ausdrückliche oder konkludente Erklärung, das Wahlverteidigungsmandat mit der Beordnung niederzulegen, ist eine bedingte Gestaltungserklärung, weil die Beordnung ein zukünftiges ungewisses Ereignis ist. Hinzu kommt generell, dass die Mandatsniederlegungserklärung eine Erklärung im Vertragsverhältnis des Wahlverteidigers zum Mandanten ist. Dem Gericht gegenüber wird die Mandatsniederlegung lediglich angezeigt. Eine wirksame Beendigung des Mandatsverhältnisses erfordert aber nach allgemeinen zivilrechtlichen Regeln den Zugang der Erklärung bei dem Mandanten. In der Regel dürfte der Antrag auf Bestellung zum Pflichtverteidiger allerdings im Einvernehmen mit dem Mandanten erfolgen. Liegt ein solches Einvernehmen vor, dürfte dies als übereinstimmende beidseitige Erklärung von Mandant und Wahlverteidiger anzusehen sein, das Wahlverteidigungsmandat solle mit der Beordnung zum Pflichtverteidiger beendet sein. Die Bedingtheit tangiert in diesem Fall die Wirksamkeit der Mandatsbeendigung nicht, weil die Mandatsbeendigung durch übereinstimmende Willenserklärung der am Mandatsverhältnis beteiligten Parteien erfolgt und nicht durch einseitige Gestaltungserklärung. In diesem Fall ist das Wahlverteidigungsmandat zeitgleich mit der Bestellung zum Pflichtverteidiger beendet. Es liegt daher nahe, Erklärungen des Verteidigers gegenüber dem Gericht, dass das Mandat für den Fall der Pflichtverteidigerbeordnung niedergelegt werde, lediglich als Mitteilung anzusehen, dass das Wahlverteidigungsmandat (aufgrund Einvernehmens zwischen Mandant und Verteidiger) mit der Bestellung zum Pflichtverteidiger beendet werde.²⁵

III. Pflichtverteidigerbestellung ohne (wirksame) Beendigung des Wahlverteidigungsmandats

In der Praxis dürften indessen aber auch solche Fälle vorkommen, in denen der Verteidiger aus einem laufenden Wahlvertei-

20 So auch *Gräbener* jurisPR-StrafR 8/2021 Anm. 3.

21 KG NSStZ 2012, 175 (Tz. 7 bei juris) = StV 2013, 9 (Ls).

22 OLG München wistra 1992, 237.

23 BVerwG (2. Wehrdienstsenat), Beschl. v. 05.10.2016 – 2 WDB 1/16 Tz. 12, juris.

24 Vgl. BGHZ 32, 375 (Tz. 16 bei juris).

25 Vgl. Meyer-Goßner/*Schmitt*-StPO (Fn. 12), § 141 Rn. 4.

digungsverhältnis heraus ohne Absprache mit dem Mandanten und möglicherweise ohne dessen Kenntnis aus Gebührensicherungsinteresse beantragt, zum Pflichtverteidiger bestellt zu werden. Rückfragen des zuständigen Richters bei dem Beschuldigten, ob er damit einverstanden sei, dürften in solchen Fällen eher selten sein. Wird der Verteidiger in diesem Fall bestellt und unterlässt er seinerseits die unbedingte Mandatsniederlegungserklärung gegenüber dem Mandanten, ist es zu einer Pflichtverteidigerbestellung trotz bestehendem Wahlverteidigungsmandat gekommen. Die Pflichtverteidigerbestellung widerspricht zwar § 141 Abs. 1 S. 1 StPO, der mindestens voraussetzt, dass das Wahlverteidigungsmandat gleichzeitig mit der Bestellung zum Pflichtverteidiger beendet wird. Die Bestellung ist daher rechtswidrig; ihre Wirksamkeit tangiert dies jedoch nicht. Dies muss aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit schon deshalb gelten, weil die Mandatsbeendigung ein interner und letztlich für das Gericht nicht einsehbarer Vorgang ist. Der Beschluss zur Pflichtverteidigerbestellung bewirkt andererseits auch nicht automatisch die Beendigung des Wahlverteidigungsmandats, da dies allein von vertraglich wirksamer einseitiger oder übereinstimmender Rechtsgestaltung der an dem Mandatsverhältnis beteiligten Parteien abhängt.

IV. Folgen für die Diskussion zur nachträglichen Pflichtverteidigerbeordnung

Für den hier diskutierten Gegenstand ist zunächst die Erkenntnis wichtig, dass die Frage nach der Zulässigkeit der nachträglichen Beordnung ausnahmslos solche Konstellationen betrifft, in denen der Beschuldigte jedenfalls zum Zeitpunkt des Antrags auf Pflichtverteidigerbestellung durch einen Wahlverteidiger verteidigt wird und gerade nicht verteidigerlos ist. Eben dieses wird neben dem Argument, die nachträgliche Pflichtverteidigung nach Abschluss des Strafverfahrens sei auf etwas Unmögliches gerichtet, gegen die Möglichkeit nachträglicher Beordnung ins Feld geführt: Eine (nachträgliche) Beordnung würde auch aufgrund der Legal-Aid-Richtlinie nicht erforderlich, weil diese lediglich für mittellose Personen den Zugang zum Rechtsbeistand ermöglichen wolle.²⁶ Dieser Zweck sei in den genannten Fällen aber bereits gegenstandslos, weil die Beschuldigten einen Wahlverteidiger hätten und somit dem Richtlinienzweck genüge getan sei.²⁷ Der dagegen erhobene Einwand, (Wahl-)Verteidiger würden möglicherweise mangels bestehender Gebührensicherung nicht im selben Maße tätig werden,²⁸ ist sicherlich ein schwaches Argument, da es Wahlverteidigern vertragswidriges Verhalten unterstellt. Die Ansicht, die nachträgliche Beordnung müsse zulässig sein, um den bösen Anschein zu vermeiden, Wahlverteidiger könnten ihre Pflichten aus dem Mandatsverhältnis stiefmütterlich behandeln, da die Gebühren ungesichert seien, versucht die nachträgliche Beordnung mit einer für den Berufsstand der Strafverteidiger abträglichen Annahme zu legitimieren. Betrachtet man Fälle wie denjenigen, der dem Beschluss des *OLG Nürnberg*²⁹ zu Grunde liegt, in dem ein Wahlverteidiger offenbar ohne hinreichende Gebührensicherung aufgrund der Verschleppung der Beordnungsentscheidung durch das *Gericht* für den Mandanten eine Beschwerde in einem strafvollstreckungsrechtlichen Verfahren einlegte und begründete, um sodann noch ein weiteres Beschwerdeverfahren gegen den die Pflichtverteidigerbeordnung ablehnenden Beschluss führen zu müssen, stets in der Ungewissheit, für all jenes jemals einen Cent Gebühren zu sehen, mutet der geäußerte Generalverdacht, Verteidiger könnten bei ungesicherter Gebührenlage ihr Engagement für den Mandanten verkürzen, eigenwillig bis zynisch an.

Dieses Argument ist daher weder zielführend noch erforderlich. Auch das anklingende Argument, die nachträgliche Beordnung sei zulässig, weil ihre Zulässigkeit geeignet sei, dazu beizutragen, dass der Gesetzesbefehl zur Unverzüglichkeit der Beordnung beachtet werde,³⁰ ist am Ergebnis orientiert und weniger systematisch fundiert. Es mag ein wünschenswerter Effekt sein, wenn die Akzeptanz der Zulässigkeit nachträglicher Beordnung zur Beachtung der Erforderlichkeit unverzüglicher Beordnung beiträgt und somit gewissermaßen eine Disziplinierungsfunktion entfaltet. Ein systematisches Begründungsfundament für die Zulässigkeit nachträglicher Beordnung liefert dies jedoch kaum. Vielmehr ist für die Rechtfertigung der Zulässigkeit der nachträglichen Beordnung in den Blick zu nehmen, dass die Pflichtverteidigung einen Prozesskostenhilfzweck erfüllt, der nicht nur rechtspraktische Realität ist, sondern vielmehr auch rechtlich anerkannt ist.

C. Die rechtlich anerkannten Zwecke der Pflichtverteidigung

Die auseinanderdriftenden Rechtsansichten zur Zulässigkeit der nachträglichen Beordnung von Pflichtverteidigern sind ein Symptom eines tieferliegenden Leidens, das das Rechtsinstitut der notwendigen Verteidigung seit jeher begleitet. Die notwendige Verteidigung ist nämlich in ihrer Persönlichkeit gespalten. Sie hat ein dogmatisches und ein rechtspraktisches Gesicht. Dogmatisch dient sie nach ihrer ursprünglichen Anlage dazu, im öffentlichen Interesse dem Beschuldigten rechtskundigen Beistand zu sichern und ein ordnungsgemäßes Verfahren zu gewährleisten. Rechtspraktisch fungiert sie als Vehikel, um mittellosen Beschuldigten die Konsultation eines Verteidigers zu ermöglichen, was ihnen ansonsten mangels finanzieller Mittel verwehrt wäre. Sie ist ein funktionelles Äquivalent zu der im deutschen Recht nicht vorhandenen Prozesskostenhilfe für Beschuldigte in Strafverfahren.³¹

Die Frage der Zulässigkeit nachträglicher Beordnung steht und fällt mit der Frage, welchen legitimen Zwecken die Pflichtverteidigung dient.

Beschränkt sich der legitime Zweck der notwendigen Verteidigung auf diejenigen Funktionen, die seit der Schaffung dieses Rechtsinstituts im Jahre 1877 angelegt waren,³² also auf Beistandsicherung in schwerwiegenden Fällen und Gewährleistung eines ordnungsgemäßen Verfahrens, so ist für die nachträgliche Beordnung kein Raum. Dies stellen die Befürworter dieser Ansicht mit dogmatischer Stringenz fest.

Diese Sichtweise greift jedoch zu kurz. Spätestens seit der Umsetzung der Legal-Aid-Richtlinie erscheint es nicht mehr vertretbar, im Rahmen der Anwendung der Regelungen zur Pflichtverteidigung die Tatsache auszublenden, dass die not-

26 OLG Hamburg, Beschl. v. 16.09.2020 – 2 Ws 112/20, juris Tz. 15; OLG Braunschweig, Beschl. v. 02.03.2021 – 1 Ws 12/21 Tz. 11, juris.

27 OLG Hamburg, Beschl. v. 16.09.2020 – 2 Ws 112/20, juris Tz. 15; OLG Braunschweig Beschl. v. 02.03.2021 – 1 Ws 12/21 Tz. 11, juris; *Gräbener* (Fn. 20).

28 OLG Bamberg StV-S 2021, 153 (Tz. 16 bei BeckRS 2021, 14711).

29 OLG Nürnberg StV 2021, 153.

30 OLG Nürnberg StV 2021, 153 (Tz. 28 bei juris).

31 *Rieß* StV 1981, 460 (461): »Armenrechtssatzfunktion« der Pflichtverteidigung.

32 Vgl. *C. Hahn*, Die gesammten Materialien zur Strafprozessordnung und dem Einführungsgesetz zu derselben vom 1. Februar 1877, Erste Abtheilung, Zweite Abtheilung, 1880, 1. Abt., 143, 952 ff.; 2. Abt., 1269 ff., 1533 f., 1821 ff.

wendige Verteidigung die Funktion von Prozesskostenhilfe für Beschuldigte im Strafverfahren übernommen hat und demgemäß eine verfahrensmäßige Anpassung an die Regelungen des Prozesskostenhilferechts geboten ist.

Hierfür sprechen folgende Argumente:

I. Prozesskostenhilfersatzfunktion aus dem Sozialstaatsprinzip

In der Rechtswirklichkeit überwiegt der rechtspraktische Zweck der Gebührensicherung des Verteidigers den dogmatisch angelegten Zweck der Beistands- und Verfahrenssicherung. Das zeigt sich an der Tatsache, dass die bei Weitem meisten Pflichtverteidigungsmandate aus Wahlverteidigungsmandaten hervorgehen.³³ In jenen Fällen hat der Beschuldigte bereits einen Verteidiger; er kann nur dessen Bezahlung nicht garantieren. Aus dem gleichermaßen schlichten wie berechtigten Interesse, eine Gebührensicherung für den Verteidiger herzustellen, wird in diesen Fällen – wie oben aufgezeigt – das Wahlverteidigungsmandat zu Gunsten der Pflichtverteidigerbestellung beendet. Das bloße rechtstatsächliche Phänomen, dass die Mehrheit der Pflichtverteidigerbestellungen aus bestehenden Wahlverteidigungsmandaten heraus erfolgen und somit dem gesetzgeberisch ursprünglich nicht angelegten Zweck der Kostenübernahme für mittellose Beschuldigte dienen, wäre für sich genommen noch kein Grund, diese Ersatzfunktion als weiteren gesetzlichen Zweck der Pflichtverteidigung anzuerkennen.

Zu berücksichtigen ist allerdings, dass die Erfüllung des Ersatzzwecks der Pflichtverteidigung, also die finanzielle Ausstattung der Verteidigung des mittellosen Beschuldigten, keineswegs nur ein faktisches Phänomen ist, sondern dass nach der Rechtsprechung des *BVerfG* die Gewährleistung professionalisierten Rechtsschutzes für mittellose Personen ein aus dem Sozialstaatsprinzip für jede Gerichtsbarkeit folgendes verfassungsrechtliches Gebot ist, unabhängig davon, ob die jeweilige Verfahrensordnung hierüber Regelungen vorsieht oder nicht.³⁴ Mit Bezug auf das Strafverfahren hat das *BVerfG* ausdrücklich ausgeführt, es gehöre zur Gewährleistung eines rechtsstaatlichen Strafverfahrens, dass der Beschuldigte, der die Kosten eines gewählten Verteidigers nicht aufzubringen vermag, in schwerwiegenden Fällen von Amts wegen und auf Staatskosten einen Pflichtverteidiger erhalte.³⁵ In der sog. Geldwäscheentscheidung hat das *BVerfG* das Institut der Pflichtverteidigung explizit als »staatliche Fürsorge für den vermögenslosen Beschuldigten« bezeichnet.³⁶ Hieraus lässt sich ableiten, dass Beschuldigten in Strafverfahren von Verfassungen wegen (echte) Prozesskostenhilfe zu gewähren wäre, wenn diese Funktion nicht bereits über das Rechtsinstitut der notwendigen Verteidigung miterledigt würde. Damit ist evident, dass die Funktion, die finanzielle Ausstattung der Verteidigung von Beschuldigten zu gewährleisten, nicht nur von rein rechtstatsächlicher Bedeutung ist, sondern dass diese Funktion rechtlich anerkannt ist und einen notwendigen Beitrag zur Herstellung eines verfassungskonformen Rechtsschutzes im Strafverfahren leistet. Dem Gesetzgeber ist dieser Zustand bekannt³⁷ und er duldet es, dass das Institut der notwendigen Verteidigung die verfassungsmäßig gebotene Funktion der Prozesskostenhilfe für mittellose Beschuldigte übernimmt. Es ist daher bereits aus diesem Grund verfehlt, die gesetzlichen Zwecke der notwendigen Verteidigung auf die entstehungsgeschichtlich angelegten Zwecke zu reduzieren.

II. Prozesskostenhilfersatzfunktion der Legal-Aid-Richtlinie

Vorstehendes galt bereits vor der Legal-Aid-Richtlinie und deren Umsetzung in deutsches Recht. Die Ausblendung der Übernahme sozialstaatlich gebotener Prozesskostenhilfefunktion durch die Pflichtverteidigung im Rahmen der Rechtsprechung zur nachträglichen Beordnung war daher bereits damals ein wenig scheinfromm. Nicht mehr vertretbar ist die Aufrechterhaltung der Ansicht, die Pflichtverteidigung diene nicht auch dem Zweck der Gewährung von Prozesskostenhilfe, seit Umsetzung der Legal-Aid-Richtlinie.

Die Legal-Aid-Richtlinie verfolgt ganz im Sinne typischen Prozesskostenhilferechts das Ziel, den unverzüglichen Zugang zu einem Rechtsbeistand auch für solche Personen sicherzustellen, die aus eigenen finanziellen Mitteln die Verteidigungsleistung nicht bezahlen können. Bereits aus den Erwägungsgründen der Richtlinie geht unzweifelhaft hervor, dass die Richtlinie im Sinne klassischen Prozesskostenhilferechts die finanzielle Ausstattung Beschuldigter hinsichtlich der Verteidigungskosten im Sinn hat.³⁸ Hierbei bezieht sich die Richtlinie ausdrücklich auch auf die Prozesskostenhilfegewährleistungen in Art. 47 Abs. 3 der Charta der Grundrechte der Europäischen Union (GrCh), in Art. 6 Abs. 3 Buchst. c der Europäischen Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) und in Art. 14 Abs. 3 Buchst. d des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte (IPBPR), die ihrerseits jeweils das Prozesskostenhilferecht für solche Personen installieren, die nicht über ausreichende Mittel verfügen³⁹ bzw. denen die Mittel zur Bezahlung fehlen⁴⁰. Daher verpflichtet Art. 4 Abs. 1 der Legal-Aid-Richtlinie die Mitgliedstaaten sicherzustellen, dass solche mittellosen Personen Anspruch auf Prozesskostenhilfe haben, wenn es im Interesse der Rechtspflege erforderlich ist. Mit Blick auf die unterschiedlichen Prozesskostenhilfesysteme der Mitgliedstaaten und insbesondere das deutsche System der notwendigen Verteidigung hat es die Richtlinie den Mitgliedstaaten freigestellt, ob sie die Gewährung von Prozesskostenhilfe von einer Bedürftigkeitsprüfung oder der Prüfung materieller Kriterien oder beidem abhängig machen.⁴¹ Der deutsche Gesetzgeber hat sich dazu entschlossen, das System der Pflichtverteidigung mit einigen Anpassungen beizubehalten und durch dieses den Richtlinienbefehl zur Gewährung von Prozesskostenhilfe für mittellose Beschuldigte zu erfüllen. Damit hat der Gesetzgeber die Duldung der notwendigen Verteidigung als funktioneller Ersatz für Prozesskostenhilfe weiter vertieft. Demgegenüber ist es nicht sachgerecht, auch nach der Umsetzung der Richtlinie durch das deutsche Recht der notwendigen Verteidigung letzterem jedwede gesetzlich verankerte Prozesskostenhilfefunktion abzuspochen und sie stattdessen als ein Aliud gegenüber dem Prozesskostenhilferecht zu behandeln. Vielmehr kann nicht in Abrede gestellt werden, dass die Beordnung eines Pflichtverteidigers auch

33 Schoeller, Die Praxis der Beordnung von Pflichtverteidigern, 2016, S. 169f.

34 BVerfGE 1, 109 (111).

35 BVerfGE 39, 238 (243).

36 BVerfGE 110, 226 (261).

37 Vgl. RegE zum Gesetz zur Neuregelung des Rechts der notwendigen Verteidigung, BT-Drs. 19/13829, S. 20 f.

38 Etwa Erwägungsgrund 8 Legal-Aid-Richtlinie.

39 Art. 47 Abs. 3 GrCh.

40 Art. 6 Abs. 3 Buchst. c EMRK; Art. 14 Abs. 3 Buchst. d IPBPR.

41 Art. 4 Abs. 1, 2 Legal-Aid-Richtlinie.

dem gesetzlich anerkannten Zweck dient, den Verteidiger des mittellosen Beschuldigten zu finanzieren.

D. Folgen der gesetzlichen Anerkennung des Prozesskostenhilfzwecks der Pflichtverteidigung

Die Anerkennung der notwendigen Verteidigung als ein Rechtsinstitut, das neben seinen historisch angelegten Zwecken auch der Prozesskostenhilfe dient, hat zur Folge, dass eine ungleiche Behandlung der nachträglichen Bewilligung von Prozesskostenhilfe einerseits und der nachträglichen Beordnung als Pflichtverteidiger andererseits nicht gerechtfertigt ist.⁴²

I. Gleichbehandlung mit dem Prozesskostenhilferecht

Im Prozesskostenhilferecht gilt dabei, dass auch darin eine rückwirkende Bewilligung von Prozesskostenhilfe grundsätzlich nicht in Betracht kommt. In der Rechtsprechung ist aber anerkannt, dass Prozesskostenhilfe rückwirkend zu bewilligen ist, wenn zum Zeitpunkt der Antragstellung Bewilligungsreife bestanden hat, also der Antrag und die materiellen Voraussetzungen für die Bewilligung vorgelegen haben und der Antrag mangels gebotener Entscheidung durch das Gericht »stecken geblieben« ist oder wenn das Gericht anderweitig einen Vertrauensstatbestand hinsichtlich der Bewilligung von Prozesskostenhilfe gesetzt hat.⁴³ Das *BVerfG* hat in einem Fall, in dem einer Nebenklägerin die rückwirkende Bewilligung von Prozesskostenhilfe trotz rechtzeitig gestellten Antrags mit der Begründung versagt worden war, eine rückwirkende Bewilligung komme nach Abschluss des Verfahrens nicht in Betracht, diese Entscheidung als willkürlich, »nicht verständlich« und »unter keinem denkbaren Aspekt rechtlich vertretbar« abgekanzelt.⁴⁴ Liegt ein prüffähiger Antrag bis zum Ende des Verfahrens nicht vor, ist die sodann beantragte nachträgliche Bewilligung von Prozesskostenhilfe ausgeschlossen.⁴⁵ Es ist festzustellen, dass der die Voraussetzungen der Prozesskostenhilfe regelnde § 114 Abs. 1 S. 1 ZPO nach seinem Wortlaut ausdrücklich nur dann Prozesskostenhilfe gewährleistet, wenn die *beabsichtigte* Rechtsverfolgung Aussicht auf Erfolg bietet. Es wäre daher ein Leichtes, die Zulässigkeit der nachträglichen Prozesskostenhilfe unter Bezugnahme auf den Wortlaut der Vorschrift mit eben denjenigen Argumenten zu verweigern, die auch gegen die Zulässigkeit der nachträglichen Pflichtverteidigung angeführt werden: Nach Abschluss des Verfahrens könne die Rechtsverfolgung nicht mehr *beabsichtigt* sein und die Bewilligung sei daher auf etwas Unmögliches gerichtet. Aber auch hier hat die Rechtsprechung einer am Zweck des Rechtsinstituts orientierten Auslegung den Vorzug gegeben und die Bewilligung von Prozesskostenhilfe nicht an der verzögerten Behandlung bewilligungsfähiger Anträge durch die Justiz scheitern lassen. Der gesetzlich anerkannte Prozesskostenhilfzweck der Pflichtverteidigung gebietet es, genau so auch mit Anträgen auf Bestellung zum Pflichtverteidiger zu verfahren: Sofern ein materiell gerechtfertigter Beordnungsantrag vor Abschluss des Verfahrens gestellt wurde, ist der Verteidiger rückwirkend als Pflichtverteidiger beizuordnen. Weitere Einschränkungen, wie etwa eine »wesentliche Verzögerung« der Bewilligung,⁴⁶ kennt die Rechtsprechung zum Prozesskostenhilferecht nicht. Sie sollten konsequenter Weise auch für die Pflichtverteidigung keine Anwendung finden, zumal sie aufgrund erheblicher Wertungsspielräume in Bezug auf die Frage der »Wesentlichkeit« der Verzögerung zu mangelnder Anwendungssicherheit und divergierender Spruchpraxis führen.

II. Auswirkungen für die Praxis

Sofern sich die Rechtsansicht zur Zulässigkeit der nachträglichen Beordnung durchsetzen sollte, dürften hiervon verschiedene Auswirkungen auf die Praxis ausgehen: Für Rechtsanwälte und Beschuldigte würde sich diese Rechtsprechung als Entlastung insoweit auswirken, als eine Konzentration auf die Inhalte der Verteidigung in der Sicherheit der Liquidierbarkeit von Pflichtverteidigergebühren erfolgen kann, ohne dass dem unbeschiedenen Antrag auf Pflichtverteidigerbestellung durch ggf. mehrfache schriftliche und/oder telefonische Erinnerung hinterhergelaufen werden muss. In Fällen, in denen materiell zweifelhaft ist, ob die Voraussetzungen der notwendigen Verteidigung vorliegen, ist natürlich gleichwohl angeraten, eine frühzeitige Beordnungsentscheidung herbeizuführen. Besondere Bedeutung auch in fiskalischer Hinsicht könnte eine entsprechende Rechtsprechung für die Verteidigung im Ermittlungsverfahren erlangen. Da mit der Umsetzung der Legal-Aid-Richtlinie durch die zeitliche Vorverlagerung der Verteidigungsnotwendigkeit bei Antragstellung auf den Zeitpunkt vor einer ersten Vernehmung gem. § 141 Abs. 1 S. 2 StPO und dem auch im Übrigen geltenden Unverzüglichkeitsgebot gem. § 141 Abs. 1 S. 1 StPO die materiellen Voraussetzungen für die Pflichtverteidigerbestellung z.B. bei Verbrechenstatbeständen gem. § 140 Abs. 1 Nr. 2 StPO bereits zu einem frühen Stadium des Ermittlungsverfahrens gegeben sind, eröffnet sich für die nachträgliche Beordnung gerade hier ein breiter Anwendungsbereich. Dies wird möglicherweise dazu führen, dass Wahlverteidiger früher als bislang auf die Bestellung zum Pflichtverteidiger antragen, um Pflichtverteidigergebühren auch für den Fall zu sichern, dass das Verfahren relativ kurzfristig eingestellt werden sollte. Sollte allerdings an dem Gerücht etwas dran sein, dass kostenbewusste Staatsanwälte von § 154 Abs. 1 StPO bislang besonders häufig Gebrauch gemacht haben, sobald ein Antrag auf Bestellung zum Pflichtverteidiger im Ermittlungsverfahren gestellt wurde, dann könnte eine Änderung der Rechtsprechung zur nachträglichen Beordnung u.U. auch dieses Verhalten beeinflussen mit der Folge, dass weniger Verfahren beschränkt werden, da das Einsparpotential entfallen ist.

E. Fazit

In Folge der Umsetzung der Legal-Aid-Richtlinie spaltet sich die Rechtsprechung zur Zulässigkeit der nachträglichen Beordnung von Pflichtverteidigern in zwei Lager. Der die Zulässigkeit der nachträglichen Beordnung befürwortenden Rechtsansicht ist dabei der Vorzug zu geben. Dies findet seine Rechtfertigung darin, dass der notwendigen Verteidigung neben ihren originären Zwecken, dem Beschuldigten in schwerwiegenden Fällen professionellen Beistand zur Seite zu stellen und das Verfahren zu sichern, ein rechtlich anerkannter Zweck der Prozesskostenhilfe hinzugetreten ist. Hieraus folgt die gebotene Gleichbehandlung nachträglicher Beordnung von Pflichtverteidigern mit der nachträglichen Bewilligung von Prozesskostenhilfe im Falle rechtzeitiger und materiell begründeter Antragstellung.

42 So i.E. auch OLG Bamberg StV-S 2021, 153 (Tz. 17 f. bei BeckRS 2021, 14711).

43 BVerfG NStZ-RR 1997, 69 (70) = Tz. 8 bei juris; BGH NJW 1982, 446 (446) = Tz. 5 bei juris; BGH, Beschl. v. 13.10.2010 – 5 StR 179/10; BGH, Beschl. v. 25.07.2017 – 3 StR 132/17 Tz. 3, juris = StV 2018, 138 (Ls); BAG, Beschl. v. 05.12.2012 – 3 AZB 40/12 Tz. 8, juris; LAG Sachsen-Anhalt, Beschl. v. 15.06.2009 – 2 Ta 49/09 Tz. 17 f., juris.

44 BVerfG NStZ-RR 1997, 69 (70) = Tz. 8 bei juris.

45 LAG Sachsen-Anhalt Beschl. v. 15.06.2009 – 2 Ta 49/09, Tz. 23, juris.

46 OLG Nürnberg StV 2021, 153 (Tz. 26 bei juris).

Das Erlöschen des Anspruchs bei der Einziehung (§ 73e Abs. 1 StGB) bei der Haftung mehrerer

Rechtsanwalt Dr. Matthias Rahmlow, Duisburg, und Christopher Wenserski, Gießen*

Nach § 73 Abs. 1 StGB ordnet das Gericht (zwingend) die Einziehung an, wenn der »Täter oder Teilnehmer durch eine rechtswidrige Tat oder für sie etwas erlangt« hat. Nicht explizit geregelt sind die Folgen, wenn mehrere »etwas« erlangen. Man nimmt an, dass die Regeln über die Gesamtschuld (§§ 421 ff. BGB) gelten. Verständigt sich ein Täter mit dem Geschädigten, kann das über die Regelungen über die Gesamtschuld auch Auswirkungen auf den Umfang der Haftung der anderen Täter haben.

A. Die Einziehung und ihr Gegenstand

Der Gegenstand des Erlangten kann vieles sein: In Betracht kommen hier Sachen aller Art (Betäubungsmittel,¹ Bargeld,² Grundstücke,³ geldwerte Vorteile in Form von ersparten Aufwendungen,⁴ aber auch die Befreiung von Verbindlichkeiten⁵). Erhält der Täter für das »Erlangte« ein Surrogat, so kann fakultativ dessen Einziehung angeordnet werden (§ 73 Abs. 3 StGB). Dass die Einziehung des Erlangten zwingend ist, und die des Surrogats nur fakultativ, nutzt dem Täter nicht.⁶ Wird das Surrogat nicht eingezogen, so ist *zwingend* die Einziehung eines Geldbetrags anzuordnen, der dem Wert des Erlangten entspricht (§ 73c S. 1 2. Var. StGB). Gleiches gilt, wenn die Einziehung nicht möglich ist (§ 73c S. 1 1. Var. StGB) oder das zunächst Erlangte bis zum Zeitpunkt der Einziehungsentscheidung an Wert verloren hat (§ 73c S. 2 StGB).

Der praktische Regelfall in den wirtschaftlich relevanten Fällen ist mithin, dass die Einziehungsentscheidung auf Geld lautet.

B. Der Ausschluss der Einziehung wegen Erlöschens (§ 73e Abs. 1 StGB)

Nach § 73e Abs. 1 StGB ist die Einziehung ausgeschlossen, soweit der Anspruch des Verletzten, der »aus der Tat [...] erwachsen« ist, erloschen ist. Mit dieser Vorschrift will das Gesetz die doppelte Inanspruchnahme des Täters verhindern.⁷

Mit dem Verweis auf das Erlöschen nimmt das Gesetz Bezug auf die zivilrechtlichen Vorschriften über das Erlöschen von Forderungen und dort insbesondere die Vorschriften über die Erfüllung (§§ 362 ff. BGB),⁸ aber auch auf die Regelungen über den Erlass (§ 397 BGB)⁹ und über den Vergleich (§ 779 BGB).¹⁰ Angesichts des Wortsinns sind die Vorschriften über die Verjährung nicht gemeint, und wegen des Charakters der Vorschriften über die Einziehung auch spezielle Erlöschenstatbestände des Rechts der ungerechtfertigten Bereicherung nicht. Hier schaffen die §§ 73 ff. StGB ein eigenes Regime der Rückgewähr ungerechtfertigter Bereicherungen.

Anders liegt es bei der Verjährung im (Steuer-)Strafrecht. Hier erlöschen »Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis« auch durch Verjährung, §§ 169 ff. AO.¹¹

C. Die Haftung mehrerer für das »Erlangte«

Ein Problem ergibt sich, wenn mehrere Personen die Straftat begangen und aus ihr etwas erlangt haben. Das Gesetz regelt

diesen Fall nicht explizit. Es ist in der Rspr. anerkannt, dass hier nicht die Vorschriften über die Mittäterschaft dergestalt gelten, dass das »Erlangen« des einen Mittäters den anderen Mittätern zugerechnet wird.¹² Vielmehr muss betrachtet werden, was jeder einzelne Beteiligte selbst erlangt hat.¹³ Selbst erlangt hat ein Beteiligter immer dann etwas, wenn er die faktische Verfügungsgewalt über das Erlangte innehat,¹⁴ wobei eine Mitverfügungsgewalt aber ausreicht.¹⁵

Dabei setzt die Rspr. ein faktisches »In-den-Händen-Halten« nicht mit der Verfügungsgewalt in eins; gleichzeitig verlangt sie ein solches auch nicht, um die Verfügungsgewalt zu begründen; der Begriff wird durch die Rspr. normativiert. So mag der Täter die erlangten Sachen tatsächlich in den Händen gehalten haben; »erlangt« im Sinne des § 73 StGB hat er sie erst dann, wenn er sie nicht nur gleich einem Fahrer, Boten oder Verwahrer im Gewahrsam hatte, sondern ihm nach den sozialen Anschauungen die (Mit-)Verfügungsgewalt darüber zukam.¹⁶ Umgekehrt braucht der Täter für das Erlangen der Verfügungsgewalt nicht persönlich Zugriff auf sie zu haben, es genügt, wenn er über eine andere Person – quasi in Form eines Gewahrsamsdieners – auf sie zugreifen kann.

Zeitlich ausreichend ist, dass die Vermögenswerte dem Täter zu irgendeinem Zeitpunkt, wenn auch nur für einen kurzen Zeitraum, zugeflossen sind.¹⁷ Es ist dann irrelevant, ob die (Mit-)Verfügungsgewalt später wieder aufgegeben wurde,¹⁸ etwa weil die Erlöse später verteilt worden sind.¹⁹ Haben also

* *Erstverf.* ist Strafverteidiger in Duisburg und Lehrbeauftragter an der Universität Münster, *Zweitverf.* stud. iur. an der Universität Gießen.

1 BGH NSz 2016, 618.

2 BGH StV 2019, 17.

3 BGHSt 64, 146 = StV 2020, 775.

4 BGH StV 2020, 232 (Ls); StV 2020, 231 m. Anm. *Schütz jurisPR-StrafR 4/2020*, Anm. 3.

5 *Fischer-StGB*, 68. Aufl. 2021, § 73 Rn. 20.

6 Schönke/Schröder-StGB/Eser/Schuster, 30. Aufl. 2019, § 73 Rn. 27.

7 BGH StV 2020, 745 (Ls); BT-Drs. 18/9525, S. 69; *Beck/Knieri*, in: Knieri, Oehmichen/Beck/Geisler, *Gesamtes Strafrecht aktuell*, 2018, Kap. 16 Rn. 7.

8 BT-Drs. 18/9525, S. 69; *Sch/Sch-StGB/Eser/Schuster* (Fn. 6), § 73e Rn. 2; *Beck/Knieri* (Fn. 7), Kap. 16 Rn. 83.

9 BT-Drs. 18/9525, S. 69; *Sch/Sch-StGB/Eser/Schuster* (Fn. 6), § 73e Rn. 2; *Beck/Knieri* (Fn. 7), Kap. 16 Rn. 83.

10 *Beck/Knieri* (Fn. 7), Kap. 16 Rn. 83; BT-Drs. 18/9525, S. 69: »Die Regelung ist mithin mit Blick auf den Grundsatz der Privatautonomie »vergleichsfreundlich« ausgestaltet«.

11 BGH StV 2020, 231 m. Anm. *Schütz jurisPR-StrafR 4/2020*, Anm. 3.

12 BGH NSz 2010, 568; *Bittmann NSz* 2019, 383 (388); *Körner/Patzak/Volkmer-BtMG*, 9. Aufl. 2019, § 33 Rn. 118; *Sch/Sch-StGB/Eser/Schuster* (Fn. 6), § 73 Rn. 22; *AK-StGB/Rübenstahl*, 3. Aufl. 2020, § 73 Rn. 29.

13 BGH NSz 2010, 390; *Bittmann NSz* 2019, 383 (388); *Fischer-StGB* (Fn. 5), § 73 Rn. 29; *Sch/Sch-StGB/Eser/Schuster* (Fn. 6), § 73 Rn. 22.

14 BGH StV 2010, 19; NSz 2010, 390; NSz 2010, 568; *Köhler/Burkhard NSz* 2017, 665 (669).

15 BGH NSz 2019, 78; BGH NSz-RR 2018, 341 (Ls); *Körner/Patzak/Volkmer-BtMG* (Fn. 12), § 33 Rn. 119.

16 BGH NSz-RR 2018, 341 (Ls); *AK-StGB/Rübenstahl* (Fn. 12), § 73 Rn. 33.

17 BVerfG StV 2004, 409; *Sch/Sch-StGB/Eser/Schuster* (Fn. 6), § 73 Rn. 22; *AK-StGB/Rübenstahl* (Fn. 12), § 73 Rn. 33.

18 BGH StV 2018, 780; *Bittmann NSz* 2019, 383 (389); *Körner/Patzak/Volkmer-BtMG* (Fn. 12), § 33 Rn. 118; *Sch/Sch-StGB/Eser/Schuster* (Fn. 6), § 73 Rn. 22.

19 *Körner/Patzak/Volkmer-BtMG* (Fn. 12), § 33 Rn. 120.

mehrere etwas – ggf. auch nacheinander – erlangt, so ist jeder von ihnen dem Einziehungsanspruch ausgesetzt.²⁰ In der Praxis geht es damit regelmäßig nicht mehr um den »originären« Anspruch nach § 73 Abs. 1 StGB, sondern – da weitergegeben wurde – um den Wertersatzanspruch nach § 73c StGB, der auf Geld lautet.

D. Die Begründung der Haftung nach den Regeln der Gesamtschuld

Die Rspr. nimmt an, dass sich das Verhältnis der Täter untereinander nach den Regelungen der Gesamtschuld richtet.²¹ Das Gesetz ordnet das dem Wortsinn nach nicht an, und ganz so klar, wie es auf den ersten Blick scheint, ist die Begründung des Gesamtschuldverhältnisses nicht. Die Regelungen der §§ 73 ff. StGB sind quasi-bereicherungsrechtlicher Natur,²² und im Hinblick auf den Bereicherungsanspruch nach § 812 BGB ist anerkannt, dass mehrere im Grundsatz *nicht* als Gesamtschuldner haften.²³

Tatsächlich ist die gesamtschuldnerische Haftung zutreffend, denn die beiden denkbaren Alternativen sind nach dem Gesetz nicht gangbar: Man könnte daran denken, dass jeder Täter nur auf seinen noch bei ihm befindlichen »Anteil« haftet. Doch angesichts der Regelung des § 73c StGB, der bei Unmöglichkeit der Einziehung die Wertersatzeinziehung anordnet, ist es unmöglich anzunehmen, dass ein ursprünglich in voller Höhe bestehender Anspruch durch Weggabe/Weitergabe/Verlust des Erlangten erlischt. Gleiches gilt von der zweiten Alternative – jeder haftet auf die volle Summe unabhängig davon, ob der jeweils andere Anspruch erfüllt wird. Ist es bereits schwierig zu begründen, dass die Einziehung keinen strafähnlichen Charakter habe,²⁴ so ist es unmöglich ihr *keinen Strafcharakter* zuzumessen, wenn ein etwaig Erlangtes dann ggf. mehrfach durch unterschiedliche Personen zurück gewährt werden müsste und der Geschädigte (oder der Staat) im Ergebnis mehr erhalte, als jemals erlangt worden ist.²⁵

E. Die Auswirkungen der Anwendbarkeit der Regelungen über die Gesamtschuld

Die Geltung der Grundsätze der Gesamtschuld kann zu erheblichen Problemen führen. Anders als bislang können diese Schwierigkeiten nicht durch die Anwendung des § 73c Abs. 1 StGB a.F. gelöst werden,²⁶ der bei Wegfall der Bereicherung (S. 2 a.F.) oder in Fällen der »unbilligen Härte« ein Absehen vom – damaligen – Verfall ermöglichte.

I. Divergierendes Vorgehen mehrerer Gesamtschuldner

Es kann der Fall eintreten – und das ist nicht so selten –, dass der Geschädigte sich mit einem der Täter wieder aussöhnt. Diese Fälle mögen beispielsweise bei Taten im Familienbereich vorkommen, wo im Einzelfall die Strafverfolgung ggf. sogar verhindert werden kann (§ 247 StGB).²⁷ In diesem Rahmen wird dann oft von der Geltendmachung von Schadensersatzansprüchen – und damit auch der Rückgewähr – Abstand genommen; etwaige Ansprüche werden nicht geltend gemacht, erlassen oder anderweitig geregelt. Genaueres weiß man oft nicht darüber. Es gibt Fälle im wirtschaftlichen Bereich, in denen etwa der »Whistleblower« zwar an den Taten beteiligt war und auch etwas erlangt hatte, sie im Ergebnis aber aufdeckt, was ihm im Gegenzug hierfür von der Justiz honoriert wird und vom Geschädigten ebenfalls, etwa in dem Sinne, dass ein

arbeitsrechtlicher Vergleich geschlossen wird, der auch Schadensersatz- und Rückgewähransprüche umfasst. Selbst wenn ein Strafverfahren im Ergebnis nach § 153a StPO eingestellt werden würde, sollte eine solche Regelung explizit getroffen werden, denn die Einstellung des Verfahrens schützt nach § 76a Abs. 3 StGB regelmäßig nicht vor der Einziehung,²⁸ sodass dargelegt werden muss, dass der Anspruch nach § 73e StGB erloschen ist. Es lassen sich leicht weitere Konstellationen finden, in denen mit Beschuldigten, die alle etwas erlangt haben, im Nachhinein individuell umgegangen wird.

Hier stellt sich die Frage, welche Auswirkungen das unterschiedliche Vorgehen bei mehreren Gesamtschuldern auf den Einziehungsanspruch hat. Klar ist, dass bei dem Gesamtschuldner, mit dem die »Einigung« / der Erlass / der Vergleich geschlossen worden ist, die Einziehung nicht mehr erfolgen kann, da der zugrunde liegende Anspruch im Sinne des § 73e StGB erloschen ist. Im Hinblick auf die anderen Schuldner erlischt der Anspruch – und das folgt aus den Regelungen der Gesamtschuld – jedenfalls in der Höhe, in der tatsächlich Leistungen zur Erfüllung erfolgt sind.²⁹ Bei der Frage, ob er auch darüber hinaus erlischt, sind drei Möglichkeiten gegeben: Die Regelung kann »Gesamtwirkung« haben, was bedeutet, dass auch die Ansprüche gegen die anderen Gesamtschuldner vollständig erlöschen.³⁰ Es mag auch sein, dass die Ansprüche gegen die anderen Gesamtschuldner in voller Höhe – was meint: lediglich gemindert um den Betrag, der effektiv vom ersten Schuldner an den Geschädigten gezahlt worden ist – bestehen bleiben, so gen. Einzelwirkung.³¹ Zuletzt ist es möglich, dass

20 Körner/Patzak/Volkmer-BtMG (Fn. 12), § 33 Rn. 118; Sch/Sch-StGB/Eserl/Schuster (Fn. 6), § 73 Rn. 22.

21 BVerfG StV 2004, 409; Bittmann NSz 2019, 383 (391).

22 BT-Drs. 18/11640, S. 84; BT-Drs. 18/9525 S. 47, 55; Köhler NSz 2017, 497; Sch/Sch-StGB/Eserl/Schuster (Fn. 6), Vor § 73 Rn. 15; Beckl/Knirierm (Fn. 7), Kapitel 16 Rn. 9; AK-StGB/Rübenstahl (Fn. 12), § 73 Rn. 8.

23 BGHZ 146, 298.

24 Was die Rspr. aber annimmt, vgl. BVerfGE 110, 1; Bittmann NSz 2019, 383 (386); Kritik hieran u.a. bei Sch/Sch-StGB/Eserl/Schuster (Fn. 6), § 73 Rn. 2a; AK-StGB/Rübenstahl (Fn. 12), § 73 Rn. 11.

25 BGH, Beschl. v. 19.09.2019 – 3 StR 354/19; BGH StraFo 2011, 46; Bittmann NSz 2019, 383 (391); Schilling/Corsten/Hübner StraFo 2017, 305 (307); LK-StGB/Lohse, 13. Aufl. 2020, § 73 Rn. 56.

26 Sch/Sch-StGB/Eserl/Schuster (Fn. 6), § 73 Rn. 22.

27 Womit eine Einziehung auch nicht mehr erfolgen kann, § 76a Abs. 1 S. 3 StGB.

28 Fischer-StGB (Fn. 5), § 76a Rn. 8a; Sch/Sch-StGB/Eserl/Schuster (Fn. 6), § 76a Rn. 8.

29 Bittmann NSz 2019, 383 (392); im Falle BGH StV 2020, 745 lag es so, dass im Grundsatz ein Einziehungsanspruch in Höhe von 20.000 € bestand (betrügerische Krediterlangung). Es wurden trotzdem regulär Raten in Höhe von 10.187,48 € durch den gesondert verfolgten Gesamtschuldner gezahlt, wodurch sich die Gesamtschuld um diesen Betrag verminderte (§ 73e StGB). Später dann wurde mit dem gesondert verfolgten Gesamtschuldner eine Vereinbarung geschlossen, dass dieser weitere 6.000 € zahlt, worauf ihm die Restschuld erlassen wurde. Die Zahlung der 6.000 € rechnet der BGH nicht an und gibt auch keine Erklärung hierfür. Der BGH errechnet einen verbleibenden Einziehungsanspruch in Höhe von 8.812,52 €. Nachvollziehbar ist die Entscheidung nicht: Auch die Zahlung des Vergleichsbetrags müsste dem Angeklagten zugutekommen, denn ansonsten erhielte die geschädigte Bank im Ergebnis mehr als sie überhaupt herausgereicht hat. Dass hier die Raten in Höhe von 10.187,48 € gezahlt wurden, und hierin nicht nur Leistungen auf den Rückerstattungsanspruch, sondern auch auf Bearbeitungsgebühren, Zinsen o.ä. enthalten waren, kann die Entscheidung nicht erklären. Denn eben jenen Betrag will der BGH ausdrücklich voll anrechnen und der ausgerichtete Einziehungsbeitrag in Höhe von 8.812,52 € korrespondiert mit den gezahlten Raten von 10.187,48 €, wengleich beide Beträge in der Summe nicht 20.000 € ergeben, sondern nur 19.000 €.

30 Palandt-BGB/Grüneberg, 79. Aufl. 2020, § 423 Rn. 2; Prütting/Wegen/Weinreich-BGB/H.-F. Müller, 14. Aufl. 2019, § 423 Rn. 3.

31 OLG Hamm NJW-RR 2002, 750; Palandt-BGB/Grüneberg (Fn. 30), § 423 Rn. 3; BeckOGK-BGB/Krefste, Stand: 01.03.2021, § 423 Rn. 1; Danwerth NJW 2017, 2869.

die Regelung »beschränkte Gesamtwirkung« hat, was bedeutet, dass der Vertragspartner und erste Schuldner vollkommen frei wird und die anderen Gesamtschuldner hinsichtlich des Forderungsanteils, den der begünstigte Gesamtschuldner im Innenverhältnis zu tragen hat.³² Der Unterschied liegt mithin darin, dass nicht nur die »Zahlung« den anderen Schuldnern zugutekommt (Erfüllung), sondern auch die Einigung bzgl. des auf den ersten Schuldner entfallenden Anteils.

Die Unterschiede können finanziell erheblich sein. Man stelle sich vor, die gesamte zurückzugewährende Summe sei beträchtlich (vielleicht 90.000 €) und es hafteten alle beiden Schuldner gesamtschuldnerisch hierfür, da sie Mitverfügungsgewalt über das Erlangte hatten. Einigt sich nun der erste Schuldner auf die (Rück-)Zahlung von 10.000 €, womit sein Verhältnis zum Geschädigten »erledigt« sein soll, so geht es bei dem zweiten Schuldner um die Frage, ob er nunmehr auf 80.000 € haftet (Einzelwirkung) oder auf den Betrag, der um den auf den ersten Schuldner im Innenverhältnis entfallenden Anteil vermindert ist. Geht man vom Beispiel aus (90.000 €), würde der weitere Gesamtschuldner nicht mehr für 80.000 € haften, sondern – unterstellt er sei im Innenverhältnis gleichberechtigt, was aber nicht der Fall zu sein braucht – nur noch 45.000 €.

II. »Interessengerechte« Auslegung

Welche Wirkung der jeweiligen Regelung zukommt, muss durch Auslegung ermittelt werden.³³ Diese Auslegung muss »interessengerecht« erfolgen.³⁴ Dazu, wie die Auslegung »interessengerecht« zu erfolgen hat, gibt es – soweit ersichtlich – keine (strafrechtliche) höchstrichterliche Rspr. Zivilrechtliche Judikatur gibt es zuhauf, allerdings muss man hierbei berücksichtigen, dass diese sich in den allermeisten Fällen nicht auf Ansprüche bezieht, die strafrechtlichen Sachverhalten entspringen, sondern ganz überwiegend »originäre« zivilrechtliche Gesamtschuldverhältnisse (meistens aus Vertragsverhältnissen) betrifft, und die Interessenlagen dort kaum mit hier interessierenden Fallgestaltungen verglichen werden können. Soweit die zivilgerichtliche Rspr. Ansprüche aus unerlaubter Handlung betraf, ist sie ebenfalls nur schwer mit der hier vorliegenden Konstellation zu vergleichen. Zwar sprechen die Strafsenate des BGH in einigen Entscheidungen die gesamtschuldnerische Haftung an und nehmen in Entscheidungen Bezug auf § 830 BGB, der bei gemeinschaftlich begangenen unerlaubten Handlungen die Gesamtschuld anordnet.³⁵ Der Anspruch, der der Einziehungsentscheidung zugrunde liegt, ist der Sache nach aber kein Schadensersatzanspruch. Nicht der durch die Straftat verursachte Schaden soll nach §§ 73 ff. StGB ausgeglichen werden, sondern die durch die Straftat verursachte Bereicherung soll rückgängig gemacht werden.³⁶ Wie oben gezeigt folgt damit die Rechtsfolge der Gesamtschuldnerschaft auch nicht aus § 830 BGB, sondern aus grundsätzlichen Erwägungen, maßgeblich um die doppelte Inanspruchnahme zu verhindern. Aus dieser Perspektive muss mithin bestimmt werden, wie die »Regelung« – sei es Erlass, sei es Vergleich, o.ä. – mit einem Gesamtschuldner im Hinblick auf die Wirkung bzgl. der anderen Gesamtschuldner auszulegen ist.

■ Am einfachsten liegt der Fall, wenn die Frage, ob der Regelung Gesamt- oder Einzelwirkung zukommt, explizit geregelt ist. Den auf Gläubiger- oder Schuldnerseite ggf.

tätigen Rechtsanwälten muss deshalb dringend angeraten werden, diese Frage in der Einigung zu thematisieren.

- Fehlt – wie wohl oft – eine explizite Regelung, ist festzuhalten, dass ein maßgeblicher Auslegungsgesichtspunkt ist, ob der Gläubiger überhaupt von der Existenz weiterer Gesamtschuldner weiß. Weiß der Gläubiger nichts davon, dass auch andere Personen Mitverfügungsgewalt an dem »Erlangten« hatten, so gibt es keinen Grund anzunehmen, dass er durch eine Regelung mit dem ihm bekannten Schuldner auf (weitergehende) Ansprüche verzichten wollte.³⁷ Es wird hier regelmäßig nur von Einzelwirkungen auszugehen sein.³⁸
- Weiß der Gläubiger um die weiteren Gesamtschuldner, so muss Gegenstand der Auslegung die Interessenlage in Anbetracht aller Begleitumstände der Einigung sein.

Ein Indiz, dass mit der »Einigung« nicht nur eine Einzelwirkung bezweckt ist, sondern ihr eine umfassende Gesamtwirkung zukommen soll, liegt darin, dass die Einigung gerade mit dem Gesamtschuldner erfolgt, der im Innenverhältnis unter den Gesamtschuldnern die Verbindlichkeit allein tragen müsste.³⁹ Dabei gilt es hier wieder zu beachten, dass der Einziehungsanspruch der Sache nach ein Bereicherungs- und kein Schadensersatzanspruch ist. Wird die Einigung beispielsweise mit dem Schuldner getroffen, der zuletzt Inhaber des »Erlangten« war und auch maßgeblich von der Straftat profitiert hat, während die übrigen Gesamtschuldner nur – ggf. ganz kurze Zeit – die Verfügungsgewalt über das Erlangte hatten, und es danach zugunsten des ersten Schuldners aufgegeben haben, kann das darauf deuten, dass der Gläubiger die Sache mit der »Einigung« als vollkommen erledigt betrachtet wissen wollte – was insbesondere dann gelten dürfte, wenn die anderen Gesamtschuldner bekannt vermögenslos waren und sich erheblichen Freiheitsstrafen ausgesetzt sehen. Der Regelfall wird das trotzdem nicht sein, schließlich gibt es kaum einen Grund, auf die Ansprüche gegen die anderen Gesamtschuldner zu verzichten, und seien sie wirtschaftlich noch so wertlos. Anders kann es wieder liegen, wenn – für den Gläubiger erkennbar – der Gesamtschuldner ein Interesse daran hatte, die anderen Gesamtschuldner und Mittäter von ihrer Haftung zu befreien.⁴⁰ So nimmt die Rspr. an, die Verstrickung anderer in die eigenen Straftaten sei ein zulässiges strafschärfendes Strafzumessungskriterium.⁴¹ Dann kann allerdings auch die Verstrickung anderer in einen – ggf. ganz erheblichen – gesamtschuldnerischen Einziehungsanspruch ggf. strafschärfend bewertet werden – und im Hinblick hierauf die Einigung mit dem ersten Gesamtschuldner erfolgen. Hat der Gesamtschuldner das im Blick, und sind dem Gläubiger

32 Palandt-BGB/*Grüneberg* (Fn. 30), § 423 Rn. 4; BGH NJW 2000, 1942; OLG Celle MDR 2008, 917; BeckOGK-BGB/*Krefse* (Fn. 31), § 423 Rn. 6.

33 BGHZ 192, 182; BGH NJW-RR 2005, 34; NJW 2000, 1942.

34 BGH NJW-RR 2005, 34; *Danwerth* NJW 2017, 2869 (2870); BGH NJW 2002, 1044.

35 Vgl. etwa BGH StV 2018, 780.

36 BGH wistra 2020, 106.

37 *Danwerth* NJW 2017, 2869 (2870); BGH NJW 2002, 1044.

38 *Danwerth* NJW 2017, 2869 (2870); MüKo-BGB/*Heinemeyer*, 8. Aufl. 2019, § 423 Rn. 2; BGH NJW-RR 2005, 34.

39 BGH NJW 2000, 1942; Prütting/*Wegen/Weinreich-BGB/H.-F. Müller* (Fn. 30), § 423 Rn. 2; OLG Hamm NJW-RR 1998, 486.

40 Prütting/*Wegen/Weinreich-BGB/H.-F. Müller* (Fn. 30), § 423 Rn. 2; MüKo-BGB/*Heinemeyer* (Fn. 38), § 423 Rn. 4.

41 BGHSt 57, 123 = StV 2012, 473; *Schäferl/Sander/van Gemmeren*, Praxis der Strafzumessung, 6. Aufl. 2017, Rn. 638.

diese Umstände bekannt, kann umfassende Gesamtwirkung angenommen werden.

Ob einer Einigung eine beschränkte Gesamtwirkung zukommt (der Vertragspartner wird vollkommen frei und die anderen Gesamtschuldner hinsichtlich des Forderungsanteils, den der begünstigte Gesamtschuldner im Innenverhältnis zu tragen hat), bestimmt sich maßgeblich danach, was die Vertragsparteien bzgl. des Gesamtschuldnerinnenregresses regeln wollten.⁴² Ausgangspunkt ist, dass eine Einigung dem kontrahierenden Gesamtschuldner wirtschaftlich kaum etwas nutzt, wenn er nach der Einigung befürchten muss, von den anderen Gesamtschuldnern im Innenverhältnis in Anspruch genommen zu werden.⁴³ Um das obige Beispiel zu nutzen, in dem zwei Personen 90.000 € erlangt hatten: Einigt sich der erste Schuldner mit dem Geschädigten darauf, dass die Sache für ihn mit der Zahlung der 10.000 € erledigt ist, und würde der andere Täter nunmehr den verbleibenden Restanspruch von 80.000 € ausgleichen, so wäre er im Innenverhältnis – bei gleicher Haftungsquote – einem Regressanspruch in Höhe von 35.000 € ausgesetzt.

Damit kommt es darauf an, ob der Gläubiger dieses Interesse – den ersten Schuldner auch im Innenverhältnis zu befreien – auch hatte. Auch wenn man nicht ohne weiteres annehmen kann, der Gläubiger wolle auf den ersten Gesamtschuldner Rücksicht nehmen, kann ein solches Interesse im Einzelfall durchaus gegeben sein. Man denke etwa an die Straftaten aus dem familiären Bereich, begangen durch ein Familienmitglied und einen Familienfremden: Hat sich das geschädigte Familienmitglied mit dem anderen Familienmitglied endgültig ausgesöhnt, spricht nichts dafür, dass es in dieser Konstellation – das weitere gedeihliche familiäre Zusammenleben ist beabsichtigt – dem Gläubiger gleichgültig ist, ob sein Verwandter nun im Innenverhältnis doch für den auf ihn entfallenden Anteil haftbar gemacht wird. Es ist dem Familienfrieden nicht zuträglich, dass so auf dem »Umweg« über den Gesamtschuldnerinnenregress wirtschaftlich das Ergebnis erreicht wird,⁴⁴ das auch ohne die »Aussöhnung« und den Erlass / den Vergleich erreicht worden wäre. In einem solchen Fall ist von einer beschränkten Gesamtwirkung auszugehen.

Gleiches kann gelten, wenn es sich um Straftaten handelt, die im Rahmen von Arbeitsverhältnissen / geschäftlichen Verbindungen begangen wurden, und wenn diese mit dem sich einigenden Gesamtschuldner fortgesetzt werden sollen. Es ist hierbei an den bereits skizzierten Fall des »Whistleblowers« zu denken, der die Straftaten aufgedeckt hat, und mit dem sich dann zivilrechtlich »geeinigt« wird. Hier kann viel dafür sprechen, dass dem sich einigenden Gesamtschuldner als »Gegenleistung« für die Hilfe bei der Aufdeckung der Taten auch versprochen werden sollte, dass er nicht wirtschaftlich vernichtet würde, was dann aber ggf. nur erreicht werden kann, wenn er sich im Innenverhältnis keinem Ausgleichsanspruch der anderen Gesamtschuldner mehr ausgesetzt sehen sollte. In einem solchen Fall wird man auch von einer beschränkten Gesamtwirkung auszugehen haben mit der Folge, dass der Anspruch gegen die anderen Gesamtschuldner in der Höhe erloschen ist, die auf den »Whistleblower« entfällt. Damit stellt sich die Frage, in welcher Höhe der Anspruch erloschen ist. Das ist die Problematik, wie der Anteil im Innenverhältnis bestimmt werden muss, der auf den sich einigenden Gesamt-

schuldner entfällt. § 426 Abs. 1 S. 1 BGB bestimmt, dass im Zweifel die Verpflichtung zu gleichen Anteilen besteht, wobei diese Grundregel nur dann gilt, wenn es an jedem anderen Vergleichsmaßstab fehlt.⁴⁵ Das ist bei Fällen mit strafrechtlichem Einschlag regelmäßig nicht der Fall. So geht die Rspr. davon aus, dass sich bei Schadensersatzansprüchen die Verteilung maßgeblich nach dem Maß der Verursachung und dem Verschulden richtet.⁴⁶ Berücksichtigt man hier, dass es der Sache nach um einen Bereicherungsanspruch geht, so wird eine entscheidende Rolle auch spielen, welcher Gesamtschuldner maßgeblich an dem erlangten »Etwas« profitiert hat und Nutznießer der Straftat war.⁴⁷

III. Klärung des Innenverhältnisses statt Billigkeitsentscheidung

Damit gewinnen in einem Fall, in dem eine Einigung mit einem Gesamtschuldner erfolgt ist, und dieser Einigung eine beschränkte Gesamtwirkung zukommt, Fragen nach dem Innenverhältnis eine Rolle, die sonst irrelevant sind. Insbesondere ist es denkbar, dass man bei der Einigung / dem Erlass mit dem oben erwähnten »Whistleblower« oder dem Familienmitglied davon ausgegangen ist, dass der auf ihn entfallende Anteil relativ klein sei und sich im Nachhinein herausstellt, dass diese Annahme unzutreffend war. Angesichts der Tatsache, dass in der Praxis der »Vergleich« mit dem Whistleblower meist nicht angefochten wird (und wohl auch nicht angefochten werden kann), und auch der erwähnte »Erlass« im Familienkreis später selten erneut thematisiert wird, eröffnen sich hier für die Verteidigung der anderen Gesamtschuldner gegen den Einziehungsanspruch interessante Verteidigungsmöglichkeiten. Auf diese Weise können Umstände des Innenverhältnisses im Hinblick auf die Höhe der anzuordnenden Einziehung über die beschränkte Gesamtwirkung des Vergleichs / der Einigung / des Erlasses im Rahmen der Verteidigung gegen die Einziehung angeführt werden.

Für die Strafverfolgungsbehörden und Gerichte ergibt sich, da sie dem Amtsermittlungsgrundsatz unterliegen, dass sie in einem solchen Fall, in dem eine beschränkte Gesamtwirkung einer Einigung in Rede steht, diese ermitteln müssen, um die zutreffende Höhe des Einziehungsbetrags festzulegen. Insgesamt verkompliziert das die Rechtsanwendung und kann dazu führen, dass der Strafprozess mit Fragestellungen überfrachtet wird, die mit der zutreffenden Sanktionierung eines bestimmten Geschehens kaum etwas zu tun haben. Der früher gangbare Weg, hier über eine Billigkeitsentscheidung vorzugehen, ist nach der jetzigen gesetzlichen Konzeption aber versperrt.

42 Prütting/Wegen/Weinreich-BGB/H.-F. Müller (Fn. 30), § 423 Rn. 4; MüKo-BGB/Heinemeyer (Fn. 38), § 423 Rn. 3; OLG Bremen NJW-RR 1998, 1745.

43 Danwerth NJW 2017, 2869 (2871); Prütting/Wegen/Weinreich-BGB/H.-F. Müller (Fn. 30), § 423 Rn. 4; BGH NJW 2000, 1942.

44 Das schädigende Familienmitglied leistet seinen Anteil an das geschädigte Familienmitglied, wengleich auch nicht direkt, sondern über den »Umweg« des anderen Gesamtschuldners. Dieser zahlt an die Staatskasse, die an den Geschädigten auskehrt (§ 459h StPO), und nimmt Regress beim schädigenden Familienmitglied.

45 Palandt-BGB/Grüneberg (Fn. 30), § 426 Rn. 8; MüKo-BGB/Heinemeyer (Fn. 38), § 426 Rn. 15.

46 BGHZ 203, 193; Palandt-BGB/Grüneberg (Fn. 30), § 426 Rn. 14; MüKo-BGB/Heinemeyer (Fn. 38), § 426 Rn. 16.

47 OLG Stuttgart NJW-RR 1994, 876; OLG Hamm NJW 2002, 1054; BGHZ 203, 193 (Anteil am wirtschaftlichen Erfolg eines Kartells).

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 Prittwitz, Goethe-Universität Frankfurt a.M. • Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann, 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

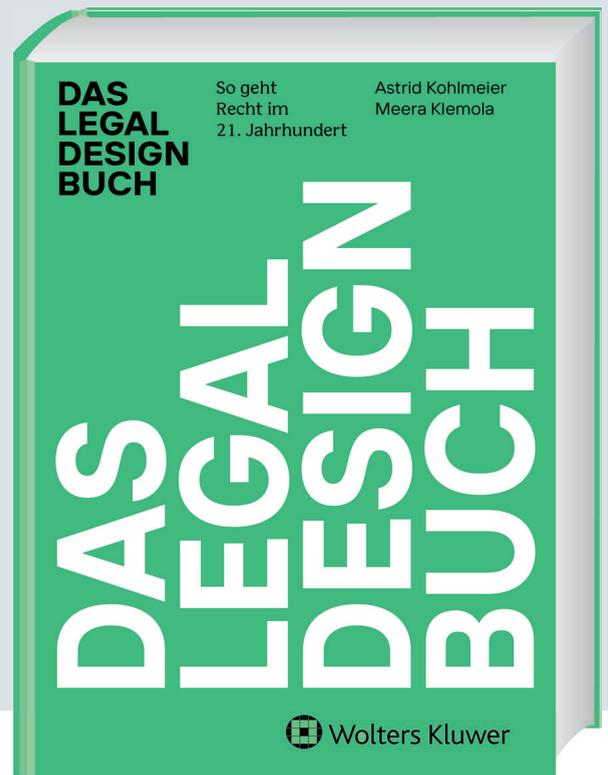
ISSN 2702-2471

www.stv-online.de

So geht Recht im 21. Jahrhundert

Der Leitfaden für erfahrene Juristinnen & Juristen sowie Berufseinsteiger ist in seiner Art der erste, der Design und Recht praxisnah vereint und die Vorteile dieser interdisziplinären Arbeitsweise aufzeigt. Er erläutert, was Legal Design ist, wofür es wichtig ist und wie man es in der Praxis anwenden kann.

- Die 10 Legal Design Prinzipien
- Legal Design Schritt für Schritt
- Die Rolle der Legal Designerin
- Kundenerlebnisse oder Legal Experiences
- Den Wert von Legal Design messen



ISBN 978-3-472-09726-6, € 69,-

Kohlmeier / Klemola, *Das Legal Design Buch* – im Modul Anwaltspraxis Premium auf Wolters Kluwer Online. Modul jetzt inkl. LawTracker® 30 Tage gratis testen.

Profitieren Sie im Abonnement neben über 100 weiteren Titeln von diesen digitalen Assistenten: Formular-Assistent, Schmerzensgeld-Assistent, Anwaltsgebühren Online (in Kooperation mit Deutscher Anwaltverlag e. V.) sowie jährlich 12 Online-Seminare zu verschiedenen Rechtsgebieten gemäß § 15 FAO. Mit weiteren Tools und Funktionen für effizienteres Arbeiten – inkl. der Wolters Kluwer Recherche mit Zugriff auf die kostenlose Rechtsprechungs- und Gesetzesdatenbank.

NEU LawTracker®: Der direkte Weg vom PDF in die Recherche.

[wolterskluwer-online.de](https://www.wolterskluwer-online.de)

ALLES, WAS EXPERTEN BEWEGT.

Auch im Buchhandel erhältlich