

RSÜ 6

vom 14. Oktober 2015

von Dieter Kochheim

Der unregelmäßig erscheinende Rechtsprechungsüberblick dokumentiert die aktuelle Rechtsentwicklung mit den Schwerpunkten Wirtschafts- und Ermittlungsrecht. Von besonderer Bedeutung sind die Entscheidungen zum Gebrauch von Scheinrechnungen (Nr. 1), zur Zugangssperre im Zusammenhang mit dem Ausspähen von Daten (lit B.), zu den uneigentlichen Organisationsdelikten (Nr. 5), zur richterlichen Befassung bei Gefahr im Verzug (lit. D.) und zur Beschlagnahme von E-Mail-Konten (Nr. 9), weil der 3. Strafsenat damit die Entscheidungslinie beendet hat, wonach die Regeln zur Postbeschlagnahme anzuwenden sind.

Inhalt:

A. Wirtschafts- und Steuerstrafrecht	2
1. Scheinrechnungen	2
2. Zahlungsunfähigkeit	2
3. Betrug im Zusammenhang mit Kapitalbeteiligungen	3
B. IuK-Strafrecht: Ausspähen von Daten und Datenveränderung	4
C. Allgemeines materielles Strafrecht	5
4. Sukzessiver Tatplan	5
5. Uneigentliche Organisationsdelikte	6
6. Geldstrafe und „Schätzung ins Blaue“	7
D. Strafverfahrensrecht	7
7. Beschluss zur Wohnungsdurchsuchung	7
8. Beschlagnahmefreie Verteidigerunterlagen	8
9. Beschlagnahme von E-Mails	8
10. Unzulässige Tricks bei der Protokollierung (Vertrauenspersonen)	9
11. Beweisaufnahme über Indiz- oder Hilfstatsachen	9
12. Hinweispflicht wegen Änderung der Teilnahme	10
13. Die simsende Richterin	10
14. Klare Regeln im Aussetzungsbeschluss	11
15. Widerruf einer Strafaussetzung zur Bewährung	11
E. Gewerbliche Schutzgüter	12
16. Filesharing und Datenmüll	12

A. Wirtschafts- und Steuerstrafrecht

Eine zeitgeschichtlich und steuerrechtlich spannende Entscheidung hat der BGH im Juli 2015 gesprochen („Schreiber“).¹ In anderen Entscheidungen hat er zum Umsatzsteuerkarussell Stellung genommen² und festgestellt, dass der Schmuggel die spätere Steuerhinterziehung verdrängt.³

1. Scheinrechnungen

Zum Gebrauch falscher Urkunden (Scheinrechnungen) im Besteuerungsverfahren hat der BGH „ergänzend“ ausgeführt:⁴

Der Angeklagte hat die zum Zweck der Hinterziehung von Umsatzsteuer hergestellten unechten Urkunden (Scheinrechnungen) auch schon durch die mittelbare Übergabe an seinen Steuerberater zwecks Erstellung der Jahresumsatzsteuererklärungen 2005 bis 2007 (...) zur Täuschung im Rechtsverkehr gebraucht (...⁵). Der Angeklagte wollte die Scheinrechnungen nicht nur gegebenenfalls bei Nachprüfungen durch das Finanzamt vorlegen, sondern sie in jedem Fall auch gegenüber seinem gutgläubigen Buchhalter für die Erstellung der Umsatzsteuervoranmeldungen und gegenüber seinem Steuerberater für die Erstellung der Jahresumsatzsteuererklärungen verwenden (...). Die Jahre später erfolgte gemeinsame Vorlage der für die Jahre 2005 bis 2007 hergestellten Scheinrechnungen anlässlich der Steuerprüfung verbindet die bereits vollendeten Urkundenstraftaten nicht nachträglich zu einer Tat im Rechtssinne.

2. Zahlungsunfähigkeit

Zur Zahlungsunfähigkeit und zu den wirtschaftskriminalistischen Beweisanzeichen hatte sich der BGH zuletzt 2013 geäußert.⁶ Jetzt hat er ausgeführt:⁷

<Rn. 17> Zahlungsunfähigkeit liegt gemäß § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO vor, wenn der Schuldner nicht in der Lage ist, die fälligen Zahlungsverpflichtungen zu erfüllen. Sie ist in der Regel durch eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung der fälligen Verbindlichkeiten einerseits und der zu ihrer Tilgung vorhandenen oder kurzfristig herbeizuschaffenden Mittel andererseits festzustellen (...⁸, sog. betriebswirtschaftliche Methode). Eine derartige Gegenüberstellung enthält das Urteil nicht. Soweit dort die am 31. Dezember 2007 bestehenden "Schulden" dem "Vermögen" der A. gegenübergestellt werden, lässt sich ... nicht erkennen, dass hiermit ausschließlich fällige Verbindlichkeiten gemeint waren.

<Rn. 18> Die Zahlungsunfähigkeit kann zwar auch durch sogenannte wirtschaftskriminalistische Beweisanzeichen belegt werden (sog. wirtschaftskriminalistische Methode, ...⁹). Als solche kommen unter anderem in Betracht die ausdrückliche Erklärung, nicht zahlen zu können, das Ignorieren von Rechnungen und Mahnungen, gescheiterte Vollstreckungsversuche, Nichtzahlung von Löhnen und Gehältern, der Sozialversicherungsabgaben oder der sonstigen Betriebskosten, Scheck- und Wechselproteste oder Insolvenzanträge von

¹ [BGH, Beschluss vom 28.7.2015 - 1 StR 602/14.](#)

² [BGH, Beschluss vom 2.9.2015 - 1 StR 239/15](#), Rn. 12 ff.

³ [BGH, Beschluss vom 2.9.2015 - 1 StR 11/15.](#)

⁴ [BGH, Beschluss vom 23.7.2015 - 1 StR 279/15](#), S. 2.

⁵ Verweis auf [BGH, Beschluss vom 7.6.1994 - 5 StR 272/94.](#)

⁶ [BGH, Beschluss vom 21.8.2013 - 1 StR 665/12](#), Rn. 14, 15.

⁷ [BGH, Beschluss vom 23.7.2015 - 3 StR 518/14.](#)

⁸ Verweis auf [BGH, Beschluss vom 30.1.2003 - 3 StR 437/02.](#)

⁹ Verweis auf [BGH, Urteil vom 20. Juli 1999 - 1 StR 668/98.](#)

Gläubigern (...¹⁰). Auch aufgrund derartiger Indizien lässt sich anhand der Urteilsgründe aber nicht nachvollziehen, dass die A. zum 31. Dezember 2007 zahlungsunfähig war. Festgestellt sind bis zu diesem Tag nur Rückbuchungen in Höhe von insgesamt 12.716,77 € und eine - durch ein zwei Tage später ergangenes Versäumnisurteil titulierte - Verbindlichkeit in Höhe von 63.592,84 €. Diesen Schulden stand jedoch ein Vermögen in Höhe von 177.753,42 € gegenüber. Angesichts dessen versteht es sich nicht von selbst, dass keine Finanzmittel zur Tilgung der fälligen Verbindlichkeiten bereitstanden, was daher der näheren Begründung bedurft hätte.

3. Betrug im Zusammenhang mit Kapitalbeteiligungen

Prognostische Fehlvorstellungen begründen für sich alleine noch keine Irrtumserregung und -förderung. An die gerichtlichen Feststellungen stellt der BGH besondere Anforderungen:¹¹

<Rn. 10> Täuschung im Sinne des § 263 Abs. 1 StGB ist jede Einwirkung des Täters auf die Vorstellung des Getäuschten, welche objektiv geeignet und subjektiv bestimmt ist, beim Adressaten eine Fehlvorstellung über tatsächliche Umstände hervorzurufen. Sie besteht in der Vorspiegelung falscher oder in der Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen (...¹²). Nach den Feststellungen erfolgte die Werbung von Investoren - von vereinzelten persönlichen Gesprächen abgesehen - unter Verwendung eines Werbeprospektes für die Beteiligung (Komplex C I. der Urteilsgründe) sowie durch persönliche Anschreiben und eine "Kurzvorstellung Beteiligung an der Komplementärin der Projektgesellschaft" (Komplex C II. der Urteilsgründe). Zu der näheren Ausgestaltung des Werbeprospekts verhalten sich die Urteilsgründe nur insoweit, als eine allgemein gehaltene Belehrung über die Risiken einer unternehmerischen Beteiligung zitiert und eine aus sich heraus unverständliche Prognoseberechnung mitgeteilt wird, die sich ... dem Kontext des Prospekts nach auf die Projektgesellschaft beziehen soll. Einzelheiten zu der in den Unterlagen gegebenen Darstellung des zu finanzierenden Windparkprojekts stellt das Urteil weder zu dem Werbeprospekt noch hinsichtlich der Kurzvorstellung fest. Auf der Grundlage der bisherigen Sachverhaltsschilderung kann daher nicht beurteilt werden, ob durch den Werbeprospekt und die Kurzvorstellung für die Anleger ein unzutreffendes Bild von den mit der konkreten Anlageentscheidung verbundenen Risiken gezeichnet wurde. Angesichts des Fehlens konkreter Feststellungen zum Inhalt der Unterlagen reichen auch die pauschalen Verweise der Strafkammer darauf, dass der Angeklagte nicht auf die Unvollständigkeit der Projektrechte und die Unterkapitalisierung des Projekts (Komplex C I. der Urteilsgründe) bzw. auf die aufgrund der schlechten Finanzlage der Komplementärin, der Nichtexistenz des Windparks und der Unvollständigkeit der Planungsunterlagen das Übliche übersteigende Gefährdung der Rückzahlungsansprüche (Komplex C II. der Urteilsgründe) hingewiesen habe, nicht aus, um eine Täuschung der Anleger hinreichend zu belegen. Schließlich hat die Strafkammer eine konkludente Erklärung des Angeklagten, nach seiner eigenen aufgrund einer gegenwärtigen Beurteilung der künftigen Verhältnisse begründeten Erwartung zur Rückzahlung der Anlagebeträge bei Fälligkeit in der Lage zu sein (...¹³) ebenso wenig erwogen wie eine - insbesondere im Komplex C 2. der Urteilsgründe angesichts des hohen Zinsversprechens in der Investitionsphase und der eher beiläufig festgestellten Gewährung eines nicht schriftlich dokumentierten Darlehens der

¹⁰ Verweis auf [BGH, Beschluss vom 21.8.2013 – 1 StR 665/12](#) u.a.

¹¹ [BGH, Beschluss vom 28.7.2015 - 4 StR 598/14.](#)

¹² Verweis auf [BGH, Urteil vom 8.10.2014 - 1 StR 359/13.](#)

¹³ Verweise auf [BGH, Urteil vom 19.12.1984 - 2 StR 474/84](#), [BGH, Beschluss vom 10.4.1984 - 4 StR 180/84](#), [BGH, Urteil vom 22. Oktober 1981 - 4 StR 429/81](#) und [BGH, Urteil vom 10.1.1964 - 4 StR 497/63.](#)

Gesellschaft an den Angeklagten in Höhe von 1 Mio. Euro - nicht fernliegende Täuschung über eine tatsächlich nicht bestehende Rückzahlungsbereitschaft.

<Rn. 14> Soweit der Angeklagte wegen Insolvenzverschleppung verurteilt worden ist, lassen die festgestellten Umstände auch ohne eine stichtagsbezogene Gegenüberstellung der fälligen und eingeforderten Verbindlichkeiten sowie der zu ihrer Tilgung vorhandenen oder herbeizuschaffenden Mittel (...¹⁴) noch hinreichend erkennen, dass die vom Angeklagten als Geschäftsführer geleitete Gesellschaft WE. GmbH mit Fälligkeit der Vergleichsrate am 15. Juli 2012 zahlungsunfähig war.

B. IuK-Strafrecht: Ausspähen von Daten und Datenveränderung

Grundlegend für die Frage nach der geforderten Zugriffssperre bei dem Ausspähen von Daten (§ 202a Abs. 1 StGB) ist eine Entscheidung des BGH aus 2010,¹⁵ die sich mit dem Auslesen der Kartendaten aus dem Magnetstreifen einer Zahlungskarte beschäftigt: *Bei den unverschlüsselt auf dem Magnetstreifen gespeicherten Daten fehlt es bereits an einer besonderen Sicherung gegen unberechtigten Zugang <Rn. 5>. Besonders gesichert sind ... nur solche Daten, bei denen der Verfügungsberechtigte durch seine Sicherung sein Interesse an der Geheimhaltung der Daten dokumentiert hat <Rn. 6>.* In einer jetzt veröffentlichten Entscheidung befasst sich der BGH mit dem Einsatz von Malware, die zum Mining¹⁶ von Bitcoins und zum Ausspähen von Zugangsdaten auf den infizierten Geräten dient. Auch die neue Entscheidung setzt sich im Wesentlichen mit dem gebotenen Zugangsschutz auseinander und streift die Datenveränderung nur knapp:¹⁷

<Rn. 9> Die Zugangssicherung im Sinne von § 202a Abs. 1 StGB muss darauf angelegt sein, den Zugriff Dritter auf die Daten auszuschließen oder wenigstens nicht unerheblich zu erschweren (...¹⁸). Darunter fallen insbesondere Schutzprogramme, welche geeignet sind, unberechtigten Zugriff auf die auf einem Computer abgelegten Daten zu verhindern, und die nicht ohne fachspezifische Kenntnisse überwunden werden können und den Täter zu einer Zugangsart zwingt, die der Verfügungsberechtigte erkennbar verhindern wollte (...¹⁹). Schließlich muss der Zugangsschutz auch gerade im Zeitpunkt der Tathandlung bestehen (...²⁰).

Über diese Fragen wird man auch künftig streiten müssen, zumal der Gesetzgeber eine etwas geringere Schutztiefe und noch keine Datenverschlüsselungen vor Augen hatte. Mir fehlt auch eine Auseinandersetzung mit der Frage, ob nicht auch schon eine Kennwortabfrage beim Systemstart hinreichend ist.²¹ Im Übrigen bemängelt der BGH besonders die unzureichenden Feststellungen und Erläuterungen:

<Rn. 11> Es fehlt in den Urteilsgründen eine hinreichend genaue Darstellung der Wirkweise der von dem Angeklagten bereitgestellten Schadsoftware, welche die Benennung der im

¹⁴ Verweis auf [BGH, Beschluss vom 30.1.2003 - 3 StR 437/02](#).

¹⁵ [BGH, Beschluss vom 6.7.2010 – 555/09](#).

¹⁶ Mining ist ein Fachbegriff, der auf die Berechnung unter erheblichem Rechenaufwand anspricht, um digitale Verrechnungseinheiten (Bitcoin) zu produzieren, die transaktionssicher, aber anonym als Währungsersatz eingesetzt werden können.

¹⁷ BGH, Beschluss vom 21.7.2015 - 1 StR 16/15.

¹⁸ Verweis auf [BGH, Beschluss vom 6.7.2010 – 555/09](#).

¹⁹ Verweis auf BT-Drucks. 16/3656 S. 10.

²⁰ Verweis auf MüKo-StGB/Graf, StGB, § 202a Rn. 20.

²¹ Kochheim, Cybercrime und Strafrecht in der Informations- und Kommunikationstechnik, München (Beck) 2015, Rn. 454.

konkreten Einzelfall umgangenen Zugangssicherung erfasst. Der pauschale Verweis auf deren Bestehen reicht dafür ohne nähere Darlegung nicht aus, denn eine revisionsgerichtliche Kontrolle der eingangs genannten Voraussetzungen ist nur auf der Grundlage einer ausreichend deskriptiven Darlegung der konkreten tatsächlichen und technischen Umstände möglich. Die insoweit bestehende Lücke lässt sich durch die Feststellungen auch in ihrer Gesamtheit nicht schließen.

<Rn. 12> Hinzu kommt, dass das Landgericht zwischen den Begrifflichkeiten der Firewall und des Virenschutzprogrammes nicht erkennbar differenziert hat, wodurch unklar bleibt, ob es die technischen Voraussetzungen der Zugangssicherung in tatsächlicher Hinsicht zutreffend bewertet hat. Während es zunächst nämlich darauf abstellt, der Trojaner sei so konzipiert gewesen, die vorinstallierte Firewall bestimmter Betriebssysteme zu umgehen (UA S. 3), findet sich im Widerspruch dazu an späterer Stelle der Urteilsgründe die Feststellung und Wertung, die vom Angeklagten bereitgestellte Schadsoftware sei durch die Virenprogramme der 327.379 Nutzer nicht erkannt worden (UA S. 4). Unter Zugrundelegung der zu der Schadsoftware zuletzt getroffenen Feststellungen käme eine Firewall als tatbestandsmäßige Schutzvorrichtung bereits dem Grunde nach nicht in Betracht.

Schließlich folgt die unausgesprochene Werbung für mein Buch:

<Rn. 17> Das neue Tatgericht wird Gelegenheit haben, sich mit den Handlungsabläufen in technischer und zeitlicher Hinsicht umfassender als bislang auseinanderzusetzen. Erst die hinreichend genaue Feststellung der technischen Gegebenheiten ermöglicht die strafrechtliche Bewertung der in Frage kommenden - als solche bereits zutreffend erkannten - Straftatbestände.

C. Allgemeines materielles Strafrecht

In direkter Konkurrenz zueinander verdrängt der vollendete Betrug den zeitlich später begangenen Computerbetrug, weil der § 263a StGB zur Schließung von Strafbarkeitslücken im § 263 StGB eingerichtet wurde.²² Dass dabei eine vollständig selbständige Norm geschaffen wurde, die ausdrücklich keine Subsidiarität kennt, bleibt unerörtert.

4. Sukzessiver Tatplan

Der Beginn des Versuches kann nach dem anerkannten Handlungsmodell bereits im Vorbereitungsstadium eintreten, wenn die Ausführungshandlung unmittelbar in die Tatvollendung unmittelbar münden soll. Bei den sukzessiven Tatplänen werden hingegen, auch nach der Vorstellung des Täters, vorbereitende Teile ausgeführt und wird die Tatausführung erst zu einem späteren Zeitpunkt geplant. Leitend dafür ist das Bild vom Heiratsschwindler, der sich zunächst in das Vertrauen des Opfers einschleicht, um später einen Betrug auszuführen. Die letzte Klarheit hat der BGH noch nicht geschaffen:²³

<Rn. 14> ... Ein unmittelbares Ansetzen zur Tat liegt bei Handlungen des Täters vor, die nach dem Tatplan der Verwirklichung eines Tatbestandsmerkmals vorgelagert sind und im Falle ungestörten Fortgangs ohne Zwischenakte in die Tatbestandshandlung unmittelbar einmünden sollen (st. Rspr., ...²⁴). Nicht als Zwischenakte in diesem Sinne anzusehen sind Handlungen, die wegen ihrer notwendigen Zusammengehörigkeit mit der Tathandlung nach

²² [BGH, Beschluss vom 16.7.2015 - 2 StR 16/15.](#)

²³ [BGH, Beschluss vom 16.7.2015 - 4 StR 219/15.](#)

²⁴ Verweise auf [BGH, Urteil vom 20.3.2014 - 3 StR 424/13](#) – und [BGH, Beschluss vom 11.5.2010 – 3 StR 105/10.](#)

dem Plan des Täters als deren Bestandteil erscheinen, weil sie an diese zeitlich und räumlich angrenzen und mit ihr im Falle der Ausführung eine natürliche Einheit bilden; dies kann auch für ein notwendiges Mitwirken des Opfers gelten (...²⁵).

5. Uneigentliche Organisationsdelikte

Die schon angeführte Entscheidung zur Zahlungsunfähigkeit äußert sich auch zu Fragen im Zusammenhang mit Betrug, Täuschung und der Beteiligung an einem Organisationsdelikt:²⁶

<Rn. 5> ... Mehrere Handlungen während eines **Gesamtablaufs**, die ebenso wie die erste Täuschung nur auf die Herbeiführung des vom Täter von vornherein ins Auge gefassten endgültigen Erfüllungsschadens gerichtet sind, haben rechtlich keine selbständige Bedeutung, **mag sich der Erfüllungsschaden auch nur in Etappen realisieren** (...²⁷).

<Rn. 6> ... Wirkt ein Täter an einzelnen Taten anderer Beteiligter selbst nicht unmittelbar mit, sondern erschöpfen sich seine Tatbeiträge hierzu im Aufbau und in der Aufrechterhaltung des auf die Straftaten ausgerichteten "Geschäftsbetriebes", sind diese Tathandlungen als **uneigentliches Organisationsdelikt** zu einer einheitlichen Tat im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB zusammenzufassen. Als rechtlich selbständige Taten können dem Mittäter - soweit keine natürliche Handlungseinheit vorliegt - nur solche Einzeltaten der Serie zugerechnet werden, für die er einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag leistet (st. Rspr.;²⁸).

Die Bedeutung der uneigentlichen Organisationsdelikte wird jetzt auch vom LG Lüneburg im Zusammenhang mit NS-Verbrechen hervorgehoben, wobei es um die fördernden Handlungen eines Gehilfen ging, die insgesamt als eine einheitliche Handlung betrachtet werden:²⁹

<Rn. 58> Leistet ein Gehilfe für alle oder einige Einzeltaten einen individuellen, nur je diese fördernden Tatbeitrag, so sind ihm diese Taten – soweit keine natürliche Handlungseinheit vorliegt – als **tatmehrheitlich begangen zuzurechnen**. Fehlt es an einer solchen individuellen Tatförderung, erbringt der Gehilfe aber während des **Laufs der Deliktserie Tatbeiträge, durch die alle oder mehrere Einzeltaten gleichzeitig gefördert werden, sind ihm die gleichzeitig geförderten einzelnen Straftaten als tateinheitlich begangen zuzurechnen**, da sie in seiner Person durch den einheitlichen Tatbeitrag zu einer Handlung im Sinne des § 52 Abs. 1 StGB verknüpft werden (...³⁰). Letzteres ist hier der Fall. Die gesamte Tätigkeit des Angeklagten in Auschwitz war dadurch geprägt, dass sie eine Vielzahl von Morden förderte, ohne dabei auf die Förderung bestimmter einzelner Taten gerichtet zu sein. Dies gilt insbesondere für das Verwalten und Abliefern des Geldes. Dass die „Rampendienste“, die er während der „Ungarn-Aktion“ versah, einen gewissen Bezug zu den sich unmittelbar anschließenden Vergasungen hatten, führt zu keinem anderen Ergebnis, weil eine Aufspaltung in Einzeltaten allein deswegen willkürlich und gekünstelt erschiene und auch dem Verständnis des Angeklagten, der die „Ungarn-Aktion“ als einheitliches Geschehen betrachtete, nicht gerecht würde.

²⁵ Verweis auf [BGH, Urteil vom 30.4.1980 - 3 StR 108/80](#).

²⁶ [BGH, Beschluss vom 23.7.2015 - 3 StR 518/14](#).

²⁷ Verweise auf [BGH, Beschluss vom 21.7.1998 - 4 StR 274/98](#) - (nur Leitsätze) und [BGH, Beschluss vom 21.11.2001 - 2 StR 260/01](#).

²⁸ Verweise auf [BGH, Beschlüsse vom 14.10.2014 - 3 StR 365/14](#) – und [BGH, Beschluss vom 17.9.2013 - 3 StR 259/13](#).

²⁹ [LG Lüneburg, Urteil vom 15.7.2015, 27 Ks 9/14, 27 Ks 1191 Js 98402/13](#).

³⁰ Verweise auf [BGH, Beschluss vom 19.11.2014 - 4 StR 284/14](#) – und [BGH, Beschluss vom 7.12.2010 - 3 StR 434/10](#).

6. Geldstrafe und „Schätzung ins Blaue“

Das BVerfG verlangt wegen der Schätzung der Tagessatzhöhe nach Bemessungsgrundlagen, die auch im Urteil ausgeführt werden müssen.³¹

Eine solche Mitteilung der Schätzungsgrundlagen lässt das Urteil des Amtsgerichts in nicht mehr hinzunehmender Weise vermissen. Es beschränkt sich auf die Feststellung, die Angeklagte habe erklärt, dass sie Verkehrspilotin sei, diesen Beruf derzeit nicht ausübe, jedoch auch nicht arbeitslos sei. Daher werde das monatliche Nettoeinkommen auf 2.400 Euro geschätzt. Diese Vorgehensweise ist zwar nicht bereits deshalb zu beanstanden, weil im Hauptverhandlungsprotokoll die abweichende Erklärung der Beschwerdeführerin festgehalten ist, sie habe kein Einkommen und sei arbeitssuchend als Verkehrspilotin. Denn bei einem Widerspruch zwischen Protokollinhalten im Sinne des § 273 Abs. 2 Satz 1 StPO und den Urteilsgründen sind allein letztere maßgebend (...). Jedoch kommt die Annahme eines monatlichen Nettoeinkommens von 2.400 Euro - wie sie bereits dem Strafbefehl zugrunde gelegen hatte - aufgrund der tatsächlich völlig ungeklärten Einkommensverhältnisse einer bloßen „Schätzung ins Blaue hinein“ gleich. Die Ausübung einer Beschäftigung, die mit einer festen Vergütung verbunden ist, oder eine sonstige Einkommensquelle wurden nicht im Ansatz festgestellt.

D. Strafverfahrensrecht

Die Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft für eine Entscheidung bei **Gefahr im Verzug** endet, sobald der zuständige Ermittlungs- oder Eilrichters durch die Stellung eines Antrags auf Erlass einer Durchsuchungsanordnung mit der Sache befasst ist, und lebt nur dann wieder auf, wenn neue tatsächliche Umstände eintreten oder bekannt werden, die <ihrerseits> die Gefahr eines Beweismittelverlusts <begründen und> der Möglichkeit einer rechtzeitigen richterlichen Entscheidung entgegenstehen.³²

7. Beschluss zur Wohnungsdurchsuchung

Zur Wohndurchsuchung und ihren durch Art. 13 GG gesetzten Schranken hat sich das BVerfG schon mehrfach geäußert. Jetzt hat es seine Positionen (nochmals) zusammengefasst.³³

<Rn. 14> Dem Gewicht dieses Eingriffs und der verfassungsrechtlichen Bedeutung des **Schutzes der räumlichen Privatsphäre** entspricht es, dass Art. 13 Abs. 2 GG die Anordnung einer Durchsuchung grundsätzlich dem Richter vorbehält (...³⁴). Diesen trifft als **Kontrollorgan** der Verfolgungsbehörden die Pflicht, durch eine geeignete Formulierung des Durchsuchungsbeschlusses im Rahmen des Möglichen und Zumutbaren sicherzustellen, dass der **Eingriff in die Grundrechte messbar und kontrollierbar bleibt** (...³⁵). Dazu muss der Beschluss insbesondere den **Tatvorwurf** so beschreiben, dass der äußere Rahmen abgesteckt wird, innerhalb dessen die Zwangsmaßnahme durchzuführen ist (...³⁶). Der Richter muss die aufzuklärende Straftat oder Ordnungswidrigkeit, wenn auch kurz, doch so genau umschreiben,

³¹ [BVerfG, Beschluss vom 1.6.2015 - 2 BvR 67/15.](#)

³² [BVerfG, Beschluss vom 16.6.2015 - 2 BvR 2718/10, 1849, 2808/11](#), Leitsätze 2 und 3.

³³ [BVerfG, Beschluss vom 16.4.2015 - 2 BvR 440/14.](#)

³⁴ Verweis auf [BVerfG, Urteil vom 20.2.2001 - 2 BvR 1444/00.](#)

³⁵ Verweise auf [BVerfG, Beschluss vom 26.5.1976 - 2 BvR 294/76](#) – und [BVerfG, Urteil vom 20.2.2001 - 2 BvR 1444/00.](#)

³⁶ Verweis auf [BVerfG, Urteil vom 20.2.2001 - 2 BvR 1444/00.](#)

wie es nach den Umständen des Einzelfalls möglich ist (...³⁷) Dies versetzt den von der Durchsuchung Betroffenen zugleich in den Stand, die Durchsuchung seinerseits zu kontrollieren und etwaigen Ausuferungen im Rahmen seiner rechtlichen Möglichkeiten von vornherein entgegenzutreten (...³⁸). Der gerichtliche Durchsuchungsbeschluss dient auch dazu, die **Durchführung der Eingriffsmaßnahme messbar und kontrollierbar** zu gestalten (...³⁹). Der Schutz der Privatsphäre, die auch von übermäßigen Maßnahmen im Rahmen einer an sich zulässigen Durchsuchung betroffen sein kann, darf nicht allein dem Ermessen der mit der Durchführung der Durchsuchung beauftragten Beamten überlassen bleiben (...⁴⁰).

<Rn. 16> ... Denn der Durchsuchungsbeschluss muss aus sich heraus verständlich und hinreichend bestimmt sein. Eine solche Bestimmtheit ergibt sich auch nicht aus der Tatsache, dass der Tatverdacht sich aus einer steuerlichen Beratung ergibt, da sowohl Rechtsanwälte als auch Steuerberater zur steuerlichen Beratung befugt sind.

8. Beschlagnahmefreie Verteidigerunterlagen

Im Zusammenhang mit der Beschlagnahme von E-Mails hat das BVerfG die Durchsicht der Korrespondenz zwischen dem Beschuldigten und seinem Verteidiger noch nicht als unverhältnismäßig anzusehen, da andernfalls jedes E-Mail-Konto auf einfache Weise dem Zugriff der Ermittlungsbehörden vollständig entzogen werden könnte.⁴¹ Die Beschlagnahmefreiheit von Verteidigerunterlagen – auch in der Hand des Beschuldigten, hat bereits der BGH festgestellt.⁴² Über die praktischen Auswirkungen berichtet das LG Braunschweig:⁴³

Verteidigungsunterlagen im Sinne des § 148 StPO sind - über den Wortlaut des § 97 Abs. 2 Satz 1 StPO hinaus - auch dann beschlagnahmefrei, wenn sie sich im Gewahrsam des Beschuldigten befinden (vergl. hierzu nur Karlsruher Kommentar ...). Die Einleitung eines Ermittlungsverfahrens gegen den Betroffenen ist dabei keine notwendige Voraussetzung, da eine schützenswerte Vertrauensbeziehung zur Vorbereitung einer Verteidigung auch dann bestehen kann, wenn dieser lediglich befürchtet, es werde zukünftig ein Ermittlungsverfahren gegen ihn geführt werden. Nichts anderes kann für Ordnungswidrigkeitenverfahren gelten, in denen eine sachgerechte Verteidigung von Rechts wegen in gleicher Weise ermöglicht werden muss wie in einem Strafverfahren. Zuletzt kann gerade bei komplexen Wirtschafts- und Steuerstrafsachen bereits die eigenständige - unabhängig von den Ermittlungen der Strafverfolgungsbehörden vorgenommene - Aufarbeitung des Sachverhalts ein wesentliches Element zur Vorbereitung einer wirksamen Verteidigung darstellen, ohne dass bereits konkrete Verteidigungsstrategien erörtert werden müssen.

9. Beschlagnahme von E-Mails

In der ersten Entscheidung des BGH über die Möglichkeiten der Beschlagnahme von E-Mail-Konten hat der 1. Strafsenat eine Analogie zur Postbeschlagnahme hergestellt.⁴⁴ Dem ist das BVerfG nicht gefolgt und hat die einfachen Instrumente für die Beschlagnahme von E-

³⁷ Verweis auf [BVerfG, Teilurteil vom 5.8.1966 - 1 BvR 586/62, 610/63 und 512/64](#).

³⁸ Verweise auf [BVerfG, Beschluss vom 26.5.1976 - 2 BvR 294/76](#) – und [BVerfG, Urteil vom 20.2.2001 - 2 BvR 1444/00](#).

³⁹ Verweise auf [BVerfG, Teilurteil vom 5.8.1966 - 1 BvR 586/62, 610/63 und 512/64](#) – und [BVerfG, Beschluss vom 26.5.1976 - 2 BvR 294/76](#).

⁴⁰ Verweis auf und [BVerfG, Beschluss vom 26.5.1976 - 2 BvR 294/76](#).

⁴¹ [BVerfG, Beschluss vom 15.8.2014 - 2 BvR 969/14](#), Rn. 45.

⁴² [BGH Urteil vom 27.3.2009 - 2 StR 302/08](#), Rn. 11 ff., 13.

⁴³ [LG Braunschweig, Beschluss vom 21.07.2015, 6 Qs 116/15](#).

⁴⁴ [BGH, Beschluss vom 31.3.2009 - 1 StR 76/09](#), S. 3.

Mails genügen lassen.⁴⁵ Eine Auseinandersetzung über die Postbeschlagnahme findet jetzt nicht mehr statt⁴⁶ und ebenfalls keine über die Verweigerung der Akteneinsicht im Ermittlungsverfahren, was angezeigt gewesen wäre.

<Rn. 5> Bei der Beschlagnahme der auf dem Mailserver eines Providers gespeicherten Daten handelt es sich um eine offene Ermittlungsmaßnahme, deren Anordnung den davon Betroffenen und den Verfahrensbeteiligten bekannt zu machen ist (§ 33 Abs. 1, § 35 Abs. 2 StPO). Eine Zurückstellung der Benachrichtigung wegen Gefährdung des Untersuchungszwecks sieht die Strafprozessordnung für diese Untersuchungshandlung - anders als § 101 Abs. 5 StPO für die in § 101 Abs. 1 StPO abschließend aufgeführten heimlichen Ermittlungsmaßnahmen - nicht vor (...⁴⁷). Der Auffassung des Landgerichts, den Strafverfolgungsbehörden falle Willkür dann nicht zur Last, wenn sie aufgrund eines "nachvollziehbaren Interesses" an der Geheimhaltung der Beschlagnahme von Benachrichtigungen absehen, geht daher fehl. Es ist nicht Sache der Ermittlungsbehörden oder Gerichte, in Individualrechte eingreifende Maßnahmen des Strafverfahrens je nach eigenen Zweckmäßigkeitserwägungen zu gestalten; sie sind vielmehr an das Gesetz gebunden. Es wäre allein Sache des Gesetzgebers, eine Regelung in die Strafprozessordnung einzufügen, die es den Ermittlungsbehörden gestattet, Beschlagnahmen vor den davon Betroffenen aus ermittlungstaktischen Gesichtspunkten zunächst zu verheimlichen und erst dann offen legen zu müssen, wenn dadurch die weiteren Ermittlungen nicht mehr gefährdet werden. Jedenfalls seit der Veröffentlichung des Senatsbeschlusses vom 24. November 2009 musste dies auch den in vorliegender Sache ermittelnden Stellen bewusst sein.⁴⁸

10. Unzulässige Tricks bei der Protokollierung (Vertrauenspersonen)

Berechtigten Ärger zeigt der BGH im Zusammenhang mit polizeilichen Trickereien:⁴⁹

Es begründet kein Verwertungsverbot, dass dem Amtsgericht bei der Antragstellung gemäß § 100a StPO als verdachtsbegründendes Beweismittel u.a. das Protokoll einer Wahllichtbildvorlage vorgelegt worden ist, bei der die Vertrauensperson (VP) den Angeklagten als Kokainhändler erkannt haben soll, wobei die VP tatsächlich – für das Amtsgericht nicht erkennbar – zuvor gezielt auf den Angeklagten und weitere Verdächtige angesetzt worden war. Mit Blick auf die übrigen vorgelegten Beweismittel hätte die Anordnung nach § 100a StPO auch bei vollständiger Darstellung des Sachverhalts ergehen können (vgl. UA S. 48).

Der Senat sieht sich jedoch zu folgender Bemerkung veranlasst: In Bezug auf die Vorlage des Protokolls der Wahllichtbildvorlage liegt ein Verstoß gegen die Grundsätze der Aktenwahrheit und -vollständigkeit vor. In einem rechtsstaatlichen Verfahren muss schon der bloße Anschein vermieden werden, die Ermittlungsbehörden wollten den Wert eines Beweismittels erhöhen (...⁵⁰).

11. Beweisaufnahme über Indiz- oder Hilfstatsachen

Wegen der Anforderungen an die „Bedeutungslosigkeit“ hat der BGH ausgeführt:⁵¹

⁴⁵ [BVerfG, Beschluss vom 16.6.2009 – 2 BvR 902/06.](#)

⁴⁶ [BGH, Beschluss vom 4.8.2015 - 3 StR 162/15.](#)

⁴⁷ Verweis auf [BGH, Beschluss vom 24.11.2009 - StB 48/09.](#)

⁴⁸ Der Hinweis darauf, dass der Gesetzgeber tätig werden müsse, scheint mir auch auf die streitige Frage nach der *legendierten Kontrolle* im Zusammenhang mit noch weiterhin verdeckt geführten Ermittlungsverfahren gerichtet zu sein.

⁴⁹ [BGH, Beschluss vom 2.9.2015 - 5 StR 312/15](#), S. 2 f.

⁵⁰ Verweis auf [BGH, Urteil vom 11.12.2013 – 5 StR 240/13.](#)

⁵¹ [BGH, Beschluss vom 5.8.2015 - 1 StR 300/15.](#)

<Rn. 3> *Eine unter Beweis gestellte Indiz- oder Hilfstatsache ist aus tatsächlichen Gründen für die Entscheidung bedeutungslos, wenn sie in keinem Zusammenhang mit der Urteilsfindung steht oder wenn sie trotz eines solchen Zusammenhangs selbst im Falle ihrer Bestätigung keinen Einfluss auf die richterliche Überzeugung vom entscheidungserheblichen Sachverhalt hätte, da sie nur einen möglichen Schluss auf das Vorliegen oder Fehlen einer Haupttatsache oder den Beweiswert eines anderen Beweismittels ermöglicht und das Gericht der Überzeugung ist, dass dieser Schluss in Würdigung der gesamten Beweislage nicht gerechtfertigt wäre. Ob der Schluss gerechtfertigt wäre, hat das Tatgericht nach den Grundsätzen der freien Beweiswürdigung zu beurteilen. Hierzu hat es die unter Beweis gestellte Indiz- oder Hilfstatsache so, als sei sie erwiesen, in das bisherige Beweisergebnis einzustellen und prognostisch zu prüfen, ob hierdurch seine bisherige Überzeugung zu der von der potentiell berührten Haupttatsache bzw. zum Beweiswert des anderen Beweismittels in einer für den Schuld- oder Rechtsfolgenausspruch bedeutsamen Weise erschüttert würde (st. Rspr.; ...⁵²). Die Anforderungen an die Begründung entsprechen grundsätzlich den Darlegungserfordernissen bei der Würdigung von durch die Beweisaufnahme gewonnenen Indiztatsachen in den Urteilsgründen (...⁵³).*

12. Hinweispflicht wegen Änderung der Teilnahme

Die Änderung des rechtlichen Gesichtspunktes betrifft auch die Frage, ob eine Verurteilung als Täter oder als Gehilfe in Betracht kommt:⁵⁴

<Rn. 5> *... Die Hinweispflicht gemäß § 265 Abs. 1 StPO gilt nicht nur in Bezug auf den Straftatbestand, sondern auch für die nach dem Urteil maßgebliche Zurechnungsnorm für Täterschaft oder Teilnahme (...⁵⁵). Nach Erhebung und Zulassung einer Anklage wegen Mittäterschaft muss daher vor einer Verurteilung des Angeklagten wegen Beihilfe zu der von einem anderen begangenen Haupttat auf diese Änderung des rechtlichen Gesichtspunkts hingewiesen werden.*

13. Die simsende Richterin

Auch wenn immer wieder behauptet wird, dass Frauen Multitasking-fähig sind, zeigt der BGH keine Einsicht und keine Gnade.⁵⁶

<Rn. 8> *Auch aus der Sicht eines besonnenen Angeklagten gab die private Nutzung des Mobiltelefons durch die beisitzende Richterin während laufender Hauptverhandlung begründeten Anlass zu der Befürchtung, die Richterin habe sich mangels uneingeschränkter Interessen an der dem Kernbereich richterlicher Tätigkeit unterfallender (vgl. § 261 StPO) Beweisaufnahme auf ein bestimmtes Ergebnis festgelegt.*

<Rn. 9> *Angesichts der Tatsache, dass es die beisitzende Richterin wegen der erwarteten Überschreitung der Sitzungszeit mit vorgefertigter SMS offensichtlich von vornherein darauf angelegt hat, aktiv in der Hauptverhandlung in privaten Angelegenheiten nach außen zu kommunizieren, kommt es entgegen der Auffassung im ablehnenden Beschluss des Landgerichts auch nicht darauf an, ob deswegen die Aufmerksamkeit der Richterin erheblich reduziert gewesen sei. Denn die beisitzende Richterin hat sich während der Zeugenvernehmung durch eine mit der Sache nicht im Zusammenhang stehende private Tätigkeit nicht nur ge-*

⁵² Verweise auf [BGH, Beschluss vom 3.2.2015 – 3 StR 544/14](#) – und [BGH, Urteil vom 21.8.2014 – 1 StR 13/14](#).

⁵³ Verweis auf [BGH, Beschluss vom 27.3.2012 – 3 StR 47/12](#).

⁵⁴ [BGH, Beschluss vom 2.9.2015 - 2 StR 49/15](#).

⁵⁵ Verweis auf [BGH, Urteil vom 6.5.2011 - 2 StR 590/10](#).

⁵⁶ [BGH, Urteil vom 17.6.2015 - 2 StR 228/14](#).

zielt abgelenkt und dadurch ihre Fähigkeit beeinträchtigt, der Verhandlung in allen wesentlichen Teilen zuverlässig in sich aufzunehmen und zu würdigen; sie hat damit auch zu erkennen gegeben, dass sie bereit ist, in laufender Hauptverhandlung Telekommunikation im privaten Bereich zu betreiben und dieses über die ihr obliegenden dienstlichen Pflichten zu stellen. Von kurzfristigen Abgelenktheiten, wie sie während einer länger andauernden Hauptverhandlung auftreten können, unterscheidet sich dieser Fall dadurch, dass eine von vornherein über den Verhandlungszusammenhang hinausreichende externe Telekommunikation unternommen wird; eine solche ist mit einer hinreichenden Zuwendung und Aufmerksamkeit für den Verhandlungsinhalt unvereinbar.

14. Klare Regeln im Aussetzungsbeschluss

... verlangt das BVerfG.⁵⁷

<Rn. 21> Danach können gewisse Konkretisierungen der Verhaltensmaßgaben eines Bewährungsbeschlusses dem Bewährungshelfer überlassen werden, soweit eine Festlegung unmittelbar durch gerichtlichen Bewährungsbeschluss - beispielsweise im Hinblick auf organisatorische oder durch Interessen des Verurteilten bedingte Flexibilitätserfordernisse - nicht sinnvoll praktikabel ist (...). Dies kann auch die Bestimmung der Zeitpunkte betreffen, zu denen bestimmte Leistungen zu erbringen sind, soweit darin nicht eine Übertragung des gesetzlich dem Gericht vorbehaltenen Weisungsrechts zu sehen ist (...). Dies ändert aber nichts daran, dass ein Bewährungswiderruf nur in Betracht kommt, wenn dem Verurteilten zuvor unmissverständlich verdeutlicht wurde, was genau von ihm erwartet wird und wann er einen Widerruf der Strafaussetzung zur Bewährung nach § 56f Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 StGB zu erwarten hat.

<Rn. 22> c) Demgemäß erfordert das Bestimmtheitsgebot bei der Festsetzung einer Arbeitsaufgabe gemäß § 56b Abs. 2 Nr. 3 StGB, dass das Gericht die Art und den Umfang der geforderten Arbeitsleistung, sowie den Zeitraum, innerhalb dessen diese zu erbringen ist, festlegt. Eine Konkretisierung hinsichtlich des Ortes oder der Institution, bei der die Arbeitsaufgabe zu erfüllen ist, ist demgegenüber aus verfassungsrechtlichen Gründen nicht geboten.

15. Widerruf einer Strafaussetzung zur Bewährung

Dem verbreiteten Irrglauben, eine nachträgliche Verurteilung zu einer Geldstrafe könne keine zur Bewährung ausgesetzte Freiheitsstrafe zu Fall bringen, tritt das OLG Celle entgegen.⁵⁸

Der Widerruf einer Strafaussetzung kann grundsätzlich auch dann erfolgen, wenn die zugrunde liegende Straftat mit einem **Strafbefehl** geahndet wurde und nicht ausnahmsweise besondere Umstände dessen Richtigkeit in Frage stellen. In solchen Fällen kann ein Beiziehen der Akten des neuen Erkenntnisverfahrens durch das Widerrufsgericht nötig sein.

⁵⁷ [BVerfG, Beschluss vom 2.9.2015 - 2 BvR 2343/14.](#)

⁵⁸ [OLG Celle, Beschluss vom 29.07.2015 - 1 Ws 306/15.](#)

E. Gewerbliche Schutzgüter

16. Filesharing und Datenmüll

Eine mutige Entscheidung zu einem Beweisverwertungsverbot für Daten aus dem Auskunftsverfahren nach § 101 Abs. 9 UrhG hat das LG Frankenthal getroffen, indem es den Nachweis vollständiger Dateien zum Download verlangt und keine Dateifragmente genügen lässt:⁵⁹

Da das Urheberrecht den Urheber vor der unberechtigten Nutzung seines Werkes schützt (§ 11 UrhG), hat der Anspruchsteller in sog. "Filesharing"-Fällen grundsätzlich substantiiert darzulegen, dass über den Anschluss des in Anspruch Genommenen tatsächlich eine vollständige und lauffähige, das fragliche Werk beinhaltende Datei zum Download bereitgestellt worden ist. Eine nur teilweise zur Verfügung gestellte Datei ist im Hinblick auf die darin enthaltenen Daten nämlich regelmäßig nicht lauffähig und konsumierbar, weshalb das Zurverfügungstellen einer derartigen Teildatei keine - auch nur teilweise - Nutzung des geschützten Werkes darstellt; es handelt sich in diesem Fall demnach nicht um isoliert nutz- oder wahrnehmbare Werkteile, sondern lediglich um sog. "Datenmüll". Soweit Netzbetreiber und Endkundenanbieter nicht identisch sind, ist am Auskunftsverfahren nach § 101 Abs. 9 UrhG der allein als Vertragspartner des Anschlussinhabers in Erscheinung tretende Accessprovider ("Reseller") zu beteiligen; ohne ein solches Verfahren erlangte Daten unterliegen in einem späteren Verfahren gegen den Anschlussinhaber regelmäßig einem Beweisverwertungsverbot.

⁵⁹ [LG Frankenthal, Urteil vom 11.8.2015 - 6 O 55/15.](#)