



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

2 StE 21/16-5
StB 2/18

vom
5. April 2018
in dem Strafverfahren
gegen

wegen mitgliedschaftlicher Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung u.a.

Der 3. Strafsenat des Bundesgerichtshofs hat nach Anhörung des Generalbundesanwalts sowie des Angeklagten und seines Verteidigers am 5. April 2018 gemäß § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 StPO beschlossen:

1. Die Beschwerde des Angeklagten gegen den Beschluss des Oberlandesgerichts Stuttgart vom 9. Januar 2018 (5 - 2 StE 21/16) wird verworfen.
2. Der Beschwerdeführer hat die Kosten seines Rechtsmittels zu tragen.

Gründe:

- 1 Das Oberlandesgericht Stuttgart hat am 9. Januar 2018 für ein nach Spanien ausgehendes Rechtshilfeersuchen beschlossen, dass nach § 81a Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, § 162 Abs. 3 Satz 1 StPO sieben körperliche Untersuchungs- und Eingriffsmaßnahmen beim Angeklagten angeordnet werden dürften, falls er sich in der Bundesrepublik Deutschland aufhielte, um seine Reise- und Verhandlungsfähigkeit zu prüfen. Zur Durchsetzung dieser Anordnung wäre nach dem Beschluss das zwangsweise Zuführen des Angeklagten zum nächsten geeigneten Arzt oder Krankenhaus und sein Festhalten oder Festschnallen sowie die Durchsuchung seiner Wohnung zum Zwecke seiner Ergreifung zulässig. Dieser Beschluss soll im Wege der Rechtshilfe von der spanischen Staatsanwaltschaft in Girona vollzogen werden. Die gegen den Beschluss gerichtete Beschwerde des Angeklagten vom 12. Februar 2018 bleibt erfolglos.

I.

2 1. Das Oberlandesgericht Stuttgart hat mit Beschluss vom 18. Mai 2017 die Anklage des Generalbundesanwalts gegen den Angeklagten und weitere vier Angeklagte wegen des Verdachts der mitgliedschaftlichen Beteiligung an einer kriminellen Vereinigung in Tateinheit mit Volksverhetzung u.a. zugelassen. Dem Angeklagten wird vorgeworfen, er habe sich am 1. Mai 2013 einer Gruppierung um die vormals Mitangeklagten V. und K. sowie einer unbekannt gebliebenen Person angeschlossen; diese Gruppierung habe ab Juni 2012 auch vom Gebiet der Bundesrepublik Deutschland aus die Internetseite "A. .info" betrieben, um Anhängern der deutschsprachigen rechtsextremistischen Szene ein Forum zu eröffnen, in dem sie ungehindert rechtsextremistische und nationalsozialistische Äußerungen wie etwa die Bezeichnung von Muslimen, Türken oder Juden als menschenunwert veröffentlichen oder die Judenvernichtung unter der Herrschaft des Nationalsozialismus leugnen konnten, gleich, ob sie damit den Tatbestand der Volksverhetzung und anderer Strafgesetze verletzen oder nicht. Unter dem Nutzernamen " P. " habe der Angeklagte bis zum 27. Januar 2016 die Internetseite mitbetrieben: Als "Moderator" habe er mehr als 3.500 Kommentare auf ausdrückliche Gewaltaufrufe hin geprüft, um das Sperren der Server durch amerikanische oder russische Behörden zu verhindern. 2.900 Kommentare habe der Angeklagte freigeschaltet, wobei ein Dritter zumindest mit dem Beitrag vom 16. Januar 2016 volksverhetzenden Inhalt geäußert habe (§ 130 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c StGB). Zudem habe der Angeklagte an der Gestaltung der Internetseite durch Vorschläge mitgewirkt sowie 2.693 eigene Kommentare und Beiträge verfasst. Dabei habe er mit den Beiträgen vom 11. Dezember 2013 (gegen "Zigeuner"; § 130 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 StGB aF

"Aufstacheln zum Hass"), vom 12. März 2014 (gegen Moslems und Juden; § 130 Abs. 1 Nr. 1 StGB aF "Aufstacheln zum Hass" sowie § 130 Abs. 1 Nr. 2 StGB aF "Beschimpfen/böswillig verächtlich machen") und vom 27. März 2014 (gegen "Ausländer"; § 130 Abs. 1 Nr. 1 Fall 1 StGB aF "Aufstacheln zum Hass") gegen den Tatbestand der Volksverhetzung verstoßen. Insgesamt habe der Angeklagte durch seine Mitarbeit an der Internetseite ermöglicht, dass Dritte im Zeitraum vom 26. Mai 2013 bis 6. September 2013 Kommentare mit volksverhetzendem Inhalt äußern konnten (§ 130 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. b, Abs. 5 i.V.m. Abs. 3 StGB aF; § 130 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. a - c, Abs. 5 Satz 1 i.V.m. Abs. 3 StGB). Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den angefochtenen Beschluss und auf die Anklageschrift vom 20. Dezember 2016 verwiesen.

3

2. Im ersten Verhandlungstermin am 14. September 2017 ist der Angeklagte nicht erschienen; er hat über seinen Verteidiger eine Reise- und Verhandlungsunfähigkeit vortragen lassen. Daraufhin hat das Oberlandesgericht das Verfahren gegen den Angeklagten abgetrennt und die Hauptverhandlung gegen ihn ausgesetzt. Zur Aufklärung der Reise- und Verhandlungsfähigkeit des Angeklagten hat das Oberlandesgericht mit Verfügung vom 10. August 2017 ein rechtsmedizinisches Sachverständigengutachten eingeholt. Den Empfehlungen des Sachverständigen, des Facharztes für Rechtsmedizin Prof. Dr. med. H. aus T. , folgend hat das Oberlandesgericht den angefochtenen Beschluss erlassen, mit dem es die Rechtmäßigkeit folgender Anordnungen für den Fall, dass sich die Wohnung des Angeklagten in Deutschland befände, festgestellt hat:

- die Anordnung nach § 81a Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, § 162 Abs. 3 Satz 1 StPO zur klinischen Untersuchung des Angeklagten durch einen Rheumatologen, der Entnahme einer Blutprobe und Bestimmung der bei einer Polyarthritiserkrankung ein-

schlägigen Entzündungsparameter, des Erstellens von Röntgen- und Magnetresonanztomographie-Aufnahmen sowie einer Ultraschalluntersuchung zum Feststellen und Sichern der Diagnose einer Polyarthritits sowie zur Beurteilung des Stadiums der Erkrankung und der gegenwärtigen Erkrankungsaktivität, der Untersuchung durch einen Angiologen zur Feststellung, inwieweit Nekrosen vorliegen und ob es Hinweise auf eine Organmanifestation der Thrombangitis obliterans-Erkrankung am Gehirn gibt, eines MRT des Gehirns zur Prüfung des letztgenannten Verdachts, einer klinischen Untersuchung durch einen Lungenfacharzt und des Erstellens von MRT-Aufnahmen der Lungen;

- die Anordnung, dass der Angeklagte zur Durchführung der Untersuchungsmaßnahmen dem nächsten geeigneten Arzt oder Krankenhaus zwangsweise zugeführt und festgehalten oder festgeschnallt werden darf;
- die Anordnung der Durchsuchung der Wohnung des Angeklagten in Spanien nach §§ 102, 105 Abs. 1 Satz 1 StPO zum Zweck seiner Ergreifung, um ihn der ärztlichen Untersuchung zuzuführen.

II.

- 4 1. Die Beschwerde ist nach § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 1 StPO unzulässig, soweit sie sich gegen die Anordnung der körperlichen Untersuchungen und der körperlichen Eingriffe nebst der zugehörigen Vorführ- und Festhaltemaßnahmen richtet. Nach § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 1 StPO sind Beschwerden gegen Entscheidungen des Oberlandesgerichts grundsätzlich unstatthaft. Ein Ausnahmetatbestand nach § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 StPO liegt nicht vor.
- 5 a) Dies ist für die Anordnung der Entnahme von Körperzellen und deren molekulargenetische Untersuchung (§ 81a StPO) bereits entschieden (BGH, Beschluss vom 20. Dezember 2007 - StB 12/07, 13/07 und 47/07, juris Rn. 45). Nichts anderes gilt hier, wenngleich die gegenständlichen Eingriffsmaßnahmen intensiver sein mögen. Dies folgt daraus, dass der Katalog des § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 StPO als Ausnahmenvorschrift eng auszulegen ist (BGH aaO). Andernfalls würde das gesetzgeberische Ziel, eine zu starke Belastung des Bundesgerichtshofs zu vermeiden, verfehlt (dazu nur BGH, Beschluss vom 5. November 1999 - StB 1/99, NJW 2000, 1427, 1428 mwN).
- 6 b) Nichts anderes gilt für die unmittelbaren Annexzwangsmaßnahmen zum Durchsetzen der Untersuchungen und Eingriffe. Eine analoge Anwendung des § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 StPO käme allenfalls in Betracht, wenn diese Maßnahmen in gleicher Weise wie die in dieser Ausnahmenvorschrift in Nr. 1 genannten Freiheitsentziehungen der Verhaftung und Unterbringung eingreifen würden (vgl. BGH, Beschluss vom 4. August 1995 - StB 46/95, BGHR StPO § 304 Abs. 4 Untersuchung 1). Dies ist indes nicht der Fall: Die Festhaltemaßnahmen werden sich nicht länger als über wenige Stunden erstrecken; der Angeklagte muss nicht stationär untergebracht werden.

7 c) Die Maßnahmen greifen insgesamt nicht besonders nachteilig in die Rechtssphäre des Angeklagten ein oder sind sonst von besonderem Gewicht. Eine solche Fallkonstellation, die wegen einer besonderen Eingriffsintensität eine analoge Anwendung des § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 StPO erforderte (vgl. BGH, Beschlüsse vom 3. Juli 1981 - StB 31/81, BGHSt 30, 168, 170 f.: Versagung der Strafaussetzung zur Bewährung bei nachträglicher Gesamtstrafenbildung; vom 3. Mai 1989 - StB 15 und 16/89, BGHSt 36, 192, 195 f.: Anordnung der Erzwingungshaft gegen einen Zeugen), ist hier nicht gegeben. Eine erweiternde Auslegung des § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 StPO kommt über besonders gelagerte wie etwa die genannten Ausnahmefälle hinaus nicht in Betracht (vgl. nur BGH, Beschluss vom 13. Oktober 2015 - StB 10 und 11/15, NJW 2015, 3671 f.).

8 2. Soweit der Beschluss die Anordnung der Durchsuchung der Wohnung zum Zweck der Ergreifung des Angeklagten zum Gegenstand hat, ist die Beschwerde zwar zulässig, aber unbegründet.

9 a) Die Beschwerde ist insoweit zulässig.

10 aa) Der Zulässigkeit steht nicht entgegen, dass der Beschluss nicht unmittelbar vollstreckt wird, sondern seiner Umsetzung im Wege der Rechtshilfe mit Spanien bedarf.

11 (1) Zwischen der innerstaatlichen Anordnung der Maßnahme und dem ausgehenden Ersuchen ist zu unterscheiden (siehe nur Park, Durchsuchung und Beschlagnahme, 4. Aufl., Rn. 922; Grützner/Pötz/Kreß/Gazeas-Vogel/Burchard, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, 41. Lfg. zur 3. Aufl., Vor § 1 Rn. 243). Nach § 77 Abs. 1 IRG gelten u.a. die Vorschriften der StPO bei internationaler Rechtshilfe entsprechend. Dies bedeutet, dass das ersuchende Gericht die unter Richtervorbehalt stehende Maßnahme (§ 105

Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 StPO) zunächst innerstaatlich als Grundlage für das ausgehende Rechtshilfeersuchen anordnen muss. Damit soll zum einen gegenüber der ersuchten Stelle die Zulässigkeit der begehrten Maßnahme nach dem Recht des ersuchenden Staates nachgewiesen werden; zum anderen soll der ersuchte Staat die Tatvorwürfe am Maßstab seines eigenen Rechts prüfen können (siehe nur Bischoff/Nogrady, in: Müller-Gugenberger, Wirtschaftsstrafrecht, 6. Aufl., § 8 Rn. 93). Schließlich soll mit der Anordnung die Rechtmäßigkeit der Ermittlungsmaßnahme im Inland dokumentiert und hergestellt werden.

12 (2) Eine solche Anordnung unterfällt als Beschluss der Vorschrift des § 304 Abs. 4 Satz 2 StPO. Grundsätzlich unterliegen alle richterlichen Anordnungen unabhängig von ihrer Bezeichnung im Strafverfahren der Beschwerde (LR/Matt, StPO, 26. Aufl., § 304 Rn. 60). Nach § 77 Abs. 1 IRG ist damit auch die innerstaatliche Anordnung einer Maßnahme, die dem Richtervorbehalt unterfällt, als Grundlage des Rechtshilfeersuchens mit den allgemeinen Rechtsbehelfen anfechtbar (Park aaO, Rn. 926 zur Durchsuchung und Beschlagnahme; Vogel/Burchard aaO, 42. Lfg. Vor § 1 Rn. 295). Denn die Entscheidung dient, wie ausgeführt, sowohl innerstaatlich als auch gegenüber der ausländischen Behörde als Nachweis der Rechtmäßigkeit. Nach Leistung der Rechtshilfe ergeht kein weiterer Beschluss des ersuchenden Gerichts. Damit ist der Angeklagte bereits jetzt durch den Beschluss vom 9. Januar 2018 beschwert. Für eine europäische Ermittlungsanordnung, d.h. eine gerichtliche Entscheidung, die von einer Justizbehörde des Anordnungsstaats zur Erlangung von Beweisen erlassen wird und in einem anderen Mitgliedstaat vollstreckt werden soll, sehen Art. 14 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2014/41/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 3. April 2014 über die Europäische Ermittlungsanordnung in Strafsachen (Abl. L 130) vor, dass die Mitgliedstaaten Rechtsbehelfe gegen solche Anordnungen zur Verfügung stellen, und zwar im jeweiligen Anordnungsstaat. Nichts anderes kann für eine Maßnahme gelten, mit der eine

körperliche Untersuchung und Eingriffe (§ 81a StPO) durchgesetzt und damit die Durchführung des Hauptverfahrens gesichert werden soll.

13 (3) Die Durchsuchung unterfällt dem Richtervorbehalt (Art. 13 Abs. 2 Halbsatz 1 GG, § 105 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 StPO). Deswegen ist etwa nach Nr. 114 Abs. 2 der Verwaltungsvorschrift des Justizministeriums des Landes Baden-Württemberg vom 14. Dezember 2016 (Az.: 9350-0305, Die Justiz 2017, 33) zu den Richtlinien für den Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten - RiVAST - einem Rechtshilfeersuchen ein richterlicher Durchsuchungs- und Beschlagnahmebeschluss als Muster (Kapitel C, zweiter Teil, Muster Nr. 30 RiVAST) beizufügen (vgl. Bischoff/Nogrady aaO; Schomburg/Lagodny-Schomburg/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Aufl., Vor § 68 Rn. 31 f.; Hackner/Schierholt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 3. Aufl., Rn. 192a).

14 bb) Die Durchsuchung zum Zwecke der Ergreifung ist von § 304 Abs. 4 Satz 2 Nr. 1 Halbsatz 2 Fall 5 StPO erfasst.

15 (1) Mit dem Begriff der "Durchsuchung" in § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 Nr. 1 Fall 5 StPO ist auf die Durchsuchung nach § 102 StPO verwiesen; dabei unterscheidet der Gesetzeswortlaut des § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 Nr. 1 Fall 5 StPO nicht zwischen der "klassischen Durchsuchung" nach Beweismitteln und der zum Zwecke der Ergreifung des Angeklagten (so aber LR/Matt aaO, § 304 Rn. 77; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl., § 304 Rn. 13 unter Verweis auf BGH, Beschluss vom 12. Mai 2016 - StB 9 und 10/16, juris Rn. 4). Eine solche Einschränkung des Begriffs der Durchsuchung ist der Entscheidung des Senats vom 12. Mai 2016 indes nicht zu entnehmen; denn sie will die "klassische" Durchsuchung nach § 102 StPO von der sitzungspolizeilichen abgrenzen und nimmt dabei nicht den ersten Fall des § 102 StPO in den Blick. Wie

aufgezeigt, gibt der eindeutige Gesetzeswortlaut für eine solche Einschränkung nichts her. Eine solche wäre auch nicht mit Blick auf die Garantie effektiven Rechtsschutzes (Art. 19 Abs. 4 GG; vgl. dazu BVerfG, Beschluss vom 17. April 2015 - 1 BvR 3276/08, NJW 2015, 2175, 2176) und dem Grundrecht des Art. 13 Abs. 1 GG zu vereinbaren. Aus Sicht des Betroffenen ist seine Privatsphäre bei Durchsuchung seiner Wohnung zum Zwecke seiner Ergreifung in nahezu gleicher Weise wie bei Durchsuchung nach Beweismitteln beeinträchtigt.

16 (2) Zwar ist nicht zu übersehen, dass die Durchsuchung zum Zweck der Ergreifung nur eine begleitende Maßnahme ist, um eine Anordnung nach § 81a StPO, die nicht dem Ausnahmekatalog des § 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 2 StPO unterfällt, durchzusetzen. Sofern eine solche Anordnung zur körperlichen Untersuchung oder zum Eingriff regelmäßig mit der Annexmaßnahme einer Wohnungsdurchsuchung einhergeht, würde man damit den aufgezeigten Ausnahmecharakter dieser Norm umgehen. Indes kann dieser gesetzessystematische Gesichtspunkt gegenüber dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes und der Unverletzlichkeit der Wohnung angesichts des klaren Gesetzeswortlauts keinen Vorrang beanspruchen.

17 b) Die Beschwerde ist aber unbegründet. Die Anordnung ist nach §§ 102, 162 Abs. 3 Satz 1 StPO gerechtfertigt.

18 aa) Gegen den Angeklagten besteht hinreichender Tatverdacht, sich an einer kriminellen Vereinigung mitgliedschaftlich beteiligt zu haben (§ 129 Abs. 1 Satz 1, § 9 Abs. 1 StGB). Gleiches gilt für die Tatbestände der Volksverhetzung (§ 130 Abs. 1 Nr. 1, 2 StGB in der bis zum 26. Januar 2015 gültigen Fassung, § 130 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c in der ab 27. Januar 2015 gültigen Fassung, jeweils i.V.m. § 9 Abs. 1 StGB). Die bisherige aus dem Eröffnungsbeschluss

ersichtliche Würdigung des Tatgerichts, dass bereits der Anschluss an die Vereinigung die erste Tat des § 129 Abs. 1 Satz 1 StGB darstellt, zu der die unter fortlaufender Verwirklichung des § 129 Abs. 1 Satz 1 StGB mitgliedschaftlich begangenen einzelnen Volksverhetzungen in Tatmehrheit stehen, entspricht der Rechtsprechung des Senats (BGH, Beschluss vom 9. Juli 2015 - 3 StR 537/14, BGHSt 60, 308, 311 f., 318 ff.).

19 bb) Der hinreichende Tatverdacht ergibt sich aus der Auswertung des in der Wohnung des Angeklagten sichergestellten Laptops und einer handschriftlichen Liste. Danach rief der Angeklagte unter dem Nutzernamen " P. " mit der E-Mailadresse d. ru die von der Gruppe betriebene Internetseite auf; in der Liste war die E-Mailadresse mit zugehörigem Passwort verzeichnet. Der Angeklagte gab unter seinem Pseudonym " P. " in seinen Beiträgen persönliche Informationen preis und bezeichnete die genannte E-Mailadresse als die seinige.

20 cc) Die Durchsuchung ist verhältnismäßig. Sie ist geeignet und erforderlich, um die Untersuchung des Angeklagten durchzusetzen und damit das Hauptverfahren zu fördern. Die Maßnahme steht nicht außer Verhältnis zur Schwere des Tatvorwurfs.

21 3. Der Senat merkt an: Der angefochtene Beschluss hat nicht die Zurückweisung des Antrags zum Gegenstand, den Sachverständigen wegen Besorgnis der Befangenheit abzulehnen (§ 73 StPO). Freilich wäre auch insoweit

die Unzulässigkeit einer hiergegen gerichteten Beschwerde offensichtlich (§ 304 Abs. 4 Satz 2 Halbsatz 1 StPO; dazu BGH, Beschluss vom 4. August 1995 - StB 46/95, BGHR StPO § 304 Abs. 4 Untersuchung 1).

Gericke

Tiemann

Lepow