

SCHRIFTLÉITUNG

Wiss. Ass.
Dr. iur. Karsten Gaede
(Bucerius Law School)
c/o RA
Dr. iur. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION

Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten
Gaede, Stephan Schlegel (Web-
master)

STÄNDIGE MITARBEITER

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M.,
(Univ. Luzern); Antje du Bois-
Pedain, M.Jur. (Oxon), (Univ.
Cambridge); Prof. Dr. Diethelm
Kluszczewski (Univ. Leipzig); Prof.
Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-
Nürnberg); Wiss. Ref. MPI Freiburg
i.Br. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale);
Tilo Mühlbauer (Dresden); RA
Markus Rübenstahl, mag. iur.
(White & Case LLP, Frankfurt
a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger
(Bucerius Law School Hamburg);
Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ.
Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke
(Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang
Wohlers (Univ. Zürich)

Publikationen

Dr. Christian-Alexander Neuling, München/Hamburg – „Big brother is watching you“ – Der
Kontenabruf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichtes (Besprechung zu BVerfG 1 BvR
1550/03, 2357/04, 603/05 vom 13. Juni 2007) S. 382

Ulf Buermeyer, Berlin – Die „Online-Durchsuchung“. Verfassungsrechtliche Grenzen des
verdeckten hoheitlichen Zugriffs auf Computersysteme S. 392

Die Ausgabe umfasst zwei Rezensionen zu strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

- EGMR **Keine Verwertung von Beweismitteln nach Folter (Harutyunyan v. Armenien)**
- BVerfG **Anforderungen an die Zulässigkeit der Verfassungsbeschwerde bei Einforderung verfassungsrechtlicher Beweisverwertungsverbote**
- BGH **Grenzen hypothetischer Einwilligungen bei Heiloperationen**
- BGHR **Tateinheit zwischen Schwangerschaftsabbruch und gefährlicher Körperverletzung**
- BGH **Keine Strafmilderung wegen späten Zugriffs aus ermittlungstaktischen Gründen**
- BGHSt **Verwertungsverbot bei vernehmungähnlicher Befragung durch legitim eingesetzten Verdeckten Ermittler (konventionenkonforme Auslegung der Selbstbelastungsfreiheit)**
- BGHSt **Hinweispflicht nach Wahrunterstellung**
- BGHSt **Begründung der Beschuldigteneigenschaft durch die Art und Weise einer Vernehmung**
- BGHR **Verfahrenshindernis infolge Beschränkung der Verteidigung auf Grund beamtenrechtlicher Vorschriften**
- BGH **Vorteilsannahme durch Aufnahme einer ungenehmigten aber angemessen vergüteten Nebentätigkeit**

Die Ausgabe umfasst 116 Entscheidungen.

HRRS

Onlinezeitschrift für Höchstgerichtliche
Rechtsprechung zum Strafrecht
<http://www.hrr-strafrecht.de>

HERAUSGEBER
RA Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
gerhard.strate@strate.net

SCHRIFTLÉITUNG
Wiss. Ass. Dr. iur. Karsten Gaede
(Bucerius Law School)
c/o RA Dr. h.c. Gerhard Strate
Holstenwall 7, 20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

REDAKTION
Rocco Beck, Ulf Buermeyer, Dr. iur. Karsten Gaede,
Stephan Schlegel (Webmaster)

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Zürich); Antje du Bois-Pedain, M.Jur. (Oxon.), (Univ. Cambridge); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); Wiss. Ref. Max-Planck-Institut Freiburg i.Br. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale); Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei White & Case LLP, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

8. Jahrgang, August/September 2007, Ausgabe **8-9**

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

655. EGMR Nr. 36549/03 – Urteil der 3. Kammer vom 28. Juni 2007 (Harutyunyan v. Armenien)

Recht auf ein faires Strafverfahren (Beweisverwertungsverbot; Verwertungsverbot bei Beweismitteln, die unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK gewonnen worden sind; Gesamtbetrachtung; Unschuldsvermutung; Selbstbelastungsfreiheit); Folterverbot; redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 EMRK; Art. 3 EMRK; Art. 8 EMRK

1. Die Verwertung einer in Verletzung des Art. 3 EMRK gewonnenen Aussage in einem Strafverfahren verstößt auch dann gegen Art. 6 EMRK, wenn das Schuldurteil in dem betroffenen Strafverfahren nicht auf ihrer Verwertung beruht.

2. Ob sich infolge der Verletzung anderer Konventionsrechte bei der Erhebung von Beweismitteln ein Verwertungsverbot für die gewonnenen Beweise gemäß Art. 6 EMRK ergibt, hängt von einer Gesamtbetrachtung ab, in der insbesondere die Natur des begangenen Konventionsverstößes maßgeblich ist.

3. Beweismittel, die durch Folter erlangt worden sind, dürfen – ungeachtet ihres Beweiswerts – egal ob es sich um Aussagen oder sachliche Beweismittel handelt, niemals zum gesetzlichen Schuldbeweis herangezogen werden. Dies gilt auch dann, wenn die erzwungenen und verwerteten Aussagen nicht gegenüber den Folternden gemacht und später von den Aussagenden bestätigt worden sind, solange sich eine Fortwirkung der früheren Folter (insbesondere: Furcht vor weiteren Beeinträchtigungen) nicht ausschließen lässt.

765. BVerfG 2 BvR 965/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Juni 2007 (OLG Zweibrücken/LG Zweibrücken/AG Zweibrücken)

Recht auf ein faires Verfahren (unzureichende Sachverhaltsaufklärung; fehlerhafte Beweiswürdigung; kindliche Zeugen); allgemeines Willkürverbot; Nichtannahmebeschluss.

Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 244 StPO; § 261 StPO

1. Die Rüge einer fehlenden Sachaufklärung anlässlich eines Strafverfahrens, sowie die unzureichende Beweisaufnahme und fehlerhafte Beweiswürdigung unter Verknüpfung des Grundsatzes „in dubio pro reo“ durch das Gericht, ist an den Grundsätzen des fairen Verfahrens zu messen. Diese haben insoweit Vorrang vor dem aus dem allgemeinen Gleichheitssatz ableitbaren Willkürverbot, da sie die stärkere sachliche Beziehung zu dem zu prüfenden Sachverhalt aufweisen (vgl. BVerfGK 1, 145, 149).

2. Nicht jeder Verstoß gegen § 244 oder § 261 StPO und die hierzu von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze stellt eine Verletzung spezifischen Verfassungsrechts dar. Voraussetzung ist vielmehr, dass sich die Fachgerichte - in Wahrung der Unschuldsvermutung der als Täter in Betracht kommenden Person - so weit von der Verpflichtung entfernt haben, auch die Gründe, die gegen die mögliche Täterschaft sprechen, wahrzunehmen, aufzuklären und zu erwägen, dass der rationale Charakter der Entscheidung verloren gegangen scheint und sie keine tragfähige Grundlage mehr für die mit einem Schuldspruch einhergehende Strafe sein kann (vgl. BVerfGK 1, 145, 152; stRSpr).

3. Die Annahme, dass ein zum Tatzeitpunkt vierjähriges Kind einen geringeren Beweiswert hat, als ein zum Tatzeitpunkt bereits achtjähriges Kind, dessen Aussage ein Sachverständiger als glaubhaft bewertet hat, begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken.

649. BVerfG 2 BvR 1042/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Juni 2007 (BGH/LG Landshut)

Substantiierung der Verfassungsbeschwerde (Vortrag der tatsächlichen Umstände der behaupteten Grundrechtsverletzung; Aufblähung der Beschwerdeschrift); Effektivität des Rechtsschutzes (strafprozessuale Revision; Darlegungsanforderungen; in einem Beschluss in Bezug genommene Aktenbestandteile); Nichtannahmebeschluss.

Art. 6 EMRK; Art. 19 Abs. 4 GG; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 23 Abs. 1 S. 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

1. Der bloße „volumfängliche“ Verweis auf vorangegangene Schriften des Beschwerdeführers im Instanzenweg genügt den Anforderungen an substantiiertes Vorbringen anlässlich einer Verfassungsbeschwerde nicht. Zumindest die tatsächlichen Umstände, aus denen die Grundrechtsverletzung abgeleitet wird, müssen in der Beschwerdeschrift selbst genannt sein (vgl. BVerfGE 80, 257, 263).

2. Die Garantie effektiven Rechtsschutzes richtet sich auch an den die Verfahrensordnung anwendenden Richter (vgl. BVerfGE 97, 298, 315). Das Gericht darf ein von der Verfahrensordnung eröffnetes Rechtsmittel nicht ineffektiv machen und für den Beschwerdeführer „leer laufen“ lassen (vgl. BVerfGE 78, 88, 99; 96, 27, 39).

3. Es begegnet im Hinblick auf die Garantie des effektiven Rechtsschutzes keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, wenn die Vorlage von Aktenbestandteilen in der Revisionsbegründungsschrift gefordert wird, auf die in einem als rechtswidrig gerügten Beschluss (Fehlen einer Katalogtat i.S.d. § 100a StPO) über Verweisung Bezug genommen wird.

650. BVerfG 2 BvR 1276/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Juni 2007 (OLG Schleswig/LG Lübeck/AG Geesthacht)

Darlegungsanforderungen bei der Begründung der Verfassungsbeschwerde (Durchsuchung; Verwertungsverbot; unzutreffende Annahme von Gefahr im Verzug); Recht auf ein faires Verfahren; Nichtannahmebeschluss.

Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 23 Abs. 1 S. 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

1. Grundrechtsverletzungen, zu denen es außerhalb der Hauptverhandlung kommt, führen nicht zwingend dazu, dass auch das auf dem Inbegriff der Hauptverhandlung beruhende Strafurteil gegen Verfassungsrecht verstößt (vgl. BVerfGK 4, 283, 285).

2. Macht der Beschwerdeführer eine Grundrechtsverletzung durch eine verfassungswidrige Verwertung von Beweisen geltend, so muss er sich in der Begründung der Verfassungsbeschwerde damit auseinandersetzen, welche Folgerungen sich aus dem geltend gemachten Verfahrensverstoß für die Verwertbarkeit der erlangten Erkenntnisse im Urteil ergeben und er muss darlegen, warum ein Verwertungsverbot verfassungsrechtlich geboten und eine anderweitige Kompensation des Verfahrensfehlers verfassungsrechtlich nicht ausreichend sei (vgl. BVerfGK 4, 283, 285 f.).

651. BVerfG 2 BvR 1609/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. August 2007 (OLG Celle)

Substantiierung der Verfassungsbeschwerde (Beschleunigungsgebot in Haftsachen; Angabe der nach dem Verfahrensstand gebotenen Maßnahme); keine tatsächliche Würdigung des Sachverhaltes durch das BVerfG (Fehlen von Fluchtgefahr); Nichtannahmebeschluss.

Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 5 Abs. 3 EMRK; § 112 StPO; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

Bei der Geltendmachung der Verletzung des Beschleunigungsgebots hat der Beschwerdeführer im Einzelnen die nach dem jeweiligen Verfahrensstand gebotene Maßnahme und die damit mutmaßlich zu erzielende Beschleunigung des Verfahrens darzulegen, sofern sich dies nicht aus den sonstigen Umständen des Falles erschließt.

652. BVerfG 2 BvR 2395/06 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. Juni 2007 (LG Koblenz)

Effektiver Rechtsschutz bezüglich einer Fesselung (einstweiliger Rechtsschutz im Strafvollzug; unzulässige Umdeutung eines Leistungsbegehrens in ein im einstweiligen Verfahren unzulässiges Feststellungsbegehren; fehlende Sicherstellung fristgerechten Eingangs einer Stellungnahme der Justizvollzugsanstalt).
Art. 19 Abs. 4 GG; § 114 Abs. 2 StVollzG

1. Art. 19 Abs. 4 GG gewährt nicht nur das formelle Recht und die theoretische Möglichkeit, die Gerichte anzurufen, sondern garantiert vielmehr auch die Effektivität des Rechtsschutzes. Der Bürger hat einen substantiellen Anspruch auf gerichtliche Kontrolle (BVerfGE 35,

382, 401 f.; 101, 397, 407). Der Zugang zu den Gerichten darf nicht in einer Weise erschwert werden, die sich aus Sachgründen nicht rechtfertigen lässt. Art. 19 Abs. 4 GG gebietet daher den Gerichten, das Verfahrensrecht so anzuwenden, dass den erkennbaren Interessen des rechtsschutzsuchenden Bürgers bestmöglich Rechnung getragen wird.

2. Art. 19 Abs. 4 GG kann auch dadurch verletzt sein, dass ein Antrag auf einstweiligen Rechtsschutz in zeitlicher Hinsicht nicht in einer der Dringlichkeit entsprechenden Weise behandelt wird. Ein solcher Fall liegt dann vor, wenn keine Vorkehrungen zur Prüfung und Sicherung des fristgerechten Eingangs einer Stellungnahme für das entsprechende Verfahren getroffen werden.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

727. BGH 4 StR 549/06 – Urteil vom 5. Juli 2007 (LG Halle)

Hypothetische Einwilligung bei ärztlichen Operationen (ärztlicher Heileingriff); fahrlässige Tötung; vorsätzliche Körperverletzung mit Todesfolge; Anwesenheit des Angeklagten (eigenmächtiges Ausbleiben).
§ 228 StGB; § 223 StGB; § 222 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 227 StGB; § 338 Nr. 5 StPO; § 231 Abs. 2 StPO

1. Ärztliche Heileingriffe stellen (vorsätzliche) Körperverletzungshandlungen dar und bedürfen deshalb grundsätzlich der Einwilligung des Patienten, um rechtmäßig zu sein. Diese Einwilligung kann aber wirksam nur erteilt werden, wenn der Patient in der gebotenen Weise über den Eingriff, seinen Verlauf, seine Erfolgsaussichten, Risiken und mögliche Behandlungsalternativen aufgeklärt worden ist (vgl. BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 4 m.w.N.).

2. Die Rechtswidrigkeit eines ärztlichen Heileingriffs kann auch dann entfallen, wenn im Falle eines Aufklärungsmangels der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung in die tatsächlich durchgeführte Operation eingewilligt hätte (vgl. BGH NStZ-RR 2004, 16 = BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 7).

3. Eine Einwilligung in einen ärztlichen Heileingriff bezieht sich – jedenfalls bei Fehlen einer weitergehenden Aufklärung – nur auf eine lege artis, d.h. nach dem Stand der medizinischen Wissenschaft durchgeführte Heilbehandlung. Aus einer früheren ersten Einwilligung kann schon daher nicht auf eine hypothetische Einwilligung bezüglich einer späteren zweiten Operation geschlossen,

werden die von vornherein nicht dem medizinischen Standard entsprach.

4. Im Falle des Fehlens einer (hypothetischen) Einwilligung stellt sich der bewusste operative Eingriff eines Arztes als tatbestandsmäßige und rechtswidrige Körperverletzung dar. Eine vorsätzliche Tat könnte dem Arzt in diesem Fall nur dann nicht vorgeworfen werden, wenn er irrig vom Vorliegen eines rechtfertigenden Sachverhalts ausgegangen wäre (vgl. hierzu BGHR StGB § 223 Abs. 1 Heileingriff 4 m.w.N.).

682. BGH 3 StR 221/07 – Urteil vom 26. Juli 2007 (LG Düsseldorf)

Tötungsvorsatz (billigendes In-Kauf-Nehmen; Todesertritt als unerwünschtes Zwischenziel); unzulässige Revision der Nebenklage (Begründung; zum Anschluss berechtigende Rüge).
§ 212 StGB; § 211 StGB; § 15 StGB; § 395 StPO; § 400 Abs. 1 StPO; § 344 StPO

1. Bedingter Tötungsvorsatz setzt voraus, dass der Täter es als möglich und nicht ganz fernliegend erkennt, sein Tun werde zum Tode eines anderen führen. Diese Folge muss er darüber hinaus zumindest in der Weise billigend in Kauf nehmen, dass er sich zum Erreichen des mit seinem Handeln verbundenen Endziels mit dem Tod des anderen abfindet, ihn hinnimmt, mag er ihm auch isoliert betrachtet unerwünscht sein (Billigen im Rechtssinne).

2. Die Begründung der Revision des Nebenklägers muss erkennen lassen, dass er mit seinem Rechtsmittel ein zulässiges Ziel verfolgt, also einen bisher unterbliebenen

Schuldpruch des Angeklagten (auch) wegen einer Straftat, die die Berechtigung des Nebenklägers zum Anschluss an das Verfahren begründet. Wird eine derartige Präzisierung bis zum Ablauf der Revisionsbegründungsfrist nicht vorgenommen, so ist das Rechtsmittel unzu-

lässig. Denn gemäß § 400 Abs. 1 StPO kann der Nebenkläger ein Urteil nicht mit dem Ziel anfechten, dass eine andere Rechtsfolge der Tat verhängt oder dass der Angeklagte wegen einer Gesetzesverletzung verurteilt wird, die nicht zum Anschluss als Nebenkläger berechtigt.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

700. BGH 2 StR 203/07 - Beschluss vom 22. Juni 2007 (LG Darmstadt)

Konkurrenzen zwischen Schwangerschaftsabbruch und gefährlicher Körperverletzung (Tateinheit; besonders schwerer Fall).

§ 52 StGB; § 218 StGB; § 224 StGB

1. Wird der Schwangerschaftsabbruch durch eine gefährliche Körperverletzung in der Alternative der lebensgefährlichen Behandlung herbeigeführt, so stehen beide Delikte in Tateinheit zueinander. (BGHR)

2. Dies gilt unabhängig davon, ob der Schwangerschaftsabbruch versucht oder vollendet ist. (Bearbeiter)

663. BGH 2 StR 469/06 - Beschluss vom 25. Mai 2007 (LG Frankfurt am Main)

Untreue (Vermögensgefährdung durch unzureichende Kreditsicherung); voluntatives Vorsatzelement (Darlegung; Erörterung; Vorteile des Täters; Nachteile des Täters; Haftungsrisiko).

§ 266 StGB; § 261 StPO; § 267 StPO

1. In den Fällen der schadensgleichen Vermögensgefährdung ist der Tatbestand der Untreue im subjektiven Bereich dahin zu begrenzen, dass der bedingte Vorsatz eines Gefährdungsschadens nicht nur die Kenntnis des Täters von der konkreten Möglichkeit eines Schadenseintritts und das Inkaufnehmen dieser konkreten Gefahr voraussetzt, sondern darüber hinaus eine Billigung der Realisierung dieser Gefahr, und sei es auch nur in der Form, dass der Täter sich mit dem Eintritt des ihm unerwünschten Erfolgs abfindet (BGHSt 51, 100 Rdn. 63).

2. In der Urteilsfeststellungen bedarf die Feststellung des voluntativen Elements des Untreuevorsatzes einer näheren Begründung und Erörterung. Dabei ist darzulegen, warum sich der Angeklagte mit der Realisierung des Gefährdungsschadens zumindest abgefunden habe, wobei die Vor- und Nachteile für den Angeklagten, namentlich sein persönliches Haftungsrisiko, in die Beweiswürdigung einzustellen sind. Jedenfalls darf nicht allein aus dem kognitiven auf das voluntative Element geschlossen werden.

692. BGH 3 StR 54/07 - Urteil vom 28. Juni 2007 (LG Osnabrück)

Besonders schwere Brandstiftung (Gebäude, das der Wohnung von Menschen dient; Entwidmung; Einver-

ständnis minderjähriger Bewohner); Versicherungsmisbrauch.

§ 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 306b StGB; § 265 StGB

1. Ob ein Gebäude im Sinne des § 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB der Wohnung von Menschen dient, beurteilt sich nicht danach, ob ein Gebäude nach seiner objektiven Beschaffenheit für Wohnzwecke geeignet oder vom Eigentümer hierfür bestimmt ist. Maßgeblich ist allein, ob es rein tatsächlich von Bewohnern zumindest vorübergehend als Mittelpunkt ihrer privaten Lebensführung zu Wohnzwecken genutzt wird.

2. Wer das von ihm bewohnte Gebäude in Brand setzt, gibt dessen Zweckbestimmung als Wohnung auch dann auf, wenn er bei seinem Tun von der Absicht geleitet ist, das Gebäude neu zu errichten oder zu renovieren, um es danach wieder zu bewohnen, oder wenn er zwar beabsichtigt, nur einen Teil des von ihm bewohnten Gebäudes durch das Feuer zu zerstören, es im Hinblick auf die mangelnde Kontrollierbarkeit der Brandentwicklung aber hinnimmt, dass auch die übrigen Räumlichkeiten durch den Brand unbewohnbar werden.

666. BGH 2 StR 69/07 - Urteil vom 18. Juli 2007 (LG Frankfurt am Main)

Betrug (Vermögensverfügung; Inhaberscheck; Orderscheck); Diebstahl eines Sparbuchs und einer Kreditkarte (mitbestrafte Nachtat; Betrug); Computerbetrug; unberechtigte Abhebung von Geldautomaten (Geschädigter; mangelnder Aufwendungsersatzanspruch); Wahlfeststellung, Stufenverhältnis und Postpendenz; Verletzung des Briefgeheimnisses.

§ 263 StGB; § 242 StGB; § 263a StGB; § 670 BGB; § 675 Abs. 1 BGB; § 665 BGB; § 1 StGB; Vor § 1 StPO; § 205 StGB

1. Bei einem Inhaberscheck wird der Einreicher regelmäßig schon durch dessen Besitz legitimiert. In diesem Fall fehlt es für die Verwirklichung des Betrugstatbestandes durch bloßes Einlösen an einer für die Vermögensverfügung relevanten Täuschungshandlung im Hinblick auf die Person des Einlösenden.

2. Der in der Vorlage eines entwendeten Sparbuchs nebst fremden Ausweispapiers liegende Betrugsversuch ist eine mitbestrafte Nachtat zu dem vorhergehenden Diebstahl des Sparbuchs. Denn eine rechtswidrige und

schuldhafte Handlung, durch die der Täter den Erfolg der Vortat oder die durch diese erlangte Position sichert, ausnutzt oder verwertet, bleibt als mitbestrafte Nachtat straflos, wenn die Bewertung des konkreten Sachverhalts ergibt, dass dieser nachfolgenden, an sich strafbaren Handlung wegen ihres inneren funktionalen Zusammenhangs mit der Haupttat kein eigener Unwertgehalt zukommt, so dass auch kein Bedürfnis besteht, sie neben der Haupttat selbständig zu bestrafen. Voraussetzung für die Straflosigkeit der Nachtat ist, dass die Geschädigten der beiden Straftaten identisch sind, die Nachtat kein neues Rechtsgut verletzt und der Schaden qualitativ nicht über das durch die Haupttat verursachte Maß hinaus erweitert wird.

3. Demgegenüber liegt in der unbefugten Verwendung einer gestohlenen Kreditkarte keine mitbestrafte Nachtat zum Diebstahl, denn mit der Entwendung einer Kreditkarte und ihrer Zueignung durch den Täter tritt noch kein Vermögensschaden ein, weil die Karte den Wert, auf den mit ihrer Nutzung zurückgegriffen werden kann, nicht selbst verkörpert und keine Forderung verbrieft.

4. Bei einer unberechtigten Abhebung von Geldautomaten wird nicht der Kontoinhaber, sondern die Bank geschädigt. Denn das durch den Geldautomaten ausgezahlte Bargeld wird aus dem Vermögen des Geldinstituts geleistet, ohne dass die auszahlende Bank gegenüber dem Kontoinhaber, auf dessen Konto ohne seinen Auftrag oder sonstigen Rechtsgrund Belastungsbuchungen vorgenommen werden, einen Aufwendungsersatzanspruch nach den §§ 670, 675 Abs. 1 BGB hätte, weil die Auszahlung nicht aufgrund wirksamer Weisung des Berechtigten (§ 665 BGB), sondern durch das Handeln eines Unbefugten erfolgt ist.

5. Ein etwaiger Schadensersatzanspruch der auszahlenden Bank gegen den Kontoinhaber auf Grund seines vorwerfbareren Verhaltens im Umgang mit der EC-Karte ist regelmäßig keine Kompensation im oben genannten Sinne (vgl. BGH NStZ 2001, 316, 317).

6. Eine Verurteilung auf mehrdeutiger Tatsachengrundlage ist dann gegeben, wenn der Richter davon überzeugt ist, dass einer der mehreren möglichen Geschehensabläufe mit Sicherheit gegeben ist, die Unsicherheit darüber, welcher es ist, allein in der gedanklichen Vorstellung liegt, dass es auch der andere von ihnen sein könnte (BGHSt 12, 386, 388 f.).

7. Ist ungewiss, ob der Angeklagte sich bereits (auch) im Rahmen einer etwaigen Vortat strafbar gemacht hat, dann kann die Tatbestandsmäßigkeit des Nachtatverhaltens auch nicht entfallen. Es behält seine ursprüngliche Bedeutung (BGHSt 35, 86, 90; BGHR StGB § 1/Wahlfeststellung Postpendenz 5).

763. BGH 5 StR 92/07 – Urteil vom 17. Juli 2007 (LG Leipzig)

Versuchter Totschlag (Tötungsvorsatz bei systematischen gefährlichen Gewalthandlung gegenüber einem kleinen Kind); versuchter Mord (Grausamkeit); Misshandlung von Schutzbefohlenen (Quälen; tatbestandliche Handlungseinheit bei auf Dauer angelegtem Quälen; schwere Gesundheitsschädigung).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 22 StGB; § 225 Abs. 1 und 3 Nr. 1 und 2 StGB

1. Quälen im Sinne des § 225 Abs. 1 StGB bedeutet das Verursachen länger dauernder oder sich wiederholender erheblicher Schmerzen oder Leiden (BGHR StGB § 225 Misshandlung 1; Tröndle/Fischer, StGB 54. Aufl. § 225 Rdn. 8a). Dieses Tatbestandsmerkmal wird typischerweise durch Vornahme mehrerer Handlungen verwirklicht; oft macht erst die ständige Wiederholung den besonderen Unrechtsgehalt aus (BGHSt 41, 113, 115; BGHR StGB § 225 Misshandlung 1). Deswegen stellt jedenfalls das auf Dauer angelegte Quälen als Handlungskomplex eine Handlungseinheit dar.

2. Eine schwere Gesundheitsbeschädigung im Sinne des § 225 Abs. 3 Nr. 1 zweite Variante StGB liegt schon dann vor, wenn die Gesundheit des Betroffenen ernstlich, einschneidend oder nachhaltig beeinträchtigt ist. Diese Voraussetzung ist jedenfalls immer dann zu bejahen, wenn intensivmedizinische Maßnahmen oder umfangreiche und langwierige Rehabilitationsmaßnahmen zur Wiederherstellung der Gesundheit und/oder zur sonstigen Beseitigung der Tatfolgen notwendig sind.

759. BGH 5 StR 532/06 – Urteil vom 21. Juni 2007 (LG Göttingen)

Betrug (Vorsatz: Beweiswürdigung; besonders schwerer Fall); Urkundenfälschung; Steuerhinterziehung (Umsatzsteuer: erschlichene Vorsteuererstattung; Regelbeispiel der fortgesetzten Verwendung nachgemachter oder verfälschter Belege; Gewerbsmäßigkeit).

§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 267 StGB; § 370 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 AO; § 261 StPO

1. Die bloße Hoffnung, später zahlungsfähig zu werden, lässt den Täuschungsvorsatz hinsichtlich der Erklärung uneingeschränkter Zahlungsfähigkeit nicht entfallen.

2. Das Revisionsgericht muss es grundsätzlich hinnehmen, wenn der Tatrichter einen Angeklagten freispricht, weil er Zweifel an seiner Täterschaft nicht zu überwinden vermag. Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters; die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob diesem Rechtsfehler unterlaufen sind. Ein Rechtsfehler kann auch darin liegen, dass eine nach den Feststellungen nicht nahe liegende Schlussfolgerung gezogen wurde, ohne dass konkrete Gründe angeführt sind, die dieses Ergebnis stützen könnten. Denn es ist weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zugunsten des Angeklagten Tatvarianten zu unterstellen, für deren Vorliegen keine zureichenden Anhaltspunkte erbracht sind (st. Rspr.; BGH, Beschluss vom 25. April 2007 – 1 StR 159/07; BGH NStZ 2004, 35, 36).

721. BGH 4 StR 184/07 – Beschluss vom 5. Juni 2007 (LG Magdeburg)

Schwerer Raub (Drohen mit einer objektiv nicht gefährlichen Schusswaffe: Gaspistole); Tenorierung bei besonders schweren Fällen.

§ 250 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 Nr. 1b StGB; § 260 StPO

Das bloße Drohen mit einer objektiv nicht gefährlichen Schusswaffe (hier: Gaspistole) erfüllt nicht die Voraus-

setzungen, die an das Merkmal des Verwendens einer Waffe im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB zu stellen sind (BGHSt 45, 249 ff.), sondern nur diejenigen des § 250 Abs. 1 Nr. 1 b StGB.

697. BGH 1 StR 157/07 – Urteil vom 20. Juni 2007 (LG München)

Geiselnahme (eingeschränkte Auslegung in Zweipersonenverhältnissen); Nötigung (Teilerfolge).
§ 239b Abs. 1 StGB; § 240 StGB

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs ist § 239b StGB - schon wegen der hohen Mindeststrafe von fünf Jahren - einschränkend auszulegen. Zwischen der Entführung eines Opfers und einer beabsichtigten Nötigung muss ein funktionaler und zeitlicher Zusammenhang derart bestehen, dass der Täter das Opfer während der Dauer der Entführung nötigen will und die abgenötigte Handlung auch während der Dauer der Zwangslage vorgenommen werden soll (vgl. BGH NJW 1997, 1082; NStZ 2006, 36). Zweck dieser Strafvorschrift besteht gerade darin, das Sich-Bemächtigen oder die Entführung des Opfers deshalb besonders unter Strafe zu stellen, weil der Täter seine Drohung während der Dauer der Zwangslage jederzeit realisieren kann (BGH StV 1997,

302; NStZ 2006, 36). Allerdings kann auch das Erreichen eines Teilerfolges des Täters, der mit Blick auf ein weitergehendes Ziel jedenfalls vorbereitend wirkt, eine Nötigung darstellen (BGH NJW 1997, 1082; NStZ 2006, 36). Jedenfalls solche Handlungen des Opfers, die eine nach der Vorstellung des Täters eigenständig bedeutsame Vorstufe des gewollten Enderfolgs darstellen, führen zur Vollendung der mit der qualifizierten Drohung erstrebten Nötigung (BGH aaO).

733. BGH 5 StR 132/07 – Urteil vom 4. Juli 2007 (LG Potsdam)

Gewerbsmäßige Geldfälschung; Strafzumessung (Beurteilungsspielraum des Tatrichters bei der Aussetzung zur Bewährung; Bewährungsbruch; Gesamtwürdigung).

§ 146 Abs. 2 StGB; § 56 StGB

Gewerbsmäßigkeit im Sinne des § 146 Abs. 2 StGB setzt keinen tatsächlichen wirtschaftlichen Erfolg voraus. Vielmehr reicht es aus, wenn die Absicht, sich aus wiederholter Tatbegehung eine nicht nur vorübergehende Einnahmequelle zu verschaffen, bereits bei der Begehung der ersten Tat besteht.

Rechtsprechung

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

711. BGH 1 StR 312/07 – Beschluss vom 17. Juli 2007 (LG Freiburg)

Sukzessive Beihilfe nach Sicherstellung; Strafzumessung (Ermittlungsverhalten und Zugriffsverzögerungen).

Art. 6 EMRK; § 46 StGB; § 27 StGB

Es bestehen rechtliche Bedenken dagegen, im Rahmen der Strafzumessung zu Gunsten des Angeklagten zu berücksichtigen, dass die Ermittlungsbehörden aus ermittlungstaktischen Erwägungen nicht schon früher eingegriffen haben. Einen Anspruch eines Straftäters darauf, dass die Ermittlungsbehörden rechtzeitig gegen ihn einschreiten, um seine Taten zu verhindern, gibt es nicht; insbesondere folgt ein solcher Anspruch nicht aus dem Recht auf ein faires Verfahren gemäß Art. 6 Abs. 1 MRK (vgl. BGH NStZ-RR 2003, 172).

657. BGH 2 StR 209/07 - Urteil vom 25. Juli 2007 (LG Aachen)

Sicherungsverwahrung; Hang zu erheblichen Straftaten (mehrere Straftaten; mehrere Tatopfer); Gefährlichkeitsprognose.

§ 66 StGB

1. Ein „Hang zu erheblichen Straftaten“ im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB verlangt einen eingeschliffenen inneren Zustand des Täters, der ihn immer wieder neue

Straftaten begehen lässt. Hangtäter ist danach derjenige, der dauernd zu Straftaten entschlossen ist, oder der aufgrund einer fest eingewurzelten Neigung, deren Ursache unerheblich ist, immer wieder straffällig wird, wenn sich die Gelegenheit dazu bietet.

2. Der Hang im Sinne von § 66 Abs. 1 Nr. 3 StGB setzt nicht voraus, dass Straftaten zum Nachteil einer Mehrzahl von Tatopfern begangen wurden. Der Hang zur Begehung erheblicher Straftaten kann sich vielmehr auch in mehreren und wiederholten Straftaten gegen ein und dasselbe Tatopfer manifestieren.

689. BGH 3 StR 242/07 - Beschluss vom 10. Juli 2007 (LG Oldenburg)

Vergewaltigung (strafmildernde Berücksichtigung einer früheren Intimbeziehung; Umstände des Einzelfalls).

§ 177 Abs. 2 StGB; § 46 StGB

Frühere Intimbeziehungen mögen in vielen Fällen dazu führen, dass ein Opfer einen sexuellen Übergriff als weniger beeinträchtigend empfindet, was eine strafmildernde Berücksichtigung zu rechtfertigen vermag, doch hängt dies von den Umständen des Einzelfalls ab.

754. BGH 5 StR 279/07 – Beschluss vom 18. Juli 2007 (LG Frankfurt)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Begriff des Hanges: Entbehrlichkeit der körperlichen Abhängigkeit; Erörterungsmangel).

§ 64 StGB

Zur Annahme eines Hanges i.S. des § 64 StGB ist eine chronische, auf körperlicher Sucht beruhende Abhängigkeit nicht Voraussetzung, sondern es genügt eine eingewurzelte, aufgrund psychischer Disposition bestehende oder durch Übung erworbene intensive Neigung, immer wieder Alkohol oder andere Rauschmittel im Übermaß zu sich zu nehmen, ohne dass diese den Grad einer physischen Abhängigkeit erreicht haben muss (BGH, Beschluss vom 18. August 1998 – 5 StR 363/98).

744. BGH 5 StR 215/07 – Beschluss vom 26. Juni 2007 (LG Berlin)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Verhältnismäßigkeit; Schwere der Anlasstat; Betreuung).

§ 63 StGB; § 62 StGB; § 1896 BGB

Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus beschwert die hiervon Betroffenen außerordentlich. Sie darf deshalb nur angeordnet werden, wenn die Gesamtwürdigung des Täters und seiner Tat ergibt, dass von ihm infolge seines Zustands erhebliche rechtswidrige Taten zu erwarten sind (BGHR StGB § 63 Schuldunfähigkeit 1). Es muss wahrscheinlich sein, dass der Rechtsfrieden durch neue Taten schwer gestört wird (BGHSt 27, 246, 248; BGHR StGB § 63 Gefährlichkeit 25). Die Unterbringung darf nicht angeordnet werden, wenn – im Blick auf § 62 StGB – die wegen ihrer unbestimmten Dauer sehr belastende Maßnahme außer Verhältnis zu der Bedeutung der begangenen und zu erwartenden Taten stehen würde. Darüber hinaus kommt die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus nur dann in Betracht, wenn weniger einschneidende Maßnahmen keinen ausreichenden zuverlässigen Schutz vor der Gefährlichkeit des Täters bieten.

Rechtsprechung

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

676. BGH 3 StR 104/07 - Urteil vom 26. Juli 2007 (LG Wuppertal)

BGHSt; Selbstbelastungsfreiheit (Freiheit von Zwang; Freiheit von Täuschung; verdeckter Ermittler; nemo-tenetur-Grundsatz; vernehmungähnliche Situation; konventionskonforme Auslegung); Schweigerecht (Wahrnehmung; Respektierung; Beweisverwertungsverbot: Fortwirkung in der polizeilichen Vernehmung); redaktioneller Hinweis.

§ 136 Abs. 2 StPO; § 163a StPO; Art. 14 Abs. 3 lit. g IPbürgR; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 8 EMRK; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 110a Abs. 1 Satz 4 StPO

1. Ein Verdeckter Ermittler darf einen Beschuldigten, der sich auf sein Schweigerecht berufen hat, nicht unter Ausnutzung eines geschaffenen Vertrauensverhältnisses beharrlich zu einer Aussage drängen und ihm in einer vernehmungähnlichen Befragung Äußerungen zum Tatgeschehen entlocken. Eine solche Beweisgewinnung verstößt gegen den Grundsatz, dass niemand verpflichtet ist, sich selbst zu belasten, und hat regelmäßig ein Beweisverwertungsverbot zur Folge. (BGHSt)

2. Erklärt der Beschuldigte in einem gegen ihn gerichteten Ermittlungsverfahren gegenüber den Ermittlungsbehörden, schweigen zu wollen, so verdichtet sich der allgemeine Schutz, den ihm der Grundsatz der Selbstbelastungsfreiheit bietet, in der Weise, dass die Strafverfolgungsbehörden seine Entscheidung für das Schweigen grundsätzlich zu respektieren haben. (Bearbeiter)

3. Eine gleichwohl durchgeführte gezielte vernehmungähnliche Befragung des Beschuldigten zu den Tatvorwürfen, die auf Initiative der Ermittlungsbehörden ohne Aufdeckung der Verfolgungsabsicht durchgeführt wird, verstößt gegen den Grundsatz, dass niemand verpflichtet ist, zu seiner eigenen Überführung beizutragen, insbesondere sich selbst zu belasten („nemo tenetur se ipsum accusare“). (Bearbeiter)

4. Die Erwägungen des EGMR im Fall „Allan v. Großbritannien“ (StV 2003, 257, 259) könnten mit Blick auf andere Fallgestaltungen Anlass zur Prüfung geben, ob an der - anscheinend restriktiveren - Bestimmung der Reichweite des nemo-tenetur-Prinzips durch den Großen Senat für Strafsachen festgehalten werden kann und welche Konsequenzen sich insbesondere für Fälle der Art ergeben, wie sie in dem damaligen Ausgangsverfahren zur Beurteilung anstanden. (Bearbeiter)

5. Es begegnet – auch mit Blick auf die verfassungsmäßigen und prozessualen Rechte des Beschuldigten – jedoch keinen Bedenken, dass ein Verdeckter Ermittler nicht gehalten ist, einen Beschuldigten über sein Schweigerecht zu belehren, wenn dieser dazu ansetzt, über die Tat zu berichten. Dies versteht sich aus dem Wesen des von der Strafprozessordnung zugelassenen Einsatzes von Verdeckten Ermittlern. (Bearbeiter)

6. Solange der Verdeckte Ermittler den Beschuldigten zu selbstbelastenden Äußerungen nicht drängt oder ihm solche nicht in anderer Weise - insbesondere durch ge-

zielte Befragungen - entlockt, dürfen diese verwertet werden. (Bearbeiter)

7. In einer das Ermittlungsinteresse nicht aufdeckenden Befragung durch einen Verdeckten Ermittler liegt kein Verstoß gegen § 136a Abs. 1 StPO, denn mit der Beeinträchtigung der Willensentschließungsfreiheit durch Misshandlung, Ermüdung, körperlichen Eingriff, Verabreichung von Mitteln oder Quälerei lässt sich eine verdeckte Befragung des Beschuldigten nicht vergleichen. (Bearbeiter)

741. BGH 5 StR 189/07 – Beschluss vom 21. Juni 2007 (LG Berlin)

BGHSt; Wahrunterstellung einer Beweistatsache (Hinweispflicht bei belastender Betrachtung als erwiesen); Recht auf ein faires Verfahren (effektive Verteidigung; Vertrauensschutz).

§ 244 Abs. 3 Satz 2, Abs. 6 StPO; Art. 6 EMRK

1. Nach Wahrunterstellung einer Beweistatsache darf diese nicht ohne vorherigen entsprechenden Hinweis an den Angeklagten im Urteil als erwiesen angesehen und zum Nachteil des Angeklagten verwertet werden. (BGHSt)

2. In der Wahrunterstellung liegt eine Zusicherung, auf deren Einhaltung sich der Angeklagte aus Fairnessgründen unbedingt verlassen können muss (vgl. BGHSt 32, 44; 40, 169, 185). Das bezieht sich auf alle Konsequenzen der Wahrunterstellung: primär auf die Berücksichtigung der als wahr unterstellten Beweistatsache im Urteil, in dem nicht im Widerspruch dazu stehende Tatsachen festgestellt werden dürfen; aber auch auf den Ausschluss der Verwendung zum Nachteil des Angeklagten, der darauf vertrauen darf, keine negativen Schlussfolgerungen auf der Grundlage dieser Beweistatsache zu riskieren, so dass er sie bei seiner weiteren Verteidigung nicht kritisch auf ihre möglichen Beweisauswirkungen zu hinterfragen braucht. (Bearbeiter)

710. BGH 1 StR 3/07 – Urteil vom 3. Juli 2007 (LG Waldshut-Tiengen)

BGHSt; Begründung der Beschuldigteneigenschaft durch die Art und Weise einer Vernehmung (Beschuldigtenbegriff; staatliche Ermittlungsmaßnahmen; Maßgeblichkeit der Wahrnehmung des Betroffenen); Verwertungsverbote nach unterlassener oder nicht qualifizierter Beschuldigtenbelehrung (qualifizierte Belehrung; Widerspruch); Mord (Verdeckungsabsicht); Beweiswürdigung (überspannte Anforderungen an die Überzeugungsbildung; Zweifelssatz).

Art. 6 EMRK; § 136 Abs. 1 StPO; § 163a Abs. 4 StPO; § 397 Abs. 1 AO; § 211 StGB; § 261 StPO

1. Zur Begründung der Beschuldigteneigenschaft durch die Art und Weise einer Vernehmung (im Anschluss an BGHSt 38, 214). (BGHSt)

2. Ergibt eine Gesamtschau aller relevanten Umstände aus der Sicht des Vernommenen, dass die Vernehmung vornehmlich dazu diente, ihn der durch den Vernehmungsbeamten bereits mutmaßlich angenommenen Täterschaft zu überführen, offenbart sich in einer Ver-

nehmung der Verfolgungswille, der den Vernommenen zum Beschuldigten werden lässt. (Bearbeiter)

3. Ist ein Beschuldigter gemäß § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO belehrt, nicht jedoch über die Unverwertbarkeit früherer Aussagen, so hat der Verstoß hinsichtlich der anschließenden Aussage jedenfalls kein Gewicht, das dem Gewicht eines Verstoßes gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO entspräche. Wie der Bundesgerichtshof bereits im Zusammenhang mit anderen in ihrem Gewicht hinter einem Verstoß gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO zurückbleibenden Fehlern der Vernehmenden bei Beschuldigtenvernehmungen entschieden hat, ist dann die Verwertbarkeit der Aussage durch Abwägung im Einzelfall zu ermitteln. (Bearbeiter)

4. Die Beschuldigteneigenschaft setzt - subjektiv - den Verfolgungswillen der Strafverfolgungsbehörde voraus, der sich - objektiv - in einem Willensakt manifestiert (vgl. BGHSt 38, 214, 228; BGH NJW 1997, 1591). Wird gegen eine Person ein förmliches Ermittlungsverfahren eingeleitet, liegt darin ein solcher Willensakt. Andernfalls beurteilt sich dessen Vorliegen danach, wie sich das Verhalten des ermittelnden Beamten nach außen, insbesondere in der Wahrnehmung des davon Betroffenen darstellt (BGHSt aaO). Dabei ist zwischen verschiedenen Ermittlungshandlungen wie folgt zu differenzieren: Strafprozessuale Eingriffsmaßnahmen, die nur gegenüber dem Beschuldigten zulässig sind, sind Handlungen, die ohne weiteres auf den Verfolgungswillen der Strafverfolgungsbehörde schließen lassen. Aber auch Eingriffsmaßnahmen, die an einen Tatverdacht anknüpfen, begründen grundsätzlich die Beschuldigteneigenschaft des von der Maßnahme betroffenen Verdächtigen, weil sie regelmäßig darauf abzielen, gegen diesen wegen einer Straftat strafrechtlich vorzugehen; so liegt die Beschuldigtenstellung des Verdächtigen auf der Hand, wenn eine Durchsuchung nach § 102 StPO dazu dient, für seine Überführung geeignete Beweismittel zu gewinnen (vgl. BGH NJW 1997, 1591, 1592). (Bearbeiter)

5. Das Mordmerkmal der Verdeckungsabsicht kann auch bei einem in einer unvorhergesehenen Augenblickssituation spontan gefassten Tötungsentschluss gegeben sein. Die Absicht zur Verdeckung einer anderen Tat erfordert keine Überlegung des Täters im Sinne eines abwägenden Reflektierens über die eigenen Ziele. Vielmehr genügt es, dass er die „Verdeckungsanlage“ gleichsam „auf einen Blick“ erfasst (vgl. BGHSt 35, 116; BGH NJW 1999, 1039, 1041), wobei in der Regel ein vorhandenes gedankliches Mitbewusstsein ausreicht (BGH NJW aaO). Eine affektive Erregung stellt bei den meisten Tötungsdelikten den Normalfall dar (BGH NStZ-RR 2003, 8). Für Verdeckungstötungen ist sie sogar typisch (vgl. BGH NJW 1999, 1039, 1041). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs hat ein solcher Erregungszustand dementsprechend im Regelfall keinen Einfluss auf die Verdeckungsabsicht. (Bearbeiter)

760. BGH 5 StR 383/06 – Beschluss vom 5. Juni 2007 (LG Berlin)

BGHR; Verfahrenshindernis infolge der Beschränkung des Rechts auf konkrete und wirksame Verteidigung aufgrund beamtenrechtlicher Vorschriften (eingeleitet)

schränkte Aussagegenehmigung für angeklagte Beamte; Recht auf ein faires Verfahren; Zurückhaltung / Sperrung von Beweismitteln; Ausschluss der Öffentlichkeit; Unzulässigkeit von Verfahrensrügen der Staatsanwaltschaft (unzulässige Bezugnahmen); Beschwer des Angeklagten bei Verfahrenseinstellung; redaktioneller Hinweis.

Art. 1, Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 27 Abs. 3 BerlLBG; § 172 GVG; § 175 GVG

1. Zur Abwägung der im Widerstreit stehenden verfassungsrechtlichen Rechtsgüter bei der Beschränkung des Rechts auf umfassende Verteidigung aufgrund beamtenrechtlicher Vorschriften. (BGHR)

2. Die Einschränkung der einem Angeklagten erteilten Aussagegenehmigung aufgrund beamtenrechtlicher Vorschriften kann das Recht auf umfassende Verteidigung mehr oder weniger beeinträchtigen. Wie der Grundsatz, dass niemand gezwungen werden darf, durch eigene Aussagen die Voraussetzungen für seine strafrechtliche Verurteilung zu liefern, hat dieses Recht Verfassungsrang (vgl. BVerfGE 56, 37, 49). Eine Beschränkung der Aussagegenehmigung, die das Recht auf Verteidigung in seinem Wesensgehalt antastet, kann als Verstoß gegen die Grundnorm des Art. 1 Abs. 1 GG von Verfassungs wegen nicht hingenommen werden. Sie trafe einen obersten in seiner Substanz nicht zur Disposition stehenden Wert (vgl. BGHSt 36, 44, 48 m.w.N.). Daraus folgt, dass ein Strafverfahren nicht durchgeführt werden darf, wenn staatliche Geheimhaltungsinteressen von großem Gewicht nicht anders als durch die Beschneidung wesentlicher Verteidigungsmöglichkeiten gewahrt werden können. Eine Einstellung des Strafverfahrens kommt aber erst in Betracht, wenn die gegebenen Möglichkeiten, auf eine hinreichende Aussagegenehmigung hinzuwirken, ausgeschöpft worden sind. (Bearbeiter)

3. Eine Bezugnahme auf Aktenteile steht der Zulässigkeit einer Verfahrensrüge nur dann nicht entgegen, wenn die Bezugnahme ohne Bedeutung für den geltend gemachten Verfahrensverstoß ist (vgl. BGHSt 40, 3, 5). (Bearbeiter)

4. Ungeachtet eines nicht eingetretenen Strafklageverbrauchs bewirkt die materielle Rechtskraft der Verfahrenseinstellung wegen eines Verfahrenshindernisses, dass der Angeklagte nicht verfolgt werden darf, solange sich die Umstände, die nach Auffassung des Landgerichts zur Annahme des Verfahrenshindernisses geführt haben, nicht verändert haben. (Bearbeiter)

757. BGH 5 StR 459/06 – Beschluss vom 27. Februar 2007

Rechtliches Gehör bei eigener Sachentscheidung des Revisionsgerichts auf Grundlage einer Analogie (gesetzlicher Richter; Anhörungsrüge; systematische Auslegung; Recht auf ein faires Verfahren; Beruhen).

Art. 6 EMRK; § 354 Abs. 1, Abs. 1a StPO; § 356a StPO; § 337 Abs. 1 StPO

1. Nach der § 354 Abs. 1 StPO zugrunde liegenden Konzeption ist eine Zurückverweisung nur veranlasst, wenn dem Revisionsgericht eine abschließende Entscheidung „ohne tatsächliche Erörterung“ unmöglich ist. Solches liegt auch dann vor, wenn das Revisionsgericht zu der

Überzeugung gelangt ist, dass gegen den Revisionsführer aus Rechtsgründen, weil jede andere Strafe kein gerechter Schuldausgleich wäre, eine bestimmte Strafe verhängt werden muss; in einem solchen Fall muss das Revisionsgericht diese Strafe aussprechen und darf die Sache nicht an den Tatrichter zurückverweisen. Dem entspricht die Praxis des Bundesgerichtshofs (BGHSt 47, 100, 105; BGH NStZ 1992, 78; 297; BGH, Beschlüsse vom 10. Januar 2007 – 5 StR 304/06 und 305/06).

2. Die hierin liegende analoge Anwendung des § 354 Abs. 1 StPO begegnet auch nach Einfügung der Vorschriften des § 354 Abs. 1a und 1b StPO durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz keinen aus systematischen Erwägungen herrührenden Bedenken (vgl. BGHR StPO § 354 Abs. 1a Anwendungsbereich 2). Sie hält sich, wenn die Verfahrenslage, so wie hier, jedes Ermessen über Art und Höhe der Rechtsfolge ausschließt, in den durch Artikel 101 Abs. 1 Satz 2 GG gezogenen Grenzen (BVerfG – Kammer – Beschluss vom 2. Juni 2006 – 2 BvR 906/06 m.w.N.).

704. BGH 1 StR 251/07 – Beschluss vom 20. Juni 2007 (LG Konstanz)

Verwertung von Erkenntnissen „ausländischer verdeckter Ermittler“ (kein Beweisverwertungsverbot; Einstufung als nichtamtliche Vertrauenspersonen); Tenorierung bei der Einziehung.

Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 8 EMRK; Art. 6 EMRK; § 110a StPO; § 74 StGB

Solange es keine gesetzliche Regelung gibt, die Polizeibeamte einer ausländischen Behörde ausdrücklich Beamten im Sinne der §§ 2, 35 ff. BRRG gleichstellt, richtet sich deren verdeckter Einsatz nicht nach den Vorschriften der §§ 110a ff. StPO. Verdeckt ermittelnde Beamte des ausländischen Polizeidienstes sind deshalb zu behandeln wie von der Polizei eingesetzte Vertrauenspersonen. Wurde für ihren Einsatz dennoch eine richterliche Zustimmung eingeholt, so kann die Verwertbarkeit der Angaben der Vertrauensperson oder sonstiger daraus resultierender Beweismittel nicht durch einen möglichen Fehler des Zustimmungsbeschlusses des Ermittlungsrichters beeinträchtigt sein.

668. BGH 2 StR 84/07 - Urteil vom 20. Juni 2007 (LG Bonn)

Besorgnis der Befangenheit (Parteilichkeit; Voreingenommenheit; Willkür; Irrtum; einfacher Verfahrensverstoß; „Privatkrieg“ zwischen Richter und Verteidiger); rechtliches Gehör des Angeklagten in der Hauptverhandlung (Verlesung der Einlassung durch den Verteidiger; Mündlichkeit; Beweisanspruch auf Verlesung); rechtlicher Hinweis (Beruhen).

Art. 6 EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 24 StPO; § 338 Nr. 3 StPO; § 265 StPO; § 337 StPO; § 245 StPO

1. Die Vernehmung des Angeklagten zur Sache erfolgt gemäß § 243 Abs. 4 Satz 2 StPO mündlich. Der Angeklagte kann sich nicht durch seinen Verteidiger vertreten lassen.

2. Nach § 24 Abs. 2 StPO kann ein Richter wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt werden, wenn ein

Grund vorliegt, der geeignet ist, Misstrauen gegen seine Unparteilichkeit zu rechtfertigen. Das ist der Fall, wenn der Ablehnende bei verständiger Würdigung des ihm bekannten Sachverhalts Grund zur Annahme hat, der Richter nehme ihm gegenüber eine innere Haltung ein, die die gebotene Unparteilichkeit und Unvoreingenommenheit störend beeinflussen kann.

3. Diese Besorgnis lässt sich nicht schon allein mit einer fehlerhaften Sachbehandlung begründen. Verfahrensverstöße, die auf einem Irrtum oder auf einer unrichtigen Rechtsansicht beruhen, stellen grundsätzlich keinen Ablehnungsgrund dar, sondern nur dann, wenn die Entscheidungen abwegig sind oder den Anschein der Willkür erwecken.

4. Die Entscheidung eines Gerichts, als „Einlassungen“ der Angeklagten nicht von deren Verteidigern verfasste Erklärungen verlesen zu lassen, ist jedenfalls nicht abwegig oder willkürlich, sondern steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des Reichsgerichts sowie mit Stimmen in der Literatur. Willkürlich könnte eine solche Entscheidung hingegen sein, wenn besondere Umstände, etwa Sprachfehler oder Sprachhemmungen, den Angeklagten am eigenen Vortrag hindern oder ihn wesentlich beeinträchtigen würden.

5. Ein Urteil beruht jedenfalls dann nicht auf einem unterlassenen ausdrücklichen Hinweis gemäß § 265 Abs. 1 StPO, wenn der Angeklagte bereits aus einem Beschluss des Gerichts im Zwischenverfahren ohne weiteres erkennen konnte, dass nunmehr ein neuer strafrechtlicher Vorwurf im Raum stand.

714. BGH 1 StR 58/07 – Beschluss vom 20. Juni 2007 (LG Nürnberg)

Revisibilität der Urteilsverkündungsfrist des § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO (Beruhen); redaktioneller Hinweis. § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 337 StPO

Die Elftagesfrist des § 268 Abs. 3 StPO ist als zwingendes Recht revisibel. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs kann nur in Ausnahmefällen ein Beruhen des Urteils auf diesem Verstoß ausgeschlossen werden (BGH aaO, BGHR StPO § 268 Abs. 3 Verkündung 1 und 2).

734. BGH 5 StR 138/07 – Beschluss vom 26. Juni 2007 (LG Berlin)

Gesetzlicher Richter (kein Richter in eigener Sache); rechtswidrige Verwerfung eines Befangenheitsgesuchs (Unzulässigkeit; Beschränkung des § 26a StPO auf reine Formalentscheidungen; völlige rechtliche Ungeeignetheit des vorgetragenen Befangenheitsgrundes); redaktioneller Hinweis.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 24 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 3 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

1. Die Vorschrift des § 26a StPO gestattet nur ausnahmsweise, dass ein abgelehnter Richter selbst über einen gegen ihn gestellten Befangenheitsantrag entscheidet. Voraussetzung für diese Ausnahme von dem in § 27 StPO erfassten Regelfall der Entscheidung ohne die Mit-

wirkung des abgelehnten Richters ist, dass keine Entscheidung in der Sache getroffen wird, vielmehr die Beteiligung des abgelehnten Richters auf eine echte Formalentscheidung oder die Verhinderung eines offensichtlichen Missbrauchs des Ablehnungsrecht beschränkt bleibt (BVerfGK 5, 269, 281 f.). Jenseits dieser formalen Prüfung darf sich der abgelehnte Richter nicht durch Mitwirkung an einer näheren inhaltlichen Prüfung der Ablehnungsgründe im Rahmen von Entscheidungen nach § 26a Abs.1 StPO zum „Richter in eigener Sache“ machen (BVerfG aaO).

2. Ein Ablehnungsgesuch, dessen Begründung aus zwingenden rechtlichen Gründen zur Rechtfertigung des Gesuchs völlig ungeeignet ist, kann einem Gesuch ohne Angabe von Gründen gleichgestellt werden (vgl. BGHR StPO § 26a Unzulässigkeit 15 Rdn. 19; BVerfG – Kammer – StV 2006, 673, 674), so dass die Entscheidung über dieses Gesuch nach § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO möglich ist. Bei der Annahme einer völligen Ungeeignetheit in diesem Sinne ist aber äußerste Zurückhaltung geboten, um eine Begründetheitsprüfung im Gewande einer Zulässigkeitsprüfung zu verhindern (vgl. BVerfG – Kammer –, Beschluss vom 27. April 2007 – 2 BvR 1674/06). Eine Zurückweisung wegen offensichtlicher Unbegründetheit ermöglicht § 26a StPO nicht (BVerfGK 5, 269, 282). Entsprechend scheidet eine völlige Ungeeignetheit in diesem Sinne aus, sobald eine nähere inhaltliche Prüfung der aus konkret bezeichneten Tatsachen abgeleiteten Ablehnungsgründe erforderlich ist.

740. BGH 5 StR 186/07 – Urteil vom 17. Juli 2007 (LG Berlin)

Mindestanforderungen an die Beweiswürdigung (Gebot der erschöpfenden Beweiswürdigung; Darstellungspflichten beim Wiedererkennen des Täters: Wahrnehmungsfähigkeit von Gewaltopfern, insbesondere Opfern von Sexualdelikten); Zusammenwirken von Verfahrensrüge und Sachrüge bei der Beweiswürdigung (Rekonstruktionsverbot; Erweiterung der Prüfung durch Verfahrensrügen).

Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG; § 261 StPO

1. Eine Revision kann grundsätzlich nicht mit der Behauptung gehört werden, das Tatgericht habe sich mit einer bestimmten Aussage einer Beweisperson nicht auseinandergesetzt, wenn sich diese Aussage nicht aus dem Urteil selbst ergibt (vgl. BGH NJW 2003, 150, 152). Anderes kann gelten, wenn ergänzende Verfahrensrügen gemäß § 244 Abs. 2 und/oder § 261 StPO erhoben sind.

2. Der Tatrichter ist aufgrund der Komplexität und Fehlerträchtigkeit bei einer Überführung eines Angeklagten aufgrund der Aussage und des Wiedererkennens einer einzelnen Beweisperson (vgl. BVerfG – Kammer – NJW 2003, 2444, 2445 m.w.N.; BGHR StPO § 261 Identifizierung 6) grundsätzlich gehalten, darzulegen, ob und in welchem Grade die Aussage des Wiedererkennungszugegen zur Übereinstimmung zwischen dem Angeklagten und dem seinerzeit wahrgenommenen Täter mit den in der Hauptverhandlung gewonnenen übrigen Beweisergebnissen in Einklang gebracht werden kann oder aber diesen zuwider läuft (vgl. auch BGH, Urteil vom 16. März 2004 – 5 StR 490/03).

3. Eine weitergehende Darstellungspflicht hinsichtlich der Umstände, aus denen Augenzeug(inn)en keine umfangreicheren oder präziseren Angaben machen konnten, besteht nicht. Der Tatrichter ist generell unter keinem rechtlichen Gesichtspunkt zu einer umfassenden Darstellung einer nicht protokollierten Zeugenaussage im Urteil verpflichtet (vgl. BGH StV 1986, 6; BGH NStZ-RR 2006, 346).

4. Die Opfer von – auch sexuell motivierten – Gewalttaten sind während der Tatausführung als existenzbedrohend empfundenen Bedrängnissen ausgesetzt. Dieser Umstand kann sie in ihrer Wahrnehmungsfähigkeit in Bezug auf Merkmale des Täters, die eine Wiedererkennung ermöglichen, beeinträchtigen, ähnlich auch der Situation von Opfern, die mit einer Schusswaffe bedroht worden sind (vgl. BGH NStZ-RR 2006, 212). Angaben derart beeinträchtigter Zeuginnen müssen deshalb nicht etwa stets als Grundlage für eine Täterfahndung geeignet sein. Diese Gründe sind so naheliegend, dass der Tatrichter zur näheren Darlegung insoweit nicht verpflichtet ist.

758. BGH 5 StR 475/02 – Beschluss vom 11. April 2007

Unbegründetes Befangenheitsgesuch gegen Richter des Bundesgerichtshof (Vorbefassung mit einer vom BVerfG später abweichend entschiedenen Rechtsfrage; Besorgnis der Befangenheit); Recht auf ein faires Verfahren (Konsularrechte nach dem Wiener Konsularrechtsübereinkommen); redaktioneller Hinweis.
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 24 Abs. 2 StPO; Art. 36 Abs. 1 Buchstabe b Satz 3 WÜK

1. Die Vorbefassung stellt grundsätzlich keinen Ablehnungsgrund dar (st. Rspr., vgl. nur BGHSt 21, 142, 143 f.; BGHR StPO § 338 Nr. 3 Strafkammer 1, insoweit in BGHSt 43, 96 nicht abgedruckt). Das deutsche Verfahrensrecht wird von der Auffassung beherrscht, dass der Richter auch dann unvoreingenommen an die Beurteilung einer Sache herantrete, wenn er sich schon früher über denselben Sachverhalt ein Urteil gebildet habe (BVerfGE 30, 149, 153 ff.).

2. Dem entspricht es, dass ein Richter, der an einem vom Revisionsgericht aufgehobenen Urteil mitgewirkt hat, erneut in der zurückverwiesenen Sache mitentscheiden darf, ohne grundsätzlich als befangen zu gelten (BGH NStZ 1991, 595; 1994, 447). Ebenso wenig kann ein verständiger Angeklagter in den Fällen, in denen das Bundesverfassungsgericht von der durch § 95 Abs. 2 BVerfGG eröffneten Möglichkeit Gebrauch gemacht hat, die Sache an das Revisionsgericht zurückzuverweisen, Bedenken gegen die Unvoreingenommenheit der Richter haben.

678. BGH 3 StR 162/07 – Beschluss vom 13. Juni 2007 (LG Osnabrück)

Aufklärungspflicht bei Verfahrensabsprachen (Überprüfung eines Geständnisses); Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe.
§ 244 StPO; § 267 StPO

1. Das deutsche Strafprozessrecht wird von dem Grundsatz beherrscht, dass die Gerichte von Amts wegen den wahren Sachverhalt – soweit dies mit dem verfügbaren Beweismaterial möglich ist – aufzuklären haben (§ 244 Abs. 2 StPO). Je nach dem Ergebnis dieser Aufklärungsbemühungen (§ 261 StPO) ist der Angeklagte dann freizusprechen oder sein festgestelltes Verhalten unter die zutreffende Strafnorm zu subsumieren; auf dieser Grundlage ist der Schuldspruch zu treffen und sind die entsprechenden Rechtsfolgen festzusetzen. Dieser Grundsatz darf – schon wegen der Gesetzesbindung des Richters (Art. 20 Abs. 3 GG) – nicht dem Interesse an einer einfachen und schnellstmöglichen Erledigung des Verfahrens geopfert werden.

2. Allein die Bereitschaft des Angeklagten, wegen eines bestimmten Sachverhalts eine Strafe hinzunehmen, die das gerichtlich zugesagte Höchstmaß nicht überschreitet, entbindet das Gericht nicht von der Pflicht zu prüfen, ob das daraufhin abgelegte Geständnis dem Urteil zu Grunde gelegt werden darf. Es ist daher zu untersuchen, ob das Geständnis mit dem Ermittlungsergebnis zu vereinbaren ist, ob es in sich stimmig ist, ob es überhaupt ein strafrechtlich relevantes Verhalten einräumt und – wenn letzteres der Fall ist – welche Strafnorm in welcher Begehungsweise hierdurch verletzt wurde.

708. BGH 1 StR 280/07 – Beschluss vom 18. Juli 2007 (LG München)

Begründung der Beschuldigteneigenschaft durch die Art und Weise einer Vernehmung (Maßgeblichkeit der Wahrnehmung des Betroffenen).
Art. 6 EMRK; § 136 Abs. 1 StPO; § 163a Abs. 4 StPO; § 397 Abs. 1 AO

1. Die Beschuldigteneigenschaft setzt – subjektiv – den Verfolgungswillen der Strafverfolgungsbehörde voraus, der sich – objektiv – in einem Willensakt manifestiert (vgl. BGHSt 38, 214, 228; BGH NJW 1997, 1591). Wird gegen eine Person ein förmliches Ermittlungsverfahren eingeleitet, liegt darin ein solcher Willensakt. Andernfalls beurteilt sich dessen Vorliegen danach, wie sich das Verhalten des ermittelnden Beamten nach außen, insbesondere in der Wahrnehmung des davon Betroffenen darstellt (BGHSt aaO).

2. Dieser Grundsatz gilt auch für Vernehmungen. Der Vernehmende darf aber die Verdachtslage weiter abklären; da er mithin nicht gehindert ist, den Vernommenen mit dem Tatverdacht zu konfrontieren, sind hierauf zielende Vorhalte und Fragen nicht zwingend ein hinreichender Beleg dafür, dass der Vernehmende dem Vernommenen als Beschuldigten gegenübertritt. Der Verfolgungswille kann sich jedoch aus dem Ziel, der Gestaltung und den Begleitumständen der Befragung ergeben.

762. BGH 5 StR 83/07 – Urteil vom 21. Juni 2007 (LG Berlin)

Unzulässige Tatprovokation (Recht auf ein faires Verfahren; Tatgeneigtheit zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Konflikt mit dem Resozialisierungsauftrag im Vollzug; Lockspitzeinsatz).
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 1 StVollzG

1. Strafmilderung infolge einer polizeilichen Tatprovokation mit Hilfe von Strafgefangenen im offenen Vollzug.

2. Der Strafvollzug dient der Resozialisierung von Gefangenen und nicht der Animerung zu weiteren Straftaten. Es geht grundsätzlich nicht an, dass der gesetzliche Auftrag der Vollzugsbehörden durch eine andere staatliche Institution (hier: Polizeibehörde) unterlaufen wird.

3. Der Senat lässt offen, ob es für die Beanstandung der Bewertung eines Lockspitzeinsatzes grundsätzlich der Erhebung einer Verfahrensrüge bedarf (vgl. BGHSt 45, 321, 323; BGH, Beschluss vom 26. Mai 2004 – 2 ARs 33/04, insoweit in StraFo 2004, 356 nicht abgedruckt).

753. BGH 5 StR 272/07 – Beschluss vom 3. Juli 2007 (LG Hamburg)

Rechtsfehlerhafte Zurückweisung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit.
§ 244 Abs. 3 StPO

1. Der Beschluss, mit dem ein Beweisantrag wegen Bedeutungslosigkeit der behaupteten Tatsachen abgelehnt wird, muss die Erwägungen anführen, aus denen der Tatrichter ihnen keine Bedeutung beimisst. Wird die Bedeutungslosigkeit aus tatsächlichen Umständen gefolgert, so müssen die Tatsachen angegeben werden, aus denen sich ergibt, warum die unter Beweis gestellte Tatsache, selbst wenn sie erwiesen wäre, die Entscheidung des Gerichts nicht beeinflussen könnte (BGHR StPO § 244 Abs. 3 Satz 2 Bedeutungslosigkeit 26 m.w.N.).

2. Die erforderliche Begründung hat grundsätzlich den Begründungserfordernissen bei der Würdigung von durch eine Beweisaufnahme gewonnenen Indiztatsachen in den Urteilsgründen zu entsprechen (vgl. BGH aaO). Die Ablehnung des Beweisantrags darf nicht dazu führen, dass aufklärbare, zugunsten eines Angeklagten sprechende Umstände der gebotenen Gesamtabwägung im Rahmen der Beweiswürdigung entzogen werden (BGH aaO). Die Darlegung tatsächlicher Bedeutungslosigkeit erfordert eine Einfügung und Würdigung der Beweistatsache in das bisher gewonnene Beweisergebnis (vgl. BGH aaO).

716. BGH 4 StR 100/07 – Urteil vom 13. Juni 2007 (LG Dessau)

Begriff des Beweisantrages (Abgrenzung vom Beweisermittlungsantrag: bestimmte Beweisbehauptung und Antrag „aufs Geratewohl“).
§ 244 Abs. 3 StPO

Einem Beweisbegehren, das in die Form eines Beweisantrags gekleidet ist, muss nur dann nicht oder allenfalls nach Maßgabe der Aufklärungspflicht nachgegangen werden, wenn die Beweisbehauptung ohne jeden tatsächlichen Anhaltspunkt und ohne jede begründete Vermutung aufs Geratewohl aufgestellt wurde, sodass es sich in Wahrheit nur um einen nicht ernstlich gemeinten, zum Schein gestellten Beweisantrag handelt (vgl. BGH NSTz 2003, 497; StV 2002, 233 m.w.N.). Ob es sich bei einem Beweisbegehren um einen Beweisermittlungsantrag handelt, ist aus der Sicht eines verständigen Antragstellers auf der Grundlage der von ihm selbst nicht infrage gestellten Tatsachen zu beurteilen (vgl. BGH NSTz 1989, 334; 2003, 497; NSTz 2006, 405).

726. BGH 4 StR 540/06 – Urteil vom 5. Juli 2007 (LG Saarbrücken)

Beweisantrag auf Einholung eines medizinisch-psychiatrischen bzw. psychologisch-psychotherapeutischen Glaubwürdigkeitsgutachtens (eigene Sachkunde des Gerichts); Abgrenzung zum Beweisermittlungsantrag (Aufklärungspflicht).
§ 244 Abs. 2, Abs. 3, Abs. 4 StPO

Bei der Frage, ob der Tatrichter die eigene Sachkunde zur Glaubwürdigkeitsbeurteilung zu Recht annehmen konnte, treten Besonderheiten des Falles und in der Person des Zeugen in ihrer Bedeutung zurück, wenn dessen Aussage in anderen Umständen erhebliche Unterstützung findet (BGHR StPO § 244 Abs. 4 Satz 1 Sachkunde 4).

698. BGH 1 StR 16/07 – Urteil vom 19. Juni 2007 (LG Stuttgart)

Bedingter Betrugsvorsatz und Beweiswürdigung bei hochspekulativen Kapitalanlagemodellen (Lückenhaftigkeit; fernliegende Schlussfolgerungen des Tatrichters).
§ 263 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB; § 261 StPO

Die Beweiswürdigung ist Sache des Tatrichters. Die revisionsgerichtliche Prüfung beschränkt sich darauf, ob dem Tatrichter Rechtsfehler unterlaufen sind. Ein Rechtsfehler kann auch darin liegen, dass eine nach den Feststellungen nicht nahe liegende Schlussfolgerung gezogen wurde, ohne dass konkrete Gründe angeführt sind, die dieses Ergebnis stützen könnten. Es ist weder im Hinblick auf den Zweifelssatz noch sonst geboten, zu Gunsten des Angeklagten Tatvarianten zu unterstellen, für deren Vorliegen keine konkreten Anhaltspunkte erbracht sind (vgl. BGH NJW 2005, 1727).

701. BGH 1 StR 167/07 – Urteil vom 20. Juni 2007 (LG Mannheim)

Besorgnis der Befangenheit (Anforderungen an die Verfahrensrüge; Vorbefassung); Strafzumessung nach Aufhebung (auch) des Strafausspruches (Verschlechterungsverbot; Kompensation rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung; [annähernd] gleiche Strafhöhe nach Aufhebung; Begründungsgebot).
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 24 Abs. 2 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB; § 358 Abs. 2 StPO; § 353 StPO

1. Das Verschlechterungsverbot des § 358 Abs. 2 Satz 1 StPO hindert den neuen Tatrichter nicht, bei der synoptischen Gegenüberstellung der (fiktiv) ohne und (im Ergebnis) mit der Verfahrensverzögerung festgesetzten Strafen höhere fiktive Strafen zu bestimmen als der frühere Tatrichter, wenn die letztlich verhängte Strafe nicht höher ist als die frühere Strafe (BGHSt 45, 308).

2. Der neue Tatrichter ist bei der Bemessung der fiktiven Strafen auch sonst nicht an die Strafzumessung des früheren Tatrichters gebunden. Der neue Tatrichter hat über Art und Höhe der Strafen so zu befinden, als ob das frühere Urteil nicht in der Welt wäre (BGHSt 7, 86, 88; 45, 308, 311). Selbst dann, wenn er zum Tatgeschehen im Wesentlichen zu den gleichen Feststellungen gelangt

wie der frühere Tatrichter, ist er bei seinen - eigenständig zu treffenden - Strafzumessungserwägungen frei.

3. Der Senat teilt die Auffassung des 3. Strafsenats (BGHSt 45, 308, 312), dass die Verhängung einer gleich hohen oder nur unwesentlich ermäßigten Strafe dann einer besonderen Begründung bedarf, wenn die Verletzung des Beschleunigungsgebotes bei der früheren Straffestsetzung nicht oder nur in geringem Umfang berücksichtigt worden war oder erst nach der vorausgegangenen tatrichterlichen Entscheidung eingetreten ist. Diese besonderen Begründungsanforderungen können aber nur dann zur Anwendung kommen, wenn ausschließlich der Strafausspruch mit den zugehörigen Feststellungen aufgehoben wurde, während die bisherigen Feststellungen zum Schuldspruch nicht neu zu treffen, sondern für den neuen Tatrichter bindend waren.

694. BGH StB 31 und 32/07 - Beschluss vom 26. Juli 2007

Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen Maßregel

gegen einen Zeugen.
§ 161a Abs. 3 StPO

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist nach § 161a Abs. 3 Satz 1 StPO nur gegen die bei unberechtigtem Ausbleiben oder unberechtigter Zeugnisverweigerung in Abs. 2 Satz 1 dieser Vorschrift vorgesehenen Maßregeln zulässig. Die Ordnungsmäßigkeit der Ladung unterliegt nicht dieser Nachprüfung.

662. BGH 2 StR 280/07 - Beschluss vom 18. Juli 2007 (LG Frankfurt am Main)

Urteilsformel (Bestimmtheit); Liste der angewendeten Vorschriften (Beruhen).
§ 260 StPO; § 337 StPO

1. Die Liste der angewendeten Vorschriften ist weder Bestandteil der Urteilsformel noch der Urteilsgründe.
2. Auf eventuellen Mängeln der Liste kann das Urteil nicht beruhen.

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

731. BGH 4 StR 99/07 - Urteil vom 21. Juni 2007 (LG Saarbrücken)

Vorteilsannahme durch die Aufnahme einer ungenehmigten aber angemessen vergüteten Nebentätigkeit (den Vorteil ausschließender Rechtsanspruch; Begriff der Dienstausbübung; Unrechtsvereinbarung); Vorteilsgewährung; Beweiswürdigung.
§ 331 StGB; § 333 StGB; § 261 StPO

1. Unter einem Vorteil ist jede Leistung zu verstehen, auf die der Amtsträger keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert (st. Rspr., vgl. BGHSt 31, 264, 279; BGH NJW 2003, 763, 764).
2. Ein solcher Vorteil kann bereits im Abschluss eines Vertrages liegen, auf den der Amtsträger keinen Rechtsanspruch hat (vgl. BGHSt 31, 264, 279 f.; BGH wistra 2003, 303, 304). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Amtsträger einen Vertrag über eine Nebentätigkeit abschließt, auf deren Genehmigung er keinen Anspruch hatte.
3. Ein Vorteil wird „für die Dienstausbübung“ schon dann gewährt, wenn er von Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer allgemein im Sinne eines Gegenseitigkeitsverhältnisses mit der Dienstausbübung des Amtsträgers verknüpft wird (BGHSt 49, 275, 281; BGH NStZ 2005, 334).
4. Die private entgeltliche Nebentätigkeit eines Amtsträgers lässt als solche den Schluss auf eine Unrechtsvereinbarung im Sinne der §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB

nicht zu. Maßgeblich ist vielmehr, welcher Art die Beziehungen des Vorteilsgebers zu der Dienststelle des Amtsträgers sind und ob die Interessen des Vorteilsgebers sich dem Aufgabenbereich des Amtsträgers zuordnen lassen (vgl. BGHSt 39, 45, 47 m.N.). Demgemäß kann das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung nur für solche privaten entgeltlichen Nebentätigkeiten ohne Weiteres verneint werden, die für einen Auftraggeber ausgeübt werden, mit dem der Amtsträger solche dienstlichen Berührungspunkte nicht hat und auch nicht haben kann.

5. Anders verhält es sich jedoch, wenn zwischen Vorteilsgeber und Amtsträger dienstliche Berührungspunkte bestehen, die es nahe legen können, dass der mit der Ausübung einer entgeltlichen Nebentätigkeit verbundene Vorteil von Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer - jedenfalls auch - allgemein im Sinne eines Gegenseitigkeitsverhältnisses mit der Dienstausbübung des Amtsträgers verknüpft wird. In solchen Fällen bedarf es deshalb besonders sorgfältiger Prüfung, ob die Erteilung eines Auftrags für eine entgeltliche Nebentätigkeit ausschließlich wegen der besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten des Amtsträgers erfolgt oder ob sie auch erfolgt, um seine Dienstausbübung zu beeinflussen.

6. Zur Dienstausbübung im Sinne des § 333 Abs. 1 StGB gehören nicht nur Handlungen eines Amtsträgers mit unmittelbarer Außenwirkung, sondern auch lediglich vorbereitende und unterstützende dienstliche Tätigkeiten, wie etwa die Beratung anderer Amtsträger und Vorschläge zur Vergabe von Aufträgen.

7. Nebentätigkeiten sind auch dann keine Dienstaussübung, sondern Privathandlungen, wenn der Amtsträger bei seiner Nebentätigkeit dienstlich erworbene Kenntnisse nutzt oder einsetzt (vgl. BGHSt 11, 125, 128; BGHSt 18, 263, 267; BGH wistra 2001, 388, 389). Sie sind Dienstaussübung nur, soweit der Amtsträger bei der Ausführung der Nebentätigkeit - jedenfalls auch - im Rahmen seiner dienstlichen Obliegenheiten für den Vorteilsgeber tätig werden soll (vgl. BGHSt 31, 264, 280 f. zu § 331 StGB a.F.).

751. BGH 5 StR 251/07 - Beschluss vom 19. Juli 2007 (LG Lübeck)

Steuerhinterziehung (Tatbestandsfeststellung: Gewinnermittlungsmethode bei der Einkommensteuer, bloße Vermutung; Berechnungsdarstellung; Schätzung).

§ 370 AO; § 4 Abs. 1, Abs. 3 EStG; § 261 StPO

Zwar ist auch im Strafverfahren die Schätzung von Besteuerungsgrundlagen zulässig, wenn zwar feststeht, dass der Steuerpflichtige einen Besteuerungstatbestand erfüllt hat, das Ausmaß der verwirklichten Besteuerungsgrundlagen aber ungewiss ist (vgl. BGH wistra 1992, 147; 1986, 65; BGHR AO § 370 Abs. 1 Steuerschätzung 1, 2). Die Schätzung unterliegt dabei dem Tatrichter selbst. Er darf Schätzungen der Finanzbehörden nur dann übernehmen, wenn er selbst von ihrer Richtigkeit unter Berücksichtigung der vom Besteuerungsverfahren abweichenden strafrechtlichen Verfahrensgrundsätzen überzeugt ist (st. Rspr.; vgl. nur BGH NSTZ-RR 2005, 209, 211; wistra 2001, 308, 309; BGH, Beschluss vom 24. Mai 2007 – 5 StR 58/07). In jedem Fall hat der Tatrichter in den Urteilsgründen für das Revisionsgericht nachvollziehbar darzulegen, wie er zu den Schätzungsergebnissen gelangt ist (BGH aaO).

Aufsätze und Anmerkungen

„Big brother is watching you“ – Der Kontenabruf-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts

Rezension der Entscheidung BVerfG 1 BvR 1550/03, 2357/04, 603/05 vom 13. Juni 2007 = BVerfG HRRS 2007 Nr. 648 von Rechtsanwalt Dr. Christian-Alexander Neuling, München und Hamburg*

I. Einführung

Der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichtes hat in seiner mit Spannung erwarteten Hauptsacheentscheidung¹ zum automatisierten Abruf von Kontoinformationen festgestellt, § 24c Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 des Gesetzes über das Kreditwesen (nachfolgend: KWG)² – automatisierter Kontenabruf für Strafverfolgungszwecke – und § 93 Absatz 7 der Abgabenordnung (nachfolgend: AO)³ – Kontenabruf für Besteuerungszwecke – seien mit dem Grundgesetz vereinbar.

* Der Verfasser ist in der Kanzlei *Leisner Rechtsanwälte* tätig.

¹ HRRS 2007, Nr. 648. Dem Beschluss ist die Ablehnung von Anträgen auf Erlaß einer einstweiligen Anordnung vorausgegangen (BVerfG, Beschl. v. 22. März 2005, Az. 1 BvR 2357/04, 1 BvQ 2/05, NJW 2005, S. 1179 ff.); vgl. dazu z.B. Göres, NJW 2005, S. 1902 ff.

² Ein inländisches Kreditinstitut und ein Rechtsanwalt/Notar hatten gerügt, diese Vorschrift verletze ihr Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG [i.V.m. Art. 19 Abs. 3 GG]), ihre Berufsfreiheit (Art. 12 Abs. 1 GG) sowie ihren Anspruch auf effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG – 1 BvR 1550/03.

³ Das Kreditinstitut und der Rechtsanwalt/Notar hatten – mit gleicher Begründung (s.o. Fn. 2) – zudem die Verfassungswidrigkeit von § 93 Abs. 7 (und 8) i.V.m. § 93b

Demgegenüber verstoße § 93 Absatz 8 AO⁴ – Kontenabruf für *andere*⁵ Zwecke – gegen das Gebot der Normenklarheit, weil die Vorschrift den Kreis der Behörden, die ein Ersuchen zum automatisierten Kontenabruf stellen können, und die Aufgaben, denen derartige Ersuchen dienen sollen, nicht hinreichend bestimmt festlege.

AO gerügt – 1 BvR 2357/04.

⁴ Eine Wohngeld-Bezieherin und ein Sozialhilfe-Empfänger hatten gerügt, § 93 Absatz (7 und) 8 i.V.m. § 93b AO verletze ihr Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) und ihren Anspruch auf effektiven Rechtsschutz gemäß Art. 19 Abs. 4 S. 1 GG – 1 BvR 603/05; die Verfassungsbeschwerde eines Bundeswehr-Soldaten, der während seines Einsatzes in Afghanistan Leistungen zum Unterhalt erhalten hat, war hingegen erfolglos.

⁵ Die Bezeichnung „andere Zwecke“ ist eigentlich nicht präzise genug; § 24c Abs. 3 S. 1 Nr. 2 KWG regelt ebenfalls einen Kontenabruf für gewissermaßen „andere“ Zwecke, weil die BaFin Kontoinformationen originär für *eigene* Zwecke abrufen darf (§ 24c Abs. 2 KWG). Die vorliegende Differenzierung wurde gleichwohl gewählt, um den Schwerpunkt der vorliegenden Rezension – die Darstellungen der Kontenabruf-Entscheidung des BVerfG für Straf- und Strafverfahren – herauszustellen.

Gleichwohl führe die Verfassungswidrigkeit von § 93 Absatz 8 AO nicht zu dessen Nichtigkeit; die Norm bleibe vielmehr bis zur verfassungsgemäßen Neuregelung mit der Maßgabe anwendbar, dass automatisierte Kontenabrufe nur zu dem Zweck zulässig seien, die Berechtigung für Sozialleistungen zu prüfen, die in Nummer 3.2 Satz 1 Buchstabe a) bis g) des Anwendungserlasses zur Abgabenordnung (AEAO) zu § 93 in seiner am 10. März 2005 geänderten Fassung abschließend aufgezählt seien. Für eine Neuregelung hat das Gericht dem Gesetzgeber eine Frist bis zum 31. Mai 2008 bestimmt.

Die vorliegende Rezension dieses Beschlusses gliedert sich folgendermaßen: Zunächst werden die einschlägigen gesetzlichen Vorschriften vorgestellt, welche die Kontenabruf-Verfahren regeln (**II.**); diesen Verfahren liegen sehr umfangreiche, unübersichtliche Regelungsmechanismen zugrunde, deren feinen Unterschiede von großer Bedeutung sind. Sodann werden die wesentlichen Beschlussgründe dargestellt und kritisch gewürdigt (**III.**). Schließlich erfolgt eine Schlussbetrachtung (**IV.**).

II. Die Kontenabruf-Verfahren: ein legislativisches Labyrinth

Der automatisierte Kontenabruf für Strafverfolgungszwecke wird in § 24c Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 in Verbindung mit Absatz 1 Satz 1 KWG geregelt (**1.**). Die §§ 93 Absatz 7 in Verbindung mit § 93b Absatz 1 AO (in Verbindung mit § 24c Absatz 1 KWG) stellen die einschlägigen Vorschriften für Kontenabrufe für Besteuerungszwecke dar (**2.**). Die §§ 93 Absatz 8 in Verbindung mit § 93b Absatz 1 AO (in Verbindung mit § 24c Absatz 1 KWG) bilden schließlich die – verfassungswidrige – Rechtsgrundlage für Abrufe für andere Zwecke (**3.**).

1. Kontenabruf für Strafverfolgungszwecke

§ 24c KWG wurde durch Artikel 6 Nummer 23 des sog. „Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes“⁶ in das KWG eingefügt; die Vorschrift ist am 1. April 2003 in Kraft getreten⁷. Die Vorschrift soll u.a. – sicherlich angesichts der katastrophalen Ereignisse am 11. September 2001 – dazu dienen, die finanziellen Strukturen des internationalen Terrorismus aufzuspüren.⁸

§ 24c Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 KWG normiert die Voraussetzungen, unter denen der automatisierte Kontenabruf für Strafverfolgungszwecke erfolgen darf (**a**). § 24c Absatz 1 KWG regelt hingegen die Schaffung und Bereitstellung einer Datei, dessen Daten abgerufen werden (**b**).

⁶ „Gesetz zur weiteren Fortentwicklung des Finanzplatzes Deutschland“ v. 21. 6. 2002 (BGBl. 2002, Teil I, S. 2010 [2045 und 2053 f.]).

⁷ Vgl. § 64f Abs. 6 KWG i.d.F. des Art. 6 Nr. 42 d. Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes (s.o. Fn. 6, S. 2058).

⁸ Entwurf des Vierten Finanzmarktförderungsgesetzes (s.o. Fn. 6) der Bundesregierung, BT-Drs. 14/8017 v. 18. 1. 2002, S. 111 (122); dazu auch: Göres, NJW 2005, S. 253 (254 f.); Hamacher, DStR 2006, S. 633 (636 f.).

a) Voraussetzungen

Der automatisierte Kontenabruf für Strafverfolgungszwecke unterliegt den folgenden Voraussetzungen:

- Die Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (nachfolgend: BaFin) erteilt
- auf Ersuchen
- Auskunft aus der Datei gemäß § 24c Absatz 1 Satz 1 KWG
- den für die Leistung der internationalen Rechtshilfe in Strafsachen sowie im übrigen für die Verfolgung und Ahndung von Straftaten zuständigen Behörden oder Gerichten erteilen,
- soweit dies für die Erfüllung ihrer gesetzlichen Aufgaben erforderlich ist (§ 24c Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 KWG).

Die Strafverfolgungsbehörden bzw. Strafgerichte rufen die Kontoinformationen also nicht selbst ab, sondern ersuchen die BaFin, den Kontenabruf ihrerseits durchzuführen und die Daten ihnen (sc. der ersuchenden Behörde bzw. dem ersuchenden Gericht) zu übermitteln.

Wichtig ist außerdem: Die BaFin prüft die Zulässigkeit dieser Übermittlung nur, wenn und soweit dazu ein „besonderer Anlass“ besteht (§ 24c Absatz 3 Satz 3 KWG).

b) Die sog. „Kontenevidenzzentrale“

Hinter dieser Datei gemäß § 24c Absatz 1 Satz 1 KWG, auf die § 24c Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 KWG sich bezieht, verbirgt sich die sog. „Kontenevidenzzentrale“: Jedes Kreditinstitut in der Bundesrepublik Deutschland hat eine Datei zu schaffen und bereitzustellen (§ 24c Absatz 1 Satz 1 KWG), in welcher die folgenden Daten zusammengeführt und gespeichert werden müssen:

- die Nummer eines Kontos, welches der Verpflichtung zur Legitimationsprüfung gemäß § 154 Absatz 1 Satz 1 AO unterliegt oder eines Depots sowie den Tag der Errichtung und der Auflösung (§ 24c Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 KWG);
- den Namen sowie – bei natürlichen Personen – den Tag der Geburt des Inhabers und eines Verfügungsberechtigten sowie den Namen und die Anschrift eines abweichend wirtschaftlich Berechtigten gemäß § 8 Absatz 1 Geldwäschegesetz⁹ (§ 24c Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 KWG).

Diese Datei kann also personenbezogene Daten über verschiedene Personen (Kontoinhaber, Verfügungsberechtigter, wirtschaftlicher Berechtigter) mitsamt ihrer rechtlichen Stellung (Inhaber, Vertreter, Treugeber) enthalten.

Anlässlich jeder Änderung der vorbezeichneten Angaben ist unverzüglich ein neuer Datensatz anzulegen (§ 24c Absatz 1 Satz 2 KWG). Jedes Kreditinstitut hat im übrigen

⁹ „Gesetz über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten“ vom 25. Oktober 1993 (BGBl. 1993, Teil I, S. 1770 ff.).

gen zu gewährleisten, dass die BaFin jederzeit Daten aus der vorstehend definierten Datei in einem von ihr (sc. der BaFin) bestimmten Verfahren automatisiert abrufen kann (§ 24c Absatz 1 Satz 5 KWG). Jedes Kreditinstitut hat weiterhin durch technische und organisatorische Maßnahmen sicherzustellen, dass ihm (sc. dem Kreditinstitut) Abrufe nicht bekannt werden (§ 24c Absatz 1 Satz 6 KWG).

Diese Regelungen verdeutlichen: die Kreditinstitute – sc. nicht die BaFin – führen diese Dateien.

2. Kontenabruf für Besteuerungszwecke und andere Zwecke

Durch Artikel 2 Nummer 1 bis 3 des „Gesetzes zur Förderung der Steuerehrlichkeit“ wurde dem § 93 AO die Absätze 7 und 8 an- und § 93b AO eingefügt¹⁰; diese Vorschriften sind am 1. April 2005 in Kraft getreten¹¹.

§ 93 Absatz 7 AO regelt den automatisierten Kontenabruf für *Besteuerungszwecke* (**a**), und § 93 Absatz 8 AO normiert den Abruf für *andere Zwecke* (**b**), wobei in beiden Fällen wiederum auf die Kontenevidenzzentrale zugegriffen wird (§ 93b Absatz 1 AO in Verbindung mit § 24c Absatz 1 KWG).

a) Kontenabruf für Besteuerungszwecke

Der automatisierte Kontenabruf für Besteuerungszwecke gemäß § 93 Absatz 7 AO unterliegt folgenden materiellen Voraussetzungen:

- Die Finanzbehörde kann bei den Kreditinstituten
- über das Bundeszentralamt für Steuern (nachfolgend: BfSt)
- *einzelne Daten* aus den nach § 93b Absatz 1 AO zu führenden Dateien abrufen,
- wenn dies zur Festsetzung oder Erhebung von Steuern *erforderlich* ist
- und ein Auskunftsersuchen an den Steuerpflichtigen *nicht zum Ziel geführt hat*
- oder *keinen Erfolg verspricht*.

Die verfahrensrechtlichen Bedingungen werden hingegen in § 93b AO geregelt, der § 93 Absatz 7 AO ausdrücklich in Bezug nimmt: § 93b Absatz 1 AO bestimmt zunächst, die Kreditinstitute hätten die Datei gemäß § 24c Absatz 1 Satz 1 KWG auch für Abrufe für Besteuerungszwecke zu führen. § 93b Absatz 2 AO regelt sodann, das BfSt dürfe – auf Ersuchen der für die Besteuerung zuständigen Finanzbehörde – bei den Kreditinstituten einzelne Daten aus diesen Dateien im automatisierten Verfahren abrufen; das BfSt dürfe die erlangten Daten anschließend an die ersuchende Finanzbehörde übermitteln. § 93b Absatz 3 AO weist die Verantwortung für die Zulässigkeit des Datenabrufes und der -übermittlung schließlich der ersuchenden Finanzbehörde zu.

¹⁰ „Gesetz zur Förderung der Steuerehrlichkeit“ vom 23. Dezember 2003 (BGBl. 2003, Teil I, S. 2928 [2931]).

¹¹ Art. 4 Abs. 2 des „Gesetzes zur Förderung der Steuerehrlichkeit“ (s.o. Fn. 10).

Die Finanzbehörde – sc. regelmäßig das zuständige Finanzamt – richtet ihr Ersuchen also zunächst an das BfSt, welches daraufhin – *ohne* die Zulässigkeit des Ersuchens im Einzelfall prüfen zu müssen – den Datenabruf vornimmt und die Daten schließlich der ersuchenden Finanzbehörde übermittelt.

b) Kontenabruf für andere Zwecke

Der automatisierte Kontenabruf für andere Zwecke gemäß § 93 Absatz 8 AO unterliegt schließlich folgenden materiellen Voraussetzungen:

- Knüpft ein *anderes Gesetz* an *Begriffe des Einkommenssteuergesetzes* an
- soll die Finanzbehörde
- auf Ersuchen der für die Anwendung des anderen Gesetzes *zuständigen Behörde* oder *eines Gerichtes*
- über das BfSt bei den Kreditinstituten
- *einzelne Daten* aus den nach § 93b Absatz 1 AO zu führenden Daten
- abrufen und der ersuchenden Behörde oder dem ersuchenden Gericht übermitteln,
- wenn in dem Ersuchen *versichert* wurde, dass eigene Ermittlungen *nicht zum Ziel geführt haben* oder *keinen Erfolg versprechen*.

Die verfahrensrechtlichen Bedingungen werden ebenfalls in § 93b AO geregelt, der auch § 93 Absatz 8 AO ausdrücklich in Bezug nimmt.

Eine Behörde, die – generell (!) – für die Anwendung eines Gesetzes zuständig ist, welches an einkommenssteuergesetzliche Begriffe anknüpft, oder „ein“ – sc. irgendein (!) – Gericht ersuchen also die Finanzbehörde, ihrerseits das BfSt um einen automatisierten Kontenabruf zu ersuchen. Daraufhin nimmt das BfSt – wiederum *ohne* die Zulässigkeit des Ersuchens im Einzelfall prüfen zu müssen – den Datenabruf vor und übermittelt die erlangten Daten sodann der Finanzbehörde, welche diese Daten ihrerseits schließlich an die ersuchende Behörde oder das ersuchende Gericht weiterreicht.

III. Kritische Würdigung der wesentlichen Beschlussgründe

Vorab sei bemerkt, dass die nachfolgende Würdigung der Beschlussgründe sich mit dem Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung befasst, weil das Bundesverfassungsgericht diesen Gesichtspunkt in das Zentrum seiner Entscheidung stellt; es existieren vorliegend jedoch inhaltliche Berührungspunkte mit der Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes, weshalb dieser Aspekt ebenfalls kurz thematisiert wird; die Berufsfreiheit soll indes – obwohl sie spannende Fragen aufwirft – vorliegend außer Betracht bleiben, weil das Gericht diesen Aspekt nur relativ knapp behandelt¹².

¹² Das Kreditinstitut und der Rechtsanwalt/Notar hatten gerügt, § 24 Abs. 3 S. 1 Nr. 2 KWG verletze ihre Berufsfreiheit; das BVerfG hat diese Frage im Hinblick auf das Kreditinstitut dahinstehen lassen (BVerfG, Beschl. d. Ersten Senates v. 13. Juni 2007, Az. 1 BvR 1550/03, 2357/04, 603/05, Rn. 161) bzw. hinsichtlich des

In der Sache ist dem Bundesverfassungsgericht zunächst zuzustimmen, soweit es die Eröffnung des Schutzbereiches des Grundrechtes auf informationelle Selbstbestimmung annimmt (**1.**). Dem Gericht ist – jedenfalls im Ergebnis – auch beizupflichten, soweit es einen Eingriff in diesen eröffneten Schutzbereich bejaht (**2.**). Demgegenüber ist schließlich der verfassungsrechtliche Befund des Gerichtes schweren Bedenken ausgesetzt, der Eingriff in Gestalt des automatisierten Kontenabrufes für Strafverfolgungs- (**3. a**) und Besteuerungszwecke (**3. b**) sei verfassungsrechtlich gerechtfertigt; der weitere Befund des Gerichtes, der Kontenabruf zu anderen Zwecken bzw. dessen gesetzliche Regelung (§ 93 Absatz 8 AO) sei verfassungswidrig, ist hingegen zu begrüßen (**3. c**).

1. Schutzbereich

Das Bundesverfassungsgericht geht zunächst zutreffend davon aus, dass der Schutzbereich des Grundrechtes auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Artikel 2 Absatz 1 in Verbindung mit Artikel 1 Absatz 1 Grundgesetz eröffnet ist. Es knüpft insoweit insbesondere an sein grundlegendes sog. „Volkszählungs-Urteil“¹³ an, wonach der Einzelne grundsätzlich selbst entscheiden darf, ob und – bejahendenfalls – wieweit persönliche Lebenssachverhalte offenbart werden. Dies gilt in besonderem Maße unter den heutigen Bedingungen unserer automatisierten Datenverarbeitung, durch welche personenbezogene Daten – sc. persönliche oder sachliche Verhältnisse einer bestimmten oder bestimmbarer natürlichen Person (z.B. § 3 Abs. 1 BDSG) – zeitlich unbegrenzt gespeichert und jederzeit abgerufen werden können; überdies können mittels einer gezielten, für den Betroffenen weder überschaubar noch beherrschbaren Nutzung und Verknüpfung dieser personenbezogenen Daten weitere Erkenntnisse ermittelt und so ein nahezu vollständiges Persönlichkeitsbild erstellt werden. Deshalb darf der Einzelne prinzipiell selbst sowohl über die Preisgabe als auch über die Verwendung dieser personenbezogenen Daten bestimmen.¹⁴ Vor diesem Hintergrund gibt es heutzutage kein schlechthin – sc. ungeachtet seines Verwendungskontextes – belangloses personenbezogenes Datum mehr.¹⁵

2. Eingriff

Das Bundesverfassungsgericht nimmt sodann – jedenfalls im Ergebnis – wiederum zutreffend an, die Normen des automatisierten Kontenabrufes für Strafverfolgungs- und Besteuerungszwecke sowie andere Zwecke greifen in diesen Schutzbereich ein.¹⁶

Hierbei rückt das Gericht¹⁷ das gesetzgeberische Ziel in den Mittelpunkt seiner Betrachtung, den Strafverfol-

gungs-, Finanz- und Sozialbehörden „Kenntnis“ über die Kontostammdaten „zu verschaffen“. Das Gericht stellt weiterhin entscheidend auf die Möglichkeit anschließender Ermittlungen ab¹⁸: Erführen die ersuchenden Behörden, dass der Betroffene über bisher unbekannte Konten oder Depots verfügt, könnten sie – aufgrund weiterer Ermächtigungen – zusätzliche Informationen über deren Inhalt zusammentragen. Dies ermögliche einen Einblick in die Vermögensverhältnisse und sozialen Kontakte des Betroffenen, welche ohne den Abruf unmöglich wären und die Belange des Betroffenen erheblich tangieren könnten. Es drohten grundrechtsrelevante Folgeeingriffe von großem Gewicht.

Diese Argumentation vermittelt den Eindruck, das Bundesverfassungsgericht nehme an, der Eingriff liege erst im Abruf bzw. in der anschließenden Übermittlung der Kontoinformationen. Diese Beurteilung steht in – vermeintlichem – Einklang mit den einschlägigen gesetzlichen Vorschriften, nach deren Wortlaut die einschränkenden Voraussetzungen an den Abruf (§ 93 Absatz 7 und 8 AO) bzw. die Übermittlung der Daten (§ 24c Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 KWG) anknüpfen.

Richtigerweise erfolgt der Eingriff jedoch bereits durch § 24c Absatz 1 KWG, wonach der Gesetzgeber den Kreditinstituten – wie eingangs dargetan – die Pflicht auferlegt, eine Datei mit Kontostammdaten einzurichten und dergestalt zu führen, dass die BaFin jederzeit auf diese Datei zugreifen kann. Ein Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechtes auf informationelle Selbstbestimmung liegt grundsätzlich schon vor, wenn personenbezogene Daten erhoben werden.¹⁹ Die Zusammenstellung der – zweifellos personenbezogenen – Daten gemäß § 24c Absatz 1 Satz 1 KWG (in Verbindung mit § 93b Absatz 1 AO) durch die Kreditinstitute zwecks Errichtung einer speziellen Datei für Strafverfolgungs- und Besteuerungszwecke sowie andere Zwecke stellt eine solche Datenerhebung dar. Auf den Abruf der Kontoinformationen oder deren anschließende Übermittlung kommt es nicht entscheidend an, weil diese Schritte bereits der Datenverarbeitung dienen. Dies gilt insbesondere auch schon für den vermeintlichen „Abruf“ der Kontoinformationen, der in Wahrheit nichts anderes ist, als eine Verwertung erhobener Daten: Die Kreditinstitute müssen gewährleisten, dass die BaFin bzw. das BfSt jederzeit einen automatisierten Datenabruf durchführen können (§§ 24c Absatz 1 Satz 5 KWG, 93b Absatz 1 und 2 AO); die Kreditinstitute müssen überdies durch technische und organisatorische Vorkehrungen sicherstellen, dass sie von den Abrufen keinerlei Kenntnis erlangen (§§ 24c Absatz 1 Satz 6 KWG, 93b Absatz 1 und 2 AO). Demzufolge stellen die Dateien Erkenntnisquellen dar, welche sich ab dem Zeitpunkt ihrer Errichtung total in der Herrschaftssphäre der BaFin bzw. des BfSt selbst befinden. Die Dateien sind bloß ausgelagert; durch diese Konstruktion sollte vielleicht der Organisations- und Kostenaufwand der Schaffung der Kontenevidenzzentrale auf die Kreditinstitute überwältigt – und möglicherweise deren Grundrechtsrelevanz verdunkelt werden.²⁰

Rechtsanwalts/Notars verneint (BVerfG, a.a.O., Rn. 162).

¹³ Urt. d. Ersten Senates v. 15. Dez. 1983, Az. 1 BvR 209, 269, 362, 420, 440, 484/83, BVerfGE 64, S. 1 ff.

¹⁴ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 86 ff. m.w.N.; BVerfG (s.o. Fn. 13), S. 42 f.; vgl. ferner: Dreier in: Dreier (Hrsg.), GG, Bd. I, 2. Aufl. (2004), Art. 2 I, Rn. 78 ff. m.w.N.; Murswiek in: Sachs (Hrsg.), GG, 3. Aufl. (2001), Art. 2, Rn. 72 f. m.w.N.

¹⁵ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 88 m.w.N.; BVerfG (s.o. Fn. 13), S. 45; Dreier (s.o. Fn. 18), Rn. 80.

¹⁶ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 89.

¹⁷ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 90.

¹⁸ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 90 und 92.

¹⁹ Dazu: Dreier (s.o. Fn. 14), 83; Murswiek (s.o. Fn. 14), Rn. 88.

²⁰ Zum Ganzen: Samson/Langrock, Der „gläserne“ Bankkunde? (2005), S. 51 f. und 53 f. im Kontext der §§ 93 Abs. 7 und 8

3. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Das Bundesverfassungsgericht ist schließlich der – bedenklichen – Ansicht, der automatisierte Kontenabruf für Strafverfolgungs- (a) und Besteuerungszwecke (b) bzw. die einschlägigen Regelungen seien verfassungsrechtlich gerechtfertigt; den Kontenabruf für andere Zwecke (c) bzw. die entsprechende Regelung erachtet das Gericht indes zutreffend für verfassungswidrig.

a) Automatisierter Kontenabruf für Strafverfolgungszwecke

Das Bundesverfassungsgericht hält § 24c Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 KWG für materiell verfassungsgemäß, weil diese Regelung sowohl dem Gebot der Normenklarheit und -bestimmtheit (aa) genüge als auch das Gebot der Verhältnismäßigkeit wahre (bb); diese Beurteilung begegnet schweren Bedenken.

aa) Gebot der Normenklarheit und -bestimmtheit

Die Argumente des Bundesverfassungsgerichtes, mit welchen es seine Beurteilung begründet, § 24c Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 KWG genüge dem Gebot der Normenklarheit und -bestimmtheit, überzeugen allesamt nicht.

Das Gebot der Normenklarheit und -bestimmtheit dient der Begrenzung exekutiven Handelns und der Gewährleistung judikativer Kontrolle; der Bürger soll sich außerdem auf belastende hoheitliche Maßnahmen einstellen können.²¹ Speziell hinsichtlich solcher Rechtsgrundlagen, welche einen Eingriff in den Schutzbereich des Grundrechtes auf informationelle Selbstbestimmung legitimieren, ist es demzufolge unerlässlich, dass die gesetzliche Regelung den Zweck der Datenerhebung und -verwendung bereichsspezifisch und präzise umgrenzt sowie diesen Eingriff auf das Erforderliche beschränkt.²²

Demnach spricht vieles dafür, dass § 24c Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 KWG dem Gebot der Normenklarheit und -bestimmtheit nicht genügt; die hierfür sprechenden Gründe wurden im Verfassungsbeschwerde-Verfahren vorgetragen²³:

Es überrascht **erstens**, dass der Gesetzgeber die Regelung des automatisierten Kontenabrufes für Strafverfolgungszwecke, bei der es sich um nichts anderes als eine strafrechtliche Ermittlungsmaßnahme handelt, nicht – transparent – in die StPO, sondern vielmehr in das vergleichsweise entlegene KWG eingefügt hat; es drängt sich insoweit etwas der Eindruck auf, der Gesetzgeber habe die Einfügung unbemerkt bzw. wenigstens unauffällig vollziehen wollen.

Das Bundesverfassungsgericht setzt sich über diesen Einwand mit dem angesichts der dargestellten Ratio des Gebotes der Normenklarheit und -bestimmtheit wenig

überzeugenden und im übrigen nicht begründeten Argument hinweg, der Gesetzgeber sei „nicht gehalten, informationsbezogene Maßnahmen der Strafverfolgungsbehörden und der Strafgerichte ausschließlich in der Strafprozessordnung zu regeln“²⁴.

Es ist **zweitens** bedenklich, dass die Vorschrift den Abruf bzw. die Übermittlung von Kontoinformationen für verschiedene Behörden ermöglicht, die ihrerseits völlig unterschiedliche Aufgabe haben (§ 24c Absatz 2 und 3 Nummer 1 bis 3 KWG). Und dem nicht genug: es werden zusätzliche, erhebliche Orientierungsschwierigkeiten dadurch verursacht, dass die originär abrufbefugte BaFin einen automatisierten Kontenabruf für eigene Zwecke nur unter wesentlich engeren Voraussetzungen durchführen darf, als sie abgerufene Kontoinformationen den Strafverfolgungsbehörden übermitteln darf: Die BaFin selbst darf bemerkenswerterweise bloß „*einzelne Daten*“ abrufen, soweit dies erforderlich und „*besondere Eilbedürftigkeit im Einzelfall*“ gegeben ist (§ 24c Absatz 2 KWG). Demgegenüber erteilt die BaFin den Strafverfolgungsbehörden, wie eingangs dargestellt, „*Auskunft aus der Datei*“ – und von Eilbedürftigkeit ist überhaupt keine Rede mehr (§ 24c Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 KWG).

Es drängt sich also der Eindruck auf, der Gesetzgeber habe weitreichende strafrechtliche Ermittlungsbefugnisse nicht nur an einem entlegenen Regelungsstandort, sondern dort vielmehr auch hinter vergleichsweise engen Befugnissen der BaFin verbergen wollen. Das Bundesverfassungsgericht²⁵ meint insoweit, es handele sich um ein Problem der „*rechtspolitischen Stimmigkeit*“ der Maßnahmen gemäß § 24c Absatz 2 und 3 KWG, das „*nicht Gegenstand der Überprüfung durch das Bundesverfassungsgericht*“ sei. Eine angemessene Kontrolle der Verfassungsmäßigkeit strafrechtlicher Maßnahmen der Legislative sieht anders aus.

Es begegnet schließlich **drittens** erheblichen Bedenken, dass § 24c Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 KWG nur voraussetzt, der automatisierte Kontenabruf für Strafverfolgungszwecke müsse – wie eingangs dargestellt – „*erforderlich*“ sein. Dies verwundert deshalb, weil der Kontenabruf nichts anderes als eine Ermittlungsmaßnahme darstellt, wie sie zahlreich in der StPO geregelt sind. Die Rechtmäßigkeit dieser StPO-Maßnahmen setzt aber durchweg zunächst voraus, dass konkrete Tatsachen vorliegen, die sich zu einem Verdacht verdichten müssen. So wird den Ermittlungsbehörden abverlangt, eine – objektiv überprüfbare – Tatsachengrundlage darzutun, um in die Grundrechte des Bürgers eingreifen zu dürfen (z.B. die Rasterfahndung gemäß §§ 98a Absatz 1 Satz 1 und 98b StPO oder der Abruf von Telekommunikationsverbindungsdaten gemäß §§ 100g Absatz 1 Satz 1 in Verbindung mit Absatz 3, 100h StPO). Demgegenüber stellt das alleinige Anknüpfen an die Erforderlichkeit geradezu ein Einfallstor für kaum vorhersehbare und ebenso wenig kontrollierbare, oftmals effektivitätsorientierte – subjektive – Erwägungen der Ermittler dar; anschauliche Beispiele hierfür sind staatsanwaltschaftliche Anträge – aber regelmäßig auch ermittlungsrichterliche Beschlüsse – in denen sich die schlichte, mit keinem Wort begründete

i.V.m. 93b AO.

²¹ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 94 m.w.N.

²² BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 96 f.; BVerfG (s.o. Fn. 13), S. 46.

²³ Vgl. Samson/Langrock (s.o. Fn. 20), S. 18 ff., welche Passagen der Verfassungsbeschwerde des Kreditinstitutes und des Rechtsanwalts/Notars wörtlich wiedergeben.

²⁴ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 110.

²⁵ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 110.

Behauptung findet, die Erforschung des Sachverhaltes wäre auf andere Weise (sc. ohne die durch Durchführung der Ermittlungsmaßnahme) „weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert“.

Dennoch meint das Bundesverfassungsgericht²⁶, „(d)urch das weitere Erfordernis, dass der Abruf für die Erfüllung der (anderweitig geregelten) gesetzlichen Aufgaben der Behörde erforderlich sein muss, werden auch der Abrufanlass und der Abrufgegenstand umschrieben.“. § 24c Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 KWG verweise insoweit auf das einschlägige (Straf-)Verfahrensrecht, weshalb ein Kontenabruf nur anlässlich eines „konkreten, die gesetzlichen Voraussetzungen erfüllenden Ermittlungs- oder Rechtshilfeverfahrens“ in Betracht komme.²⁷ Das Gericht²⁸ zitiert zur Begründung zuerst Gesetzesmaterialien²⁹, wonach ein Kontenabruf erst bei Vorliegen eines Anfangsverdachts (§§ 152 Absatz 2, 160 StPO) erfolgen dürfe. Diese Herleitung einer objektiven Eingriffsschwelle überzeugt nicht: Der Wortlaut einer Rechtsgrundlage für strafrechtliche Ermittlungsmaßnahmen ist gewiss nicht hinreichend klar und bestimmt formuliert, wenn die Bedeutung ihrer einzigen Eingriffsvoraussetzung für den Bürger, den Ermittler – und das Bundesverfassungsgericht – sich überhaupt erst nach Lektüre der einschlägigen Gesetzesmaterialien erschließt.

Nach alledem bleibt festzuhalten, dass die Argumente des Bundesverfassungsgerichtes, mit welchen es seine Beurteilung begründet, § 24c Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 KWG genüge dem Gebot der Normenklarheit und -bestimmt, allesamt nicht überzeugen.

bb) Gebot der Verhältnismäßigkeit

Noch weniger überzeugen die Erwägungen des Bundesverfassungsgerichtes, aufgrund welcher es feststellt, § 24c Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 KWG wahre das Gebot der Verhältnismäßigkeit.³⁰

Zweifellos stellen die Unterstützung der Strafverfolgung und der Rechtshilfe in Strafsachen **legitime Zwecke** einer gesetzgeberischen Maßnahme dar.³¹ Der automatisierte Kontenabruf mag auch dazu **geeignet** sein, diesen legitimen Zweck zu erreichen, weil er die Möglichkeit schafft, strafrechtlich relevante Vermögensverhältnisse oder finanzielle Transaktionen zu ermitteln; die Entdeckung bislang unbekannter Konten kann zweifelsohne neue Ermittlungsansätze produzieren.³²

Jedoch ist schon fraglich, ob ein automatisierter Kontenabruf auch **erforderlich** ist, um diesen legitimen Zweck zu erreichen. Das Bundesverfassungsgericht führt insoweit aus, es bestünde kein ebenso effektives, milderes Mittel, weil manuelle Einzelabfragen „schon wegen der großen Anzahl der Kreditinstitute in der Bundesrepublik und

wegen der möglicherweise hohen Zahl der Abfragen kein praktikables alternatives Mittel“³³ darstellen.

Diese Feststellung ist wegen ihres absoluten Charakters schon dem Grunde nach zu bestreiten: Das Gericht setzt voraus, dass Strafverfolgungsbehörden nie – auch nicht aufgrund anderer Ermittlungen – Erkenntnisse über etwaige Konten und Depots z.B. des Beschuldigten erlangten und deshalb immer eine unübersehbare Vielzahl von Kreditinstituten einzeln kontaktieren müssten.

Überdies zieht das Gericht mit keinem Wort das folgende Abrufkonzept³⁴ in Erwägung: Die Kreditinstitute könnten – statt einer Erhebung personenbezogener Daten vieler Millionen Bürger – dazu verpflichtet werden, der BaFin ihre Anschriften zu übermitteln. Die Strafverfolgungsbehörden könnten dann über die BaFin bei allen Kreditinstituten anfragen, ob sie z.B. zum Beschuldigten eine Kontobeziehung unterhalten; in diesem Fall würden nur die Kontostammdaten des Beschuldigten erhoben, abgefragt und übermittelt werden, anstatt auf einen bereits geschaffenen Datenvorrat vieler Millionen Kontostammdaten vieler Millionen unbeteiligter Bürgern zuzugreifen. Der Einwand, die Kreditinstitute erführen so von den strafrechtlichen Ermittlungen, was Konsequenzen verursache, welche den Beschuldigten zusätzlich erheblich belasteten³⁵, überzeugt nicht: In strafrechtlichen Ermittlungsverfahren, in welchen ein kriminalistisches Interesse an den Kontostammdaten des Beschuldigten besteht, werden die Strafverfolgungsbehörden anschließend regelmäßig auch detaillierte Kontoinformationen (z.B. Gutschriften, Barabhebungen, Überweisungen) ermittelt (müssen); eine andere Betrachtung wäre gekünstelt. Dies wird jedoch – lässt man die Möglichkeit einer sog. „verdeckten Online-Durchsuchung“ einmal außer Betracht – nicht zu bewerkstelligen sein, ohne dass das betroffene Kreditinstitut – z.B. anlässlich einer (offenen) Durchsuchung (§§ 103 Absatz 1 Satz 1 Fall 3, 105 Absatz 1 Satz 1 StPO) – ohnehin von den Ermittlungen gegen ihren beschuldigten Klienten erfährt; spätestens, wenn sodann z.B. ein dinglicher Arrest in das Vermögen des Beschuldigten angeordnet und sämtlichen bestehenden sowie zukünftigen Forderungen des Beschuldigten gegen das Kreditinstitut gepfändet werden (§§ 111b Absatz 2 bzw. 5, 111d Absatz 1 Satz 1 und Absatz 2 StPO in Verbindung mit §§ 928, 930 Absatz 1 Satz 3 in Verbindung mit §§ 803 f. und 828 f. ZPO), erlangt das Kreditinstitut Kenntnis von den Ermittlungen und beendet vielleicht sogar seine Geschäftsbeziehung mit dem beschuldigten Klienten.

Schließlich ist höchst zweifelhaft, ob der automatisierte Kontenabruf für Strafverfolgungszwecke bzw. seine gesetzliche Regelung **verhältnismäßig im engeren Sinn** ist.

Das Bundesverfassungsgericht³⁶ stellt seinen Ausführungen zunächst die Definition als Ausgangspunkt voran, wonach das Ausmaß des durch die gesetzliche Vorschrift

²⁶ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 109.

²⁷ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 109.

²⁸ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 109.

²⁹ BT-Drs. 14/8017 (s.o. Fn. 8), S. 123.

³⁰ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 115.

³¹ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 117.

³² BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 118 f.

³³ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 123.

³⁴ Zum Folgenden: *Samson/Langrock* (s.o. Fn. 20), S. 51 f. und 53 f. hinsichtlich §§ 93 Abs. 7 und 8 i.V.m. 93b AO.

³⁵ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 123.

³⁶ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 125 m.w.N. – st. Rspr.

(hier: § 24c Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 KWG) prinzipiell legitimierten Eingriffes in den Schutzbereich eines Grundrechtes (hier: des Grundrechtes auf informationelle Selbstbestimmung) in einem angemessenen Verhältnis zum verfolgten Zweck (hier: Strafverfolgung, Rechtshilfe in Strafsachen) stehen muss; die Eingriffsnorm (die „Schranke“ der Grundrechtsausübung) unterliegt ihrerseits Grenzen (den sog. „Schranken-Schranken“). Diese Frage, ob ein solches angemessenes Verhältnis vorliegt, ist mittels einer Abwägung des verfolgten Allgemein- mit dem betroffenen Individualinteresse zu beantworten.

Zutreffend hebt das Bundesverfassungsgericht³⁷ hervor, der Kontenabruf für Strafverfolgungszwecke diene „Gemeinwohlbelangen von erheblicher Bedeutung“, sc. der „wirksamen Strafverfolgung und Rechtshilfe in Strafsachen“. Indes begegnet die Feststellung, § 24c Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 KWG legitimierte Eingriffe, die „nicht“³⁸ außer Verhältnis zu den verfolgten Gemeinwohlbelangen stünden, schweren Bedenken:

Das Gericht lässt hier, in Gestalt des Kontenabrufes, einen Regelungsmechanismus passieren, mit welchem der Gesetzgeber an dem Fundament unserer rechtsstaatlichen Strafverfolgungs-Ordnung rüttelt, nach welcher Strafverfolgung nicht „um jeden Preis“ durchgeführt werden darf; er öffnet gewissermaßen die „Büchse der Pandora“ – und dies, obwohl die Grundrechtsrelevanz des automatisierten Kontenabrufes schon im Gesetzgebungsverfahren³⁹ thematisiert wurde. Der Sicherung unserer rechtsstaatlichen Strafverfolgungs-Ordnung dient das Prinzip des Richtervorbehaltes, welches seinerseits im Rechtsstaatsprinzip gemäß Artikel 20 Absatz 3 Grundgesetz wurzelt: Der Richter übt im Ermittlungsverfahren eine Wächterfunktion aus; er wacht als objektive Instanz darüber, dass die Anstrengungen der Ermittler, Straftaten aufzuklären, nicht außer Kontrolle geraten und die Rechte des Beschuldigten dadurch übermäßig beeinträchtigt werden – so jedenfalls die Theorie; dieses Fundamentprinzip durchzieht unsere Strafprozessordnung wie ein roter Faden (z.B. §§ 98b Absatz 1 Satz 1, 100 Absatz 1, 100b Absatz 1 Satz 1, 100d Absatz 1 Satz 1, 105 Absatz 1 Satz 1, 111e Absatz 1 Satz 1, 114 Absatz 1 StPO). Der automatisierte Kontenabruf sieht *keinen* Richtervorbehalt vor; die BaFin – wohlgermerkt: eine Gewerbeaufsichtsbehörde – nimmt eine rein technische Vermittlerfunktion wahr und besitzt nur ein äußerst eingeschränktes rechtliches Prüfungsrecht (§ 24c Absatz 3 Satz 3 KWG). Überdies kommt ein Abruf bei *jeder* mutmaßlichen Straftat in Betracht; es existieren – anders als bei vielen Ermittlungsbefugnissen (z.B. §§ 98a Absatz 1 Satz 1, 100a Absatz 1 Satz 1, 100c Absatz 1, 100g Absatz 1 Satz 1 StPO) – keine Katalogtaten. Wie weit die Abrufbefugnis nach alledem reicht, veranschaulicht folgendes

Beispiel: *Geflügelzüchter A erstattet Anzeige gegen seinen Nachbarn, den konkurrierenden Geflügelzüchter B: seine Lieblings-Legehennen sei vergangene Nacht gestohlen worden; dies habe er heute morgen festgestellt. Er sei jedoch schon nachts aufgewacht, weil er Geräusche in seinem Stall gehört habe, woraufhin er aus seinem Schlafzimmerfenster geschaut habe; er*

habe eine Person mit etwas unter dem Arm aus seinem Stall flüchten sehen. Er meint, seinen Nachbarn erkannt zu haben, als der Hühnerdieb unter seiner Hoflaterne hindurchgehuscht sei. Der ermittelnde Polizeibeamte verdächtigt nun den Nachbarn, der Hühnerdieb zu sein, und spekuliert ferner, dieser werde die Legehennen veräußern, weil er sie ja nicht auf seinem Hof – in direkter Nachbarschaft zu A – einsetzen könne. In diesem Fall dürfte der Polizeibeamte aufgrund § 24c Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 KWG eigenmächtig den Abruf der Stammdaten der Privat- und Geschäftskonten des Nachbarn veranlassen, um anschließend einzelne Kontobewegungen ermitteln zu können.

Bis zu diesem grotesken Ergebnis wurde noch nicht berücksichtigt, dass der Kontenabruf sowohl gegenüber Kreditinstituten (§ 24c Absatz 1 Satz 6 KWG) als auch gegenüber dem Betroffenen, dessen Benachrichtigung nicht vorgesehen ist, heimlich erfolgt. Die fundamentalen Bedenken, die gegenüber derartigen geheimen Ermittlungsmethoden der Strafverfolgungsbehörden bestehen und die aktuell in der Diskussion über die sog. „verdeckten Online-Durchsuchung“⁴⁰ geäußert werden, sollen hier nicht detailliert nachgezeichnet werden. Jedenfalls überzeugen die Ausführungen des Bundesverfassungsgerichts zur Heimlichkeit des automatisierten Kontenabrufes nicht – im Gegenteil: Wenn das Gericht argumentiert, die Geheimhaltung gegenüber dem Kreditinstitut erfolge „im Interesse des Persönlichkeitsschutzes des Betroffenen“⁴¹ (!), so argumentiert das Gericht schon fast zynisch: Wie gerade dargestellt, erfährt das Kreditinstitut regelmäßig ohnehin von den Ermittlungen gegen ihren beschuldigten Klienten mit der möglichen Konsequenz, dass das Kreditinstitut seine Geschäftsbeziehung mit ihm beendet. Wenn das Gericht weiterhin – auch mit Bezug auf die Gewährleistung effektiven Rechtsschutzes (Artikel 19 Absatz 4 Satz 1 Grundgesetz)⁴² – ausführt, die Protokollierungspflicht (§ 24c Absatz 4 KWG) reiche zur „effektiven Datenschutzkontrolle“⁴³ aus und das Akteneinsichtsrecht des Verteidigers (§ 147 StPO) bzw. das Äußerungsrecht des Beschuldigten (§ 163a Absatz 1 Satz 1 StPO) trügen dem Rechtsschutzbedürfnis des heimlich abgefragten Beschuldigten ausreichend Rechnung, so verkennt das Gericht folgendes: Nach gegenwärtig herrschender Auffassung ist für eine Versagung der Akteneinsicht gemäß § 147 Absatz 2 StPO nicht erforderlich, dass eine konkrete Gefährdung des Untersuchungszweckes vorliegt⁴⁴; dies führt nicht selten dazu, dass die Staatsanwaltschaft die Akteneinsicht formel- und dauerhaft versagt. Berücksichtigt man zudem, dass eine Vernehmung des Beschuldigten lediglich „spätestens vor dem Abschluss der Ermittlungen“ zu erfolgen hat, so wird deutlich, dass die Strafverfolgungsbehörden den Beschuldigten ohne nennenswerten Aufwand von dem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren gewissermaßen informativ ausschließen können.⁴⁵ Selbst wenn der Beschuldigte irgendwann Kenntnis von dem Kontenabruf erlangt, wird dieser vielfach eine derart heftige Ermittlungstätigkeit

⁴⁰ Dazu zuletzt: BGH, NJW 2007, S. 930 ff. m.w.N. (HRRS 2007, Nr. 197); R. Hamm, NJW 2007, 932 f. (Anm.).

⁴¹ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 140.

⁴² BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 167 (175)

⁴³ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 145

⁴⁴ Vgl.: Meyer-Goßner, StPO, 50. Aufl. (2007), § 147, Rn. 25 m.w.N.

⁴⁵ Dazu: Neuling, Inquisition durch Information (2005), S. 278 ff. m.w.N.

³⁷ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 126 f.

³⁸ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 130.

³⁹ BT-Drs. 14/8017 (s.o. Fn. 8), S. 123.

keit ausgelöst und schwere außerstrafrechtliche Konsequenzen (Stichwort: Beendigung der Kontobeziehung durch das Kreditinstitut) verursacht haben, dass die Verteidigungsanstrengungen des Beschuldigten sich regelmäßig nicht (mehr) gegen den ursprünglichen Kontenabruf richten (können) werden; der Kontenabruf wird somit oftmals unkontrolliert bleiben, weshalb die Protokollierungspflicht (§ 24c Absatz 4 KWG) in diesen Fällen praktisch leerlaufen wird.

Nach alledem darf festgestellt werden, dass der Gesetzgeber – in Zeiten knapper Kassen – einen Wunsch erfüllen darf, den wahrscheinlich jeder Ermittler hegt: ein Ermittlungsinstrument zu erhalten, dessen Einsatz – einerseits – an minimale Voraussetzungen anknüpft, dessen Anordnung jeder Ermittler jederzeit eigenmächtig vornehmen darf, dessen Einsatz heimlich erfolgt sowie schließlich einen minimalen Aufwand erfordert und – andererseits – maximale Effektivität besitzt; anders gewendet: der Gesetzgeber schafft *strafrechtliche* Ermittlungsbefugnisse, welcher einer effektiven Strafverfolgung „zum Nulltarif“ Vorschub leisten – dies stellt einen Tabubruch dar.

Das Bundesverfassungsgericht verhindert diesen Tabubruch nicht; vielmehr bejaht das Gericht die Verhältnismäßigkeit des automatisierten Kontenabrufes für Strafverfolgungszwecke aufgrund einer formalen – fast schon künstlichen – Betrachtung: Das Gericht⁴⁶ meint, die bloßen Kontostammdaten hätten „*bei isolierter Betrachtung keine besondere Persönlichkeitsrelevanz*“; es bedürfe zur Aufklärung vielmehr weiterer Ermittlungen, die ihrerseits Ermächtigungsgrundlagen unterlägen, welche „*jedoch nicht Gegenstand der vorliegenden Verfassungsbeschwerde*“ seien; weitere Erhebungen stellten „*selbständig zu wertende Grundrechtseingriffe*“ dar, die einer selbständigen, „*hier nicht angegriffenen Ermächtigungsgrundlage*“ bedürften. Hierin liegt nicht nur ein Widerspruch zu den – zutreffenden – Ausführungen des Gerichtes zu den Möglichkeiten bzw. Gefahren der Verarbeitung und Verknüpfung personenbezogener Daten mittels unserer modernen Datenverarbeitung: die Tatsache, dass weitere Daten (z.B. Konto-, Depotbewegungen) nur aufgrund weiterer selbständiger Ermittlungshandlungen erlangt werden können, ändern nichts daran, dass der Abruf von Kontostammdaten des Beschuldigten die Errichtung einer umfangreicheren Finanz-Datei zu Ermittlungszwecken anstoßen kann, welche die Lebensführung des Beschuldigten nahezu vollständig abbildet. Es ist eine Illusion zu glauben, die Ermittlungsbehörden gäben sich mit den Kontostammdaten zufrieden, weshalb diese Konsequenzen gerade nicht ausgeblendet werden.

Nach alledem wirkt die abschließende Mahnung des Bundesverfassungsgerichtes, der automatisierte Kontenabruf für Strafverfolgungszwecke gemäß § 24c Absatz 3 Satz 1 Nummer 2 KWG ermächtigt nicht zu „*anlasslosen Routineabrufen*“⁴⁷, wie der wenig überzeugende Versuch, der faktischen Konsequenz des tolerierten rechtlichen Tabubruches vorsorglich Einhalt gebieten zu wollen. Angesichts der dargestellten Verlockungen, welche dem automatisierten Kontenabruf für Strafverfolgungszwecke

innewohnen, erscheint es aber höchst zweifelhaft, ob dieser Versuch gelingen wird.

b) automatisierter Kontenabruf für Besteuerungszwecke

Das Bundesverfassungsgericht hält § 93 Absatz 7 in Verbindung mit § 93 b AO ebenfalls für materiell verfassungsgemäß, weil diese Regelung wiederum sowohl dem Gebot der Normenklarheit und -bestimmtheit genüge als auch das Gebot der Verhältnismäßigkeit wahre; diese Beurteilung begegnet ebenfalls erheblichen Bedenken.

Das Bundesverfassungsgericht⁴⁸ ist hinsichtlich des Gebotes der **Normenklarheit und -bestimmtheit** der Auffassung, die in § 93 Absatz 7 AO angelegte „*Verweisungskette*“ verursache keinen Bestimmtheitsmangel; die Verweisung von § 93b Absatz 7 AO auf § 93b Absatz 1 AO und die Weiterverweisung auf § 24c KWG seien „*leicht nachzuvollziehen*“.

Diese Auffassung ist zweifelhaft, denn das Bundesverfassungsgericht stellt wiederum eine isolierte Betrachtung an, mit deren Hilfe es erneut einen wesentlichen Gesichtspunkt ausblendet: Zweifelsohne gelangt derjenige, der § 93 Absatz 7 AO liest, zu § 93b Absatz 1 AO und sodann zu § 24c Absatz 1 KWG, auf den § 93b Absatz 1 AO ausdrücklich verweist. Das Gericht geht anlässlich dieser formalen Darstellung jedoch mit keinem Wort darauf ein, dass in § 93 AO sich nach sechs langen Absätzen in Absatz 7 eine Regelung befindet, die ihrerseits einen Regelungsmechanismus in Gang setzt, welcher den in § 30a Absatz 1 AO proklamierten Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen den Kreditinstituten und ihren Klienten sabotiert⁴⁹ – insoweit entsteht der Eindruck, der steuerpflichtige Bürger solle „an der Nase herum geführt werden“:

§ 30a Absatz 2 bis 4 AO bestimmt, dass anlasslose Datenerhebungen, welche das Vertrauensverhältnis zwischen den Kreditinstituten und ihren Klienten betreffen, grundsätzlich rechtswidrig sind: Die Finanzbehörde dürfen von den Kreditinstituten zur allgemeinen Überwachung keine periodischen Mitteilungen von Konten bestimmter Art und Höhe verlangen (Absatz 2); Konten der Klienten dürfen während Außenprüfungen bei Kreditinstituten nicht abgeschrieben werden, und Kontrollmitteilungen dürfen nicht verwertet werden (Absatz 3); in Vordrucken für Steuererklärungen soll die Angabe von Konten des Steuerpflichtigen nicht verlangt werden, soweit nicht steuermindernde Ausgaben oder Vergünstigungen geltend gemacht werden oder die Abwicklung des Zahlungsverkehrs mit dem Finanzamt dies erfordert (Absatz 4). Eine Übermittlung von Kontodaten erfolgt mithin nicht, wenn und solange kein Besteuerungsverfahren durchgeführt wird.

Anlässlich eines Besteuerungsverfahrens gilt für die nunmehr anlassbezogene Datenerhebung § 93 AO (§ 30a Absatz 5 Satz 1 AO). § 93 AO informiert allerdings zu-

⁴⁶ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 136 und 139.

⁴⁷ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 143.

⁴⁸ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 112.

⁴⁹ Zu diesem Aspekt schon: *Samson/Langrock* (s.o. Fn. 20), S. 62 ff.

nächst einmal ganz allgemein, unter welchen Bedingungen die Finanzbehörde Auskünfte einholen darf (§ 93 Absatz 1 AO); anschließend finden sich Regelungen, welche die Form und den Inhalt des Auskunftersuchens (§ 93 Absatz 2 AO) sowie der Auskunftserteilung (§ 93 Absatz 3 bis 6 AO) betreffen. Erst dann stößt der steuerpflichtige Bürger auf § 93 Absatz 7 AO, der mittels der Verweisung auf § 93b Absatz 1 AO und die Weiterverweisung auf § 24c Absatz 1 KWG den automatisierten Kontenabruf für Besteuerungszwecke legitimiert; mittels der scheinbar verschlüsselten Verweisung in § 93b Absatz 4 AO auf § 24c Absatz 1 Satz 2 bis 6, Absatz 4 bis 8 KWG entsprechend wird den Finanzbehörden (über das BfSt) ein ebenso ungehinderter Zugang zur Kontenevidenzzentrale verschafft, wie die BaFin selbst und die Strafverfolgungsbehörden (über das BaFin) ihn besitzen. Mithin ist jedenfalls auf der Ebene des BfSt ein – automatisierter – Zugriff auf die Kontoinformationen der Steuerpflichtigen längst möglich, und wird an dieser Stelle offenbar, dass § 30a Absatz 2 und 4 AO leerlaufen.

Es ist kein vernünftiger Grund dafür ersichtlich, warum der Gesetzgeber den automatisierten Kontenabruf für Besteuerungszwecke bzw. zumindest seine Konsequenzen nicht unmittelbar in § 30a AO kenntlich gemacht hat – außer vielleicht, die Erosion bzw. Abschaffung des sog. „Bankgeheimnisses“ nicht „an die große Glocke“ hängen zu müssen.

In diesem Kontext ist außerdem § 24c Einkommensteuergesetz zu berücksichtigen, wonach der Gesetzgeber die Kreditinstitute inzwischen verpflichtet hat, zusammenfassende Jahresbescheinigungen über Kapitalerträge und Veräußerungsgewinne aus Finanzanlagen zu produzieren und Ihren Klienten zur Verfügung zu stellen. Wenn die Finanzbehörden diese Bescheinigung vom Steuerpflichtigen selbst anfordert oder deren Doppel sich vom Kreditinstitut vorlegen lässt (§ 97 AO), kann die Finanzbehörde sich ein nahezu vollständiges Bild von den finanziellen Verhältnissen des Steuerpflichtigen machen.⁵⁰

Noch weniger überzeugen wiederum die Erwägungen des Bundesverfassungsgerichtes zur **Verhältnismäßigkeit** von § 93 Absatz 7 in Verbindung mit § 93b AO.⁵¹ In Anbetracht der dargestellten, alternativen Gestaltungsmöglichkeit für das Abrufverfahren ist auch hinsichtlich des automatisierten Kontenabrufes für *Besteuerungszwecke* ernsthaft fraglich, ob das aktuelle Konzept des automatisierten Kontenabrufes erforderlich ist, um den legitimen Zweck – die gleichmäßige Festsetzung und Erhebung von Steuern⁵² – zu erreichen.

c) Kontenabruf für andere Zwecke

Schließlich hält das Bundesverfassungsgericht den Kontenabruf für andere Zwecke für materiell verfassungswidrig, weil dessen gesetzliche Regelung (§ 93 Absatz 8 AO) gegen das Gebot der Normenklarheit und -bestimmtheit

verstößt. Das Gericht⁵³ gelangt zu dem Ergebnis, die Norm ist „nicht hinreichend bestimmt“; der Kreis der abrufberechtigten Behörden, und die Aufgaben, denen solche Ersuchen dienen sollen, sind „nicht präzise genug festgelegt“.

Diese Beurteilung verdient Zustimmung.

§ 93 Absatz 8 AO setzt – wie eingangs dargestellt – voraus, dass ein Gesetz an „Begriffe des Einkommensteuergesetzes“ anknüpft, damit die für die Anwendung dieses Gesetzes zuständige Behörde die Finanzbehörde bzw. das BfSt um den Kontenabruf und die Mitteilung der Kontoinformationen ersuchen darf. § 93 Absatz 8 AO setzt aber *nicht* voraus, dass die Behörde ihr Ersuchen anlässlich der *tatsächlichen* Anwendung des Gesetzes und der dortigen einkommensteuergesetzlichen Begriffe stellt.⁵⁴

Die grotesken Konsequenzen dieses gesetzgeberischen Versäumnisses veranschaulicht das folgende Beispiel: Das Gesetz über die soziale Wohnraumförderung (sog. „Wohnraumförderungsgesetz“ – WoFG) sieht eine Wohnraumförderung nur zugunsten solcher Haushalte vor, deren Jahreseinkommen bestimmte gesetzlich geregelte Grenzen nicht überschreitet (§ 9 WoFG). Dieses Jahreseinkommen wird als „Summe der positiven Einkünfte im Sinne des § 2 Absatz 1, 2 und 5a des Einkommensteuergesetzes jedes Haushaltsangehörigen“ definiert (§ 21 WoFG). Zuständig für die Bewilligung entsprechender Fördermittel ist u.a. die Regierung von Oberbayern. Jeder dortige Sachbearbeiter kann nun jederzeit ein Abrufersuchen aufgrund von § 93 Absatz 8 AO an die Finanzbehörde bzw. das BfSt richten, um z.B. zu ermitteln, ob sein Kollege, welcher das Dienstzimmer mit ihm teilt, Konten bei einem bestimmten Kreditinstitut unterhält; er wird stets – zulässigerweise – versichern können, dass seine eigenen Ermittlungen nicht zielführend waren oder nicht erfolversprechend sind (§ 93 Absatz 8 AO am Ende), weil diese Voraussetzung doch vor allem dann gegeben ist, wenn er für eine derartige Kontenermittlung überhaupt nicht zuständig ist.⁵⁵

Noch weiter reicht § 93 Absatz 8 AO im Hinblick auf Abrufersuchen von *Gerichten*: § 93 Absatz 8 AO setzt nicht voraus, dass das ersuchende Gericht ebenfalls für die Anwendung eines Gesetzes zuständig sein muss, das an einkommensteuergesetzliche Begriffe anknüpft – § 93 Absatz 8 spricht bloß von Ersuchen „eines“ Gerichtes. Demzufolge ist schlechthin jedes Gericht abrufbefugt – und zwar unabhängig davon, ob es das Gesetz, welches zumindest formale Voraussetzung für ein Ersuchen gemäß § 93 Absatz 8 AO ist, überhaupt anwendet.⁵⁶

Vielsagend ist in diesem Kontext, dass ausgerechnet das Bundesministerium der Finanzen⁵⁷, dem üblicherweise wohl nicht nachgesagt werden kann, es würde den Hand-

⁵⁰ Dazu: Hamacher (s.o. Fn. 8), S. 638; vgl. auch: Tipke in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Lfg. 111 (Stand: Okt. 2006), § 93 AO, Rn. 35 u. 41.

⁵¹ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 115 ff.

⁵² BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 117.

⁵³ BVerfG (s.o. Fn. 12), Rn. 101 f.

⁵⁴ Darauf weisen schon Samson/Langrock (s.o. Fn. 20), S. 28 zutreffend hin.

⁵⁵ Ein anderes Beispiel bilden: Samson/Langrock (s.o. Fn. 20), S. 28.

⁵⁶ Dazu bereits: Samson/Langrock (s.o. Fn. 20), S. 28 f.

⁵⁷ Schreiben v. 10. März 2005, BMF IV A 4 – S 0062 – 1/05 (BGBl. 2005, Teil I, S. 422 [423 ff.]).

lungsspielraum der Finanzbehörden einschränken, sich – anlässlich der Einführung des automatisierten Kontenabrufes für Besteuerungszwecke und andere Zwecke gemäß §§ 93 Absatz 7 und 8 in Verbindung mit § 93b AO veranlasst sah, den Kontenabruf für andere Zwecke (§ 93 Absatz 8 AO) auf bestimmte Fallkonstellationen – abschließend – zu beschränken (Nummer 3.2 Satz 1 lit. a) bis g) des AEAO zu § 93).

Mit anderen Worten: § 93 Absatz 8 AO ermöglicht einen total beliebigen, unkontrollierbaren Zugriff zahlloser Behörden und jedes Gerichtes auf Kontoinformationen jedes Bürgers und unterläuft so das ursprünglich geschützte, sog. „Bankgeheimnis“ (§ 30a Absatz 1 AO); es drängt sich insoweit der Eindruck auf, dass ein in vielerlei Hinsicht nützlicher Datenvorrat unauffällig geschaffen werden sollte, ohne dass der Zweck dieser Sammelaktion auch nur annähernd bestimmbar ist – ein solches Vorhaben ist definitiv verfassungswidrig.

d) Zusammenfassung

Die Hauptsacheentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum automatisierten Kontenabruf begegnet überwiegend schweren Bedenken:

Das Gericht lässt – in Gestalt des Kontenabrufes für Strafverfolgungszwecke – ein gesetzgeberisches Konzept passieren, welches an dem Fundament unserer rechtsstaatlichen Strafverfolgungs-Ordnung rüttelt: die Schaffung *strafrechtlicher* Ermittlungsbefugnisse „zum Nulltarif“. Das Bundesverfassungsgericht hatte die Gelegenheit, diesen Tabubruch zu verhindern – es hat den Gesetzgeber gewähren lassen.

Das Gericht hat zudem – in Gestalt des Kontenabrufes für *Besteuerungszwecke* – einen Regelungsmechanismus passieren lassen, welcher zum Niedergang des sog.

„Bankgeheimnisses“, sc. des in § 30a Absatz 1 AO proklamierten Schutzes des Vertrauensverhältnisses zwischen den Kreditinstituten und ihren Klienten, erheblich beiträgt.

Das Gericht hat bloß die skandalöseste gesetzgeberische Fehlleistung – die Regelung des Kontenabrufes für *andere* Zwecke gemäß § 93 Absatz 8 AO korrigiert, wobei es dem Gesetzgeber jedoch eine Schonfrist gewährt; bemerkenswert ist hierbei, dass das Gericht dazu auf *Verwaltungsvorschriften* zurückgreift, welche das Bundesministerium der Finanzen gewissermaßen „in letzter Minute“ schon vor der Entscheidung im einstweiligen Rechtsschutz nachgebessert hatte. Im übrigen ist eine Neuregelung ohnehin im Rahmen der Einführung der Abgeltungssteuer auf Kapitalerträge einschließlich privater Veräußerungsgewinne aus Kapitalanlagen anlässlich der Unternehmensteuerreform 2008 vorgesehen.

IV. Schlussbetrachtung

Die Hauptsacheentscheidung des Bundesverfassungsgerichts zum automatisierten Kontenabruf überzeugt nach alledem nicht.

Im Kern billigt das Gericht das Instrument des automatisierten Kontenabrufes, ohne dies überzeugend zu begründen. Sicherlich nicht nur der Verfasser hatte gehofft, das Bundesverfassungsgericht würde dem Konzept des „gläsernen“ Bürgers in gewohnter – und geschätzter – rechtstaatlicher Manier entgegenreten.

Das Bundesverfassungsgericht hat dies nicht getan – und wir sind dem Orwell'schen Überwachungsstaat erneut einen Schritt näher gekommen.

Die „Online-Durchsuchung“. Verfassungsrechtliche Grenzen des verdeckten hoheitlichen Zugriffs auf Computersysteme

von Ulf Buermeyer, Berlin*

Die „Online-Durchsuchung“ scheint sich zu einem Dauerbrenner der innenpolitischen wie der rechtswissenschaftlichen Diskussion zu entwickeln: Zwar bestehen ganz erhebliche Zweifel, ob diese Ermittlungsmethode jemals effektiv wird angewendet werden können – zumal zur Bekämpfung der regelmäßig zur Legitimation ins Feld geführten sogenannten „Top-Gefährder“ wie etwa Terroristen¹. Dessen ungeachtet nehmen hinter Berliner Kulissen die Vorbereitungen für rechtliche Grundlagen sowohl für präventive als auch repressive Fernzugriffe auf Computersysteme Gestalt an. Neben den Unwägbarkeiten im tatsächlichen Bereich² treten dabei eine ganze Reihe von verfassungsrechtlichen Fragen auf, die eine gesetzliche Regelung der Online-Überwachung unter Geltung des Grundgesetzes in seiner derzeitigen Fassung nur in engen Grenzen realisierbar erscheinen lassen. An dieser Stelle soll auf die wichtigsten verfassungsrechtlichen Problemkreise hingewiesen werden.

1. Fernmeldegeheimnis, Art. 10 Abs. 1 GG

a) Schutzbereichsbestimmung durch das BVerfG

Brief-, Post- und Fernmeldegeheimnis gewährleisten nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts die freie Entfaltung der Persönlichkeit durch einen privaten, vor der Öffentlichkeit verborgenen Austausch von Informationen und schützen damit zugleich die Würde des Menschen³. Hintergrund des Grundrechts ist die besondere Schutzbedürftigkeit der Vertraulichkeit der

individuellen Kommunikation, wenn sie wegen der räumlichen Distanz zwischen den Beteiligten auf eine Übermittlung durch andere angewiesen ist. Denn damit unterliegt sie faktisch einem besonders leichten Zugriff Dritter⁴. Das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG schützt spezifisch die *unkörperliche* Fernkommunikation⁵.

Der grundrechtliche Schutz knüpft dabei allein an die besondere Gefahr unkontrollierten Zugriffs durch unbefugte Dritte bei der Kommunikation über die Distanz an und ist in seiner Schutzrichtung für neue Entwicklungen und Gefährdungslagen offen⁶. Daher kommt es weder auf den übertragenen Inhalt noch auf das Medium oder seinen Betreiber an. Die Grundrechtsträger sollen sich vielmehr auf die Vertraulichkeit der Kommunikation über öffentliche Netze ebenso verlassen können wie auf diejenige über ihre privaten Netze⁷. Im Ergebnis sollen sie – in den Worten des Bundesverfassungsgerichts – „weitestgehend so gestellt werden, wie sie bei einer Kommunikation unter Anwesenden stünden“⁸. Geschützt ist allerdings nur das Vertrauen in die Sicherheit der Kommunikationsanlage, nicht hingegen das personengebundene Vertrauen in den Kommunikationspartner⁹. In diesem Rahmen umfasst der grundrechtliche Schutz sowohl den Inhalt als auch die näheren Umstände der Telekommunikation¹⁰.

Nach der jüngsten Rechtsprechung des *Zweiten Senats des Bundesverfassungsgerichts* zur Beschlagnahme von Handyverbindungsdaten¹¹ endet der Schutz des Grundrechts jedoch in dem Moment, in dem die Nachricht beim Empfänger angekommen ist. Damit nämlich ende die besondere Schutzbedürftigkeit, die ihrerseits aus der spezifischen Gefährdung der Vertraulichkeit folgt, die sich aus dem erleichterten Zugriff Dritter bei Verwendung von Telekommunikationsmitteln ergibt. Einmal unangetastet

* Der Verfasser ist Redakteur der HRRS und Richter in Berlin, wo er am Amtsgericht Tiergarten als Strafrichter tätig ist. An der Universität Leipzig arbeitete er von 1999 bis 2003 als Netzwerk-Administrator in einer gemischten Windows-Linux-Umgebung.

¹ Skeptisch zu bestimmten Formen der Online-Durchsuchung inzwischen auch der Bayerische Innenminister *Beckstein*, vgl. *Süddeutsche Zeitung* vom 1. September 2007, Seite 7.

² Vgl. zur tatsächlichen Seite der Online-Überwachung *Buermeyer* HRRS 2007, 154 m.w.N.; vgl. auch *Gercke* CR 2007, 245.

³ BVerfGE 115, 166, 182.

⁴ BVerfGE a.a.O.

⁵ BVerfGE 115, 166, 182 f., von *Mangoldt/Klein-Gusy* 5. Aufl. Art. 10 Rn. 39.

⁶ BVerfGE 115, 166, 182 f.

⁷ *Gusy* (Fn. 5) Rn. 41.

⁸ BVerfGE 115, 166, 182.

⁹ BVerfGE 16, 28, 38.

¹⁰ BVerfGE 115, 166, 183.

¹¹ BVerfGE 115, 166 ff.

übertragene Daten, so der *Zweite Senat*, unterscheiden sich hinsichtlich ihrer Schutzbedürftigkeit nicht mehr von solchen, die der Nutzer selbst angelegt und niemals übertragen hat¹². Einen Grenzfall stellt der Zugriff auf das zur Kommunikation verwendete Endgerät – etwa das Telefon – dar: Ob Art. 10 Abs. 1 GG hier Schutz bietet, ist – soweit stimmen beide Senate überein – mit Blick auf seinen Zweck und unter Berücksichtigung der spezifischen Gefährdungslage zu bestimmen¹³. Der *Zweite Senat des BVerfG* hat auf dieser Grundlage jedoch eine eher formale und tendenziell restriktive Differenzierung entwickelt: Werde der laufende Kommunikationsvorgang überwacht, so liege ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis auch dann vor, wenn die Erfassung des Nachrichteninhalts am Endgerät erfolgt. Sei die Nachrichtenübermittlung hingegen abgeschlossen, so werde der Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG nicht mehr eröffnet¹⁴.

b) Übertragbarkeit der Schutzbereichsabgrenzung auf den staatlichen Fernzugriff auf EDV-Anlagen

Bei der Frage, ob Fernzugriffe auf Rechner im Rahmen einer Online-Überwachung in den Schutzbereich der Telekommunikationsfreiheit fallen, ist nach den verschiedenen Formen des Zugriffs zu differenzieren.

aa) Fernzugriff auf gespeicherte Daten des Benutzers

Der *Zweite Senat* führt für die Unterscheidung zwischen Daten „unterwegs“ und Daten „am Ziel“ zwei Argumente an. Ihre Übertragbarkeit auf die tatsächlichen Gegebenheiten bei der Online-Überwachung kann aufschlussreich für die Frage sein, ob sich die darauf aufbauende rechtliche Differenzierung ebenfalls übertragen lässt.

aaa) Das Argument der Beherrschbarkeit

Zum einen stellt der *Senat* auf die Einflussmöglichkeiten des Betroffenen auf die gespeicherten Daten ab. Auf der Übertragungsstrecke sei die Herrschaft über die Daten in für das Fernmeldegeheimnis spezifischer und konstitutiver Weise eingeschränkt. Einmal übertragen sei jedoch ein unbemerkter Zugriff Dritter in der Regel nicht möglich. Außerdem könne der Betroffene die Daten jederzeit löschen und sie damit fremdem Zugriff entziehen. Er habe

„in seiner Herrschaftssphäre Möglichkeiten der Datenverarbeitung und -löschung - bis hin zur physischen Zerstörung des Datenträgers -, die ihm nicht zu Gebote stehen, solange sich die Nachricht auf dem Übertragungsweg befindet oder die Kommunikationsverbindungsdaten beim Nachrichtenmittler gespeichert sind. Der Nutzer kann sich bei den seiner Verfügungsmacht unterliegenden Geräten gegen den unerwünschten Zugriff Dritter durch vielfältige Maßnahmen schützen, etwa durch die Benut-

zung von Passwörtern oder anderweitiger Zugangscodes sowie - bei Verwendung von Personalcomputern - durch Einsatz von Verschlüsselungsprogrammen und spezieller Software zur Datenlöschung.¹⁵“

Es springt ins Auge, dass beides auf die Online-Überwachung gerade nicht zutrifft: Wie im technischen Teil des Beitrags im Einzelnen ausgeführt¹⁶, verliert der Betroffene, dessen Festplatte mittels staatlichen Fernzugriffs überwacht wird, die Hoheit über seine Daten. Denn es ist gerade Sinn und Zweck der Online-Durchsuchung, die vom *Zweiten Senat* ins Feld geführte Beherrschbarkeit der Daten in der eigenen Sphäre des Betroffenen zu unterlaufen, um die so gewonnenen Daten kriminalistisch nutzbar zu machen. Der Betroffene kann daher seine Daten nicht mehr effektiv gegen den Zugriff Dritter schützen. Und er kann sie - einmal an die Sicherheitsbehörden übertragen – auch auf keine denkbare Weise mehr aus der Welt schaffen.

Dennoch verliert das Argument des *Senats* damit nicht seine Überzeugungskraft. Denn die erweiterten Möglichkeiten des Zugriffs, die die Beherrschbarkeit sowohl des Zugriffs als auch der Löschung durch den Berechtigten aushöhlen, knüpfen ihrerseits gerade nicht an Telekommunikationsvorgänge des Nutzers an. Sie sind – in der Terminologie der strafrechtlichen Zurechnungslehre – Formen alternativer Kausalität. Dass die Online-Durchsuchung die Unterschiede in der Beherrschbarkeit zwischen Daten „unterwegs“ und Daten „daheim“ nivelliert, hat nichts mit einer etwaigen telekommunikations-spezifischen Gefährdungslage dieser Daten zu tun, sondern allein damit, dass die Grenzen der persönlichen Herrschaftssphäre des Einzelnen durch die Online-Durchsuchung perforiert werden. Das aber ist keine Frage der Telekommunikationsfreiheit, sondern – wie noch zu zeigen sein wird – der Unverletzlichkeit der Wohnung.

bbb) Das Argument der Vergleichbarkeit mit niemals übertragenen Daten

Zum anderen bestünden für die bei den Teilnehmern gespeicherten Inhalte und Umstände der Kommunikation nicht mehr dieselben spezifischen Risiken, wie sie sich aus der Nutzung einer Fernmeldeeinrichtung als Kommunikationsmedium ergeben; vielmehr unterscheiden sie sich nicht mehr von Dateien, „die der Nutzer selbst angelegt hat“¹⁷.

Auch dieses Argument trifft unter den Bedingungen der Online-Überwachung weiter zu. In der Tat ist es für die Erfassung einer Datei durch einen Bundestrojaner gleichgültig, ob sie bereits einmal Gegenstand eines Telekommunikationsvorgangs war oder nicht. Damit aber ist die Gefährdungslage, der die beim Betroffenen gespeicherten Daten durch die Möglichkeit der Online-Überwachung ausgesetzt sind, jedenfalls nicht *spezifisch* für Telekommunikations(verkehrs)daten.

¹² BVerfGE 115, 166, 184 f.

¹³ BVerfGE 106, 28, 38 (Erster Senat); BVerfGE 115, 166, 187 (Zweiter Senat).

¹⁴ BVerfGE 115, 166, 186 f.

¹⁵ BVerfGE 115, 166, 185.

¹⁶ Buermeyer HRRS 2007, 154, 161.

¹⁷ BVerfGE 115, 166, 185.

ccc) Fazit

Im Ergebnis trägt damit die Differenzierung des *Zweiten Senats des BVerfG* auch unter den Bedingungen der Online-Überwachung. Geht man – insofern in Übereinstimmung mit beiden Senaten des *BVerfG*¹⁸ – davon aus, dass der Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG an eine für Telekommunikation spezifische Gefährdungslage anknüpft, so ist diese Voraussetzung für beim Betroffenen gespeicherte Daten – also die Zugriffsformen der *Spiegelung* und des *Monitoring*¹⁹ – nicht erfüllt. Ihre Erfassung greift daher nicht in den Schutzbereich der Telekommunikationsfreiheit ein.

ddd) Die Ausleitung der erhobenen Daten als Eingriff in die Kommunikationsfreiheit?

Etwas anderes ergibt sich nicht etwa daraus, dass selbstverständlich sowohl für den staatlichen Zugriff auf das zu überwachende System als auch für die spätere Ausleitung der staatlicherseits erfassten Daten aus dem überwachten auf ein behördliches System wiederum Telekommunikation stattfindet. Denn es handelt sich in beiden Fällen gerade nicht um Kommunikation des Betroffenen, deren Verletzlichkeit zum Zugriff ausgenutzt würde, sondern um *hoheitliche* Datenübertragung, die in der nicht virtuellen Welt etwa der Anreise zum Ort des Zugriffs und dem späteren Abtransport beschlagnahmter Akten vergleichbar wäre. Schon von daher eröffnet allein der Modus des staatlichen Zugriffs nicht den Schutzbereich des Grundrechts aus Art. 10 Abs. 1 GG, macht er sich doch nicht die „spezifische Gefährdungslage“²⁰ zunutze, die für Daten „unterwegs“ kennzeichnend ist. Anders formuliert: Allein aus der Tatsache, dass sich der Staat der Telekommunikation bedient, um Zugriffe auszuführen, folgt nicht, dass dieser Zugriff seinerseits einen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG darstellt. Ein *Zugriff durch* Telekommunikation ist nicht notwendig auch ein *Eingriff in die Freiheit* der Telekommunikation.

eee) Zugriff „über Bande“ auf Daten im Cyberspace

Ebenso wenig wird in den Schutzbereich eingegriffen, wenn Daten erfasst werden, die zwar nicht lokal gespeichert sind, auf die aber der Nutzer online zugreift. Zu denken wäre etwa an Daten auf einem entfernten Server, die lokal wie eine Festplatte eingebunden werden²¹. Zwar stehen diese Daten lokal nur zur Verfügung und können

durch eine Online-Überwachung am Rechner des Betroffenen nur abgegriffen werden, indem sie ihrerseits per Datenfernübertragung in das überwachte System gelangen. Doch kann man sich bereits fragen, ob in dem Zugriff auf *eigene* ausgelagerte Daten des Überwachten – also gerade nicht auf einen Austausch zwischen zwei Kommunikationspartnern – überhaupt ein Eingriff im Sinne von Art. 10 Abs. 1 GG liegen kann. Versteht man den Begriff der Kommunikation aber so weit – wofür immerhin spricht, dass es für die Verletzlichkeit der Privatheit des Datenaustauschs keinen Unterschied macht, ob auf eigene ausgelagerte Inhalte des Beobachteten oder auf fremde Inhalte zugegriffen wird –, so macht sich aber doch die staatliche Überwachung hier nicht die spezifische Gefährdung der vom Nutzer initiierten Datenfernübertragung zunutze, sondern die erfolgreiche Infiltration des Zielsystems. Der Zugriff erfolgt zwar – bezogen auf die Kommunikation zwischen dem beobachteten Nutzer und dem ausgelagerten Speicher – am Endgerät. Doch könnten diese Daten auf dieselbe Weise erfasst werden, wenn sie dort lokal gespeichert wären, sodass gerade kein Eingriff unter Ausnutzung der für das Fernmeldegeheimnis konstitutiven Verletzlichkeit der Vertraulichkeit der Inhalte erfolgt.

bb) Überwachung der Internet-Telefonie

Anders hingegen liegt der Fall bei einer Überwachung der Internet-Telefonie auf dem System des Betroffenen. Inzwischen wird ein nennenswerter Anteil der Telefongespräche über das Netz so stark verschlüsselt, dass sie durch klassische Telekommunikationsüberwachung an der Infrastruktur des Netzes nicht mehr abgehört werden können. Daher besteht ein eindeutiges kriminalistisches Bedürfnis, diese Lauschlücke durch einen Zugriff auf die Endgeräte zu schließen: Nur hier werden die Inhalte wieder entschlüsselt und können durch geeignete Maßnahmen mitgeschnitten werden²².

Auch eine Erfassung der Telekommunikation am Endgerät fällt jedoch nach der Rechtsprechung des *BVerfG* in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG²³. Damit ist auch das Abhören von Internet-Telefonie durch Ausleiten der unverschlüsselten Inhalte aus einem der beteiligten Rechner als Eingriff in diesen Schutzbereich anzusehen. Denn ob an einem Telefon ein Abhörgerät²⁴ in *Hardware* – etwa als Miniatursender – oder in *Software* – etwa als Bundestrojaner – realisiert ist, macht aus grundrechtlicher Perspektive keinen Unterschied.

c) Rechtfertigung

Ein Eingriff in die Telekommunikationsfreiheit darf „nur auf Grund eines Gesetzes angeordnet werden“, Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG. Beispielhaft bezogen auf die Telekommunikationsüberwachung zu repressiven Zwecken könnte eine solche Maßnahme vom Wortlaut der Eingriffs-

¹⁸ Oben Fn. 13.

¹⁹ Zur Terminologie vgl. *Buermeyer* HRRS 2007, 154, 160 ff. In der Exekutive des Bundes werden die Begriffe „Online-Durchsicht“ und „Online-Überwachung“ verwendet., vgl. hierzu etwa <http://netzpolitik.org/wp-upload/fragen-onlinedurchsuchung-BMJ.pdf>.

²⁰ *BVerfGE* 115, 166, 187.

²¹ Sogenanntes „*Mounten*“: Einem Datenspeicher im Netzwerk wird z.B. unter *Windows* mittels Menü oder des Kommandozeilenbefehls „*net use*“ ein Laufwerksbuchstabe oder unter *Linux* mittels *smbmount* ein lokales Verzeichnis (Mount-Punkt) zugewiesen. Dann ist allenfalls noch an der geringeren Zugriffsgeschwindigkeit zu erkennen, dass nicht mit lokalen, sondern entfernten Daten gearbeitet wird.

²² Zum technischen Hintergrund vgl. *Buermeyer* HRRS 2007, 154, 160 f.

²³ *BVerfGE* 106, 28, 37 (Erster Senat); 115, 166, 187 (Zweiter Senat).

²⁴ So ausdrücklich der Erste Senat des *BVerfG* in *BVerfGE* 106, 28, 38.

norm (§ 100a Abs. 1 StPO) – „Die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation darf angeordnet werden ...“ – zwar noch gedeckt sein, da die Norm hinsichtlich der technischen Realisierung des Abhörens neutral formuliert ist. Andererseits macht § 100b StPO deutlich, dass die bisherige Ermächtigung zur Telekommunikationsüberwachung sich nur auf Eingriffe bezieht, die sich der Mitwirkung des Telekommunikationsdienstleisters bedienen. So muss nach Anordnung einer Telekommunikationsüberwachung „jeder, der geschäftsmäßig Telekommunikationsdienste erbringt oder daran mitwirkt, dem Richter, der Staatsanwaltschaft und ihren im Polizeidienst tätigen Ermittlungspersonen (§ 152 des Gerichtsverfassungsgesetzes) die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation“ ermöglichen (§ 100b Abs. 3 Satz 1 StPO). Außerdem muss die Anordnung neben Namen und Anschrift des Betroffenen „die Rufnummer oder eine andere Kennung seines Telekommunikationsanschlusses enthalten“ (§ 100b Abs. 2 Satz 1 StPO). Beides lässt sich jedenfalls nicht unmittelbar auf die Internet-Telefonie anwenden. Zudem ist die exakte Identifizierung des zu überwachenden Rechners gerade eines der vielen ungelösten tatsächlichen Probleme der Online-Überwachung. In jedem Fall aber wäre sicherzustellen, dass tatsächlich ausschließlich in den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG eingegriffen wird²⁵.

2. Unverletzlichkeit der Wohnung, Art. 13 Abs. 1 GG

Eine zentrale Rolle in der Diskussion um die verfassungsrechtlichen Grenzen spielt die Unverletzlichkeit der Wohnung. Dies kann schon deswegen nicht verwundern, weil es sprachlich („Durchsuchung“) nahe liegt. Vor allem aber sprechen überzeugende Gründe für die Eröffnung des Schutzbereichs des Art. 13 Abs. 1 GG jedenfalls dann, wenn auf eine EDV-Anlage aus der Ferne zugegriffen wird, die sich innerhalb einer Wohnung im Sinne des Grundrechts²⁶ befindet.

a) Räumlicher Schutzbereich

In räumlicher Hinsicht erfasst der Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG Wohnungen. Nach der Rechtsprechung des BVerfG fallen unter diesen Begriff neben Wohnungen im natürlichen Sprachgebrauch auch Betriebs- und Geschäftsräume²⁷, nämlich insgesamt der Bereich der „räumlichen Privatsphäre“²⁸.

b) Schutzrichtung

Auch wenn historisch betrachtet Art. 13 Abs. 1 GG zunächst Schutz vor physischer Präsenz von Hoheitsträgern in einer geschützten räumlichen Sphäre bieten sollte, so

hat das Bundesverfassungsgericht bereits 2004 in seiner Entscheidung zum „Großen Lauschangriff“ betont, dass es für die Eröffnung des räumlichen Schutzbereichs des Grundrechts gleichgültig ist, ob in ihn durch körperliches Betreten oder unter Einsatz technischer Mitteln von innen oder von außen eingegriffen wird:

„Im Zeitpunkt der Schaffung des Grundgesetzes diente das Grundrecht des Art. 13 Abs. 1 GG primär dem Schutz des Wohnungsinhabers vor unerwünschter physischer Anwesenheit eines Vertreters der Staatsgewalt. Seitdem sind neue Möglichkeiten für Gefährdungen des Grundrechts hinzu gekommen. Die heutigen technischen Gegebenheiten erlauben es, in die räumliche Sphäre auch auf andere Weise einzudringen. Der Schutzzweck der Grundrechtsnorm würde vereitelt, wenn der Schutz vor einer Überwachung der Wohnung durch technische Hilfsmittel, auch wenn sie von außerhalb der Wohnung eingesetzt werden, nicht von der Gewährleistung des Absatzes 1 umfasst wäre.“²⁹

Das Bundesverfassungsgericht hat damit den Schutzgehalt des Grundrechts im Lichte der fortschreitenden technischen Entwicklung offener ausgestaltet: Ging es traditionell um Schutz gegen das Betreten von Räumlichkeiten durch Hoheitsträger, also einen bestimmten Eingriffsmodus, so gewährt Art. 13 Abs. 1 GG nach der jüngeren Rechtsprechung auch explizit umfassenden Schutz für eine staatlichem Zugriff insgesamt entzogene räumliche Sphäre³⁰, ungeachtet der Frage, auf welche Weise ein Zugriff im konkreten Falle erfolgen mag.

Vor dem Hintergrund des Schutzzwecks des Grundrechts, das dem Einzelnen einen elementaren Lebensraum verbürgt und das Recht gewährleistet, in ihm in Ruhe gelassen zu werden³¹, erscheint dies auch konsequent. Denn aus der Sicht des Betroffenen bedeutet der konkrete Modus des staatlichen Eindringens in diese oder des Erhebens von Informationen aus dieser Sphäre allenfalls einen graduellen Unterschied. Maßgeblich für die Beeinträchtigung der von Art. 13 Abs. 1 GG geschützten Vertraulichkeitserwartung ist die Beeinträchtigung der Privatheit und Intimität innerhalb der eigenen vier Wände. Nur weil die Erhebung bestimmter Daten aus dem geschützten Bereich einer Wohnung heraus aufgrund neuer technischer Möglichkeiten nicht mehr zwingend ein Betreten der Räumlichkeiten voraussetzt, führt dies gerade nicht dazu, dass solche neuen Eingriffsformen aus dem Schutzbereich des Grundrechts herausfallen: Einem solchen „Vorbehalt des technischen Fortschritts“³² für die Unverletzlichkeit der Wohnung hat das BVerfG bereits mit der Entscheidung zum Großen Lauschangriff eine überzeugende Absage erteilt.

c) Schutzbereichseröffnung bei Spiegelung und Monitoring³³ von Systemen innerhalb einer Wohnung

Hält man sich dieses Verständnis des Schutzes der Unverletzlichkeit der Wohnung vor Augen, so greift ein

²⁵ Vgl. hierzu unten 2. d, vor allem Unterpunkt cc).

²⁶ Im folgenden wird der Begriff der Wohnung stets in diesem Sinne verwandt, ohne dies durch Anführungszeichen zu kennzeichnen.

²⁷ BVerfGE 32, 54, 69 ff.; BK-Herdegen 71. Lfg. Art. 13 Rn. 34; von Mangoldt/Klein-Gornig 5. Aufl. Art. 13 Rn 22 und 26.

²⁸ BVerfGE 32, 54, 72; BK-Herdegen 71. Lfg. Art. 13 Rn. 26.

²⁹ BVerfGE 109, 279, 309.

³⁰ Gornig (oben Fn. 27) Rn. 1.

³¹ BVerfGE 109, 279, 309.

³² So treffend Schantz KritV 2007, 343, 351.

³³ Zur Terminologie vgl. Buermeyer (oben Fn.19).

staatlicher Fernzugriff auf die gespeicherten Daten eines Rechners, der sich innerhalb einer Wohnung im Sinne des Art. 13 Abs. 1 GG befindet, zugleich in den Schutzbereich des Grundrechts ein³⁴.

aa) Eingriff durch Datenerhebung

Wie die Entscheidung zum Großen Lauschangriff trefend ausführt³⁵, macht es für die Verletzung der Privatheit innerhalb einer Wohnung gerade keinen Unterschied, auf welche Weise sie im einzelnen bewirkt wird. Damit kann es auch auf die Frage, ob auf die Daten einer EDV-Anlage innerhalb der geschützten Sphäre physisch – also durch Beschlagnahme und nachfolgende Auswertung – oder virtuell über Datenleitungen zugegriffen wird, letztlich nicht ankommen. Entscheidend für den Eingriff in den von staatlichem Zugriff freien „elementaren Lebensraum“³⁶ ist vielmehr, dass sich die Daten innerhalb eines solchen Bereichs befinden und aus ihm heraus erhoben werden, sodass die Wohnung insoweit ihren Charakter als staatsfreien Rückzugsraum des Einzelnen verliert. Die Daten auf einem Rechner innerhalb einer Wohnung sind nicht etwa nur *partiell* gegen das Mitnehmen der Hardware im Rahmen einer Hausdurchsuchung geschützt, sondern umfassend gegen jede Form auch nicht physischen staatlichen Zugriffs.

bb) Schutzbereichsbegrenzung wegen verbleibender Rest-Privatsphäre?

Gegen diesen Eingriff in den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG lässt sich nicht überzeugend einwenden, dass durch eine Online-Überwachung - im Gegensatz zum Großen Lauschangriff - nicht der gesamte räumliche Schutzbereich der Wohnung und damit auch nicht der gesamte Rückzugsbereich des Einzelnen negiert werde³⁷. Zwar trifft selbstverständlich im Ansatz zu, dass die betroffene EDV-Anlage räumlich betrachtet nicht die gesamte Wohnung ausmacht, sodass in der Tat die von staatlichem Zugriff freie räumliche Sphäre nicht vollständig aufgehoben wird. Dennoch kann das Argument, es verbleibe ja noch ein anderweitiger Rückzugsraum, nicht dazu dienen, einem Eingriff in einen anderen Teil der Sphäre seine Eingriffsqualität abzusprechen. Dies zeigen folgende Überlegungen:

Zum einen kann der Einzelne angesichts der Heimlichkeit des staatlichen Zugriffs gerade nicht wissen, in welchem Umfang sein Rückzugsraum angesichts staatlicher Überwachung kein solcher mehr ist. Damit aber verliert er insgesamt seine Eigenschaft als Refugium, denn auch eine partielle Überwachung ließe sich naturgemäß nur umgehen, wenn man um ihren Umfang weiß.

Zum anderen macht eine Parallele zum Großen Lauschangriff deutlich, dass sich bei einem Zugriff auf einen

räumlich umgrenzten Teil einer Wohnung allenfalls die Frage der Eingriffstiefe stellt, dies aber keinen qualitativen Unterschied ausmacht. So würde wohl niemand annehmen, eine Maßnahme falle nicht mehr unter Art. 13 Abs. 1 GG, wenn lediglich ein Teil einer Wohnung – etwa Küche und Wohnzimmer, nicht aber das Schlafzimmer – überwacht wird, da ja dann im Schlafzimmer eine von hoheitlichem Lauschen freie Zone verbleibe.

Entscheidend ist vielmehr, ob *überhaupt* Vorgänge innerhalb des räumlich geschützten Bereichs erfasst werden, die der natürlichen Wahrnehmung von außerhalb des geschützten Bereichs entzogen sind³⁸. So liegt es aber auch bei den auf einem Rechner innerhalb der Wohnung gespeicherten Daten. Denn auf „natürliche“ Weise – also ohne staatlichen Zugriff in die räumlich geschützte Privatsphäre, ob *online* oder physisch – lassen sie sich nicht gewinnen.

Die Gegenansicht würde letztlich zu einer bedenklichen Verengung des Schutzbereichs des Art. 13 Abs. 1 GG führen, indem sie einen in einer Wohnung aufgestellten Rechner ohne Not als Exklave definiert, in der die im übrigen grundrechtlich gewährleistete Privatheit und Intimität nicht gewährleistet wäre. Zwar kann man – wie *Schlegel* treffend bemerkt – auch ohne Computer „allein sein“³⁹ - die Nutzung eines Computers ist für einen staatsfreien Rückzugsraum nicht konstitutiv. Dennoch wird ein Rechner, der in einer Wohnung genutzt wird, intuitiv und zu Recht als Teil der räumlichen Privatsphäre wahrgenommen, den die Wohnung im Übrigen bietet. Für die geschilderte Schutzbereichsbegrenzung fehlt es damit an jeder tatsächlichen Grundlage. Sie würde vielmehr dazu führen, empirisch gleiches verfassungsrechtlich ungleich zu behandeln.

cc) Die Online-Überwachung als Ersatzmaßnahme

Für diese Sichtweise sprechen weitere Gründe. So wären die Erkenntnisse, die durch eine online durchgeführte Untersuchung zu erlangen sind, ansonsten regelmäßig nur durch eine klassische Hausdurchsuchung zu gewinnen: Wären etwa die Daten statt auf dem infiltrierten Rechner in Papierform vorhanden, so könnten sie nur durch physische Sicherstellung gewonnen werden. Warum dieselben Daten einem geringeren Schutz unterliegen sollten, sobald sie auf einem Computer – und damit letztlich nur auf einem anderen Medium – innerhalb der geschützten Räumlichkeiten niedergelegt und damit technisch einfacher zu erlangen sind, lässt sich nicht überzeugend begründen. Die Online-Überwachung stellt eine typische Ersatzmaßnahme für eine Hausdurchsuchung dar⁴⁰. Auch dies spricht für die Beibehaltung der grundgesetzlichen Anforderungen im Sinne einer gegenüber erweiterten technischen Zugriffsmöglichkeiten offenen Interpretation des Schutzbereichs des Art. 13 Abs. 1 GG, wie sie das BVerfG bereits seit der Entscheidung zum Großen Lauschangriff vertritt⁴¹.

³⁴ Ebenso *Bär* MMR 2007, 239, 240; *Hornung* DuD 2007, 575, 578; *Jahn/Kudlich* JR 2007, 57, 60; *Rux* JZ 2007, 285, 292; *Schantz* KritV 2007, 343, 347 f; a.A. *Schlegel* GA 2007, Heft 11 (im Erscheinen).

³⁵ Vgl. oben Fn. 29.

³⁶ So die Terminologie des BVerfG, vgl. BVerfGE 109, 279, 309.

³⁷ So aber *Schlegel* GA 2007, Heft 11 unter D II. (im Erscheinen).

³⁸ BVerfGE 109, 279, 327; *Schantz* KritV 2007, 343, 347.

³⁹ GA 2007 Heft 11 unter D II 4. am Ende, (im Erscheinen).

⁴⁰ Ebenso *Schantz* KritV 2007, 343, 348.

⁴¹ Vgl. oben bei Fn. 29.

dd) Einwilligung in die Durchsuchung durch Anschluss an das Internet?

Kaum nachvollziehbar⁴² erscheint demgegenüber das Argument, dass der Inhaber einer EDV-Anlage durch den Anschluss an das Internet in Kenntnis der Gefahren durch Viren und Trojaner eine Infizierung des Rechners „nolens volens in Kauf“ nehme⁴³, also gleichsam auf den Schutz des Art. 13 Abs. 1 GG konkludent verzichte. Allein die technische *Möglichkeit* eines Zugriffs ist weder mit seiner rechtlichen *Zulässigkeit* gleichzusetzen noch gar mit der *Zustimmung* des Berechtigten. Um es zivilistisch zu formulieren: Kein objektiver Beobachter eines Internet-Nutzers würde ihm vernünftigerweise unterstellen, er habe damit konkludent seine Daten allgemeinem Zugriff über das Netz preisgeben wollen. Vielmehr hat der Gesetzgeber erst Anfang August 2007 mit einer drastischen Verschärfung des Strafgesetzbuchs⁴⁴ nebst weitreichender Vorfeldkriminalisierung das Vertrauen der EDV-Anwender darin gestärkt, dass niemand sich unberechtigterweise Zugang zu EDV-Anlagen verschafft⁴⁵. Für eine nicht staatliche „Online-Durchsuchung“ droht seither Freiheitsstrafe von bis zu drei Jahren⁴⁶.

ee) Sonderfall mobile Rechner - Begrenzung des Schutzbereichs wegen Problemen der Standortbestimmung?

Nun können EDV-Systeme nicht nur ortsfest, sondern auch mobil und damit sowohl innerhalb als auch außerhalb des räumlichen Schutzbereichs von Art. 13 Abs. 1 GG betrieben werden – man denke nur an Laptops, aber auch an Mobilfunkgeräte mit Datenspeicher und PDAs. Es fragt sich daher, ob dies etwas an dem gefundenen Ergebnis ändert. So wird mitunter aus der Zufälligkeit des aktuellen Standorts eines mobilen Rechners der Schluss gezogen, damit sei die Unverletzlichkeit der Wohnung auf Computer *unabhängig* vom aktuellen Standort nicht anwendbar. Da es auf Zufälligkeiten nicht ankommen könne, schließe bereits die Möglichkeit des mobilen Einsatzes eine Schutzbereichseröffnung generell aus.

Überzeugen kann dies aus zwei Gründen nicht: Zum einen ist schon die Prämisse irreführend, es handle sich bei dem Standort des Rechners um eine Zufälligkeit. Angesichts des räumlich definierten Schutzbereichs des Grundrechts aus Art. 13 Abs. 1 GG kommt dem Standort eines Rechners vielmehr aus gutem Grund eine zentrale Bedeutung bei. Wer seine Daten innerhalb der geschützten Sphäre verwahrt, darf grundsätzlich darauf vertrauen, von staatlichem Zugriff frei zu sein. Wer hingegen mit seinem Rechner diese Sphäre verlässt, gibt damit

⁴² Ebenfalls kritisch *Hornung* DuD 2007, 575, 578; *Rux* JZ 2007, 285, 292; *Schantz* KritV 2007, 343, 349; noch deutlicher *Schlegel* GA 2007 Heft 11 (im Erscheinen) unter D I.: „Absurdität“.

⁴³ So aber *Hofmann* NSTZ 2005, 121, 124.

⁴⁴ 41. Strafrechtsänderungsgesetz zur Bekämpfung der Computerkriminalität vom 7. August 2007, BGBl. I 1786, in Kraft seit dem 11. August 2007.

⁴⁵ §§ 202a bis 202c sowie 303a StGB n.F.

⁴⁶ § 202a Abs. 1 StGB

zugleich den besonderen Schutz auf, den diese Sphäre ihm bietet. Insofern ist es aus der Sicht des räumlich angelegten Schutzbereichs des Grundrechts gerade nicht zufällig, sondern allein sinnvoll, nach dem Standort der EDV-Anlage zu differenzieren⁴⁷.

Zum anderen lässt sich das unbestreitbare Dilemma für Hoheitsträger, den genauen Standort möglicherweise im Einzelfall nur schwer bestimmen zu können, auch in grundrechtsfreundlicher Weise auflösen. Es vermag nämlich nicht einzuleuchten, warum ein nach den tatsächlichen Umständen in den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 fallender Rechner dennoch nicht als geschützt angesehen werden soll, nur weil andere Rechner – oder auch derselbe Rechner zu anderer Zeit – mobil betrieben werden. Andererseits spricht rechtlich nichts dagegen, im Zweifel die Anforderungen derjenigen tatsächlichen Konstellation zu erfüllen, mit deren Vorliegen mit einiger Wahrscheinlichkeit zu rechnen ist, auch wenn dies im Einzelfall objektiv nicht erforderlich sein sollte. Da nach wie vor ein signifikanter Anteil von EDV-Anlagen im räumlichen Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG betrieben wird, müssen daher die weitergehenden Voraussetzungen für einen Eingriff in dieses Grundrecht stets zugrunde gelegt werden, sofern sich nicht im Einzelfall sicherstellen lässt, dass eine bestimmte Anlage nur außerhalb dieses Bereichs online überwacht wird⁴⁸.

d) Schutzbereichseröffnung bei Telekommunikationsüberwachung am Endgerät

Neben dem Zugriff auf die gespeicherten Daten steht das Abhören verschlüsselter Internet-Telefonie als sogenannte Telekommunikationsüberwachung an der Quelle – kurz „Quellen-TKÜ“⁴⁹ – im Zentrum des Interesses der Sicherheitsbehörden. Für eine eventuelle gesetzliche Grundlage ist daher zu fragen, ob sie neben Art. 10 Abs. 1 GG auch an der Unverletzlichkeit der Wohnung zu messen ist.

aa) Formale Betrachtung: Standort der Abhöreinrichtung

Für eine Eröffnung des Schutzbereichs könnte sprechen, dass auch eine Online-TKÜ sich jedenfalls technisch innerhalb der geschützten Sphäre einer Wohnung abspielt, wenn sich der zur Internet-Telefonie genutzte Rechner in einer Wohnung befindet.

bb) Schutzzweck der Unverletzlichkeit der Wohnung

Zu fragen ist jedoch, ob der Standort der zum Abhören genutzten technischen Einrichtung allein bereits den

⁴⁷ Ähnlich *Hornung* JZ 2007, im Erscheinen, in seiner Replik auf *Rux* (Fn. 11).

⁴⁸ Wie hier *Hornung* DuD 2007, 575, 578.

⁴⁹ So die Bezeichnung des Bundesministeriums des Innern in der (auf Vorarbeiten des Bundeskriminalamts zurückgehenden) Antwort auf Fragenkataloge des Bundesministeriums der Justiz und der Fraktion der SPD im Deutschen Bundestag, vgl. oben Fn. 19.

Schluss auf die Schutzbereichseröffnung zulässt. Denn in Bezug auf das Abhören von Wohnungen hat das Bundesverfassungsgericht entschieden, dass nicht auf die technische *Realisierung* der Überwachung abzustellen ist, sondern auf die so gewonnenen *Erkenntnisse*: Nicht der Standort des (Richt)Mikrofons gibt den Ausschlag für einen Eingriff in die Unverletzlichkeit der Wohnung, sondern die Tatsache, dass „die Überwachung von außen solche innerhalb der Wohnung stattfindenden Vorgänge erfasst, die der natürlichen Wahrnehmung von außerhalb des geschützten Bereichs entzogen sind.“⁵⁰ Im Umkehrschluss bedeutet dies, dass allein die technische Realisierung einer Überwachung innerhalb einer Wohnung noch keinen Eingriff in die geschützte Sphäre bedeuten kann. Abzustellen ist vielmehr auf den Charakter der gewonnenen Erkenntnisse: Nur wenn sie in der Weise ein Teil der geschützten Sphäre sind, dass sich der Zugriff auf die Daten als Blick oder als Lauschen in die Wohnung darstellt, so fällt auch ihre Erhebung in den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG.

Damit ist die eigentliche Frage, ob die Inhalte eines Telefongesprächs Teil der geschützten Sphäre der Wohnung sind. Dafür ließe sich zwar wiederum anführen, dass sie in einer Wohnung gesprochen werden. Im Gegensatz zur nicht telefonischen Kommunikation innerhalb geschlossener Räume, bei der die Kommunikationspartner grundrechtlich geschütztes Vertrauen darin setzen, dass sie außerhalb des Raumes nicht mitgehört werden, werden Worte in ein Telefon aber gerade in der Erwartung und mit dem Ziel gesprochen, dass sie die geschützte Sphäre der Wohnung verlassen werden. Denn es ist ja gerade der Sinn der Telefonie, dass der *entfernte*, der Telekommunikationspartner die gesprochenen Worte in der Ferne vernehmen kann. Wer über Telefonleitungen spricht – seien sie analog, digital oder virtuell im Netz –, vertraut daher auch nicht darauf, dass seine Worte die eigenen vier Wände nicht verlassen werden. Sein Vertrauen in die Vertraulichkeit seiner Worte gründet sich nicht auf die Schutz- und Abschlussfunktion der Wohnung. Er vertraut vielmehr auf die Zuverlässigkeit und Vertraulichkeit des Telekommunikationssystems. Dieses Vertrauen aber ist durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützt und fällt nicht in den Schutzbereich der Unverletzlichkeit der Wohnung aus Art. 13 Abs. 1 GG. Damit ist das Abhören der Internet-Telefonie auch durch den Online-Zugriff auf das Endgerät allein an Art. 10 Abs. 1 GG und nicht an Art. 13 Abs. 1 GG zu messen.

cc) Kontrollüberlegungen auf der Wertungsebene

Das eben gefundene Ergebnis hält auch einer kritischen Betrachtung unter Wertungsgesichtspunkten stand: Es wäre in der Tat nicht nachvollziehbar, warum bestimmte Formen der Internet-Telefonie im Gegensatz zur klassischen Telefonie nicht abgehört werden können, allein weil dies aus technischer Sicht ein staatliches Tätigwerden innerhalb einer Wohnung erfordert, sofern dieses physische Eindringen in die Wohnung über die – als solche unstreitig nicht an Art. 13 Abs. 1 GG zu messende

– bloße Erfassung der Telekommunikation hinaus keinen Einblick in die geschützte Sphäre gewährt.

Das so gefundene Ergebnis steht im übrigen auch im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung, wonach bei Gelegenheit einer zulässigen Telekommunikationsüberwachung akustisch wahrnehmbare Vorgänge innerhalb einer Wohnung nicht in den Schutzbereich des Art. 13 Abs. 1 GG fallen, also keinen „Großen Lauschangriff“ darstellen.

Diese Überlegungen weisen den Blick zugleich auf die Schwierigkeiten der technischen Realisierung. Es wäre aus der Perspektive der soeben gefundenen Schutzbereichsbestimmung nämlich nicht etwa damit getan, das Mikrofon des betroffenen Rechners zu aktivieren, da es ja auch für Internet-Telefonie genutzt werde. Der Nutzer begibt sich vielmehr wie gezeigt des besonderen Schutzes der Unverletzlichkeit der Wohnung nur insoweit, als er tatsächlich und gegenwärtig per Internet-Telefonie kommuniziert. Es müsste also softwaretechnisch sichergestellt werden, dass lediglich diejenigen Vorgänge der Online-Überwachung der Telekommunikation unterliegen, die auch über die – als solche nicht abzuhörende – Internet-Strecke gehen.

e) Rechtfertigung

Die Frage der Schutzbereichseröffnung ist bei Art. 13 GG von besonderer Relevanz, weil eine Rechtfertigung eines Eingriffs nur unter engen Voraussetzungen möglich ist.

aa) Art. 13 Abs. 2 GG – „Durchsuchungen“ von Wohnungen

Gem. Art. 13 Abs. 2 GG dürfen

„Durchsuchungen [...] nur durch den Richter, bei Gefahr im Verzuge auch durch die in den Gesetzen vorgesehenen anderen Organe angeordnet und nur in der dort vorgeschriebenen Form durchgeführt werden.“

Eine „Online-Überwachung“ könnte also nur dann auf der Grundlage von Art. 13 Abs. 2 gerechtfertigt werden, wenn sie auch als Durchsuchung im Sinne der Grundrechtsschranke anzusehen wäre.

Hiergegen spricht bereits der Wortlaut: Wie der 3. *Strafsenat des Bundesgerichtshofs* in seiner Entscheidung zur strafprozessualen Zulässigkeit der „Online-Überwachung“ anführt⁵¹, liegt jedenfalls den §§ 102 ff. StPO die Vorstellung zugrunde, dass eine Durchsuchung offen und bei physischer Präsenz von Hoheitsträgern durchgeführt wird⁵². Zwar müsste der Grundrechtsschranke nicht unbedingt dasselbe Begriffsverständnis zugrunde liegen wie der Strafprozessordnung. Doch bezeichnet der Begriff der „Durchsuchung“ auch im Kontext des Art. 13 GG jedenfalls nur eine *offen* durchge-

⁵⁰ BVerfGE 109, 279, 327.

⁵¹ BGH StB 18/06 – Beschluss vom 31. Januar 2007, HRRS 2007 Nr. 197.

⁵² A.a.O. Rn. 5.

fürte staatliche Erkenntnisgewinnung⁵³. Es zeigt nämlich bereits das systematische Argument des Vergleichs mit Art. 13 Abs. 4 GG, der die „Überwachung“ von Wohnungen unter weitaus engeren Voraussetzungen regelt, dass das Grundgesetz zumindest von einem Gegensatz zwischen der *offen* durchzuführenden „Durchsuchung“ und der *heimlichen* „Überwachung“ ausgeht.

Damit könnte eine Online-Überwachung allenfalls unter analoger Anwendung des Art. 13 Abs. 2 GG zu rechtfertigen sein. Das differenzierte Schrankensystem des Art. 13 GG lässt jedoch bereits das Vorliegen einer – zumal planwidrigen – Regelungslücke fernliegend erscheinen. Jedenfalls aber verbietet es die mit der Heimlichkeit der Online-Überwachung verbundene höhere Eingriffsintensität, von einer Vergleichbarkeit der Interessenlagen auszugehen. Gleiches gilt für die Tatsache, dass eine klassische Durchsuchung einen punktuellen Eingriff in der Unverletzlichkeit der Wohnung darstellt, während eine Online-Überwachung jedenfalls dann von einiger Dauer ist, wenn sie über eine bloße Spiegelung hinausgeht.

bb) Art. 13 Abs. 3 GG – akustische Überwachung von Wohnungen

Die Schrankenregelung des Art. 13 Abs. 3 in der Fassung des „Großen Lauschangriffs“ ermöglicht nur die „akustische“ Wohnraumüberwachung. Eine online durchgeführte Spiegelung – von einem Monitoring oder noch weitergehender Überwachung ganz zu schweigen – ist daher vom Wortlaut nicht umfasst, allenfalls abgesehen von der Verwendung des eingebauten Mikrofons zur Überwachung der Umgebung.

Eine analoge Anwendung der Schranke zur Rechtfertigung einer Online-Überwachung dürfte wiederum an der Unvergleichbarkeit der Interessenlagen scheitern. Das Auslesen oder die noch weitergehende Überwachung eines Rechners ist im Vergleich zum Abhören einer Wohnung ein unvergleichlich andersartiger Eingriff: In mancher Hinsicht mag er zwar weniger eingriffsintensiv sein, weil weniger unmittelbare Lebensäußerungen zur Kenntnis von Hoheitsträgern gelangen. Dafür aber ergibt sich aus den auf einem Rechner gespeicherten Daten ein weitaus vollständigeres, differenzierteres und einen längeren Zeitraum abdeckendes Persönlichkeitsprofil, als es beim Abhören von Räumlichkeiten zu gewinnen ist.

cc) Art. 13 Abs. 4 GG – Überwachung von Wohnungen

Auf der Grundlage des Art. 13 Abs. 4 GG dürfen zur

„Abwehr dringender Gefahren für die öffentliche Sicherheit, insbesondere einer gemeinen Gefahr oder einer Lebensgefahr, [...] technische Mittel zur Überwachung von Wohnungen nur auf Grund richterlicher Anordnung eingesetzt werden.“

⁵³ BK-Herdeggen 71. Lfg. Art. 13 GG Rn. 52.

Von vornherein würde dies die Zulässigkeit von Online-Überwachungen auf den präventiven Bereich begrenzen. Auch in diesem Rahmen müsste ein Fernzugriff auf einen innerhalb einer Wohnung befindlichen Computer als „Überwachung von Wohnungen“ anzusehen sein.

Dies allerdings lässt sich kaum bestreiten: Sieht man einen innerhalb einer Wohnung verwendeten Rechner – wie hier vertreten – als Teil einer Wohnung an, sodass er Teil des räumlichen Schutzbereichs aus Art. 13 Abs. 1 GG ist, so lässt er sich konsequenterweise nicht von den Schranken ausnehmen, die dem Grundrecht selbst gesetzt sind: Lässt das Grundgesetz unter bestimmten Voraussetzungen einen Eingriff in eine Wohnung zu, so können an einen spezifischen hoheitlichen Zugriff auf einen Teil der Wohnung keine strengeren Anforderungen gestellt werden.

3. Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung

Eine ebenso hohe Hürde für eine „Online-Überwachung“ *de lege ferenda* wird der auf der Unantastbarkeit der Menschenwürde gemäß Art. 1 Abs. 1 GG beruhende sogenannte „Kernbereichsschutz“ darstellen.

Aus der Menschenwürdegarantie folgt nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zwar nicht, dass ein heimliches Vorgehen des Staates schlechthin unzulässig wäre, denn allein darin, dass der Mensch zum Objekt der Beobachtung wird, ist noch nicht zwingend eine Missachtung seines Wertes als Mensch zu erblicken⁵⁴. Gleichwohl ist bei staatlichen Beobachtungen ein unantastbarer Kernbereich privater Lebensgestaltung zu wahren, denn würde der Staat in ihn eindringen, verletzte dies die jedem Menschen unantastbar gewährte Freiheit zur Entfaltung in den ihn betreffenden höchstpersönlichen Angelegenheiten. Selbst überwiegende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in diesen absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung nicht rechtfertigen⁵⁵. Insbesondere ist kein Raum für eine Abwägung mit kollidierenden Rechtsgütern wie dem staatlichen Strafverfolgungsinteresse⁵⁶.

Ob ein Sachverhalt dem unantastbaren Kernbereich zuzuordnen ist, hängt davon ab, ob er nach seinem Inhalt höchstpersönlichen Charakters ist, also auch in welcher Art und Intensität er aus sich heraus die Sphäre anderer oder Belange der Gemeinschaft berührt⁵⁷. In den Worten des Gerichts gehört zur

„Entfaltung der Persönlichkeit im Kernbereich privater Lebensgestaltung [...] die Möglichkeit, innere Vorgänge wie Empfindungen und Gefühle sowie Überlegungen, Ansichten und Erlebnisse höchstpersönlicher Art zum Ausdruck zu bringen, und zwar ohne Angst, dass staatliche Stellen dies überwachen. Vom Schutz umfasst sind auch Gefühlsäußerungen, Äußerungen des

⁵⁴ BVerfGE 109, 279, 313.

⁵⁵ BVerfGE 109, 279, 313.

⁵⁶ BVerfGE 109, 279, 314.

⁵⁷ BVerfGE 109, 279, 313; 113, 348, 391.

unbewussten Erlebens sowie Ausdrucksformen der Sexualität.58“

Demgemäß wäre beim staatlichen Fernzugriff sicherzustellen, dass dem Kernbereichsschutz unterfallende Informationen schon nicht erhoben werden. Für die erweiterten Zugriffsformen wie Aktivierung des Mikrofons oder der Webcam stellen sich damit vergleichbare Probleme wie beim „Großen Lauschangriff“, es müsste also „live“ überwacht und gegebenenfalls die Übertragung der Daten unterbrochen werden, denn der Eingriff in die Menschenwürdegarantie liegt gerade nicht erst in der Verwertung, sondern schon in der Erhebung entsprechender Daten: „Nicht etwa darf in den absoluten Kernbereich privater Lebensgestaltung eingegriffen werden, um erst festzustellen, ob die Informationserhebung diesen Bereich betrifft.“⁵⁹

Ebenso wird man beim Einsatz eines *Sniffers/Keyloggers* die gesuchten Passwörter als solche zwar nicht der Intimsphäre zuordnen können, sodass deren Mitschneiden als solches keinen Bedenken im Hinblick auf den Kernbereichsschutz unterliegen wird. Um an die wenigen gesuchten Zeichen zu gelangen, müsste jedoch der gesamte „Tastaturverkehr“ mitgelesen werden, also einschließlich etwaiger höchstpersönlicher Bekenntnisse in *Chatrooms* oder in *E-Mails*, die ihrerseits gerade nicht zur Kenntnis genommen werden dürfen – und zwar nicht einmal, um ihre Zugehörigkeit zum Kernbereich zu prüfen.

Soweit es um das Auswerten von gespeicherten Dateien geht, tut sich ein ähnliches Dilemma auf: Der Dateiname kann zwar grundsätzlich Aufschluss über den Inhalt geben. Zu denken wäre an eine Bezeichnung wie „TA-GEBUCH.DOC“. Andererseits hindert nichts einen Fundamentalisten daran, seine Bombenbauanleitung – vielleicht neben zahlreichen tatsächlich persönlichen Daten – unter gleichem Namen abzulegen. Sollen nun „intim“ erscheinende Dateien generell von der staatlichen Kopie ausgenommen werden, was die Online-Überwachung erheblich weniger effektiv machen würde? Oder sollen alle potentiell relevanten Dateien doch übertragen und ausgewertet werden, was auf eine Verletzung des Kern-

⁵⁸ BVerfGE 109, 279, 313 f.

⁵⁹ BVerfGE 109, 279, 323.

bereichs hinausliefe, da ein Eingriff „probeweise“ zwecks Prüfung der erhobenen Daten auf Zugehörigkeit zum Kernbereich gerade nicht zulässig ist?⁶⁰

Schon diese Beispiele zeigen, dass der Kernbereichsschutz der Wirksamkeit staatlicher Fernzugriffe auf EDV-Anlagen enge Grenzen setzen dürfte. Denn wenn nicht sicher auszuschließen ist, dass eine Maßnahme Kommunikation aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erfasst, so ist dieses Risiko verfassungsrechtlich allenfalls dann hinzunehmen, wenn ein Rechtsgut von besonders hohem Rang aufgrund konkreter Anhaltspunkte gefährdet erscheint. Dies müsste zudem ebenso formalgesetzlich geregelt sein wie die unverzügliche Löschung versehentlich erhobener kernbereichsrelevanter Inhalte⁶¹.

4. Zusammenfassung

Der staatliche Fernzugriff auf EDV-Anlagen berührt je nach genauer Realisierung und Richtung des Zugriffs verschiedene grundrechtliche Schutzbereiche. Wird Internet-Telefonie mittels einer Software-Wanze – etwa eines Moduls eines „Bundes-Trojaners“ – am Endgerät mitgeschnitten, ist nur der Schutzbereich der Telekommunikationsfreiheit eröffnet, sofern softwaretechnisch sichergestellt ist, dass auch lediglich solche Vorgänge erfasst werden können, die ihrerseits mit Wissen und Willen des Nutzers Gegenstand der Telekommunikation sind. Alle anderen Zugriffe auf einen Rechner innerhalb einer Wohnung im Sinne des Art. 13 Abs. 1 GG eröffnen den Schutzbereich der Unverletzlichkeit der Wohnung. Sie sind daher von Verfassungs wegen nur unter den engen Voraussetzungen des Art. 13 Abs. 4 GG und insbesondere nur unter Wahrung des unantastbaren Kernbereichs der privaten Lebensführung zulässig. Letztere muss durch softwaretechnische Maßnahmen sicherstellen, dass keine zum Kernbereich zählenden Daten erhoben und versehentlich erhobene unverzüglich gelöscht werden.

⁶⁰ BVerfGE 109, 279, 323.

⁶¹ BVerfGE 113, 348, 392.

Dokumentation

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag. Sie bleiben herzlich eingeladen, durch Einsendungen zum Ausbau der Dokumentationsrubrik beizutragen.

Schrifttum

Schrifttum

Detlef Burhoff / Thomas Schmidt / Joachim Volpert: RVG Straf- und Bußgeldsachen, 2. Auflage, 1775 S., 98,00 Euro, ZAP Verlag, Herne 2007.

Die meisten RVG-Kommentare widmen sich den Teilen 4 bis 6 VV RVG nur am Rande. Der Seitenumfang – einschließlich Gesetzestext – geht von 55 bis 170 Seiten. Nur der AnwKom-RVG von *Gebauer/Schneider* ist mit seinen 275 Seiten etwas ausführlicher. Demgegenüber sind in dem neuen *Burhoff* die Teile 4 bis 6 VV RVG auf rund 750 Seiten kommentiert. Daneben enthält der Kommentarteil des Werkes die vollständige Kommentierung des Teils 7 VV RVG sowie der Buß- und Strafsachen betreffenden Paragraphen des RVG. Der *Burhoff* ist jedoch weit mehr als ein auf die Vergütungsregelungen in Straf- und Bußgeldsachen spezialisierter Kommentar. Einem Handbuch ähnlich ist nämlich der Kommentierung ein ABC-Teil vorangestellt. In diesem stellen die Autoren einzelne allgemeine Probleme und Kernbegriffe des RVG dar und erläutern sie. Beispielhaft soll hier auf die Stichworte „Abtretung des Erstattungsanspruchs“, „Dolmetscherkosten“, „Erstattung“, „Gerichtskosten“, „Kostenfestsetzung in Straf- und Bußgeldsachen“ und „Vorschuss“ verwiesen werden. Solche Themen werden in herkömmlichen RVG-Kommentaren kaum einmal abgehandelt. Das in seiner Konzeption einmalige Werk umfasst daher auch 1775 Druckseiten und übersteigt damit den Umfang so manchen Gesamtkommentars zum RVG.

Die Autoren ergänzen die Erläuterungen durch viele Beispiele, Checklisten sowie durch Muster, die sich auch

auf der beiliegenden CD-ROM befinden. So gibt *Burhoff* unter dem Stichwort „Geldwäsche“ in einer Checkliste wichtige Hinweise, wie der Strafverteidiger dem Vorwurf der Geldwäsche vorbeugen kann. Die Darstellung der Beratungshilfe in Straf- und Bußgeldsachen kommt üblicherweise in RVG-Kommentaren viel zu kurz. *Schmidt* widmet sich diesem Thema auf gut 20 Seiten. Auf rund 17 Seiten befasst sich *Volpert* mit der Einigungsgebühr, die auch dem Strafverteidiger oder Nebenklägervertreter anfallen kann, ein Aspekt, der in anderen Werken häufig nicht angemessen gewürdigt wird. Die in der Rechtsprechung höchst umstrittene Frage, wie sich die Vergütung des Zeugenbeistands berechnet, erörtert *Burhoff* unter Vorbem. 4.1. Rn. 4 ff. unter Angabe von einigen Dutzend Gerichtsentscheidungen. Ebenso umstritten ist es in der Rechtsprechung, ob dem „Terminsvertreter“ auch die Grundgebühr nach Nr. 4100 VV RVG zusteht, worauf derselbe Autor unter Nr. 4100 VV RVG Rn. 6 ff. eingeht. Zum in der Praxis umstrittenen Anwendungsbereich der Grundgebühr gibt der von *Burhoff* an derselben Kommentartabelle unter Rn. 19 ff. aufgeführte Katalog der erfassten Tätigkeiten wichtige Hinweise.

Die Anwendung des die Einzeltätigkeiten betreffenden Teils 4 Abschn. 3 VV RVG wirft in der Praxis viele Fragen auf. Wenn sich der Leser mit der rund 60 Seiten umfassenden Darstellung von *Volpert* befasst hat, bleibt keine dieser Fragen unbeantwortet. Unter Vorbem. 5.1.2 Rn. 4 vertritt *Burhoff* die wohl zutreffende Auffassung, dass das vorbereitende Verfahren vor der Verwaltungsbehörde und das anschließende gerichtliche Verfahren verschiedene Angelegenheiten sind, was zum zweifachen Anfall der Postentgeltpauschale führt. Unter welchen Voraussetzungen dem Verteidiger die zusätzliche Verfahrensgebühr nach Nr. 4141 bzw. Nr. 5115 VV RVG an-

fällt, wenn durch seine Mitwirkung die Hauptverhandlung entbehrlich wird, ist von der Praxis in vielen Fallgestaltungen zu klären. Die entsprechende Kommentierung von *Burhoff* auf rund 27 bzw. 17 Seiten mit Rechtsprechungsnachweisen und Beispielen gibt hierzu eine wichtige Hilfe.

In Bußgeldsachen hat der Verteidiger oft erhebliche Probleme, die von ihm berechnete Mittelgebühr gegen Staatskasse oder Rechtsschutzversicherung durchzusetzen. Hier helfen die Erläuterungen von *Burhoff* unter Vorbem. 5 VV RVG Rn. 39 ff. weiter, die auch eine Checkliste und ein 27 Punkte umfassendes Rechtsprechungs-ABC enthalten.

Die hohe Aktualität des Werks wird nicht zuletzt dadurch belegt, dass *Burhoff* im ABC-Teil unter dem Stichwort „Erfolgshonorar“ bereits die aktuelle Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zur Verfassungswidrigkeit des uneingeschränkten Verbots des Erfolgshonorars berücksichtigt.

Der „*Burhoff*“ ist ein für den Verteidiger in Straf- und Bußgeldsachen praktisch unverzichtbares Buch, das sich schon in seiner 2. Auflage zu einem Standardwerk entwickelt hat.

VorRiLG **Heinz Hansens**, Berlin

Frank Neubacher; Anne Klein (Hrsg.), Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts?, Interdisziplinäre Beiträge zur Zukunft internationaler Strafgerichte, Kölner Kriminalwissenschaftliche Schriften, Bd.48, Duncker & Humblot, Berlin, 2006, 314 S., € 82,-

Das Völkerstrafrecht bleibt ein extrem dynamisches Gebiet, sowohl was die tatsächlichen Entwicklungen angeht als auch in Bezug auf seine wissenschaftliche Durchdringung. Ersteres ist aus den Tagesnachrichten ablesbar, die etwa den Prozess gegen *Charles Taylor* kommentieren, der nun nach Den Haag verlegt wurde, oder die sich mit den Ermittlungen der Anklagebehörde des ICC in Bezug auf Darfur beschäftigen, bei welchen noch nicht klar ist, ob dort die Ergebnisse im Vordergrund stehen oder die Tatsache, dass die USA deren Einleitung durch den Sicherheitsrat zuließen und damit ihre Totalblockadehaltung eindeutig aufgaben.

Die sich vertiefende wissenschaftliche Bearbeitung dieses Themas zeigt sich vor allem an der zunehmenden Zahl der einschlägigen Veröffentlichungen, und zwar sowohl zahlreicher einschlägiger Dissertationen und sonstiger Monographien als auch inzwischen dreier einschlägiger Lehrbücher¹. Als wichtiges Medium der wissenschaftlichen Auseinandersetzung stellen sich gerade in diesem

¹ Gemeint sind hier *Ambos*, Internationales Strafrecht (2006); *Satzger* Internationales und Europäisches Strafrecht (2005) und *Werle*, Völkerstrafrecht (2003).

Bereich auch Sammel- und Tagungsbände heraus, von denen in den letzten Jahren eine ganze Anzahl mit einschlägigen Schwerpunkten erschienen sind². In diese Kategorie gehört auch der hier zu besprechende Band, in dem *Frank Neubacher* und *Anne Klein* Beiträge zu einer Tagung herausgeben, die das Institut für Kriminologie der Universität zu Köln in Kooperation mit der Bundeszentrale für politische Bildung und der Kölnischen Gesellschaft für Christlich-Jüdische Zusammenarbeit im Juni 2004 in Brühl veranstaltet hat. Der Titel des Bandes, „Vom Recht der Macht zur Macht des Rechts?“, weist auf ein Ziel, dessen Erreichung nach wie vor sehr unsicher ist. Ob tatsächlich das Recht jemals den Primat vor der Macht der politischen Entscheidungsträger wird beanspruchen können, lässt sich derzeit noch nicht absehen. Einerseits nimmt zwar der Druck auf Verantwortliche für schwerste Verbrechen gegen das humanitäre Völkerrecht materiellrechtlich wie prozessual zu und macht inzwischen auch vor ehemaligen Staatshäuptern nicht mehr halt³. Andererseits ist es nach wie vor kaum vorstellbar, dass tatsächlich auch Politiker strafrechtlich zur Verantwortung gezogen werden könnten, die wirklich mächtige Staaten repräsentieren⁴.

Dennoch zeigt auch der hier vorgelegte Band, dass sich in dem Bereich der Verfolgung der sogenannten *core crimes* derzeit viel bewegt. In dem Band sind Beiträge vieler sehr renommierter Vertreter der Völkerstrafrechtswissenschaft in Deutschland versammelt, wie *Ambos*, *Kreß*, *Weigend* oder *Kaul*. Der Reiz des Bandes liegt aber gerade darin, sich nicht nur auf die Dogmatik des Völkerstrafrechts und des dazugehörigen Prozessrechts auf internationaler und nationaler Ebene zu konzentrieren, sondern durch die Einbeziehung kriminologischer und soziologischer Betrachtung sowie einem Schlaglicht auf die Behandlung Minderjähriger im Völkerstrafrecht auch weitere Perspektiven zu eröffnen und dadurch die Diskussion auf eine breitere Basis zu stellen. Dabei hilft auch die Untergliederung der einzelnen Beiträge in vier Hauptkapitel, wengleich sich nicht ganz erschließt, warum der Beitrag *Schüler-Spingorums* zu einer internationalen Jugendkriminalpolitik statt dem Abschnitt III („Täter,

² Hier sind etwa zu nennen: *Hankel/ Stuby*, Strafgerichte gegen Menschheitsverbrechen (1995); *Clark/ Sann*, The Prosecution of International Crimes (1996); *Baum/ Riedel/ Schaefer*, Menschenrechtsschutz in der Praxis der Vereinten Nationen (1998); *Lüderssen*, Aufgeklärte Kriminalpolitik oder Kampf gegen das Böse?, Bd.III Makrodelinquenz (1998); *Fischer/ Lüder*, Völkerrechtliche Verbrechen vor dem Jugoslawientribunal, nationalen Gerichten und dem Internationalen Strafgerichtshof (1999); *Kirsch*, Internationale Strafgerichtshöfe (2005).

³ Neben dem Prozess vor dem ICTY gegen *Slobodan Milošević*, dem Urteil des ICTR gegen den ehemaligen Ministerpräsidenten von Ruanda *Jean Kambanda* und dem bereits erwähnten Verfahren gegen den ehemaligen liberianischen Präsidenten *Charles Taylor* vor dem Special Court for Sierra Leone seien hier auch das Auslieferungsverfahren gegen *Augusto Pinochet* vor dem britischen Oberhaus und die (wenn auch schwierigen) Anfänge des Hybridgerichts in Kambodscha erwähnt.

⁴ Ein (trauriges) Beispiel hierfür sei der Versuch, ein Strafverfahren in Deutschland nach dem VStGB gegen *Donald Rumsfeld* und andere anzustrengen, dazu etwa *Basak* in: Institut für Kriminalwissenschaften Frankfurt am Main (Hrsg.) *Jenseits des rechtsstaatlichen Strafrechts*, Frankfurter Kriminalwissenschaftliche Studien Bd.100, S.499 ff. Ebenso unwahrscheinlich erscheinen Strafverfolgungsmaßnahmen gegen Repräsentanten Russlands oder Chinas.

Opfer, Folgen – Die Bedeutung des Völkerstrafrechts für Individuum und Gesellschaft“) eher dem Abschnitt IV („Umgang mit Menschenrechtsverbrechen auf nationaler Ebene“) zugeordnet wird⁵. Abgesehen hiervon erscheint die Sortierung der Beiträge schlüssig und überlegt.

In seinem den kriminologischen Teil des Bandes einleitenden Text (S.17-44) geht *Neubacher* der Frage nach, warum die Kriminologie den Bereich der Makrokriminalität lange vernachlässigt hat (von *Jäger* abgesehen). Er bietet hierfür insgesamt fünf Gründe an, die ebenso plausibel wie wenig schmeichelhaft für die Wissenschaft sind. Wichtig ist auch der Hinweis auf die aus kriminologischer Sicht nachweisbaren Folgen der Straffreistellung von staatsverstärkter Kriminalität sowohl für die Opfer als auch für das Rechtsbewusstsein. Zu Recht werden neben generalpräventiven Aspekten weitere Strafzwecke gerade für den hier relevanten Bereich identifiziert, die (teils generalisierend) ebenfalls auf die Opfer solcher Verbrechen weisen, nämlich die bekundete internationale Solidarisierung mit diesen und die Dokumentation der Fakten jenseits der staatlich gelenkten Propaganda. Die Wichtigkeit dieses Gesichtspunktes ist eine echte Besonderheit des Völkerstrafrechts, dessen Tatbestände sich eben dadurch auszeichnen, dass die Täter sehr häufig Zugriff auch auf die Geschichtsschreibung nehmen und auf nationaler Ebene eben die Kennzeichnung der begangenen Taten als Unrecht verhindern. Dem entspricht auch die engagiert begründete Absage an eine Kollektivschuldzuweisung bei Staatsverbrechen und das Plädoyer für die trotz bestehender Schwierigkeiten in tatsächlicher Hinsicht lohnende Suche nach der jeweiligen individuellen Schuld. Dies ist auch als direkte Absage an die immer noch anzutreffende Ansicht zu verstehen, staatlich angeordnete oder geduldete Verbrechen seien individuell gar nicht als Verbrechen zurechenbar, weil sich der einzelne ja systemkonform und damit nicht kriminell verhalten habe. Dass diese Überlegungen aber zu neuen Ansätzen bei der Suche nach Präventionsmöglichkeiten führen müssen, zeigt *Neubacher* am Ende seines Textes auf. Den vermeintlichen und tatsächlichen Grenzen der Betrachtung der Makrokriminalität als Teil eines Kriminalitätskonzeptes widmet auch *Jäger* seinen Beitrag (S.45-69). Dabei verweist er zunächst zu Recht darauf, dass es sich hier inzwischen um positives Recht handelt (ICC-Statut, VStGB...), die Grundkonzeption also unzweifelhaft auf der Basis der geltenden Rechtsordnung bei allen Problemen in tatsächlicher Hinsicht kaum noch geleugnet werden kann. Auf dieser Grundlage lässt er auch Einwände nicht gelten, welche die Dimension dieser Verbrechen als per se der Kriminologie entzogen ansehen, sei es weil hier schon mangels echter Strafverfolgung gar keine wirkliche Kriminalität vorliege (ein Befund, der sich ja inzwischen, wenn auch langsam, aufzulösen beginnt), sei es weil die Betrachtung politisch-historischer Großereignisse, in deren Zusammenhang die fraglichen Verbrechen geschehen, die Kriminologie als Wissenschaft überfordern würden und hier andere Disziplinen wie die Geschichts- oder Politikwissenschaft zuständig wären. Stattdessen weist *Jäger* auf, in welche Richtung sich die weitere kriminologische und

kriminologisch-wissenschaftliche Forschung weiterentwickeln könnte. Diese Ansätze breitet dann *Reese* in ihrem Beitrag (S.71-89) in fünf konkreteren Fragen nach der Auswirkung der Existenz des ICC auf die Theoriebildung, nach der Rolle der Opfer, nach Alternativen zum Strafrecht und den Strafzwecken und nach den Nutznießern eines Völkerstrafrechts weiter aus und deutet jeweils eine Reihe weiterer möglicher Diskussionen an, die noch zu führen sein werden.

Im (völker-)strafrechtsdogmatischen zweiten Abschnitt des Bandes, der deutlich kürzer bleibt als die vorhergehenden kriminologischen Erwägungen geht der deutsche Richter am ICC *Kaul* zunächst auf die Entstehungsgeschichte des Gerichts und den 2004 aktuellen Stand der Verfahren ein (S.93-102), der sich inzwischen natürlich weiterentwickelt hat (insbesondere durch die Darfur-Ermittlungen). *Kreß* geht auf die Tatsache ein, dass die ersten Ermittlungsverfahren auf „*Staateneigenüberweisungen*“ zurückgehen, also die Bitte der Tatortstaaten um ein Tätigwerden des ICC gegen Rebellengruppen im eigenen Lande (S.103-109). Diese Form der Verfahrenseinleitung war bei Ausarbeitung des Statuts von Rom zwar nicht ausdrücklich mitbedacht, ist aber nicht grundsätzlich zu kritisieren. Dennoch ergeben sich hier natürlich Spannungen, wenn in der von einem Staat überwiesenen „*Situation*“ auch Hinweise auf eine Verstrickung staatlicher Organe in völkerstrafrechtliche Verbrechen auftauchen, so dass die Frage nach der Unabhängigkeit des Anklägers von den das Verfahren auslösenden Staaten drängend wird. *Ambos* fragt in seinem Beitrag (S.111-116) nach den im Völkerstrafrecht zu schützenden Rechtsgütern. Diese identifiziert er primär als „*supraindividuelle, kollektive oder komplexe*“ Rechtsgüter, deren theoretisch unbestritten weitgehender Schutz allerdings durch die komplizierten konkurrierenden Zuständigkeiten zwischen nationalen und internationalen Gerichten sowie jeweils untereinander, durch materielle rechtliche und prozessuale Probleme (verdeutlicht am Beispiel des Nachweises der subjektiven Tatseite des Völkermordes), und durch die Angewiesenheit auf die Kooperation der Nationalstaaten begrenzt werde. In seinem Text zum deutschen Völkerstrafgesetzbuch⁶ (S.117-135) geht *Weigend* neben einem Durchgang durch die Normen dieses Gesetzes auf das spezifische Problem des Verhältnisses des in § 1 VStGB proklamierten Weltrechtsprinzips und der dieses prozessual abfedernden Norm des § 153f StPO ein. Dabei konnte der Autor im Jahr 2004, aus dem der Beitrag stammt, natürlich die Verbiegungen dieser Norm durch die Praxis noch nicht absehen⁷.

Der folgende Abschnitt des Bandes beschäftigt sich mit gesellschafts- und geschichtswissenschaftlichen Fragen im Zusammenhang mit der Bewältigung schwersten staatlich veranlassten und gedeckten Unrechts. *Steinbach* (S.139-160) weist dabei im Zusammenhang mit der Aufarbeitung der Geschichte der DDR im wiedervereinigten Deutschland auf die Parallelität zu der Aufarbeitung des NS-Vergangenheit hin und beschäftigt sich dann speziell mit der Relevanz der entsprechenden Strafpro-

⁵ Allerdings wird der Beitrag zumindest in der Gliederung hiervon leicht abgesetzt, ohne dass aber ein eigener Gliederungspunkt eröffnet würde.

⁶ Der weitgehend dem Beitrag *Weigends* in der Gedächtnisschrift für Vogler (2004), S.197 ff. entspricht.

⁷ Siehe OLG Stuttgart NStZ 2006, S.117 ff., mit Besprechungen von *Ambos* NStZ 2006, S.434 ff.; *Basak* (Fn.), S.499 ff.; *Singelstein/Stolle* ZIS 2006, S.118 ff.

zesse auch für die historische Rekonstruktion und Aufarbeitung untergegangener Diktaturen. Die Auseinandersetzung mit den nationalsozialistischen Gewaltverbrechen in Strafprozessen stieß die zeitgeschichtliche Aufarbeitung erst an, die ihrerseits auch auf die Prozesse zurückwirkte, ohne dass die Ergebnisse beider Ansätze notwendig kongruent wären. Auch *Klein* beschäftigt sich in ihrem Beitrag (S.161-186) mit dieser Aufarbeitung der NS-Verbrechen in der Bundesrepublik Deutschland. An der exemplarischen Betrachtung des Auschwitz- und des Lischka-Prozesses entwickelt sie die These, dass sich erst nach letzterem, also in den 1980'er Jahren, die Akzeptanz der Dimension der Verbrechen des Dritten Reichs und die Anerkennung sowohl der Opfer als auch der Schuld der einzelnen Täter im Kollektivbewusstsein der Deutschen festgesetzt habe. *Walter* lenkt in seinem Text (S.187-201) den Blick des Kriminologen auf die Neutralisationstechniken, die es den Tätern schwerster Massenverbrechen erlauben, das eigene Verhalten in ein durchaus vorhandenes eigenes Wertesystem einzuordnen. Diesen Neutralisationstendenzen könne im Strafvollzug entgegengewirkt und damit eine echte Resozialisierung erreicht werden. Dazu sei allerdings angemerkt, dass dies Ressourcen im Strafvollzug voraussetzt, die gerade in den Fällen der letzten Jahre (Ruanda, Sierra Leone etc.), nicht erwartet werden können. *Fischer* berichtet von den Erfahrungen im Umgang mit traumatisierten Gewaltopfern im Rahmen des Kölner Opferhilfe-Modells (S.203-223), welches versucht, Erkenntnisse der Psychotraumatologie in die konkreten Arbeit mit Opfern schwerer Gewalt einzubringen, was auch etwa den Umgang mit traumatisierten (Opfer-) Zeugen in der Justiz umfasst.

Im vierten Abschnitt über die Aufarbeitung von Menschenrechtsverbrechen durch nationale Institutionen geht zunächst die dort tätige Richterin *Winter* auf den Special Court for Sierra Leone ein (S.227-233), ein von der UNO und der dortigen Regierung getragenes sogenanntes Hybridgericht. Die mit der Errichtung und den ersten Verfahrensschritten verbundenen immensen Probleme schildert sie sehr anschaulich, zieht aber dennoch eine insgesamt positive (Zwischen-) Bilanz für den Stand 2004. *Tätzsch* stellt die parallel zu diesem Gericht eingerichtete Wahrheitskommission von Sierra Leone vor (S.235-261), deren Teilziel einer unabhängig erarbeiteten zeitgeschichtlichen Faktenbasis durch den 2004 vorgelegten Abschlussbericht zunächst erreicht wurde. Allerdings sei die ebenfalls angestrebte Ermöglichung einer gesamtgesellschaftlichen und persönlichen Auseinandersetzung mit eigener und fremder Schuld gerade in den in diesem Konflikt sehr häufigen Fällen von Kindersoldaten sowie entführter und sexuell missbrauchter Mädchen und

Frauen sehr schwierig, und die praktische Zusammenarbeit mit dem zuvor beschriebenen Special Court hätte optimiert werden können. *Hankel* beschreibt in seinem Text (S.263-277) die Lage in Ruanda zehn Jahre nach dem dort verübten Völkermord. Dabei bricht er zunächst eindrucksvoll die Gleichung Hutu = Täter / Tutsi = Opfer auf. Die damit verbundene Kritik an der einseitigen Anwendung des Völkermordtatbestandes auf die Tutsi als Opfergruppe verfängt allerdings eher auf der Ebene der sozialen und politischen Auswirkungen dieser Unterscheidung als auf der normativ-justiziellen Ebene. Zutreffend stellt er dar, dass das Nichtvorgehen des ICTR gegen Verbrechen der Tutsi vor allem am politischen Widerstand der nun von Tutsi gestellten ruandischen Regierung scheiterte, welche mit der Totalblockade des ICTR gedroht hatte. Weiter beschreibt *Hankel* kritisch sowohl die nationale ruandische Justiz als auch die zur Aufarbeitung des Genozids geschaffenen Gacaca-Laiengerichte. Einen Bezug zum vorherigen Text von *Fischer* stellt *Mischnik* her, die ebenfalls den Umgang mit traumatisierten Opfern von Massengewalt in Indonesien aus der Perspektive einer dort als Helferin tätigen Psychologin und Juristin beschreibt (S.279-290). Hier werden die gefährlichen Langzeitfolgen solcher Kollektivtraumata und die Notwendigkeit einer therapeutisch begleiteten Verarbeitung der Gewalterfahrung verdeutlicht.

Schüler-Spingorum beschäftigt sich vor seinen abschließenden Bemerkungen zu der Tagung (S.309 f.) mit der Frage nach der Existenz einer internationalen Jugendkriminalpolitik (S.292-307). Angesichts der ja auch zuvor angeklungenen Problematik des zunehmenden Einsatzes von Kindersoldaten ist die Notwendigkeit eines Blicks auch der internationalen Kriminalwissenschaften auf dieses Gebiet naheliegend.

Insgesamt eröffnet der vorliegende Band eine große Bandbreite von Themenfeldern, die sich in dem gemeinsamen Bezug auf den kriminalrechtlichen und -wissenschaftlichen Umgang mit schwersten Menschenrechtsverbrechen treffen. Er reiht sich damit in die schon angesprochene Serie einschlägiger Sammelbände in diesem Feld ein und sticht gleichzeitig durch seine Varietät von Themen aus ihr heraus. Schon deswegen ist ihm viel Aufmerksamkeit zu wünschen, welche der Tiefe und Breite der wissenschaftlichen Auseinandersetzung nur gut tun kann.

Wiss. Mitarbeiter Dr. **Denis Basak**, J.W. Goethe-Universität Frankfurt am Main

Vollständige Rechtsprechungsübersicht

Hinweis Bei den folgenden Leitsätzen ohne besondere Angabe handelt es sich wie auch oben um Leitsätze des Bearbeiters. Die oben hervorgehoben angegebenen Entscheidungen werden im Folgenden ohne die Leitsätze wiedergegeben. Aufgenommen sind auch die oben genannten EGMR- und BVerfG-Entscheidungen sowie eventuell auch weitere BVerfG-Entscheidungen, die keine besonders hervorzuhebenden Leitsätze aufweisen. Die Entscheidungen können im Volltext über ihre Nummer online über die Suchfunktion unserer Startseite (<http://www.hrr-strafrecht.de/hrr/>) abgerufen werden.

649. BVerfG 2 BvR 1042/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Juni 2007 (BGH/LG Landshut)

Substantiierung der Verfassungsbeschwerde (Vortrag der tatsächlichen Umstände der behaupteten Grundrechtsverletzung; Aufblähung der Beschwerdeschrift); Effektivität des Rechtsschutzes (straiprozessuale Revision; Darlegungsanforderungen; in einem Beschluss in Bezug genommene Aktenbestandteile); Nichtannahmebeschluss. Art. 6 EMRK; Art. 19 Abs. 4 GG; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 23 Abs. 1 S. 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

650. BVerfG 2 BvR 1276/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 27. Juni 2007 (OLG Schleswig/LG Lübeck/AG Geesthacht)

Darlegungsanforderungen bei der Begründung der Verfassungsbeschwerde (Durchsuchung; Verwertungsverbot; unzutreffende Annahme von Gefahr im Verzug); Recht auf ein faires Verfahren; Nichtannahmebeschluss. Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 23 Abs. 1 S. 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

651. BVerfG 2 BvR 1609/07 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. August 2007 (OLG Celle)

Substantiierung der Verfassungsbeschwerde (Beschleunigungsgebot in Haftsachen; Angabe der nach dem Verfahrensstand gebotenen Maßnahme); keine tatsächliche Würdigung des Sachverhaltes durch das BVerfG (Fehlen von Fluchtgefahr); Nichtannahmebeschluss. Art. 2 Abs. 2 Satz 2 GG; Art. 5 Abs. 3 EMRK; § 112 StPO; § 23 Abs. 1 Satz 2 BVerfGG; § 92 BVerfGG

652. BVerfG 2 BvR 2395/06 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. Juni 2007 (LG Koblenz)

Effektiver Rechtsschutz bezüglich einer Fesselung (einstweiliger Rechtsschutz im Strafvollzug; unzulässige Umdeutung eines Leistungsbegehrens in ein im einstweiligen Verfahren unzulässiges Feststellungsbegehren; fehlende Sicherstellung fristgerechten Eingangs einer Stellungnahme der Justizvollzugsanstalt). Art. 19 Abs. 4 GG; § 114 Abs. 2 StVollzG

653. BGH 2 StR 127/07 - Beschluss vom 13.

Juni 2007 (LG Bonn)

Zulässigkeit der Verfahrensrüge (rechtlicher Hinweis; notwendiger Vortrag des alternativen Verteidigungsverhaltens); Aufklärungspflicht (Ablehnung eines Beweisantrags); Beruhen. § 265 StPO; § 337 StPO; § 244 Abs. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

654. BGH 2 StR 167/07 - Beschluss vom 13. Juni 2007 (LG Aachen)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt. § 64 StGB

655. EGMR Nr. 36549/03 – Urteil der 3. Kammer vom 28. Juni 2007 (Harutyunyan v. Armenien)

Recht auf ein faires Strafverfahren (Beweisverwertungsverbot; Verwertungsverbot bei Beweismitteln, die unter Verstoß gegen Art. 3 EMRK gewonnen worden sind; Gesamtbetrachtung; Unschuldsvermutung; Selbstbelastungsfreiheit); Folterverbot; redaktioneller Hinweis. Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 EMRK; Art. 3 EMRK; Art. 8 EMRK

656. BGH 2 StR 207/07 - Beschluss vom 6. Juli 2007 (LG Aachen)

Gewerbsmäßiges Einschleusen von Ausländern; Urteilsitenor (Sortierung nach Mitangeklagten); Liste der angewendeten Vorschriften. § 96 Abs. 2 Nr. 1 AufenthG; § 260 StPO

657. BGH 2 StR 209/07 - Urteil vom 25. Juli 2007 (LG Aachen)

Sicherungsverwahrung; Hang zu erheblichen Straftaten (mehrere Straftaten; mehrere Tatopfer); Gefährlichkeitsprognose. § 66 StGB

658. BGH 2 StR 226/07 - Beschluss vom 6. Juni 2007 (LG Frankfurt)

Unzulässige Revision (Rechtsmittelverzicht nach Verfahrensabsprache; qualifizierte Belehrung). § 302 Abs. 1 StPO

659. BGH 2 StR 236/07 - Beschluss vom 11. Juli 2007 (LG Darmstadt)

Doppelverfolgung; ne bis in idem; Freispruch; Einstellung des Verfahrens.

§ 260 Abs. 3 StPO; Art. 103 Abs. 3 GG

660. BGH 2 StR 239/07 - Beschluss vom 25. Juli 2007 (LG Frankfurt)

Unzulässige Kostenbeschwerde.

§ 464 Abs. 3 StPO

661. BGH 2 StR 256/07 - Beschluss vom 18. Juli 2007 (LG Trier)

Aufklärungsrüge (Befragung eines Kindes zur Ausübung eines Zeugnisverweigerungsrechts); nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Beruhen; unterlassene Anrechnung erfüllter Bewährungsaufgaben).

§ 52 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 337 StPO; § 55 StGB

662. BGH 2 StR 280/07 - Beschluss vom 18. Juli 2007 (LG Frankfurt am Main)

Urteilsformel (Bestimmtheit); Liste der angewendeten Vorschriften (Beruhen).

§ 260 StPO; § 337 StPO

663. BGH 2 StR 469/06 - Beschluss vom 25. Mai 2007 (LG Frankfurt am Main)

Untreue (Vermögensgefährdung durch unzureichende Kreditsicherung); voluntatives Vorsatzelement (Darlegung; Erörterung; Vorteile des Täters; Nachteile des Täters; Haftungsrisiko).

§ 266 StGB; § 261 StPO; § 267 StPO

664. BGH 2 StR 48/07 - Beschluss vom 14. Juni 2007 (LG Mainz)

Verfall des Wertersatzes.

§ 73a StGB

665. BGH 2 StR 60/07 - Beschluss vom 27. Juni 2007 (LG Bonn)

Erschöpfung der Anklage.

§ 264 StPO

666. BGH 2 StR 69/07 - Urteil vom 18. Juli 2007 (LG Frankfurt am Main)

Betrug (Vermögensverfügung; Inhaberscheck; Orderscheck); Diebstahl eines Sparbuchs und einer Kreditkarte (mitbestrafte Nachtat; Betrug); Computerbetrug; unberechtigte Abhebung von Geldautomaten (Geschädigter; mangelnder Aufwendungsersatzanspruch); Wahlfeststellung, Stufenverhältnis und Postpendenz; Verletzung des Briefgeheimnisses.

§ 263 StGB; § 242 StGB; § 263a StGB; § 670 BGB; § 675 Abs. 1 BGB; § 665 BGB; § 1 StGB; Vor § 1 StPO; § 205 StGB

667. BGH 2 StR 78/07 - Beschluss vom 16. Mai 2007 (LG Koblenz)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation im Beschlusswege).

Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB; § 354 Abs. 1a Satz 2 StPO

668. BGH 2 StR 84/07 - Urteil vom 20. Juni 2007 (LG Bonn)

Besorgnis der Befangenheit (Parteilichkeit; Voreingenommenheit; Willkür; Irrtum; einfacher Verfahrensver-

stoß; „Privatkrieg“ zwischen Richter und Verteidiger); rechtliches Gehör des Angeklagten in der Hauptverhandlung (Verlesung der Einlassung durch den Verteidiger; Mündlichkeit; Beweisantrag auf Verlesung); rechtlicher Hinweis (Beruhen).

Art. 6 EMRK; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 24 StPO; § 338 Nr. 3 StPO; § 265 StPO; § 337 StPO; § 245 StPO

669. BGH 2 StR 84/07 - Beschluss vom 3. Juli 2007

Unbegründete Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

670. BGH 2 ARs 162/07 / 2 AR 103/07 - Beschluss vom 20. Juni 2007

Unzulässiges Ablehnungsgesuch (fehlende Begründung); unbegründete Anhörungsrüge.

§ 26a StPO; § 356a StPO

671. BGH 2 ARs 184/07 / 2 AR 118/07 - Beschluss vom 17. Juli 2007

Gegenvorstellung; unzulässige Beschwerde gegen Beschluss des OLG.

§ 304 StPO

672. BGH 2 ARs 184/07 / 2 AR 118/07 - Beschluss vom 25. Juni 2007

Ablehnung wegen Besorgnis der Befangenheit (verfahrensfremde Zwecke); unzulässige Beschwerde gegen Beschluss eines OLG.

§ 26a StPO; § 304 StPO

673. BGH 2 ARs 197/07 / 2 AR 121/07 - Beschluss vom 13. Juni 2007

Zuständigkeit (Grundsatz der Einheitlichkeit erzieherischer Entscheidungen im Jugendrecht).

§ 85 Abs. 2 JGG

674. BGH 2 ARs 231/07 / 2 AR 136/07 - Beschluss vom 18. Juli 2007

Zuständigkeitsbestimmung.

§ 13a StPO

675. BGH 2 ARs 90/07 / 2 AR 60/07 - Beschluss vom 25. Mai 2007

Bewährungsüberwachung (objektiv willkürliche Abgabe an ein anderes Gericht); Bindungswirkung obergerichtlicher Entscheidungen.

§ 14 StPO

676. BGH 3 StR 104/07 - Urteil vom 26. Juli 2007 (LG Wuppertal)

BGHSt; Selbstbelastungsfreiheit (Freiheit von Zwang; Freiheit von Täuschung; verdeckter Ermittler; nemo-tenetur-Grundsatz; vernehmungsfremde Situation; konventionskonforme Auslegung); Schweigerecht (Wahrnehmung; Respektierung; Beweisverwertungsverbot; Fortwirkung in der polizeilichen Vernehmung); redaktioneller Hinweis.

§ 136 Abs. 2 StPO; § 163a StPO; Art. 14 Abs. 3 lit. g IPbürgR; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 8 EMRK; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 110a Abs. 1 Satz 4 StPO.

677. BGH 3 StR 158/07 - Beschluss vom 13.

Juni 2007 (LG Düsseldorf)

Konfrontationsrecht; Beweiswürdigung; Beruhen.
Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 6 Abs. 3 Buchst. d
EMRK; § 261 StPO; § 337 StPO

678. BGH 3 StR 162/07 - Beschluss vom 13. Juni 2007 (LG Osnabrück)

Aufklärungspflicht bei Verfahrensabsprachen (Überprüfung eines Geständnisses); Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe.
§ 244 StPO; § 267 StPO

679. BGH 3 StR 208/07 - Beschluss vom 19. Juni 2007 (LG Duisburg)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Aufrechterhaltung fortgeltender Bestandteile einer früheren Entscheidung: Maßregeln).
§ 55 StGB

680. BGH 3 StR 209/07 - Beschluss vom 19. Juni 2007 (LG Hannover)

Inbegriff der Hauptverhandlung; Beruhen.
§ 261 StPO; § 337 StPO

681. BGH 3 StR 214/07 - Beschluss vom 19. Juni 2007 (LG Hannover)

Strafzumessung (Strafempfindlichkeit; chronische Krankheit; reduzierte Lebenserwartung).
§ 46 Abs. 2 StGB

682. BGH 3 StR 221/07 - Urteil vom 26. Juli 2007 (LG Düsseldorf)

Tötungsvorsatz (billigendes In-Kauf-Nehmen; Todeseintritt als unerwünschtes Zwischenziel); unzulässige Revision der Nebenklage (Begründung; zum Anschluss berechtigende Rüge).
§ 212 StGB; § 211 StGB; § 15 StGB; § 395 StPO; § 400 Abs. 1 StPO; § 344 StPO

683. BGH 3 StR 225/07 - Beschluss vom 24. Juli 2007 (LG Kiel)

Anrechnung in den Niederlanden erlittener Untersuchungshaft.
§ 51 Abs. 4 Satz 2 StGB

684. BGH 3 StR 229/07 - Beschluss vom 28. Juni 2007 (LG Krefeld)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (zwingende Anordnung bei Vorliegen der Voraussetzungen).
§ 64 StGB

685. BGH 3 StR 232/07 - Beschluss vom 10. Juli 2007 (LG Osnabrück)

Nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung).
§ 55 StGB

686. BGH 3 StR 234/07 - Beschluss vom 28. Juni 2007 (LG Lübeck)

Körperverletzung; Widerstand gegen Vollstreckungsbeamte.
§ 223 StGB; § 113 StGB

687. BGH 3 StR 237/07 - Beschluss vom 12. Juli 2007 (Auswärtige große Strafkammer des**Landgerichts Kleve in Moers)**

Teilweise Einstellung des Verfahrens.
§ 154 StPO

688. BGH 3 StR 239/07 - Beschluss vom 12. Juli 2007 (LG Flensburg)

Beweiswürdigung (Verlesung der Niederschrift über die Vernehmung eines im Wege der Rechtshilfe vernommenen Zeugen).
§ 261 StPO

689. BGH 3 StR 242/07 - Beschluss vom 10. Juli 2007 (LG Oldenburg)

Vergewaltigung (strafmildernde Berücksichtigung einer früheren Intimbeziehung; Umstände des Einzelfalls).
§ 177 Abs. 2 StGB; § 46 StGB

690. BGH 3 StR 244/07 - Beschluss vom 12. Juli 2007 (LG Wuppertal)

Unterlassene Festsetzung einer Einzelstrafe.
§ 354 Abs. 2 StPO

691. BGH 3 StR 262/07 - Beschluss vom 24. Juli 2007

Aufklärungsrüge.
§ 244 Abs. 2 StPO

692. BGH 3 StR 54/07 - Urteil vom 28. Juni 2007 (LG Osnabrück)

Besonders schwere Brandstiftung (Gebäude, das der Wohnung von Menschen dient; Entwidmung; Einverständnis minderjähriger Bewohner); Versicherungsmisbrauch.
§ 306a Abs. 1 Nr. 1 StGB; § 306b StGB; § 265 StGB

693. BGH 3 StR 75/07 - Beschluss vom 19. April 2007 (LG Hannover)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 64 StGB

694. BGH StB 31 und 32/07 - Beschluss vom 26. Juli 2007

Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen Maßregel gegen einen Zeugen.
§ 161a Abs. 3 StPO

695. BGH StB 31 und 32/07 - Beschluss vom 26. Juli 2007

Antrag auf gerichtliche Entscheidung gegen Maßregel gegen einen Zeugen.
§ 161a Abs. 3 StPO

Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist nach § 161a Abs. 3 Satz 1 StPO nur gegen die bei unberechtigtem Ausbleiben oder unberechtigter Zeugnisverweigerung in Abs. 2 Satz 1 dieser Vorschrift vorgesehenen Maßregeln zulässig. Die Ordnungsmäßigkeit der Ladung unterliegt nicht dieser Nachprüfung.

696. BGH 1 StR 105/07 - Beschluss vom 19. Juni 2007 (LG Ansbach)

Strafklageverbrauch.
Art. 103 Abs. 3 GG

697. BGH 1 StR 157/07 - Urteil vom 20. Juni

2007 (LG München)

Geiselnahme (eingeschränkte Auslegung in Zweipersonenverhältnissen); Nötigung (Teilerfolge).

§ 239b Abs. 1 StGB; § 240 StGB

698. BGH 1 StR 16/07 – Urteil vom 19. Juni 2007 (LG Stuttgart)

Bedingter Betrugsvorsatz und Beweiswürdigung bei hochspekulativen Kapitalanlagemodellen (Lückenhaftigkeit; fernliegende Schlussfolgerungen des Tattrichters).

§ 263 StGB; § 15 StGB; § 16 StGB; § 261 StPO

699. BGH 1 StR 165/07 – Beschluss vom 25. Juli 2007

Anhörungsrüge; rechtliches Gehör (Einbeziehung von Stellungnahmen des Angeklagten aus dem Revisionsverfahren).

Art. 103 Abs. 1 GG; § 356a StPO

700. BGH 2 StR 203/07 – Beschluss vom 22. Juni 2007 (LG Darmstadt)

Konkurrenzen zwischen Schwangerschaftsabbruch und gefährlicher Körperverletzung (Tateinheit; besonders schwerer Fall).

§ 52 StGB; § 218 StGB; § 224 StGB

701. BGH 1 StR 167/07 – Urteil vom 20. Juni 2007 (LG Mannheim)

Besorgnis der Befangenheit (Anforderungen an die Verfahrensrüge; Vorbefassung); Strafzumessung nach Aufhebung (auch) des Strafausspruches (Verschlechterungsverbot; Kompensation rechtsstaatswidriger Verzögerung; [annähernd] gleiche Strafhöhe nach Aufhebung; Begründungsgebot).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 24 Abs. 2 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 46 StGB; § 358 Abs. 2 StPO; § 353 StPO

702. BGH 1 StR 198/07 – Beschluss vom 13. Juni 2007 (LG Konstanz)

Unzulässige Revision der Nebenkläger (Erklärung über den Umfang der Anfechtung).

§ 344 Abs. 1 StPO; § 400 Abs. 1 StPO

Zwar bedarf es eines ausdrücklichen Revisionsantrages in der Regel nicht, wenn sich der Umfang der Anfechtung aus der Begründung der Revision ersehen lässt (BGHR StPO § 400 Abs. 1 Zulässigkeit 2). Eine Revisionsbegründung muss aber den zur Beurteilung der Zulässigkeit erforderlichen Sachverhalt eigenständig und vollständig vortragen. Eine Bezugnahme auf die Schriftsätze anderer Verfahrensbeteiligter oder Aktenbestandteile reicht nicht (BGH, Beschluss vom 13. Oktober 2006 – 2 StR 362/06). Dies gilt auch dann, wenn auf die Antragsschrift der Staatsanwaltschaft verwiesen wird.

703. BGH 1 StR 204/07 – Beschluss vom 4. Juli 2007 (LG Landshut)

Unzulässige Anträge auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand gegen die Versäumung der Revisionsbegründungsfrist (Nachholung der versäumten Handlung; Verdrängung der Wochenfrist durch die Monatsfrist bei besonderen Fällen).

§ 45 StPO

704. BGH 1 StR 251/07 – Beschluss vom 20.**Juni 2007 (LG Konstanz)**

Verwertung von Erkenntnissen „ausländischer verdeckter Ermittler“ (kein Beweisverwertungsverbot; Einstufung als nichtamtliche Vertrauenspersonen); Tenorierung bei der Einziehung.

Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 8 EMRK; Art. 6 EMRK; § 110a StPO; § 74 StGB

705. BGH 1 StR 267/07 – Beschluss vom 4. Juli 2007 (LG Konstanz)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

706. BGH 1 StR 271/07 – Beschluss vom 17. Juli 2007 (LG Würzburg)

Wirksamer Rechtsmittelverzicht (Entscheidungskompetenz des Revisionsgerichts bei rechtskräftigem Urteil).

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

707. BGH 1 StR 277/07 – Beschluss vom 4. Juli 2007 (LG Ravensburg)

Begriff des Beweisantrages (Bezug zu Fragen der Strafe oder der Schuld; gemeinschaftliche Antragstellung und Rücknahme)

§ 244 Abs. 3 StPO

708. BGH 1 StR 280/07 – Beschluss vom 18. Juli 2007 (LG München)

Begründung der Beschuldigteneigenschaft durch die Art und Weise einer Vernehmung (Maßgeblichkeit der Wahrnehmung des Betroffenen).

Art. 6 EMRK; § 136 Abs. 1 StPO; § 163a Abs. 4 StPO; § 397 Abs. 1 AO

709. BGH 1 StR 298/07 – Beschluss vom 4. Juli 2007 (LG Bayreuth)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

710. BGH 1 StR 3/07 – Urteil vom 3. Juli 2007 (LG Waldshut-Tiengen)

BGHSt; Begründung der Beschuldigteneigenschaft durch die Art und Weise einer Vernehmung (Beschuldigtenbegriff; staatliche Ermittlungsmaßnahmen; Maßgeblichkeit der Wahrnehmung des Betroffenen); Verwertungsverbote nach unterlassener oder nicht qualifizierter Beschuldigtenbelehrung (qualifizierte Belehrung; Widerspruch); Mord (Verdeckungsabsicht); Beweiswürdigung (überspannte Anforderungen an die Überzeugungsbildung; Zweifelssatz).

Art. 6 EMRK; § 136 Abs. 1 StPO; § 163a Abs. 4 StPO; § 397 Abs. 1 AO; § 211 StGB; § 261 StPO

711. BGH 1 StR 312/07 – Beschluss vom 17. Juli 2007 (LG Freiburg)

Sukzessive Beihilfe nach Sicherstellung; Strafzumessung (Ermittlungsverhalten und Zugriffsverzögerungen).

Art. 6 EMRK; § 46 StGB; § 27 StGB

712. BGH 1 StR 317/07 – Beschluss vom 17. Juli 2007 (LG Nürnberg)

Unzulässige erhobene Verfahrensrügen (Darstellungsanforderungen bei der Aufklärungsrüge und der Rüge letzter Urteilsabsetzungsfristen).

§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO

713. BGH 1 StR 328/07 – Beschluss vom 25. Juli 2007 (LG Rottweil)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

714. BGH 1 StR 58/07 – Beschluss vom 20. Juni 2007 (LG Nürnberg)

Revisibilität der Urteilsverkündungsfrist des § 268 Abs. 3 Satz 2 StPO (Beruhen); redaktioneller Hinweis.
§ 268 Abs. 3 Satz 2 StPO; § 337 StPO

715. BGH 1 StR 91/03 – Beschluss vom 21. Juni 2007

Nichtbeachtung der Rechte auf konsularischen Beistand (Prüfung nur auf Verfahrensrüge).
§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; Art. 36 WKÜ

716. BGH 4 StR 100/07 – Urteil vom 13. Juni 2007 (LG Dessau)

Begriff des Beweisantrages (Abgrenzung vom Beweisermittlungsantrag: bestimmte Beweisbehauptung und Antrag „aufs Geratewohl“).
§ 244 Abs. 3 StPO

717. BGH 4 StR 112/07 – Beschluss vom 10. Juli 2007 (LG Frankenthal)

Sexuelle Handlung (sexuelle Nötigung; Körperkontakt).
§ 177 Abs. 1 StGB

718. BGH 4 StR 115/07 – Beschluss vom 26. Juni 2007 (LG Schwerin)

Verabredung der Begehung eines Verbrechens (Herbeiführen einer Sprengstoffexplosion; Mittäterschaft und Beihilfe).
§ 30 Abs. 2 StGB; § 308 StGB; § 354 Abs. 1 b Satz 1 StPO

719. BGH 4 StR 136/07 – Beschluss vom 26. Juni 2007 (LG Stralsund)

Rücktritt (Erörterungsmangel beim unbeendeten Versuch).
§ 24 Abs. 2 StGB

720. BGH 4 StR 142/07 – Beschluss vom 2. Juli 2007 (LG Essen)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

721. BGH 4 StR 184/07 – Beschluss vom 5. Juni 2007 (LG Magdeburg)

Schwerer Raub (Drohen mit einer objektiv nicht gefährlichen Schusswaffe: Gaspistole); Tenorierung bei besonders schweren Fällen.
§ 250 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 Nr. 1b StGB; § 260 StPO

722. BGH 4 StR 209/07 – Beschluss vom 3. Juli 2007 (LG Dessau)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

723. BGH 4 StR 268/07 – Beschluss vom 19. Juni 2007 (LG Bochum)

Schwerer Raub (Verwenden einer Waffe; Beisichführen

eines Mittels zur Tatbegehung); angemessene Rechtsfolge (Recht auf ein faires Verfahren); redaktioneller Hinweis.

§ 250 Abs. 2 Nr. 1 StGB; § 250 Abs. 1 Nr. 1 Buchstabe b, Abs. 2 Nr. 3 StGB; § 354 Abs. 1a StPO

724. BGH 4 StR 275/07 – Beschluss vom 12. Juli 2007 (LG Bielefeld)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

725. BGH 4 StR 287/07 – Beschluss vom 10. Juli 2007 (LG Essen)

Übersehene Strafverfolgungsverjährung (gefährliche Körperverletzung; Freiheitsberaubung; Lauf für jede einzelne Gesetzesverletzung).

§ 224 StGB; § 239 StGB; § 78 Abs. 3 Nr. 4 StGB

726. BGH 4 StR 540/06 – Urteil vom 5. Juli 2007 (LG Saarbrücken)

Beweisantrag auf Einholung eines medizinisch-psychiatrischen bzw. psychologischpsychotherapeutischen Glaubwürdigkeitsgutachtens (eigene Sachkunde des Gerichts); Abgrenzung zum Beweisermittlungsantrag (Aufklärungspflicht).

§ 244 Abs. 2, Abs. 3, Abs. 4 StPO

727. BGH 4 StR 549/06 – Urteil vom 5. Juli 2007 (LG Halle)

Hypothetische Einwilligung bei ärztlichen Operationen (ärztlicher Heileingriff); fahrlässige Tötung; vorsätzliche Körperverletzung mit Todesfolge; Anwesenheit des Angeklagten (eigenmächtiges Ausbleiben).

§ 228 StGB; § 223 StGB; § 222 StGB; § 15 StGB; § 16 Abs. 1 StGB; § 227 StGB; § 338 Nr. 5 StPO; § 231 Abs. 2 StPO

728. BGH 4 StR 69/07 – Urteil vom 21. Juni 2007 (LG Saarbrücken)

Vorteilsannahme durch die Aufnahme einer ungenehmigten aber angemessen vergüteten Nebentätigkeit (den Vorteil ausschließender Rechtsanspruch; Begriff der Dienstausbübung; Unrechtsvereinbarung); Vorteilsgewährung; Beweiswürdigung.

§ 331 StGB; § 333 StGB; § 261 StPO

1. Unter einem Vorteil ist jede Leistung zu verstehen, auf die der Amtsträger keinen Rechtsanspruch hat und die seine wirtschaftliche, rechtliche oder auch nur persönliche Lage objektiv verbessert (st. Rspr., vgl. BGHSt 31, 264, 279; BGH NJW 2003, 763, 764).

2. Ein solcher Vorteil kann bereits im Abschluss eines Vertrages liegen, auf den der Amtsträger keinen Rechtsanspruch hat (vgl. BGHSt 31, 264, 279 f.; BGH wistra 2003, 303, 304). Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn ein Amtsträger einen Vertrag über eine Nebentätigkeit abschließt, auf deren Genehmigung er keinen Anspruch hatte.

3. Ein Vorteil wird „für die Dienstausbübung“ schon dann gewährt, wenn er von Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer allgemein im Sinne eines Gegenseitigkeitsverhältnisses mit der Dienstausbübung des Amtsträgers verknüpft wird (BGHSt 49, 275, 281; BGH NStZ 2005, 334).

4. Die private entgeltliche Nebentätigkeit eines Amtsträgers lässt als solche den Schluss auf eine Unrechtsvereinbarung im

Sinne der §§ 331 Abs. 1, 333 Abs. 1 StGB nicht zu. Maßgeblich ist vielmehr, welcher Art die Beziehungen des Vorteilsgebers zu der Dienststelle des Amtsträgers sind und ob die Interessen des Vorteilsgebers sich dem Aufgabenbereich des Amtsträgers zuordnen lassen (vgl. BGHSt 39, 45, 47 m.N.). Demgemäß kann das Vorliegen einer Unrechtsvereinbarung nur für solche privaten entgeltlichen Nebentätigkeiten ohne Weiteres verneint werden, die für einen Auftraggeber ausgeübt werden, mit dem der Amtsträger solche dienstlichen Berührungspunkte nicht hat und auch nicht haben kann.

5. Anders verhält es sich jedoch, wenn zwischen Vorteilsgeber und Amtsträger dienstliche Berührungspunkte bestehen, die es nahe legen können, dass der mit der Ausübung einer entgeltlichen Nebentätigkeit verbundene Vorteil von Vorteilsgeber und Vorteilsnehmer - jedenfalls auch - allgemein im Sinne eines Gegenseitigkeitsverhältnisses mit der Dienstausbübung des Amtsträgers verknüpft wird. In solchen Fällen bedarf es deshalb besonders sorgfältiger Prüfung, ob die Erteilung eines Auftrags für eine entgeltliche Nebentätigkeit ausschließlich wegen der besonderen Kenntnisse und Fähigkeiten des Amtsträgers erfolgt oder ob sie auch erfolgt, um seine Dienstausbübung zu beeinflussen.

6. Nebentätigkeiten sind auch dann keine Dienstausbübung, sondern Privathandlungen, wenn der Amtsträger bei seiner Nebentätigkeit dienstlich erworbene Kenntnisse nutzt oder einsetzt (vgl. BGHSt 11, 125, 128; BGHSt 18, 263, 267; BGH wistra 2001, 388, 389). Sie sind Dienstausbübung nur, soweit der Amtsträger bei der Ausführung der Nebentätigkeit - jedenfalls auch - im Rahmen seiner dienstlichen Obliegenheiten für den Vorteilsgeber tätig werden soll (vgl. BGHSt 31, 264, 280 f. zu § 331 StGB a.F.).

729. BGH 4 StR 76/05 - Beschluss vom 12. Juli 2007

Pauschvergütung.

§ 42 RVG

730. BGH 4 StR 91/07 - Beschluss vom 11. Juli 2007 (LG Rostock)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

731. BGH 4 StR 99/07 - Urteil vom 21. Juni 2007 (LG Saarbrücken)

Vorteilsannahme durch die Aufnahme einer ungenehmigten aber angemessen vergüteten Nebentätigkeit (den Vorteil ausschließender Rechtsanspruch; Begriff der Dienstausbübung; Unrechtsvereinbarung); Vorteilsgewährung; Beweiswürdigung.

§ 331 StGB; § 333 StGB; § 261 StPO

732. BGH 5 StR 100/07 - Beschluss vom 28. März 2007 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

733. BGH 5 StR 132/07 - Urteil vom 4. Juli 2007 (LG Potsdam)

Gewerbsmäßige Geldfälschung; Strafzumessung (Beurteilungsspielraum des Tatrichters bei der Aussetzung zur Bewährung; Bewährungsbruch; Gesamtwürdigung).

§ 146 Abs. 2 StGB; § 56 StGB

734. BGH 5 StR 138/07 - Beschluss vom 26. Juni 2007 (LG Berlin)

Gesetzlicher Richter (kein Richter in eigener Sache);

rechtswidrige Verwerfung eines Befangenheitsgesuchs (Unzulässigkeit; Beschränkung des § 26a StPO auf reine Formalentscheidungen; völlige rechtliche Ungeeignetheit des vorgetragenen Befangenheitsgrundes); redaktioneller Hinweis.

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO; § 24 Abs. 2 StPO; § 338 Nr. 3 StPO; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK

735. BGH 5 StR 139/07 - Beschluss vom 5. Juli 2007 (LG Hagen)

Recht auf Verfahrensbeschleunigung bei komplexen Strafverfahren (Wirtschaftsstrafverfahren); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG

736. BGH 5 StR 143/07 - Beschluss vom 27. Juni 2007 (LG Potsdam)

Herabsetzung der Gesamtfreiheitsstrafe durch das Revisionsgericht.

§ 354 Abs. 1a Satz 2 StPO

737. BGH 5 StR 170/07 - Beschluss vom 5. Juli 2007 (LG Hagen)

Auswahl des Sachverständigen (Gutachten; Fachrichtungen).

§ 73 Abs. 1 Satz 1 StPO

738. BGH 5 StR 172/07 - Beschluss vom 17. Juli 2007 (LG Dresden)

Fürsorgepflicht und Recht auf ein faires Verfahren (Verhandlungsfähigkeit; Teilhabefähigkeit); Strafzumessung bei Erreichen der Höchststrafe (verminderte Schuldfähigkeit).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; Vor § 1 StPO; § 46 StGB; § 21 StGB

739. BGH 5 StR 183/07 - Beschluss vom 4. Juli 2007 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

740. BGH 5 StR 186/07 - Urteil vom 17. Juli 2007 (LG Berlin)

Mindestanforderungen an die Beweiswürdigung (Gebot der erschöpfenden Beweiswürdigung; Darstellungspflichten beim Wiedererkennen des Täters: Wahrnehmungsfähigkeit von Gewaltopfern, insbesondere Opfern von Sexualdelikten); Zusammenwirken von Verfahrensrüge und Sachrüge bei der Beweiswürdigung (Rekonstruktionsverbot; Erweiterung der Prüfung durch Verfahrensrügen).

Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1, 20 Abs. 3 GG; § 261 StPO

741. BGH 5 StR 189/07 - Beschluss vom 21. Juni 2007 (LG Berlin)

BGHSt; Wahrunterstellung einer Beweistatsache (Hinweispflicht bei belastender Betrachtung als erwiesen); Recht auf ein faires Verfahren (effektive Verteidigung; Vertrauensschutz).

§ 244 Abs. 3 Satz 2, Abs. 6 StPO; Art. 6 EMRK

742. BGH 5 StR 195/07 - Beschluss vom 4. Juli

2007 (LG Frankfurt)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

743. BGH 5 StR 210/07 – Beschluss vom 3. Juli 2007 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

744. BGH 5 StR 215/07 – Beschluss vom 26. Juni 2007 (LG Berlin)

Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (Verhältnismäßigkeit; Schwere der Anlasstat; Betreuung).
§ 63 StGB; § 62 StGB; § 1896 BGB

745. BGH 5 StR 219/07 – Beschluss vom 17. Juli 2007 (LG Frankfurt)

Brandstiftung mit Todesfolge; verminderte Schuldfähigkeit (lückenhafte Erörterung bei pyromanischer Neigung und vorliegender Persönlichkeitsstörung; Bedeutung des Deliktstypus für die Prüfung, Leistungsverhalten); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.
§ 306c StGB; § 21 StGB; § 64 StGB

746. BGH 5 StR 221/07 – Beschluss vom 4. Juli 2007 (LG Cottbus)

Bemessung von Jugendstrafe (höchster Erziehungsbedarf; Schwere der Schuld).
§ 17 JGG

747. BGH 5 StR 222/07 – Beschluss vom 4. Juli 2007 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

748. BGH 5 StR 224/07 – Beschluss vom 18. Juli 2007 (LG Dresden)

Vermögensschaden des Betrugers (Abgrenzung zur Hehlererei); Handeltreiben mit Betäubungsmitteln (Konkurrenzen: Bewertungseinheit).
§ 263 StGB; § 259 StGB; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG

749. BGH 5 StR 228/07 – Beschluss vom 3. Juli 2007 (LG Berlin)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

750. BGH 5 StR 232/07 – Beschluss vom 4. Juli 2007 (LG Hamburg)

Verwerfung der Revision als unbegründet.
§ 349 Abs. 2 StPO

751. BGH 5 StR 251/07 – Beschluss vom 19. Juli 2007 (LG Lübeck)

Steuerhinterziehung (Tatbestandsfeststellung; Gewinnermittlungsmethode bei der Einkommensteuer, bloße Vermutung; Berechnungsdarstellung; Schätzung).
§ 370 AO; § 4 Abs. 1, Abs. 3 EStG; § 261 StPO

752. BGH 5 StR 271/07 – Beschluss vom 18. Juli 2007 (LG Paderborn)

Strafzumessung (Ausschluss des Beruhens).
§ 46 StGB; § 337 StPO

753. BGH 5 StR 272/07 – Beschluss vom 3. Juli 2007 (LG Hamburg)

Rechtsfehlerhafte Zurückweisung eines Beweisantrages wegen Bedeutungslosigkeit.
§ 244 Abs. 3 StPO

754. BGH 5 StR 279/07 – Beschluss vom 18. Juli 2007 (LG Frankfurt)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (Begriff des Hanges; Entbehrlichkeit der körperlichen Abhängigkeit; Erörterungsmangel).
§ 64 StGB

755. BGH 5 StR 37/07 – Urteil vom 3. Juli 2007 (LG Berlin)

Gefährliche Körperverletzung (das Leben gefährdende Behandlung); vermeidbarer Verbotsirrtum; Festnahmerecht, Aussetzung der Freiheitsstrafe zur Bewährung (Beurteilungsspielraum des Tatrichters; Gefährlichkeitsprognose).
§ 223 Abs. 1 StGB; § 224 Abs. 1 Nr. 5 StGB; § 17 StGB; § 56 StGB; § 127 Abs. 1 Satz 1 StPO

756. BGH 5 StR 39/07 – Beschluss vom 18. Juli 2007 (LG Berlin)

Beweiswürdigung (unzureichende Feststellung der Tatbeteiligung bei vorherigem Zusammenschluss zu einer Bande); bandenmäßiges Einschleusen von Ausländern (minder schwerer Fall).
§ 261 StPO; § 97 Abs. 2 AufenthG

757. BGH 5 StR 459/06 – Beschluss vom 27. Februar 2007

Rechtliches Gehör bei eigener Sachentscheidung des Revisionsgerichts auf Grundlage einer Analogie (gesetzlicher Richter; Anhörungsrüge; systematische Auslegung; Recht auf ein faires Verfahren; Beruhen).
Art. 6 EMRK; § 354 Abs. 1, Abs. 1a StPO; § 356a StPO; § 337 Abs. 1 StPO

758. BGH 5 StR 475/02 – Beschluss vom 11. April 2007

Unbegründetes Befangenheitsgesuch gegen Richter des Bundesgerichtshof (Vorbefassung mit einer vom BVerfG später abweichend entschiedenen Rechtsfrage; Besorgnis der Befangenheit); Recht auf ein faires Verfahren (Konsularrechte nach dem Wiener Konsularrechtsübereinkommen); redaktioneller Hinweis.
Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 24 Abs. 2 StPO; Art. 36 Abs. 1 Buchstabe b Satz 3 WÜK

759. BGH 5 StR 532/06 – Urteil vom 21. Juni 2007 (LG Göttingen)

Betrug (Vorsatz: Beweiswürdigung; besonders schwerer Fall); Urkundenfälschung; Steuerhinterziehung (Umsatzsteuer: erschlichene Vorsteuererstattung; Regelbeispiel der fortgesetzten Verwendung nachgemachter oder verfälschter Belege; Gewerbsmäßigkeit).
§ 263 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB; § 267 StGB; § 370 Abs. 1, Abs. 3 Satz 2 AO; § 261 StPO

760. BGH 5 StR 383/06 – Beschluss vom 5. Juni 2007 (LG Berlin)

BGHR; Verfahrenshindernis infolge der Beschränkung

des Rechts auf konkrete und wirksame Verteidigung aufgrund beamtenrechtlicher Vorschriften (eingeschränkte Aussagegenehmigung für angeklagte Beamte; Recht auf ein faires Verfahren; Zurückhaltung / Sperrung von Beweismitteln; Ausschluss der Öffentlichkeit); Unzulässigkeit von Verfahrensrügen der Staatsanwaltschaft (unzulässige Bezugnahmen); Beschwer des Angeklagten bei Verfahrenseinstellung; redaktioneller Hinweis.

Art. 1, Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 27 Abs. 3 BerlLBG; § 172 GVG; § 175 GVG

761. BGH 5 StR 59/07 – Beschluss vom 3. Juli 2007

Unzulässige Anhörungsrüge (Wochenfrist).
§ 356a StPO

762. BGH 5 StR 83/07 – Urteil vom 21. Juni 2007 (LG Berlin)

Unzulässige Tatprovokation (Recht auf ein faires Verfahren; Tatgeneigtheit zum Handeltreiben mit Betäubungsmitteln; Konflikt mit dem Resozialisierungsauftrag im Vollzug; Lockspitzeinsatz).

Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK; § 29 Abs. 1 Nr. 1 BtMG; § 1 StVollzG

763. BGH 5 StR 92/07 – Urteil vom 17. Juli 2007 (LG Leipzig)

Versuchter Totschlag (Tötungsvorsatz bei systemati-

schon gefährlichen Gewalthandlung gegenüber einem kleinen Kind); versuchter Mord (Grausamkeit); Misshandlung von Schutzbefohlenen (Quälen; tatbestandliche Handlungseinheit bei auf Dauer angelegtem Quälen; schwere Gesundheitsschädigung).

§ 211 StGB; § 212 StGB; § 22 StGB; § 225 Abs. 1 und 3 Nr. 1 und 2 StGB

764. BGH 5 StR 94/07 – Beschluss vom 22. Mai 2007 (LG Hamburg)

Besetzungsrüge (gesetzlicher Richter; vorschriftswidrige Besetzung des Gerichts; Überleitung auf eine Hilfsstrafkammer); lückenhafte und widersprüchliche Beweiswürdigung (Würdigung von Aussagen mit dem Ziel des § 31 BtMG; vermeintlich glaubhaftigkeitssteigernder Umstand der Selbstbelastung).

Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 338 Nr. 1b StPO; § 21e Abs. 3 GVG; § 261 StPO; § 31 BtMG

765. BVerfG 2 BvR 965/07 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 20. Juni 2007 (OLG Zweibrücken/LG Zweibrücken/AG Zweibrücken)

Recht auf ein faires Verfahren (unzureichende Sachverhaltsaufklärung; fehlerhafte Beweiswürdigung; kindliche Zeugen); allgemeines Willkürverbot; Nichtannahmeabschluss.

Art. 6 EMRK; Art. 2 Abs. 1, Art. 20 Abs. 3 GG; Art. 3 Abs. 1 GG; § 244 StPO; § 261 StPO