

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

HERAUSGEBER

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

SCHRIFTFLEITUNG

Wiss. Ass.

Dr. iur. Karsten Gaede

Bucerius Law School

Jungiusstraße 6

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); Wiss. Ass. Dr. Lutz

Eidam, LL.M. (Bucerius Law School);

Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur

(Oxon), (Univ. Cambridge); Prof.

Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ.

Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich

(Univ. Erlangen-Nürnberg); RA

Wiss. Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M.

(Yale), Univ. Bonn; RA Tilo Mühl-

bauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neu-

haus (Dortmund); RA Markus

Rübenstahl, mag. iur. (Flick Gocke

Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof.

Dr. Frank Saliger (Bucerius Law

School Hamburg); RA Dr. Hellen

Schilling, (Frankfurt a.M.); Prof. Dr.

Christoph Sowada (Univ. Rostock);

RA Klaus-Ulrich Ventzke (Ham-

burg) und Prof. Dr. Wolfgang Woh-

lers (Univ. Zürich)

Publikationen

Prof. Dr. Dr. h. c. mult. *Claus Roxin*, Univ. München – **Für ein Beweisverwertungsverbot bei unterlassener qualifizierter Belehrung** (Anmerkung zu BGH HRRS 2009 Nr. 260) S. 186

Wiss. Ass. Dr. *Sabine Swoboda*, Univ. Passau – **Das Recht der Wiederaufnahme in Europa** S. 188

Stefanie Harnisch, Martin Pohlmann, Leipzig – **Strafprozessuale Maßnahmen bei Mobilfunkendgeräten – Die Befugnis zum Einsatz des sog. IMSI-Catchers** S. 202

Die Ausgabe umfasst eine Rezension zu zwei strafrechtlichen Publikationen.

Entscheidungen

EGMR (Al-Khawaja and Tahery vs. UK) **Verwertungsverbot bei Ausfall des Konfrontationsrechts und Verletzung des Gesamtsrechts auf Verfahrensfairness**

BVerfG **Mindestanforderungen an den Durchsuchungsbefehl bei der Hinterziehung von Umsatzsteuer**

BVerfG **Keine Durchsuchung auf Grund von Bildschirmausdrucken**

BGHSt **Schwere Misshandlungen nach Vollendung einer Raubtat**

BGH **Bedeutung der Vorsatzart bei der Strafzumessung**

BGHR **Sicherstellung von E-Mails beim E-Mail-Provider**

BGHSt **Grundsatz der Unabänderlichkeit der Besetzungsentscheidung**

BGH **Beweiswürdigung bei ausgebliebener Zeugenkonfrontation**

BGH **Firmenbestattung und Bankrott**

BGH **Konfliktverteidigung und Rechtsmissbrauch durch Verteidiger**

BGH **Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in Kurierfällen**

Die Ausgabe umfasst 80 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

SCHRIFTFLEITUNG
Wiss. Ass. Dr. iur. Karsten Gaede
Bucerius Law School
Jungiusstraße 6
20355 Hamburg
karsten.gaede@strate.net

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

Als ständige Mitarbeiter wirken mit:

Ass.-Prof. Dr. Daniela Demko, LL.M., (Univ. Zürich); Dr. Antje du Bois-Pedain, MJur (Oxon.), (Univ. Cambridge); RA Wiss. Ass. Dr. Lutz Eidam, LL.M. (Bucerius Law School); Prof. Dr. Diethelm Kleszczewski (Univ. Leipzig); Prof. Dr. Hans Kudlich (Univ. Erlangen-Nürnberg); RA Wiss. Ass. Dr. Frank Meyer, LL.M. (Yale), Univ. Bonn; RA Tilo Mühlbauer (Dresden); RA Dr. Ralf Neuhaus (Dortmund); RA Markus Rübenstahl, mag. iur. (Kanzlei Flick Gocke Schaumburg, Frankfurt a.M.); Prof. Dr. Frank Saliger (Bucerius Law School Hamburg); RA Dr. Hellen Schilling (Frankfurt aM); Prof. Dr. Christoph Sowada (Univ. Rostock); RA Klaus-Ulrich Ventzke (Hamburg) und Prof. Dr. Wolfgang Wohlers (Univ. Zürich).

ISSN 1865-6277
10. Jahrgang, Mai 2009, Ausgabe

5

Rechtsprechung

Strafrechtliche/strafverfahrensrechtliche Entscheidungen des EGMR/BVerfG

459. EGMR Nr. 26766/05 und 22228/06 – Urteil vom 20. Januar 2009 (Al-Khawaja and Tahery vs. UK)

Recht auf Konfrontation und Befragung von Mitangeklagten als Zeugen im Sinne der EMRK; Recht auf ein faires Verfahren (gesetzlicher Schuldbeweis; Verbot der Verwertung als entscheidendes oder einziges Beweismittel; besonders vorsichtige Beweiswürdigung; Zeugenbegriff; anonyme und nicht erreichbare Zeugen; Rechtseinschränkungen bei zurechenbarer Furcht des Zeugen; Gesamtrecht und Gesamtbetrachtung); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. d EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 240 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 251 StPO; § 250 StPO; § 261 StPO

1. Wenn eine Verurteilung nur oder in entscheidendem Ausmaß auf einer Aussage beruht, die von einem Zeugen gemacht worden ist, hinsichtlich derer der Angeklagte unverschuldet weder während der Ermittlungen noch während des gerichtlichen Hauptverfahrens eine Gelegenheit hatte, sie zu prüfen oder prüfen zu lassen, sind die Verteidigungsrechte in einem Umfang beschränkt, der mit den von Art. 6 EMRK gewährten Garantien unvereinbar ist. Dies gilt auch in Verfahren, die durch eine Jury entschieden werden und in denen eine besonders vorsichtige Beweiswürdigung durch eine richterliche Belehrung praktiziert wird.

2. Die Rechte des Art. 6 Abs. 3 EMRK sind explizite Mindestrechte, und dürfen nicht nur als Beispiele für

Erwägungen missverstanden werden, die in die Gesamtbetrachtung darüber einzustellen sind, ob ein Strafverfahren insgesamt fair gewesen ist. Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK garantiert lediglich darüber hinausgehend, dass jedes Verfahren auch im Übrigen dem Gesamtrecht auf ein faires Verfahren genügen muss.

3. Die Beachtung des Rechts des Angeklagten, sich durch eigene Ausführungen und Aussagen verteidigen zu dürfen, stellt keinen Ausgleich für den Verlust der Gelegenheit dar, den einzigen Belastungszeugen zu sehen, inhaltlich zu konfrontieren und zu befragen (ins Kreuzverhör zu nehmen).

467. BVerfG 2 BvR 2025/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. März 2009 (BGH/LG Kempten)

Fairness des Verfahrens (kein Anspruch auf Zwischenentscheidung über das Vorliegen eines Verwertungsverbots).

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

Die Weigerung, bereits in der Hauptverhandlung eine Zwischenentscheidung über die Verwertbarkeit der Aussagen des Beschwerdeführers aus dem Ermittlungsverfahren zu treffen, verstößt nicht gegen den Grundsatz der Verfahrensfairness aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG.

460. BVerfG 2 BvR 1350/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. März 2009 (BGH/LG Stuttgart)

Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Gewerbsmäßigkeit; Strafraumen); Schuldgrundsatz; BGH 1 StR 229/08.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 152b Abs. 1 StGB; § 152b Abs. 2 StGB; § 38 Abs. 2 StGB

1. Der verfassungsrechtliche Schuldgrundsatz erfordert, dass Tatbestand und Rechtsfolge gemessen an der Idee der Gerechtigkeit sachgerecht aufeinander abgestimmt sein müssen. Die Androhung einer Strafe ist nur dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn dem Richter von Gesetzes wegen die Möglichkeit offen bleibt, bei der Subsumtion konkreter Fälle unter die abstrakte Norm zu einer schuldangemessenen Strafe zu kommen (BVerfGE 45, 187, 261).

2. Ernstliche Zweifel, die Verfassungsmäßigkeit des § 152b Abs. 2 StGB in Frage zu stellen, sind nicht ersichtlich. Ob die Entscheidung des Gesetzgebers für den in § 152b Abs. 2 StGB vorgesehenen Strafraumen rechtspolitisch sinnvoll und wünschenswert ist, entzieht sich der Nachprüfung durch das Bundesverfassungsgericht.

466. BVerfG 2 BvR 1940/05 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 17. März 2009 (LG Oldenburg/AG Oldenburg)

Wohnungsdurchsuchung; Richtervorbehalt (eigenverantwortliche Prüfung; inhaltliche Anforderungen an den Durchsuchungsbeschluss); Umsatzsteuerkarussell; Auslesen der Daten eines Mobiltelefons (Unanwend-

barkeit des Fernmeldegeheimnisses bei Speicherung im Herrschaftsbereich des Betroffenen).

Artikel 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 10 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO

1. Ein Durchsuchungsbefehl, der keinerlei tatsächliche Angaben über den Inhalt des Tatvorwurfs enthält und der zudem den Inhalt der konkret gesuchten Beweismittel nicht erkennen lässt, wird rechtsstaatlichen Anforderungen jedenfalls dann nicht gerecht, wenn solche Kennzeichnungen nach dem bisherigen Ergebnis der Ermittlungen ohne weiteres möglich und den Zwecken der Strafverfolgung nicht abträglich sind (vgl. BVerfGE 42, 212, 220; 71, 64, 65).

2. Allein die lediglich abstrakte Beschreibung eines angenommenen Modells der Steuerhinterziehung (Umsatzsteuerkarussell), ohne den – obwohl nach dem Ermittlungsstand möglich – konkreten Lebenssachverhalt (Geschäftsabschlüsse, Warenlieferungen, geleisteten Zahlungen oder sonstigen Geschäftsvorfälle) näher zu bezeichnen und zumindest beispielhaft einzelnen Straftatbeständen zuzuordnen, genügt nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen an den Inhalt eines Durchsuchungsbeschlusses.

3. Allein die Benennung der Position in einem Unternehmen kann u.U. bei einer umfangreichen Geschäftstätigkeit des Unternehmens nicht ausreichen, um einen mutmaßlichen Tatbeitrag hinreichend genau zu kennzeichnen.

4. Allein aus der Übernahme des Antrags der Staatsanwaltschaft durch den Ermittlungsrichter kann noch nicht auf das Fehlen einer eigenverantwortlichen Prüfung des Sachverhalts geschlossen werden. Auch müssen sich die Beschlussgründe grundsätzlich nicht zu jedem denkbaren Gesichtspunkt des Tatverdachts verhalten. Aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht hinnehmbar ist es aber, wenn sich im Einzelfall aufgrund besonderer Umstände die Notwendigkeit der Erörterung eines offensichtlichen Problems aufdrängen musste (vorliegend eine vorangegangene Durchsuchung) und gleichwohl eine Prüfung vollständig fehlt.

463. BVerfG 2 BvR 945/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 8. April 2009 (LG Augsburg/AG Augsburg)

Durchsuchungsbeschluss (Unzulässigkeit bei vagen Anhaltspunkten und bloßen Vermutungen; Bildschirmausdrucke; Verhältnismäßigkeit; Unterlassen möglicher anderweitiger Abklärungen); Verdacht wegen Verstoßes gegen das Urheberrechtsgesetz (Hyperlinks in einem Internetforum).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 106 UrhG; § 109 UrhG; § 7 TMG

1. Das Gewicht des Eingriffs in das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung nach Art. 13 Abs. 1 GG verlangt als Durchsuchungsvoraussetzung Verdachtsgründe, die über vage Anhaltspunkte und bloße Vermutungen hinausreichen. Ein Verstoß gegen diese Anforderungen liegt vor, wenn sich sachlich zureichende plausible Gründe für eine

Durchsuchung nicht finden lassen (vgl. BVerfGE 44, 353, 371 f.; 59, 95, 97).

2. Allein der auf einen Bildschirmausdruck gestützte Nachweis der Existenz eines Hyperlinks in einem öffentlich zugänglichen Internetdiskussionsforum, der darauf hindeutet, dass über den Hyperlink Zugang zu Material bei einem anderen Anbieter vermittelt wird, dass unter Verstoß gegen das UrhG verbreitet wird, kann eine Durchsuchungsahnsordnung gegen den Betreiber des Forums nicht stützen, wenn weder dargelegt wird, ob über den Hyperlink tatsächlich urheberrechtlich geschütztes Material erreicht werden konnte, noch ob der Betreiber die entsprechenden Links selbst gesetzt hat bzw. es vorsätzlich unterlassen hat, diese zu entfernen.

3. Verdachtsgründe, die sich im Grenzbereich zu vagen Anhaltspunkten oder bloßen Vermutungen bewegen und bei denen der konkrete Sachverhalt nicht eindeutig ein strafbares Verhalten erkennen lässt, können eine Wohnungsdurchsuchung nicht rechtfertigen, wenn nicht vorher andere grundrechtsschonendere Ermittlungsschritte vorgenommen wurden, um Tatverdacht zu erhärten oder zu zerstreuen.

465. BVerfG 2 BvR 1496/05 (1. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 15. April 2009 (LG Braunschweig/AG Wolfsburg)

Durchsuchungsbeschluss (Unanwendbarkeit von § 284 StGB vor dem 28. März 2006; Verfassungswidrigkeit des Niedersächsischen Lotterieggesetzes; Oddset-Sportwetten; Prüfung von Europarecht).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 284 StGB; § 102 StPO; § 105 StPO

1. Zur Verfassungswidrigkeit einer Durchsuchungsanordnung wegen eines Anfangsverdachts der unerlaubten Veranstaltung von Glücksspielen gemäß § 284 StGB i.V.m. dem Niedersächsischen Lotterieggesetz (Oddset-Sportwetten) in der Zeit vor Erlass des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 28. März 2006 (BVerfGE 115, 276).

2. Das Bundesverfassungsgericht ist zur Entscheidung der Frage, ob eine innerstaatliche Norm des einfachen Rechts mit einer vorrangigen Bestimmung des europäischen Gemeinschaftsrechts unvereinbar und daher nicht anwendbar ist, nicht zuständig; eine Entscheidung über diese Normenkollision ist der umfassenden Prüfungs- und Verwerfungskompetenz der zuständigen Gerichte überlassen (vgl. BVerfGE 31, 145, 174 f.; 82, 159, 191; 115, 276, 299 f.).

461. BVerfG 2 BvR 8/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 18. März 2009 (LG Hamburg/StA Hamburg)

Gewährung von Akteneinsicht an eine Privatperson im Ermittlungsverfahren (fehlendes berechtigtes Interesse; keine Gewährung aus ermittlungstaktischen Gründen); allgemeines Persönlichkeitsrecht.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 475 StPO; § 477 Abs. 3 StPO

1. Die Erteilung von Auskünften aus Verfahrensakten oder die Gewährung von Akteneinsicht stellt einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung solcher Personen dar, deren personenbezogene Daten auf diese Weise zugänglich gemacht werden. Die schutzwürdigen Interessen dieser Personen können der Gewährung von Akteneinsicht daher entgegenstehen oder es erforderlich machen, den Zugang zu den Daten angemessen zu beschränken. Wird durch die Gewährung der Akteneinsicht in Grundrechte Betroffener eingegriffen, sind diese in der Regel anzuhören.

2. Es ist unter keinem Aspekt vertretbar, die Akteneinsicht an Privatpersonen aus „ermittlungstaktischen Gründen“ auch dann zu gewähren, wenn die Voraussetzungen der gesetzlichen Ermächtigungsgrundlagen in §§ 475, 477 StPO nicht vorliegen. Insbesondere kann eine solche Gewährung auch nicht auf die Ermittlungsgeneralklausel des § 161 Abs. 1 StPO gestützt werden.

462. BVerfG 2 BvR 277/09 (3. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 19. März 2009 (OLG Hamm/LG Paderborn)

Fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung (sofortige Beschwerde; Rechtsbeschwerde); Wiedereinsetzung in die Wiedereinsetzungsfrist.

§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 116 StVollzG; § 118 Abs. 3 StVollzG § 120 Abs. 1 StVollzG; § 44 Satz 1 StPO

1. Hat der Beschwerdeführer aufgrund einer ihm erteilten unzutreffenden Rechtsmittelbelehrung die erforderliche Form nicht gewahrt und die Frist für die Einlegung einer den Formerfordernissen entsprechenden Rechtsbeschwerde versäumt, so war die Versäumung der Frist unverschuldet (§ 120 Abs. 1 StVollzG i.V.m. § 44 Satz 2 StPO), so dass ihm auf Antrag Wiedereinsetzung in die versäumte Rechtsbeschwerdefrist gewährt werden kann (§ 120 Abs. 1 StVollzG i.V.m. § 44 Satz 1 StPO).

2. Erfährt der Beschwerdeführer über die Möglichkeit, Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu erlangen, erst durch einen Beschluss des Bundesverfassungsgerichts, so beginnt die Frist zur Wiedereinsetzung in die Wiedereinsetzungsfrist erst mit der Zustellung des Beschlusses zu laufen.

464. BVerfG 2 BvR 1468/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) – Beschluss vom 2. April 2009 (OLG Düsseldorf/LG Düsseldorf)

Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen (Begriff des Angebots); Anspruch auf ein faires Verfahren (Beweiswürdigung); Selbstleseverfahren; Beweiskraft des Protokolls (Auslegung mehrdeutiger Vermerke).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 298 StGB; § 261 StPO; § 274 StPO; § 249 Abs. 2 StPO

1. Die Auslegung von § 298 Abs. 1 StGB, nach der der Begriff „Angebot“ auch nicht annahmefähige Angebote erfasst, ist im Hinblick auf das Bestimmtheitsgebot nach Art. 103 Abs. 2 GG verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Dass auch eine einschränkende Auslegung eines

Tatbestandsmerkmals möglich ist, stellt die Bestimmtheit eines Straftatbestands nicht in Frage.

2. Was speziell die Aufklärung des Sachverhalts und die Beweiswürdigung angeht, rechtfertigt nicht jeder Verstoß gegen § 244 Abs. 2 oder § 261 StPO und die hierzu vom Bundesgerichtshof aufgestellten Grundsätze das Eingreifen des Bundesverfassungsgerichts. Voraussetzung ist vielmehr, dass sich das Tat- und gegebenenfalls das Revisionsgericht so weit von der Verpflichtung entfernt haben, in Wahrung der Unschuldsvermutung bei jeder als Täter in Betracht kommenden Person auch die Gründe, die gegen die mögliche Täterschaft sprechen, wahrzu-

nehmen, 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 Freiheitsentziehung sein kann (vgl. BVerfGK 1, 145, 149 ff.).

3. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn der Protokollvermerk über die Einführung von Urkunden im Selbstleseverfahren – „der Vorsitzende und die Schöffen haben von den Urkunden Kenntnis genommen“ – dahingehend ausgelegt wird, dass die genannten Personen vom Wortlaut der Urkunden Kenntnis genommen haben.

Rechtsprechung

Hervorzuhebende Entscheidungen des BGH

I. Materielles Strafrecht – Allgemeiner Teil

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Rechtsprechung

II. Materielles Strafrecht – Besonderer Teil

400. BGH 5 StR 31/09 – Urteil vom 25. März 2009 (LG Berlin)

BGHSt; Raub (schwere körperliche Misshandlung bei der Tat; finale Verknüpfung von Gewalt und rechtswidriger Vermögensverfügung).

§ 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB

1. Schwere Misshandlungen nach Vollendung einer Raubtat können den Qualifikationstatbestand des § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB nur dann erfüllen, wenn sie weiterhin von Zueignungs- oder Bereicherungsabsicht getragen sind, insbesondere der Beutesicherung oder der Erlangung weiterer Beute dienen (im Anschluss an BGHSt 20, 194; BGH NJW 2008, 3651, zur Veröffentlichung in BGHSt bestimmt). (BGHSt)

2. Hingegen genügt der schlichte räumlich-zeitliche Zusammenhang zwischen einem – vollendeten – Raub oder

einer räuberischen Erpressung und einer unmittelbar nachfolgenden schweren Misshandlung für die Annahme des Tatbestandsmerkmals „bei der Tat“ im Sinne des § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB nicht. Denn die Raubdelikte sind durch die finale Verknüpfung von Gewalt und rechtswidriger Vermögensverfügung geprägt, sodass sich das Merkmal „bei der Tat“ auch auf eben diese Verknüpfung bezieht. (Bearbeiter)

3. Bei der Auslegung des § 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB ist maßgeblich zu berücksichtigen, dass die Vorschrift gegenüber §§ 224 und 226 StGB eine deutlich angehobene Strafraumenuntergrenze aufweist. Das bloße Übergehen zur schweren körperlichen Misshandlung nur bei Gelegenheit eines bereits vollendeten Raubes vermag diese signifikante Anhebung der Mindeststrafe nicht zu rechtfertigen. (Bearbeiter)

III. Strafzumessungs- und Maßregelrecht

453. BGH 4 StR 53/09 - Beschluss vom 19. März 2009 (LG Hagen)

Strafzumessung bei Tötungsdelikten (Doppelverwertungsverbot; Differenzierung zwischen direktem und bedingtem Vorsatz).

§ 46 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB

1. Dass der Täter eines Tötungsdeliktes von einem tatprägenden „unbedingten Vernichtungswillen“ angetrieben, dem Opfer bewusst keine Überlebenschance lässt, verwertet lediglich erneut zu Lasten des Angeklagten das Tatbestandsmerkmal des Tötungsvorsatzes (vgl. Senat BGHR StGB § 46 Abs. 3 Tötungsvorsatz 1; Beschluss vom 3. Februar 2004 - 4 StR 403/03 -). Ein Verstoß hiergegen kann nur durch weitere Formulierungen verneint werden, die zweifelsfrei zeigen, dass in einer Strafschärfung tatsächlich eine Anknüpfung an zulässige Strafschwerungsgründe liegt.

2. Im Verhältnis zu dem gesetzlichen Regelfall einer Tötung kommt der Tat mit bedingtem Vorsatz eine geringere Tatschwere zu. Nicht aber weist eine Tötung mit direktem Tötungsvorsatz einen gesteigerten Unrechtsgehalt auf.

402. BGH 5 StR 7/09 - Beschluss vom 25. März 2009 (LG Hamburg)

Unterbringung in der Sicherungsverwahrung; Wahrscheinlichkeit weiterer schwerer Straftaten (Prognose; konkrete Erkenntnisse; abstrakte Statistiken).

§ 66 StGB

1. Rein statistische Erkenntnisse – etwa eine bestimmte abstrakte Rückfallwahrscheinlichkeit bei einer Deliktsgruppe – tragen die Anordnung der Unterbringung in der Sicherungsverwahrung alleine nicht, zumal gegen einen bisher nicht bestraften Angeklagten. Gleiches gilt für die Feststellung bestimmter Neigungen beim Angeklagten, wenn sie vor der Anlasstat nicht bereits zu entsprechenden Straftaten geführt haben.

2. Vielmehr bedarf jeweils im Einzelfall näherer Darlegung, weshalb bestimmte Neigungen gerade beim Angeklagten die erforderliche hohe Wahrscheinlichkeit in Bezug auf weitere Taten begründen.

429. BGH 2 StR 37/09 - Beschluss vom 4. März 2009 (LG Aachen)

Fehlerhafte Gesamtstrafenbildung zur Anwendung von § 35 BtMG (Drogenentwöhnungstherapie); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 54 StGB; § 35 BtMG; § 64 StGB

Liegen die Voraussetzungen des § 64 StGB vor, ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs diese Maßregel anzuordnen; hiervon darf nicht im Hinblick auf § 35 BtMG abgesehen werden (BGH NStZ-RR 2003, 12; BGH StraFo 2004, 359; BGH StV 2008, 405, 406).

431. BGH 2 StR 42/09 - Beschluss vom 11. März 2009 (LG Marburg)

Schwere Vergewaltigung (Beisichführen eines Mittels, mit dem Widerstand mit Gewalt überwunden werden kann: Fesselung mit Handschellen); Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus (unzureichende Darlegung der Voraussetzungen: Tatbegehung im Zustand zumindest verminderter Schuldfähigkeit, Gefährlichkeitsprognose).

§ 177 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 2 StGB; § 63 StGB

Die Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus ist eine außerordentlich beschwerende Maßnahme. Sie darf deshalb nur angeordnet werden, wenn eine Wahrscheinlichkeit höheren Grades besteht, der Täter werde infolge seines fortdauernden Zustandes in Zukunft erhebliche rechtswidrige Taten begehen (BGHR StGB § 63 Gefährlichkeit 11 und 26). Eine lediglich latente Gefahr und die bloße Möglichkeit zukünftiger Straftaten reicht nicht aus (Senat, Beschluss vom 10. September 2008 - 2 StR 291/08).

IV. Strafverfahrensrecht mit GVG

419. BGH 1 StR 76/09 - Beschluss vom 31. März 2009 (LG München I)

BGHR; Sicherstellung von E-Mails beim E-Mail-Provider (Verwertung von E-Mails; Telekommunikationsüberwachung; Benachrichtigungspflicht; Fernmel-

degeheimnis; Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme).

Art. 10 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 8 EMRK; § 99 StPO; § 95 Abs. 2 StPO; § 100a StPO; § 94 StPO; § 101 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 StPO

Die Sicherstellung von E-Mails beim E-Mail-Provider ist entsprechend den Voraussetzungen des § 99 StPO mit der Herausgabepflicht nach § 95 Abs. 2 StPO anzuordnen. (BGHR)

396. BGH 3 StR 567/08 - Beschluss vom 29. Januar 2009 (LG Mönchengladbach)

Besetzungsreduktion (Grundsatz der Unabänderlichkeit; Ausnahme bei Verfahrensverbindung); Strafzumessung (tatzeitnahe Vorverurteilung); Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe; Gesamtstrafenbildung (Begehung im engen zeitlichen und situativen Zusammenhang).

§ 33b JGG; § 76 Abs. 2 GVG; § 46 StGB; § 267 StPO; § 54 StGB

1. Der Grundsatz der Unabänderlichkeit der mit der Eröffnung der Hauptverfahren getroffenen Entscheidungen über eine Besetzungsreduktion nach § 33b Abs. 2 Satz 1 JGG oder § 76 Abs. 2 Satz 1 GVG kann durchbrochen werden, wenn sich durch eine Verbindung erstinstanzlicher landgerichtlicher Verfahren die Schwierigkeit und/oder der Umfang der Sache erheblich erhöhen und sich deshalb die auf der Grundlage getrennter Verfahrensführung beschlossenen Besetzungsreduktionen als nicht mehr sachgerecht erweisen. (BGHSt)

2. Soll die in den noch getrennten Verfahren jeweils angeordnete reduzierte Besetzung auch nach der Verfahrensverbindung beibehalten werden, so ist eine entsprechende neue Beschlussfassung nicht erforderlich. (BGHSt)

458. BGH 4 StR 662/08 - Beschluss vom 17. März 2009 (LG Bielefeld)

Lückenhafte Beweiswürdigung (Darstellungsanforderungen bei Verurteilung auf Grund der Aussagen von [möglicherweise] tatbeteiligten Zeugen; Beachtung des Konfrontationsrechts des Angeklagten bei Zubilligung eines Auskunftsverweigerungsrechts; Aufklärungshilfe); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 3 lit. d, Abs. 1 EMRK; § 261 StPO; § 55 StPO

1. In einem Fall, in dem ein Angeklagter zwar nicht allein, aber doch überwiegend durch die Angaben eines selbst tatbeteiligten Zeugen überführt werden soll, müssen die Urteilsgründe erkennen lassen, dass der Tatrichter alle Umstände, die die Entscheidung zu beeinflussen geeignet sind, erkannt und in seine Überlegungen einbezogen hat (st. Rspr.; vgl. Meyer-Goßner aaO § 261 Rdn. 11a m.w.N.). Dazu ist es jedenfalls in einem Fall wie dem vorliegenden erforderlich, neben den Umständen der Entstehung auch den näheren Inhalt der den Angeklagten belastenden Aussage darzustellen. Dies gilt umso mehr, wenn sich nicht von selbst versteht, auf welchen eigenen Wahrnehmungen der Auskunftsperson die Feststellungen zu zentralen Einzelheiten des Hergangs der Taten beruhen (BGH, Beschluss vom 14. Mai 2008 - 2 StR 147/08 m.w.N.).

2. Für die Glaubhaftigkeitsbeurteilung gerade bei Aussagen im Bereich des Betäubungsmittelstrafrechts ist es regelmäßig ein wichtiger Gesichtspunkt, ob sich der

Zeuge durch seine Aussage in dem gegen ihn selbst gerichteten Verfahren im Hinblick auf § 31 BtMG entlasten wollte. Ist ein tatbeteiligter Zeuge, auf dessen belastende Aussage die Überführung des Angeklagten entscheidend gestützt wird, bereits wegen seiner Beteiligung an derselben Betäubungsmittelstraftat verurteilt worden, muss die Beweiswürdigung deshalb erkennen lassen, ob sich der Betreffende eine Strafmilderung als Aufklärungsgehilfe „verdient“ hat oder nicht (BGH aaO).

3. Kann der Angeklagte aber sein durch Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK garantiertes Recht, Fragen an den Belastungszeugen zu stellen oder stellen zu lassen, nicht ausüben, weil diesem ein weitgehendes oder umfassendes Auskunftsverweigerungsrecht zugestanden wird, muss dieser Umstand schon deshalb bei der Beweiswürdigung bedacht werden, weil die durch die Vernehmung der Verhörsperson eingeführte Aussage bei Fehlen eines konträrdiktorischen Verhörs nur beschränkt hinterfragt und vervollständigt werden kann (BGH NStZ 2004, 691, 692 m.w.N.).

436. BGH 2 StR 545/08 - Beschluss vom 20. März 2009 (LG Frankfurt am Main)

Zur Prozessverschleppung gestelltes Ablehnungsgesuch (Rechtsmissbrauch; Prozessdestruktion; Konfliktverteidigung; haltlose Provokation; engagierte, gegebenenfalls auch mutigen Strafverteidigung im wohlverstandenen Interesse des Beschuldigten).

Art. 6 EMRK; § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO

1. Eine auf sachwidrige Konfrontation, Verfahrenserschwerung und Provokation gerichtete Verteidigungsstrategie dient weder den individuellen Interessen des Beschuldigten noch dem Allgemeininteresse an einem fairen, zügigen und offenen rechtsstaatlichen Strafverfahren.

2. Ein Verteidigungsverhalten, das mit einer engagierten, gegebenenfalls auch mutigen Strafverteidigung im (wohlverstandenen) Interesse des Beschuldigten kaum mehr etwas zu tun hat, führt, wenn es gehäuft oder systematisch auftritt oder gar als Reaktion auf die Ablehnung von Vereinbarungen angedroht oder zu deren Erzwingung durchgeführt wird, zu einer schwerwiegenden Belastung des Strafprozesses insgesamt, zu Forderungen rechtspolitischer Gegenmaßnahmen und zu einer Veränderung der Prozesskultur, welche den Interessen der Beschuldigten nicht nützt, sondern entgegenwirkt.

410. BGH StB 18/08 - Beschluss vom 23. Oktober 2008 (OLG Düsseldorf)

Beschlagnahme eines Briefes (Handschriftprobe; Verhältnismäßigkeit).

§ 94 StPO; § 98 Abs. 1 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG

1. Die Grundsätze, dass ein Beschuldigter nicht zur Abgabe von Schriftproben gezwungen werden darf und sich selbst nicht belasten muss, hindern grundsätzlich nicht die Anordnung der Beschlagnahme eines handschriftlichen Briefes zu Beweis Zwecken.

2. Die Beschlagnahme eines Briefes stellt einen Eingriff in Grundrechte des Betroffenen dar. Die Anordnung hat

daher - wie alle Zwangsmaßnahmen im Strafverfahren - dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu genügen. Dieser Grundsatz verlangt, dass die Maßnahme zur Erreichung des angestrebten Ziels geeignet und erforderlich sein muss und dass der mit ihr verbundene Eingriff nicht außer Verhältnis zur Bedeutung der Sache und zur Stärke des bestehenden Tatverdachts stehen darf.

3. Insbesondere ist bei der Beschlagnahme eines Briefes zu verlangen, dass sich hieraus Erkenntnisse ergeben können, die die Ermittlungsbehörden anderweitig nicht ebenso gut erlangen können. Steht eine Handschriftprobe des Gefangenen bereits zur Verfügung oder lässt sich diese unschwer aus amtlichen Unterlagen beschaffen, so ist die Beschlagnahme eines Briefes allein unter dem Gesichtspunkt seiner Verwendung als Handschriftprobe daher unverhältnismäßig.

412. BGH StB 29/08 - Beschluss vom 22. Januar 2009 (Generalbundesanwalt)

Antrag auf gerichtliche Entscheidung; Verfahrensregister des Generalbundesanwalts; Antrag auf Akteneinsicht.

§ 491 StPO; § 19 Abs. 4 BDSG; § 147 StPO; § 161a Abs. 3 StPO

1. Gegen die Ablehnung eines Auskunftsbegehrens nach § 491 Abs. 1 Satz 1 StPO i. V. m. § 19 Abs. 4 Nr. 1 BDSG auf Auskunft, ob ein Ermittlungsverfahren gegen den Antragsteller geführt wird, ist ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 161a Abs. 3 StPO grundsätzlich nicht gegeben.

2. Anderes kann jedoch dann gelten, wenn in dieser Entscheidung auch eine - zumindest faktische - Verweigerung eines tatsächlich bestehenden Anspruchs auf Akteneinsicht des Antragstellers als tatsächlich Beschuldigtem zu sehen wäre. In diesem Falle kommt bei Vorliegen der weiteren Voraussetzungen des § 147 Abs. 5 Satz 2 StPO ein Antrag auf gerichtliche Entscheidung gemäß § 161a Abs. 3 StPO als statthafter Rechtsbehelf in Betracht.

443. BGH 2 StR 601/08 - Urteil vom 1. April 2009 (LG Aachen)

Mord aus Heimtücke und niedrigen Beweggründen (Ausnutzungsbewusstsein; verminderte Schuldfähigkeit: schwere andere seelische Abartigkeit; tiefgreifende Bewusstseinsstörung bei Tötungsdelikten); Abweichung von der Beurteilung eines kompetenten Sachverständigen.

§ 211 StGB; § 21 StGB; § 261 StPO

1. Das Tatgericht ist nicht gehindert, von dem Gutachten eines Sachverständigen abzuweichen, da ein solches nur Grundlage der Überzeugungsbildung des Richters sein kann. Wenn der Richter aber eine Frage, für die er geglaubt hat, des Rates eines Sachverständigen zu bedürfen, im Widerspruch zu dem Gutachten lösen will, muss er die maßgeblichen Darlegungen des Sachverständigen wiedergeben und seine Gegenansicht unter Auseinandersetzung mit diesen begründen (BGHR StPO § 261 Sachverständiger 1).

2. Eine affektive Erregung bei vorsätzlichen Tötungsdelikten, bei denen gefühlsmäßige Regungen eine Rolle spielen, stellt eher den Normalfall dar. Ob die affektive Erregung einen solchen Grad erreicht hat, dass sie zu einer tiefgreifenden Bewusstseinsstörung geführt hat, kann deshalb nur anhand von tat- und täterbezogenen Merkmalen beurteilt werden, die als Anzeichen für und gegen die Annahme eines schuldrelevanten Affekts sprechen. Diese Indizien sind dabei im Rahmen einer Gesamtwürdigung zu beurteilen (st. Rspr.; vgl. BGH NSTZ-RR 2004, 234, 235 m.w.N.). Die gegen eine tiefgreifende Bewusstseinsstörung sprechenden Anzeichen darf das Gericht völlig außer Betracht lassen.

3. Für das bewusste Ausnutzen von Arg- und Wehrlosigkeit genügt es, dass der Täter diese in ihrer Bedeutung für die hilflose Lage des Angegriffenen und die Ausführung der Tat in dem Sinne erfasst, dass er sich bewusst ist, einen durch seine Ahnungslosigkeit gegenüber einem Angriff schutzlosen Menschen zu überraschen. Dabei steht nicht jede affektive Erregung der Annahme eines Ausnutzungsbewusstseins in diesem Sinne entgegen (BGH NSTZ 2003, 535; 2005, 688 f.).

4. Für die Annahme der subjektiven Seite des Heimtückemordes kommt es nicht auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen der rechtlichen Voraussetzungen des § 21 StGB an; vielmehr ist maßgeblich, ob und gegebenenfalls welche tatsächlichen Auswirkungen der psychische Zustand auf die Erkenntnisfähigkeit des Angeklagten in der Tatsituation und auf sein Bewusstsein hatte.

418. BGH 1 StR 50/09 - Beschluss vom 18. März 2009 (LG Baden-Baden)

Rüge der Verletzung des Verwertungsverbots aus § 51 Abs. 1 BZRG (Sachrüge; mehrere Taten im prozessualen Sinne bei materiell-rechtlicher Tatmehrheit: natürliche Handlungseinheit und Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter).

§ 51 Abs. 1 BZRG; § 52 StGB; § 53 StGB; § 223 StGB; § 337 StPO; § 264 StPO

1. Auch eine indizielle Verwertung einer getilgten oder tilgungsreifen Verurteilung und der dieser zugrunde liegenden Tat in einem anderen Strafverfahren ist auch für solche Fälle unzulässig, in denen Vortat und Verurteilung bei der Geltendmachung von Ansprüchen aus unerlaubter Handlung wegen der neuen Tat als Beweisanzeichen Bedeutung haben konnten.

2. In einem Verstoß gegen das Verwertungsverbot des § 51 Abs. 1 BZRG liegt - anders als bei Missachtung des in § 51 Abs. 1 BZRG enthaltenen Vorhalteverbots - ein sachlich-rechtlicher Fehler, der auf die allgemeine Sachrüge hin zu berücksichtigen ist (vgl. BGHSt 25, 100; BGH StraFo 2006, 296).

3. Liegen materiell-rechtlich selbständige Taten vor, handelt es sich regelmäßig auch um zwei Taten im prozessualen Sinne, es sei denn, die einzelnen Handlungen sind innerlich derart miteinander verknüpft, dass der Unrechts- und Schuldgehalt der einen Handlung nicht ohne die Umstände richtig gewürdigt werden kann, die zu der

anderen Handlung geführt haben, und dass die getrennte Aburteilung einen einheitlichen Lebensvorgang unnatürlich aufspalten würde (vgl. BGHR StPO § 264 Abs. 1 Tatidentität 44, 45 jeweils m.w.N.). Jede Körperverletzungshandlung gegenüber einer bestimmten Person hebt sich, soweit nicht die Voraussetzungen des § 52 StGB gegeben sind, so sehr von jeder Körperverletzungshandlung zum Nachteil eines anderen Menschen ab, dass ein noch so enger äußerer, zeitlicher und psychologischer Zusammenhang verschiedene Körperverletzungshandlungen nicht zu einer Tat im prozessualen Sinne machen kann (vgl. zur Tatidentität bei Tötungshandlungen BGHR StPO § 264 Abs. 1 Tatidentität 45).

4. Höchstpersönliche Rechtsgüter verschiedener Personen sind einer additiven Betrachtungsweise nur ausnahmsweise zugänglich. Greift ein Täter nacheinander einzelne Menschen an, besteht regelmäßig kein Anlass, diese Vorgänge als eine Tat in Form der natürlichen Handlungseinheit zusammenzufassen. Etwas anderes kann nur dann gelten, wenn eine Aufspaltung in Einzeltaten wegen eines außergewöhnlich engen zeitlichen und situativen Zusammenhangs - wie etwa bei Messerstichen innerhalb weniger Sekunden - willkürlich und gekünstelt erschiene (vgl. BGHR StPO § 264 Abs. 1 Tatidentität 45 m.w.N.).

411. BGH StB 26/08 - Beschluss vom 18. Dezember 2008 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)

Begründungsanforderungen bei Anordnung einer Durchscheidung (Darlegung der tatsächlichen Grundlagen des Tatverdachts; keine formelhaften Wendungen; Angabe der Indiztatsachen).

Art. 13 Abs. 2 GG; § 34 StPO; § 102 StPO

1. Allgemeine, formelhafte Wendungen genügen zur Begründung rechtsmittelfähiger gerichtlicher Entscheidungen grundsätzlich nicht. Dies gilt auch bei der Darlegung der tatsächlichen Umstände, aus denen sich der Tatverdacht gegen einen Beschuldigten ergibt, der wiederum zur Grundlage der Anordnung einer Durchscheidung (§ 102 StPO) gemacht werden soll.

2. Der pauschale Verweis auf das „bisherige Ermittlungsergebnis“ genügt dem nicht. Vielmehr sind auch die Indiztatsachen, die den Verdacht gegen den Beschuldigten begründen, in aller Regel im Durchscheidungsbefehl zu benennen. Zwar ist dies von Verfassungs wegen nur dann notwendig, wenn andernfalls die erforderliche Begrenzung der Durchscheidungsgestattung nicht gewährleistet ist. Jedoch ist die Darlegung jedenfalls der wesentlichen Verdachtsmomente einfachgesetzlich geboten (§ 34 StPO). Nur so wird dem Betroffenen eine sachgerechte, umfassende Prüfung ermöglicht, ob der Beschluss rechtmäßig ergangen ist, oder ob dies nicht Fall war und es daher angezeigt erscheint, hiergegen im Wege der Beschwerde vorzugehen.

3. Die Angabe der wesentlichen Verdachtsmomente darf nur dann unterbleiben, wenn die Bekanntgabe den Untersuchungszweck gefährden würde und daher den Zwecken der Strafverfolgung abträglich wäre.

4. Eine unzureichende Begründung des Durchscheidungsbefehls führt nicht zur Rechtswidrigkeit der Durchscheidungsanordnung, wenn der Beschluss in seiner Gesamtheit in ausreichendem Maße erkennen, dass der Ermittlungsrichter die Voraussetzungen für seinen Erlass eigenständig geprüft hat. Die Konkretisierung der den Akten zu entnehmenden, den Anfangsverdacht belegenden Umstände kann dann in der Beschwerdeentscheidung soweit notwendig nachgeholt werden.

415. BGH 1 StR 27/09 - Beschluss vom 4. März 2009 (LG Landshut)

Befangenheitsrüge (Besorgnis der Befangenheit bei Gesprächen des Vorsitzenden Richters mit dem Verteidiger nur eines Mitangeklagten und Ausräumung durch eine dienstliche Stellungnahme); Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters; absoluter Revisionsgrund; Darlegungsvoraussetzungen der Verfahrensrüge); Abfassung der Urteilsgründe.

§ 338 Nr. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 267 StPO

1. Der Umstand, dass der Vorsitzende Richter einer Strafkammer mit dem Verteidiger eines Mitangeklagten außerhalb der Hauptverhandlung Gespräche ohne Beteiligung der übrigen Verfahrensbeteiligten geführt hat, ist für sich allein - mag er im Hinblick auf die widerstreitenden Interessen bei mehreren Angeklagten auch bedenklich erscheinen - nicht ohne weiteres geeignet, die Befangenheit des Richters im Sinne des § 24 Abs. 2 StPO zu begründen. Denn einem Richter ist es nicht verwehrt, zum Zwecke der Förderung des Verfahrens mit den Verfahrensbeteiligten Kontakt aufzunehmen (vgl. BGH NStZ 2008, 229 m.w.N.). Dabei hat er stets die gebotene Zurückhaltung zu wahren, um jeden Anschein der Parteilichkeit zu vermeiden (BGH NStZ 1985, 36, 37). Ob ein Verfahrensbeteiligter aus der Kontaktaufnahme mit dem Verteidiger eines Angeklagten eine Besorgnis der Befangenheit ableiten kann, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab, u.a. davon, ob er Grund zu der Annahme hat, ein solches Gespräch könne sich zu seinen Ungunsten auswirken (BGHR StPO § 24 Abs. 2 Befangenheit 1; BGH NStZ 2008, 229).

2. Zur Vermeidung verfahrensrechtlicher Probleme, die aus informellen Kontakten entstehen können, ist es besser, von Anfang an die Gespräche in Anwesenheit sämtlicher Verfahrensbeteiligter zu führen oder die Abwesenden jeweils bald danach aus eigener Initiative zu informieren (vgl. BGH NStZ 2008, 229). Das Vorliegen erkennbar widerstreitender Interessen bei mehreren Mitangeklagten verpflichtet das Gericht zu besonderer Rücksichtnahme auf deren Verteidigungsinteressen (vgl. BGHSt 37, 99, 103/104). Es kann daher im Einzelfall erheblichen rechtlichen Bedenken begegnen, wenn das Gericht auf jeglichen Versuch verzichtet, einen Angeklagten über informelle Gespräche mit Mitangeklagten oder deren Verteidigern zu informieren.

3. Bei der Rüge der unberechtigten Verwerfung eines Befangenheitsgesuchs gehört es zu den Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO, dass der Beschwerdeführer die Erwidern seines Verteidigers auf die dienstliche Stellungnahme mitteilt.

422. BGH 1 StR 549/08 - Urteil vom 18. März 2009 (LG Regensburg)

Rechtsfehlerhaft begründeter Freispruch (mangelnde Gesamtwürdigung und rechtsfehlerhafte Anwendung des Zweifelsgrundsatzes auf Indizien; fernliegende Deutungen des Tatrichters; überspannte Anforderungen bei der Überzeugungsbildung).

§ 261 StPO

1. In der Beweiswürdigung selbst muss der Tatrichter sich mit allen festgestellten Indizien auseinandersetzen, die geeignet sind, das Beweisergebnis zu Gunsten oder zu Ungunsten des Angeklagten zu beeinflussen. Dabei muss sich aus den Urteilsgründen selbst ergeben, dass die einzelnen Beweisergebnisse nicht nur isoliert gewertet, sondern in eine umfassende Gesamtwürdigung einbezogen wurden. Denn die Indizien können in ihrer Gesamtheit dem Gericht die entsprechende Überzeugung vermitteln, auch wenn eine Mehrzahl von Beweisanzeichen jeweils für sich allein nicht zum Nachweis der Täterschaft eines Angeklagten ausreicht (BGH NStZ-RR 2003, 369, 370 m.w.N.).

2. Zwar ist es die Aufgabe des Tatrichters, die Bedeutung und das Gewicht der einzelnen be- und entlastenden Indizien in einer Gesamtwürdigung des Beweisergebnisses zu bewerten (BGH NStZ 2008, 146, 147). Verwirft er jedoch die nahe liegenden Deutungsmöglichkeiten und führt zur Begründung seiner Zweifel an der Täterschaft eines Angeklagten nur Schlussfolgerungen an, für die es nach der Beweisaufnahme entweder keine tatsächlichen Anhaltspunkte gibt oder die als eher fern liegend zu betrachten sind, so muss er im Rahmen der Gesamtwürdigung erkennbar erwägen, dass er sich dieser besonderen Konstellation bewusst war. Anderenfalls kann nämlich nicht ausgeschlossen werden, dass der Tatrichter überspannte Anforderungen an seine Überzeugungsbildung gestellt hat.

390. BGH 3 StR 439/08 - Beschluss vom 19. Februar 2009 (LG Hildesheim)

Willkürfreie Entscheidung über die Übernahme einer Sache (Vorlage zur Übernahme durch unzuständiges Gericht); Nichtigkeit gerichtlicher Entscheidungen (unerträgliche Mängel; Endentscheidung; Zwischenentscheidung); keine Verweisung vom Strafrichter an das Schöffengericht nach Eröffnung des Hauptverfahrens (gesetzlicher Richter).

§ 338 Nr. 4 StPO; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 225a StPO; § 336 Satz 2 StPO; § 210 Abs. 1 StPO; 270 StPO; § 25 Nr. 2 GVG; § 24 Abs. 2 GVG; § 269 StPO

1. Bejaht ein Gericht höherer Ordnung fehlerhaft seine Zuständigkeit, so bleibt die Beanstandung der sachlichen Unzuständigkeit im Revisionsverfahren (§ 338 Nr. 4 StPO) im Hinblick auf § 269 StPO regelmäßig ohne Erfolg

2. Demgegenüber führt die sachliche Unzuständigkeit des Gerichts höherer Ordnung gleichwohl zur Urteilsaufhebung, wenn die unzutreffende Annahme der Zuständigkeit auf sachfremden oder anderen offensichtlich nicht haltbaren Erwägungen beruht, wenn also ob-

jektive Willkür vorliegt und dadurch der Anspruch des Angeklagten auf seinen gesetzlichen Richter (Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG) verletzt wird.

3. Dies gilt auch dann, wenn das höherrangige Gericht nicht aufgrund einer Verweisung durch ein Gericht niedrigerer Ordnung (§ 270 StPO), sondern durch eine grundsätzlich unanfechtbare (§ 225a Abs. 3 Satz 3, § 210 Abs. 1 StPO) und nach § 336 Satz 2 StPO im Revisionsverfahren regelmäßig nicht überprüfbare Übernahmeentscheidung nach § 225a Abs. 1 Satz 2 StPO mit der Sache befasst wird.

4. Nach Eröffnung des Hauptverfahrens kommt eine Verweisung durch den Strafrichter an das Schöffengericht nicht in Betracht, auch wenn er im konkreten Fall eine höhere Strafe als zwei Jahre Freiheitsstrafe für angemessen erachtet. Denn der Strafrichter hat nach Zulassung der Anklage die volle Strafgewalt des § 24 Abs. 2 GVG, sodass es sich in diesen Fällen bei dem Schöffengericht im Verhältnis zum Strafrichter nicht um ein Gericht höherer Ordnung im Sinne des § 270 Abs. 1 Satz 1 StPO handelt.

5. Der Senat lässt – nicht tragend – Zweifel daran erkennen, ob er es weiterhin für möglich hält, dass eine gerichtliche Entscheidung an derart schwerwiegenden Mängeln leidet, dass sie nicht nur rechtlich fehlerhaft, sondern nichtig und damit unwirksam und unbeachtlich ist. Jedenfalls scheidet – tragend – die Bewertung einer gerichtlichen Zwischenentscheidung als nichtig wegen der nicht hinnehmbaren Folgen, die dies für die Rechtssicherheit im Verfahren und für die geordnete Rechtspflege begründen würde, generell aus.

401. BGH 5 StR 40/09 - Beschluss vom 8. April 2009

Rechtliches Gehör im Revisionsrechtszug (Überraschungsentscheidung); Obliegenheit zur antizipierenden Erwiderung auf denkbare Rechtsauffassungen des Revisionsgerichts.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 103 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 356a StPO

1. Im Revisionsverfahren legt zunächst allein der Revisionsführer in seiner Begründungsschrift Art und Umfang der rechtlichen Angriffe gegen das tatrichterliche Urteil fest. Sodann erhält er Gelegenheit, den Erwägungen entgegenzutreten, welche die Revisionsstaatsanwaltschaft diesen Angriffen in ihrer Antragsschrift rechtlich entgegengesetzt hat. Ihm steht es dabei frei, zu den im Beschlussverfahren angelegten, den Schuld- oder Strafausspruch betreffenden Entscheidungsvarianten Stellung zu nehmen und seine Rechtsstandpunkte auch im Übrigen gegen weitergehende gegenläufige Erwägungen ergänzend abzusichern.

2. Zu solchen weiteren Ausführungen hat der Revisionsführer besonderen Anlass, denn das Revisionsgericht muss sich dem Verwerfungsantrag nur im Ergebnis, nicht aber in allen Teilen der Begründung anschließen. Er muss daher damit rechnen, dass das Revisionsgericht Zusätze zur Begründung der eigenen Rechtsauffassung beifügt. Hierfür wird dem Revisionsführer nur ein allgemeines,

indes kein spezielles auf das einzelne rechtliche Argument bezogenes Gehör. Dies begegnet vor dem Hintergrund der Kumulation des Antrags- und Einstimmigkeitserfordernisses keinen Bedenken. Nur eine solche Praxis gewährleistet die rechtsstaatlich gebotene Effektivität des Beschlussverfahrens. Für grundlegend neue und damit notwendig jeden Beschwerdeführer überraschende Rechtsauffassungen ist im Beschlussverfahren nach § 349 Abs. 2 StPO jedoch kein Raum.

448. BGH 2 ARs 83/09 2 AR 54/09 - Beschluss vom 11. März 2009 (AG Rosenheim; AG Oberhausen)

Zuständigkeit über den Widerruf einer Bewährung (Beaststsein infolge einer erforderlichen Entscheidung;

keine Zuständigkeitsbegründung durch kurzzeitige Aufenthalte in einer JVA).

§ 462a Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 StPO

Ein nur ganz vorübergehender Aufenthalt in einer Justizvollzugsanstalt zum Zwecke seiner Verlegung kann eine Zuständigkeit nach § 462a Abs. 1 StPO nicht begründen (vgl. Senat in BGHSt 26, 165, 166 und 187, 189). Vielmehr ist die Zuständigkeit so zu beurteilen, als wenn der Verurteilte bereits sein Transportziel, die Justizvollzugsanstalt Wuppertal, erreicht hätte. Spätere Verlegungen des Verurteilten lassen die Zuständigkeit einer mit der Sache bereits seit der Rechtskraft befassten Strafvollstreckungskammer unberührt (vgl. Senat in BGHSt 26, 165, 166 und 187, 189).

Rechtsprechung

V. Wirtschaftsstrafrecht und Nebengebiete

408. BGH 5 StR 353/08 - Beschluss vom 24. März 2009 (LG Rostock)

Firmenbestattung und Bankrott (Verschleierung seiner wirklichen geschäftlichen Verhältnisse; Treuhänderschaft); Betrug; Konkursverschleppung (Überschuldung; Zahlungsunfähigkeit); Stundungsbetrug; teilweise Einstellung des Verfahrens; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe.

§ 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB; § 263 StGB; § 15a InsO; § 154 StPO; § 55 StGB

1. Die „geschäftlichen Verhältnisse“ des § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB sollen vor allem Umstände erfassen, die für die Beurteilung der Kreditwürdigkeit (Bonität) des in der Krise befindlichen Schuldners erheblich sind. Der Aufgangtatbestand des § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB ist mit Blick auf die Gläubigerinteressen auszulegen.

2. Bei der Tathandlung des Verheimlichens muss der Täter die Gläubiger oder den Insolvenzverwalter über Zugriffsmöglichkeiten auf das Schuldnervermögen in Unkenntnis setzen oder halten; bei der Tathandlung des Verschleierns geht es um die unrichtige Darstellung insbesondere der Vermögensverhältnisse.

3. Die sogenannte Interessentheorie dürfte auf § 283 Abs. 1 Nr. 8 zweite Alternative StGB keine Anwendung finden (vgl. allerdings BGH wistra 2000, 136 für § 283 Abs. 1 Nr. 8 erste Alternative StGB).

4. Von § 283 Abs. 1 Nr. 8 zweite Alternative StGB könnten sogar auch solche im Rahmen der „Firmenbestattung“ vorgenommenen Rechtsgeschäfte erfasst sein, bei denen die Rechtsfolgen von den Beteiligten tatsächlich gewollt sind. Die Rechtsgeschäfte könnten wegen der beabsichtigten Gläubigerbenachteiligung und der Umgehung der insolvenzrechtlichen Pflicht zur Antragstellung zivilrechtlich unwirksam sein (BGHR StGB § 266a Abs. 1

Vorsatz 2, insoweit in BGHSt 48, 307 nicht abgedruckt; vgl. auch § 15a Abs. 3 InsO n.F.).

5. Für die Verletzung der Pflicht zur Aufstellung des Jahresabschlusses ist entschieden, dass der Tatbestand des Bankrotts nicht mehr verwirklicht werden kann, wenn die objektive Bedingung der Strafbarkeit bereits eingetreten ist (BGHR StGB § 283 Abs. 1 Nr. 7b Zeit 1 m.w.N.). Entsprechendes könnte für § 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB gelten.

449. BGH 4 StR 20/09 - Beschluss vom 19. März 2009 (LG Dortmund)

Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Betäubungsmittelhandel beim Kurier (entscheidende Bedeutung für das Gesamtgeschäft; Beihilfe; Mittäterschaft).

§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 29 BtMG

1. Nach der neueren Rechtsprechung (vgl. BGHSt 51, 219 f.; Senat, Beschluss vom 25.6.2008 - 4 StR 230/08) ist für eine zutreffende Einordnung der Beteiligung des Kuriers der jeweils konkrete Tatbeitrag für das Gesamtgeschäft insgesamt und nicht allein für den Teilbereich des Transports zu bewerten. Für die Annahme täterschaftlicher Verwirklichung des Tatbestandes kommt es jedenfalls nicht allein oder entscheidend darauf an, welches Maß an Selbständigkeit und Tatherrschaft der Beteiligte hinsichtlich eines isolierten Teilkontes des Gesamtgeschäftes inne hatte. Abzustellen ist vielmehr darauf, welche Bedeutung der konkreten Beteiligungshandlung im Rahmen des Gesamtgeschäftes zukommt.

2. Die Bewertung einer Transporttätigkeit als mittäterschaftliches Handeltreiben kommt vornehmlich nur dann in Betracht, wenn der Beteiligte erhebliche, über den reinen Transport hinausgehende Tätigkeiten entfaltet, etwa am An- und Verkauf des Rauschgifts unmittelbar

beteiligt ist oder sonst ein eigenes Interesse am weiteren Schicksal des Gesamtgeschäfts hat, weil er eine Beteiligung am Umsatz oder dem zu erzielenden Gewinn erhalten soll. Auch eine Einbindung des Transporteurs in eine gleichberechtigt verabredete arbeitsteilige Durchführung des Umsatzgeschäfts spricht für die Annahme von Mittäterschaft, auch wenn seine konkrete Tätigkeit in diesem Rahmen auf die Beförderung der Drogen, von Kaufgeld oder Verkaufserlös beschränkt ist. Im Einzelfall kann eine weitergehende Einflussmöglichkeit des Transporteurs auf Art und Menge der zu transportierenden Drogen sowie auf die Gestaltung des Transports für eine über das übliche Maß reiner Kuriertätigkeit hinausgehende Beteiligung am Gesamtgeschäft sprechen.

3. Eine Gehilfenstellung ist dagegen insbesondere dann anzunehmen, wenn die Tathandlung sich auf den Transport von Rauschgift zwischen selbständig handelnden Lieferanten und Abnehmern oder innerhalb der Sphäre von Lieferanten oder Abnehmer-Organisationen beschränkt und der Beteiligte nicht in der Lage ist, das Geschäft insgesamt maßgeblich mitzugestalten.

4. Dass der Angeklagte eine erhebliche Honorierung erwartete, ist für die Bewertung der Kuriertätigkeit als mittäterschaftliches Handeltreiben ohne Bedeutung (BGHSt 51, 219, 223).

Aufsätze und Anmerkungen

Für ein Beweisverwertungsverbot bei unterlassener qualifizierter Belehrung

Anmerkung zu BGH 4 StR 455/08 – Urteil vom 18. Dezember 2008 (HRRS 2009 Nr. 260)

Von Professor Dr. Dr. h. c. mult. Claus Roxin, Universität. München (em.)

I.

Das Urteil ist insofern zu begrüßen, als es im Falle einer unterlassenen Belehrung des Beschuldigten über sein Schweigerecht (§ 136 I, 2 StPO) bei einer erneuten Vernehmung nicht nur die Nachholung der Belehrung, sondern auch die zusätzliche Belehrung verlangt, dass die ohne Belehrung erfolgte erste Aussage unverwertbar sei (eine sog. qualifizierte Belehrung). Dadurch soll verhindert werden, „dass ein Beschuldigter auf sein Aussageverweigerungsrecht nur deshalb verzichtet, weil er möglicherweise glaubt, eine frühere, unter Verstoß gegen die Belehrungspflicht zustande gekommene Selbstbelastung nicht mehr aus der Welt schaffen zu können“.¹

Begrüßenswert ist auch, dass das Urteil einen Rechtssatz bestätigt, der sich in der neueren Rechtsprechung immer mehr durchsetzt,² dass nämlich die Strafjustizbehörden aus bewussten Rechtsbrüchen (in unserem Fall mit den Worten des Senats: aus „bewusster Umgehung der Belehrungspflichten“) keinen Nutzen ziehen dürfen, sondern dass in solchen Fällen stets ein Beweisverwertungsverbot eingreift. Die grundsätzliche Bedeutung dieser

Erkenntnis für die Lehre von den Beweisverwertungsverboten wird nicht dadurch geschmälert, dass der Senat meint, im vorliegenden Fall spreche „nichts“ für eine derart bewusste Umgehung. Es wird also, wenn auch ohne jede Begründung, vom Gericht unterstellt, dem Polizeibeamten sei die Pflicht zu einer qualifizierten Belehrung unbekannt gewesen.

Das Gericht folgt mit beiden Thesen einer Entscheidung des 1. Senats,³ auf die es sich auch fast wörtlich beruft. Dankenswert ist ferner der Hinweis auf den Parallelfall des § 136a StPO. Obwohl das Gericht eine ausdrückliche Stellungnahme vermeidet, sollte nicht zweifelhaft sein, dass auch bei einem Verstoß gegen diese Vorschrift bei einer späteren Vernehmung eine qualifizierte Belehrung zu erfolgen hat (was der 4. Senat immerhin durchblicken lässt).

Weniger begrüßenswert ist aber – und hier setzt meine Kritik ein –, dass das vorliegende Urteil dem 1. Senat auch in der Annahme folgt, bei einer auf Vergesslichkeit oder Rechtsirrtum beruhenden Unterlassung der qualifizierten Belehrung sei ein Beweisverwertungsverbot nur „durch Abwägung im Einzelfall“ zu ermitteln.

¹ So der 4. Senat im vorliegenden Urteil unter fast wörtlicher Übernahme meiner Ausführungen in JR 2008, 18.

² Dazu Roxin NStZ 2007, 616 ff. (617) m.w.N.

³ 1 StR 3/07, 450, 452. Dazu mein Aufsatz in JR 2008, 16 ff.

II.

Das zentrale Argument für die Notwendigkeit einer derartigen Abwägung, die voraussichtlich im Gefolge der beiden vorliegenden Entscheidungen durchweg gegen ein Beweisverwertungsverbot ausfallen wird, liegt in der These, dass „der Verstoß gegen die Pflicht zur ‚qualifizierten‘ Belehrung ... nicht dasselbe Gewicht wie der Verstoß gegen die Belehrung nach § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO“ habe.⁴ Gegen diese das Abwägungskonzept tragende These sprechen zwei durchschlagende Gesichtspunkte.⁵

Der erste Gegengrund liegt darin, dass die Belehrungspflicht eine durch Rechtsunkenntnis bewirkte Selbstüberführung oder Selbstbelastung des Beschuldigten verhindern soll. Eine derartige Rechtsunkenntnis liegt nicht nur dann vor, wenn der Beschuldigte über sein Schweigerecht nicht belehrt wird und daraufhin aussagen zu müssen glaubt, sondern ebenso dann, wenn er meint, durch Schweigen nichts mehr gewinnen zu können, weil schon eine frühere, ohne Belehrung gemachte Aussage gegen ihn verwertet werden kann.

Man wird sogar sagen können, dass die Unterlassung einer qualifizierten Belehrung schwerer wiegt als die schlichte Nichtbelehrung. Denn während diese dem Beschuldigten, der sich irrtümlich zur Aussage verpflichtet glaubt, immer noch die Möglichkeit zur Leugnung der Tat oder zu einer entlastenden Falschdarstellung offenlässt, glaubt der Beschuldigte bei Unterlassung einer qualifizierten Belehrung durch das früher Ausgesagte überführt werden zu können, so dass ein Schweigen oder eine andere Darstellung jetzt keinen Sinn mehr hat, weil ohnehin „nichts mehr zu machen“ ist. Es wäre daher wünschenswert, dass der BGH einmal einen Grund dafür angäbe, warum ein Verstoß gegen die Pflicht zur qualifizierten Belehrung weniger schwer wiegen soll als die unterlassene Belehrung.

Mein zweites Gegenargument stützt sich darauf, dass eine Abwägung, wie sie der BGH für richtig hält, zwar bei geringeren Verfahrensverstößen angemessen ist, nicht aber dann, wenn das Schweigerecht des Beschuldigten tangiert wird, das nicht nur durch die „Achtung vor der Menschenwürde“⁶, das Persönlichkeitsrecht des Beschuldigten und Art. 14 Abs. 3g des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte⁷ garantiert wird, sondern auch ein „Kernstück des von Art. 6 Abs. 1 MRK garantierten fairen Verfahrens“⁸ ist. Das Schweigerecht ist unbestreitbar nicht in vollem Umfang gesichert, wenn der Beschuldigte durch eine unvollständige Belehrung der Ermittlungsbehörden die Rechtsfolgen seines Schweigens unrichtig beurteilt. An der Beeinträchtigung

⁴ Ganz ebenso schon BGH StV 2007, 452: „kein Gewicht, das dem Gewicht eines Verstoßes gegen § 136 Abs. 1 Satz 2 StPO entspräche“.

⁵ Vgl. dazu schon Roxin JR 2008, 18. Der Senat weist darauf hin („krit. Roxin“), versagt sich jedoch eine Auseinandersetzung mit diesen Argumenten.

⁶ BGHSt 38, 220.

⁷ BGHSt 38, 202.

⁸ So auch das vorliegende Urteil im Anschluss an verschiedene Entscheidungen des EGMR.

des Rechts zur freien Entscheidung über eine Selbstbelastung, das aus den geschilderten gesetzlichen, verfassungsrechtlichen und internationalrechtlichen Grundlagen folgt, ändert sich nicht das Geringste, wenn die erforderliche qualifizierte Belehrung aus Vergesslichkeit oder wegen Rechtsunkenntnis der Vernehmungsperson unterlassen wurde. Elementare verfassungsrechtliche und internationale Rechtsgrundsätze müssen abwägungsfest sein und unabhängig von den Rechtsvorstellungen der Verfolgungsbehörden durch ein Verwertungsverbot gesichert sein. Denn es gibt keine Gründe, die bei einer Abwägung gegen ihr Überwiegen sprechen könnten.

Ein dritter, eher pragmatischer Gegengrund sei hinzugefügt. Man darf vermuten – und die beiden einschlägigen Entscheidungen nähren diese Vermutung –, dass der Polizei die Pflicht zur qualifizierten Belehrung vielfach unbekannt ist. Sie wird ihr auch weiterhin unbekannt bleiben oder auf die leichte Schulter genommen werden, wenn der Verstoß gegen diese Pflicht keine Rechtsfolgen nach sich zieht. Der Wille zur Überführung des Beschuldigten wird dann oft die Oberhand behalten. Das mag aus der Sicht der Polizei verständlich sein. Aber der Rechtsstaat duldet eben gerade nicht eine Überführung um jeden Preis. Nur ein Verwertungsverbot wird daher die Pflicht zur qualifizierten Belehrung in der Praxis effektiv durchsetzen können.

III.

Auch die in der vorliegenden Entscheidung angeführten Abwägungsgesichtspunkte überzeugen nicht. Das gilt zunächst für das im Urteil im Anschluss an die dort zitierten Entscheidungen erwähnte „Interesse an der Sachaufklärung“. Ein solches Interesse besteht immer. Wenn es das Interesse an der Wahrung der Selbstbelastungsfreiheit überwäge, würde die unterlassene Belehrung niemals zu einem Verwertungsverbot führen können. Man darf auch nicht davon sprechen, dass bei schweren Delikten das Interesse an der Sachaufklärung das Interesse des Beschuldigten an der Belehrung über sein Schweigerecht und die rechtlichen Auswirkungen seines Schweigens überwögen. Denn § 136 StPO enthält keinerlei Einschränkungen oder Abstufungen nach der Schwere des zu verfolgenden Delikts.

Etwas anders liegt es hinsichtlich der vom Gericht für wichtig erachteten Frage, „ob sich aus den Umständen des Falles ergibt, dass der Vernommene davon ausgegangen ist, von seinen vor der Beschuldigtenbelehrung gemachten Angaben ... bei seiner weiteren Vernehmung ... nicht mehr abrücken zu können“. Denn wenn der Beschuldigte wusste, dass die bei der ersten Vernehmung gemachten Aussagen nicht verwertet werden dürfen, wäre seine Selbstbelastungsfreiheit durch die unterlassene qualifizierte Belehrung nicht eingeschränkt worden. BGHSt 38, 214 hat in der grundlegenden Entscheidung zum Verwertungsverbot bei unterlassener Belehrung denn auch ausgesprochen,⁹ das Verwertungsverbot gelte nicht, „wenn feststeht, dass der Beschuldigte sein Recht zu schweigen ohne Belehrung gekannt hat“.

⁹ Schon im Leitsatz, a.a.O., 214.

Aber eine solche Feststellung hat das Gericht im vorliegenden Fall nicht getroffen, und es hat auch das von BGHSt 38, 225 empfohlene Freibeweisverfahren nicht angeordnet, sondern es bei Mutmaßungen belassen. Es beschränkt sich auf die Bemerkung, es liege „eher fern“, dass sich der Angeklagte C. seiner Entscheidungsfreiheit nicht bewusst war und begründet das damit, dass er bei seiner zweiten Vernehmung „erstmal auch sich selbst massiv belastende Angaben gemacht“ habe. Aber das kann doch gerade darauf beruhen, dass er glaubte, wegen der Verwertbarkeit seiner früheren Aussage nur noch durch ein umfassendes Geständnis seine Lage verbessern zu können! Für den Nachweis, dass der Angeklagte von der Unverwertbarkeit der früheren Aussage Kenntnis

hatte, reicht das alles nicht aus. Wenn es aber nicht ausreicht, darf es auch nicht vermutungsweise als Abwägungsgesichtspunkt eingeführt werden. Denn dadurch werden die vom BGH selbst aufgestellten Beweisanforderungen unterlaufen.

Der Bundesgerichtshof sollte also doch noch einmal überlegen, ob es nicht richtiger ist, eine unterlassene qualifizierte Belehrung grundsätzlich mit einem Beweisverwertungsverbot auszustatten. Mehrere Instanzgerichte sind ihm auf diesem Weg schon vorausgegangen.¹⁰

¹⁰ Im besprochenen Fall die Vorinstanz; früher schon LG Bad Kreuznach StV 1994, 293; LG Dortmund NStZ 1997, 356.

Aufsätze und Anmerkungen

Das Recht der Wiederaufnahme in Europa

Bestandsaufnahme und Ausblick

Von Dr. Sabine Swoboda, Universität Passau*

I. Einführung

Das Wiederaufnahmeverfahren hat in Europa Konjunktur. Als innerstaatliches „Auffang“- und „Sicherheitsnetz“ für fehlgegangene Strafverfahren hat es sich seit Langem bewährt, doch im Zuge fortschreitender europäischer Integration gerät das nationale Wiederaufnahmerecht auch immer mehr zum Sicherheitsnetz von europäischem Rang. Sei es die Heilung von Verletzungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (EMRK)¹ oder die Korrektur fremder rechtskräftiger und damit unionsweit anzuerkennender Strafentscheidungen,² die Wiederaufnahme ist der Korrekturmechanismus, der die notwendigen Veränderungen bewerkstelligen soll. Dieser Beitrag geht der Frage nach, welche europäischen Mindeststandards für die Wiederaufnahme – unter Ein-

schluss der Aspekte Strafklageverbrauch und Rechtskraftdurchbrechung – gelten und welche Spannungen sich europaweit aus der unterschiedlichen Ausgestaltung der nationalen Wiederaufnahmeverfahren ergeben können. Besonderes Augenmerk wird dabei auch auf der im In- und Ausland geführten Diskussion um eine Verschärfung der Wiederaufnahme *in malam partem* liegen, denn diese rechtsvergleichende Perspektive ist in der deutschen Reformdiskussion zur Wiederaufnahme³ bislang zu kurz gekommen.

II. Europäische Mindeststandards zu Strafklageverbrauch und Rechtskraftdurchbrechung

Nur wenige internationale Vorschriften nehmen zur Wiederaufnahme in Strafsachen Stellung; und die Normen, die es gibt, sind von enttäuschend knappem Gehalt.

1. Wiederaufnahme zugunsten des Verurteilten

Im Internationalen Pakt für bürgerliche und politische Rechte (IPbPR) und in der EMRK wird ein Recht der Wiederaufnahme *zugunsten* eines Verurteilten nicht ein-

* Die Autorin ist Wissenschaftliche Assistentin am Lehrstuhl von Prof. Dr. Werner Beulke. Der Beitrag beruht auf einem Vortrag in der Evangelischen Akademie Arnoldshain im Rahmen der Tagung „Das Fehlurteil im Strafverfahren“ am 20. März 2009.

¹ Die Wiederaufnahme des Strafverfahrens ermöglicht eine *restitutio in integrum* i.S.v. Art. 41, 46 EMRK; Csaki, Die Wiederaufnahme des Verfahrens nach Urteilen des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte in der deutschen Rechtsordnung, 2008, S. 38 ff., 78 f.; Esser, Auf dem Weg zu einem europäischen Strafverfahrensrecht, 2002, S. 869 f.; Empfehlung Nr. R (2000) 2 des Ministerkomitees des Europarates vom 19.1.2000 EuGRZ 2004, 808.

² Zur Wiederaufnahme bei Art. 54 SDÜ Vogel, in: Festschrift für F.C.-Schroeder (2006), S. 888; Radtke, in: Festschrift für Seebode (2008), S. 305.

³ S. „Entwurf eines Gesetzes zur Reform des strafrechtlichen Wiederaufnahmerechts“, BR-Drs. 655/07.

mal erwähnt.⁴ Nur aus Art. 14 Abs. 6 IPbPR und Art. 3 des 7. Zusatzprotokolls zur EMRK (7. ZP-EMRK) lässt sich mittelbar herauslesen, dass eine rechtskräftige Verurteilung wegen einer strafbaren Handlung dann zu einer Aufhebung des Urteils führen sollte, wenn im Nachhinein eine neue oder eine neu bekannt gewordene Tatsache schlüssig beweist, dass ein Fehlurteil vorlag. Die Urteilsaufhebung kann aber auch im Wege der Begnadigung erfolgen. Eine vollständige Rehabilitierung des Verurteilten durch Beseitigung eines falschen Schuldspruchs ist nicht gefordert.⁵

2. Wiederaufnahme zuungunsten eines bereits Abgeurteilten

Immerhin aber verbieten Art. 14 Abs. 7 IPbPR und Art. 4 Abs. 1 7. ZP-EMRK die doppelte Verfolgung und Aburteilung solcher Straftaten, für die der Betroffene bereits einmal nach dem Gesetz und Strafverfahrensrecht des betreffenden Staates rechtskräftig abgeurteilt worden ist.

a) Das Doppelverfolgungsverbot im IPbPR und in der EMRK

Die Schutzwirkungen dieses internationalen Verbots *ne bis in idem* reichen allerdings nicht weit. Das Verbot verhindert zunächst nur die *innerstaatliche* Doppelverfolgung. Die Einleitung eines neuen Strafverfahrens wegen desselben Strafsachverhalts in einer anderen Rechtsordnung bleibt weiter zulässig.⁶ Ebenso zulässig bleibt die wiederholte Sanktionierung desselben Verhaltens im Wege eines Straf- und anschließend eines Verwaltungs- oder Disziplinarverfahrens.⁷ Und auch Rechtskraftdurchbrechungen im Wege der Wiederaufnahme „nach dem Gesetz und dem Strafverfahrensrecht des betreffenden Staates“ zugunsten wie zulasten eines Angeklagten werden von Art. 4 Abs. 2 7. ZP-EMRK nicht ausgeschlossen.

Bis zum 10. Februar 2009 bezog sich der Schutz des Art. 4 Abs. 2 7. ZP-EMRK zudem nur auf die Erneuerung der Strafverfolgung wegen der bereits abgeurteilten „Straftat“ (Englisch: *offence*, Französisch: *infraction*), bezogen auf die tatsächliche Handlung in ihrer konkreten

⁴ Gollwitzer, MRK und IPBPR (2005), Art. 6 MRK/Art. 14 IPBPR Rn. 41, Art. 13 MRK Rn. 18.

⁵ Nowak, CCPR Commentary, 2nd edition (2005), Art. 14 CCPR Rn. 92, Fn. 305.

⁶ Vogel, in: Vogel/Grotz (Hrsg.), Perspektiven des internationalen Strafprozessrechts (2002), S. 14; zur entsprechenden Auslegung von Art. 14 Abs. 1 IPbPR s. UN-Menschenrechtsausschuss A.P. v. Italien, Entscheidung No. 204/1986, vom 2. November 1987, § 7.3; krit. Nowak a.a.O. (Fn. 5), Art. 14 CCPR Rn. 99.

⁷ Council of Europe, Explanatory Report to Art. 4 Protocol No. 7 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (ETS No. 117), § 32; der EGMR unternimmt allerdings eine autonome Auslegung dessen, was als verwaltungs- oder disziplinarrechtliche Sanktion einzustufen ist und geht damit z.T. selbst dort von einer Strafsanktionen aus, wo das nationale Recht von Verwaltungsmaßnahmen spricht; EGMR Zolotukhin v. Russland, Verfahren Nr. 14939/03, Urteil (Große Kammer) vom 10. Februar 2009, § 52 m. zahlr. w. N.

strafrechtlichen Bewertung.⁸ Der Doppelverfolgungsschutz umfasste also gerade nicht wie in Art. 103 Abs. 3 GG und § 264 Abs. 1 StPO „das gesamte Verhalten des Täters“, „soweit es nach der natürlichen Auffassung einen einheitlichen Lebensvorgang darstellt“, ⁹ sondern verboten war nur die Anklage des gleichen Verhaltens unter einem gleichen oder einem in seinen wesentlichen Unrechtselementen gleichartigen Strafvorwurf. Gegen eine künstliche Aufspaltungen eines einheitlichen Lebenssachverhalts in mehrere Teilhandlungskomplexe oder gegen die Zerstückelung der Anklage in diverse materiell-rechtliche Teilvorwürfe bot Art. 4 Abs. 2 7. ZP-EMRK keinen Schutz.¹⁰ Das änderte sich erst am 10. Februar 2009 mit Urteil der Großen Kammer in *Zolotukhin v. Russland*, in dem der Begriff der „Straftat“ aus Art. 4 Abs. 1 7. ZP-EMRK neu definiert wurde. Der Tatbegriff der EMRK orientiert sich nunmehr an der Identität des tatsächlichen Verhaltens, unabhängig von seiner materiell-strafrechtlichen Bewertung.¹¹ Neue Strafverfolgungsmaßnahmen sind nun bereits dann verboten, wenn die neuen Vorwürfe an identische oder zumindest im Wesentlichen gleiche Tatsachen anknüpfen.¹² Anklagestückelung oder künstlich zergliederte Handlungskomplexen darf es nicht mehr geben. Das bedeutet allerdings auch, dass der Mechanismus der Wiederaufnahme *in malam partem* in Europa in Zukunft immer mehr Gewicht erlangen wird, denn die Rechtsordnungen, die bisher dank eines mit rechtlichen Wertungen angereicherten Tatbegriffs das Institut der Rechtskraft weitgehend umgehen konnten, werden nun nicht mehr so großzügig auf eine Rechtskraftdurchbrechung durch Wiederaufnahme zuungunsten des Abgeurteilten verzichten.

b) Verbot eines nie endenden Strafverfahrens

Eine Wiederaufnahme *in malam partem* setzt voraus, dass „neue Beweise oder neu bekannt gewordene Tatsachen vorliegen oder das vorausgegangene Verfahren schwere, den Ausgang des Verfahrens berührende Mängel aufweist.“¹³ Fundamentale Verfahrensmängel müssen sich im Verfahrensergebnis niedergeschlagen haben, während es bei neuen Beweisen oder neu bekannt gewordenen Tatsachen genügt, dass sie sich zur Beeinflussung des Ergebnisses „eignen“. Der EGMR hat sich mit der Wiederaufnahme zuungunsten eines Abgeurteilten selbst nur sporadisch befasst, etwa um festzustellen, dass die zur

⁸ EGMR Ponsetti und Chesnel v. Frankreich, Verfahren Nr. 36855/97 und 41731/98, Urteil vom 14. September 1999; Fischer v. Österreich, ÖJZ 2001, 657; EMRK-Meyer-Ladewig, 2. Auflage, (2006), Protokoll Nr. 7 zur EMRK, Art. 4 Rn. 3; krit. hierzu bereits Esser a.a.O. (Fn. 1), S. 98.

⁹ BGHSt. 23, 141, 145; 32, 215, 216.

¹⁰ EGMR Fischer v. Österreich, ÖJZ 2001, 657, § 25; Schutte v. Österreich, Verfahren Nr. 18015/03, Urteil vom 26. Juli 2007, § 41.

¹¹ Zolotukhin v. Russland a.a.O. (Fn. 7), § 79; in ausdrücklicher Orientierung an der Auslegung von Art. 54 SDÜ durch den EuGH „van Esbroeck“, EuZW 2006, 274; „van Straaten“, JZ 2007, 245; „Gasparini u.a.“, EuZW 2007, 29; „Kretzinger“, NJW 2007, 4312; „van Kraaijenbrink“, NSTz 2008, 164; Inter-American Court of Human Rights, Loayza-Tamayo v. Peru, Urteil vom 17. September 1997, Series C No. 33, § 66.

¹² Zolotukhin v. Russland a.a.O. (Fn. 7), § 82.

¹³ Art. 4 Abs. 2 7. ZP-EMRK.

Wiederaufnahme vorgebrachten Tatsachen oder Beweise wirklich *neu* sein müssen¹⁴ oder dass die Wiederaufnahme nicht allein mit erheblichen Ermittlungsversäumnisse der Strafverfolgungsbehörden begründet werden darf.¹⁵ Als unfair i.S.v. Art. 6 Abs. 1 EMRK und unvereinbar mit Art. 4 des 7. ZP-EMRK hat der EGMR weiterhin eine Rechtsmittelregelung bezeichnet, die es den Strafverfolgungsbehörden ermöglicht, jederzeit, z.T. sogar ohne jede Fristbindung, die Überprüfung eines bereits rechtskräftigen Urteils zu erreichen.¹⁶ Die in den ehemaligen Sowjetstaaten traditionell verankerten Befugnisse des Gerichtspräsidiums, einen bereits endgültig abgeurteilten Sachverhalt nach staatsanwaltschaftlichem „Protest“ per Verfügung einer neuen Verhandlung zuzuführen, waren also konventionswidrig.¹⁷ Ein Sachverhalt darf nicht durch „Endlosverfahren“ so lange wiederholt zur Verhandlung gebracht werden, bis das gewünschte Ergebnis erzielt ist.

III. Bestandsaufnahme: Das Wiederaufnahmeverfahren in ausgewählten europäischen Rechtsordnungen

Die europäischen Rechtsordnungen unterteilen sich zunächst in solche, die eine Wiederaufnahme ausschließlich zugunsten des Verurteilten zulassen, und solche, die auch eine nachträgliche Fehlerkorrektur zulasten eines Freigesprochenen durch Wiederaufnahme ermöglichen.

1. Begründungen für ein absolutes Verbot der Rechtskraftdurchbrechung zuungunsten eines Freigesprochenen

Eine Wiederaufnahme von Strafverfahren zugunsten des Verurteilten bei gleichzeitigem Verbot einer Wiederaufnahme zulasten eines Abgeurteilten, findet sich in Europa z.B. in den Strafverfahrensordnungen von Belgien¹⁸, Frankreich¹⁹, Italien²⁰, Portugal²¹ und Spanien.²² Momentan ist die Wiederaufnahme zuungunsten eines bereits einmal Abgeurteilten auch noch in Irland²³, in den Niederlanden²⁴ und in Schottland²⁵ verboten, wobei diese Verbote aber in Kürze fallen sollen.

¹⁴ EGMR Xheraj v. Albanien, Verfahren No. 37959/02, Urteil vom 29. Juli 2008, § 58.

¹⁵ EGMR Pravednaya v. Russland, Verfahren Nr. 65929/01, Urteil vom 18. November 2004, §§ 28, 31.

¹⁶ EGMR Savinskiy v. Ukraine, Verfahren Nr. 6965/02, Urteil vom 28. Februar 2006, §§ 23, 25; Radchikov v. Russland, Verfahren No. 65582/01, Urteil vom 24. Mai 2007, §§ 43 f.

¹⁷ Dazu EGMR, Nikitin v. Russland, Verfahren Nr. 50178/99, Urteil vom 20. Juli 2004.

¹⁸ Art. 443-447bis belg. StPO; *vander Beken/Vermeulen/Ongena RIDP 73 (2002), 811, 814.*

¹⁹ Art. 622 Code de Procédure Pénale (franz. StPO).

²⁰ Art. 629 Codice di Procedura Penale (it. StPO).

²¹ Art. 449 ff. portug. StPO.

²² Art. 945-961 Ley de Enjuiciamiento criminal (span. StPO); Einzelheiten bei *Díaz Pita RIDP 73 (2002), 873, 882 f.*

²³ Balance in the Criminal Law Review Group, Final Report, 15th March 2007, pp. 203-214, <http://www.justice.ie/en/JELR/BalanceRpt.pdf/Files/BalanceRpt.pdf> (zuletzt besucht am 27. Februar 2009).

²⁴ Art. 457 ff. Wetboek van Strafvordering (nl. StPO); dazu *Klip/van der Wilt RIDP 73 (2002), 1091, 1097; zu den Re-*

Auf welche Prinzipien aber stützen die genannten Rechtsordnungen ihre Ablehnung einer Wiederaufnahme *in malam partem*? In Bezug auf die angelsächsischen Rechtsordnungen, i.e. England, Schottland und Irland, wurde die Erklärung z.T. in der adversatorischen Natur des Strafverfahrens gesucht. Der angelsächsische Strafprozess diene in erster Linie der *Streitentscheidung*, nicht der *Wahrheitsermittlung*. Daher sei er nach dem Vorbild eines „fairen sportlichen Wettkampfes“ ausgestaltet. Der Wettkampfcharakter des Verfahrens bringe mit sich, dass der Staat nur ein einziges Mal die Chance auf Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs erhält. Scheitert der Staat vor Gericht mit diesem Begehren, gebiete die Rechtsstaatlichkeit (*rule of law*), dass der Staat diese Niederlage und den Freispruch des Bürgers als endgültig akzeptiert. Das soll selbst dann gelten, wenn das Strafverfahren von gravierenden Mängeln gezeichnet war.²⁶ Dieser Begründungsversuch für ein Verbot der Wiederaufnahme *in malam partem* bricht allerdings in sich zusammen, wenn man ihn mit den neuesten Reformvorhaben zur Wiederaufnahme zuungunsten eines bereits in der Sache Abgeurteilten der angelsächsischen Rechtsordnungen kontrastiert. Der Wettbewerbscharakter des angelsächsischen Strafverfahrens findet in dieser Reformdiskussion, wenn überhaupt, nur am Rande Beachtung. Deutlich im Vordergrund steht dagegen der Gedanke, dass das Fortbestehen eines Gerichtsurteil, welches erwiesenermaßen durch Einschüchterung oder Bestechung der Zeugen und Geschworenen zustande gekommen ist, notwendig das allgemeine Vertrauen in die Integrität und Objektivität der staatlichen Strafrechtspflege untergräbt. Bei derart gravierenden Verfahrensmängeln sei daher eine Wiederaufnahme des Verfahrens zu ermöglichen.²⁷ Unerträglich erscheint den Reformern zudem, einen Freispruch dann noch aufrecht zu erhalten, wenn der Freigesprochene die Tat im Nachhinein glaubhaft gesteht. Das schützende Netz, dass das Verbot der Doppelverfolgung um den Freigesprochenen zieht, werde nicht dadurch zerstört, dass der Freigesprochene diesen Schutz aus eigenem Antrieb beiseite schiebt und die Unrichtigkeit des Urteils offenbart.²⁸ Insgesamt wenden sich also auch die angelsächsischen Rechtsordnungen immer mehr einem Prinzip der materiellen Gerechtigkeit zu, hinter dem die formelle Rechtskraft zurückzustehen hat.

formen s. das Merkblatt: <http://english.justitie.nl/current-topics/pressreleases/archives-2008/increased-opportunities-for-reassessment-of-criminal-cases.aspx?cp=35&cs=1578> (zuletzt besucht am 11. März 2009).

²⁵ *Scottish Law Commission*, Discussion Paper on Double Jeopardy (DP No. 141), 21st January 2009, <http://www.scotlawcom.gov.uk/downloads/dps/dp141.pdf> (zuletzt besucht am 27. Februar 2009).

²⁶ *Hörnle ZStW 117 (2005), 801, 823 f.*

²⁷ Für England ss. 55-57 Criminal Procedure and Investigations Act 1996; für Irland s. das *obiter dictum* in *The People (D.P.P.) v. O'Shea [1982] IR 348* at p. 418, zit. nach *Balance in the Criminal Law Review Group, Final Report a.a.O. (Fn. 23), S. 203-214; ferner die Reformvorschläge id. pp. 212-213; für Schottland Scottish Law Commission a.a.O. (Fn. 25), §§ 7.5-7.25.*

²⁸ *Scottish Law Commission a.a.O. (Fn. 25), §§ 7.27-7.28.*

Auch der Grundsatz der Rechtsstaatlichkeit mit den Aspekten Rechtssicherheit und Verfahrensfairness gebietet nicht zwingend den Ausschluss einer Wiederaufnahme *in malam partem*,²⁹ denn sie sind auch in den Rechtsordnungen anerkannt, die eine Wiederaufnahme zuungunsten eines Verurteilten zulassen.³⁰ Natürlich darf es nicht im Belieben des Staates stehen, den Einzelnen willkürlicher Verfolgung zu unterziehen und ihn wiederholt mit Strafklagen zu überziehen, doch dass der Schutz der individuellen Freiheit auch dort absoluten Vorrang beanspruchen soll, wo der Abgeurteilte das Fehlurteil durch eigenes strafbares Verhalten erwirkt hat oder er den entstandenen Rechtsfrieden noch nachträglich durch sein Geständnis erschüttert, lässt sich nur entweder mit einer enorm starken Gewichtung der Beschuldigtenrechte³¹ oder aber mit einer Überhöhung des Grundsatzes der formellen Rechtskraft erklären. Letzteres scheint mir zumindest für Frankreich die zutreffende Erklärung für den Ausschluss der Wiederaufnahme zuungunsten eines Freigesprochenen zu sein, denn dort ist nicht nur die Wiederaufnahme *in malam partem* verboten, auch Wiederaufnahmen zugunsten eines Verurteilten haben nur selten Erfolg,³² denn ein endgültiges Urteil hat in Frankreich sehr starke formelle Rechtskraftwirkungen. Es gilt als Ausdruck der Wahrheit (*res judicata pro veritate habetur*)³³ – und diese Wahrheit ist nachträglich nur schwer zu erschüttern. Doch eine ideologische Überhöhung des Prinzips der formellen Rechtskraft gegenüber der materiellen Wahrheit hat im heutigen Strafverfahren aus meiner Sicht keinen Platz. Die formelle Rechtskraft hat als Schutz vor willkürlicher Doppelverfolgung ihre Berechtigung, aber sie kann für sich allein nicht die Richtigkeit eines Urteils begründen.³⁴ Natürlich schafft die Rechtskraft Rechtsfrieden, indem man an das Urteil eine Vermutung zugunsten seiner Richtigkeit knüpft,³⁵ aber diese Vermutung und damit auch der Rechtsfrieden sind hinfällig, wenn sich das Urteil im Nachhinein als massiv fehlerhaft erweist – und das gilt für unrichtige Verurteilungen wie unrichtige Freisprüche gleichermaßen. Ein völlige Ausschluss von Wiederaufnahmen *in bonam* wie *in malam partem* ist daher nicht zukunftsfähig.

Zudem zeigen die genannten Strafverfahrensordnungen eine Neigung, den Schutz des Doppelverfolgungsverbot durch Einengung des strafprozessualen Tatbegriffs und damit einhergehender Reduzierung der Reichweite des Strafklageverbrauchs zu umgehen. Offenbar besteht also auch hier Bedarf nach einer Korrektur von Justizirrtümern

²⁹ So aber zu Belgien *vander Beken/Vermeulen/Ongena* RIDP 73 (2002), 811 f.; zu den Niederlanden vor der Reform *Klip/can der Wilt* RIDP 73 (2002), 1091, 1094; zu Frankreich *Desessard* RIDP 73 (2002), 913, 914.

³⁰ *de la Cuesta* RIDP 73 (2002), 673, 676 f.

³¹ So *Hörnle* ZStW 117 (2005), 801, 824.

³² *Vogler*, in: *Huber/Vogler* (Hrsg.), *Criminal Procedure in Europe* (2007), S. 224.

³³ *Debove/Falletti*, *Précis de droit pénal et de procédure pénale*, 2^e édition (2006), S. 705; *Bouloc/Matsopoulou*, *Droit pénal général et procédure pénale*, 16^e édition (2006), § 875.

³⁴ *Bauer* JZ 1952, 209 (211); *Strate*, *Meyer-GS*, 1990, 462 (469 f.).

³⁵ *Marxen/Tiemann*, *Die Wiederaufnahme in Strafsachen*, 2. Auflage (2006), Rn. 9; eine Entscheidungsregel, im Zweifel „zugunsten der Rechtskraft des Urteils“, gibt es aber nicht; OLG Köln NJW 1968, 2119; *Fuchs* JuS 1969, 516, 517.

auch zuungunsten eines Freigesprochenen.³⁶ So schreibt Frankreich zwar in Art. 368 Code de procédure pénale (fr. StPO) fest, dass eine Person nicht zweimal auf der Grundlage identischer Fakten abgeurteilt werden darf, selbst wenn sich die rechtliche Bewertung dieser Fakten nachträglich ändern sollte, doch der Schutz des Art. 368 fr. StPO bezieht sich nur auf Freisprüche durch das französische Schwurgericht (*la Cour d'Assises*). Ein vom Vorwurf des Mordes Freigesprochener kann damit zwar nachträglich nicht mehr in derselben Sache wegen fahrlässiger Tötung belangt werden,³⁷ doch umgekehrt ist es durchaus zulässig, einen bereits wegen fahrlässiger Tötung Verurteilten mit einer zweiten Anklage wegen Totschlags oder Mordes zu überziehen, wenn sich nach neuen Ermittlungen herausstellt, dass eigentlich diese Tatbestände durch das Schwurgericht abzuurteilen gewesen wären.³⁸ Trotz nahezu identischer Sachverhalte zugelassen wurde auch eine zweite Anklage wegen Betrugs (*escroquerie*) nach einem Freispruch vom Vorwurf der Untreue (*abus de confiance*) und eine Anklage wegen Steuerbetrugs (*fraude fiscale*) nach einem Freispruch vom Vorwurf des Bankrotts (*banqueroute*).³⁹

2. Typische Wiederaufnahmeregelungen

Eine Wiederaufnahme des Verfahrens zugunsten wie auch zuungunsten eines Beschuldigten kennen z.B. Bulgarien⁴⁰, Dänemark,⁴¹ Deutschland⁴², England⁴³, Estland⁴⁴, Finnland⁴⁵, Griechenland⁴⁶, Norwegen⁴⁷, Österreich⁴⁸, Polen⁴⁹, Rumänien⁵⁰, Russland⁵¹, Schweden⁵², in der Slowakei⁵³ und in Ungarn.⁵⁴

³⁶ Zu Belgien, Spanien und Frankreich allgemein *de la Cuesta* RIDP 73 (2002), 673, 677 f.

³⁷ *Crim.*, 20 mars 1956, *Affaire Meyer, D.*, 1957, p. 33 note Hugueneu; *Debove/Falletti* a.a.O. (Fn. 33), S. 707; *Bouloc/Matsopoulou* a.a.O. (Fn. 33), § 886.

³⁸ *Crim.*, 19. mai 1983, *Affaire Laurent*, *bull. crim.*, n 149, *JCP*, 1985, II, 20385, note Jeandier; *Debove/Falletti* a.a.O. (Fn. 33), S. 708.

³⁹ *Debove/Falletti* a.a.O. (Fn. 33), S. 708, unter Verweis auf *Crim.*, 15 décembre 2004, *pourvoi n° 03-87.827*.

⁴⁰ Art. 421 bulg. StPO.

⁴¹ S. 976 dän. Gerichtsverfahrensgesetz.

⁴² § 362 StPO.

⁴³ Zur Wiederaufnahme zugunsten eines Verurteilten ss. 8-25 Criminal Appeal Act 1995; zur Wiederaufnahme zuungunsten eines Freigesprochenen ss. 54-57 Criminal Procedure and Investigations Act 1999 (*tainted acquittal exception*), ss. 75-82 Criminal Justice Act 2003 (*new and compelling evidence exception*); s. auch *Dennis* *Criminal Law Review* 2000, 933; *Roberts* *The Modern Law Review* 65 (2002), 393; krit. *Rudstein* *San Diego International Law Journal* 8 (2007), 387.

⁴⁴ §§ 365 ff. estn. StPO.

⁴⁵ Kapitel 31, ss. 8 und 9 finnisches Gerichtsverfahrensgesetz.

⁴⁶ Art. 526 f. griech. StPO; *Anagnostopoulos* RIDP 73 (2002), 965, 969 f.

⁴⁷ § 393 norw. StPO.

⁴⁸ § 355 österr. StPO.

⁴⁹ Art. 540 § 1 Nr. 1, 543(5) poln. StPO; *Kubicki* RIDP 73 (2002), 1037, 1043.

⁵⁰ Art. 393 ff. rum. StPO.

⁵¹ Art. 413 ff., insbesondere aber Art. 414(3) russ. StPO. Bemerkenswert ist, dass allein dem Staatsanwalt in seiner Rolle als Kontrollorgan über die Rechtmäßigkeit des Handelns der Strafverfolgungsbehörden ein Antragsrecht für die Einleitung eines Wiederaufnahmeverfahrens zu Gericht

a) Die Wiederaufnahme zugunsten eines Verurteilten

Die Wiederaufnahme *zugunsten* eines Verurteilten begründet sich typischerweise entweder darauf, dass der Entscheidung gefälschte Beweisdokumente oder falsche Zeugen- oder Sachverständigenangaben zugrunde lagen oder dass sich Verfahrensmitwirkende oder Dritte Straftaten zuschulde haben kommen lassen, die mit dem Verfahren in engem Zusammenhang stehen.⁵⁵ Zugunsten eines Verurteilten wirken auch widersprüchliche Aburteilungen⁵⁶ und generell alle neuen Tatsachenerkenntnisse oder Beweise, die zum Zeitpunkt des ersten Urteils noch unbekannt waren oder dem Gericht nicht rechtzeitig vorgelegt werden konnten. Die neuen Erkenntnisse müssen allerdings geeignet sein, einen Freispruch oder eine mildere Bestrafung auf der Grundlage eines neuen Strafgesetzes zu erreichen.⁵⁷ Der Maßstab für diesen Eignungstest variiert von Gesetzestext zu Gesetzestext. Es muss aber zumindest *möglich* oder *wahrscheinlich* erscheinen, dass das Verfahren bei Kenntnis der neuen Tatsachen und Beweise für den Verurteilten einen günstigeren Ausgang genommen hätte.⁵⁸ Manche Strafverfahrensordnungen belegen die Staatsanwaltschaft auch mit einer Informationspflicht gegenüber dem Verurteilten, sollte sie Kenntnis von neuen, dem Verurteilten günstigen Beweisen erhalten,⁵⁹ wobei dieses Informationsgebot

gebührt, und zwar sowohl zuungunsten wie zugunsten des Betroffenen; Art. 415 Abs. 1 russ. StPO.

⁵² Kapitel 58, ss. 2 und 3 Schwedisches Gerichtsverfahrensgesetz.

⁵³ Ss. 277 ff. slowak. StPO.

⁵⁴ Art. 392 ung. StPO; dazu *Gellér/Kis/Pólt* RIDIP 73 (2002), 989, 996.

⁵⁵ Z.B. Art. 422 Abs. 1 Nr. 2 bulg. StPO; § 359 Nr. 1-3 dt. StPO; § 366 Abs. 1-3 estn. StPO; Kapitel 31 s. 8 Nr. 1 u. 2 finnisches Gerichtsverfahrensgesetz; § 391 Nr. 1 norw. StPO; § 353 Nr. 1 österr. StPO; Art. 394 lit. b-d) rumän. StPO; Art. 413 Abs. 1, 2 und 3 russ. StPO; Kapitel 58 s. 2 Nr. 1-3 schwedisches Gerichtsverfahrensgesetz; zu Griechenland *Anagnostopoulos* RIDP 73 (2002), 965, 969 f.

⁵⁶ Z.B. Art. 662 Abs. 2 franz. StPO; Art. 457 Abs. 1 Nr. 1 nl. StPO; § 353 Nr. 3 österr. StPO; Art. 394 lit. e) rumän. StPO;

⁵⁷ Art. 422 Abs. 1 Nr. 1 und Nr. 3 bulg. StPO; §§ 359 Nr. 5, 363 dt. StPO; Kapitel 31 s. 8 Nr. 3 finnisches Gerichtsverfahrensgesetz; § 391 Abs. 3 norweg. StPO; § 353 Nr. 2 österr. StPO; Art. 540 § 1 Abs. 2 poln. StPO; Art. 384 Abs. 1 rumän. StPO; Art. 413 Abs. 1, 2 und 4 russ. StPO; s. 278(1) slowak. StPO; die Regelungen zur Strafmaßwiederaufnahme sind nicht einheitlich. Die strenge Ausschlussregelung in § 363 StPO ist aber eine deutsche Besonderheit.

⁵⁸ Besonders deutlich der englische Gesetzestext mit dem *real probability test* in s. 13(1) Criminal Appeal Act 1995; in anderen Gesetzestexten finden sich – in englischer Übersetzung – die Maßstäbe *likely* oder *probably*, z.B. in Kapitel 31 s. 8 Nr. 3 finnisches Gerichtsverfahrensgesetz; Kapitel 58 s. 2 Nr. 4 schwedisches Gerichtsverfahrensgesetz; § 391 Nr. 3 norw. StPO. Das niederländische Strafverfahrensrecht spricht von einem „ernstlichen Verdacht“, dass die Entscheidung anders ausgefallen wäre, Art. 457 Abs. 1 Nr. 2 nl. StPO. In Art. 622 Nr. 4 franz. StPO genügen entstehende „Zweifel“ an der Schuld. Art. 394 lit. a) rumän. StPO verlangt, dass die angegriffene Entscheidung wegen der neuen Erkenntnisse „unvernünftig“ erscheint.

⁵⁹ § 354 österr. StPO.

fairerweise aber auch dort gelten muss, wo das Gesetz hierzu schweigt.⁶⁰

In vielen kontinentaleuropäischen Strafverfahrensordnungen stellt die Verfassungswidrigkeit der einem Urteil zugrunde gelegten Strafnorm einen Wiederaufnahmegrund dar.⁶¹ Gravierender Rechtsfehler in der Auslegung oder Anwendung von Gesetzen können zumindest in den skandinavischen Ländern die Wiederaufnahme begründen.⁶² Wiederaufnahmebegründend wirkt ferner regelmäßig die Feststellung einer Konventionsverletzung durch den EGMR,⁶³ wobei zur deutschen Wiederaufnahmeregelung in § 359 Nr. 6 StPO an dieser Stelle angemerkt sei, dass die Norm auf Dauer europäischen Anforderungen auf Korrektur einer Konventionsverletzung nicht genügen wird, insbesondere dann nicht, wenn es um die Umsetzung von Urteilen geht, die der EGMR im Wege des Piloturteilsverfahrens gefällt hat. Die seit 2004 vom EGMR verfolgte Piloturteilsstrategie gestattet dem Gerichtshof, gleichartig gelagerte Beschwerden aus demselben europäischen Staat nur noch anhand eines Musterverfahrens und nicht mehr in massenhaften Parallelverfahren durchzuprüfen.⁶⁴ Sollten bei dieser Musterprüfung strukturell begründete Defizite des innerstaatlichen Rechts oder der innerstaatlichen Verwaltungspraxis zutage treten, stellt der Gerichtshof im Urteilenor diese Defizite und die daraus resultierenden Rechtsverletzungen fest und bezeichnet konkretere Maßnahmen, die der verurteilte Staat zu ergreifen hat, um die fortdauernde Konventionsverletzung zu beenden. Die weiter anhängigen Beschwerden in den Parallelverfahren werden vom EGMR für ungültig erklärt und aus dem Register gestrichen. Letzteres bedeutet aber, dass es nicht mehr zur der in § 359 Nr. 6 StPO vorausgesetzten Feststellung einer Konventionsverletzung im konkreten Einzelfall kommt. Dennoch muss der Staat auf den Urteilsspruch reagieren. Er könnte die Wiederaufnahme in den vom EGMR für erledigt erklärten Parallelverfahren natürlich jeweils durch gesondertes Gesetz anordnen,⁶⁵ doch besser wäre, § 359 Nr. 6 StPO generell auf Verletzungen der EMRK und anderer internationaler Verträge sowie auf Verletzungen des europäischen Gemeinschaftsrechts auszuweiten.⁶⁶

⁶⁰ *Grüner/Wasserburg* NStZ 1999, 286, 291.

⁶¹ § 79 Abs. 1 dt. BVerfGG; § 366 Nr. 6 estn. StPO; Art. 540 § 2 poln. StPO; Art. 413 Abs. 1,2 und 4 Nr. 1 russ. StPO.

⁶² Kap. 31 s. 8 Nr. 4 finnisches Gerichtsverfahrensgesetz; § 392 norw. StPO; Kapitel 58 s. 2 Nr. 5 schwedisches Gerichtsverfahrensgesetz; Art. 422 Abs. 1 Nr. 5 i.V.m. Art. 358 Abs. 1 Nr. 1-3 bulg. StPO.

⁶³ Art. 422 Abs. 1 Nr. 4 bulg. StPO; § 359 Nr. 6 dt. StPO; Art. 626-1 franz. StPO; Art. 458 Abs. 1 Nr. 3 nl. StPO; § 391 Nr. 2 norw. StPO; § 363a Abs. 1 österr. StPO; Art. 540 § 3 poln. StPO; Art. 413 Abs. 1,2 und 4 Nr. 1 russ. StPO.

⁶⁴ Zu dieser Strategie der „inzidenten Normenkontrolle“ *Breuer* EuGRZ 2008, 121; *Schmahl* EuGRZ 2008, 369.

⁶⁵ So geschehen in Italien mit der *legge Pinto* von 2001 zu überlangen Verfahren; *Schmahl* EuGRZ 2008, 368 (372); zum italienischen Kontumazialverfahren s. das Piloturteil EGMR *Sejdivić v. Italien*, Verfahren Nr. 56581/00, Urteil (Große Kammer) vom 1. März 2006.

⁶⁶ *Esser in Ahlbrecht u.a.* (Hrsg.), Internationales Strafrecht in der Praxis (2008), Rn. 350; *Ambos* ZStW 115 (2003), 583, 591; *Weigend* StV 2008, 39, 45; als Vorbild mag dienen § 391 Nr. 2 norw. StPO.

b) Wiederaufnahme *in malam partem*

Für die gegenwärtige deutsche Diskussion um eine Ausweitung der Wiederaufnahmegründe zuungunsten eines Beschuldigten in § 362 StPO⁶⁷ ist natürlich weitaus interessanter, unter welchen Bedingungen andere europäische Rechtsordnungen eine Wiederaufnahme zuungunsten eines Freigesprochenen zulassen. Wiederaufnahmen *in malam partem* gründen sich typischerweise auf gravierende Verfahrensmängel des Erstverfahrens, i.e. auf Beweisverfälschungen, falsche Zeugenangaben oder Straftaten von Mitwirkenden oder Dritten, die das Verfahrensergebnis zum Vorteil des Beschuldigten beeinflusst haben.⁶⁸ Soweit ersichtlich macht keine der hier untersuchten Strafverfahrensordnungen zur Voraussetzung, dass die gravierenden Mängel des Erstverfahrens dem Beschuldigten auch eindeutig zugerechnet werden können. Eine solche Bedingung würde auch nur Beweisschwierigkeiten generieren und an der Tatsache, dass ein gravierend defizitäres Strafverfahren vorlag, nichts ändern.⁶⁹

Für eine große Zahl von Strafverfahrensordnungen ist es auch ganz selbstverständlich, dass nachträgliche neue Tatsachenerkenntnisse oder Beweise eine Wiederaufnahme des Verfahrens zulasten eines Abgeurteilten ermöglichen, wenn die neuen Erkenntnisse entweder allein oder im Zusammenwirken mit den bereits bekannten Beweisen mit hoher Wahrscheinlichkeit darauf schließen lassen, dass der Betroffene die Tat oder eine schwerere Tat als die, wegen der er bereits abgeurteilt wurde, begangen hat.⁷⁰ Dabei wird in der Regel sogar die reine Strafmaßwiederaufnahme für zulässig erklärt, soweit die nachträglichen Erkenntnisse auf eine Straftat schließen lassen, die nach einem erheblich strengeren Strafgesetz zu beurteilen gewesen wäre. Rumänien und Russland ermöglichen eine Strafmaßwiederaufnahme sogar allein zu dem Zweck, eine strengere Bestrafung auf der Grundlage der Strafnorm zu erreichen, auf die sich bereits die Erstverurteilung stützte.⁷¹ Allerdings zeigen all diese Rechtsordnungen wiederum Bemühungen, die Wiederaufnahme *in malam partem* auf Ausnahmefälle zu beschränken. So ist in den skandinavischen Staaten die Wiederaufnahme auf das nachträgliche Zutagetreten solcher Straftaten beschränkt, die im Mindestmaß mit

⁶⁷ Gesetzesentwurf BR-Drs. 655/07 bzw. BT-Drs. 16/7597.

⁶⁸ Art. 422 Abs. 1 Nr. 1 und 2 bulg. StPO; § 362 Nr. 1-3 dt. StPO; für England: s. 54(1) Criminal Procedure and Investigations Act 1996; § 366 Nr. 1-3 estn. StPO; Kapitel 31 s. 9(1) finnisches Gerichtsverfahrensgesetz; § 393 Nr. 1 norw. StPO; § 355 Nr. 1 österr. StPO; Art. 394 lit. b)-d) rumän. StPO; Art. 413 Abs. 1, 2 und 3 russ. StPO; Kapitel 58 s. 3 Nr. 1 schwedisches Gerichtsverfahrensgesetz; s. 278 Abs. 4 slowak. StPO.

⁶⁹ *Scottish Law Commission* a.a.O. (Fn. 25), § 7.20; zur deutschen Regelung krit. *Grünwald ZStW* 120 (2008), 544, 575 f.

⁷⁰ Art. 422 Abs. 1 Nr. 1 bulg. StPO; für England: s. 75(1)-(2) Criminal Justice Act 2003; Kapitel 31 s. 9 Abs. 1 Nr. 2 finnisches Gerichtsverfahrensgesetz; § 393 Nr. 2 norw. StPO; Art. 394 lit. a) rumän. StPO; Art. 413 Abs. 1, 2 und 4, 414 Abs. 3 russ. StPO; Kapitel 58 s. 3 Nr. 2 schwedisches Gerichtsverfahrensgesetz; §§ 355 Nr. 2, 356 österr. StPO.

⁷¹ Art. 394 lit. a) rumän. StPO; Art. 413 Abs. 1, 2 und 4, 414 Abs. 3 russ. StPO.

einer Freiheitsstrafe von in Schweden einem⁷², in Finnland zwei⁷³ oder in Norwegen drei⁷⁴ Jahren bedroht sind. Manche Prozessordnungen binden die Wiederaufnahme an die Laufzeit der Strafverfolgungsverjährung⁷⁵ oder belegen die Staatsanwaltschaft mit Antragsfristen, typischerweise einer Halbjahres-⁷⁶ oder Jahresfrist⁷⁷ nach Kenntniserlangung von den neuen Fakten oder Beweisen. Zu erinnern ist zudem an die Rechtsprechung des EGMR mit der Bedingung, dass nur *fundamentale* Verfahrensmängel⁷⁸ und wirklich *neue* Fakten oder Beweise eine Wiederaufnahme begründen sollen, um nicht der Staatsanwaltschaft mit der Wiederaufnahme Mittel und Wege zu eröffnen, ein aus ihrer Sicht missglücktes Verfahren ohne gravierenden Anlass ein zweites Mal zur Verhandlung zu bringen.⁷⁹

3. Preisgabe von Rechtssicherheit durch Grenzkorrekturen? Die englische Diskussion um eine Wiederaufnahme *in malam partem*

Die in Deutschland geplante Reform des Wiederaufnahmerechts bei Freisprüchen von schwersten Verbrechen, d.h. von Mord, Völkermord, Verbrechen gegen die Menschlichkeit und Kriegsverbrechen, allesamt Straftaten, die keiner Verjährung unterliegen, wenn neue wissenschaftliche Techniken oder Erkenntnisse einen nachträglichen Tatnachweis gegen den Freigesprochenen ermöglichen,⁸⁰ wäre in Europa eine Besonderheit, selbst im Vergleich zu den Rechtsordnungen, die eine Wiederaufnahme zuungunsten des Beschuldigten aufgrund neuer Beweise kennen. Was die Reformpläne dabei vom Recht der anderen Staaten unterscheidet, ist die Halbherzigkeit, mit der sie sich vom Schutz der individuellen Rechtssicherheit abwenden. Der Reformentwurf behauptet, das in Deutschland bestehende Wiederaufnahmerecht bleibe trotz der geplanten teilweisen Durchbrechung des Schutzes vor Doppelverfolgung in seinen

⁷² Kapitel 58 S. 3 Nr. 2 schwedisches Gerichtsverfahrensgesetz.

⁷³ Kapitel 31 s. 9 Abs. 1 Nr. 2 finnisches Gerichtsverfahrensgesetz.

⁷⁴ § 393 S. 2 norw. StPO.

⁷⁵ Art. 526 griech. StPO, zit. nach *Anagnostopoulos RIDP* 73 (2002), 965, 970; Art. 414(3) russ. StPO; von einer Bindung an die Verjährungsfristen ausdrücklich abgesehen hat die Slowakei in s. 289 lit. a) slowak. StPO. In Deutschland ist die Bindung der Wiederaufnahme an die Verjährungsfristen umstritten. Rechtsprechung und Praxis lehnen sie ab; OLG Düsseldorf NJW 1988, 2251; *Gössel NStZ* 1988, 537; a.A. *KK/Schmidt*, StPO, 6. Auflage (2008), § 362 Rn. 7; *SK-Frister/Deiters* § 362 Rn. 20; *KMR/Eschelbach* § 362 Rn. 103.

⁷⁶ Art. 394 lit. a), 398 rumän. StPO; Art. 414 Abs. 3 russ. StPO.

⁷⁷ Art. 421 Abs. 1 i.V.m. Art. 422 Abs. 1 bulg. StPO; Kapitel 58 s. 4 Abs. 2 schwedisches Gerichtsverfahrensgesetz.

⁷⁸ Vgl. die französische Textfassung von Art. 4 Abs. 2 des 7. ZP-EMRK: „vice fondamental dans la procédure précédente“.

⁷⁹ *EGMR Pravednaya v. Russland*, Verfahren Nr. 65929/01, Urteil vom 18. November 2004, § 31.

⁸⁰ BR-Drs. 655/07; abl. *Grünwald ZStW* 120 (2008), 544; *Marxen/Tiemann ZIS* 2008, 188; *Scherzberg/Thiëe ZRP* 2008, 80.

Grundstrukturen unverändert.⁸¹ Das aber ist unzutreffend. Die Reform erwirkt nicht nur eine partielle Öffnung des Verbots *ne bis in idem* zugunsten der materiellen Gerechtigkeit, sie verlangt vielmehr eine Grundsatzentscheidung darüber, welchem der Prinzipien der individuellen Rechtssicherheit und materiellen Gerechtigkeit in Zukunft stärkeres Gewicht zukommen soll. Nach bisheriger Lesart des Art. 103 Abs. 3 GG hat die individuelle Rechtssicherheit Vorrang, soweit nicht das erste Strafverfahren derart fundamentale Verfahrensmängel aufweist, dass von einer rechtsförmigen Aburteilung nicht gesprochen werden kann,⁸² oder aber der Freigesprochene den mit Rechtskraft des Freispruchs eingetretenen Rechtsfrieden selbst zerstört, indem er sich öffentlich und glaubhaft der Tat berührt.⁸³ Wenn nun aber auch neue Beweismittel oder Ermittlungserkenntnisse den Weg in die Neuverhandlung eröffnen, steht nicht mehr nur die „Weiterentwicklung“ von Art. 103 Abs. 3 GG in Frage,⁸⁴ sondern eine klare Verschiebung des Schwergewichts im Spannungsfeld Rechtssicherheit und materielle Gerechtigkeit hin zum Pol der Gerechtigkeit.

Eine solche grundlegende Neugewichtung von Verfassungsprinzipien bedarf eingehender Begründung, doch die sucht man im Reformentwurf vergeblich. Hinweise auf ein mögliches „Austarieren“ von Prinzipien und „Grenzkorrekturen“ zu Art. 103 Abs. 3 GG⁸⁵ genügen zur Rechtfertigung dieses fundamentalen Perspektivenwechsel jedenfalls nicht. Daher mag die vor einiger Zeit in England zum selben Thema geführte Reformdiskussion Beispiel geben, wie man sich dieser Neugewichtung der Prinzipien Rechtssicherheit und materieller Gerechtigkeit im Recht der Wiederaufnahme argumentativ nähern könnte.⁸⁶ Dabei bin ich mir bewusst, dass es für die Diskussion um das Spannungsverhältnis zwischen materieller Gerechtigkeit und individueller Rechtssicherheit eigentlich gar keiner ausländischen Anreize bedarf, denn die entscheidenden Argumente lassen sich auch in den deutschen Quellen zur Reformation des Strafprozesses in der Mitte des 19. Jahrhunderts finden.⁸⁷ Von Interesse ist die zeitgenössische englische Gesetzgebungsdebatte vielmehr wegen ihrer gegenüber dem 19. Jahrhundert veränderten Prämissen, namentlich ihrer Einbettung in die Technologiebegeisterung und den Fortschrittsglauben des 21. Jahrhunderts. Denn erst das nahezu bedingungslose Vertrauen in die Erkenntnismöglichkeiten der modernen Kriminaltechnik vermag zu erklären, warum man

plötzlich derart bereitwillig auf rechtsstaatlich bewährte Schutzmechanismen gegen Übergriffe der staatlichen Gewalt verzichten will. Wahrheit und Gerechtigkeit erscheinen im heutigen Strafverfahren dank modernster Aufklärungstechnologie endlich greifbar. Wie könnten es da noch formale Begrenzungen der staatlichen Aufklärungsgewalt wagen, sich dem Geltungsanspruch der materiellen Gerechtigkeit entgegenzustellen?

a) Hintergrund: *Double jeopardy* in England

Vor einer Darstellung der Wiederaufnahmeregelungen des englischen Strafverfahrensrechts, sind einige Bemerkungen zu Inhalt und Reichweite des englischen Doppelverfolgungsverbots angebracht. Die angelsächsische *rule against double jeopardy* hat nie auch nur annähernd die Schutzwirkungen entfaltet, die sich mit den deutschen Vorgaben zum Strafklageverbrauch in Anknüpfung an den strafprozessualen Tatbegriff des § 264 Abs. 1 StPO erzielen lassen. Das englische Strafverfahrensrecht kennt keinen faktischen Tatbegriff. Gegenstand der englischen Aburteilung ist die Tat, wie sie sich aus der Faktenschilderung der Anklage in Verbindung mit der rechtlichen Würdigung des Sachverhalts durch die Staatsanwaltschaft ergibt.⁸⁸ Damit ist in England auch völlig anerkannt, dass über ein und denselben Tatsachenkomplex wiederholt Anklage erhoben werden kann, sofern dies nur unter jeweils anderem strafrechtlichen Gesichtspunkt geschieht.⁸⁹ Unzulässig wäre eine zweite Strafanklage nur, wenn sie Delikte zur Aburteilung bringt, die mit den bereits zuvor verhandelten Straftaten in allen rechtlichen und tatsächlichen Elementen identisch oder deren Unrechtselemente darin zumindest mit enthalten sind, denn dann hätten diese Delikte bereits zuvor mit abgeurteilt werden können (*per verdict of guilty of a lesser offence*).⁹⁰ Eine neue Aburteilung darf auch dann erfolgen, wenn im Nachhinein ein Sachverhaltselement neu hinzutritt, das eine Neubewertung der Tat erforderlich macht. Ein Vorgang, der zunächst als Körperverletzung (*assault*) abgeurteilt wurde, darf daher ein zweites Mal als Mord (*murder*) oder Totschlag (*homicide*) zur Anklage kommen, wenn das Opfer später an seinen Verletzungen verstirbt.⁹¹ Sollte sich der Angeklagte im Erstverfahren einer Falschaussage oder einer anderen Straftat der „Perversiön“ der Rechtspflege strafbar gemacht haben, um seinen Freispruch zu erwirken, so war es zwar bis 1996 unmöglich, den fehlerhaften Freispruch wieder aus der Welt zu schaffen, aber dafür durften die Gerichte für den Meineid

⁸¹ BR-Drs. 655/07, S. 2.

⁸² Um Beweisprobleme auszuschalten, weist § 362 Nr. 1-3 StPO § 362 StPO die Verantwortung für die Verfahrensm Manipulationen über eine unwiderlegliche Zurechnungsvermutung generell dem Verantwortungsbereich des Beschuldigten zu; Grünwald ZStW 120 (2008), 544, 575 (Fn. 172).

⁸³ § 362 Nr. 4 StPO; Grünwald ZStW 120 (2008), 544, 577; Marxen/Tiemann ZIS 2008, 188, 189 f.

⁸⁴ So der Gesetzesentwurf in BR-Drs. 655/07, S. 4.

⁸⁵ Ibid.

⁸⁶ *The Law Commission* (LAW COM No. 156), *Double Jeopardy*, 1999, §§ 4.5-4.12; <http://www.lawcom.gov.uk/docs/Cp156.pdf> (zuletzt besucht am 11 März 2009); *The Law Commission* (LAW COM No 267), *Double Jeopardy and Prosecution Appeals*, March 2001, §§ 4.2-4.22; [http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc267\(1\).pdf](http://www.lawcom.gov.uk/docs/lc267(1).pdf) (zuletzt besucht am 11. März 2009).

⁸⁷ Grünwald ZStW 120 (2008), 545, 561 ff.

⁸⁸ *Connelly v. DPP* [1964] AC 1254 = (1964) 48 Cr. App. R. 183, per *Lord Devlin* at p. 251: „[F]or the doctrine of *autrefois acquit* to apply, the defendant must have been put in peril for the same offence both in fact and law as that with which he was previously charged“; R v. *Beedie* [1997] 2 Cr. App. R 167 at pp. 170-171; zusammenfassend zur Rechtslage seit dem Criminal Justice Act 2003 *Sprack, A Practical Approach to Criminal Procedure*, 11th edition (2006) § 17.46.

⁸⁹ Zum gerichtlichen Ermessen R v. *Beedie* [1997] 2 Cr. App. R 167.

⁹⁰ *Connelly v. DPP* [1964] AC 1254 = [1964] 48 Cr. App. R. 183, per *Lord Morris of Borth-y-Gest* at p. 212; eingehend *Sprack* a.a.O. (Fn. 88), §§ 21.22-33.

⁹¹ R v. *Thomas* [1949] 33 Cr App R 167; für Schottland *Isabella Cobb or Fairweather* [1836] 1 Swinton 354; *Tees v. HMA* [1994] JC 12 per Lord Justice *Clerc Ross* at p. 16.

und die anderen Straftaten gegen die Rechtspflege sehr hohe Strafen auskehren.⁹² Die fehlerhaften Tatsachenfeststellungen des Ersturteils galten quasi als über die Folgeverurteilung wegen der Manipulationen korrigiert.⁹³ Angesichts derart vielfältiger Umgehungsmechanismen verwundert nicht, dass im englischen Strafprozess jahrzehntelang gar kein Bedarf nach rechtskraftdurchbrechenden Instituten bestand. Der Schutzzumfang der angelsächsischen *rule against double jeopardy* war derart eng zugeschnitten, dass sich ein Wiederaufnahmeverfahren erübrigte. Gleichzeitig macht sich seit Mitte des letzten Jahrhunderts in der englischen Strafverfahrensordnung ein Prozess bemerkbar, durch den sich das traditionell adversatorische Verfahren immer mehr vom Prinzip der formellen Unantastbarkeit eines verfahrensabschließenden (Erst-, später auch End-)Urteils löst und das Verfahren den Belangen der materiellen Wahrheit öffnet.⁹⁴ In England begann dieser Prozess mit der sukzessiven Einführung von Rechtsmittelrechten der Staatsanwaltschaft⁹⁵ und endete vorläufig in 1996 und 2003 mit der Einführung der Wiederaufnahme zuungunsten eines rechtskräftig Freigesprochenen, wenn der (Teil-)Freispruch auf gravierenden Verfahrensmanipulationen beruht (*tainted acquittal exception*)⁹⁶ oder die Tat nachträglich durch neue „zwingende“ Belastungsbeweise nachweisbar wird (*new and compelling evidence exception*).⁹⁷

b) Die englische Debatte zur Durchbrechung der Urteilsrechtskraft aufgrund neuer Beweise zuungunsten des Beschuldigten

Anstoß zur Debatte um die Einführung einer Wiederaufnahme zuungunsten eines Beschuldigten gaben in England und später dann auch in Schottland jeweils spektakulär gescheiterte Strafverfahren, deren Misslingen auf nachlässige Ermittlungspraktiken bis hin zu gravierendem polizeilichen Fehlverhalten zurückgeführt wird. Die Ermittlungen zu der rassistisch motivierten Ermordung des 18jährigen *Stephen Lawrence* in London am 22. April 1993 gelten heute z.B. als Paradebeispiel für polizeiliche Inkompetenz und institutionellen Rassismus.⁹⁸ In Schottland war es das Scheitern des „*World's End murder*

trial“, das den Gesetzgeber zur Befassung mit der Wiederaufnahme *in malam partem* anregte. Der *World's End murder trial* befasst sich mit den Sexualmorden an zwei 17jährigen Mädchen nahe Edinburgh im Oktober 1977. Bei beiden Tatopfern konnten Spermaspuren sichergestellt werden, die gut 25 Jahre später per DNA-Analyse einem Verdächtigen zugeordnet werden konnten. Dieser befand sich wegen anderer Sexualmorde bereits seit 1982 in lebenslanger Haft. Trotz einschlägiger Kriminalbiographie und DNA-Spuren am Mordwerkzeug sah sich der vorsitzende Richter aber nicht in der Lage, allein aus dem Nachweis eines Sexualkontakts zwischen dem Angeklagten und den Opfern im Zeitraum von bis zu zwölf Stunden vor deren Tod auch auf die Ermordung der Mädchen durch den Angeklagten zu schließen.⁹⁹ Erst nach Rechtskraft des Freispruchs stellte sich heraus, dass dem Angeklagten mit großer Wahrscheinlichkeit nicht nur die Morde im *World's End* Verfahren, sondern noch vier weitere Sexualmorde im Zeitraum zwischen 1970 und 1982 zugeordnet werden können – zusätzlich zu den Morden, für die er bereits 1982 und 2001 verurteilt worden war.

Das erstaunliche an beiden Verfahren ist, dass sie sich überhaupt nicht für eine Wiederaufnahme aufgrund neuer Belastungsbeweise zu eigenen scheinen. Im *World's End murder trial* hatten dem Gericht bereits sämtliche DNA-Spuren vorgelegen und das *Stephen Lawrence* Verfahren war daran gescheitert, dass die Tatzeugen die mutmaßlichen Täter in der Dunkelheit nicht hatten erkennen können, was sich auch in einem Wiederaufnahmeverfahren nicht beheben lässt. Dennoch war der öffentliche Aufschrei ob des Scheiterns dieser Verfahren hörbar genug, um den Gesetzgeber zur Diskussion um Bedeutung und Nutzen der formellen Urteilsrechtskraft und mögliche Ausnahmeregelungen zu veranlassen. In der Diskussion stritten auf der Seite der Befürworter der Wiederaufnahme *in malam partem* die Belange der materiellen Gerechtigkeit und das öffentliche Vertrauen in die Rechtsgültigkeit bzw. Legitimität (*legitimacy*), Zuverlässigkeit und Fehlerfreiheit (*accuracy*) strafgerichtlicher Endurteile; und auf der Seite derjenigen, die auf eine Endgültigkeit eines strafgerichtlichen Freispruchs bestanden, die Besorgnis um (i) eine möglicherweise erhöhte Gefahr fehlerhafter Verurteilungen (*the risk of wrongful conviction*), die sich aus der strategisch viel günstigeren Ausgangsposition der Anklage bei einer Verhandlung im zweiten Anlauf ergeben könnte, und die Besorgnis über (ii) unzumutbare Belastungen für den Beschuldigten aus dem wiederholten Strafverfahren (*the distress of the trial process*), zumal sich angesichts des strategischen Vorteils, in dem sich die Anklagebehörde im zweiten Verfahren typischerweise befindet, fraglich ist, ob dem Beschuldigten überhaupt noch ein faires Verfahren zugesichert werden kann. Beschworen wurde weiterhin (iii) die Bedeutung der Finalität abschließender Verfahrensentscheidungen (*the importance of finality in litigation*), gerade auch in Strafsachen, und die Notwendigkeit, (iv) Anreize für effiziente strafrechtliche Ermittlungs- und Verfolgungspraktiken zu schaffen (*the promotion of efficient investigation and prosecution*), damit die Anklagebehörde

⁹² Der Angeklagte darf im angelsächsischen Strafverfahren, wenn er sich denn für eine Aussage entscheidet, nur als vereideter Zeuge in eigener Sache mit dem daran anknüpfenden Strafbarkeitsrisiko aussagen; *Damaška* ZStW 87 (1975), 713, 716 (Fn. 6).

⁹³ DPP v. Humphrys [1977] AC 1; für Schottland HMA v. Cairns [1967] JC 37.; wegen der inzidenten Korrekturwirkung der Folgeverurteilung hat das Oberste Gericht von Queensland (Australien) in R v. Carroll [2002] HCA 55; [2002] 194, ALR 1, sogar eine Anschlussverurteilung des Freigesprochenen als Verstoß gegen die „rule against double jeopardy“ abgelehnt.

⁹⁴ Zur „formalen Wahrheit“ des adversatorischen Strafprozesses *Trüg*, Lösungskonvergenzen trotz Systemdivergenzen, 2003, S. 19.

⁹⁵ Dazu *Spencer* Criminal Law Review 2006, 677, 679 ff., 686 ff.

⁹⁶ Ss. 54-57 Criminal Procedure and Investigations Act 1996.

⁹⁷ Ss. 75-83 Criminal Justice Act 2003.

⁹⁸ *The Stephen Lawrence Inquiry*, February 1999, § 46.1, zu finden unter <http://www.archive.official-documents.co.uk/document/cm42/4262/4262.htm> (zuletzt besucht am 11. März 2009).

⁹⁹ „Judge Throws Out World'End Case“, BBC News, 10. September 2007, (http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/scotland/edinburgh_and_east/6986995.stm) (zuletzt besucht am 10. März 2009).

ihre Karten bereits im ersten Verfahren vollständig offen legt und nicht aus taktischen Gründen nur bruchstückweise Anklagen erhebt.¹⁰⁰ Äußerungen von wissenschaftlicher Seite ergänzten die Liste der Argumente gegen eine Wiederaufnahme zuungunsten des Beschuldigten um Befürchtungen, (v) mit der Wiederaufnahme von Strafverfahren könnten tief in den demokratischen Legitimationsgrundlagen des *jury trial* verwurzelte Entscheidungsbefugnisse der Geschworenen ausgehebelt werden, darunter insbesondere die Befugnis der Jury, das der Anklage zugrunde gelegte Strafgesetz für die Verurteilung außer Acht zu lassen (*right to jury nullification*) und den Angeklagten ungeachtet aller gegen ihn sprechenden Beweise in einer Art bürgerlichen Trotzreaktion gegen „ungerechte“ Gesetze freizusprechen (*jury power to acquit against the evidence*). Zudem gelte es, (vi) einer ineffizienten Nutzung der äußerst knappen Ressourcen von Gericht und Strafverfolgungsbehörden vorzubeugen (*conserving scarce prosecutorial and judicial resources*) und (vii) dem Staat oder einzelnen auf Verurteilung erpichten Staatsbediensteten ein Drangsalieren des Bürgers durch wiederholte Strafverfolgung von vornherein zu verwehren (*to prevent harassment*). Zuletzt wird gegen eine Wiederaufnahme zuungunsten des Freigesprochenen ins Feld geführt, dass (viii) ein Offenlegen von Unzulänglichkeiten des ersten Strafverfahrens dem öffentlichen Ansehen der Justiz und dem allgemeinen Vertrauen in das Rechtssystem weit mehr schaden könnte als ein Verzicht auf nachträgliche Korrektur des Fehlers im Wege der Wiederaufnahme (*maintaining the Public's respect and confidence in the legal system*).¹⁰¹

Über das letztgenannte Argument lässt sich, wie auch über andere auf der Liste, trefflich streiten. Ob nun die rückblickende Offenbarung von Justizirrtümern mehr Bürgervertrauen verspielt als die Nichtkorrektur eines als höchstwahrscheinlich fehlerhaft erkannten Urteils, wird man mangels empirischer Forschung auf diesem Gebiet dem Standpunkt des Betrachters überlassen müssen. Jedenfalls aber wäre es verfehlt, die Entscheidung für oder gegen einen Vorrang der Rechtssicherheit vor der materiellen Gerechtigkeit von einem vermeintlichen Bürgervertrauens in die Unfehlbarkeit des nationalen Justizsystems abhängig zu machen. Es ist auch nicht empirisch nachgewiesen, dass die Erneuerung der Strafverhandlung tatsächliche höhere Fehlerurteilsrisiken birgt. Ausgehend von der Prämisse, dass (auch) im zweiten Strafverfahren rechtsstaatliche Standards gewahrt und sämtliche schuld- und strausspruchrelevanten Tatsachenfeststellungen entsprechend der Beweisregel *beyond reasonable doubt* getroffen werden, dem Angeklagten also Tatbeteiligung und Tatschuld jenseits aller vernünftiger Zweifel und zur Überzeugung der Richter nachzuweisen sind, sollte das Fehlerurteilsrisiko im zweiten Versuch jedenfalls nicht höher sein als im ersten. Solange es an empirisch verifizierten und verifizierbaren Daten zum Fehlerurteilsrisiko in Strafverfahren mangelt, wird man das Fehlerurteilsargument damit in den Bereich der bloßen

Mutmaßungen verweisen müssen.¹⁰² Natürlich können sich die Verurteilungschancen zuungunsten des Angeklagten verschieben, wenn es der Staatsanwaltschaft gelingt, aus der Wiederholung der Beweisaufnahme bei nunmehr vorhersehbarer Verteidigungsstrategie einen taktischen Vorteil zu schlagen.¹⁰³ Im angelsächsischen Parteiverfahren, in dem Vortragskalkül und Überraschungseffekte immer noch ihren festen Platz haben, mag ein solcher strategischer Vorteil auch nicht von der Hand zu weisen sein. Dennoch streitet das Strategieargument nicht zwingend für ein Verbot der Wiederaufnahme, sondern vielmehr nur dafür sicherzustellen, dass die Strafverfolgungsbehörde von Anfang an mit offenen Karten spielt und den gesamten Sachverhalt bereits im Erstverfahren umfassend ermittelt und zur Anklage bringt.¹⁰⁴ Eine gewissenhaft-erschöpfende Sachverhaltsaufklärung lässt sich dann aber sinnvoller mit einer Reform des angelsächsischen Anklageprinzips zugunsten eines faktischen Tatbegriffs erwirken, wie ihn seit Februar 2009 auch der EGMR fordert.¹⁰⁵ Strategischem Anklagekalkül wäre so ein Riegel vorgeschoben und die effiziente Nutzung öffentlicher Ressourcen gesichert.

Für den englischen Gesetzgeber standen dann auch nicht Strategieargumente oder Fehlerurteilsrisiken im Vordergrund, sondern der mit dem Gehalt einer Freiheitsgarantie aufgeladene Aspekt der *Finalität* strafrechtlicher Endentscheidungen und – damit eng verbunden – die Gefahr der Schikane eines zwar rechtskräftig freigesprochenen, von den Ermittlungsbehörden jedoch weiterhin als tatverdächtig drangsalieren Bürger.¹⁰⁶ Das Prinzip der Finalität versichert in seiner psychologischen Dimension dem Einzelnen das Ende jeder staatlichen Verfolgung und Erholung von den erlittenen Belastungen sowie die Chance auf einen Neuanfang. Die Verdächtigungen und Heimsuchungen durch staatliche Behörden haben ihr Bewenden. Weitere Informationseingriffe oder „*fishing expeditions*“ in der Sphäre des Betroffenen haben keine rechtliche Grundlage mehr. Die Finalität entspricht in ihrer psychologischen Dimension damit der Zusage von Planungssicherheit.¹⁰⁷ Über diesen psychologischen Aspekt der Planungssicherheit hinaus verbindet sich mit der Anerkennung der Finalität strafrechtlicher Endurteile aber auch eine zentrale verfassungsrechtliche Wertentscheidung. Eine Rechtsordnung, die bereit ist, der Rechtskraft eines Freispruchs auch noch dann Beachtung zu zollen, wenn eine Mehrfachverfolgung im Interesse von Allgemeinheit und der materiellen Gerechtigkeit begründbar erscheint, bekennt sich zur Wertschätzung individueller Freiheitsräume und damit zur aufgeklärten liberalen Rechtstradition. Sie akzeptiert, dass eine unachtsichtige endlose Strafverfolgung zwar möglicherweise eine Annäherung an die Wahrheit, jedoch nicht unbe-

¹⁰⁰ LAW COM No. 156 a.a.O. (Fn. 86) §§ 4.5-4.12; LAW COM No 267 a.a.O. (Fn. 86), §§ 4.2-4.22; *Scottish Law Commission* a.a.O. (Fn. 25).

¹⁰¹ *Rudstein* San Diego International Law Journal 8 (2007), 387, 414 ff.

¹⁰² *Roberts* The Modern Law Review 65 (2002), 393, 399 ff., 402; *Dennis* Criminal Law Review 2000, 933, 939.

¹⁰³ LAW COM No. 156 a.a.O. (Fn. 86), § 4.5.

¹⁰⁴ LAW COM No. 156 a.a.O. (Fn. 86), §§ 4.11; *Dennis* Criminal Law Review 2000, 933, 941 f.

¹⁰⁵ *Zolotukhin v. Russland* a.a.O. (Fn. 7) § 79.

¹⁰⁶ LAW COM No 267 a.a.O. (Fn. 86), §§ 4.2-4.22; zu entsprechenden Überlegungen in Deutschland Mitte des 19. Jahrhunderts *Grünwald* ZStW 120 (2008), 545, 556 f.

¹⁰⁷ *Roberts* The Modern Law Review 65 (2002), 393, 405, 408; LAW COM No 267 a.a.O. (Fn. 86), §§ 4.11-4.13.

dingt mehr Gerechtigkeit bringt,¹⁰⁸ und dass dem Bürger formale Abwehrmechanismen an die Hand zu geben sind, um dem Staat bei Übergriffen in seine Freiheitsräume Grenzen zu ziehen.¹⁰⁹ Hat der Bürger die Strafverfolgung einmal erduldet und seinen Freispruch nach allen Regeln des Rechts erkämpft, hat er seinen Teil des Sozialvertrags erfüllt. Nun liegt es am Staat, im Gegenzug seinen Teil der Vereinbarung einzuhalten und den Bürger von jeder weiteren Verfolgung freizustellen.¹¹⁰ Das Doppelverfolgungsverbot avanciert so zum Symbol der Rechtsstaatlichkeit. Es versichert, dass die Inanspruchnahme des Einzelnen durch den Staat Grenzen kennt und die Unterordnung seiner individuellen Autonomie unter die Belange der Gemeinschaft nicht von Dauer ist.¹¹¹

Aus diesem Verständnis des Doppelverfolgungsverbots als liberale Grundsatzentscheidung eines freiheitlich-demokratischen Rechtssystems zog die englische *Law Commission* nun allerdings nicht die Konsequenz, dass Ausnahmen zum Grundsatz der formellen Rechtskraft generell unzulässig wären. Ausnahmen sollten vielmehr dann möglich sein, wenn sie so präzise und eng formuliert sind, dass sie die Funktion des Verbots als Begrenzung staatlicher Strafverfolgungsgewalt nicht in Frage stellen. Wiederaufnahmen zuungunsten eines Freigesprochenen auf der Grundlage neuer glaubhafter Beweise sollten daher ausschließlich bei Mord und Völkermord gebilligt werden – und auch dann nur, wenn die Fehlerhaftigkeit des Freispruchs geradezu ins Auge springt.¹¹² Bei diesem Ergebnis fühlt man sich unweigerlich an den in Deutschland diskutierten Gesetzesentwurf zur Wiederaufnahme erinnert, der die Korrektur von rechtskräftigen Freisprüchen ebenfalls nur für Mord, Völkermord, Kriegsverbrechen oder Verbrechen gegen die Menschlichkeit ins Auge fasst und dabei hofft, dass der Kern des Doppelverfolgungsverbot durch derartige „Grenzkorrekturen“ unangetastet bleibt. Doch diese Hoffnung trügt. Die Prinzipien der Rechtssicherheit und der materiellen Gerechtigkeit lassen sich in keinem Kompromiss zusammenführen. Man muss sich nur das weitere Schicksal des Gesetzgebungsvorschlags der *Law Commission* ansehen, um die nächsten Stufen in der Erosion des Grundsatzes der Rechtssicherheit vorherzusagen. Die von der *Law Commission* so vorsichtig formulierten „Grenzkorrekturen“ dienten dem englischen Gesetzgeber im Folgenden als Hebelpunkte, um mit einem flammenden Plädoyer für noch mehr materielle Gerechtigkeit das gesamte Doppelverfolgungsverbot aus den Angeln zu heben. Eine Wiederaufnahme zuungunsten eines Freigesprochenen darf gemäß ss. 75-83 *Criminal Justice Act 2003* heute immer dann erfolgen, wenn neues und „zwingendes“ Beweismaterial (*new and compelling evidence*) den Nachweis einer der in Anhang 5, Teil 1 zum *Criminal Justice Act 2003* genannten schweren Straftaten ermöglicht. Die Liste in Anhang 5, Teil 1 zum *Criminal Justice Act 2003* hört aber nicht bei Mord oder Völkermord auf,

sondern umfasst einen mehrseitigen Katalog weiterer schwerer Straftaten, darunter Straftaten gegen das Leben, schwere Sexual- und Betäubungsmitteldelikte, Brandstiftungs- und Explosionsstraftaten und Terrorismus- und Völkerrechtsverbrechen. Die eng umrissenen Ausnahmeregelungen aus dem Vorschlag der *Law Commission* wurden so zu Einbruchsstellen, aus denen heraus der Gesetzgeber die vollständige Unterhöhnung der individuellen Rechtssicherheitsgarantie betrieb. Denn das Argument der materiellen Gerechtigkeit ist gerade in seiner Überhöhung ein K.o.-Argument.¹¹³ Eröffnet man ihm nur überhaupt die Chance, mit dem Grundsatz der individuellen Rechtssicherheit in Abwägung zu treten, so wird das Argument der Gerechtigkeit dieses fundamentale Strukturprinzip der aufgeklärt-liberalen Rechtstradition mühelos mit einer impulsiven Beschwörung der „Un-erträglichkeit“ eines fehlerhaften Urteils aus den Angeln heben. Das englische Beispiel zeigt, dass der Schutz des Doppelverfolgungsverbot in seiner heute in Art. 103 Abs. 3 GG ausgeformten Gestalt keinen noch so geringfügigen „Grenzkorrekturen“ zugänglich gemacht werden darf. Zumindest nicht, wenn man an der Struktur eines freiheitlich-demokratischen Rechtssystems weiterhin festhalten will.¹¹⁴

IV. Funktion der Wiederaufnahme in grenzüberschreitenden Strafverfahren

Der letzte Teil dieses Beitrags soll die Brücke zum europäischen Strafverfahren und dort zu den Mechanismen der grenzübergreifenden Zusammenarbeit in Strafsachen schlagen, über die auch fremdes Wiederaufnahmerecht innerstaatlich relevant wird.

1. Bezugspunkte zur Wiederaufnahme im Recht der dritten Säule

Der Vertrag von Amsterdam von 1997 hat EU- und EG-Vertrag um das Ziel der Errichtung eines „Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts“ erweitert.¹¹⁵ Zur „polizeilichen und justiziellen Zusammenarbeit“ in der dritten Säule der EU zählen u.a. der so genannte „Schengen-Besitzstand“¹¹⁶ sowie zahlreiche unionsrechtliche Übereinkommen über die europäische Rechtshilfe in

¹¹³ Ebenso *Grünwald* ZStW 120 (2008), 545, 556.

¹¹⁴ Noch weitergehend *Neumann* a.a.O. (Fn. 111), S. 666, der § 362 StPO ganz abschaffen will. S. 54 *Criminal Justice Act 2003* führte bislang nur ein einziges Mal zur Korrektur eines Freispruchs im Anschluss an ein glaubhaftes Geständnis in *R v. Dunlop* [2006] EWCA Crim 1354; [2007] 1 WLR 1657; mangels Glaubhaftigkeit des späteren Geständnisses abgelehnt wurde die Wiederaufnahme in *R v. Miell* [2007] EWCA Crim 3130; [2008] 1 WLE 627.

¹¹⁵ Vgl. die Präambel und Art. 2, 4. Spiegelstrich EU-Vertrag sowie Art. 29 und Art. 40 EU; im EG-Vertrag s. Art. 61 EG und aus den Protokollen zu EU- und EG-Vertrag Protokoll Nr. 2 über die Einbeziehung des Schengen Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union (1997).

¹¹⁶ Art. 1 Protokoll (Nr. 2) zur Einbeziehung des Schengen-Besitzstands in den Rahmen der Europäischen Union vom 2. Oktober 1997, ABIEG Nr. C 340, S: 93 vom 10. November 1997, ferner die Beschlüsse des Rates 1999/435 und 436/EG vom 20. Mai 1999, ABIEU Nr. L 176, S. 1 und 17 vom 10. Juli 1999.

¹⁰⁸ *Grünwald* ZStW 120 (2008), 545, 557.

¹⁰⁹ *Roberts* *The Modern Law Review* 65 (2002), 393, 410 f.; LAW COM No 267 a.a.O. (Fn. 86), § 4.17.

¹¹⁰ *Roberts* *Criminal Law Review* 2000, 952 (953); LAW COM No 267 a.a.O. (Fn. 86), § 4.19.

¹¹¹ LAW COM No 267 a.a.O. (Fn. 86), §§ 4.18-4.19; *Neumann*, in: *Festschrift für Jung* (2006), S. 664.

¹¹² LAW COM No 267 a.a.O. (Fn. 86), §§ 4.22, 4.29-4.32, 4.41.

Strafsachen¹¹⁷ In den Schlussfolgerungen von Tampere von 1999 wurde die politische Leitlinie des „Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung“ von gerichtlichen Entscheidungen und Urteilen formuliert.¹¹⁸ Dieser Grundsatz ist Eckstein der justiziellen Zusammenarbeit in Zivil- und Strafsachen. Im Vertrag von Lissabon sollte er als Leitprinzip sogar dem Kapitel über die justizielle Zusammenarbeit in Strafsachen vorangestellt werden.¹¹⁹ Dem Grundsatz der gegenseitigen Anerkennung entstammen zahlreiche europäische Rechtshilfeinstrumente wie z.B. der Europäische Haftbefehl,¹²⁰ die europäische Einziehungsentscheidung¹²¹ oder die europäischen Beweisanordnung.¹²² Geldstrafen und Geldbußen,¹²³ freiheitsentziehende Strafen oder andere freiheitsentziehende Maßnahmen¹²⁴ sind heute ebenso europaweit vollstreckbar wie Bewährungsentscheidungen¹²⁵ oder Berufsverbote¹²⁶.

Zwar enthält keines der genannten Rechtshilfeinstrumente eigene Regelungen zur Wiederaufnahme in Straf-

verfahren, sie setzen aber zum Teil die Existenz eines nationalen Wiederaufnahmeverfahrens voraus. So erklärt Art. 5 Nr. 1 des Rahmenbeschlusses über den Europäischen Haftbefehl (RB-EuHb), dass sich der Staat, der um Übergabe einer in Abwesenheit verurteilten Person ersucht wird, vom haftbefehlausstellenden Staat eine Zusage ausbedingen kann, dass diese Person nach der Überstellung die Möglichkeit haben wird, eine „Wiederaufnahme“ des Verfahrens zu beantragen. Diese Zusage bezieht sich aber weniger auf Wiederaufnahmen im klassischen Sinn als auf Rechtsbehelfe, die einen *in absentia* Verurteilten ohne größere Zulässigkeitschancen befähigen, eine Neuverhandlung in der Sache anzustrengen und darüber die Aufhebung des Urteils und eine völlig neue Entscheidung über alle tatsächlichen und rechtlichen Aspekte des Falles herbeizuführen.¹²⁷ Die klassische Wiederaufnahme eignet sich hierfür nur bedingt, namentlich, wenn auf die sonst im Aditions- und Probationsstadium geprüften Zulassungsvoraussetzungen verzichtet wird.¹²⁸

Ansonsten findet sich in den europäischen Rechtshilfeinstrumenten mehrfach der Grundsatz formuliert, dass eine europaweit vollstreckbare Entscheidung grundsätzlich nur im Entscheidungsstaat durch Wiederaufnahme angefochten werden kann. Der Vollstreckungsstaat kann die Vollstreckung der Entscheidung unter bestimmten Voraussetzungen ablehnen, ist aber zur Aufhebung der Entscheidung nicht befugt.¹²⁹ Hier ist vor allem ein Bereich auszumachen, in dem ein Staat gezwungenermaßen mit dem Wiederaufnahmerecht eines anderen EU-Staates konfrontiert wird, namentlich bei Anwendung des transnationalen Doppelbestrafungsverbots aus Art. 54 SDÜ.

2. Anerkennung fremder Urteilswirkungen – Art. 54 SDÜ

Das transnationale Doppelverfolgungsverbot in Art. 54 SDÜ ist wesentlicher Pfeiler der Unionspolitik zur Errichtung eines einheitlichen Raumes der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts (Art. 29 Abs. 1 EU). Die EU als Binnenmarkt versichert jedem Unionsbürger, diskri-

¹¹⁷ Z.B. das Übereinkommen über die Auslieferung zwischen Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU-AÜÜbk) vom 27. September 1996, ABIEG Nr. C 313, S. 11 vom 23. Oktober 1996, BGBl. 1999, II S. 705, und das Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union (EU-RhÜbk) vom 29. Mai 2000, ABIEG Nr. C 197, S. 1 vom 12. Juli 2000; BGBl. 2000 II, S. 650 vom 22. Juli 2005.

¹¹⁸ Vgl. dazu auch das an Tampere anknüpfende Maßnahmenprogramm des Rates zur Umsetzung des Grundsatzes der Europäischen Anerkennung gerichtlicher Entscheidungen in Strafsachen, ABIEG Nr. C 12, S. 10 vom 15. Januar 2001, und das hieran anschließende „Haager Programm zur Stärkung von Freiheit, Sicherheit und Recht in der Europäischen Union“ – Schlussfolgerungen des Vorsitzes, Anlage I, ABIEG Nr. C 53, S. 1 vom 3. März 2005.

¹¹⁹ Art. 82 Abs. 1 AEUV; Heger ZIS 2007, 547, 548.

¹²⁰ Rahmenbeschluss des Rates über den Europäischen Haftbefehl und die Übergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten vom 13. Juni 2002 (RB-EuHb), ABIEU Nr. L 190, S. 1 vom 18. Juli 2002; zuletzt umgesetzt in BGBl. 2006 I, S. 1721 vom 25. Juli 2006.

¹²¹ Rahmenbeschluss des Rates vom 6. Oktober 2006 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Einziehungsentscheidungen, ABIEU Nr. L 328, S. 59 vom 24. November 2006.

¹²² Rahmenbeschluss des Rates vom 18. Dezember 2008 über die Europäische Beweisanordnung zur Erlangung von Sachen, Schriftstücken und Daten zur Verwendung in Strafsachen, ABIEU Nr. L 350, S. 72 vom 30. Dezember 2008.

¹²³ Rahmenbeschluss des Rates vom 24. Februar 2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen, ABIEU Nr. L, S. 16 vom 22. März 2005.

¹²⁴ Rahmenbeschluss des Rates vom 27. November 2008 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile in Strafsachen, durch die eine freiheitsentziehende Strafe oder Maßnahme verhängt wird, für die Zwecke ihrer Vollstreckung in der Europäischen Union, ABIEU Nr. L 327, S. 27 vom 5. Dezember 2008.

¹²⁵ Rahmenbeschluss des Rates vom 27. November 2008 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile und Bewährungsentscheidungen im Hinblick auf die Überwachung von Bewährungsmaßnahmen und alternativen Sanktionen, ABIEU Nr. L 337, S. 102 vom 16. Dezember 2008.

¹²⁶ Rahmenbeschluss des Rates über die Durchführung und den Inhalt des Austauschs von Informationen aus dem Strafregister zwischen den Mitgliedstaaten vom 26. Februar 2009, ABIEU Nr. L 93, S. 23 vom 7. April 2009.

¹²⁷ § 83 Nr. 3 IRG und Sejdović v. Italien a.a.O. (Fn. 65), §§ 82 ff.; EGMR Somogyi v. Italien, Verfahren Nr. 67972/01, Urteil vom 18. Mai 2004, § 66.

¹²⁸ So wie in Art. 422 Abs. 1 Nr. 6, 423 bulg. StPO.

¹²⁹ Der Grundsatz entstammt Art. 10 Abs. 2 des Europäischen Übereinkommens des Europarats über die internationale Geltung von Strafurteilen vom 28. Mai 1970; vgl. ferner Art. 11 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 24. Februar 2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen, ABIEU Nr. L, S. 16 vom 22. März 2005; Art. 19 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 27. November 2008 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile in Strafsachen, durch die eine freiheitsentziehende Strafe oder Maßnahme verhängt wird, für die Zwecke ihrer Vollstreckung in der Europäischen Union, ABIEU Nr. L 327, S. 27 vom 5. Dezember 2008; Art. 19 Abs. 2 Rahmenbeschluss des Rates vom 27. November 2008 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile und Bewährungsentscheidungen im Hinblick auf die Überwachung von Bewährungsmaßnahmen und alternativen Sanktionen, ABIEU Nr. L 337, S. 102 vom 16. Dezember 2008.

minierungsfrei von seinen Freizügigkeitsrechten Gebrauch machen zu können. Damit aber das Recht auf Freizügigkeit nicht durch sich überschneidende oder gar widersprüchliche nationale Rechtspraktiken in Gefahr gerät, muss die EU nach Möglichkeit einen einheitlichen Binnenrechtsraum einrichten.¹³⁰ Die Gefahr der Mehrfachverfolgung wegen derselben Tat durch verschiedene Mitgliedstaaten, die sich allesamt materiell-rechtlich eine Kompetenz zur Verfolgung dieser Tat zugeschrieben haben, würde dem Recht auf Freizügigkeit eines Beschuldigten faktisch ein Ende bereiten. Er müsste sich selbst nach einer abschließenden Verfahrensentscheidung in einem Staat immer noch von den weiteren aburteilungsunwilligen Rechtsordnungen fernhalten. Ein einheitlicher Raum der Freiheit, der Sicherheit und des Rechts setzt also voraus, dass das Verbot der Doppelverfolgung auch im Verhältnis der Mitgliedstaaten untereinander gilt.¹³¹ Hier greift das transnationale *ne bis in idem* aus Art. 54 SDÜ ein.

Der Strafklageverbrauch nach Art. 54 SDÜ umfasst nach dem Verständnis des Europäischen Gerichtshofs (EuGH) einen gesamten Komplex „unlösbar miteinander verbundener Tatsachen, unabhängig von der rechtlichen Qualifizierung der Tatsachen oder von dem geschützten Interesse“.¹³² Für Tatidentität genügt, wenn die in den verschiedenen Mitgliedstaaten angeklagten „materiellen Taten in zeitlicher und räumlicher Hinsicht sowie nach ihrem Zweck einen untrennbaren Komplex bilden.“¹³³ Auf die unterschiedliche rechtliche Qualifikation eines Verhaltens in den verschiedenen Mitgliedstaaten, z.B. einer Drogenschmuggelfahrt als Aus- respektive Einfuhr von Betäubungsmitteln, kommt es nicht an.¹³⁴ Zu einem untrennbaren Handlungskomplex zusammenzuziehen sind aber auch zeitlich aufeinanderfolgende Tathandlungen, die sich auf ein identisches oder zumindest teilidentisches Tatobjekt beziehen. Eine einheitliche Tat ist damit z.B. auch die unerlaubte Übernahme von Betäubungsmitteln oder geschmuggelter Ware in einem Mitgliedstaat und der anschließende Besitz oder Verkauf der übernommenen Ware in einem anderen Mitgliedstaat.¹³⁵ Allein ein einheitlicher Tatvorsatz aber genügt nicht, um Tatidentität zwischen mehreren Handlungskomplexen in verschiedenen Staaten herzustellen. Der Handel mit Betäubungsmitteln in einem Mitgliedsstaat ist daher nicht identisch mit dem Besitz von aus diesem Handel stammenden Geldbeträgen oder mit dem In-Umlauf-Bringen von Geldbeträgen gleicher Herkunft in Wechselstuben eines anderen Mitgliedstaates.¹³⁶

¹³⁰ Heger ZIS 2007, 547 f.; ders. HRRS 2008, 413, 414.

¹³¹ Heger ZIS 2007, 547, 548; Radtke a.a.O. (Fn. 2), S. 302.

¹³² EuGH „Van Esbroek“ StraFo 2004, 150, 152 (§ 42) m. zust. Anm. Radtke NSStZ 2008, 162; „Kretzinger“, NJW 2007, 3412, 3414 (§ 37); „Van Straaten“, JZ 2007, 245, 246 (§ 48) m. Anm. Kühne; „Kraaijenbrink“, NSStZ 2008, 164, 165 (§ 36).

¹³³ EuGH „Van Esbroek“, StraFo 2004, 150, 151 (§ 38); „Kraaijenbrink“, NSStZ 2008, 164, 165 (§ 28).

¹³⁴ EuGH „Van Esbroek“, StraFo 2004, 150, 151 f. (§ 37); „Van Straaten“, JZ 2007, 245.

¹³⁵ EuGH „Kretzinger“, NJW 2007, 3412, 3414 (§ 37); „Gasparini u.a.“, StV 2007, 113, 114 (§§ 53-55).

¹³⁶ EuGH „Kraaijenbrink“, NSStZ 2008, 164, 165 (§ 36).

An die „rechtskräftige Aburteilung“ der Tat in einem anderen Mitgliedsstaat, wie sie Art. 54 SDÜ weiter verlangt, stellt der EuGH keine allzu hohen Anforderungen. Neben abschließenden Strafurteilen können auch gerichtliche oder staatsanwaltschaftliche Einstellungsverfügungen hierfür genügen. Voraussetzung ist nur, dass die Einstellung an die Erfüllung bestimmter Auflagen anknüpft, damit das strafbare Verhalten als gleichsam im Wege der Auflagen geahndet gelten kann. Außerdem muss die Einstellung nach nationalem Recht strafklageverbrauchende Wirkung haben.¹³⁷ Auf das in Art. 54 SDÜ ansonsten noch genannte Vollstreckungselement – der Wortlaut verlangt, dass die Sanktion bereits vollstreckt ist, gerade vollstreckt wird oder nach dem Recht des Urteilsstaates nicht mehr vollstreckt werden kann – kommt es nicht an.¹³⁸ Der Strafklageverbrauch tritt selbst dann ein, wenn die Strafe im Urteilsstaat zu keinem Zeitpunkt vollstreckt werden konnte. Kann sich also ein Verurteilter wie im Fall *Klaus Bourquain*¹³⁹ der Vollstreckung des verhängten Urteils jahrelang durch Flucht entziehen, um letztlich von einer Generalamnestie und dem Ablauf der Verfolgungsverjährung zu profitieren, ist eine weitere Strafverfolgung in anderen Mitgliedstaaten unzulässig.

Kurzum, der EuGH weist die Mitgliedstaaten unmissverständlich an, dem jeweils anderen Strafjustizsystem zu vertrauen und die Aburteilung nach dem fremden Strafrecht selbst dann noch als bindend zu akzeptieren, wenn eine Aburteilung nach eigenem nationalen Recht ein anderes Ergebnis erbracht hätte.¹⁴⁰ Ungeklärt ist aber, welche Wirkungen der transnationale Strafklageverbrauch für die Wiederaufnahme von Strafverfahren entfaltet und ob Art. 54 SDÜ die Fortsetzung eines Strafverfahrens hindert, nachdem zwar eine Einstellungsverfügung ergangen, die nationalen Strafverfolgungsbehörde aber aufgrund neuer Erkenntnisse in der Sache der Auffassung ist, die Tat noch unter anderen tatsächlichen oder rechtlichen Gesichtspunkten weiterverfolgen zu müssen.¹⁴¹ Das nationale Wiederaufnahmerecht als solches bleibt vom Doppelverfolgungsverbot unberührt. „Rechtskraft“ einer Entscheidung bedeutet nicht, dass die rechtskräftige Aburteilung auf Ewig Bestand haben muss.¹⁴² Doch wer dürfte eine Wiederaufnahme verfügen? Ausschließlich ein Gericht des Erstverfolgungsstaates nach

¹³⁷ Zur niederländischen *Transactie* und zu § 153a i.V.m. § 153 Abs. 1 S. 2 StPO s. EuGH „Gözütök und Brügge“, NSStZ 2003, 332, 333 (§ 48) m. zust. Anm. Radtke/Busch NSStZ 2003, 281; Radtke a.a.O. (Fn. 2), S. 304; abl. dagegen *Rübenstahl/Krämer* HRRS 2008, 65, 69 ff.

¹³⁸ Das Vollstreckungselement in Art. 54 SDÜ ist überflüssig; Heger HRRS 2008, 413, 415 f.; Vogel a.a.O. (Fn. 2), S. 890.

¹³⁹ EuGH „Bourquain“, StraFo 2009, 16.

¹⁴⁰ EuGH „Gözütök und Brügge“, NSStZ 2003, 332, 333 (§ 37); „Van Esbroek“, StraFo 2004, 150, 151 (§ 30); „Gasparini u.a.“, StV 2007, 113 (114 § 30); „Van Straaten“, JZ 2007, 245, 246 (§ 30).

¹⁴¹ Z.B. eine Fortsetzung der Verfolgung einer gegen Erfüllung von Auflagen eingestellten Tat als Verbrechen nach § 153a Abs. 1 S. 5 dt. StPO oder einer Wiederaufnahme des Verfahrens nach einem „arrêt de non-lieu pour des motifs de fait“ der Anklagekammer eines französischen Appellationsgerichtshofs, s. Art. 188, 189 fr. StPO.

¹⁴² Vogel a.a.O. (Fn. 2), S. 884; Radtke/Busch EuGRZ 2000, 421, 429 f.

den Kriterien des nationalen Wiederaufnahmerechts?¹⁴³ Oder ist auch eine „internationale“ oder „europäische“ Wiederaufnahme durch einen anderen Hoheitsträger, also ein Gericht eines anderen Mitgliedstaates, denkbar, wenn die Voraussetzungen der Wiederaufnahme im Staat der Erstverfolgung (untechnisch) zu bejahen sind?¹⁴⁴

An dieser Stelle ist an den in zahlreichen europäischen Rechtsinstrumenten formulierten Grundsatz zu erinnern, dass eine europaweit vollstreckbare Entscheidung nur im Entscheidungsstaat mit der Wiederaufnahme angefochten werden kann.¹⁴⁵ Zu denken ist ferner an das vom EuGH artikulierte Gebot des gegenseitigen Vertrauens in die Effektivität des jeweils anderen Strafrechtssystems. Strafrechtliche Fragen von grenzüberschreitendem Belang verlangen in einem einheitlichen Binnenrechtsraums nach einer einheitlichen Lösung.¹⁴⁶ Diese wiederum gelingt nur, wenn sich die Anerkennung einer Entscheidung i.S.v. Art. 54 SDÜ ausschließlich an den Urteilswirkungen orientiert, die das Recht des Aburteilungsstaates an die Entscheidung knüpft. Allein der Erstverfolgungsstaat hat die Definitionsmacht über den Verfahrensgegenstand und die Reichweite der prozessualen Erledigungswirkung.¹⁴⁷ Damit sind auch nur seine Gerichte kompetent, eine Durchbrechung der Rechtskraft nach Maßgabe ihres nationalen Wiederaufnahmerechts anzuordnen.

Diese Lösung mag im Fall eines Fehlurteils allerdings die missliche Konsequenz haben, dass ein Straftäter europaweit von jeder weiteren Verfolgung freigestellt wird, obwohl nachträglich Unrichtigkeit des Ersturteils zutage tritt. Hat z.B. ein französisches Schwurgericht einen Beschuldigten rechtskräftig und endgültig vom Vorwurf des Mordes an einem deutschen Staatsbürger freigesprochen, wären die deutschen Strafverfolgungsbehörden durch Art. 54 SDÜ selbst dann an einer neuen Verfol-

gung gehindert, wenn sich der Freigesprochene später öffentlich und glaubhaft der Tat rühmt und das Opfer bzw. seine Angehörigen verhöhnt. Da eine Wiederaufnahme zuungunsten eines Freigesprochenen entsprechend der Regelung in § 362 Nr. 4 StPO dem französischen Recht unbekannt ist, wäre der Freispruch nachträglich nicht mehr zu beseitigen. Für einen solchen Fall ist ernsthaft an die Möglichkeit einer „internationalen“ oder „europäischen“ Wiederaufnahme durch einen fremden Hoheitsträger zu denken, denn auch im transnationalen Strafprozessrecht kann keine grenzenlose Anerkennung ausländischer Entscheidungen eingefordert werden. Die Anerkennung ist immer durch den europäischen *ordre public* begrenzt,¹⁴⁸ also den *ordre public*, wie er sich aus den europaweit und international gültigen Mindeststandards im Strafverfahren ergibt.¹⁴⁹ Sollte sich das Wiederaufnahmerecht des Erstverfolgungsstaates hieran gemessen als unzureichend erweisen, muss eine Wiederaufnahme ausnahmsweise auch nach den Verfahrensregeln des anerkennenden Staates und durch dessen Gerichte angeordnet werden können.¹⁵⁰ Die Schwierigkeit dieser Verweisung auf den europäischen *ordre public* besteht nun allerdings darin, *ordre public* Grundsätze zu formulieren, nach denen die Anordnung einer Wiederaufnahme *in malam partem* zwingend erscheint. Fruchtbar machen lassen sich hierfür allenfalls elementare Grundsätze der öffentlichen Ordnung wie z.B. das in § 1 VStGB und Art. 20 IStGH-Statut verkörpert Gebot der Verfolgung schwerster Völkerrechtsverbrechen.¹⁵¹ Doch erscheint zweifelhaft, ob über die Fälle einer menschenrechtswidrig täterbegünstigenden Strafverfolgungspraxis hinaus auch das allgemeine Bedürfnis nach Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs zum *ordre public*-Rahmen gezählt werden kann. Das Legalitätsprinzip, das deutsche Strafverfolgungsbehörden nach §§ 152 Abs. 2, 160, 163 StPO zur Aufnahme von Ermittlungen und – bei hinreichendem Tatverdacht – zur Erhebung der öffentlichen Klage verpflichtet (§ 170 Abs. 1 dt. StPO), ist in zahlreichen anderen europäischen Staaten unbekannt,¹⁵² und auch in Deutschland wird das Prinzip von derart vielen Opportunitätsregelungen durchbrochen, dass von einem Grundprinzip der lückenlosen Strafverfolgung nicht die Rede sein kann. Nicht vertretbar erscheint weiterhin, das in den Strafprozessordnungen der Mehrheit der EU-Mitgliedstaaten vorgesehene Verfahren der Wiederaufnahme zuungunsten eines geständigen Freigesprochenen in den Rang eines *ordre public* Grundsatzes zu erheben. Zwar lassen sich internationale prozessuale Mindeststandards auch im Wege der rechtsvergleichenden Betrachtung ermitteln,¹⁵³ doch die bloße Möglichkeit einer

¹⁴³ So Bohnert/Lagodny NStZ 2000, 636, 640; mit Einschränkungen Vogel a.a.O. (Fn. 2), S. 888; krit. Böse GA 2003, 744, 754 ff.

¹⁴⁴ Dafür Radtke/Busch EuGRZ 2000, 421, 429 f.; Radtke a.a.O. (Fn. 2), S. 305; krit. Böse GA 2003, 744, 753 f.

¹⁴⁵ Art. 10 Abs. 2 des Europäischen Übereinkommens des Europarats über die internationale Geltung von Strafurteilen vom 28. Mai 1970; Art. 11 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 24. Februar 2005 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung von Geldstrafen und Geldbußen, ABIEU Nr. L 76, S. 16 vom 22. März 2005; Art. 19 Abs. 2 des Rahmenbeschlusses des Rates vom 27. November 2008 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile in Strafsachen, durch die eine freiheitsentziehende Strafe oder Maßnahme verhängt wird, für die Zwecke ihrer Vollstreckung in der Europäischen Union, ABIEU Nr. L 327, S. 27 vom 5. Dezember 2008; Art. 19 Abs. 2 Rahmenbeschluss des Rates vom 27. November 2008 über die Anwendung des Grundsatzes der gegenseitigen Anerkennung auf Urteile und Bewährungsentscheidungen im Hinblick auf die Überwachung von Bewährungsmaßnahmen und alternativen Sanktionen, ABIEU Nr. L 337, S. 102 vom 16. Dezember 2008.

¹⁴⁶ Heger HRRS 2008, 413, 414.

¹⁴⁷ Hecker, Europäisches Strafrecht, 2. Auflage (2006), § 13 Rn. 57 m.w.N.; Schomburg in Schomburg/Lagodny/Gleß/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 4. Auflage, 2006, Art. 54 SDÜ Rn. 46; Vogel a.a.O. (Fn. 6), S. 21; ders. a.a.O. (Fn. 2), S. 888.

¹⁴⁸ Schomburg a.a.O. (Fn. 147), Art. 54 SDÜ Rn. 46; Vogel a.a.O. (Fn. 6), S. 23.

¹⁴⁹ § 73 S. 2 IRG; Vogel a.a.O. (Fn. 6), S. 24 f.; für eine internationale *ordre public* Grenze im gesamten Rechtshilfebereich plädiert Vogler in Grützner/Pötz/Kreß (Hrsg.), Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Loseblattkommentar Teil I, 3. Auflage (2009), § 8 IRG Rn. 9 ff.; differenzierend nach vertragslosem und vertraglichem Rechtshilfeverkehr Vogel, Id. Vor § 1 Rn. 34 ff., § 73 Rn. 47 ff.; ders. JZ 2002, 144 f.; BGHSt. 47, 120 m. zust. Anm. Vogel JZ 2002, 465, 467 f., und BVerfGE 75, 1, 19 f.; BVerfGE 113, 154, 162.

¹⁵⁰ Vogel a.a.O. (Fn. 2), S. 888.

¹⁵¹ Vogel a.a.O. (Fn. 6), S. 50.

¹⁵² Hörnle ZStW 117 (2005), 801, 807 ff.

¹⁵³ Vogel in Grützner/Pötz/Kreß a.a.O. (Fn. 149), § 73 Rn. 58.

Mehrfachverfolgung in zahlreichen Rechtsordnungen begründet noch keinen prozessualen Zwang, auch das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung um Möglichkeiten der Durchbrechung ausländischer Rechtskraft zu erweitern. Als bedeutsames europäisches Ordnungsprinzip für eine Wiederaufnahme *in malam partem* ließe sich allenfalls ein Konglomerat aus Legalitätsprinzip und Opferschutzbelangen bei schwersten Straftaten fruchtbar machen. Dem Opfer gebührt im Verfahren Achtung und Schutz, was auch den Schutz vor nachträglicher Verhöhnung¹⁵⁴ und Verächtlichmachung durch den Täter mit einschließt. Aber ob das als *ordre public* Prinzip genügt?

Das gewählte Beispiel zeigt jedenfalls, wie dringend Klarheit über die Anerkennungswirkungen des Art. 54 SDÜ geschaffen werden muss. Klärend wirken könnte hier der EuGH oder ein Rahmenbeschluss über Mindeststandards für Wiederaufnahmen in Strafverfahren oder – wie schon lange geplant – ein Rahmenbeschluss zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren.¹⁵⁵ Mit der Anordnung der Wiederaufnahme durch ein Gericht des Erstverfolgungs- oder – ausnahmsweise – des Anerkennungsstaates entfallen sämtliche Rechtskraftwirkungen der ersten Entscheidung. Art. 54 SDÜ steht einer in mehreren Staaten parallel geführten Strafverfolgung nicht mehr entgegen. Der „Aburteilungswettlauf“ ist neu eröffnet.¹⁵⁶ Das mag für den Beschuldigten eine Belastung bedeuten, eröffnet ihm aber in gewissen Grenzen auch die Möglichkeit, die doppelte Verfolgung zu seinem Vorteil zu nutzen, etwa durch ein absprachen-gesteuertes „forum shopping“.¹⁵⁷ Er könnte auf zügige Verfahrensabwicklung in dem aus seiner Sicht günstigsten Rechtssystem drängen und so eine Straferurteilung in dem anderen Mitgliedsstaat verhindern.¹⁵⁸ Art. 54 SDÜ eröffnet damit auch in absprachepsychologischer Hinsicht ungeahnte neue Perspektiven.

V. Resümee

Reformen des Katalogs der Wiederaufnahmegründe zuungunsten eines Abgeurteilten in § 362 StPO sind nicht angezeigt. Technikbegeisterung und eine mit politischer Rhetorik gepflegte Angst, die Bevölkerung könnte ihr Vertrauen in den staatlichen Strafverfolgungsapparat

aufkündigen, wenn sich zwar im Anschluss an einen rechtskräftigen Freispruch der Nachweis der Täterschaft führen, das Urteil aber nicht mehr korrigieren lässt, sind schlechte Ratgeber, wenn es darum geht, bewährte rechtsstaatliche Schutzmechanismen aufzubrechen. Die moderne Kriminaltechnik mag in vielen Fällen auch gar nicht den Erfolg erbringen, den sich der Gesetzgeber von ihr verspricht. Zudem trägt die Argumentation um angeblich unerlässliche „Grenzkorrekturen“ im Recht der Wiederaufnahme dem Grundsatz der Finalität strafrechtlicher Endurteile als verfassungsrechtliche Wertentscheidung nicht genügend Rechnung. Es soll dem Bürger an die Hand gegeben sein, dem staatlichen Verfolgungsapparat Grenzen zu ziehen, wenn die strafrechtliche Verfolgung einmal fehlerfrei mit einem Freispruch abgeschlossen wurde. Einbrüche in diesen Abwehrmechanismus, und seien sie auch noch so eng und präzise formuliert, würden den Mechanismus unweigerlich weiteren Erosionsprozessen im Namen der materiellen Gerechtigkeit preisgeben, bis die individuelle Rechtssicherheit gänzlich dem Verfolgungsinteresse des Staates aufgeopfert wäre.

Der Konflikt zwischen formaler Rechtskraft und materieller Gerechtigkeit wird an die deutsche Rechtsordnung auch von europäischer Seite, insbesondere über das Doppelverfolgungsverbot des Art. 54 SDÜ, herangetragen. In diesem Zusammenhang geraten die EU-Mitgliedstaaten zunehmend unter Harmonisierungsdruck – mit der jedem Harmonisierungsvorgang innewohnenden Gefahr eines Absinkens der Beschuldigtenschutzstandards auf niedrigstes europäisches Niveau.¹⁵⁹ Der deutsche Gesetzgeber wird sich daher seiner Prämissen bewusst werden müssen: Will er an dem bewährten liberalen Schutzmechanismus des Doppelverfolgungsverbot festhalten oder soll das deutsche Strafverfahren allein an der „Wahrheit“ ausgerichtet werden, mit all den Beeinträchtigungen, die eine solche grenzenlose Wahrheitssuche dem Verdächtigen zumutet? Harmonisierungsdruck aus Europa zu verspüren bedeutet nicht, dem Harmonisierungsdruck nicht auch aus verfassungsrechtlichen Wertentscheidungen heraus standhalten zu können – doch der Gesetzgeber muss dies wollen.

¹⁵⁴ Vgl. Art. 2 Abs. 1 Rahmenbeschluss des Rates über die Stellung des Opfers im Strafverfahren vom 15. März 2001, ABIEU Nr. L 82, S. 1 vom 22. März 2001.

¹⁵⁵ S. zuletzt die Initiative für einen Rahmenbeschluss des Rates zur Vermeidung und Beilegung von Kompetenzkonflikten in Strafverfahren, ABIEU Nr. C 39, S. 2 vom 18. Februar 2009.

¹⁵⁶ Zur *lis pendens*-Problematik Vogel a.a.O. (Fn. 2), S. 884 ff.

¹⁵⁷ Vogel a.a.O. (Fn. 6), S. 7, 40 ff.

¹⁵⁸ Hecker a.a.O. (Fn. 147) § 13 Rn. 69; Schomburg a.a.O. (Fn. 147), Art. 54 SDÜ Rn. 46; als Beispiel für ein „forum shopping“ sei verwiesen auf EuGH „Gözütök und Brügge“, NStZ 2003, 332, 333.

¹⁵⁹ Zu den Mechanismen der erzwungenen Harmonisierung Hassemer ZStW 116 (2004), 304, 317 f.; Kirsch StV 2009, 449, 454.

Strafprozessuale Maßnahmen bei Mobilfunkendgeräten

Die Befugnis zum Einsatz des sog. IMSI-Catchers

Von Stefanie Harnisch und Martin Pohlmann, Leipzig*

I. Einführung

„Reden Sie nicht so laut vom Datenschutz; Sie machen sich verdächtig. Beharren Sie nicht so stur auf Ihrer Privatsphäre; Sie werden sonst als Außenseiter registriert. (Aber registriert und kontrolliert werden Sie natürlich ohnehin.) Man meint es gut mit Ihnen, wenn man Ihr Telefon abhört, Ihre Verbindungen speichert und Ihre Computer durchsucht.“¹

In kaum einem anderen Bereich unserer Rechtsordnung ist der Hunger des Staates nach Daten so groß wie in dem der Strafverhinderung und -verfolgung. Durch immer neue Eingriffsbefugnisse und Ausweitungen bereits bestehender Regelungen dringt er in die Privatsphäre des Menschen ein und schafft zunehmend den von Datenschützern befürchteten „gläsernen Bürger“. Besondere Relevanz kommt diesem Thema im Bereich der Telekommunikationsüberwachung zu, etwa aktuell bei der Problematik der Vorratsdatenspeicherung.² Nachdem es innerhalb der letzten zwanzig Jahre zu rasanten Entwicklungen auf dem Gebiet der Telekommunikationstechnik gekommen ist, hat sich für die organisierte Kriminalität ein neuer, da schwer zu überwachender Wirkbereich erschlossen. Ständige technische Neuentwicklungen zwingen den Staat zu immer weiter reichenden Regelungen, um eine effektive Strafverfolgung noch gewährleisten zu können. So wurde im Jahre 2002 der repressive Einsatz des IMSI-Catchers, eines technischen Hilfsmittels zur Überwachung der Telekommunikation, auf eine rechtliche Grundlage, § 100i StPO,³ gestellt. Allerdings wurde das Gerät auch schon vor diesem Zeitpunkt eingesetzt.⁴

Der Einsatz des IMSI-Catchers ist jedoch rechtspolitisch durchaus umstritten. Einen Schwerpunkt des vorliegenden Beitrags bildet daher die kritische verfassungsrechtliche Würdigung der gesetzlichen Regelung in § 100i

* Ref. iur. Stefanie Harnisch ist Doktorandin am Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht und europäisches Strafrecht an der Juristenfakultät Leipzig. Ref. iur. Martin Pohlmann ist Doktorand am Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Arbeits- und Sozialrecht an der Juristenfakultät Leipzig.

¹ Heribert Prantl, SZ vom 2. Juli 2007, Nr. 149, S. 4.

² Vgl. BVerfG NVwZ 2009, 96 = HRRS 2008 Nr. 1005.

³ Gesetz zur Änderung der StPO, BGBl. I 2002, S. 3018 f.

⁴ Vgl. Bär MMR 2003, VI, VIII; Fox DuD 2002, 212.

StPO. Dabei wird insbesondere deren Vereinbarkeit mit Art. 10 GG sowie Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG zu untersuchen sein. Entstehungsgeschichte und Novellierungen der Regelung sollen jedoch ebenso erörtert werden, wie deren praktische Bedeutung. Besonderes Augenmerk wird darüber hinaus auf die strafprozessualen Einsatzvoraussetzungen zu legen sein.

II. Grundlagen des IMSI-Catchers

Im Folgenden soll ein Überblick über die technischen und rechtlichen Grundlagen des Einsatzes des IMSI-Catchers⁵ vermittelt werden.

1. Technische Grundlagen

a) Begriffsbestimmungen

aa) IMSI (Kartennummer)

Bei einer IMSI (International Mobile Subscriber Identity) handelt es sich um eine weltweit nur einmal vergebene Kennnummer, welche in GSM-Mobilfunknetzen einem jeden Teilnehmer (Vertragspartner eines Netzbetreibers) zugeordnet wird.⁶ Sie ist auf einer speziellen, austauschbaren und in das Mobilfunktelefon eingelegten Chipkarte (SIM – Subscriber Identity Module) gespeichert,⁷ welche jedem Teilnehmer mit Abschluss eines Mobilfunkvertrags

⁵ Der Begriff des *IMSI-Catchers* wird im Gesetzestext als solcher nicht verwendet. In der entsprechenden Regelung ist von technischen Mitteln die Rede. Das einzige technische Mittel, das die vom Gesetz vorgesehenen Maßnahmen ohne weitere Schritte und Hilfsmittel erfüllt, ist der IMSI-Catcher. Zudem hatte der Gesetzgeber bei Schaffung des § 100i StPO einzig und allein den IMSI-Catcher im Auge. Vgl. Bär MMR 2003, VI; Eisenberg/Singelstein NSTZ 2005, 62, 63 f.; Hilger GA 2002, 557 f.

⁶ Bär MMR 2003, VI; Fox DuD 2002, 212, 213; Hilger GA 2002, 557; Keller, Die Ermittlung der Kennungen und des Standorts von Mobilfunkgeräten im Spannungsfeld zwischen Kriminalitätsbekämpfung und Verfassungsmäßigkeit (2008), S. 40.

⁷ Heghmanns/Scheffler/Murmann, Handbuch zum Strafverfahren (2008), III Rn. 241; Löwe-Rosenberg/Schäfer, StPO, 25. Aufl. (2004), § 100i Rn. 3.

ausgehändigt wird.⁸ Aufgrund ihrer Einmaligkeit vermag die IMSI-Nummer einen Mobilfunkteilnehmer weltweit in allen GSM-Netzen zu identifizieren.⁹ Sie besteht aus einer fünfzehnstelligen Zahlenfolge, von denen die ersten fünf Ziffern Ländercode und Netzbetreiber erkennen lassen.¹⁰ Anhand der weiteren Zeichen können die über den Netzbetreiber gespeicherten und ausschließlich ihm bekannten Bestandsdaten des Teilnehmers wie Mobilfunk-Rufnummer und Identität ermittelt werden.¹¹

bb) IMEI (Gerätenummer)

Die IMEI (International Mobile Equipment Identity/elektronische Geräteerkennung) ist ebenfalls eine international einmalig vergebene Kennnummer, welche mit einem Mobilfunkgerät (Handy) elektronisch verbunden ist.¹² Sie besteht ebenso wie die IMSI aus einer fünfzehnstelligen Ziffernfolge.¹³

cc) Funkzelle

Jedes Mobilfunknetz ist in sog. Funkzellen unterteilt, die den kleinsten Baustein des Netzes darstellen und eine bestimmte geographische Fläche abdecken.¹⁴ Die Größe einer Funkzelle bestimmt sich nach dem Bereich, welcher durch ihre Basisstation, den sog. Sendemast, der sich in der Mitte der Zelle befindet, abgedeckt wird. Die Zellen können je nach Wohndichte einen Radius von einigen hundert Metern bis hin zu mehreren Kilometern erreichen.¹⁵

b) Bedeutung der Kennungen (IMSI/IMEI)

Die Karten- und Geräte Kennungen IMSI/IMEI haben im Bereich der mobilen Telekommunikation für die Mobilfunkteilnehmer, aber auch für die Sicherheitsbehörden enorme Bedeutung. Grundsätzlich meldet sich jedes eingeschaltete und im Stand-by-Betrieb befindliche Mobiltelefon bei der Basisstation derjenigen Funkzelle an, in welcher es sich gerade befindet.¹⁶ Hierbei werden die IMSI und IMEI übermittelt, um den Teilnehmer zu identifizieren.¹⁷ Die Funksignale des Handys werden von der Basisstation an den jeweiligen Netzbetreiber weitergelei-

tet und von diesem gespeichert.¹⁸ Somit ist eine durchgehende Erreichbarkeit des Teilnehmers gewährleistet.¹⁹

Sind diese Kennungen den Behörden bekannt, kann die zugehörige Rufnummer bei den Mobilfunkanbietern erfragt²⁰ und die mit dem entsprechenden Mobilfunkgerät geführte Telekommunikation überwacht werden.²¹ Jedoch wechseln gerade im Bereich der organisierten Kriminalität die Teilnehmer zur Verschleierung häufig die Mobiltelefone und SIM-Karten untereinander aus oder benutzen durch Dritte abgeschlossene Mobilfunkverträge.²² Eine lückenlose Telefonüberwachung ist bei fehlender Kenntnis der IMSI oder IMEI nicht möglich.

c) Funktionsweise des IMSI-Catchers

aa) Grundsätzliches

Der IMSI-Catcher ist ein technisches Gerät der deutschen Elektronikfirma Rhode und Schwarz. Er wurde im Dezember 1996 ursprünglich als Test- und Messsystem unter der Typenbezeichnung GA 090 konstruiert und später als GA 900 zur Bestimmung der Endgeräteerkennung von Mobilfunkgeräten weiterentwickelt.²³ Das Gerät hat etwa die Größe eines Personal Computers (PC) und besteht aus Steuerungsrechner, Antenne und Messgeräten.²⁴ Der IMSI-Catcher besitzt vier verschiedene Funktionsweisen. Mittels dieses Geräts können IMSI und IMEI eines Mobilfunkteilnehmers für anschließende Maßnahmen der Telekommunikationsüberwachung nach §§ 100a ff. StPO ermittelt werden. Sind diese bereits bekannt, ist auch die Lokalisierung eines empfangsbereiten Mobilfunkendgeräts möglich. Unter bestimmten Voraussetzungen können zudem Gespräche mitgehört werden.

bb) Ermittlung der IMSI

Die für die Praxis wichtigste Funktion stellt die Ermittlung fehlender IMSI zur anschließenden Telekommunikationsüberwachung dar. Erforderlich hierfür ist die Kenntnis vom Standort des „zu fangenden“ Teilnehmers. Der IMSI-Catcher simuliert sodann in dessen unmittelbarer Nähe die Basisstation einer Funkzelle.²⁵ Da sich die Funkzellen benachbarter Sendemasten häufig überlappen, bucht sich das empfangsbereite Handy stets in die Funkzelle mit dem stärksten Signal ein.²⁶ Diesen Effekt

⁸ Fox DuD 2002, 212, 213; SK-StPO/Wolter, Losebl., Stand: 59. Lfg. (Okt. 2008), § 100i Rn. 21.

⁹ Heghmanns/Scheffler/Murmann, a.a.O. (Fn. 7), III Rn. 241.

¹⁰ Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 41; Löwe-Rosenberg/Schäfer, a.a.O. (Fn. 7), § 100a Rn. 16, § 100i Rn. 3.

¹¹ Bär MMR 2003, VI, VII; Löwe-Rosenberg/Schäfer, a.a.O. (Fn. 7), § 100i Rn. 3.

¹² Heghmanns/Scheffler/Murmann, a.a.O. (Fn. 7), III Rn. 225; Löwe-Rosenberg/Schäfer, a.a.O. (Fn. 7), § 100i Rn. 3.

¹³ Artkämpfer Kriminalistik 1998, 202, 207 (Fn. 4); SK-StPO/Wolter, a.a.O. (Fn. 8), § 100i Rn. 20.

¹⁴ Vgl. Legaldefinition nach § 4 Nr. 5 TKÜV a.F.; Artkämpfer Kriminalistik 1998, 202.

¹⁵ Eisenberg/Singelstein NStZ 2005, 62 (Fn. 2).

¹⁶ Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 42; Löffelmann AnwBl. 2006, 598, 600; Löwe-Rosenberg/Schäfer, a.a.O. (Fn. 7), § 100i Rn. 3; Vordermayer/Heintschel-Heinegg/Mayer, Hdb. für den Staatsanwalt, 3. Aufl. (2008), 1. Teil, 1. Kap., Rn. 70.

¹⁷ Der Funkkontakt zu der jeweiligen Basisstation wird hierbei ca. alle 2, 4 Sekunden erneuert; Gercke CILIP 2002, 20, 22; Welp NStZ 1994, 209, 210 (Fn. 14).

¹⁸ Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 42; Löwe-Rosenberg/Schäfer, a.a.O. (Fn. 7), § 100i Rn. 3.

¹⁹ Gercke, Bewegungsprofile anhand von Mobilfunkdaten im Strafverfahren (2002), S. 30; Löffelmann AnwBl. 2006, 598, 600.

²⁰ Gercke CILIP 2002, 20, 22; Hilger GA 2002, 557.

²¹ Gercke CILIP 2002, 20, 26; Löwe-Rosenberg/Schäfer, a.a.O. (Fn. 7), § 100i Rn. 3.

²² Roggan KritV 2003, 76, 87; Vordermayer/Heintschel-Heinegg/Mayer, a.a.O. (Fn. 16), 1. Teil, 1. Kap., Rn. 70.

²³ Fox DuD 2002, 212; ders. DuD 1997, 539; Löwe-Rosenberg/Schäfer, a.a.O. (Fn. 7), § 100i Rn. 1.

²⁴ Denkowski Kriminalistik 2002, 117; Fox DuD 2002, 212, 214; Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 43.

²⁵ Vordermayer/Heintschel-Heinegg/Mayer, a.a.O. (Fn. 16), 1. Teil, 1. Kap., Rn. 70.

²⁶ Eisenberg/Singelstein NStZ 2005, 62 (Fn. 2); Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 46.

macht sich der IMSI-Catcher zunutze, indem er ein stärkeres Signal²⁷ erzeugt, als jenes der stärksten Funkzelle.²⁸ Alle empfangsbereiten Mobilfunkgeräte in einem bestimmten Umkreis, also auch das des gesuchten Teilnehmers, buchen sich sodann in die vermeintlich existierende Funkzelle ein.²⁹ Die Mobiltelefone werden auf diese Weise für ein paar Sekunden „gefangen“ und anschließend wieder in die ursprüngliche Zelle entlassen.³⁰ Hierbei wird die IMSI an den IMSI-Catcher gesendet.

cc) Ermittlung der IMEI

Neben der IMSI schickt das eingeschaltete Mobiltelefon bei jedem Funkkontakt auch die IMEI-Kennung an die jeweilige Basisstation.³¹ Diese Gerätemummer kann mithilfe des IMSI-Catchers auf ähnliche Weise ermittelt werden wie die IMSI.³² Die Kenntnis dieser Nummer ist für die Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden dann von Bedeutung, wenn der telekommunikativ zu überwachende Teilnehmer sich verschiedener SIM-Karten und somit verschiedener IMSI-Kennungen bedient. Über die IMEI kann eine Verbindung zwischen dem Endgerät und sämtlichen benutzten SIM-Karten hergestellt werden. Hierdurch ist es sodann möglich, die verschiedenen Rufnummern zu ermitteln. Die Behörden sind also selbst dann zu einer anschließenden Telekommunikationsüberwachung imstande, wenn die Software durch Austausch des SIM häufig gewechselt wird.³³

dd) Standortbestimmung

Sind IMSI oder IMEI bereits bekannt, kann mittels des IMSI-Catchers auch der Standort des Geräts bzw. der eingesetzten SIM-Karte bestimmt werden (Ortung). Voraussetzung hierfür ist jedoch eine grobe Kenntnis vom Aufenthaltsort der gesuchten Person. Soweit sich das gesuchte Mobilfunktelefon im Stand-By-Modus befindet, kann die Lokalisierung innerhalb des Netzes bereits durch den Mobilfunkanbieter vorgenommen werden, wobei die aktuelle Funkzelle und somit der grobe Standort des Mobilfunkgeräts erkennbar ist.³⁴ Die Genauigkeit dieser Standortbestimmung richtet sich wiederum nach der Größe der jeweiligen Funkzelle,³⁵ so dass die gesuchte Person bis auf ca. 30 Meter genau geortet werden kann.³⁶ Eine genauere Lokalisierung des Handy-Nutzers ist nur durch den Einsatz des IMSI-Catchers möglich.³⁷ Dies geschieht in der Weise, dass das Gerät eine Funkzelle mit geringerer Leistung und somit geringerer geographischer Ausdehnung simuliert.³⁸ Das gesuchte Mobilfunktelefon bucht sich nur dann in diese

„Funkzelle“ ein, soweit sich diese wegen ihres schwachen Signals in unmittelbarer Nähe befindet. Es werden mehrere Peilungen von verschiedenen Standorten aus durchgeführt, wodurch der Aufenthaltsort der gesuchten IMSI/IMEI stark eingegrenzt werden kann.³⁹ Die praktische Relevanz dieser Funktion könnte jedoch aufgrund neuer technischer Möglichkeiten bald der Vergangenheit angehören.⁴⁰

ee) Abhören von Gesprächsinhalten

Der IMSI-Catcher bietet bei etwas modifizierter Bauart zusätzlich die Möglichkeit, ausgehende Gespräche eines Mobilfunkgerätes, dessen IMSI/IMEI bekannt sind, direkt vor Ort abzuhören.⁴¹ Er verhält sich hierbei gegenüber dem Mobilfunknetz selbst wie ein Mobilfunkgerät,⁴² schaltet sich somit zwischen Mobilfunkgerät und Basisstation ein. Es handelt sich hierbei um einen so genannten „Man-in-the-middle“-Angriff. Der IMSI-Catcher leitet als Zwischenbasis die von dem gefangenen Handy ausgehenden Datenpakete an die Basisstation des Netzbetreibers weiter und umgekehrt.⁴³ Hierdurch ist ein unmittelbares Mithören der Inhalte abgehender Gespräche möglich. Eingehende Gespräche können hingegen nicht abgehört werden. Sie werden durch den IMSI-Catcher blockiert.⁴⁴ Im Gegensatz zum GA 090, dem Ursprungsmodell des IMSI-Catchers, verfügt der GA 900 bereits über eine solche Abhörfunktion durch eine entsprechend integrierte Zusatzsoftware.⁴⁵

ff) Begleitumstände

Der Einsatz des IMSI-Catchers ist mit einigen negativen Begleitumständen verbunden. Durch die Simulation einer Basisstation buchen sich alle empfangsbereiten Mobiltelefone in der Umgebung beim IMSI-Catcher ein. In dieser Zeit haben die Geräte keine Verbindung zum regulären Netz, so dass derweil der Aufbau einer Telekommunikationsverbindung nicht möglich ist.⁴⁶ Betroffen sind sowohl abgehende als auch eingehende Gespräche und Kurzmitteilungen. Auch das Absetzen von Notrufen ist nicht möglich.⁴⁷ Die Dauer dieses Zustands wird unterschiedlich bewertet. Während die Bundesregierung von einer Störung in Höhe von zehn Sekunden ausgeht,⁴⁸ geben die Netzbetreiber, gestützt auf eine Information des Herstellers Rhode und Schwarz, einen Ausfall von mehreren Minuten an.⁴⁹ Der IMSI-Catcher kann zudem aufgrund seiner hohen Leistung zu erheblichen Netzstö-

²⁷ Durch diese verstärkte Sendeleistung ist die virtuelle Funkzelle jedoch wesentlich kleiner als eine reguläre Zelle, vgl. SK-StPO/Wolter, a.a.O. (Fn. 8), § 100i Rn. 21.

²⁸ Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 46; KK/Nack, StPO, 6. Aufl. (2008), § 100i Rn. 5; Roggan KritV 2003, 76, 86.

²⁹ Gercke MMR 2003, 453, 454; Löwnau-Iqbal DuD 2001, 578.

³⁰ Günther NStZ 2005, 485, 486 (Fn. 14).

³¹ Löwe-Rosenberg/Schäfer, a.a.O. (Fn. 7), § 100a Rn. 16.

³² Bär MMR 2003, VI, VII; Fox DuD 2002, 212, 213.

³³ Deckers StraFo 2002, 109, 112; Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 40.

³⁴ Fox DuD 2002, 212, 213; Gercke, a.a.O. (Fn. 19), S. 30.

³⁵ Gercke StraFo 2003, 76, 78.

³⁶ Gercke CILIP 2002, 20, 22; Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 79.

³⁷ Eckhardt CR 2002, 770, 771; Gercke StraFo 2003, 76, 78.

³⁸ Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 50; Roggan KritV 2003, 76, 86.

³⁹ Bär MMR 2003, VI, VII; Fox DuD 2002, 212, 214; Löwe-Rosenberg/Schäfer, a.a.O. (Fn. 7), § 100i Rn. 4.

⁴⁰ Zur Praxistauglichkeit des IMSI-Catchers unter III 3.

⁴¹ Löwe-Rosenberg/Schäfer, a.a.O. (Fn. 7), § 100i Rn. 4; Roggan KritV 2003, 76, 86.

⁴² Gercke StraFo 2003, 76, 78; Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 50.

⁴³ Fox DuD 2002, 212, 214.

⁴⁴ Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 50; Roggan KritV 2003, 76, 86.

⁴⁵ Fox DuD 2002, 212, 214; Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 50. – Die Überwachung und Aufzeichnung von Kommunikationsinhalten mittels IMSI-Catcher ist sowohl nach § 100i StPO a.F. als auch nach der Neuregelung nicht zulässig.

⁴⁶ Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 52; Roggan KritV 2003, 76, 86.

⁴⁷ Fox DuD 2002, 212, 214 f.; Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 52.

⁴⁸ BT-Drs. 14/6885, S. 4; Krekeler/Löffelmann/Löffelmann, StPO, 1. Aufl. (2007), § 100i Rn. 2.

⁴⁹ Fox DuD 2002, 212, 215.

rungen, bis hin zum Ausfall der Basisstation führen.⁵⁰ Aufgrund der Überlappung von echter und simulierter Funkzelle kann es durch Interferenzen zwischen der benutzten Frequenz des Geräts und den Funksignalen der echten Basisstation im Einzugsbereich des Catchers zu Gesprächsabbrüchen kommen.⁵¹ Nicht zuletzt besteht eine Missbrauchsgefahr durch Dritte, die den IMSI-Catcher legal erwerben können. Das Gerät wird von der Firma Rhode und Schwarz auch ins Ausland exportiert. Aufgrund mangelnder technischer Nachweisbarkeit des Einsatzes entsprechender Geräte ist ein Missbrauch durch ausländische Geheimdienste oder kriminelle Vereinigungen zu befürchten.⁵²

2. Rechtliche Grundlagen

Die rechtliche Grundlage für den hier zu untersuchenden Einsatz des IMSI-Catchers zu Strafverfolgungszwecken findet sich in § 100i StPO. Der IMSI-Catcher ist in seiner Anwendung aber keineswegs darauf beschränkt. Vielmehr besteht auch im Bereich der Gefahrenabwehr die Möglichkeit seines Einsatzes. Auf Bundesebene stellen die § 9 Abs. 4 BVerfSchG, § 3 BNDG und § 5 MADG entsprechende präventivgesetzliche Befugnisnormen dar. Sie erlauben dem Bundesamt für Verfassungsschutz, dem Bundesnachrichtendienst und dem Militärischen Abschirmdienst im Rahmen ihrer jeweiligen Aufgabenwahrnehmung ausdrücklich den Einsatz technischer Mittel zur Ermittlung des Standorts eines aktiv geschalteten Mobilfunkendgeräts und zur Ermittlung der Geräte- und Kartenummer. Bundespolizei und Bundeskriminalamt sind in ihrer Funktion als Strafverfolgungsbehörden nach § 100i StPO legitimiert. Über die Möglichkeit eines Einsatzes ausschließlich zu repressiven Zwecken hinaus stand ihnen bisher keine originäre Befugnis zum Präventiveinsatz des IMSI-Catchers zur Seite. Seit 1. Januar 2009 findet sich nunmehr in § 20n BKAG⁵³ eine entsprechende Spezialbefugnis, die es dem BKA ermöglicht, sich im Rahmen der ihm zugewiesenen Gefahrenabwehraufgaben (Abwehr von Gefahren des internationalen Terrorismus nach § 4a BKAG) des IMSI-Catchers zu bedienen.

Und auch die Landespolizei hat in zahlreichen Bundesländern die Möglichkeit, den IMSI-Catcher unter bestimmten Voraussetzungen einzusetzen. Regelungen hierzu finden sich in § 25a Abs. 2 ASOG Bln., § 33b Abs. 3 BbgPolG, § 34a Abs. 2 BayPAG, § 33 Abs. 1 BremPolG, § 23a Abs. 6 BWPoG, § 10b Abs. 3 HmbDVPolG, § 15a Abs. 3 HSOG, § 185a Abs. 3 LVwG SH, § 33b Abs. 1 Nds.SOG, §§ 28 Abs. 2, 31 Abs. 2 POG RP, § 34a Abs. 2, 3 SOG MV, § 28b Abs. 4 SPoG und § 34a Abs. 2 ThürPAG.

III. Repressive Einsatzmöglichkeit

Der Einsatz des IMSI-Catchers im Rahmen der Strafver-

⁵⁰ Deckers StraFo 2002, 109, 112; Vordermayer/Heintschel-Heinegg/Mayer, a.a.O. (Fn. 16), 1. Teil, 1. Kap., Rn. 70.

⁵¹ Fox DuD 1997, 539; Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 52 f.

⁵² Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 53. – Die Bundesregierung sieht eine solche Gefahr als gering an, BT-Drs. 14/6885, S. 2.

⁵³ Eingeführt durch BGBl. I 2008, 3083 ff.

folgung ist heute unter den Voraussetzungen des § 100i StPO zulässig.

1. Entstehungsgeschichte des § 100i StPO

Der Einführung des § 100i StPO gingen kontroverse Diskussionen in der Öffentlichkeit sowie unterschiedliche, voneinander unabhängige Gesetzgebungsbestrebungen voraus. Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden sowie Teile der Rechtsprechung gingen gar davon aus, dass die vor 2002 geltende Rechtslage den Einsatz des IMSI-Catchers zur Ermittlung der Mobilfunkgerätekennungen ermöglichen würde.

a) Gesetzliche Grundlagen vor dem Jahr 2002

So vertrat etwa die Bundesregierung die Auffassung, der Einsatz des IMSI-Catchers zu repressiven Zwecken sei durch §§ 100a ff., 161 StPO a.F. gedeckt. § 161 StPO a.F. erlaube den Strafverfolgungsbehörden, *Ermittlungen jeder Art* anzustellen, um einen Sachverhalt zu erforschen. Als allgemeine Generalermittlungsklausel räume diese Vorschrift den Behörden auch die Möglichkeit ein, mittels des Einsatzes eines IMSI-Catchers die Voraussetzungen für die Wahrnehmung ihrer Spezialbefugnisse nach §§ 100a ff. StPO zu schaffen.⁵⁴

Diskutiert wurde zudem ein Rückgriff allein auf die Befugnisnorm des § 100a StPO, welcher die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation regelt.⁵⁵ Teile der Rechtsprechung sahen in der IMEI lediglich eine *andere Kennung* i.S. des § 100b Abs. 2 S. 2 StPO a.F.,⁵⁶ welche den Bezugspunkt für eine Telefonüberwachung bietet. Zudem würde § 100a StPO die Ermittlung von Standortdaten selbst dann erfassen, wenn sich das Mobiltelefon im Stand-by-Modus befindet. Nach dieser Ansicht konnte, sofern IMEI oder IMEI bekannt waren und auch die übrigen Voraussetzungen des § 100a StPO vorlagen, sogar eine Standortbestimmung mittels IMSI-Catcher über § 100a StPO durchgeführt werden.⁵⁷

Gestützt auf eine Entscheidung des AG München aus dem Jahre 2001, ging eine andere Ansicht davon aus, dass der Einsatz des IMSI-Catchers nach § 100c Abs. 1 Nr. 1 lit. b StPO a.F. möglich sei.⁵⁸ Diese Vorschrift betraf die Zulässigkeit des Einsatzes sonstiger für Observationszwecke bestimmter technischer Mittel. Aus der permanenten Ortungsmöglichkeit eines Mobiltelefons mittels eines IMSI-Catchers folgte die genannte Ansicht, dass es sich dabei um eben ein solches technisches Mittel i.S. des § 100c Abs. 1 Nr. 1 lit. b StPO a.F. handele.⁵⁹

⁵⁴ BT-Drs. 14/6885, S.1.

⁵⁵ Vgl. Bär MMR 2003, VI, VIII; Denkowski Kriminalistik 2002, 117, 121.

⁵⁶ BGH Ermittlungsrichter CR 1998, 738; a.A. LG Hamburg NStZ-RR 1999, 82.

⁵⁷ Denkowski Kriminalistik 2002, 117, 122. – Ablehnend wegen Verstoßes gegen den Bestimmtheitsgrundsatz Gercke CILIP 2002, 20, 27.

⁵⁸ AG München, Beschluss vom 5. September 2001 (Gz. ER II Gs 9039/01), zitiert nach BR-Drs. 452/1/02, S. 3; vgl. auch BT-Drs. 14/9801, S. 9; Bär MMR 2003, VI, VIII.

⁵⁹ Denkowski Kriminalistik 2002, 117, 220. – Diese Ansicht griff der Bundesrat im Jahre 2002 im Rahmen eines Ge-

Strafverfolgungs- und Sicherheitsbehörden hingegen, welche zwischen 1998 und 2001 den IMSI-Catcher bereits 35-mal eingesetzt haben,⁶⁰ beriefen sich zu ihrer Rechtfertigung auf die Notstandsregelung des § 34 StGB.⁶¹ Unabhängig von der höchst problematischen Streitfrage, ob sich staatliche Organe überhaupt auf allgemeine Notstandsregelungen des StGB berufen können, bestünde bei einer Anwendung des § 34 StGB in derartigen Konstellationen die Gefahr, dass zentrale verfassungsrechtliche Erfordernisse umgangen werden könnten. § 34 StGB genügt nicht den Anforderungen an das grundgesetzlich verankerte Prinzip des Gesetzesvorbehalts, das bei Grundrechtseingriffen eine nach Inhalt, Zweck und Ausmaß hinreichend bestimmte gesetzliche Ermächtigung verlangt. Zudem tragen die auf das Bürger-Bürger-Verhältnis zugeschnittenen allgemeinen Rechtfertigungsgründe des StGB nicht den verfassungsrechtlichen Erfordernissen des Übermaßverbots sowie den sonstigen grundrechtlichen Beschränkungen staatlichen Handelns Rechnung. Hinzu kommt, dass ein Rückgriff auf § 34 StGB ohnehin lediglich die Abwehr einer Gefahr erlaubt, nicht aber repressive Maßnahmen decken würde.

Die herrschende Ansicht in der Literatur ging daher im Ergebnis zu Recht davon aus, dass eine Rechtsgrundlage bis zur Einführung des § 100i StPO gar nicht existierte und der Einsatz des IMSI-Catchers nach der bis dahin geltenden Rechtslage gegen das Grundgesetz verstieß.⁶²

b) Stationen des Gesetzgebungsverfahrens

Bereits im Sommer 1997 wurde der Ruf nach einer gesetzlichen Regelung zum repressiven Einsatz des IMSI-Catchers laut. Im Zusammenhang mit der Diskussion über den Gesetzentwurf der Bundesregierung für ein Begleitgesetz zum Telekommunikationsgesetz⁶³ forderte der Bundesrat die Bundesregierung im Rahmen eines Änderungsvorschlags dazu auf, eine gesetzliche Regelung zu schaffen.⁶⁴ Diese Vorschläge führten auch im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu einer regen Diskussion,⁶⁵ wurden aber letztendlich nicht Gegenstand des Begleitgesetzes. Die Bundesregierung stand der Schaffung einer speziellen Befugnisnorm ablehnend gegenüber. Das Interesse am Einsatz des IMSI-Catchers riss dagegen nicht

ab.⁶⁶ Einen erneuten Impuls erhielt das Gesetzgebungsverfahren allerdings erst durch einen Gesetzentwurf der Bundesregierung vom 23. November 2001, der eine Änderung der Strafprozessordnung, insbesondere des § 81f StPO, zum Inhalt hatte.⁶⁷ Der Rechtsausschuss des Bundestags implementierte in seiner Beschlussempfehlung im Anschluss an eine Sachverständigenanhörung zusätzlich eine Regelung zum Einsatz des IMSI-Catchers. Dieser sollte aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit auf eine solide gesetzliche Grundlage gestellt werden.⁶⁸ Diese Beschlussempfehlung wurde unverändert und ohne vorherige Aussprache vom Bundestag angenommen und als Gesetz beschlossen.⁶⁹ Das Gesetz zur Änderung der Strafprozessordnung vom 6. August 2002 und mit ihm der neue § 100i StPO a.F. konnten somit am 14. August 2002 in Kraft treten.⁷⁰

c) Novelle zum 1. Januar 2008

Nach kleineren, formellen Änderungen des § 100i StPO a.F.⁷¹ kam es zum 1. Januar 2008 zu einer kompletten Novellierung der strafprozessualen verdeckten Ermittlungsmaßnahmen und der Telekommunikationsüberwachung. Am 27. Juni 2007 legte die Bundesregierung dem Bundestag den Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vor. Dieser sah eine grundlegende Änderung der Regelungen in den §§ 100a ff. StPO vor. Auch § 100i StPO sollte im Zuge der Novelle neu gefasst werden. Der Gesetzgeber wollte dabei vor allem die in § 100g Abs. 1 S. 1 StPO bereits verankerte materielle Schwelle einer Straftat von erheblicher Bedeutung integrieren. Durch den Fortfall der strengen Zweckbindung soll der Einsatz zudem von der Anordnung einer Telekommunikationsüberwachung entkoppelt werden und auch im Rahmen einer Verkehrsdatenerhebung nach § 100g StPO oder zur Unterstützung von Observationsmaßnahmen zulässigerweise angeordnet werden können.⁷² Das Gesetz wurde am 9. November 2007 vom Bundestag beschlossen und trat zum 1. Januar 2008 in Kraft.

2. Voraussetzungen nach § 100i StPO

a) Materielle Voraussetzungen

Die materiellen Voraussetzungen des Einsatzes eines IMSI-Catchers finden sich nunmehr zusammengefasst im ersten Absatz des § 100i StPO. Die Vorschrift erlaubt unter nachfolgend erläuterten Voraussetzungen dessen Einsatz zur Ermittlung der IMSI/IMEI sowie zur Ermittlung des Standorts eines aktiv geschalteten Mobilfunk-

setzentwurfs auf und schlug eine Regelung durch Ergänzung des § 100c Abs. 1 Nr. 1 lit. b StPO a.F. vor. Er stützte sich dabei ausdrücklich auf die seiner Ansicht nach vorzugswürdige und von der Rechtsprechung bereits vertretene „vermittelnde Lösung“ der Anwendung des § 100c Abs. 1 Nr. 1 lit. b StPO a.F. (vgl. BT-Drs. 14/9801, S. 9). Dieser Vorschlag wurde jedoch von Bundesregierung und Bundestag nicht gestützt. Ebenso hatte ein Antrag der Länder Hessen und Bayern vom 23. Februar 2004, der erneut die Änderung des § 100c Abs. 1 Nr. 1 lit. b StPO a.F. vorsah, keinen Erfolg (vgl. BR-Drs. 163/04, S. 12 f.).

⁶⁰ Gestützt auf eine Auskunft des BMI Fox DuD 2002, 212.

⁶¹ Bär MMR 2003, VI, VIII; Denkowski Kriminalistik 2002, 117, 119. – Vgl. auch DER SPIEGEL, 13. August 2001, Heft 33/2001, 54, 55.

⁶² Vgl. Gercke CILIP 2002, 20, 27; ders. MMR 2003, 453, 454; Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 54; Löwnau-Iqbal DuD 2001, 578; kritisch auch Bär MMR 2003, VI.

⁶³ BT-Drs. 13/8016 = BR-Drs. 369/97.

⁶⁴ Vgl. BR-Drs. 369/1/97, S. 4 = BT-Drs. 13/8453, S. 3.

⁶⁵ Vgl. BT-Drs. 14/850, S. 80; Löwnau-Iqbal DuD 2001, 578.

⁶⁶ Vgl. DER SPIEGEL, 13. August 2001, Heft 33/2001, 54 zum Einsatz des IMSI-Catchers durch Sicherheitsbehörden.

⁶⁷ BT-Drs. 14/7562.

⁶⁸ BT-Drs. 14/9088, S. 2, 4 ff.

⁶⁹ Vgl. BT-Drs. 14/9801, S. 14; BR-Drs. 452/02. – Vgl. auch Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 64.

⁷⁰ BGBl. I 2002, S. 3018.

⁷¹ BGBl. I 2004, S. 2198, 2203; BGBl. I 2005, S. 1841, 1845.

⁷² Vgl. zum Ganzen BT-Drs. 16/5846, S. 56. – Zur Kritik BR-Drs. 452/1/02; Albrecht/Dorsch/Krüpe, Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation (2003), S. 204.

endergäts. Technisch mögliche Abhörmaßnahmen dürfen jedoch nicht auf § 100i StPO gestützt werden. Sie sind nur unter den qualifizierten Voraussetzungen der §§ 100a f. StPO zulässig.

aa) Straftat von erheblicher Bedeutung

Anknüpfungspunkt einer Maßnahme nach § 100i StPO ist, wie bei jeder strafprozessualen Maßnahme, das Vorliegen eines Anfangsverdachts bezüglich einer Straftat. Darüber hinaus muss jedoch ein weiteres, qualifiziertes Erfordernis verwirklicht sein. Der Verdacht darf sich nicht, wie bei den meisten Ermittlungsmaßnahmen ausreichend, auf jedwede Straftat beziehen. Vielmehr müssen bestimmte Tatsachen vorliegen, die die Annahme einer Straftat von auch im Einzelfall erheblicher Bedeutung rechtfertigen. Eine Straftat von erheblicher Bedeutung liegt vor, wenn sie mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzuordnen ist, den Rechtsfrieden empfindlich stört und dazu geeignet ist, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen.⁷³ Hierbei kommen insbesondere – jedoch nicht abschließend – Katalogtaten nach § 100a Abs. 2 StPO in Betracht. Die Tat kann sowohl vollendet als auch versucht sein. Auch Vorbereitungshandlungen zu einer erheblichen Straftat oder die Teilnahme daran eröffnen, soweit es sich hierbei um eine eigenständige Straftat handelt, die Möglichkeit eines Einsatzes.⁷⁴ Erforderlich ist jedoch stets, dass die Taten auch im Einzelfall und nicht nur abstrakt von erheblicher Bedeutung sind. Daher ist in jedem Fall eine einzelfallbezogene Beurteilung des Tatgeschehens unter Berücksichtigung des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips vorzunehmen.⁷⁵

Die Vorschrift des § 100i StPO a.F. hat hingegen noch differenziert. Die Ermittlung der Geräte- und Kartennummer nach § 100i Abs. 1 Nr. 1 StPO a.F. hat stets erfordert, dass die Voraussetzungen des § 100a StPO vorliegen (§ 100i Abs. 2 S. 1 StPO a.F.). Dies bedeutete insbesondere das Vorliegen eines qualifizierten Anfangsverdachts bezüglich einer der in § 100a StPO abschließend aufgezählten Katalogtaten.⁷⁶ Eine Maßnahme nach § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO a.F. zur Standortermittlung hat hingegen einen Anfangsverdacht hinsichtlich einer Straftat von erheblicher Bedeutung genügen lassen (§ 100i Abs. 2 S. 2 StPO a.F.).⁷⁷

Der Gesetzgeber hat mit der Neuregelung des § 100i StPO die Anforderungen an die Ermittlung der Geräte- und Kartennummer insgesamt gesenkt, indem nun nicht mehr der abschließende Straftatenkatalog nach § 100a StPO zu Grunde zu legen ist.

⁷³ BVerfGE 103, 21, 34. – Hierzu Rieß GA 2004, 623, 628 f.
⁷⁴ Meyer-Goßner, StPO, 51. Aufl. (2008), § 100i Rn. 8.
⁷⁵ Vgl. KK/Nack, a.a.O. (Fn. 28), § 100i Rn. 7, § 110a Rn. 21. – Ob es sich um eine Straftat von erheblicher Bedeutung handelt, ergibt sich allerdings vielfach erst im Laufe der Ermittlungen; Meyer-Goßner, a.a.O. (Fn. 74), § 98a Rn. 5.
⁷⁶ SK-StPO/Wolter, a.a.O. (Fn. 8), § 100i Rn. 26. – Vgl. auch Bär MMR 2003, VI, IX, der den Anwendungsbereich dieser Regelung folglich für sehr gering hielt.
⁷⁷ Diese musste trotz Nichterwähnung im Wortlaut auch im Einzelfall von erheblicher Bedeutung sein; vgl. Löwe-Rosenberg/Schäfer, a.a.O. (Fn. 7), § 100g Rn. 13.

bb) Zweckbindung

Der Einsatz des IMSI-Catchers erfolgt zum Zwecke der Erforschung des Sachverhalts oder zur Ermittlung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten. Die Maßnahmen nach § 100i StPO unterliegen demnach keiner weiteren, die Wahrnehmung des strafprozessualen Untersuchungsgrundsatzes⁷⁸ (§ 160 Abs. 1 StPO) einschränkenden Zweckbindung. Insbesondere dürfen sowohl die Kennungen als auch der Standort des Mobilfunkteilnehmers zur Unterstützung einer Observationsmaßnahme sowie zur Vorbereitung einer Verkehrsdatenerhebung nach § 100g StPO ermittelt werden.⁷⁹ Auch die Ermittlung von IMSI/IMEI mit dem Ziel einer späteren Durchführung der Standortermittlung ist im Unterschied zur alten Regelung nunmehr möglich.

Im Gegensatz dazu waren die Maßnahmen nach § 100i StPO a.F. streng zweckgebunden.⁸⁰ Die Ermittlung der Geräte- und Kartennummer war ausschließlich zum Zwecke der Vorbereitung einer Maßnahme nach § 100a StPO zulässig (§ 100i Abs. 1 Nr. 1 StPO a.F.). Die Standortermittlung nach § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO a.F. war nur zur vorläufigen Festnahme (§ 127 Abs. 2 StPO) oder zur Ergreifung des Beschuldigten aufgrund eines Haftbefehls (§ 114 StPO) oder eines Unterbringungsbefehls (§ 126a StPO) möglich. Ausnahmsweise durfte eine Standortbestimmung auch durchgeführt werden, soweit dies zur Eigensicherung der zur vorläufigen Festnahme oder Ergreifung eingesetzten Beamten des Polizeidienstes erforderlich war (§ 100i Abs. 2 S. 3 StPO a.F.).⁸¹

Der Gesetzgeber hat durch die Streichung der strengen Zweckbindung den Anwendungsbereich des § 100i StPO erheblich erweitert.

cc) Zielperson der Maßnahme

Die Maßnahmen nach § 100i Abs. 1 StPO dürfen sich nur gegen die in § 100i Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 100a Abs. 3 StPO genannten Personen richten. In erster Linie kommt natürlich der Beschuldigte als von der Maßnahme Betroffener in Betracht. Beschuldigte in diesem Sinne sind nach § 100i Abs. 1 StPO Täter oder Teilnehmer der Straftat von erheblicher Bedeutung sowie Personen, welche diese Straftat durch eine andere, eigenständige Straftat vorbereitet haben. Weiterhin dürfen sich die Maßnahmen auch gegen sog. Kontaktpersonen, insbesondere Nachrichtenmittler, richten, also diejenigen Personen, von denen aufgrund bestimmter Tatsachen anzunehmen ist, dass sie für den Beschuldigten bestimmte oder von ihm herrührende Mitteilungen entgegennehmen oder weitergeben

⁷⁸ Der Untersuchungsgrundsatz umfasst die Pflicht, die materielle Wahrheit zu erforschen und den Sachverhalt aufzuklären, vgl. Krekeler/Löffelmann/Löffelmann, a.a.O. (Fn. 48), § 160 Rn. 2.
⁷⁹ BT-Drs. 16/5846, S. 56; Bär MMR 2008, 215, 221. – Vgl. zur vorherigen Rechtslage Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 85 f.; Meyer-Goßner, StPO, 50. Aufl. (2007), § 100i Rn. 6a.
⁸⁰ Vgl. Hilger GA 2002, 557, 558; Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 85.
⁸¹ Vgl. KK/Nack, StPO, 5. Aufl. (2003), § 100i Rn. 8 sowie Löwe-Rosenberg/Schäfer, a.a.O. (Fn. 7), § 100i Rn. 13, die diese Variante für systemwidrig hielten. – A.A. Meyer-Goßner, a.a.O. (Fn. 79), § 100i Rn. 6.

oder dass der Beschuldigte ihren Anschluss benutzt.

Nach der bis zum 31. Dezember 2007 geltenden Rechtslage bestimmte sich die Zielperson jeweils nach der Zweckrichtung der Maßnahme. Im Falle des § 100i Abs. 1 Nr. 1 StPO a.F. war die Zielperson der Täter oder Teilnehmer der Katalogtat nach § 100a StPO sowie derjenige, der diese durch eine Straftat vorbereitet hat. Die Maßnahme durfte zudem gegen sog. Nachrichtenmittler im Sinne des § 100a S. 2 StPO a.F. durchgeführt werden. Nach § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO a.F. war Zielperson⁸² derjenige Beschuldigte, gegen den sich die vorläufige Festnahme bzw. der Haft- oder Unterbringungsbefehl richtete. Auch diese Maßnahme war gegen andere Personen (Kontaktpersonen) zulässig, wenn die Ermittlung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten auf andere Weise erheblich weniger erfolgversprechend oder wesentlich erschwert gewesen wäre (§§ 100i Abs. 2 S. 2 a.E., 100f Abs. 3 S. 2 StPO a.F.).⁸³ Zur Bestimmung des Aufenthaltsorts waren Ermittlungen gegen Dritte damit nach früherer Rechtslage nur unter Beachtung der qualifizierten Subsidiaritätsklausel möglich. Diese Hürde hat der Gesetzgeber nunmehr mit Verweis auf die Neuregelung in § 100a Abs. 3 StPO, die keine Subsidiaritätsklausel enthält, genommen.

dd) Subsidiaritätsklausel

Bei der Neuregelung des § 100i StPO hat der Gesetzgeber auf eine Subsidiaritätsklausel, wie sie vorher bestand, verzichtet. Die nunmehr ausdrücklich normierte Beschränkung des Einsatzes von IMSI-Catchern auf solche Fälle, in denen ein entsprechender Einsatz *erforderlich* ist, stellt hingegen keine Subsidiaritätsklausel im eigentlichen Sinne und keine wirkliche Verengung des Anwendungsbereichs dar. Es handelt sich vielmehr lediglich um einen Ausfluss aus dem ohnehin geltenden Verhältnismäßigkeitsprinzip.

Die Vorgängerregelung in § 100i StPO a.F. differenzierte hingegen noch. Die Maßnahme nach § 100i Abs. 1 Nr. 1 StPO a.F. war streng subsidiär.⁸⁴ Hiernach durften Geräte- und Kartennummer mittels IMSI-Catcher nur erhoben werden, wenn die Durchführung der Überwachungsmaßnahme ohne die Ermittlung der entsprechenden Kennungen nicht möglich oder wesentlich erschwert gewesen wäre. Diese Maßnahme unterlag, da zudem die Voraussetzungen nach § 100a StPO vorliegen mussten, sogar einer doppelten Subsidiaritätsklausel.⁸⁵ Der Einsatz des IMSI-Catchers nach § 100i Abs. 1 Nr. 2 StPO a.F. war hingegen bereits dann zulässig, wenn die Ermittlung des

Aufenthaltsorts des Täters auf andere Weise weniger erfolgversprechend oder erschwert gewesen wäre.⁸⁶

b) Anordnungsvoraussetzungen

Die Verfahrensvoraussetzungen finden sich nunmehr in § 100i Abs. 3 StPO. Die Maßnahme nach Abs. 1 bedarf grundsätzlich der Anordnung durch den Richter auf Antrag der Staatsanwaltschaft. Lediglich bei Gefahr im Verzug kann die Staatsanwaltschaft die Anordnung eigenständig treffen. Diese muss jedoch anschließend binnen dreier Werktagen von einem Gericht bestätigt werden, anderenfalls tritt sie außer Kraft (§ 100i Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 100b Abs. 1 S. 1 bis 3 StPO). Die Anordnung ergeht gemäß § 100i Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 100b Abs. 2 S. 1 StPO schriftlich. Sie darf auf höchstens sechs Monate begrenzt werden (§ 100i Abs. 3 S. 2 StPO). Eine Verlängerung um jeweils nicht mehr als sechs weitere Monate ist nur zulässig, soweit die Voraussetzungen nach Abs. 1 weiterhin vorliegen (§ 100i Abs. 3 S. 3 StPO). Fallen diese hingegen während des Vollzugs der Maßnahme weg, so ist der Vollzug sofort zu beenden (§ 100i Abs. 3 S. 1 i.V.m. § 100b Abs. 4 S. 1 StPO). Gemäß § 101 Abs. 4 S. 1 Nr. 8 StPO ist der Betroffene nach Beendigung der Maßnahme zu benachrichtigen.

c) Verwendung der Daten des Betroffenen

Die erhobenen Daten des Betroffenen dürfen nach § 100i Abs. 1 StPO zur Ermittlung des Sachverhalts und der Bestimmung des Aufenthaltsorts verwendet werden. Beweisverwertungsverbote bestehen im Rahmen der allgemeinen Grundsätze. Die Verwendung der Daten zu Beweis Zwecken in anderen, unabhängig von der Anlass tat bestehenden Strafverfahren ist unter den besonderen Voraussetzungen der Verwendungsregelung des § 477 Abs. 2 S. 2 StPO zulässig. Dieser gesetzlichen Regelung bezüglich sog. Zufallsfunde liegt der Gedanke des hypothetischen Ersatzeingriffs zugrunde.⁸⁷ Zu präventivpolizeilichen Zwecken dürfen die nach § 100i StPO erhobenen Daten nur unter den Voraussetzungen des § 477 Abs. 2 S. 3 StPO verwendet werden; also etwa zur Abwehr einer erheblichen Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Für den Fall, dass die erhobenen Daten für die Strafverfolgung oder die gerichtliche Überprüfung der Maßnahme nicht mehr erforderlich sind, enthält § 101 Abs. 8 StPO eine Löschungspflicht. Eine Kennzeichnungspflicht ergibt sich aus § 101 Abs. 3 StPO. Handelt es sich bei der von der Maßnahme betroffenen Zielperson, sofern nicht Beschuldigter,⁸⁸ um einen zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsheimlichkeitsträger, so ergeben sich aus § 160a Abs. 1 S. 1 bis 4, Abs. 2 StPO Beweiserhebungs- und Beweisverwendungsverbote (einschließlich eines Verwertungsverbots) sowie Dokumentations- und Löschungspflichten.

⁸² Das Gesetz sprach hier vom *Täter*, was der Systematik der StPO und dem Grundverständnis verfassungsrechtlicher Garantien im Strafverfahren (etwa Unschuldsvermutung) grundlegend widerspricht. – Vgl. auch Roggan KritV 2003, 76, 87; Ruhmannseder JA 2007, 47, 49.

⁸³ Der Einsatz des IMSI-Catchers zur Erforschung des Sachverhalts wird entgegen des weiter reichenden Wortlauts des § 100f Abs. 3 S. 2 StPO a.F. als nicht zulässig erachtet, vgl. Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 86. Ebenso zur vormaligen inhaltsgleichen Regelung des § 100c Abs. 2 S. 2 StPO a.F. SK-StPO/Wolter, a.a.O. (Fn. 8), § 100i Rn. 29. – Unzutreffend Bär MMR 2003, VI, IX.

⁸⁴ Gercke MMR 2003, 453, 455.

⁸⁵ SK-StPO/Wolter, a.a.O. (Fn. 8), § 100i Rn. 26.

⁸⁶ Diese einfache Subsidiaritätsklausel wurde teilweise als praxisfern und eher obsolet bezeichnet; Hilger GA 2002, 557, 559; SK-StPO/Wolter, a.a.O. (Fn. 8), § 100i Rn. 28.

⁸⁷ BT-Drs. 16/5846, S. 66; KK/Nack, a.a.O. (Fn. 28), § 100i Rn. 12; Meyer-Goßner, a.a.O. (Fn. 74), § 477 Rn. 5.

⁸⁸ Betrifft den Fall des sog. Nachrichtenmittlers i. S. des § 100a Abs. 3 StPO.

d) Personenbezogene Daten Dritter

In § 100i Abs. 2 StPO findet sich eine Regelung bezüglich der erhobenen personenbezogenen Daten Dritter. Funktionsbedingt meldet sich beim Einsatz des IMSI-Catchers jedes Mobiltelefon in dessen Umgebung bei dieser vermeintlichen Funkzelle bzw. deren vermeintlicher Basisstation an und übermittelt hierbei seine Geräte- und Kartennummer. Es werden damit auch Kennungen uneteiligter Dritter ermittelt. Dies wird, soweit es aus technischen Gründen unvermeidbar ist, als zulässig und mit dem Grundgesetz vereinbar angesehen.⁸⁹ In der Regel werden jedoch die Daten von Mobiltelefonen Dritter schon durch die Bildung von Schnittmengen aus den Daten mehrerer Messungen wieder ausgeschieden.⁹⁰ Dennoch erhobene Daten dürfen jedoch nach § 100i Abs. 2 S. 2 StPO ausschließlich zum Zwecke des Datenabgleichs zur Ermittlung der gesuchten Geräte- und Kartennummer verwendet werden. Dieser Datenabgleich erfolgt über den Netzbetreiber, welcher in Kenntnis der IMSI/IMEI den gesuchten Teilnehmer sowie dessen Mobilfunk-Rufnummer identifizieren kann. Über diesen Datenabgleich hinaus dürfen die Kennungen Dritter nicht verwendet werden (Verbot der Zweckänderung).⁹¹ Die Regelungen des § 477 Abs. 2 S. 2 und 3 StPO finden keine Anwendung. § 100i Abs. 2 S. 2 StPO, der insoweit ein absolutes Verwendungsverbot⁹² für Zufallsfunde hinsichtlich personenbezogener Daten Dritter normiert, ist *lex specialis* (vgl. § 477 Abs. 2 S. 4 StPO). Nach Beendigung der Maßnahme sind die Daten unverzüglich zu löschen (§ 100i Abs. 2 S. 2 StPO). Handelt es sich bei dem Dritten um einen zeugnisverweigerungsberechtigten Berufsheimnisträger, so ergeben sich Beweisverwendungsverbote sowie Dokumentations- und Löschpflichten aus § 160a Abs. 1 S. 5 StPO. Aus dieser Vorschrift kann sich über die in § 100i Abs. 2 StPO normierten Pflichten hinaus in Einzelfällen unter Anwendung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit sogar ein ungeschriebenes relatives Beweiserhebungsverbot mit der Verpflichtung ergeben, die Maßnahme zu unter- bzw. abzubrechen.⁹³

3. Bedeutung der gesetzlichen Regelung

Mit der in § 100i StPO vorgesehenen Befugnis hat der

Gesetzgeber den Strafverfolgungsbehörden ein Instrument an die Hand gegeben, sich durch Ermittlung von IMSI und IMEI die für die Anordnung einer Telekommunikationsüberwachung notwendigen Informationen zu beschaffen. Darüber hinaus wurden mit der Regelung die Möglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden erweitert, den Aufenthaltsort eines Beschuldigten zu ermitteln. Neben der angemahnten verfassungsrechtlichen Notwendigkeit der Schaffung einer gesetzlichen Grundlage wurde die Implementierung des § 100i StPO im Jahre 2002 in weiten Teilen als notwendiger Reflex auf technische Entwicklungen begrüßt.⁹⁴ Gleichwohl sind mit dem Einsatz des IMSI-Catchers auch eine Reihe von technisch bedingten Einschränkungen verbunden, die ihrerseits die Ermittlungstätigkeit begrenzen. Zunächst ergibt sich das generelle Problem, dass alle mittels des IMSI-Catchers durchgeführten Maßnahmen voraussetzen, dass der Aufenthaltsort des Betroffenen aufgrund von Observationen oder einer Funkzellenabfrage grob bestimmbar ist. Das zu ermittelnde Gerät muss zudem aktiv geschaltet sein, sich also im Stand-by-Modus befinden. Um anschließend die gesuchte IMSI oder IMEI herausfiltern zu können, sind oftmals mehrere Messungen erforderlich.⁹⁵

Problemlagen haben sich jedoch nicht nur aus den technischen Gegebenheiten, sondern auch aus der unstrukturierten und inkohärenten Gesetzssystematik ergeben, deren Bereinigung und Harmonisierung zentrales gesetzgeberisches Anliegen der Novellierung der §§ 100a ff. StPO zum 1. Januar 2008 war. So hat etwa § 100i StPO a.F. die Ermittlung der Gerätenummer IMEI mittels des IMSI-Catchers ausdrücklich zugelassen; jedoch war streitig, ob mittels dieser Kennung anschließend die Überwachung der Telekommunikation angeordnet werden konnte.⁹⁶ Der Gesetzgeber hat diese Unklarheit nun behoben, indem er in § 100b Abs. 2 Nr. 2 StPO n.F. auch die Kennung des Endgeräts ausdrücklich erwähnt. Die Ermittlung der IMEI hat durch diese Klarstellung⁹⁷ an praktischer Bedeutung gewonnen.

Die praktische Relevanz der Standortermittlung mittels IMSI-Catcher hat hingegen nachgelassen. Hier muss zunächst IMSI/IMEI des zu ortenden Teilnehmers bekannt sein. Zudem muss dessen Aufenthaltsort eng eingegrenzt werden. All dies macht die Ortung mittels IMSI-Catcher unpraktikabel. In der Praxis wurde er mittlerweile bereits durch die Ermittlungsmaßnahme der sog. *stillen SMS* abgelöst.⁹⁸ Hierbei handelt es sich um ein Signal, welches von den Ermittlern durch ein einfaches Computerprogramm oder per Handy an eine ihnen bekannte Mobilfunk-Rufnummer gesandt wird.⁹⁹ Diese SMS (Short Message Service) ist für den Besitzer des Mobiltelefons nicht wahrnehmbar, erzeugt beim Mobilfunkbetreiber

⁸⁹ BVerfG NJW 2007, 351, 354 ff. = HRRS 2006 Nr. 807; Meyer-Gofßner, a.a.O. (Fn. 74), § 100i Rn. 14; Roggan KritV 2003, 76, 87, wonach die Vermeidbarkeit der Inanspruchnahme Dritter aufgrund der weiten Verbreitung von Mobiltelefonen theoretischer Natur ist.

⁹⁰ KK/Nack, a.a.O. (Fn. 28), § 100i Rn. 11 und Löffelmann AnwBl. 2006, 598, die deshalb in diesen Fällen einen Eingriff in die Rechte Dritter verneinen.

⁹¹ Ein Verstoß gegen das in § 100i Abs. 2 S. 2 StPO normierte Verwendungsverbot begründet ein Verwertungsverbot; vgl. Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 131; Löwe-Rosenberg/Schäfer, a.a.O. (Fn. 7), § 100i Rn. 40; in diesem Sinne auch Joecks, StPO, 2. Aufl. (2008), § 100i Rn. 8; Ruhmannseder JA 2007, 47, 49.

⁹² Meyer-Gofßner, a.a.O. (Fn. 74), § 100i Rn. 14; SK-StPO/Wolter, a.a.O. (Fn. 8), § 100i Rn. 33. – Kritisch jedoch BT-Drs. 14/7727, S. 6; Löwe-Rosenberg/Schäfer, a.a.O. (Fn. 7), § 100i Rn. 14.

⁹³ KK/Griesbaum, a.a.O. (Fn. 28), § 160a Rn. 11; Meyer-Gofßner, a.a.O. (Fn. 74), § 160a Rn. 7.

⁹⁴ Vgl. Albrecht/Dorsch/Krüpe, a.a.O. (Fn. 72), S. 199 ff., 208.

⁹⁵ Fox DuD 2002, 212, 214.

⁹⁶ Günther Kriminalistik 2004, 11, 12.

⁹⁷ Die IMEI-gestützte Telekommunikationsüberwachung war nach Auffassung des Gesetzgebers bereits nach der alten Rechtslage zulässig. Die gesetzliche Neuregelung dient insoweit lediglich der Klarstellung; BT-Drs. 16/5846, S. 26.

⁹⁸ Ausführlich hierzu Eisenberg/Singelstein NSTz 2005, 62 ff. – Dieses Observationsmittel wird jedoch allgemein nicht als von § 100i StPO gedeckt angesehen; vgl. Meyer-Gofßner, a.a.O. (Fn. 74), § 100i Rn. 4.

⁹⁹ BT-Drs. 15/5252, S. 93; Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 88.

jedoch künstlich Verbindungsdaten, welche von den Strafverfolgungsbehörden abgerufen werden können.¹⁰⁰ Hierdurch kann die Funkzelle ermittelt werden, in der das Mobilfunkgerät gerade eingebucht ist,¹⁰¹ ohne dass sich die Ermittlungsbeamten in unmittelbarer Nähe aufhalten müssen. Eine weitere, ebenfalls praktisch sehr bedeutsame Ermittlungsmethode stellt die auf § 100h Abs. 1 S. 1 Nr. 2 StPO gestützte Peilung via GPS dar.¹⁰²

Insgesamt bleibt jedoch festzuhalten, dass der IMSI-Catcher und mit ihm die Rechtsgrundlage in § 100i StPO auch durch neue technische Entwicklungen nicht nennenswert an Bedeutung verloren haben.¹⁰³ Die Hauptfunktion des Geräts liegt bei der Ermittlung der IMSI. Gerade in diesem Bereich ist es mangels adäquater Alternativen sehr praxisrelevant.¹⁰⁴

4. Zusammenfassung

Zusammenfassend kann festgestellt werden, dass der Gesetzgeber durch die Neuregelung der Befugnisnorm des § 100i StPO die Eingriffsschwelle vereinheitlicht und abgesenkt hat.¹⁰⁵ Durch den Wegfall der Subsidiaritätsklauseln und der Erweiterung des Straftatenkatalogs ist der Einsatz des IMSI-Catchers nun auch außerhalb des Anwendungsbereichs der Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen zulässig. Die Straffung und klarere Konturierung des Gesetzestextes haben darüber hinaus zu einer besseren Verständlichkeit und Übersichtlichkeit beigetragen.

IV. Verfassungsrechtliche Fragen

Wie jede staatliche Zwangsmaßnahme muss auch der Einsatz des IMSI-Catchers verfassungsrechtlichen Grundsätzen genügen und insbesondere dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit Rechnung tragen.

1. Grundrechtsbetreffenheit

Die den Einsatz des IMSI-Catchers legitimierende Norm steht im Kontext der Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen. Aufgrund dieser systematischen Stellung scheint ein Eingriff in das durch Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG geschützte Fernmeldegeheimnis nahe liegend. Auch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie die Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG und

¹⁰⁰ Eisenberg/Singelstein NStZ 2005, 62.

¹⁰¹ Nach BT-Drs. 15/5252, S. 93 soll eine Ortung auf bis zu 50 Meter genau erfolgen können.

¹⁰² Damit soll der Standort auf bis zu 50 Meter genau bestimmt werden können; vgl. BGHSt 46, 266, 271.

¹⁰³ Vgl. Bär MMR 2003, VI, IX, der den IMSI-Catcher als ein aus kriminalistischer Sicht wichtiges Mittel bezeichnet.

¹⁰⁴ Vgl. auch Krekeler/Löffelmann/Löffelmann, a.a.O. (Fn. 48), § 100i Rn. 1, der die Anwendungshäufigkeit der Maßnahme aufgrund des damit verbundenen Aufwands dennoch als gering erachtet.

¹⁰⁵ Bär MMR 2008, 215, 221; Meyer-Goßner, a.a.O. (Fn. 74), § 100i Rn. 1; Haller/Conzen, Das Strafverfahren, 5. Aufl. (2008), Rn. 1038. – Fraglich Joecks, a.a.O. (Fn. 91), § 100i Rn. 1, wonach die Voraussetzungen im Wesentlichen gleich geblieben sind.

die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG könnten betroffen sein.

a) Fernmeldegeheimnis

Das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG erweitert das in Art. 10 Abs. 1 GG ebenfalls geschützte Brief- und Postgeheimnis. Schutzgut des Art. 10 GG ist zunächst die Vertraulichkeit der individuellen Kommunikation mittels bestimmter Übertragungsmedien.¹⁰⁶ Das Fernmeldegeheimnis knüpft speziell an die fernmelde-technisch vermittelte Übertragung von Informationen, d.h. an den Fernmeldeverkehr, an.¹⁰⁷

aa) Grundsätzliches

Fernmeldetechnische Medien sind besonders der Gefahr eines unkontrollierten Zugriffs durch unbefugte Dritte ausgesetzt. In der heutigen Informationsgesellschaft, in der Kommunikation zunehmend als Telekommunikation über eine räumliche Distanz stattfindet, soll das Fernmeldegeheimnis die Privatheit und die Vertraulichkeit der Kommunikation gewährleisten.¹⁰⁸ Die Kommunikationsteilnehmer sollen so gestellt werden, wie sie stünden, wenn die Kommunikation ohne fernmeldetechnische Mittel, also unter Anwesenden, stattfände.¹⁰⁹ Das Fernmeldegeheimnis schützt daher die körperlose Übermittlung von Informationen¹¹⁰ mittels drahtloser oder drahtgebundener elektromagnetischer Wellen.¹¹¹ Der Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG ist aufgrund der rasanten technischen Entwicklungen im Bereich der Telekommunikation entwicklungs offen.¹¹² Geschützt sind nicht nur der traditionelle Telefon-, Telefax-, Telegramm- und Funkverkehr, sondern auch neuere elektronische Übertragungsmöglichkeiten wie Mobilfunk und E-Mail-Verkehr via Internet.¹¹³

Inhaltlich umfasst das Fernmeldegeheimnis den Schutz der Individualkommunikation gegen unbefugte Kenntnisnahme Dritter.¹¹⁴ Dies beinhaltet zunächst den Schutz

¹⁰⁶ Hufen, StaatsR II, 1. Aufl. (2007), § 17 Rn. 3; Pieroth/Schlink, GrundR, 24. Aufl. (2008), § 19 Rn. 762.

¹⁰⁷ Dreier/Hermes, GG, Band I, 2. Aufl. (2004), Art. 10 Rn. 36; v. Mangoldt/Klein/Starck/Gusy, GG, Band 1, 5. Aufl. (2005), Art. 10 Rn. 40; v. Münch/Kunig/Löwer, GG, Band 1, 5. Aufl. (2000), Art. 10 Rn. 18.

¹⁰⁸ St. Rspr. BVerfGE 115, 166, 183; 110, 33, 53; 100, 313, 359.

¹⁰⁹ BVerfG NJW 2007, 351, 353 = HRRS 2006 Nr. 807; Gercke, a.a.O. (Fn. 19), S. 66; Gusy Jus 1986, 89, 90.

¹¹⁰ BVerfGE 46, 120, 143; Ipsen, StaatsR II, 11. Aufl. (2008), § 6 Rn. 306; Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 137.

¹¹¹ Pieroth/Schlink, a.a.O. (Fn. 106), § 19 Rn. 773; v. Münch/Kunig/Löwer, a.a.O. (Fn. 107), Art. 10 Rn. 12.

¹¹² BVerfGE 106, 28, 36; Gercke, a.a.O. (Fn. 19), S. 66; Hufen, a.a.O. (Fn. 106), § 17 Rn. 7; Jarass/Pieroth/Jarass, GG, 10. Aufl. (2009), Art. 10 Rn. 5.

¹¹³ Hufen, a.a.O. (Fn. 106), § 17 Rn. 7; Ipsen, a.a.O. (Fn. 110), § 6 Rn. 306; Jarass/Pieroth/Jarass, a.a.O. (Fn. 112), Art. 10 Rn. 5; Pieroth/Schlink, a.a.O. (Fn. 106), § 19 Rn. 773; Sachs/Pagenkopf, GG, 5. Aufl. (2009), Art. 10 Rn. 14 f.

¹¹⁴ V. Mangoldt/Klein/Starck/Gusy, a.a.O. (Fn. 107), Art. 10 Rn. 42, 45.

von Kommunikationsinhalten,¹¹⁵ also aller mittels Funktechnik ausgetauschten Informationen. Darüber hinaus wird auch die Vertraulichkeit der Kommunikationsumstände gewährleistet.¹¹⁶ Dieser Schutz bezieht sich sowohl auf die Tatsache, dass überhaupt Kommunikation stattfindet, als auch auf deren Teilnehmer, Anschlüsse und Rufnummern.¹¹⁷ Auch Häufigkeit, jeweiliger Zeitpunkt der Telekommunikation sowie Kommunikationsversuche zählen hierzu.¹¹⁸

bb) Übertragung der IMSI/IMEI-Kennung und Positionsmeldungen

Im Folgenden wird zu erörtern sein, ob mit dem Einsatz des IMSI-Catchers der Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses betroffen ist. Mobiltelefone stellen, wie oben festgestellt, ein geeignetes Übertragungsmittel i. S. des von Art. 10 Abs. 1 Var. 3 GG geschützten Fernmeldeverkehrs dar. Allerdings ist fraglich, ob es sich bei der Übertragung der IMSI/IMEI-Kennungen an die jeweilige Basisstation um eine durch Art. 10 Abs. 1 GG geschützte Kommunikation handelt. Ein hierzu ergangener Kammerbeschluss des BVerfG vom 22. August 2006,¹¹⁹ in dem es ein Eingreifen des Art. 10 Abs. 1 GG verneinte, vermag eine abschließende Klärung nicht herbeizuführen. Denn es handelt sich hierbei um einen Nichtannahmebeschluss nach § 93b S. 1 BVerfGG, mit dem keine Entscheidung in der Sache erging und der als bloße Prozessentscheidung weder materielle Rechtskraft noch eine Bindungswirkung nach § 31 Abs. 1 BVerfGG entfaltet.¹²⁰

Bezogen auf den Fernmeldeverkehr stellt das Fernmeldegeheimnis des Art. 10 Abs. 1 GG nach allgemeiner Auffassung eine spezielle Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung dar¹²¹ und soll einen Ausgleich für die technisch bedingte Einbuße an Privatheit schaffen, um gerade den Gefahren zu begegnen, die sich aus dem Übermittlungsvorgang einschließlich der Einschaltung eines Dritten ergeben.¹²² Es knüpft also an das Kommunikationsmedium an.¹²³ Ob die Datenerhebung nach § 100i StPO die Vertraulichkeit des Kommunikationsinhalts oder des Kommunikationsvorgangs betrifft, erscheint fraglich. Um nämlich den Schutz des Fernmeldegeheimnisses zu genießen, müsste es sich bei IMSI- und IMEI-Kennung um personen- und kommunikations-

bezogene Daten handeln. Kommunikation setzt nach allgemeinem Sprachgebrauch eine Verständigung zwischen Menschen oder zumindest einen menschlich veranlassten Datenaustausch voraus.¹²⁴ Die wohl überwiegende Auffassung sieht in den sich regelmäßig wiederholenden Positionsmeldungen des Mobiltelefons und der damit einhergehenden Sendung von IMSI bzw. IMEI an die Basisstation einen solchen menschlich veranlassten Datenaustausch und hält den Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG damit für eröffnet.¹²⁵ Der Besitzer eines Mobiltelefons schalte dieses ausschließlich aktiv, um die technischen Voraussetzungen für eine erfolgreiche Kommunikation zu schaffen.¹²⁶ Er versetze das Mobiltelefon in Kommunikationsbereitschaft, wodurch er auch seine eigene Empfangsbereitschaft signalisiere.¹²⁷ Diese bloße Kommunikationsbereitschaft stelle einen näheren Umstand der Kommunikation dar und unterfalle daher dem Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG. Schließlich würde dadurch auch die Information, dass sich die betreffende Person für eine Kommunikation bereithält, geschützt.¹²⁸ Das Fernmeldegeheimnis diene der Ausschaltung von Gefahren für Kommunikationsinhalt und -vorgang, welche durch die zwangsweise Vermittlung von Dritten drohen.¹²⁹ Mit der strafprozessualen Möglichkeit, IMSI und IMEI zu ermitteln, würde der Nutzer aber gerade nicht denselben Schutz seiner Privatsphäre genießen, der ohne das Kommunikationsmedium bestünde.¹³⁰ Im Sinne eines möglichst umfassenden Grundrechtsschutzes soll auch dem Besitzer eines bloß aktiv geschalteten Mobiltelefons daher der Schutz des Fernmeldegeheimnisses gewährt werden.¹³¹

Dieser Auffassung ist jedoch entgegenzuhalten, dass der Datenaustausch in der vorliegenden Konstellation ausschließlich zwischen technischen Geräten stattfindet und folglich keine individuellen oder kommunikativen Züge trägt.¹³² Es fehlt an einem menschlich veranlassten Informationsaustausch, der sich auf Kommunikationsinhal-

¹¹⁵ BVerfGE 110, 33, 52 f.; 107, 299, 312; Gercke, a.a.O. (Fn. 19), S. 67; v. Mangoldt/Klein/Starck/Gusy, a.a.O. (Fn. 107), Art. 10 Rn. 45.

¹¹⁶ St. Rspr. vgl. BVerfGE 115, 166, 183; 113, 348, 364; Gercke, a.a.O. (Fn. 19), S. 67; Hufen, a.a.O. (Fn. 106), § 17 Rn. 7.

¹¹⁷ Sachs/Pagenkopf, a.a.O. (Fn. 113), Art. 10 Rn. 14; v. Münch/Kunig/Löwer, a.a.O. (Fn. 107), Art. 10 Rn. 22.

¹¹⁸ BVerfGE 113, 348, 365; Gercke, a.a.O. (Fn. 19), S. 67; Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 139; Nachbaur NJW 2007, 335, 336 f.; Sachs/Pagenkopf, a.a.O. (Fn. 113), Art. 10 Rn. 14.

¹¹⁹ BVerfG NJW 2007, 351 ff. = HRRS 2006 Nr. 807.

¹²⁰ Vgl. auch Nachbaur NJW 2007, 335.

¹²¹ BVerfGE 113, 348, 364; 100, 313, 358; Hufen, a.a.O. (Fn. 106), § 17 Rn. 10; v. Mangoldt/Klein/Starck/Gusy, a.a.O. (Fn. 107), Art. 10 Rn. 103.

¹²² BVerfG NJW 2007, 351, 353 = HRRS 2006 Nr. 807; BVerfGE 107, 299, 313; 106, 28, 36.

¹²³ BVerfG NJW 2007, 351, 353 = HRRS 2006 Nr. 807; v. Mangoldt/Klein/Starck/Gusy, a.a.O. (Fn. 107), Art. 10 Rn. 32, 40.

¹²⁴ Bernsmann NStZ 2002, 103, 104; ders./Jansen StV 1999, 591, 592; Demko NStZ 2004, 57, 61; Günther NStZ 2005, 485, 491 f.; Jordan Kriminalistik 2005, 514, 515.

¹²⁵ BGH NJW 2001, 1587; LG Dortmund NStZ 1998, 577; Bär MMR 2000, 472, 473; Dix Kriminalistik 2004, 81, 83; Nachbaur NJW 2007, 335, 337; Pöppelmann AfP 2003, 218, 227; Roggan KritV 2003, 76, 89 f.; Schenke AöR 125 (2000), 1, 20; SK-StPO/Wolter, a.a.O. (Fn. 8), § 100i Rn. 18.

¹²⁶ Gercke, a.a.O. (Fn. 19), S. 71; Lissen/Denninger/Petri, Hdb. des Polizeir, 4. Aufl. (2007), H Rn. 12.

¹²⁷ BGH NJW 2001, 1587; VG Darmstadt NJW 2001, 2273, 2274; Dix Kriminalistik 2004, 81, 83; Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 148; Löwe-Rosenberg/Schäfer, a.a.O. (Fn. 7), § 100i Rn. 5; Nachbaur NJW 2007, 335, 337.

¹²⁸ Vgl. Gundermann K&R 1998, 48, 54 f.; Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 149 f.; Löwe-Rosenberg/Schäfer, a.a.O. (Fn. 7), § 100i Rn. 5; Roggan KritV 2003, 76, 90.

¹²⁹ Gercke, a.a.O. (Fn. 19), S. 70.

¹³⁰ Schenke AöR 125 (2000), 1, 20 f.

¹³¹ VG Darmstadt NJW 2001, 2273, 2274; Bär MMR 2003, VI, IX; Denkowski Kriminalistik 2002, 117, 119; Dix Kriminalistik 2004, 81, 83; Jarass/Pieroth/Jarass, a.a.O. (Fn. 112), Art. 10 Rn. 9; Nachbaur NJW 2007, 335, 337; Roggan KritV 2003, 76, 90; v. Mangoldt/Klein/Starck/Gusy, a.a.O. (Fn. 107), Art. 10 Rn. 45.

¹³² BVerfG NJW 2007, 351, 353 f. = HRRS 2006 Nr. 807; Brenner, Die strafprozessuale Überwachung des Fernmeldeverkehrs mit Verteidigern (1994), S. 250; Jordan Kriminalistik 2005, 514, 515.

te bezieht und dem Kommunikationsbegriff immanent ist. Die bloße technische Eignung eines Geräts, als Kommunikationsmittel verwandt zu werden, sowie die vom Gerät ausgehenden technischen Signale zur Gewährleistung der Kommunikationsbereitschaft stellen noch keine Kommunikation dar.¹³³ Daran ändert auch der Umstand nichts, dass es der Nutzer ist, der das Mobiltelefon aktiv und damit empfangsbereit schaltet. Als spezielle Garantie schützt das Fernmeldegeheimnis den telekommunikationsbezogenen Teilaspekt des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung¹³⁴ und damit die Vertraulichkeit der Individualkommunikation. Geschützt werden also vorwiegend Kommunikationsinhalte. Die Kommunizierenden sollen so gestellt werden, als würden sie ohne fernmeldetechnische Mittel kommunizieren. Die näheren Umstände des Fernmeldevorgangs bzw. der Kommunikation werden aufgrund dieser Schutzrichtung nur insoweit von Art. 10 Abs. 1 GG erfasst, als sie überhaupt auf Kommunikationsinhalte beziehbar sind bzw. auf diese schließen lassen.¹³⁵ Rein technische Daten oder Details, die keine Rückschlüsse auf derartige Inhalte zulassen, sind daher vom Schutzbereich ausgenommen. IMSI- und IMEI-Kennungen stellen solche technischen Daten dar. Sie ermöglichen im Gegensatz zu Kommunikationsumständen keinen Rückschluss auf Kommunikationsinhalte oder -beziehungen.¹³⁶ Vielmehr ermöglichen sie beispielsweise, über regelmäßige Positionsmeldungen im Stand-by-Modus des Mobilfunkendgeräts dessen Position und damit den Standort einer Person zu ermitteln. Es handelt sich bei den Kennungen und gesendeten Standortdaten nicht um kommunikationsbezogene Daten.¹³⁷ Der Schutzzweck des Fernmeldegeheimnisses, nämlich die Gewährleistung der Vertraulichkeit von Kommunikation, wird durch die Übertragung der IMSI/IMEI-Kennungen gerade nicht berührt. Hinzu kommt, dass im Fall der Standortermittlung die Positionsmeldung des Mobiltelefons vom Nutzer nicht einmal unmittelbar veranlasst wird; sie wird von ihm weder bemerkt, noch ist sie kontrollierbar.

Insgesamt bleibt damit festzuhalten, dass die vom IMSI-Catcher erfassten Daten nicht anlässlich eines Kommunikationsvorgangs anfallen. Der Datenaustausch erfolgt ausschließlich zur Herstellung und Sicherung der Betriebsbereitschaft des Mobiltelefons. Dieser Bereitschaftszustand ist erste technische Voraussetzung eines Kommunikationsvorgangs, nicht aber bereits ein Kommunikationsvorgang selbst.¹³⁸ Es fehlt also an dem für

Art. 10 Abs. 1 GG erforderlichen Merkmal der Kommunikation.¹³⁹

cc) Zusammenfassung

Die Erfassung der Geräte- und Kartenummer eines Mobiltelefons sowie der dazugehörigen Standortdaten unterfällt demnach nicht dem Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses.¹⁴⁰

b) Recht auf informationelle Selbstbestimmung

aa) Grundsätzliches

Es könnte jedoch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung betroffen sein. Dieses stellt eine Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts dar.¹⁴¹ Abgeleitet wird diese Rechtsposition aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG.¹⁴² Das Recht auf informationelle Selbstbestimmung gewährleistet dem Einzelnen die Befugnis, grundsätzlich selbst darüber zu entscheiden, ob und innerhalb welcher Grenzen persönliche Lebenssachverhalte und Daten erhoben, gespeichert, verwendet oder weitergegeben werden.¹⁴³ Hierdurch soll insbesondere vermieden werden, dass es aus Angst vor staatlichem Zugriff auf Daten zu einem Verzicht der Grundrechtsträger auf grundrechtlich geschützte Freiheiten und damit zu einem Einschüchterungseffekt kommt.¹⁴⁴ Der Grund für die besondere Schutzbedürftigkeit liegt dabei jedoch nicht allein in den Möglichkeiten der automatischen Datenerhebung und -verarbeitung. Vielmehr schützt das Recht auf informationelle Selbstbestimmung generell vor staatlicher Erhebung und Verarbeitung personenbezogener Daten, weil ihm als besondere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts der Gedanke der Selbstbestimmung des Einzelnen immanent ist.¹⁴⁵ Geschützt werden jedoch nur personenbezogene Daten,¹⁴⁶ also solche zu persönlichen oder sachlichen Verhältnissen einer bestimmten Person (vgl. auch § 3 Abs. 1 BDSG). Hierzu zählen auch individualisierbare Daten. Denn unabhängig von der Sphäre, aus der die Daten stammen, sind diese sensibel und schutzbedürftig.¹⁴⁷

¹³³ BVerfG NJW 2007, 351, 353 = HRRS 2006 Nr. 807; Günther NStZ 2005, 485, 491.

¹³⁴ Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 153; Jarass/Pieroth/Jarass, a.a.O. (Fn. 112), Art. 10 Rn. 2.

¹³⁵ BVerfG NJW 2007, 351, 353 = HRRS 2006 Nr. 807; BVerfG NJW 2006, 976, 978; Weßlau ZStW 113 (2001), 681, 690.

¹³⁶ Vgl. BVerfG NJW 2007, 351, 353 = HRRS 2006 Nr. 807; Brenner, a.a.O. (Fn. 132), S. 251.

¹³⁷ Zur Grundrechtsbetroffenheit der Standortermittlung während eines Kommunikationsvorgangs Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 151; Lisken/Denninger/Petri, a.a.O. (Fn. 126), H Rn. 12.

¹³⁸ BVerfG NJW 2007, 351, 353 = HRRS 2006 Nr. 807.

¹³⁹ Bernsmann/Jansen StV 1999, 591, 592; Demko NStZ 2004, 57, 62; Günther NStZ 2005, 485, 491; Jordan Kriminalistik 2005, 514, 515; Kudlich JuS 2001, 1165 ff.; Weßlau ZStW 113 (2001), 681, 690.

¹⁴⁰ Unter Verweis auf BVerfG NJW 2007, 351 ff. = HRRS 2006 Nr. 807: Joecks, a.a.O. (Fn. 91), § 100i Rn. 2; KK/Nack, a.a.O. (Fn. 28), § 100i Rn. 5; Meyer-Goßner, a.a.O. (Fn. 74), § 100i Rn. 2; Pieroth/Schlink, a.a.O. (Fn. 106), § 19 Rn. 773.

¹⁴¹ Sachs/Murswiek, a.a.O. (Fn. 113), Art. 2 Rn. 73.

¹⁴² BVerfGE 103, 21, 32; 65, 1, 43.

¹⁴³ BVerfGE 115, 320, 341; 103, 21, 33; 80, 367, 373; 65, 1, 42; Dreier/Dreier, a.a.O. (Fn. 107), Art. 2 I Rn. 78; Jarass/Pieroth/Jarass, a.a.O. (Fn. 112), Art. 2 Rn. 44.

¹⁴⁴ BVerfG NJW 2007, 351, 354 = HRRS 2006 Nr. 807; BVerfGE 113, 29, 46; 93, 181, 192.

¹⁴⁵ BVerfGE 78, 77, 84; 65, 1, 41 f.; Sachs/Murswiek, a.a.O. (Fn. 113), Art. 2 Rn. 73.

¹⁴⁶ BVerfGE 113, 29, 46; Jarass/Pieroth/Jarass, a.a.O. (Fn. 112), Art. 2 Rn. 45; Kunig Jura 1993, 595, 599.

¹⁴⁷ Nach BVerfGE 65, 1, 45 gibt es unter den Bedingungen der automatischen Datenverarbeitung kein belangloses Datum mehr; vgl. Pieroth/Schlink, a.a.O. (Fn. 106), § 8 Rn. 377b.

bb) Ermittlung der IMSI/IMEI und der Standortdaten

IMSI und IMEI stellen solche personenbezogenen Daten dar.¹⁴⁸ Sie ermöglichen in mobilen Telekommunikationsnetzen die Identifizierung des Nutzers bzw. des benutzten Endgeräts durch den Netzbetreiber. Bei diesem sind die sog. Bestandsdaten i. S. des § 3 Nr. 3 TKG gespeichert. Diese beinhalten u.a. Angaben zur Person wie Name, Adresse und Geburtsdatum.¹⁴⁹ Die Bestandsdaten sowie die Rufnummer des Teilnehmers können bei Bedarf und bei Kenntnis der IMSI- oder IMEI-Kennung durch die zuständigen Behörden nach §§ 95, 113 TKG erfragt werden. Es handelt sich bei den Kennungen folglich um individualisierbare, personenbeziehbare Daten, also um solche Daten, die einen Schluss darauf zulassen, welche Person sich im Bereich der fingierten Funkzelle aufhält, und die es ermöglichen, weitere Daten über persönliche und sachliche Verhältnisse der Person zu erlangen. Darüber hinaus stellt auch die Standortermittlung mittels IMSI-Catcher eine Erhebung personenbezogener Daten dar. Damit kann der Aufenthaltsort des Mobilfunknutzers bestimmt werden. Zudem kann mittel- oder längerfristig auch ein Bewegungsprofil erstellt werden, das sodann Rückschlüsse auf das Verhalten der Person ermöglicht.

cc) Zusammenfassung

Der Einsatz des IMSI-Catchers führt in allen gesetzlich zulässigen Einsatzvarianten zur zielgerichteten Erhebung von individualisierbaren und damit personenbezogenen Daten. Der Schutzbereich des Grundrechts auf informationelle Selbstbestimmung nach Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist demnach betroffen.

c) Meinungsfreiheit

Der Einsatz eines IMSI-Catchers führt grundsätzlich auch dazu, dass innerhalb seines Wirkungsbereichs für einen bestimmten Zeitraum Telekommunikation mittels Mobilfunkgeräten nicht möglich ist. Das Verhindern von Telekommunikation könnte eine Beeinträchtigung der grundrechtlich geschützten Freiheit auf Meinungsäußerung nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG darstellen. Dieses Freiheitsgrundrecht schützt das Äußern und das Verbreiten von Meinungen sowie die Modalitäten der Verbreitung.¹⁵⁰ Auf das hierzu konkret gewählte Medium kommt es dabei nicht an.¹⁵¹ Die Verbreitung kann daher auch mittels elektromagnetischer Wellen,¹⁵² also auch mittels Mobiltelefon, erfolgen. Sofern der IMSI-Catcher eine Telekommunikation via Mobilfunk verhindert, nimmt er den Teilnehmern die Möglichkeit, einen bestimmten Adressatenkreis ungestört mit dem gewünschten Kom-

munikationsinhalt erreichen zu können.¹⁵³ Hierin liegt eine mittelbar-faktische Behinderung der Möglichkeit der Meinungsäußerung nach Art. 5 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 GG.¹⁵⁴ Um jedoch einen grundrechtsrelevanten Eingriff darzustellen, muss diese faktische Einwirkung von einem solchen Gewicht, also einer solchen Schwere sein, dass sie einem gezielten, rechtlich regelnden Eingriff gleichzustellen ist.¹⁵⁵ Vorliegend wird die Möglichkeit der mobilen Telekommunikation für ein paar Sekunden, maximal für wenige Minuten, genommen. Die Beeinträchtigung ist von derart geringer Dauer, dass sie unter der Erheblichkeitsgrenze liegt und folglich die Schwelle zum Grundrechtseingriff nicht erreicht.¹⁵⁶ Zudem kann sich der Betroffene für die Zeit jedes anderen Mediums bedienen, um seine Meinung zu äußern oder zu verbreiten. Ein Eingriff in den Schutzbereich des Art. 5 Abs. 1 S. 1 GG liegt demnach nicht vor.

d) Allgemeine Handlungsfreiheit

Zu denken ist aber insofern an die allgemeine Handlungsfreiheit des Art. 2 Abs. 1 GG. Danach wird jedes menschliche Verhalten vor staatlichen Eingriffen und ohne Rücksicht darauf geschützt, welches Gewicht der Betätigung für die Persönlichkeitsentfaltung zukommt.¹⁵⁷ Hierzu zählt selbstverständlich auch die Möglichkeit, Telekommunikation zu betreiben. Soweit der IMSI-Catcher nun funktionsbedingt für einen kurzen Zeitraum die Herstellung einer Mobilfunkverbindung für ein einzelnes Mobiltelefon unmöglich macht und damit Telekommunikation unterbindet, ist das Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit betroffen.¹⁵⁸

e) Zusammenfassung

Im Ergebnis ist demnach sowohl das Grundrecht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG als auch die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG betroffen.¹⁵⁹

¹⁴⁸ BVerfG NJW 2007, 351, 355 = HRRS 2006 Nr. 807.
¹⁴⁹ BlnKommTKG/Kleszczewski, 1. Aufl. (2006), § 95 Rn. 3.
¹⁵⁰ BVerfGE 76, 171, 192; 60, 234, 241; 54, 129, 138 f.; Jarass/Pieroth/Jarass, a.a.O. (Fn. 112), Art. 5 Rn. 6.
¹⁵¹ Dreier/Schulze-Fielitz, a.a.O. (Fn. 107), Art. 5 I, II Rn. 75; Hufen, a.a.O. (Fn. 106), § 25 Rn. 10; Pieroth/Schlink, a.a.O. (Fn. 106), § 13 Rn. 556.
¹⁵² BK/Degenhart, GG, Losebl., Stand: 137. Lfg. (Dez. 2008), Art. 5 Rn. 143; Jarass/Pieroth/Jarass, a.a.O. (Fn. 112), Art. 5 Rn. 7.

¹⁵³ Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 185.
¹⁵⁴ Vgl. Dreier/Schulze-Fielitz, a.a.O. (Fn. 107), Art. 5 I, II Rn. 128; v. Münch/Kunig/Wendt, a.a.O. (Fn. 107), Art. 5 Rn. 18.
¹⁵⁵ BK/Degenhart, a.a.O. (Fn. 152), Art. 5 Rn. 163; Dreier/Schulze-Fielitz, a.a.O. (Fn. 107), Art. 5 I, II Rn. 128; Jarass/Pieroth/Jarass, a.a.O. (Fn. 112), Art. 5 Rn. 9.
¹⁵⁶ Anders Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 186, der danach differenziert, ob es sich um die im Einsatzbereich des IMSI-Catchers befindlichen Personen oder um außenstehende Telekommunikationsteilnehmer handelt.
¹⁵⁷ BVerfGE 97, 332, 340; 80, 137, 152 f.; Dreier/Dreier, a.a.O. (Fn. 107), Art. 2 I Rn. 27; Jarass/Pieroth/Jarass, a.a.O. (Fn. 112), Art. 2 Rn. 2 f.
¹⁵⁸ BVerfG NJW 2007, 351, 356 = HRRS 2006 Nr. 807. – Die Verhinderung von Telekommunikation stellt keinen Eingriff in Art. 10 Abs. 1 GG dar; vgl. Jarass/Pieroth/Jarass, a.a.O. (Fn. 112), Art. 10 Rn. 12; v. Mangoldt/Klein/Starck/Gusy, a.a.O. (Fn. 107), Art. 10 Rn. 57.
¹⁵⁹ Es handelt sich nicht um einen Fall der Grundrechtskonkurrenz, bei dem die allgemeine Handlungsfreiheit vom spezielleren Recht auf informationelle Selbstbestimmung verdrängt würde. Vorliegend lässt sich die Maßnahme genau genommen in zwei Sachverhalte bzw. zwei Eingriffsrichtungen unterteilen, die jeweils nur ein Grundrecht betreffen. Vgl. Dreier/Dreier, a.a.O. (Fn. 107), Vorb. Rn. 155 ff.

2. Verfassungsrechtliche Rechtfertigung

Der Einsatz des IMSI-Catchers führt zu einer Beeinträchtigung dieser Grundrechtspositionen¹⁶⁰ und müsste den Anforderungen an eine verfassungsrechtliche Rechtfertigung genügen. Die Befugnisnorm des § 100i StPO in ihrer seit 1. Januar 2008 geltenden Neufassung ist im Hinblick auf ihre Verfassungskonformität nicht unumstritten.

a) Gesetzesvorbehalt

Verfassungsrechtlich gerechtfertigte Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung sowie in die allgemeine Handlungsfreiheit setzen zunächst voraus, dass sie auf einer gesetzlichen Grundlage beruhen,¹⁶¹ die der Schrankentrias des Art. 2 Abs. 1 GG gerecht wird. Danach müsste der Gesetzesvorbehalt in Form der Rechte anderer, der verfassungsmäßigen Ordnung oder der Sittengesetze formell und materiell verfassungsgemäß ausgefüllt worden sein. Überraschende Bedeutung kommt dabei der Schranke der *verfassungsmäßigen Ordnung* zu. Hierzu zählt die Gesamtheit der formell und materiell verfassungsmäßigen Normen.¹⁶² Daneben kommt dem *Sittengesetz* ebenso wenig wie den *Rechten anderer* eine eigenständige Bedeutung bei der Grundrechtsbegrenzung zu.¹⁶³ Die Vorschrift des § 100i StPO – kompetenzgerecht und verfahrensfehlerfrei zustande gekommenes förmliches Gesetz – genügt dem Gesetzesvorbehalt in formeller Hinsicht.¹⁶⁴

b) Zitiergebot

Auch ein Verstoß gegen das (formelle) Erfordernis des Zitiergebots liegt nicht vor. Bei Eingriffen in grundrechtlich geschützte Freiheiten gilt es regelmäßig, die in Art. 19 Abs. 1 S. 2 GG normierte Zitierpflicht zu beachten. Diese hat in erster Linie eine Warn- und Besinnungsfunktion, die den Gesetzgeber an seine Grundrechtsbindung erinnern soll und ihm die Folgen seiner Regelung im Hinblick auf Grundrechtseinschränkungen bewusst macht.¹⁶⁵ Sie verlangt, dass das betreffende Gesetz das davon beeinträchtigte Grundrecht unter Angabe des Artikels nennt und hierdurch ausdrücklich auf die Grundrechtseinschränkung hinweist.¹⁶⁶ Das Zitiergebot ist keine bloße Ordnungsvorschrift; ein Verstoß dagegen führt zur (Teil-)Nichtigkeit des einschränkenden Gesetzes.¹⁶⁷ In der Literatur wurde im Vorfeld der Entscheidung des BVerfG über die Vereinbarkeit von § 100i StPO

a.F. mit dem Grundgesetz vielfach ein Verstoß gegen das Zitiergebot diskutiert.¹⁶⁸ Ein gesetzlicher Verweis auf die Einschränkung des Art. 10 Abs. 1 GG fehlte nämlich. Wie jedoch oben bereits dargelegt, ist der Schutzbereich des Art. 10 Abs. 1 GG nicht berührt, so dass eine diesbezügliche Zitierung nicht erforderlich ist. Und so hat der Gesetzgeber bei der Neufassung des § 100i StPO – im Anschluss an die Entscheidung des BVerfG – erneut zu Recht auf einen Hinweis auf Art. 10 GG verzichtet.¹⁶⁹ Einschlägig sind nur die durch Art. 2 Abs. 1 GG bzw. Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG geschützten Grundrechte. Auf die Schrankenregelung des Art. 2 Abs. 1 GG findet das Zitiergebot aufgrund dessen restriktiver Auslegung jedoch keine Anwendung.¹⁷⁰ Die Grundrechte des Art. 2 Abs. 1 GG werden von vornherein nur unter dem Vorbehalt der verfassungsmäßigen Ordnung gewährleistet.¹⁷¹ Ein Verstoß gegen das Zitiergebot liegt demnach entgegen einiger Stimmen in der Literatur nicht vor.¹⁷²

c) Bestimmtheitsgrundsatz

Die Norm muss darüber hinaus dem aus dem Rechtsstaatsprinzip (vgl. Art. 20 Abs. 3 GG) abgeleiteten Bestimmtheitsgrundsatz, also dem Gebot der Normenklarheit und Widerspruchsfreiheit, Rechnung tragen.¹⁷³ Der Normbetroffene muss die Rechtslage erkennen und sein Verhalten darauf einrichten können.¹⁷⁴ Bezüglich des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung erfordert dies, dass sowohl Anlass als auch Zweck und Grenzen des Eingriffs in der Ermächtigung bereichsspezifisch, präzise und normenklar festgelegt werden.¹⁷⁵ Damit soll nicht nur sichergestellt werden, dass die bestehende Rechtsordnung dem Einzelnen eine verlässliche Grundlage für dessen Verhalten ist. Er soll darauf vertrauen können, dass die Exekutive steuernde und begrenzende Handlungsmaßstäbe vorfindet, und die Gerichte eine Rechtskontrolle durchführen können.¹⁷⁶ Der Bürger muss erkennen können, unter welchen Voraussetzungen sein Verhalten mit dem Risiko einer Überwachung verbunden ist.¹⁷⁷

Der Gesetzgeber verwendet in § 100i Abs. 1 StPO den

¹⁶⁰ Vgl. BVerfG NJW 2007, 351, 354 ff. = HRRS 2006 Nr. 807.

¹⁶¹ Sachs/Murswiek, a.a.O. (Fn. 113), Art. 2 Rn. 101.

¹⁶² BVerfGE 103, 197, 215; 6, 32, 37 ff.; Dreier/Dreier, a.a.O. (Fn. 107), Art. 2 I Rn. 54; v. Mangoldt/Klein/Starck/Starck, a.a.O. (Fn. 107), Art. 2 Abs. 1 Rn. 25.

¹⁶³ Dreier/Dreier, a.a.O. (Fn. 107), Art. 2 I Rn. 53, 60; Jarass/Pieroth/Jarass, a.a.O. (Fn. 112), Art. 2 Rn. 18 f.

¹⁶⁴ Vgl. BVerfG NJW 2007, 351, 355 = HRRS 2006 Nr. 807; Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 191.

¹⁶⁵ BVerfGE 113, 348, 366; 64, 72, 79 f.; Dreier/Dreier, a.a.O. (Fn. 107), Art. 19 I Rn. 18.

¹⁶⁶ Jarass/Pieroth/Jarass, a.a.O. (Fn. 112), Art. 19 Rn. 3.

¹⁶⁷ Dreier/Dreier, a.a.O. (Fn. 107), Art. 19 I Rn. 28; v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber, a.a.O. (Fn. 107), Art. 19 Abs. 1 Rn. 101 ff.

¹⁶⁸ Etwa Gercke MMR 2003, 453, 455; Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 196; Löwe-Rosenberg/Schäfer, a.a.O. (Fn. 7), § 100i Rn. 5; Roggan KritV 2003, 76, 89; SK-StPO/Wolter, a.a.O. (Fn. 8), § 100i Rn. 18.

¹⁶⁹ Hingegen wurde die ausdrückliche Zitierung des Art. 10 GG im Rahmen der Neufassung des § 9 Abs. 4 BVerfSchG auch nach dem Urteil des BVerfG aufrechterhalten.

¹⁷⁰ BVerfGE 28, 36, 46; 10, 89, 99; Jarass/Pieroth/Jarass, a.a.O. (Fn. 112), Art. 19 Rn. 5; Sachs/Murswiek, a.a.O. (Fn. 113), Art. 2 Rn. 101; v. Mangoldt/Klein/Starck/Huber, a.a.O. (Fn. 107), Art. 19 Abs. 1 Rn. 77.

¹⁷¹ BVerfGE 10, 89, 99.

¹⁷² BVerfG NJW 2007, 351, 354 = HRRS 2006 Nr. 807; Joecks, a.a.O. (Fn. 91), § 100i Rn. 2.

¹⁷³ BVerfGE 112, 304, 315; 17, 306, 314; v. Mangoldt/Klein/Starck/Sommermann, GG, Band 2, 5. Aufl. (2005), Art. 20 Rn. 289. – Auf Art. 103 Abs. 2 GG kann insoweit nicht zurückgegriffen werden; dieser findet nur auf Normen des materiellen Strafrechts Anwendung.

¹⁷⁴ BVerfGE 110, 33, 53.

¹⁷⁵ BVerfGE 110, 33, 53; 100, 313, 359.

¹⁷⁶ BVerfGE 110, 33, 53; 65, 1, 44.

¹⁷⁷ BVerfGE 113, 348, 375; 110, 33, 54.

Begriff der *Straftat von erheblicher Bedeutung* und damit einen unbestimmten Rechtsbegriff. Die Verwendung unbestimmter, auslegungsbedürftiger Rechtsbegriffe durch den Gesetzgeber steht dem Bestimmtheitsgebot jedoch grundsätzlich nicht entgegen,¹⁷⁸ sofern der Begriff bestimmbar ist und seine äußeren Grenzen derart abgesteckt sind, dass die Möglichkeit einer richterlichen Überprüfung besteht.¹⁷⁹ Kurzum, die Interpretationsbedürftigkeit eines Begriffs schließt folglich seine Bestimmtheit nicht per se aus.¹⁸⁰ Das Tatbestandsmerkmal der *Straftat von erheblicher Bedeutung* ist vom BVerfG und einigen Landesverfassungsgerichten gehalten und als hinreichend bestimmt erachtet worden.¹⁸¹ Die nähere Konturierung und Konkretisierung des Begriffs wurde der Rechtsprechung überantwortet.¹⁸² Im Laufe der Zeit hat sich eine feststehende Definition herausgebildet. Danach liegt eine Straftat von erheblicher Bedeutung immer dann vor, wenn sie mindestens dem Bereich der mittleren Kriminalität zuzuordnen ist, den Rechtsfrieden empfindlich stört und dazu geeignet ist, das Gefühl der Rechtssicherheit der Bevölkerung erheblich zu beeinträchtigen.¹⁸³ Freilich wird sich jene Begriffskonkretisierung vorhalten lassen müssen, sie enthalte ihrerseits unbestimmte Rechtsbegriffe.¹⁸⁴ Daher wird teilweise eine restriktivere Auslegung des Tatbestandsmerkmals eingefordert.¹⁸⁵

Betrachtet man den Begriff der *Straftat von erheblicher Bedeutung*, so ist es möglich, Konturen festzulegen und damit die äußeren Grenzen abzustecken. Während Bagatelldelikte, die nicht mindestens dem mittleren Kriminalitätsbereich zuzuordnen sind, ausscheiden, wird bei Verbrechen (vgl. § 12 StGB) in aller Regel die erhebliche Bedeutung zu bejahen sein.¹⁸⁶ Darüber hinaus hat der Gesetzgeber mit der Neufassung des § 100i StPO die Bedenken hinsichtlich der begrifflichen Unschärfe aufgegriffen und durch einen (nicht abschließenden) Verweis auf § 100a Abs. 2 StPO eine Konkretisierung des Begriffs vorgenommen. Das Vorliegen einer dort normierten Katalogtat ist als bedeutsamer Anwendungsfall des § 100i StPO hervorgehoben worden und daher ein wichtiger Anhaltspunkt für die rechtliche Bewertung des Begriffs der Straftat von erheblicher Bedeutung. Soweit über den Katalog des § 100a Abs. 2 StPO hinaus Straftaten den für Maßnahmen nach § 100i StPO erforderlichen Erheblichkeitsgrad erreichen können, ist dies unschädlich. Es ist dem Gesetzgeber nicht immer möglich, abschließende Straftatenkataloge zu normieren. So wird es

etwa im Bereich der Vergehen häufig an der notwendigen erheblichen Bedeutung mangeln. Andererseits können die Taten auch hier im Einzelfall schwer wiegen und ein Vorgehen nach § 100i StPO erforderlich machen. Wann dies konkret der Fall ist, ist ausgehend von der Begriffskonkretisierung der Rechtsprechung und mit vergleichendem Blick auf die Schwere der in § 100a Abs. 2 StPO genannten Katalogtaten sowie unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles zu ermitteln. Diese Subsumtion durch die Strafverfolgungsbehörden ist justitabel. Und auch die Einzelfallprüfung darf freilich nicht nach willkürlichen Maßstäben erfolgen, sondern muss sich nach Ausmaß des Schadens, der Art und Gefährlichkeit der Tatbegehung und Bedrohung der Allgemeinheit richten.¹⁸⁷

Im Ergebnis handelt es sich bei dem Begriff der *Straftat von erheblicher Bedeutung* um einen bestimmmbaren Rechtsbegriff, der dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgebot genügt.¹⁸⁸

d) Grundsatz der Verhältnismäßigkeit

Schließlich muss die gesetzliche Regelung zum Einsatz des IMSI-Catchers den Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit entsprechen. Dieser wird unmittelbar aus dem Rechtsstaatsprinzip abgeleitet¹⁸⁹ und umfasst die drei Teilgebote der Geeignetheit, Erforderlichkeit und Angemessenheit staatlicher Maßnahmen.¹⁹⁰

aa) Legitimer Zweck

Bezugspunkt der drei Kriterien der Verhältnismäßigkeitsprüfung ist der mit der Einschränkung der Grundrechte verfolgte Zweck. Dieser muss vor der Rechtsordnung und insbesondere dem Grundgesetz Bestand haben;¹⁹¹ der Zweck muss also verfassungslegitim sein.¹⁹² Mit der Regelung in § 100i StPO wollte der Gesetzgeber die Voraussetzungen für eine effektive Strafverfolgung, insbesondere im Bereich der organisierten Kriminalität, schaffen.¹⁹³ Die Ermittlung der IMSI-/IMEI-Kennungen oder des Standorts eines Mobiltelefons sind zur Vorbereitung weiterer strafprozessualer Maßnahmen oftmals unerlässlich. Die Aufklärung von Straftaten, die Ermittlung des Täters, die Feststellung seiner Schuld und seine Bestrafung wie auch der etwaige Freispruch des Unschuldigen stellen wesentliche Aufgaben der Strafrechtspflege dar. Letztere soll den staatlichen Strafanspruch in einem justizförmigen und auf die Ermittlung der Wahrheit ausgerichteten Verfahren durchsetzen.¹⁹⁴ Die Schaffung entsprechender strafprozessualer Normen sowie deren Anwendung dienen der Aufrechterhaltung einer

¹⁷⁸ BVerfGE 78, 205, 212; 21, 73, 79; Degenhart, StaatsR I, 24. Aufl. (2008), Rn. 356.

¹⁷⁹ BVerfGE 21, 73, 78 ff.; 6, 32, 42 f.; Jarass/Pieroth/Jarass, a.a.O. (Fn. 112), Art. 20 Rn. 58.

¹⁸⁰ BVerfGE 103, 332, 384; 80, 130, 145.

¹⁸¹ BVerfGE 112, 304, 315 f.; 109, 279, 344; 107, 299, 321; 103, 21, 33 f.; BbgVerfG LKV 1999, 450, 452; SächsVerfGH LKV 1996, 273, 283 f.

¹⁸² Vgl. BVerfGE 103, 21, 34; Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 203; KK/Nack, a.a.O. (Fn. 28), § 110a Rn. 21.

¹⁸³ BVerfGE 112, 304, 316; 103, 21, 34; Meyer-Gofßner, a.a.O. (Fn. 74), § 98a Rn. 5.

¹⁸⁴ So etwa Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 204 ff., 208, der daher einen Verstoß gegen den Bestimmtheitsgrundsatz bejaht. – Vgl. auch Rieß GA 2004, 623 ff.; Welp GA 2002, 535, 539 f.

¹⁸⁵ SK-StPO/Wolter, a.a.O. (Fn. 8), § 100i Rn 11, 27.

¹⁸⁶ Benfer MDR 1994, 12; Meyer-Gofßner, a.a.O. (Fn. 74), § 98a Rn. 5, § 100i Rn. 6.

¹⁸⁷ BVerfGE 107, 299, 322.

¹⁸⁸ A.A. zur alten Rechtslage, Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 208, 212. – Das BVerfG NJW 2007, 351 ff. = HRRS 2006 Nr. 807 hat sich mit der Frage der Bestimmtheit des § 100i StPO nicht befasst.

¹⁸⁹ BVerfGE 111, 54, 82; 80, 109, 120; 61, 126, 134.

¹⁹⁰ Jarass/Pieroth/Jarass, a.a.O. (Fn. 112), Art. 20 Rn. 83.

¹⁹¹ Degenhart, a.a.O. (Fn. 178), Rn. 399.

¹⁹² BVerfG NJW 2007, 351, 355 = HRRS 2006 Nr. 807.

¹⁹³ Vgl. BT-Drs. 14/9088, S. 7.

¹⁹⁴ BVerfG NJW 2007, 351, 355 = HRRS 2006 Nr. 807; BVerfGE 107, 104, 118 f.

funktionstüchtigen Strafrechtspflege und damit einem Gut von Verfassungsrang.¹⁹⁵ Ein legitimer Zweck ist demnach gegeben.

bb) Geeignetheit

Der durch § 100i StPO mögliche Einsatz des IMSI-Catchers müsste zur Erreichung dieses Zwecks geeignet sein. Dies ist der Fall, wenn sich mit der Maßnahme die Wahrscheinlichkeit erhöht, dass der angestrebte Erfolg eintritt, wenn also dadurch der gewünschte Erfolg gefördert werden kann.¹⁹⁶ Da dem Gesetzgeber auf der Stufe der Eignung einer Maßnahme eine weit reichende Einschätzungsprärogative zukommt, genügt schon die abstrakte Möglichkeit der Zweckerreichung.¹⁹⁷ Der IMSI-Catcher ist in der Lage, unbekannte Geräte- und SIM-Kartenkennungen festzustellen. Er ermöglicht damit die Ermittlung der Rufnummer des Beschuldigten als notwendige Voraussetzung für weitere Ermittlungsmaßnahmen, insbesondere die Anordnung und Durchführung einer Telekommunikationsüberwachung.¹⁹⁸ Darüber hinaus erlaubt der Einsatz des IMSI-Catchers den Strafverfolgungsbehörden die Feststellung des Standorts eines gesuchten Mobilfunkgeräts und damit des möglichen Aufenthaltsorts eines Beschuldigten. Der IMSI-Catcher fördert also die Aufklärung und Verfolgung von Straftaten und trägt damit zum Funktionieren der Strafrechtspflege bei. Dessen Geeignetheit ist zu bejahen.

cc) Erforderlichkeit

Der Einsatz des IMSI-Catchers müsste auch erforderlich sein. Die Erforderlichkeit einer staatlichen Maßnahme steht immer dann in Frage, wenn ein milderes Mittel zur Verfügung steht, das in gleicher Weise geeignet ist, den angestrebten Zweck zu erreichen.¹⁹⁹ Maßnahmen nach § 100i StPO dienen regelmäßig der Vorbereitung weiterer strafprozessualer Zwangsmaßnahmen.

Zu erwägen wäre hier ein Rückgriff auf weniger eingriffsintensive klassische Ermittlungsmethoden wie die Zeugenbefragung, die Observation oder die Anfrage beim Telekommunikationsanbieter nach §§ 112, 113 TKG. Dabei ist allerdings zu berücksichtigen, dass sich der dem Gesetzgeber auf der Stufe der Geeignetheit zugestandene Beurteilungs- und Prognosespielraum auch auf die Prüfung der Erforderlichkeit auswirkt. Denn das Erfordernis des geringstmöglichen Eingriffs gilt nur im Verhältnis gleichermaßen geeigneter Maßnahmen.²⁰⁰ Im Bereich der Bekämpfung der organisierten Kriminalität, die der Gesetzgeber bei der Legalisierung des Einsatzes des IMSI-Catchers im Auge gehabt hat, sind die weniger eingriffsintensiven herkömmlichen Ermittlungsmethoden aber nicht als gleich geeignet anzusehen. Sie reichen zur Bekämpfung der organisierten Kriminalität, welche

sich durch eine besondere Qualität der Organisation und schnelle Anpassung ihrer Strukturen auszeichnet, nicht aus und wären überdies deutlich aufwändiger.

Hinsichtlich der Standortbestimmung könnte als milderes Mittel eine Ortung via GPS oder *stiller SMS* in Betracht zu ziehen sein. Eine Ortung von Mobiltelefonen mittels GPS ist jedoch mit einem enormen technischen und auch finanziellen Aufwand verbunden. Hinzu kommt, dass in Deutschland Mobilfunkgeräte mit GPS-Chip deutlich weniger verbreitet sind als etwa in den USA.²⁰¹ Straftäter dürften sich zudem in der Regel Mobilfunkgeräte ohne GPS-Empfänger anschaffen. Eine Ortung via GPS ist daher nicht gleich geeignet. Gezweifelt werden muss darüber hinaus auch daran, dass es sich bei der GPS-Ortung tatsächlich um ein milderes Mittel handelt. Zwar kommt es hierbei nicht zu einer Erhebung von personenbezogenen Daten einer Vielzahl von Personen. Für den Betroffenen dürfte aber die damit mögliche automatische Erstellung eines kompletten Bewegungsbildes schwerer wiegen.²⁰² Die *stille SMS* dagegen funktioniert dergestalt, dass sie ein Signal an ein bekanntes Mobilfunkgerät sendet und so beim Mobilfunkanbieter Verbindungsdaten erzeugt, denen u.a. entnommen werden kann, in welcher Mobilfunkzelle das Mobiltelefon gerade eingebucht ist. Der Vorteil der *stillen SMS* ist ihr einfacher, zeitsparender Einsatz. Zudem ist nicht erforderlich, dass sich die Ermittler in der Nähe der gesuchten Person aufhalten.²⁰³ Andererseits ist eine exakte Feststellung des Aufenthaltsorts des Beschuldigten, wie sie der IMSI-Catcher zulässt, indem er (kleinere) Funkzellen fingiert, häufig nicht möglich. Die Funkzellen divergieren in ihrer Reichweite erheblich und können größere Ausmaße annehmen.²⁰⁴ Berücksichtigt man die dem Gesetzgeber zugestandene Einschätzungsprärogative, so ist der Einsatz des IMSI-Catchers nach § 100i StPO als erforderlich anzusehen.

dd) Angemessenheit

Zuletzt muss der Einsatz des IMSI-Catchers nach § 100i StPO auch angemessen, also verhältnismäßig im engeren Sinne, sein. Die durch ihn verursachten Beeinträchtigungen dürfen nicht außer Verhältnis zu dem Gewicht und der Dringlichkeit der durch die Maßnahme geförderten Gemeinwohlbelange stehen.²⁰⁵ Die besondere Beeinträchtigung besteht vorliegend darin, dass durch den Einsatz des IMSI-Catchers nicht nur, wie sonst bei Zwangsmaßnahmen üblich, in die Grundrechte des Beschuldigten eingegriffen wird, sondern gleichzeitig eine Vielzahl unbeteiligter Dritter betroffen ist. Der Eingriff entfaltet also eine sehr große Streubreite und ist aufgrund der Vielzahl der betroffenen Grundrechtsträger von besonde-

¹⁹⁵ BVerfGE 51, 324, 343; 33, 367, 383.

¹⁹⁶ Sachs/Sachs, a.a.O. (Fn. 113), Art. 20 Rn. 150; v. Mangoldt/Klein/Starck/Sommermann, a.a.O. (Fn. 173), Art. 20 Rn. 314.

¹⁹⁷ Degenhart, a.a.O. (Fn. 178), Rn. 401.

¹⁹⁸ Vgl. BVerfG NJW 2007, 351, 355 = HRRS 2006 Nr. 807.

¹⁹⁹ BVerfGE 78, 232, 245; 38, 281, 302; Jarass/Pieroth/Jarass, a.a.O. (Fn. 112), Art. 20 Rn. 85.

²⁰⁰ Degenhart, a.a.O. (Fn. 178), Rn. 403.

²⁰¹ Dies dürfte wohl an den hohen Kosten und dem höheren Energieverbrauch derartiger GPS-Empfänger liegen; vgl. Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 247.

²⁰² So jedenfalls Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 247.

²⁰³ Vgl. Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 248.

²⁰⁴ Problematisch Keller, a.a.O. (Fn. 6), S. 249, der den Einsatz der *stillen SMS* als mildere, gleich wirksame Maßnahme nur deshalb ablehnt, weil es derzeit an einer Rechtsgrundlage fehlt. Die grundrechtsbeschränkende Maßnahme wird aber nicht dadurch erforderlich, dass ein gleich geeignetes, milderes Mittel gesetzlich nicht geregelt ist.

²⁰⁵ Vgl. Degenhart, a.a.O. (Fn. 178), Rn. 405.

rer quantitativer Intensität.²⁰⁶ Ein Eingriff von derart quantitativ hoher Intensität kann nur im Interesse hochrangiger Rechtsgüter,²⁰⁷ namentlich den besonderen Belangen der Allgemeinheit, gerechtfertigt werden.

Ein solches qualifiziertes Rechtsgut stellt das gleichfalls Verfassungsranrang genießende Gebot der Aufrechterhaltung einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege dar.²⁰⁸ Die vermehrte Nutzung moderner Kommunikationsmittel und deren Vordringen in nahezu alle Lebensbereiche hat die Strafverfolgung erschwert, weil es im Zuge dieser Entwicklung eben auch zu einer Effektivierung krimineller Vorgehensweisen kommt.²⁰⁹ Gerade im Bereich der Telekommunikationsüberwachung fällt es den Beschuldigten besonders leicht, sich durch Austausch von Mobilfunkgeräten oder SIM-Karten der Überwachung durch die Strafverfolgungsbehörden zu entziehen. Dies geschieht umso häufiger im Bereich der organisierten Kriminalität. Im Sinne und Interesse einer effektiven Strafverfolgung, die zu den unverzichtbaren Verfassungsaufgaben des Staates zählt,²¹⁰ hat der Gesetzgeber auf technische Entwicklungen zu reagieren. Dabei handelt es sich nicht lediglich um eine sinnvolle Abrundung des Arsenal kriminalistischer Ermittlungsmethoden, die weiterhin wirkungsvolle herkömmliche Ermittlungsmaßnahmen ergänzt.²¹¹ Es geht vielmehr darum, gegenzusteuern und zu verhindern, dass sich Schlupflöcher auftun, durch die sich Schwer- und schwerstkriminelle den Strafverfolgungsbehörden entziehen. Der Gesetzgeber hat mit dem in § 100i StPO verankerten Merkmal der Straftat von erheblicher Bedeutung einer exzessiven Verwendung des IMSI-Catchers einen Riegel vorgeschoben.

In qualitativer Hinsicht ist der Eingriff in die Rechte unbeteiligter Dritter eher als minder schwerwiegend anzusehen.²¹² § 100i Abs. 2 StPO enthält verfahrensmäßige Vorschriften über die Verwendung von Daten Unbeteiligter. Eine Deanonymisierung der ermittelten Kennungen findet nicht statt. Im Gegenteil, eine Benachrichtigung mitbetroffener Dritter, die voraussetzen würde, dass die IMSI-/IMEI-Kennungen mit Hilfe der Netzbetreibers einer Person zugeordnet werden, würde den Grundrechtseingriff noch erheblich vertiefen.²¹³ Gesetzlich vorgesehene Sicherungen, wie Kennzeichnungs- und Löschungspflichten sowie ein absolutes Verwendungsverbot bezüglich der Daten (vgl. § 100i Abs. 2 S. 2 StPO), sorgen dafür, dass die Eingriffsintensität für den einzelnen unbeteiligten Dritten als eher gering anzusehen ist.

Im Ergebnis ist festzuhalten, dass die mit dem Einsatz des IMSI-Catchers verbundene Grundrechtsbeeinträchtigung

in keinem Missverhältnis zu dem mit der Maßnahme verfolgten Zweck steht. Durch besondere Schutzmechanismen hat der Gesetzgeber dem Umstand, dass die Maßnahme eine große Streubreite aufweist, hinreichend Rechnung getragen. Auch darüber hinausgehende kurzfristige Störungen, die bei den Netzbetreibern oder Mobilfunkteilnehmern während des Einsatzes auftreten können, und deren Rechtfertigung an Art. 2 Abs. 1 GG zu messen ist, sind aufgrund der Geringfügigkeit der Störung und gemessen an den Bedürfnissen der Strafverfolgung hinzunehmen.²¹⁴ Zudem ist in Rechnung zu stellen, dass von der Befugnis nach § 100i StPO nur in geringem Umfang Gebrauch gemacht wird.²¹⁵ § 100i StPO ist demnach auch als verhältnismäßig im engeren Sinne anzusehen.

3. Ergebnis

Der nach § 100i StPO mögliche Einsatz des IMSI-Catchers stellt damit keinen Verstoß gegen die in Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG sowie Art. 2 Abs. 1 GG geschützten Grundrechtspositionen dar.

V. Schlussbetrachtung

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass der Gesetzgeber mit der Schaffung und Neufassung des § 100i StPO die Möglichkeiten der strafprozessualen Datenerhebung erweitert hat und damit freilich dem Ausgangszitat Futter gibt. Die Befugnisnorm stellt sich jedoch als verfassungsgemäß dar. Insbesondere entspricht sie dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz. Die Anwendung der Vorschrift durch die Strafverfolgungsbehörden wird jedoch zeigen, inwieweit den verfassungsrechtlichen Anforderungen auch im Einzelfall Rechnung getragen wird. Von zentraler Bedeutung – und daher besonders anzumahnen – ist dabei der sensible Umgang mit erhobenen Daten unbeteiligter Personen. Zudem ist denkbar, dass die Zukunft die Entwicklung technischer Neuerungen mit sich bringt, mit deren Hilfe mindestens gleich wirksam, aber noch milder im Hinblick auf die Grundrechte unbeteiligter Dritter vorgegangen werden kann.

²¹⁴ BVerfG NJW 2007, 351, 356 = HRRS 2006 Nr. 807. – Vgl. BVerfGE 107, 299, 316 ff.; 100, 313, 388 ff.

²¹⁵ Unter Verweis auf die engen Anwendungsvoraussetzungen, den erheblichen Aufwand sowie die von Bundesanwaltschaft und BKA mitgeteilten Zahlen BVerfG NJW 2007, 351, 356 = HRRS 2006 Nr. 807.

²⁰⁶ Vgl. auch BVerfGE 115, 320, 354 ff. = HRRS 2006 Nr. 501 zur Rasterfahndung, mit der auch Eingriffe von großer Streubreite verbunden sind.

²⁰⁷ BVerfGE 115, 320, 357 ff. = HRRS 2006 Nr. 501, das den Schutz hochrangiger Rechtsgüter fordert.

²⁰⁸ BVerfGE 33, 367, 383.

²⁰⁹ BVerfG NJW 2007, 351, 355 = HRRS 2006 Nr. 807; Hofmann NStZ 2005, 121.

²¹⁰ BVerfGE 46, 214, 222; 33, 367, 383.

²¹¹ Vgl. BVerfG NJW 2007, 351, 355 = HRRS 2006 Nr. 807.

²¹² Sondervotum Haas BVerfGE 115, 371, 373.

²¹³ BVerfG NJW 2007, 351, 356 = HRRS 2006 Nr. 807.

Verfahrensdokumentation

In dieser Ausgabe kein Eintrag.

Schrifttum

Klaus Tiedemann. Wirtschaftsstrafrecht. Einführung und Allgemeiner Teil mit wichtigen Rechtstexten, 241 Seiten, Carl Heymanns, 2. Aufl. Köln/München 2007 / Klaus Tiedemann. Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil mit wichtigen Gesetzes- und Verordnungstexten. 274 Seiten, Carl Heymanns, 2. Aufl. Köln/München 2008.

Im Jahr 1939 beklagte sich der amerikanische Soziologe Edwin H. Sutherland in einem Vortrag noch darüber, dass Kriminologen die Ursachen von kriminellem Verhalten allein mit den Folgen von Armut und individueller Psycho- bzw. Soziopathie beschreiben (*Sutherland, The White Collar Criminal*, in: *American Sociological Review*, 5 [1940], 1). Er bemängelte, dass dieser Fokus doch vollständig darauf verzichte, die „ungebührlichen“ Geschäftspraktiken derer zu betrachten, die sich in einflussreichen Stellungen befänden. Auch dort würden Straftaten und nicht nur zivilrechtlich zu ahndende Verfehlungen begangen. Sutherland prägte mit seinen Forderungen die amerikanische Vokabel des „White Collar Crime“, die fortan im Gegensatz zum „Blue Collar Crime“ stehen sollte, und ohne deren Impulse auch die kontinentaleuropäische Entwicklung des Wirtschaftsstrafrechts nicht zu erklären ist (vgl. grundlegend *Sutherland, White Collar Crime*, 1985 [Yale University Press]).

Man kann mit Fug und Recht behaupten, dass Sutherlands Befürchtungen auf die heutige Rechtswirklichkeit in Deutschland kaum mehr zutreffen würden. Das Wirtschaftsstrafrecht hat eine rasante Karriere hinter sich und führt zu immer neuen gesetzgeberischen Aktivitäten, die mit dogmatischen Kunstgriffen der Justiz in Aufsehen erregenden Prozessen einhergehen. Man kann darüber hinaus auch fast schon sicher sein, dass wegen der inter-

nationalen Finanzkrise und der hierbei aufgedeckten Praktiken einzelner Finanzinstitute und Unternehmen verstärkt auf das Wirtschaftsstrafrecht zurückgegriffen werden wird. Zu deutlich sind hier bereits die Rufe nach dem Strafrecht. Altbundeskanzler Helmut Schmidt fordert schon ein neues Finanzstrafrecht (*Schmidt*, in: *Die ZEIT* Nr. 4 vom 15.01.2009, S. 19. Dagegen aber *Lüderssen*, *FAZ* vom 19.01.2009, S. 10) und auch andernorts vermag man nicht zu begreifen, warum bislang noch keiner der verantwortlichen Banker „zur Verantwortung“ gezogen wurde (vgl. *Der Spiegel* Nr. 15 vom 06.04.2009, S. 89). Es sind mitunter auch aufgebrachte Bürger, die die empirischen Bedürfnisse für solche rechtlichen Forderungen liefern. Auf öffentlichen Kundgebungen sind Plakate mit der Aufschrift „Eat the Bankers“ zu lesen, man droht Bankern mit einer „Bankersmahlzeit“ und legt mit Demonstrationen auch schon einmal zeitweise das gesamte Londoner Bankenviertel lahm. Die Finanzaktuelle reagieren nicht immer diplomatisch auf solche Strömungen. Während zu lesen ist, dass Konzerne dadurch in Deckung gehen, dass sie nach einer öffentlichen Empörung über Bonuszahlungen den Namen des Konzerns von dessen gläsernem Bürohaus entfernen (so geschehen im Fall des amerikanischen Versicherungsriesen *American International Group Inc. [AIG]*. Vgl. *FAZ* vom 27.03.2009, S. 13), stehen anderswo Angestellte eben jener Konzerne hinter der schützenden Fassade ihrer gläsernen Bürotürme und winken aufgebrachten Bürgern lächelnd mit Bündeln von Geldscheinen zu (vgl. *Der Spiegel*, aaO.). All dies ist erst der Anfang einer Entwicklung, die – so muss man befürchten – nicht ohne das Strafrecht auskommen will und wird. Aktuell sei in diesem Zusammenhang an eine Aussage *Jeschecks* erinnert, der dem Wirtschaftsstrafrecht die Aufgabe zuschrieb, „darüber zu wachen, dass wirtschaftliche Freiheit nicht in Zügellosigkeit umschlägt (...)“ (*Jescheck JZ* 1959, S. 458). Wann wenn nicht in der heutigen Zeit könnte man

unter Berufung auf eine solche Zweckumschreibung nach dem Einsatz strafrechtlicher Instrumente zur „Zügelung“ des Wirtschaftssystems rufen?

Umso wichtiger ist es für den Strafruristen, solche Entwicklungen kompetent und wo nötig auch kritisch zu begleiten. Dies erfordert wiederum, dass man über die Disziplin des Wirtschaftsstrafrechts mit all seinen Besonderheiten umfassend informiert ist und sich in der Materie sicher zu bewegen weiß. Die beiden hier zu besprechenden Bände von *Tiedemann* zum Wirtschaftsstrafrecht, das *Tiedemann* selber als „weitläufiges und unübersichtliches Rechtsgebiet“ bezeichnet (EAT Rn. 1), bieten hierfür eine wichtige Hilfestellung und ermöglichen eine Erfassung der wirtschaftsstrafrechtlichen Spezifika uneingeschränkt. Uneingeschränkt auch deswegen, weil *Tiedemann* nunmehr nicht mehr nur den Allgemeinen Teil sondern auch den Besonderen Teil des Wirtschaftsstrafrechts in jeweils zweiter Auflage präsentiert (*Kudlich* HRRS 2004, 391 bemängelte zu einem Zeitpunkt, in dem bislang nur der Band zum Allgemeinen Teil erschienen war, noch, dass es eine Beschränkung auf Darstellungen zum AT „schwer haben“ werde).

Im ersten Band (zur Einführung und zum Allgemeinen Teil; EAT) ist die grundlegende Struktur des Werks beibehalten und mit aktuellen Hin- und Nachweisen ergänzt worden. Der Umfang hat sich nur marginal von 233 auf 241 Seiten erhöht. *Tiedemann* informiert in seiner Einführung wie auch schon in der Voraufgabe über den Begriff, die historische Entwicklung und die Prinzipien des Wirtschaftsstrafrechts (EAT § 1). Auf besonderes Interesse des Rezensenten ist hierbei die Auswahl und Darstellung einzelner Prinzipien des Wirtschaftsstrafrechts gestoßen. Ungeachtet der Frage, ob man *Tiedemann* darin zustimmen möchte, dass strafrechtliche Sanktionen im Hinblick auf den ultima ratio Grundsatz milder als verwaltungsrechtliche Kontrollmechanismen sein können (EAT Rn. 63a), oder dass der fragmentarische Charakter des Strafrechts im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts nicht stets durchzuhalten sei und deshalb – zumindest partiell – zugunsten eines lückenlosen Strafrechtsschutzes zu weichen habe (EAT Rn. 63b), kommt der enumerativen Benennung und Beschreibung einzelner Prinzipien doch die wichtige Funktion zu, auf oftmals nicht unproblematische strukturelle Eigenschaften des Wirtschaftsstrafrechts hinzuweisen.

Die sich anschließenden Darstellungen zu den Quellen (EAT § 2) und der strafprozessualen Praxis (EAT § 3) können noch zu den einleitenden Erwägungen gezählt werden und vermitteln weitere wichtige Grundlagen. § 2 enthält im Vergleich zur Voraufgabe keine wesentlichen Veränderungen. Dafür wurden in § 3 wichtige Ergänzungen vorgenommen. Neben dem allseits bekannten Problem der verfahrensverkürzenden Absprachen werden hier nunmehr auch nicht minder wichtige prozessuale Aspekte wie Vermögensbeschlagnahme, Kronzeugenregelungen und behördliche Zusicherungen eines künftigen Nicht-einschreitens (EAT Rn. 93b ff.) behandelt.

Das eigentliche „Herz“ der Darstellungen ist indes in § 4 zu erblicken. Dort behandelt *Tiedemann* dogmatische Besonderheiten des Wirtschaftsstrafrechts, systematisch angeordnet nach der Ebene des Tatbestands, der Recht-

fertigung sowie im Bereich von Irrtumslehre und Täterschaft und Teilnahme. Stichwörter wie faktische Geschäftsführung, Geschäftsherrenhaftung, berufsgemäßes Verhalten, behördliche Genehmigungen, Organisationsherrschaft oder Unternehmenstäterschaft sind nur einige wenige Beispiele aus den umfangreichen Erörterungen, die zum grundsätzlichen Handwerkszeug des Wirtschaftsstrafrechtlers gehören und von *Tiedemann* in angemessener Breite beschrieben werden. Neben kleineren Aktualisierungen und Ergänzungen im gesamten § 4 wurde in den Ausführungen zur sog. Geschäftsherrenhaftung ein Absatz zu möglichen Garantenstellungen in Handelsgesellschaften (EAT Rn. 186a) sowie im Bereich Täterschaft und Teilnahme Ausführungen zu § 14 StGB ergänzt (EAT Rn. 241a – 241c). Im Bereich Täterschaft und Teilnahme wird zudem mit aktuellen Belegen die vermehrt wahrzunehmende Tendenz aufgezeigt, die Figur der mittelbaren Täterschaft durch Organisationsherrschaft auch auf Unternehmen anzuwenden (EAT Rn. 241; vgl. zudem BGHSt 49, 147 [163 f.] [„Bremer Vulkan“]; *Noltenius* wistra 2008, 288 f.; ablehnend allerdings *Roxin*, Täterschaft und Tatherrschaft, 6. Aufl. 2006, S. 715 ff.). Lesenswert ist darüber hinaus auch *Tiedemanns* eindeutige Stellungnahme zur Frage einer möglichen Strafbarkeit von Verbänden. In der neu eingefügten Rn. 244a verleiht *Tiedemann* seinem sicherlich nicht unbestreitbarem Standpunkt pro Unternehmensstrafe dadurch noch einmal besonderen Nachdruck, dass er auf Basis einer rechtsvergleichenden Sicht der national geäußerten Kritik unterstellt, diese beruhe auf „einer überholten germanistischen Sicht vom Wesen der juristischen Person“. Auch hier ist sicherlich noch nicht das letzte Wort gesprochen.

Weitgehend unverändert blieben die beiden letzten Abschnitte (§§ 5, 6) zu einem Allgemeinen Teil des EU – Sanktionenrechts sowie zu einzelnen Sanktionen. In letzterem Abschnitt wurden allerdings Ausführungen zu Geldbuße und Ordnungshaft eingearbeitet (EAT Rn. 289a ff.).

Der zweite Band zum Besonderen Teil des Wirtschaftsstrafrechts ist in der 2. Auflage deutlicher als der erste Band von 241 auf 274 Seiten angewachsen. Darüber hinaus ist der zweite Band in einem im Vergleich zur Voraufgabe größeren Format verlegt, so dass es – wäre es beim alten Format geblieben – wohl noch einige Seiten mehr als die nunmehr 274 Seiten geworden wären. Schon im Vorwort macht *Tiedemann* darauf aufmerksam, dass der besondere Teil des Wirtschaftsstrafrechts ganz besonders unübersichtlich sei und kündigt für den zweiten Band deshalb sein Bestreben an, lediglich eine Übersicht und systematische Zusammenhänge herzustellen. Schon vorab sei darauf hingewiesen, dass ihm der Leser (der Rezensent eingeschlossen) diese sehr vernünftige Beschränkung danken wird.

In der leicht ergänzten Einleitung (vgl. BT Rn. 3a, 13a) wird wie bereits in der Voraufgabe eine äußerst hilfreiche tabellarische Übersicht präsentiert, die dem Leser einen Überblick über die vielfältigen wirtschaftsstrafrechtlich relevanten Rechtsgebiete (bzw. Rechtsnormen) nebst geschützter Rechtsgüter, fokussiertem Täterkreis und erforderlicher Tathandlung gibt (BT Rn. 22). Sie sei jedem empfohlen, der schnell und unkompliziert die mög-

Schrifttum

lichen Inhalte erfassen möchte, die sich hinter der Überschrift „Besonderer Teil des Wirtschaftsstrafrechts“ verbergen können.

Nachdem in § 1 noch Grundlegendes zu Rechtsquellen und Auslegungsgrundsätzen erläutert wird, was sich teilweise mit den Ausführungen im ersten Band überschneidet, trotzdem aber als eine Art „Scharnier“ (vgl. BT Rn. 12) zwischen dem Übergang vom Allgemeinen zum Besonderen Teil des Wirtschaftsstrafrechts gesehen werden kann, beginnt *Tiedemann* in § 3 (bis einschließlich § 13) mit der systematischen Darstellung einzelner Rechtsgebiete. An der Auswahl der Rechtsgebiete hat sich im Vergleich zur Voraufgabe nichts geändert. Auch in der Neuauflage werden also Rechtsgebiete wie das Außenwirtschaftsstrafrecht (BT § 3), das Strafrecht der öffentlichen Finanzwirtschaft (hinter dieser Überschrift verbergen sich so zentrale Bereiche wie Steuer-, Zoll-, und Subventionsstrafrecht, aber auch Abrechnungsbetrug und Haushaltsuntreue; BT § 4), das Wettbewerbsstrafrecht (BT § 5), das Preis- und Wucherstrafrecht (BT § 6), mögliche Strafbarkeiten von Banken, Finanzdienstleistern und Versicherungen (§ 8), das Kapitalmarktstrafrecht (BT Rn. 9), das EDV-Strafrecht (BT § 10) sowie das erst in neuerer Zeit vermehrt in Erscheinung getretene Arbeitsstrafrecht (BT § 12; zum Begriff vgl. auch *Ignor/Rixen*, NStZ 2002, S. 510) behandelt. Obgleich die einzelnen Rechtsgebiete in ihren Grundzügen, aber auch in ausgewählten Besonderheiten beschrieben werden, soll es an dieser Stelle bei der Benennung dieser exemplarisch herausgegriffenen Stichworte bleiben, um den Inhalt des zweiten Bandes jedenfalls kurz anzudeuten. Die folgenden Ausführungen sollen sich wegen der Komplexität, den jedes einzelne Kapitel aufwerfen kann, darauf beschränken, die Besonderheiten der Neuauflage herauszustellen sowie auf einige nach Meinung des Rezensenten als wichtig einzustufende Aktualisierungen und Ergänzungen hinzuweisen.

So wurden in § 4 etwa die Ausführungen zu § 264 StGB durch die ausführliche Besprechung eines Falles zur missbräuchlichen Beantragung eines Existenzgründungsdarlehens durch einen Strohmann (im konkreten Fall: eine Strohfrau) ergänzt (BT Rn. 134a ff.). Darüber hinaus wurden Erörterungen zu aktuellen Fällen von kassenärztlichem Abrechnungsbetrug sowie zum Abrechnungsbetrug gegenüber Privatversicherten eingefügt (BT Rn. 142a ff.). Hieran anknüpfend enthält § 5 umfangreiche Ergänzungen zur Abgrenzung von Amtsträgern (§ 11 I Nr. 2 StGB) und Angestellten, die sich der Frage widmen, ob niedergelassene Vertragsärzte unter Umständen einen amtsträgerrechtlichen Status nach § 11

I Nr. 2 c StGB haben (Rn. 210a ff.). Wichtige Ergänzungen wurden zudem im umfangreichsten Kapitel des zweiten Bandes, § 9, vorgenommen. Hier wurden aktuelle Ausführungen zur Problematik des Lastschriftbetrugs, der nach der Einschätzung *Tiedemanns* in neuerer Zeit zunehmend die Strafjustiz beschäftigt und an die Grenzen des von § 263 StGB erfassbaren stößt (BT Rn. 337a ff.), eingefügt. Nur wenige Randnummern später erfolgte die Ergänzung ausführlicher Erörterungen zur möglichen Strafbarkeit nach § 263 StGB bei Täuschung und Schädigung nichtöffentlicher Investoren, die entweder eine Beteiligung an einem Unternehmen oder gar einen Unternehmenskauf beabsichtigen (BT Rn. 346a ff.). Und schließlich haben die Änderungen in § 202a StGB sowie der neu ins StGB eingefügte § 202b StGB (vgl. G v. 7. 8. 2007 [BGBl. I S. 1786]) Berücksichtigung im Kapitel zum EDV-Strafrecht gefunden (BT Rn. 491 ff.).

Nicht unerwähnt bleiben soll schließlich noch die Besonderheit, dass beide Neuauflagen wieder mit praktischen Fallbeispielen angereichert sind, um einzelne theoretische Ausführungen zu illustrieren. Darüber hinaus ist eine Sammlung von wirtschaftsstrafrechtlich relevanten Rechtstexten jeweils am Ende der beiden Werke enthalten, die den schnellen und unkomplizierten Zugriff auf einschlägige Rechtsmaterialien ungemein erleichtert.

Alles in allem kann das kurze Fazit gezogen werden, dass die anspruchsvollen Lehrbücher von *Tiedemann* sowohl für Praktiker als auch für Studenten und Wissenschaftler einen zuverlässigen Einstieg in die vielfältige und unübersichtliche Materie bieten und daher jedem ans Herz zu legen sind, der theoretische Arbeit im Bereich des Wirtschaftsstrafrechts zu leisten hat. Darüber hinaus laden viele Stellen der Ausführungen zum wissenschaftlichen Dialog um kontroverse Fragestellungen ein, zu denen *Tiedemann* zumeist eindeutige Antworten und Ansichten bereit hält. Und wie schon zu Beginn dieser Besprechung angedeutet: Es steht zu befürchten, dass in der derzeitigen wirtschaftlichen Lage das Wirtschaftsstrafrecht vermehrt zum Einsatz beim Umgang mit Konfliktsituationen kommen wird, die immer wieder neue juristisch relevante Konstellationen mit neuen Fragestellungen und Unklarheiten aufwerfen werden. Für die Bewältigung dieser Fragestellungen sind die nunmehr aktualisierten Werke *Tiedemanns* sicherlich mehr denn je eine wichtige Hilfestellung.

RA und Wiss. Ass. Dr. **Lutz Eidam**, LL.M. (UB), Bucerius Law School, Hamburg

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.

388. BGH 3 StR 25/09 - Beschluss vom 5. März 2009 (LG Lüneburg)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Gesamtstrafenbildung (Beruhen).

§ 154 StPO; § 337 StPO; § 54 StGB

389. BGH 3 StR 28/09 - Beschluss vom 26. März 2009 (LG Oldenburg)

Teilweise Einstellung des Verfahrens; Gesamtstrafenbildung (Beruhen).

§ 154 StPO; § 54 StGB; § 337 StPO

390. BGH 3 StR 439/08 - Beschluss vom 19. Februar 2009 (LG Hildesheim)

Willkürfreie Entscheidung über die Übernahme einer Sache (Vorlage zur Übernahme durch unzuständiges Gericht); Nichtigkeit gerichtlicher Entscheidungen (unerträgliche Mängel; Endentscheidung; Zwischenentscheidung); keine Verweisung vom Strafrichter an das Schöffengericht nach Eröffnung des Hauptverfahrens (gesetzlicher Richter).

§ 338 Nr. 4 StPO; Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG; § 225a StPO; § 336 Satz 2 StPO; § 210 Abs. 1 StPO; 270 StPO; § 25 Nr. 2 GVG; § 24 Abs. 2 GVG; § 269 StPO

391. BGH 3 StR 51/09 - Beschluss vom 3. März 2009 (LG Mönchengladbach)

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

392. BGH 3 StR 511/08 - Beschluss vom 7. Januar 2009 (LG Duisburg)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Maß der Kompensation).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 51 StGB

393 BGH 3 StR 84/09 - Beschluss vom 17. März 2009 (LG Lüneburg)

Unbegründete Revision; Beschwer (Nichtanordnung der Unterbringung in einer Entziehungsanstalt).

§ 349 Abs. 2 StPO; § 337 StPO; § 64 StGB

394. BGH 3 StR 521/08 - Beschluss vom 27. Januar 2009 (LG Stade)

Geiselnahme (funktionaler und zeitlicher Zusammenhang zwischen Entführung und Nötigung).

§ 239b StGB

395. BGH 3 StR 555/08 - Beschluss vom 24. März 2009 (LG Wuppertal)

Unbegründete Revision; Verfall des Wertersatzes.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 73a StGB

396. BGH 3 StR 567/08 - Beschluss vom 29. Januar 2009 (LG Mönchengladbach)

Besetzungsreduktion (Grundsatz der Unabänderlichkeit; Ausnahme bei Verfahrensverbindung); Strafzumessung (tatzeitnahe Vorverurteilung); Widerspruchsfreiheit der Urteilsgründe; Gesamtstrafenbildung (Begehung im engen zeitlichen und situativen Zusammenhang).

§ 33b JGG; § 76 Abs. 2 GVG; § 46 StGB; § 267 StPO; § 54 StGB

397. BGH 3 StR 588/08 - Beschluss vom 10. März 2009 (LG Mönchengladbach)

Beweisantrag (konkrete Tatsachenbehauptung); Beweis-anregung.

§ 244 Abs. 3 StPO

398. BGH 3 ARs 6/09 - Beschluss vom 26. März 2009 (Ermittlungsrichter des BGH)

Parlamentarischer Untersuchungsausschuss; BND-Untersuchungsausschuss (Requests for Information); Beweisantrag (Minderheitenrechte); Verweigerung der Aktenvorlage durch die Bundesregierung; keine Kostenentscheidung.

§ 17 PUAG; § 36 Abs. 3 PUAG; Art. 93 Abs. 1 Nr. 1 GG; § 154 VwGO; § 18 Abs. 3 PUAG

399. BGH 3 StR 598/08 - Beschluss vom 24. März 2009 (LG Oldenburg)

Betrug (besonders schwerer Fall; Vermögensverlust großen Ausmaßes; Versuch); Strafzumessung (strafscharfende Berücksichtigung einer Vorstrafe).

§ 263 StGB; § 22 StGB; § 23 StGB; § 46 StGB

400. BGH 5 StR 31/09 - Urteil vom 25. März 2009 (LG Berlin)

BGHSt; Raub (schwere körperliche Misshandlung bei der Tat; finale Verknüpfung von Gewalt und rechtswidriger Vermögensverfügung).

§ 250 Abs. 2 Nr. 3 lit. a StGB

401. BGH 5 StR 40/09 - Beschluss vom 8. April 2009

Rechtliches Gehör im Revisionsrechtszug (Überraschungsentscheidung); Obliegenheit zur antizipierenden Erwiderung auf denkbare Rechtsauffassungen des Revisionsgerichts.

§ 349 Abs. 2 StPO; § 103 Abs. 1 GG; Art. 6 EMRK; § 356a StPO

402. BGH 5 StR 7/09 - Beschluss vom 25. März 2009 (LG Hamburg)

Unterbringung in der Sicherungsverwahrung; Wahrscheinlichkeit weiterer schwerer Straftaten (Prognose; konkrete Erkenntnisse; abstrakte Statistiken).

§ 66 StGB

403. BGH 5 StR 18/09 - Beschluss vom 8. April 2009

Teilweise Einstellung des Verfahrens; unbegründete Revision.

§ 154 StPO; § 349 Abs. 2 StPO

404. BGH 5 StR 74/09 - Beschluss vom 26. März 2009 (LG Potsdam)

Betrug (Individualisierung einzelner Taten bei Serienstraftaten); nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe (Zäsurwirkung; Anrechnung von Leistungen zur Erfüllung von Bewährungsauflagen); rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung.

§ 263 StGB; § 56b StGB; § 55 StGB; Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG

405. BGH 5 StR 94/09 - Beschluss vom 6. April 2009 (LG Cottbus)

Besonders schwerer Fall des Landfriedensbruchs (Subsidiaritätsklausel).

§ 125a StGB

406. BGH 5 StR 106/09 - Beschluss vom 6. April 2009 (LG Leipzig)

Unbegründete Revision; Strafzumessung (Beruhen).

§ 349 Abs. 2 StPO; § 46 StGB; § 337 StPO

407. BGH 5 StR 120/09 - Beschluss vom 6. April 2009 (LG Hamburg)

Unbegründete Revision.

§ 349 Abs. 2 StPO

408. BGH 5 StR 353/08 - Beschluss vom 24. März 2009 (LG Rostock)

Firmenbestattung und Bankrott (Verschleierung seiner wirklichen geschäftlichen Verhältnisse; Treuhänderschaft); Betrug; Konkursverschleppung (Überschuldung; Zahlungsunfähigkeit); Stundungsbetrug; teilweise Einstellung des Verfahrens; nachträgliche Bildung der Gesamtstrafe.

§ 283 Abs. 1 Nr. 8 StGB; § 263 StGB; § 15a InsO; § 154 StPO; § 55 StGB

409. BGH 5 StR 602/08 - Beschluss vom 7. April 2009 (LG Potsdam)

Rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung (Kompensation).

Art. 6 Abs. 1 EMRK; Art. 20 Abs. 3 GG; § 46 StGB

410. BGH StB 18/08 - Beschluss vom 23. Oktober 2008 (OLG Düsseldorf)

Beschlagnahme eines Briefes (Handschriftprobe; Verhältnismäßigkeit).

§ 94 StPO; § 98 Abs. 1 StPO; Art. 20 Abs. 3 GG

411. BGH StB 26/08 - Beschluss vom 18. Dezember 2008 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)

Begründungsanforderungen bei Anordnung einer Durchsuchung (Darlegung der tatsächlichen Grundlagen des Tatverdachts; keine formelhaften Wendungen; Angabe der Indiztatsachen).

Art. 13 Abs. 2 GG; § 34 StPO; § 102 StPO

412. BGH StB 29/08 - Beschluss vom 22. Januar 2009 (Generalbundesanwalt)

Antrag auf gerichtliche Entscheidung; Verfahrensregister des Generalbundesanwalts; Antrag auf Akteneinsicht.

§ 491 StPO; § 19 Abs. 4 BDSG; § 147 StPO; § 161a Abs. 3 StPO

413. BGH StB 24/08 - Beschluss vom 22. Januar 2009 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)

Konzentration der Zuständigkeit für den nachträglichen Rechtsschutz (Anklageerhebung gegen Dritte); „militante Gruppe“; Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung; Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung.

§ 101 Abs. 7 Satz 4 StPO; § 129 StGB; § 129a StGB

414. BGH StB 6/09 - Beschluss vom 9. April 2009 (Ermittlungsrichter des Bundesgerichtshofs)

Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung; Durchsuchung bei Dritten zwecks Auffindung von Beweismitteln (Buchkäufe; Buchverkäufe; Amazon).

§ 103 StPO; § 105 StPO; § 129a StGB; § 129b StGB

415. BGH 1 StR 27/09 - Beschluss vom 4. März 2009 (LG Landshut)

Befangenheitsrüge (Besorgnis der Befangenheit bei Gesprächen des Vorsitzenden Richters mit dem Verteidiger nur eines Mitangeklagten und Ausräumung durch eine dienstliche Stellungnahme); Mitwirkung eines ausgeschlossenen Richters; absoluter Revisionsgrund; Darlegungsvoraussetzungen der Verfahrensrüge); Abfassung der Urteilsgründe.

§ 338 Nr. 3 StPO; § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO; § 267 StPO

416. BGH 1 StR 27/09 - Beschluss vom 4. März 2009 (LG Landshut)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

417. BGH 1 StR 34/09 - Beschluss vom 17. März 2009 (LG Coburg)

Nachträgliche Sicherungsverwahrung (im Laufe des Vollzugs eintretende Therapieunwilligkeit und ein Therapieabbruch als neue Tatsache).

§ 66b StGB

418. BGH 1 StR 50/09 - Beschluss vom 18. März 2009 (LG Baden-Baden)

Rüge der Verletzung des Verwertungsverbots aus § 51 Abs. 1 BZRG (Sachrüge; mehrere Taten im prozessualen Sinne bei materiell-rechtlicher Tatmehrheit: natürliche Handlungseinheit und Verletzung höchstpersönlicher Rechtsgüter).

§ 51 Abs. 1 BZRG; § 52 StGB; § 53 StGB; § 223 StGB; § 337 StPO; § 264 StPO

419. BGH 1 StR 76/09 - Beschluss vom 31. März 2009 (LG München I)

BGHR; Sicherstellung von E-Mails beim E-Mail-Provider (Verwertung von E-Mails; Telekommunikationsüberwachung; Benachrichtigungspflicht; Fernmeldegeheimnis; Grundrecht auf Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme).

Art. 10 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 8 EMRK; § 99 StPO; § 95 Abs. 2 StPO; § 100a StPO; § 94 StPO; § 101 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 StPO

420. BGH 1 StR 79/09 - Beschluss vom 1. April 2009 (LG Waldshut-Tiengen)

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

421. BGH 1 StR 138/09 - Beschluss vom 1. April 2009 (LG München II)

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

422. BGH 1 StR 549/08 - Urteil vom 18. März 2009 (LG Regensburg)

Rechtsfehlerhaft begründeter Freispruch (mangelnde Gesamtwürdigung und rechtsfehlerhafte Anwendung des Zweifelsgrundsatzes auf Indizien; fernliegende Deutungen des Tatrichters; überspannte Anforderungen bei der Überzeugungsbildung).

§ 261 StPO

423. BGH 1 StR 80/09 - Beschluss vom 18. März 2009 (LG Augsburg)

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

424. BGH 1 StR 83/09 - Beschluss vom 31. März 2009 (LG Augsburg)

Rechtsfehlerhafte Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus (mangelhafte Feststellung der verminderten Schuldfähigkeit).

§ 63 StGB; § 21 StGB

425. BGH 2 StR 7/09 - Beschluss vom 4. März 2009 (LG Köln)

Unzulässig bedingte Revisionserhebung (Entscheidung über einen Haftbefehl).

§ 349 Abs. 1 StPO; Vor § 296 StPO

426. BGH 2 StR 8/09 - Beschluss vom 4. März 2009 (LG Mainz)

Strafzumessung bei der Jugendstrafe (Erziehungsgedanke; Beruhen).

§ 18 Abs. 1 Satz 3 JGG

427. BGH 2 StR 11/09 - Beschluss vom 2. April 2009 (LG Trier)

Anrechnung einer erbrachten Bewährungsauflage in den Fällen des § 58 Abs. 2 Satz 2 StGB im Regelfall.

§ 58 Abs. 2 Satz 2 StGB; § 56f Abs. 3 Satz 2 StGB; § 354 Abs. 1 StPO

428. BGH 2 StR 34/09 - Beschluss vom 27. März 2009 (LG Gera)

Aufrechterhaltung des Strafrahmenausspruchs trotz geänderter Tenorierung.

§ 354 Abs. 1 StPO; § 337 StPO

429. BGH 2 StR 37/09 - Beschluss vom 4. März 2009 (LG Aachen)

Fehlerhafte Gesamtstrafenbildung zur Anwendung von § 35 BtMG (Drogenentwöhnungstherapie); Unterbringung in einer Entziehungsanstalt.

§ 54 StGB; § 35 BtMG; § 64 StGB

430. BGH 2 StR 38/09 - Beschluss vom 4. März 2009 (LG Kassel)

Verwerfung der Revision als unbegründet.

§ 349 Abs. 2 StPO

431. BGH 2 StR 42/09 - Beschluss vom 11. März 2009 (LG Marburg)

Schwere Vergewaltigung (Beisichführen eines Mittels, mit dem Widerstand mit Gewalt überwunden werden kann; Fessellung mit Handschellen); Anordnung der Unterbringung des Angeklagten in einem psychiatrischen Krankenhaus (unzureichende Darlegung der Voraussetzungen: Tatbegehung im Zustand zumindest verminderter Schuldfähigkeit, Gefährlichkeitsprognose).

§ 177 Abs. 2, Abs. 3 Nr. 2 StGB; § 63 StGB

432. BGH 2 StR 47/09 - Beschluss vom 4. März 2009 (LG Kassel)

Unzulässige Revision (Rechtsmittelverzicht).

§ 302 Abs. 1 Satz 1 StPO

433. BGH 2 StR 248/05 - Beschluss vom 4. März 2009

Unbegründete Gegenvorstellung.

Vor § 1 StPO

434. BGH 2 StR 340/08 - Beschluss vom 20. März 2009 (BGH)

Anhörungsrüge.

§ 356a StPO

435. BGH 2 StR 537/08 - Beschluss vom 11. März 2009 (LG Bonn)

Unterbringung in einer Entziehungsanstalt (zu beachtende Therapiewilligkeit; Aussichtslosigkeit einer Maßregel; Menschenwürde).

§ 64 StGB; Art. 1 GG

436. BGH 2 StR 545/08 - Beschluss vom 20. März 2009 (LG Frankfurt am Main)

Zur Prozessverschleppung gestelltes Ablehnungsgesuch (Rechtsmissbrauch; Prozessdestruktion; Konfliktverteidigung; haltlose Provokation; engagierte, gegebenenfalls auch mutigen Strafverteidigung im wohlverstandenen Interesse des Beschuldigten).

Art. 6 EMRK; § 26a Abs. 1 Nr. 2 StPO

437. BGH 2 StR 575/08 - Beschluss vom 18. März 2009 (LG Koblenz)

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

438. BGH 2 StR 64/09 - Beschluss vom 8. April 2009 (LG Hanau)

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

439. BGH 2 StR 576/08 - Beschluss vom 8. April 2009 (BGH)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

440. BGH 2 StR 578/08 - Beschluss vom 4. März 2009 (LG Bonn)

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

441. BGH 2 StR 596/08 - Beschluss vom 11. März 2009 (LG Kassel)

Pflicht zur eingehenden Begründung des Gesamtstrafaus-
spruches, wenn sich eine hohe Gesamtstrafe auffallend
von der Einsatzstrafe entfernt.
§ 54 StGB

442. BGH 2 StR 596/08 - Beschluss vom 11. März 2009 (LG Kassel)

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

443. BGH 2 StR 601/08 - Urteil vom 1. April 2009 (LG Aachen)

Mord aus Heimtücke und niedrigen Beweggründen (Aus-
nutzungsbewusstsein; verminderte Schuldfähigkeit;
schwere andere seelische Abartigkeit; tiefgreifende Be-
wusstseinsstörung bei Tötungsdelikten); Abweichung
von der Beurteilung eines kompetenten Sachverständigen.
§ 211 StGB; § 21 StGB; § 261 StPO

444. BGH 2 StR 602/08 - Beschluss vom 11. März 2009 (LG Köln)

Schwere Vergewaltigung (gefährliches Werkzeug; Tatvor-
satz).
§ 177 Abs. 3 Nr. 1 StGB; § 15 StGB

445. BGH 2 ARs 41/09 2 AR 26/09 - Beschluss vom 2. April 2009 (OLG Brandenburg)

Unbegründete Anhörungsrüge.
§ 356a StPO

446. BGH 2 ARs 562/08 2 AR 331/08 - Beschluss vom 12. März 2009 (AG Horb am Neckar)

Wechsel der örtlichen Zuständigkeit der Strafvollstrec-
kungskammer (Zuständigkeit zur Entscheidung über
den Widerruf einer Bewährungsentscheidung; Befas-
stsein; Konzentrationsprinzip).
§ 462a Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 StPO; § 462a Abs. 4 Satz 3
StPO

447. BGH 2 ARs 58/09 2 AR 44/09 - Beschluss vom 25. März 2009 (OLG Celle)

Ausschließung eines Rechtsanwalts (hinreichender Tat-
verdacht der Tatbeteiligung; formelle Voraussetzungen;
Beschwerde).
§ 138a Abs. 1 Nr. 1 StPO; § 138c Abs. 2 StPO; § 138d
Abs. 6 Satz 1 StPO

448. BGH 2 ARs 83/09 2 AR 54/09 - Beschluss vom 11. März 2009 (AG Rosenheim; AG Oberhausen)

Zuständigkeit über den Widerruf einer Bewährung (Be-
fasstsein infolge einer erforderlichen Entscheidung; keine
Zuständigkeitsbegründung durch kurzzeitige Aufenthalte
in einer JVA).
§ 462a Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 Satz 1 StPO

449. BGH 4 StR 20/09 - Beschluss vom 19. März 2009 (LG Dortmund)

Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme beim Betäu-
bungsmittelhandel beim Kurier (entscheidende Bedeu-
tung für das Gesamtgeschäft; Beihilfe; Mittäterschaft).
§ 25 Abs. 2 StGB; § 27 StGB; § 29 BtMG

450. BGH 4 StR 31/09 - Beschluss vom 31. März 2009 (LG Bochum)

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

451. BGH 4 StR 473/08 - Beschluss vom 27. Januar 2009 (LG Saarbrücken)

Schwerer Raub (kein Verwenden eines gefährlichen
Werkzeugs bei „KO-Tropfen“ je nach Dosierung; narkoti-
sierende Gegenstände als sonstige Mittel des § 250 Abs.
1 Nr. 1 b StGB); gefährliche Körperverletzung (hinterlis-
tiger Überfall; Beibringung gesundheitsschädlicher Stoffe).
§ 250 Abs. 2 Nr. 1, Abs. 1 Nr. 1 b StGB; § 223 StGB;
§ 224 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 3 StGB

452. BGH 4 StR 516/08 - Urteil vom 19. März 2009 (LG Magdeburg)

Lückenhafte Beweiswürdigung bei Freispruch; rechtsfeh-
lerhafte Anwendung des Zweifelsgrundsatzes.
§ 261 StPO

453. BGH 4 StR 53/09 - Beschluss vom 19. März 2009 (LG Hagen)

Strafzumessung bei Tötungsdelikten (Doppelverwer-
tungsverbot; Differenzierung zwischen direktem und
bedingtem Vorsatz).
§ 46 Abs. 1, Abs. 3 StGB; § 212 StGB; § 15 StGB

454. BGH 4 StR 606/08 - Beschluss vom 7. April 2009 (LG Saarbrücken)

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

455. BGH 4 StR 629/08 - Beschluss vom 19. März 2009 (LG Bielefeld)

Verfahrenseinstellung aus verfahrensökonomischen
Gründen und aus Gründen des Opferschutzes gemäß
§ 154 Abs. 2 StPO.
§ 154 Abs. 2 StPO

456. BGH 4 StR 86/09 - Beschluss vom 2. April 2009 (LG Detmold)

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

457. BGH 4 StR 659/08 - Beschluss vom 18. März 2009 (LG Rostock)

Verfahrenseinstellung gemäß § 154 Abs. 2 StPO.
§ 154 Abs. 2 StPO

458. BGH 4 StR 662/08 - Beschluss vom 17. März 2009 (LG Bielefeld)

Lückenhafte Beweiswürdigung (Darstellungsanforderungen bei Verurteilung auf Grund der Aussagen von [möglicherweise] tatbeteiligten Zeugen; Beachtung des Konfrontationsrechts des Angeklagten bei Zubilligung eines Auskunftsverweigerungsrechts; Aufklärungshilfe); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 3 lit. d, Abs. 1 EMRK; § 261 StPO; § 55 StPO

459. EGMR Nr. 26766/05 und 22228/06 - Urteil vom 20. Januar 2009 (Al-Khawaja and Tahery vs. UK)

Recht auf Konfrontation und Befragung von Mitangeklagten als Zeugen im Sinne der EMRK; Recht auf ein faires Verfahren (gesetzlicher Schuldbeweis; Verbot der Verwertung als entscheidendes oder einziges Beweismittel; besonders vorsichtige Beweiswürdigung; Zeugenbegriff; anonyme und nicht erreichbare Zeugen; Rechtseinschränkungen bei zurechenbarer Furcht des Zeugen; Gesamtrecht und Gesamtbetrachtung); redaktioneller Hinweis.

Art. 6 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 lit. d EMRK; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 240 StPO; § 244 Abs. 2 StPO; § 251 StPO; § 250 StPO; § 261 StPO

460. BVerfG 2 BvR 1350/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 18. März 2009 (BGH/LG Stuttgart)

Fälschung von Zahlungskarten mit Garantiefunktion (Gewerbsmäßigkeit; Strafraumen); Schuldgrundsatz; BGH 1 StR 229/08.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 152b Abs. 1 StGB; § 152b Abs. 2 StGB; § 38 Abs. 2 StGB

461. BVerfG 2 BvR 8/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 18. März 2009 (LG Hamburg/StA Hamburg)

Gewährung von Akteneinsicht an eine Privatperson im Ermittlungsverfahren (fehlendes berechtigtes Interesse; keine Gewährung aus ermittlungstaktischen Gründen); allgemeines Persönlichkeitsrecht.

Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 1 Abs. 1 GG; § 475 StPO; § 477 Abs. 3 StPO

462. BVerfG 2 BvR 277/09 (3. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 19. März 2009 (OLG Hamm/LG Paderborn)

Fehlerhafte Rechtsmittelbelehrung (sofortige Beschwerde; Rechtsbeschwerde); Wiedereinsetzung in die Wiedereinsetzungsfrist.

§ 90 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG; § 116 StVollzG; § 118 Abs. 3 StVollzG § 120 Abs. 1 StVollzG; § 44 Satz 1 StPO

463. BVerfG 2 BvR 945/08 (1. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 8. April 2009 (LG Augsburg/AG Augsburg)

Durchsuchungsbeschluss (Unzulässigkeit bei vagen Anhaltspunkten und bloßen Vermutungen; Bildschirmdrucke; Verhältnismäßigkeit; Unterlassen möglicher anderweitiger Abklärungen); Verdacht wegen Verstoßes gegen das Urheberrechtsgesetz (Hyperlinks in einem Internetforum).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; § 102 StPO; § 105 StPO; § 106 UrhG; § 109 UrhG; § 7 TMG

464. BVerfG 2 BvR 1468/08 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 2. April 2009 (OLG Düsseldorf/LG Düsseldorf)

Wettbewerbsbeschränkende Absprachen bei Ausschreibungen (Begriff des Angebots); Anspruch auf ein faires Verfahren (Beweiswürdigung); Selbstleseverfahren; Beweiskraft des Protokolls (Auslegung mehrdeutiger Vermerke).

Art. 103 Abs. 2 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; Art. 20 Abs. 3 GG; § 298 StGB; § 261 StPO; § 274 StPO; § 249 Abs. 2 StPO

465. BVerfG 2 BvR 1496/05 (1. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 15. April 2009 (LG Braunschweig/AG Wolfsburg)

Durchsuchungsbeschluss (Unanwendbarkeit von § 284 StGB vor dem 28. März 2006; Verfassungswidrigkeit des Niedersächsischen Lotteriegesetzes; Oddset-Sportwetten; Prüfung von Europarecht).

Art. 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 12 Abs. 1 GG; Art. 2 Abs. 1 GG; § 284 StGB; § 102 StPO; § 105 StPO

466. BVerfG 2 BvR 1940/05 (1. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 17. März 2009 (LG Oldenburg/AG Oldenburg)

Wohnungsdurchsuchung; Richtervorbehalt (eigenverantwortliche Prüfung; inhaltliche Anforderungen an den Durchsuchungsbeschluss); Umsatzsteuerkarussell; Auslesen der Daten eines Mobiltelefons (Unanwendbarkeit des Fernmeldegeheimnisses bei Speicherung im Herrschaftsbereich des Betroffenen).

Artikel 13 Abs. 1 GG; Art. 13 Abs. 2 GG; Art. 10 Abs. 1 GG; § 102 StPO; § 105 StPO

467. BVerfG 2 BvR 2025/07 (2. Kammer des Zweiten Senats) - Beschluss vom 18. März 2009 (BGH/LG Kempten)

Fairness des Verfahrens (kein Anspruch auf Zwischenentscheidung über das Vorliegen eines Verwertungsverbots).

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