

Entscheidungssammlung zum Strafverfahrensrecht**- Nachtrag zur 1. Auflage (Februar 2003) -**

BGHSt 9, 37	3
BGHSt 36, 328	15
BGHSt 37, 340	17
BGHSt 46, 159 (= NJW 2001, 1146)	23
BGHSt 46, 178 (= NJW 2001, 309)	26
BGHSt 47, 362 (= NJW 2003, 368 = NStZ 2003, 215)	33
BGH, NJW 2003, 74 (= NStZ 2003, 274)	34
BGH, NJW 2003, 1880 (= NStZ 2003, 499)	41
BGH, NJW 2003, 2034 (= NStZ 2003, 668)	54
BGH, NJW 2003, 2619 (= NStZ 2003, 612)	56
BGH, NStZ 2003, 273	37
BVerfG, NJW 1981, 1431 (= E 56, 37)	3
BVerfG, NJW 1981, 1719 (= E 57, 250)	7
BVerfG, NJW 1996, 448	18
BVerfG, NJW 2003, 1030	38
BVerfG, NJW 2003, 1787 (= NStZ 2003, 441)	45
BVerfG, NStZ 2002, 378	32
EGMR, NJW 2002, 499	30
EuGH, NJW 2003, 1173 (= NStZ 2003, 333)	40
KG Berlin, StV 2001, 260	22
OLG Bamberg, NStZ 1989, 40	14
OLG Celle, NStZ 2002, 386	29
OVG Münster, NJW 1999, 2689	20
LG Ravensburg, NStZ 2003, 325	39

BGH, Urt. v. 27.1.1956 - 2 StR 446/55 (LG Oldenburg) = BGHSt 9, 37	3
BVerfG, Beschl. v. 13.01.1981 - 1 BvR 116/77 = BVerfGE 56, 37 = NJW 1981, 1431	3
BVerfG, Beschl. v. 26.5.1981 - 2 BvR 215/81 = BVerfGE 57, 250 = NJW 1981, 1719	7
OLG Bamberg, Beschl. v. 31.3.1987 - Ws 176/86 = NStZ 1989, 40	14
BGH, Beschl. v. 15.12.1989 - 2 StR 167/89 (AG Königswinter, LG Bonn, OLG Köln) = BGHSt 36, 328	15
BGH, Urt. v. 27.2.1991 - 5 StR 516/90 (LG Duisburg) = BGHSt 37, 340	17
BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 19.7.1995 - 2 BvR 1142/93 = NJW 1996, 448	18
OVG Münster, Beschl. v. 13.1.1999 - 5 B 2562/98 = NJW 1999, 2689	20
KG, Beschl. v. 31. 8. 2000 - (4) 1 Ss 161/00 = StV 2001, 260	22
BGH, Urt. v. 25.10.2000 - 2 StR 232/00 (LG Köln) = BGHSt 46, 159	23
BGH, Beschl. v. 26.10.2000 - 3 StR 6/00 (AG Delmenhorst, OLG Oldenburg) = BGHSt 46, 178	26
OLG Celle, Beschl. v. 7.2.2001 - 32 Ss 101/00 = NStZ 2002, 386	29
EGMR, (Zweite Sektion) Urt. 3.5.2001 - 31827/96 (J.B./Schweiz) = NJW 2002, 499	30
BVerfG (3. Kammer des 2. Senats), Beschl. v. 6.2.2002 - 2 BvR 1249/01 = NStZ 2002, 378	32
BGH, Beschl. v. 1.8.2002 - 3 StR 122/02 (LG Osnabrück) = BGHSt 47, 362	33
BGH, Beschl. v. 26.9.2002 - 1 StR 111/02 (Anfragebeschluß) = NJW 2003, 74	34
BGH, Beschl. v. 7.11.2002 - 2 BJs 27/02 - 5 - StB 16/2 = NStZ 2003, 273	37
BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 21.11.2002 - 2 BvR 2202/01 = NJW 2003, 1030	38
LG Ravensburg, Beschl. v. 9.12.2002 - 2 Qs 153/02 = NStZ 2003, 325	39
EuGH, Urt. v. 11.2.2003 - verb. Rs. C-187/01 u. C-385/01 (Hüseyin Gözütok u. Klaus Brügge) = NJW 2003, 1173	40
BGH, Beschl. v. 26.2.2003 - 5 StR 423/02 (LG Berlin) = NJW 2003, 1880	41
BVerfG, Urt. v. 12.3.2003 - 1 BvR 330/96 u. 1 BvR 348/99 = NJW 2003, 1787	45
BGH, Urt. v. 14.3.2003 - 2 StR 341/02 (LG Köln) = NJW 2003, 2034	54
BGH, Urt. v. 28.5.2003 - 2 StR 445/02 (LG Erfurt) = NJW 2003, 2619	56

-
- **BGH, Urt. v. 27.1.1956 - 2 StR 446/55** (LG Oldenburg) = BGHSt 9, 37 - Zeugnisverweigerungsrecht wegen Schwägerschaft auch nach Beendigung der die Schwägerschaft vermittelnden Ehe [3](#)
 - **BVerfG, Beschl. v. 13.01.1981 - 1 BvR 116/77** = BVerfGE 56, 37 = NJW 1981, 1431 - Uneingeschränkte Aussagepflicht des Gemeinschuldners [3](#)
 - **BVerfG, Beschl. v. 26.5.1981 - 2 BvR 215/81** = BVerfGE 57, 250 = NJW 1981, 1719 - Führungsbeamter als "Zeuge vom Hörensagen" bei verdeckten Ermittlungen [7](#)
 - **OLG Bamberg, Beschl. v. 31.3.1987 - Ws 176/86** = NStZ 1989, 40 (m. Anm. Wasmuth) - Durchsuchung bei (verdächtigem) Strafunmündigem [14](#)
 - **BGH, Beschl. v. 15.12.1989 - 2 StR 167/89** (AG Königswinter, LG Bonn, OLG Köln) = BGHSt 36, 328 - Verwertbarkeit der Angaben des Antragstellers im Asylverfahren für ein Strafverfahren [15](#)
 - **BGH, Urt. v. 27.2.1991 - 5 StR 516/90** (LG Duisburg) = BGHSt 37, 340 - Verwertbarkeit der Angaben im Verfahren nach § 807 ZPO für ein Strafverfahren [17](#)
 - **BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 19.7.1995 - 2 BvR 1142/93** = NJW 1996, 448 - Zur Zulässigkeit des "Zeugen vom Hörensagen" bei verdeckten Ermittlungen [18](#)
 - **OVG Münster, Beschl. v. 13.1.1999 - 5 B 2562/98** = NJW 1999, 2689 - Erkennungsdienstliche Behandlung eines Kindes [20](#)
 - **KG, Beschl. v. 31. 8. 2000 - (4) 1 Ss 161/00** = StV 2001, 260 - Zur Rechtmäßigkeit der Diensthandlung im Sinne des § 113 Abs. 3 S. 1 StGB (hier: vorläufige Festnahme gem. §§ 127, 163b StPO) [22](#)
 - **BGH, Urt. v. 25.10.2000 - 2 StR 232/00** (LG Köln) = BGHSt 46, 159 - Zu den Folgen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung [23](#)
 - **BGH, Beschl. v. 26.10.2000 - 3 StR 6/00** (AG Delmenhorst, OLG Oldenburg) = BGHSt 46, 178 - Anspruch auf kostenlosen Dolmetscher nach Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK [26](#)
 - **OLG Celle, Beschl. v. 7.2.2001 - 32 Ss 101/00** = NStZ 2002, 386 - Verwertungsverbot einer unter Verstoß gegen § 55 StPO erfolgten Zeugenaussage in einem späteren Strafverfahren gegen den Zeugen [29](#)
 - **EGMR, (Zweite Sektion) Urt. 3.5.2001 - 31827/96** (J.B./Schweiz) = NJW 2002, 499 - Schweigerecht im Steuer- und Strafverfahren nach Art. 6 I EMRK [30](#)
 - **BVerfG (3. Kammer des 2. Senats), Beschl. v. 6.2.2002 - 2 BvR 1249/01** = NStZ 2002, 378 - Umfang des Aussageverweigerungsrechts bei Gefahr der Selbstbezeichnung [32](#)
 - **BGH, Beschl. v. 1.8.2002 - 3 StR 122/02** (LG Osnabrück) = BGHSt 47, 362 - Zu den Folgen einer unzureichend begründeten Telefonüberwachung [33](#)
 - **BGH, Beschl. v. 26.9.2002 - 1 StR 111/02** (Anfragebeschluss) = NJW 2003, 74 - Verhinderung der Identifizierung bei audiovisueller Vernehmung von Verdeckten Ermittlern durch technische Veränderung [34](#)
 - **BGH, Beschl. v. 7.11.2002 - 2 BJs 27/02 - 5 - StB 16/2** = NStZ 2003, 273 - Übergabe des Durchsuchungsbeschlusses an den Betroffenen [37](#)
 - **BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 21.11.2002 - 2 BvR 2202/01** = NJW 2003, 1030 - Strafbarkeit eines Polizeibeamten wegen Strafvereitelung im Amt durch Unterlassen [38](#)
 - **LG Ravensburg, Beschl. v. 9.12.2002 - 2 Qs 153/02** = NStZ 2003, 325 - Beschlagnahme von E-Mails beim Provider analog §§ 94, 98, 99 StPO [39](#)
 - **EuGH, Urt. v. 11.2.2003 - verb. Rs. C-187/01 u. C-385/01** (Hüseyin Gözütok u. Klaus Brügge) = NJW 2003, 1173 - Strafklageverbrauch nach Art. 54 SDÜ bei Einstellung durch die StA gem. §§ 153, 153a StPO [40](#)
 - **BGH, Beschl. v. 26.2.2003 - 5 StR 423/02** (LG Berlin) = NJW 2003, 1880 - Telefonüberwachung bei Geldwäscheschuld und Vorrang der Nichtkatalogtat [41](#)
 - **BVerfG, Urt. v. 12.3.2003 - 1 BvR 330/96 u. 1 BvR 348/99** = NJW 2003, 1787 - Telekommunikationsüberwachung bei Journalisten [45](#)
 - **BGH, Urt. v. 14.3.2003 - 2 StR 341/02** (LG Köln) = NJW 2003, 2034 - Verwertung eines Raumgesprächs bei nicht ausgeschaltetem Handy [54](#)
 - **BGH, Urt. v. 28.5.2003 - 2 StR 445/02** (LG Erfurt) = NJW 2003, 2619 - Aussage nach Zeugnisverweigerung, Verschweigen des Verlöbnisses [56](#)
-

BGH, Urt. v. 27.1.1956 - 2 StR 446/55 (LG Oldenburg) = BGHSt 9, 37 - Zeugnisverweigerungsrecht wegen Schwägerschaft auch nach Beendigung der die Schwägerschaft vermittelnden Ehe

Aus den Gründen: Der Angeklagte hatte am 12. Mai 1947 mit Frau A. geb. Chm. die Ehe geschlossen. Das Landgericht O. erklärte durch Urteil v. 21.9.1951 die Ehe für nichtig, weil der vermählte Ehemann der Frau A. zur Zeit der zweiten Eheschließung nicht für tot erklärt war. Der Angeklagte lebte jedoch auch danach mit Frau A. zusammen. Am 13. Mai 1955 beging er gegen sie einen Totschlagsversuch. Das Schwurgericht hat ihn deswegen

[BGHSt 9, 38] verurteilt. Mit seiner Revision erhebt er u.a. eine Verfahrensrüge; hierbei handelt es sich um folgendes:

Als Zeuge wurde auch die Mutter von Frau A., Frau Chm., vernommen. Nach der Sitzungsniederschrift erklärte sie, daß sie mit dem Angeklagten weder verwandt noch verschwägert sei. Das Gericht wies sie nicht darauf hin, daß sie ein Zeugnisverweigerungsrecht habe. Die Revision meint nun, Frau Chm. hätte trotz der Nichtigkeitserklärung der Ehe ihrer Tochter wegen der Schwägerschaft, die einmal bestanden habe, nach § 52 Abs. 1 Nr.3 StPO das Zeugnis verweigern können. Sie beanstandet, daß das Gericht sie vor ihrer Vernehmung über dieses Recht nicht belehrt habe. Da das Urteil sich auf ihre Aussage stütze, könne es auf dem Rechtsfehler beruhen.

Die Rüge ist im Ergebnis unbegründet. Nach Art. 33 EGBGB sind die Vorschriften des BGB über Verwandtschaft und Schwägerschaft anzuwenden, soweit die Strafprozeßordnung rechtliche Folgen an sie knüpft. Hiernach entstand zwischen der als Zeugin gehörten Frau Chm. und dem Angeklagten durch dessen Eheschließung mit ihrer Tochter eine Schwägerschaft im ersten Grade § 1590 BGB. Daß die Ehe wegen der Doppelehe von Frau A. sachlich nichtig war (§§ 16, 20 EheG), ist hierbei ohne rechtliche Bedeutung, da für den Begriff des Ehegatten nur die verfahrensrechtlich gültige Schließung der Ehe Voraussetzung ist (RGSt 41, 113; 47, 286; 56, 427 ff); eine solche lag nach den Feststellungen vor (§§ 11, 13 ff EheG). Die Ehe ist nun zwar für nichtig erklärt worden und damit als von Anfang an als nicht bestehend zu behandeln (Hoffmann-Stephan, § 23 Anm. 5 EheG). Für die Anwendung der Strafprozeßordnung verliert jedoch die Ehe, die einmal bestanden hat, nicht jede rechtliche Bedeutung, da § 52 Abs. 1 Nr.3 StPO ausdrücklich bestimmt, daß ein bis zum zweiten Grade Verschwägerter das Zeugnis verweigern kann, auch wenn die die Schwägerschaft begründende Ehe nicht mehr besteht. Aus welchem Grund dies der Fall ist, muß hierbei nach dem der Bestimmung zugrundeliegenden gesetzgeberischen Gedanken bedeutungslos sein. Hiernach sollen Personen, deren Unvoreingenommenheit wegen ihrer nahen persönlichen Beziehungen zu dem Angeklagten

[BGHSt 9, 39] nicht gegeben erscheint und die eine Aussage in einen Widerstreit zwischen der Wahrheitspflicht und ihrer Bindung gegenüber einem Verwandten oder Verschwägerten bringt, nicht zu einer Aussage gezwungen und vor der Gefahr einer falschen eidlichen oder uneidlichen Aussage bewahrt werden (BGHSt 2, 351 [353]; 3, 149 [152]). Diese nahen persönlichen Bindungen und ihre Folgen werden aber durch eine Auflösung und auch durch eine Nichtigkeitserklärung der einmal verfahrensrechtlich gültig geschlossenen Ehe nicht beseitigt. Dieser bereits vom Reichsgericht vertretenen Rechtsauffassung (RGSt 47, 286; GA 54, 294) ist beizutreten.

Der im Schrifttum vereinzelt ohne nähere Begründung dargelegten Gegenmeinung (Schwarz StPO 18. Aufl. § 52 Anm. 3 C) ist nicht zu folgen. Die für die Auslegung der Begriffsbestimmung der Angehörigen im Strafrecht nach § 52 Abs. 2 StGB maßgebenden Gesichtspunkte können für die Strafverfahrensordnung hierbei nicht herangezogen werden, da Art 33 EGBGB nur für die sogenannten Reichsjustizgesetze, nicht aber für das Strafgesetz gilt und hier auch der Rechtsgedanke, der der Regelung im Strafverfahren zugrunde liegt, nicht zutrifft (RGSt 62, 114 [119]; BGHSt 7, 383; Hoepner, DRiZ 1955, 245 ff).

Das Gericht hat es daher rechtlich fehlerhaft unterlassen, Frau Chm. zu belehren, daß sie das Zeugnis verweigern könne. Auf diesem Mangel beruht das Urteil jedoch nicht.

BVerfG, Beschl. v. 13.01.1981 – 1 BvR 116/77 = BVerfGE 56, 37 = NJW 1981, 1431 - Uneingeschränkte Aussagepflicht des Gemeinschuldners

Leitsatz: Grundrechte des Gemeinschuldners werden nicht dadurch verletzt, daß er nach den Vorschriften der Konkursordnung uneingeschränkt zur Aussage verpflichtet ist und dazu durch die Anordnung von Beugemitteln angehalten werden kann. Offenbart er strafbare Handlungen, darf seine Aussage nicht gegen seinen Willen in einem Strafverfahren gegen ihn verwertet werden.

Zum Sachverhalt: Über das Vermögen des Bf. wurde das Konkursverfahren eröffnet. Auf Antrag des Konkursverwalters sollte er über bestimmte, die Übereignung von Vermögensgegenständen betreffende Fragen vernommen werden. Im Vernehmungstermin erschien er zwar, verweigerte jedoch die Aussage, weil in bezug auf das Beweisthema ein Ermittlungsverfahren wegen Verdachts des Konkursvergehens anhängig sei und weil er sich durch die Beantwortung der Fragen möglicherweise selbst einer strafbaren Handlung bezichtigen müsse. Das Konkursgericht hat daraufhin gem. §§ 75, 101 II KO Beugehaft angeordnet, da der Gemeinschuldner unberechtigt seine Aussage verweigere.

Die sofortige Beschwerde hat das LG mit der Begründung zurückgewiesen, der Gemeinschuldner habe im Rahmen seiner auf den genannten Vorschriften beruhenden unbeschränkten Auskunftspflicht notfalls auch eigene strafbare Hand-

lungen zu offenbaren; ein Aussageverweigerungsrecht sei in der Konkursordnung nicht vorgesehen und werde in der Literatur zutreffend verneint. Die gegen diese Entscheidungen eingelegte Verfassungsbeschwerde wurde zurückgewiesen.

Aus den Gründen: ... Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist nicht begründet. Grundrechte des Bf. werden nicht schon dadurch verletzt, daß er nach den Vorschriften der Konkursordnung uneingeschränkt zur Aussage verpflichtet ist und dazu durch die Anordnung von Beugemitteln angehalten werden kann. Seinen schutzwürdigen Belangen wird dadurch hinreichend Rechnung getragen, daß etwaige Selbstbezeichnungen einem strafrechtlichen Verwertungsverbot unterliegen.

I.1. Durch rechtlich vorgeschriebene Auskunftspflichten kann die Auskunftsperson in die Konfliktsituation geraten, sich entweder selbst einer strafbaren Handlung zu bezichtigen oder durch eine Falschaussage gegebenenfalls ein neues Delikt zu begehen oder aber wegen ihres Schweigens Zwangsmitteln ausgesetzt zu werden. Wegen dieser Folgen ist die erzwingbare Auskunftspflicht als Eingriff in die Handlungsfreiheit sowie als Beeinträchtigung des Persönlichkeitsrechts i. S. des Art. 2 I GG zu beurteilen. Ein Zwang zur Selbstbezeichnung berührt zugleich die Würde des Menschen, dessen Aussage als Mittel gegen ihn selbst verwendet wird.

2. Zum Schutz gegen unzumutbare Eingriffe und Beeinträchtigungen sieht die geltende Rechtsordnung verschiedene Vorkehrungen vor. Wie bereits der Bundesminister der Justiz in seiner Stellungnahme dargelegt hat, kennt sie kein ausnahmsloses Gebot, daß niemand zu Auskünften oder zu sonstigen Handlungen gezwungen werden darf, durch die er eine von ihm begangene strafbare Handlung offenbart. Vielmehr unterscheiden sich die Regelungen und die darin vorgesehenen Schutzvorkehrungen je nach der Rolle der Auskunftsperson und der Zweckbestimmung der Auskunft. Diese Differenzierung steht mit Art. 2 I GG jedenfalls insoweit in Einklang, als Art und Umfang des durch dieses Grundrecht gewährleisteten Schutzes auch davon abhängen, ob und inwieweit andere auf die Information der Auskunftsperson angewiesen sind, ob insbesondere die Auskunft Teil eines durch eigenen Willensentschluß übernommenen Pflichtenkreises ist.

a) Am weitesten reicht der Schutz gegen Selbstbezeichnungen für Zeugen, Prozeßparteien und insbesondere für Beschuldigte im Strafverfahren oder in entsprechenden Verfahren. Soweit für diesen Personenkreis ein Zwang zur Mitwirkung besteht, der zu strafrechtlichen Nachteilen führen kann (Entnahme von Blutproben und Untersuchungen zur Feststellung der Abstammung gem. §§ 81a ff. StPO, § 372 ZPO, Wartepflicht am Unfallort gem. § 142 StGB), handelt es sich um passive, im Schrifttum teilweise als bedenklich beanstandete Duldungs- und Verhaltenspflichten (vgl. dazu Sautter, AcP 161 [1962], 215 ff.), die im vorliegenden Zusammenhang außer acht bleiben können. Denn sie greifen in die personale Freiheit der Willensentschließung jedenfalls weniger ein als die Nötigung, durch eigene Äußerungen strafbare Handlungen offenbaren zu müssen. Gegen eine derartige Offenbarungspflicht wird der genannte Personenkreis durchgängig durch Zubilligung eines Schweige- oder Aussageverweigerungsrechts geschützt.

Da Selbstbezeichnungen gerade wegen ihrer strafrechtlichen Auswirkungen einen schwerwiegenden Eingriff darstellen, wurden Schutzvorkehrungen vor allem dort entwickelt, wo die Aussage speziell strafrechtlichen oder ähnlichen Zwecken dient. Demgemäß gehört das Schweigerecht des Beschuldigten (§§ 136, 163a, 243 IV StPO) seit langem zu den anerkannten Grundsätzen des Strafprozesses (*nemo tenetur se ipsum accusare*); es wird in Art. 14 des Internationalen Pakts über bürgerliche und politische Rechte vom 19.12.1966 (BGBl 1973 II, 1533) ausdrücklich gewährleistet. Erzwangene Aussagen unterliegen einem strafprozessualen Verwertungsverbot nach Maßgabe des § 136a StPO. Ein solches Schweigerecht besteht entsprechend in anderen Verfahren, in denen dem Betroffenen ähnliche Sanktionen wegen seines Verhaltens drohen, etwa im Disziplinarverfahren sowie in berufsgerichtlichen Verfahren. Sie wird in der Rechtsprechung als selbstverständlicher Ausdruck einer rechtsstaatlichen Grundhaltung bezeichnet, die auf dem Leitgedanken der Achtung vor der Menschenwürde beruhe (BVerfGE 38, 105 [113]; BGHSt 14, 358 [364]). In der Literatur wird das Verbot der Selbstbezeichnung im Strafprozeß als eine durch Art. 2 I i. V. m. Art. 1 I GG gebotene Wertentscheidung zugunsten des Persönlichkeitsrechts des Beschuldigten gewürdigt, hinter dem das Strafverfolgungsinteresse der Allgemeinheit zurücktreten müsse; die Menschenwürde gebiete, daß der Beschuldigte frei darüber entscheiden könne, ob er als Werkzeug zur Überführung seiner selbst benutzt werden dürfe (Sautter, AcP 161 [1962], 240 ff.; Rogall, Der Beschuldigte als Beweismittel gegen sich selbst, 1977, S. 124 ff.; Eser, Der Schutz vor Selbstbezeichnung im deutschen Strafprozeßrecht, in: Jescheck, Deutsche strafrechtliche Landesreferate zum IX. Internationalen Kongreß für Rechtsvergleichung, 1974, S. 136 ff.; vgl. auch H. H. Rupp, Beweisverbote im Strafprozeß in verfassungsrechtlicher Sicht, Gutachten für den 46. Deutschen Juristentag, 1966, Bd. I Teil 3 A, S. 165 ff.). Um zu vermeiden, daß das für Disziplinar- oder Ehrengerichtsverfahren anerkannte Schweigerecht unterlaufen wird, hat die Rechtsprechung den Schutz gegen Selbstbezeichnungen auch auf das Vorstadium vor Einleitung förmlicher Verfahren ausgeweitet und demgemäß Beamten oder Angehörigen von Standesorganisationen gegenüber ihrem Dienstvorgesetzten oder Aufsichtsorganen ein Recht zur Verweigerung solcher Auskünfte zugebilligt, durch die sie sich selbst einer strafbaren Handlung oder einer Pflichtverletzung beschuldigen müßten (BDHE 4, 59 für Beamte; BGHSt 27, 374 für Rechtsanwälte; einschränkend BVerfGE 43, 227 für militärische Geheimsachenbearbeiter).

Der Schutz gegen Selbstbezeichnungen beschränkt sich nicht auf strafrechtliche und vergleichbare Verfahren. Auch für den Zivilprozeß und entsprechende Verfahren ist anerkannt, daß die Wahrheitspflicht der Partei dort ihre Grenzen findet, wo sie gezwungen wäre, eine ihr zur Unehre reichende Tatsache oder eine von ihr begangene strafbare Handlung zu offenbaren. Für den Bereich der Gewährung von Sozialleistungen bestimmt das neue Sozialgesetzbuch ausdrücklich, daß der Leistungsberechtigte solche Angaben verweigern darf, die ihn der Gefahr einer strafgerichtlichen Verfolgung aussetzen (§ 65 III SGB I); darüber hinaus bestehen nach Maßgabe des § 35 SGB I und der §§ 67 ff. SGB X Offenbarungs-

verbote für Geheimnisse und personenbezogene Daten. Die derart gegen einen Zwang zur Selbstbezeichnung geschützten Prozeßparteien und Verfahrensbeteiligten tragen lediglich das Risiko einer für sie ungünstigen Tatsachewürdigung.

Wenn schon von Beschuldigten und Prozeßparteien nicht erwartet wird, daß sie sich durch eine Aussage selbst belasten, dann gebührt

[**NJW 1981, 1432**] ein solcher Schutz erst recht Zeugen. Sie sind außenstehende Dritte, die lediglich eine allgemeine staatsbürgerliche Pflicht im Interesse der Wahrheitsfindung erfüllen. Ihnen räumt die Rechtsordnung ein Zeugnisverweigerungsrecht für den Fall ein, daß sie sich durch Aussage der Gefahr aussetzen, strafrechtlich verfolgt zu werden. Das gilt nicht nur für den Zivil- und Strafprozeß (vgl. § 384 ZPO; § 55 StPO), sondern entsprechend für andere Verfahren; die Abgabenordnung stellt dies für das Besteuerungsverfahren ausdrücklich klar (§ 103; vgl. ferner § 65 VwVfG und § 21 III SGB X). In der Rechtsprechung wird in dieser Regelung ein selbstverständlicher rechtsstaatlicher Grundsatz eines fairen Verfahrens erblickt, der die Persönlichkeit des Zeugen davor bewahre, von anderen Verfahrensbeteiligten als bloßes Objekt der Wahrheitsermittlung verwendet zu werden (vgl. BVerfGE 38, 105 [111 ff.]; BGHSt 17, 245 [246]).

b) Während das geltende Recht Zeugen, Prozeßparteien und Beschuldigten durchweg ein Schweige- und Aussageverweigerungsrecht für den Fall der Selbstbezeichnung zubilligt, gilt dies nicht in gleicher Weise für solche Personen, die aus besonderen Rechtsgründen rechtsgeschäftlich oder gesetzlich verpflichtet sind, einem anderen oder einer Behörde die für diese notwendigen Informationen zu erteilen. Hier kollidiert das Interesse des Auskunftspflichtigen mit dem Informationsbedürfnis anderer, deren Belange in unterschiedlicher Weise berücksichtigt werden.

Ältere gesetzliche Regelungen dieser Art begnügen sich durchweg damit, lediglich eine uneingeschränkte Auskunftspflicht vorzuschreiben und Maßnahmen zur Bekräftigung oder Erzwingung der Auskünfte vorzusehen. In der Regel handelt es sich dabei um Fälle, in denen allein der Auskunftspflichtige zu der erforderlichen Information imstande ist und der Auskunftsberechtigte ohne diese Auskunft erheblich benachteiligt wäre oder seine Aufgabe nicht ordnungsgemäß wahrnehmen könnte. Hier sind vor allem die schuld-, familien- oder erbrechtlichen Auskunfts- und Rechenschaftspflichten zu nennen (vgl. §§ 259 ff. BGB), die teilweise dadurch gekennzeichnet sind, daß diejenigen Handlungen, über die Auskunft erteilt werden sollen, zu einem Pflichtenkreis gehören, den die Auskunftsperson durch eigenen Willensentschluß übernommen hat. Entsprechende Regelungen bestehen aber auch für den Vollstreckungsschuldner (§ 807 ZPO) und im beachtlichen Umfang im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts (vgl. die Verordnung über Auskunftspflicht vom 13.7.1923 - RGBl I, 723). Hier wird der Auskunftsperson auch für pflichtwidrige Handlungen kein Auskunftsverweigerungsrecht zubilligt, da sie anderenfalls besser gestellt würde als der pflichtgemäß Handelnde. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist diese unbeschränkte Auskunftspflicht bislang als gebotene und gerechtfertigte beurteilt worden (RGSt 60, 290 für das Wirtschaftsverwaltungsrecht; BGHZ 41, 318 für den Beauftragten).

In neueren Regelungen dieser Art hat der Gesetzgeber hingegen die eingangs genannte Konfliktlage abweichend gelöst. Sie hat er in das Kartellgesetz ein Auskunftsverweigerungsrecht für den Fall der Selbstbezeichnung aufgenommen (§ 46 V GWB), nachdem dies in den Beratungen als rechtsstaatlich unentbehrlich bezeichnet worden war (vgl. BT-Dr zu II/3644, S. 33 zu § 38 des Entwurfs). Ähnliche Regelungen enthalten andere verwaltungsrechtliche Gesetze aus neuerer Zeit (vgl. § 15 III BLG v. 27.9.1961; § 44 III AWG v. 28.4.1961; § 58 III WeinG v. 14.7.1971; § 46 I WaffG v. 8.3.1976; §§ 10 II, § 32 I SeuchG v. 18.12.1979), allerdings nicht durchgängig (vgl. etwa § 18 III GetreideG v. 3.8.1977). Das Verwaltungsverfahrensgesetz begnügt sich damit, den Beteiligten lediglich durch eine Sollvorschrift eine Mitwirkungslast bei der Ermittlung des Sachverhalts aufzuerlegen (§ 26 II); eine ursprünglich erwogene weitergehende Verpflichtung wurde fallengelassen, da den Beteiligten nicht zugemutet werden könne, auch zur Aufklärung solcher Umstände beizutragen, die sie belasten könnten (Musterentwurf eines Verwaltungsverfahrensgesetzes, 1963, S. 119). Soweit das Bundesstatistikgesetz eine uneingeschränkte Auskunftspflicht vorsieht, unterliegen die Angaben grundsätzlich der Geheimhaltung. Eine andersartige Lösung hat die ab 1.1.1977 geltende Neufassung der Abgabenordnung getroffen. Da der Fiskus weitgehend auf die Angaben des Steuerpflichtigen angewiesen ist und der unehrliche Steuerpflichtige nicht gegenüber dem ehrlichen begünstigt werden soll, wird zwar an der Auskunftspflicht festgehalten. Das Gesetz untersagt aber den Einsatz von Zwangsmitteln, soweit der Steuerpflichtige Steuerstraftaten offenbaren müßte, und ergänzt dies für andere Straftaten durch ein begrenztes strafrechtliches Verwertungsverbot (§ 393). Schon vorher war in der Literatur aus der grundrechtlichen Gewährleistung der Menschenwürde und dem Grundrecht des Art. 2 I GG ein weitergehendes Auskunftsverweigerungsrecht des Steuerschuldners mit der Begründung hergeleitet worden, in der eingangs genannten Konfliktsituation müßten die Rechte des einzelnen dem Interesse des Steuerfiskus an der Ermittlung der materiellen Wahrheit vorgehen (Paulick, in: Thoma, Gegenwartsfragen des SteuerR, 1958, S. 55 [65 ff., 93 ff.]; Tipke-Kruse, AO, 7. Aufl., 1973, § 170 Rn. 10).

Entsprechende Konfliktlösungen werden in der Literatur auch für die sonstigen Fälle gefordert, in denen der Gesetzgeber im Interesse staatlicher Behörden oder privater Auskunftsberechtigter an einer uneingeschränkten Auskunftspflicht und an Zwangsmaßnahmen zu ihrer Erfüllung festhält. Soweit ein Zwang zur Selbstbezeichnung überhaupt vertretbar sei, dürften die erzwungenen Auskünfte über strafbare Handlungen jedenfalls nicht an die Strafverfolgungsbehörden weitergeleitet und von diesen nicht gegen die Auskunftsperson verwertet werden. Dies wird aus verfassungsrechtlichen Gründen vor allem im Bereich des Wirtschaftsverwaltungsrechts für geboten erachtet und daher eine Gewähr dafür gefordert, daß die erzwungenen Auskünfte nur für die nach dem jeweiligen Gesetz zulässigen Zwecke verwertet und Unbefugten nicht offenbart werden dürften (Thomä, Auskunfts- und BetriebsprüfungsR der Verwaltung, 1955, S. 75 ff.). Verschiedentlich wird für sämtliche Auskunftspflichtige aus dem Grundgesetz die Notwendigkeit von Schutzvorkehrungen hergeleitet (Ro-

gall, aaO, S. 150; Niese, ZStW 63 [1951], 220 f.; w. Nachw. BGHZ 41, 318 [323 f]; vgl. auch LG Düsseldorf, MDR 1975, 673; LG Koblenz, MDR 1975, 766).

II.1. Für den Gemeinschuldner kann nicht das gleiche gelten wie für die Personengruppe der Beschuldigten, Zeugen und Prozeßparteien, denen die Rechtsordnung zum Schutz gegen Selbstbezeichnungen ein Schweige- oder Aussageverweigerungsrecht zubilligt. Er soll durch seine Aussage nicht wie ein Beschuldigter zu seiner Verurteilung beitragen. Anders als der Zeuge steht er zu den von ihm geschädigten Gläubigern in einem besonderen Pflichtenverhältnis. Er nimmt zwar nach herrschender Auffassung die Stellung einer Partei ein. Doch unterscheidet er sich von den Parteien eines Zweiparteienverfahrens bereits dadurch, daß eine unterlassene Mitwirkung zu Lasten der Gläubiger und nicht zu seinen eigenen Lasten gehen würde. Er ist im Konkurs einer der wichtigsten Informationsträger, auf dessen Auskünfte die Gläubiger und die Verfahrensorgane zur ordnungsgemäßen Abwicklung des Konkurses angewiesen sind. Entsprechend den Erfordernissen des Konkursverfahrens hat das Gesetz seine Befugnisse und Pflichten besonders ausgestaltet. Dieser Regelung entnimmt die herrschende Auffassung, daß der Gemeinschuldner uneingeschränkt auskunftspflichtig ist und daß den Interessen der Gläubiger der Vorrang vor seinem Interesse an einem Schutz gegen erzwungene Selbstbezeichnungen gebührt (Mentzel-Kuhn, KO, 9. Aufl., 1979, § 75 Anm. 3 und § 100 Anm. 1; bis zur 10. Aufl. auch Böhle/Stamschräder, § 100 Anm. 1; Zirpius, KTS, 1965, 205; LG Hamburg, KTS 1975, 242). Beschwört der Gemeinschuldner wissentlich falsche Aussagen über konkurserhebliche Umstände, so ist er wegen Meineids zu bestrafen ohne Rücksicht darauf, ob die gerichtlich angeordnete Aufklärung strafbare Handlungen zum Gegenstand hatte (BGHSt 3, 309; vgl. auch RGSt 66, 152). Diese Auslegung der konkursrechtlichen Vorschriften ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die durch Art. 2 I GG gewährleistete Rechtsposition findet ihre Grenze an den Rechten anderer. Das Grundrecht gebietet daher keinen lückenlosen Schutz gegen Selbstbezeichnungen ohne Rücksicht darauf, ob dadurch schutzwürdige Belange Dritter beeinträchtigt werden. Das Grundgesetz hat - wie das BVerfG wiederholt im Zusammenhang mit dem Grundrecht der allgemeinen Handlungsfreiheit hervorgehoben hat (vgl. BVerfGE 4, 7 [15]; 8, 274 [329]; 27, 344 [351]) - die Spannung Individuum-Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Personen entschieden; der einzelne muß sich daher diejenigen Schranken seiner Handlungsfreiheit gefallen lassen, die der Gesetzgeber zur Pflege und Förderung des sozialen Zusammenlebens in den Grenzen des allgemein Zumutbaren vorsieht, vorausgesetzt, daß dabei die Eigenständigkeit der Person gewahrt bleibt. Unzumutbar und mit der Würde des Menschen unvereinbar wäre ein Zwang, durch eigene Aussagen die Voraussetzungen für eine strafgerichtliche Verurteilung oder die Verhängung entsprechender Sanktionen liefern zu müssen. Insoweit gewährt Art. 2 I GG als Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe einen Schutz, der alter und bewährter Rechtstradition entspricht. Handelt es sich hingegen um Auskünfte zur Erfüllung eines berechtigten Informationsbedürfnisses, ist der Gesetzgeber befugt, die Belange der verschiedenen Beteiligten gegeneinander abzuwägen. Er kann dabei berücksichtigen, daß es im Konkursverfahren - anders als

[**NJW 1981, 1433**] bei den erwähnten verwaltungsrechtlichen Auskunftspflichten, die der Gesetzgeber in neueren Regelungen durch ein Aussageverweigerungsrecht für den Fall der Selbstbezeichnung ergänzt hat - nicht allein um ein staatliches oder öffentliches Informationsbedürfnis, sondern zugleich um die Interessen geschädigter Dritter geht. Nur durch eine uneingeschränkte Auskunftspflicht kann der Gemeinschuldner daran gehindert werden, Teile der Konkursmasse dem berechtigten Zugriff seiner Gläubiger zu entziehen. Die Zubilligung eines Auskunftsverweigerungsrechts würde gerade denjenigen ungerechtfertigt bevorzugen, der zum Nachteil der Gläubiger besonders verwerflich gehandelt hat. Zwingt der Gesetzgeber den Gemeinschuldner dazu, für seine Verbindlichkeiten gegenüber seinen Gläubigern einzustehen und durch seine Auskunft zu deren bestmöglicher Befriedigung beizutragen, dann verletzt das noch nicht seine Menschenwürde.

Auch wenn danach der Gemeinschuldner kein Aussageverweigerungsrecht beanspruchen kann, so greift doch ein Zwang zur Selbstbezeichnung in das durch Art. 2 I GG geschützte Persönlichkeitsrecht ein. Die Anordnung von Zwangsmitteln kann daher nach den zutreffenden Ausführungen des Bundesministers der Justiz im Einzelfall als unverhältnismäßig zu beanstanden sein. Darüber hinaus bedarf - insoweit ist Uhlenbruck (JR 1971, 445 ff.) in seiner Kritik an der herrschenden Auffassung zuzustimmen - die Auskunftspflicht des Gemeinschuldners einer Ergänzung durch ein strafrechtliches Verwertungsverbot. Sie besteht aus den zuvor genannten Gründen uneingeschränkt nur für die Zwecke des Konkursverfahrens, da insoweit das Interesse des Gemeinschuldners hinter den Belangen der Gläubiger zurücktreten muß. Das Persönlichkeitsrecht des Gemeinschuldners würde aber unverhältnismäßig beeinträchtigt, wenn seine unter Zwang herbeigeführten Selbstbezeichnungen gegen seinen Willen zweckentfremdet und der Verwertung für eine Strafverfolgung zugeführt würden. Dafür fehlt auch eine sachliche Rechtfertigung. Denn in einem strafrechtlichen Verfahren steht dem Gemeinschuldner aus den erörterten, verfassungsrechtlich relevanten Gründen ein Schweigerecht zu; die Verwertung erzwungener Aussagen ist unzulässig. Dieses Schweigerecht wäre illusorisch, wenn eine außerhalb des Strafverfahrens erzwungene Selbstbezeichnung gegen seinen Willen strafrechtlich gegen ihn verwertet werden dürfte. Der bloße Umstand, daß dem Gemeinschuldner im Interesse seiner Gläubiger eine uneingeschränkte Auskunftspflicht zuzumuten ist, rechtfertigt es nicht, daß er zugleich zu seiner Verurteilung beitragen muß und daß die staatlichen Strafverfolgungsbehörden weitergehende Möglichkeiten erlangen als in anderen Fällen der Strafverfolgung.

2. Die Konkursordnung begnügt sich damit, die Aussagepflicht des Gemeinschuldners anzuordnen und deren Erzwingung zu regeln, ohne gleichzeitig ein strafrechtliches Verwertungsverbot vorzusehen. Die insoweit bestehende Lücke zu schließen, obliegt grundsätzlich dem Gesetzgeber, zumal nur er das Verwertungsverbot näher ausgestalten und durch Offenbarungsverbote absichern kann. Erweist sich aber eine aus vorkonstitutioneller Zeit überkommene Regelung aus verfassungsrechtlichen Gründen als ergänzungsbedürftig, dann stellt sich auch für den Richter die Aufgabe, Gesetzeslücken bis

zu einer Neuregelung durch den Gesetzgeber in möglichst enger Anlehnung an das geltende Recht und unter Rückgriff auf die unmittelbar geltenden Vorschriften der Verfassung zu schließen (vgl. BVerfGE 37, 67 [81]; 49, 286 [301 ff.]; ferner BVerfGE 33, 23 [34]).

Die Regelung der Konkursordnung steht einer solchen ergänzenden Auslegung weder nach ihrem Wortlaut noch nach ihrem Sinngehalt entgegen; diese führt auch nicht zu einer unzulässigen grundlegenden Neubestimmung des normativen Regelungsgehalts. Schon die Aussagepflicht des Gemeinschuldners vor dem Konkursgericht wird von der herrschenden Auffassung erst im Wege der Auslegung aus dem Gesetz hergeleitet. Dann aber sind erst recht keine Bedenken dagegen erkennbar, diese Auslegung durch ein Verwertungsverbot zu ergänzen, das die Aussagepflicht und deren Erzwingbarkeit unberührt läßt. Diese Ergänzung lehnt sich an die in § 136a StPO und in § 393 II AO bereits vorgesehenen Verwertungsverbote an und steht in Einklang damit, daß dem Gemeinschuldner in einem strafrechtlichen Verfahren wegen begangener Konkursdelikte ohnehin ein Schweigerecht zusteht.

III. Nach alledem ist die durch ein strafrechtliches Verwertungsverbot ergänzte konkursrechtliche Regelung über die uneingeschränkte Aussagepflicht des Gemeinschuldners verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Dem Bf. stand das von ihm beanspruchte Aussageverweigerungsrecht nicht zu. Die Gerichte waren daher befugt, zur Erzwingung seiner Aussagen im Konkursverfahren Beugehaft anzuordnen.

Da dieses Ergebnis auf einer verfassungskonformen Ergänzung der gesetzlichen Regelung beruht, erschien es angemessen, gem. § 34 III BVerfGG eine teilweise Erstattung der Auslagen anzuordnen.

Abweichende Meinung des Richters Dr. Heußner: Der Senat ist der Auffassung, daß die durch ein strafrechtliches Verwertungsverbot ergänzte konkursrechtliche Regelung über die uneingeschränkte Aussagepflicht des Gemeinschuldners verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden sei. Ich halte eine Ergänzung allein durch ein Verwertungsverbot nicht für ausreichend. Wie der Senat mit Recht ausführt, wird das Persönlichkeitsrecht (Art. 2 I GG) des Gemeinschuldners schon dann beeinträchtigt, "wenn seine unter Zwang herbeigeführten Selbstbezeichnungen gegen seinen Willen zweckentfremdet und der Verwertung für eine Strafverfolgung zugeführt würden". Daraus folgt aber nicht nur, daß der Gesetzgeber ein strafrechtliches Verwertungsverbot "durch Offenbarungsverbote absichern kann", sondern daß die mit der Weitergabe der Information des Gemeinschuldners an die Strafverfolgungsbehörden eintretende Zweckentfremdung bereits das Persönlichkeitsrecht verletzt. In der Weitergabe liegt eine Beeinträchtigung des Grundrechts des Gemeinschuldners aus Art. 2 I GG deshalb, weil sie angesichts des bestehenden Verwertungsverbotes seiner Aussage im strafrechtlichen Verfahren nicht erforderlich ist. Die für das Strafverfahren nicht erforderliche Übermittlung von Informationen verletzt aber das Verhältnismäßigkeitsprinzip und ist daher unzulässig (vgl. BVerfGE 27, 344 [351 f.]).

Die volle Gewähr dafür, daß die Auskünfte des Gemeinschuldners über die in der Konkursordnung vorgesehenen Zwecke hinaus nicht verfassungswidrig im Strafverfahren verwertet werden, kann im übrigen nur das Verbot der Offenbarung an Unbefugte bieten (Thomä, *Auskunfts- und Betriebsprüfungsrecht der Verwaltung*, 1955, S. 87). Nur so kann in einer dem Persönlichkeitsrecht angemessenen Weise verhindert werden, daß durch eine dysfunktionale Weitergabe, auf die der Gemeinschuldner keinen Einfluß hat, sein verfassungsrechtlich abgesichertes Aussageverweigerungsrecht umgangen wird.

Eine durch ein solches Offenbarungsverbot ergänzte uneingeschränkte Aussagepflicht des Gemeinschuldners im Konkursverfahren erzeugt bei diesem auch allein das Vertrauen, daß aus seinen Erklärungen keine anderen als konkursrechtliche Konsequenzen gezogen werden; dies fördert damit seine Bereitschaft, im Interesse der Konkursgläubiger wahrheitsgemäße Auskünfte zu geben. Die gegen seinen Willen erfolgende Übermittlung von Informationen aus dem Konkursverfahren, die im Strafverfahren ohnehin nicht verwertet werden dürfen, kann nur zu schwindender Kooperationsbereitschaft führen. Ich bin deshalb der Auffassung, daß sich bereits aus der Verfassung selbst nicht nur ein strafrechtliches Verwertungsverbot, sondern auch ein Offenbarungsverbot gegenüber den Strafverfolgungsbehörden und den Strafgerichten ergibt.

Nach alledem ist die konkursrechtliche Regelung über die uneingeschränkte Aussagepflicht des Gemeinschuldners dann nicht zu beanstanden, wenn die Gerichte sie im Wege der Auslegung sowohl durch ein strafrechtliches Verwertungsverbot als auch durch ein Offenbarungsverbot ergänzen.

BVerfG, Beschl. v. 26.5.1981 - 2 BvR 215/81 = BVerfGE 57, 250 = NJW 1981, 1719 - Führungsbeamter als "Zeuge vom Hörensagen" bei verdeckten Ermittlungen

Leitsätze: 1. § 99 I Nr. 1 StGB ist mit dem Grundgesetz vereinbar; er verstößt insbesondere weder gegen das Bestimmtheitsgebot in Art. 103 II GG noch gegen das Grundrecht auf freie Meinungsäußerung (Art. 5 I GG).

2. § 251 II StPO ist mit dem Grundgesetz, insbesondere mit dem Recht des Beschuldigten auf ein rechtsstaatliches, insbesondere auch faires Strafverfahren vereinbar. Dies gilt nach Maßgabe der Entscheidungsgründe auch dann, wenn die "Unerreichbarkeit" einer Beweisperson im Sinne dieser Vorschrift auf die Weigerung einer Behörde zurückzuführen ist, ihr Wissen vom Aufenthaltsort dieser Person mitzuteilen oder ihren Angehörigen die Aussage über Umstände zu genehmigen, auf die sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht.

3. Der Anspruch des Angeklagten auf ein faires Verfahren steht dem Beweismittel des "Zeugen vom Hörensagen" grundsätzlich nicht entgegen. Allerdings stellt die nur begrenzte Zuverlässigkeit dieses Beweismittels besondere Anforderungen an die Beweiswürdigung und die Begründung der tatrichterlichen Entscheidung; dies gilt in verstärktem Maße, wenn der Gewährsmann anonym bleibt.

Aus den Gründen: ... **B.** Die zulässige Verfassungsbeschwerde ist unbegründet ...

[**NJW 1981, 1721**] ... **III.** Der Bf. wendet sich mit der Verfassungsbeschwerde darüber hinaus gegen die Handhabung des Verfahrensrechts durch das Tatgericht, insbesondere gegen die Verwertung der gem. § 251 II StPO verlesenen schriftlichen Angaben eines Zeugen, der vom Bundesnachrichtendienst für eine Vernehmung nicht zur Verfügung gestellt worden war. Die gegen das Verfahren gerichteten Rügen sind jedoch unbegründet. § 251 II StPO verstößt - auch in seiner Anwendung durch die angegriffenen Entscheidungen - nicht gegen die Verfassung.

1. § 251 II StPO bestimmt, daß Niederschriften über eine nichtrichterliche Vernehmung eines Zeugen, Sachverständigen oder Mitbeschuldigten sowie Urkunden, die eine von diesen Personen stammende schriftliche Äußerung enthalten, verlesen werden dürfen, wenn die Person verstorben ist oder "aus einem anderen Grund in absehbarer Zeit gerichtlich nicht vernommen werden" kann. In diesem Sinne "unerreichbar" für eine gerichtliche Vernehmung ist eine Beweisperson, wenn die nach den Umständen des Einzelfalles von der Aufklärungspflicht gebotenen Bemühungen des Gerichts, sie herbeizuschaffen, vergeblich geblieben sind oder vergeblich bleiben müssen, weil eine begründete Aussicht, sie in absehbarer Zeit beibringen zu können, nicht besteht (Paulus, in: KMR, 7. Aufl. 1980, § 244 Rn. 455 m.w.N.). Nach der von der Rechtsprechung und in den angegriffenen Entscheidungen vertretenen Auslegung können diese Voraussetzungen auch dann erfüllt sein, wenn staatliche Stellen den Aufenthalt eines Zeugen nicht preisgegeben haben und er aus diesem Grunde für eine gerichtliche Vernehmung "unerreichbar" ist. Mit diesem Inhalt verletzt die Norm weder das Grundrecht auf rechtliches Gehör (Art. 103 I GG) noch den verfassungskräftigen Anspruch des Angekl. auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren.

a) Art. 103 I GG gewährleistet, daß der Angekl. im Strafverfahren Gelegenheit erhält, sich zu dem einer Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt grundsätzlich vor deren Erlaß zu äußern und damit das Gericht in seiner Willensbildung zu beeinflussen. Es dürfen also einer gerichtlichen Entscheidung regelmäßig nur solche Tatsachen und Beweisergebnisse zugrunde gelegt werden, zu denen die Beteiligten Stellung nehmen konnten (vgl. BVerfGE 1, 418 [429]; 22, 267 [273]; 54, 140 [142]; 55, 95; st. Rspr.). Die durch Art. 103 I GG abgesicherte prozessuale Befugnis des Angekl. garantiert im vorliegenden Zusammenhang nicht nur die Gelegenheit, auf den möglicherweise minderen Beweiswert schriftlicher Aufzeichnungen hinzuweisen und dadurch auf eine entsprechend zurückhaltende Würdigung durch das Gericht einzuwirken, sondern sie verbürgt auch die Möglichkeit, durch entsprechende Anträge auf die Beischaffung des sachnäheren Beweismittels zu dringen und, sollten diese Bemühungen erfolglos bleiben, auf den Inhalt einer schriftlichen Befragung Einfluß zu nehmen, die sich auch auf die Glaubwürdigkeit der Beweisperson

[**NJW 1981, 1722**] beziehen kann. Der Anspruch auf rechtliches Gehör gewährt indessen weder ein Recht auf ein bestimmtes Beweismittel noch auf bestimmte Arten von Beweismitteln (vgl. BVerfGE 1, 418 [429]). Die Verlesung schriftlicher Angaben zu Beweis Zwecken anstelle der persönlichen Vernehmung der Beweisperson in der Hauptverhandlung, wie sie § 251 II StPO zuläßt, verletzt das Grundrecht auf rechtliches Gehör daher nicht.

b) Über die Anforderungen hinaus, die sich aus den Verfahrensgrundrechten, insbesondere aus Art. 103 I GG ergeben, hat das BVerfG aus dem Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit dem allgemeinen Freiheitsrecht (Art. 2 I GG) einen Anspruch des Angekl. auf ein faires, rechtsstaatliches Strafverfahren abgeleitet. Es hat daran solche Beschränkungen Verfahrensbeiträger gemessen, die von den speziellen Gewährleistungen nicht erfaßt werden (BVerfGE 26, 66 [71]; 38, 105 [111]; 39, 238 [243]; 40, 95 [99]; 41, 246 [249]; 46, 202 [210]). Die Wurzel dieses allgemeinen Prozeßgrundrechts findet sich in den in einem materiell verstandenen Rechtsstaatsprinzip verbürgten Grundrechten und Grundfreiheiten des Menschen, insbesondere in dem durch ein Strafverfahren bedrohten Recht auf Freiheit der Person (Art. 2 II GG), dessen freiheitssichernde Funktion auch im Verfahrensrecht Beachtung erfordert; ferner in Art. 1 I GG, der es verbietet, den Menschen zum bloßen Objekt eines staatlichen Verfahrens herabzuwürdigen, und von daher einen Mindestbestand an aktiven verfahrensrechtlichen Befugnissen des Angekl. voraussetzt. Aus der Aufgabe des Strafprozesses, den Strafanspruch des Staates um des Rechtsgüterschutzes einzelner und der Allgemeinheit willen in einem justizförmig geordneten Verfahren durchzusetzen und damit dem vom Gewicht der Strafe Bedrohten eine wirksame Sicherung seiner Grundrechte zu gewährleisten, ergibt sich ferner, daß dem Strafprozeß von Verfassungs wegen die Aufgabe gestellt ist, das aus der Würde des Menschen als eigenverantwortlich handelnder Person abgeleitete Prinzip, daß keine Strafe ohne Schuld verhängt werden darf (vgl. BVerfGE 20, 323 [331]), zu sichern und entsprechende verfahrensrechtliche Vorkehrungen bereitzustellen. Als zentrales Anliegen des Strafprozesses erweist sich daher die Ermittlung des wahren Sachverhalts, ohne den das materielle Schuldprinzip nicht verwirklicht werden kann. Der Anspruch des Angekl. auf ein faires Verfahren kann deshalb auch durch verfahrensrechtliche Gestaltungen berührt werden, die der Ermittlung der Wahrheit und somit einem gerechten Urteil entgegenstehen.

aa) Welche Anforderungen sich daraus für die prozessualen Garantien zuverlässiger Wahrheitsforschung im Hinblick auf § 251 II StPO ergeben, kann nicht in zeitlos gültiger Weise beantwortet werden, sondern hängt nicht zuletzt von dem Typus und der Struktur des Strafprozesses ab, für den sich der Gesetzgeber entschieden hat. Das Recht auf ein faires Verfahren als eine Ausprägung des Rechtsstaatsprinzips, das in der Verfassung nur zum Teil näher konkretisiert ist, enthält keine in allen Einzelheiten bestimmten Gebote und Verbote; es bedarf daher der Konkretisierung je nach den sachlichen

Gegebenheiten. Bei der Weite und Unbestimmtheit des Rechtsstaatsprinzips ist dabei mit Behutsamkeit vorzugehen; denn es ist grundsätzlich Sache des Gesetzgebers, zwischen möglichen Alternativen bei der normativen Konkretisierung eines Verfassungsgrundsatzes zu wählen. Erst wenn sich bei Berücksichtigung aller Umstände und nicht zuletzt der im Rechtsstaatsprinzip selbst angelegten Gegenläufigkeiten unzweideutig ergibt, daß rechtsstaatlich unverzichtbare Erfordernisse nicht mehr gewahrt sind, können aus diesem selbst konkrete Folgerungen für die Ausgestaltung des Strafverfahrens im Rahmen der vom Gesetzgeber gewählten Grundstruktur des Verfahrens gezogen werden. Die an diesen Maßstäben auszurichtende verfassungsrechtliche Beurteilung der Auslegung und Anwendung des § 251 II StPO im Gefüge des geltenden Strafprozeßrechts erfordert mithin die Einbeziehung der Systematik, in welche die Vorschrift eingebettet ist; die Gesamtschau ergibt, daß die Vorschrift den Anforderungen genügt, die ein faires Verfahren verlangt.

bb) § 251 II StPO behandelt als eine zum Recht der Beweisaufnahme gehörende Vorschrift einen Ausschnitt aus dem Bereich der sogenannten "mittelbaren" Beweismittel, die den wirklichen oder vermeintlichen sachlichen Inhalt der dem Beweisthema nächsten Originalbeweismittel lediglich berichten. Infolge der bei dieser Reproduktion nicht auszuschließenden Fehlerquellen stellen sie typischerweise einen weniger zuverlässigen Weg zur Erforschung der Wahrheit dar. Die in § 251 II StPO getroffene Regelung ist vor dem Hintergrund der für alle Beweisarten und Beweismittel im strafprozessualen Erkenntnisverfahren grundsätzlich Geltung beanspruchenden gerichtlichen Aufklärungspflicht zu sehen, nach der das Gericht "zur Erforschung der Wahrheit die Beweisaufnahme von Amts wegen auf alle Tatsachen und Beweismittel zu erstrecken hat, die für die Entscheidung von Bedeutung sind" (§ 244 II StPO). Dieser Grundsatz schließt es ein, daß das Gericht sich um den bestmöglichen Beweis zu bemühen hat. Dies wird häufig der - bezogen auf das Beweisthema - sachnähere Originalbeweis sein, dessen Aussageinhalt selbst den Schluß auf das Vorliegen oder Nichtvorliegen eines entscheidungserheblichen Umstandes zuläßt. Deshalb darf das Gericht sich bei der Auswahl unter mehreren Beweismitteln regelmäßig nicht damit begnügen, den mit der Gefahr größerer Unzuverlässigkeit behafteten sachferneren Beweis zu erheben, sofern qualitativ bessere Beweismittel zur Verfügung stehen. Vielmehr hat das Gericht bei der Erforschung einer Straftat und bei der Ermittlung der für Schuld und Strafe maßgebenden Tatsachen in die erkenntnismäßig bestmögliche Sachnähe zu den Tatsachen zu treten, die für Unrechtstatbestand, Schuld und Sanktionen beweisrelevant sind.

§ 244 II StPO enthält jedoch kein Verbot, mittelbare und damit sachfernere Beweise zu erheben. Der Grundsatz vollständiger und umfassender Sachaufklärung, mit dem Beschränkungen der Beweisgewinnung und Beweisheranziehung nur begrenzt zu vereinbaren sind, schließt auch solche "mittelbare" Beweismittel nicht als unzulässig aus, sofern diese für die Wahrheitsfindung Bedeutung haben. Dieser Art Beweisführung steht § 244 II StPO daher insbesondere dann nicht entgegen, wenn der Beweis durch das sachnähere Beweismittel nicht möglich ist, weil es untergegangen oder unerreichbar ist. Dieser flexiblen Regelung, die im Interesse der Wahrheitsfindung grundsätzlich kein Beweismittel als von vornherein ungeeignet zurückweist, korrespondiert auf der Ebene der Beweisbewertung das Prinzip der freien Beweiswürdigung durch das Gericht (§ 261 StPO). Es bindet den Richter an keine gesetzlichen Beweisregeln, legt ihm jedoch auf, im Einzelfall die Aussagekraft der zulässigerweise erhobenen Beweise sorgfältig zu überprüfen und zu würdigen. Dabei kann der möglicherweise geringere Beweiswert weniger sachnaher Beweismittel dadurch Berücksichtigung finden, daß er - gerade auch im Hinblick auf ihre möglichen Fehlerquellen - eine Überzeugungsbildung des Gerichts nicht zuläßt, so daß nach dem Grundsatz "Im Zweifel für den Angeklagten" ein Freispruch erfolgen muß oder eine dem Angekl. günstigere Sachverhaltsalternative anzunehmen ist.

In dieses System der Beweisgewinnung und -bewertung fügt sich die in den §§ 250 bis 256 StPO getroffene Spezialregelung für das Verhältnis des Personalbeweises zum Urkundenbeweis ein, in der § 251 II StPO seinen Platz hat. Der an die Spitze dieses Regelungskomplexes gestellte § 250 StPO verbietet es zwar, die Vernehmung einer Person durch Verlesung des über eine frühere Vernehmung aufgenommenen Protokolls zu ersetzen, wenn der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung dieser Person beruht. Dieser Regelung liegt der Gedanke zugrunde, daß die mündlich-persönliche Vernehmung einer Person durch das erkennende Gericht in der Hauptverhandlung über die von ihr wahrgenommenen Tatsachen schlechthin den Vorzug gegenüber berichtenden Urkunden verdient, weil die Beweisvermittlung im Bereich des Personalbeweises erfahrungsgemäß mit besonders gravierenden Gefahren verbunden ist, die sich aus der Eigenart dieser Beweisquelle ergeben. § 250 StPO geht deshalb davon aus, daß der sachnähere Beweis insoweit stets der bessere sei, und erklärt die wahrheitsgewährleistende Funktion des persönlichen Eindrucks mit der Möglichkeit von Fragen, Vorhalten und Gegenüberstellungen grundsätzlich für unverzichtbar. Andererseits kann ein derartiges Beweisverbot infolge seiner mangelnden Elastizität der Wahrheitsfindung und einem gerechten Urteil im Einzelfall auch entgegenstehen. Deshalb hat der Gesetzgeber den Grundsatz des § 250 StPO durch zahlreiche Ausnahmen (§§ 251 ff. StPO) durchbrochen. Sie ermöglichen im Interesse der Wahrheitsfindung eine flexiblere Handhabung des Beweisrechts. Den damit verbundenen Gefahren begegnet die Strafprozeßord-

[NJW 1981, 1723] nung mit dem Grundsatz der freien richterlichen Beweiswürdigung. So ist es unter bestimmten in § 251 I StPO aufgezählten Umständen zulässig, richterliche Vernehmungsniederschriften als Ersatz für eine persönliche Vernehmung heranzuziehen. § 251 II StPO läßt es unter - engeren - Voraussetzungen ausnahmsweise zu, daß Niederschriften über andere, also auch polizeiliche Vernehmungen und schriftliche Äußerungen einer Wahrnehmungsperson als Beweismittel Verwendung finden.

cc) § 251 II StPO ist vor dem Hintergrund der Verfahrensprinzipien und Regelungszusammenhänge des Strafprozeßrechts, welche der Erforschung der Wahrheit zu dienen bestimmt sind und zur Erreichung dieses Zieles zusammenwirken, verfas-

sungsrechtlich nicht zu beanstanden; diese gewährleisten es in ihrer Gesamtheit und insbesondere im Hinblick auf die ausgleichende Funktion der freien Beweiswürdigung, daß ein faires Verfahren gewahrt bleibt.

Die StPO will die Ermittlung des wahren Sachverhalts in hohem Maße insbesondere dadurch gewährleisten, daß das Strafverfahren als ein vom Prinzip der materiellen Wahrheitserforschung beherrschter Amtsprozeß ausgestaltet ist, in dem das Gericht von Amts wegen zur Erforschung der Wahrheit verpflichtet ist (§ 244 II StPO) und die Verfahrensbeteiligten - jedenfalls in der ersten Instanz - grundsätzlich weder über den Prozeßstoff verfügen noch eine vorzeitige Verfahrensbeendigung herbeiführen können. Dies findet seinen Ausdruck zusätzlich in der starken Stellung des über die Kenntnis der Akten verfügenden Gerichtsvorsitzenden, dem die Leitung der Verhandlung, die Vernehmung des Angekl. und die Aufnahme des Beweises obliegt (§ 238 I StPO). Die in den Vordergrund gestellte Sicherung der Gerechtigkeit durch Aufklärung des wahren Sachverhalts wird verstärkt durch die Mitwirkung einer zur Objektivität verpflichteten Anklagebehörde (§ 160 StPO) und das Recht des Angekl., sich - gegebenenfalls unter dem Beistand eines Verteidigers (§§ 137, 140 StPO) - durch Fragen (§ 240 StPO), Anregungen und Erklärungen (§§ 257, 258 StPO) sowie durch die Stellung von Beweisanträgen, die nur unter engen Voraussetzungen abgelehnt werden können (§§ 244 III bis VI, 245 II 246 I StPO), an der Aufklärung des Sachverhalts aktiv zu beteiligen. Ihre Ergänzung finden diese Regelungen in den Vorschriften, welche die Urteilsfindung durch ein unabhängiges und unparteiliches Gericht gewährleisten, das zu prozessualer Fürsorge gegenüber dem Angekl. gehalten ist, wie sie sich u.a. in Hinweispflichten (§ 265 StPO) und der Pflicht, eine angemessene Vorbereitung auf veränderte Prozeßlagen zu gewähren (vgl. §§ 145 III; 265 III, IV StPO), gesetzlich verdichtet hat. Darüber hinaus kommen auch den Verfahrensgrundsätzen einer mündlichen, konzentrierten und schleunigen Verhandlung unter beständiger Anwesenheit der zur Wahrheitsfindung berufenen Personen und des Angekl. wahrheitssichernde Funktionen zu. Bei einer derartigen Ausgestaltung des Strafverfahrens mit seinen vielfältigen, sich gegenseitig verstärkenden und auf die Schaffung einer wahren Urteilsgrundlage gerichteten Vorkehrungen ist ersichtlich schon weitgehend Vorsorge gegen eine Verfälschung des Beweisergebnisses durch qualitativ möglicherweise geringwertige Beweismittel getroffen. Deshalb bestehen auch im Hinblick auf die im Strafverfahren drohenden einschneidenden Folgen für den Beschuldigten keine rechtsstaatlichen Bedenken gegen den durch § 251 II StPO ausnahmsweise zugelassenen mittelbaren Beweis durch Urkunden. Wenn auch eine derartige Beweisführung gegenüber der grundsätzlichen Garantie des bestmöglichen Beweises eine relative Verschlechterung der Beweissituation für den Betroffenen darstellen kann, so hält doch das geltende Strafprozeßrecht in dem Grundsatz der freien Beweiswürdigung (§ 261 StPO) ein Regulativ bereit, das der Besonderheit dieser beweisrechtlichen Ausnahmesituation gerecht zu werden vermag und zusammen mit dem Erfordernis des zweifelsfreien Schuldnachweises den Anspruch des Angekl. auf ein faires Verfahren gewährleistet.

Nichts anderes gilt für die durch § 251 II StPO zugelassene Verlesung polizeilicher Vernehmungsniederschriften. Ein generelles Mißtrauen gegenüber dem Beweiswert von Polizeiprotokollen ist im Staat des Grundgesetzes nicht gerechtfertigt; der Hinweis des Bf. auf die Entstehungsgeschichte des § 251 II StPO, der durch die "Dritte Verordnung zur Vereinfachung der Strafrechtspflege" vom 29.5.1943 (RGBl. I, 342) in seiner heutigen Form eingeführt wurde, vermag daran nichts zu ändern. Durch das Gesetz zur Wiederherstellung der Rechtseinheit vom 12.9.1950 (RGBl. S. 455) wurde die Norm im übrigen vom nachkonstitutionellen Gesetzgeber als frei von ideologischen Überresten der vorangegangenen Epoche übernommen und seitdem trotz zahlreicher Änderungen des Prozeßrechts beibehalten.

dd) Bei einer rechtsstaatliche Grundsätze beachtenden Auslegung der Vorschrift ergeben sich verfassungsrechtliche Bedenken auch nicht daraus, daß die "Unerreichbarkeit" einer Beweisperson i. S. des § 251 II StPO auf die Weigerung einer Behörde zurückgeführt werden kann, ihr Wissen von dem Aufenthalt dieser Person mitzuteilen oder ihren Angehörigen die Aussage über Umstände zu genehmigen, auf die sich ihre Pflicht zur Amtsverschwiegenheit bezieht.

(1) Das Gesetz sieht eine Beschränkung der Aufklärungsmöglichkeiten des Gerichts durch behördliche Entscheidung an mehreren Stellen vor. § 54 I StPO verweist hinsichtlich der Genehmigung zur Aussage für Beamte und andere Angehörige des öffentlichen Dienstes auf die besonderen beamtenrechtlichen Vorschriften. Gem. § 39 III des Beamtenrechtsrahmengesetzes darf die Genehmigung, als Zeuge auszusagen, nur versagt werden, wenn die Aussage dem Wohle des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten oder die Erfüllung öffentlicher Aufgaben ernstlich gefährden oder erheblich erschweren würde. Die Beamtengesetze des Bundes und der Länder enthalten gleichlautende Vorschriften. Soweit die Aussagegenehmigung versagt worden ist, hat der um Auskunft befragte Zeuge das Recht und die Pflicht, die Aussage zu verweigern. Gem. § 96 StPO darf zudem die Vorlegung oder Auslieferung von Akten oder anderen in amtlicher Verwahrung befindlichen Schriftstücken durch Behörden und öffentliche Beamte nicht gefordert werden, wenn deren oberste Dienstbehörde erklärt, daß das Bekanntwerden des Inhalts dieser Akten oder Schriftstücke dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde. Soweit das Gericht eine behördliche Auskunft begehrt, kann es zwar - ebenso wie die Staatsanwaltschaft - von allen öffentlichen Behörden die Auskünfte verlangen, die es zur Erforschung der Wahrheit für erforderlich hält (§§ 161, 202, 244 II StPO), wenn nicht eine ausdrückliche gesetzliche Regelung die Auskunftspflicht der Behörde (vgl. BVerwGE 8, 324 [326]; Kleinknecht, StPO, 35. Aufl. 1981, § 161 Rn. 1; Düwel, Das Amtsgeheimnis, 1965, S. 39; Erdsiek, NJW 1960, 616) einschränkt. Im Hinblick darauf, daß das Gesetz durch die §§ 54, 96 StPO eindeutig seinem Willen Ausdruck verliehen hat, das Amtsgeheimnis auch im Strafverfahren in gewissen Grenzen zu schützen, wird in entsprechender Anwendung von § 96 StPO die Versagung einer Auskunft aber auch dann als zulässig angesehen, wenn die oberste Dienstbehörde erklärt, daß deren Bekanntwerden "dem Wohl des Bundes oder eines deutschen Landes Nachteile bereiten würde" (BVerwGE 8, 324 [326]; BGH, NJW 1981, 355; vgl. auch § 99 VwGO). Mittel, die Preisgabe des behördlichen Wissens zu erzwingen, stehen dem Gericht oder der Staatsanwaltschaft

nach geltendem Recht nicht zu Gebote. Die endgültige Weigerung der Behörde, ihr Wissen um den Aufenthalt eines Zeugen mitzuteilen, macht ihn nach Ausschöpfung der vorhandenen und durch die Aufklärungspflicht gebotenen Möglichkeiten für eine gerichtliche Vernehmung somit regelmäßig "unerreichbar" i. S. des § 251 II StPO.

(2) Die Besonderheit, daß sich staatliche Stellen an der Zurückhaltung des möglicherweise besseren Beweismittels beteiligen, begründet zusätzliche rechtsstaatliche Anforderungen, die an den Entscheidungsprozeß der Behörde und die Nachprüfung dieser Entscheidung durch das in seinen Aufklärungsmöglichkeiten insoweit eingeschränkte Gericht zu stellen sind.

(a) Das Gebot einer rechtsstaatlichen, insbesondere auch fairen Verfahrensgestaltung wendet sich nicht nur an die Gerichte, sondern ist auch von allen anderen staatlichen Organen zu beachten, die auf den Gang eines Strafverfahrens Einfluß nehmen, demgemäß auch von der Exekutive, soweit sie sich rechtlich gehalten sieht, bestimmte Beweismittel nicht freizugeben. Die Zurückhaltung von Beweismitteln kann für die Verteidigung trotz formaler Wahrung aller prozessualen Rechte zu erheblichen Nachteilen führen. Insbesondere kann der Zeuge in der Hauptverhandlung nicht befragt werden (§ 240 StPO, Art. 6 III lit. d EMRK). Der persönliche Eindruck von dem Zeugen entfällt. Seine Glaubwürdigkeit kann nicht umfassend beurteilt werden; Gesichtspunkte, die zu Zweifeln Anlaß geben könnten, bleiben möglicherweise unentdeckt. Es ist zudem möglich, daß Näheres über den Zeugen überhaupt nicht zu erfahren ist, weil Vernehmungsbeamte, die ihn kennen, nicht aussagen dürfen. In derartigen Fällen liefe mithin das Recht des Angekl. leer, Erkundigungen über den Zeugen einzuholen mit dem Ziel, dessen Glaubwürdigkeit zu erschüttern (§§ 246 II, III und 222 I StPO).

Vor der Verfassung hat eine derartige Auswirkung des Verhaltens der Exekutive auf das Strafverfahren nur Bestand, wenn die Einwirkungsmöglichkeiten in einer mit rechtsstaatlichen Grundsätzen übereinstimmenden Weise gehandhabt und der eigenen Beurteilung durch das Gericht nicht weiter entzogen werden, als dies zur Wahrung verfassungsrechtlich geschützter Belange unumgänglich ist. Bewegt sich die Behörde bei ihrer Entscheidung im rechtsstaatlichen Rahmen, dann verletzt andererseits die Wir-

[NJW 1981, 1724] kung ihrer EntschlieÙung auch nicht die Rechtsstaatlichkeit des Strafverfahrens.

(b) Bei der Entscheidung darüber, ob die in unbestimmten Rechtsbegriffen niedergelegten Voraussetzungen vorliegen, eine Auskunft zu verweigern oder eine Aussagegenehmigung zu versagen, hat die Behörde die von ihr wahrzunehmenden Aufgaben - mögen diese auch noch so bedeutsame Anliegen betreffen - nicht schon als genügende Rechtfertigung zu betrachten, sich der grundsätzlich bestehenden Auskunftspflicht zu entziehen. Der hohe Rang der gerichtlichen Wahrheitsfindung für die Sicherung der Gerechtigkeit und das Gewicht des Freiheitsanspruchs des Beschuldigten gebieten es vielmehr, diese Belange bei ihrer Entscheidung berücksichtigen und ihnen genügendes Gewicht zu verleihen. Denn das Staatswohl und die Wahrung öffentlicher Belange erfordern es auch, sowohl die Grundrechte einzelner zu schützen und niemanden einer ungerechtfertigten Verurteilung auszuliefern als auch den Strafanspruch des Staates durchzusetzen.

Es liegt indessen auf der Hand, daß es verfassungsmäßig legitimierte staatliche Aufgaben gibt, die zu ihrer Erfüllung der Geheimhaltung bedürfen, ohne daß dagegen verfassungsrechtliche Bedenken zu erheben wären. Die Wahrnehmung derartiger - in ihrer rechtlichen Gebundenheit nicht außerhalb des Rechtsstaats stehender - Aufgaben würde erheblich erschwert und in weiten Teilen unmöglich gemacht, wenn die Aufdeckung geheimhaltungsbedürftiger Vorgänge im Strafverfahren ausnahmslos geboten wäre. Dies gilt insbesondere für Erkenntnisse und Arbeitsweisen der für die innere und äußere Sicherheit der Bundesrepublik Deutschland tätigen Behörden. Auch zur Bekämpfung besonders gefährlicher Kriminalität, wie etwa der Bandenkriminalität und des Rauschgifthandels, können die Strafverfolgungsorgane, wenn sie ihrem Auftrag der rechtsstaatlich gebotenen Verfolgung von Straftaten überhaupt gerecht werden sollen, ohne den Einsatz sogenannter V-Leute nicht auskommen, deren Identität auch noch nach dem Einsatz gewahrt werden muß.

In der Reihe der Sachverhalte, die einer Auskunftserteilung der Behörde entgegenstehen können, nimmt das Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit einen besonders hohen Rang ein (BVerfGE 39, 1 [42]). Art. 2 II i. V. mit Art. 1 I 2 GG verpflichtet den Staat zu einem umfassenden Schutz des menschlichen Lebens und gebietet ihm, sich schützend vor dieses Leben zu stellen, es insbesondere vor rechtswidrigen Angriffen anderer zu bewahren (vgl. BVerfGE 46, 160 [164]). Öffentliche Interessen können es somit auch gebieten, das Wissen um den Aufenthalt eines Zeugen geheimzuhalten und dadurch sein persönliches Erscheinen in der Hauptverhandlung oder eine sonstige gerichtliche Vernehmung zu verhindern, um eine dem Zeugen drohende Lebensgefahr abzuwenden (vgl. BGHSt 29, 109 [112]). Ähnliches gilt, wenn die Freiheit des Zeugen als Folge seiner Preisgabe ernstlich gefährdet ist.

(c) Wann im Einzelfall die Versagung einer Auskunft und eine dadurch ausgelöste Beeinträchtigung der Beweiserhebung rechtsstaatlich nicht zu beanstanden ist, läßt sich nicht abstrakt festlegen. Erst bei sorgfältiger Abwägung der im Spannungsfeld stehenden Rechtsgüter und entsprechender Würdigung des gesamten Sachverhalts wird sich ein zutreffendes Urteil finden lassen. Besonders bedeutsam werden dabei regelmäßig die Schwere der Straftat, das Ausmaß der dem Beschuldigten drohenden Nachteile und das Gewicht der einer bestmöglichen Aufklärung entgegenstehenden Umstände sein. Auch den Stellenwert des Beweismittels im Rahmen der Beweislage wird es zu berücksichtigen gelten. Ergibt sich als Ergebnis der Abwägung, daß ein an sich zugängliches, dem Beweisthema sachnäheres Beweismittel in den üblichen prozessualen Formen nicht für die Beweisaufnahme in der Hauptverhandlung zur Verfügung gestellt werden kann, so ist zunächst alles Zumutbare und der Bedeutung der Sache Angemessene zu tun, um die der Heranziehung dieses Beweismittels entgegenstehenden Gründe auszuräumen und zu der Beweisquelle in der unter Wahrung entgegenstehender Belange bestmöglichen Form Zugang zu gewähren, damit die erforderliche Sachaufklärung und die damit verbundenen Rechte der Verfahrensbeteiligten nicht mehr als vermeidlich beeinträchtigt werden. Die Behörde hat dabei auch zu erwägen, ob nicht bereits bestimmte verfahrensrechtliche Vorkehrungen zur Wahrung ihrer Belange ausreichen. So hat sie in Rechnung zu

stellen, daß der Vorsitzende einem Zeugen unter bestimmten Voraussetzungen gestatten kann, seinen Wohnort nicht anzugeben (§ 68 S. 2 StPO), und daß das Gericht z. B. gem. § 172 Nr. 1 GVG für die Verhandlung oder einen Teil derselben die Öffentlichkeit ausschließen darf, wenn eine Gefährdung der Staatsicherheit oder der öffentlichen Ordnung zu besorgen ist, wobei der Ausschluß der Öffentlichkeit auch dann gerechtfertigt sein kann, wenn bei wahrheitsgemäßer Aussage eines Zeugen in öffentlicher Verhandlung dem Angekl., einem Zeugen oder dessen Informanten eine Gefahr für Leib und Leben durch andere Personen entsteht (BGHSt 16, 111 [113]; BGH, bei Holtz, MDR 1980, 273). Ein persönlich gefährdeter Zeuge ist auf dem Weg zum Gericht und zurück sowie im Gericht selbst vor Anschlägen auf sein Leben zu schützen, wobei die für die Sicherheit des Zeugen zuständigen Stellen alle der Bedeutung der Beweisaufnahme entsprechenden Anstrengungen zu unternehmen haben, um die Vernehmung des Zeugen in der Hauptverhandlung zu ermöglichen (vgl. BGHSt 29, 109 [113]). Das Gericht darf ferner zusichern, daß der gefährdete Zeuge im Falle seiner Identitätsänderung seinen gegenwärtigen Namen nicht anzugeben braucht, wenn nur so eine Vernehmung erreicht werden kann (vgl. BGHSt 29, 109 [113]).

Erst wenn derartige Vorkehrungen nicht hinreichen, um das vorhandene sachnähere Beweismittel vollständig in die Hauptverhandlung einführen zu können, kommt ersatzweise ein Rückgriff auf das weniger sachnahe Beweismittel in Frage. Demgemäß wird sich vor der Verwertung der Niederschrift über eine nichtrichterliche Vernehmung oder einer Urkunde, die von der Beweisperson stammende schriftliche Äußerungen enthält, aufdrängen, den Zeugen zunächst unter besonderen Vorkehrungen durch einen beauftragten oder ersuchten Richter vernehmen zu lassen (BGHSt 29, 109 [113]; BGH, Urt. v. 5.3.1980 - 3 StR 18/80 L; BGH, NJW 1980, 2088; BGH, Beschl. v. 9.6.1980 - 3 StR 132/80 L). Die kommissarische Vernehmung darf notfalls auch unter Ausschluß des Angeklagten und seines Verteidigers stattfinden, wenn anders die einer richterlichen Vernehmung entgegenstehenden Gründe nicht ausgeräumt werden können (vgl. BGH, NJW 1980, 2088). Kann ausnahmsweise auch unter diesen Vorkehrungen eine richterliche Vernehmung ohne Beeinträchtigung überwiegender entgegenstehender Belange nicht stattfinden, so ist eine schriftliche Befragung nicht schon von vornherein ausgeschlossen, denn sie bietet zur Aufklärung der Wahrheit unter Umständen weitergehende Möglichkeiten, als wenn auf derartige Informationen überhaupt verzichtet werden müßte.

(d) Das Erfordernis, daß die Behörde ihre Entscheidung an den genannten Grundsätzen auszurichten hat, reicht indessen für sich allein nicht hin, den rechtsstaatlichen Verfahrensgarantien zu genügen. Im Rahmen der grundgesetzlichen Kompetenzverteilung ist es grundsätzlich Aufgabe der den Gerichten übertragenen rechtsprechenden Gewalt (Art. 92 GG), frei von Einwirkungen anderer Staatsorgane selbst darüber zu befinden, welche Beweismittel zur Aufklärung der Sache notwendig sind. Die vom Gericht nicht überprüfbare Entscheidungsmacht einer Behörde, vorhandene Beweismittel nicht zur Verfügung zu stellen, kann sich dazu in Widerspruch stellen (vgl. Herzog, in: Maunz-Dürig, GG, Art. 92 Rn. 70; Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Grundrechte III/2, 1959, S. 543). Eine der Abgrenzung der Aufgaben von rechtsprechender und vollziehender Gewalt gerecht werdende Befugnis der Behörde, kraft eigener Entscheidung Beweismittel nicht preiszugeben, kann vor dem Erfordernis einer wirksamen Strafrechtspflege und dem - letztlich auch aus Art. 1 I GG folgenden - Gebot, die Wahrheit zu ermitteln, deshalb nur dadurch gerechtfertigt werden, daß es unabwiesbare, zwingende Sachgründe verbieten, das Gericht selbst darüber entscheiden zu lassen, ob ein bestimmter Beweis erhoben werden kann. Derartige Gründe sind indes bei geheimhaltungsbedürftigen Vorgängen gegeben, bei denen es regelmäßig kein praktikables und zugleich verfassungsrechtlich zulässiges Mittel gibt, eine vollständige Sachprüfung durch das Strafgericht zu ermöglichen. Der Ausweg, das Geheimnis lediglich dem Strafgericht zu offenbaren, bietet sich nicht, weil dies einen Verstoß gegen den in Art. 103 I GG gesicherten Anspruch auf rechtliches Gehör der Beteiligten begründen würde. Dieser Grundsatz ist unverzichtbar und gehört zum Kern einer rechtsstaatlichen Verfahrensgestaltung. Demgegenüber muß die grundsätzliche Entscheidungsbefugnis des Gerichts eine Einbuße erfahren und aus zwingenden Sachgründen einer verbindlichen Entscheidung durch die Behörde weichen.

Dies bedeutet jedoch nicht, daß die Gerichte unter Ausschluß jeder Überprüfbarkeit darauf verwiesen wären, die

[NJW 1981, 1725] Entscheidung der Behörde hinzunehmen. Denn die Auskunftspflicht der Behörde, auf deren Erfüllung das Gericht im Rahmen seiner Aufklärungspflicht gegebenenfalls hinzuwirken hat, reicht soweit, wie entgegenstehende Gründe dies noch zulassen, damit dem Gericht die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der behördlichen Weigerung mindestens auf offensichtliche Fehler nicht von vornherein verschlossen bleibt. Auch dann, wenn Geheimhaltungsinteressen nur eine unvollständige Auskunft zulassen, ist also die Behörde nicht der Verpflichtung enthoben, die Gründe ihrer Weigerung verständlich zu machen, schon um das Gericht in die Lage zu versetzen, auf die Beseitigung etwaiger Hindernisse hinzuwirken und auf die Bereitstellung des bestmöglichen Beweises zu dringen (vgl. BGHSt 29, 109 [112]).

(e) Der Bereich vom Strafgericht nicht vollständig nachprüfbarer Entscheidungsmacht der Exekutive und die darin enthaltene Gefahr unzulässiger Einflußnahme auf die gerichtliche Sachaufklärung sind ferner rechtsstaatlich nur hinnehmbar, wenn auf seiten der Behörde alle Voraussetzungen dafür geschaffen sind, daß die ihr obliegende Abwägung in möglichst sachgerechter Form vorgenommen wird. Damit verträge es sich nicht, wenn die Entscheidung über die Weigerung an untergeordneter Stelle gefällt würde. Nachgeordnete Ämter können möglicherweise aufgrund eines engeren Aufgabebereichs nicht sicher beurteilen, in welches rechte Verhältnis die widerstreitenden Interessen zu setzen sind, zumal sie unter Umständen über ihre eigenen Handlungen Auskunft geben sollen. Dies gilt in besonderem Maße, wenn die Geheimhaltung gerade von der Behörde wahrzunehmenden Interessen dienen soll, deren Überbewertung in solchen Fällen nicht fernliegt. Deshalb ist es geboten, daß die Entscheidung an einer Stelle getroffen wird, die sich von derartigen Fehlerquel-

len am ehesten freizumachen versteht, weil sie den größten Überblick und auch ein umfassendes Urteilsvermögen hat. Dazu reicht jedenfalls eine Entscheidung durch die oberste Aufsichtsbehörde aus, an deren Spitze ein Regierungsmitglied oder, wenn die Landesregierung in ihrer Gesamtheit oberste Aufsichtsbehörde ist, alle Regierungsmitglieder stehen. Diese wird am sichersten beurteilen können, was das Staatswohl verlangt (§ 96 StPO, § 39 III BRRG). Das Erfordernis der Entscheidung der obersten Aufsichts- oder Dienstbehörde ist sowohl in § 96 StPO als auch in § 62 Abs. 4 BBG und in einer Reihe von Landesbeamten-gesetzen (z. B. Art. 70 III BayBG, § 76 II HessBG und § 65 IV NRWG) enthalten. Es ist im übrigen auch in andere Verfahrensordnungen aufgenommen und für das Verwaltungs- und Finanzgerichtsverfahren durch Einführung einer gerichtlichen Kontrolle ergänzt worden (§ 99 VwGO, § 119 SGG, § 86 FGO). Die Verlagerung der Entscheidung auf eine höhere Ebene hindert es von der Verfassung wegen jedoch nicht, daß die zur Willensbildung berufene Stelle für häufig vorkommende und im wesentlichen gleichgelagerte Fälle im voraus eine Entscheidung trifft und die nachgeordneten Behörden ermächtigt, in deren Rahmen von ihr selbständigen Gebrauch zu machen.

(3) Sind die genannten Voraussetzungen beachtet, so kann im Blick auf die der minderen Beweisqualität Rechnung tragenden verfahrensrechtlichen Sicherungen - vor allem die gebotene vorsichtige Beweiswürdigung - die Zurückhaltung eines Beweismittels durch behördliche Weigerung rechtsstaatlich hingenommen werden. Der Grundsatz der Prozeßfairneß steht einer Verwertung des sachferneren anstelle des sachnäheren Beweismittels zuungunsten des Angekl. jedoch entgegen, wenn die Behörde den gestellten Anforderungen nicht genügt, insbesondere wenn sie das bessere Beweismittel dem Gericht willkürlich, offensichtlich rechtsfehlerhaft oder ohne Angabe von Gründen vorenthält. Es würde dem Gebot des fairen Verfahrens widersprechen, die Vernehmung des aus den genannten Gründen unerreichbaren Zeugen in der Hauptverhandlung durch die Verlesung der Niederschriften über seine früheren Aussagen vor der Polizei zu ersetzen, ohne daß Gründe geltend gemacht und im Rahmen des Möglichen belegt sind, die das Gericht in den Stand setzen zu prüfen, ob dies unumgänglich ist (so auch BGHSt 29, 109 [112]).

2. Nach alledem ist die vom Bf. angegriffene Verurteilung durch das BayObLG unter dem hier in Frage stehenden Gesichtspunkt verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

Die Entscheidung der Behörde ist an richtiger Stelle getroffen worden, denn der Bundesnachrichtendienst hat sich im Einvernehmen mit dem Bundeskanzleramt und somit seiner obersten Aufsichtsbehörde geweigert, den an geheimgehaltenem Ort verborgenen Zeugen anders als für eine schriftliche Befragung zur Verfügung zu stellen. Die dem Gericht für die Weigerung mitgeteilten Gründe ermöglichten ihm, deren Berechtigung nachzuvollziehen. Seine Bewertung der Weigerungsgründe ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. Die Frage, ob eine andere Beurteilung in Betracht käme, wenn der Zeuge trotz der Bereitschaft, vor Gericht auszusagen, von den Sicherheitsbehörden zurückgehalten worden wäre, kann auf sich beruhen. Unter den Besonderheiten des vorliegenden Falles ist ein derartiger Hergang auszuschließen.

Nach den Feststellungen des BayObLG, die der Überprüfung durch das BVerfG zugrunde zu legen sind, ist davon auszugehen, daß jede Art von Vernehmung eine konkrete Lebensgefahr für den Zeugen heraufbeschworen hätte. Gegenüber dieser dem Zeugen drohenden Gefahr wog das Interesse des Bf. an einer unmittelbaren richterlichen Einvernahme des Zeugen und der daurch erhofften Verbesserung seiner Verteidigungsmöglichkeiten weniger schwer. Die Beschränkung der Verteidigung hielt sich angesichts des Stellenwertes der Zeugenaussage, der entgegen dem Vorbringen des Bf. für die Beweisführung nur eine untergeordnete Bedeutung zukam, in einem jedenfalls vertretbaren Rahmen. Zwar konnte der Zeuge nicht persönlich befragt werden; der persönliche Eindruck hätte jedoch auch bei einer kommissarischen Vernehmung durch einen Richter nur begrenzt in die Hauptverhandlung eingeführt werden können. Das Fragerecht war dem Bf. nicht vollständig genommen, vielmehr war ihm Gelegenheit gegeben, auf schriftlichem Wege einen umfangreichen Fragenkatalog an den Zeugen gelangen zu lassen, den dieser auch beantwortet hat. Schließlich ist die Beurteilung der Glaubwürdigkeit des Zeugen möglich geblieben. In der Hauptverhandlung sind mehrere Zeugen vernommen worden, die eingehend mit ihm persönlich befaßt waren und umfangreiche Angaben zu seinem persönlichen Hintergrund, seinem Aussageverhalten und der Zuverlässigkeit seiner Angaben gemacht haben.

Das BayObLG ist ersichtlich auch den besonderen Anforderungen gerecht geworden, die an die Würdigung eines solchen Beweises zu stellen sind. Es hat nicht nur die Glaubwürdigkeit des Zeugen einer eingehenden Überprüfung unterzogen, sondern die Beweisaufnahme auch so umfassend gestaltet, daß die Aussage des Zeugen, die das Beweisergebnis im übrigen lediglich abrundet, durch andere Beweismittel bestätigt und vielfach abgesichert werden konnte.

IV. Die weiteren gegen das tatrichterliche Verfahren gerichteten Rügen des Bf. bleiben ohne Erfolg.

1. Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, daß die Beschränkung einer Aussagegenehmigung der Preisgabe der Quellen für die Beobachtung der Gesprächspartner des Bf... . entgegenstand, so daß die Wahrnehmungen der Beobachter über das Verhalten der Geheimdienstangehörigen im Umfeld des Treffens lediglich durch Zeugnis vom Hörensagen in die Hauptverhandlung eingeführt werden konnten.

a) Der Zeuge vom Hörensagen ist - als eine Form des "mittelbaren Beweises" - ein nach der StPO zulässiges Beweismittel, dessen Heranziehung und Bewertung nach den §§ 244 II, 261 StPO zu beurteilen ist. Die §§ 250 ff. StPO als Spezialregelung für das Verhältnis des Personalbeweises zum Urkundenbeweis kommen hier nicht zur Anwendung. Allerdings stellt die nur begrenzte Zuverlässigkeit des Zeugnisses vom Hörensagen besondere Anforderungen an die Beweiswürdigung, da die jedem Personalbeweis anhaftenden Fehlerquellen sich dadurch erheblich verstärken, daß die Qualität des Beweisergebnisses zusätzlich von der Zuverlässigkeit des Beweismittlers abhängt. Die Rechtsprechung hat die damit verbundenen Richtigkeitsrisiken insbesondere beim anonym gebliebenen Gewährsmann, dessen Wissen durch einen Zeugen vom Hörensagen eingeführt wird, nicht übersehen und verlangt, daß der Beweiswert derartiger Bekundungen besonders

kritisch zu überprüfen ist. Dabei genügen die Angaben des Gewährsmannes regelmäßig nicht, wenn sie nicht durch andere, nach der Überzeugung des Fachgerichts wichtige Gesichtspunkte bestätigt werden; das Gericht muß sich der Grenzen seiner Überzeugungsbildung stets bewußt sein, sie wahren und dies in den Urteilsgründen zum Ausdruck bringen (vgl. [NJW 1981, 1726] BGHSt 17, 382 [385 f.]; 29, 109 [111 f.]; BGH, bei Dallinger, MDR 1954, 400; BGH, MDR 1981, 329 [330]; OLG Frankfurt, NJW 1968, 1000; NJW 1976, 985 f.; OLG Hamm, NJW 1970, 821 f.; MDR 1976, 1040; OLG Stuttgart, NJW 1972, 66 f.; vgl. auch Gollwitzer, in: Löwe-Rosenberg, StPO, 23. Aufl. 1978, § 250 Rn. 26; Paulus, in: KMR, 7. Aufl. 1980, § 250 Rn. 21; Eb. Schmidt, Lehrkomm. I, 1964, Anm. 452; Alsberg-Nüse, Der Beweisantrag im Strafprozeß, 1969, S. 200 ff.). Ein diesen Anforderungen nicht gerecht werdendes tatrichterliches Urteil begründet die Revision wegen Verletzung des § 261 StPO (BGHSt 17, 382 [385]; Paulus, in: KMR, § 250 Rn. 22).

Derartige Vorkehrungen genügen - im Zusammenwirken mit den sonstigen rechtsstaatlichen Erfordernissen einschließlich der auch hier gegebenen Begründungspflicht der Behörde für die Zurückhaltung des unmittelbaren Beweismittels - grundsätzlich den an ein faires Verfahren zu stellenden Anforderungen. Der in aller Schärfe gehandhabte Grundsatz der freien Beweiswürdigung ist - auch im Blick auf das Prinzip "Im Zweifel für den Angeklagten" - regelmäßig ausreichend, um die besonderen Gefahren der beweisrechtlichen Lage aufzufangen; ein Beweisverbot, das den Willen und die Fähigkeit der Gerichte in Zweifel zöge, den genannten Grundsätzen der Beweiswürdigung den zutreffenden Stellenwert einzuräumen, ist von Verfassungs wegen regelmäßig nicht geboten.

b) Daran gemessen war der erhobene Beweis vom Hörensagen im vorliegenden Fall nicht rechtsstaatswidrig. Die Erteilung der Genehmigung, die Personalien der Observanten preiszugeben, ist gem. § 62 I und IV BBG vom Bundesminister des Innern und somit von der "obersten Aufsichtsbehörde" versagt worden. Wenn die Versagung auch nicht im einzelnen begründet war, so reichte dies im vorliegenden Fall doch hin, das Gericht im Rahmen des Möglichen in den Stand zu versetzen, die Unumgänglichkeit der Maßnahme zu überprüfen. Denn es liegt auf der Hand, daß ein auf konspirative Arbeit angewiesener Dienst wie das Bundesamt für Verfassungsschutz binnen kurzem aktionsunfähig sein würde, wenn dessen Hinweisgeber, zumal im Ausland, befürchten müßten, daß ihre Identität aufgedeckt würde. Hinweise auf eine Fallgestaltung, bei der die Behörde ausnahmsweise zur Preisgabe des Beweismittels verpflichtet sein könnte, finden sich insbesondere angesichts der am Rande liegenden Bedeutung des Beweisthemas nicht. Das Gericht hat sich bei dieser Sachlage zu Recht mit der Auskunft begnügt, welche das notwendige Mindestmaß an Nachprüfung ermöglichte (vgl. BGH, MDR 1981, 156). Anhaltspunkte für eine willkürliche oder auch nur fehlerhafte Versagung der Aussagegenehmigung fehlen.

Die der Beweiswürdigung gezogenen Grenzen sind nicht überschritten. Die Urteilsgründe ergeben, daß sich das Gericht der besonderen Problematik bei Angaben anonymer Gewährsleute bewußt war. Die durch Hörensagen übermittelten Angaben sind durch weitere wichtige Gesichtspunkte gestützt. Der Bf. selbst hat nach anfänglichem Leugnen die Richtigkeit der wesentlichen, ihn betreffenden Beobachtungen eingeräumt. Die Angaben der Wahrnehmungspersonen haben darüber hinaus durch Fotografien und schriftliche Unterlagen eine Bestätigung erfahren.

2. Soweit der Bf. das Verfahren des Tatgerichts in weiteren Punkten zur verfassungsrechtlichen Überprüfung gestellt hat, sind Anzeichen für ein von sachfremden Erwägungen getragenes Vorgehen des Gerichts nicht hervorgetreten. Dies gilt auch für den Ausschluß der Öffentlichkeit an einer Reihe von Sitzungstagen während der Vernehmung von Zeugen und Sachverständigen aus dem nachrichtendienstlichen Bereich wegen Gefährdung der Staatssicherheit (§ 172 Nr. 1 GVG), der der Bf. im übrigen in der Hauptverhandlung nicht widersprochen hat. Die beanstandeten Beurteilungen und Entscheidungen bieten, auch im Zusammenhang gesehen, keinen Anlaß anzunehmen, daß die Verurteilung des Bf. mit den das Strafverfahren bestimmenden verfahrensrechtlichen Grundsätzen der Rechtsstaatlichkeit nicht mehr vereinbar gewesen ist.

OLG Bamberg, Beschl. v. 31.3.1987 - Ws 176/86 = NStZ 1989, 40 (m. Anm. Wasmuth) - Durchsuchung bei (verdächtigem) Strafunmündigem

Aus den Gründen: ... Von einer Straftat des Beschuldigten M, insb. einer Strafreitelung im Amt gem. § 258a StGB, kann gar keine Rede sein.

Der Beschuldigte, Oberstaatsanwalt M, hat das Verfahren 107 Js 3888/86 a-b zu Recht gemäß § 170 II StPO eingestellt. Zwar konnte die polizeiliche Durchsuchung des Zimmers des 12jährigen Kindes der Antragsteller vom 10.3.1986 nicht auf § 102 StPO gestützt werden, denn die Durchsuchung richtete sich nicht gegen einen (strafmündigen) Beschuldigten. Die Durchsuchung war jedoch gem. § 103 StPO gerechtfertigt, da auch das strafunmündige Kind J und die Antragsteller als Inhaber der Wohnung "andere Personen" im Sinne dieser Vorschrift sind, gegen die sich die Durchsuchung nach § 103 StPO richten kann. Nach der Menge des Diebesgutes - J hatte gleich 7 Taschenbücher auf einmal entwendet - konnte damit gerechnet werden, daß sich im Zimmer des Kindes weitere entwendete Gegenstände befinden. Bei dieser Sachlage war die Anordnung der Durchsuchung des Kinderzimmers gem. § 103 StPO gerechtfertigt. Diese Durchsuchung konnte auch gem. § 105 StPO durch die Polizei als Hilfsbeamte der StA angeordnet werden, da ein Eilfall vorlag. Schließlich aber war die Polizei auch berechtigt, unmittelbaren Zwang zur Durchführung der Durchsuchung anzuwenden.

Soweit die Antragsteller erstmals in ihrem Klageerzwingungsantrag vom 2.12.1986 allerdings den Vorwurf erheben, die Polizeibeamten H und P hätten die Duldung der Hausdurchsuchung mit der Drohung erzwungen, den 12jährigen Sohn sonst wieder festzunehmen und nach Forchheim zu bringen, wäre eine solche Drohung wohl nicht mit dem für die Durchsuchung der Wohnung erlaubten Zwang in Einklang zu bringen. Das Kind durfte nämlich nur festgehalten und zur Woh-

nungsdurchsuchung gebracht, nicht jedoch als Beschuldigter gem. § 127 StPO vorläufig festgenommen und in Polizeihaft genommen werden. Dieser neu vorgetragene Sachverhalt war aber nicht Gegenstand des Verfahrens 107 Js 3888/86 a-b, so daß schon aus diesen Gründen hierauf keine Strafvereitelung des Beschuldigten M gestützt werden kann ...

BGH, Beschl. v. 15.12.1989 - 2 StR 167/89 (AG Königswinter, LG Bonn, OLG Köln) = BGHSt 36, 328 - Verwertbarkeit der Angaben des Antragstellers im Asylverfahren für ein Strafverfahren

Leitsatz: Angaben, die ein Asylbewerber im Rahmen der Anhörung nach § 8 Abs. 2 AsylVfG über die Modalitäten seiner Einreise macht, dürfen in einem gegen ihn gerichteten Strafverfahren wegen Vergehens gegen § 47 Abs. 1 Nr. 1 AuslG auch ohne seine Zustimmung verwertet werden.

[BGHSt 36, 329] Gründe: **I.1.** § 47 Abs. 1 Nr. 1 AuslG droht Freiheitsstrafe bis zu einem Jahr oder Geldstrafe einem Ausländer an, der in den Geltungsbereich des Gesetzes einreist, ohne den erforderlichen Paß, Paßersatz oder eine erforderliche Aufenthaltserlaubnis zu besitzen. Gemäß Abs. 6 der Vorschrift bleibt Art. 31 Abs. 1 des Abkommens über die Rechtsstellung der Flüchtlinge (Genfer Konvention, GK) vom 28. Juli 1951 (BGBl 1953 II 560) unberührt. Nach dieser Bestimmung dürfen wegen unrechtmäßiger Einreise keine Strafen gegen Flüchtlinge verhängt werden, die unmittelbar aus einem Gebiet kommen, in dem ihr Leben oder ihre Freiheit bedroht war; das gilt jedoch nur, sofern sie sich unverzüglich bei den Behörden melden und Gründe darlegen, die ihre andernfalls unrechtmäßige Einreise rechtfertigen. § 8 AsylVfG sieht vor, daß Asylanträge bei der Ausländerbehörde zu stellen sind (Abs. 1 Satz 1). Der Antragsteller muß dort persönlich erscheinen, sich selbst über die Tatsachen erklären, die seine Furcht vor politischer Verfolgung begründen, und die erforderlichen Angaben machen (Abs. 2 Satz 1); zu den erforderlichen Angaben gehören auch solche über Wohnsitze, Reisewege, Aufenthalte in anderen Staaten und darüber, ob bereits in anderen Staaten ... ein Verfahren mit dem Ziel der Anerkennung als ausländischer Flüchtling oder ein Asylverfahren eingeleitet oder durchgeführt worden ist (Abs. 2 Satz 2).

2. Der Angeklagte des Ausgangsverfahrens ist Türke kurdischer Volkszugehörigkeit.

Das Amtsgericht Königswinter hat ihn am 13.6.1988 wegen unrechtmäßiger Einreise (§ 47 Abs. 1 Nr. 1 AuslG) zu einer Geldstrafe verurteilt. In den Urteilsgründen heißt es, der Angeklagte, der keine Angaben zur Sache gemacht habe, sei wegen Verfolgung in seiner Heimat am 1.4.1987 aus der Türkei ausgereist. Mit falschem Paß habe er sich über Spanien und Frankreich in die Bundesrepublik Deutschland begeben. Hier sei er am 28. April 1987 ohne Paß oder Aufenthaltserlaubnis eingereist. Diese Feststellungen gründeten sich auf die Vernehmung der Zeugin St., einer Verwaltungsangestellten des Ausländeramts S. Dort hatte der Angeklagte Asylantrag gestellt

[BGHSt 36, 330] und war gemäß § 8 Abs. 2 AsylVfG angehört worden. Im Strafverfahren hatte die Zeugin sodann darüber ausgesagt, welche Angaben der Angeklagte im Asylverfahren - zum einen durch Schriftsatz seiner Verfahrensbvollmächtigten vom 11.6.1987, zum anderen bei seiner persönlichen Anhörung vor dem Ausländeramt am 21.7.1987 - gemacht hatte. ...

[BGHSt 36, 331] ... **II.1.** Die Vorlegung ist zulässig (§ 121 Abs. 2 GVG). ...

2. Der Rechtsauffassung des vorlegenden Oberlandesgerichts ist beizutreten. Angaben, die ein Asylbewerber im Rahmen der Anhörung nach § 8 Abs. 2 AsylVfG über die Modalitäten seiner Einreise macht, dürfen in einem gegen ihn gerichteten Strafverfahren wegen Vergehens gegen § 47 Abs. 1 Nr. 1 AuslG auch ohne seine Zustimmung verwertet werden; sie unterliegen keinem Verwertungsverbot (ebenso K. Meyer JR 1986, 170; aA OLG Hamburg NJW 1985, 2541; Marx/Strate/Pfaff, AsylVfG 2. Aufl. § 12 Rn. 28 ff.).

Für ein solches Verwertungsverbot, das die gerichtlichen Aufklärungs- und Kognitionspflichten (§ 244 Abs. 2, § 261 StPO) entsprechend einschränken würde, findet sich im geltenden Recht keine Grundlage. Da eine unmittelbar anwendbare Gesetzesregelung fehlt, ließe es sich nur mittelbar begründen und

[BGHSt 36, 332] nachweisen, sei es durch Ableitung aus allgemeineren, übergeordneten Rechtsgrundsätzen, sei es durch Rückschlüsse aus anderweit getroffenen Gesetzesregelungen, die eine entsprechende Anwendung zulassen. Als Anknüpfungspunkte kommen hier in Betracht: Zum einen der im Strafprozeßrecht verankerte (§ 136 Abs. 1, § 136a Abs. 1 und 3, § 163a Abs. 3 bis 6, § 243 Abs. 4 StPO) und auch verfassungsrechtlich verbürgte (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) Grundsatz, daß niemand gezwungen werden darf, sich selbst einer Straftat zu bezichtigen und damit zu seiner Überführung beizutragen (»nemo tenetur se ipsum accusare«); zum anderen eine Geheimhaltungspflicht, die es der Verwaltungsbehörde verbietet, bestimmte Angaben des Verfahrensbeteiligten den Strafverfolgungsorganen zu offenbaren. Unter keinem dieser Gesichtspunkte ist das hier in Rede stehende Verwertungsverbot begründet.

a) Aus dem Grundsatz, daß niemand zu strafrechtlicher Selbstbelastung gezwungen werden darf (vgl. BGHSt 34, 39 [46] m.w.N.), hat das Bundesverfassungsgericht in der sogenannten »Gemeinschuldnerentscheidung« (BVerfGE 56, 37) ein strafprozessuales Verwertungsverbot hergeleitet. Es dient der Lösung eines im Konkursrecht auftretenden Interessenkonflikts. Den Gemeinschuldner trifft hier die mit Zwangsmitteln (Vorführung, Beugehaft) sanktionierte Verpflichtung, um der Belange der Gläubiger willen bestimmte Auskünfte zu erteilen (§§ 100, 101 KO). Soweit diese Auskunftspflicht die Offenbarung von Straftaten einschließt, ist das Recht des Auskunftspflichtigen, sich nicht selbst belasten zu müssen, bedroht, während andererseits die Zubilligung eines Auskunftsverweigerungsrechts die schutzwürdigen Interessen der Gläubiger beeinträchtigen müßte. Dieser Interessenkonflikt wird in der »Gemeinschuldnerentscheidung« dahin gelöst, daß

der Schuldner zwar unbeschränkt Auskünfte zu geben hat, diese Auskünfte aber im Strafverfahren nicht gegen ihn verwertet werden dürfen. Die insoweit vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Grundsätze lassen sich - ungeachtet ihrer möglichen Anwendung auf vergleichbare Konstellationen (vgl. dazu Dingeldey NStZ 1984, 529 [531 ff]) - zur Begründung des hier zu

[BGHSt 36, 333] erörternden Verwertungsverbots nicht heranziehen. Im einzelnen gilt:

aa) Der Asylbewerber muß zwar nach § 8 Abs. 2 AsylVfG Angaben über die Modalitäten seiner Einreise (Reisewege, Aufenthalte in anderen Staaten) machen. Diese Mitwirkungspflicht ist aber - anders als die Auskunftspflicht des Gemeinschuldners (§ 101 KO) - nicht mit Sanktionen bewehrt. Der Antragsteller kann nicht mit Zwangsmitteln dazu angehalten werden, sie zu erfüllen. Die Ausländerbehörde besitzt keine Handhabe, sein Erscheinen zur persönlichen Anhörung zwangsweise durchzusetzen. Bleibt er trotz Ladung ohne genügende Entschuldigung aus, so hat das nur zur Folge, daß die Ausländerbehörde den Asylantrag an das Bundesamt weiterleitet und dieses sodann nach Aktenlage unter Würdigung der Nichtmitwirkung des Antragstellers entscheidet (§ 8 Abs. 3 AsylVfG). Nichts anderes gilt, wenn er zwar zur Anhörung erscheint, sich aber ganz oder teilweise weigert, die erforderlichen Angaben zu machen. Zu diesen Angaben kann er in Ermangelung einer entsprechenden Gesetzesgrundlage nicht gezwungen werden (VG Frankfurt/Main NJW 1983, 189 f; Kanein, Ausländerrecht 4. Aufl. § 8 AsylVfG Rn. 6; Meyer in Erbs/Kohlhaas, Strafrechtliche Nebengesetze § 8 AsylVfG Anm. 3; B. Huber, Ausländer- und Asylrecht Rn. 514; Schiedermaier/Wollenschläger, Handbuch des Ausländerrechts Teil 3 E Rn. 178). Die Nachteile, die ihm bei Verweigerung der geforderten Auskünfte drohen, erschöpfen sich darin, daß er durch unzureichenden Tatsachenvortrag den Erfolg seines Asylantrags möglicherweise gefährdet.

bb) Bei der Mitwirkungspflicht des Antragstellers, die sich danach als bloße Obliegenheit darstellt, sind zudem - anders als bei der Auskunftspflicht des Gemeinschuldners, die ihm um der Gläubigerbelange willen auferlegt ist - keine Drittinteressen im Spiel; es geht vielmehr allein um das vom Antragsteller beanspruchte Asylrecht und dessen verfahrensmäßige Durchsetzung. Ein Interessenkonflikt entsteht mithin nicht zwischen den Belangen des Antragstellers und denjenigen Dritter, sondern ausschließlich in der Person des Asylbewerbers selbst, falls und soweit er vor die Alternative gestellt ist, sich entweder durch

[BGHSt 36, 334] wahrheitsgemäße und vollständige Angaben strafrechtlich zu belasten oder aber durch deren Verweigerung das Risiko einer Ablehnung seines Asylantrags auf sich zu nehmen. Interessenkonflikte dieser Art sind jedoch - wo das Gesetz nicht ausdrücklich eine andere Regelung trifft - grundsätzlich nicht geeignet, die Annahme eines strafprozessualen Verwertungsverbots zu rechtfertigen. Der beweisisrikobelastete Betroffene, der, wenn er den von ihm geforderten Aufklärungsbeitrag nicht leistet, die Ablehnung seines Begehrens zu gewärtigen hat, muß entscheiden, was ihm wichtiger ist: Schutz vor Selbstbelastung oder Rechtsverwirklichung (so auch K. Meyer JR 1986, 170 f. unter Hinweis auf Stürner NJW 1981, 1757 [1762]; Rengier JR 1982, 477 [478 f]; Dingeldey NStZ 1984, 529 [534]). Ob Ausnahmen von diesem Grundsatz zu machen sind, wenn dem Betroffenen beim Verschweigen strafrechtlich belastender Umstände besonders gewichtige oder gar existentielle Nachteile drohen, erscheint zweifelhaft, braucht aber nicht entschieden zu werden (ebenso K. Meyer aaO).

cc) Die Pflicht des Asylbewerbers, vor dem Ausländeramt Angaben über die Modalitäten seiner Einreise zu machen, bringt ihn, selbst wenn er damit zu seiner Überführung wegen eines Verstoßes gegen das Ausländergesetz beitragen würde, nicht in einen regelungsbedingten Interessenkonflikt, der notwendigerweise durch die Alternative gekennzeichnet wäre, entweder diese Straftat zu offenbaren oder auf die Anerkennung seines Asylrechts zu verzichten. Diese Alternative ergäbe sich nur, wenn die Verweigerung der genannten Angaben stets und zwangsläufig zur Folge hätte, daß der Antragsteller seinen Anspruch auf Anerkennung des Asylrechts nicht verwirklichen kann. So verhält es sich aber nicht (K. Meyer aaO). Die Asylberechtigung des Antragstellers hängt nach ihren rechtlichen Voraussetzungen (Art. 16 Abs. 2 Satz 2 GG) nur davon ab, ob er - in seinem Herkunftsland - politischer Verfolgung ausgesetzt war. Auf die Modalitäten der Einreise (Zeitpunkte der Ausreise und Einreise, Reiseweg, Zwischenaufenthalte in Drittländern) kommt es hierfür nicht an; sie sind für die Frage nach dem Bestehen des Asylanspruchs rechtlich nicht relevant, sondern allenfalls in tatsächlicher Hinsicht bedeutsam,

[BGHSt 36, 335] nämlich als Beweisanzeichen, die für oder gegen das Vorliegen des behaupteten Verfolgungstatbestands sprechen.

Allerdings kann durch die Schilderung der Einreisemodalitäten offenbar werden, daß der Antragsteller vor seiner Einreise ins Inland bereits in einem anderen Staat vor politischer Verfolgung sicher war und deshalb kein Anspruch auf Anerkennung seines Asylrechts besteht (§ 2 AsylVfG; vgl. dazu BVerfGE 77, 150; 78, 322). Doch trifft die materielle Beweislast für das Vorliegen dieses die Asylberechtigung ausschließenden Tatbestandes den asylverweigernden Staat (BayVGH DVBl 1978, 509 f; VG Köln InfAuslR 1983, 161 [168]; VG Ansbach InfAuslR 1985, 94 f; Kanein, Ausländerrecht 4. Aufl. § 2 AsylVfG Rn. 5; ausführlich Fritz in Gemeinschaftskommentar AsylVfG § 2 Rn. 23). Daraus folgt, daß der Antragsteller - ungeachtet seiner formellen Pflicht zur Mitwirkung an der Sachaufklärung - durch Verschweigen der Einreisemodalitäten dem Bundesamt keinen Rechtsgrund zur Ablehnung seines Asylantrags liefert. Zwar kann und muß dieses Amt bei seiner Entscheidung die Nichtmitwirkung des Antragstellers würdigen (§ 8 Abs. 3 Satz 2, § 12 Abs. 4 Satz 3 AsylVfG); doch bedeutet das nicht, daß es berechtigt wäre, allein aus dem Schweigen des Antragstellers zu schließen, dieser habe, bevor er eingereist sei, bereits in einem anderen Land Schutz vor politischer Verfolgung gefunden.

Die Weigerung des Antragstellers, Angaben über die Einreisemodalitäten zu machen, kann freilich seine Behauptung, politisch verfolgt worden zu sein und deshalb im Inland Zuflucht gesucht zu haben, je nach Lage der Dinge als unglaub-

haft erscheinen lassen und so zur Ablehnung seines Asylantrags führen. Diese Möglichkeit ist nicht von der Hand zu weisen. Doch muß das nicht immer so sein. Vorstellbar ist vielmehr auch, daß es dem Antragsteller gelingt, trotz Verschweigens der Einreisemodalitäten den Tatbestand seiner politischen Verfolgung glaubhaft darzutun und so seine Anerkennung als Asylberechtigter zu erwirken. Es kommt hierfür auf die Umstände des Einzelfalls an. Sie sind es, die darüber entscheiden, ob die Verweigerung der bezeichneten Angaben auf der Beweiswürdigungsebene die Durchsetzung des Asylanspruchs unbeeinträchtigt läßt, bedroht oder gar vereitelt. Angesichts der Vielfalt möglicher Fallgestal-

[BGHSt 36, 336] tungen ist aber kein Raum für die Annahme, der Antragsteller habe stets nur die Wahl, entweder unter Offenbarung der unrechtmäßigen Einreise seinen Asylanspruch durchzusetzen oder durch Verschweigen der diese Straftat ergebenden Umstände auf seine Anerkennung als Asylberechtigter zu verzichten. Da ein solcher Interessenkonflikt je nach den Gegebenheiten des Falles das eine Mal auftreten, das andere Mal ausbleiben kann, also in der jeweiligen Beweislage gründet und nicht schon in der gesetzlichen Regelung selbst angelegt ist, läßt sich lediglich feststellen, daß derjenige, der Angaben über die Einreisemodalitäten verweigert, bei der Verwirklichung seines Asylanspruchs einem erhöhten Beweisrisiko ausgesetzt ist. Ein solcher Nachteil wiegt indes nicht so schwer, daß es von Rechts wegen geboten wäre, den Antragsteller hiervon durch Anerkennung eines strafprozessualen Verwertungsverbots zu entlasten; denn er beschwert in gleicher oder ähnlicher Weise jeden, der vor der Wahl steht, zur Durchsetzung seiner Rechte auch die Offenbarung strafrechtlich belastender Umstände in Kauf zu nehmen oder durch deren Verschweigen die Chancen seiner prozessualen Rechtsverfolgung zu schmälern. Das geltende Recht kennt keinen Grundsatz, aus dem sich ableiten ließe, daß solche Konflikte dem einzelnen erspart bleiben müßten; es bietet keinen Anhaltspunkt dafür, daß bereits eine bloße Erhöhung des Beweisrisikos und eine damit einhergehende Minderung der Erfolgsaussichten bei der verfahrensmäßigen Rechtsverwirklichung ein strafprozessuales Verwertungsverbot rechtfertigen könnten. Die Abwägung der insoweit widerstreitenden Belange führt daher zu dem Ergebnis, daß dem Interesse an umfassender Sachaufklärung im Strafverfahren gegenüber dem Interesse des Antragstellers, seinen Asylanspruch frei von Rücksichten auf strafrechtlich belastende Umstände geltend machen zu dürfen, der Vorrang gebührt.

b) Auch unter dem Gesichtspunkt einer Geheimhaltungspflicht der Behörde, deren Verwaltungsangestellte als Zeugin in Frage kommt, ist ein Verwertungsverbot nicht begründet. Für das Ausländeramt, vor dem der Angeklagte Angaben über die Einreisemodalitäten gemacht hatte, gilt § 30 VwVfG NW. Nach dieser Vorschrift, die wörtlich mit der bundesgesetzlichen Regelung (§ 30 VwVfG) übereinstimmt, haben die Beteiligten eines Verwaltungsverfahrens Anspruch darauf, daß ihre Geheimnisse, insbesondere diejenigen ihres persönlichen Lebensbereichs, von der Behörde nicht unbefugt offenbart werden. Daraus läßt sich jedoch - ohne daß es auf sonstige Gesichtspunkte ankäme - ein Verwertungsverbot schon deshalb nicht herleiten, weil das Ausländeramt jedenfalls nicht unbefugt handelt, wenn es Angaben, die der Antragsteller im Asylverfahren gemacht hat, den Strafverfolgungsorganen offenbart. Der Staatsanwaltschaft muß es auf deren Verlangen Auskunft erteilen (§ 161 Satz 1 StPO), und dieselbe Auskunftspflicht besteht auch gegenüber dem mit der Strafsache befaßten Gericht (BGHSt 30, 34 f; Kleinknecht/Meyer, StPO 39. Aufl. § 161 Rn. 1; Müller in KK 2. Aufl. § 161 Rn. 2; Rieß in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 161 Rn. 8). § 30 VwVfG schränkt sie nicht ein (K. Meyer JR 1986, 170, 172 m.w.N.; außerdem Rieß aaO Rn. 14), und gleiches gilt erst recht für die entsprechenden landesgesetzlichen Bestimmungen. Anders verhält es sich nur mit besonderen, bereichsspezifischen Geheimhaltungspflichten (K. Meyer aaO m.w.N.; Rieß aaO Rn. 14, 18 ff.), die es jedoch mangels einer gesetzlichen Grundlage im Asylverfahren nicht gibt. Vorschriften, die für andere Sachbereiche und Rechtsgebiete solche Geheimhaltungspflichten begründen (z.B. §§ 30, 393 AO, § 35 SGB I, §§ 67 ff. SGB X), können im Asylverfahren keine entsprechende Anwendung finden, da die Interessenlage - wie das vorlegende Gericht zutreffend ausgeführt hat - insoweit nicht vergleichbar ist.

3. Die vorgelegte Rechtsfrage ist nach alledem wie aus dem Leitsatz ersichtlich zu beantworten. ...

BGH, Urt. v. 27.2.1991 - 5 StR 516/90 (LG Duisburg) = BGHSt 37, 340 - Verwertbarkeit der Angaben im Verfahren nach § 807 ZPO für ein Strafverfahren

Leitsätze: 1. Zur Offenbarungspflicht nach § 807 ZPO eines Maklers, der aus seiner Tätigkeit laufende Einnahmen erzielt. 2. § 371 AO schließt die Anwendung der Vorschriften des Allgemeinen Teils des Strafgesetzbuches über den Rücktritt vom Versuch nicht aus.

Aus den Gründen: **1.** Die Verurteilung des Angeklagten wegen falscher Versicherung an Eides Statt hält der sachlichrechtlichen Nachprüfung stand. ...

[BGHSt 37, 341] ... ist hier eine wirtschaftliche Betrachtungsweise geboten. Sie führt zu der Bewertung, daß eine Vielzahl fortlaufender, in Abwicklung befindlicher Maklergeschäfte nicht der bloßen Erwerbsmöglichkeit (die der Offenbarungspflicht nach § 807 ZPO nicht unterfällt) gleichzustellen ist. Vielmehr liegt - trotz der genannten Besonderheiten des Maklerrechts - eine Gleichbehandlung des Maklers mit dem Rechtsanwalt, dem Steuerberater und dem Arzt nahe, für die allgemein die Pflicht angenommen wird, im Rahmen des § 807 ZPO ihre Mandate detailliert zu offenbaren (vgl. Zöller/Stöber, ZPO 16. Aufl. § 807 Rn. 24; a.A. OLG München OLG Rspr. 29, 261).

Zudem steht das gewonnene Ergebnis auch mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs in Einklang, wonach das Betreiben eines Geschäfts oder eine andere Beschäftigung jedenfalls dann nach § 807 ZPO zu offenbaren ist, wenn daraus

- wie hier - laufende Einnahmen erzielt werden oder zu erwarten sind. In diesem Sinne hat der Bundesgerichtshof das Betreiben eines Geschäfts mit bar zahlenden Kunden (BGH, Urteile v. 15.8.1957 - 4 StR 304/57 - u. v. 22.12.1959 - 5 StR 471/59) und die Gelegenheitsarbeiten bei wechselnden Arbeitgebern gegen tägliche Entlohnung (BGH, Urt. v.

[BGHSt 37, 342] 18.3.1960 - 4 StR 47/60) für offenbarungspflichtig erachtet. Auch unterfallen künftige Forderungen der Offenbarungspflicht nach § 807 ZPO, so »noch nicht verdiente Provisionen für die in Zukunft abzuschließenden Warenverkäufe« eines Provisionsvertreters (BGH, Urt. v. 8.5.1958 - 4 StR 52/58) und der Lohnanspruch aus einem bedingten, noch nicht angetretenen Arbeitsverhältnis (BGH NJW 1958, 527 Leitsatz; vgl. auch RGSt 71, 300 [301, 303]).

b) Entgegen der Ansicht der Revision ist es bedeutungslos, an welcher Stelle des Vermögensverzeichnisses die wahrheitswidrige Angabe steht. Nicht die Fassung des Formblattes für das Vermögensverzeichnis, sondern allein die wahrheitswidrige Verleugnung eines Vermögenswertes ist erheblich (BGH, Urteile v. 11.6.1953 - 5 StR 760/52 - u. v. 8.5.1958 - 4 StR 57/58).

c) Schließlich ergeben sich für die Verurteilung erhebliche Besonderheiten nicht daraus, daß der Angeklagte bei seiner Versicherung nach § 807 ZPO Umstände offenbaren mußte, die eine von ihm begangene Straftat enthielten. Mit der Angabe des von ihm betriebenen Maklergeschäfts und der dabei erworbenen gegenwärtigen und möglicherweise künftigen Forderungen hätte der Angeklagte zugleich sein Vergehen nach § 148 Nr. 1 GewO offenbart.

Die Rechtsordnung kennt jedoch kein ausnahmsloses Gebot, daß niemand zu Auskünften oder zu sonstigen Handlungen gezwungen werden darf, durch die er eine von ihm begangene strafbare Handlung offenbart. Die durch Artikel 2 Abs. 1 GG gewährleistete Rechtsposition findet ihre Grenzen an den Rechten anderer. Das Grundrecht gebietet keinen lückenlosen Schutz gegen Selbstbezeichnungen ohne Rücksicht darauf, ob dadurch schutzwürdige Belange Dritter beeinträchtigt werden. So steht hier das Interesse des Schuldners dem Interesse des Gläubigers gegenüber. Dabei ist im Rahmen des Zwangsvollstreckungsverfahrens den Interessen des Gläubigers der Vorrang vor dem Interesse des Schuldners gegen erzwungene Selbstbezeichnungen einzuräumen. Dies entspricht der Bewertung der widerstreitenden Interessen, die das Bundesverfassungsgericht für das Konkursverfahren und die dort geltende

[BGHSt 37, 343] Pflicht des Gemeinschuldners, auch strafbare Handlungen zu offenbaren, vorgenommen hat (BVerfGE 56, 37). Ebenso wie das Bundesverfassungsgericht dies für das Konkursverfahren entschieden hat, wird ein strafverfahrensrechtliches Verwertungsverbot für die im Zwangsvollstreckungsverfahren erfolgten Angaben des Schuldners anzunehmen sein. Damit wäre dem Recht des Schuldners, sich mit Bedeutung für ein Strafverfahren nicht einer strafbaren Handlung bezichtigen zu müssen, hinreichend Rechnung getragen.

2. Die Schuldsprüche wegen Einkommen-, Gewerbe- und Umsatzsteuerhinterziehung haben dagegen keinen Bestand. ...

BVerfG (2. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 19.7.1995 - 2 BvR 1142/93 = NJW 1996, 448 - Zur Zulässigkeit des "Zeugen vom Hörensagen" bei verdeckten Ermittlungen

Zum Sachverhalt: Durch Urteil des LG Ansbach wurde der Bf. wegen unerlaubten Handelns mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit Urkundenfälschung zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von neun Jahren und drei Monaten verurteilt. Das Gericht ging davon aus, daß der Bf. am 7.12.1991 dem verdeckten Ermittler "A" und dem türkischen Scheinkäufer "O" 2,5 kg Kokain zum Verkauf anbot. Bei dieser Gelegenheit schon stellte der Bf. etwa für den 13.12.1991 die Lieferung von weiteren 5 kg Heroin guter bis sehr guter Qualität als Nachfolgegeschäft in Aussicht. Zwischen dem 7.12.1991 und dem 10.12.1991 erhielt der Bf. zu einem im einzelnen nicht feststellbaren Zeitpunkt und von einer konkret nicht feststellbaren Person 2,5 kg Kokain, die er an "A" liefern wollte. Bei der Übergabe des Kokains wurde der Bf. am 11.12.1991 festgenommen. Obwohl der Bf. bestritt, ein weiteres Geschäft über 5 kg Heroin zugesagt zu haben, sah das LG ihn durch das Ergebnis der Beweisaufnahme überführt: Die StrK stütze sich im wesentlichen auf die Aussage des Kriminalkommissars H vom Bayerischen Landeskriminalamt, der den verdeckten Ermittler "A" vernommen habe. Dessen Vernehmung selbst sei der Kammer verwehrt gewesen. Trotz ausdrücklicher Anforderung beim Bayerischen Staatsministerium des Innern durch den Vorsitzenden unter konkretem Hinweis auf die Rechtsprechung des BGH und auf die in ihnen aufgezeigten minderen Vernehmungsmöglichkeiten habe der Präsident des Bayerischen Landeskriminalamts die Preisgabe des verdeckten Ermittlers und dessen Vernehmung - auf welche Weise auch immer - abgelehnt. Der Zeuge H habe die Schilderung des "A" zu den Geschehnissen, soweit er zugegen war, und insbesondere über die Gespräche und Absprachen mit dem Bf. so berichtet, wie sie in den tatsächlichen Feststellungen im einzelnen dargestellt seien. Der Zeuge habe darüber hinaus berichtet, daß der Scheinkäufer "O" weder mit seinem richtigen Namen, noch daß seine Anschrift oder sein derzeitiger Aufenthalt dem Bayerischen Landeskriminalamt bekannt seien, daß allenfalls der verdeckte Ermittler "A" selbst wisse, um wen es sich handle. Rechtlich würdigte das LG diesen Sachverhalt als unerlaubtes Handeln mit Betäubungsmitteln. Der Bf. habe nicht nur mit 2,5 kg Kokain, sondern auch mit 5 kg Heroin gehandelt, jeweils in nicht geringer Menge. Dafür setzte das Gericht eine Einzelstrafe von neun Jahren fest.

Die gegen dieses Urteil eingelegte Revision des Bf. wurde vom BGH verworfen. Auf die Verfassungsbeschwerde hin hob die Kammer die Entscheidungen insoweit auf, als der Verurteilung des Bf. wegen Handelns mit Betäubungsmitteln die Feststellung des Handelns mit 5 Kilogramm Heroin zugrunde liegt, insoweit im Einzelstrafenausspruch bezüglich des Handelns mit Betäubungsmitteln und im Gesamtstrafenausspruch.

Aus den Gründen: IV. Die Kammer nimmt die Verfassungsbeschwerde im Ausmaß ihrer Begründetheit zur Entscheidung an, weil dies zur Durchsetzung der in § 90 I BVerfGG genannten Rechte angezeigt ist (§ 93a II lit. b BVerfGG). Das Urteil des LG und die Revisionsentscheidung des BGH verletzen den Bf. insoweit in seinem Recht auf ein faires rechtsstaatliches Verfahren (Art. 2 I i. V. mit Art. 20 III GG), als er auch wegen Handeltreibens mit 5 kg Heroin verurteilt worden ist. Das BVerfG hat die maßgeblichen verfassungsrechtlichen Fragen bereits entschieden (§ 93c I BVerfGG).

1. Nicht zum Erfolg verhelfen kann der Verfassungsbeschwerde allerdings die Tatsache, daß zum Zeitpunkt des Urteils-erlasses durch das LG eine Sperrerklärung des Bayerischen Staatsministeriums des Inneren für den verdeckten Ermittler "A" noch gar nicht vorgelegen hat, der Zeuge von daher also möglicherweise nicht als unerreichbar hätte angesehen wer-[**NJW 1996, 449**] den dürfen. Insoweit hat der Bf. nämlich, wie die Äußerungsberechtigten zu Recht übereinstimmend ausgeführt haben, den Rechtsweg nicht erschöpft, weil er keine ordnungsgemäße Revisionsrüge erhoben hat. Auch die Frage, ob die in der nachträglich abgegebenen Sperrerklärung angeführte Begründung, die nicht auf die vom Vorsitzenden der StrK aufgezeigten Möglichkeiten minderer Vernehmungsmethoden eingeht, den Anforderungen genügt, wie sie vom BVerfG in der Entscheidung vom 26.5.1981 (BVerfGE 57, 250) dargestellt worden sind, kann aus diesem Grund vorliegend nicht Gegenstand der verfassungsgerichtlichen Prüfung sein.

2. Die Verfassungsbeschwerde hat jedoch aus einem anderen Grunde Erfolg, soweit der Bf. wegen Handeltreibens mit 5 kg Heroin verurteilt worden ist.

a) Nach ständiger Rechtsprechung des BGH ist bei der Beurteilung eines "Zeugen vom Hörensagen" besondere Vorsicht geboten. So ist der Tatrichter gehalten, den Beweiswert dieses weniger sachnahen Beweismittels besonders sorgfältig zu prüfen. Dies gilt vor allem dann, wenn ein Polizeifahnder oder Gewährsmann nur deshalb nicht als Zeuge gehört werden kann, weil die zuständige Behörde sich weigert, seinen Namen und seine Anschrift preiszugeben oder eine Aussagegenehmigung zu erteilen. Hier darf der Tatrichter nicht übersehen, daß es die Exekutive ist, die eine erschöpfende Sachaufklärung verhindert und es den Verfahrensbeteiligten unmöglich macht, die persönliche Glaubwürdigkeit des im Dunkeln bleibenden Fahnders oder Gewährsmanns zu überprüfen (BGHSt 33, 178 [181 f.]; BGH, NStZ 1982, 433; BGH, StV 1983, 403). Dessen von einem Vernehmungsbeamten wiedergegebene Aussagen sind deshalb besonders kritisch zu würdigen. Auf sie darf eine Feststellung regelmäßig nur dann gestützt werden, wenn diese Angaben durch andere nach der Überzeugung des Tatrichters wichtige Beweisanzeichen bestätigt worden sind (BGHSt 17, 382 [385 f.]; 33, 83 [88 f.]; 33, 178 [181 f.]; 36, 159 [166 f.]; BGHR-StPO § 261 Zeuge 13, 15, 16 und 17). Der Tatrichter muß sich der Grenzen seiner Überzeugungsbildung stets bewußt sein, sie wahren und dies in den Urteilsgründen zum Ausdruck bringen (BGHSt 17, 382 [385 f.]; 33, 178 [181 f.]).

b) Dies entspricht den in der Rechtsprechung des BVerfG dargelegten verfassungsrechtlichen Maßstäben. Das BVerfG hat bereits entschieden, daß die Strafverfolgungsorgane bei der Bekämpfung besonders gefährlicher Kriminalität, wie etwa der Bandenkriminalität und des Rauschgifthandels, wenn sie ihrem Auftrag der rechtsstaatlich gebotenen Verfolgung von Straftaten überhaupt gerecht werden wollen, ohne den Einsatz sog. V-Leute, deren Identität auch nach dem Einsatz gewahrt werden muß, nicht auskommen (vgl. BVerfGE 57, 250 [284]). Auch dagegen, die Angaben eines verdeckten Ermittlers durch die Vernehmung von Polizeibeamten als Zeugen vom Hörensagen in den Strafprozeß einzuführen, bestehen von Verfassungs wegen generell keine Bedenken. Der Zeuge vom Hörensagen ist - als eine Form des "mittelbaren Beweises" - ein nach der StPO zulässiges Beweismittel, dessen Heranziehung und Bewertung nach den §§ 244 II, 261 StPO zu beurteilen ist (vgl. BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], NJW 1992, 168).

Das Recht des Angekl. auf ein faires rechtsstaatliches Strafverfahren (Art. 2 I i. V. mit Art. 20 III GG) gebietet jedoch, wegen der nur begrenzten Zuverlässigkeit des Zeugnisses vom Hörensagen besondere Anforderungen an die Beweiswürdigung zu stellen. So ist der Beweiswert von Bekundungen, die auf einen in der Hauptverhandlung nicht vernommenen Gewährsmann zurückgehen, besonders kritisch zu überprüfen. Dessen Angaben genügen regelmäßig nicht, wenn sie nicht durch andere, nach der Überzeugung des Strafgerichts wichtige Gesichtspunkte bestätigt werden; das Gericht muß sich der Grenzen seiner Überzeugungsbildung stets bewußt sein, sie wahren und dies in den Urteilsgründen zum Ausdruck bringen (vgl. BVerfG [2. Kammer des Zweiten Senats], NJW 1992, 168 und Beschl. v. 9.3.1988 - 2 BvR 301/88; vgl. auch BVerfGE 57, 250 [291 f.]).

c) Diesen Maßstäben genügt das landgerichtliche Urteil nicht, soweit der Bf. (auch) wegen Handeltreibens mit 5 kg Heroin verurteilt worden ist. Dieser vom RevGer. aufgrund der Sachrüge zu berücksichtigende Mangel erfaßt auch das Urteil des BGH, das die Revision in vollem Umfang verworfen hat.

Die Verurteilung wegen Handeltreibens mit 5 kg Heroin beruht einzig und allein auf den Aussagen des verdeckten Ermittlers "A", die durch Vernehmung des "Zeugen vom Hörensagen" KK H in das Verfahren eingeführt worden sind. Der Bf. hatte diesen Vorwurf bestritten; weitere Beweisanzeichen oder Indizien, die das gefundene Ergebnis in diesem Punkt stützen könnten, sind den angegriffenen Urteilen nicht zu entnehmen. Das Urteil des LG läßt insoweit auch nicht erkennen, daß sich das Gericht der besonderen Anforderungen bewußt war, die hier an die Beweiswürdigung zu stellen waren. Die Beweiswürdigung hierzu besteht nur aus der Feststellung, daß der verdeckte Ermittler "A" dem Zeugen H mitgeteilt habe, der Bf. habe ein Folgegeschäft von 5 kg Heroin zugesichert, ohne daß dargelegt würde, aus welchen Gründen diese Mitteilung Glauben verdient.

Damit ist den verfassungsrechtlichen Mindestanforderungen an ein faires rechtsstaatliches Verfahren nicht mehr Genüge getan. Auf diesem Fehler beruhen sowohl die Feststellung des Schuldumfangs, der dem Schuldpruch wegen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln zugrunde liegt, als auch die Festsetzung der Einzelstrafe für das Handeltreiben

sowie der Gesamtstrafe. Das Urteil des LG Ansbach und das Revisionsurteil des BGH sind daher in dem im Tenor bezeichneten Umfang aufzuheben, die Sache ist wegen der Notwendigkeit neuer tatrichterlicher Prüfung im Umfang der Aufhebung an das LG zurückzuverweisen.

OVG Münster, Beschl. v. 13.1.1999 - 5 B 2562/98 = NJW 1999, 2689 - Erkennungsdienstliche Behandlung eines Kindes

Leitsätze: 1. Auf § 14 I Nr. 2 NWPoIG können erkennungsdienstliche Maßnahmen zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten nur gestützt werden, soweit nicht die konkurrierende Vorschrift des § 81b Alt. 2 StPO anlässlich eines Strafverfahrens gegen einen "Beschuldigten" zur Gewinnung erkennungsdienstlicher Maßnahmen für präventivpolizeiliche Zwecke ermächtigt.

2. Die nach § 14 I Nr. 2 NWPoIG erforderliche Abwägung zwischen den öffentlichen und privaten Interessen hat bei Strafunmündigen auch das jugendliche Alter und die möglichen negativen Wirkungen für die weitere Entwicklung des Jugendlichen oder Kindes zu berücksichtigen.

Zum Sachverhalt: Der im Juli 1984 geborene Ast. begehrte die Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung seines Widerspruchs gegen die Anordnung von erkennungsdienstlichen Maßnahmen vom September 1998. Der Ag. begründete seine Anordnung mit dem dringenden Verdacht, der zur Tatzeit strafunmündige Ast. habe im März 1998 eine gleichaltrige Schülerin erheblich körperlich mißhandelt; auch anderen Personen gegenüber habe sich der Ast. äußerst gewalttätig verhalten. Das VG lehnte den Antrag nach § 80 V VwGO ab. Die wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassene Beschwerde blieb erfolglos.

[NJW 1999, 2690] Aus den Gründen: Das VG hat den Antrag auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes zu Recht abgelehnt.

Die gem. § 80 V VwGO vorzunehmende Abwägung zwischen dem privaten Interesse des Betroffenen, von der sofortigen Vollziehung bis zum Abschluß des Hauptsacheverfahrens verschont zu bleiben, und dem öffentlichen Interesse an rascher Durchsetzung der Anordnung, erkennungsdienstliche Maßnahmen zu dulden, fällt zu Lasten des Ast. aus.

Die angefochtene Verfügung leidet nicht an offensichtlichen Rechtsfehlern, die das öffentliche Interesse an ihrem sofortigen Vollzug von vornherein ausschließen würden. Es spricht vielmehr nach der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren allein möglichen summarischen Prüfung vieles dafür, daß die Anordnung von erkennungsdienstlichen Maßnahmen im Hauptsacheverfahren Bestand haben wird. Die Verfügung des Ag. findet ihre Rechtsgrundlage in § 14 I Nr. 2 NWPoIG. Danach kann die Polizei erkennungsdienstliche Maßnahmen vornehmen, wenn dies zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten erforderlich ist, weil der Betroffene verdächtig ist, eine Tat begangen zu haben, die mit Strafe bedroht ist und wegen der Art und Ausführung der Tat die Gefahr der Wiederholung besteht. Über ihren Wortlaut hinaus enthält diese Vorschrift zugleich auch die materiellen Grenzen für die Berechtigung, einmal aufgenommenes erkennungsdienstliches Material aufzubewahren, nämlich nur soweit und solange dies für die Zwecke des Erkennungsdienstes notwendig ist. Dieses Verständnis des § 14 I Nr. 2 NWPoIG verstößt auch unter Berücksichtigung der Entscheidung des BVerfG vom 15.12.1993 (BVerfGE 65, 1 ff) zu Umfang und Grenzen des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG) nicht gegen Verfassungsrecht (vgl. zur identischen Problematik im Zusammenhang mit § 81b Alt. 2 StPO Senatsurt. v. 4.3.1988 - 5 A 434/85, best. d. BVerwG, Buchholz 306 § 81b StPO Nr. 1; ebenso VG Mannheim, NJW 1987, 2762).

Auf § 14 I Nr. 2 NWPoIG können erkennungsdienstliche Maßnahmen zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten nur gestützt werden, soweit nicht die konkurrierende Vorschrift des § 81b Alt. 2 StPO anlässlich eines Strafverfahrens gegen einen "Beschuldigten" zur Gewinnung erkennungsdienstlicher Maßnahmen für präventivpolizeiliche Zwecke ermächtigt. § 14 I Nr. 2 NWPoIG enthält keine sich mit § 81b Alt. 2 StPO überschneidende Regelung, sondern ermächtigt nur zu solchen erkennungsdienstlichen Maßnahmen, die außerhalb von Strafverfahren von der Polizei zu präventiven Zwecken angefertigt werden. In Betracht kommen danach insbesondere Maßnahmen gegen Personen, die nicht "Beschuldigte" i.S. des § 81b Alt. 2 StPO sind, also z.B. Strafunmündige oder rechtskräftig Verurteilte (vgl. zur identischen Vorschrift des § 10 I Nr. 2 NWPoIG v. 25.3.1980 [GVNW, 234]: OVG Münster, DÖV 1983, 603 [604]; Fugmann, NJW 1981, 2227 ff.; Tegtmeier, PolGNRW, 8. Aufl. 1995, § 14 Rn. 10f.; für die gleichlautende Bestimmung im BayPAG [Art. 13 I Nr. 2 a.F. bzw. Art. 14 I Nr. 2 n.F.]: VGH München, NJW 1984, 2235 = BayVBl 1984, 272 [274]; 1993, 211 [212]; Berner/Köhler, PAG, 13. Aufl. 1994, Art. 14 Rn. 1). Dieses Verständnis des § 14 I Nr. 2 NWPoIG folgt sowohl aus der Entstehungsgeschichte der Norm als auch aus ihrer verfassungskonformen Auslegung. Die Vorläufervorschrift des § 23 III NWPoIG i.d.F. der Bekanntmachung vom 28.10.1969 (GVNW, 740) - NWPoIG 1969 - beschränkte ihren sachlichen Geltungsbereich ausdrücklich auf die von § 81b Alt. 2 StPO nicht erfaßten Fälle. Dieser Geltungsbereich sollte von § 10 I Nr. 2 NWPoIG vom 25.3.1980 (NWPoIG 1980 - GVNW, 234) (= § 14 I Nr. 2 NWPoIG, in der heutigen Fassung) nicht ausgedehnt werden. Der Gesetzgeber beabsichtigte vielmehr, § 23 III NWPoIG 1969 durch § 109 NWPoIG 1980 zu konkretisieren und die Bestimmung der Rechtsprechung zu § 81b StPO anzupassen. Dementsprechend hob die Gesetzesbegründung zu § 10 I Nr. 2 NWPoIG 1980 ausdrücklich die rechtskräftig Verurteilten und Strafunmündigen als von der Norm erfaßte Personengruppe hervor (LT-Dr 8/4080, S. 57). Die Entstehungsgeschichte trägt damit dem verfassungsrechtlich gebotenen

Vorrang des Bundesrechts vor Landesrecht (Art. 31 GG) Rechnung. Als nachkonstitutionelles, auf der konkurrierenden Gesetzgebungskompetenz des Bundes (Art. 74 Nr. 1 GG) beruhendes Bundesrecht (vgl. BVerwGE 66, 192 [197]) verdrängt § 81b Alt. 2 StPO inhaltlich übereinstimmendes Landesrecht.

Die Notwendigkeit der Anfertigung und Aufbewahrung von erkennungsdienstlichen Unterlagen gem. § 14 I Nr. 2 NWPoIG bemißt sich danach, ob der festgestellte, den Betroffenen belastende Sachverhalt nach kriminalistischer Erfahrung angesichts aller Umstände des Einzelfalls - insbesondere angesichts der Art, Schwere und Begehungsweise der dem Betroffenen zur Last gelegten Straftaten, seiner Persönlichkeit sowie unter Berücksichtigung des Zeitraums, währenddessen er strafrechtlich nicht (mehr) in Erscheinung getreten ist - Anhaltspunkte für die Annahme bietet, daß der Betroffene künftig mit guten Gründen als Verdächtiger in den Kreis potentieller Beteiligter an einer strafbaren Handlung einbezogen werden könnte und daß die erkennungsdienstlichen Unterlagen die dann zu führenden Ermittlungen fördern könnten, indem sie den Betroffenen überführen oder entlasten (vgl. zu § 81b StPO BVerwG, Buchholz 306, § 81b StPO Nr. 1 m.w.N.).

Der Schutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts (Art. 2 I i.V. mit Art. 1 I GG), der verfassungsrechtliche Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und der präventive Charakter der erkennungsdienstlichen Maßnahmen verlangen eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an einer effektiven Verhinderung und Aufklärung von Straftaten und dem Interesse des Betroffenen, entsprechend dem Menschenbild des Grundgesetzes nicht bereits deshalb als potentieller Rechtsbrecher behandelt zu werden, weil er sich irgendwie verdächtig gemacht hat oder angezeigt worden ist (vgl. Senatsurt. v. 25.6.1991 - 5 A 1257/90 - u. v. 29.11.1994 - 5 A 2234/93; Senatsbeschl. v. 14.7.1994 - 5 B 2686/93 - u. v. 16.10.1996 - 5 B 2205/96). Bei Strafunmündigen sind ferner das jugendliche Alter und die möglichen negativen Wirkungen für die weitere Entwicklung des Jugendlichen oder Kindes zu berücksichtigen.

Ausgehend von diesen Grundsätzen ist die Anordnung der erkennungsdienstlichen Behandlung nicht zu beanstanden. Auf die zutreffenden Ausführungen des VG, die durch das Beschwerdevorbringen nicht entkräftet worden sind, wird zur Vermeidung von Wiederholungen verwiesen. Der Ast. ist hinreichend verdächtig, eine mit Strafe bedrohte Tat begangen zu haben, die nur deshalb strafrechtlich nicht verfolgt werden konnte, weil der Ast. zur Tatzeit strafunmündig war. Aufgrund der vom VG zutreffend gewürdigten Zeugenaussagen ist davon auszugehen, daß der Ast. seine Mitschülerin T im März 1998 heftig gewürgt und auf brutale Weise in den Bauch und auf die Brust geboxt hat. Wenig später hat er die wehr- und hilflose Schülerin nochmals angegriffen. Diese erhebliche körperliche Mißhandlung i.S. des § 223 StGB wird durch das Attest des Kinderarztes H bestätigt, der bei der verletzten Schülerin Hämatome am Hals und Panikattacken mit Schreien und Zitteranfällen feststellte mit der Folge, daß sich die verletzte Schülerin einem mehrwöchigen stationären Aufenthalt in der Kinder- und Jugendpsychiatrie unterziehen mußte. Angesichts der detaillierten und glaubhaften Schilderung des Vorfalls im März 1998 durch den Zeugen A entbehrt die Einlassung des Ast., er habe in Notwehr gehandelt, bei der im Eilverfahren gebotenen summarischen Prüfung jeder Grundlage.

Das VG hat ferner zutreffend ausgeführt, daß wegen der Art und Ausführung der Tat die Gefahr der Wiederholung besteht. Der Zeuge A hat glaubhaft angegeben, daß es sich bei dem brutalen Vorgehen des Ast. gegen die Mitschülerin T nicht um einen Einzelfall gehandelt habe, sondern daß sich der Ast. bereits früher vielfach gewalttätig verhalten habe. Während des verwaltungsgerichtlichen Verfahrens hat sich der Ast. zudem erneut verdächtig gemacht, im Oktober 1998 eine Körperverletzung begangen zu haben. Diese Gesamtumstände rechtfertigen es, den Ast. mit guten Gründen als Verdächtigen in den Kreis potentieller Beteiligter an noch aufzuklärenden

[**NJW 1999, 2691**] Handlungen dieser oder ähnlicher Art einzubeziehen. Die zu erstellenden erkennungsdienstlichen Unterlagen sind auch geeignet, potentielle zukünftige Straftaten, insbesondere in Sachzusammenhängen, wie sie beim Ast. relevant geworden sind, aufklären zu helfen, indem sie zur Feststellung oder zum Ausschluß einer Tatbeteiligung beitragen können. Opfer von körperlichen Übergriffen des Ast. sind keineswegs nur Mitschüler, die ihn ohne erkennungsdienstliche Unterlagen identifizieren könnten. Vielmehr zeigt die zunächst nur gegen "Unbekannt" erhobene Strafanzeige wegen des Verdachts der Körperverletzung im Oktober 1998, daß ohne erkennungsdienstliche Unterlagen eine Aufklärung künftiger Taten schwierig wäre.

Die angeordnete erkennungsdienstliche Behandlung ist auch nicht deshalb unverhältnismäßig, weil lediglich - wie der Ast. zu Unrecht meint - "jugendtypische Rängeleien" in Rede stünden. Nach dem bislang vorliegenden Ermittlungsmaterial ist vielmehr davon auszugehen, daß der Ast. wiederholt äußerst brutal und gewalttätig gegen andere Personen vorgegangen ist und auch, wie der Zeuge A berichtet hat, "kleinere Erpressungen" begangen hat. Die Taten des Ast. übersteigen nach Schwere und Begehungsweise bei weitem unter Jugendlichen übliche, gelegentlich auch mit Verletzungen verbundene Raufereien. Angesichts des rücksichtslosen und brutalen Vorgehens des Ast. überwiegt das öffentliche Interesse an präventiven Maßnahmen zum Schutz vor künftigen Taten das private Interesse des Ast., nicht bereits als Strafunmündiger als potentieller Rechtsbrecher behandelt zu werden.

Bei der weiteren, über die Erfolgsaussichten im Hauptsacheverfahren hinausgehenden Interessenabwägung überwiegt ebenfalls das öffentliche Interesse. Im Rahmen dieser Abwägung sind insbesondere die Schwere und Begehungsweise des Delikts, der Umfang des Schadens für die geschützten Rechtsgüter und für die Allgemeinheit, die Wiederholungsgefahr, die Schwierigkeit bei der Aufklärung des in Rede stehenden Deliktstyps, die Konkretisierung des gegen den Betroffenen gerichteten Verdachts sowie die Häufigkeit der Fälle, in denen der Betroffene einer Straftat verdächtig worden ist, zu berücksichtigen (vgl. Senatsbeschl. v. 14.7.1994 - 5 B 2686/93 - u. v. 16.10.1996 - 5 B 2205/96).

Der vom Ag. beabsichtigte Grundrechtseingriff ist zwar gravierend, aber dem Ast. zuzumuten, da die Wiederholungsgefahr angesichts des dem Ast. in der Vergangenheit zur Last gelegten Verhaltens - auch bereits für die Dauer eines eventuellen Hauptsacheverfahrens - als recht groß einzuschätzen ist und erhebliche Gefahren für die Geschädigten zu befürchten sind. Zudem ist die Aufklärung von Straftaten der in Rede stehenden Art ohne erkennungsdienstliche Unterlagen erschwert.

KG, Beschl. v. 31. 8. 2000 - (4) 1 Ss 161/00 = StV 2001, 260 - Zur Rechtmäßigkeit der Diensthandlung im Sinne des § 113 Abs. 3 S. 1 StGB (hier: vorläufige Festnahme gem. §§ 127, 163b StPO)

Aus den Gründen: Das AG Tiergarten in Berlin hat den Angekl. wegen Beleidigung in Tateinheit mit Körperverletzung und wegen Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte in Tateinheit mit Körperverletzung zu einer Gesamtgeldstrafe von 65 TS zu je 20 DM (Einzelstrafen von 30 und 50 TS) verurteilt. Auf die Berufung des Angekl. hat das LG Berlin ihn vom Vorwurf der Beleidigung in Tateinheit mit Körperverletzung freigesprochen und im übrigen die Berufung verworfen. Die form- und fristgerecht eingelegte Revision des Angekl. rügt die Verletzung sachlichen Rechts. Sie hat Erfolg.

1. Der Schuldspruch wegen Widerstandes gegen Vollstreckungsbeamte hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand, da die ihm zugrunde liegenden tatsächlichen Feststellungen des LG ungenügend sind. Denn die Straftat des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte (§ 113 Abs. 1 StGB) ist gem. § 113 Abs. 3 S. 1 StGB nicht strafbar, wenn die Diensthandlung, gegen die sich der Widerstand richtet, nicht rechtmäßig ist (vgl. Tröndle/Fischer, StGB 49. A., Rn. 10; von Bubnoff in LK, StGB, 11. A., Rn. 39; jew. zu § 113 StGB). Dabei gilt ein strafrechtlicher Rechtmäßigkeitsbegriff, der sich mit dem materiellrechtlichen nicht deckt, sondern bei dem es grundsätzlich nicht auf die Richtigkeit der Amtshandlung, sondern nur auf ihre formale Rechtmäßigkeit ankommt, also auf die sachliche und örtliche Zuständigkeit des handelnden Beamten zum Eingreifen, die gesetzlichen Förmlichkeiten, soweit solche vorgeschrieben sind, den vom zuständigen Vorgesetzten erteilten Auftrag und, soweit der Beamte nach eigenem Ermessen handelt, die Ordnungsmäßigkeit der Ermessensausübung. Dieser nach seiner ratio auf die Regelungsprobleme des § 113 StGB bezogene Rechtmäßigkeitsbegriff entspricht der Entstehungsgeschichte dieser Strafrechtsvorschrift, dem berechtigten rechtsstaatlichen Ordnungsbedürfnis, schützt die Vollzugsbeamten in ihrer Entschlußkraft bei der Amtsausübung und überläßt die Gefahr des unerlaubten Widerstandsleistens dem sie Ausübenden (vgl. BVerfGE 92, 191 [199 ff]; BGHSt 21, 334 [365] und 4, 161 [163 f]; KG NJW 1975, 887 [888] und GA 1975, 213; Tröndle/Fischer, Rn. 11; von Bubnoff in LK, Rn. 25; Eser in Schönke/Schröder, StGB, 25. A., Rn. 21; jew. zu § 113 StGB)

a) An der Gültigkeit dieses strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriffs hat sich entgegen der Auffassung der Revision durch die von ihr zit. Rspr. des BVerfG (a.a.O.; vgl. auch BVerfG StV 1993, 123) nichts geändert. Das BVerfG hatte nicht darüber zu befinden, ob dieser von den Strafgerichten im Rahmen ihrer Rspr. zu § 113 StGB entwickelte formelle Rechtmäßigkeitsbegriff in Übereinstimmung mit den Normen des Grundgesetzes steht, sondern zu entscheiden, ob die Verweigerung der Angaben der Personalien nach § 111 OWiG ohne materielle Rechtmäßigkeitsprüfung bezüglich der Aufforderung zur Personalienangabe geahndet werden kann. Dabei hat das BVerfG den strafrechtlichen Rechtmäßigkeitsbegriff ausführlich dargelegt und ihn im Rahmen seines eigentlichen Anwendungsbereiches sogar ausdrücklich anerkannt (BVerfGE 92, 191 [199 ff]).

b) Nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils wurde die Festnahme des Angekl. von Polizeibeamten auf Anordnung ihres Dienstvorgesetzten durchgeführt. In einem solchen Fall handelt ein Polizeibeamter stets dann rechtmäßig, wenn er einen von dem sachlich und örtlich zuständigen Vorgesetzten erteilten dienstlichen, nicht offensichtlich rechtswidrigen Be-

[StV 2001, 261] fehl im Vertrauen auf seine Rechtmäßigkeit in gesetzlicher Form vollzieht (vgl. OLG Köln StV 1982, 359; KG NJW 1972, 781; Tröndle/Fischer, Rn. 15 m.w.N.; von Bubnoff in LK, Rn. 35; jew. zu § 113 StGB). Die angeordnete Festnahme sollte ersichtlich der Gestellung eines zuvor bei der Begehung der Straftaten der Beleidigung und der Körperverletzung gegenüber einem Polizeibeamten beobachteten Täters dienen, wobei den mit der Festnahme beauftragten Polizeibeamten der Angekl. als dieser Täter beschrieben und gezeigt worden war. Gleichgültig, ob es sich dabei um eine Festnahme zur Identitätsfeststellung gem. §§ 127 Abs. 1 S. 2, 163b Abs. 1 StPO oder wegen Fluchtgefahr gem. § 127 Abs. 1 S. 1 StPO handelte, hing die Rechtmäßigkeit der Diensthandlung i.S.d. § 113 StGB von der Beobachtung der bei ihr einzuhaltenden wesentlichen Förmlichkeiten ab, wobei ein wichtiger Hinweis darauf, daß eine vorgeschriebene Förmlichkeit wesentlich ist, ihre Anordnung in einem Gesetz ist, doch bedarf es auch in einem solchen Fall nach Inhalt und Sinn der Formvorschrift der Prüfung, ob es sich um eine die Rechtmäßigkeit hoheitlichen Handelns berührende Bestimmung handelt oder lediglich um eine bloße Ordnungsvorschrift. Ob eine Förmlichkeit wesentlich ist, ist dabei regelmäßig danach zu beurteilen, ob sie für die Wahrung der dem Betroffenen zustehenden Rechte unentbehrlich ist (vgl. BGHSt 4, 161 [164]; 5, 93 [94]; 21, 334 [365]; KG GA 1975, 213 [214] und NJW 1975, 887 [888]; BayObLG JZ 1980, 109; OLG Düsseldorf JMBI NW 1965, 271; OLG Schleswig OLGSt § 113 StGB Nr. 2; OLG Koblenz OLGSt S. 58; Eser in Schönke/Schröder, Rn. 26; von Bubnoff in LK, Rn. 30; Tröndle/Fischer, Rn. 13; Horn in SK, StGB, Rn. 11; jew. zu § 113 StGB). Sowohl bei der Festnahme des Angekl. wegen Fluchtverdachts als auch zur Identitätsfeststellung bedurfte es daher im vorliegenden Fall der Eröffnung des gegen ihn bestehenden Tatvorwurfs.

c) Bei einer Festnahme zur Identitätsfeststellung ist gem. § 163b Abs. 1 S. 1 Hs. 2 StPO i. V. m. § 163 a Abs. 4 S. 1 StPO bei Beginn der ersten Maßnahme zur Identitätsfeststellung zu eröffnen, welcher Tat im prozessualen Sinne (§ 264 StPO) er verdächtig erscheint. Diese Belehrung ist wesentliches Formerfordernis der Identitätsfeststellung, so daß ohne sie die auf § 163b StPO gestützten Maßnahmen grundsätzlich rechtswidrig sind. Eine Ausnahme gilt nur bei Gefährdung des Vollstreckungszwecks und in Fällen, in denen der Zweck der Identitätsfeststellung ohne weiteres auf der Hand liegt, wobei es nicht ausreicht, daß der Betroffene den Anlaß der ihn betreffenden Maßnahme zutreffend vermutet (vgl. OLG Düsseldorf NJW 1991, 580 und VRS 58, 398 [400]; OLG Köln StV 1982, 359 [360]; Eser in Schönke/Schröder, Rn. 26; von Bubnoff in LK, Rn. 30 b; jew. zu § 113 StGB; Achenbach in AK, StPO, Rn. 18; Wolke in SK, Rn. 29; Wache in KK, StPO, 4. A., Rn. 32; jew. zu § 163b StPO).

Ob dem Angekl. bei seiner Festnahme der gegen ihn bestehende Tatvorwurf eröffnet wurde, ist jedoch nach den Feststellungen des angefochtenen Urteils offen, nach denen ihm von dem Zeugen PM F. die Hand auf die Schulter gelegt und gesagt wurde, er sei vorläufig festgenommen und möchte bitte mitkommen. Einer der genannten Ausnahmefälle, in denen die Mitteilung des Tatvorwurfs entbehrlich sein könnte, lag offensichtlich nicht vor. Denn die Festnahme des Angekl. erfolgte etwa eine Stunde und zehn Minuten nach Begehung der ihm zugeordneten Straftat, nach Beendigung der nach den Urteilsfeststellungen offensichtlich genehmigten und insgesamt friedlich verlaufenen Demonstration und in einiger Entfernung vom Tatort. Dabei ist das Gericht auch den Angaben der Zeugen F. und S. gefolgt, »sie seien von einer schnellen und problemlosen Personalienüberprüfung ausgegangen, zumal sich das Bearbeiterfahrzeug höchstens sechs bis zehn Meter entfernt befunden habe« und »nichts an dem bis dahin beobachteten Verhalten des Angekl. habe darauf hingedeutet, daß mit Widerstand zu rechnen sei«. Eine Gefährdung des Vollstreckungszwecks bei Einhaltung der vorgeschriebenen wesentlichen Förmlichkeiten bestand demnach nicht.

d) Die Festnahme wegen Fluchtverdachts nach § 127 Abs. 1 S. 1 StPO ist zwar ein Realakt ohne Anordnung und bedarf weder einer bestimmten Form noch einer näheren Begründung. Dennoch muß dem von ihr Betroffenen grundsätzlich erkennbar gemacht werden, daß es sich um eine vorläufige Festnahme handelt und welche Tat dazu Anlaß gibt. Denn die als amtliche Entziehung der Freiheit erkennbare polizeiliche Maßnahme muß inhaltlich genügend bestimmt sein. Die Mitteilung des der Festnahme zugrunde liegenden Tatverdachts ist daher nur dann entbehrlich, wenn dieser dem von der Festnahme Betroffenen nach den Umständen des Falles völlig klar ist oder wenn sonst der Erfolg der Maßnahme gefährdet wäre (vgl. OLG Oldenburg NJW 1966, 1764 [1765]; BayObLGSt 1960, 66 [67]; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 44. A., Rn. 12; Pfeiffer, StPO, 2. A., Rn. 6; Krause in AK, StPO, Rn. 12; Lemke in HK, StPO, 2. A., Rn. 10; jew. zu § 127 StPO). Ein solcher Ausnahmefall war hier, wie bereits unter c) dargelegt, nicht gegeben.

2. Das Urteil war daher aufzuheben und die Sache nach § 354 Abs. 2 StPO zu neuer Verhandlung und Entscheidung an eine andere StrK des LG zurückzuverweisen. Ein Freispruch vom Tatvorwurf des Widerstands gegen Vollstreckungsbeamte durch den Senat konnte nicht erfolgen, da dieser nach § 354 Abs. 1 StPO nur in Betracht kommt, wenn die bisher getroffenen Feststellungen vollständig und fehlerfrei sind und daher auszuschließen ist, daß eine neue Hauptverhandlung noch Aufschlüsse zu erbringen vermag (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner, § 354 Rn. 3). Diese Voraussetzungen sind hier nicht erfüllt. Da das nach den lückenhaften Feststellungen des angefochtenen Urteils nicht auszuschließende Fehlen der Rechtmäßigkeit der Diensthandlung nicht nur den Straftatbestand nach § 113 StGB entfallen läßt, sondern die Unrechtmäßigkeit die Diensthandlung zugleich als rechtswidrigen Angriff qualifiziert, gegen den Notwehr unter den Voraussetzungen des § 32 StGB zulässig ist, war auch der Schuldspruch wegen Körperverletzung aufzuheben. Allerdings ist darauf hinzuweisen, daß bei gegebener Notwehrlage stets zu prüfen bleibt, ob die Art der Verteidigung nicht rechtsmißbräuchlich ist und daher als nicht geboten angesehen werden muß, wobei in Fällen, in denen der Vollstreckungsbeamte nicht offensichtlich bösgläubig oder amtsmißbräuchlich handelt, strenge Anforderungen an die Erforderlichkeit bzw. Gebotenheit der Abwehrhandlung zu stellen sind (vgl. von Bubnoff in LK, Rn. 40; Eser in Schönke/Schröder, Rn. 37; Tröndle/Fischer, Rn. 17; jew. zu § 113 StGB).

BGH, Urt. v. 25.10.2000 - 2 StR 232/00 (LG Köln) = BGHSt 46, 159 - Zu den Folgen rechtsstaatswidriger Verfahrensverzögerung

Leitsätze: 1. Die Ablaufhemmung des § 78b Abs. 3 StGB wird auch durch ein Prozeßurteil bewirkt, durch welches das Verfahren wegen Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK eingestellt wird.

2. Ein durch rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung bewirkter Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK kann in außergewöhnlichen Einzelfällen, wenn eine angemessene Berücksichtigung des Verstoßes im Rahmen einer Sachentscheidung bei umfassender Gesamtwürdigung nicht mehr in Betracht kommt, zu einem Verfahrenshindernis führen, das vom Tatrichter zu beachten und vom Revisionsgericht von Amts wegen zu berücksichtigen ist.

3. Im Prozeßurteil, durch welches das Verfahren wegen eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK in Verbindung mit dem Rechtsstaatsgrundsatz eingestellt wird, hat der Tatrichter sowohl die Verfahrenstatsachen als auch Feststellungen zum Schuldumfang des Angeklagten und die der Prognose über die weitere Verfahrensdauer zugrundeliegenden Tatsachen sowie die die Entscheidung tragende Gesamtwürdigung im einzelnen und in nachprüfbarer Weise darzulegen.

Zum Sachverhalt vgl. unten unter II.2.B (aaO S. 172)

[BGHSt 46, 160] Aus den Gründen: Das Landgericht hat das Verfahren gegen den Angeklagten wegen Betrugs in 60 Fällen und versuchten Betrugs in sieben Fällen durch Prozeßurteil eingestellt, weil einer Fortsetzung des Verfahrens eine rechtsstaatswidrige überlange Verfahrensdauer entgegenstehe. Die hiergegen eingelegte, vom Generalbundesanwalt nicht vertretene Revision der Staatsanwaltschaft rügt die Verletzung formellen und materiellen Rechts. Sie führt zur Aufhebung des Einstellungsurteils. ...

[BGHSt 46, 166] ... **II.** Ein Verfahrenshindernis läßt sich nicht abschließend feststellen.

1. Ein Verfahrenshindernis ergibt sich hier nicht aus dem Eintritt der Verfolgungsverjährung. ...

[BGHSt 46, 168] ... **2.** Der Senat kann nicht abschließend prüfen, ob sich hier aus der Verletzung des Beschleunigungsgebots ein zur Einstellung zwingendes Verfahrenshindernis ergibt.

a) Ein Verfahrenshindernis wird durch solche Umstände begründet, die es ausschließen, daß über einen Prozeßgegenstand **[BGHSt 46, 169]** mit dem Ziel einer Sachentscheidung verhandelt werden darf (BGHSt 32, 345 [350]; 36, 294 [295]; 41, 72 [75]; Rieß in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. § 206a Rn. 22; Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 44. Aufl. Einl. Rn. 143; Tolksdorf in KK 4. Aufl. § 206a Rn. 1; Pfeiffer, StPO 2. Aufl. § 206a Rn. 4 und in KK 4. Aufl. Einl. Rn. 131). Sie müssen so schwer wiegen, daß von ihrem Vorhandensein oder Nichtvorhandensein die Zulässigkeit des gesamten Verfahrens abhängig gemacht werden muß (BGHSt 35, 137 [140]). Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt die Verletzung des Beschleunigungsgebots grundsätzlich nicht zu einem solchen Verfahrenshindernis (BGHSt 21, 81; 24, 239; 27, 274; 35, 137 [140]; BGH NJW 1995, 737; 1996, 2739; BGH wistra 1993, 340; 1997, 347; BGH NStZ 1990, 94; 1996, 21; 1996, 506; 1997, 543; BGH StV 1992, 452 [453]; 1994, 652 [653]; BGH NStZ-RR 1998, 103 [104]; 108). Dies hat seinen Grund darin, daß die Tatsache und das Gewicht des Verstoßes nur in einer Gesamtabwägung und mit Blick auf die dem Verfahren zugrundeliegende Beschuldigung und das Maß des Verschuldens bestimmt werden können; diese Feststellung entzieht sich einer allein formellen Betrachtung. Das Bundesverfassungsgericht hat im Beschluß vom 24.11.1983 (NJW 1984, 967) darauf hingewiesen, die Auffassung, aus einer Verletzung des Beschleunigungsgebots könne in keinem Fall ein Verfahrenshindernis hergeleitet werden, begegne verfassungsrechtlichen Bedenken. Zugleich hat es klargestellt, daß ein unmittelbar aus dem Rechtsstaatsgebot des Grundgesetzes abzuleitendes Verfahrenshindernis allein dann in Betracht komme, wenn in extrem gelagerten Fällen, in welchen das Ausmaß der Verfahrensverzögerung besonders schwer wiegt und die Dauer des Verfahrens zudem mit besonderen Belastungen für den Beschuldigten einhergegangen ist, das Strafverfahrensrecht keine Möglichkeit zur Verfahrensbeendigung, z.B. durch Anwendung des § 153 StPO, zur Verfügung stellt. Im Beschluß vom 19.4.1993 (NJW 1993, 3254 ff.; vgl. auch BVerfG NJW 1995, 1277 [1278]) hat das Bundesverfassungsgericht ausgeführt, eine rechtsstaatswidrige Verfahrensverzögerung müsse sich, da die Strafe verhältnismäßig sein und in einem gerechten Verhältnis zu dem Verschulden des Täters stehen müsse, bei der Strafzumessung

[BGHSt 46, 170] auswirken, wenn sie nicht im Extrembereich zur Einstellung oder zum Vorliegen eines Verfahrenshindernisses führe.

Der Bundesgerichtshof hat in BGHSt 35, 137 im Falle eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK aufgrund einer willkürlichen, »außergewöhnlichen und beispiellosen Verzögerung« der Aktenvorlage nach § 347 StPO ein »Zurückverweisungsverbot« angenommen, das Verfahren abgebrochen und durch Urteil eingestellt. Dem lag die Besonderheit zugrunde, daß der Schuldspruch in dem außerordentlich umfangreichen und komplexen Verfahren von den tatsächlichen Feststellungen des Erstgerichts nicht getragen wurde, so daß das Urteil insgesamt hätte aufgehoben und die Sache zu neuer Verhandlung hätte zurückverwiesen werden müssen. Der Bundesgerichtshof ist in der genannten Entscheidung auf der Grundlage der tatrichterlichen - wenngleich unzureichenden - Feststellungen davon ausgegangen, daß eine neue Verhandlung auch zum Schuldspruch voraussichtlich erst nach Jahren zu einem Abschluß des Verfahrens führen und daher den Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK weiter vertiefen würde; eine Einstellung des Verfahrens nach § 153 StPO kam wegen Verweigerung der Zustimmung durch die Staatsanwaltschaft nicht in Betracht.

Entsprechend haben verschiedene Oberlandesgerichte einen Abbruch des Verfahrens aus rechtsstaatlichen Gründen für unabweisbar gehalten, wenn einer außergewöhnlichen, vom Beschuldigten nicht zu vertretenden und auf Versäumnisse der Justiz zurückzuführenden Verfahrensverzögerung, die den Beschuldigten unter Abwägung der Gesamtumstände des Einzelfalls, namentlich des Tatvorwurfs, des festgestellten oder voraussichtlich feststellbaren Schuldumfangs sowie möglicher Belastungen durch das Verfahren, in unverhältnismäßiger Weise belastet, im Rahmen einer Sachentscheidung keinesfalls mehr hinreichend Rechnung getragen werden kann (vgl. etwa OLG Zweibrücken NStZ 1989, 134; 1995, 49; OLG Düsseldorf NStZ 1993, 450; vgl. auch BGH StV 1995, 130 [131]). Ob das bei einer solchen Sachlage bestehende Verfolgungsverbot als stets von Amts wegen zu beachtendes Verfahrenshindernis zu verstehen ist (so etwa OLG Koblenz NJW 1994, 1887; OLG Zweibrücken NStZ 1989, 134; LG Düsseldorf NStZ 1988, 427; LG Bad Kreuznach NJW 1993, 1725), hat der **[BGHSt 46, 171]** Bundesgerichtshof bislang offen gelassen (BGHSt 35, 137 [143]; vgl. auch NJW 1996, 2739; BGH wistra 1993, 340; 1994, 21; BGH, Beschl. vom 16. August 1996 - 1 StR 745/95 [in BGHSt 42, 219 nicht abgedruckt]). In der Literatur ist die Frage umstritten; überwiegend wird die Annahme eines Verfahrenshindernisses auch in Extremfällen abgelehnt (vgl. etwa Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO Art. 6 EMRK Rn. 9; Rieß aaO § 206a Rn. 56; Paulus in KMR 8. Aufl. § 206a Rn. 35; Pfeiffer in KK 4. Aufl. Einl. Rn. 12 f., 131; jeweils m.w.N.).

Der Senat ist der Ansicht, daß das in ganz außergewöhnlichen Sonderfällen aus der Verletzung von Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK in Verbindung mit dem Rechtsstaatsgrundsatz folgende Verbot einer weiteren Strafverfolgung als Verfahrenshindernis zu behandeln und vom Tatrichter zu beachten ist; vom Revisionsgericht ist sein Vorliegen in diesen Fällen von Amts wegen zu berücksichtigen. Dem stehen weder der Zusammenhang mit dem materiell-rechtlichen Schuldgrundsatz

noch das Erfordernis entgegen, das Vorliegen des Hindernisses aufgrund einer umfassenden Gesamtwürdigung des Sachverhalts zu prüfen. Deren Notwendigkeit kann sich im Einzelfall auch bei der Prüfung anderer Verfahrensvoraussetzungen ergeben, etwa der des Vorliegens eines besonderen öffentlichen Interesses an der Strafverfolgung, des Nichteintritts der Verfolgungsverjährung oder des Eingreifens eines Straffreiheitsgesetzes. Im Hinblick auf die Bedeutung des in Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK kodifizierten Menschenrechts auf eine rechtsstaatliche Behandlung und Entscheidung über die erhobene strafrechtliche Anklage innerhalb angemessener Frist kann ein Verstoß hiergegen, wenn seine Kompensation im Rahmen einer Sachentscheidung nicht mehr in Betracht kommt, für die Zulässigkeit des weiteren Verfahrens keine geringeren Folgen haben als der Verjährungseintritt, der einer Sachentscheidung sogar unabhängig von der konkreten Tatschuld entgegensteht. Der Gesichtspunkt, daß Verfahrenshindernisse in der Regel - wengleich nicht stets - an objektiv feststellbare Tatsachen anknüpfen und nicht Ergebnis wertender Abwägungen sind (vgl. Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO Einl. Rn. 148 m.w.N.), tritt dem gegenüber dann zurück, wenn feststeht, daß für eine solche Abwägung aufgrund des Ge-
[BGHSt 46, 172] wichts des Verstoßes kein Raum bleibt. In diesem Fall würde eine Fortsetzung des Verfahrens allein zur Vertiefung des Grundrechtsverstoßes führen; dem steht das Rechtsstaatsprinzip entgegen.

b) Der Senat kann hier auf der Grundlage der Urteilsfeststellungen und des ihm zugänglichen Akteninhalts feststellen, daß ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK aufgrund einer vom Angeklagten nicht zu vertretenden überlangen Verfahrensdauer vorliegt: Das Verfahren dauert seit der erstmaligen Bekanntgabe an den Angeklagten bereits 13 1/2 Jahre an. Bis zum Schlußbericht der Kriminalpolizei vergingen mehr als fünf Jahre, in denen die Ermittlungen mehrfach ausgedehnt wurden, aber jedenfalls seit Ende 1988 offenbar wenig substantiellen Erkenntnisgewinn brachten. Erst im Dezember 1990 erfolgte die erste Vernehmung eines Tatbeteiligten; Vernehmungen der Vertriebsmitarbeiter, durch welche die täuschen- den Zusagen unmittelbar an die Geschädigten weitergegeben worden sein sollen, sind erst im Frühjahr 1992 durchgeführt worden. Zwischen dem Eingang des Schlußberichts der Kriminalpolizei vom 27.8.1992 und der Erhebung der Anklage am 27.7.1994, die im wesentlichen den Inhalt des Schlußberichts wiedergibt, vergingen zwei Jahre, in denen fast ausschließlich Verhandlungen mit verschiedenen Beschuldigten über Verfahrenseinstellungen geführt wurden. Zwischen dem Erlass des Eröffnungsbeschlusses am 21.11.1994 und der Terminierung der Hauptverhandlung am 11.12.1998 sind weitere vier Jahre vergangen, in denen außer der Einholung von Sachverständigengutachten zwischen April 1996 und März 1997 eine Verfahrensförderung nicht festzustellen ist. Eine durch das Verhalten des Angeklagten verursachte Verzögerung des Verfahrens liegt nicht vor; die Verzögerungen sind vielmehr, soweit dies dem Schreiben des Präsidenten des Landgerichts Köln vom 30.8.1999 an den Vorsitzenden der Wirtschaftsstrafkammer und dem Inhalt der Verfahrensakte entnommen werden kann, jedenfalls seit Eingang der Anklageschrift allein auf organisatorische Gründe im Bereich der Justiz zurückzuführen.

Auch wenn die Feststellung einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung jedenfalls dann nicht allein auf den insgesamt abgelaufenen Zeitraum gestützt werden kann, wenn dem Verfahren

[BGHSt 46, 173] ein komplexer Sachverhalt zugrunde liegt, dessen Beurteilung umfangreiche und aufwendige Ermittlungen erforderlich macht (vgl. BVerfG NJW 1984, 967; 1993, 3254 [3255]; BGH wistra 1993, 340; BGHR EMRK Art. 6 I Verfahrensverzögerung 5, 6, 8, 9), so ist doch hier angesichts des Umstands, daß die Grenze der absoluten Verjährung inzwischen um mehr als drei Jahre überschritten wäre und das Verfahren seit Anklageerhebung mindestens fünf Jahre lang aus allein im Bereich der Justiz liegenden Gründen nicht gefördert wurde, ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK gegeben. Entgegen der Auffassung des Landgerichts lag dieser auch bereits zu Beginn der Hauptverhandlung vor; die Annahme, er sei erst nach Beginn der Hauptverhandlung, die an durchschnittlich zwei Tagen pro Woche stattfand, oder gerade durch diese eingetreten, trifft nicht zu.

c) Das Landgericht hat den Abbruch der Hauptverhandlung auf die rechtliche Erwägung gestützt, die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK vor demjenigen Zeitpunkt, in welchem eine verfahrensabschließende Sachentscheidung ergehen kann, führe jedenfalls dann zwangsläufig zum Eintritt eines Verfahrenshindernisses, wenn die weitere Dauer des Verfahrens nicht absehbar ist, weil eine bewußte Vertiefung der Rechtsverletzung durch Fortsetzung der Hauptverhandlung - allein mit Blick auf eine spätere Kompensation bei der Rechtsfolgenentscheidung - ihrerseits mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar wäre. Die Urteilsausführungen hierzu setzen im Ergebnis die Feststellung des Verstoßes mit der Notwendigkeit des Verfahrensabbruchs gleich; das ergibt sich auch aus der Annahme des Landgerichts, bis zum Beginn der Hauptverhandlung habe ein Verstoß gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK noch nicht vorgelegen. Diese Auffassung ist nicht zutreffend. Die Feststellung eines gravierenden Verfahrensverstoßes führt auch in sonstigen Fällen - etwa bei unzulässiger Tatprovokation durch polizeiliche V-Leute, bei Verstößen gegen § 136a StPO oder gegen das rechtsstaatliche Gebot des »fair trial« - nicht zur Undurchführbarkeit des Verfahrens. Auch der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat bei einer Verletzung des Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK nicht etwa einen Abbruch des Verfahrens gefordert, sondern eine Verpflichtung des Mitgliedsstaats festge-

[BGHSt 46, 174] stellt, die Rechtsverletzung in Anwendung des nationalen Rechts in angemessener Weise zu kompensieren (vgl. EGMR, Urt. vom 15. Juli 1982 EuGRZ 1983, 371). Dem entspricht der auch in BGHSt 35, 137 [140 ff.] hervor- gehobene Grundsatz, daß weder die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK noch die Entscheidung darüber, in welcher Weise sich dieser Verstoß auf das Verfahrensergebnis auswirken muß, unabhängig von den Umständen des Einzelfalles, namentlich auch vom Maß der Schuld des Angeklagten möglich ist. Ob ein festgestellter Verstoß so gewichtig ist, daß eine Kompensation im Rahmen einer Sachentscheidung nicht mehr in Betracht kommt, und er daher der

Weiterführung des Verfahrens insgesamt entgegensteht, kann regelmäßig nicht ohne tatsächliche Feststellungen zur Tatschuld des Angeklagten beurteilt werden.

Das Landgericht hat hierzu, wie die Revision zutreffend hervorhebt, keine für das Revisionsgericht nachprüfbaren Feststellungen getroffen. Ergebnisse der mehr als 40 Verhandlungstage umfassenden Beweisaufnahme sind in den Urteilsgründen nicht mitgeteilt; diese erschöpfen sich vielmehr in einer Darstellung der Verfahrensgeschichte sowie rechtlichen Ausführungen zum Vorliegen einer rechtsstaatswidrigen Verfahrensverzögerung. Das Urteil enthält auch keine Feststellungen darüber, aus welchen Gründen es dem Landgericht nicht möglich war festzustellen, ob die Tatbestandsvoraussetzungen des Betrugs vorliegen. Die Ausführungen des Landgerichts zum Verschulden des Angeklagten, dieses sei »nicht übermäßig groß«, »jedenfalls gering«, eine Verfahrenseinstellung nach § 153a StPO gegen Zahlung eines Geldbetrags von mindestens 1,5 Mio. DM, wie es die Staatsanwaltschaft gefordert habe, werde »der bisher durchgeführten Beweisaufnahme in keiner Weise gerecht«, finden in den Urteilsfeststellungen keine Grundlage; der Senat kann aufgrund des Fehlens tatsächlicher Feststellungen die rechtliche Bewertung durch das Landgericht nicht überprüfen.

Dies gilt gleichermaßen für die nur lückenhaft mitgeteilten Verfahrenstatsachen. Die Urteilsgründe geben keinen Aufschluß darüber, auf Grundlage welcher bisherigen Beweisergebnisse das Landgericht zu der Ansicht gelangt ist, eine Sachentscheidung sei

[BGHSt 46, 175] »unter Umständen« nicht vor dem Ende des Jahres 2001 möglich. Insoweit wird nur pauschal erwähnt, es sei noch »eine Vielzahl von weiteren Zeugen, die zum Teil im Ausland aufhältig sind, und weitere Sachverständige zu hören«; hinsichtlich sieben Fällen sei die Erstellung eines neuen Sachverständigengutachtens erforderlich. Hieraus ergibt sich nicht mit einer vom Revisionsgericht überprüfaren Deutlichkeit, welche tatsächlichen Hindernisse hier die vom Landgericht prognostizierte weitere Verfahrensdauer von mehr als zwei Jahren begründen könnten.

Indem das Landgericht sich in dem angefochtenen Urteil weitgehend auf die Ausführung rechtlicher Wertungen beschränkt, von der Mitteilung der diesen zugrundeliegenden tatsächlichen Feststellungen jedoch absieht, entzieht es dem Revisionsgericht zugleich die Grundlage für eine rechtliche Überprüfung. Dem Senat ist es - anders, als dies der Entscheidung BGHSt 35, 137 zugrunde lag - aufgrund des gänzlichen Fehlens tatsächlicher Feststellungen nicht möglich zu beurteilen, ob die Umstände des Einzelfalls angesichts der überlangen Verfahrensdauer und des vom Angeklagten nicht zu vertretenden Verstoßes gegen das Beschleunigungsgebot hier einen Extremfall begründen, in welchem der Verstoß weder durch eine Berücksichtigung im Rahmen der Strafzumessung - ggf. unter Anwendung von § 59 StGB - noch etwa durch Einstellung nach § 153a oder § 153 StPO hinreichend ausgeglichen werden kann.

Der rechtsfehlerhafte Verzicht auf nachprüfbare Tatsachenfeststellungen muß daher zur Aufhebung des Urteils führen. Die Prüfung aufgrund des dem Senat auch ohne Verfahrensrüge zugänglichen Akteninhalts erlaubt hier zwar die Feststellung eines Verstoßes gegen Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK, nicht aber eine Entscheidung, ob unter Berücksichtigung aller Umstände des Falls, insbesondere auch des dem Angeklagten zuzurechnenden Schuldumfangs, eine Verfahrenseinstellung in Fortentwicklung der Grundsätze in BGHSt 35, 137 erfolgen muß. Tatrichterliche Feststellungen zum Schuldumfang kann das Revisionsgericht nicht selbst treffen; der Tatrichter hat sie, wenn er den Eintritt eines Verfahrenshindernisses wegen überlanger Verfahrensdauer bejaht, im Einstellungsurteil ebenso wie die Verfahrenstatsachen und die der Prognose [BGHSt 46, 176] über die voraussichtliche weitere Verfahrensdauer zugrundeliegenden Tatsachen in nachprüfbarer Weise darzulegen. Andernfalls bestünde die Gefahr, daß sich das Tatgericht insbesondere bei schwierigen und umfangreichen Verfahren durch nicht begründete und daher auch nicht überprüfbare Prozeßentscheidungen der Aufgabe entheben könnte, auch solche Verfahren bei straffer Verfahrensführung und angemessener Beschränkung des Prozeßstoffs in vertretbarer Zeit einer Sachentscheidung zuzuführen.

Nach dem Akteninhalt kommt vorliegend bei der gebotenen zügigen Sachbehandlung eine Berücksichtigung des Verstoßes im Rahmen einer Rechtsfolgeentscheidung durchaus noch in Betracht.

BGH, Beschl. v. 26.10.2000 - 3 StR 6/00 (AG Delmenhorst, OLG Oldenburg) = BGHSt 46, 178 - Anspruch auf kostenlosen Dolmetscher nach Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK

Leitsätze: Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK räumt dem der Gerichtssprache nicht kundigen Angeklagten (Beschuldigten) unabhängig von seiner finanziellen Lage für das gesamte Strafverfahren und damit auch für vorbereitende Gespräche mit einem Verteidiger einen Anspruch auf unentgeltliche Zuziehung eines Dolmetschers ein, auch wenn kein Fall der notwendigen Verteidigung im Sinne des § 140 StPO oder des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK gegeben ist.

Einem Angeklagten ist daher nicht allein deswegen ein Pflichtverteidiger beizuordnen, weil er die deutsche Sprache nicht beherrscht und wegen seiner Mittellosigkeit nicht in der Lage ist, die Kosten für einen Dolmetscher aufzubringen.

Aus den Gründen: ... [BGHSt 46, 180] ... **II.1.** ... Bestehen beim Angeklagten sprachbedingte Verständigungsschwierigkeiten, so kann dies zwar dazu führen, daß die Bestellung eines Verteidigers unter dem Gesichtspunkt der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage eher geboten sein kann, als dies sonst der Fall ist (BVerfGE 64, 135 [150] m.w.N.). Ausnahmslos trifft dies indessen nicht zu.

2. Die vom vorlegenden Gericht dem Senat zur Entscheidung unterbreitete Rechtsfrage ist auf die besondere Fallgestaltung beschränkt, daß die des Deutschen nicht mächtigen Angeklagten nicht über die finanziellen Mittel verfügen, um die

Kosten für einen Dolmetscher (gemeint: zur Verständigung mit einem Wahlverteidiger außerhalb der Hauptverhandlung) aufzubringen. Hierauf kommt es für die Entscheidung des Oberlandesgerichts jedoch nur dann an, wenn nicht - unabhängig von der Tatschwere und der Schwierigkeit der Sach- oder Rechtslage - allein schon die Sprachunkundigkeit eines Angeklagten stets seine Fähigkeit, sich selbst gegen den Tatvorwurf zu verteidigen, ausschließt (§ 140 Abs. 2 Satz 3 Alt. 3 StPO) und es daher in einem derartigen Fall, wenn ein Wahlverteidiger nicht mandatiert wurde, unabhängig von den finanziellen Verhältnissen des Angeklagten stets zur Beiordnung eines Pflichtverteidigers kommen muß (so teilweise das Schrifttum: Lüderssen in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. § 140 Rn. 80 f.; Molketin AnwBl 1980, 442 [448]; nicht eindeutig Strate StV 1981, 46 ff. und Oellerich StV 1981, 434 [438 f.]). Auch dies hat das vorliegende Gericht indessen in vertretbarer Weise verneint.

[BGHSt 46, 181] Seine Auffassung, die Schwierigkeiten, die sich einem sprachunkundigen Angeklagten im Strafverfahren stellen, könnten im Einzelfall allein schon durch die Teilnahme eines Dolmetschers an der Hauptverhandlung ausgeglichen werden, und ein derartiger Fall sei in vorliegender Sache gegeben, ist nachvollziehbar. Denn insbesondere im Bereich der Kleinkriminalität sind etwa bei geständigem Angeklagten oder einfacher Beweislage ohne weitere Fallkonstellationen denkbar, in denen den Verteidigungsbedürfnissen des sprachunkundigen Angeklagten allein schon durch die Übersetzungsleistungen eines Dolmetschers in der Hauptverhandlung in vollem Umfang genügt werden kann (Basdorf in Gedächtnisschrift für Karlheinz Meyer S. 19 [31]).

Die Ansicht des vorlegenden Gerichts weicht in diesem Punkt daher auch nicht von der Rechtsprechung der übrigen Obergerichte ab. Denn soweit dort nicht die finanzielle Unfähigkeit des Angeklagten, einen für die Verständigung mit einem (Wahl-)Verteidiger außerhalb der Hauptverhandlung notwendigen Dolmetscher zu entlohnen, als allein entscheidender Umstand für die Notwendigkeit der Beiordnung eines Pflichtverteidigers angesehen wurde (vgl. KG StV 1985, 184 [185]; 1986, 239; anders aber KG NStZ 1990, 402 ff.; OLG Zweibrücken StV 1988, 379; BayObLG StV 1990, 103), waren stets weitere Umstände neben den Verständigungsschwierigkeiten des Angeklagten maßgeblich dafür, daß im Einzelfall die Bestellung eines Pflichtverteidigers nach § 140 Abs. 2 Satz 1 StPO als geboten angesehen wurde.

3. Die Vorlegungsfrage bedarf der Präzisierung. ... Aus diesem Grund formuliert der Senat die zu beantwortende Frage wie folgt:

[BGHSt 46, 182] »Ist einem Angeklagten allein deswegen ein Pflichtverteidiger beizuordnen, weil er die deutsche Sprache nicht beherrscht und wegen seiner Mittellosigkeit die Kosten für einen Dolmetscher nicht aufzubringen vermag?«

III. Diese Frage ist zu verneinen.

1. Wie bereits dargelegt, beruhen die unterschiedlichen Rechtsmeinungen des Bayerischen Obersten Landesgerichts und des vorlegenden Gerichts im Kern nicht auf einer abweichenden Auslegung der in § 140 Abs. 2 Satz 1 StPO normierten tatbestandlichen Voraussetzungen einer notwendigen Verteidigung.

Aus den Gründen des Beschlusses des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 20. Dezember 1989 (StV 1990, 103) und insbesondere der dort als Beleg zitierten Entscheidung des Kammergerichts in StV 1985, 184 f. (aufgegeben durch KG NStZ 1990, 402) ergibt sich vielmehr, daß das Bayerische Oberste Landesgericht unabhängig von den in § 140 Abs. 2 Satz 1 StPO umschriebenen Voraussetzungen die Bestellung eines Pflichtverteidigers in analoger Anwendung dieser Vorschrift für geboten erachtete, um dem dortigen Angeklagten ein faires, rechtsstaatliches Verfahren zu gewährleisten. Dem liegt ersichtlich die Auffassung zugrunde, daß das durch Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK gewährleistete Recht eines der Gerichtssprache nicht kundigen Angeklagten, die unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers zu verlangen, auch für vorbereitende Gespräche mit einem Wahlverteidiger gelte; da aber das deutsche Kostenrecht lediglich für den gerichtlich bestellten Anwalt über § 97 Abs. 2 Satz 1 und 2, § 126 BRAGO die Erstattung der notwendigen Auslagen ermögliche, die für die erforderliche Zuziehung eines Dolmetschers zu Gesprächen zwischen dem Verteidiger und dem Angeklagten außerhalb der Hauptverhandlung anfallen, sei die Bestellung eines Verteidigers geboten, um dem Angeklagten die durch Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK garantierte Unentgeltlichkeit auch dieser Dolmetschertätigkeit zu sichern (so auch Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 44. Aufl. § 140 Rn. 32 und Art. 6 EMRK Rn. 25; Laufhütte in KK 4. Aufl. § 140 Rn. 25; Pfeiffer, StPO 2. Aufl. § 140 Rn. 7).

Demgegenüber ist das vorliegende Gericht der Ansicht, daß der Anspruch des sprachunkundigen Angeklagten auf unentgeltliche

[BGHSt 46, 183] Zuziehung eines Dolmetschers zu vorbereitenden Gesprächen mit einem Verteidiger nicht weiter gehe als ein Anspruch auf Beiordnung eines Pflichtverteidigers. Sei eine solche nach § 140 StPO nicht geboten und damit auch nicht im Sinne des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK im Interesse der Rechtspflege erforderlich, bedürfe es der unentgeltlichen Zurverfügungstellung eines Dolmetschers für vorbereitende Gespräche mit einem Verteidiger auch dann nicht, wenn der Angeklagte mittellos sei (so auch OLG Düsseldorf NJW 1989, 677 f. = StV 1992, 363 f. m. Anm. Wolf; OLG Hamm NStZ 1990, 143 [144]; StV 1995, 64 [65]; OLG Köln NJW 1991, 2223 [2224]; OLG Koblenz MDR 1994, 1137; Basdorf aaO S. 30 ff).

2. Entgegen der Auffassung des vorlegenden Gerichts räumt Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK dem der Gerichtssprache nicht mächtigen Angeklagten (Beschuldigten) unabhängig von seiner finanziellen Lage für das gesamte Strafverfahren und damit auch für vorbereitende Gespräche mit einem Verteidiger einen Anspruch auf unentgeltliche Zuziehung eines Dolmetschers ein, auch wenn kein Fall der notwendigen Verteidigung im Sinne des § 140 StPO oder des Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK gegeben ist (a); indessen ist es zur Gewährleistung der Unentgeltlichkeit nicht erforderlich, dem Angeklagten einen Pflichtverteidiger beizuordnen (b).

a) Der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte hat in seinem Urteil v. 23.10.1978 (NJW 1979, 1091) nicht nur festgestellt, daß das in Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK gewährleistete Recht auf unentgeltliche Beiziehung eines Dolmetschers für jedermann, der die Verhandlungssprache des Gerichts nicht spricht oder versteht, den Anspruch auf unentgeltlichen Beistand eines Dolmetschers einschließt, ohne daß im Nachhinein Zahlung der dadurch verursachten Kosten von ihm verlangt werden darf. Er hat darüber hinaus auch dargelegt, daß sich dieser Anspruch nicht nur auf den in der Hauptverhandlung tätigen Dolmetscher beziehe, sondern für das gesamte Verfahren gelte und sicherstelle, daß dem sprachunkundigen Angeklagten sämtliche Schriftstücke und mündliche Erklärungen in dem gegen ihn geführten Verfahren übersetzt werden, auf deren Verständnis er angewiesen ist, um ein faires Verfahren zu haben (aaO S. 1092).

[BGHSt 46, 184] Den vom Gerichtshof aufgestellten Grundsätzen ist der allgemeine Gedanke zu entnehmen, daß nach den Maßstäben der EMRK der Anspruch des der Gerichtssprache nicht kundigen Angeklagten auf ein faires, rechtsstaatliches Verfahren es gebietet, ihm nicht nur alle ihm gegenüber vorgenommenen, maßgeblichen schriftlichen und mündlichen Verfahrensakte kostenlos in einer ihm verständlichen Sprache bekannt zu geben, sondern es ihm auch zu ermöglichen, alle von ihm in Ausübung seiner strafprozessualen Rechte abgegebenen mündlichen und schriftlichen Erklärungen unentgeltlich in die Gerichtssprache übertragen zu lassen, soweit dies zur Wahrnehmung dieser Rechte erforderlich ist. Dies folgt aus dem Zweck des Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK, zur Gewährleistung eines fairen Verfahrens im Sinne des Art. 6 Abs. 1 EMRK alle Nachteile auszuschließen, denen ein Angeklagter, der die Gerichtssprache nicht versteht oder sich nicht in ihr ausdrücken kann, im Vergleich zu einem dieser Sprache kundigen Angeklagten ausgesetzt ist (Vogler EuGRZ 1979, 640 [643]; Meyer ZStW 93, 507 [521]; s. auch Art. 14 EMRK, Art. 3 Abs. 3 GG). Er hat daher auch keine Kosten zu tragen, die auf einen der Gerichtssprache mächtigen Angeklagten nicht zukommen können; denn diese Mehrbelastung würde nicht nur zu einer Ungleichbehandlung bei der staatlichen Rechtsgewährung führen (Vogler ZStW 89, 761 [790]; EuGRZ aaO), sondern wäre auch geeignet, das Verteidigungsverhalten des sprachunkundigen Angeklagten im Hinblick auf eventuelle Kostenfolgen nachteilig zu beeinträchtigen (EKMR NJW 1978, 477; Vogler EuGRZ aaO).

Danach hat der sprachunkundige Angeklagte gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK Anspruch darauf, daß alle seine schriftlichen und mündlichen Verfahrenserklärungen, die strafprozessual vorgesehen sind, für ihn unentgeltlich in die Gerichtssprache übersetzt werden, insbesondere wenn das nationale Recht, wie etwa § 184 GVG, die Wirksamkeit der Erklärung davon abhängig macht, daß sie in der Gerichtssprache abgegeben wird (vgl. dazu BGHSt 30,182). Verfahrenserklärungen des Angeklagten sind nach deutschem Strafprozeßrecht aber nicht nur im Rahmen mündlicher Vernehmungen und Verhandlungen vorgesehen, für die schon vom Gericht oder den Ermittlungsbehörden ein Dolmetscher zu

[BGHSt 46, 185] zuziehen ist, wenn der Angeklagte die deutsche Sprache nicht beherrscht (§ 185 Abs. 1 Satz 1 GVG). Vielmehr hat der Beschuldigte auch außerhalb mündlicher Verhandlungen oder sonstiger Termine das Recht, aus eigenem Entschluß schriftlich und mündlich verfahrensrelevante Erklärungen abzugeben. So hat er nach Zustellung der Anklage die Möglichkeit, die Vornahme einzelner Beweiserhebungen zu beantragen oder Einwendungen gegen die Eröffnung des Hauptverfahrens vorzubringen (§ 201 Abs. 1 StPO). Er kann bereits vor der Hauptverhandlung Beweisanträge stellen (§ 219 Abs. 1 Satz 1 StPO). Wird er verurteilt, hat er die Befugnis, schriftlich oder zu Protokoll der Geschäftsstelle Berufung einzulegen (§ 314 Abs. 1 StPO), und kann das Rechtsmittel auch begründen (§ 317 StPO). Ähnliches gilt für das Rechtsmittel der Revision mit der Einschränkung, daß die Revisionsbegründung von ihm nur zu Protokoll der Geschäftsstelle begründet werden kann, wenn er insoweit keinen Rechtsanwalt zuzieht (§§ 341 Abs. 1, 344 Abs. 1, 345 Abs. 2 StPO). Für all diese gesetzlich vorgesehenen Erklärungen garantiert Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK die unentgeltliche Übertragung in die Gerichtssprache, wenn der Beschuldigte diese nicht beherrscht.

Zu den strafprozessualen Rechten des Angeklagten zählt insbesondere seine Befugnis, sich in jeder Verfahrenslage des Beistands eines Verteidigers zu bedienen (§ 137 Abs. 1 Satz 1 StPO, Art. 6 Abs. 3 lit. c EMRK). Ein des Deutschen nicht mächtiger Angeklagter kann dieses Recht in effektiver Weise nur wahrnehmen, wenn ihm eine Verständigung mit dem Verteidiger möglich ist. Abgesehen von dem besonderen Fall, daß der Verteidiger die Muttersprache des Angeklagten beherrscht, ist hierzu die Zuziehung eines Dolmetschers erforderlich. Mit den hierfür anfallenden Kosten darf der Angeklagte gemäß Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK ebenfalls nicht belastet werden. Denn auch das Gespräch zwischen Angeklagtem und Verteidiger zur Vorbereitung der Verteidigung besteht aus Erklärungen, die im Rahmen des Strafverfahrens abgegeben werden. Soweit demgegenüber die Ansicht vertreten wird, Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK beschränke die Unentgeltlichkeit der Dolmetscherleistung auf »Prozeßhandlungen des Beschuldigten oder gegenüber dem Beschuldigten« (Wolf StV 1992, 364,

[BGHSt 46,186] 367) oder auf die (durch Ermittlungsbehörden oder Gerichte) angeordnete Anwesenheit eines Dolmetschers (etwa OLG Düsseldorf NJW 1980, 2655; NStZ 1986, 128; LG Berlin AnwBl 1980, 30), wird dies weder der Stellung des Angeklagten als Verfahrenssubjekt noch der des mit der Verteidigung beauftragten Rechtsanwalts als unabhängigem Organ der Rechtspflege (§ 1 BRAO) gerecht. Ebensowenig wie dem Beschuldigten für Termine bei der Staatsanwaltschaft Dolmetscherkosten überbürdet werden dürfen (vgl. die Regelungen in § 464 c StPO und Nr. 9005 Kostenverzeichnis zum GKG), darf er mit den Kosten belastet werden, die für die notwendige Zuziehung eines Dolmetschers zu Gesprächen mit dem Verteidiger anfallen, und zwar unabhängig von seiner finanziellen Lage (EKMR NJW 1978, 477).

b) Zur umfassenden Gewährleistung des Anspruchs des der Gerichtssprache nicht kundigen Angeklagten aus Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK ist es nicht erforderlich, ihm einen Pflichtverteidiger zu bestellen. Die Auffassung, die Beiordnung sei notwendig, weil nach § 97 Abs. 2 Satz 1 und 2, § 126 BRAGO eine Erstattung der Dolmetscherkosten nur für Gespräche zwischen Angeklagtem und Pflichtverteidiger gesetzlich vorgesehen sei, greift zu kurz.

Sie vermag schon nicht zu erklären, wie der sprachunkundige Angeklagte von den Kosten freigestellt werden soll, die für die Übersetzung solcher Verfahrenserklärungen anfallen, die er unabhängig von der Zuziehung eines Verteidigers außerhalb mündlicher Verhandlungen oder sonstiger anberaumter Termine eigenständig abgeben kann (s. oben), und müßte daher insoweit einen Konventionsverstoß in Kauf nehmen, solange der Gesetzgeber nicht eingreift (vgl. Gollwitzer in Löwe/Rosenberg, StPO 24. Aufl. Art. 6 EMRK Rn. 244).

Sie übersieht aber auch den Gesichtspunkt der Einheitlichkeit der Rechtsordnung. Die EMRK steht innerstaatlich im Rang eines einfachen Bundesgesetzes (Kleinknecht/Meyer-Goßner aaO vor Art. 1 EMRK Rn. 3 m.w.N.). Wenn sie in Art. 6 Abs. 3 lit. e dem Angeklagten die unentgeltliche Zuziehung eines Dolmetschers in dem dargestellten Umfang garantiert, kann die Erfüllung dieser Garantie nicht davon abhängen, daß daneben im anderweitigen Bundesrecht einfachgesetzliche kostenrechtliche Bestim-

[BGHSt 46, 187] mungen vorhanden sind, die die Freistellung des Angeklagten von den Dolmetscherkosten oder deren Erstattung ausdrücklich regeln (vgl. Gollwitzer aaO). Vielmehr ist der entsprechende Anspruch des Angeklagten direkt aus Art. 6 Abs. 3 lit. e EMRK abzuleiten und durch eine konventionskonforme - ergänzende - Auslegung der bestehenden Kostennormen auszufüllen. Denn es ist nicht anzunehmen, daß der Gesetzgeber, sofern er dies nicht klar bekundet hat, von völkerrechtlichen Verpflichtungen der Bundesrepublik Deutschland abweichen oder die Verletzung solcher Verpflichtungen ermöglichen will (BVerfGE 74, 358 [370]).

Wie die Lücken des Kostenrechts bis zu einem Tätigwerden des Gesetzgebers im einzelnen auszufüllen sind, braucht der Senat für die Beantwortung der Vorlegungsfrage nicht zu entscheiden. In Betracht kommt etwa die entsprechende Anwendung des § 2 Abs. 4 GKG (so KG NStZ 1990, 402 [404]), der §§ 3, 17 ZSEG (vgl. OLG Köln StraFo 1999, 69 [70]), aber auch des § 126 BRAGO, um die Kostenfreistellung bzw. -erstattung auf die erforderlichen Kosten zu beschränken.

Nach alledem ist es weder genügend noch erforderlich, auf eine innerstaatliche Kostenvorschrift zurückzugreifen, die für den besonderen Fall der Pflichtverteidigung die Erstattung von Dolmetscherkosten ausschließlich für Verteidigergespräche ermöglicht, und, um deren tatbestandlichen Voraussetzungen zu genügen, einen Pflichtverteidiger zu bestellen, obwohl ein Fall notwendiger Verteidigung nicht vorliegt.

3. Die Vorlegungsfrage ist daher wie aus der Entscheidungsformel ersichtlich zu beantworten.

OLG Celle, Beschl. v. 7.2.2001 - 32 Ss 101/00 = NStZ 2002, 386 - Verwertungsverbot einer unter Verstoß gegen § 55 StPO erfolgten Zeugenaussage in einem späteren Strafverfahren gegen den Zeugen

Aus den Gründen: IV. Der Angekl. ist seinerzeit nicht nach § 55 I, II StPO als Zeuge über sein Recht belehrt worden, die Antwort auf Fragen zu verweigern, soweit er sich durch sie selbst hätte belasten müssen. Durch seine Antwort auf die Frage, ob der Zeuge X am 11.7.1991 10.000 DM in bar erhalten habe, setzte sich der jetzige Angekl. der Gefahr von Ermittlungen aus, den Zeugen Y zu der diesem im damaligen Verfahren vorgeworfenen uneidlichen Falschaussage angestiftet zu haben. Auch wenn keine Gefahr mehr bestand, daß der Angekl. als Täter eines versuchten Prozeßbetrugs hätte verfolgt werden können, bestand noch die Gefahr von Ermittlungen wegen Teilnahme an einer Tat des Zeugen Y. Nur eine derart auf den Gesamtkomplex des strafbaren Tuns abstellende Wertung der Reichweite des § 55 I StPO (vgl. BGH StV 1987, 328 [329] sowie den 3. Strafsenat des OLG Celle StV 1998, 99 [100]) wird der verfassungsrechtlichen Dimension der Vorschrift gerecht, den Zeugen vor jedem Zwang zur Selbstbelastung zu schützen (vgl. BVerfGE 38, 105 [113]; BGHSt 11, 213 [216]).

Steht demnach fest, daß der Angekl. seinerzeit zu Unrecht nicht nach § 55 II StPO belehrt worden und dieser Fehler auch für das Zustandekommen seiner Zeugenaussage ursächlich geworden ist, vermag das im Strafverfahren gegen ihn grundsätzlich ein Verbot zu begründen, die Aussage gegen ihn zu verwerten.

Entsprechend dem gegenwärtigen Stand der Lehre von den Beweisverwertungsverboten folgt die Entscheidung im Einzelfall aus einer Abwägung zwischen dem Aufklärungsinteresse und der Bedeutung des Verfahrensverstößes. Soweit es unter dem zuletzt genannten Aspekt auf die Funktion der verletzten Verfahrensnorm ankommt (dazu BGHSt 38, 214 [220]; Grünwald JZ 1966, 489 [492]), steht nicht entgegen, daß im Sinne der früher von der Rechtsprechung vertretenen "Rechtskreistheorie" die Belehrungspflicht aus § 55 II StPO den "Rechtskreis" des Zeugen betraf und daher nicht im Verfahren gegen den Angekl. zu einem Verwertungsverbot führte (BGHSt [GS] 11, 213 [218]). Denn dies bezog sich, obwohl nicht ausdrücklich ausgesprochen, stets auf Fälle, in denen Zeuge und Angekl. verschiedene Personen waren. Für die hier vorliegende Konstellation, daß gegen den nicht ordnungsgemäß belehrten Zeugen wegen des Inhalts seiner Aussage ein Strafverfahren als Angekl. eingeleitet wird, soll dagegen wegen nachträglicher Identität der "Rechtskreise" ein Verwertungsverbot in Betracht kommen (BayObLGSt 1984, 1 [3]; KK-Senge 4. Aufl., § 55 Rn 19, Kleinknecht/Meyer-Goßner 44. Aufl., Rn 17; Grünwald JZ 1966, 499 Fn 97; Alsberg/Nüse/Meyer Der Beweisanspruch im Strafprozeß, 5. Aufl., S. 489 Fn 458).

Unabhängig von der Ausgestaltung, die die Lehre von den Beweisverwertungsverboten in der "Rechtskreistheorie" gefunden hat, tragen Rang und Bedeutung der verletzten Verfahrensnorm im vorliegenden Fall die Annahme eines Verwertungsverbots. Die Verwurzelung der einfachgesetzlichen Belehrungspflicht des § 55 II StPO im Persönlichkeitsrecht des Zeugen, letztlich seiner Menschenwürde, und die internationale Anerkennung des Verbots der Selbstbelastung im UN-Pakt über bürgerliche und politische Rechte (Art. 14 III lit. g) sprechen dafür, ein Verwertungsverbot anzunehmen. Damit kom-

men Erwägungen zum Zuge, die inzwischen auch in der höchstrichterlichen Rechtsprechung zur Bejahung eines Verwertungsverbots geführt haben, wenn der Beschuldigte von den ihm vernehmenden Polizeibeamten nicht über sein Schweigerecht belehrt ist (BGHSt 38, 214 [220 f]; sowie Vorlagebeschl. des 1. Strafsenats des OLG Celle NSTZ 1991, 403 f). V. Ist damit im Grundsatz ein Verwertungsverbot anzuerkennen, folgt seine Reichweite wiederum aus einer Abwägung der Schutzinteressen des Angekl. mit dem Interesse an der Durchführung des Strafverfahrens. Der Angekl. erscheint daher in geringerem Maße schutzwürdig, wenn er über sein Recht zu schweigen nicht belehrt worden ist, das Recht jedoch gekannt und in diesem Bewußtsein ausgesagt hat (BGHSt 39, 218 [224]). Wegen insoweit vergleichbarer Rechtslage läßt sich diese Erwägung auf den Fall übertragen, daß ein Zeuge, der später auf Grund seiner Aussage angeklagt wird, nicht über sein Recht zur Aussageverweigerung nach § 55 StPO belehrt worden war. Wegen der Vielzahl vorangegangener Verfahren, an denen der Angekl. in wechselnden prozessualen Rollen beteiligt war, ist diese Konstellation bei ihm denkbar. Das angefochtene Urteil enthält dazu jedoch keine tatsächlichen Feststellungen. Diese können erst in einer neuen Hauptverhandlung getroffen werden ...

EGMR, (Zweite Sektion) Urt. 3.5.2001 - 31827/96 (J.B./Schweiz) = NJW 2002, 499 - Schweigerecht im Steuer- und Strafverfahren nach Art. 6 I EMRK

Leitsätze: 1.3 Der Begriff "strafrechtliche Anklage" in Art. 6 I EMRK ist autonom auszulegen. Bei der Entscheidung, ob ein Verfahren ein Strafverfahren ist, sind drei Kriterien heranzuziehen, nämlich erstens, wie das innerstaatliche Recht das Verfahren qualifiziert, zweitens die Art der Zuwiderhandlung und drittens die Art und Schwere der dem Betroffenen drohenden Sanktion (ständige Rechtsprechung).

2.3 Ein Verfahren wegen Steuerhinterziehung, in dem eine Geldbuße auferlegt werden kann, ist grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt von Art. 6 EMRK zu prüfen. Das gilt auch, wenn das Verfahren zugleich der Festsetzung einer Nachsteuer dient.

3.3 Auch wenn das in Art. 6 I EMRK nicht ausdrücklich gesagt ist, entspricht das Recht, zu schweigen und sich nicht selbst zu beschuldigen, international allgemein anerkannten Grundsätzen und ist ein Kernstück des von Art. 6 I EMRK garantierten fairen Verfahrens.

Zum Sachverhalt: Der Bf. ist Schweizer Staatsangehöriger. 1987 ergab sich bei einer Prüfung der Akten eines Anlageberaters durch die Eidgenössische Steuerverwaltung, daß der Bf. zwischen 1979 und 1985 Investitionen bei P vorgenommen hatte, die angelegten Beträge aber nicht in den Steuererklärungen zwischen 1981/82 und 1987/88 deklariert worden waren. Daraufhin eröffnete die Bezirkssteuerkommission ein Steuerhinterziehungsverfahren wegen der Bundessteuern des Bf. Er wurde aufgefordert, alle erheblichen Urkunden vorzulegen. Im Dezember 1997 gab der Bf. zu, daß er in der Tat zwischen 1979 und 1985 Investitionen vorgenommen habe und daß sein Einkommen nicht ordnungsgemäß deklariert worden sei. Er legte aber die notwendigen Urkunden nicht vor. Auf mehrere weitere Aufforderungen, die Herkunft des investierten Geldbetrags anzugeben, reagierte der Bf. nicht, weshalb die Kantonale Steuerverwaltung ihn mit Ordnungs-
bußen belegte. (s. auch unten Nrn. 65-67)

Aus den Gründen: I. Behauptete Verletzung von Art. 6 I EMRK

40. Der Bf. rügt, das ihn betreffende Verfahren sei nicht fair gewesen, weil er dazu gezwungen worden sei, Urkunden vorzulegen, die ihn hätten belasten können. Er beruft sich auf Art. 6 I EMRK, der, soweit erheblich, wie folgt lautet: ...

41. Die Regierung tritt dem entgegen.

A. Anwendbarkeit von Art. 6 I EMRK

[folgt: 1. Vortrag der Beteiligten] ...

[NJW 2002, 450] ... 2. Beurteilung durch den Gerichtshof

44. Der Gerichtshof bekräftigt, daß der Begriff "strafrechtliche Anklage" in Art. 6 EMRK autonom auszulegen ist. In seiner Rspr. hat er entwickelt, daß auf drei Kriterien abgestellt werden muss, wenn darüber zu entscheiden ist, ob gegen eine Person "eine strafrechtliche Anklage" i.S. von Art. 6 EMRK erhoben worden ist: zunächst die Qualifizierung der Zuwiderhandlung nach innerstaatlichem Recht, dann die Art der Zuwiderhandlung und schließlich die Art und Schwere der dem Betroffenen drohenden Sanktion (s. u.a. EGMR, 1984, Serie A, Bd. 73, S. 18 Nr. 50 - Öztürk/Deutschland). In seinem Urteil A.P., M.P. und T.P./Schweiz (Slg. 1997-V, S. 1487-1488 Nrn. 37-43) hat der Gerichtshof weiter entschieden, daß ein Verfahren, das zu einer Geldbuße wegen Steuerhinterziehung führt, grundsätzlich unter dem Gesichtspunkt von Art. 6 EMRK zu prüfen ist.

45. Im vorliegenden Fall bestreiten die Beteiligten nicht, daß alle Verfahren gegen den Bf. wegen einer Steuerhinterziehung unter dem Gesichtspunkt von Art. 6 EMRK geprüft werden müssen, soweit hier über eine "strafrechtliche Anklage" im Sinne dieser Vorschrift entschieden wird.

46. Die Regierung macht allerdings geltend, im vorliegenden Fall habe es sich um ein Verfahren sui generis gehandelt, das nicht in den Anwendungsbereich von Art. 6 EMRK falle. Demgegenüber hat das BG in seinem Urteil vom 7.7.1995 angenommen, Art. 6 EMRK sei auf das fragliche Verfahren anwendbar.

47. Der Gerichtshof stellt fest, daß im vorliegenden Fall das Verfahren insbesondere zum Ziel hatte, die vom Bf. geschuldeten Steuern und gegebenenfalls eine Nachsteuer festzusetzen sowie ihn unter Umständen mit einer Geldbuße wegen Steuerhinterziehung zu belegen. Das Verfahren ist aber nicht ausdrücklich als Verfahren zur Festsetzung einer Nachsteuer oder als Steuerhinterziehungsverfahren bezeichnet worden.

48. Der Gerichtshof ist im Übrigen der Ansicht - und die Beteiligten bestreiten das nicht -, daß die Steuerbehörden von Anfang an und während des gesamten Verfahrens dem Bf. eine Ordnungsbuße wegen Steuerhinterziehung hätten auferlegen können. In der Vereinbarung vom 28.11.1996 hat der Bf. tatsächlich eine Ordnungsbuße von 21.625,95 SFr auf sich genommen. Diese Sanktion sollte aber kein Schadensersatz sein, sondern hatte wesentlich Straf- und Abschreckungscharakter. Die Ordnungsbuße war außerdem nicht unbedeutend. Abschließend kann nicht daran gezweifelt werden, daß sie "strafrechtlicher" Art war (s. EGMR, Slg. 1997-V, S. 1487-1488 Nrn. 37-43 - A.P., M.P. und T.P./Schweiz).

49. Nach Ansicht des Gerichtshofs bezweckte das Verfahren unabhängig von weiter verfolgten Zielen die Entscheidung über eine strafrechtliche Anklage im Sinne seiner Rspr., weil es ermöglichte, dem Bf. eine solche Ordnungsbuße aufzuerlegen.

50. Der Gerichtshof entscheidet folglich, daß Art. 6 EMRK unter seinem strafrechtlichen Gesichtspunkt anwendbar ist.

51. Aus diesen Gründen stellt sich die Frage, ob Art. 6 I EMRK beachtet worden ist.

B. Die Einhaltung von Art. 6 I EMRK

[folgt: 1. Vortrag der Beteiligten] ...

[NJW 2002, 501] ... 2. Beurteilung durch den Gerichtshof

63. Der Gerichtshof erinnert zunächst daran, daß er sich in Verfahren über eine Individualbeschwerde soweit wie möglich darauf beschränken muss, über den konkreten Fall zu entscheiden, mit dem er befaßt ist (s. EGMR, 1983, Serie A, Bd. 62 S. 17 Nr. 35 - Minelli/Schweiz). Deswegen geht es im vorliegenden Fall nicht um die Fairneß des gegen den Bf. eingeleiteten Verfahrens an sich. Der Gerichtshof hat vielmehr nur zu entscheiden, ob die Tatsache, daß dem Bf. wegen der Weigerung, bestimmte Auskünfte zu geben, eine Geldbuße auferlegt worden ist, den Anforderungen der EMRK entsprach oder nicht. Daraus folgt, daß der Gerichtshof hier nicht darüber entscheidet, ob ein Staat einen Steuerschuldner dazu zwingen kann, ausschließlich zu dem Zweck Auskünfte zu geben, um eine richtige Steuerfestsetzung sicherzustellen.

64. Auch wenn das in Art. 6 EMRK nicht ausdrücklich gesagt wird, sind das Recht zu schweigen und das Recht, nicht zu seiner eigenen Beschuldigung beizutragen, international allgemein anerkannte Grundsätze, die ein Kernstück des von Art. 6 I EMRK garantierten fairen Verfahrens sind. Das Recht, sich nicht selbst zu beschuldigen, setzt insbesondere voraus, daß die Behörden versuchen müssen, ihre Behauptungen zu beweisen, ohne auf Beweise zurückzugreifen, die durch Zwang oder Druck gegen den Willen der "angeklagten Person" erlangt sind. Indem jene Garantien den Betroffenen vor unzulässigem Zwang durch die Behörden schützen, tragen sie zugleich dazu bei, Fehlurteile zu vermeiden und das von Art. 6 EMRK gewollte Ergebnis zu gewährleisten (EGMR, 1993, Serie A, Bd. 256 S. 22 Nr. 44 - Funke/Frankreich; EGMR, Slg. 1996-I, S. 49 Nr. 45 - John Murray/Vereinigtes Königreich; EGMR, Slg. 1996-VI, S. 2064-2065 Nrn. 68-69 - Saunders/Vereinigtes Königreich; EGMR, Slg. 1997-VI, S. 2173-2174 Nr. 46 - Servès/Frankreich).

65. Als die Bezirksverwaltung X im vorliegenden Fall am 11.12.1987 ein Steuerhinterziehungsverfahren gegen den Bf. eingeleitet hat, ist er dazu aufgefordert worden, alle Urkunden vorzulegen, die sich auf die Gesellschaften beziehen, in die er Geld investiert hatte. Als er dem nicht nachkam, wurde er dreimal aufgefordert, die Herkunft seiner Einkünfte anzugeben. Weil er dieser Aufforderung nicht entsprach, wurde er am 28.2.1989 mit einer Ordnungsbuße von 1.000 SFr belegt. Nach vier weiteren Mahnungen ist ihm eine zweite Ordnungsbuße von 2.000 SFr auferlegt worden. Diese zweite Buße hat er ohne Erfolg vor dem BG angefochten. Danach erhielt er zwei weitere Ordnungsbußen.

66. Die Behörden haben also offenbar versucht, den Bf. zur Vorlage von Urkunden zu zwingen, aus denen sich zum Zwecke der Steuerfestsetzung Informationen über seine Einkünfte ergeben hätten. Nach dem Urteil des BG vom 7.7.1995 war es für die Behörden in der Tat besonders wichtig zu erfahren, ob der Bf. unversteuertes Einkommen hatte oder nicht. Der Gerichtshof kann über den Inhalt solcher Informationen keine Vermutungen anstellen, bemerkt aber, daß der Bf. nicht ausschließen konnte, daß jedes weitere Einkommen aus nichtversteuerten Quellen, das sich aus diesen Urkunden ergeben konnte, eine Steuerhinterziehung gewesen wäre.

67. Es trifft zu, daß der Bf. und die Behörden am 28.11.1996 eine Vereinbarung geschlossen haben, welche die verschiedenen Steuer- und Steuerhinterziehungsverfahren beendete einschließlich des Verfahrens über die Ordnungsbußen. Die Vereinbarung schloß aber ausdrücklich die dem Gerichtshof vorliegende Beschwerde gegen das Urteil des BG vom 7.7.1995 über die dem Bf. am 20.11.1990 auferlegte Ordnungsbuße aus.

68. Der Gerichtshof bemerkt, daß das BG in seinem Urteil vom 7.7.1995 auf verschiedene Verpflichtungen im strafrechtlichen Bereich hinweist, die Personen dazu zwingen, auf eine bestimmte Weise zu handeln, um ihre Verurteilung zu ermöglichen, zum Beispiel auf die in Lkw angebrachten Tachoscheiben oder die Verpflichtung, sich einer Blut- oder Urinuntersuchung zu unterziehen. Der Gerichtshof ist aber der Ansicht, daß sich die Informationen, um die es im vorliegenden Fall geht, von Beweismaterial unterscheiden, das - wie in dem Fall Saunders - unabhängig vom Willen der betroffenen Person vorhanden und deswegen nicht durch Zwangsmittel gegen den Willen dieser Person gewonnen wurde (s. EGMR, Slg. 1996-VI, S. 2064-2065 Nr. 69).

69. Die Regierung trägt weiter vor, der Bf. sei nicht dazu gezwungen worden, sich selbst zu beschuldigen, weil die Behörden tatsächlich die fraglichen Informationen schon gehabt und der Bf. die Beträge, um die es ging, schon zugestanden hatte. Der Gerichtshof hat insoweit angesichts der Beharrlichkeit, mit der die staatlichen Steuerbehörden ihre Ziele

verfolgt haben, Zweifel. Die Behörden haben es zwischen 1987 und 1990 für notwendig gehalten, vom Bf. die Auskünfte achtmal zu verlangen, und, als er sich weigerte, ihn nacheinander mit insgesamt vier Ordnungsbußen belegt.

70. Die Regierung meint schließlich, eine Trennung der Verfahren, nämlich des normalen Steuerverfahrens einerseits und des Verfahrens wegen Steuerhinterziehung andererseits,

[**NJW 2002, 502**] verursache praktische Schwierigkeiten. Der Gerichtshof erinnert jedoch daran, daß es seine Aufgabe ist zu prüfen, ob die Konventionsstaaten das von der Konvention gewollte Ergebnis erreicht haben, und nicht, ihnen zu sagen, welche Mittel sie anwenden sollen, um ihren Verpflichtungen aus der Konvention nachkommen zu können (EGMR, 1984, Serie A, Bd. 86, S. 29 Nr. 35 - De Cubber/Belgien).

71. Folglich und unter Berücksichtigung des Gesagten kommt der Gerichtshof zu dem Ergebnis, daß das in Art. 6 I EMRK garantierte Recht, sich nicht selbst zu beschuldigen, verletzt worden ist.

BVerfG (3. Kammer des 2. Senats), Beschl. v. 6.2.2002 - 2 BvR 1249/01 = NStZ 2002, 378 - Umfang des Aussageverweigerungsrechts bei Gefahr der Selbstbezichtigung

Zum Sachverhalt: Der Bf. wurde am 12.12.2000 vom AG wegen gewerbsmäßigen unerlaubten Handeltreibens mit Betäubungsmitteln in Tateinheit mit unerlaubtem Erwerb von Betäubungsmitteln in 13 Fällen zu einer Gesamtfreiheitsstrafe von 2 Jahren und 6 Monaten verurteilt. Nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils vernahm ihn die StA am 10.4.2001 als Zeugen. Dabei wurde er nach den Abnehmern und Lieferanten derjenigen Betäubungsmittelgeschäfte befragt, die Gegenstand seiner Verurteilung waren. Während der Bf. zu den Abkäufern Angaben machte, verweigerte er unter Berufung auf § 55 I StPO Auskünfte über seine Lieferanten. Daraufhin verhängte die StA gegen ihn ein Ordnungsgeld i.H.v. 300 DM und erlegte ihm die Kosten seiner Aussageverweigerung auf.

Aus den Gründen: LG und StA haben bei der Anwendung des § 55 I StPO die Tragweite des rechtsstaatlichen Grundsatzes, daß niemand gezwungen werden darf, gegen sich selbst auszusagen, verkannt und dadurch das Persönlichkeitsrecht des Bf. verletzt. Nach gefestigter Rechtsprechung des BVerfG wäre es mit der Menschenwürde eines Zeugen unvereinbar, wenn er zu einer Aussage gezwungen würde, durch die er die Voraussetzungen für seine eigene strafrechtliche Verurteilung liefern müßte (vgl. BVerfGE 38, 105 [113]; 56, 37 [49]; [3. Kammer des 2. Senats] StV 2001, 257). Als Folge dieses rechtsstaatlichen Grundsatzes gewährt § 55 I StPO dem Zeugen das Recht, die Auskunft auf solche Fragen zu verweigern, deren Beantwortung ihm die Gefahr zuziehen würde, wegen einer Straftat oder Ordnungswidrigkeit verfolgt zu werden (vgl. BVerfGE 38, 105 [113]; [3. Kammer des 2. Senats] StV 2001, 257). In eine solche Gefahr geriete der Zeuge dann, wenn eine Ermittlungsbehörde aus seiner wahrheitsgemäßen Aussage Tatsachen entnehmen könnte - nicht müßte -, die sie gem.

[**NStZ 2002, 379**] § 152 II StPO zur Einleitung eines Ermittlungsverfahrens veranlassen könnte (vgl. BGH NJW 1999, 1413; LR-Dahs 25. Aufl., § 55 Rn 10; KK-Senge 4. Aufl., § 55 Rn 4; Kleinknecht/Meyer-Goßner 45. Aufl., § 55 Rn 7; jew. mwN). Da die Schwelle eines Anfangsverdachts i.S. des § 152 II StPO niedrig liegt, ist auch das Bestehen einer entsprechenden Gefahr bereits weit im Vorfeld einer direkten Belastung zu bejahen (vgl. LR-Dahs aaO). Hiervon geht auch das LG aus, indem es ein Auskunftsverweigerungsrecht i.S. des § 55 I StPO selbst für solche Tatsachen bejaht, die nur mittelbar einen Anfangsverdacht begründen können, und einem Zeugen dieses Recht für Angaben über bereits rechtskräftig abgeurteilte eigene Taten nur dann versagen will, wenn die Gefahr weiterer Verfolgung zweifellos ausgeschlossen ist. Diese Auslegung des § 55 I StPO ist von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden.

Jedoch haben LG und StA die Tragweite der durch Art. 2 I GG geschützten Selbstbelastungsfreiheit bei der Anwendung des § 55 StPO verkannt, indem sie dem Bf. ein Auskunftsverweigerungsrecht hinsichtlich der Lieferanten seiner bereits rechtskräftig abgeurteilten Betäubungsmittelgeschäfte mit der Begründung versagt haben, insoweit sei eine Verfolgungsgefahr zweifellos ausgeschlossen. Sowohl LG als auch StA sind davon ausgegangen, daß weitere, nicht vom Strafklageverbrauch umfaßte Betäubungsmitteldelikte des Bf. im Raum stehen. Dies ergibt sich bereits aus ihrem Hinweis, es seien keine (unter Umständen für den Bf. gefährlichen) Fragen nach den weiteren Einzelheiten der abgeurteilten Betäubungsmittellieferungen beabsichtigt. Auch hat der Bf. im Ausgangsverfahren selbst eingeräumt, daß ein Teil seiner zurückliegenden Drogengeschäfte von dem amtsgerichtlichen Urteil nicht erfaßt und daher noch verfolgbar sein könnten. Hat die StA demnach bereits Anhaltspunkte für weitere, noch nicht rechtskräftig abgeurteilte, Betäubungsmittelstraftaten des Bf., so kann nicht ausgeschlossen werden, daß er durch die von ihm verlangten Auskünfte - wenn auch nur mittelbar - neue Ermittlungsansätze hierzu liefern würde. Denn mit der Benennung seiner (oder seines) Betäubungsmittellieferanten würde er möglicherweise zugleich die (oder den) Beteiligten nicht vom Strafklageverbrauch umfaßter Straftaten preisgeben. Da er die schon abgeurteilten Drogengeschäfte jedenfalls zum Teil mit demselben Dealer abgewickelt hatte, ist dies nicht nur denktheoretisch möglich, sondern tatsächlich zu befürchten. Schon hierdurch würde sich der - bislang nur in allgemeiner Form - gegen den Bf. bestehende Verdacht konkretisieren. Sodann müsste er damit rechnen, daß von ihm benannte Betäubungsmittellieferanten ihrerseits gegenüber der StA Angaben über weitere mit ihm abgeschlossene Drogengeschäfte machen und damit den gegen ihn bestehenden Tatverdacht zusätzlich erhärten könnten. Auch diese Gefahr besteht nicht nur theoretisch, weil im Bereich der Betäubungsmitteldelikte § 31 Nr. 1 BtMG dem Täter für eine über seinen eigenen Tatbeitrag hinaus gehende Aufklärung der Straftat Strafmilderung verspricht (vgl. Körner BtMG, 5. Aufl., § 31 Rn 19) und

so einen besonderen Anreiz für belastende Aussagen gegen Tatbeteiligte schafft. Da solche den Bf. belastenden Angaben eines zuvor von ihm selbst als eigenen Lieferanten bezeichneten Zeugen durchaus glaubhaft und nicht nur als eine zur Selbstentlastung erfundene Geschichte erschienen, muß der Bf. befürchten, durch die Benennung seiner (oder seines) Lieferanten Beweismittel gegen sich selbst zu liefern. Besteht die konkrete Gefahr, daß der Bf. der StA durch die Preisgabe seiner (oder seines) Betätigungsmittellieferanten die (oder den) Tatbeteiligten weiterer, noch verfolgbarer, eigener Delikte offenbaren, also Auskünfte über "Teilstücke in einem mosaikartig zusammengesetzten Beweisgebäude" (vgl. BGH, NJW 1999 1413) geben und damit zugleich potenzielle Beweismittel gegen sich selbst liefern müßte, so ist ihm die Erteilung solcher Auskünfte nicht zumutbar.

BGH, Beschl. v. 1.8.2002 - 3 StR 122/02 (LG Osnabrück) = BGHSt 47, 362 - Zu den Folgen einer unzureichend begründeten Telefonüberwachung

Leitsätze: 1. In der Begründung des ermittelungsrichterlichen Beschlusses, durch den die Überwachung der Telekommunikation angeordnet oder bestätigt wird, ist die Verdachts- und Beweislage, die die Maßnahme rechtfertigt, darzustellen. Dabei kann im Einzelfall eine konkrete Bezugnahme auf Aktenteile genügen.

2. Ist die Darstellung der Verdachts- und Beweislage im ermittelungsrichterlichen Beschluß plausibel, kann sich der erkennende Richter, der die Verwertbarkeit der Überwachungsergebnisse zu beurteilen hat, in der Regel hierauf verlassen. Fehlt es jedoch an einer ausreichenden Begründung oder wird die Rechtmäßigkeit der Maßnahme konkret in Zweifel gezogen, hat der erkennende Richter die Verdachts- und Beweislage, die im Zeitpunkt der Anordnung gegeben war, anhand der Akten zu rekonstruieren und auf dieser Grundlage die Verwertbarkeit zu untersuchen (im Anschluß an BGHSt 41, 30). War die Überwachung der Telekommunikation in einem anderen Verfahren angeordnet worden, hat er hierzu die Akten dieses Verfahrens beizuziehen.

3. Unterläßt der erkennende Richter eine erforderliche Beiziehung von Akten und verhindert er dadurch die gebotene Prüfung der Rechtmäßigkeit der Überwachungsmaßnahme, liegt hierin ein eigenständiger Rechtsfehler, der im Einzelfall zur Aufhebung des trichterlichen Urteils in der Revision führen kann.

[BGHSt 47, 363] Aus den Gründen: Mit Recht beanstanden die Angeklagten,

[BGHSt 47, 364] daß das LG Erkenntnisse aus der Überwachung ihrer Telefonanschlüsse verwertet hat, ohne hinreichend geprüft zu haben, ob zum Zeitpunkt der Anordnung die Voraussetzungen einer Telefonüberwachung (§ 100a StPO) erfüllt waren.

1. Der Rüge liegt folgendes Verfahrensgeschehen zu Grunde:

In den von der StA Osnabrück unter den Geschäftszeichen 57 AR 5/99 und 57 AR 6/99 gegen die Angeklagten wegen Verdachts des Verstoßes gegen das Kriegswaffenkontrollgesetz (KWKG) geführten Ermittlungsverfahren hatte der Ermittlungsrichter des AG Osnabrück mit gleichlautenden Beschlüssen vom 13.1.1999 die Überwachung und Aufzeichnung des Fernmeldeverkehrs bezüglich je eines (Funk-)Telefonanschlusses der Angeklagten angeordnet. Die Begründung der Beschlüsse erschöpft sich zu der bestehenden Verdachtslage jeweils in dem Satz: "Der Beschuldigte ist verdächtig, mit Waffen u.a. Maschinenpistolen der Marken Kalaschnikow und Scorpion, welche unter die Bestimmungen des Kriegswaffenkontrollgesetzes fallen, Handel zu treiben."

Auf Grundlage dieser Beschlüsse wurden die Telefonanschlüsse vom 18.1. bis 26.2.1999 (Angekl. K) bzw. vom 18.1. bis 1.3.1999 (Angekl. W) überwacht und die geführten Telefonate aufgezeichnet.

Zu vorliegendem Strafverfahren gegen die Angeklagten hat das LG die Akten der genannten beiden Ermittlungsverfahren nicht beigezogen. In der Hauptverhandlung sind lediglich die beiden Beschlüsse vom 13.1.1999 verlesen und Abschriften den Verteidigerinnen der Angeklagten ausgehändigt worden. Auf die Ankündigung, die Bänder mit den aufgezeichneten Telefonaten durch Abspielen in Augenschein zu nehmen, haben die Angeklagten der Verwertung der Ergebnisse der Telefonüberwachungen widersprochen, weil gegen sie bei Erlaß der Beschlüsse vom 13.1.1999 kein auf bestimmte Tatsachen gründender Tatverdacht bestanden habe, der die Anordnung der Telefonüberwachung nach §§ 100a S. 1 Nr. 3, 100b StPO hätte rechtfertigen können. Die Beschlüsse seien daher rechtswidrig gewesen. ...

[BGHSt 47, 365] ... 3. Die Rügen sind auch begründet.

a) In einem rechtsstaatlichen Strafverfahren dürfen Erkenntnisse aus einer rechtswidrig angeordneten Telefonüberwachung nicht als Beweismittel verwertet werden. Dies gilt insbesondere in Fällen, in denen es an einer wesentlichen sachlichen Voraussetzung für die Maßnahme nach § 100a StPO fehlt. So hat es die Unverwertbarkeit zur Folge, wenn der Verdacht einer Katalogtat des § 100a 1 StPO von vornherein nicht bestand (vgl. BGHSt 31, 304 [308 f]; 32, 68 [70]; 41, 30 [31]). Bei der Prüfung eines hinreichenden, auf bestimmte Tatsachen gestützten Tatverdachts und des

[BGHSt 47, 366] Fehlens oder der Erschwernis anderer Ermittlungsmöglichkeiten räumt das Gesetz dem zur Entscheidung berufenen Ermittlungsrichter oder Staatsanwalt (§ 100b I StPO) jedoch einen Beurteilungsspielraum ein. Als rechtsstaatswidrig - mit der Folge eines Verwertungsverbots - stellt sich die Anordnung der Überwachungsmaßnahme nur dann dar, wenn die Entscheidung diesen Spielraum überschreitet und daher nicht mehr vertretbar ist. Allein unter diesem Blickwinkel hat im weiteren Verfahren sowohl das erkennende wie das Rechtsmittelgericht die Rechtmäßigkeit der

Maßnahme zu beurteilen (BGHSt 41, 30 [33 f]). Hieran ist trotz teilweise kritischer Stimmen im Schrifttum festzuhalten (s. etwa Bernsmann NStZ 1995, 512; Störmer StV 1995, 653).

Die Einhaltung der dargestellten Maßstäbe muß verfahrensrechtlich überprüfbar sein. Sie ist daher aktenmäßig zu dokumentieren. Aus diesem Grunde hält es der Senat für erforderlich, daß der - gem. § 34 StPO zu begründende - ermittlungsrichterliche Beschluß, der die Überwachung der Telekommunikation anordnet (§ 100b I 1 StPO) oder bestätigt (§ 100b I 3 StPO), zumindest eine knappe Darlegung der den Tatverdacht begründenden Tatsachen und der Beweislage enthält, um die Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Maßnahme zu ermöglichen (LR-Schäfer 24. Aufl., § 100b Rn 5; vgl. BGHSt 42, 103 [104 f] zu §§ 110a, 110b StPO; BVerfG NJW 2001, 1121 [1124] zu § 105 I StPO). Dabei kann in geeigneten Fällen auch eine konkrete Bezugnahme auf Aktenteile genügen. Die schriftliche Fixierung der Eingriffsvoraussetzungen gewährleistet zunächst dem Ermittlungsrichter eine bessere Eigenkontrolle; außerdem erleichtert sie auch den weiteren Verfahrensbeteiligten und in späteren Verfahrensabschnitten die Prüfung der Rechtmäßigkeit der Überwachungsmaßnahme und damit der Verwertbarkeit der durch sie gewonnenen Beweise.

Für den erkennenden Richter gilt: Er hat die Verwertbarkeit von Erkenntnissen aus der Überwachung von Telekommunikation nach obigen Maßstäben stets von Amts wegen zu prüfen, d.h. insbesondere auch zu untersuchen, ob die dem Ermittlungsrichter unterbreitete Verdachts- und Beweislage die Anordnung der Maßnahme vertretbar erscheinen ließ (BGHSt 41, 30 [34]). Hat der Er-

[BGHSt 47, 367] mittlungsrichter den Anordnungs- oder Bestätigungsbeschluß mit Gründen versehen und werden von keinem Verfahrensbeteiligten Einwände erhoben, kann der erkennende Richter die Prüfung darauf beschränken, ob die ermittlungsrichterliche Entscheidung eine die Maßnahme nach § 100a StPO begründende Verdachts- und Beweislage plausibel darlegt. Fehlt eine derartige Begründung, führt dies für sich nicht zur Unverwertbarkeit der aus der Überwachungsmaßnahme gewonnenen Beweise (vgl. BGHSt 33, 217 [223]). In diesem Falle, aber auch wenn konkrete Einwände gegen die Rechtmäßigkeit der Maßnahme vorgebracht werden, hat der Tatrichter vielmehr den Ermittlungsstand zum Zeitpunkt der ermittlungsrichterlichen Entscheidung eigenständig zu rekonstruieren und auf dieser Grundlage die Vertretbarkeit der Anordnung zu untersuchen. Dies erfordert eine Sichtung des Aktenbestands, wie er sich dem Ermittlungsrichter bei dessen Entscheidung bot. Wurde die Maßnahme in einem anderen Verfahren angeordnet, sind daher die einschlägigen Akten soweit erforderlich beizuziehen und - zur Gewährung rechtlichen Gehörs - den Prozeßbeteiligten zur Kenntnis zu bringen. Sieht der Tatrichter hiervon ab, liegt hierin ein eigenständiger Rechtsfehler, der im Einzelfall zur Aufhebung des tatrichterlichen Urteils in der Revision führen kann.

b) So liegt es hier. Zwar können die Angeklagten nicht mit Erfolg geltend machen, die Ergebnisse der gegen sie durchgeführten Telefonüberwachungsmaßnahmen seien unverwertbar gewesen, da mangels hinreichender Verdachtslage die Beschlüsse vom 13.1.1999 nicht hätten erlassen werden dürfen. Denn ein derartiger Rechtsfehler ist nicht erwiesen. Allein die mangelhafte Begründung der Beschlüsse führt nicht zur Unverwertbarkeit der Überwachungsergebnisse. Der Ermittlungsstand, auf dessen Grundlage der Ermittlungsrichter des AG Osnabrück entschieden hat, ist auch nicht bekannt, da es das LG unterlassen hat, die Ermittlungsakten 57 AR 5 und 6/99 der StA Osnabrück zum Verfahren beizuziehen. Damit fehlt die tatsächliche Grundlage für eine revisionsrechtliche Prüfung der Rechtmäßigkeit der Überwachungsbeschlüsse.

Jedoch dringen die Rügen der Angeklagten durch, soweit sie beanstanden, das LG habe bei der Prüfung, ob die Auf- **[BGHSt 47, 368]** zeichnungen der abgehörten Telefonate verwertbar seien, einen verkürzten und rechtlich unzutreffenden Maßstab angelegt. Die Ansicht des LG, die Beschlüsse vom 13.1.1999 enthielten eine "entsprechend dem damaligen Stand der Ermittlung ausreichende Bezeichnung der tatsächlichen Grundlagen eines Anfangsverdachts auf eine Katalogtat", trifft nicht zu. Vielmehr ist den Beschlüssen kein Anhaltspunkt zu entnehmen, woraus der Ermittlungsrichter den nach § 100a S. 1 StPO erforderlichen Verdacht hergeleitet hat. Das LG hätte daher die Akten 57 AR 5 und 6/99 der StA Osnabrück dahingehend auswerten müssen, ob nach dem Ermittlungsstand zum 13.1.1999 die Annahme des Ermittlungsrichters vertretbar war, gegen die Angeklagten bestehe der von § 100a I Nr. 3 StPO geforderte Verdacht eines Verstoßes gegen das Kriegswaffenkontrollgesetz. Dies hat das LG unterlassen. Seine Begründung, hierauf komme es nicht an, weil sich der Verdacht jedenfalls gegen den Angekl. K bestätigt habe, verkennt, daß allein die Verdachtslage zum Zeitpunkt der ermittlungsrichterlichen Beschlüsse für die Beurteilung der Rechtmäßigkeit der Anordnungen maßgeblich ist.

Auf diesem Rechtsfehler beruht die angefochtene Entscheidung. Das LG hat auf Grund seines fehlerhaften Prüfungsansatzes die Verfahrenstatsachen, die für die Beurteilung der Verwertbarkeit der Überwachungsergebnisse maßgebend sind, nicht aufgeklärt und zum Gegenstand des Verfahrens gemacht. Dies kann im Revisionsverfahren nicht nachgeholt werden, so daß auch die Revisionsbegründung hierzu nichts vorzutragen hatte (§ 344 II 2 StPO). Daher kann auch die Beruhensprüfung hier nicht an die Frage anknüpfen, ob die Überwachungsergebnisse tatsächlich verwertbar waren. Vielmehr ist allein maßgeblich, daß wegen der unzulänglichen Prüfung des LG die Unverwertbarkeit nicht ausgeschlossen ist. Sie ist daher bei der Prüfung des Beruhens zu unterstellen. Da das LG seine Überzeugung von der Täterschaft der Angeklagten auch auf die Erkenntnisse aus den Überwachungen stützt, kann das angefochtene Urteil somit keinen Bestand haben.

BGH, Beschl. v. 26.9.2002 - 1 StR 111/02 (Anfragebeschluß) = NJW 2003, 74 - Verhinderung der Identifizierung bei audiovisueller Vernehmung von Verdeckten Ermittlern durch technische Veränderung

Aus den Gründen: **I.2.** Die StrK stützt ihre Überzeugung von dem angenommenen Umfang des Geschäfts und von der Täterschaft des Angekl. in erster Linie auf die Angaben der VP D und zweier Verdeckter Ermittler (VE). Diese 3 Personen

standen der Kammer wegen Sperrerklärungen des Ministeriums des Innern zunächst nicht als Zeugen zur Verfügung, so daß sie deren polizeiliche Führungs- und Vernehmungsbeamte eingehend vernommen hat. Im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung hat die Kammer die VP und die beiden VE mit Einverständnis der Verteidigung und nunmehr auch des Ministeriums des Innern in folgender Weise gem. § 247a StPO vernommen: Den Zeugen wurde gestattet, unter ihrem Decknamen auszusagen und Angaben zu ihrer Person im Übrigen gem. § 68 III StPO zu verweigern. Die Übertragung der Vernehmung wurde in der Weise modifiziert, daß über die Linse der am Vernehmungsort eingesetzten Kamera eine Plastikfolie gelegt und die Übertragung der Stimmen der Zeugen durch technische Maßnahmen (Graphic Equalizer) in den Höhen und Tiefen begrenzt wurde. Hierdurch wurde das Erkennen der Gesichtszüge und der Stimmen der Zeugen hinreichend verhindert, ohne daß die Beobachtung von Mimik und Gestik sowie von Tonfall und Stimmfärbung in erheblicher Weise beeinträchtigt war. Ohne die Modifizierung der Bild- und Tonübertragung hätte das Ministerium des Innern an seinen Sperrerklärungen festgehalten.

3. Der Angekl. beanstandet mit einer Verfahrensrüge die Modifizierung der Bild- und Tonübertragung der Vernehmungen als "unrichtig". ...

Die Rüge ist nach Auffassung des Senats jedoch unbegründet, weil die von dem LG vorgenommenen Veränderungen der Bild- und Tonübertragung rechtlich zulässig waren. Soweit der GStSt mit Beschluß vom 17.10.1983 festgestellt hat, daß "das geltende Recht eine Beweisaufnahme unter optischer oder akustischer Abschirmung nicht vor(sieht)" (BGHSt 32, 115 [124 f]), erscheint dies dem Senat wegen durchgreifend geänderter Rechtslage als überholt. Er hält es allerdings für geboten, vor einer entsprechenden eigenen Entscheidung dem Großen Senat die Frage zur Entscheidung wegen grundsätzlicher Bedeutung gem. § 132 IV GVG vorzulegen. Dies würde sich für den Senat indessen erübrigen, wenn die anderen Strafsenate seiner Auffassung zustimmen (vgl. LR-Franke 25. Aufl., § 132 GVG Rn 43 mwN).

II. 1. Auf Grund der mit optischer und akustischer Abschirmung vorgenommenen audiovisuellen Vernehmung der VP und der beiden VE hat das LG, dem sonst für die Beweiswürdigung lediglich die Bekundungen der polizeilichen Führungs- und Vernehmungsbeamten zur Verfügung gestanden hätten, die unmittelbaren Tatzeugen als Beweismittel in die Hauptverhandlung eingebracht. Diese stellen das verfassungsrechtlich geforderte (vgl. BVerfGE 57, 250 [285]) bestmögliche und sachnähere Beweismittel dar. Die Vernehmung der polizeilichen Führungs- und Vernehmungsbeamten ist wie auch die Verlesung polizeilicher Vernehmungsprotokolle ein Rückgriff auf Beweissurrogate, die die gerichtliche Wahrheitsermittlung und die Verteidigungsrechte einschränken, wenn - was in der gerichtlichen Praxis notgedrungen zunehmend geschieht - auf sie zurückgegriffen wird. Die Wahrung der Anonymität der unmittelbaren Tatzeugen und die Verwendung sachferner Beweismittel schränkt die Aufklärungsmöglichkeiten des Gerichts ein. Auch das Korrektiv der "vorsichtigen Beweiswürdigung" (vgl. BGHSt 17, 382; vgl. auch BVerfGE 57, 250 [290]; BGHSt 33, 83 [88] u. 178 [181]) ändert an dieser so eingeschränkten Tatsachengrundlage nichts. Demgegenüber verschafft das hier praktizierte Verfahren sowohl dem Gericht als auch den übrigen Verfahrensbeteiligten bessere Erkenntnismöglichkeiten:

Die Vernehmung des unmittelbaren Tatzeugen einschließlich des Verhörs (§ 69 Abs. 2 StPO) durch die Verfahrensbeteiligten kann diesen - anders als die Vernehmung der Verhörspersonen - verlässlicher vermitteln, ob der Tatzeuge zutreffende Wahrnehmungen gemacht hat und ob er diese korrekt wiedergibt. Auf diese Weise werden das Gericht und die übrigen Verfahrensbeteiligten bei zuverlässigen Belastungszeugen eher zur Überzeugung von der Richtigkeit der Bekundungen des unmittelbaren Zeugen kommen, als dies aufgrund der Angaben der Zeugen vom Hörensagen möglich ist. Ebenso läßt sich auch die etwaige Unzuverlässigkeit der Angaben der Belastungszeugen verlässlicher beurteilen als [NJW 2003, 75] aufgrund des vermittelten "stimmigen und eindeutigen" Aussageinhalts, wie ihn der Vernehmungsbeamte empfunden hat und wiedergibt. Entsprechendes gilt für Entlastungszeugen. Dies verdeutlicht, daß der entscheidende Vorteil gegenüber der Heranziehung der Beweissurrogate mit der dann folgerichtig aus Rechtsgründen gebotenen besonders vorsichtigen Beweiswürdigung ("forensische Wahrheit") darin besteht, daß alle Verfahrensbeteiligten auf eine breitere Tatsachengrundlage zurückgreifen können, wenn sie sich ihre Überzeugung von der materiellen Wahrheit verschaffen oder prüfen müssen, ob vernünftige Zweifel angebracht sind. Die audiovisuelle Vernehmung der Gewährsperson in Verbindung mit deren optischer und akustischer Verfremdung ist daher das bessere Beweismittel sowohl unter dem Gesichtspunkt der Wahrheitsfindung als auch unter dem der Verteidigungsmöglichkeiten. Sie führt als gangbare Alternative zur völligen Sperrung des Zeugen zu einer sinnvollen Konkordanz zwischen Wahrheitsermittlung, Verteidigungsinteressen und Zeugenschutz (in diesem Sinne bereits Diemer in KK 4. Aufl. § 247a Rn. 14; Weider StV 2000, 48).

2. Der Beschluß des Großen Senats vom 17.10.1983 (BGHSt 32, 115) steht dieser Verfahrensweise nicht mehr entgegen. Die Gesetzeslage hat sich insoweit grundlegend geändert.

Für den Großen Senat war bei seiner Absage an die optische und akustische Abschirmung eines Zeugen entsprechend der seinerzeitigen strafprozessualen Regelung ausschlaggebend, daß die Glaubwürdigkeitsprüfung des Zeugen seine volle Individualisierung zwingend erfordere (BGHSt 32, 115 [128]); gem. § 68 S. 2 StPO a.F. - eingefügt durch das Strafverfahrensänderungsgesetz 1979 (BGBl 1978 I, 1645) - konnte ihm lediglich gestattet werden, seinen Wohnort nicht anzugeben. Den Verfahrensbeteiligten sollte in keinem Fall die Möglichkeit genommen werden, die Glaubwürdigkeit des Zeugen zu prüfen, indem sie etwa Erkundigungen über ihn einholen.

Der Gesetzgeber hat inzwischen neue Wertentscheidungen getroffen. Das Gesetz zur Bekämpfung des illegalen Rauschgifthandels und anderer Erscheinungsformen der Organisierten Kriminalität (BGBl 1992 I, 1302) hat es mit dem neuen § 68 III StPO dem Zeugen ermöglicht, im Falle seiner Gefährdung Angaben zu seiner Person ganz zu verweigern; er kann nunmehr auch dann als Zeuge zur Verfügung stehen, wenn seine Identität vollständig verborgen bleibt. Weiterhin hat die

Einführung der audiovisuellen Vernehmung des gefährdeten Zeugen gem. § 247a StPO durch das Zeugenschutzgesetz (BGBl 1998 I, 820) den Verzicht auf die körperliche Anwesenheit des Zeugen in der Hauptverhandlung ermöglicht und damit bereits auf Grund der Bild- und Tonübertragung zu einem nur eingeschränkten unmittelbaren Eindruck von ihm geführt. Gegenüber der vollen Individualisierbarkeit und Erkennbarkeit des in der Hauptverhandlung zu hörenden Zeugen hat mithin der im Interesse einer wirksamen Bekämpfung moderner Kriminalitätsformen erforderliche Zeugenschutz Vorrang erhalten.

Mit diesen gesetzlichen Änderungen geht auch eine geänderte Einschätzung dessen einher, was die Glaubwürdigkeitsprüfung eines Zeugen entscheidend ausmacht. Unter der Geltung des § 68 StPO a.F. stand die Frage nach einer allgemeinen Glaubwürdigkeit des Zeugen im Sinne einer dauerhaften personalen Eigenschaft im Vordergrund. Seine Identität sollte voll gewahrt werden, um die Einholung von Erkundigungen über ihn - seinen "Leumund" - zu ermöglichen. Heute geht es bei der Glaubwürdigkeitsprüfung mehr um die Analyse des Aussageinhalts, d.h. um eine methodische Beurteilung, ob auf ein bestimmtes Geschehen bezogene Angaben einem tatsächlichen Erleben des Zeugen entsprechen (vgl. z.B. BGHSt 45, 164). Dem wird eine abschirmende Videovernehmung für den Fall, daß der Zeuge sonst in der Hauptverhandlung überhaupt nicht zur Verfügung stünde, eher gerecht.

3. Daß das Gesetz die optische und akustische Abschirmung des audiovisuell zu vernehmenden Zeugen nicht ausdrücklich vorsieht, macht diese nicht unzulässig. Entscheidend für die Zulässigkeit dieser in der Strafprozeßordnung nicht geregelten Verfahrensweise kann vielmehr nur sein, ob sie mit den Grundsätzen des Verfahrensrechts und den Wertvorstellungen unserer Rechtsordnung im Einklang steht. Die Beweisaufnahme ist stets in einer Form durchzuführen, die - unter Beachtung der Belange des Zeugen - dem im Gesetz grundsätzlich vorgesehenen Verfahren am nächsten kommt (vgl. BGH NSTz 1993, 292). Ist die unmittelbare Vernehmung des Zeugen wegen einer Sperrerklärung der Innenverwaltung nicht möglich, läßt das Gesetz Beweissurrogate wie die Verlesung polizeilicher Vernehmungsprotokolle gem. § 251 II StPO (vgl. BGHSt 33, 83) oder die Vernehmung der polizeilichen Führungsbeamten der Gewährsperson als Zeugen vom Hörensagen (vgl. BGHSt 33, 178 [181]) zu. Wenn aber die völlige Ersetzung der Vernehmung der unmittelbaren Wahrnehmungsperson verfahrensrechtlich möglich ist, dann muß dies erst recht für deren Vernehmung unter optischer und akustischer Abschirmung gelten. Denn es handelt sich dann trotz der Abschirmung immer noch um eine unmittelbare Vernehmung, der ein höherer Beweiswert zukommt als den bloßen Beweissurrogaten.

4. Die neuere Rechtsprechung des EGMR hat der Verwertung des Wissens anonym gehaltener Zeugen durch Beweissurrogate erhebliche Grenzen gesetzt (z.B. EGMR StV 1990, 481 - Kostovski/Niederlande; StV 1991, 193 - Windisch/Österreich; NJW 1992, 3088 - Lüdi/Schweiz; StV 1997, 617 - van Mechelen/Niederlande; StraFo 2002, 160 - Visser/Niederlande). Die Auslegung der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) durch den EGMR ist bei der Anwendung des deutschen Strafprozeßrechts zu berücksichtigen (BGHSt 45, 321 [328 f]; 46, 93 [97]). Die zugrundeliegenden Entscheidungen des EGMR betreffen zwar nicht unmittelbar die deutsche Gesetzeslage und tragen auch Besonderheiten der jeweiligen Fälle Rechnung, doch sind die in ihnen aufgezeigten Grundsätze eines fairen Verfahrens auch in Fällen der vorliegenden Art einschlägig.

Nach der ständigen Rechtsprechung des EGMR (vgl. z.B. EGMR NJW 1992, 3088 [3089]) bestimmt sich die Zulässigkeit von Beweismitteln in erster Linie nach innerstaatlichem Recht, dessen Auslegung den nationalen Gerichten vorbehalten bleibt. Der EGMR prüft aber, ob das Verfahren in seiner Gesamtheit gesehen den in Art. 6 Abs. 1 EMRK niedergelegten fair-trial-Grundsätzen gerecht wird, wobei das Verfahren bei der Vernehmung eines anonymen Zeugen besonders an der Spezialvorschrift des Art. 6 Abs. 3 lit. d EMRK gemessen wird.

Wird eine Verurteilung allein oder maßgeblich auf die Erkenntnisse einer VP oder eines VE gestützt, so spielt nach der Rechtsprechung des EGMR eine entscheidende Rolle, ob und wie die Gewährsperson von der Verteidigung befragt werden konnte. Deren Bekundungen müssen hiernach zwar nicht zwingend in der Hauptverhandlung gemacht werden, um als Beweise verwertet werden zu können. Die Verteidigungsrechte sind dann jedoch nur gewahrt, wenn die Verteidigung eine angemessene und geeignete Gelegenheit erhält, die Glaubwürdigkeit der Gewährsperson überhaupt in Frage zu stellen und sie zu befragen, sei es in dem Stadium der Ermittlungen oder zu einem späteren Zeitpunkt des Verfahrens (so schon EGMR StV 1990, 481 [482]). War dies nicht möglich, so kann die Beschränkung des Fragerechts der Verteidigung auch nicht adäquat durch eine "zurückhaltende Beweismündigung" (s. die Nachw. oben unter Nr. 1) ausgeglichen werden (EGMR StV 1990, 481 [482]). Auch die Vernehmung der polizeilichen Verhörsperson als Zeuge vom Hörensagen in der Hauptverhandlung und die Möglichkeit ihrer Befragung durch die Verteidigung kann danach unzureichend sein (vgl. EGMR StV 1991, 193 [194]); denn die VP und VE, die keine persönlichen Aussagen in der Hauptverhandlung machen, sind und bleiben ebenfalls Belastungszeugen i.S. des Art. 6 III lit. d EMRK (EGMR NJW 1992, 3088 [3089]; BGH NSTz 1993, 292), so daß auch ihnen gegenüber das Fragerecht des Angekl. garantiert bleibt. Die Behinderung der Verteidigung durch die fehlende Möglichkeit einer Befragung der VP oder VE könnte dann kompensiert sein, wenn die aus dieser Quelle herrührenden Informationen nicht als alleinige oder maßgebliche Urteilsgrundlagen, sondern nur zur Abrundung des sonstigen Beweisergebnisses herangezogen werden (EGMR StV 1990, 481 [483]; BGH NSTz 2000, 265).

Mit seinem Urteil in dem Fall van Mechelen (StV 1997, 617; ebenso neuestens EGMR StraFo 2002, 160 - Visser/Niederlande) hat der EGMR die Grenzen noch deutlich enger gezogen. Hier wurden die anonymen Zeugen - es handelte sich um Polizeibeamte - von einem Untersuchungsrichter vernommen, der ihre Identität kannte und sie für glaubwürdig hielt. Die Angeklagten und die Verteidiger waren zwar im Vernehmungsraum nicht anwesend, konnten jedoch in einem anderen

Raum durch akustische Übermittlung mithören und von dort aus die Zeugen befragen. Der EGMR hielt selbst diese Verfahrensweise nicht für einen ausreichenden Ausgleich für die Beschränkung der Verteidigung und nahm einen Konventionsverstoß an. Er hat mithin eine Verfahrensweise - unmittelbare Befragung der VE durch einen Richter, akustische Teilnahme an der Befragung durch Angeklagte und Verteidiger - beanstandet, die sogar noch sachnäher ist und die Rechtsstellung der Angekl. mehr stärkt als die Verwendung von Beweissurrogaten wie die Verlesung von polizeilichen Vernehmungsprotokollen und die Vernehmung polizeilicher Verhörspersonen. Hiernach bliebe, um auf das Wissen des VE nicht ganz zu verzichten, nur eine abgeschirmte Vernehmung möglich, die der Verteidigung eine unmittelbare Konfrontation mit dem Zeugen eröffnet und es ihr damit insbesondere erlaubt, die Reaktion des Zeugen auf direkte Fragen zu beobachten.

III. Nach alledem bestehen gegen eine audiovisuelle Vernehmung besonders gefährdeter Zeugen unter optischer und akustischer Abschirmung - die selbstverständlich in geringstmöglichem Umfang zu erfolgen hat - nicht nur keine rechtlichen Bedenken. Eine solche Verfahrensweise erscheint im Hinblick auf die Auslegung des Art. 6 III lit. d EMRK durch den EGMR sogar geboten, weil hiernach das Wissen dieser Zeugen nicht wirksam in eine Hauptverhandlung eingebracht werden kann, wenn dem Angekl. nicht die Möglichkeit einer unmittelbaren Konfrontation mit ihnen eingeräumt wird. Viele andere europäische Staaten wie auch der Internationale Strafgerichtshof in Den Haag erfüllen bereits diesen Standard (vgl. den rechtsvergleichenden Überblick bei Schlüchter in FS Hans Joachim Schneider, 1998, S. 445, 457 ff) ...

BGH, Beschl. v. 7.11.2002 - 2 BJs 27/02 - 5 - StB 16/2 = NStZ 2003, 273 - Übergabe des Durchsuchungsbeschlusses an den Betroffenen

Zum Sachverhalt: Der GBA führte gegen den Bf. und weitere Beschuldigte ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung. Auf seinen Antrag hat der Ermittlungsrichter des BGH mit Beschluß vom 28.6.2002 die Durchsuchung der Person und der Wohnung des Bf. gestattet. Die Durchsuchung ist am 3.7.2002 durchgeführt worden. Am 19.7.

[**NStZ 2003, 274**] 2002 hat der Beschuldigte Beschwerde gegen die Durchsuchungsanordnung eingelegt. Er hat beanstandet, der Durchsuchungsbeschuß enthalte weder einen konkreten Tatvorwurf noch beschreibe er die Beweismittel, auf deren Sicherstellung abgezielt werde. Bei der Einlegung der Beschwerde hat der Bf. nur über eine Ausfertigung der Durchsuchungsanordnung ohne die Gründe der ermittelungsrichterlichen Entscheidung verfügt. Mit Schreiben des Ermittlungsrichters vom 27.8.2002 ist dem Bf. der Durchsuchungsbeschuß mit den Gründen in seiner vollständigen Fassung übersandt worden. Der Bf. hat daraufhin zunächst mitgeteilt, daß gegen die ihm nunmehr vorliegende "Langfassung" des Beschlusses keine Beschwerde eingelegt worden wäre. Später hat er die Beschwerde zurückgenommen und erklärt, der Umstand, daß er erst im Laufe des Rechtsmittelverfahrens einen vollständigen Beschluß erhalten habe, müsse in der Kostenentscheidung zum Ausdruck kommen. Der Senat entschied, daß Kosten und notwendige Auslagen die Staatskasse zu tragen hat.

Aus den Gründen: ... **2.a)** Allerdings hätte die zulässig eingelegte und inzwischen zurückgenommene Beschwerde gegen den Durchsuchungsbeschuß in der Sache keinen Erfolg gehabt.

Der Durchsuchungsbeschuß ist rechtmäßig ergangen; die Anordnungsvoraussetzungen des § 102 StPO lagen vor: Der Ermittlungsrichter des BGH hat rechtsfehlerfrei den Anfangsverdacht der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung und damit seine Zuständigkeit für den Erlaß des Durchsuchungsbeschlusses bejaht (§§ 142a I 1, 120 I Nr. 6 GVG, § 169 I 2 StPO). Auf Grund der im Beschluß dargelegten Umstände und Ermittlungserkenntnisse bestanden hinreichende Anhaltspunkte dafür, daß sich eine Vereinigung gebildet hatte, deren Zwecke oder Tätigkeit darauf gerichtet waren, in § 129a I StGB genannte Straftaten zu begehen. Ebenso lagen konkrete Hinweise darauf vor, daß der Beschuldigte dieser Gruppierung angehörte. Auch bezüglich der übrigen Voraussetzungen des § 102 StPO bestehen keine Bedenken, insbesondere ist der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt. Im Durchsuchungsbeschuß werden Rahmen, Grenzen und Ziel der Durchsuchung hinreichend bestimmt; einer weiteren Eingrenzung bedurfte es in diesem frühen Stadium des Ermittlungsverfahrens nicht.

b) Indes kann bei der zu treffenden Kostenentscheidung nach Rücknahme der Beschwerde hier nicht allein auf die Tatsache der Rücknahme des Rechtsmittels und die Rechtmäßigkeit des Durchsuchungsbeschlusses abgestellt werden. Vielmehr entspricht es in Fällen, in denen - wie hier - die dem Betr. ausgehändigte Ausfertigung einer gerichtlichen Entscheidung mit dem Original nicht übereinstimmt, der Billigkeit, zu prüfen, ob die dem Bf. zunächst überlassene Ausfertigung Veranlassung zu der Beschwerde gegeben hat und diese begründet wäre, wenn der Beschluß der überlassenen Fassung entsprochen hätte.

Das ist hier der Fall. Für den Beschuldigten und seinen Verteidiger war nicht ersichtlich, daß der angefochtene Beschluß im Original mit einer ausführlichen Begründung versehen war. Der Bf. mußte deshalb von einem Verstoß gegen die Begründungspflicht des § 34 StPO ausgehen. Aus seiner Sicht wäre das Rechtsmittel begründet gewesen, da das Fehlen einer Begründung regelmäßig einen Aufhebungsgrund darstellt (LR-*Wendisch* 25. Aufl., § 34 Rn 10; KK-*Maul* 4. Aufl. § 34 Rn 11). Der Bf. durfte auch annehmen, daß das Original des Beschlusses der ihm überlassenen Ausfertigung entspricht. Ein schriftlicher Durchsuchungsbeschuß ist dem Betr. nämlich nach § 35 StPO grundsätzlich durch Aushändigung einer Ausfertigung mit vollständiger Begründung bekannt zu machen. Wie der Senat mit Beschluß vom 3.9.1997 -

StB 12/97 (BGHR StPO § 105 Zustellung 1) näher ausgeführt hat, unterliegt die Übung, den vom Grundrechtseingriff Betroffenen nur die "Durchsuchungsanordnung", also lediglich die Beschlußformel der Entscheidung des Ermittlungsrichters, nicht aber den vollständigen Durchsuchungsbeschluß mit Gründen auszuhändigen, verfassungsrechtlichen Bedenken. Diese den Regelfall betreffende Entscheidung des Senats schließt jedoch nicht aus, daß nach den das Ermittlungsverfahren beherrschenden allgemeinen Grundsätzen ausnahmsweise die Bekanntmachung der Gründe zurückgestellt werden kann, wenn durch sie der Untersuchungszweck gefährdet wäre (so auch *KK-Nack* 4. Aufl., § 105 Rn 5, der dies mit einer entsprechenden Anwendung von § 101 StPO begründet). Kann die Gefährdung des Untersuchungszwecks bereits dadurch ausgeräumt werden, daß in der auszuhändigenden Ausfertigung vom Abdruck einzelner Passagen der Begründung abgesehen wird, darf auch eine in den Gründen unvollständige Ausfertigung übergeben werden. In jedem Fall muß aus Gründen eines effektiven Rechtsschutzes und zur Vermeidung unnötiger Rechtsmittel in der dem Betr. überlassenen Ausfertigung allerdings auf die (vollständige oder teilweise) Weglassung der Gründe in geeigneter Form hingewiesen werden. Dabei obliegt bei einer richterlichen Anordnung nach § 36 I StPO die Entscheidung über die Art der Bekanntmachung dem Richter, dieser hat auch Sorge dafür zu tragen, daß dem Betr. eine vollständige Ausfertigung übermittelt wird, sobald dies ohne Gefährdung des Untersuchungszwecks verantwortet werden kann (entsprechend § 101 I StPO).

BVerfG (3. Kammer des Zweiten Senats), Beschl. v. 21.11.2002 - 2 BvR 2202/01 = NJW 2003, 1030 - Strafbarkeit eines Polizeibeamten wegen Strafvereitelung im Amt durch Unterlassen

Aus den Gründen: 1. Die Rüge des Beschwerdeführers, die Vorschrift des § 13 Abs. 1 StGB verstoße gegen das Bestimmtheitsgebot des Art. 103 Abs. 2 GG, ist unbegründet.

a) Das Bestimmtheitsgebot verpflichtet den Gesetzgeber, die Voraussetzungen der Strafbarkeit so genau zu umschreiben, daß Tragweite und Anwendungsbereich der Straftatbestände für den Normadressaten schon aus dem Gesetz selbst zu erkennen sind und sich durch Auslegung ermitteln und konkretisieren lassen (BVerfGE 71, 108 [114 ff.]; 73, 206 [234 f.]; 75, 329 [340 ff.]; 78, 374 [382]; vgl. jüngst Ur. des Zweiten Senats v. 20.3.2002 - 2 BvR 794/95 = NJW 2002, 1779; st. Rspr.). Das Grundgesetz will sicherstellen, daß jeder vorhersehen kann, welches Verhalten verboten und mit Strafe bedroht ist, damit er sein Tun oder Unterlassen auf die Strafrechtslage eigenverantwortlich einrichten kann und willkürliche staatliche Reaktionen nicht befürchten muß (vgl. BVerfGE 64, 389 [393 f.]; 85, 69 [72 f.]). Art. 103 Abs. 2 GG sorgt zugleich dafür, daß im Bereich des Strafrechts mit seinen weit reichenden Folgen für den Einzelnen allein der Gesetzgeber abstrakt-generell über die Strafbarkeit entscheidet (vgl. BVerfGE 75, 329 [341]; 78, 374 [382]; 95, 96 [131]). Er darf diese Entscheidung nicht der Strafjustiz überlassen.

Das Verfassungsgebot der Gesetzesbestimmtheit schließt allerdings die Verwendung von Begriffen, die in besonderem Maße der Deutung durch den Richter bedürfen, nicht generell aus. Auch im Strafrecht steht der Gesetzgeber vor der Notwendigkeit, der Vielgestaltigkeit des Lebens Rechnung tragen zu müssen (vgl. BVerfGE 96, 68 [97 f.]). Generalklauseln oder unbestimmte, wertausfüllungsbedürftige Begriffe sind im Strafrecht allerdings nur dann verfassungsrechtlich unbedenklich, wenn die Norm eine zuverlässige Grundlage für ihre Auslegung und Anwendung bietet oder wenn sie eine gefestigte Rechtsprechung übernimmt und damit aus dieser Rechtsprechung hinreichende Bestimmtheit gewinnt (vgl. BVerfGE 45, 363 [371 f.]; 48, 48 [56 f.]; 86, 288 [311]).

b) Diesen Anforderungen wird die gesetzliche Bestimmung des § 13 Abs. 1 StGB gerecht, der die Strafbarkeit unechter Unterlassungsdelikte normiert (vgl. BVerfGE 96, 68 [98 ff.]). Die Vorschrift stellt das Unterlassen einer Erfolgsabwendung unter Strafe, wenn eine Rechtspflicht hierfür besteht (sog. "Garantenstellung") und das Unterlassen bei wertender Betrachtungsweise der Verwirklichung des gesetzlichen Tatbestands durch aktives Tun entspricht. Eine Garantenstellung als Voraussetzung für eine mögliche Strafbarkeit schlichten Untätigbleibens setzt damit nach dem Wortlaut des Gesetzes zwingend eine Rechtspflicht zur Abwendung des deliktischen Erfolgs voraus; eine sittliche Pflicht oder die rein faktische Möglichkeit zur Erfolgsabwendung genügen nicht (vgl. BVerfGE 96, 68 [98]; kritisch Seebode, Zur gesetzlichen Bestimmtheit des unechten Unterlassungsdelikts, in: FS-Spendel, S. 317 [345]). Zwar ist damit der Kreis möglicher Garantenpflichten nicht ohne weiteres dem Strafgesetzbuch zu entnehmen (vgl. Jescheck in: LK, 11. Aufl., § 13 Rn. 14). Die Anbindung an das Erfordernis normativ begründeter Pflichten und eine auf langjähriger Tradition beruhende einheitliche und klare richterrechtliche Umschreibung möglicher Garantenstellungen gewährleisten aber, daß das Risiko einer Bestrafung für den Normadressaten voraussehbar wird. Dies gilt jedenfalls für die hier entscheidungserhebliche Frage einer Garantenstellung und einer daraus resultierenden Handlungspflicht für einen zur Strafverfolgung berufenen Polizeibeamten, wenn er außerhalb seines Dienstes Kenntnis von einer Straftat erlangt hat (vgl. BGHSt 5, 225 [229]; 12, 277 [280 f.]; 38, 388 [389 f.]; BGH, JR 1987, 335; JR 1989, 430 [432]; NStZ 1998, 194; OLG Karlsruhe, JR 1989, 210 [211]; OLG Köln, MDR 1981, 955; OLG Koblenz, NStZ-RR 1998, 332 f.).

2. Die durch die Rechtsprechung vorgenommene Auslegung der Vorschrift des § 13 Abs. 1 StGB überschreitet die verfassungsrechtlichen Grenzen zulässiger Gesetzesinterpretation nicht (vgl. BVerfGE 64, 389 [393 f.]).

a) Das an den Gesetzgeber gerichtete Bestimmtheitsgebot korrespondiert mit dem an die Rechtsprechung gerichteten Analogieverbot. Art. 103 Abs. 2 GG verbietet, Straftatbestände durch Analogie zu begründen oder zu verschärfen (BVerfGE 73, 206 [235 f.]; 92, 1 [13 ff.]; Beschl. der 2. Kammer des Zweiten Senats v. 19.12.1994 - 2 BvR 1146/94 = NJW 1995, 2776). Jede tatbestandserweiternde Interpretation, die über den möglichen Wortsinn hinausgeht, ist unzulässig.

b) Anknüpfungspunkt für eine mögliche Garantenstellung eines zur Strafverfolgung berufenen Polizeibeamten ist zunächst die strafprozessuale Vorschrift des § 163 Abs. 1 StPO i.V.m. § 152 Abs. 2 StPO; danach sind "die Behörden und Beamten des Polizeidienstes" zur Sicherung des Legalitätsprinzips zum Einschreiten verpflichtet, wenn sie Kenntnis von einer möglichen Straftat erlangen. Nach überwiegender Ansicht in Rechtsprechung und Literatur ist ein Polizeibeamter verpflichtet, seine Dienststelle über privat gewonnenes Wissen strafbarer Handlungen in Kenntnis zu setzen, wenn diese strafbaren Handlungen in die Phase seiner Dienstausbübung hineinreichen und wenn eine Abwägung zwischen dem öffentlichen Interesse an der Straftatverhinderung bzw. Straftatverfolgung und dem privaten Interesse des Beamten am Schutz seiner Privatsphäre angesichts der Schwere der Straftat ein Überwiegen des öffentlichen Interesses ergibt (vgl. BGHSt 38, 388 [389]; BGH, NStZ 1998, 194; weiter die früher herrschende Ansicht, vgl. BGHSt 5, 225 [229]; 12, 277 [280 f.]; OLG Karlsruhe, JR 1989, 210 [211]; OLG Köln, MDR 1981, 955; OLG Koblenz, NStZ-RR 1998, 332; Krehl, in: HK-StGB, 3. Aufl., § 158 Rn. 6). Die strafrechtliche Verantwortlichkeit sichert in materieller Hinsicht das Legalitätsprinzip, ohne das Gerechtigkeit bei der Strafverfolgung nicht verwirklicht werden kann.

c) Die von einem Teil der Lehre als zu unbestimmt kritisierte, weil auf die Umstände des Einzelfalls abstellende, Auslegung der Vorschrift durch die Rechtsprechung verstößt nicht gegen Art. 103 Abs. 2 GG (krit. Wollweber, wistra 2000, 338 [339]; Mitsch, NStZ 1993, 384 f.; Laubenthal, Strafrechtliche Garantenhaftung von Polizisten und außerdienstliche Kenntniserlangung, JuS 1993, 907 [911]; Krause, Verfolgungspflicht bei privater Kenntnis und Strafvereitelung im Amt, JZ 1984, 548 [549]; gegen eine Anzeigepflicht auch Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO, 45. Aufl., § 160 Rn. 10; Wache, in: KK-StPO, 4. Aufl., § 158 Rn. 29; Rieß in: Löwe-Rosenberg, StPO, 24. Aufl., § 160 Rn. 29; Geerds, JR 1989, 212 [213]; Wohlers, in: SK-StPO, § 158 Rn. 12 ff.). Sie ist vom Wortlaut des § 13 Abs. 1 StGB gedeckt. Zwar ist durch das von der Rechtsprechung entwickelte Abgrenzungskriterium einer "schweren Straftat" ein Wertungsraum eröffnet. Dies ist aber verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn und solange der konkrete Normadressat - ein geschulter Polizeibeamter - anhand einer gefestigten Rechtsprechung das Risiko einer möglichen Bestrafung hinreichend sicher voraussehen kann.

3. Auch die Rechtsanwendung durch die Fachgerichte begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken. Die Annahme einer Garantenstellung verstößt nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG in seiner Ausprägung als Willkürverbot. Die angegriffenen Entscheidungen verkennen auch nicht Bedeutung und Tragweite des in Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG wurzelnden Grundrechts des Beschwerdeführers auf Schutz seiner Privatsphäre.

a) Ausgehend von den vom Beschwerdeführer mit der Verfassungsbeschwerde nicht angegriffenen und für das Bundesverfassungsgericht bindenden tatsächlichen Feststellungen haben die Fachgerichte angenommen, daß der als Polizeihauptkommissar bei der Kriminalpolizei in Köln tätige Beschwerdeführer außerdienstlich im Rahmen einer von ihm ausgeübten nicht genehmigten und auch nicht genehmigungsfähigen Nebentätigkeit im Sommer 1994 Kenntnis davon erlangte, daß der gesondert abgeurteilte G. durch betrügerische Manipulationen eine Kreditzusage der B.-Bank in Höhe von 8,2 Millionen DM erwirkte. Das Landgericht hat festgestellt, daß die Betrugshandlungen fort dauerten und in die Dienstzeit des Beschwerdeführers hineinreichten. Nicht zuletzt unter Berücksichtigung der durch das Kreditvolumen indizierten Höhe des drohenden Vermögensschadens ist das Landgericht - und ihm folgend der Bundesgerichtshof - zu der Überzeugung gelangt, daß es sich bei den von G. verwirklichten und später mit einer zur Bewährung ausgesetzten Freiheitsstrafe von zwei Jahren geahndeten Taten um "schwere Straftaten" handelte. Diese in erster Linie den Tatgerichten obliegende Wertung ist ohne weiteres nachvollziehbar und daher von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden.

b) Das Landgericht hat im Rahmen seiner Abwägung das Persönlichkeitsrecht des Beschwerdeführers berücksichtigt. Anhaltspunkte für eine fachgerichtliche Verkennung der Ausstrahlungswirkung des Grundrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG fehlen. Bei dieser Sachlage bedarf es keiner näheren Erörterung der Frage, welcher Aspekt des Persönlichkeitsrechts des Beschwerdeführers berührt sein könnte (vgl. BVerfGE 101, 361 [379 f.]). Der Beschwerdeführer hat sein Wissen um die Straftaten des G. nicht durch ein persönliches oder vertrauliches Gespräch gewonnen. Anders als in der Sachverhaltskonstellation, die der vom Beschwerdeführer angeführten Entscheidung BGHSt 5, 225 (229) zu Grunde liegt, hat G. sich ihm nicht anvertraut; der Beschwerdeführer hat vielmehr heimlich Daten vom Computer des G. kopiert und damit den Straftatbestand des § 202a StGB verwirklicht. Bei Auswertung des Datenabzugs hat er die betrügerischen Manipulationen des G. entdeckt und nach den Feststellungen des Landgerichts von einer Strafanzeige nicht zuletzt deshalb abgesehen, weil er um seine noch ausstehenden Provisionszahlungen fürchtete.

c) Die Erwägungen, mit denen das Landgericht einen Schuldausschließungsgrund aus § 258 Abs. 5 StGB verneint hat, sind von Verfassungs wegen nicht zu beanstanden.

LG Ravensburg, Beschl. v. 9.12.2002 - 2 Qs 153/02 = NStZ 2003, 325 - Beschlagnahme von E-Mails beim Provider analog §§ 94, 98, 99 StPO

Aus den Gründen: Der Bf in ist zwar insoweit zuzustimmen, als die Übermittlung von Nachrichten auf dem Wege der E-Mail-Technik dem Grunde nach mit den Mitteln der Telekommunikation erfolgt. Dies führt bei der vorliegenden Sachverhaltskonstellation aber nicht dazu, daß die Beschlagnahme solcher Nachrichten beim sog. Provider nur in dem eingeschränkten Umfang wie dies die Vorschrift des § 100a StPO mit den dort abschließend aufgeführten Katalogtaten zuläßt.

§ 100a StPO betrifft die Überwachung des Fernmeldeverkehrs. Es geht letztendlich um das Abhören und Aufzeichnen des nicht öffentlich gesprochenen Wortes und damit um einen Eingriff in das Grundrecht des Fernmeldegeheimnisses des

Art. 10 GG. Im Fernmeldeverkehr wird das geschriebene Wort durch das gesprochene Wort ersetzt. Das nicht öffentlich gesprochene Wort unterliegt einem besonderen grundrechtlichen Schutz, insbesondere dem Recht auf informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 GG), da Personen eines Gesprächs gerade auf Aufzeichnungen verzichten, möglicherweise auch, um zu verhindern, daß Dritte, die an dem Gespräch nicht teilgenommen haben, vom Inhalt des Gesprächs durch das Lesen schriftlicher Aufzeichnungen Kenntnis nehmen können.

Beim E-Mail ist dies nicht so. Das E-Mail ersetzt nicht den Schriftverkehr, sondern vereinfacht ihn. Der Verfasser eines E-Mails schreibt die zu versendende Nachricht auf seinem PC, schickt diese an den Provider, welcher wiederum die Nachricht an den Empfänger weiterleitet. In die Informationskette ist stets der Provider dazwischen geschaltet. Sowohl Absender als auch Empfänger der Nachricht können jederzeit die Nachricht ausdrucken. In diesem Fall liegt eine schriftliche Dokumentation der Nachricht vor. Durch die E-Mail-Technik wird der Briefverkehr nicht ersetzt, sondern verkürzt. Schon das Wort-Gebilde E-Mail zeigt, daß es sich um Post (das deutsche Wort Post wird durch das englische Wort Mail ersetzt) handelt. Statt schriftlicher Post liegt elektronische Post vor. Nutzer der E-Mail-Technik sparen Porto und verkürzen in der Regel den Postweg. Daher ist die E-Mail-Technik der Informationsübermittlung des traditionellen Postverkehrs vergleichbar und entspricht nicht der Informationsübermittlung via Fernsprecher.

Unterschieden werden müssen 3 Phasen. Die Phase 1 betrifft das Erstellen der Nachricht beim Absender. Sie lagert dann zunächst als Entwurf auf seinem PC. Er selbst entscheidet dann, ob er online gehen möchte und die Nachricht an den Provider versenden möchte. Tut er letzteres, befindet sich die Nachricht in der Phase 2 auf dem Server des Providers. Von dort wird sie in der Phase 3 an den Empfänger weitergeleitet, der in dieser Phase entscheidet, ob er Nachrichten, die für ihn auf dem Server des Providers liegen, abholt. Es handelt sich also um eine Form der Versendung von Nachrichten entsprechend dem Postweg mit dem Ergebnis einer postlagernden Zustellung. Solange sich die Nachrichten beim Provider auf dessen Server befinden, entspricht dieser Zustand dem eines im Briefverteilungszentrum lagernden Briefes.

Die Kammer ist daher nicht der Ansicht, daß die Beschlagnahme solcher Nachrichten nur im Rahmen der Katalogtaten des § 100a StPO erfolgen kann. Sie schließt sich vielmehr der Auffassung an, die auf diesen Fall die §§ 94, 98 StPO anwenden möchte.

Eine direkte Anwendung der zuletzt genannten Vorschriften kommt allerdings nicht in Betracht. Diese passen nur auf die Beschlagnahme eines verkörperten Gegenstands. Solange die Nachrichten nicht ausgedruckt sind, liegt eine Verkörperung nicht vor. In der Zeit, in der sich die Nachrichten auf dem Server des Providers befinden, liegt allenfalls ein Vorstadium der Verkörperung vor.

Diesen Fall hat das Gesetz nicht geregelt. Er wird auch nicht durch die §§ 99 oder 100g StPO erfaßt. § 100g StPO erweitert im Ergebnis die Möglichkeit, Feststellungen zu Fernmeldeverbindungen zu treffen. Wie ausgeführt, handelt es sich nach Ansicht der Kammer aber nicht um einen Fernmeldevorgang im eigentlichen Sinne. § 99 StPO bezieht sich auf die Beschlagnahme von Postsendungen und Telegrammen, die sich im Gewahrsam von Personen oder Unternehmen befinden, die geschäftsmäßig Post oder Telekommunikationsdienste erbringen oder daran mitwirken. Auch § 99 StPO verlangt im Ergebnis verkörperte Gegenstände, auf die sich die Beschlagnahme bezieht.

Wie ausgeführt, ist der Vorgang des E-Mails mit dem Gedanken, der § 99 StPO zu Grunde liegt, durchaus vergleichbar. Auch beim E-Mail, soweit es um die Beschlagnahme von Daten geht, die sich noch auf dem Server des Providers befinden, sollen Nachrichten zum Gegenstand der Beschlagnahme gemacht werden, welche sich nicht mehr beim Versender aber noch nicht beim Empfänger, sondern beim Boten in Gestalt des Providers befinden. Da keine der vorgenannten Vorschriften, also weder §§ 94 und 98 StPO noch § 99 StPO den verfahrensgegenständlichen Fall abdeckt, besteht somit eine Gesetzeslücke. Die gesetzlichen Regelungen hinken der Technik nach. Im Hinblick auf den Regelungsgehalt des § 99 StPO und der Vergleichbarkeit der Vorgänge kann jedoch davon ausgegangen werden, daß der Gesetzgeber den verfahrensgegenständlichen Fall entsprechend den Fällen, die in § 99 StPO erfaßt sind, geregelt hätte, wenn er ihn bei Erlass des Gesetzes gekannt hätte.

In diesem Fall ist es gerechtfertigt, eine sog. Analogie anzuwenden. Mit Hilfe dieser Analogie wird die Gesetzeslücke geschlossen. Die Kammer schließt sich daher der Auffassung an, die in Fällen wie den vorliegenden die Durchsuchung und Beschlagnahme auf die §§ 94, 98, 99 StPO entsprechend stützt. Sie befindet sich hier im Einklang mit der GBA und dem Ermittlungsrichter beim BGH (nachzulesen unter www.artikel5.de/artikel/ecoveranstaltung2002.html; a.A. LG Hanau NJW 1999, 3647).

Daher ist die amtsgerichtliche Entscheidung im Ergebnis richtig. Bei künftigen Beschlüssen sollte jedoch die analoge Anwendung der Vorschriften unter Hinzufügung des § 99 StPO im Beschlußtext deutlich gemacht werden.

EuGH, Urt. v. 11.2.2003 - verb. Rs. C-187/01 u. C-385/01 (Hüseyin Gözütok [C-187/01] u. Klaus Brügge [C-385/01]) = NJW 2003, 1173 (= NStZ 2003, 333) - Strafklageverbrauch nach Art. 54 SDÜ bei Einstellung durch die StA gem. §§ 153, 153a StPO

Sachverhalt: In beiden Ausgangsverfahren wurde jeweils gegen die Beschuldigten wegen derselben Sache in zwei verschiedenen Vertragsstaaten des SDÜ die Strafverfolgung eingeleitet. Während es in einem der Staaten zu einer zum Strafklageverbrauch führenden Einstellung des Verfahrens nach Erfüllung von Auflagen kam (vgl. § 153a StPO), wurde in dem anderen Vertragsstaat das Verfahren auch danach weiter betrieben. Der EuGH entschied nach Art. 35 EUV im Vorabent-

scheidungsverfahren, daß die Einstellung der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungsverfahren gegen Auflagen als "rechtskräftige Verurteilung" i.S. von Art. 54 SDÜ anzusehen ist.

Aus den Gründen: ... **27.** Ein zum Strafklageverbrauch führendes Verfahren, das so beschaffen ist wie die in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden, ist ein Verfahren, in dem die nach der maßgeblichen nationalen Rechtsordnung hierzu befugte StA beschließt, die Strafverfolgung gegen einen Beschuldigten zu beenden, nachdem dieser bestimmte Auflagen erfüllt hat und insbesondere einen bestimmten, von der StA festgesetzten Geldbetrag entrichtet hat.

28. Somit ist erstens festzustellen, daß im Rahmen eines solchen Verfahrens die Strafverfolgung durch eine Entscheidung einer Behörde beendet wird, die zur Mitwirkung bei der Strafrechtspflege in der betreffenden nationalen Rechtsordnung berufen ist.

29. Zweitens ist darauf hinzuweisen, daß durch ein solches Verfahren, dessen Wirkungen, wie sie das anwendbare nationale Recht vorsieht, von der Verpflichtung des Beschuldigten abhängen, bestimmte, von der StA festgelegte Auflagen zu erfüllen, das dem Beschuldigten vorgeworfene unerlaubte Verhalten geahndet wird.

30. Angesichts dessen ist festzustellen, daß der Betroffene als hinsichtlich der ihm vorgeworfenen Tat rechtskräftig abgeurteilt i.S. d. Art. 54 SDÜ anzusehen ist, sofern die Strafklage auf Grund eines Verfahrens der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art endgültig verbraucht ist. Ferner ist die in dem zum Strafklageverbrauch führenden Verfahren verhängte Sanktion als vollstreckt i.S. dieser Vorschrift anzusehen, sobald der Beschuldigte die ihm erteilten Auflagen erfüllt hat.

31. Die Tatsache, daß im Rahmen eines solchen Verfahrens kein Gericht tätig wird und die in diesem Verfahren getroffene Entscheidung nicht in Form eines Urteils ergeht, steht dieser Auslegung nicht entgegen, da solche verfahrensrechtlichen und formalen Gesichtspunkte keinen Einfluß auf die in den Rdnrn. 28 und 29 dieses Urteils beschriebenen Wirkungen dieses Verfahrens haben können, die mangels eines ausdrücklichen gegenteiligen Hinweises in Art. 54 SDÜ als für die Anwendung des darin vorgesehenen Verbotes der Doppelbestrafung ausreichend anzusehen sind. ...

33. Unter diesen Umständen impliziert das in Art. 54 SDÜ aufgestellte Verbot der Doppelbestrafung unabhängig davon, ob es auf zum Strafklageverbrauch führende Verfahren unter oder ohne Mitwirkung eines Gerichts oder auf Urteile angewandt wird, zwingend, daß ein gegenseitiges Vertrauen der Mitgliedstaaten in ihre jeweiligen Strafjustizsysteme besteht und daß jeder Mitgliedstaat die Anwendung des in den anderen Mitgliedstaaten geltenden Strafrechts akzeptiert, auch wenn die Anwendung seines eigenen nationalen Rechts zu einem anderen Ergebnis führen würde. ...

[**NJW 2003, 1173**] **38.** Art. 54 SDÜ, der verhindern soll, daß eine Person, die von ihrem Recht auf Freizügigkeit Gebrauch macht, wegen derselben Tat in mehreren Mitgliedstaaten verfolgt wird, kann zur vollständigen Verwirklichung dieses Zieles nur dann wirksam beitragen, wenn er auch auf Entscheidungen anwendbar ist, mit denen die Strafverfolgung in einem Mitgliedstaat endgültig beendet wird, auch wenn sie ohne Mitwirkung eines Gerichts und nicht in Form eines Urteils ergehen.

39. Zum anderen sehen die nationalen Rechtsordnungen, die zum Strafklageverbrauch führende Verfahren der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art kennen, diese nur unter bestimmten Umständen oder für einige abschließend aufgezählte oder bezeichnete Straftaten vor, die im Allgemeinen nicht zu den schwersten zählen und für die nur ein begrenzter Strafraum vorgesehen ist.

40. Unter diesen Umständen hätte eine Beschränkung der Anwendung von Art. 54 SDÜ auf die Strafverfolgung beendende Entscheidungen, die von einem Gericht oder in Form eines Urteils erlassen werden, zur Folge, daß das in dieser Vorschrift vorgesehene Verbot der Doppelbestrafung und somit die Freizügigkeit, die diese Vorschrift erleichtern soll, nur solchen Beschuldigten zugute käme, die Straftaten begangen haben, bei denen auf Grund ihrer Schwere oder auf Grund der Sanktionen, mit denen sie geahndet werden können, nicht die Möglichkeit der vereinfachten Erledigung bestimmter Strafsachen besteht, wie sie ein zum Strafklageverbrauch führendes Verfahren der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art darstellt. ...

48. Nach alledem ist auf die vorgelegten Fragen zu antworten, daß das in Art. 54 SDÜ aufgestellte Verbot der Doppelbestrafung auch für zum Strafklageverbrauch führende Verfahren der in den Ausgangsverfahren in Rede stehenden Art gilt, in denen die StA eines Mitgliedstaats ohne Mitwirkung eines Gerichts ein in diesem Mitgliedstaat eingeleitetes Strafverfahren einstellt, nachdem der Beschuldigte bestimmte Auflagen erfüllt und insbesondere einen bestimmten, von der StA festgesetzten Geldbetrag entrichtet hat.

BGH, Beschl. v. 26.2.2003 - 5 StR 423/02 (LG Berlin) = NJW 2003, 1880 - Telefonüberwachung bei Geldwäschetat und Vorrang der Nichtkatalogtat

Leitsätze: 1. Eine Telefonüberwachung nach § 100a Satz 1 Nr. 2 StPO kann dann nicht auf den Verdacht der Geldwäsche gestützt werden, wenn eine Verurteilung wegen Geldwäsche aufgrund der Vorrangsklausel des § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB nicht zu erwarten und die der Geldwäsche zugrundeliegende Tat keine Katalogtat im Sinne des § 100a StPO ist.

2. Ein entsprechender Verstoß ist grundsätzlich dann heilbar und führt nicht zu einem Verwertungsverbot für die aus der Telefonüberwachung gewonnenen Erkenntnisse, wenn die zum Zeitpunkt des ermittelungsrichterlichen Beschlusses bestehende Beweislage den Verdacht einer anderen Katalogtat des § 100a StPO - insbesondere eines Vergehens der Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung nach § 129 StGB - gerechtfertigt hätte.

Gründe: ... **I. ...1.** Nach dem Vorwurf der Anklage gehörten die Angeklagten zu einer polnischen Tätergruppe, die im großen Umfang Zigaretten aus osteuropäischen Staaten nach Deutschland schmuggelte. Diese polnische Tätergruppe lieferte die Zigaretten an eine von Vietnamesen beherrschte Organisation, die den Vertrieb der Zigaretten innerhalb Deutschlands übernahm. Die vom Angeklagten B maßgeblich geleitete polnische Gruppierung verkaufte in dem Zeitraum zwischen August und Dezember 2000 in 14 Fällen Zigaretten und verkürzte dadurch jeweils Eingangsabgaben in Höhe von zwischen 100.000 DM und 450.000 DM. Zusammen mit dem Mitangeklagten C und weiteren unbekannt gebliebenen Dritten überfiel der Angeklagte B im Dezember 2000 den vietnamesischen Zwischenhändler D und raubte diesem einen Koffer mit für den Aufkauf von Zigaretten bereitgehaltenem Kaufgeld in Höhe von 290.000 DM.

2. Von sämtlichen Tatvorwürfen hat sich die Strafkammer - allerdings unter Verwendung weiterer Beweismittel - durch die Verwertung von Erkenntnissen aus Telefonüberwachungen überzeugt. Eine Telefonüberwachung war zunächst Anfang August 2000 für die Anschlüsse der vietnamesischen Abnehmerseite vom Amtsgericht Tiergarten in Berlin angeordnet worden, ab Oktober 2000 wurden auch mehrere Telefonanschlüsse von Personen überwacht, die im Zusammenhang mit der polnischen Gruppierung standen. Die gegen die polnischen Telefonanschlusshaber ergangenen Beschlüsse nach § 100a StPO waren sämtlich darauf gestützt, daß der Verdacht der Geldwäsche bestehe.

II. Die gegen die Verwertung der Ergebnisse aus der Telefonüberwachung gerichteten Verfahrensrügen bleiben ohne Erfolg.

1. Die Rügen sind unzulässig, weil sie nicht zureichend ausgeführt sind i.S. des § 344 II StPO. ...

[**NJW 2003, 1881**] ... **2.** Die Verfahrensrügen wären - jedenfalls soweit sie isoliert nur die Verwertung der gegen die polnischen Lieferanten angeordneten Telefonüberwachungen betreffen - im Ergebnis auch unbegründet.

a) Allerdings lagen nach Maßgabe der ermittlungsrichterlichen Beschlüsse die Voraussetzungen für eine Anordnung der Telefonüberwachung nach § 100a StPO nicht vor; denn eine Telefonüberwachung nach § 100a Satz 1 Nr. 2 StPO kann dann nicht auf den Verdacht der Geldwäsche gestützt werden, wenn eine Verurteilung wegen Geldwäsche aufgrund der Vorrangklausel des § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB nicht zu erwarten und die der Geldwäsche zugrundeliegende Tat keine Katalogtat im Sinne des § 100a StPO ist.

aa) Mit Recht weisen die Revisionen darauf hin, daß ein Wertungswiderspruch bestünde, sofern der Verdacht der Geldwäsche nach § 261 StGB auch dann eine Telefonüberwachung rechtfertigte, wenn die der Geldwäsche zugrundeliegende Vortat nicht so schwerwiegend ist, daß deren Verdacht seinerseits eine Telefonüberwachung erlaubte. Da der Tatbestand der Geldwäsche so weit gefaßt ist, daß eine Vielzahl nach anderen Strafgesetzen pönalisierter Handlungen zugleich den Geldwäschetatbestand erfüllte, ließe das im Ergebnis darauf hinaus, daß wegen des Verdachts nahezu einer jeden Katalogtat des § 261 Abs. 1 StGB die Telefonüberwachung angeordnet werden könnte. Damit würde der vom Gesetzgeber mit Rücksicht auf die Bedeutung des Schutzes des Fernmeldegeheimnisses durch den gegenüber § 261 Abs. 1 StGB augenfällig engeren Katalog des § 100a StPO zum Ausdruck gebrachte Wille, nur für bestimmte, besonders schwerwiegende Straftaten überhaupt die Telefonüberwachung zuzulassen, in einer unabsehbaren Anzahl von Fällen unterlaufen.

Die hier zur Entscheidung stehende Konstellation verdeutlicht diese Problematik. Nach dem Ermittlungsstand waren die Angeklagten B und L verdächtig, banden- und gewerbsmäßig Zigaretten nach Deutschland zu schmuggeln. Nach der damals gegebenen Rechtslage bestand gegen die Angeklagten damit der Verdacht des gewerbs- und bandenmäßigen Schmuggels nach § 373 AO. Diese Strafbestimmung ist keine Katalogtat nach § 100a StPO. Dagegen ist der Schmuggel Katalogtat nach § 261 Abs. 1 Nr. 3 StGB im Rahmen des Geldwäschetatbestandes. Da mit dem Schmuggel regelmäßig eine Geldwäschehandlung verbunden sein wird, weil die Schmuggler Schmuggelgüter und -erlöse grundsätzlich verbergen werden, um deren Sicherstellung zu vereiteln, ginge der Verdacht einer Beteiligung am Schmuggel an sich mit dem Verdacht der Beteiligung an einer tatbestandlichen Geldwäschehandlung einher. Dies könnte zwar die Telefonüberwachung rechtfertigen, eine Bestrafung nach dem Geldwäschetatbestand wäre aber - schon bei Anordnung klar absehbar - nach der Subsidiaritätsklausel des § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB ausgeschlossen. Eine nahezu identische Problematik würde im übrigen bestehen, wenn der Verdacht eines gewerbsmäßigen Betruges (§ 263 Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 StGB), eines gewerbsmäßigen Diebstahls (§ 243 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 StGB) oder der Bestechlichkeit (§ 332 Abs. 1 und Abs. 3 StGB) bestünde. Ohne daß diese Aufzählung abschließend ist, wäre allen diesen Sachverhaltskonstellationen gemeinsam, daß zwar für den Verdacht der Vortat der Geldwäsche eine Telefonüberwachung nicht in Betracht käme, weil die entsprechenden Delikte keine Katalogtaten im Sinne des § 100a StPO sind. Da jedoch regelmäßig - schon wegen der Verschleierung der Tatbeute - gleichzeitig eine Geldwäsche gegeben wäre, könnte über diesen Umweg eine Telefonüberwachung wegen des Verdachts der Geldwäsche angeordnet werden, obwohl - wie bei Anordnung bereits absehbar - im Ergebnis später wegen der Subsidiaritätsregelung nach § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB eine Verurteilung wegen Geldwäsche ausschiede.

bb) Dieses Spannungsverhältnis kann nicht dadurch gelöst werden, daß allein auf die formelle Tatbestandserfüllung des § 261 StGB abgestellt wird (vgl. Meyer-Abich NSTz 2001, 465 f). Diesen Weg ist das Landgericht in seiner angefochtenen Entscheidung gegangen. Es hat die Problematik gesehen und die Verwertung dennoch für zulässig erachtet, weil der Verdacht der Geldwäsche auch dann bestehe, wenn ein persönlicher Strafausschließungsgrund (hier: § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB) die Strafbarkeit hindere. Zwar reicht für eine Anordnung nach § 100a StPO grundsätzlich allein der Verdacht hinsichtlich des tatbestandlichen Vorliegens einer Katalogtat aus; auf mögliche Rechtfertigungs- oder Schuldauusschließungsgründe soll es mithin nicht ankommen (vgl. Meyer-Goßner, StPO 46. Aufl. § 100a Rn. 6 m.w.N.). Es kann dahinstehen, inwieweit dieser Ansatz auf sonstige persönliche Strafausschließungsgründe übertragen werden kann. Auf den persönlichen Strafausschließungsgrund nach § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB ist er jedenfalls nach dessen Sinn und Zweck nicht

übertragbar. Wie der Bundesgerichtshof in seinem Urteil vom 20. September 2000 - 5 StR 252/00 - bereits ausgeführt hat, dient die Regelung des § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB in ihrer Fassung durch das Gesetz zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität vom 4. Mai 1998 (BGBl I 845) der Schließung von Strafbarkeitslücken für die Fälle, in denen eine Ahndung wegen der Vortat aus tatsächlichen Gründen nicht erfolgen konnte. Durch die damalige Neufassung sollte

[**NJW 2003, 1882**] sichergestellt werden, daß bei unklarer Täterschaft - im Wege der Postpendenzfeststellung - jedenfalls wegen Geldwäsche verurteilt werden kann, wenn zumindest deren Tatbestandsvoraussetzungen vorliegen (BGH aaO, BGHR StGB § 261 Abs. 9 Satz 2 Vortat 1). Eine Doppelbestrafung wegen der Vortat und der Geldwäschebehandlung war - so ausdrücklich die Gesetzesbegründung (BT-Drs. 13/8651, S. 11) - nicht gewollt (vgl. hierzu auch Harms/Jäger NStZ 2001, 236 [238]). Insoweit bildet die Regelung des § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB, die zwar als persönlicher Strafausschließungsgrund gefaßt ist, in der Sache eine Konkurrenzregel, die eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche immer dann ausschließt, wenn der Täter bereits wegen der Beteiligung an der Vortat strafbar ist (BGH aaO).

cc) Der Vorrang der zugrundeliegenden Katalogtat nach § 261 Abs. 1 StGB muß auch bei der Bestimmung der sich anknüpfenden Rechtsfolgen Beachtung finden. Hinsichtlich der Strafzumessung hat der Bundesgerichtshof zum Verhältnis zwischen Katalogtat und nach § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB verdrängter Geldwäsche ausgeführt, daß insoweit eine wertende Betrachtung erforderlich ist. Danach muß bei der Strafzumessung der Strafraumen der zugrundeliegenden Katalogtat die Obergrenze bilden (BGH aaO, insoweit abgedruckt in BGHR StGB § 261 Strafzumessung 3). Dieses Ergebnis hat der Bundesgerichtshof aus der Rechtsähnlichkeit der Geldwäsche zur Begünstigung entwickelt. Deshalb kann auch der Rechtsgedanke des § 257 Abs. 2 StGB herangezogen werden, wonach die Strafe für die Begünstigung nicht schwerer sein darf als die für die Vortat angedrohte Strafe (vgl. dazu BGHR StGB § 257 Abs. 2 Verjährung 1).

Derselbe Grundgedanke ist auch auf verfahrensrechtliche Eingriffsbefugnisse zu übertragen. Auch diese können für den Auffangtatbestand grundsätzlich nicht weitergehen als für die Haupttat selbst. Wenn der Gesetzgeber den gewerbsmäßigen Schmuggel nicht für schwerwiegend genug erachtet, um hierfür die Telefonüberwachung zuzulassen, muß diese Wertung bei einer zugleich vorliegenden Geldwäsche gleichermaßen durchschlagen, insbesondere weil dem Schmuggel eine Geldwäschebehandlung tatbestandlich immanent ist (vgl. HansOLG Hamburg StV 2002, 590). Ein sachlicher Grund, der für den (an sich zurücktretenden) Geldwäschetatbestand eine unterschiedliche Behandlung rechtfertigen könnte, ist nicht ersichtlich.

Im Ergebnis kann deshalb der Verdacht einer tatbestandlichen Handlung nach der Strafvorschrift der Geldwäsche eine Telefonüberwachung nur rechtfertigen, soweit die zugrundeliegende Vortat der Geldwäsche selbst eine Katalogtat nach § 100a StPO ist oder dies zumindest nicht auszuschließen ist. Jedenfalls aber in Fallkonstellationen wie der vorliegenden, in denen sich im Zeitpunkt der Entscheidung über die Anordnung der Telefonüberwachung bereits absehen läßt, daß eine Strafbarkeit wegen Geldwäsche aufgrund der Vorrangregelung des § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB nicht in Betracht kommen wird, kann die Anordnung nicht mehr auf den Geldwäschetatbestand gestützt werden, falls die zugrundeliegende Haupttat eine Telefonüberwachung nicht zuläßt (so auch HansOLG Hamburg aaO; Meyer-Abich aaO).

dd) Diese einschränkende Auslegung des § 100a StPO ist auch aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten. Die Telefonüberwachung greift in den Kernbereich des Grundrechts nach Art. 10 GG ein. Schon diese Grundrechtsrelevanz erfordert eine an den Grundsätzen der Rechtsklarheit und Verhältnismäßigkeit orientierte Bestimmung der Eingriffstatbestände. Die Befugnis der Strafverfolgungsbehörden zur Überwachung und Aufzeichnung des Fernmeldeverkehrs ist in §§ 100a, 100b StPO nach Voraussetzung, Umfang und Zuständigkeit abschließend geregelt (Nack in KK 4. Aufl. § 100a Rn. 1 m.w.N.). Dies schließt eine erweiternde Auslegung dieser Bestimmung aus (BGHSt 26, 298 [303]; 31, 296 [298]). Wegen der Bedeutung des Grundrechts ist die Fernmeldeüberwachung nur bei bestimmten Katalogtaten und einer erhöhten Verdachtslage zulässig, wenn kein weniger belastendes Aufklärungsmittel zur Verfügung steht (vgl. W. Schmidt in Mitarbeiter-Kommentar zum Grundgesetz, 2002, Art. 10 Rn. 107 m.w.N.).

Diese verfassungsrechtlichen Vorgaben verlangen eine restriktive Auslegung des Eingriffstatbestandes für die Zulassung einer Telefonüberwachung bei dem Verdacht der Geldwäsche. Ein Anknüpfen allein an den Geldwäschetatbestand als Eingriffsnorm für die Telefonüberwachung würde - wie ausgeführt - im Ergebnis dazu führen, daß jeder Verdacht der Beteiligung an einer Katalogtat der Geldwäsche praktisch die Telefonüberwachung ermöglichen könnte, obwohl aufgrund der gesetzgeberischen Wertung, wie sie in § 100a StPO ihren Ausdruck gefunden hat, eigentlich der verdachtbegründende Vorwurf nicht als genügend schwerwiegend eingestuft wurde. Der ohnedies nach § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB zurücktretende Geldwäschetatbestand ist - seiner Zweckbestimmung als Auffangtatbestand entsprechend - tatbestandlich so weit gefaßt, daß hierunter nahezu jede einem Vermögensdelikt nachgelagerte Handlung subsumiert werden kann. Die hier notwendige restriktive Auslegung, die bei einem derart erheblichen Grundrechtseingriff geboten ist, muß deshalb zu dem Ergebnis führen, daß die Geldwäsche eine Telefonüberwachung jedenfalls dann nicht mehr legitimieren darf, wenn eine Verurteilung wegen Geldwäsche nach § 261 Abs. 9 Satz 2 StGB nicht mehr ernsthaft in Betracht kommt. Die in § 100a StPO zum Ausdruck kommende Verhältnismäßigkeitsabwägung durch den Gesetzgeber wird in der Rechtsanwendung nur gewahrt, indem bei dem Verdacht der Geldwäsche letztlich auch auf die zugrundeliegende Tat abgestellt wird. Diese Strafvorschrift gibt der Tat ihr eigentliches Gepräge und muß deshalb auch den Anknüpfungspunkt dafür bilden, ob eine Telefonüberwachungsmaßnahme nach der in § 100a StPO zum Ausdruck kommenden Wertentscheidung des Gesetzgebers angeordnet werden darf.

b) Die Rechtswidrigkeit der Anordnung der Telefonüberwachung führt regelmäßig zu einem Verwertungsverbot, wenn die Voraussetzungen nach § 100a StPO bei ihrem Erlass nicht vorlagen (BGHSt 31, 304 [308]; 32, 68 [70]). Dies gilt jedenfalls in den Fällen, in denen der Verdacht einer Katalogtat von vornherein nicht bestanden hat (BGHSt 41, 30 [31]).

Ob der Verdacht einer Katalogtat gegeben war, ist allerdings im Revisionsverfahren nur begrenzt überprüfbar, weil dem darüber zur Entscheidung berufenen Ermittlungsrichter insoweit ein Beurteilungsspielraum zusteht. Entscheidend ist deshalb, daß die Anordnung - rückbezogen auf den Zeitpunkt ihres Erlasses - wenigstens noch als vertretbar erscheint (BGHSt 41, 30; BGH, Beschl. v. 1.8.2002 - 3 StR 122/02 = NJW 2003, 368 [369]).

Bei der hier gegebenen Fallgestaltung kann zwar schon aufgrund der in den Urteilsgründen mitgeteilten Erkenntnisse aus der Telefonüberwachung gegen den vietnamesischen Abnehmerkreis ein zureichender tatsächlicher Tatverdacht nicht zweifelhaft sein. Unzutreffend war allerdings die rechtliche Bewertung der Verdachtslage. Insoweit ist der Ermittlungsrichter nämlich rechtsfehlerhaft davon ausgegangen, daß das verdachtbegründende Verhalten als Geldwäsche strafbar sei und mithin die Telefonüberwachung nach § 100a Satz 1 Nr. 2 StPO angeordnet werden könne. Dieser juristische Bewertungsfehler, der zur Rechtswidrigkeit der Anordnungen über die Telefonüberwachung führt, wäre generell geeignet, ein Verwertungsverbot für die aus der Telefonüberwachung gewonnenen Erkenntnisse nach sich zu ziehen.

Dies würde im übrigen auch für die Raubtat gelten (Fall 15), für deren Nachweis das Landgericht gleichfalls Erkenntnisse aus der Telefonüberwachung herangezogen hat. Die Erkenntnisse hierüber waren Zufallsfunde, weil die Telefonüberwachung hinsichtlich anderer Taten angeordnet war. Nach § 100b Abs. 5 StPO

[**NJW 2003, 1883**] wäre ein solcher Zufallsfund zwar grundsätzlich verwertbar, weil sich die Erkenntnis auf eine Straftat bezog, die ihrerseits wiederum Katalogtat nach § 100a Satz 1 Nr. 2 StPO in Verbindung mit §§ 249, 250 StGB war (vgl. BGHR StPO § 100a Verwertungsverbot 10). Für die Verwertung solcher Zufallsfunde ist jedoch gleichfalls Voraussetzung, daß jedenfalls die ursprüngliche Telefonüberwachungsmaßnahme rechtmäßig angeordnet wurde (vgl. BGHR StPO § 100a Verwertungsverbot 5, 8, 10).

Die fehlerhafte Anordnung der ursprünglichen Telefonüberwachung würde deshalb hier dazu führen, daß sämtliche auf dieser rechtswidrigen Grundlage gewonnen Erkenntnisse nicht verwertet werden dürften.

c) Der rechtliche Bewertungsfehler des Ermittlungsrichters wäre hier jedoch dann heilbar, wenn aufgrund der damaligen Beweislage der Verdacht auf Mitgliedschaft in einer kriminellen Vereinigung nach § 129 StGB (Katalogtat gemäß § 100a Satz 1 Nr. 1 lit. c StPO) bestand.

aa) Eine Verwertung der Ergebnisse der Telefonüberwachung ist nämlich auch dann möglich, wenn die Anordnung der Telefonüberwachung nach § 100a StPO auf eine andere Katalogtat hätte gestützt werden können. Dabei ist auf der Grundlage der Verdachtsituation zum Zeitpunkt des Erlasses der Anordnungen über die Telefonüberwachungsmaßnahmen zu entscheiden, weil spätere Erkenntnisse eine ursprünglich rechtswidrige Anordnung nicht mehr im Nachhinein zu legitimieren vermögen (vgl. BGH, Beschl. v. 1.8.2002 - 3 StR 122/02 = NJW 2003, 368 [370]; BGHR StPO § 100a Verwertungsverbot 10). Deshalb kommt eine entsprechende Auswechslung der rechtlichen Begründung für die Anordnung einer Telefonüberwachung nur in Betracht, soweit derselbe Lebenssachverhalt betroffen ist, auf den sich der Verdacht bezieht, und die Änderung der rechtlichen Grundlage für die Telefonüberwachung der damals bestehenden Ermittlungssituation nicht ein völlig anderes Gepräge geben würde (BGHR StPO § 100a Verwertungsverbot 10). Dabei kann allerdings eine entsprechende Neubestimmung der rechtlichen Grundlagen für die Anordnung der Telefonüberwachung ausnahmsweise sogar noch im Revisionsverfahren vorgenommen werden, wenn die hierfür notwendige Tatsachengrundlage sich für das Revisionsgericht aufgrund der Urteilsgründe oder des im Zusammenhang mit der Verfahrensrüge mitgeteilten Sachverhalts in der maßgeblichen rückschauenden Betrachtungsweise zweifelsfrei ergibt.

bb) Diese Voraussetzungen sind hier, soweit eine Sachprüfung im Rahmen des insgesamt nicht vollständigen Revisionsvortrags möglich ist, gegeben. Der Senat kann sicher feststellen, daß zum Zeitpunkt des Erlasses der Anordnungen über Telefonüberwachungen gegen die polnische Lieferantengruppe ein zureichender Verdachtsgrad für das Vorliegen einer kriminellen Vereinigung gemäß § 129 StGB bestanden hat, der nach § 100a Satz 1 Nr. 1 lit. c StPO die Anordnung der Telefonüberwachung gleichfalls gerechtfertigt hätte. Dies ergibt sich schon aus den Feststellungen des Landgerichts zu den Ergebnissen über die Telefonüberwachungen gegen die vietnamesischen Abnehmer. Diese Erkenntnisse haben bei dem Angeklagten B hinsichtlich der früheren Taten (Fälle 1 bis 5) zur Überführung beigetragen. Die gegen die vietnamesischen Abnehmer gerichteten Telefonüberwachungen erfolgten vor der Anordnung der Telefonüberwachung gegen die polnische Lieferantengruppe. Ersichtlich begründeten erst die Erkenntnisse aus den gegen die Vietnamesen geführten Telefonüberwachungen den notwendigen Verdacht gegen die polnische Tätergruppe um den Angeklagten. Damit steht aber auch eindeutig fest, daß die in den Urteilsgründen auszugsweise mitgeteilten Erkenntnisse aus den Telefonüberwachungen gegen die vietnamesischen Abnehmer gleichzeitig die Verdachtsgrundlage gebildet haben, die dann zu den richterlichen Anordnungen auch gegen die polnischen Lieferanten geführt haben.

Für den damals begründeten zureichenden Verdacht, daß eine kriminelle Vereinigung im Sinne des § 129 StGB gehandelt hat, ist jedenfalls belegt, daß mindestens vier Personen in die Liefervorgänge eingebunden waren; auch der Verdacht auf einen von der Rechtsprechung geforderten auf Dauer angelegten organisatorischen Zusammenschluß (vgl. BGHR StGB § 129 Gruppenwille 3) liegt jedenfalls bei der hier schon im Zeitpunkt der Anordnungen sich abzeichnenden Größe und Arbeitsteiligkeit der polnischen Lieferantengruppe vor. Diese hatte ein- oder sogar mehrmals wöchentlich Lkw mit un versteuerten Zigaretten nach Deutschland dirigiert, wobei jeweils mindestens 100.000 DM an Einfuhrabgaben hinterzogen wurden. Jedenfalls angesichts der Größenordnung der anders nicht zu bewerkstelligen Schmuggeltätigkeit rechtfertigt

tigte sich hier der Verdacht, es habe ein in sich einheitlicher Verband gehandelt, dessen Gruppenwille (vgl. dazu BGHR StGB § 129 Gruppenwille 1) darauf gerichtet war, Zigaretten in erheblichem Ausmaß nach Deutschland zu schmuggeln. Daß angesichts des in kurzen Intervallen jeweils bewirkten Steuerschadens auch eine erhebliche Gefahr von der polnischen Lieferantengruppe ausging (vgl. BGHSt 41, 47), war aufgrund der damals bekannten Telefonüberwachungsmaßnahmen gegen die vietnamesischen Abnehmer offensichtlich.

cc) War die Anordnung der Telefonüberwachung gegen die vietnamesische Tätergruppe ihrerseits auf den für § 100a StPO hier nicht ausreichenden Verdacht der Geldwäsche gestützt, liegt gleichfalls nicht fern, daß auch insoweit bereits zweifelsfrei ein damit einhergehender Verdacht nach § 129 StGB bestand. Dies wäre von Bedeutung unmittelbar für die Verwertung der Erkenntnisse aus jenen Telefonüberwachungen zu den Fällen 1 bis 5, aber auch für die Frage, ob der aus den Telefonüberwachungserkenntnissen gewonnene Verdacht nach § 129 StGB gegen die polnischen Lieferanten (oben bb) seinerseits auf einer rechtmäßigen Grundlage beruhte. Insoweit hindert der nach § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO unvollständige Sachvortrag der Revisionen (oben 1) eine abschließende Sachprüfung durch den Senat.

BVerfG, Urt. v. 12.3.2003 - 1 BvR 330/96 u. 1 BvR 348/99 = NJW 2003, 1787 - Telekommunikationsüberwachung bei Journalisten

Leitsätze: 1. Die öffentlichrechtlichen Rundfunkanstalten können sich zum Schutz der Vertraulichkeit der Informationsbeschaffung und der Redaktionsarbeit auf das Fernmeldegeheimnis aus Art. 10 GG und insoweit auch auf die Rechtsschutzgarantie des Art. 19 Abs. 4 GG berufen.

2. Richterliche Anordnungen gegenüber Telekommunikationsunternehmen, im Rahmen der Strafverfolgung Auskunft über die für Abrechnungszwecke bereits vorhandenen oder in Durchführung einer Zielwahlsuche zu ermittelnden Verbindungsdaten zu erteilen, greifen in das Fernmeldegeheimnis des von der Auskunft Betroffenen ein.

3. Derartige Eingriffe sind nur gerechtfertigt, wenn sie zur Verfolgung einer Straftat von erheblicher Bedeutung erforderlich sind, hinsichtlich der ein konkreter Tatverdacht besteht und wenn eine hinreichend sichere Tatsachenbasis für die Annahme vorliegt, daß der durch die Anordnung Betroffene mit dem Beschuldigten über Telekommunikationsanlagen in Verbindung steht.

Aus den Gründen: **A.** Die Verfassungsbeschwerden betreffen richterliche Anordnungen zur Herausgabe von Verbindungsdaten der Telekommunikation, die sich auf Telefongespräche im Rahmen der journalistischen Tätigkeiten der Beschwerdeführer beziehen.

I. 1. Beschwerdeführer im Verfahren 1 BvR 330/96 sind das Zweite Deutsche Fernsehen (ZDF) und zwei journalistische Mitarbeiter, die im hier maßgeblichen Zeitraum für das vom Beschwerdeführer zu 1a wöchentlich ausgestrahlte Magazin "Frontal" Beiträge erstellten.

a) Die Beschwerdeführer zu 1b und 1c recherchierten im Fall des Dr. Jürgen Schneider, der wegen Verdachts des Kreditbetrugs in Milliardenhöhe, des betrügerischen Bankrotts und der Steuerhinterziehung weltweit gesucht und später in den USA festgenommen wurde. Sie gelangten in den Besitz einer Tonbandkassette, auf der sich der Beschuldigte Schneider zu dem gegen ihn geführten Ermittlungsverfahren äußerte. Der Beschwerdeführer zu 1c übergab die Tonbandkassette der Zielfahndung des Bundeskriminalamts, das die Authentizität der Aufnahme feststellte. Die zuständige Staatsanwaltschaft ging davon aus, daß die Journalisten in telefonischem Kontakt mit dem Beschuldigten stehen könnten.

b) Auf Antrag der Staatsanwaltschaft ordnete das Amtsgericht gemäß § 12 des Fernmeldeanlagengesetzes (im Folgenden: FAG) die Auskunftserteilung über den Fernmeldeverkehr hinsichtlich des Mobilfunkanschlusses des Beschwerdeführers zu 1a für den Zeitraum vom 9. bis 12.5.1995 an. § 12 FAG lautete in der seit 1.7.1989 geltenden Fassung (Bekanntmachung der Neufassung des Gesetzes über Fernmeldeanlagen vom 3.7.1989, BGBl I S. 1455): "In strafgerichtlichen Untersuchungen kann der Richter und bei Gefahr im Verzug auch die Staatsanwaltschaft Auskunft über den Fernmeldeverkehr verlangen, wenn die Mitteilungen an den Beschuldigten gerichtet waren oder wenn Tatsachen vorliegen, aus denen zu schließen ist, daß die Mitteilungen von dem Beschuldigten herrührten oder für ihn bestimmt waren und daß die Auskunft für die Untersuchung Bedeutung hat."

Durch das Telekommunikationsgesetz vom 25.7.1996 (BGBl I S. 1120) wurden die Worte "über den Fernmeldeverkehr" durch "über die Telekommunikation" ersetzt. Ferner wurde der Hinweis eingefügt, daß das Grundrecht des Art. 10 GG eingeschränkt wird.

Die beantragte Auskunft sollte Erkenntnisse über den Aufenthaltsort des zu diesem Zeitpunkt noch flüchtigen Beschuldigten erbringen. Im November 1995 erfuhren die Beschwerdeführer, daß der im Fall Schneider genutzte Mobilfunktelefonanschluß Gegenstand einer Auskunftserteilung war. Die Staatsanwaltschaft bestätigte den Sachverhalt. Eine Bekanntmachung des Beschlusses an die Beschwerdeführer erfolgte nicht. ...

2. Die Beschwerdeführerin zu 2 ist Journalistin und war zum Zeitpunkt der hier angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen für das Magazin STERN tätig.

a) Sie recherchierte und berichtete wiederholt über den mutmaßlichen Terroristen Hans-Joachim Klein. Dieser wurde verdächtigt, an einem Anschlag auf die OPEC-Konferenz im Jahre 1975 teilgenommen zu haben. In diesem Zusammenhang wurde er seitdem mit erheblichem Ermittlungsaufwand wegen dreifachen Mordes gesucht. Die Beschwerdeführerin hatte

unter anderem ein im STERN veröffentlichtes Interview mit dem Beschuldigten geführt. Im Jahre 1998 erhielt die ermittelnde Staatsanwaltschaft Hinweise, daß die Beschwerdeführerin erneut im Fall Klein recherchierte und zu diesem möglicherweise weiterhin in Kontakt stehe.

b) Das Amtsgericht ordnete die Erhebung der Verbindungsdaten für einen Mobilfunkanschluß und zwei Festnetzanschlüsse an, die von der Beschwerdeführerin und ihrem Ehemann genutzt wurden. Die Anordnung betraf zunächst die innerhalb des Zeitraums vom 12. Februar 1998 bis 13. Juni 1998 nach Frankreich geführten Telefongespräche und wurde auf die §§ 100a, 100b StPO, § 12 FAG gestützt. Durch zwei Ergänzungsbeschlüsse erstreckte das Amtsgericht die Anordnung sodann auf Verbindungsdaten von Gesprächen, die aus Frankreich eingingen, und schließlich auf alle Verbindungsdaten ungeachtet des Herkunftslandes. Die Anordnung wurde bis zum 12. September 1998 befristet. Die übermittelten Verbindungsdaten führten im September 1998 zur Festnahme des Beschuldigten in Frankreich. ...

[**NJW 2003, 1787**] ... **B.** Die Verfassungsbeschwerden sind zulässig. ...

[**NJW 2003, 1788**] ... **C.** Die Verfassungsbeschwerden haben jedoch in der Sache keinen Erfolg.

I. Maßstab der verfassungsgerichtlichen Prüfung sind Art. 10, Art. 5 Abs. 1 und 2 sowie Art. 19 Abs. 4 GG.

Angegriffen sind Maßnahmen der Überwachung der Telekommunikation, deren Rechtmäßigkeit anhand von Art. 10 GG zu beurteilen ist (II). Das aus Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG folgende Recht auf informationelle Selbstbestimmung kommt neben Art. 10 Abs. 1 GG im vorliegenden Zusammenhang nicht zur Anwendung. Bezogen auf den Fernmeldeverkehr enthält Art. 10 GG eine spezielle Garantie. Sie verdrängt die allgemeine Gewährleistung (vgl. BVerfGE 67, 157 [171]; 100, 313 [358]).

Da eine Rundfunkanstalt und Journalisten in ihrer journalistischen Betätigung betroffen sind, ist ferner zu entscheiden, ob Art. 5 Abs. 1 GG einen über Art. 10 GG hinausgehenden Schutz gewährt (III). Soweit es im Verfahren 1 BvR 330/96 des Weiteren um die Möglichkeit gerichtlichen Rechtsschutzes gegen Maßnahmen nach § 12 FAG geht, ist die gerichtliche Entscheidung des Landgerichts auch am Maßstab des Art. 19 Abs. 4 GG zu messen (IV).

II. Die angegriffenen Entscheidungen verletzen die Beschwerdeführer nicht in ihrem Grundrecht aus Art. 10 Abs. 1 GG.

1. Die gerichtlich angeordnete Auskunft über die Verbindungsdaten der Telekommunikation berührt allerdings den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses.

Vom Schutz des Fernmeldegeheimnisses sind nicht nur die Kommunikationsinhalte, sondern auch die näheren Umstände der Telekommunikation erfaßt, die hier Gegenstand der Auskunftserteilung nach § 12 FAG, § 100a StPO gewesen sind. Das Fernmeldegeheimnis schützt zwar in erster Linie den Kommunikationsinhalt, umfaßt aber ebenso die Kommunikationsumstände. Dazu gehört insbesondere, ob, wann und wie oft zwischen welchen Personen oder Endrichtungen Telekommunikationsverkehr stattgefunden hat oder versucht worden ist (vgl. BVerfGE 67, 157 [172]; 85, 386 [396]). Auch insoweit darf der Staat grundsätzlich keine Kenntnis nehmen. Das Grundrecht will die Bedingungen einer freien Telekommunikation aufrechterhalten. Die Nutzung des Kommunikationsmediums soll in allem vertraulich möglich sein (vgl. BVerfGE 100, 313 [358]). Mit der grundrechtlichen Verbürgung der Unverletzlichkeit des Fernmeldegeheimnisses soll

[**NJW 2003, 1789**] vermieden werden, daß der Meinungs- und Informationsaustausch mittels Telekommunikationsanlagen deswegen unterbleibt oder nach Form und Inhalt verändert verläuft, weil die Beteiligten damit rechnen müssen, daß staatliche Stellen sich in die Kommunikation einschalten und Kenntnisse über die Kommunikationsbeziehungen oder Kommunikationsinhalte gewinnen (vgl. BVerfGE 100, 313 [359]).

Art. 10 Abs. 1 GG begegnet Gefahren für die Vertraulichkeit von Mitteilungen, die aus dem Übermittlungsvorgang einschließlich der Einschaltung fremder Übermittler entstehen. Der Schutz des Art. 10 Abs. 1 GG umfaßt sämtliche mit Hilfe der Telekommunikationstechniken erfolgenden Übermittlungen von Informationen, unabhängig davon, wer Betreiber der Übertragungs- und Vermittlungseinrichtungen ist (vgl. BVerfG, NJW 2002, 3619 [3620]).

2. Ein Eingriff in das Fernmeldegeheimnis liegt vor, wenn staatliche Stellen sich ohne Zustimmung der Beteiligten Kenntnis von dem Inhalt oder den Umständen eines fernmeldetechnisch vermittelten Kommunikationsvorgangs verschaffen (vgl. BVerfGE 100, 313 [366]). Das ist hier der Fall.

a) Die staatlichen Maßnahmen richteten sich zwar unmittelbar an die Telekommunikationsunternehmen und nicht an die Beschwerdeführer. Die Grundrechtsbeeinträchtigung erfolgte insofern nur vermittelt über die privatrechtlich organisierten Telekommunikationsunternehmen. Diese wurden durch die Anordnungen verpflichtet, Daten zu übermitteln, die sich auf das Kommunikationsverhalten der Beschwerdeführer bezogen. Der Eingriff ist jedoch hoheitlich angeordnet worden und war von den Betreibern der Telekommunikationsanlagen auszuführen, ohne daß ihnen ein Handlungsspielraum zur Verfügung stand. Die Übermittlung der Daten ist daher rechtlich auch der öffentlichen Gewalt zuzurechnen.

b) Gerichtliche Entscheidungen, die es den Strafverfolgungsbehörden ermöglichen, sich auf Grund des vorhandenen umfassenden Datenmaterials detaillierte Kenntnis von den Umständen der Telekommunikation eines Betroffenen zu verschaffen, greifen in den Schutzbereich des Fernmeldegeheimnisses ein. Solche Verbindungsdaten werden bei der digitalisierten Kommunikation automatisch und generell festgehalten und müssen deswegen nicht speziell für Zwecke der Strafverfolgung erfaßt werden. Durch die Übermittlung solcher Daten erlangen die Strafverfolgungsorgane Kenntnis von den Umständen der Telekommunikation. Dies ermöglicht - sofern die Daten sich wie vorliegend auf ISDN- oder Mobilfunkanschlüsse beziehen - ein detailliertes Bild über die erfolgten Kommunikationsvorgänge. Umfaßt sind unter anderem die Rufnummer des anrufenden und angerufenen Anschlusses oder der Endrichtung, Beginn und Ende der Verbindung nach Tag und Uhrzeit sowie sonstige zum Aufbau, zur Aufrechterhaltung und Abrechnung der Verbindung notwendigen Infor-

mationen. Da sich Auskunftsverlangen nach § 12 FAG nicht darauf zu beschränken haben, ob ein bestimmter als verdächtig angesehener telefonischer Kontakt stattgefunden hat, werden regelmäßig sämtliche in dem betreffenden Zeitraum angefallenen Verbindungsdaten, die der Zielperson zuzuordnen sind, übermittelt. Werden Verbindungsdaten von Mobilfunktelefonen herausgegeben, zählt zu den Verbindungsdaten auch die Funkzelle, über die eine Verbindung abgewickelt wird. Damit läßt sich rekonstruieren, an welchem Ort der Teilnehmer sich zum Zeitpunkt der Herstellung der betreffenden Verbindung aufgehalten hat.

3. Die in der Anforderung der für Abrechnungszwecke bereits vorhandenen Verbindungsdaten liegenden Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis sind gemäß Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG gerechtfertigt.

a) Beschränkungen des Fernmeldegeheimnisses dürfen nach Art. 10 Abs. 2 Satz 1 GG nur auf Grund eines Gesetzes angeordnet werden. Die angegriffenen gerichtlichen Entscheidungen sind auf § 12 FAG und im Ausgangsverfahren zu der Verfassungsbeschwerde 1 BvR 348/99 ergänzend auf die §§ 100a, 100b StPO gestützt worden. ...

b) Die Entscheidungen erfüllen die Anforderungen des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit. Sie tragen damit für Fälle der vorliegenden Art im Ergebnis auch den Einwänden Rechnung, die in der Literatur gegen die tatbestandliche Weite des § 12 FAG erhoben werden (siehe hierzu Kleszczewski, StV 1993, 382 [386 f]; ferner Eisenberg/Nischan, JZ 1997, 74 [82]; Reimann, DuD 2001, 601 [602]; Pöppelmann, AfP 1997, 485 [493]; Nack, in: Karlsruher Kommentar zur StPO, 4. Aufl., 1999, § 100a Rn. 18).

aa) Die gemäß § 12 FAG und §§ 100a, 100b StPO angeordneten Auskünfte über die Verbindungsdaten des Telekommunikationsverkehrs verfolgten den legitimen öffentlichen Zweck der Aufklärung und Verfolgung schwerer Straftaten. Das Bundesverfassungsgericht hat wiederholt die unabweisbaren Bedürfnisse einer wirksamen Strafverfolgung hervorgehoben, das öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafverfahren betont und die wirksame Aufklärung gerade schwerer Straftaten als einen wesentlichen Auftrag eines rechtsstaatlichen Gemeinwesens bezeichnet (vgl. BVerfGE 29, 183 [194]; 77, 65 [76]; 80, 367 [375]; 100, 313 [388 f]).

bb) Die Auskunft über die Telekommunikationsdaten der Beschwerdeführer war zur Erreichung des Gesetzeszwecks geeignet.

Insbesondere bei der Beschaffung von Beweismitteln für tatbestandsmäßiges Verhalten, zur Bestimmung des Standorts eines Beschuldigten und zur Abklärung, ob und bezüglich welcher Personen eine Telekommunikationsüberwachung erfolgversprechend erscheint, ist die Auskunftsanordnung ein

[**NJW 2003, 1790**] wirkungsvolles Ermittlungsinstrument. Ihre Eignung unterliegt daher keinen Zweifeln, wenn Auskunftsverlangen mit dem Ziel angeordnet werden, den Aufenthaltsort eines Beschuldigten in Erfahrung zu bringen.

Dem Eignungserfordernis ist im vorliegenden Fall auch auf der Ebene der Gesetzesanwendung hinreichend Rechnung getragen worden. Aus den Verbindungsdaten der Beschwerdeführer, von denen angenommen wurde, daß sie mit den in den Ermittlungsverfahren Beschuldigten in Kontakt standen, konnten sich mit der Standortkennung bei der Nutzung eines Mobilfunktelefons oder der angewählten Zielrufnummer hinreichende Anhaltspunkte über den Aufenthaltsort des jeweils Gesuchten ergeben.

cc) Ein milderer Mittel, das in gleicher Weise geeignet gewesen wäre, die Ermittlung des Aufenthaltsorts der Beschuldigten zu ermöglichen, ist nicht ersichtlich.

Ein Eingriff in das Grundrecht des Art. 10 GG ist allerdings rechtswidrig, wenn der verfolgte Zweck mit Mitteln erreichbar ist, die die Beschwerdeführer weniger belasten, und die ihrerseits nicht zu vergleichsweise stärkeren Belastungen, insbesondere für andere Grundrechtsträger, führen. Die Erforderlichkeit läßt sich nicht abstrakt klären. Von den konkreten Umständen des Einzelfalls hängt es ab, ob bestimmte weniger belastende, aber zur Erreichung desselben Aufklärungsziels in gleicher Weise geeignete Ermittlungsmaßnahmen verfügbar sind. Dies gilt auch in den Fällen, in denen die Verbindungsdaten Aufschluß über den Aufenthaltsort des Beschuldigten geben sollen. Zwar können zur Ermittlung des Aufenthaltsorts auch andere Maßnahmen geeignet sein, wie etwa die Beobachtung derjenigen Personen, die mit dem Beschuldigten in Kontakt stehen könnten. Ob auf diese Weise mit vertretbarem Aufwand aber hinreichend zuverlässig dieselben oder gleich geeignete Erkenntnisse gewonnen werden können wie bei einer Fernmeldeauskunft, läßt sich nur im Einzelfall beurteilen. Dabei ist auch zu klären, ob andere mögliche Ermittlungsmaßnahmen mit sonstigen schweren Grundrechtseingriffen verbunden sind, so daß es geboten sein kann, sie deshalb auszuschließen oder doch Raum für eine Abwägung im Einzelfall zu belassen.

Der Gesetzgeber hat in § 100a StPO - anders als in § 12 FAG - eine ausdrückliche Subsidiaritätsklausel vorgesehen. Auf diese Weise hat er seine Einschätzung ausgedrückt, daß die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation und damit insbesondere die Kenntnisnahme des Kommunikationsinhalts derart schwerwiegende Eingriffe sind, daß sie nur dann in Betracht kommen, wenn die Ermittlung des Aufenthalts des Beschuldigten auf andere Weise aussichtslos oder wesentlich erschwert wäre. Es war nicht zu beanstanden, daß der Gesetzgeber die über § 12 FAG ermöglichte und ohne Kenntnisnahme des Kommunikationsinhalts erfolgende Kontrolle hinterlassener Datenspuren grundsätzlich für weniger schwerwiegend erachtet hat als die Telefonüberwachung. Der Grundsatz der Erforderlichkeit führt auch nicht zu einer unbedingten Rangfolge zwischen der Auskunftserteilung einerseits und möglichen alternativen Ermittlungsmaßnahmen andererseits. Er bleibt insbesondere einer Einzelfallprüfung zugänglich, ob alternative Ermittlungsmaßnahmen zu gleich schweren oder schwereren Eingriffen führen.

Es ist nicht erkennbar, daß den Strafverfolgungsbehörden gleich geeignete, aber weniger belastende Ermittlungsmaßnahmen zur Verfügung gestanden haben. Eine als Alternative denkbare laufende Beobachtung der Beschwerdeführer wäre

ebenfalls mit Persönlichkeitsbeeinträchtigungen verbunden gewesen, die in ihrer Intensität nicht geringer einzuschätzen sind.

dd) Die angegriffenen Maßnahmen sind auch verhältnismäßig im engeren Sinne. Die Schwere der Einbuße an grundrechtlich geschützter Freiheit steht nicht in unangemessenem Verhältnis zu den Gemeinwohlzwecken, denen die Grundrechtsbeschränkung dient. Auch sind die Anforderungen des Richtervorbehalts beachtet worden.

(1) Die Beeinträchtigung des Fernmeldegeheimnisses durch Auskünfte über Telekommunikationsverbindungsdaten wiegt schwer. ...

(b) ... Aus der Gesamtheit der Kommunikationsdaten, die für die Anschlußnummer einer Person gespeichert sind, lassen sich insbesondere Informationen über das soziale Umfeld gewinnen. Die Ermittlungsbehörden erhalten eine Möglichkeit zur Erfassung aller Personen, zu deren Anschlüssen in dem betreffenden Zeitraum Telekommunikationsverbindungen hergestellt worden sind. Mit Informationen über den Beruf oder die geschäftliche Betätigung des Gesprächspartners, die sich aus den für die Strafverfolgungsbehörden nach § 90 Abs. 3 Nr. 1 Telekommunikationsgesetz abrufbaren Kundendaten oder aus den öffentlichen Teilnehmerverzeichnissen ermitteln lassen, werden sogar begrenzte Rückschlüsse auf die Art der mutmaßlichen Gesprächsinhalte möglich. Die in den Kommunikationsdatensätzen gespeicherten Zeitdaten der Kommunikation sowie die Häufigkeit der Verbindungen erlauben zudem Schlußfolgerungen auf die Intensität der Kontakte und können gegebenenfalls zu bereits bekannten Vorgängen in Verbindung gesetzt werden. In der Folge können die Unbefangenheit des Kommunikationsaustauschs und das Vertrauen in den Schutz der Unzugänglichkeit der Telekommunikationsanlagen (vgl. BVerfGE 65, 1 [43]; 100, 313 [381]) zunehmend gefährdet sein.

(c) Bei der Bewertung der Schwere des Eingriffs ist auch zu berücksichtigen, daß die Übermittlung der Verbindungsdaten eine große Zahl von Personen trifft, nämlich alle, zu denen in dem betreffenden Zeitraum Telekommunikationsverbindungen hergestellt worden sind. Das Gewicht ihrer

[NJW 2003, 1791] Beeinträchtigung hängt davon ab, ob die Gesprächsteilnehmer als Personen anonym bleiben, welche Umstände der Kommunikation erfaßt werden und welche Nachteile den Gesprächsteilnehmern auf Grund der Überwachungsmaßnahmen drohen oder von ihnen nicht ohne jeden Grund befürchtet werden (vgl. BVerfGE 100, 313 [376]).

Auskunftsersuchen weisen eine erhebliche Streubreite auf, und zwar auch dann, wenn sie nur den abgehenden Telefonverkehr betreffen. Als Individualisierungskriterium wird allein die Anschlußkennung benutzt. Bei jedem Auskunftsersuchen werden daher zahlreiche Personen in den Wirkungsbereich der Maßnahmen einbezogen, die in keiner Beziehung zu dem Tatvorwurf stehen und den Eingriff durch ihr Verhalten nicht veranlaßt haben (vgl. BVerfGE 100, 313 [380]). Die Datenübermittlung führt dazu, daß die betreffenden Personen den Ermittlungsbehörden bekannt werden. Auch insoweit ist sie ein Grundrechtseingriff. Betroffen sind Personen, die selbst nicht verdächtig sind. Wird die Kommunikation Unverdächtiger erfaßt, so schafft die Erhebung der Verbindungsdaten für sie das Risiko, Gegenstand staatlicher Ermittlungen zu sein, das zu dem allgemeinen Risiko hinzutritt, einem unberechtigten Verdacht ausgesetzt zu werden.

(d) Die Auskunft wird - wie dies bei Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis typischerweise der Fall ist - ohne Anhörung des Betroffenen angeordnet und damit ohne Kenntnisnahme heimlich vollzogen; sie trifft den Betroffenen folglich in einer Situation vermeintlicher Vertraulichkeit (vgl. BVerfGE 34, 238 [247]). Eingriffe dieser Art bergen spezifische Risiken für die Rechte der Betroffenen, die sich gegen den Eingriff frühestens dann mit rechtlichen Mitteln wehren können, wenn er bereits vollzogen ist, und auch das nur, wenn sie über die Maßnahme informiert werden oder auf andere Weise Kenntnis erlangen.

(2) Die schwerwiegenden Eingriffe in das Fernmeldegeheimnis sind nur verhältnismäßig im engeren Sinne, wenn die Gegenbelange entsprechend gewichtig sind. Das Gewicht des Strafverfolgungsinteresses ist insbesondere von der Schwere und der Bedeutung der aufzuklärenden Straftat abhängig (vgl. BVerfGE 100, 313 [375 f., 392]). Insofern genügt es verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht, daß die Erfassung der Verbindungsdaten allgemein der Strafverfolgung dient (siehe oben aa). Vorausgesetzt sind vielmehr eine Straftat von erheblicher Bedeutung, ein konkreter Tatverdacht und eine hinreichend sichere Tatsachenbasis für die Annahme, daß der durch die Anordnung Betroffene als Nachrichtenmittler tätig wird.

(a) Hinsichtlich der Schwere der Straftat hat der Gesetzgeber nunmehr in § 100g StPO eine Konkretisierung vorgenommen, die dem rechtsstaatlichen Anliegen einer Begrenzung der Erhebung von Verbindungsdaten dient. Das Vorliegen einer Katalogtat im Sinne von § 100a Satz 1 StPO ist danach zwar nicht unbedingte Voraussetzung der Anordnung, aber als bedeutsamer Anwendungsfall für eine Straftat von erheblicher Bedeutung hervorgehoben worden und gibt deshalb einen Anhaltspunkt für die rechtliche Bewertung. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, daß die Offenlegung von Verbindungsdaten ein detailliertes Bild über Kommunikationsvorgänge und Aufenthaltsorte ermöglicht. Das Gewicht des Eingriffs bleibt zwar hinter dem der auf die Kommunikationsinhalte bezogenen Telefonüberwachung zurück, ist aber dennoch groß. Die Orientierung an dem Begriff der Straftat von erheblicher Bedeutung und die Angabe von Regelbeispielen werden auch sonst in der Rechtsordnung als Begrenzungsmerkmal für Ermittlungsmethoden eingesetzt (vgl. BVerfGE 103, 21 [33 f]; BGHSt 42, 139 [157]). Damit wird verdeutlicht, daß derartige Eingriffe nur bei Straftaten gerechtfertigt sind, denen der Gesetzgeber allgemein ein besonderes Gewicht beimißt. Ferner muß die Straftat im konkreten Fall erhebliche Bedeutung haben (vgl. BVerfG, 3. Kammer des Zweiten Senats, NJW 2001, 2320 [2321]; VerfG des Landes Brandenburg, StV 2002, 57 [58]), etwa auf Grund des angerichteten Schadens und des Grads der Bedrohung der Allgemeinheit (vgl. Welp, GA 2002, 535 [539]). Dieser Maßstab verweist auf eine Vergleichsmöglichkeit, die auch im Rahmen des § 12

FAG zur Beurteilung herangezogen werden kann, ob eine Straftat von solchem Gewicht ist, daß die Übermittlung von Verbindungsdaten gerechtfertigt sein kann.

(b) Entscheidend für das Gewicht des verfolgten Anliegens ist auch die Intensität des gegen den Beschuldigten bestehenden Verdachts (vgl. BVerfGE 100, 313 [392]). Voraussetzung der Erhebung von Verbindungsdaten ist ein konkreter Tatverdacht. Auf Grund bestimmter Tatsachen muß anzunehmen sein, daß der Beschuldigte mit hinreichender Wahrscheinlichkeit Straftaten von erheblicher Bedeutung begangen hat (vgl. auch BVerfGE 100, 313 [394]).

(c) Eine gesicherte Tatsachenbasis ist ebenfalls unerlässlich zur Beurteilung, ob diejenige Person, gegen die eine Anordnung erfolgt, als Nachrichtenmittler angesehen werden kann. Insofern verlangen die §§ 100a, 100b Abs. 1 Satz 2 StPO, daß gegen andere Personen als den Beschuldigten Maßnahmen nur erfolgen dürfen, wenn auf Grund von bestimmten Tatsachen anzunehmen ist, daß sie für den Beschuldigten bestimmte oder von ihm herrührende Mitteilungen entgegennehmen oder weitergeben oder daß der Beschuldigte den Anschluß nutzt. Entsprechend muß § 12 FAG einengend ausgelegt werden. Bloße Vermutungen genügen für die Nachrichtenmittlereigenschaft nicht.

(d) Derartige restriktive Anforderungen tragen zugleich dem Umstand Rechnung, daß die technologischen Entwicklungen und ihre Nutzung bei der Errichtung der Telekommunikationsinfrastruktur dazu führen, daß erheblich schwerere Eingriffe möglich sind als noch im Zeitpunkt des In-Kraft-Tretens von § 12 FAG (siehe oben [1] [a]). Die Anwendbarkeit des § 12 FAG scheidet daher nicht grundsätzlich daran, daß die im Zeitpunkt der Entstehung der Norm möglichen Maßnahmen ein erheblich geringeres Gewicht hatten.

(3) Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, daß die Gerichte vorliegend das Verhältnis zwischen dem Eingriff in das Fernmeldegeheimnis und den Belangen der Strafrechtspflege als angemessen beurteilt haben.

(a) Die Anlaßtaten waren in beiden Fällen so gewichtig, daß eine Auskunft über Telekommunikationsdaten gerechtfertigt war. Ansatzpunkt der Maßnahmen im Ausgangsverfahren der Verfassungsbeschwerde 1 BvR 348/99 war der Verdacht des dreifachen Mordes. Mord ist eine Katalogtat im Sinne des § 100a Satz 1 StPO, deren Vorliegen auch den Anforderungen, die an § 12 FAG zu stellen sind, gerecht wird. In dem dem Verfahren 1 BvR 330/96 zu Grunde liegenden Fall konnten die Gerichte ebenfalls von einer ein Auskunftsverlangen rechtfertigenden Anlaßtat ausgehen. Die Straftaten, derentwegen nach dem Beschuldigten Schneider gefahndet wurde, waren zwar nicht Katalogtaten im Sinne des § 100a StPO, aber von ganz erheblichem Gewicht. Anlaß der Anordnung waren Insolvenzstraftaten nach den §§ 283 ff. StGB, die mit Kreditbetrug und Steuerhinterziehung verbunden waren. Die angenommenen Schäden beliefen sich auf eine Höhe von 2 bis 3 Mrd. DM. Auch gab es eine große Zahl Geschädigter. Es ging um eines der größten Wirtschaftsstrafverfahren der Bundesrepublik Deutschland. Auch Wirtschaftsstrafverfahren können von erheblicher Bedeutung sein. Für die Gewichtung einer Straftat sind nicht allein das betroffene Rechtsgut, sondern ebenfalls die Tatbegehung und das Ausmaß der Schäden maßgebend. Die dem Beschuldigten Schneider angelasteten Straftaten hatten nicht zuletzt hinsichtlich der Art ihrer Begehung, der Anzahl der Geschädigten und wegen des Ausmaßes des Schadens ein hinreichendes strafrechtliches Gewicht.

Soweit die Beschwerdeführer gegen die Angemessenheit der Anordnungen einwenden, daß es in den zu Grunde liegenden Ermittlungsverfahren nur um Strafverfolgung ging, nicht aber um die Abwehr von Gefahren für überragende Rechtsgüter oder Sicherheitsinteressen der Bundesrepublik Deutschland, kann ihnen nicht gefolgt werden. Das Interesse an der Aufklärung und Verfolgung von Straftaten hat neben dem Interesse an

[**NJW 2003, 1792**] der Verhinderung weiterer Straftaten eine eigenständige verfassungsrechtliche Bedeutung.

(b) An dem für Auskunftsverlangen erforderlichen Verdachtsgrad gegen die Beschuldigten bestand vorliegend kein Zweifel. In beiden Verfahren war gegen die Beschuldigten auf Grund dringenden Tatverdachts Haftbefehl erlassen worden und eine Ausschreibung zur Festnahme erfolgt.

(c) Es unterliegt auch keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, daß die Gerichte in den angegriffenen Entscheidungen eine hinreichende Tatsachenbasis dafür angenommen haben, daß die Beschwerdeführer Nachrichtenmittler der Beschuldigten gewesen sind. Im Hinblick auf die Auskunftsanordnung im Fall der Beschwerdeführer zu 1 wurde es als maßgeblich angesehen, daß sich der Beschwerdeführer zu 1c im Besitz eines Tonbands befand, das eine authentische Aufnahme einer Stellungnahme des Beschuldigten zu den gegen ihn erhobenen Vorwürfen enthielt. Unter diesen Umständen lag eine hinreichende Tatsachengrundlage dafür vor, daß der Beschwerdeführer zu 1c in Kontakt zu dem Beschuldigten stand. Es ist verfassungsrechtlich insbesondere nicht zu beanstanden, daß die Strafverfolgungsbehörden davon ausgingen, die Tonbandaufnahmen seien den Beschwerdeführern zu 1 mit Willen des Beschuldigten zugespielt worden.

Auch die gerichtliche Auskunftsanordnung gegen die Beschwerdeführerin zu 2 hält hinsichtlich der für die Eigenschaft als Nachrichtenmittler angeführten Tatsachengrundlage einer verfassungsrechtlichen Prüfung stand. Das Landgericht hat in den Gründen seiner Entscheidung darauf hingewiesen, daß die Beschwerdeführerin zu 2 wiederholt unmittelbaren Kontakt zu dem Beschuldigten Klein unterhielt. Die Beschwerdeführerin zu 2 ist diesen tatsächlichen Feststellungen in den angegriffenen Entscheidungen nicht entgegengetreten.

ee) Der in § 12 FAG und § 100b StPO vorgesehene Richtervorbehalt ist beachtet worden.

Der Vorbehalt richterlicher Entscheidung zielt auf eine vorbeugende Kontrolle der Maßnahme durch eine unabhängige und neutrale Instanz. Richter können auf Grund ihrer persönlichen und sachlichen Unabhängigkeit und ihrer ausschließlichen Bindung an das Gesetz die Rechte des Betroffenen im Einzelfall am besten und sichersten wahren (vgl. BVerfGE 103, 142 [151] m.w.N.). Das gilt auch mit Blick auf die durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gebotene Abwägung der sich bei Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis gegenüberstehenden Rechtspositionen.

Die Abwägung hängt entscheidend von den konkreten Umständen des Einzelfalls ab. Es ist die Aufgabe und Pflicht des Ermittlungsrichters, sich eigenverantwortlich ein Urteil zu bilden und nicht etwa die Anträge der Staatsanwaltschaft auf Übermittlung der Verbindungsdaten nach einer nur pauschalen Überprüfung einfach gegenzuzeichnen. Zur richterlichen Einzelentscheidung gehören eine sorgfältige Prüfung der Eingriffsvoraussetzungen und eine umfassende Abwägung zur Feststellung der Angemessenheit des Eingriffs im konkreten Fall. Schematisch vorgenommene Anordnungen vertragen sich mit dieser Aufgabe nicht. Die richterliche Anordnung des Eingriffs in das Fernmeldegeheimnis muß den Tatvorwurf so beschreiben, daß der äußere Rahmen abgesteckt wird, innerhalb dessen sich der Eingriff halten muß (vgl. - zu Art. 13 Abs. 1 GG - BVerfGE 103, 142 [151 f]). Dem wurden die angegriffenen Maßnahmen noch in ausreichendem Maße gerecht.

Das Amtsgericht hat seine Anordnungen allerdings nur unter Hinweis auf die erlassenen Haftbefehle und das Ziel der Aufenthaltsbestimmung begründet sowie im Übrigen den Wortlaut des § 12 FAG teilweise wiederholt. Ausführungen zur Tätigkeit der Beschwerdeführer als Nachrichtenmittler sowie zur Erforderlichkeit und Angemessenheit der Eingriffe in die Rechte der Beschwerdeführer fehlen.

Das Landgericht hat diese Begründungen zwar nicht formell beanstandet, jedoch seinerseits eingehendere Begründungen vorgenommen. Dabei hat es das Handeln der Beschwerdeführer als Nachrichtenmittler dargelegt und weitere Ausführungen zur Verhältnismäßigkeit gemacht. Die entsprechenden Überlegungen gelten zwar vornehmlich der Frage, ob Medienunternehmen und Journalisten einen besonderen Schutz vor solchen Maßnahmen genießen, enthalten aber in diesem Rahmen auch Ausführungen zur Erforderlichkeit und Angemessenheit der Maßnahme im konkreten Fall. Es besteht deshalb kein Anlaß, sie aus verfassungsrechtlichen Gründen zu beanstanden.

4. Verfassungsrechtlich gerechtfertigt sind die Auskunftsanordnungen im Ausgangsverfahren zu der Verfassungsbeschwerde 1 BvR 348/99 auch insoweit, als sie sich auf die im Rahmen der so genannten Zielwahlsuche speziell erhobenen Verbindungsdaten der eingehenden Telefongespräche erstrecken.

Die Anordnung der Auskunft über eingehende Telefongespräche, die nunmehr von § 100g Abs. 2 StPO erfaßt wird, ist auf § 12 FAG und zusätzlich auf die §§ 100a, 100b StPO gestützt worden. Die Überprüfung beschränkt sich auf die Klärung, ob die Maßstäbe des Art. 10 GG bei der Rechtsanwendung beachtet worden sind. Dies ist zu bejahen.

a) Verbindungsdaten eingehender Telefongespräche sind üblicherweise bei der Abwicklung des Telekommunikationsverkehrs nicht verfügbar. ...

Die Zielwahlsuche soll dieses Defizit beheben. Es sollen diejenigen unbekanntes Anschlußnummern ermittelt werden, von denen Telekommunikationsverbindungen zu einem bestimmten Anschluß hergestellt worden sind. Wird ein Diensteanbieter durch die Strafverfolgungsbehörden aufgefordert, Auskunft über die für einen Anschluß eingegangenen Verbindungen zu geben, sind die im EDV-System für den Rechnungsdienst vorgesehenen Abfrageroutinen nicht verwendbar. Da jeder andere Netzteilnehmer die vorgegebene Anschlußnummer angewählt haben kann, setzt die Durchführung einer Zielwahlsuche voraus, daß die Kommunikationsdatensätze aller übrigen von dem Diensteanbieter eingerichteten Anschlüsse sowie der im Übrigen gespeicherten Verbindungsdaten mit der fraglichen Anschlußnummer abgeglichen werden (vgl. Welp, Überwachung und Kontrolle, 2000, S. 20 ff, 33 ff). Im Jahre 2002 wurde laut Auskunft der Deutschen Telekom jede der 216 Mio. täglich hergestellten Telefonverbindungen innerhalb der dreitägigen Dauer der Speicherung der jeweiligen Verbindungsdatensätze durchschnittlich zweimal in eine Zielwahlsuche einbezogen.

b) Hinsichtlich der Eignung und Erforderlichkeit der Erfassung von Verbindungsdaten eingehender Gespräche ergeben sich keine Besonderheiten gegenüber der Erfassung der sonstigen Verbindungsdaten. Bei der Prüfung der Verhältnismäßigkeit im engeren Sinne ist aber ergänzend zu berücksichtigen, daß eine besonders große Zahl von Personen betroffen wird. Denn für die Beurteilung der Angemessenheit einer das Fernmeldegeheimnis beschränkenden Maßnahme ist auf der Ebene des Gesetzes und seiner Auslegung mitentscheidend, wie viele Personen wie intensive Beeinträchtigungen ausgesetzt sind (vgl. BVerfGE 100, 313 [376]). ...

[**NJW 2003, 1793**] ... **cc)** Auch wenn die meisten der von der Zielwahlsuche erfaßten Telekommunikationsteilnehmer daher nicht in einer einen Grundrechtseingriff auslösenden Qualität betroffen werden (vgl. BVerfGE 100, 313 [366]), ist für die Beurteilung der Angemessenheit einer gesetzlichen Ermächtigung und ihrer Auslegung der große Kreis Betroffener bedeutsam. Art. 10 GG schützt den Einzelnen vor staatlichen Eingriffen in das Fernmeldegeheimnis und gewährleistet in seinem objektivrechtlichen Gehalt die Vertraulichkeit der Telekommunikation auch in ihrer gesamtgesellschaftlichen Bedeutung. Es gefährdet die Unbefangenheit der Nutzung der Telekommunikation und in der Folge die Qualität der Kommunikation einer Gesellschaft, wenn die Streubreite von Ermittlungsmaßnahmen dazu beiträgt, daß Risiken des Mißbrauchs und ein Gefühl des Überwachtwerdens entstehen. Die zum Schutze der Grundrechtsträger geschaffenen gesetzlichen Vorkehrungen kommen auch dem Vertrauen der Allgemeinheit zugute. Schutzmöglichkeiten können darüber hinaus durch verfahrensrechtliche Vorkehrungen geschaffen werden (vgl. BVerfGE 65, 1 [44]; 67, 157 [183]; 100, 313 [359 ff]).

dd) Es bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung, ob die Angemessenheit der Zielwahlsuche allein durch Beachtung der Subsidiarität der Maßnahme, wie sie jetzt § 100g Abs. 2 StPO ausdrücklich vorsieht, gewahrt werden konnte. Angesichts der Schwere des Tatvorwurfs des dreifachen Mordes, der konkreten tatsächlichen Anhaltspunkte für den Tatverdacht und für die Eigenschaft der Beschwerdeführerin zu 2 als Nachrichtenmittlerin sowie der mehr als zwanzig Jahre dauernden vergeblichen Versuche, den Aufenthaltsort des Beschuldigten Klein zu ermitteln, sind die materiellen Anforderungen an die Angemessenheit eines Eingriffs jedenfalls im vorliegenden Fall auch für die Zielwahlsuche erfüllt. Ebenfalls ist der Richtervorbehalt beachtet worden (siehe oben 3 ee). Angesichts der besonderen Schwere der Straftat bedarf im

vorliegenden Fall auch keiner Klärung, ob eine Zielwahlsuche grundsätzlich nur in Verbindung mit Sicherungen auch ihrer nachträglichen Kontrolle, etwa durch Datenschutzbeauftragte oder parlamentarische Gremien, in Betracht kommt.

III. Die angegriffenen Maßnahmen verstoßen nicht gegen das Grundrecht der Beschwerdeführer aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG.

1. Die Erhebung der Verbindungsdaten ist allerdings im Gewährleistungsbereich der Pressefreiheit und der Freiheit der Berichterstattung durch Rundfunk (Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG) erfolgt.

Die Freiheit der Medien ist konstituierend für die freiheitliche demokratische Grundordnung (vgl. BVerfGE 7, 198 [208]; 77, 65 [74]; stRspr). Eine freie Presse und ein freier Rundfunk sind daher von besonderer Bedeutung für den freiheitlichen Staat (vgl. BVerfGE 20, 162 [174]; 50, 234 [239 f]; 77, 65 [74]). Dementsprechend gewährleistet Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG den im Bereich von Presse und Rundfunk tätigen Personen und Organisationen subjektive Freiheitsrechte und schützt darüber hinaus in seiner objektivrechtlichen Bedeutung auch die institutionelle Eigenständigkeit der Presse und des Rundfunks - von der Beschaffung der Information bis zur Verbreitung der Nachrichten und Meinungen (vgl. BVerfGE 10, 118 [121]; 66, 116 [133]; 77, 65 [74 ff]).

Die Gewährleistungsbereiche der Presse- und der Rundfunkfreiheit schließen diejenigen Voraussetzungen und Hilfstätigkeiten mit ein, ohne welche die Medien ihre Funktion nicht in angemessener Weise erfüllen können. Geschützt sind namentlich die Geheimhaltung der Informationsquellen und das Vertrauensverhältnis zwischen Presse beziehungsweise Rundfunk und den Informanten (vgl. BVerfGE 100, 313 [365] m.w.N.).

Staatlichen Stellen ist es darüber hinaus grundsätzlich verwehrt, sich Einblick in die Vorgänge zu verschaffen, die zur Entstehung von Nachrichten oder Beiträgen führen, die in der Presse gedruckt oder im Rundfunk gesendet werden (vgl. BVerfGE 66, 116 [133 ff]). Deshalb besteht auch ein schutzwürdiges Interesse der Medien an der Geheimhaltung solcher Unterlagen, die das Ergebnis eigener Beobachtungen und Ermittlungen sind (vgl. BVerfGE 77, 65 [75]). Geschützt ist auch der Kontakt zu Personen, die selbst Gegenstand der Berichterstattung sind.

2. Durch die auf Anordnung erfolgte Erteilung von Auskünften über den Telekommunikationsverkehr ist in die Presse- und Rundfunkfreiheit der Beschwerdeführer eingegriffen worden.

a) Die Erteilung der Auskünfte erfolgte zwar durch das Telekommunikationsunternehmen. Die Auskunftserteilung war jedoch infolge der staatlichen Anordnung der öffentlichen Gewalt zuzurechnen (siehe oben II 2 a).

b) Die Erhebung der Verbindungsdaten war ein Eingriff in das Grundrecht aus Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG, denn dem Staat wurden Informationen bekannt, die die Beschwerdeführer nicht herausgeben wollten. Der Eingriffscharakter entfällt nicht dadurch, daß die Auskunftsanordnungen nicht auf die Offenlegung eines von den Medien geheim gehaltenen Informanten, sondern auf die Ermittlung des Aufenthaltsorts des als solchen bekannten Straftatverdächtigen zielten, der zugleich als Informant der Medien fungierte. Denn der freie Informationsfluß zwischen den Medien und Informanten wird bereits dann gefährdet, wenn der Informant durch die Mitteilung an den Journalisten Schwierigkeiten zu befürchten hat. Solche Nachteile können aber nicht nur durch die Preisgabe der Identität des Informanten, sondern auch dadurch entstehen, daß Strafverfolgungsorgane durch Zugriff auf die Medien wichtige Informationen wie seinen Aufenthaltsort oder ähnliche Tatsachen ermitteln können, an deren Geheimhaltung ihm gelegen ist. Durch deren befürchtete Offenlegung könnte der Informant sich von der Mitteilung an die Presse abschrecken lassen.

Da sich die Auskunftsverlangen nicht darauf beschränken, ob ein bestimmter als verdächtig angesehener telefonischer Kontakt stattgefunden hat, werden sämtliche in dem betreffenden Zeitraum angefallenen Verbindungsdaten, die der Zielperson zuzuordnen sind, übermittelt. Dies kann auch zur Aufdeckung der Identität bislang noch nicht bekannter, von den Medien geheim gehaltener Informationsquellen führen. Auch die Kenntnisnahme solcher Umstände bedingt einen Eingriff in die Medienfreiheit.

Im Übrigen liegt in der Verschaffung staatlichen Wissens über die im Bereich journalistischer Recherche hergestellten Kontakte ein Eingriff in das Redaktionsgeheimnis, dem neben dem Vertrauensverhältnis der Medien zu ihren Informanten eigenständige Bedeutung zukommt (vgl. BVerfGE 66, 116 [133 ff]).

3. Der Eingriff in das Grundrecht des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ist verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Die Fachgerichte haben § 12 FAG, § 100a StPO dahin gehend ausgelegt, daß die Vorschriften keine Regelungslücke aufweisen, die zum Schutz des Grundrechts durch eine entsprechende Anwendung des in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO normierten Zeugnisverweigerungsrechts geschlossen werden müßte. Diese Auslegung ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

a) Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG gebietet es nicht, Journalisten generell von strafprozessualen Maßnahmen nach § 12 FAG und § 100a StPO auszunehmen.

aa) Presse- und Rundfunkfreiheit sind nicht unbegrenzt gewährleistet. Nach Art. 5 Abs. 2 GG finden sie ihre Schranken in den Vorschriften der allgemeinen Gesetze, zu denen auch die Strafprozeßordnung und die sie ergänzenden Vorschriften mit ihrer prinzipiellen Verpflichtung für jeden Staatsbürger zählen, zur Wahrheitsermittlung im Strafverfahren beizutragen und die im Gesetz vorgesehenen Ermittlungsmaßnahmen zu dulden.

[NJW 2003, 1794] Die in den allgemeinen Gesetzen bestimmten Schranken der Presse- und der Rundfunkfreiheit müssen allerdings ihrerseits im Lichte dieser Grundrechtsverbürgungen gesehen werden. Im Rahmen der gebotenen Abwägung ist das Gewicht des Rechtsguts zu berücksichtigen, dessen Schutz das einschränkende Gesetz dient (vgl. BVerfGE 77, 65 [75]).

bb) Bei der Gewichtung der Medienfreiheit im Verhältnis zu dem staatlichen Interesse an der Strafverfolgung ist zu berücksichtigen, daß die betroffenen Handlungen auf beiden Seiten auf die Erlangung von Informationen zielen, ohne daß

einem der dabei verfolgten Interessen abstrakt ein eindeutiger Vorrang gebührt. Der Gesetzgeber ist weder gehalten noch steht es ihm frei, der Presse- und Rundfunkfreiheit absoluten Vorrang vor anderen wichtigen Gemeinschaftsgütern einzuräumen. Er hat insbesondere auch den Erfordernissen der Rechtspflege Rechnung zu tragen (vgl. BVerfGE 77, 65 [75 f]).

Der den Medien verfassungsrechtlich eingeräumte Schutz der Informationsbeschaffung findet seinen tieferen Grund in dem grundsätzlich alle Lebensbereiche betreffenden Beitrag der Medien für die Information der Bürger und für die darauf aufbauende individuelle und öffentliche Meinungsbildung (vgl. BVerfGE 35, 202 [221 ff]; 101, 361 [389]; st. Rspr). Die über Medien vermittelten Informationen sind ein wichtiger Bestandteil in dem gesellschaftlichen Prozeß der Kommunikation. Sie geben den Bürgern Orientierungen in privaten wie öffentlichen Angelegenheiten. Damit sind sie eine wesentliche Voraussetzung der kommunikativen Entfaltung der Bürger und zugleich der Funktionsweise einer freiheitlichen Demokratie.

Auch die Tätigkeit der Strafverfolgungsbehörden liegt im öffentlichen Interesse und hat in einem Rechtsstaat hohe Bedeutung (siehe oben II 3 b aa). Die durch Strafverfolgungsmaßnahmen mögliche Aufklärung von Straftaten und ihr Beitrag zur Sicherung der Befolgung der Strafgesetze können durch Zeugnisverweigerungsrechte oder ähnliche verfahrensrechtliche Beschränkungen der Strafverfolgung empfindlich berührt werden (vgl. BVerfGE 77, 65 [76]).

Daß das Strafverfolgungsinteresse grundsätzlich hinter dem Rechercheinteresse der Medien zurückzutreten hat, läßt sich verfassungsrechtlich nicht begründen. Darauf aber liefe ein allgemein und umfassend verankerter Schutz von Journalisten hinaus, von Maßnahmen der Erhebung von Informationen über den Telekommunikationsverkehr bei der Aufklärung von Straftaten verschont zu bleiben. Umgekehrt läßt sich auch nicht in abstrakter Weise feststellen, daß das Strafverfolgungsinteresse generell dem Interesse der Medien vorgeht.

cc) Vielmehr ist es angesichts der Vielgestaltigkeit der durch überkommene und "neue" Medien beeinflussten öffentlichen Kommunikation und der darauf bezogenen Aktivitäten und Akteure Sache des Gesetzgebers, über die Anlässe und Reichweite einer Freistellung von Journalisten oder Medienunternehmen von strafprozessualen Maßnahmen zu entscheiden. Presse- und Rundfunkfreiheit dürfen dabei nicht nur vom Blickpunkt der Medien aus gesehen und nicht als umfassende Privilegierung für jegliche der Nachrichtensammlung und -verbreitung dienende Handlung verstanden werden. Es bedarf der Abwägung durch den Gesetzgeber, ob und wie weit die Erfüllung der publizistischen Aufgaben einen Vorrang der Medienfreiheit gegenüber dem Interesse an einer rechtsstaatlich geordneten Rechtspflege rechtfertigt und wie weit die Presse- und die Rundfunkfreiheit ihrerseits an diesem Interesse ihre Grenzen findet (vgl. BVerfGE 77, 65 [77]).

Der Gesetzgeber hat für das Strafverfahren besondere Regelungen zum Schutz der publizistischen Betätigung geschaffen. Dabei hat er hinsichtlich des Zeugnisverweigerungsrechts und anderer Sonderregelungen für Journalisten zwischen verschiedenen Ermittlungsmaßnahmen differenziert. So ist ein Journalist nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 StPO vollständig von der Zeugnispflicht entbunden, soweit die Person oder der Inhalt einer Mitteilung eines Informanten betroffen ist. Geht es um Schriftstücke oder Ähnliches, korrespondiert mit dem Zeugnisverweigerungsrecht ein Beschlagnahmeverbot gemäß § 97 Abs. 5 StPO, wenn und soweit sich die Unterlagen im Gewahrsam des zur Verweigerung des Zeugnisses Berechtigten befinden. Fehlt es daran, ist auch eine Beschlagnahme möglich. Entsprechendes gilt für die Postbeschlagnahme nach § 99 StPO.

Hiernach mißt der Gesetzgeber dem Gewahrsamsmoment eine wichtige Bedeutung als Faktor der Schutzbedürftigkeit bei. Dieses aber fehlt im Hinblick auf die hier zu beurteilende Auskunft, da sich die Verbindungsdaten bei den Telekommunikationsdiensteanbietern und damit bei einem Dritten befinden. Der Informantenschutz ist auch bei der Recherche im Zusammenhang mit schweren Straftaten jedenfalls insoweit gewährleistet, als eine aktive Mitwirkung des Journalisten an der Aufdeckung der Identität eines Informanten von Strafverfolgungsbehörden nicht erzwungen wird. Auch Informantenunterlagen sind insoweit geschützt, als sie sich in der Herrschaftssphäre des Journalisten befinden. Hierauf kann ein Informant weiterhin vertrauen.

dd) Im Rahmen seiner Gestaltungsbefugnis hat der Gesetzgeber durch diese Regeln typische, wenn auch nicht alle, Konfliktsituationen erfaßt und in genereller Weise Abwägungen zwischen den Freiheitsrechten der Medien und den Erfordernissen einer rechtsstaatlichen Strafrechtspflege vorgenommen. Die Normen sind nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts allerdings nicht notwendig abschließende Regelungen (vgl. BVerfGE 64, 108 [116]; 77, 65 [81 f]). Für zusätzliche Vorkehrungen besteht dann kein Anlaß, wenn dem durch Art. 5 Abs. 1 GG gebotenen Mindestschutz schon durch die allgemeinen Vorschriften ausreichend Rechnung getragen wird. Die hinreichende Berücksichtigung publizistischer Belange läßt sich nicht allein daran bemessen, ob es Sonderregeln für Medien gibt.

(1) Soweit das Bundesverfassungsgericht die Bedeutung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG auch für die Fälle betont, in denen ein gesetzliches Zeugnisverweigerungsrecht nicht greift (vgl. BVerfGE 64, 108 [119]; 77, 65 [81 f]), folgt daraus kein unmittelbar aus der Verfassung herleitbares generelles Zeugnisverweigerungsrecht. Bezug genommen wird vielmehr auf die Möglichkeit, im Rahmen der Auslegung und Anwendung der jeweils betroffenen Normen der Ausstrahlungswirkung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG Rechnung zu tragen. In diesem Sinne ist in den vorliegenden Fällen die gesetzgeberische Entscheidung hinzunehmen, daß Maßnahmen nach § 12 FAG, § 100a StPO auch gegen Journalisten angewandt werden dürfen. Im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung sind aber die Besonderheiten des Einzelfalls zu berücksichtigen.

Die Erhebung der Verbindungsdaten setzt eine Straftat von erheblicher Bedeutung, einen konkreten Tatverdacht und eine hinreichend sichere Tatsachenbasis für die Nachrichtenmittlereigenschaft des durch die Anordnung Betroffenen voraus (siehe oben II 3 b dd [2]). Auf Grund dieser Tatbestandselemente sind die rechtlichen Hürden für die Erhebung von Verbindungsdaten hoch. Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG verlangt keine weiter gehenden gesetzlichen Vorkehrungen zum Schutz

journalistischer Recherchen. Allerdings ist der Ausstrahlungswirkung des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG bei der Prüfung der Voraussetzungen der jeweiligen Anordnung Rechnung zu tragen.

(2) Im vorliegenden Fall ist die Bejahung dieser Voraussetzungen durch die Gerichte verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. ...

[NJW 2003, 1795] ... Die Gerichte haben die Folgewirkungen der konkreten Maßnahme für die Gewährleistungen des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG erkannt. Sie haben aber der Medienfreiheit das konkrete Interesse an der Strafverfolgung und damit an der Ermittlung des Aufenthaltsorts der mit Haftbefehl Gesuchten gegenüber gestellt. Die Angemessenheit der Maßnahmen wurde unter Verweis auf den tatsächlich begründeten Tatverdacht und die Schwere und Bedeutung der Straftaten - dreifacher Mord, schwere Wirtschaftskriminalität - sowie die Schwierigkeiten ihrer Aufklärung begründet (siehe oben II 3 b dd [3]). Es ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden, daß die Gerichte angesichts der festgestellten Umstände auch die Erhebungen von Daten bei Journalisten als gerechtfertigt angesehen haben.

Die Einordnung der Beschwerdeführer als Nachrichtenmittler (siehe oben II 3 b dd [3]) steht mit Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG nicht im Widerspruch. Nicht ausreichend wäre insoweit allerdings allein der Umstand, daß die Betroffenen als Journalisten über die Beschuldigten recherchierten. Die journalistische Tätigkeit darf nicht zum Anlaß genommen werden, Journalisten einem höheren Risiko auszusetzen als andere Grundrechtsträger, Objekt der Erhebung von Verbindungsdaten für Zwecke der Strafverfolgung Dritter zu werden. Insbesondere darf die Inanspruchnahme von Journalisten nicht allein auf den Erfahrungssatz gestützt werden, daß Journalisten auf Grund ihrer Recherchen häufig mehr über gesuchte Straftäter wissen als andere Bürger. Die Annahme eines Handelns als Nachrichtenmittler muß vielmehr auf konkrete Tatsachen gegründet sein, die den jeweiligen Fall betreffen. Über allgemeine Erfahrungssätze hinaus müssen bestimmte tatsächliche Anhaltspunkte der Kontaktaufnahme des betreffenden Journalisten zu den gesuchten Straftätern bestehen, die auch ausreichen würden, um entsprechende Maßnahmen gegen andere Personen anzuordnen. Dies hat das Landgericht in einer verfassungsrechtlich nicht zu beanstandenden Weise angenommen.

Dem als gewichtig einzuschätzenden Strafverfolgungsinteresse stand keine derart erhebliche Beeinträchtigung der Rundfunk- und der Pressefreiheit der Beschwerdeführer gegenüber, daß die Maßnahmen als unverhältnismäßig angesehen werden müssen. Dabei ist zu berücksichtigen, daß es bei den hier zu beurteilenden Maßnahmen nicht um die Aufdeckung der Identität eines typischen Informanten, sondern um die Ermittlung des Aufenthaltsorts eines - bekannten - Beschuldigten ging. Es bedarf keiner Entscheidung, wie weit das Interesse von Journalisten, unbehelligt telefonischen Kontakt zu gesuchten Straftätern haben zu können, verfassungsrechtlichen Schutz genießt. Verfassungsrechtlich hat es grundsätzlich ein geringeres Gewicht als das Interesse an der Kommunikation mit Personen, die als Informanten den Medien für die Öffentlichkeit wichtige Informationen zukommen lassen, etwa zur Aufdeckung und Aufklärung von Mißständen.

IV.1. Der Beschwerdeführer zu 1a wird durch die im Verfahren 1 BvR 330/96 angegriffene Entscheidung des Landgerichts im Ergebnis nicht in seinem Grundrecht aus Art. 19 Abs. 4 GG verletzt. Allerdings ist die Verwerfung seiner Beschwerde mit der Begründung, es bestehe kein berechtigtes Interesse an der Feststellung der Rechtswidrigkeit der bereits vollzogenen Maßnahme, mit dem Gebot des effektiven Rechtsschutzes nicht zu vereinbaren.

a) Die von Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistete Wirksamkeit des Rechtsschutzes verbietet es den Rechtsmittelgerichten, ein von der jeweiligen Prozeßordnung eröffnetes Rechtsmittel ineffektiv zu machen. Davon muß sich das Rechtsmittelgericht bei der Antwort auf die Frage leiten lassen, ob im jeweiligen Einzelfall für ein nach der Prozeßordnung statthaftes Rechtsmittel ein Rechtsschutzinteresse besteht. Ein solches Rechtsschutzinteresse ist auch in Fällen tiefgreifender Grundrechtseingriffe gegeben, in denen die direkte Belastung durch den angegriffenen Hoheitsakt sich nach dem typischen Verfahrensablauf auf eine Zeitspanne beschränkt, in der der Betroffene die gerichtliche Entscheidung in der von der Prozeßordnung gegebenen Instanz kaum erlangen kann. Effektiver Grundrechtsschutz gebietet es in diesen Fällen, daß der Betroffene Gelegenheit erhält, die Berechtigung des schwerwiegenden - wenn auch tatsächlich nicht mehr fortwirkenden - Grundrechtseingriffs gerichtlich klären zu lassen (vgl. BVerfGE 96, 27 [39 f]; BVerfG, 1. Kammer des Ersten Senats, NJW 1998, 2131 f).

Ein Rechtsschutzinteresse trotz prozessualer Überholung hat das Bundesverfassungsgericht auf Grund der vorstehenden Erwägungen bisher für Durchsuchungen von Wohn- und Geschäftsräumen, bei erledigtem polizeirechtlichem Unterbringungs-gewahrsam, bei vorläufig gerichtlich angeordneten Unterbringungen psychisch auffälliger Personen und in Fällen von Abschiebungshaft angenommen (vgl. BVerfG, NJW 2002, 2456 f. m.w.N.).

b) Unter Berücksichtigung dieser verfassungsrechtlichen Grundsätze darf eine Beschwerde gegen die Anordnung der Auskunft über die Telekommunikation nach § 12 FAG nicht allein deswegen, weil die richterliche Anordnung vollzogen ist und die Maßnahme sich deshalb erledigt hat, unter dem Gesichtspunkt der prozessualen Überholung als unzulässig verworfen werden. Auch bei Anordnungen der Auskunft über den Fernmeldeverkehr ist vielmehr schon wegen des Gewichts des Eingriffs in das Grundrecht des Art. 10 Abs. 1 GG und hier zusätzlich in das Grundrecht des Art. 5 Abs. 1 Satz 2 GG ein Rechtsschutzinteresse zu bejahen.

Tiefgreifende Grundrechtseingriffe kommen nicht nur bei Anordnungen in Betracht, die bereits das Grundgesetz - wie in den Fällen des Art. 13 Abs. 2 bis 5 und Art. 104 Abs. 2 und 3 - vorbeugend dem Richter vorbehalten hat (vgl. BVerfGE 96, 27 [40]). Sie sind vielmehr auch in Fällen möglich, in denen das Gesetz den Eingriff dem Richter vorbehält. Dies deutet darauf hin, daß der Gesetzgeber von einem schweren Eingriff ausgeht und ihn deshalb, wie in § 12 FAG, § 100b Abs. 1 StPO, grundsätzlich von einer richterlichen Entscheidung abhängig macht, damit schon bei der Anordnung der Maßnahme präventiver gerichtlicher Schutz gewährleistet ist.

Im Übrigen hat das Bundesverfassungsgericht die Notwendigkeit einer fachgerichtlichen Kontrolle strafprozessualer Maßnahmen trotz prozessualer Überholung nicht allein auf die Intensität des Grundrechtseingriffs gestützt, sondern auch in Besonderheiten des Verfahrensablaufs begründet gesehen. Ohne die Möglichkeit nachträglicher fachgerichtlicher Kontrolle würde der Rechtsschutz der Betroffenen in Fällen der Telefonüberwachung und der Auskunft über Telekommunikationsdaten weitgehend leer laufen, da der Ermittlungsrichter ohne Anhörung der Betroffenen entscheiden muß und eine Benachrichtigung erst nach Durchführung der Maßnahmen erfolgen kann. Setzt ein Grundrechtseingriff aus verfassungsrechtlich gerechtfertigten Gründen Heimlichkeit voraus, wird ein schutzwürdiges Interesse des Betroffenen, die etwaige Rechtswidrigkeit der Maßnahme anschließend gerichtlich feststellen zu lassen, nicht nur ausnahmsweise anzunehmen sein.

c) Obwohl es hiernach mit Art. 19 Abs. 4 GG nicht zu vereinbaren ist, daß das Landgericht die Beschwerde des Beschwerdeführers zu 1a im Tenor des angegriffenen Beschlusses als unzulässig verworfen hat, rechtfertigt diese Grundrechtsverletzung die Aufhebung der Entscheidung nicht. ...

BGH, Urt. v. 14.3.2003 - 2 StR 341/02 (LG Köln) = NJW 2003, 2034 - Verwertung eines Raumgesprächs bei nicht ausgeschaltetem Handy

Leitsätze: 1. Die Verwertung eines vom Beschuldigten mit Dritten in einem Kraftfahrzeug geführten Raumgesprächs kann auf eine schon bestehende, rechtsfehlerfrei ergangene Anordnung nach § 100a StPO gestützt werden, wenn der Beschuldigte eine zuvor von ihm selbst hergestellte Telekommunikationsverbindung beenden wollte, diese jedoch aufgrund eines Bedienungsfehlers fortbesteht.

2. Ob § 100a StPO in diesem Fall auch gegenüber einem am Raumgespräch beteiligten Dritten eine hinreichende Eingriffsgrundlage bietet, kann offen bleiben, wenn die Aufzeichnung jedenfalls auf eine Eilanordnung nach §§ 100c Abs. 1 Nr. 2, 100d Abs. 1 StPO hätte gestützt werden können und die Abwägung im Einzelfall ergibt, daß die Persönlichkeitsinteressen des Betroffenen gegenüber dem staatlichen Interesse an der Verfolgung einer Katalogtat nach § 100a Abs. 1 StPO zurücktreten.

Aus den Gründen: ... **3. a)** Gegen den Angeklagten Y. war durch ermittelungsrichterlichen Beschluß vom 9. Februar 2001 wegen des Verdachts des bandenmäßigen Handeltreibens mit Betäubungsmitteln (§ 30a BtMG) gemäß § 100a Satz 1 Nr. 4, § 100b Abs. 1 Satz 1 StPO die Überwachung und Aufzeichnung der Telekommunikation mit einem von ihm regelmäßig benutzten Mobiltelefon für die Dauer von drei Monaten angeordnet worden. Seine Überzeugung von der abgeurteilten Verbrechensverabredung der Angeklagten hat das Landgericht unter anderem auf die Verwertung einer Aufzeichnung gestützt, die aufgrund eines Bedienungsfehlers des Angeklagten Y. zustande kam: Dieser rief von seinem Pkw aus mit Wissen der beiden anderen Fahrzeuginsassen um 3.23 Uhr den in dem Lokal anwesenden Vertrauensmann K. an, der das Gespräch aber nicht annahm, so daß sich die Mailbox seines Anschlusses einschaltete und die übliche Ansage erfolgte, der Anrufer könne eine Nachricht zur Aufzeichnung hinterlassen. Dies wollte der Angeklagte Y. nicht; er schloß daher die Tastaturklappe seines Mobiltelefons, um die Verbindung zu beenden, unterließ es aber aus Versehen, zuvor die Taste zur Gesprächstrennung zu drücken. Daher wurde für die Dauer von sieben Minuten bis zum automatischen Ende der Mailbox-Aufzeichnung das in dem Fahrzeug geführte Gespräch der Angeklagten und des "H." übertragen und von der Polizei aufgezeichnet; die gleichzeitige Aufzeichnung auf der Mailbox des K. wurde später automatisch gelöscht. Nach den Feststellungen des Landgerichts ergaben sich aus dem in dem Pkw zwischen den Beteiligten geführten Gespräch, dessen Aufzeichnung in der Hauptverhandlung abgespielt und übersetzt wurde, gravierende Indizien für die Schuld der Angeklagten.

b) Das Landgericht hat - gegen den Widerspruch der Verteidiger in der Hauptverhandlung - den Inhalt der Gesprächsaufzeichnung während der Dauer der Mailbox-Aufnahme als verwertbar angesehen und dies auf § 100a StPO gestützt. ...

c) Gegen die Verwertung bestehen im Ergebnis keine durchgreifenden Bedenken.

aa) Die Übertragung des Gesprächs unterfiel dem Begriff der Telekommunikation im Sinne von § 100a StPO. Von dem dort früher verwendeten Begriff des "Fernmeldeverkehrs", der der Senatsentscheidung BGHSt 31, 296 zugrunde lag, unterscheidet sich dieser durch Art. 2 Abs. 9 Nr. 2 des Begleitgesetzes zum Telekommunikationsgesetz (BGBl 1997 I S. 3108) eingeführte Begriff namentlich dadurch, daß er die Vorgänge des Aussendens, Übermittels und Empfangens von Nachrichten jeglicher Art, also grundsätzlich den gesamten Datenverkehr mittels Telekommunikationsanlagen umfaßt (vgl. dazu Bär CR 1993, 578 [582]; CR 1998, 434 [435]). Er ist insoweit inhaltsgleich mit der Legaldefinition des § 3 Nr. 16 TKG.

Hieraus ergibt sich freilich nicht schon ohne weiteres - wie das Landgericht wohl angenommen hat -, daß jeder technische Vorgang des Aussendens, Übermittels oder Empfangens von analog oder digital codierten Daten dem Eingriffsbereich des § 100a StPO unterfällt. Dieser umfaßt vielmehr, wie auch

[NJW 2003, 2035] die zur Einfügung des § 100c durch Gesetz vom 15.7.1992 (BGBl I S. 1302) führende Diskussion zeigt, nur die mit dem Versenden und Empfangen von Nachrichten mittels Telekommunikationsanlagen in Zusammenhang stehenden Vorgänge. Voraussetzung für eine der Überwachung nach § 100a StPO unterfallende Telekommunikation ist daher, daß sich eine Person einer Telekommunikationsanlage bedient, d. h. Kommunikation mittels einer solchen Anlage vornimmt (vgl. auch BGHSt 31, 296 [297]). Dabei sind nicht nur unmittelbare "Nachrichten"-Inhalte, sondern auch alle

sonstigen mit Aussenden, Übermitteln oder Empfangen verbundenen Vorgänge umfaßt. Voraussetzung des Vorliegens von Telekommunikation in diesem Sinne ist nicht, daß sich der Vorgang im konkreten Fall mit aktuellem Willen oder Wissen der betroffenen Person vollzieht. Das ist bei den Vorgängen des Empfangens (z.B. bei auf Anrufbeantworter gesprochenen mündlichen Nachrichten oder bei in einer Mailbox eingehenden E-Mail-Schreiben) offensichtlich, gilt aber grundsätzlich auch für das Versenden von Nachrichten. So sind etwa von einem Funktelefon an die nächstgelegene Funkzelle eines Mobilnetzes übermittelte Standortdaten auch dann Gegenstand von Telekommunikation, wenn der Benutzer des aussendenden Endgeräts im Einzelfall kein aktuelles Bewußtsein von dem Vorgang hat; dasselbe gilt bei automatisierten Übertragungen. Telekommunikation im Sinne von § 100a Abs. 1 StPO liegt jedenfalls dann vor, wenn der von einer Überwachungsanordnung Betroffene ein von ihm benutztes Mobiltelefon zum Aussenden von Nachrichten in Betrieb setzt oder wenn eine betriebsbereit gehaltene Telekommunikationsanlage Nachrichten Dritter empfängt.

Daher handelte es sich hier jedenfalls in der Zeitspanne, in welcher zwischen dem vom Angeklagten Y. benutzten Mobiltelefon und der Mailbox des K. eine Verbindung bestand, um eine Telekommunikationsverbindung im Sinne des § 100a StPO. Es ist anerkannt, daß Überwachungsmaßnahmen nach § 100a StPO auch die Übermittlung von Nachrichten zu der Mailbox eines Anschlusses erfassen, die von dem Inhaber der Mailbox - wenn auch zeitverzögert - abgerufen werden können (Nack in KK-StPO 4. Aufl. § 100a Rn. 7 m.w.N.; Gercke StraFo 2003, 76 [77]; BGH - Ermittlungsrichter - NJW 1997, 1934 f).

Auf den Inhalt übermittelter Nachrichten kommt es hierbei nicht an. Liegt eine Anordnung der Überwachung gemäß §§ 100a, 100b StPO vor, so ist für die mit der Überwachung beauftragte Stelle der Inhalt der Telekommunikation regelmäßig nicht vorhersehbar und in der Regel nicht erkennbar, ob die Nachrichtenübermittlung willentlich, unbeabsichtigt oder gar gegen den Willen des Betroffenen vorgenommen wird. Am Charakter der Übertragung als Telekommunikation ändert sich nichts, wenn nach Herstellung einer vom Betroffenen willentlich oder irrtümlich - etwa durch Falschwahl - hergestellten Telefonverbindung sich die angerufene Person nicht meldet, ein automatisches Aufzeichnungsgerät (Anrufbeantworter, Mailbox) in Gang gesetzt wird oder etwa ohne Wissen des Anrufenden eine Weiterschaltung erfolgt. Dasselbe gilt für den Umstand, ob der Anrufende nach Herstellung der Verbindung tatsächlich mündliche Nachrichten übermittelt oder etwa schweigt. Auch die Frage, ob über eine Telefonverbindung übertragene Nachrichten und Gesprächsinhalte unmittelbar zur Kenntnisnahme durch die angerufene Person bestimmt sind, ob es sich um "Hintergrundgespräche", also etwa Rückfragen des Anrufenden bei anderen anwesenden Personen, oder um sogenannte Raumgespräche, das heißt Gespräche zwischen Anwesenden ohne Beteiligung an dem Telefongespräch handelt, ist für den Charakter der Übertragung selbst als Telekommunikationsvorgang zunächst ohne Bedeutung.

So hätte etwa hier, wenn Polizeibeamte das vom Mobiltelefon des Angeklagten Y. ausgehende Gespräch unmittelbar mitgehört hätten, kein Anlaß bestanden, die Aufzeichnung allein wegen des Schweigens des Angeklagten auf die Bereitschaftsansage des Mailbox-Automaten abzubrechen. Der Wille des Angeklagten, die Verbindung zu beenden, war nach außen nicht erkennbar. Das - überdies fremdsprachige - Raumgespräch mit den weiteren anwesenden Personen konnte ohne weiteres etwa der Klärung der Frage dienen, ob und gegebenenfalls welche Nachricht auf den Mailbox-Speicher gesprochen werden sollte; es stand dem Angeklagten frei, zu beliebiger Zeit während des Laufs der Mailbox-Aufzeichnung Nachrichten aufzusprechen.

Etwas anderes würde namentlich dann gelten, wenn die Telekommunikationsanlage von vornherein zielgerichtet ohne oder gegen den Willen des Betroffenen in Betrieb genommen worden wäre und daher allein die Funktion einer "Abhöranlage" im Sinne von § 100c StPO gehabt hätte, denn hierdurch würde sich die Richtung des Grundrechtseingriffs ändern (vgl. auch BGHSt 34, 39 [43, 50]). So lag es hier indes nicht. Die Verwertbarkeit von Inhalten der Telekommunikation folgt, soweit wie hier eine rechtsfehlerfreie Überwachungsanordnung vorliegt, grundsätzlich ohne Weiteres aus § 100a StPO. Das gilt nach Ansicht des Senats auch für den Inhalt eines Raumgesprächs, das nach willentlicher Herstellung einer Telekommunikationsverbindung durch die Zielperson einer Überwachungsanordnung aus deren Sicht versehentlich übertragen wird. Zu dem in BGHSt 31, 296 entschiedenen Fall besteht insoweit ein Unterschied, als dort weder die Verbindung mit dem Anschluß eines Dritten durch den Betroffenen selbst hergestellt noch ihre versehentliche Aufrechterhaltung durch ihn verursacht wurde. Durchgreifende Gesichtspunkte, welche in jenem Fall für die Annahme eines Verwertungsverbots sprachen, wie der Umstand, daß dort die abgehörte Unterhaltung zwischen Eheleuten in der ehelichen Wohnung geführt wurde und deshalb der unantastbare Bereich privater Lebensgestaltung tangiert war, liegen hier nicht vor.

bb) Ob dies, namentlich unter dem Gesichtspunkt eines Zufallsfundes, ohne Weiteres auch für die Verwertbarkeit hinsichtlich des Angeklagten O. gilt, kann im Ergebnis offen bleiben. Selbst wenn die Überwachung und Aufzeichnung des Raumgesprächs durch die Anordnung nach §§ 100a, 100b StPO nicht gedeckt war, ergäbe sich hieraus nicht ohne weiteres ein Beweisverwertungsverbot (vgl. BVerfG NJW 2000, 3357; BGHSt 31, 304 [308]; 34, 39 [52]; 37, 30 [32]; 38, 214 [219]; 44, 243). Ob ein solches eintritt, bestimmt sich nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs durch Abwägung des staatlichen Interesses an der Aufklärung und Verfolgung von Straftaten gegen das individuelle Interesse des Bürgers an der Bewahrung seiner Rechtsgüter (vgl. dazu Meyer-Goßner StPO 46. Aufl. Einleitung Rn. 55, 56b m.w.N.), hier am Schutz der grundrechtlich geschützten Privatsphäre und des nichtöffentlich gesprochenen Wortes gegen heimliche Eingriffe von außen.

Diese Abwägung ergibt hier kein Überwiegen schutzwürdiger Belange des Persönlichkeitsrechts der Angeklagten. Das aufgezeichnete Gespräch hatte die Planung eines schweren Verbrechens zum Gegenstand. Anders als in dem in BGHSt 31, 296 entschiedenen Fall war es weder örtlich noch nach dem Kreis seiner Teilnehmer einem engen, als höchstpersönlich

zu bezeichnenden Lebenskreis zuzuordnen, welcher eine besonders hohe Eingriffsschwelle für staatliche Eingriffe erfordert. Zu berücksichtigen ist überdies die in der Schaffung des § 100c Abs. 1 Nr. 2 StPO durch Gesetz vom 15. Juli 1992 (BGBl I 1302) zum Ausdruck gekommene gesetzgeberische Wertung. Danach kann das nichtöffentlich außerhalb einer Wohnung gesprochene Wort abgehört und aufgezeichnet werden, um eine in dem Tatbestandskatalog des § 100a StPO aufgeführte schwere Straftat aufzuklären. Die Voraussetzungen für eine Anordnung nach § 100c Abs. 1 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1 StPO lagen hier vor; sie hätte, worauf der Generalbundesanwalt zutreffend hingewie-

[**NJW 2003, 2036**] sen hat, im Fall unmittelbaren Mithörens des Gesprächs gemäß § 100d Abs. 1 auch durch Polizeibeamte als Hilfsbeamte der Staatsanwaltschaft angeordnet werden können. Der Einwand der Revisionen, es habe keine im Sinne des § 100c Abs. 1 Nr. 2 StPO "begangene" Straftat vorgelegen, geht insoweit schon deshalb fehl, weil nach den Feststellungen des Landgerichts die den Verbrechenstatbestand begründende Verabredung zwischen den Angeklagten schon vor der Fahrt zum geplanten Tatort getroffen wurde (UA S. 22 f); darauf, daß die verabredete Tat später nicht versucht oder vollendet wurde, kommt es nicht an, da die Angeklagten von der Durchführung nicht freiwillig absahen.

Diese Gesichtspunkte ergeben hier ein eindeutiges Überwiegen des staatlichen Aufklärungsinteresses gegenüber dem Persönlichkeitsrecht der Angeklagten; mit dem in BGHSt 31, 296 ff. entschiedenen Fall ist die vorliegende Fallgestaltung nicht vergleichbar. ...

BGH, Urt. v. 28.5.2003 - 2 StR 445/02 (LG Erfurt) = NJW 2003, 2619 - Aussage nach Zeugnisverweigerung, Verschweigen des Verlöbnisses

Leitsatz: Beruft sich ein Zeuge in der Hauptverhandlung zunächst auf sein Zeugnisverweigerungsrecht als Verlobter und sagt später gleichwohl zur Sache aus, um eine frühere richterliche Vernehmung zu entkräften, so macht er die früheren Vernehmungsinhalte zum Gegenstand seiner unter Verzicht auf sein Zeugnisverweigerungsrecht erfolgten Aussage in der Hauptverhandlung; diese sind verwertbar, auch wenn er früher nicht über sein Zeugnisverweigerungsrecht belehrt wurde.

Zum Sachverhalt: Die Zeugin W. erstattete am 19.2.2002 gegen den Angeklagten bei der Kriminalpolizei E. Strafanzeige wegen der abgeurteilten Vorfälle. Zu Beginn ihrer Vernehmung durch die Kriminalpolizei verneinte sie die Frage, ob sie mit dem Angeklagten verlobt, verheiratet, verwandt oder verschwägert sei. In der Aussage selbst schilderte sie zunächst die Vergewaltigung vom 19.2.2002, sodann von sich aus auch die frühere Tat. Sie erklärte dabei, daß sie mit dem Angeklagten seit Januar 2000 zusammen gewesen sei und mit ihm in einer Wohnung gewohnt habe. Im Oktober 2001 habe sie sich vom Angeklagten aber getrennt. Bei einer weiteren polizeilichen Vernehmung am 25.2.2002, bei der sie ihre belastende Aussage wiederholte, verneinte sie wiederum die Frage, ob sie mit dem Angeklagten "verlobt, verheiratet, verwandt oder verschwägert" sei. Die Tatvorwürfe bestätigte sie erneut in ihrer Vernehmung am 22.2.2002 durch den Ermittlungsrichter des Amtsgerichts J., wobei sie auf ausdrückliche Frage erklärte, mit dem Angeklagten nicht verlobt zu sein, wie der Richter als Zeuge in der Hauptverhandlung bekundet hat. Die Zeugin beantragte im Verlauf des Ermittlungsverfahrens auch ihre Zulassung als Nebenklägerin. Nach Anklageerhebung legte der Verteidiger des Angeklagten eine schriftliche Erklärung der Zeugin W. vom 6.5.2002 vor, in der diese ankündigte, ab sofort als Verlobte von ihrem Zeugnisverweigerungsrecht gemäß § 52 Abs. 1 Nr. 1 StPO Gebrauch zu machen, ihren Antrag auf Zulassung als Nebenklägerin nahm sie zurück. In der Hauptverhandlung verweigerte sie bei ihrer ersten Vernehmung am 28.5.2002 als Verlobte des Angeklagten die Aussage. Nach der Überzeugung des Landgerichts, das die Zeugin über die Umstände und den Zeitpunkt des Verlöbnisses anhörte, bestand zwischen dem Angeklagten und dieser tatsächlich bereits seit Juni 2000 ein rechtswirksames Verlöbnis. Die Strafkammer vernahm anschließend den Ermittlungsrichter über die Bekundungen der Zeugin bei ihrer richterlichen Vernehmung. Im weiteren Verlauf der Hauptverhandlung beantragte der Verteidiger des Angeklagten am 6.6.2002 die erneute Vernehmung der Zeugin W., weil diese sich nunmehr zur Sache äußern wolle; dabei werde sich ergeben, daß sie bei den polizeilichen und richterlichen Vernehmungen den Angeklagten zu Unrecht belastet habe, weil sie diesen habe loswerden wollen. Vorgelegt wurde auch eine Erklärung der Zeugin vom 5.6.2002, in der es unter anderem hieß, die Angaben bei ihren Vernehmungen durch die Kriminalpolizeiinspektion E. am 19. und am 25.2.2002 sowie bei ihrer richterlichen Vernehmung am 22.3.2002 seien zu großen Teilen unrichtig. In der Hauptverhandlung widerrief sie ihre früheren Angaben und machte entsprechend dieser Erklärung den Angeklagten entlastende Angaben. Das LG hielt die Angaben der Zeugin W. zu den Taten in der Hauptverhandlung für unrichtig und legte seinem Urteil unter Hinweis auf Kleinknecht/Meyer-Goßner, StPO 45. Aufl. § 252 Rn. 13 und OLG Oldenburg NJW 1967, 1872 deren Bekundungen beim Ermittlungsrichter zugrunde.

Aus den Gründen: [**NJW 2003, 620**] II.2. Diese Rüge [einer Verletzung von § 52 StPO] ist im Ergebnis unbegründet. Denn selbst wenn die Ansicht der Revision zugrundegelegt würde, die ermittelrichterliche Vernehmung der Zeugin sei fehlerhaft, weil es an der erforderlichen Belehrung über ihr Zeugnisverweigerungsrecht als Verlobte fehlte, führt dies nicht zu einem Erfolg der Revision.

a) Macht ein Zeuge in der Hauptverhandlung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht Gebrauch, so darf über den Inhalt einer Aussage, die er bei einer früheren richterlichen Vernehmung nach Belehrung über sein Zeugnisverweigerungsrecht gemacht hat, durch Vernehmung des Richters Beweis erhoben werden (vgl. BGHSt 2, 99 ff). Ist eine Belehrung nicht

erfolgt (vgl. BGHSt 14, 159 [160]; 23, 221 [223]; Meyer-Goßner, StPO 46. Aufl. Rn. 32; Senge in KK 4. Aufl. Rn. 39 jeweils zu § 52 StPO) oder ist das ein Zeugnisverweigerungsrecht begründende Rechtsverhältnis erst später entstanden (vgl. BGHSt 27, 231 ff), darf auch die Bekundung vor einem Richter nicht in das Verfahren eingeführt und verwertet werden. Etwas anderes gilt nur dann, wenn der Zeuge in der Hauptverhandlung nach Belehrung gemäß § 52 Abs. 3 Satz 1 StPO aussagt und zumindest konkludent zu erkennen gibt, daß er mit dem Rückgriff auf die frühere Aussage einverstanden ist (BGHSt 20, 234 ff.; BGH NStZ 1999, 91).

b) Allerdings weist die Revision zutreffend darauf hin, daß die Rechtsprechung bisher nur in solchen Fällen von einem nachträglichen Einverständnis mit der Verwertung früherer, ohne Belehrung erfolgter Aussagen ausgegangen ist, in denen die Zeugen inhaltlich bei den den Angeklagten belastenden Angaben geblieben sind (vgl. BGH NStZ 1999, 91). Nichts anderes kann aber gelten, wenn ein Zeuge nunmehr seine früheren den Angeklagten belastenden Angaben nicht mehr gelten lassen will und er sich deshalb entschließt, trotz seines Zeugnisverweigerungsrecht auszusagen, um seine früheren Angaben zu entkräften. Denn er stellt sich in Kenntnis seiner Rechte insgesamt als Beweismittel zur Verfügung (vgl. BGHSt 20, 234 [235]). Ihm wird nur die Möglichkeit gewährt, die Aussage insgesamt zu verweigern oder Angaben zu machen. Das Zeugnisverweigerungsrecht soll nur gewährleisten, daß der zur Zeugnisverweigerung Berechtigte bis zur Hauptverhandlung frei entscheiden kann, ob seine frühere, vielleicht voreilige oder unbedachte, Aussage verwertet werden darf (BGHR StPO § 52 Abs. 3 Satz 1 Belehrung 4). Er hat deshalb das Recht, in der Hauptverhandlung das Zeugnis zu verweigern sowie seine frühere Entscheidung zu ändern (BGHSt 25, 176 [177 ff]; 45, 203 [208]), nicht aber die Befugnis zu einer weitergehenden Einflußnahme auf das Verfahren. Da das auf einem Verstoß gegen § 52 Abs. 3 Satz 1 StPO beruhende Beweisverwertungsverbot allein der Sicherung des mit der Gewährung des Rechts zur Zeugnisverweigerung verfolgten Zwecks dient (vgl. BGHSt 45, 203 [207]), kann der Zeuge auch nur in diesem Rahmen darüber verfügen, das heißt: er kann entscheiden, ob er sich als Beweismittel zur Verfügung stellen will oder nicht. Darüber hinaus hat er, jedenfalls dann, wenn er sich zur Aussage in der Hauptverhandlung entschließt, keine Möglichkeit, den Umfang der Verwertbarkeit seiner Aussage zu bestimmen (BGHSt 17, 324 [328]). Macht er nach Belehrung von seinem Zeugnisverweigerungsrecht keinen Gebrauch, muß er die Folgen seines Entschlusses hinnehmen, auch wenn er sie sich anders vorgestellt hat. Deshalb ist es - entgegen der Auffassung der Revision - ohne Belang, ob der Zeugin bei ihrem Entschluß zur Aussage in der Hauptverhandlung daran gelegen war, gerade auch ihre frühere Aussage gelten zu lassen oder nicht. Denn es liegt auf der Hand, daß auch ihre früheren Angaben Gegenstand der neuerlichen Vernehmung und der Erörterung in der Hauptverhandlung werden mußten. Auf diese Weise wurden sie, wenn auch als widerrufenen Tatsachenbehauptungen, Gegenstand der Beweisaufnahme und unterliegen damit auch der freien Beweiswürdigung durch das Gericht. Im vorliegenden Fall konnte die Zeugin - wie die Urteilsgründe belegen - eine vollständige Aussage, die ihrem Anliegen gerecht werden sollte, nur machen, wenn sie die Umstände der Anzeige offenbarte und auch den Inhalt ihrer früheren Bekundungen, ihre Motive dafür, sowie die Gründe für ihren Aussagewechsel in ihre nunmehrige Aussage einbezog. Ohne diese Umstände wäre ihre Vernehmung unvollständig und auch unverständlich. Auch die gebotene Glaubwürdigkeits- und Glaubhaftigkeitsprüfung konnte nicht isoliert und ohne Einbeziehung der früheren - belastenden - Aussage erfolgen. Darauf, ob in dem Verhalten der Zeugin auch eine nachträgliche Zustimmung zu der Verwertung ihrer früheren richterlichen Aussage gesehen werden kann, kommt es deshalb unter den gegebenen Umständen nicht an.

c) Hinzu kommt hier folgendes: Auch die Interessen der Allgemeinheit verlangen, daß dem Einfluß eines Zeugen auf ein Strafverfahren dort Grenzen gezogen werden, wo seine eigenen schutzwürdigen Interessen dies nicht mehr zwingend gebieten (BGHSt 2, 99 [108]; vgl. BGHSt 25, 176 [177]). Insbesondere in Fällen unlauterer Manipulationen gebührt dem Grundsatz der Wahrheitserforschung, der zum Schutz der Allgemeinheit die Aufklärung, Verfolgung und gerechte Ahndung von Straftaten unter Verwendung aller verfügbaren Beweismittel fordert, Vorrang vor den Interessen des Zeugen, der sich pflichtwidrig durch sein Verhalten zum "Herrn des Verfahrens" zu machen sucht, um durch sein Verhalten die gebotene Wahrheitsermittlung zu vereiteln (BGHSt 45, 342 [347]; siehe auch BGHSt 25, 176 [177]). Das gilt auch für den Fall des wahrheitswidrigen Verschweigens eines Verlöbnisses und der späteren Aussagebereitschaft des Zeugen (vgl. schon OLG Oldenburg NJW 1967, 1872). Würde das auf das Verhalten des Zeugen zurückzuführende Unterbleiben der Belehrung generell ohne Rücksicht auf den Einzelfall zur Unverwertbarkeit dieser Bekundungen führen, während seine sonstigen Angaben der Beweiswürdigung zugrundegelegt werden müßten, läge es in der Hand des Zeugen, dem Gericht bestimmte Beweise vorzuenthalten, während er ihm andere "aufnötigt". Hätte die Zeugin bei ihrer früheren richterlichen Vernehmung eine die Belehrung nach § 52 Abs. 3 StPO gebietende Verlobung nicht verschwiegen, wäre sie unzweifelhaft über ihr Zeugnisverweigerungsrecht belehrt worden. Sie hätte auch nach Belehrung, wie die Umstände der Aussage belegen, ausgesagt. ...

[**NJW 2003, 2621**] d) Die Angaben der Zeugin bei ihrer früheren Vernehmung durch den Ermittlungsrichter, die durch Bekundungen weiterer Zeugen, denen die Zeugin W. von den Vorfällen berichtet hat, erhärtet wurden, konnten deshalb ohne Verstoß gegen ein Verwertungsverbot der Beweiswürdigung zugrundegelegt werden.

3. Der Senat kann deshalb offen lassen, ob und bejahendenfalls inwieweit das Revisionsgericht an die tatrichterlichen Feststellungen zum Vorliegen eines Verlöbnisses zwischen einem Zeugen und dem Angeklagten gebunden ist (vgl. u.a. RG JW 1928, 414; 1929, 861; OGHSt 2, 173; Meyer-Goßner aaO Rn. 17; Kuckein in KK 4. Aufl. Rn. 3; Hanack in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. Rn. 89-91 jeweils zu § 337) und ob - unabhängig von dem Verhalten des Zeugen in der Hauptverhandlung - für eine Belehrungspflicht auch von Bedeutung ist, daß der Ermittlungsrichter die Zeugin ausdrücklich danach gefragt hat, ob sie mit dem Angeklagten verlobt sei und sie dies wahrheitswidrig verneint hat. Nach der Rechtspre-

chung des Bundesgerichtshofs ist es zwar für die Wirksamkeit eines auf Verwandtschaft und Schwägerschaft beruhenden Zeugnisverweigerungsrechts ohne rechtliche Bedeutung, wenn ein Zeuge sich selbst als "mit dem Angeklagten nicht verwandt und nicht verschwägert" bezeichnet, weil es auf die Kenntnis des Gerichts von dem bestehenden Angehörigenverhältnis nicht ankommt (vgl. BGH StV 1988, 89, 90; 1992, 308; 2002, 3 = NStZ-RR 2001, 259; für § 60 StPO: BGHSt 20, 98 ff.; 22, 266 ff.; vgl. aber auch BGHSt 32, 25 [30, 31]). Ob an dieser Rechtsprechung auch bei dem auf einem Verlöbnis beruhenden Zeugnisverweigerungsrecht festgehalten werden soll, läßt der Senat offen. Dagegen könnte sprechen, daß das Verlöbnis ein vom Willen der Betroffenen abhängiges, an keine Form gebundenes Rechtsverhältnis ist (vgl. dazu Palandt/Brudermüller, BGB 62. Aufl. Einf. vor § 1297 Rn. 1 und 2), das auch form- und fristlos von einem der Beteiligten aufgelöst werden kann (vgl. § 1298; Palandt/Brudermüller aaO § 1298 Rn. 1). Die Auflösung eines bestehenden Verlobnisses kommt sogar dann in Betracht, wenn einer der Beteiligten einseitig den Heiratswillen aufgibt, ohne daß der andere Teil davon Kenntnis hat (BGHSt 3, 215 [216]; Senge aaO Rn. 12; Dahs in Löwe/Rosenberg, StPO 25. Aufl. Rn. 7 jeweils zu § 52 m.w.N.). Angesichts dieser tatsächlichen Unsicherheiten über das Entstehen und die Dauer des das Zeugnisverweigerungsrecht auslösende Rechtsverhältnisses "Verlöbnis" erscheint vor allem in Fällen der Täuschung über ein Verlöbnis eine Anwendung der genannten Rechtsprechung, die in Fällen eines kraft Gesetzes bestehendes Rechtsverhältnisses (Verwandtschaft, Schwägerschaft) eine sachliche Berechtigung haben kann, fraglich.
