

StVSpezial

STRAFVERTEIDIGER

REDAKTION

Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski
RAin Lea Voigt
RA Prof. Dr. Björn Gercke
Prof. Dr. Matthias Jahn
RA Prof. Dr. Helmut Pollähne

Leseprobe

Heft 3
September 2021
Seiten 81 – 124
1. Jahrgang
Art.-Nr. 59652103

3

Europäischer Gerichtshof für Menschenrechte

Vertraulichkeit von Anwaltskorrespondenz bei digital-forensischer Auswertung eines Smartphones **Grözinger**

Zulässigkeit einer Individualbeschwerde bei fortdauerndem Konventionsverstoß; Mindestverbüßungsdauer

Europäischer Gerichtshof

Richterliche Unabhängigkeit und Rechtsstaatlichkeit

Bundesverfassungsgericht

Übermäßige Belastung des Verurteilten durch Verfahrenskosten **Pauly**

Amtshaftung wegen menschenunwürdiger Haftbedingungen; Größe des Haftraums und Einschlusszeiten

Vermögensabschöpfung bei verjährten Altataten

Bundesgerichtshof

Ingewahrsamnahme zur Identifizierung

Oberlandesgerichte

Berlin

Ablehnung der Entpflichtung

Aufhebung der Pflichtverteidigerbestellung

Voraussetzungen für eine gemeinschaftliche Nebenklagevertretung

Köln

Beschränkungen in der Untersuchungshaft, Verdunkelungsgefahr nach Abschluss der ersten Instanz

Landgerichte

Berlin

Notwendige Verteidigung, Analphabetismus

Leipzig

Rückwirkende Verteidigerbestellung; notwendige Verteidigung bei unter Betreuung stehender Beschuldigter

Amtsgerichte

Bremen

Verwenden der Symbole einer verbotenen Partei; Hammer und Sichel

Oberverwaltungsgerichte

Nordrhein-Westfalen

Grenzen gerichtlicher Pressemitteilungen über Strafverfahren **Esser**

Bayern

Grenzen staatsanwaltschaftlicher Pressemitteilungen über Strafverfahren

Forum

Peer Stolle

Verteidigung in einem »129b-Verfahren«

Aufsatz

Mathias Grzesiek/Daniel Zühlke

Die Entschlüsselung von Smartphones gegen den Willen des Beschuldigten zum Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens

Carl Heymanns Verlag

Impressum

Entscheidungen

Aktuelles

- EGMR** 39374/15 u.a. v. 17.06.2021
Zulässigkeit einer Individualbeschwerde bei fortwährendem Konventionsverstoß; Mindestverbüßungsdauer (Ls)
- BVerfG** 2 BvL 8/19 v. 10.02.2021
Vermögensabschöpfung bei verjährten Alttaten (Ls)
- BVerfG** 2 BvR 211/19 v. 28.12.2020
Übermäßige Belastung des Verurteilten durch Verfahrenskosten m. Anm. *Pauly*
- AG Bremen** 107 Ds 12/20 v. 26.04.2021
Verwenden der Symbole einer verbotenen Partei; Hammer und Sichel
- BayVGH** 7 ZB 19.1999 v. 20.08.2020
Grenzen staatsanwaltlicher Pressemitteilungen über Strafverfahren
- OVG NRW** 4 B 1380/20 v. 04.02.2021
Grenzen gerichtlicher Pressemitteilungen über Strafverfahren m. Anm. *Esser*

Europäisches und Internationales

- EuGH** C-824/18 v. 02.03.2021
Richterliche Unabhängigkeit und Rechtsstaatlichkeit (Ls)
- EuGH** C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 und C-397/19 v. 18.05.2021
Richterliche Unabhängigkeit und persönliche Haftung eines Richters (Ls)

Schnittstellen zum Öffentlichen Recht

- BGH** 3 ZB 8/19 v. 17.12.2020
Ingewahrsamnahme zur Identifizierung (Ls)
- BGH** 3 ZB 6/19 v. 17.12.2020
Keine anonyme Rechtsbeschwerde gegen Freiheitsentziehung zur Identitätsfeststellung (Ls)
- AG Tiergarten** 245 Ds 154/20 v. 30.03.2021
Keine Strafbarkeit einer Rechtsanwältin wegen vermeintlich falscher Angaben im aufenthaltsrechtlichen Verfahren
- AG Bremen** 92b Gs 307/21 v. 15.04.2021
Notwendige Verteidigung bei drohender Ausweisung (Ls)
- VG Bremen** 4 V 1829/20 v. 11.09.2020
Aufenthaltserlaubnis trotz Verurteilung zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe und Unterbringung im Maßregelvollzug; positive Sozialprognose

- III VG Braunschweig** 5 A 65/20 v. 02.12.2020
Durchsuchung und Vermummung eines U-Gefangenen auf dem Rückweg vom Gericht durch Amtshilfe leistende Polizeibeamte **102**

Strafrecht und Digitalisierung

- EGMR** 459/18 v. 17.12.2020
Vertraulichkeit von Anwaltskorrespondenz bei digitalforensischer Auswertung eines Smartphones m. Anm. *Grözinger* **104**
- 81 AG Auerbach** 3 Cs 500 Js 24368/20 v. 26.01.2021
Online-Wache, Schriftform des Strafantrags (Ls) **107**

Recht der Strafverteidigung; Kosten- und Gebührenrecht

- 81 KG** 5 Ws 65/20 v. 15.05.2020
Aufhebung der Pflichtverteidigerbestellung **107**
- 84 KG** 5 Ws 129-130/20 v. 05.08.2020
Ablehnung der Entpflichtung (Ls) **108**
- 85 OLG Köln** 2 Ws 133/21 v. 15.03.2021
Beschränkungen in der U-Haft, Verdunkelungsgefahr nach Abschluss der ersten Instanz **108**
- LG Berlin** 525 Qs 34/21 v. 15.06.2021
Notwendige Verteidigung, Analphabetismus **109**
- LG Leipzig** 13 Qs 103/20 v. 14.12.2020
Rückwirkende Verteidigerbestellung; notwendige Verteidigung bei unter Betreuung stehender Beschuldiger **109**
- 98 AG Bremen** 87 Ds 29/18 v. 01.06.2021
Anwaltsgebühren im selbstständigen Einziehungsverfahren (Ls) **110**

Von Adhäsion bis Zeugenbeistand

- 98 BVerfG** 1 BvR 149/16 v. 08.12.2020
Amtshaftung wegen menschenunwürdiger Haftbedingungen; Größe des Haftraums und Einschlusszeiten **110**
- 98 KG** 2 Ws 33/21 v. 26.04.2021
Voraussetzungen für eine gemeinschaftliche Nebenklagevertretung (Ls) **111**
- 99 OLG Celle** 2 Ws 122/21 v. 28.04.2021
Gebührenanspruch des Nebenklagevertreters bei Revision des Angeklagten (Ls) **111**
- 99 LG Frankfurt/M.** 5/30 Qs 6/21 v. 18.02.2021
Ausschluss einer Entschädigung nach dem StrEG wegen grober Fahrlässigkeit des Beschuldigten (Ls) **111**

Forum

Verteidigung in einem »129b-Verfahren« – Ein Erfahrungsbericht aus dem Münchner Kommunist*innen-Verfahren
Peer Stolle **112**

Aufsatz

Die Entschlüsselung von Smartphones gegen den Willen des Beschuldigten zum Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens
Mathias Grzesiek/Daniel Zühlke **117**

Redaktion:

Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski, Saarbrücken
Rechtsanwältin Lea Voigt, Bremen
Rechtsanwalt Prof. Dr. Björn Gercke, Köln
Prof. Dr. Matthias Jahn, Frankfurt/M.
Rechtsanwalt Prof. Dr. Helmut Pollähne, Bremen

Verlag:

Wolters Kluwer Deutschland GmbH
Wolters-Kluwer-Str. 1
50354 Hürth

Katharina Tobschirbel

Tel.: 02233 / 3760-7005
Fax: 02233 / 3760-7005-73
E-Mail: Katharina.Tobschirbel@wolterskluwer.com

Entscheidungen

Die mit * gekennzeichneten Entscheidungen sind zum Abdruck in der amtlichen Sammlung bestimmt. Nicht rechtskräftige Entscheidungen sind mit dem Zusatz »n.r.« gekennzeichnet. Bei Leitsätzen, die nicht ausdrücklich als amtlich gekennzeichnet sind, handelt es sich um solche der Redaktion.

Aktuelles

Zulässigkeit einer Individualbeschwerde bei fortwährendem Konventionsverstoß; Mindestverbüßungsdauer

EMRK Art. 3, 35 Abs. 1

1. Solange ein Verstoß gegen die EMRK noch fortbesteht (hier: durch Vollzug einer lebenslangen Freiheitsstrafe), ist eine Individualbeschwerde zum EGMR nicht verfristet. Die Beschwerdefrist des Art. 35 Abs. 1 EMRK beginnt erst mit dem Ende des Konventionsverstoßes zu laufen.

2. Es verstößt gegen Art. 3 EMRK, wenn zu lebenslanger Freiheitsstrafe Verurteilte erst nach einer Mindestverbüßungsdauer von 40 Jahren um vorzeitige Haftentlassung ersuchen können.

EGMR, 1. Sektion, Urt. v. 17.06.2021 – 39374/15 u.a. (Sándor Varga u.a. / . Ungarn) – n.r.

Anm. d. Red.: Zu Ls. 2 s. zuvor EGMR, Urt. v. 04.10.2016 – 37871/14 und 73986/14 (T.P. und A.T. / . Ungarn) sowie grundlegend EGMR [GK], Urt. v. 26.04.2016 – 10511/10 (Murray / . Niederlande). Die Frist zur Einlegung einer Individualbeschwerde zum EGMR verkürzt sich nach Art. 4 des 15. ZP zur EMRK (BGBl. 2014 II, 1034 [1035 ff.]) auf vier Monate; diese Änderung tritt nach Maßgabe des Art. 8 Abs. 3 des 15. ZP zum 01.03.2022 in Kraft.

Vermögensabschöpfung bei verjährten Altataten

EGStGB Art. 316h S. 1

1. Die Vermögensabschöpfung nach dem Reformgesetz vom 13.04.2017 ist keine dem Schuldgrundsatz unterliegende Nebenstrafe, sondern eine Maßnahme eigener Art mit kondiktionsähnlichem Charakter (Fortführung von BVerfGE 110, 1 [13 ff.]).

2. Die in Art. 316h S. 1 EGStGB angeordnete Rückbewirkung von Rechtsfolgen (»echte« Rückwirkung) ist nicht an

Art. 103 Abs. 2 GG, sondern an dem allgemeinen Rückwirkungsverbot zu messen. Sie ist hier ausnahmsweise zulässig. (amtl. Leitsätze)

BVerfG, Beschl. v. 10.02.2021 – 2 BvL 8/19

Übermäßige Belastung des Verurteilten durch Verfahrenskosten

GG Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1; StPO §§ 464a Abs. 1 S. 1, 459d Abs. 2; StGB § 46 Abs. 2; KostVfG § 10

Eine außergewöhnliche Belastung des Beschuldigten durch die Auferlegung der Verfahrenskosten kann i.R.d. Strafzumessung als Tatfolge gem. § 46 Abs. 2 StGB Berücksichtigung finden. Wird dies versäumt und stehen die Kosten und notwendigen Auslagen außer Verhältnis zur verhängten Strafe, ist die übermäßige Belastung des Verurteilten ggf. durch ein Absehen von der Kostenfestsetzung oder -beitreibung zu vermeiden.

BVerfG, Beschl. v. 28.12.2020 – 2 BvR 211/19 (2. Kammer)*

Aus den Gründen: [1] A. Der Bf., ein RA, wendet sich gegen die Heranziehung zur Tragung von Sachverständigenkosten i.H.v. 30.711 € in einem abgeschlossenen Strafverfahren.

[2] I. 1. Gegen den Bf. wurde durch Strafbefehl des AG Düsseldorf [...] wegen Besitzes kinder- und jugendpornografischer Schriften eine Freiheitsstrafe v. 6 M. festgesetzt, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde. Gem. § 465 StPO hatte der Bf. die Kosten des Verfahrens zu tragen. Die Bewährungszeit betrug 3 J. Dem Bf. wurde u.a. auferlegt, einen Geldbetrag v. 23.400 € in 36 Monatsraten zu zahlen. Der Bf. erfüllte die Auflage. Nach Ablauf der Bewährungszeit wurde die Freiheitsstrafe durch Beschl. des AG v. 29.06.2018 erlassen. [...]

[4] 2. Mit Rechnung v. 06.08.2018 forderte die StA Düsseldorf vom Bf. die Zahlung der Gebühr für das Strafbefehlsverfahren (Nr. 3118 KV GKG) i.H.v. 70 € und einer Sachverständigenvergütung (Nr. 9005 KV GKG) i.H.v. 30.711 €, insgesamt 30.781 €, innerhalb von 2 W.

[5] Der als Sachverständigenvergütung angesetzte Betrag i.H.v. 30.711 € entspricht einer Rechnung der E. GmbH Wirtschaftsprüfungsgesellschaft v. 11.12.2013 an die StA Düsseldorf, die für dort nicht näher beschriebene Tätigkeiten im Ermittlungsverfahren gegen den Bf. einen Zeitaufwand von 300 Std. mit je 85 € (25.500 €) zzgl. Schreib- und Materialkosten i.H.v. 307,56 € und 19 % USt. i.H.v. 4.903,44 €, insgesamt somit 30.711 €, auswies.

[6] 3. Gegen die Rechnung der StA legte der Bf. [...] Erinnerung ein und beantragte die Stundung. [...] Durch Beschl. [...] wies das AG die Erinnerung zurück [...].

[8] 4. Die hiergegen gerichtete Beschwerde verwarf das LG [...] als unbegründet. [...]

[12] **5.** [Auf] [d]en Antrag des Bf., die weitere Beschwerde zuzulassen (§ 66 Abs. 4 GKG), [...] entschied [das LG] [...], dass es bei dem Beschl. zu verbleiben habe. Auf eine Gehörrüge hin setzte das LG das Verfahren [...] fort, ließ allerdings die weitere Beschwerde nicht zu, da die Rechtssache nicht von grundsätzlicher Bedeutung sei. [...]

[32] **B.** [...] **I.** Der Beschl. des LG [...] verstößt gegen den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG).

[33] **1.** Zwar bestehen unter dem Gesichtspunkt der Verhältnismäßigkeit nicht von vornherein Bedenken gegen die strafprozessrechtlichen Kostenregelungen einschließlich des darin verankerten Veranlassungsprinzips (vgl. *BVerfGE* 18, 302 [304]; 31, 137 [139]; *BVerfGK* 8, 285 [292 ff.] m.w.N.). Eine außergewöhnlich hohe Kostenbelastung kann jedoch i.R.d. Strafzumessung als Tatfolge i.S.v. § 46 Abs. 2 StGB berücksichtigt werden (vgl. *BVerfGK* a.a.O. 290, 297; *KMR-StPO/Stöckel*, vor § 464 Rn. 32 [Februar 2007] m.w.N.; *Brunsl/Güntge*, *Das Recht der Strafzumessung*, 3. Aufl. 2019, S. 251).

[34] Wenn im Einzelfall die Höhe der Kosten und Auslagen außer Verhältnis zur verhängten Strafe steht, sodass sich die Auferlegung der Kosten mit Rücksicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Verurt. als übermäßige Belastung erweist, bieten bei Geldstrafen § 459d Abs. 2 StPO, im Jugendstrafverfahren § 74, § 109 Abs. 2 S. 1 JGG sowie allg. § 10 der Kostenverfügung (KostVfG), die landesrechtlichen Vorschriften über die Beitreibung (vorliegend § 123 Abs. 3 des Gesetzes über die Justiz im Land Nordrhein-Westfalen) und § 59 Abs. 1 Nr. 3 der Landeshaushaltsordnung Nordrhein-Westfalen hinreichend Möglichkeit, von der Kostenauflegung oder -beitreibung abzusehen (vgl. *BVerfGK* a.a.O. 290 f., 297 f.).

[35] **2.** Hiernach erweist es sich als unverhältnismäßig (Art. 20 Abs. 3 i.V.m. Art. 2 Abs. 1 GG), dass der Bf. zur Tragung von Verfahrenskosten i.H.v. 30.781 € herangezogen wird, ohne in erkennbarer Weise zu berücksichtigen, dass die Kostenbelastung die vom Bf. bereits erfüllte Geldauflage i.H.v. 23.400 € erheblich übersteigt.

[37] **a)** [...] Die Verfahrenskosten i.H.v. 30.711 € übersteigen die Geldauflage i.H.v. 23.400 € erheblich und gehen in ihrer Belastungswirkung weit darüber hinaus. In diesem Zshg. ist auch zu berücksichtigen, dass dem Bf. nachgelassen worden war, die Geldauflage in 36 Monatsraten zu je 650 € zu erbringen. Mit derselben – offenbar seinen wirtschaftlichen Verhältnissen entspr. – Ratenhöhe müsste der Bf. die Verfahrenskosten in weiteren 48 Monatsraten abzahlen, sodass sich seine Zahlungsverpflichtungen auf insgesamt 7 J. – und damit weit länger als die Bewährungszeit von 3 J. – erstrecken würden.

[38] Bereits das AG hätte daher bei der Bemessung der Geldauflage in den Blick nehmen und ggf. dokumentieren können, ob die Geldauflage auch in Ansehung der diese erheblich übersteigenden Verfahrenskosten eine zumutbare Anforderung an den Bf. stellt (§ 56b Abs. 1 S. 2 StGB). Es bestehen jedoch keine Anhaltspunkte dafür, dass die außergewöhnlich hohe Kostenbelastung im Strafbefehlsverfahren in Erwägung gezogen, geschweige denn berücksichtigt worden wäre. [...]

[40] Der Bf. kann auch nicht darauf verwiesen werden, dass sein Verteidiger i.R.d. Akteneinsicht auf die Rechnung hätte aufmerksam werden können. Denn die allg. Verpflichtung der Gerichte,

die Verhältnismäßigkeit von Zahlungspflichten in den Blick zu nehmen und auch mögliche außergewöhnliche Kostenbelastungen zu berücksichtigen, die außer Verhältnis zur verhängten Strafe stehen könnten (vgl. *BVerfGK* a.a.O. 297 f.), besteht unabhängig von der Frage, ob eine Obliegenheit des verteidigten Angekl. bestand, die Akte auf Rechnungen Dritter zu durchsuchen und deren mögliche kostenrechtliche Einordnung zu überprüfen.

[41] **b)** Da nicht erkennbar ist, dass das AG bei der Bemessung der Geldauflage die spätere erheblich höhere Kostenbelastung berücksichtigt hätte, hätten sich die StA i.R.d. Kostenansatzes, spätestens aber die Gerichte auf die Erinnerung und die Beschwerde des Bf. mit der Frage auseinanderzusetzen müssen, ob von dem Ansatz oder der Einziehung der Kosten – zumindest tlw. – abzusehen ist, um eine in Betracht kommende unverhältnismäßige Belastung des Bf. abzuwenden. Sie haben sich jedoch darauf beschränkt, die einfachrechtlichen Vorschriften über die Kostenberechnung schematisch anzuwenden, ohne sich mit der – vom Bf. ausdrücklich aufgeworfenen – Frage der Verhältnismäßigkeit der Kostenbelastung unter Berücksichtigung der bereits bezahlten Geldauflage auseinanderzusetzen. [...]

[44] **III.** I.Ü. wird die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen.

[45] **1.** Insb. lässt sich kein Verstoß gegen den aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG abgeleiteten Anspruch auf Resozialisierung (vgl. *BVerfGE* 35, 202 [235 f.]; 36, 174 [188]) erkennen.

[46] Ein solcher kommt bei der Auferlegung von Verfahrenskosten in Betracht, wenn weder das vorhandene Vermögen des Verurteilten noch seine derzeitigen oder zukünftigen Einkünfte eine – auch nicht ratenweise – Befriedigung der Verbindlichkeit in absehbarer Zeit erwarten lassen und hierdurch die Wiedereingliederung in die Gesellschaft erschwert wird. Der Resozialisierungsanspruch richtet sich nicht nur darauf, vor schädlichen Auswirkungen des Freiheitsentzugs im Rahmen des Möglichen bewahrt zu werden, sondern zielt außerdem darauf ab, Rahmenbedingungen herzustellen, die einer Bewährung und Wiedereingliederung förderlich sind. Die Erhebung von Kosten beeinträchtigt nicht zwangsläufig die Wiedereingliederung des Verurteilten; es kommt vielmehr auf die konkreten Umstände des Einzelfalls an (vgl. *BVerfGE* 35, 202 [235 f.]; 45, 187 [238 f.]; 64, 261 [272 f.] [= StV 1984, 160]; *BVerfG*, Beschl. v. 17.03.1999 – 2 BvR 2248/98, Rn. 6; *BVerfGK* 8, 285 [288 ff.]).

[47] Derartige Umstände lassen sich dem Beschwerdevorbringen nicht entnehmen. Zum einen ist nicht erkennbar, inwieweit der – zu keinem Zeitpunkt inhaftierte – Bf., der sich als RA mit einem überdurchschnittlichen Einkommen in einer gehobenen sozialen und wirtschaftlichen Stellung befindet, einer Wiedereingliederung in die Gesellschaft bedürfte, zumal das durch den Strafbefehl abgeschlossene Strafverfahren nicht an die Öffentlichkeit gelangt ist. Zum anderen trägt der Bf. nicht substantiiert vor, warum er die – ihn zweifellos erheblich belastende – Kostentragungspflicht nicht zumindest durch Zahlungserleichterungen in zumutbarer Weise aus seinen laufenden Einkünften erfüllen könnte. [...]

Anmerkung: Der vorstehend abgedruckte Beschluss lenkt den Blick auf eine sonst selten thematisierte Frage des Strafverfahrens: das Verhältnis von Sanktion und Kostenfolge. Die in der Entscheidung aufgestellten Maßstäbe sollten Anlass sein, den Verfahrenskosten im Strafverfahren künftig schon zum Zeitpunkt des Urteils stärkere Beachtung zu schenken.

I. Entwicklung der Rechtsprechung. Bereits in einem Beschluss vom 19.01.1965 hat das *BVerfG* festgestellt, dass die für das Kostenrecht zentrale Bestimmung des § 465 Abs. 1 S. 1 StPO mit dem Grundgesetz vereinbar ist.¹ Mit einer denkbar knappen Begründung beschied der *Zweite Senat* eine auf Art. 100 GG gestützte Vorlage des *AG Krefeld*.

Die StA hatte im Ausgangsverfahren beantragt, gegen den Beschuldigten durch Strafbefehl eine Geldstrafe in Höhe von 20 DM festzusetzen, weil er ein Kraftfahrzeug geführt habe, bei dem das zulässige Gesamtgewicht um mehr als 10 Prozent überschritten worden sei. Das *AG* wollte zwar dem Antrag der StA entsprechen, sah aber in Bezug auf die sich daraus ergebende Kostenfolge Art. 3 Abs. 1 GG als verletzt an. Nach der Rspr. des *BVerwG* zum gebührenrechtlichen Äquivalenzprinzip müssten die von einer Behörde verlangten Gebühren in einem angemessenen Verhältnis zu dem Vorteil stehen, den der Bürger durch die Amtshandlung erlange. Im Strafverfahren – so das *AG* – erlange der verurteilte Angeklagte aber durch die Amtshandlung des Richters keine Vorteile.

In einem weiteren Strafbefehlsverfahren wurde die Vereinbarkeit der in § 465 Abs. 1 S. 1 StPO enthaltenen Regelung mit den verfassungsrechtlichen Vorgaben einige Zeit später nochmals bekräftigt.

Das *AG Offenburg*, das eine von der StA im Zusammenhang mit dem Vorwurf des Diebstahls eines Herrenoberhemdes beantragte Strafe für zu hoch hielt und deshalb eine Hauptverhandlung anberaumen musste, sah in der durch § 465 StPO vorgeschriebenen Kostenfolge eine Verletzung von Art. 97 GG.² Auch dies wies das *BVerfG* zurück.

Durch diese Grundsatzentscheidungen, die interessanterweise beide im Vorlageverfahren nach Art. 100 GG ergingen, stand fest, dass der für das Kostenrecht der StPO zentrale Grundsatz, wonach derjenige die Kosten zu tragen hat, der durch sein Handeln (die Straftat) den Anlass für das Verfahren gesetzt hat (»Veranlassungsprinzip«), auch unter der Geltung des Grundgesetzes Bestand hat. In verschiedenen Entscheidungen zu besonderen Konstellationen wurde das später nicht mehr in Frage gestellt.³

In einem Beschluss aus dem Jahr 2006 hat sich dann die *3. Kammer* des *Zweiten Senats* des *BVerfG* grundsätzlich zur Vereinbarkeit der Regelungen des Kostenrechts mit anderen verfassungsrechtlichen Prinzipien geäußert.⁴ Das Verfahren betraf die Auferlegung von Gutachterkosten bei gerichtlichen Entscheidungen über die Fortdauer des Maßregelvollzugs. In ihrer ausführlich begründeten Entscheidung setzte sich die *Kammer* mit den in der Literatur erhobenen Einwänden gegen die Kostentragungspflicht des Verurteilten auseinander.⁵ Im Ergebnis wurden zwar die Grundsätze der früheren Entscheidungen nicht aufgegeben. Die *Kammer* machte aber deutlich, dass der mit Verfassungsrang geltende Verhältnismäßigkeitsgrundsatz und das Resozialisierungsgebot⁶ auch bei der Anwendung der Vorschriften des Kostenrechts zu beachten sind.

II. Zum Beschlussinhalt. Wie der vorstehend abgedruckte Beschluss beispielhaft zeigt, sind die im Zusammenhang mit der Kostentragungspflicht des Verurteilten auftretenden Konstellationen inzwischen von den Bagatellfällen der früheren Entscheidungen weit entfernt. Der in § 465 Abs. 1 S. 1 StPO enthaltene Grundsatz kann dazu führen, dass der Verurteilte nicht nur eine Geldstrafe oder eine Bewährungsaufgabe, sondern daneben auch noch Verfahrenskosten in erheblicher Höhe zu zahlen hat.

Die Ausführungen des *BVerfG* zum Verhältnis zwischen der Höhe der Bewährungsaufgabe und der Höhe der Verfahrens-

kosten (Rn. 35 ff.) machen deutlich, dass dieses Nebeneinander verschiedener Zahlungspflichten frühzeitig beachtet werden muss. Kommt es im Strafverfahren zu einer Verurteilung, dann sind insbesondere bei der Festsetzung finanzieller Sanktionen auch die wirtschaftlichen Folgen zu berücksichtigen, die sich aus den §§ 465 ff. StPO für den Verurteilten ergeben.⁷ Die gesamte wirtschaftliche Last, die aus der Verurteilung folgt, ist am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu messen. Der Beschluss des *BVerfG* könnte (und sollte) daneben auch Konsequenzen für die Ermittlungstätigkeit haben. Ermittlungsbehörden können nicht pauschal davon ausgehen, dass im Falle der Verurteilung unabhängig von der Höhe der Strafe alle für die Staatskasse entstandenen Kosten von dem Beschuldigten zu erstatten sein werden. Das muss vor allem bei der (oft teuren) Beauftragung externer Sachverständiger bedacht werden.

III. Fazit. Der Gedanke, der im Strafverfahren Verurteilte habe für die Kosten aufzukommen, weil sie durch die von ihm verübte Straftat entstanden sind, wird zu Unrecht kaum noch in Frage gestellt.⁸ Zwar ist er nach der Rspr. des *BVerfG* mit dem Grundgesetz vereinbar.⁹ Das heißt aber nur, dass der Gesetzgeber das System des strafprozessrechtlichen Kostenrechts darauf stützen *darfte*. Es heißt nicht, dass er das Kostenrecht hierauf aufbauen *musste*.¹⁰ Und es heißt auch nicht, dass sich das weitere Verfahren nach der Rechtskraft der Kostengrundentscheidung auf die Addition aller im Kostenheft dokumentierten Auslagen und die Beitreibung der sodann festgesetzten Gesamtsumme zu beschränken hat. Auch in diesem Stadium sind noch mit Verfassungsrang geltende Grenzen zu beachten.¹¹

Rechtsanwalt *Jürgen Pauly*, Frankfurt/M.

Verwenden der Symbole einer verbotenen Partei; Hammer und Sichel

StGB §§ 86 Abs. 1, 90a, 303, 304

»Hammer und Sichel« stehen für die Verbundenheit der sog. Arbeiter- und Bauernklasse und beinhalten kein Alleinstellungsmerkmal für die ehemalige KPD.

AG Bremen, Beschl. v. 26.04.2021 – 107 Ds 12/20

1 BVerfGE 18, 302.

2 BVerfGE 31, 137.

3 Vgl. BVerfG EuGRZ 1986, 439; BVerfG, Beschl. v. 04.01.1990 – 2 BvR 1720/89 (Kostentragungspflicht des Verurteilten hinsichtlich der Pflichtverteidigerkosten); BVerfG, Beschl. v. 16.08.1994 – 2 BvR 902/94 = NStE Nr. 20 zu § 473 StPO (Kosten des freigesprochenen Angeklagten durch ein unbegründetes Rechtsmittel des Nebenklägers); BVerfG NStZ-RR 1999, 255 (Kostentragungspflicht des Verurteilten hinsichtlich der Kosten von Untersuchungshaft und einstweiliger Unterbringung); vgl. ferner BVerfGE 85, 134 (143); 98, 169 (203) = StV 1998, 438.

4 BVerfG, Beschl. v. 27.06.2006 – 2 BvR 1392/02 = BVerfGK 8, 285 = JR 2006, 480 m. Anm. *Eisenberg*.

5 Vgl. insbesondere *Hassemer* ZStW 85 (1973), 651.

6 Zur verfassungsrechtlichen Verankerung dieses Gebots: BVerfGE 35, 202 (235); 45, 187 (238); 64, 261 (272) = StV 1984, 160.

7 Hohe Verfahrenskosten können im Rahmen von § 46 Abs. 2 StGB zu berücksichtigen sein, vgl. BVerfG, Beschl. v. 27.06.2006 – 2 BvR 1392/02 = BVerfGK 8, 285 (290).

8 Zur Reformdiskussion vgl. LR-StPO/*Hilger*, 26. Aufl. 2010, Vor § 464 Rn. 25 m.w.N.

9 Vgl. hierzu BVerfG, Beschl. v. 27.06.2006 – 2 BvR 1392/02 = BVerfGK 8, 285 (292 f.).

10 Vgl. zu Änderungsvorschlägen *M. Schmid* ZRP 1981, 209; *Göller* ZRP 1981, 56; *Rieß* ZRP 1977, 77.

11 Zur Bedeutung des § 459d Abs. 2 StPO: BGHSt 31, 244 (246).

Kritisch zu sehen ist, dass im Rahmen der Abwägung über den Inhalt der konkreten Information an die Medien im Einzelfall auch eine Rolle spielen soll, inwieweit die Öffentlichkeit schon aus den Medien über das Verfahren unterrichtet ist. Hier differenziert der *Senat* nicht ausreichend danach, ob die bereits kursierenden Informationen durch die Justiz rechtmäßig oder rechtswidrig erteilt bzw. (von den Medien in Eigenregie) erlangt worden sind. Ein *rechtswidriges* Informations- bzw. Medienverhalten kann niemals ein zulässiger Parameter innerhalb der Entscheidung sein, was an weiteren Informationen durch die Justiz mitzuteilen ist. Gleiches gilt für die vom *Senat* angestellte »Ohnehin-Betrachtung« in Bezug auf bereits der Öffentlichkeit bekannte Verfahrenstatsachen. Sehr wohl berücksichtigungsfähig ist allerdings, ob und in welchem Umfang der Beschuldigte im Rahmen des Strafverfahrens eigeninitiativ den Weg in die Medien zur Darstellung seiner Sicht der Dinge gesucht hat.

Zu Recht streng ist der *Senat* in Bezug auf die »inhaltliche« Mitteilung der fallrelevanten mutmaßlichen Straftat. Gerade bei »medienwirksamen« Delikten ist eine sehr exakte Darstellung des Tatvorwurfs anzumahnen – die Medien sind dann ihrerseits gehalten, diese Information für die breite Öffentlichkeit nicht im Sinne einer besseren Verkäuflichkeit zu »verwässern«; auch für sie gilt das Sachlichkeitsgebot.

Im konkreten Fall hatte sich die PM über die Erhebung der Anklage überdies in einen Widerspruch zum restriktiven Informationsverhalten der Staatsanwaltschaft gesetzt – eine Mahnung an alle justiziellen Stellen, bei paralleler Kompetenz zur Medienauskunft im Vorfeld tunlichst eine Abstimmung herbeizuführen.

Dass für die justizielle Medienarbeit im Internet (Homepage, Newsletter) eine hinreichende Regelung in den Landespresse-/mediengesetzen fehlt, weil hier schon der Kreis potentieller Adressaten die Presse-/Medienvertreter weit übersteigt, macht einmal mehr deutlich, dass die derzeitige Gesetzeslage einer modernen Medienlandschaft und Informationserwartung nicht mehr gerecht wird.

Zu den Modalitäten der *polizeilichen* Medienarbeit in Strafsachen verhält sich der *Senat* naturgemäß nicht; der Streitgegenstand war justiziell gelagert. Den Persönlichkeits- und Verteidigungsrechten des Beschuldigten droht durch eine polizeiliche Medienarbeit gleichwohl die deutlich größere Gefahr. So verspürt die Polizei einen intensiveren Drang zur öffentlichen Darstellung ihrer Arbeit als die Justiz, mit einer allerdings zu konstatierenden Sensibilisierung für die Thematik in jüngerer Zeit. Eine Rolle spielt dabei auch die quantitativ bessere personelle Ausstattung polizeilicher Pressestellen gegenüber jenen der Justiz. Ein wichtiger Punkt bei der ebenfalls gesetzlich zu regelnden polizeilichen Medienarbeit ist, dass die Herausgabe *personenbezogener* Daten jedenfalls im Grundsatz den *justiziellen* Stellen als Aufgabe zugewiesen werden muss.¹²

Ohne Zweifel, die vom *Senat* aufgestellten Grundsätze und Leitlinien verlangen den für die Pressearbeit in der Justiz Verantwortlichen Einiges an verfassungs-, menschen- und medienrechtlicher Expertise, Handlungsgeschick und Sensibilität für den Einzelfall ab. Gerade deshalb muss die Medienarbeit in Strafsachen weiter *professionalisiert* werden. Auch dies belegt das Düsseldorfer Verfahren.

Eine *gesetzliche* Regelung der aufgeworfenen Rechtsfragen ist augenscheinlich überfällig. Der konkrete Zeitpunkt für die Artikulierung einer solchen Forderung könnte besser nicht sein: Nachdem die 92. JuMiKo bereits im Juni 2021 über die Notwendigkeit einer gesetzlichen Regelung beraten hat, wären die im Oktober 2021 anstehenden Koalitionsverhandlungen für die Bildung der nächsten Bundesregierung eine höchst geeignete Plattform, um einen neuen Abschnitt zur justiziellen Medienarbeit in Strafsachen in der StPO als zentrales Element der Justizpolitik für die Jahre 2022–2025 auf den Weg zu bringen.

Prof. Dr. Robert Esser, Passau.

Europäisches und Internationales

Richterliche Unabhängigkeit und Rechtsstaatlichkeit

EUV Art. 2, Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2; GrCh Art. 47 Abs. 2

1. Die Unabhängigkeit der Gerichte gehört zum Wesensgehalt des Rechts auf wirksamen gerichtlichen Rechtsschutz und des Grundrechts auf ein faires Verfahren.

2. Dem Grundrecht auf ein faires Verfahren kommt als Garant für den Schutz sämtlicher dem Einzelnen aus dem Unionsrecht erwachsender Rechte und für die Wahrung der in Art. 2 EUV genannten Werte, die den Mitgliedstaaten gemeinsam sind, unter anderem des Wertes der Rechtsstaatlichkeit, grundlegende Bedeutung zu.

3. Nach dem für einen Rechtsstaat kennzeichnenden Grundsatz der Gewaltenteilung ist die Unabhängigkeit der Gerichte gegenüber der Legislative und der Exekutive zu gewährleisten. Dafür sind die betreffenden Richter vor Interventionen oder Druck von außen, die ihre Unabhängigkeit gefährden könnten, zu schützen.

4. Die nach dem Unionsrecht erforderlichen Garantien der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit setzen voraus, dass es Vorschriften insb. für die Zusammensetzung der Einrichtung, die Ernennung, die Amtsdauer und die Gründe für Enthaltung, Ablehnung und Abberufung ihrer Mitglieder gibt, die es ermöglichen, bei den Rechtsunterworfenen jeden berechtigten Zweifel an der Unempfänglichkeit des Gerichts für äußere Faktoren und an seiner Neutralität in Bezug auf die widerstreitenden Interessen auszuräumen. Diese Vorschriften müssen es insb. ermöglichen, nicht nur jede Form der unmittelbaren Einflussnahme in Form von Weisungen auszuschließen, sondern auch die Formen der mittelbaren Einflussnahme, die zur Steuerung der Entscheidungen der betreffenden Richter geeignet sein könnten.

EuGH, Große Kammer, Urt. v. 02.03.2021 – C-824/18

Anm. d. Red.: Das Urt. ist in einem Vorabentscheidungsverfahren zur ordnungsgemäßen Besetzung polnischer Gerichte ergangen; zur Anwendung des Maßstabs auf Fragen einer persönlichen Haftung eines Richters s. *EuGH StV-S 2021, 98* (in diesem Heft).

¹² Vgl. *Arbeitskreis Strafprozessrecht und Polizeirecht*, in: Zöllner/Esser (Fn. 1), S. 27 (43 [§ 502 Abs. 4 StPO-E], 60 f.).

Richterliche Unabhängigkeit und persönliche Haftung eines Richters

EUV Art. 2, Art. 19 Abs. 1 UAbs. 2; GrCh Art. 47 Abs. 2

Die Geltendmachung der persönlichen Haftung eines Richters wegen eines Justizirrtums im Rahmen einer Regressklage muss auf Ausnahmefälle beschränkt bleiben. Sie muss durch objektive und überprüfbare Kriterien, die sich aus Erfordernissen einer geordneten Rechtspflege ergeben, sowie durch Garantien beschränkt sein, die darauf abzielen, jegliche Gefahr eines Drucks von außen bzgl. des Inhalts gerichtlicher Entscheidungen zu vermeiden.

EuGH, Große Kammer, Urt. v. 18.05.2021 – C-83/19, C-127/19, C-195/19, C-291/19, C-355/19 und C-397/19

Anm. d. Red.: Das Urt. ist in einem Vorabentscheidungsverfahren zur Justizorganisation in Rumänien ergangen. Fortführung und Weiterentwicklung der Maßstäbe zur Gewährleistung richterlicher Unabhängigkeit aus *EuGH StV-S 2021, 97* (in diesem Heft).

Schnittstellen zum Öffentlichen Recht

Ingewahrsamnahme zur Identifizierung

StPO §§ 163b, 163c; PolG NRW §§ 35, 38

Die §§ 163b, 163c StPO regeln die Befugnis zur Identitätsfeststellung zum Zwecke der Strafverfolgung einschließlich damit verbundener Freiheitsentziehung abschließend. Ein Rückgriff auf weiterreichende polizeiliche Ermächtigungen ist nicht möglich. Eine zunächst nach § 163c StPO angeordnete Ingewahrsamnahme kann aber auf polizeigesetzliche Rechtsgrundlagen gestützt werden, wenn sie auch gefahrenabwehrrechtlichen Zwecken dient.

BGH, Beschl. v. 17.12.2020 – 3 ZB 8/19 (LG Mönchengladbach)

Keine anonyme Beschwerde gegen Freiheitsentziehung zur Identitätsfeststellung

StPO §§ 163b, 163c; PolG NRW §§ 35, 38; FamFG § 71

Eine Beschwerde gegen eine gefahrenabwehrrechtliche Freiheitsentziehung ist unzulässig, wenn der Beschwerdeführer dem Gericht namentlich nicht bekannt ist. Dies gilt auch dann, wenn die angegriffene Freiheitsentziehung der Identifizierung des Beschwerdeführers dient.

BGH, Beschl. v. 17.12.2020 – 3 ZB 6/19 (LG Mönchengladbach)

Keine Strafbarkeit einer Rechtsanwältin wegen vermeintlich falscher Angaben im aufenthaltsrechtlichen Verfahren

AufenthG § 95 Abs. 2 Nr. 2

1. Eine Strafbarkeit nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG setzt voraus, dass unrichtige Angaben gemacht werden, um einem anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung

zu verschaffen. Dies ist nur der Fall, wenn die unrichtigen Angaben für die begehrte aufenthaltsrechtliche Entscheidung auch erheblich sind.

2. Die Erteilung der Zustimmung einer Behörde zum Zuzug eines Ausländers in eine andere Gemeinde stellt weder einen Aufenthaltstitel noch eine Duldung dar. Falsche Angaben in diesem Zusammenhang sind nicht nach § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG strafbar.

AG Tiergarten, Beschl. v. 30.03.2021 – 245 Ds 154/20

Aus den Gründen: I. Die StA Berlin wirft der Angesch. [einer RAin] mit Anklageschrift v. 06.11.2020 vor, sich gem. § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG strafbar gemacht zu haben, indem sie unrichtige Angaben gemacht habe, um für einen anderen einen Aufenthaltstitel oder eine Duldung [zu beschaffen]. Die Anklage lautet wie folgt: »Die Angesch. stellte am 28.08.2019 von ihrem Kanzleisitz aus [...] einen Antrag bei der Kreisverwaltung [...] auf Duldung ihres Mandanten. Diesem Antrag fügte sie eine Kopie eines Antrages an [die] Ausländerbehörde [...] an, mit dem sie die Zustimmung der Behörde zum Zuzug des Mandanten nach Berlin begehrte. In diesem Antrag gab die Angesch. wissentlich falsch an, dass der Mandant seit dem rechtskräftigen Abschluss des Asylverfahrens geduldet wird. Das *VG Trier* [...] hatte am 10.04.2019 – rechtskräftig seit dem 13.06.2019 – entschieden, dass der Mandant keine Asylenerkennung oder subsidiären Schutz erhält. Ferner gab die Angesch. an, dass der Mandant bei der afghanischen Botschaft für sich bereits einen Pass beantragt habe. Dies traf indes ebenfalls nicht zu, wie die Angesch. wusste. Diese Falschangaben tätigte die Angesch., um ihrem Mandanten eine Duldung zu verschaffen.«

II. Die Eröffnung des Hauptverfahrens und die Zulassung der Anklage war nach § 204 StPO abzulehnen, da ein hinreichender Tatverdacht gegen [die Angesch.] aus rechtlichen Gründen nicht besteht. Hinreichender Tatverdacht ist dann zu bejahen, wenn die (allein) nach Maßgabe des Akteninhaltes (vgl. *BayObLG NStZ* 1983, 123) vorläufige Tatwertung ergibt, dass die Verurteilung der Angesch. wahrscheinlich ist (vgl. *BGHSt* 23, 304 [306]). Die Wahrscheinlichkeit muss so groß sein, dass etwaige letzte Zweifel nur durch das Gericht in der Hauptverhandlung entschieden werden können. Das Gericht ist dabei gehalten, seine Beurteilung einerseits aufgrund des gesamten Ermittlungsergebnisses vorzunehmen, andererseits aber auch die besseren Aufklärungsmöglichkeiten in der Hauptverhandlung in Rechnung zu stellen (vgl. *KG, Beschl. v. 01.12.1999 – 5 Ws 672/99, juris*). Wenn bei Anwendung dieser Maßstäbe bereits aufgrund des Akteninhaltes der Freispruch der Angesch. wahrscheinlicher ist als [ihre] Verurteilung, ist das Hauptverfahren nicht zu eröffnen.

Das von der StA angeklagte Verhalten der [Angesch.] stellt keinen Verstoß gegen § 95 Abs. 2 Nr. 2 AufenthG dar. Bereits aus der Anklage [...] geht hervor, dass die angeblich falschen Angaben nicht i.R.e. Beantragung einer Duldung für den Mandanten der Angesch. durch diese erfolgt sind, sondern i.R.e. Antrags auf Zustimmung der Behörde zum Zuzug des Mandanten nach Berlin. Zwar war dieser Antrag dem Antrag auf Duldung v. 28.08.2019 als Anlage beigefügt. Eine Duldung kann einem Ausländer jedoch nur dann erteilt werden, wenn dringende humanitäre oder persönliche Gründe oder erhebliche öffentliche Interessen seine vorübergehende weitere Anwesenheit im Bundesgebiet erfordern, § 60a Abs. 2 S. 3 AufenthG. Im vorliegenden Fall erschließt sich nicht, welche Relevanz die der Angesch. vorgeworfenen Falschangaben, der

der öffentlichen Sicherheit und Ordnung gerechtfertigt sein können, sie aber nur in schonender Weise und nicht routinemäßig, unabhängig von den konkreten Umständen des Einzelfalles, durchgeführt werden dürfen. Vielmehr sind alle Umstände des Einzelfalles abzuwägen. Auch ist der bloße Umstand, dass Verwaltungsabläufe sich ohne eingriffsvermeidende Rücksichtnahme einfacher gestalten, hinsichtlich der Anordnung von Durchsuchungen, die den Intimbereich und das Schamgefühl berühren, danach noch weniger als in anderen, weniger sensiblen Bereichen geeignet, den Verzicht auf solche Rücksichtnahmen zu rechtfertigen (*BVerfG*, Beschl. v. 10.07.2013 – 2 BvR 2815/11, juris, Rn. 16 f. [= StV 2014, 352] zur Durchsuchung von Gefangenen unter Verweis auf die Rspr. des *EGMR* und Beschl. v. 04.02.2009 – 2 BvR 455/08, juris, Rn. 27 [= StV 2009, 253] zur Durchsuchung von U-Gefangenen und *LG Lüneburg*, Beschl. v. 19.04.2005 – 10 T 56/04, juris, Rn. 13 f.)

So hat das *BVerfG* im Beschl. v. 04.02.2009 ausgeführt, dass bei Personen, die in U-Haft verbracht werden, Umstände vorliegen können, die den Verdacht, der oder die Betr. könne zum Zweck des Einschmuggelns in die Haftanstalt Drogen oder andere gefährliche Gegenstände in Körperöffnungen des Intimbereichs versteckt haben, als derart fernliegend erscheinen lassen, dass hierauf gerichtete Untersuchungen, die mit einer Inspektion von Körperöffnungen verbunden sind, sich als nicht mehr verhältnismäßig erweisen. Denn ein solch schwerwiegender Eingriff in die Intimsphäre ist nur zulässig bei fallbezogenen Verdachtsgründen. Fallbezogene Verdachtsgründe sind vorliegend nicht ersichtlich. Die von den eingesetzten SEK-Beamten und der Bekl. genannten Gefahrenmomente sind allg. gehalten und nicht ansatzweise geeignet, ein vollständiges Entkleiden des Kl. zu rechtfertigen. So haben diese auch auf Nachfrage keinen einzigen Beweis oder auch nur ein Indiz dafür liefern können, dass der Kl., der am 21.04.2017 von der JVA Wolfenbüttel zum *LG Braunschweig* verbracht und die ganze Zeit ausschließlich Kontakt zu seinen Verteidigern und Justizbediensteten hatte, an oder in seinem Körper Gegenstände bei sich führte, mit denen er sich oder die eingesetzten Beamten hätte verletzen können.

Dass die körperliche Durchsuchung des Kl. nicht verhältnismäßig war, ergibt sich nach Auffassung der *Kammer* darüber hinaus aus dem Umfang der Sicherheitsmaßnahmen der Justizbehörden an den übrigen Verhandlungstagen:

In den 4 Folgeterminen nach dem 21.04.2017 wurde das SEK nicht eingesetzt. Dass das zunächst angenommene Befreiungsrisiko zu diesen Zeitpunkten entfallen war, hat die Bekl. noch nicht einmal behauptet, sondern lediglich eine nicht näher erläuterte »Neubewertung und Entscheidung« angeführt. Diese Einschätzung beruht offensichtlich auf dem Beschluss des *LG Braunschweig* v. 04.05.2017, der eine Sicherheitsbegleitung des Kl. durch das SEK zu den nachfolgenden Verhandlungstagen des *LG* allerdings nicht schlechterdings untersagte, sondern den beteiligten Behörden lediglich aufgab, das vollständige Entkleiden des Kl. und die Untersuchung sämtlicher Körperöffnungen, nachdem er lediglich Kontakt zu Sicherheitspersonal und seinen Verteidigern hatte, zu unterlassen. Nach allem konnten die Behörden dem *Gericht* keinen nachvollziehbaren Grund dafür nennen, warum der Kl. nur am 21.04.2017 vom SEK vom *LG Braunschweig* zur JVA Wolfenbüttel begleitet wurde, nicht aber zu den Folgeterminen. Angesichts der mit

der Durchführung der Maßnahme verbundenen Eingriffe in die Persönlichkeitsrechte des Kl. stellt sich das vollständige Entkleiden des Kl. durch das SEK für die *Kammer* als unverhältnismäßig dar.

2. Unzulässige Eingriffe in das allg. Persönlichkeitsrecht des Kl. waren darüber hinaus das auf die Ermächtigungsgrundlage der Generalklausel nach § 11 Nds. SOG gestützte Überstreifen eines Spuckschutzes, das Aufsetzen einer Schlafbrille und des Gehörschutzes. Zwar bestand die allg. Fluchtgefahr, als milderes Mittel wird aber eine Fesselung an Händen und Beinen, zusammen mit der Fixierung durch einen Feuerwehrgurt als ausreichend angesehen. Die weitergehenden Eingriffe sind deshalb unter Würdigung der Rspr. des *BVerfG* a.a.O. nicht mehr verhältnismäßig.

3. Keine Bedenken hat die *Kammer* lediglich, dass der Kl. vor dem Transport (bekleidet) durchsucht und während des Transports an Händen und Füßen gefesselt wurde und die Fesseln mit einem Feuerwehrgurt am Körper fixiert wurden.

Da der Kl. sich aufgrund des gegen ihn erlassenen Haftbefehls in Haft befand und demzufolge festgehalten werden durfte, konnte er gem. § 22 Abs. 1 Nr. 1 Nds. SOG durchsucht werden. Auch die Fesselung des Kl. an Händen und Füßen mit Fixierung an einen Feuerwehrgürtel war nach § 75 Nr. 2 Nds. SOG gerechtfertigt. Danach darf eine Person, die nach dem Nds. SOG oder anderen Rechtsvorschriften festgehalten wird, gefesselt werden, wenn Tatsachen die Annahme rechtfertigen, dass sie fliehen wird oder befreit werden soll. Angesichts der Schwere des Tatvorwurfs gegen den Kl. und der zu erwartenden Strafe war eine Fesselung wegen der allg. Fluchtgefahr erforderlich und verhältnismäßig i.S.d. § 4 Nds. SOG, um Gefahren abzuwenden. Insoweit war die Klage deshalb abzuweisen. [...]

Mitgeteilt von RA *Werner Siebers*, Braunschweig.

Strafrecht und Digitalisierung

Vertraulichkeit von Anwaltskorrespondenz bei digital-forensischer Auswertung eines Smartphones

EMRK Art. 8; StPO § 110

Die Vertraulichkeit von Anwaltskorrespondenz ist bei digital-forensischer Auswertung eines Smartphones durch klare, konkret auf den Schutz des Anwaltsprivilegs ausgerichtete und gesetzlich fundierte Prozeduren zu gewährleisten.

EGMR, 5. Sektion, Ur. v. 17.12.2020 – 459/18 (Saber / Norwegen)

Aus den Gründen: [1] Die Beschwerde betrifft das Vorbringen des Bf., dass das Verfahren in Bezug auf die Durchsuchung und Beschlagnahme von Daten seines Smartphones, welches Zugriff auf Korrespondenz zwischen ihm und seinen Verteidigern ermöglichte, einen Verstoß gegen Art. 6 und 8 EMRK darstellte. [...]

[5] Im Zshg. mit einem strafrechtlichen Ermittlungsverfahren gegen zwei Personen wegen u.a. der Verabredung zur Ermordung des Bf.

[...] wurde das Smartphone des Bf. am 23.11.2015 durch die Polizei beschlagnahmt. Eine Spiegelung des Telefons wurde vorgenommen, da die Polizei es im Hinblick auf mögliche Konflikte zwischen den Besch. und dem Bf. durchsuchen wollte. Das Telefon wurde dem Bf. zurückgegeben. Bei der Beschlagnahme des Telefons gab der Bf. an, dass dieses Korrespondenz mit zwei Verteidigern enthalte, die ihn in einem anderen Verfahren, in dem er als Besch. geführt werde, verteidigten. [...]

[48] Der *Gerichtshof* stellt zunächst fest, dass es zwischen den Parteien unbestritten ist, dass die Durchsuchung des Smartphones des Bf. und/oder dessen Spiegelung einen Eingriff in sein Recht auf Vertraulichkeit der Korrespondenz gem. Art. 8 Abs. 1 EMRK darstellt [...].

[49] In Bezug auf die Frage, ob der Eingriff im Einklang mit dem zweiten Abs. dieser Bestimmung erfolgte, stellt der *Gerichtshof* fest, dass die Entscheidungen über die Durchsuchung als solche und schließlich jegliche Beschlagnahme von Daten aus dem Smartphone des Bf. eine formelle Grundlage im Recht hatten [...]. Soweit dargelegt wurde, dass Zugriff auf die Korrespondenz zwischen dem Bf. und seinen Verteidigern über die Spiegelung seines Smartphones erlangt werden konnte, ist der Knackpunkt des Falles jedoch, ob das betr. Recht ausreichende Qualität aufwies und hinreichende Schutzvorkehrungen vorsah, um zu gewährleisten, dass das Anwaltsprivileg (*legal professional privilege*) durch das Verfahren der Durchsuchung und Beschlagnahme nicht beeinträchtigt wurde. [...]

[55] Erstens nimmt der *Gerichtshof* den Umstand zu Kenntnis, dass die [norwegische] StPO keine klare Grundlage zu Verfahren der Ausfilterung von [dem Anwaltsprivileg unterliegenden Daten] in Fällen wie dem vorliegenden enthielt, was Streitigkeiten hervorzurufen geeignet war [...]. Zweitens war die tatsächliche Ausgestaltung des Verfahrens für den Bf. kaum vorhersehbar [...].

[57] [...] Der *Gerichtshof* hat keine Grundlage, um darüber zu entscheiden, ob das Anwaltsprivileg im Fall des Bf. konkret verletzt wurde oder nicht; auch hat der Bf. dies nicht behauptet. Nach Ansicht des *Gerichtshofs* ist die fehlende Vorhersehbarkeit im konkreten Fall, in Anbetracht der fehlenden Klarheit des rechtlichen Rahmens und des Fehlens prozeduraler, konkret auf den Schutz des Anwaltsprivilegs ausgerichteter Garantien, unvereinbar mit den Erfordernissen der Voraussetzung, dass der Eingriff i.S.d. Art. 8 Abs. 2 EMRK »gesetzlich vorgesehen« sein muss. [...]

Anmerkung: Die Verurteilung des Königreichs Norwegen durch den *EGMR* mit Urteil vom 17.12.2020 – 459/18 wegen der Verletzung von Art. 8 EMRK dürfte der deutsche Gesetzgeber aufmerksam verfolgt haben. Jedenfalls sollte er dies tun. Denn das Urteil behandelt mit der Frage der »richtigen« Art und Weise der Durchsicht von Daten ein praxisrelevantes Thema, das in Deutschland allenfalls oberflächlich einer gesetzlichen Regelung zugeführt wurde.

I. Hintergrund der Entscheidung. Der Sachverhalt, über den der *EGMR* zu entscheiden hatte, hätte sich so oder ähnlich ohne Weiteres auch in Deutschland ereignen können.

Die Polizei beschlagnahmte das Smartphone des Bf., der in dem konkreten Ermittlungsverfahren Zeuge war. Anschließend spiegelte die Polizei die auf dem Smartphone befindli-

chen Daten zur weiteren Durchsicht und gab das Smartphone an den Bf. heraus. Der Bf., gegen den in anderer Sache selbst ein Strafverfahren geführt wurde und der über den ihn betreffenden Tatvorwurf über sein Smartphone mit seinen Anwälten kommuniziert hatte, wies die Polizeibeamten auf diesen Umstand hin. Die norwegische Strafprozessordnung sieht vor, dass die Korrespondenz zwischen einem Mandanten und seinen Anwälten beschlagnahmefrei ist. In dem vom *EGMR* entschiedenen Fall riefen die Ermittlungsbehörden daher vor der Durchsicht der Datenkopie das zuständige Gericht in Oslo (*Oslo City Court*) an und baten um Instruktionen zum weiteren Verfahrensgang. Die Ermittlungsbehörden gingen davon aus, dass das Gericht die zuständige Stelle zur Aussonderung der geschützten Kommunikation sei. Der *Oslo City Court* ordnete an, dass die Ermittlungsbehörden Stichwörter verwenden müssen, um die Korrespondenz zwischen dem Bf. und seinen Anwälten herauszufiltern. Der Vorgang sollte durch einen nicht mit den Ermittlungen beauftragten technischen Sachverständigen der Osloer Polizei beaufsichtigt werden. Der Bf. stellte einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung darüber, wie der Schutz der Kommunikation gewährleistet werden solle und verwies auf eine mögliche Verletzung von Art. 8 EMRK. Der darauffolgende Vorschlag des *Oslo City Court*, bei der Aussonderung einen externen Sachverständigen zu verwenden, wurde seitens der Polizei zurückgewiesen, weil in diesem Fall eine Beeinträchtigung der Beweismittel zu befürchten sei. Nachdem zwischenzeitlich ein Urteil des norwegischen *Supreme Court*, des Obersten Gerichtshofs, ergangen war, in dem dieser feststellte, dass es die primäre Aufgabe der Polizeibehörde sei, geschützte Kommunikation vor Erstellung der Datenkopie und der Durchsuchung auszufiltern, gab der *Oslo City Court* der Polizeibehörde die Datenkopie zur eigenhändigen Durchsicht heraus. Die hiergegen gerichteten Rechtsmittel des Bf. vor den nationalen Gerichten blieben erfolglos. Der Bf. wandte sich daraufhin an den *EGMR* und machte insbesondere eine Verletzung von Art. 8 EMRK geltend.

II. Zum Inhalt der Entscheidung. Der *EGMR* entschied, dass das Königreich Norwegen den Beschwerdeführer in seinem Recht auf Achtung des Privat- und Familienlebens aus Art. 8 EMRK verletzt hat.

Die Verletzung von Art. 8 EMRK folge aus dem Umstand, dass in der norwegischen Strafprozessordnung keine klare Rechtsgrundlage für das Verfahren zur Filterung privilegierter Korrespondenz existiere.¹ Die Art und Weise des Verfahrens sei für den Bf. auch deshalb kaum vorhersehbar gewesen, weil es nach einer Entscheidung des norwegischen *Supreme Court* faktisch neu organisiert worden sei. Schließlich habe die norwegische Regierung die Behauptung des Bf. nicht widerlegen können, dass keine klaren und spezifischen Verfahrensgarantien vorhanden seien, um zu verhindern, dass privilegierte Anwaltskorrespondenz durch die Durchsicht der Daten gefährdet würde. Der Straßburger *Gerichtshof* kam vor diesem Hintergrund zu dem Ergebnis, dass Art. 8 EMRK schon aufgrund der fehlenden Vorhersehbarkeit für den Betroffenen verletzt sei. Die fehlende Vorhersehbarkeit folge aus der mangelnden Klarheit des rechtlichen Rahmens und

¹ *EGMR*, Ur. v. 17.12.2020 – Nr. 459/18 (Saber ./ Norwegen), StV-S 2021, 104 (vorstehend), Rn. 55.

dem Fehlen von Verfahrensgarantien, die sich konkret auf den Schutz privilegierter Anwaltskorrespondenz beziehen.²

III. Konsequenzen für das deutsche Verfahrensrecht. Das Urteil der *Fünften Sektion* des *EGMR* ist geeignet, Einfluss auf das deutsche Strafverfahrensrecht zu nehmen.

1. Die Durchsicht von Daten wird in Deutschland durch § 110 StPO geregelt. Danach steht die Durchsicht der Papiere des von der Durchsichtung Betroffenen der Staatsanwaltschaft und auf deren Anordnung ihren Ermittlungspersonen zu, § 110 Abs. 1 StPO. Schon die in der Norm verwendeten Begrifflichkeiten offenbaren, dass es sich bei § 110 StPO um eine antiquierte Vorschrift handelt. Denn dort war bis vor kurzem nicht etwa von Daten, sondern von Papieren die Rede. Zwar ist mittlerweile anerkannt, dass § 110 Abs. 1 StPO auch eine Rechtsgrundlage zur Durchsicht von Daten darstellt;³ seit 01.07.2021 ist dies in Abs. 3 S. 1 auch gesetzlich klargestellt. Betrachtet man die Vorschrift aus der vom *EGMR* eingenommenen Perspektive der Vorhersehbarkeit für den Betroffenen, war die fehlende Nennung von Daten in der Eingriffsbefugnis aber jedenfalls nicht unproblematisch.

Doch selbst in Kenntnis dessen, dass § 110 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 StPO auch die Durchsicht von Daten erlaubt, bleiben viele Fragen zum Verfahren der Datendurchsicht, die das Gesetz unbeantwortet lässt. Denn § 110 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 StPO regelt lediglich, dass eine Durchsicht von Papieren und Daten durch die Staatsanwaltschaft als »Herrin des Verfahrens« erfolgen darf. Auf welche Art und Weise dies geschehen muss, regelt § 110 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 StPO – mit Ausnahme der personellen Zuständigkeit der Staatsanwaltschaft – dagegen nicht. In welchem Umfang die inhaltliche Durchsicht notwendig ist, wie sie im Einzelnen gestaltet wird und wann sie zu beenden ist, soll vielmehr die Staatsanwaltschaft entscheiden dürfen, der ein gewisser Ermessensspielraum innerhalb der insbesondere durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz gesetzten rechtlichen Grenzen zuzubilligen sei.⁴ Das Fehlen eines normativen Anknüpfungspunkts ist insbesondere in Fällen wie dem vorliegenden problematisch, in denen Anhaltspunkte dafür bestehen, dass sich in den auszuwertenden Daten vertrauliche Anwaltskorrespondenz befindet. Auch § 97 StPO, der die Beschlagnahmefreiheit bestimmter Mitteilungen, Aufzeichnungen oder Gegenstände aus einer Vertraulichkeitsbeziehung i.S.d. § 53 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 bis 3b StPO festschreibt, bietet im Hinblick auf die Frage, wie der Schutz der Vertraulichkeitsbeziehung durch das Verfahren sichergestellt wird, kaum Anhaltspunkte.

2. Die mangelhafte gesetzliche Ausgestaltung des Verfahrens hat in der Praxis bereits zu erheblichen Unklarheiten und Streitigkeiten geführt, die durch die Rechtsprechung allenfalls teilweise ausgeräumt werden konnten.

a) Ein erster Konflikt entspann sich bereits über die Frage, ob Daten als unkörperliche Gegenstände überhaupt beschlagnahmefähig sind. Denn den Behörden geht es regelmäßig nicht um den körperlichen Gegenstand des Datenmassenspeichers, sondern um die darauf befindlichen unkörperlichen Daten. Die Maßnahmen der Sicherstellung und Beschlagnahme beziehen sich jedoch nur auf »Gegenstände«. Das *BVerfG* schaffte hier Abhilfe und entschied mit Beschluss vom 12.04.2005 – 2 BvR 1027/02 (StV 2005, 363) unter Hinweis auf die in den §§ 98a ff. StPO zum Ausdruck kommenden gesetzgeberischen

Wertungen, dass auch unkörperliche Gegenstände beschlagnahmt werden können.⁵

b) Während sich der Streit um die Beschlagnahmefähigkeit von Daten ebenfalls auf das »ob« der Anordnung der Maßnahme bezog und sich zudem am Begriff des »Gegenstands« i.S.d. §§ 94 ff. StPO entfachte, gibt es für die Streitpunkte im Zusammenhang mit der Durchführung der Durchsicht bereits keinen vergleichbaren normativen Anknüpfungspunkt. Wesentliche Fragen zur Art und Weise der Datendurchsicht wurden daher anhand des allgemeinen Verhältnismäßigkeitsprinzips durch das *BVerfG* beantwortet oder zu beantworten versucht. Denn die vom *BVerfG* in seinem in StV 2005, 363 veröffentlichten, wegweisenden Beschluss vom 12.04.2005 – 2 BvR 1027/02 – aufgestellten und im Wesentlichen aus dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hergeleiteten Maßstäbe zur Durchsicht von Daten haben kaum allgemeinverbindlichen Charakter. Vielmehr betont das *BVerfG*, dass dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz bei der Durchsichtung, Sicherstellung und Beschlagnahme von Datenträgern und den darauf vorhandenen Daten »in vielfältiger Weise« Rechnung getragen werden könne.⁶ Entsprechend unverbindlich formuliert das *BVerfG* in der Folge mögliche Vorgehensweisen bei der Durchsicht von Daten:

- So müsse die Gewinnung überschießender und vertraulicher, für das Verfahren aber bedeutungsloser Informationen »im Rahmen des Vertretbaren« vermieden werden. Das *BVerfG* stellt in der Folge zumindest fest, dass die Möglichkeit einer Trennung der potenziell erheblichen von den restlichen Daten von Verfassungen wegen zu prüfen sei, soweit eine Unterscheidung der Daten nach ihrer potenziellen Verfahrenserheblichkeit vorgenommen werden könne. In Betracht komme hierbei neben dem Erstellen einer (Teil-)Kopie hinsichtlich der verfahrenserheblichen Daten das Löschen oder die Herausgabe der für das Verfahren irrelevanten Daten.⁷
- Bei der besonders praxisrelevanten Frage, ob und nach welchen Kriterien die Daten mit Hilfe von Suchbegriffen durchsucht werden dürfen, bleibt das *BVerfG* dagegen vage. Hierzu heißt es lediglich, dass »je nach den Umständen des Einzelfalls« für die Begrenzung des Zugriffs unterschiedliche, miteinander kombinierbare Möglichkeiten der materiellen Datenzuordnung in Betracht gezogen werden können. Eine Zuordnung der Daten nach ihrer Verfahrenserheblichkeit könne »unter Umständen« auch mit Hilfe geeigneter Suchbegriffe oder Suchprogramme gelingen.⁸
- Auch die Frage, ob gelöschte Daten durch die Ermittlungsbehörden wiederhergestellt werden dürfen, wird allenfalls oberflächlich behandelt. Die wegen der technischen Besonderheiten der elektronischen Datenverarbeitung bestehende Problematik der Sichtbarmachung und Wiederherstellung verschleierte, vermischter, verschlüsselter oder gelöschter Daten dürfe nicht außer Betracht bleiben.⁹

2 EGMR (Fn. 1), Rn. 57.

3 BVerfG NJW 2005, 1917 = StV 2005, 363; BGH NStZ 2003, 670 (671); KK-StPO/Bruns, 8. Aufl. 2019, § 110 Rn. 2; MüKo-StPO/Hauschild, 2014, § 110 Rn. 6.

4 BVerfG NJW 2002, 1410 (1411); BGH NJW 1995, 3397 = StV 1995, 622.

5 BVerfG StV 2005, 363.

6 BVerfG StV 2005, 363.

7 BVerfG StV 2005, 363.

8 BVerfG StV 2005, 363.

9 BVerfG StV 2005, 363.

Die sich aufdrängende Frage, ob eine Wiederherstellung gelöschter Daten semantisch überhaupt von der durch § 110 Abs. 1, Abs. 3 S. 1 StPO erlaubten Maßnahme der »Durchsicht« erfasst wird, bleibt unbeantwortet. Dies ist nicht unproblematisch, weil eine solche Datenproduktion jedenfalls im Zusammenhang mit der Online-Durchsuchung – soweit ersichtlich – einhellig abgelehnt wird.¹⁰

- Hinsichtlich der *Dauer der Durchsicht* fehlen ebenfalls klare Regelungen. So entschied der BGH zwar, dass der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit verlange, dass die Durchsicht zügig durchgeführt werde, so dass abhängig von der Menge des vorläufig sichergestellten Materials und der Schwierigkeit seiner Auswertung »in angemessener Zeit« zu einem Ergebnis zu gelangen sei, was als potenziell beweisheblich dem Gericht zur Beschlagnahme angetragen und was an den Beschuldigten herausgegeben werden solle.¹¹ Die zur zeitlichen Geltung von Durchsuchungsbeschlüssen aufgestellten Grundsätze des BVerfG, wonach der Durchsuchungsbeschluss seine rechtfertigende Kraft spätestens nach Ablauf eines halben Jahres verliere, sei auf die Phase der Durchsicht von Unterlagen nach § 110 StPO indes nicht übertragbar, weil es in dieser Phase nicht zu einem Eingriff in den Schutzbereich des Art. 13 GG komme.¹²

Auch der hiesige Fall, in dem Anhaltspunkte dafür bestehen, dass die Daten vertrauliche Verteidigerkorrespondenz enthalten, wurde bereits vom BVerfG entschieden. Bestehen Anhaltspunkte dafür, dass die den Strafverfolgungsbehörden vorliegenden Daten Korrespondenz aus einem *Vertraulichkeitsverhältnis* – etwa zwischen Anwalt und Mandant – beinhalten, führe dies nur dann dazu, dass die Daten sofort und ungelesen an den Betroffenen herausgegeben werden müssen, wenn die Beschlagnahmefreiheit offensichtlich sei; andernfalls sei bereits aufgrund der tatsächlichen Umstände eine Durchsicht geboten.¹³ Unklar bleibt danach, wie sichergestellt werden soll, dass z.B. als Verteidigerkorrespondenz erkannte Daten tatsächlich nicht gelesen werden. Zwar betont das BVerfG, dass unzulässige Eingriffe in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch eine angemessene Verfahrensgestaltung wirksam zu verhindern seien. Als solche Verfahrensgarantien nennt es Aufklärungs-, Auskunfts- und Löschungspflichten¹⁴ sowie Verwertungsverbote.¹⁵ So gebiete etwa der begrenzte Zweck der Datenerhebung jedenfalls grundsätzlich die Löschung aller nicht zur Zweckerreichung erforderlichen kopierten Daten. Wie ein Missbrauch des Durchsichtsrechts dadurch verhindert werden soll, ergibt sich aus diesen Vorgaben indes nicht. Besorgniserregend ist in diesem Zusammenhang, dass das ursprünglich geregelte Anwesenheitsrecht des Inhabers der durchzusehenden Papiere und Daten durch das 1. Justizmodernisierungsgesetz vom 24.08.2004 (BGBl I, 2198) – ohne Begründung – ersatzlos gestrichen wurde. Dass es nach Auffassung des BVerfG gleichwohl zur Sicherung der Verhältnismäßigkeit des Eingriffs im Einzelfall geboten sein kann, den Inhaber des jeweiligen Datenbestands in die Prüfung der Verfahrenserheblichkeit sichergestellter Daten einzubeziehen,¹⁶ bleibt in der Praxis weitestgehend unberücksichtigt.

IV. Fazit. Auch wenn das deutsche Strafverfahrensrecht grundsätzlich wesentliche Verfahrensgarantien zum Schutz des Betroffenen und der Vertraulichkeitsbeziehungen vorsieht und die Rechtsprechung bereits einige grundlegende Maßstäbe für eine rechtsstaatliche Datendurchsicht aufgestellt hat, bleiben

wesentliche Fragen zur Art und Weise einer rechtmäßigen Datendurchsicht unbeantwortet. Die antiquierte Vorschrift des § 110 Abs. 1 StPO bietet unbeschadet der kürzlich eingeführten Vorschrift des § 110 Abs. 3 S. 1 StPO dem Rechtsanwender kaum eine Hilfestellung bei der Beantwortung der Frage, wie eine rechtmäßige Datendurchsicht durchzuführen und – aus Sicht der Verteidigung – durchzusetzen ist. Die vom BVerfG aufgestellten Maßstäbe bilden zwar eine wesentliche Orientierungshilfe für den Rechtsanwender. Bei vielen der vom BVerfG genannten Verfahrensschritte bei der Durchsicht von Daten handelt es sich jedoch lediglich um – so scheint es – unverbindliche und vom Einzelfall abhängige Handlungsempfehlungen ohne allgemeinverbindlichen Charakter. Zudem werden die vom BVerfG postulierten Verfahrensanforderungen im Wesentlichen aus dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz hergeleitet. Vor dem Hintergrund des vom EGMR in den Mittelpunkt gerückten Maßstabs der Vorhersehbarkeit für den Betroffenen und dem allgemeinen Erfordernis klarer Regeln sowie der erheblichen Eingriffsintensität der Maßnahme sollte der deutsche Gesetzgeber die Entscheidung des EGMR zum Anlass nehmen, um das Verfahren zur Durchsicht von Daten umfassend in einem Parlamentsgesetz zu regeln. Der Dank der Strafverteidigung wäre dem Gesetzgeber ebenso sicher wie der Dank der Staatsanwaltschaften und Gerichte.

Rechtsanwalt Dr. *Andreas Grözinger*, Köln.

Online-Wache, Schriftform des Strafantrags

StPO § 158 Abs. 2

Ein über eine sog. Online-Wache gestellter Strafantrag erfüllt nicht das Schriftformerfordernis und ist unwirksam.

AG Auerbach, Beschl. v. 26.02.2021 – 3 Cs 500 Js 24368/20

Recht der Strafverteidigung; Kosten- und Gebührenrecht

Aufhebung der Pflichtverteidigerbestellung

StPO § 143 Abs. 2 S. 1

Fallen die Voraussetzungen der Pflichtverteidigerbestellung nachträglich weg, kann gleichwohl die Fortdauer der Bestellung gerechtfertigt sein.

KG, Beschl. v. 15.05.2020 – 5 Ws 65/20

¹⁰ *Singelstein*, Hacken zur Strafverfolgung? Gefahren und Grenzen der strafprozessualen Online-Durchsuchung (02.07.2017), <https://verfassungsblog.de/hacken-zur-strafverfolgung-gefahren-und-grenzen-der-strafprozessualen-online-durchsuchung> (URL zuletzt abgerufen am 21.03.2021); KK-StPO/*Bruns* (Fn. 3), §100b Rn. 5; *Singelstein/Derin* NJW 2017, 2646 (2647); *Roggan* StV 2017, 821 (826).

¹¹ BGH NSz 2003, 670.

¹² BVerfG NJW 2002, 1410 (1411).

¹³ BVerfG NJW 2002, 1410.

¹⁴ Vgl. hierzu *Basari/Hieramente* NSz 2018, 681.

¹⁵ BVerfG StV 2005, 363.

¹⁶ BVerfG StV 2005, 363.

Aus den Gründen: Die Aufhebung der Bestellung nach § 143 Abs. 2 S. 1 StPO steht im Ermessen des Gerichts. Dem liegt nach der Vorstellung des Gesetzgebers zugrunde, dass Aspekte des Vertrauensschutzes trotz Wegfalls der Voraussetzungen einer Pflichtverteidigerbestellung die Fortdauer der Beordnung rechtfertigen können (vgl. BT-Drs. 19/13829, 45). Dies kann etwa dann der Fall sein, wenn der Besch. aufgrund der bisherigen Unterstützung durch seinen Pflichtverteidiger hierauf auch weiterhin angewiesen ist (vgl. SSW-StPO/Beulke, 4. Aufl. 2020, § 143 Rn. 35). Ein Ermessensspielraum besteht auch in den Fällen des § 143 Abs. 2 S. 2 StPO, der ggü. S. 1 auf Tatbestandsebene lediglich zusätzlich die Zwei-Wochen-Grenze normiert, während er auf der Rechtsfolgenseite keine abweichende Regelung trifft. Die Soll-Vorschriften in § 143 Abs. 2 S. 3 und S. 4 StPO beanspruchen demggü. nur für die Sonderfälle einer Entlassung des Besch. nach einem Freiheitsentzug gem. § 127b Abs. 2, § 230 Abs. 2 oder § 329 Abs. 3 StPO oder nach einer Vorführung i.S.d. § 140 Abs. 1 Nr. 4 StPO Geltung. Mit diesen als Ausnahmenvorschriften zu der in § 143 Abs. 2 S. 2 StPO enthaltenen Beschränkungen der Aufhebungsmöglichkeit bei vorausgegangenem Freiheitsentzug konzipierten und daher eng auszulegenden Regelungen wollte der Gesetzgeber eine grundsätzliche Pflicht zur Aufhebung der Verteidigerbestellung (nur) für Konstellationen normieren, in denen sich der Besch. durch Nichterscheinen zur Hauptverhandlung missbräuchlich einen Verteidiger für das gesamte weitere Verfahren verschaffen könnte (§ 143 Abs. 2 S. 3 StPO) bzw. in denen es angesichts einer nur ganz kurzzeitigen Freiheitsentziehung (§ 143 Abs. 2 S. 4 StPO) regelmäßig keiner Pflichtverteidigung bedarf (vgl. jew. BT-Drs. a.a.O.; Beulke a.a.O. Rn. 37 f.; BeckOK-StPO/Krawczyk, 36. Ed., Stand: 01.01.2020, § 143 Rn. 12 ff.). In allen anderen Fällen einer (zeitweisen) Inhaftierung des Besch. bleibt es hingegen bei der allg. Regelung in § 143 Abs. 2 S. 1 StPO, die dem Gericht einen Ermessensspielraum eröffnet. Das Gericht hat dabei sorgfältig zu prüfen, ob die früheren, mit der Inhaftierung verbundenen Einschränkungen des Besch. hinsichtlich seiner Verteidigungsmöglichkeiten entfallen sind oder ob diese nach Beendigung der Haft fortbestehen und deshalb eine weitere Unterstützung durch einen Verteidiger erfordern (vgl. OLG Hamburg, Beschl. v. 18.07.2014 – 1 Ws 76/14, juris Rn. 17 [= StV 2015, 16]; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 09.11.2010 – 4 Ws 615/10, juris Rn. 9 [= StV 2011, 658], und v. 08.06.1994 – 3 Ws 273/94, StV 1995, 117 [118]; OLG Celle, Beschl. v. 29.07.2010 – 1 Ws 392/10, juris Rn. 6 [= StV 2011, 84]; Beulke, a.a.O. § 140 Rn. 60; MüKo-StPO/Thomas/Kämpfer, 2014, § 140 Rn. 22; KK-StPO/Willnow, 8. Aufl. 2019, § 140 Rn. 15; jew. zu § 140 Abs. 3 S. 1 StPO a.F. und m.w.N.; ebenso zur Neuregelung Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 63. Aufl. 2020, § 143 Rn. 6). Dem Besch. ist außerdem genügend Zeit zu lassen, sich ggf. um einen Wahlverteidiger zu bemühen (vgl. OLG Celle a.a.O. Rn. 7 m.w.N.). Den Beschlussgründen muss zu entnehmen sein, dass sich das Gericht des ihm eröffneten Ermessensspielraums bewusst war und dass es sein Ermessen unter Berücksichtigung der im Einzelfall maßgeblichen Gesichtspunkte ausgeübt hat (OLG Düsseldorf a.a.O. Rn. 10; OLG Celle a.a.O. Rn. 6).

Mitgeteilt vom 5. Strafsenat des KG, Berlin.

Ablehnung der Entpflichtung

StPO § 143a Abs. 4

Dem Pflichtverteidiger steht gegen die Ablehnung seiner Entpflichtung ein eigenes Beschwerderecht nach § 143a Abs. 4 StPO zu.

KG, Beschl. v. 05.08.2020 – 5 Ws 129–130/20

Mitgeteilt vom 5. Strafsenat des KG, Berlin.

Beschränkungen in der U-Haft, Verdunkelungsgefahr nach Abschluss der ersten Instanz

StPO §§ 119, 112

1. Die Erforderlichkeit von Beschränkungen gem. § 119 StPO kann nicht allein auf die Würdigung der Umstände gestützt werden, die der Anordnung der U-Haft zu Grunde liegen.

2. Der lediglich allgemein gehaltene Hinweis darauf, dass sich keiner der Angeklagten umfassend geständig zur Sache eingelassen hat, weshalb für den Fall einer Urteilsaufhebung der Absprache zwischen den Mitangeklagten oder einer Beeinflussung von Zeugen entgegengewirkt werden müsse, genügt zur Begründung von Beschränkungen nicht.

OLG Köln, Beschl. v. 15.03.2021 – 2 Ws 133/21

Aus den Gründen: 1. Gem. § 119 Abs. 1 S. 1 und S. 2 StPO können dem Inhaftierten, soweit dies zur Abwehr einer Flucht-, Verdunkelungs- oder Wiederholungsgefahr erforderlich ist, Beschränkungen auferlegt werden. Jedoch muss jede Beschränkung in jedem Einzelfall auf ihre konkrete Erforderlichkeit geprüft werden. § 119 StPO sieht keine allg. anzuordnenden Beschränkungen vor. Die Erforderlichkeit von Überwachungsanordnungen nach § 119 Abs. 1 StPO kann daher nicht allein auf die Würdigung der Umstände gestützt werden, die der Anordnung der U-Haft zu Grunde liegen. Sonst wären Anordnungen nach § 119 Abs. 1 StPO ohne Hinzutreten weiterer Voraussetzungen – also praktisch immer – zulässig. Erforderlich ist vielmehr eine konkrete Gefährdung des Haftzwecks; es muss die durch die Inhaftierung des Besch. veränderte Situation berücksichtigt und geprüft werden, ob die abzuwehrende Gefahr trotz des Vollzugs der U-Haft besteht und den Erlass einer Anordnung nach § 119 Abs. 1 StPO erforderlich macht (vgl. Senats-E. v. 28.12.2012 – 2 Ws 896/12, StraFo 2013, 71 [= StV 2013, 525]; BVerfG NStZ-RR 2015, 79 [= StV 2016, 166 (Ls)]; BerVerfGH NStZ-RR 2011, 94 [= StV 2011, 165]). Dabei ist für die Beurteilung der Zulässigkeit der über die bloße Freiheitsentziehung hinausgehenden Beschränkungen im Vollzug der U-Haft hauptsächlich der im Haftbefehl angewendete Haftgrund maßgeblich. Jedoch ist es zulässig, die Anordnung nicht nur auf die im Haftbefehl genannten, sondern auf alle Haftgründe i.S.d. §§ 112, 112a StPO zu stützen (Senats-E. v. 12.08.2010 – 2 Ws 498/10 [StV 2011, 35]; v. 26.04.2011 – 2 Ws 217/11, StV 2011, 743; v. 28.12.2012 – 2 Ws 896/12 [a.a.O.]; OLG Hamm NStZ-RR 2010, 292; OLG Frankfurt StV 2016, 443; Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 61. Aufl. [2018], § 119 Rn. 5 m.w.N.).

2. Gemessen an diesen Grundsätzen tragen die in dem angefochtenen Beschl. genannten Gründe die abl. Entscheidung des LG Köln nicht. Die Ausführungen lassen vielmehr besorgen, dass das LG Köln einen unzutreffenden Maßstab im Hinblick auf die Erforderlichkeit der angeordneten Beschränkungen nach § 119 StPO angewendet hat. Weder der angefochtenen Entscheidung noch dem Nichtabhilfebeschl. lassen sich konkrete Ausführungen dazu entnehmen, warum der Haftgrund der Verdunkelungsgefahr auch nach der erstinstanzlichen Verurteilung des Angekl. die Aufrechterhaltung der Beschränkungen der U-Haft rechtfertigen soll.

Der Haftgrund der Verdunkelungsgefahr besteht, wenn das Verhalten des Besch. den dringenden Verdacht begründet, dass durch bestimmte Handlungen auf Beweismittel eingewirkt und dadurch die Ermittlung der Wahrheit erschwert wird (vgl. Senats-E. v. 10.09.1996 – 2 Ws 457/96, juris [= StV 1997, 27]; Schmitt a.a.O. § 112 Rn. 26). Erforderlich ist, dass Verdunkelungshandlungen mit großer Wahrscheinlichkeit zu

11 U 88/08, juris Rn. 23). Für die Unterbringung des Bf. auf Station F in einer knapp 7,8 m² großen doppelt belegten Zelle ohne baulich abgetrennte Toilette liegt nach den Maßstäben aller dieser obergerichtlichen Entscheidungen die Annahme einer menschenunwürdigen Unterbringung jedenfalls nicht fern.

[21] Die Fachgerichte haben indes keine rechtliche Würdigung der tatsächlichen Unterbringungsverhältnisse des Bf. auf Station F vorgenommen, sondern direkt auf dessen Zustimmung zur Gemeinschaftsunterbringung und auf den Ausschluss nach § 839 Abs. 3 BGB abgestellt. Daher kommt es entscheidend darauf an, ob die Maßstäbe zur Beurteilung der Frage, ob eine hypothetische Alternativunterbringung auf Station E in einer Einzelzelle bei täglich 23-stündigem Einschluss mit der Menschenwürdegarantie des GG vereinbar ist, als hinreichend geklärt gelten dürfen.

[22] (2) Dies ist nicht der Fall. Die Auswirkungen von Ein- und Aufschlusszeiten unabhängig von der Mehrfachbelegung einer Zelle auf die Beurteilung der Haftbedingungen insgesamt werden von den Gerichten unterschiedlich beurteilt.

[23] Das *BVerfG* hat die Aufschlusszeiten bislang lediglich als möglichen kompensierenden Faktor zu räumlich beengten Haftverhältnissen in den Blick genommen und als nicht hinreichend geklärt angesehen, ab welcher Stundenzahl die Verkürzung der täglichen Einschlusszeit in der Zelle die räumlichen Haftbedingungen derart abmildert, dass nicht mehr von einer Menschenwürdeverletzung auszugehen ist (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 22.02.2011 – 1 BvR 409/09 (1. Kammer), Rn. 34 a.E.). Es hat in diesem Kontext einen täglich 23-stündigen Einschluss an fünf Wochentagen in einer 7,6 m² großen doppelt belegten Zelle mit baulich nicht abgetrennter Toilette für mit der Menschenwürde nicht vereinbar angesehen und hierbei maßgeblich auf die beengten Verhältnisse in der Gemeinschaftszelle abgestellt (vgl. *BVerfG*, Beschl. v. 27.02.2002 – 2 BvR 553/01 (3. Kammer), Rn. 14 [= StV 2002, 435]).

[24] In zwei Entscheidungen hat das *KG* einen täglich 23-stündigen Einschluss in einem Einzelhafttraum unabhängig von den baulich-räumlichen Haftumständen für mit den Anforderungen der Menschenwürdegarantie nicht vereinbar gehalten und dies mit der hierdurch bewirkten sozialen Isolierung des Gefangenen begründet (vgl. für den Strafvollzug *KG*, Urt. v. 17.02.2015 – 9 U 129/13, juris Rn. 27 [= StV 2015, 707 (Ls)]; für einen Fall der U-Haft *KG*, Urt. v. 02.12.2014 – 9 U 182/13, juris Rn. 26). Für Fälle kleinerer Einzelhaftträume mit einer Größe von weniger als 5,5 m² haben das *KG* und der *VerfGH Berlin* auch tägliche Einschlusszeiten zwischen ca. 10 und 21 Std. als menschenunwürdig erachtet (vgl. *VerfGH Berlin*, Beschl. v. 03.11.2009 – 184/07, juris Rn. 31 [= StV 2010, 374]; *KG*, Urt. v. 21.09.2012 – 9 U 123/11, BeckRS 2013, 12443).

[25] **dd)** Indem *LG* und *OLG* der beabsichtigten Amtshaftungsklage ungeachtet dieser ungeklärten Rechtsfrage die Erfolgsaussichten von vornherein abgesprochen und Prozesskostenhilfe verweigert haben, haben sie den Anspruch des Bf. auf Rechtsschutzgleichheit verletzt. Die Erfolgsaussichten einer Amtshaftungsklage wegen menschenunwürdiger Haftunterbringung können nicht i.R.e. Prozesskostenhilfverfahrens unter Verweis auf § 839 Abs. 3 BGB verneint werden, soweit die Unterbringung in einem Hafttraum, für den ein Verlegungs-

antrag hätte gestellt werden können, ungeklärte Fragen im Hinblick auf die Menschenwürdegarantie aufwirft. Ob ein täglich 23-stündiger Einschluss in einen Einzelhafttraum mit einer Größe von knapp 7,8 m² mit der Menschenwürdegarantie vereinbar ist, ist gesetzlich nicht eindeutig geregelt und in der Rspr. bislang nicht geklärt. Diese für die Beurteilung des Begehrens des Bf. maßgebliche Rechtsfrage durfte nicht in das Prozesskostenhilfverfahren vorverlagert werden, sondern bedarf einer Entscheidung in einem Hauptsacheverfahren, die es dem Bf. auch ermöglicht, sie ggf. einer höchstrichterlichen Klärung zuzuführen. [...]

Voraussetzungen für eine gemeinschaftliche Nebenklagevertretung

StPO § 397b Abs. 1

Für die Bestellung eines gemeinschaftlichen Nebenklagevertreters i.S.d. § 397b Abs. 1 StPO genügt es, wenn die Interessen der Nebenkläger »gleichgelagert« sind; sie müssen nicht identisch sein. Erst dann, wenn die Interessen in ihrer Gesamtheit so gegenläufig und widersprüchlich sind, dass deren gleichzeitige Wahrnehmung dem Mehrfachvertreter wegen »widerstreitender Interessen« gemäß § 43a Abs. 4 BRAO berufsrechtlich untersagt wäre, scheidet eine gemeinschaftliche Vertretung aus. (amtl. Leitsatz)

KG, Beschl. v. 26.04.2021 – 2 Ws 33/21

Mitgeteilt vom 2. Strafsenat des *KG*, Berlin.

Gebührenanspruch des Nebenklagevertreters bei Revision des Angeklagten

VV RVG Nr. 4130

Nimmt der Angeklagte seine Revision vor deren Begründung zurück, steht dem Beistand des Nebenklägers keine Gebühr für das Revisionsverfahren zu. (amtl. Leitsatz)

OLG Celle, Beschl. v. 28.04.2021 – 2 Ws 122/21

Ausschluss einer Entschädigung nach dem StrEG wegen grober Fahrlässigkeit des Beschuldigten

StrEG § 5 Abs. 2

Ein Ausschluss der Entschädigung gem. § 5 Abs. 2 StrEG setzt neben der groben Fahrlässigkeit des (ehemaligen) Beschuldigten auch voraus, dass sein grob fahrlässiges Verhalten ursächlich für die entschädigungsfähige Strafverfolgungsmaßnahme war. Dies ist nicht der Fall, wenn die Maßnahme auch ohne sein Verhalten angeordnet worden wäre und maßgeblich auf andere Beweismittel gestützt wurde.

LG Frankfurt/M., Beschl. v. 18.02.2021 – 5/30 Qs 6/21

Mitgeteilt von RA *Dietrich Rössel*, Königstein.

Verteidigung in einem »129b-Verfahren« – Ein Erfahrungsbericht aus dem Münchner Kommunist*innen-Verfahren

Rechtsanwalt Dr. Peer Stolle, Berlin*

Vom 17.06.2016 bis zum 28.07.2020 fand an insgesamt 234 Hauptverhandlungstagen vor dem *OLG München* einer der größten Staatsschutzprozesse in Deutschland seit Ende der 1980er Jahre statt. Angeklagt waren zehn türkisch- und kurdischstämmige Kommunist*innen, denen vorgeworfen wurde, das sogenannte Auslandskomitee der maoistischen TKP/ML (Kommunistische Partei der Türkei/Marxistisch-Leninistisch) gebildet zu haben. Ihnen wurde die Mitgliedschaft (in einem Fall Rädelsführerschaft) in einer ausländischen terroristischen Vereinigung gem. § 129b StGB vorgeworfen. Das Instanzverfahren endete am 28.07.2020 mit Haftstrafen zwischen 2 Jahren und 9 Monaten und 6 Jahren und 6 Monaten.¹

Die Verteidigung in Verfahren vor den Staatsschutzsenaten weist in vielen Fällen Besonderheiten gegenüber derjenigen in »normalen« Strafverfahren auf. Erstens handelt es sich bei den gegen die Angeklagten erhobenen Vorwürfe fast ausschließlich um solche aus dem Vorfeld von Rechtsgutverletzungen (§§ 89a, 129a ff. StGB). Zweitens spielen die Sachverhalte oft im Ausland. Die Anklage basiert daher zum großen Teil auf Beweismitteln aus Rechtshilfeersuchen und dem polizeilichen Informationsaustausch, deren Überprüfung durch die Verteidigung erschwert ist. Drittens wird die Anklage gem. §§ 120 Abs. 2 i.V.m. 74a GVG an den Oberlandesgerichten erhoben und tendiert die Freispruchquote gegen Null. Viertens schließlich wird – zumindest bei der Verteidigung wegen des Vorwurfs der Mitgliedschaft in einer (ausländischen) terroristischen Vereinigung gemäß §§ 129a und 129b StGB – die Effektivität der Verteidigung durch die auf § 148 Abs. 2 StPO gestützte und häufig erlassene Kontrollrichter- und Trennscheibenanordnung enorm erschwert.

Verfahren nach dem § 129b StGB sind mittlerweile nicht mehr so selten in Deutschland. Gegenstand der Anklage sind in den meisten Fällen Sachverhalte, bei denen der Vorwurf der Mitgliedschaft in der PKK oder dem IS bzw. anderen islamistischen Organisationen erhoben wird.

Im Folgenden werden anhand des so genannten »Münchener Kommunist*innenverfahrens« einige der Besonderheiten und Umstände, mit denen sich die Verteidigung konfrontiert sah, dargestellt.

A. Zu dem Verfahren

Die Organisation, um deren Mitglied- bzw. Rädelsführerschaft es ging, ist die 1972 in der Türkei gegründete Kommunistische Partei der Türkei/Marxistisch-Leninistisch, kurz TKP/ML.² Laut der Anklageschrift soll sie in der Türkei auch eine bewaffnete Organisation – die Türkische Arbeiter- und Bauern-Armee TIKKO – unterhalten, der diverse, auch tödliche Anschläge, unter anderem gegen Angehörige der Polizei und des türkischen Militärs, vorgeworfen werden. In den letzten Jahren soll die TIKKO verstärkt mit der HPG, dem

bewaffneten Flügel der PKK, zusammengearbeitet haben. In Deutschland beziehungsweise in Europa ist die TKP/ML lediglich politisch aktiv. Laut Verfassungsschutzbericht soll die Organisation in Deutschland ca. 800 Anhänger*innen haben.³ Verboten ist die TKP/ML nur in der Türkei. Dort wird sie auch als sogenannte Terrororganisation gelistet. Sonst findet sie sich auf keiner der nationalen oder internationalen Terrorlisten. Strafrechtlich wurden ihre Mitglieder in Deutschland bislang nicht verfolgt.

Das hiesige Verfahren hatte einen längeren Vorlauf. Das Strukturverfahren⁴ wegen Mitgliedschaft in der TKP/ML sowie Einzelverfahren gegen namentlich bekannte Beschuldigte wurden bereits 2006 eingeleitet. Nachdem mehrere Hausdurchsuchungen bei Beschuldigten durchgeführt worden sind, beschränkte sich die Ermittlungstätigkeit des Generalbundesanwaltes und des BKA in den folgenden Jahren im Wesentlichen auf die Stellung und die Auswertung von an die Strafverfolgungsbehörden der Republik Türkei gerichteten Rechtshilfeersuchen. Exekutive Ermittlungsmaßnahmen erfolgten in dem Zeitraum von sechs Jahren nur ganz selten.⁵ Erst im Jahr 2012 – mithin sechs Jahre nach Einleitung des Ermittlungsverfahrens – wurden die Ermittlungen intensiviert und auf diejenigen Personen fokussiert, denen die Mitgliedschaft im sogenannten Auslandskomitee der TKP/ML vorgeworfen wurde. Dem Auslandskomitee soll laut Anklage im Wesentlichen die Aufgabe zugekommen sein, die Ideen und Ziele der Organisation im Ausland bekannt zu machen, die Strategien und Taktiken der Organisation zu diskutieren und Spendengelder zu sammeln. Die Begehung von in § 129a StGB genannten Katalogstraftaten oder sonstigen strafbaren Handlungen – neben dem vorgeworfenen Organisationsdelikt – gehörten nicht dazu und waren auch nicht Gegenstand der Anklage.

Gegen die Beschuldigten wurde fast das gesamte Arsenal an Maßnahmen, das die StPO zur Verfügung stellt, zum Einsatz gebracht. Die von den Beschuldigten benutzten PKWs wurden mit GPS-Sendern und Abhöreinrichtungen versehen. Es wurden Anordnungen zur Überwachung der Telekommunikation getroffen, längerfristige Observationen unter Einsatz

* Der Verfasser ist einer der Verteidiger von einer der Angeklagten in dem Verfahren. Der Verfasser dankt für Anmerkungen und Hinweise Rechtsanwältin von der *Behrens*.

1 Über das Verfahren hat die Verteidigung auf dem Blog <https://www.tkpm-prozess-129b.de/de/> informiert (alle URLs zuletzt abgerufen am 05.05.2021).

2 Dazu https://de.wikipedia.org/wiki/T%C3%BCrkiye_Kom%C3%BCnist_Partisi/Marxist-Leninist.

3 Siehe Bundesverfassungsschutzbericht 2019, S. 270, abrufbar unter https://www.bmi.bund.de/SharedDocs/downloads/DE/publikationen/themen/sicherheits/vsb-2019-gesamt.pdf?__blob=publicationFile&cv=10.

4 Strukturverfahren sind beim Generalbundesanwalt geführte Ermittlungsverfahren, die eine bestimmte Vereinigung/Organisation bzw. eine bestimmte Konfliktsituation betreffen. Aus diesen werden dann – soweit Beschuldigte individualisierbar sind – Ermittlungsverfahren gegen einzelne Personen herausgetrennt.

5 Sie beschränkten sich im Wesentlichen auf einzelne Anordnungen zur längerfristigen Observation gem. § 163f StPO.

technischer Mittel durchgeführt (inklusive dem Anbringen von Videokameras zur Überwachung von Hauseingängen), und Anordnungen zur Wohnrauminnenüberwachung getroffen, um die mutmaßlichen Treffen des Auslandskomitees in Tagungshäusern oder in Wohnhäusern abzuhehren und aufzuzeichnen.

Im April 2015 erfolgten dann die Festnahmen. Zwei der Beschuldigten wurden auf Betreiben der deutschen Strafverfolgungsbehörden in Frankreich, ein weiterer in der Schweiz festgenommen und ausgeliefert. Einen in Österreich wohnhaften Beschuldigten nahmen deutsche Beamt*innen in Deutschland fest. Lediglich Griechenland lehnte die Auslieferung eines weiteren Beschuldigten ab. Die Beschuldigten wurden zunächst unter Isolationshaftbedingungen in Untersuchungshaft genommen. Obwohl die Beschuldigten über mehrere Jahre überwacht worden waren und eine besondere von ihnen ausgehende Gefährlichkeit nicht festgestellt werden konnte, wurden besondere Haftverschärfungen angeordnet. Das Haftstatut, das unter anderem 23 Stunden Einschluss, keine Teilnahme an Gemeinschaftsangeboten, enge Beschränkungen im Besuch und in der Post vorsah, wurde erst nach ein paar Monaten gelockert.

Der letzte noch in Vollzug befindliche Haftbefehl wurde mit Urteilsverkündung am 28.07.2020 nach fünf Jahren und drei Monaten aufgehoben.

B. Die Erteilung einer Verfolgungsermächtigung

Verfahren wegen des Vorwurfes des § 129b StGB zeichnen sich dadurch aus, dass gemäß Abs. 1 S. 2 Taten, die sich auf eine Vereinigung außerhalb der Europäischen Union beziehen, nur verfolgt werden können, wenn durch das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) eine sogenannte Verfolgungsermächtigung erteilt wird.⁶ Die Erteilung einer Verfolgungsermächtigung ist eine Prozessvoraussetzung. Sie kann für den Einzelfall, also für eine einzelne Person oder Tat, aber auch allgemein für die Verfolgung von Taten erteilt werden, die sich auf eine bestimmte Vereinigung beziehen. Der Entscheidung, ob eine Verfolgungsermächtigung erteilt wird, geht in der Regel ein entsprechender Antrag des GBA voraus. Diese Verfolgungsermächtigung wird weder mit einer Begründung versehen noch soll sie nach dem Willen des Gesetzgebers gerichtlich überprüfbar sein.⁷

Die Entscheidung über die Erteilung einer Verfolgungsermächtigung ist keine vorwiegend rechtliche, sondern eine originär politische Entscheidung. Gesetzgeberischer Zweck für die Schaffung einer solchen Prozessvoraussetzung ist ausdrücklich auch das Erfordernis der Berücksichtigung der außenpolitischen Interessen der BRD.⁸ Ob eine Strafverfolgung erfolgt, hängt somit maßgeblich davon ab, ob diese den Interessen der BRD entspricht.

Bei dieser Entscheidung soll nach § 129b Abs. 1 S. 4 StGB seitens des BMJV in Betracht gezogen werden, ob die Bestrebungen der Vereinigung gegen die Grundwerte einer die Würde des Menschen achtenden staatlichen Ordnung oder gegen das friedliche Zusammenleben der Völker gerichtet sind und bei Abwägung aller Umstände als verwerflich erscheinen.

Bei der Frage, ob die Verfolgungsermächtigung erteilt wird, handelt es sich um eine Ermessensentscheidung, bei der die

allgemeinen Grenzen der Ermessensausübung einzuhalten und insbesondere verfassungsrechtliche Schranken wie die Grundrechte, der Gleichheitsgrundsatz, das Willkürverbot und der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zu beachten sind. Nach der Entwurfsbegründung des Rechtsausschusses des Deutschen Bundestages soll dazu auch gehören, ob und ggf. mit welchen Mitteln das Ziel, völker- oder menschenrechtlich anerkannte Rechtspositionen durchzusetzen, verfolgt wird.⁹ Mit dem Institut der Verfolgungsermächtigung soll darüber hinaus die Strafverfolgung auf schwerwiegende Sachverhalte konzentriert werden und nicht strafwürdig erscheinende Verhaltensweisen von der Strafbarkeit ausgenommen werden können.¹⁰ Als nicht verwerflich haben danach jedenfalls Formen auch gewaltsamen Widerstandes zu gelten, wenn sie als »verstehbare Reaktionen auf staatliche Willkür« erscheinen, sich also gegen einen Unrechtsstaat richten und von dem Bestreben inspiriert sind, eine verteidigungswerte, auf der Menschenwürde beruhende Gesellschaftsordnung überhaupt erst errichten zu wollen.¹¹

Ob diese gesetzlichen Voraussetzungen bei der Entscheidung über die Erteilung einer Verfolgungsermächtigung eingehalten worden sind, soll weder durch die Betroffenen, noch durch die Gerichte überprüfbar sein.¹² Bisherige Versuche, Verfolgungsermächtigungen separat einer justiziellen Kontrolle zu unterziehen, waren erfolglos. Auch Anträge auf Einsicht in die beim BMJV dazu existierenden Verwaltungsvorgänge wurden negativ beschieden. Lediglich einzelne OLG-Senate sehen eine Kompetenz, die Verfolgungsermächtigung implizit in einem § 129b-Strafverfahren einer Willkürkontrolle zu unterziehen.¹³

Auch in dem hiesigen Verfahren hat die Verteidigung mehrmals beantragt, das Verfahren einzustellen, hilfsweise bei dem BMJV zu beantragen, die Verfolgungsermächtigung wegen Willkür aufzuheben. Begründet wurden diese Anträge u.a. mit dem Fehlen einer die Menschenwürde achtenden staatlichen Ordnung in der Türkei, den dort herrschenden schwerwiegenden Menschenrechtsverletzungen, die sich u.a. in der Verfolgung von politischen und ethnischen Minderheiten, der Unterstützung von terroristischen Vereinigungen wie dem »Islamischen Staat« und dem Führen eines völkerrechtswidrigen Angriffskrieges in Syrien manifestieren. Derartige Anträge wurden zu Beginn des Verfahrens, nach dem Putschversuch in der Türkei vom Juli 2016 sowie nach dem Einmarsch der türkischen Armee in den nordsyrischen Kanton Afrin Anfang 2018 gestellt.

Die Verteidigung hatte den Einwand erhoben, die Erteilung der Verfolgungsermächtigung durch das BMJV sei willkürlich erfolgt und deshalb unwirksam, zumindest sei ihre Rücknah-

6 Zur Verfolgungsermächtigung siehe *Ambos* ZIS 2016, 505; MüKo-StGB/Schäfer, 3. Aufl. 2017, § 129b Rn. 24 ff.; Zöller StV 2012, 364.

7 Vgl. BT-Drs. 14/8893, S. 9.

8 Vgl. BT-Drs. 14/8893, S. 8.

9 BT-Drs. 14/8893, S. 8.

10 Vgl. BT-Drs. 14/8893, S. 17; *Altwater* NStZ 2003, 179 (181); LK-StGB/Krauß, 13. Aufl. 2021, § 129b Rn. 27.

11 *Ambos* ZIP 2016, 505 (512).

12 Vgl. BT-Drs. 14/8893; auch das BMJV hält eine gerichtliche Nachprüfung für unstatthaft (vgl. die Antwort der Bundesregierung vom 23.09.2016 zu Frage 1.c) der Anfrage der Fraktion Die Linke »Verfolgungsermächtigung nach § 129 b StGB« vom 08.09.2016, BT-Drs. 18/9610).

13 OLG München NJW 2007, 2786.

me aufgrund der Verschlechterung der Situation für Rechtsstaat und Demokratie in der Türkei angezeigt. In dem hiesigen Verfahren hat das *OLG München* zumindest eine Überprüfung dahingehend, ob die Erteilung der Verfolgungsermächtigung auf evidenter Willkür beruhe, vorgenommen, den Antrag im Ergebnis aber abgelehnt.¹⁴ Zu berücksichtigen sei nach dem *OLG München*, dass das BMJV die in § 129b Abs. 1 S. 5 StGB genannten Kriterien bei seiner Ermessensentscheidung zwingend berücksichtigen müsse (»... zieht das Ministerium in Betracht, ob ...«). Eine Ermächtigung, die mit den dort genannten Kriterien unter keinem denkbaren Gesichtspunkt in Einklang zu bringen wäre, hielte das *OLG München* deshalb für evident willkürlich. Dabei ließ das *OLG München* offen, ob es sich bei der türkischen Republik in der derzeitigen Verfassung um ein Schutzgut des § 129b StGB handele. Auf die Frage – so der *Senat* –, ob ein negativer Verwerflichkeitsbefund indiziert sei, wenn sich die Bestrebungen der Vereinigung gegen eine die Würde des Menschen achtende staatliche Ordnung richten würde, komme es nicht an. Vielmehr sei bei der Willkürprüfung zu berücksichtigen, ob die *Bestrebung* der gegenständlichen Vereinigung ihrerseits als gegen die Grundwerte einer die Menschenwürde achtenden staatlichen Ordnung gerichtet einzustufen sei. Dies solle dann der Fall sein, wenn die Vereinigung zur Erreichung des beabsichtigten Umsturzes – jedenfalls auch – Mittel einsetze, die auf die Tötung von Menschen abzielen, die für die bekämpften politischen Verhältnisse nicht verantwortlich seien.¹⁵ Dies komme bei der Vereinigung in Betracht, weil bei den der TKP/ML zugerechneten Anschlägen auch Zivilpersonen zu Schaden gekommen seien.

Auch wenn es zu begrüßen ist, dass das *OLG München* zumindest die Überprüfbarkeit einer erteilten Verfolgungsermächtigung auf Willkür für statthaft erklärt, geht der *Senat* von einem unzutreffenden Bewertungsmaßstab aus. Schon die Auslegung des Begriffs »Bestrebung« durch das *OLG München* ist weder zwingend noch naheliegend. Würde man folgerichtig die Legaldefinition der Bestrebung aus § 4 Abs. 1 S. 1 BVerfSchG heranziehen, wonach Bestrebungen solche politisch bestimmten, ziel- und zweckgerichteten Verhaltensweisen in einem oder für einen Personenzusammenschluss sind, der darauf gerichtet ist, die Grundwerte einer die Würde des Menschen achtenden staatlichen Ordnung oder das friedliche Zusammenleben der Völker zu beeinträchtigen, kann nicht der Schluss gezogen werden, dass eine Verwerflichkeit schon dann vorliegt, wenn auch Zivilist*innen von den Handlungen der Vereinigung betroffen sind. Eine auf die Terrorisierung der Bevölkerung oder bestimmte Bevölkerungsteile bezogene Organisationsatzung könnte durchaus als prägend für eine Vereinigung angesehen werden. Unfälle oder einzelne Taten prägen dagegen eine Organisation nicht und können daher nicht zur Grundlage des Verwerflichkeitsmaßstabs gemacht werden. Nach alledem wäre es als maßgeblich anzusehen, ob die Organisation ihre Mittel ausschließlich oder vor allem in den Dienst einer nicht verwerflichen Bestrebung stellt oder ob sie ihre gewalttätigen Mittel in erster Linie bzw. überwiegend zur Begehung von kriminellen Akten und/oder zur Herstellung eines Klimas gesellschaftlicher Diskriminierung einsetzt. Eine derart einschränkende Definition ist auch erforderlich, weil die Begehung von entsprechenden Straftaten schon Tatbestandsmerkmal der §§ 129a, 129b StGB ist.

Bei den in der Anklageschrift referierten Anschlägen, die der TKP/ML zugerechnet werden, handelt es sich prägend um solche, die gegen Repräsentant*innen der herrschenden staatlichen Struktur der Republik Türkei, v.a. gegen das Militär, gerichtet sind, bzw. gegen Institutionen der herrschenden staatlichen Ordnung. Daneben richten sich die Anschläge vornehmlich auch gegen den politischen Gegner oder Repräsentant*innen der als Gegner bezeichneten ökonomischen Institutionen. Betroffen von den Anschlägen waren zwar auch unbeteiligte Zivilist*innen; gegen diese richteten sich die Handlungen aber nicht.

Von ihren Zielen her negiert die TKP/ML von vornherein weder die Grundwerte einer die Würde des Menschen achtenden staatlichen Ordnung noch das friedliche Zusammenleben der Völker. Auch ihr Verbreitungsgrad und ihre faktische Gefährlichkeit sind von vergleichsweise geringer Bedeutung. Dies betrifft insbesondere die den Angeklagten vorgeworfenen Betätigungshandlungen, die – außerhalb des Vereinigungsbezuges – als legale und zum Teil grundrechtlich geschützte politische Handlungen anzusehen wären und keinen Bezug zu den in der Anklageschrift referierten Bezugstaten aufwiesen. Vor diesem Hintergrund hätte die Verfolgungsermächtigung nicht erteilt werden dürfen; zumindest hätte sie zurückgenommen werden müssen. Dies gilt insbesondere, weil es sich bei der türkischen Republik in der jetzigen Verfasstheit bzw. in der Verfasstheit zu dem Zeitpunkt, zu dem die Verfolgungsermächtigung erteilt worden ist, um eine staatliche Ordnung gehandelt hat, die in erheblichem Maße die Menschenwürde von einer Vielzahl von Personen missachtet.

C. Trennscheiben- und Leserichterordnung

Bei dem Vorwurf der Mitgliedschaft bzw. Rädelführerschaft in einer (ausländischen) terroristischen Vereinigung gemäß §§ 129a, 129b StGB muss die Verteidigung weiter vorgehen, dass das Gericht eine sogenannte Trennscheiben- und Leserichterordnung gemäß § 148 Abs. 2 StPO trifft. Nach dieser Vorschrift, die ein Relikt aus dem »Kampf gegen den Terrorismus« aus den 1970er Jahren ist, soll die schriftliche Kommunikation zwischen der inhaftierten Beschuldigten und ihrer Verteidigerin durch einen sogenannten Leserichter kontrolliert werden. Ist eine solche Anordnung getroffen worden, muss gemäß § 148 Abs. 2 S. 3 StPO auch bei Verteidigergesprächen in der Untersuchungshaft eine Vorrichtung angebracht werden, die eine Übergabe von Schriftstücken und anderen Gegenständen ausschließt – sprich eine Trennscheibe. Mit einer solchen Anordnung soll nach der Gesetzesbegründung verhindert werden, dass sich jemand, der einer Straftat nach den §§ 129a, 129b StGB verdächtig ist, aus der JVA heraus unter Mithilfe der Verteidigerin weiterhin für die terroristische Vereinigung betätigt und so zu deren Fortbestand beiträgt.¹⁶

Auch in dem hiesigen Verfahren wurde auf Antrag des Generalbundesanwaltes durch den *Ermittlungsrichter beim BGH* ein Haftstatut erlassen, das Anordnungen nach § 148 Abs. 2 StPO enthielt.

¹⁴ OLG München, Beschl. v. 02.09.2016 – 7 St 1/16, juris Rn. 25.

¹⁵ OLG München (Fn. 14), juris Rn. 29.

¹⁶ Vgl. KG StV 2011, 296; OLG München StV 2013, 528. Dazu in Gänze auch *Stolle/Kuhn* confront 2/2017 (abrufbar unter <https://www.confront.news/verteilung-bei-trennscheiben-und-kontrollrichterordnung/>).

Die Regelung des § 148 Abs. 2 StPO schränkt die durch Abs. 1 geschützte »völlig freie Verteidigung« rechtsstaatlich inakzeptabel ein.¹⁷ Die Gewährleistung der jederzeitigen schriftlichen und mündlichen Kontaktaufnahme des Beschuldigten mit seiner Verteidigerin ist eine elementare Grundvoraussetzung für eine völlig freie Verteidigung. Dieses Recht, welches nicht nur dem Beschuldigten, sondern auch seiner Verteidigerin als eigenes Recht zusteht,¹⁸ erfährt durch die Regelung des § 148 Abs. 2 StPO drastische Einschränkungen.¹⁹

Die Anordnung eines Kontroll- oder Leserichters hat die faktische Folge, dass der Weg der schriftlichen Kommunikation zwischen Verteidiger und seiner Mandantin ausgeschlossen ist. Sensible Informationen, die die Verteidigungsstrategie unmittelbar betreffen, können auf dem Postweg nicht ausgetauscht werden. Das ergibt sich zum einen daraus, dass der Maßstab der Inhaltskontrolle weitgehend unkonturiert ist. Nach dem *BGH* soll damit verhindert werden, dass der Gefangene sich aus der JVA heraus weiterhin für die terroristische Vereinigung betätigt und so zu deren Fortbestand beiträgt.²⁰ Da es sich bei dem §§ 129a, 129b StGB um Vereinigungsdelikte und somit um Formen der Vorfeldstrafbarkeit handelt, kann nur bedingt vorhergesehen werden, welche interpretationsoffenen Handlungsweisen und Informationen als ein »Beitragen zum Fortbestand« definiert werden können.

Vor allem ist aber der grundsätzliche Umgang der Leserichterin mit der Post nicht vorhersehbar und mit erheblichen Gefahren verbunden. Da Verfahren gemäß §§ 129a, 129b StGB und somit auch Leserichteranordnungen sehr selten sind, besteht bei den mit der Postkontrolle beauftragten Amtsrichter*innen eine wenig geübte Praxis in dem Umgang mit dieser Kontrollaufgabe. Dies führte in dem hiesigen Verfahren u.a. dazu, dass kontrollierte Post des Verteidigers an die Mandantin offen, d.h. ohne Umschlag, an die Anstalt weitergeleitet worden ist, so dass die Justizbeamt*innen von dem Inhalt Kenntnis nehmen konnten. Nach entsprechender Intervention wurde die Post durch den Amtsrichter zwar in einem Umschlag weitergeleitet. Auf diesem wurde aber nicht vermerkt, dass es sich um Verteidigerpost handelt, so dass diese Post in der Anstalt geöffnet worden ist.

Neben diesen inakzeptablen Problemen bei der Übersendung trat eine besondere Schwierigkeit dadurch auf, dass die Post zunächst durch den Leserichter in die deutsche Sprache übersetzt werden musste, da die schriftliche Kommunikation im hiesigen Verfahren zum Teil in der türkischen Sprache geführt worden ist. Dafür wurden zum Teil Übersetzungsbüros ausgewählt, die nicht immer vereidigte Übersetzer*innen mit der Tätigkeit beauftragten. Teilweise wurden die Unterlagen durch die beauftragten Dolmetscherbüros per Email an Übersetzer*innen in die Türkei weitergeleitet, damit diese dort zu günstigen Preisen übersetzt werden. Da sich das hiesige Verfahren gegen mutmaßliche Mitglieder einer Partei richtet, die der türkische Staat bekämpft, ist davon auszugehen, dass diese auf elektronischem Weg übersandte Verteidigerpost vom türkischen Geheimdienst mitgelesen worden ist. Dies führte nicht nur zu einer erheblichen Verzögerung, sondern zu der Gefahr, dass das so erlangte Wissen von den türkischen Behörden benutzt und ggf. sogar über die Rechtshilfe zur Kenntnis der hiesigen Strafverfolgungsbehörden gelangen konnte.

Die Trennscheibenanordnung führt weiterhin dazu, dass eine gemeinsame Arbeit an Dokumenten oder die Übergabe von Aktenauszügen nicht möglich ist. Auch ist ein gemeinsames Arbeiten am Laptop (in diesem Verfahren werden Ermittlungsakten in der Regel digital zur Verfügung gestellt) unnötig verkompliziert.

Sämtliche Umstände wurden in diesem Verfahren, im Zwischenverfahren und in der Hauptverhandlung thematisiert und beantragt, die entsprechenden Anordnungen aufzuheben. Diese Anträge wurden vom *Senat* mit dem – unzutreffenden – Argument abgelehnt, dass ihm »die Hände gebunden« seien. Die gesetzlich und konventionsrechtlich erforderliche Einzelfallprüfung wurde nicht vorgenommen.²¹

D. Beweismittel aus der Rechtshilfe

Verfahren nach § 129b StGB haben tatbestandsmäßig Sachverhalte, die im Ausland angesiedelt sind, zum Gegenstand. Ein Großteil der Beweismittel stammt daher aus dem Ausland, hier der Republik Türkei. Dies betrifft sämtliche Erkenntnisse zu der Struktur der Organisation im Ausland, den mutmaßlichen Mitgliedern und den Taten der Vereinigung. Diese Unterlagen bestehen im Wesentlichen aus Teilen von Ermittlungsakten zu den entsprechenden Bezugstaten und aus – oft zusammenfassenden – Berichten zu Erkenntnissen, die in Bezug auf die Organisation vorliegen. Dazu kommen Zeitungsberichte über die Bezugstaten, in denen über eine mögliche Urheberchaft der Anschläge geschrieben bzw. aus mutmaßlichen Bekennenerklärungen zitiert wird. Diese Unterlagen sollen den Beleg für die Bezugstaten und mittelbar für die Tatbestandsmerkmale des § 129a Abs. 1 StGB liefern. Da es sich hier um das erste in Deutschland geführte Verfahren wegen des Vorwurfes der Mitgliedschaft in der TKP/ML handelt, mussten erstmalig Feststellungen zu der Vereinigung und ihrem Charakter getroffen werden.

Problematisch daran ist Folgendes:

Tatortprotokolle und Ermittlungsberichte dokumentieren nur einen Teil des Sachverhaltes und bilden vor allen Dingen nur einen vorläufigen Ermittlungsstand ab. Ob die getroffenen Feststellungen in einem Strafverfahren bestätigt worden sind oder ggf. das Gegenteil festgestellt wurde, ergibt sich aus diesen Unterlagen nicht. Des Weiteren sind Ermittlungen der türkischen Behörden sehr stark interessengeleitet. Dies betrifft vor allem Ermittlungen im Zusammenhang mit oppositionellen Bestrebungen. Der Wahrheitsgehalt ist oft gering. Fälschungen von Beweismitteln vor allem in politischen Verfahren kommen regelmäßig vor. Schließlich ist der Sicherheitsapparat des türkischen Staates auch für die systematische Anwendung von Folter bekannt, so dass nicht auszuschließen ist, dass zumindest ein Teil der mitgeteilten Beweisergebnisse auch durch rechtsstaatswidrige Maßnahmen erlangt worden ist.

17 Vgl. BeckOK-StPO/Wessing, 39. Ed. 01.01.2021, § 148 Rn. 17.

18 BGH StV 1986, 1.

19 Birkhoff/Hawickborst StV 2013, 50.

20 BGH NStZ 1984, 177.

21 Vgl. zu diesen Anforderungen EGMR NJW 2003, 1439 (1441). Bisher sieht die OLG-Rechtsprechung nur Ausnahmen vor für den Fall, dass die Vereinigung nicht mehr existiert (so OLG München StV 2013, 528, im sog. NSU-Verfahren) oder der Beschuldigte mit den Behörden kooperiert und sich von der Vereinigung losgesagt hat (KG StV 2011, 296).

Der als Sachverständiger in der Hauptverhandlung gehörte Historiker und Türkeiwissenschaftler Prof. Dr. *Neumann* von der LMU hat in seinem historisch-politikwissenschaftlichen Gutachten über die TKP/ML ausgeführt, dass die Quellenlage zu der Vereinigung mehr als unbefriedigend sei. Dies ergebe sich einerseits daraus, dass geheimdienstliche Berichte oft nur sehr eingeschränkt oder desinformierend Auskünfte enthielten, Publikationen der Organisation selbst nicht frei von politischer Propaganda seien und die Berichterstattung der türkischen Presse selbst als unzuverlässig betrachtet werden müsse. Vor diesem Hintergrund ist eine Beweisführung, die sich zum Nachweis, dass es sich bei der TKP/ML um eine Vereinigung im Sinne des § 129a Abs. 1 StGB handelt, allein auf diese Quellen stützt, mit rechtsstaatlichen Grundsätzen nicht vereinbar.

Sämtliche Anträge der Verteidigung auf Ladung von Zeug*innen aus der Türkei bzw. auf Hinzuziehung weiterer Akten wurden seitens des *Senates* abgelehnt. In einem Fall sollte ein zusammenfassender Bericht der Abteilung für Terrorbekämpfung der Generalsicherheitsdirektion Ankara – der nachrichtendienstlichen Abteilung der Polizei – über die TKP/ML durch Verlesung eingeführt werden. Dem wurde seitens der Verteidigung widersprochen. Einerseits deswegen, weil der mutmaßliche Verfasser dieses Berichtes mittlerweile selbst durch die türkische Justiz wegen Beweismittelfälschung, Mitgliedschaft in einer bewaffneten Organisation und Verleumdung verurteilt worden ist. Andererseits ergaben sich aus der Urheberschaft sowie den dort zusammengefassten Informationen Anhaltspunkte dafür, dass zumindest ein Teil der Informationen aus geheimdienstlicher Agententätigkeit des MIT in Deutschland stammt, weil dieser konkrete Informationen zu mutmaßlichen Mitgliedern der Organisation in Deutschland beinhaltete. Weder der GBA noch der *Senat* sahen darin ein Problem; zumindest hat es der *Senat* nach entsprechendem Antrag der Verteidigung unterlassen, diese Passage durch Verlesung einzuführen.

E. Stimmenzuordnung bei Wohnraumüberwachung

Ein weiteres Problem in dem Verfahren war die Zuordnung der Redebeiträge während der mutmaßlichen Treffen des Auslandskomitees. Diese mutmaßlichen Treffen wurden mittels Maßnahmen der akustischen Wohnraumüberwachung gem. § 100c StPO abgehört. An diesen Treffen sollen jeweils bis zu zehn Personen teilgenommen haben. Die Treffen sollen in der Regel von Freitag bis Sonntag stattgefunden haben. Sämtliche Gespräche sollen in türkischer Sprache geführt worden sein.

Der enorme Umfang der so erstellten Audioaufzeichnungen wurde von Übersetzer*innen des BKA bearbeitet. Diese fertigten von dem Gesprochenen Übersetzungen an, die – irreführend – als Wortprotokolle bezeichnet wurden, was Übersetzungen jedoch natürlich nie sein können. Diese Wortprotokolle in Form der Übersetzung sollten neben den Sprecherzuordnungen durch Verlesung eingeführt werden. Eine Einführung der Audioaufzeichnung durch Inaugenscheinnahme und Übersetzung in der Hauptverhandlung sollte nach dem Willen des *Senates* nicht erfolgen.

Den jeweiligen Redebeiträgen wurden durch die Übersetzer*innen dabei bestimmte Sprecher*innen zugeordnet. Ein wesentlicher Bestandteil der Beweisaufnahme betraf die Nach-

vollziehbarkeit und Richtigkeit dieser so erfolgten Stimmenzuordnungen. Die Schlüssigkeit der Stimmenzuordnung sollte nach Vorstellung des *Senates* zweiteilig erfolgen. Zunächst sollten die BKA-Übersetzer*innen als Zeug*innen zu der Frage, wie und nach welchen Kriterien eine Sprecherzuordnung erfolgt sei, gehört werden. Sodann sollte durch Anhörung einer Phonetik-Sachverständigen anhand einer kleinen Stichprobe überprüft werden, ob Redebeiträge, die die BKA-Übersetzer*innen jeweils ein und demselben Sprecher zugeordnet haben, tatsächlich von derselben Stimmenträgerin geäußert wurden.

Problematisch an der Verlesung war zunächst, dass die Sprecherzuordnung keine rein technische Hilfstätigkeit darstellt, die von jedermann, der die Gespräche anhört, vorgenommen werden könnte. Der *BGH* hatte zwar bereits in einer Grundsatzentscheidung vom 03.03.1977²² ausgeführt, dass § 250 StPO einer Verlesung von Niederschriften verdeckt angezeichneter Gespräche nicht entgegensteht. Die Vorschrift, so der *BGH*, gebiete es nicht, die Person, die die Niederschriften angefertigt hat, über ihre Wahrnehmung beim Abhören der Tonbänder zu vernehmen, denn die Wahrnehmung von Verschriftung und Gesprächen sei nicht mehr als eine technische Hilfstätigkeit, die erfahrungsgemäß keinen bleibenden Eindruck in der Erinnerung der damit befassten Person hinterlasse. Auch könnten schriftliche Übersetzungen entgegen dem Wortlaut von § 250 StPO im Wege des Urkundenbeweises eingeführt werden.

Davon zu unterscheiden ist aber die durch die Dolmetscher*innen erfolgte Sprecherzuordnung. Diese stellt keine rein technische Hilfstätigkeit dar, die von jedermann, der die Gespräche anhört, vorgenommen werden könnte. Vielmehr handelt es sich um eine ganz spezifische Wahrnehmungsleistung, die von einer Transkription der Gespräche und einer gleichzeitigen Übersetzung in die deutsche Sprache getrennt werden müsste und nicht durch beliebige Dritte reproduziert werden kann und daher einer Einführung durch Verlesung nicht offen steht. Der Unmittelbarkeitsgrundsatz gemäß § 250 StPO stand daher der Einführung der Sprecherzuordnung durch Verlesung im Rahmen des Urkundenbeweises gemäß § 249 StPO entgegen.

Nach Ansicht des *Senates* des *OLG München* ergebe aber eine an Sinn und Zweck des § 250 StPO orientierte Auslegung, dass die Übersetzer*innen nicht zu jeder einzelnen von ihnen vorgenommenen Sprecherzuordnung vernommen werden müssten. Zwar handele es sich bei der akustischen Wahrnehmung der Stimmen, der Sprache oder Sprechweise der beteiligten Sprecher*innen und deren Zuordnung zu bestimmten Personen um eine von der Übersetzung und Verschriftung der Gespräche zu trennende eigenständige Wahrnehmungsleistung. Dem wollte der *Senat* dadurch Genüge tun, dass zunächst die BKA-Dolmetscher*innen als Zeug*innen zu der Art und Weise der von ihnen vorgenommenen Sprecherzuordnung gehört werden sollten und sodann eine stichprobenartige sachverständige Überprüfung stattfinden sollte.

Im vorliegenden Fall wollte sich das *Gericht* daher davon überzeugen, dass die tätig gewordenen Übersetzer*innen in der

²² BGH, Beschl. v. 03.03.1977 – 2 StR 390/76, BGHSt 27, 135.

Lage waren, die Stimmen der beteiligten Personen wiederzuerkennen und sie konkreten Personen zuzuordnen, und dass sie diese Fähigkeit sorgfältig angewendet haben. Allerdings konnten schon die Dolmetscher*innen nicht das von ihnen angewandte Verfahren der Sprecherzuordnung in der Hauptverhandlung nachvollziehbar darstellen. Des Weiteren wurden seitens der Zeug*innen auf eine Liste Bezug genommen, in der einzelnen Stimmen bestimmte Eigenschaften zugeschrieben worden sind. Weder konnte der Entstehungsprozess dieser Liste schlüssig dargelegt werden, noch konnten diese Stimmen individuell und nachvollziehbar beschrieben werden.

Angesichts der Tatsache, dass sich keine*r in der Hauptverhandlung vernommenen BKA-Übersetzer*innen an konkrete Zuordnungssituationen erinnern konnte und zudem laut Aussagen der Zeug*innen eine strukturelle Überprüfung der erfolgten Zuordnung zu keinem Zeitpunkt stattgefunden hat, stellte die Verlesung der Sprecherzuordnung eine vollständige Ersetzung der Beweisaufnahme über die eigene Wahrnehmung der Zeug*innen dar.

Auch die vom *Gericht* beauftragte Phonetik-Sachverständige konnte die Richtigkeit der durch die Dolmetscher*innen vorgenommenen Stimmenzuordnung nicht sachverständig bestätigen, da es ihr nicht gelungen ist, in der Hauptverhandlung ihr Gutachten so zu erstatten, dass ihre Schlussfolgerungen nachvollzogen werden konnten. Sie wurde deshalb vor Beendigung ihrer Einvernahme entlassen. Der *Senat* hat den Verfahrensbeteiligten mitgeteilt, dass er die von den BKA-Übersetzer*innen in den Wortprotokollen vorgenom-

mene Sprecherzuordnung seiner Entscheidung nicht zugrunde legen würde.

F. Schluss

Gegen das Urteil haben sämtliche Angeklagte Revision eingelegt. Das schriftliche Urteil lag zum Zeitpunkt der Abfassung dieses Beitrages noch nicht vor. Sowohl das Verfahren als auch das Urteil wurden von einer kritischen Öffentlichkeit begleitet, die dieses Verfahren als Auftragsarbeit für den türkischen Präsidenten *Erdoğan* bewertet hat. Bei vier von den zehn Angeklagten haben die zuständigen Ausländerbehörden mittlerweile Ausweisungsverfahren eingeleitet und Anhörungsbögen verschickt. Im Falle der ebenfalls angeklagten Nürnberger Ärztin Frau Dr. *Büyükcavci*, die zu vier Jahren Freiheitsstrafe verurteilt worden ist, regt sich gegen die Einleitung des Ausweisungsverfahrens massiver Protest, der u.a. von Gewerkschaftler*innen, Kolleg*innen und Funktionär*innen aus dem Gesundheitswesen getragen wird.²³ Das Verständnis für das Strafverfahren war unter den Kolleg*innen schon sehr gering. Dass jetzt eine verdiente Ärztin des Nürnberger Klinikums in ein Land abgeschoben werden soll, in dem ihr Folter und Verfolgung droht, ist für den Unterstützerkreis gänzlich unverständlich.

²³ Eine Übersicht zu den Initiativen finden sich auf der Homepage von verdi Bayern – Bezirk Mittelfranken (<https://mittelfranken.verdi.de/ueber-uns/nachrichten/++co++1f628fc0-3df4-11eb-b0e3-001a4a160119>).

Aufsatz

Die Entschlüsselung von Smartphones gegen den Willen des Beschuldigten zum Zwecke der Durchführung des Strafverfahrens

Rechtsanwalt Dr. Mathias Grzesiek und Wiss. Mitarbeiter Daniel Zühlke, Frankfurt/M.

Prima facie glanzvolle Möglichkeiten der Verbrechensbekämpfung sind mit Vorsicht zu genießen – stehen sie doch in untrennbarem Zusammenhang mit massiven Eingriffen in die Grundrechte der betroffenen Personen.¹ Da Hersteller den Schutz von Daten ernst nehmen, halten neue Verschlüsselungsmethoden Einzug in die Endgeräte. Ermittler stehen vor faktischen und rechtlichen Hürden, wenn ein verschlüsseltes Smartphone ausgewertet werden soll. Der Beitrag erörtert die rechtlichen Möglichkeiten und Grenzen einer solchen Auswertung, insbesondere auch die Frage, ob biometrische Verschlüsselungsbarrieren durch unmittelbare Zwangsanwendung

der staatsanwaltschaftlichen Ermittlungspersonen überwunden werden können.

A. Einleitung

Das Smartphone hat Einzug in unser Leben gefunden und ist aus dem Alltag mittlerweile nicht mehr wegzudenken. Längst wird ein Mobiltelefon nicht nur für Telefongespräche gebraucht. Smartphone-Nutzer kommunizieren über Messenger-Dienste, erstellen hunderte Fotos mit genauen Zeit- und

¹ Für Viele *Singelstein* NSz 2012, 593 (599).

Beirat

Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte:

Nicolas Becker, Berlin • Wolfgang Bendler, München • Bertram Börner, Hannover • Dr. h.c. Rüdiger Deckers, Düsseldorf • Prof. Norbert Gatzweiler, Köln • Kurt Groenewold, Hamburg • Prof. Dr. Rainer Hamm, Frankfurt a.M. • Dr. Heinrich Hannover, Bremen • Erich Joester, Bremen • Eberhard Kempf, Frankfurt a.M. • Uwe Maeffert, Hamburg • Prof. Dr. Volkmar Mehle, Bonn/Berlin • Dr. Regina Michalke, Frankfurt a.M. • Prof. Dr. Ralf Neuhaus, Dortmund • Prof. Dr. Tido Park, Dortmund • Jürgen Pauly, Frankfurt a.M. • Dr. Imme Roxin, München • Prof. Dr. Franz Salditt, Neuwied • Dr. Jan Schlösser, Berlin • Prof. Dr. Reinhold Schlothauer, Bremen • Johann Schwenn, Hamburg • Dr. h.c. Gerhard Strate, Hamburg • Prof. Dr. Jürgen Taschke, Frankfurt a.M. • Prof. Dr. Günter Tondorf, Düsseldorf • Prof. Dr. Gerson Trüg, Freiburg • Prof. Dr. Michael Tsambikakis, Köln • Klaus-Ulrich Ventzke, Hamburg • Dr. Anne Wehnert, Düsseldorf • Ulrike Zecher, Berlin • Dr. Matthias Zieger, Berlin

Hochschullehrerinnen und Hochschullehrer:

Prof. Dr. Stephan Barton, Universität Bielefeld • Prof. Dr. Klaus Bernsmann, Ruhr-Universität Bochum • Prof. Dr. Werner Beulke,

Universität Passau • Prof. Dr. Jochen Bung, M.A., Universität Hamburg • Prof. Dr. Friedrich Dencker, Westfälische Wilhelms-Universität Münster • Prof. em. Dr. Erhard Denninger, Goethe-Universität Frankfurt a.M. • Prof. Dr. Robert Esser, Passau • Prof. Dr. Karsten Gaede, Bucerius Law School, Hamburg • Prof. Dr. Sabine Gless, Universität Basel • Prof. Dr. Bernhard Haffke, Universität Passau • Prof. em. Dr. Arthur Kreuzer, Justus-Liebig-Universität Gießen • Prof. Dr. Michael Lindemann, Universität Bielefeld • Prof. Dr. Henning Ernst Müller, Universität Regensburg • Prof. em. Dr. Ingo Müller, Hochschule der Polizei Hamburg • Prof. Dr. Cornelius Nestler, Universität zu Köln • Prof. Dr. Heribert Ostendorf, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel • Prof. Dr. Hans-Ullrich Paeffgen, Rheinische Friedrich-Wilhelms-Universität Bonn • Prof. Dr. Cornelius Prittwitz, Goethe-Universität Frankfurt a.M. • Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Bernd Schünemann, Ludwig-Maximilians-Universität München • Prof. em. Dr. Karl F. Schumann, Universität Bremen • Prof. Dr. Hans Theile, LL.M., Universität Konstanz • Prof. em. Dr. Heinz Wagner, Christian-Albrechts-Universität zu Kiel • Prof. Dr. Thomas Weigend, Universität zu Köln • Prof. Dr. Wolfgang Wohlers, Universität Basel

Zitierweise: StV-S

Redaktion:

Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski, Juniorprofessor für Strafrecht und Strafprozessrecht; c/o RuPS (s.u.); E-Mail: stv@dominikbrodowski.net

Rechtsanwältin Lea Voigt, Fachanwältin für Strafrecht, Willy-Brandt-Platz 3, 28215 Bremen,

Tel.: 04 21/33 51 66, Fax: 04 21/3 35 16 88;

E-Mail: stv-voigt@strafverteidiger-bremen.de

Rechtsanwalt Prof. Dr. Björn Gercke, Fachanwalt für Strafrecht, Hohenstaufenring 62, 50674 Köln, Tel.: 0221/4 76 70 60, Fax: 0221/47 67 0610; E-Mail: stv@gw-straftsachen.de

Prof. Dr. Matthias Jahn, Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtstheorie/Forschungsstelle Recht und Praxis der Strafverteidigung (RuPS), Goethe-Universität Frankfurt, Theodor-W.-Adorno-Platz 4, 60629 Frankfurt/M., Tel.: 0 69/798-3 43 36, Fax: 0 69/798-3 45 21; E-Mail: rups@jura.uni-frankfurt.de

Rechtsanwalt Prof. Dr. Helmut Pollähne, Willy-Brandt-Platz 3, 28215 Bremen, Tel.: 04 21/33 51 66, Fax: 04 21/3 35 16 88; E-Mail: stv-pollaehne@strafverteidiger-bremen.de

Verlag:

Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Wolters-Kluwer-Straße 1

50354 Hürth

Katharina Tobschirbel, Tel.: +49-(0)-2233-3760-7005

Anschrift für anonymisierte Entscheidungseinsendungen:

STRAFVERTEIDIGER

Herrn Rechtsanwalt Prof. Dr. Helmut Pollähne • Frau Rechtsanwältin Lea Voigt
Willy-Brandt-Platz 3
28215 Bremen

E-Mail: stv-entscheidungen@strafverteidiger-bremen.de

Anschrift für Aufsätze, Anmerkungen und Rezensionen:

STRAFVERTEIDIGER

Herrn Prof. Dr. Matthias Jahn • Herrn Jun.-Prof. Dr. Dominik Brodowski
Lehrstuhl für Strafrecht, Strafprozessrecht, Wirtschaftsstrafrecht und Rechtstheorie/Forschungsstelle Recht und Praxis der Strafverteidigung (RuPS)
Goethe-Universität Frankfurt
Theodor-W.-Adorno-Platz 4
60629 Frankfurt/M.

E-Mail: rups@jura.uni-frankfurt.de

Manuskripte:

Für unverlangt eingesandte Manuskripte wird keine Haftung übernommen. Sie gelten als Veröffentlichungsvorschlag zu den Bedingungen des Verlages. Beiträge werden nur zur Alleinveröffentlichung angenommen. Mit der Annahme erwirbt der Verlag vom Verfasser alle Rechte zur Veröffentlichung, auch das Recht der weiteren Vervielfältigung zu gewerblichen Zwecken im Wege fotomechanischer oder anderer Verfahren sowie zur Einspeicherung und Ausgabe in Datenbanken (online oder offline) und ähnlichen Einrichtungen.

Verlags- und Urheberrechte:

Die in dieser Zeitschrift veröffentlichten Beiträge, auch die bearbeiteten Gerichtsentscheidungen und Leitsätze, sind urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlages unzulässig und strafbar. Dies gilt insbesondere für Vervielfältigungen, Übersetzungen, Mikroverfilmungen und die Einspeicherung in elektronische Systeme. Wolters Kluwer Deutschland gestattet hiermit rechtsverbindlich die den Regeln des Börsenvereins des Deutschen Buchhandels entsprechende Nutzung der in dieser Zeitschrift veröffentlichten Rezensionen.

Erscheinungsweise:

4mal jährlich Anfang des Kalendermonats als Beilage zum StV

Anzeigenverkauf:

Janosch Kleibrink, Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Wolters-Kluwer-Straße 1

50354 Hürth

Tel.+49(0)2233/3760-77 19

E-Mail: Janosch.Kleibrink@wolterskluwer.com

Anzeigendisposition:

Karin Odening, Wolters Kluwer Deutschland GmbH

Wolters-Kluwer-Straße 1

50354 Hürth

Tel. +49 (0) 2233/3760-7760

E-Mail: anzeigen@wolterskluwer.com

Z. Zt. gilt die Preisliste Nr. 25 vom 01.01.2021.

Umschlag und Layout:

Martina Busch, Grafikdesign, Homburg Kirrberg

Druck: Lotos Poligrafia Sp. z o.o., Warszawa, Polen

Satz: Datagroup-Int SRL, Timișoara

ISSN 2702-2471

www.stv-online.de