

L e i t s a t z

zum Beschluss des Zweiten Senats vom 7. Dezember 2011

- 2 BvR 2500/09 -

- 2 BvR 1857/10 -

Zur Verwertbarkeit rechtswidrig erhobener personenbezogener Informationen im Strafprozess.



**Im Namen des Volkes**

**In den Verfahren  
über  
die Verfassungsbeschwerden**

1. des Herrn K. ...,  
...,
2. des Herrn S. ...,  
...,
3. des Herrn S. ...,  
...,

- Bevollmächtigte:
1. Rechtsanwalt Axel Nagler,  
II. Hagen 39, 45127 Essen  
Bev. zu Zif.: 1,
  2. Rechtsanwältin Ricarda Lang,  
Neuhauser Straße 3 a, 80331 München  
Bev. zu Zif.: 1,
  3. Rechtsanwältin Andrea Groß-Bölting,  
Ehrenhainstraße 1, 42329 Wuppertal  
Bev. zu Zif.: 2,
  4. Rechtsanwalt Jochen Thielmann,  
Ehrenhainstraße 1, 42329 Wuppertal  
Bev. zu Zif.: 3,
  5. Rechtsanwalt Michael Ried,  
Pforzheimer Straße 37, 76337 Waldbronn  
Bev. zu Zif.: 3 -

gegen a) das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14. August 2009 - 3 StR 552/08 -

,

b) das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. Dezember 2007 -  
III-VI 10/05 –

**- 2 BVR 2500/09 -**,

des Beschwerdeführers zu 2.,

- Bevollmächtigte: Rechtsanwältin Andrea Groß-Bölting,  
Ehrenhainstraße 1, 42329 Wuppertal -

gegen a) den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 20. Juli 2010 - 3 StR 202/10

-,

b) das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 4. Februar 2010 - III-2  
STs 1/09 -

**- 2 BVR 1857/10 -**

hat das Bundesverfassungsgericht - Zweiter Senat - unter Mitwirkung der Richterinnen und Richter

Präsident Voßkuhle,  
Di Fabio,  
Lübbe-Wolff,  
Gerhardt,  
Landau,  
Huber,  
Hermanns

am 7. Dezember 2011 beschlossen:

Die Verfahren werden zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.

Das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14. August 2009 - 3 StR 552/08 - verletzt die Beschwerdeführer in ihrem Recht aus Artikel 103 Absatz 2 des Grundgesetzes. Das Urteil wird aufgehoben. Die Sache wird an den Bundesgerichtshof zurückverwiesen.

Die Beschlüsse des Bundesgerichtshofs vom 20. Oktober 2009 - 3 StR 552/08 - und vom 20. Juli 2010 - 3 StR 202/10 - sowie das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 4. Februar 2010 - III-2 STs 1/09 - sind gegenstandslos.

Die Bundesrepublik Deutschland hat den Beschwerdeführern jeweils die Hälfte ihrer notwendigen Auslagen zu erstatten.

### **Gründe:**

#### **A.**

Die Verfassungsbeschwerden richten sich gegen strafrechtliche Verurteilungen. Sie betreffen die Fragen, ob Informationen aus einer präventiv-polizeilichen Wohnraumüberwachung im Urteil verwertet werden durften und ob die Annahme einer Betrugsstrafbarkeit (§ 263 StGB) durch den Abschluss von Lebensversicherungen mit Art. 103 Abs. 2 GG vereinbar ist.

1

## I.

Durch Urteil vom 3. März 2004 stellte der Erste Senat des Bundesverfassungsgerichts fest, dass Vorschriften der Strafprozessordnung über die akustische Wohnraumüberwachung unvereinbar mit dem Grundgesetz sind, weil sie keine Vorkehrungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung enthielten (vgl. BVerfGE 109, 279 <280 f., 325 ff.>). Die betroffenen Vorschriften der Strafprozessordnung blieben aufgrund einer entsprechenden Anordnung unter Berücksichtigung des Schutzes der Menschenwürde und des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit bis zum 30. Juni 2005 anwendbar (BVerfGE 109, 279 <280 f., 381>).

2

## II.

1. Im Juni 2004 beantragte das Polizeipräsidium Mainz die richterliche Anordnung der Wohnraumüberwachung mit technischen Mitteln gemäß § 29 Abs. 1 des Rheinland-Pfälzischen Polizei- und Ordnungsbehördengesetzes (POG RP) für die Wohnung des Beschwerdeführers zu 1). Der Antrag wurde damit begründet, dass der sich in der Wohnung regelmäßig treffende Personenkreis die Begehung terroristischer Anschläge plane. Das Amtsgericht Mainz lehnte den Antrag ab, da bereits der Anfangsverdacht einer Straftat nach §§ 129a, 129b StGB bestehe. Auf die Beschwerde des Polizeipräsidiums Mainz genehmigte das Landgericht Mainz den Antrag mit Beschluss vom 14. Juli 2004 gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 und 2, Abs. 2 Satz 1, Abs. 4 POG RP. Die Genehmigung wurde nicht befristet. Im Rubrum dieses Beschlusses war der Beschwerdeführer zu 2) nicht aufgeführt. In den Gründen des Anordnungsbeschlusses wurde er dem Personenkreis zugerechnet, der sich regelmäßig in der Wohnung des Beschwerdeführers zu 1) treffe. Zudem wurde erwähnt, dass der Beschwerdeführer zu 2) seit dem 15. Mai 2004 in der Wohnung des Beschwerdeführers zu 1) gemeldet sei. Die Wohnraumüberwachung begann am 24. August 2004. Das Polizeipräsidium Mainz erließ für die eingesetzten Beamten Handlungsanweisungen; diese dienten der Umsetzung der Vorgaben zum Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (BVerfGE 109, 279). Die angeordnete manuelle Gesprächsaufzeichnung führten Polizeibeamte und Dolmetscher im Schichtbetrieb durch.

3

Das Polizeipräsidium Mainz beantragte am 8. Oktober 2004 beim Amtsgericht Mainz die Verlängerung der Maßnahme. Die Überwachung habe ergeben, dass der Beschwerdeführer zu 1) in die Netzwerke arabischer Mudjahedin verstrickt sowie die Beschwerdeführer zu 2) und 3) bereit seien, den Märtyrertod zu sterben. Danach bestehe wegen zu befürchtender Anschlagplanungen eine fortdauernde dringende Gefahr für die öffentliche Sicherheit. Das Amtsgericht Mainz verlängerte durch Beschluss vom 12. Oktober 2004 die Genehmigung für die Dauer von drei Monaten. Dieser Beschluss führt im Rubrum den Beschwerdeführer zu 2) wiederum nicht auf. Das Amtsgericht Mainz ordnete an, dass die Überwachung sofort abubrechen sei, wenn sich die Beschwerdeführer zu 1) oder 2) jeweils allein in der Wohnung aufhielten, wenn Gespräche offensichtlich für die Gefahrenabwehr irrelevant seien oder

4

wenn der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung - auch kurzzeitig - betroffen sei. Das Polizeipräsidium Mainz ergänzte die Handlungsanweisungen und berücksichtigte die Vorgaben des Amtsgerichts Mainz.

Mit Wirkung ab 10. März 2004 hatte § 29 POG RP in der Fassung des Landesgesetzes zur Änderung des Polizei- und Ordnungsbehördengesetzes und anderer Gesetze vom 2. März 2004 (GVBI S. 202) folgenden Wortlaut (§ 29 POG RP 2004):

## § 29

Datenerhebung durch den verdeckten Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen

(1) Die Polizei kann personenbezogene Daten durch den verdeckten Einsatz technischer Mittel zur Datenerhebung nach § 28 Abs. 2 Nr. 2 in oder aus Wohnungen des Betroffenen zur Abwehr einer dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit erheben über

1. die nach den §§ 4 und 5 Verantwortlichen und unter den Voraussetzungen des § 7 über die dort genannten Personen und

2. Kontakt- und Begleitpersonen (§ 26 Abs. 3 Satz 2), soweit die Datenerhebung zur Verhütung von besonders schwerwiegenden Straftaten nach Absatz 2 erforderlich ist.

Die Datenerhebung darf auch durchgeführt werden, wenn Dritte unvermeidbar betroffen werden.

(2) Besonders schwerwiegende Straftaten im Sinne dieses Gesetzes sind

1. Straftaten nach § 129 Abs. 4 in Verbindung mit § 129 Abs. 1, den §§ 129a, 129b und 181 Abs. 1 Nr. 2 und 3, den §§ 211, 212, 234, 234a, 239a, 239b und 244 Abs. 1 Nr. 2, den §§ 244a und 250 Abs. 1 und 2, § 253 Abs. 4 und den §§ 255, 260, 260a und 261 Abs. 1 bis 4 des Strafgesetzbuches sowie nach § 6 des Völkerstrafgesetzbuches,

(...)

(3) Eine Datenerhebung nach Absatz 1 in ein durch ein Amts- oder Berufsgeheimnis geschütztes Vertrauensverhältnis im Sinne der §§ 53 und 53 a der Strafprozessordnung ist unzulässig.

(4) Die Maßnahme bedarf der richterlichen Entscheidung. Sie ist auf höchstens drei Monate zu befristen. Eine Verlängerung um jeweils nicht mehr als drei Monate ist zulässig, soweit die in Absatz 1 bezeichneten Voraussetzungen vorliegen. Zuständig ist das Amtsgericht, in dessen Bezirk die Polizeibehörde ihren Sitz hat. § 21 Abs. 1 Satz 3 gilt entsprechend. Bei Gefahr im Verzug kann die Maßnahme durch die Behördenleitung oder einen von ihr besonders beauftragten Beamten des höheren Dienstes angeordnet werden; die richterliche Entscheidung ist unverzüglich nachzuholen.

(5) Nach Absatz 1 erlangte personenbezogene Daten sind besonders zu kennzeichnen und dürfen für einen anderen Zweck verwendet werden, soweit dies zur Verfolgung von Straftaten von erheblicher Bedeutung (§ 28 Abs. 3), zur Abwehr einer dringenden Gefahr oder zur vorbeugenden Bekämpfung von Straftaten von erheblicher Bedeutung erforderlich ist. Die Zweckänderung der Daten muss im Einzelfall festgestellt und dokumentiert werden.	17
(...)	18
Der von § 29 Abs. 5 Satz 1 POG RP 2004 in Bezug genommene § 28 Abs. 3 POG RP 2004 hatte folgenden Wortlaut:	19
§ 28	20
(...)	21
(3) Straftaten von erheblicher Bedeutung im Sinne dieses Gesetzes sind	22
1. Verbrechen und	23
2. Vergehen, die im Einzelfall nach Art und Schwere geeignet sind, den Rechtsfrieden besonders zu stören, soweit sie	24
a) sich gegen Leib, Leben oder Freiheit einer Person oder bedeutende Sach- oder Vermögenswerte richten,	25
b) auf den Gebieten des unerlaubten Waffen- oder Betäubungsmittelverkehrs, der Geld- und Wertzeichenfälschung oder des Staatsschutzes (§§ 74a und 120 des Gerichtsverfassungsgesetzes) begangen werden, oder	26
c) gewerbs-, gewohnheits-, serien- oder bandenmäßig oder sonst organisiert begangen werden.	27
(...)	28
2. Im Oktober 2004 leitete der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof gegen die Beschwerdeführer zu 1) und 2) ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Mitgliedschaft in einer terroristischen Vereinigung ein. Auf Antrag des Generalbundesanwalts beim Bundesgerichtshof, der zur Begründung des Tatverdachts auf die Erkenntnisse aus der zuvor auf polizeirechtlicher Grundlage durchgeführten Wohnraumüberwachung verwies, ordnete das Landgericht Karlsruhe mit Beschluss vom 24. November 2004 gemäß § 100c Abs. 1 Nr. 3e, Abs. 2 und 3 StPO die Wohnraumüberwachung für die Dauer von vier Wochen an. Die bisher gewonnenen Erkenntnisse ließen den Schluss zu, dass der Beschwerdeführer zu 1) im Auftrag von Al Qaida Mitglieder zur Begehung von Selbstmordattentaten rekrutiere und in dem Beschwerdeführer zu 2) bereits eine zum Märtyrertod bereite Person gefunden habe. Eine Ausforschung des unantastbaren Kernbereichs privater Lebensgestaltung sei nicht mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten, weil die in der abgehörten Wohnung zusammenstehenden Personen nicht miteinander verwandt seien und nicht in einer Beziehung höchstpersönlichen Vertrauens zueinander stünden. Soweit sich die Brüder	29

des Beschwerdeführers zu 2) in der Wohnung aufhielten, sei der sofortige Abbruch der Überwachung sichergestellt, sobald der Kernbereich der privaten Lebensgestaltung berührt werde. Das Landgericht Karlsruhe verlängerte die Maßnahmen durch Beschlüsse vom 22. Dezember 2004 und 19. Januar 2005 um jeweils vier Wochen. Am 23. Januar 2005 wurde die Wohnraumüberwachung nach Festnahme der Beschwerdeführer zu 1) und 2) beendet.

3. Im Überwachungszeitraum von etwa fünf Monaten wurden 703 Aufzeichnungen mit einer Gesamtdauer von etwas über 304 Stunden erstellt. Insgesamt 313 Gespräche wurden übersetzt. 30

4. Mit Wirkung ab 3. August 2005 wurde § 29 POG RP unter anderem um Regelungen zum Kernbereichsschutz ergänzt (Sechstes Landesgesetz zur Änderung des Polizei- und Ordnungsbehördengesetzes vom 25. Juli 2005, GVBl S. 320, POG RP 2005). Außerdem wurden die Verwendungsregelungen geändert. Die Vorschrift hatte danach folgenden Wortlaut: 31

§ 29 32

Datenerhebung durch den verdeckten Einsatz technischer Mittel in oder aus Wohnungen 33

(...) 34

(3) Die Datenerhebung nach Absatz 1 darf nur angeordnet werden, soweit nicht aufgrund tatsächlicher Anhaltspunkte anzunehmen ist, dass durch die Überwachung Daten erfasst werden, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind. Abzustellen ist dabei insbesondere auf die Art der zu überwachenden Räumlichkeiten und das Verhältnis der dort anwesenden Personen zueinander. 35

(4) Das Abhören, die Beobachtung sowie die Auswertung der erhobenen Daten durch die Polizei sind unverzüglich zu unterbrechen, sofern sich tatsächliche Anhaltspunkte dafür ergeben, dass Daten, die dem Kernbereich privater Lebensgestaltung zuzurechnen sind, erfasst werden. Unberührt bleibt die automatisierte Speicherung der Daten. Ist das Abhören und die Beobachtung nach Satz 1 unterbrochen worden, so dürfen diese Maßnahmen unter den in Absatz 3 Satz 1 genannten Voraussetzungen fortgeführt werden. 36

(5) Die Datenerhebung nach Absatz 1, die in den Kernbereich der privaten Lebensgestaltung eingreift, ist unzulässig. Die erhobenen Daten sind unverzüglich zu löschen und Erkenntnisse über solche Daten dürfen nicht verwertet werden. Die Tatsache der Erfassung der Daten und ihre Löschung sind zu dokumentieren. 37

(...) 38

(8) (...) Soweit ein Verwertungsverbot nach Absatz 5 Satz 2 in Betracht kommt, hat die Polizei unverzüglich eine Entscheidung des anordnenden Gerichts über die Verwertbarkeit der erlangten Erkenntnisse herbeizuführen. 39

(9) Nach Absatz 1 erlangte personenbezogene Daten sind besonders zu kennzeichnen. Nach einer Übermittlung ist die Kennzeichnung durch die Empfänger aufrechterhalten. Solche Daten dürfen für einen anderen Zweck verwendet werden, soweit dies zur

1. Verfolgung von besonders schweren Straftaten, die nach der Strafprozessordnung die Wohnraumüberwachung rechtfertigen,

2. Abwehr einer dringenden Gefahr im Sinne des Absatzes 1 erforderlich ist. Die Zweckänderung muss im Einzelfall festgestellt und dokumentiert werden.

(...)

Durch eine Gesetzesänderung mit Wirkung ab 23. Februar 2011 wurden die Regelungen zum Kernbereichsschutz in § 39a POG RP aufgenommen, auf den § 29 POG RP nun verweist (Siebtes Landesgesetz zur Änderung des Polizei- und Ordnungsbehördengesetzes vom 15. Februar 2011, GVBl S. 26).

### III.

1. Das Oberlandesgericht Düsseldorf verurteilte am 5. Dezember 2007 die Beschwerdeführer zu 1) und 2) wegen Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung in Tateinheit mit versuchtem bandenmäßigem Betrug in 28 tateinheitlich begangenen Fällen zu Freiheitsstrafen von sieben Jahren (Beschwerdeführer zu 1) und sechs Jahren (Beschwerdeführer zu 2) sowie den Beschwerdeführer zu 3) wegen Unterstützung einer ausländischen terroristischen Vereinigung in Tateinheit mit versuchtem bandenmäßigem Betrug in 28 tateinheitlich begangenen Fällen zu einer Freiheitsstrafe von drei Jahren und sechs Monaten.

a) Nach den vom Oberlandesgericht Düsseldorf getroffenen Feststellungen hatte der Beschwerdeführer zu 1) in den Jahren 2000 und 2001 in Trainingslagern der Organisation Al Qaida in Afghanistan eine terroristische Ausbildung erhalten und seither den gewaltsamen Jihad gegen die „Ungläubigen“ als seine außer jeder Diskussion stehende Individualpflicht betrachtet. Nach zwischenzeitlichem Aufenthalt in Deutschland reiste er im Oktober 2001 erneut nach Afghanistan und beteiligte sich dort von Ende 2001 bis Anfang 2002 an Kampfhandlungen der Al Qaida-Verbände. Er hatte dabei Kontakt zu Osama Bin Laden und gliederte sich in die Hierarchie der Organisation ein. Mitte Juli 2002 kehrte er nach Deutschland zurück und folgte der Anweisung, weiterhin für Al Qaida zu arbeiten. In der Folgezeit entfaltete er zu diesem Zweck umfangreiche Aktivitäten für Rekrutierungs- sowie Beschaffungsmaßnahmen und warb für die Unterstützung des gewaltsamen Jihad durch einen Märtyrereinsatz oder zumindest durch eine Spende an die Organisation.

Die Rekrutierungsbemühungen des Beschwerdeführers zu 1) hatten bei den Beschwerdeführern zu 2) und 3) Erfolg. Die Beschwerdeführer beschlossen, gemeinsam Geldmittel für Al Qaida zu beschaffen. Sie verabredeten, dass der Beschwerdeführer zu 2) Lebensversicherungsverträge mit Bezugsberechtigung des



Beschwerdeführers zu 3) abschließt. Anschließend sollte der Beschwerdeführer zu 2) nach Ägypten reisen und dort durch Bestechung von Amtspersonen inhaltlich unrichtige amtliche Dokumente wie eine Sterbeurkunde und einen polizeilichen Unfallbericht beschaffen, aus denen sich ein tödlicher Unfall des Beschwerdeführers zu 2) ergeben sollte. Mit diesen Dokumenten und unterstützt durch den Beschwerdeführer zu 1) sollte der Beschwerdeführer zu 3) den Versicherungsunternehmen einen tödlichen Autounfall des Beschwerdeführers zu 2) belegen und als Begünstigter die Versicherungsleistungen geltend machen. Ein erheblicher Teil des so erlangten Geldes war für Al Qaida bestimmt. Zu diesem Zweck stellte der Beschwerdeführer zu 2) mit Unterstützung des Beschwerdeführers zu 3) im Zeitraum vom 10. August 2004 bis zum 18. Januar 2005 insgesamt 28 Anträge auf Abschluss von Lebensversicherungsverträgen mit einer garantierten Todesfallsumme von insgesamt 4.325.985 Euro. Er verneinte die häufig gestellte Frage nach weiteren Todesfallabsicherungen oder entsprechenden Anträgen bei anderen Versicherungen. Nachdem seine wahrheitsgemäße Berufsangabe „Student“ zu Rückfragen geführt hatte, gab der Beschwerdeführer zu 2) in späteren Anträgen seinen Beruf mit „Autohändler“ oder „selbständiger Kaufmann“ an. Im Januar 2005 trafen die Beschwerdeführer Vorbereitungen für die Reise des Beschwerdeführers zu 2) nach Ägypten, die bis spätestens Ende Januar 2005 stattfinden sollte. Letztlich wurden neun Versicherungsverträge mit einer garantierten Todesfallsumme von 1.264.092 Euro abgeschlossen, 19 Anträge aufgrund zwischenzeitlicher Warnhinweise der Polizei und wegen der Festnahme der Beschwerdeführer zu 1) und 2) abgelehnt oder nicht mehr weiter bearbeitet.

b) Das Oberlandesgericht Düsseldorf stützte seine Überzeugungsbildung wesentlich auf Erkenntnisse, die durch die Wohnraumüberwachungsmaßnahmen gewonnen worden waren. Von 142 in die Hauptverhandlung eingeführten Gesprächen wurden Passagen aus 86 Aufzeichnungen im Urteil wiedergegeben.

48

Das Oberlandesgericht Düsseldorf war der Auffassung, dass die aus der polizeirechtlichen Wohnraumüberwachung erlangten Erkenntnisse nach § 100d Abs. 6 StPO in der zum Verurteilungszeitpunkt geltenden Fassung verwertbar seien und dass die polizeirechtlichen Rechtsgrundlagen der Wohnraumüberwachung verfassungskonform ausgelegt werden könnten. Die verfassungskonforme Organisation der Wohnraumüberwachung sei überprüft worden. Aufzeichnungen seien nicht automatisch erfolgt. Im Schichtbetrieb eingesetzte Polizeibeamte hätten mit Unterstützung von ebenfalls anwesenden Dolmetschern mitgehört und kurzfristig entschieden, ob neben dem Mithören aufgezeichnet oder ob auch das Mithören unterbrochen werde. Auf Grundlage der Angaben oder Notizen der Dolmetscher über den Gesprächsinhalt seien zur Dokumentation des Ablaufs und zur Vorbereitung der Entscheidung über eine ausführliche Übersetzung kurze Inhaltsangaben verfasst worden. „Soweit in den aufgezeichneten Gesprächen - eingestreut in unmittelbar gefahren- oder tatbezogene Äußerungen - auch Themen von allgemeinem Belang zur Sprache“ gekommen seien, habe die Überwachung den absolut geschützten Kernbereich privater

49

Lebensgestaltung nicht tangiert. Anhand der im Ermittlungsverfahren erstellten Wort- und Inhaltsprotokolle seien für die Hauptverhandlung Gesprächsaufzeichnungen ausgewählt und Sprachsachverständigen zur Erstellung deutschsprachiger Gesprächsprotokolle vorgelegt worden. Die Sprachsachverständigen hätten nur die verfahrensrelevanten Gesprächssequenzen wörtlich wiedergegeben, während erkennbar wiederholende oder nicht verfahrensrelevante Unterhaltungsteile lediglich inhaltlich beschrieben und im Protokoll durch Kursivdruck kenntlich gemacht worden seien. Aufgezeichnete Gebete seien in gefahrrelevante Gespräche über die Rechtfertigung von terroristischen Anschlägen oder die Verherrlichung des Märtyrertodes eingebettet gewesen; „Heirat“ und „Familie“ betreffende Gespräche hätten sich vorrangig auf die Erlangung eines gesicherten Aufenthaltsstatus sowie im Zusammenhang mit dem geplanten Versicherungsbetrug auf die finanzielle Versorgung als Voraussetzung des Märtyrertodes bezogen. „Im Hinblick auf mögliche Zweifel an einer Einhaltung der Grundsätze zum unantastbaren Kernbereich privater Lebensgestaltung“ sei „vorsorglich“ von einer Verwertung derjenigen Gesprächsaufzeichnungen abgesehen worden, die „Selbstgespräche“ des Beschwerdeführers zu 1) „während der Phasen seiner alleinigen Anwesenheit in der Wohnung erfassten“.

Seit dem 1. Juli 2005 und damit zum Zeitpunkt der Verurteilung durch das Oberlandesgericht Düsseldorf hatte § 100d Abs. 6 Nr. 3 StPO in der Fassung des Gesetzes zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (akustische Wohnraumüberwachung) vom 24. Juni 2005 (BGBl I S. 1841) folgenden Wortlaut: 50

§ 100d 51

(...) 52

(6) Personenbezogene Informationen aus einer akustischen Wohnraumüberwachung dürfen für andere Zwecke nach folgenden Maßgaben verwendet werden: 53

(...) 54

3. Sind verwertbare personenbezogene Informationen durch eine entsprechende polizeirechtliche Maßnahme erlangt worden, dürfen diese Informationen in einem Strafverfahren ohne Einwilligung der insoweit überwachten Personen nur zur Aufklärung einer Straftat, aufgrund derer die Maßnahme nach § 100c angeordnet werden könnte, oder zur Ermittlung des Aufenthalts der einer solchen Straftat beschuldigten Person verwendet werden. 55

(...) 56

c) Zur rechtlichen Würdigung führte das Oberlandesgericht Düsseldorf aus, dass versuchte Betrugstaten vorlägen, weil „die Beantragung von Lebensversicherungen schon den ersten Teilakt der mehrstufigen Tatausführung“ dargestellt habe. Zwar seien nach dem Tatplan noch weitere Täuschungshandlungen erforderlich gewesen. Die Einzelheiten der Vorgehensweise und deren zeitnahe Verwirklichung hätten je- 57

doch von Anfang an festgestanden. Dies habe eine konkrete Gefahr für das Vermögen der Versicherungen als geschütztes Rechtsgut begründet. Gleichwohl liege in den Fällen, in denen bereits ein Lebensversicherungsvertrag abgeschlossen worden sei, keine Tatvollendung vor. Ein Schaden sei mangels Auszahlung der erstrebten Versicherungssummen nicht eingetreten. Die Gewährung von Versicherungsschutz habe auch noch nicht zu einer schadensgleichen Vermögensgefährdung geführt, da die Ausreise des Beschwerdeführers zu 2) nach Ägypten erst im Januar 2005 unmittelbar bevorstanden habe sowie die Ermittlungsbehörden zu diesem Zeitpunkt bereits umfassend Kenntnis von den Einzelheiten der Tatplanung erlangt hatten und daher deren weitere Umsetzung hätten verhindern können.

2. Mit Wirkung ab 1. Januar 2008 (Gesetz zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG vom 21. Dezember 2007, BGBl I 2007, S. 3198) wurde § 100d Abs. 6 StPO durch § 100d Abs. 5 StPO ersetzt. § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO hat nunmehr folgenden Wortlaut:

58

§ 100d

59

(...)

60

(5) Personenbezogene Daten aus einer akustischen Wohnraumüberwachung dürfen für andere Zwecke nach folgenden Maßgaben verwendet werden:

61

(...)

62

3. Sind verwertbare personenbezogene Daten durch eine entsprechende polizeirechtliche Maßnahme erlangt worden, dürfen sie in einem Strafverfahren ohne Einwilligung der insoweit überwachten Personen nur zur Aufklärung einer Straftat, auf Grund derer die Maßnahme nach § 100c angeordnet werden könnte, oder zur Ermittlung des Aufenthalts der einer solchen Straftat beschuldigten Person verwendet werden.

63

3. Der Bundesgerichtshof änderte auf die Revisionen der Beschwerdeführer die Schuldsprüche durch Urteil vom 14. August 2009 (BGHSt 54, 69) ab. Danach waren der Beschwerdeführer zu 1) der Mitgliedschaft in einer ausländischen terroristischen Vereinigung in Tateinheit mit Betrug in neun sowie mit versuchtem Betrug in 19 tateinheitlichen Fällen, der Beschwerdeführer zu 2) der Unterstützung einer ausländischen terroristischen Vereinigung in Tateinheit mit Betrug in neun sowie mit versuchtem Betrug in 19 tateinheitlichen Fällen und der Beschwerdeführer zu 3) der Unterstützung einer ausländischen terroristischen Vereinigung in Tateinheit mit Betrug in fünf sowie mit versuchtem Betrug in 18 tateinheitlichen Fällen schuldig. Bezüglich des Beschwerdeführers zu 2) wurde unter Aufrechterhaltung der Feststellungen der Strafausspruch aufgehoben und die Sache im Umfang der Aufhebung zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Oberlandesgericht Düsseldorf zurückverwiesen.

64

a) Hinsichtlich der durch die Wohnraumüberwachungsmaßnahmen erlangten Informationen liege kein Beweisverwertungsverbot vor. 65

aa) Die durch die präventiv-polizeiliche Wohnraumüberwachungsmaßnahme erlangten Erkenntnisse seien verwertbar. Dies richte sich zunächst nach § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO. Die Erkenntnisse seien zum Nachweis einer Straftat nach §§ 129a, 129b StGB herangezogen worden, zu deren Aufklärung die Wohnraumüberwachung zum Zeitpunkt der Verwertung im Strafverfahren hätte angeordnet werden dürfen. Bei den Erkenntnissen handle es sich um verwertbare Daten im Sinne des § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO; der Begriff der Verwertbarkeit beziehe sich auf hier nicht vorliegende Verwertungsverbote aus § 100c StPO. Die Umwidmung der Daten werde durch § 29 Abs. 9 Satz 3 Nr. 1 POG RP 2005 zugelassen. 66

Als Ermächtigungsgrundlage für die Datenerhebung sei § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 POG RP 2004 mit Art. 13 Abs. 4 GG vereinbar und hinreichend bestimmt gewesen. Dagegen entspreche § 29 POG RP 2004 mangels einfachrechtlicher Vorschriften zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung nicht in vollem Umfang den verfassungsrechtlichen Anforderungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (BVerfGE 109, 279). Dies führe allerdings nicht dazu, dass die Daten nicht verwendet werden dürften. Grundsätzlich setze § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO voraus, dass die Daten polizeirechtlich rechtmäßig erhoben worden seien. Obwohl eine verfassungskonforme Auslegung der Vorschrift entgegen der Auffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf nicht möglich sei, stehe dies einer Verwertbarkeit nicht entgegen. Denn nicht jeder Rechtsverstoß bei der Beweisgewinnung führe zu einem Verwertungsverbot; es sei je nach den Umständen des Einzelfalls unter Abwägung aller maßgeblichen Gesichtspunkte und der widerstreitenden Interessen zu entscheiden. Diese Grundsätze hätten auch Geltung für Verwendungsregelungen wie § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO. Hier überwiege das öffentliche Interesse an der Strafverfolgung. Die Unvereinbarkeit des § 29 POG RP 2004 mit höherrangigem Recht begründe zwar einen Verstoß von Gewicht. Auch diese Vorschrift wäre jedoch entsprechend der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts zu den Regelungen der strafprozessualen Wohnraumüberwachung (BVerfGE 109, 279) während einer Übergangszeit für weiter anwendbar erklärt worden. Die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts zum Kernbereichsschutz habe der Landesgesetzgeber in die ansonsten verfassungsgemäße Vorschrift in einem Zeitraum von nur etwas über vier Monaten noch nicht einarbeiten können. Bei dieser Ausgangslage sei die Annahme, die Wohnraumüberwachung dürfe bei Gewährleistung des Kernbereichsschutzes durch entsprechende Vollzugsanordnungen durchgeführt werden, nicht unvertretbar gewesen. Jedenfalls habe materiell kein ungerechtfertigter Eingriff vorgelegen. 67

Die Anordnungsentscheidungen unterlägen keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken. Zum Zeitpunkt der Anordnung hätten konkrete Tatsachen die Einschätzung belegt, dass in der überwachten Wohnung Planungen und Vorbereitungen für Terroranschläge stattfänden. Die fehlende Erfassung des Beschwerdeführers zu 2) in Rubrum und Tenor der Anordnung als weiterer Bewohner der überwachten Wohnung 68

habe nicht zu einer Umgehung des Richtervorbehalts geführt; dieser sei vielmehr im Ergebnis wie ein Dritter (§ 29 Abs. 1 Satz 2 POG RP 2004) behandelt worden. Jedenfalls wäre ein Verstoß nur geringfügig, da auch gegen den Beschwerdeführer zu 2) unproblematisch eine Anordnung hätte erwirkt werden können. Die Verlängerungsanordnung sei ebenfalls nicht zu beanstanden.

Die Erkenntnisse seien auch nicht wegen einer Kernbereichsverletzung unverwertbar. Eine Unverwertbarkeit ergebe sich nicht aus § 100d Abs. 5 Nr. 3, § 100c Abs. 5 Satz 3 StPO, da im Urteil keine kernbereichsrelevanten Gespräche verwertet worden seien. Ein Verstoß gegen das Beweiserhebungsverbot aus § 100c Abs. 4 Satz 1 StPO sei nicht dargelegt oder sonst ersichtlich. Die Durchführung der Wohnraumüberwachung habe grundsätzlich den verfassungsrechtlichen Anforderungen genügt. Das Oberlandesgericht Düsseldorf habe die aufgezeichneten Gespräche eingehender Prüfung unterzogen und einzelne nicht verwertet. Die Polizeibehörden hätten die Anordnungen nicht planmäßig überschritten, sondern seien mit hohem personellen und technischen Aufwand um die Umsetzung der verfassungsrechtlichen Vorgaben bemüht gewesen. Aufgezeichnete Gebete seien in gefahrrelevante Gespräche über die Rechtfertigung terroristischer Anschläge oder die Verherrlichung des Märtyrertodes eingebettet gewesen. Die Themen „Heirat“ und „Familie“ seien durch Gespräche berührt worden, die sich vorrangig auf die Erlangung eines gesicherten Aufenthaltsstatus bezogen oder in Zusammenhang mit dem geplanten Versicherungsbetrug gestanden hätten. Es handle sich um eine Mutmaßung, dass über den gesamten Zeitraum jedenfalls mitgehört worden sei. Aus der Darstellung im Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf ergebe sich vielmehr, dass bei Wahrnehmung von kernbereichsrelevanten Gesprächen auch das Mithören beendet worden sei. Erst bei veränderten Personenkonstellationen in der Wohnung sei durch gelegentliches Hereinhören überprüft worden, ob die Gespräche verfahrensrelevante, nicht dem Kernbereich zugehörige Themen betroffen hätten. Der Verwertbarkeit der Äußerungen der Beschwerdeführer zu 2) und 3) stehe § 100c Abs. 6 StPO nicht entgegen. Gegen den Beschwerdeführer zu 3) habe zum maßgeblichen Zeitpunkt der Verwertung ein hinreichender Tatverdacht bestanden. Äußerungen eines Bruders der Beschwerdeführer zu 2) und 3) hätten nach § 100c Abs. 6 Satz 2 StPO verwertet werden dürfen.

69

Die Erkenntnisse aus der präventiv-polizeilichen Wohnraumüberwachung hätten danach auch Grundlage für die Anordnung der strafprozessualen Wohnraumüberwachung sein können.

70

bb) Die Rüge, es habe eine unzulässige Rundumüberwachung vorgelegen, sei jedenfalls unbegründet.

71

Wohnraumüberwachungsmaßnahmen seien etwa fünf Monate lang durchgeführt worden, wobei sich die Dauer der Aufzeichnungen auf 8,4 % des Gesamtüberwachungszeitraums belaufen habe. Die Videoüberwachung des Hauseingangs sei zwei Wochen vor der Wohnraumüberwachung begonnen und mit dieser beendet worden.

72

Außerdem seien die Videoüberwachung eines von den Beschwerdeführern zu 1) und 2) gelegentlich genutzten Telefonladens für einen Zeitraum von zwei Monaten genehmigt und die Anbringung von zwei Sendern an Fahrzeugen für ein Wochenende, die Herausgabe von Verbindungsdaten von insgesamt sechs an einem Tag aus fünf verschiedenen Telefonzellen geführten Gesprächen sowie die planmäßige Beobachtung des Beschwerdeführers zu 2) für einen Zeitraum von vier Monaten angeordnet worden. Etwa zehn Tage vor der Festnahme sei die Überwachung der von den Beschwerdeführern zu 1) und 2) genutzten Mobiltelefone, die Beschlagnahme aller an diese gerichteten Postsendungen und die langfristige Observation des Beschwerdeführers zu 1) angeordnet worden. Hinsichtlich des Beschwerdeführers zu 3) seien keine Überwachungsmaßnahmen angeordnet worden; dieser sei nur reflexartig betroffen gewesen.

Die über einen längeren Zeitraum durchgeführte und engmaschig strukturierte Wohnraumüberwachung sei angesichts der Gefahrenlage sowie zur Aufklärung der Planungs- und Verbindungsstrukturen erforderlich gewesen. Bei der konkreten Durchführung sei zudem auf einen möglichst schonenden Vollzug geachtet worden, was auch durch die im Verhältnis zum Zeitraum der Überwachung geringe Dauer der Aufzeichnungen belegt werde. In diesem Zusammenhang habe die Videoüberwachung des Hauseingangs die Eingriffsintensität nicht gesteigert, sondern durch die Überprüfbarkeit des in der Wohnung verkehrenden Personenkreises die Intensität der eingriffsintensiveren Abhörmaßnahme verringert. Auch bei einer Gesamtschau der Maßnahmen ergebe sich keine unzulässige Rundumüberwachung, mit der ein Persönlichkeitsprofil erstellt werden könnte. Eine solche Rundumüberwachung sei durch die vorhandenen verfahrensrechtlichen Sicherungen ausgeschlossen. Der Ermittlungsrichter und der Generalbundesanwalt seien über sämtliche Maßnahmen informiert gewesen.

73

b) Die Verurteilung der Beschwerdeführer wegen tateinheitlichen versuchten Betrugs in 28 Fällen halte rechtlicher Überprüfung nicht in vollem Umfang stand.

74

aa) In allen Fällen sei jedenfalls konkludent darüber getäuscht worden, nach den Vertragsbedingungen dauerhaft die Versicherungsprämien zahlen zu wollen und bereit zu sein, den Versicherungsschutz allein zur Abdeckung des zukünftigen Risikos eines ungewissen Schadenseintritts zu nutzen. Dies habe bei den Versicherungsunternehmen zu einer entsprechenden Fehlvorstellung über die Leistungsbereitschaft und die Vertragstreue geführt.

75

bb) Mit dem Abschluss eines Lebensversicherungsvertrags sei bei dem jeweiligen Versicherungsunternehmen ein Vermögensschaden eingetreten und die Betrugstat vollendet. Der beim Betrug durch Abschluss eines Vertrags (Eingehungsbetrug) vorzunehmende Vergleich der beiderseitigen Vertragsverpflichtungen ergebe, dass die Versicherungsprämien keinen äquivalenten Ausgleich für die mit dem Vertrag eingegangenen Verpflichtungen dargestellt hätten. Die Inanspruchnahme des Versicherers sei aufgrund der von den Beschwerdeführern beabsichtigten Manipulation sicher

76

zu erwarten gewesen. Einer entsprechenden Forderung hätte sich der Versicherer nur durch den Beleg der Unredlichkeit des Versicherungsnehmers, etwa durch den Nachweis der Unrichtigkeit der ägyptischen Todesbescheinigung, entziehen können. Damit sei die Leistungswahrscheinlichkeit der Versicherungen gegenüber dem vertraglich vereinbarten Einstandsrisiko signifikant erhöht gewesen. Eine dem Tatplan entsprechende spätere Auszahlung hätte lediglich zu einer Schadensvertiefung geführt und den Eingehungs- zum Erfüllungsbetrag werden lassen. Zwar könne eine Berechnung der Schadenshöhe nach bilanziellen Maßstäben schwierig sein, weil es für die Bewertung der Verpflichtung aus einem täuschungsbedingt abgeschlossenen Lebensversicherungsvertrag keine anerkannten Richtgrößen gebe. Dies führe jedoch lediglich dazu, dass unter Beachtung des Zweifelssatzes im Wege der Schätzung Mindestfeststellungen zu treffen seien. Erforderlichenfalls müsse sich das Gericht der Hilfe von Sachverständigen aus den Gebieten der Versicherungsmathematik oder der Versicherungsökonomik und/oder des Bilanzwesens bedienen. In den Fällen der Beantragung einer Lebensversicherung liege danach ein versuchter Eingehungsbetrag vor.

Die Rechtsauffassung des Oberlandesgerichts Düsseldorf, in allen Fällen habe ein versuchter Erfüllungsbetrag vorgelegen, sei rechtlich nicht haltbar. Es hätten noch wesentliche Zwischenschritte erfolgreich zurückgelegt werden müssen, bevor es möglich gewesen wäre, die Versicherungen in Anspruch zu nehmen. Denn vor Fingierung des Tods des Beschwerdeführers zu 2) in Ägypten und Beschaffung der entsprechenden falschen Unterlagen wäre es nicht möglich gewesen, die Versicherer durch deren Vorlage in Anspruch zu nehmen. 77

cc) Der Beschwerdeführer zu 3) habe nicht an allen Betrugstaten mitgewirkt; die vor seiner Mitwirkung begangenen Taten könnten ihm nicht zugerechnet werden. 78

c) Der Bundesgerichtshof schloss aus, dass bei zutreffender rechtlicher Würdigung geringere Freiheitsstrafen gegen die Beschwerdeführer zu 1) und 3) verhängt worden wären. Dagegen müsse hinsichtlich des Beschwerdeführers zu 2) über den Strafausspruch neu entschieden werden. 79

4. Die Beschwerdeführer machten gegenüber dem Bundesgerichtshof die Verletzung rechtlichen Gehörs geltend (§ 356a StPO). Sie beanstandeten, „bezüglich der jetzt vom BGH gewählten rechtlichen Konstruktion des Eingehungsbetrugs mit einem nicht bezifferten Schaden sui generis kein rechtliches Gehör in der einzigen Tatsacheninstanz erhalten“ zu haben. Auch hätten sie keine Gelegenheit gehabt, durch entsprechende Beweisanträge, Erklärungen oder sonstige Prozesshandlungen auf die dieser Wertung zugrunde liegenden Tatsachenfragen Einfluss zu nehmen. 80

Der Bundesgerichtshof verwarf die Anhörungsrüge mit Beschluss vom 20. Oktober 2009 als unbegründet. Die Beschwerdeführer seien zum verwerteten Verfahrensstoff gehört worden, zu berücksichtigendes Vorbringen sei nicht übergangen worden. Der rechtsfehlerfrei festgestellte Sachverhalt sei rechtlich abweichend gewürdigt worden, die konkrete Schadenshöhe habe für die revisionsrechtliche Prüfung keine Bedeu- 81

tung gehabt.

5. Das Oberlandesgericht Düsseldorf verurteilte den Beschwerdeführer zu 2) am 4. Februar 2010 zu einer Freiheitsstrafe von fünf Jahren und sechs Monaten. 82

6. Die Revision des Beschwerdeführers zu 2) gegen das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 4. Februar 2010 verwarf der Bundesgerichtshof mit Beschluss vom 20. Juli 2010 als unbegründet. 83

## **B.**

### **I.**

1. Die Beschwerdeführer zu 1) bis 3) greifen mit der Verfassungsbeschwerde 2 BvR 2500/09 das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. Dezember 2007 und das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14. August 2009 an. Sie beanstanden die Verwertung von Informationen aus der Wohnraumüberwachung und den Schuldspruch wegen Betrugs. 84

a) Hinsichtlich der Verwertung von Informationen aus der Wohnraumüberwachung rügen die Beschwerdeführer die Verletzung zahlreicher Grundrechte. 85

Es bestehe ein Beweisverwertungsverbot. Nach § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO dürften nur rechtmäßig erhobene Erkenntnisse verwertet werden. Die vom Bundesgerichtshof angewendete Abwägungslösung finde im Grundgesetz keine Stütze. Aus der Unverwertbarkeit der im präventiv-polizeilichen Ausgangsverfahren erhobenen Daten folge, dass diese auch im Strafverfahren nicht verwertet werden dürften. Es fehle an einer wirksamen Ermächtigungsgrundlage in § 29 POG RP 2004. Diese Vorschrift verstoße gegen das Bestimmtheitsgebot und enthalte keine Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung. Der Bundesgerichtshof habe in angemaßter Zuständigkeit eine besondere Form der Fortgeltung der verfassungswidrigen Norm fingiert. Wegen Verletzungen des Kernbereichs privater Lebensgestaltung dürften die Erkenntnisse insgesamt nicht verwertet werden. Die Wohnraumüberwachungsmaßnahme sei in unzulässiger Weise ausgeführt worden; ein Mithören ohne Aufzeichnung und Dokumentation verkürze die Rechtsschutzmöglichkeit der Beschwerdeführer. Auch die Anordnung der Wohnraumüberwachung sei rechtswidrig gewesen. Bei der Annahme einer dringenden Gefahr sei der Regelungsgehalt des Art. 13 Abs. 4 GG nicht beachtet worden; der Sache nach habe es sich um einen Eingriff zur Gefahrenforschung, Gefahrenvorsorge und Gefahrenverhütung gehandelt. Da der Beschwerdeführer zu 2) auch in der Wohnung gewohnt habe, nicht jedoch im Rubrum der jeweiligen Beschlüsse aufgeführt worden sei, liege ein Verstoß gegen den Richtervorbehalt vor und stellten sich die Entscheidungen als willkürlich dar. Da die Anordnungen des Landgerichts Karlsruhe auf den rechtswidrig erlangten Erkenntnissen der polizeilichen Überwachung beruhten, seien auch diese verfassungswidrig. Außerdem habe jedenfalls hinsichtlich der Beschwerdeführer zu 1) und 2) eine unzulässige Rundumüberwachung vorgelegen. 86



b) Hinsichtlich des Schuldspruchs wegen vollendeten Betrugs durch den Bundesgerichtshof rügen die Beschwerdeführer die Verletzung von Art. 101 Abs. 1 Satz 2, Art. 103 Abs. 1 und Art. 103 Abs. 2 GG. 87

aa) Der Bundesgerichtshof sei von einer Täuschung ausgegangen, obwohl es an einer Manipulation vor Vertragsschluss gefehlt habe. Die Annahme, dass jeder unredliche Vertragsschließende eine Täuschung vornehme, überschreite den möglichen Wortsinn dieses Tatbestandsmerkmals. Durch die Annahme eines vollendeten Betrugs bereits mit Abschluss der Lebensversicherungsverträge werde eine abstrakte Vermögensgefährdung als Schaden erfasst. Eine Bezifferung des Schadens sei unmöglich, insoweit lägen auch keine Mindestfeststellungen vor. 88

bb) Da sie keine Möglichkeit gehabt hätten, sich vor Erlass der Entscheidung des Bundesgerichtshofs zu dessen Wertung zu äußern, sei ihr Anspruch auf rechtliches Gehör verletzt worden. Wegen der Änderung des Schuldspruchs durch den Bundesgerichtshof ohne diesbezügliche Zurückverweisung sei ihnen auch die Möglichkeit genommen worden, durch ergänzende Tatsachenfeststellungen das Fehlen eines Schadens zu belegen. 89

cc) Schließlich seien sie mangels Vorlage an den Großen Senat für Strafsachen ihrem gesetzlichen Richter entzogen worden. 90

2. Der Beschwerdeführer zu 2) greift mit seiner weiteren Verfassungsbeschwerde 2 BvR 1857/10 das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 4. Februar 2010 und den Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 20. Juli 2010 an. 91

## II.

Das Bundesministerium der Justiz und das Justizministerium des Landes Nordrhein-Westfalen haben von Stellungnahmen abgesehen. Der Präsident des Bundesgerichtshofs hat mitgeteilt, dass der 4. Strafsenat zur Problematik des Eingehungsbetrugs auf sein Urteil vom 29. November 2007 - 4 StR 386/07 -, NStZ-RR 2008, S. 83, verweise. Der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof hält die Verfassungsbeschwerde 2 BvR 2500/09 für unbegründet; die Verfassungsbeschwerde 2 BvR 1857/10 hält er für unzulässig, jedenfalls aber für unbegründet. 92

## III.

1. Der Beschwerdeführer zu 1) hat seinen mit der Erhebung der Verfassungsbeschwerde gestellten Antrag auf Erlass einer einstweiligen Anordnung am 26. November 2009 zurückgenommen. 93

2. Auf Antrag des Beschwerdeführers zu 2) wurde durch Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 16. Juni 2011 - 2 BvR 1857/10 - im Wege der einstweiligen Anordnung die Vollstreckung der Freiheitsstrafe aus dem Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 4. Februar 2010 bis zur Entscheidung über die Verfassungsbeschwerde - längstens für die Dauer von sechs Monaten - ausgesetzt. 94

## C.

### I.

Die Voraussetzungen eines Verwertungsverbots als Folge einer Verletzung des Kernbereichs privater Lebensgestaltung haben die Beschwerdeführer nicht hinreichend substantiiert dargelegt. 95

### II.

Eine § 23 Abs. 1 Satz 2, § 92 BVerfGG genügende Begründung der Verfassungsbeschwerde setzt voraus, dass der die Rechtsverletzung enthaltende Vorgang substantiiert und schlüssig vorgetragen wird (vgl. BVerfGE 81, 208 <214>; 89, 155 <171>; 99, 84 <87>; 108, 370 <386 f.>; 113, 29 <44>). Bei einer gegen eine gerichtliche Entscheidung gerichteten Verfassungsbeschwerde hat der Beschwerdeführer sich mit dieser inhaltlich auseinanderzusetzen (vgl. BVerfGE 82, 43 <49>; 86, 122 <127>; 88, 40 <45>; 105, 252 <264>). Es muss deutlich werden, inwieweit durch die angegriffene Maßnahme das bezeichnete Grundrecht verletzt sein soll (vgl. BVerfGE 78, 320 <329>; 99, 84 <87>; 115, 166 <179 f.>). Liegt zu den mit der Verfassungsbeschwerde aufgeworfenen Verfassungsfragen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts bereits vor, der die angegriffenen Gerichtsentscheidungen folgen, so ist der behauptete Grundrechtsverstoß in Auseinandersetzung mit den vom Bundesverfassungsgericht entwickelten Maßstäben zu begründen (vgl. BVerfGE 77, 170 <214 ff.>; 99, 84 <87>; 101, 331 <345 f.>; 123, 186 <234>). 96

### III.

Danach sind die Ausführungen der Beschwerdeführer zur Verwertung kernbereichsrelevanter Informationen aus der Wohnraumüberwachung (1.), zur unzulässigen Durchführung der Wohnraumüberwachung insgesamt (2.) und zur Rundumüberwachung (3.) in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht unzureichend. 97

1. Die Beschwerdeführer legen nicht dar, dass im Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. Dezember 2007 kernbereichsrelevante Gespräche verwertet wurden. 98

a) Aus Art. 1 Abs. 1 GG ergibt sich, dass ein Kernbereich privater Lebensgestaltung als absolut unantastbar geschützt ist (vgl. BVerfGE 119, 1 <29 f.>; 120, 274 <335>; 124, 43 <69>). Selbst sehr schwerwiegende Interessen der Allgemeinheit können einen Eingriff in ihn nicht rechtfertigen; eine Abwägung findet nicht statt (vgl. BVerfGE 34, 238 <245 f.>; 80, 367 <373 f.>; 109, 279 <313 f.>; 120, 274 <335>). Den Kernbereich betreffende Informationen dürfen nicht verwendet und damit auch nicht in einem Urteil verwertet werden (vgl. BVerfGE 109, 279 <324, 331 f.>; 120, 274 <337>). Ob eine Information dem Kernbereich zuzuordnen ist, hängt davon ab, in welcher Art und Intensität sie aus sich heraus die Sphäre anderer oder Belange der Gemeinschaft berührt (vgl. BVerfGE 80, 367 <374>; 109, 279 <314 f.>; 113, 348 <391>; 124, 43 <69 f.>). Maßgebend sind die Besonderheiten des jeweiligen Einzelfalls (vgl. 99

BVerfGE 80, 367 <374>; 109, 279 <314>; 124, 43 <70>). Zum Kernbereich gehören etwa Äußerungen innerster Gefühle oder Ausdrucksformen der Sexualität (vgl. BVerfGE 109, 279 <313, 314 f.>; 119, 1 <29 f.>). Allerdings gehören nicht zum Kernbereich Äußerungen, die in unmittelbarem Bezug zu konkreten strafbaren Handlungen stehen, wie etwa Angaben über die Planung bevorstehender oder Berichte über begangene Straftaten (vgl. BVerfGE 80, 367 <375>; 109, 279 <319>; 113, 348 <391>; 124, 43 <70>).

b) Die Beschwerdeführer legen in der Begründung der Verfassungsbeschwerde schon nicht dar, dass kernbereichsrelevante Aufzeichnungen aus der Wohnraumüberwachung im Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. Dezember 2007 verwertet wurden. Weder bezeichnen sie die in den Urteilsgründen wiedergegebenen Gespräche, die dem Kernbereich zuzurechnen sein sollen, noch führen sie hinsichtlich der in der Begründung der Verfassungsbeschwerde bezeichneten Gespräche aus, dass diese im Urteil verwertet wurden. 100

2. Ebenfalls nicht dargelegt ist die Verwertung von Informationen, die in einem Zeitraum gewonnen wurden, in dem die Erfassung absolut geschützter Informationen wahrscheinlich war. 101

a) Akustische Wohnraumüberwachungsmaßnahmen sind unzulässig, wenn es wahrscheinlich ist, dass dadurch zum Kernbereich gehörende Informationen erfasst werden (vgl. BVerfGE 109, 279 <320 ff., 328>). Informationen, die in einem Zeitraum gewonnen wurden, in dem die Erfassung absolut geschützter Informationen wahrscheinlich war, dürfen umfassend und ungeachtet ihres Inhalts nicht verwendet werden (vgl. BVerfGE 109, 279 <331>). 102

Zur Bestimmung des Umfangs eines Verwendungsverbots hätte dargelegt werden müssen, in welchem Zeitraum die Erfassung absolut geschützter Gespräche wahrscheinlich war. Eine solche Darlegung ist nicht erfolgt. Die Beschwerdeführer legen auch nicht dar, dass dem Kernbereich zuzurechnende Informationen tatsächlich aufgezeichnet oder überwacht wurden. Sie führen nur stichwortartige Beschreibungen wie „Selbstgespräch“, „Beten“, „Gespräch über Tod des Vaters“ oder „Heirat“ an. Mangels genauerer Angaben zum Inhalt und zu den Begleitumständen der bezeichneten Äußerungen kann nicht beurteilt werden, ob sie höchstpersönlichen Charakter haben. 103

b) Die von den Beschwerdeführern gerügte Verkürzung der Rechtsschutzmöglichkeit wegen eines Verstoßes gegen Dokumentationspflichten ist nicht schlüssig dargelegt. Schriftlich festzuhalten ist nur, dass es zur Aufnahme absolut geschützter Gesprächsinhalte gekommen ist und dass die diesbezüglichen Aufzeichnungen deswegen vollständig gelöscht worden sind (vgl. BVerfGE 109, 279 <333>). Jede darüber hinausgehende aussagekräftige Dokumentation würde gegen das absolute Verbot der Erhebung kernbereichsrelevanter Informationen verstoßen (vgl. BVerfGE 109, 279 <318 f., 323 f., 331 ff.>; BVerfGK 11, 164 <177 f.>). Unbefriedigt bleibt danach zwar ein mögliches Interesse des Betroffenen an vollständiger Kenntnis dar- 104

über, welche Gesprächsinhalte überwacht worden sind (vgl. BVerfGE 109, 279 <332 f.>). Dies ist jedoch notwendige Konsequenz des Kernbereichsschutzes im Bereich der Wohnraumüberwachung, dem gerade auch das Absehen von einer automatischen Aufzeichnung dient (vgl. BVerfGE 109, 279 <323 f.>; BVerfGK 11, 164 <177 f.>).

3. Aus der Begründung der Verfassungsbeschwerde ergibt sich nicht, dass eine unzulässige Rundumüberwachung durchgeführt wurde. 105

a) Unzulässig ist eine Überwachung, wenn sie sich über einen längeren Zeitraum erstreckt und derart umfassend ist, dass nahezu lückenlos alle Bewegungen und Lebensäußerungen des Betroffenen registriert werden und zur Grundlage für ein Persönlichkeitsprofil werden können (vgl. BVerfGE 109, 279 <323>; 112, 304 <319>; BVerfGK 11, 164 <176 f.>). Es muss sichergestellt werden, dass die eine Ermittlungsmaßnahme beantragende oder anordnende Staatsanwaltschaft als primär verantwortlicher Entscheidungsträger über alle Ermittlungseingriffe informiert wird, die den Grundrechtsträger treffen (vgl. BVerfGE 112, 304 <319 f.>). 106

b) Aus der Begründung der Verfassungsbeschwerde ergibt sich nur, dass intensive verdeckte Ermittlungsmaßnahmen durchgeführt wurden, gegen deren Verhältnismäßigkeit angesichts des konspirativen Verhaltens der Beschwerdeführer und der Schwere des Tatverdachts keine Bedenken bestehen (vgl. BVerfGE 112, 304 <321>; vgl. weiter EGMR, Urteil vom 2. September 2010 - 35623/05 -, Uzun/Deutschland, NJW 2011, S. 1333 <1334 ff.> zu Art. 8 EMRK). Die Beschwerdeführer legen hingegen - darüber hinausgehend - nicht dar, dass die verdeckten Ermittlungsmaßnahmen geeignet waren, ein Persönlichkeitsprofil zu erstellen. So sind sie etwa der fachgerichtlichen Feststellung nicht entgegen getreten, dass sich die Dauer der Aufzeichnungen lediglich auf 8,4 % des Gesamtüberwachungszeitraums belaufen habe. 107

## D.

Im Übrigen verletzt die Verwertung von Erkenntnissen aus der Wohnraumüberwachung die Beschwerdeführer nicht in Grundrechten oder grundrechtsgleichen Rechten (I.). Der Schuldspruch wegen tateinheitlichen (versuchten) Betrugs verstößt gegen Art. 103 Abs. 2 GG (II.). 108

## I.

Verfassungsrechtlich ist die Verwertung von Informationen aus den präventiv-polizeilichen Wohnraumüberwachungsmaßnahmen im Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 5. Dezember 2007 nicht zu beanstanden. Die Verwertung dieser Informationen verletzt die Beschwerdeführer weder in ihrem Recht auf ein faires Verfahren (1.) noch in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (2.) oder in ihrem Recht auf den gesetzlichen Richter (3.). 109

1. Die Verwertung von Erkenntnissen aus der Wohnraumüberwachung verletzt die Beschwerdeführer nicht in ihrem Recht auf ein faires Strafverfahren (Art. 2 Abs. 2 110

Satz 2 i.V.m. Art. 20 Abs. 3 GG).

a) Das Recht auf ein faires Verfahren hat seine Wurzeln im Rechtsstaatsprinzip in Verbindung mit den Freiheitsrechten und Art. 1 Abs. 1 GG (vgl. BVerfGE 57, 250 <274 f.>; 86, 288 <317>; 118, 212 <231>; 122, 248 <271>) und gehört zu den wesentlichen Grundsätzen eines rechtsstaatlichen Verfahrens (vgl. BVerfGE 38, 105 <111>; 46, 202 <210>). Am Recht auf ein faires Verfahren ist die Ausgestaltung des Strafprozesses zu messen, wenn und soweit keine spezielle verfassungsrechtliche Gewährleistung existiert (vgl. BVerfGE 57, 250 <274 f.>; 109, 13 <34>; 122, 248 <271>). 111

Das Recht auf ein faires Verfahren enthält keine in allen Einzelheiten bestimmten Ge- oder Verbote; vielmehr bedarf es der Konkretisierung je nach den sachlichen Gegebenheiten. Eine Verletzung des Rechts auf ein faires Verfahren liegt erst vor, wenn eine Gesamtschau auf das Verfahrensrecht auch in seiner Auslegung und Anwendung durch die Fachgerichte ergibt, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben worden ist (vgl. BVerfGE 57, 250 <275 f.>; 63, 45 <61>; 64, 135 <145 f.>; 70, 297 <308 f.>; 86, 288 <317 f.>; 122, 248 <272>). 112

Im Rahmen dieser Gesamtschau sind nicht nur die Rechte des Beschuldigten, insbesondere prozessuale Rechte und Möglichkeiten mit der erforderlichen Sachkunde wahrnehmen und Übergriffe der staatlichen Stellen oder anderer Verfahrensbeteiligter angemessen abwehren zu können, sondern auch die Erfordernisse einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege in den Blick zu nehmen (vgl. BVerfGE 122, 248 <272 f.>). Das Rechtsstaatsprinzip gestattet und verlangt die Berücksichtigung der Belange einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege, ohne die der Gerechtigkeit nicht zum Durchbruch verholfen werden kann (vgl. BVerfGE 33, 367 <383>; 46, 214 <222>; 122, 248 <272>). Es besteht daher die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, eine funktionstüchtige Strafrechtspflege zu gewährleisten (vgl. BVerfGE 33, 367 <383>; 51, 324 <343 f.>; 77, 65 <76>; 107, 104 <118 f.>; 122, 248 <272 f.>). Diese muss dem Schuldgrundsatz Rechnung tragen, der sich aus der Garantie der Würde und Eigenverantwortlichkeit des Menschen (Art. 1 Abs. 1 und Art. 2 Abs. 1 GG) sowie aus dem Rechtsstaatsprinzip (Art. 20 Abs. 3 GG) ergibt. Danach ist jede strafende Ahndung einer Tat ohne Schuld des Täters ausgeschlossen (vgl. BVerfGE 20, 323 <331>; 95, 96 <140>; 109, 133 <171>; 110, 1 <13>; 122, 248 <270>; 123, 267 <413>). Außerdem muss bei der Festsetzung der Strafe das gerechte Verhältnis zwischen Tatschwere und Verschulden des Täters unter Berücksichtigung der besonderen Umstände des einzelnen Falls beachtet werden (vgl. BVerfGE 45, 187 <259 f.>; 54, 100 <108 f.>; 86, 288 <313>; 95, 96 <140>; 105, 135 <154 f.>; 120, 224 <253 f.>). Aus diesen verfassungsrechtlichen Vorgaben folgt, dass ein zentrales Anliegen des Strafprozesses die bestmögliche Ermittlung des wahren Sachverhalts sein muss (vgl. BVerfGE 57, 250 <275>; 63, 45 <61>; 80, 367 <375>; 86, 288 <317>; 107, 104 <118 f.>; 115, 166 <192>; 118, 212 <230 f., 233>; 122, 248 <270>). 113

Bei der Konkretisierung des Rechts auf ein faires Verfahren muss zudem der Beschleunigungsgrundsatz berücksichtigt werden, der zwar in erster Linie den Interessen des Beschuldigten dient, aber auch eng mit dem rechtsstaatlichen Erfordernis einer funktionstüchtigen Strafrechtspflege verknüpft ist (vgl. BVerfGE 41, 246 <250>; 63, 45 <68 f.>; 122, 248 <273>). Denn eine funktionstüchtige Strafrechtspflege erfordert die Durchsetzung des staatlichen Strafanspruchs innerhalb so kurzer Zeit, dass die Rechtsgemeinschaft die Strafe noch als Reaktion auf geschehenes Unrecht wahrnehmen kann. Unnötige Verfahrensverzögerungen stellen nicht nur die Zwecke der Kriminalstrafe in Frage; sie beeinträchtigen auch das verfassungsrechtlich abgesicherte öffentliche Interesse an einer möglichst vollständigen Wahrheitsermittlung im Strafprozess, da die Beweisgrundlage durch Zeitablauf verfälscht werden kann (vgl. BVerfGE 57, 250 <280>; 122, 248 <273>).

b) Die Verwertbarkeit rechtswidrig erhobener oder erlangter Informationen ist am Recht auf ein faires Verfahren zu messen. 115

aa) Es existiert keine andere verfassungsrechtliche Gewährleistung, aus der sich ein vollständiger Maßstab für die Verwertbarkeit von rechtswidrig erhobenen oder verwendeten Informationen ergibt. Soweit es um die Verwertung personenbezogener Informationen geht, ist zwar auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht berührt (siehe unten D.II.2.a). Die Frage eines Verwertungsverbots kann sich aber auch in Bezug auf Informationen stellen, deren Gewinnung oder Verwertung nicht oder nicht nur das allgemeine Persönlichkeitsrecht des Angeklagten berührt. Insbesondere müssen dem Angeklagten - unabhängig von der Frage, ob die Verwertung einer Information sein allgemeines Persönlichkeitsrecht berührt - hinreichende Möglichkeiten verbleiben, auf Gang und Ergebnis des Verfahrens Einfluss zu nehmen (vgl. BVerfGE 26, 66 <71>; 41, 246 <249>; 46, 202 <210>; 54, 100 <116>; 63, 332 <337 f.>; 64, 135 <144>; 65, 171 <174 f.>; 66, 313 <318>; 110, 226 <253>). Außerdem sind Mindestanforderungen an eine zuverlässige Wahrheitserforschung zu wahren (vgl. BVerfGE 57, 250 <274 ff.>; 70, 297 <308>; 77, 65 <76>; 86, 288 <317>; 118, 212 <230 f.>). Wegen der umfassenderen Schutzwirkung des Rechts auf ein faires Verfahren sind die Auswirkungen eines Rechtsverstößes bei der Informationserhebung oder -verwendung daher in erster Linie an dieser Gewährleistung zu messen (vgl. BVerfGE 13, 290 <296>; 64, 229 <238 f.>; 65, 104 <112>; 75, 348 <357>).

bb) Ein Beweisverwertungsverbot stellt von Verfassungs wegen eine begründungsbedürftige Ausnahme dar, weil es die Beweismöglichkeiten der Strafverfolgungsbehörden zur Erhärtung oder Widerlegung des Verdachts strafbarer Handlungen einschränkt und so die Findung einer materiell richtigen und gerechten Entscheidung beeinträchtigt. Grundrechtsverletzungen, zu denen es außerhalb der Hauptverhandlung gekommen ist, führen daher nicht zwingend dazu, dass auch das auf dem Inbegriff der Hauptverhandlung beruhende Strafurteil gegen Verfassungsrecht verstößt. Aus verfassungsrechtlicher Sicht ist ein Beweisverwertungsverbot geboten, wenn die Auswirkungen des Rechtsverstößes dazu führen, dass dem Angeklagten keine hinreichenden Möglichkeiten zur Einflussnahme auf Gang und Ergebnis des Verfahrens

verbleiben, die Mindestanforderungen an eine zuverlässige Wahrheitserforschung nicht mehr gewahrt sind oder die Informationsverwertung zu einem unverhältnismäßigen Eingriff in das allgemeine Persönlichkeitsrecht führen würde. Zudem darf eine Verwertbarkeit von Informationen, die unter Verstoß gegen Rechtsvorschriften gewonnen würden, nicht bejaht werden, wo dies zu einer Begünstigung rechtswidriger Beweiserhebungen führen würde. Ein Beweisverwertungsverbot kann daher insbesondere nach schwerwiegenden, bewussten oder objektiv willkürlichen Rechtsverstößen, bei denen grundrechtliche Sicherungen planmäßig oder systematisch außer Acht gelassen worden sind, geboten sein (vgl. BVerfGE 113, 29 <61>; 125, 260 <339 f.>).

c) Nach diesen verfassungsrechtlichen Maßstäben liegt kein Verstoß gegen das Recht auf ein faires Verfahren vor. Der rechtliche Ausgangspunkt des Bundesgerichtshofs entspricht den verfassungsrechtlichen Anforderungen (aa). Auch die Anwendung der Beweisverwertungsgrundsätze im konkreten Fall ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden (bb). 118

aa) Die erforderliche Gesamtschau auf das Verfahrensrecht in seiner Auslegung und Anwendung durch die Fachgerichte ergibt nicht, dass rechtsstaatlich zwingende Folgerungen nicht gezogen worden sind oder rechtsstaatlich Unverzichtbares preisgegeben worden ist. 119

(1) Rechtsgrundlage für die Beweisverwertung in einem strafgerichtlichen Urteil ist § 261 StPO (vgl. BVerfGE 106, 28 <48 f.>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 20. Mai 2010 - 2 BvR 1413/09 -, NJW 2010, S. 2937 <2938>; BGHSt 56, 127 <134>; Rogall, JZ 2008, S. 818 <822 f., 825>). Dem Wortlaut dieser Vorschrift lassen sich keine Anhaltspunkte dafür entnehmen, dass die Verwertung rechtswidrig erhobener oder erlangter Informationen nicht oder nur eingeschränkt zulässig ist (vgl. weiter Rogall, JZ 2008, S. 818 <822 f.>). Die Strafprozessordnung enthält keine allgemeinen Regelungen zu der Frage, welche Rechtsfolgen eine rechtswidrige Erhebung oder Verwendung von Informationen nach sich zieht; dies ist nur ausnahmsweise geregelt (vgl. § 136a Abs. 3 Satz 2 StPO). Auch Verwendungs- und Verwertungsverbote, die nicht an eine rechtswidrige Informationserhebung oder -verwendung anknüpfen, sind jeweils nur für Einzelfälle ausdrücklich angeordnet (vgl. etwa § 100a Abs. 4 Satz 2, § 100c Abs. 5 Satz 3, Abs. 6 Satz 2, § 100d Abs. 5 Nr. 1, § 100i Abs. 2 Satz 2, § 108 Abs. 2 und 3, § 160a Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 3, § 161 Abs. 2 Satz 1, Abs. 3, § 477 Abs. 2 Satz 2 StPO; vgl. zur uneinheitlichen gesetzlichen Terminologie Allgayer/Klein, wistra 2010, S. 130 <130 f.>). 120

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führt ein Rechtsverstoß bei der Beweiserhebung nicht ohne Weiteres zur Unverwertbarkeit der dadurch erlangten Erkenntnisse (vgl. BGHSt 24, 125 <128 ff.>; 38, 214 <219 f.>; 44, 243 <248 f.>). Es bedarf in jedem Einzelfall einer Abwägung der für und gegen die Verwertung sprechenden Gesichtspunkte (vgl. BGHSt 31, 304 <307 f.>; 38, 214 <219 f.>; 44, 243 <248 f.>). Für die Verwertbarkeit spricht stets das staatliche Aufklä- 121

rungsinteresse, dessen Gewicht im konkreten Fall vor allem unter Berücksichtigung der Verfügbarkeit weiterer Beweismittel, der Intensität des Tatverdachts und der Schwere der Straftat bestimmt wird. Auf der anderen Seite muss berücksichtigt werden, welches Gewicht der Rechtsverstoß hat. Dieses wird im konkreten Fall vor allem dadurch bestimmt, ob der Rechtsverstoß gutgläubig, fahrlässig oder vorsätzlich begangen wurde, welchen Schutzzweck die verletzte Vorschrift hat, ob der Beweiswert beeinträchtigt wird, ob die Beweiserhebung hätte rechtmäßig durchgeführt werden können und wie schutzbedürftig der Betroffene ist. Verwertungsverbote hat der Bundesgerichtshof insbesondere bei grober Verkennung oder bewusster Missachtung der Rechtslage angenommen (vgl. BGHSt 31, 304 <307 ff.>; 34, 39 <52 f.>; 35, 32 <33 f.>; 36, 396 <398 ff.>; 41, 30 <31>; 47, 362 <365 f.>; 48, 240 <248>; 51, 1 <2 f.>; 51, 285 <289 ff.>; BGH, Beschluss vom 30. August 2011 - 3 StR 210/11 -, juris, Rn. 10 ff.). Teilweise macht der Bundesgerichtshof ein Beweisverwertungsverbot davon abhängig, dass der Verwertung der betroffenen Information nach ihrer Einführung in die Hauptverhandlung widersprochen wird ("Widerspruchslösung"); ein Angeklagter ohne Verteidiger muss darüber belehrt werden (vgl. BGHSt 38, 214 <225 f.>; 39, 349 <352>; 42, 15 <22 ff.>; 50, 272 <274>; 51, 367 <376>; 52, 38 <41>; 52, 110 <113 f.>; Gössel, in: Löwe-Rosenberg, StPO, Bd. 1, 26. Aufl. 2006, Einl. Abschn. L Rn. 28 ff.). Im Revisionsverfahren bedarf es zur Geltendmachung eines Verwertungsverbots der Erhebung einer Verfahrensrüge (vgl. BGHSt 37, 245 <248>; 47, 362 <365>; 48, 240 <241>; 52, 38 <40>; 52, 110 <111>).

(2) Dies deckt sich auch mit den Anforderungen der Europäischen Menschenrechtskonvention (vgl. zu deren Berücksichtigung BVerfGE 111, 307 <315 ff.>; BVerfG, Urteil des Zweiten Senats vom 4. Mai 2011 - 2 BvR 2365/09 u.a. -, NJW 2011, S. 1931 <1935 f.>). Danach ist die Verwertbarkeit rechtswidrig erlangter Beweise an den Maßstäben des fairen Verfahrens nach Art. 6 Abs. 1 Satz 1 EMRK zu messen. Ob ein Verfahren fair war, ist nach Prüfung der Gesamtumstände zu entscheiden (vgl. EGMR, Urteil vom 25. März 1999 - 25444/94 -, Péllisier und Sassi/Frankreich, NJW 1999, S. 3545 <3545 f.>; EGMR, Urteil vom 11. Juli 2006 - 54810/00 -, Jalloh/Deutschland, NJW 2006, S. 3117 <3122 f.>; EGMR, Urteil vom 10. März 2009 - 4378/02 -, Bykov/Russland, NJW 2010, S. 213 <215>; EGMR, Urteil vom 1. Juni 2010 - 22978/05 -, Gäfgen/Deutschland, NJW 2010, S. 3145 <3148 ff.>). In diesem Rahmen findet Berücksichtigung, welches Gewicht der Verstoß gegen innerstaatliches Recht oder gegen ein Konventionsrecht hat (vgl. EGMR, Urteil vom 11. Juli 2006 - 54810/00 -, Jalloh/Deutschland, NJW 2006, S. 3117 <3122 f.>). Dies gilt auch für die Verwertung von Beweismitteln, die unter Verletzung von Art. 8 EMRK gewonnen worden sind (vgl. EGMR, Urteil vom 12. Mai 2000 - 35394/97 -, Kahn/Vereinigtes Königreich, JZ 2000, S. 993 <993 f.>; EGMR, Urteil vom 10. März 2009 - 4378/02 -, Bykov/Russland, NJW 2010, S. 213 <215>; Meyer, in: Karpenstein/Mayer, EMRK, 2012, Art. 6 Rn. 228 ff.).

122

(3) Die Abwägungslösung des Bundesgerichtshofs und die von ihm herangezogenen Kriterien entsprechen den verfassungsrechtlichen Anforderungen, die sich aus

123



dem Recht auf ein faires Verfahren ergeben.

Es begegnet keinen Bedenken, dass ein Verwertungsverbot nach einem Rechtsverstoß bei der Informationserhebung oder -verwendung von einem Widerspruch in der Hauptverhandlung abhängig gemacht wird. Dies trägt einerseits dem Interesse des Angeklagten an einer möglichst weitreichenden Dispositionsbefugnis Rechnung und gewährleistet andererseits, dass eine Beanstandung sowie die sich daraus ergebenden Rechtsfolgen noch während der Hauptverhandlung geprüft werden können, damit rechtzeitig Klarheit für deren weiteren Verlauf geschaffen wird. Auch die Erforderlichkeit einer Verfahrensrüge im Revisionsverfahren ist unbedenklich, solange an deren Begründung keine überspannten Anforderungen gestellt werden (vgl. BVerfGE 63, 45 <70>; 112, 185 <207 ff.>). 124

Das Bundesverfassungsgericht prüft die von den Fachgerichten vorgenommene Abwägung nicht im Einzelnen nach. Die Beurteilung der Frage, welche Folgen ein möglicher Rechtsverstoß hat und ob er zu einem Beweisverwertungsverbot führt, obliegt in erster Linie den zuständigen Fachgerichten. Das Bundesverfassungsgericht beschränkt sich auf die Kontrolle, ob die Fachgerichte in verfassungsrechtlich erheblicher Weise den Schutzbereich einer verletzten Norm und eines betroffenen Grundrechts verkannt, die weiteren Anforderungen für die Annahme eines Verwertungsverbots nach einem Rechtsverstoß bei der Informationserhebung oder -verwendung überspannt und rechtsstaatliche Mindeststandards gewahrt haben. 125

bb) Nach diesem verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab ist die Ablehnung eines Beweisverwertungsverbots im Ausgangsverfahren durch den Bundesgerichtshof nicht zu beanstanden. Es wurden alle relevanten Gesichtspunkte in die Abwägung eingestellt (1). Auch gegen das Abwägungsergebnis bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken (2). 126

(1) Der Bundesgerichtshof musste keine weiteren Gesichtspunkte berücksichtigen, die gegen die Verwertbarkeit der Informationen aus der polizeirechtlichen Wohnraumüberwachung sprechen. 127

(a) Die Ermächtigungsgrundlage des § 29 Abs. 1 POG RP 2004 ist hinreichend bestimmt. Ihre Tatbestandsvoraussetzung „zur Abwehr einer dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit“ entspricht dem Wortlaut des Art. 13 Abs. 4 Satz 1 GG; daraus ergibt sich eine ausreichende Beschreibung der Eingriffsvoraussetzungen und Einschränkung der Eingriffsbefugnisse (vgl. BVerfGE 109, 279 <378 f.>). Insbesondere ermöglicht die Vorschrift keine allgemeine Vorsorge für die Verhütung oder Verfolgung künftiger Straftaten, da die Begrenzung des Eingriffs auf die Abwehr „dringender“ Gefahren neben dem Ausmaß auch die Wahrscheinlichkeit des Schadens in Bezug nimmt (vgl. BVerfGE 113, 348 <377 ff.>; Jarass, in: Jarass/Pieroth, GG, 11. Aufl. 2011, Art. 13 Rn. 30; Gornig, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, GG, Bd. 1, 6. Aufl. 2010, Art. 13 Rn. 124). 128

(b) Die Fachgerichte sind in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise 129

davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen des § 29 Abs. 1 POG RP 2004 vorlagen. Insbesondere beruht die Annahme, dass die Maßnahme zur Abwehr einer dringenden Gefahr für die öffentliche Sicherheit erfolgte, auf einer tragfähigen Tatsachengrundlage und einem zutreffenden Prüfungsmaßstab (vgl. BVerfGE 115, 320 <364 f., 367 ff.>).

(c) Es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass hinsichtlich des Beschwerdeführers zu 2) der Richtervorbehalt umgangen wurde oder dies beabsichtigt war. Zwar erfassen ihn die Tenorierungen der erstmaligen Anordnung und der Verlängerung der präventiv-polizeilichen Wohnraumüberwachung nicht. Allerdings wurde er im Antrag des Polizeipräsidiums Mainz ausdrücklich als Kontaktperson im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 POG RP 2004 bezeichnet und vom Landgericht Mainz (sowie vom Amtsgericht Mainz durch die Bezugnahme auf den Beschluss des Landgerichts Mainz) als solche behandelt. Zudem ergibt sich bereits aus der Begründung des Anordnungsbeschlusses, dass hinsichtlich des Beschwerdeführers zu 2) die Anordnungsvoraussetzungen vorlagen. 130

(d) Der Beschluss des Landgerichts Mainz vom 14. Juli 2004 war entgegen § 29 Abs. 4 Satz 2 POG RP 2004 nicht befristet. Das Fehlen einer Befristung hat sich jedoch nicht ausgewirkt, weil die Anordnung vor Ablauf der Höchstfrist von drei Monaten verlängert worden ist. 131

(e) Die im Zeitraum der Zweckänderung geltende Verwendungsregelung des § 29 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 in Verbindung mit § 28 Abs. 3 POG RP 2004 ermöglichte keine unzulässigen Zweckänderungen. 132

(aa) Speicherung und Verwendung personenbezogener Informationen und Daten sind grundsätzlich an den Zweck und an das Verfahren gebunden, für die sie erhoben wurden (vgl. BVerfGE 100, 313 <360>; 109, 279 <375>; 120, 351 <368>). Eine Zweckänderung bedarf einer formell und materiell verfassungsgemäßen Rechtsgrundlage und muss durch Allgemeinbelange gerechtfertigt sein, die die grundrechtlich geschützten Interessen überwiegen (vgl. BVerfGE 65, 1 <51, 62>; 100, 313 <360>; 109, 279 <375 f.>; 110, 33 <69>; 120, 351 <368 f.>). Der neue Verwendungszweck muss sich auf die Aufgaben und Befugnisse der Behörde beziehen, der die Daten übermittelt werden, und hinreichend klar geregelt sein. Schließlich dürfen der Verwendungszweck, zu dem die Erhebung erfolgt ist, und der veränderte Verwendungszweck nicht miteinander unvereinbar sein (vgl. BVerfGE 100, 313 <360>; 109, 279 <375 f.>; 110, 33 <68 f.>; 120, 351 <368 f.>; 125, 260 <333>; vgl. ferner EGMR, Entscheidung vom 29. Juni 2006 - 54934/00 -, Weber und Saravia/Deutschland, NJW 2007, S. 1433 <1434> zu Art. 8 EMRK). Eine solche Unvereinbarkeit läge vor, wenn mit der Zweckänderung grundrechtsbezogene Beschränkungen des Einsatzes bestimmter Erhebungsmethoden umgangen würden, die Informationen also für den geänderten Zweck nicht oder nicht in dieser Art und Weise hätten erhoben werden dürfen ("hypothetischer Ersatzeingriff"; vgl. BVerfGE 100, 313 <389 f.>; 109, 279 <377>; 110, 33 <73>; 120, 351 <369>; 125, 260 <333>). Zur Sicherung der Zweck- 133

bindung muss eine gesetzliche Verpflichtung zur Kennzeichnung und Protokollierung bestehen (vgl. BVerfGE 100, 313 <360 f., 395 f.>; 109, 279 <379 f.>; 110, 33 <75>; 125, 260 <333>). Zu gewährleisten ist die Erfüllung dieser Anforderungen durch Vorschriften des Normgebers, der für den Erlass der Vorschriften über die Datenerhebung zuständig ist (vgl. BVerfGE 100, 313 <320 ff., 360, 388 ff.>; 109, 279 <289, 375 f., 378 f.>; 110, 33 <35 ff., 68 ff.>; 125, 260 <344 ff., 355 f.>).

(bb) Es kommt im vorliegenden Zusammenhang nicht darauf an, ob die Vereinbarkeit von Erhebungs- und Verwendungszweck bei § 29 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 in Verbindung mit § 28 Abs. 3 POG RP 2004 gewährleistet ist sowie ob und gegebenenfalls in welchem Umfang eine verfassungskonforme Auslegung erforderlich und möglich wäre (vgl. BVerfGE 109, 279 <280 f., 344 ff., 375 f., 377, 381>). Denn § 100f Abs. 2 StPO in der Fassung des Gesetzes zur Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität vom 4. Mai 1998 (BGBl I S. 845) beschränkte die Verwendung im Strafverfahren ausweislich der Verweisung auf § 100c Abs. 1 Nr. 3 StPO auf den verfassungskonformen Umfang dieser Vorschrift (vgl. BVerfGE 109, 279 <283 ff., 288 f., 343 ff., 348 f., 375, 377 f.>). Vorschriften der Strafprozessordnung können zwar nicht über den Regelungsgehalt von Normen des Landespolizeirechts disponieren. Sie können jedoch bestimmen, dass von einer nach Landespolizeirecht zulässigen Zweckänderung im Strafverfahren nicht oder nur eingeschränkt Gebrauch gemacht wird. Die Pflicht zur Feststellung und Dokumentation der Zweckänderung ergibt sich aus § 29 Abs. 5 Satz 2 POG RP 2004.

134

(2) Auch die Gewichtung der für die Abwägung relevanten Gesichtspunkte durch den Bundesgerichtshof unterliegt keinen Bedenken. Dabei ist entscheidend, dass es sich bei der präventiv-polizeilichen Wohnraumüberwachung nicht um eine nach dem Grundgesetz generell unzulässige Maßnahme handelt und dass ihre tatsächliche Durchführung den verfassungsrechtlichen Anforderungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung entsprach (vgl. BVerfGE 85, 386 <400 ff.>).

135

2. Die Verwertung von Informationen, die durch die Wohnraumüberwachung und andere verdeckte Ermittlungsmaßnahmen gewonnen wurden, verletzt die Beschwerdeführer auch nicht in ihrem allgemeinen Persönlichkeitsrecht (Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG).

136

a) Die Verwertung personenbezogener Informationen in einer gerichtlichen Entscheidung greift in das allgemeine Persönlichkeitsrecht ein (vgl. BVerfGE 34, 238 <245>; 80, 367 <376, 379 f.>; 106, 28 <39, 44>; BVerfGK 14, 20 <23>). Das durch Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 1 Abs. 1 GG gewährleistete allgemeine Persönlichkeitsrecht umfasst als besondere Ausprägungen unter anderem das Recht am eigenen Wort, das Recht am eigenen Bild und das Recht auf informationelle Selbstbestimmung (vgl. BVerfGE 35, 202 <220>; 54, 148 <153 f.>; 106, 28 <39>; 118, 168 <183 ff.>). Abhängig von der Art der in der strafgerichtlichen Entscheidung verwerteten Informationen kann ein Eingriff in das Recht am eigenen Bild (vgl. § 267 Abs. 1 Satz 3 StPO) oder in das Recht am eigenen Wort (durch die Wiedergabe einer Äuße-

137

rung) vorliegen (vgl. BVerfGE 106, 28 <44>; BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des Ersten Senats vom 19. Dezember 1991 - 1 BvR 382/85 -, NJW 1992, S. 815; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 31. Juli 2001 - 1 BvR 304/01 -, NZA 2002, S. 284). Ist keine speziellere Ausprägung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts betroffen, greift die Verwertung von personenbezogenen Informationen jedenfalls in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein. Dieses Recht gewährleistet die Befugnis, grundsätzlich selbst über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten zu entscheiden (vgl. BVerfGE 65, 1 <41 f.>; 78, 77 <84>; 80, 367 <373>; 113, 29 <45 f.>; 115, 166 <187 f.>; 115, 320 <341>).

b) Die Rechtsgrundlage für die Verwertung personenbezogener Informationen in einem strafgerichtlichen Urteil bildet § 261 StPO (siehe oben D.I.1.c.aa.1). Diese Vorschrift ist verfassungsgemäß. 138

aa) Die Beschränkung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts ist zum Schutz überwiegender Allgemeininteressen zulässig durch ein Gesetz oder auf Grundlage eines Gesetzes, das Voraussetzungen und Umfang der Beschränkung hinreichend klar umschreibt und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit genügt (vgl. BVerfGE 65, 1 <44, 54>; 67, 100 <143>; 78, 77 <85>; 84, 239 <279 f.>; 92, 191 <197>; 115, 320 <344 f.>). 139

(1) Die hinreichend klare Umschreibung der Voraussetzungen und des Umfangs einer Beschränkung muss sich nicht unmittelbar aus der einschlägigen Vorschrift selbst ergeben. Sie kann auch durch den Regelungszusammenhang gewährleistet sein, in dem die Vorschrift steht (vgl. BVerfGE 65, 1 <54>; 92, 191 <197>; 113, 29 <51 f.>; 115, 166 <190 f.>; 120, 351 <367>; 124, 43 <60 f.>). 140

(2) Das Gewicht des in der Verwertung liegenden Eingriffs hängt maßgeblich davon ab, welchen Grad an Persönlichkeitsrelevanz die betroffenen Informationen haben und auf welchem Weg sie erlangt wurden. Die Eingriffsintensität ist insbesondere dann gesteigert, wenn die ursprüngliche Erhebung der verwerteten Informationen mit einem Eingriff in Art. 10 oder Art. 13 GG verbunden war (vgl. BVerfGE 115, 166 <189 f., 192 f.>; 115, 320 <348>). Demgegenüber hat das mit der Beschränkung verfolgte Ziel besonderes Gewicht, wenn ihm Verfassungsrang zukommt (vgl. BVerfGE 113, 29 <54>; 115, 166 <192>; 120, 351 <367>). 141

bb) Danach entspricht § 261 StPO den verfassungsrechtlichen Anforderungen. 142

(1) Als Rechtsgrundlage für die Verwertung personenbezogener Informationen entspricht § 261 StPO dem Gebot der Normenbestimmtheit und Normenklarheit. Nach §§ 155, 264 StPO erfolgt die Informationsverwertung allein zur Sachverhaltsaufklärung und -feststellung, soweit dies im Rahmen der angeklagten prozessualen Tat für die richterliche Entscheidungsfindung erforderlich ist (vgl. BVerfGE 113, 29 <51 f.>; 115, 166 <190 f.>; 124, 43 <60 f.>). Eine größere Regelungsdichte ist nicht erforderlich (vgl. Jahn, in: Verhandlungen des 67. Deutschen Juristentages, 2008, Gutachten C, S. C 68 f. m.w.N. auch zu abweichenden Ansichten). 143

(2) § 261 StPO entspricht bei verfassungskonformer Anwendung, die in Ausnahmefällen ein Verwertungsverbot anerkennt, dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. Unverhältnismäßige Eingriffe sind bereits durch die Verfahrensstruktur regelmäßig ausgeschlossen; verbleibenden Ausnahmefällen kann durch ein Verwertungsverbot begegnet werden. 144

(a) Die Verwertung personenbezogener Informationen in strafgerichtlichen Urteilen dient Zwecken, die Verfassungsrang haben. Sie erfüllt die verfassungsrechtliche Pflicht des Staates, eine funktionstüchtige Strafrechtspflege zu gewährleisten; zentrales Anliegen des Strafprozesses ist die vollständige Ermittlung des wahren Sachverhalts (siehe oben D.I.1.a). Abschließendes und notwendiges Element dieser Sachverhaltsaufklärung ist die nach der Beweiserhebung erfolgende tatrichterliche Überzeugungsbildung auf Grundlage der zur Verfügung stehenden - gerade auch personenbezogenen - Informationen (vgl. BVerfGE 57, 250 <277>; 64, 135 <148>; 74, 358 <372 f.>; 86, 288 <318>). 145

(b) In Strafverfahren wird, soweit es um die Verwertung rechtmäßig erhobener Daten geht, die Verhältnismäßigkeit der Informationsverwertung im Urteil in aller Regel bereits durch Beschränkungen der vorangehenden Informationserhebung gewährleistet, da zahlreiche Ermittlungsmaßnahmen und Beweiserhebungen nur unter einschränkenden Voraussetzungen zulässig sind. Dies ist insbesondere der Fall, wenn diese in Grundrechte mit qualifiziertem Schrankenvorbehalt eingreifen (vgl. zur akustischen Wohnraumüberwachung BVerfGE 109, 279 <325 ff.>; zur Erhebung von Telekommunikationsverkehrsdaten BVerfGE 107, 299 <312 ff.>; 125, 260 <309 ff.>; zur Telekommunikationsüberwachung BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 12. Oktober 2011 - 2 BvR 236/08 u.a. -). Außerdem muss bei jeder strafprozessualen Eingriffsmaßnahme im Einzelfall der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit gewahrt sein (vgl. zur Zeugenvernehmung BVerfGE 33, 367 <374 f.>; 38, 312 <325>; zur Beschlagnahme BVerfGE 34, 238 <248 ff.>; 44, 353 <372 ff.>; zur Wohnungsdurchsuchung BVerfGE 96, 44 <51>; 113, 29 <52 ff.>; 115, 166 <197 ff.>; 124, 43 <66 f.>; zu körperlichen Untersuchungen BVerfGE 16, 194 <201 f.>; 17, 108 <117>; 27, 211 <219>; zur Auskunft über Telekommunikationsverkehrsdaten BVerfGE 107, 299 <323 f.>; zur Kombination verschiedener verdeckter Ermittlungsmaßnahmen BVerfGE 112, 304 <321>). 146

Die Informationsverwertung ist in aller Regel auch dann verhältnismäßig, wenn - wie im vorliegenden Ausgangsverfahren - die Informationen ursprünglich zu einem anderen Zweck erhoben wurden und somit der weiteren Verwendung im Strafverfahren eine Zweckänderung vorangegangen ist. Eine solche Zweckänderung unterliegt materiellen Beschränkungen (siehe oben D.I.1.c.bb.1.e.aa). Der Verwendungszweck, zu dem die Erhebung erfolgt ist, und der veränderte Verwendungszweck dürfen nicht miteinander unvereinbar sein (vgl. BVerfGE 100, 313 <360>; 109, 279 <375 f.>; 110, 33 <68 f.>; 120, 351 <368 f.>; 125, 260 <333>). Eine solche Unvereinbarkeit läge vor, wenn mit der Zweckänderung grundrechtsbezogene Beschränkungen des Einsatzes bestimmter Erhebungsmethoden umgangen würden, die Informationen also 147

für den geänderten Zweck nicht oder nicht in dieser Art und Weise hätten erhoben werden dürfen ("hypothetischer Ersatzeingriff"; vgl. BVerfGE 100, 313 <389 f.>; 109, 279 <377>; 110, 33 <73>; 120, 351 <369>; 125, 260 <333>).

(c) Schon angesichts dieser Struktur des Strafverfahrens und der dadurch gewährleisteten Filterfunktion bereits auf der Ebene der Informationserhebung und Zweckänderung bedarf es für den Regelfall rechtmäßiger Informationserhebung keiner (weiteren) gesetzlichen Einschränkungen oder Konkretisierungen auf der Ebene der Informationsverwertung im Urteil. Dies schließt die Annahme eines Verwertungsverbots nicht aus, wenn ein unverhältnismäßiger Eingriff im Einzelfall vorliegen sollte (vgl. BVerfGE 34, 238 <248 ff.>; 80, 367 <375 f., 379 f.>; vgl. zum Zivilprozess BVerfGE 106, 28 <48 ff.>). 148

cc) § 261 StPO verstößt auch nicht gegen das Zitiergebot (Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG). 149

(1) Nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG muss ein Gesetz dasjenige Grundrecht unter Angabe seines Artikels nennen, das durch dieses Gesetz oder aufgrund dieses Gesetzes eingeschränkt wird. Dieses Zitiergebot erfüllt - bei nachkonstitutionellen Gesetzen - eine Warn- und Besinnungsfunktion (vgl. BVerfGE 64, 72 <79 f.>; 113, 348 <366>; 120, 274 <343>; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 12. Oktober 2011 - 2 BvR 236/08 u.a. -). Durch die Benennung des Eingriffs im Gesetzeswortlaut soll sichergestellt werden, dass der Gesetzgeber nur Eingriffe vornimmt, die ihm als solche bewusst sind und über deren Auswirkungen auf die betroffenen Grundrechte er sich Rechenschaft ablegt (vgl. BVerfGE 5, 13 <16>; 85, 386 <403 f.>; 113, 348 <366>; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 12. Oktober 2011 - 2 BvR 236/08 u.a. -). 150

(2) Danach findet das Zitiergebot auf § 261 StPO keine Anwendung. Die Vorschrift des § 261 StPO ermöglicht zwar auch die Verwertung von Informationen, deren ursprüngliche Erhebung mit einem Eingriff in Art. 10 GG oder - wie im Ausgangsverfahren - in Art. 13 GG verbunden war. Die Beachtung des Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG bei Erlass der für die Erhebung der Informationen einschlägigen Rechtsgrundlage (vgl. § 8 POG RP 2004) trägt aber der Warn- und Besinnungsfunktion des Zitiergebots in Bezug auf deren weitere Verwendung in einem gerichtlichen Verfahren ausreichend Rechnung. Rechtsgrundlagen für die Informationserhebung müssen Voraussetzungen sowie Umfang der Beschränkung hinreichend klar umschreiben und damit erkennen lassen, für welche Zwecke die erhobenen Informationen verwendet werden dürfen (vgl. BVerfGE 100, 313 <359 f., 372>; 110, 33 <53 f.>; 113, 348 <375 ff.>; 115, 320 <365>; 118, 168 <186 ff.>; 120, 274 <315 f.>). Dadurch ist gewährleistet, dass dem Gesetzgeber neben dem in der Informationserhebung liegenden Eingriff auch dessen weitere Auswirkungen bewusst sind. § 29 Abs. 5 POG RP 2004 erlaubt die Verwendung bei der Wohnraumüberwachung gewonnener personenbezogener Daten zu Zwecken der Strafverfolgung. Damit ist der Landesgesetzgeber von einer Verwendung auch und gerade bei der Wahrheitsermittlung im Strafprozess ausgegan- 151

gen. Auch wenn diese Verwendung einen selbständigen Grundrechtseingriff darstellt, ist damit keine Erweiterung der Grundrechtseinschränkung verbunden (vgl. dazu BVerfGE 113, 348 <366 f.>), vielmehr verwirklicht sich lediglich ein mit dem ursprünglichen Grundrechtseingriff verbundener Zweck. Deshalb besteht bei der Regelung der strafgerichtlichen Sachermittlung durch den Bundesgesetzgeber kein Anlass zur Nennung insoweit eingeschränkter Grundrechte gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 2 GG.

c) Auch die ständige Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, dass nach § 261 StPO rechtswidrig erhobene oder erlangte personenbezogene Informationen verwertet werden können, ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. 152

aa) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs führen Rechtsverstöße bei der Beweiserhebung nicht in jedem Falle zur Unverwertbarkeit der dadurch erlangten Erkenntnisse (siehe oben D.I.1.c.aa.1). Diese Sichtweise respektiert die gesetzgeberische Grundentscheidung und ist nach den anerkannten Methoden der Gesetzesauslegung vertretbar (vgl. BVerfGE 122, 248 <257 f.>). 153

bb) Hinsichtlich der Verwertung rechtswidrig erhobener oder erlangter Informationen ist § 261 StPO weder zu unbestimmt noch unverhältnismäßig. 154

(1) Die ausreichende Bestimmtheit ergibt sich auch insoweit daraus, dass die Informationsverwertung auf die Sachverhaltsaufklärung und -feststellung im Rahmen der angeklagten prozessualen Tat beschränkt ist (siehe oben D.I.2.b.bb.1). Eine darüber hinausgehende gesetzliche Präzisierung und Differenzierung unter Bezugnahme auf unterschiedliche Arten von Rechtsverstößen bei der Informationserhebung und -verwendung ist aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht erforderlich, zumal einer gesetzlichen Präzisierung keine orientierende Bedeutung für das Verhalten - insbesondere für die schützenswerte Grundrechtsausübung - von Grundrechtsträgern zukommt. Art, Gewicht und Auswirkungen von Rechtsverstößen bei der Erhebung oder Verwendung von Informationen stellen sich sehr unterschiedlich dar und müssen deshalb auch einer einzelfallbezogenen Betrachtung unterliegen (siehe oben D.I.1.b.bb). 155

(2) Die grundsätzliche Verwertbarkeit von personenbezogenen Informationen, die rechtswidrig erhoben oder erlangt wurden, lässt keine unverhältnismäßigen Eingriffe in das allgemeine Persönlichkeitsrecht zu. Zunächst führt nicht jeder Rechtsverstoß bei der Erhebung oder Verwendung personenbezogener Informationen dazu, dass deren spätere Verwertung unverhältnismäßig wäre. Rechtsverstöße, die eine Informationsverwertung als unverhältnismäßig erscheinen ließen, führen bereits nach den Maßstäben des fairen Verfahrens zur Unverwertbarkeit (siehe oben D.I.1.b.bb). 156

d) Danach bestehen ebenfalls keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Auslegung des § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO durch den Bundesgerichtshof, wonach diese Vorschrift jedenfalls nicht generell rechtswidrig erhobene Informationen von der Verwendung im Strafverfahren und damit auch von der Verwertung im Urteil aus- 157

schließt. Weder der allgemeine Sprachgebrauch noch die Terminologie der Strafprozessordnung indizieren eine Gleichstellung von „verwertbar“ und „rechtmäßig erhoben“. Die Gesetzesmaterialien zu § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO und zu den Vorgängerregelungen enthalten ebenfalls keine entsprechenden Anhaltspunkte (vgl. BTDrucks 16/5846, S. 49, 64; BTDrucks 13/8651, S. 15 zu § 100f Abs. 2 StPO in der Fassung des Gesetzes zu Verbesserung der Bekämpfung der Organisierten Kriminalität vom 4. Mai 1998, BGBl I S. 845; BTDrucks 15/4533, S. 18 zu § 100d Abs. 6 Nr. 3 StPO i.d.F. des Gesetzes zur Umsetzung des Urteils des Bundesverfassungsgerichts vom 3. März 2004 (akustische Wohnraumüberwachung) vom 24. Juni 2005, BGBl I S. 1841). Auch sonst ist die Anwendung des § 100d Abs. 5 Nr. 3 StPO durch den Bundesgerichtshof verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden.

3. Der Bundesgerichtshof hat durch das Unterlassen einer Vorlage des § 29 POG RP 2004 an das Bundesverfassungsgericht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG nicht gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verstoßen. 158

a) Aus Art. 100 Abs. 1 GG ergibt sich eine Pflicht der Fachgerichte zur Vorlage an das Bundesverfassungsgericht, wenn sie ein Gesetz, auf das es für eine Entscheidung ankommt, für unvereinbar mit dem Grundgesetz halten. Die insoweit alleinige Normverwerfungskompetenz des Bundesverfassungsgerichts dient der Wahrung der Autorität des Gesetzgebers im Verhältnis zur Rechtsprechung und soll Rechtsunsicherheit sowie Rechtszersplitterung verhindern (vgl. BVerfGE 1, 184 <199 f.>; 6, 55 <63>; 22, 373 <378>; 42, 42 <49>; 97, 117 <122>). Ausschließlich das Bundesverfassungsgericht kann feststellen, dass eine Vorschrift mit dem Grundgesetz unvereinbar ist und welche Rechtsfolge sich daraus ergibt (vgl. BVerfGE 34, 320 <322 ff.>). Für die Zulässigkeit - und demgemäß auch für die Notwendigkeit - einer Vorlage ist daher ohne Bedeutung, dass im Falle der Unvereinbarkeit einer Norm mit dem Grundgesetz das Bundesverfassungsgericht ihre weitere Anwendung anordnen kann (vgl. BVerfGE 87, 153 <180>; 93, 121 <131>; 117, 1 <28>). Bei einer außer Kraft getretenen Vorschrift kommt es darauf an, ob von ihr noch Rechtswirkungen ausgehen, die für das beim Fachgericht anhängige Verfahren entscheidungserheblich sind (vgl. BVerfGE 39, 148 <152>; 47, 46 <64>; 55, 32 <36>; 68, 155 <169 f.>; 106, 275 <296 f.>). 159

Das Unterlassen einer Vorlage verstößt gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG, wenn sich dem Fachgericht die entscheidungserhebliche Verfassungswidrigkeit einer Norm in einer Weise aufdrängen musste, dass das Absehen von einer Vorlage willkürlich war (vgl. BVerfGE 75, 223 <245>; 117, 330 <356>). 160

b) Danach liegt ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG nicht vor. Sowohl die Feststellung des Bundesgerichtshofs, § 29 POG RP 2004 sei nicht in vollem Umfang mit dem Grundgesetz vereinbar, als auch die damit in Zusammenhang stehende Erwägung, das Bundesverfassungsgericht hätte § 29 POG RP 2004 im Fall einer verfassungsrechtlichen Prüfung während einer Übergangszeit für weiter anwendbar erklärt, sind für die Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht erheblich gewesen. Er 161



hätte sich auf die Aussage beschränken können, dass auch die Annahme einer teilweisen Unvereinbarkeit des § 29 POG RP 2004 mit dem Grundgesetz nicht zu einem Verwertungsverbot führen würde.

## II.

Der Schuldspruch wegen tateinheitlichen vollendeten und versuchten Betrugs verstößt gegen Art. 103 Abs. 2 GG (1.). Es bedarf keiner Entscheidung, ob insoweit auch ein Verstoß gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG oder Art. 103 Abs. 1 GG vorliegt (2.). 162

1. Die Annahme des Bundesgerichtshofs, dass sich die Beschwerdeführer mit Abschluss von Lebensversicherungsverträgen wegen vollendeten Betrugs und mit der Beantragung von Lebensversicherungsverträgen wegen versuchten Betrugs strafbar gemacht haben, ist mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu vereinbaren. 163

a) Art. 103 Abs. 2 GG gewährleistet, dass eine Tat nur bestraft werden kann, wenn die Strafbarkeit gesetzlich bestimmt war, bevor die Tat begangen wurde. Die Bedeutung dieser Verfassungsnorm erschöpft sich nicht im Verbot der gewohnheitsrechtlichen oder rückwirkenden Strafbegründung. Art. 103 Abs. 2 GG enthält ein striktes Bestimmtheitsgebot für die Gesetzgebung sowie ein damit korrespondierendes, an die Rechtsprechung gerichtetes Verbot strafbegründender Analogie (vgl. BVerfGE 14, 174 <185>; 73, 206 <234>; 75, 329 <340>; 126, 170 <194>). 164

Aus Art. 103 Abs. 2 GG ergeben sich für die Strafgerichte Verpflichtungen in mehrfacher Hinsicht. Der Gesetzgeber und nicht der Richter ist zur Entscheidung über die Strafbarkeit berufen (vgl. BVerfGE 71, 108 <116>; 92, 1 <19>; 126, 170 <197>). Der Gesetzgeber hat zu entscheiden, ob und in welchem Umfang ein bestimmtes Rechtsgut mit den Mitteln des Strafrechts verteidigt werden muss. Den Strafgerichten ist es verwehrt, seine Entscheidungen zu korrigieren (vgl. BVerfGE 92, 1 <13>; 126, 170 <197>). Sie müssen in Fällen, die vom Wortlaut einer Strafnorm nicht mehr gedeckt sind, daher zum Freispruch gelangen und dürfen nicht korrigierend eingreifen (vgl. BVerfGE 64, 389 <393>; 126, 170 <197>). Aus dem Erfordernis gesetzlicher Bestimmtheit folgt ein Verbot analoger oder gewohnheitsrechtlicher Strafbegründung. Dabei ist „Analogie“ nicht im engeren technischen Sinn zu verstehen; ausgeschlossen ist vielmehr jede Rechtsanwendung, die - tatbestandsausweitend - über den Inhalt einer gesetzlichen Sanktionsnorm hinausgeht, wobei der Wortlaut als äußerste Grenze zulässiger richterlicher Interpretation aus der Sicht des Normadressaten zu bestimmen ist (vgl. BVerfGE 71, 108 <115>; 82, 236 <269>; 92, 1 <12>; 126, 170 <197 f.>). Dementsprechend darf die Auslegung und Anwendung der Tatbestandsmerkmale, mit denen der Gesetzgeber das unter Strafe gestellte Verhalten bezeichnet hat, nicht dazu führen, dass die dadurch bewirkte Eingrenzung der Strafbarkeit im Ergebnis wieder aufgehoben wird. 165

Bei der verfassungsrechtlichen Überprüfung, ob die Strafgerichte diesen aus Art. 103 Abs. 2 GG folgenden Vorgaben gerecht geworden sind, ist das Bundesver- 166

fassungsgericht nicht auf eine Vertretbarkeitskontrolle beschränkt. Der in Art. 103 Abs. 2 GG zum Ausdruck kommende strenge Gesetzesvorbehalt erhöht nämlich die verfassungsgerichtliche Kontrolldichte. Die Bestimmung der äußersten Grenzen des Strafgesetzes betrifft die Entscheidung über die Strafbarkeit und damit die Abgrenzung der Kompetenzen von Judikative und Legislative. Für die Klärung der insoweit aufgeworfenen Fragen ist das Bundesverfassungsgericht zuständig (vgl. BVerfGE 126, 170 <199>).

b) Gemessen hieran ist die Annahme von Täuschungen in den angegriffenen Entscheidungen verfassungsrechtlich unbedenklich (aa). Dagegen lässt sich die Annahme des Bundesgerichtshofs, dass bereits der Abschluss der Lebensversicherungsverträge einen Schaden verursacht habe (vollendeter Betrug) oder nach Vorstellung der Beschwerdeführer verursachen würde (versuchter Betrug), mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht mehr vereinbaren (bb). 167

aa) Der mögliche Wortsinn des § 263 Abs. 1 StGB („durch Vorspiegelung falscher oder durch Entstellung oder Unterdrückung wahrer Tatsachen“) ist nicht überschritten, wenn eine Täuschung durch schlüssiges Verhalten angenommen wird. Auch die Erfassung konkludenter Täuschungen darüber, zukünftig den eigenen vertraglichen Verpflichtungen nachkommen zu wollen und keine Verletzung vertraglicher Pflichten zu beabsichtigen, bewirkt keine Entgrenzung des § 263 Abs. 1 StGB oder Ausufahrung der Strafbarkeit. Insbesondere führt dies nicht dazu, dass schon allein „allgemeine Unredlichkeit“ oder „böse Absichten“ strafbar wären. Aus der grundsätzlichen Anwendbarkeit des § 263 Abs. 1 StGB auf derartige Täuschungen folgt nicht, dass ein schlüssiges Verhalten mit entsprechendem Erklärungswert auch im konkreten Einzelfall vorliegt. Außerdem begrenzen weitere Tatbestandsvoraussetzungen die Strafbarkeit. Die Täuschung muss zunächst einen korrespondierenden Irrtum verursachen. Schließlich setzt der Straftatbestand voraus, dass ein Schaden verursacht wird. Schon dies verhindert, dass allein die Verletzung oder beabsichtigte Verletzung von Vertragspflichten ohne Vermögensbezug zur Strafbarkeit führt. 168

Die fachgerichtliche Bewertung, dass das Verhalten der Beschwerdeführer eine konkludente Täuschung darstellt, gibt keinen Anlass für ein Eingreifen des Bundesverfassungsgerichts (zu möglichen Prüfungsansätzen vgl. BVerfGE 57, 250 <272>; 95, 96 <127 f.>; BVerfGK 1, 145 <149 ff.>; 4, 72 <73 f.>; 10, 125 <127>; 14, 12 <18>). 169

bb) Dagegen ist die Annahme des Bundesgerichtshofs, dass bereits der Abschluss der Lebensversicherungsverträge einen Schaden verursacht habe (vollendeter Betrug) oder nach Vorstellung der Beschwerdeführer verursachen würde (versuchter Betrug), mit Art. 103 Abs. 2 GG nicht zu vereinbaren. Gegen die Auslegung des § 263 Abs. 1 StGB im rechtlichen Ausgangspunkt bestehen zwar keine Bedenken (1). Die Darlegung verursachter oder beabsichtigter Vermögensschäden und die Bewertung des festgestellten Sachverhalts entsprechen jedoch nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen (2). 170

(1) Der rechtliche Ausgangspunkt des Bundesgerichtshofs, bereits mit Abschluss eines Vertrags könne ein Betrug vollendet sein („Eingehungsbetrag“), ist verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden. 171

(a) Als Eingehungsbetrag werden Fallgestaltungen bezeichnet, in denen bereits der Abschluss eines gegenseitigen Vertrags und nicht erst die auf Grundlage des Vertrags erfolgende Leistungserbringung zu einem Vermögensschaden führt (vgl. BGHSt 16, 220 <221>; 23, 300 <302>; 30, 388 <389 f.>; 32, 211 <212 f.>; 45, 1 <4>; Fischer, StGB, 58. Aufl. 2011, § 263 Rn. 176). Dies ist nach herrschender Auffassung durch den Vergleich der Werte der gegenläufigen Ansprüche festzustellen. Ein Vermögensschaden und damit ein vollendeter Betrug bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses liege vor, wenn der erlangte Anspruch weniger wert sei als die übernommene Verpflichtung (vgl. BGHSt 16, 220 <221>; 30, 388 <389 f.>; 45, 1 <4>; 51, 165 <174>; Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 263 Rn. 128 ff.). Dabei wird der Vermögensschaden teilweise als schadensgleiche konkrete Vermögensgefährdung beschrieben (vgl. BGHSt 23, 300 <303>; 32, 211 <212 f.>; Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, § 263 StGB Rn. 99, 101; Fischer, StGB, 58. Aufl. 2011, § 263 Rn. 164, 176; Cramer/Perron, in: Schönke/Schröder, StGB, 28. Aufl. 2010, § 263 Rn. 127, 131 f.). 172

Als Erfüllungsbetrag werden demgegenüber Fallgestaltungen bezeichnet, in denen erst die Abwicklung des Vertrags zu einem Vermögensschaden führt (vgl. BGHSt 32, 211 <213>; BGH, Urteil vom 8. Januar 1992 - 2 StR 102/91 -, NJW 1992, S. 921 <923>; Fischer, StGB, 58. Aufl. 2011, § 263 Rn. 175, 177). Wenn bereits der Abschluss des gegenseitigen Vertrags zu einem Vermögensschaden führe, könne dieser durch die spätere Vertragsabwicklung vertieft werden; es liegt dann nur *ein* Fall des Betrugs vor (vgl. BGHSt 47, 160 <170 f.>; Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, § 263 StGB Rn. 97, 104; Fischer, StGB, 58. Aufl. 2011, § 263 Rn. 159). 173

Der Vermögensschaden im Sinne des Betrugstatbestands soll bereits dann vorliegen, wenn das Vermögen konkret gefährdet ist (vgl. BGHSt 33, 244 <246>; 34, 394 <395>; 47, 160 <167>; 48, 331 <347 f.>; Fischer, StGB, 58. Aufl. 2011, § 263 Rn. 156). Dieser Schadenstypus wird ganz überwiegend als schadensgleiche Vermögensgefährdung oder Gefährdungsschaden beschrieben (vgl. BVerfGE 126, 170 <221 ff.>; Saliger, in: Festschrift Samson <2010>, S. 455 <469 f., 471 f.> m.w.N.). Nach einer teilweise vertretenen Ansicht sind die schadensgleiche Vermögensgefährdung oder der Gefährdungsschaden als eigenständige Kategorie jedoch entbehrlich oder sogar irreführend, da ohnehin stets eine Bewertung und Bezifferung des Schadens erforderlich sei (vgl. dazu BGHSt 53, 199 <201 ff.>; Saliger, in: Festschrift Samson <2010>, S. 455 <469 ff.>; Fischer, StGB, 58. Aufl. 2011, § 263 Rn. 157 f.; Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, § 263 StGB Rn. 94 f.). Die ursprünglich im Rahmen des Betrugstatbestands (§ 263 Abs. 1 StGB) entwickelte Rechtsfigur der schadensgleichen Vermögensgefährdung wurde auf das Nachteilsmerkmal des Untreuetatbestands (§ 266 Abs. 1 StGB) übertragen 174

und findet auch dort Anwendung (vgl. BVerfGE 126, 170 <221 ff., 229>; BVerfGK 15, 193 <200>). In der Rechtsprechung und ganz überwiegend auch in der Literatur werden die mit der schadensgleichen Vermögensgefährdung zusammenhängenden Fragestellungen unabhängig von der Zuordnung zu § 263 Abs. 1 oder § 266 Abs. 1 StGB einheitlich behandelt (vgl. BVerfGE 126, 170 <221 ff.>; BVerfGK 15, 193 <200>; Fischer, StGB, 58. Aufl. 2011, § 263 Rn. 156, § 266 Rn. 115, 150; Saliger, in: Festschrift Samson <2010>, S. 455 ff.; gegen eine parallele Betrachtung Safferling, NSTZ 2011, S. 376 <378>).

(b) Es ist jedenfalls grundsätzlich mit dem verfassungsrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz vereinbar, bereits bei der konkreten Gefahr eines zukünftigen Verlusts einen gegenwärtigen Vermögensschaden anzunehmen. Die für den Straftatbestand der Untreue (§ 266 StGB) maßgeblichen Erwägungen (vgl. BVerfGE 126, 170 <223 ff., 226, 229>) gelten auch für Fallgestaltungen des Eingehungsbetrugs. 175

Allerdings darf auf diese Weise der Tatbestand des § 263 StGB nicht verfassungswidrig überdehnt werden (vgl. BVerfGE 126, 170 <226 ff.>). Das Tatbestandsmerkmal des Vermögensschadens begrenzt die Betrugsstrafbarkeit und kennzeichnet § 263 Abs. 1 StGB als Vermögens- und Erfolgsdelikt. Verlustwahrscheinlichkeiten dürfen daher nicht so diffus sein oder sich in so niedrigen Bereichen bewegen, dass der Eintritt eines realen Schadens ungewiss bleibt (vgl. BVerfGE 126, 170 <229>). Die bloße Möglichkeit eines solchen Schadens genügt daher nicht. Zur Verhinderung der Tatbestandsüberdehnung muss, von einfach gelagerten und eindeutigen Fällen - etwa bei einem ohne weiteres greifbaren Mindestschaden - abgesehen, der Vermögensschaden der Höhe nach beziffert und dies in wirtschaftlich nachvollziehbarer Weise in den Urteilsgründen dargelegt werden (vgl. BVerfGE 126, 170 <211, 228 ff.>). Bestehen Unsicherheiten, so kann ein Mindestschaden im Wege einer tragfähigen Schätzung ermittelt werden (vgl. BVerfGE 126, 170 <212, 229 f.>). Normative Gesichtspunkte können bei der Bewertung von Schäden eine Rolle spielen; sie dürfen die wirtschaftliche Betrachtung allerdings nicht überlagern oder verdrängen (vgl. BVerfGE 126, 170 <212, 228>). 176

(2) Gemessen hieran entspricht die Darlegung der verursachten oder erwarteten Vermögensschäden und infolgedessen die Bewertung des festgestellten Sachverhalts nicht den verfassungsrechtlichen Anforderungen. 177

(a) Es fehlt an der ausreichenden Beschreibung und der Bezifferung der Vermögensschäden, die durch den Abschluss der Lebensversicherungsverträge verursacht wurden oder - in den Versuchsfällen - verursacht worden wären. Ein Schuldspruch wegen Betrugs durch das Revisionsgericht setzt voraus, dass eine den verfassungsrechtlichen Anforderungen entsprechende Bezifferung und Darlegung eines Mindestschadens entweder bereits erfolgt oder - in den Evidenzfällen, in denen eine nähere Darlegung sich erübrigt - sicher möglich ist. Entsprechende Feststellungen lassen sich dem angegriffenen Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14. August 2009 nicht entnehmen. Dort ist ausgeführt, dass sich die Bestimmung der Schadenshöhe als 178

schwierig erweisen könne und sich eine Berechnung nach bilanziellen Maßstäben als schwierig darstelle, weil es für die Bewertung keine anerkannten Richtgrößen gebe. Diese Schwierigkeiten ließen indes den Schaden nicht entfallen. Sie führten lediglich dazu, dass der Tatrichter grundsätzlich unter Beachtung des Zweifelsatzes im Wege der Schätzung Mindestfeststellungen zu treffen habe. Anhand welcher Kriterien die Schätzung konkret zu erfolgen habe, wird nicht erläutert. Danach ist ein Mindestschaden weder ohne weiteres greifbar, noch wurde dargelegt oder ist sonst ersichtlich, dass und wie er bestimmt werden kann. Da die Schadenshöhe entscheidend von der Wahrscheinlichkeit und vom Risiko eines zukünftigen Verlusts abhängt (vgl. BVerfGE 126, 170 <224>; Dannecker, in: Graf/Jäger/Wittig, Wirtschafts- und Steuerstrafrecht, 2011, § 263 StGB Rn. 95; Saliger, in: Festschrift Samson <2010>, S. 455 <470 f.>), setzt die Bestimmung eines Mindestschadens voraus, dass die Verlustwahrscheinlichkeit tragfähig eingeschätzt werden kann. Der Hinweis des Bundesgerichtshofs auf die „Hilfe von Sachverständigen aus den Gebieten der Versicherungsmathematik bzw. Versicherungsökonomie und/oder des Bilanzwesens“ ersetzt die für einen Schuldspruch notwendigen Darlegungen nicht. Welche Art statistischer Grundlagen oder probabilistischer Annahmen hierfür in einer Fallkonstellation wie der abgeurteilten in Betracht kommen könnte, haben das Oberlandesgericht Düsseldorf und der Bundesgerichtshof nicht einmal näherungsweise beschrieben.

(b) Zugleich überdehnt der Bundesgerichtshof mit der Annahme, mit Abschluss der Lebensversicherungsverträge seien die Verlustwahrscheinlichkeiten so groß gewesen, dass bereits gegenwärtige Vermögensschäden vorgelegen hätten, den Tatbestand in entgrenzender und damit verfassungswidriger Weise. Aus den teils vagen, teils in sich widersprüchlichen Ausführungen zur Schadensfeststellung ist zu entnehmen, dass dem Merkmal des Vermögensschadens in seiner tatbestandsbegrenzenden Funktion nicht die ihm von Gesetzes wegen zukommende Bedeutung beigemessen worden ist. Es fehlt bereits an Erwägungen dazu, inwiefern tragfähig geschätzt werden kann, wie hoch zum Zeitpunkt der (beabsichtigten) Vertragsabschlüsse die Wahrscheinlichkeit war, dass die Beschwerdeführer ihren Tatplan erfolgreich ausführen, die Versicherungsleistungen also später tatsächlich an sie ausgezahlt werden würden. Die Einschätzung des Bundesgerichtshofs, die Inanspruchnahme der Versicherungen sei „sicher zu erwarten“ gewesen, lässt sich mit dem festgestellten Sachverhalt nicht vereinbaren. Sie steht zudem im Widerspruch zu nachfolgenden Ausführungen, die lediglich diffuse Verlustwahrscheinlichkeiten zum Ausdruck bringen. Danach soll die „Leistungswahrscheinlichkeit gegenüber dem vertraglich vereinbarten Einstandsrisiko signifikant erhöht“ gewesen sein. Im Zusammenhang mit der Erörterung des versuchten Erfüllungsbetrugs betont der Bundesgerichtshof als relevante Kriterien „die Dichte des Tatplans“ sowie den „Grad der Rechtsgutsgefährdung“ und stellt für das fehlende unmittelbare Ansetzen zum Versuch entscheidend darauf ab, dass „zunächst noch wesentliche Zwischenschritte erfolgreich hätten zurückgelegt werden müssen, bevor es möglich gewesen wäre, die Versicherungen zur Leistung auf den Todesfall in Anspruch zu nehmen“. Zum Strafausspruch ist ausgeführt, dass „die (potentiellen) Vermögensschäden der Versicherer durch die (versuchten)

179

Eingehungsbetrugstaten ... wesentlich hinter den Beträgen zurückbleiben, die nach gelungener Vortäuschung des Versicherungsfalles“ erlangt werden sollten. Der Gesichtspunkt, dass die Beschwerdeführer bereits zum Zeitpunkt der Vertragsabschlüsse intensiv überwacht wurden, fand keine erkennbare Berücksichtigung (vgl. weiter Joecks, wistra 2010, S. 179 <180 f.>; Saliger, in: Festschrift Samson <2010>, S. 455 <478 f.>). Alles dies deutet darauf hin, dass der Bundesgerichtshof nicht die Feststellung eines konkreten Schadens in den Blick genommen hat, sondern für die Feststellung eines Vermögensschadens (abstrakte) Risiken genügen lässt, die jeder Vertragsschluss mit einem unredlichen Vertragspartner mit sich bringt. Damit wird der Charakter des Betrugs als Vermögensdelikt unter Verstoß gegen Art. 103 Abs. 2 GG hintangestellt.

2. Weil schon Art. 103 Abs. 2 GG verletzt ist, bedarf es keiner Entscheidung, ob der Bundesgerichtshof durch das Unterlassen einer Vorlage gemäß § 132 Abs. 2 oder Abs. 4 GVG an den Großen Senat für Strafsachen gegen Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verstoßen hat (vgl. BVerfGE 101, 331 <359 f.>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 16. August 1994 - 2 BvR 647/93 -, NStZ 1995, S. 76; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 26. Oktober 2006 - 2 BvR 1178/06 -, juris, Rn. 6; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 10. März 2009 - 2 BvR 49/09 -, wistra 2009, S. 307 <309>). Ebenso bedarf es keiner Entscheidung, ob der Bundesgerichtshof von einer Zurückverweisung in die Tatsacheninstanz absehen durfte.

180

## E.

Zur Beseitigung des festgestellten Verfassungsverstoßes wird das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14. August 2009 aufgehoben und die Sache an diesen zurückverwiesen. Zwar wäre aus verfassungsrechtlicher Sicht lediglich die Aufhebung der Schuldsprüche wegen tateinheitlichen (versuchten) Betrugs durch das Urteil des Bundesgerichtshofs vom 14. August 2009 und der möglicherweise darauf beruhenden Strafaussprüche erforderlich. Jedoch haben die Fachgerichte zu beurteilen, ob sich daraus weiterreichende Konsequenzen ergeben. Dies kann durch den Bundesgerichtshof erfolgen, was den Aufhebungsumfang auf das erforderliche Maß beschränkt (vgl. BVerfGK 14, 177 <186 f.>; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Zweiten Senats vom 9. Juli 1995 - 2 BvR 1180/94 -, NJW 1995, S. 2706 <2706 f.>; BGH, Beschluss vom 7. Juni 2011 - 4 StR 643/10 -, juris, Rn. 6 f.). Mit der Aufhebung des Urteils des Bundesgerichtshofs vom 14. August 2009 entfällt die Grundlage für die Beschlüsse des Bundesgerichtshofs vom 20. Oktober 2009 - 3 StR 552/08 - und vom 20. Juli 2010 - 3 StR 202/10 - sowie das Urteil des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 4. Februar 2010 - III-2 STs 1/09 -; diese sind gegenstandslos.

181

Die Entscheidung über die Auslagenerstattung beruht auf § 34a Abs. 2 und 3 BVerfGG. Neben ihrem Teilerfolg hat die Verfassungsbeschwerde zur Klärung verfassungsrechtlicher Fragen beigetragen (vgl. BVerfGE 109, 190 <243>). 182

Voßkuhle

Di Fabio

Lübbe-Wolff

Gerhardt

Landau

Huber

Hermanns

**Bundesverfassungsgericht, Beschluss des Zweiten Senats vom 7. Dezember 2011 -  
2 BvR 2500/09**

**Zitiervorschlag** BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 7. Dezember 2011 -  
2 BvR 2500/09 - Rn. (1 - 182), [http://www.bverfg.de/e/  
rs20111207\\_2bvr250009.html](http://www.bverfg.de/e/rs20111207_2bvr250009.html)

**ECLI** ECLI:DE:BVerfG:2011:rs20111207.2bvr250009