

Herausgeber: **Dr. Mayeul Hiéramente, RA und FA für  
Strafrecht**

Erscheinungsdatum:  
16.10.2023

Erscheinungsweise:  
vierzehntäglich

**19/2023**

**Inhaltsübersicht:**

- Anm. 1** **Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Verwerfung eines Besetzungseinwands**  
Anmerkung zu VerfGH Berlin, Beschluss vom 22.03.2023, 105/21 von Dr. Philip von der Meden, RA und FA für Strafrecht, FHM Fuhlrott Hiéramente & von der Meden Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB
- Anm. 2** **Nichtannahmebeschluss: Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen Verurteilung wegen Volksverhetzung**  
Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 23.05.2023, 1 BvR 2124/21 von Raoul Beth, RA und FA für Strafrecht
- Anm. 3** **Mindeststandards sind keine bloßen Orientierungssätze - inhaltliche Anforderungen an einen Durchsuchungsbeschluss wegen Steuerhinterziehung**  
Anmerkung zu LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 07.06.2023, 12 Qs 24/23 von Dr. Nikolaus Rixe, RA, rixe.law / Jan Niklas Hölter, Ref. Jur.
- Anm. 4** **KI-gestützte Verkehrsüberwachung: auch im Probetrieb ohne Rechtsgrundlage rechtswidrig**  
Anmerkung zu AG Trier, Urteil vom 02.03.2023, 27c OWi 8041 Js 2838/23 von Lea Voigt, RA'in und FA'in für Strafrecht, Joester & Partner Rechtsanwälte und Fachanwälte für Strafrecht PartGmbH

**Zitiervorschlag:** von der Meden, jurisPR-StrafR 19/2023 Anm. 1  
**ISSN 1865-8334**

## 1

## Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen die Verwerfung eines Besetzungseinwands

### Orientierungssätze:

**1a. Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz aus Art 15 Abs 4 S 1 VvB (RIS: Verf BE) gewährt - in Übereinstimmung mit Art 19 Abs 4 S 1 GG - einen Anspruch auf eine möglichst wirksame gerichtliche Kontrolle in allen von der jeweiligen Prozessordnung zur Verfügung gestellten Instanzen (vgl VerfGH Berlin, Beschl. v. 15.12.2014, 88/13 Rn. 11). Daraus folgt die Pflicht der Gerichte, die angefochtenen Akte der öffentlichen Gewalt in rechtlicher und tatsächlicher Hinsicht umfassend nachzuprüfen.**

**1b. Das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz ist auch verletzt, wenn das Gericht die Anforderungen an die Darlegung derart erschwert, dass ihm eine sachliche Prüfung derjenigen Fragen, die ihm vorgelegt worden sind, nicht möglich ist und das vom Gesetzgeber verfolgte Verfahrensziel deshalb nicht erreicht werden kann (vgl VerfGH Berlin, Beschl. v. 16.06.2021, 108/20 Rn. 13; BVerfG, Beschl. v. 18.03.2015, 2 BvR 1111/13 Rn. 49).**

**2. Hinsichtlich der Darlegungsanforderungen an einen Besetzungseinwand nach § 222b Abs 1 StPO ist eine vollständige und geschlossene Darstellung der Tatsachen, aus denen sich eine vorschriftswidrige Besetzung ergibt (vgl BGH, Urt. v. 30.07.1998, 5 StR 574/97 Rn. 10), erforderlich.**

### 3. Hier:

**3a. Das KG hat die Darlegungsanforderungen an den Besetzungseinwand nicht in verfassungswidriger Weise überspannt.**

**3b. Der Beschwerdeführer hat mit seinem Besetzungseinwand - worauf das KG zu Recht hingewiesen hat - nicht vorgetragen, ob, wann und für welchen Zeitraum die ursprünglich zuständig gewesene Strafkammer aus den Turnusringen für Haftsachen herausgenommen ist. Dem Beschwerdeführer wäre es auch möglich und zumutbar ge-**

**wesen, die für eine vollständige und geschlossene Darlegung erforderlichen Tatsachen in Erfahrung zu bringen, wenn er Einsicht in die Akten des Präsidiums genommen hätte.**

### 4. Abweichende Meinung (Richterin Lembke und Richter Hilbrans):

**4a. Der angegriffene Beschluss überspanne die Darlegungsanforderungen an die Besetzungsrüge in einer mit dem Grundrecht des Beschwerdeführers auf effektiven Rechtsschutz unvereinbaren Weise.**

**4b. Von dem Beschwerdeführer vorliegend zugleich mit dem Besetzungseinwand eine geschlossene und vollständige Schilderung der tatsächlichen konkreten Entlassungsmaßnahmen des Präsidiums zu Gunsten der Strafkammer zu fordern, erschwere angesichts der Umstände des Einzelfalls den Zugang zu einer inhaltlichen Prüfung des Besetzungseinwands in unzumutbarer, aus Sachgründen nicht mehr zu rechtfertigender Weise und verletze damit das Recht des Beschwerdeführers auf effektiven Rechtsschutz.**

Anmerkung zu VerfGH Berlin, Beschluss vom 22.03.2023, 105/21

von **Dr. Philip von der Meden**, RA und FA für Strafrecht, FHM Fuhlrott Hiéramente & von der Meden Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB

### A. Problemstellung

Die Entscheidung des VerfGH Berlin befasst sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen überspannte Darlegungsanforderungen an die Besetzungsrüge i.S.d. § 222b StPO das Grundrecht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 20 Abs. 4 GG) verletzen. Angesichts des sich einerseits an den strengen Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO orientierenden Maßstabs einer vollständigen und in sich geschlossenen Darlegung des Verfahrensverstößes (vgl. dazu BGH, Urt. v. 07.09.2016 - 1 StR 422/15), der andererseits - auch bei hochkomplexen Vorgängen - innerhalb einer Woche nach Besetzungsmitteilung zu rügen ist, kommt insbesondere der Beantwortung der Frage, unter welchen Umständen

dem Beschwerdeführer ihm unbekannter Sachverhalt zum Nachteil gereichen kann, praktisch entscheidende Bedeutung zu.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

Auch im vorliegenden Fall war dem Beschwerdeführer, der sich gegen eine möglicherweise Art. 101 Abs. 1 Satz 2 GG verletzende Einzelfallzuweisung seines Verfahrens an eine Hilfsstrafkammer des LG Berlin gewandt hatte, ein Teil des relevanten Sachverhalts innerhalb der einwöchigen Frist nicht bekannt geworden. Der Beschwerdeführer hatte sich ausweislich des Beschlusses des VerfGH Berlin in dem vom Kammergericht deshalb als unzulässig verworfenen Besetzungseinwand nicht zu der Frage verhalten, „ob, wann und für welchen Zeitraum die ursprünglich zuständig gewesene Strafkammer [...] aus den Turnusringen für Haftsachen herausgenommen“ worden war. Allerdings hatte der Beschwerdeführer unmittelbar nach Bekanntgabe der Besetzungsmittelteilung und vor Erhebung der Besetzungsrüge beim Präsidium um Auskunft gebeten, nach welchen Kriterien die Besetzung der Hilfsstrafkammer vorgenommen worden sei und welcher Schriftverkehr und welche Gespräche stattgefunden hätten. Er hatte ebenfalls innerhalb der Frist zur Erhebung der Besetzungsrüge das Protokoll der Sitzung des Präsidiums angefordert, in der die Hilfsstrafkammer gebildet und besetzt worden war, die nun das für seine Sache zuständige Gericht zu sein vorgab. Das Präsidium hatte geantwortet, es gebe kein Protokoll. Tatsächlich gab es aber einen Vermerk, der dem – im Umlaufverfahren gefassten – Präsidiumsbeschluss zugrunde gelegen hatte. Diesen Vermerk hatte der Beschwerdeführer erst nach Ablauf der Frist für die Begründung des Besetzungseinwands erhalten. Auf diesen Vermerk bezogen sich das Landgericht und das Kammergericht in ihren den Besetzungseinwand abweisenden Entscheidungen.

Der VerfGH Berlin hat die Verfassungsbeschwerde unter dem Gesichtspunkt der Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz als unbegründet behandelt. Zwei RichterInnen haben indes mit überzeugenden Gründen ein Sondervotum abgegeben, mit dem sie darlegen, aus welchen Gründen die insoweit zulässige Verfassungsbeschwerde begründet war.

Die Mehrheit des Senats erkennt zwar noch an, dass es „wünschenswert“ gewesen wäre, wenn dem Beschwerdeführer auf seine Nachfrage nach dem Protokoll der Präsidiumssitzung vor Ablauf der Frist für die Anbringung des Besetzungseinwands der Vermerk übermittelt worden wäre, der der Entscheidung des Präsidiums im Umlaufverfahren zugrunde lag. Entgegen den Ausführungen im Sondervotum behauptet die Mehrheit des Senats jedoch, der Vermerk allein hätte den Beschwerdeführer ohnehin nicht in die Lage versetzt, eine den strengen Darlegungsanforderungen gerecht werdende Besetzungsrüge anzubringen. Der Beschwerdeführer hätte, so die Senatsmehrheit, durch entsprechende Nachfrage bei der Justizverwaltung in Erfahrung bringen können, für welchen Zeitraum die ursprünglich zuständige Strafkammer entlastet worden sei. Die Senatsmehrheit vertritt die Auffassung, es sei dem Beschwerdeführer möglich und zumutbar gewesen, Einsicht in die Akten des Präsidiums zu nehmen.

Dem hält das von zwei RichterInnen abgegebene Sondervotum entgegen, der Beschwerdeführer habe gerade Erkundigungen beim Präsidium des Landgerichts eingeholt und unter anderem das Protokoll der Präsidiumssitzung angefordert. Die Antwort, dass ein Protokoll der Präsidiumssitzung nicht existiere, habe ihm den Eindruck vermittelt, dass die für die Besetzungsrüge relevanten Tatsachen ohnehin nicht außerhalb des Präsidiumsbeschlusses zu finden seien. Bei dieser Sachlage stelle die vom Kammergericht vermisste Darstellung der tatsächlichen konkreten Entlastungsmaßnahmen eine Verletzung des Rechts auf effektiven Rechtsschutz dar.

## C. Kontext der Entscheidung

Die Fachgerichte dürfen nach der Rechtsprechung des BVerfG „ein von der Verfahrensordnung eröffnetes Rechtsmittel nicht ineffektiv machen und für den Beschwerdeführer leer laufen lassen“ (BVerfG, Beschl. v. 25.01.2005 - 2 BvR 656/99 Rn. 92 m.w.N. - BVerfGE 112, 185-216). Aus dem Rechtsstaatsgebot ergibt sich die Pflicht der Fachgerichte, den Zugang zu in den Verfahrensordnungen eingeräumten Instanzen erfüllbar und zumutbar zu gestalten (BVerfG, Beschl. v. 25.01.2005 - 2 BvR 656/99 Rn. 92 m.w.N. - BVerfGE 112, 185-216). In der

straftprozessualen Praxis geraten die von den Fachgerichten angelegten Darlegungsanforderungen insbesondere im Rahmen des Klageerzwingungsverfahrens, bei dem die Tatsachen, welche die Begründung der öffentlichen Klage begründen sollen, anzugeben sind (§ 172 Abs. 3 Satz 1 StPO) und bei der Erhebung einer Verfahrensrüge in der Revision, bei der die den Verfahrensmangel enthaltenden Tatsachen angegeben werden müssen (§ 344 Abs. 2 Satz 2 StPO), leicht in Konflikt mit der Garantie effektiven Rechtsschutzes. Auch im Rahmen des Besetzungseinwands gelten die von der Rechtsprechung für die Revision unter Verweis auf § 344 Abs. 2 Satz StPO entwickelten Darlegungsanforderungen entsprechend, weil die Tatsachen, aus denen sich die vorschriftswidrige Besetzung ergeben soll, ebenfalls anzugeben sind (§ 222b Abs. 1 Satz 2 StPO; vgl. BGH, Urt. v. 30.07.1998 - 5 StR 574/97 Rn. 10 - BGHSt 44, 161-170; BGH, Beschl. v. 20.04.2021 - StB 13-15/21 Rn. 16; BGH, Beschl. v. 21.04.2022 - StB 13/22 Rn. 7). Während indes bei der Revision und im Klageerzwingungsverfahren dem Beschwerdeführer mindestens ein Monat für die Darlegung der Tatsachen eingeräumt wird (§§ 172 Abs. 2 Satz 1, 345 Abs. 1 StPO), steht ihm für den Besetzungseinwand nur eine Woche zur Verfügung (§ 222b Abs. 1 Satz 1 StPO). Jedenfalls in Zweifelsfällen wird diese möglicherweise vom Gesetzgeber in Unkenntnis der damit einhergehenden praktischen Probleme angeordnete (vgl. BR-Drs. 532/19, S. 31 ff.) und in vielen Fällen von der Verteidigung schwer zu erfüllende Obliegenheit (vgl. Schmitt in: Meyer/Goßner, stopp-Kommentar, 66. Aufl. § 222b Rn. 4b) Anlass dazu geben müssen, tendenziell weniger strenge Maßstäbe anzulegen, um Rechtsschutz im Rahmen des Zumutbaren zu ermöglichen.

Vor diesem Hintergrund ist den Sondervoten uneingeschränkt zuzustimmen. Die Auffassung der Mehrheit des Senats des VerfGH Berlin ist nur schwer mit sachlichen Maßstäben nachvollziehbar. Sie vermittelt den Eindruck, dass Besetzungsrügen unter Berufung auf praktisch kaum mehr handhabbare formale Anforderungen entgegen der gesetzlich vorgesehenen Möglichkeit und auch revisionsrechtlich zu beachtenden Obliegenheit (vgl. § 338 Nr. 1 StPO) auf Gedeih und Verderb abgewürgt werden sollen. Angesichts der rechtsstaatlich fundamentalen Bedeutung des Rechts auf den gesetzlichen Richter stellt diese Praxis eine strukturelle Gefährdung der Unabhängigkeit richter-

licher Entscheidungen dar. Es ist bemerkenswert, wenn die Sensibilität für die Gefahr unsachlicher Einflussnahmen auf richterliche Entscheidungen offenbar dort aufhört, wo die Einflussnahme nicht politischer Natur ist, sondern aus der Justizverwaltung selbst stammt.

Wenn auf ausdrückliche – und für das Präsidium offenkundig in Vorbereitung einer Besetzungsrüge ergehende – Nachfrage der Verteidigung nach einem Protokoll der Präsidiumssitzung die Antwort erteilt wird, es gebe kein Protokoll, ohne auf die Existenz eines Vermerks hinzuweisen, der einem in offensichtlicher Unkenntnis der Verteidigung ergangenen Umlaufbeschluss zugrunde liegt, hat dieses Verhalten des Präsidiums objektiv täuschenden Charakter. In einer Situation, in der aufgrund eines objektiv täuschenden Verhaltens der Justizverwaltung die Mitteilung der geheim gehaltenen Vorgänge innerhalb des Präsidiums (d.h. außerhalb einer der Verteidigung unmittelbar zugänglichen Sphäre) an die Verteidigung unterbleibt, wirkt jede Berufung des Gerichts auf fehlenden Vortrag höhnisch. Wie die Sondervoten zu Recht betonen, musste der Beschwerdeführer nach der Antwort des Präsidiums davon ausgehen, dass außerhalb des Beschlusses keine weiteren für die Besetzungsrüge relevanten Informationen existieren, weil die Geheimhaltung von besetzungsrelevanten Vorgängen kein rechtlich anerkanntes und offensichtlich auch nicht schutzwürdiges Interesse der Justizverwaltung ist. Dass es aus anwaltlicher Sicht zweckmäßig ist, in jedem Fall ausdrücklich umfassende Akteneinsicht zur Vorbereitung der Besetzungsrüge zu beantragen, führt nicht dazu, dass es einem Präsidium freisteht, der Verteidigung gegenüberzutreten, als handle es sich bei ihr um eine feindliche Partei, der gegenüber ein Informationsvorteil zu bewahren sei.

Ein oberes Landesgericht und ein Landesverfassungsgericht, die ein solches Vorgehen decken, verfehlen ihren justiziellen Auftrag in grundlegender Weise und delegitimieren sich selbst. Sie offenbaren eine Gleichgültigkeit gegenüber dem Recht auf den gesetzlichen Richter, die das rechtsstaatliche Selbstverständnis der erkennenden Richter in Frage zu stellen geeignet ist. Es drängt sich für den Beobachter die Frage auf, ob hier im Sinne einer vermeintlich leichtgängigen Verteilung der Arbeitsbelastung und einer Verhinderung der effektiven Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Geschäftsvertei-

lung eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter sehenden Auges in Kauf genommen wird. Dass dieser Eindruck entstehen kann, führt zu einer Schädigung des Vertrauens in die Justiz und hat damit über den Einzelfall hinausgehende hochproblematische Konsequenzen.

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

I. Aus anwaltlicher Sicht wird man aus der Entscheidung ableiten müssen, dass in Vorbereitung einer Besetzungsrüge ein ausdrücklich unbeschränktes Akteneinsichtsgesuch in alle möglicherweise für die Geschäftsverteilung relevanten Vorgänge gegenüber dem Präsidium zu stellen ist. Mit Blick auf die äußerst knappe Frist von einer Woche nach Mitteilung der Besetzung empfiehlt sich für den Fall, dass eine Verletzung des Rechts auf den gesetzlichen Richter möglich erscheint, vorab die Stellung eines Antrags auf Akteneinsicht nach § 222a Abs. 3 StPO in alle für die Besetzung maßgebenden Unterlagen. In dem Gesuch sollte sicherheitshalber betont werden, dass das Gesuch zur Vorbereitung einer etwaigen Besetzungsrüge gestellt wird und umfassende Einsicht ohne jede Einschränkung begehrt wird. gegebenenfalls wird unter Hinweis auf die einwöchige Begründungsfrist die Verteidigung ihrerseits der Justizverwaltung eine Frist zur vollständigen Beantwortung ihres Begehrs setzen müssen.

II. Sollten im Nachhinein – insbesondere in der Nichtabhilfeentscheidung – der Verteidigung unbekannt Umstände angeführt werden, mit denen die Unzulässigkeit des Besetzungseinwands begründet wird, wird die Verteidigung zu erwägen haben, ob sie einen Antrag auf Wiedereinsetzung stellen soll. War die Verteidigung ohne Verschulden des Angeklagten oder seiner Verteidiger gehindert, alle für die Zulässigkeit des Besetzungseinwands erforderlichen Tatsachen mitzuteilen, wird sie unter Verweis auf die Garantie effektiven Rechtsschutzes einen Wiedereinsetzungsantrag stellen und zugleich erneut den Besetzungseinwand erheben können. Lehnt das Tatgericht den Antrag auf Wiedereinsetzung ab, obwohl aufgrund eines Verschuldens der Justizverwaltung ein fristgerechter Einwand nicht erhoben werden konnte, vertieft dies in einer auch aus Sicht eines rechtsstaatlichen Garantien mit einer gewissen Gleichgültigkeit gegenüberstehenden Landesverfassungsgericht den vorherigen Verfassungsver-

stoß. Der Gesetzgeber hat eine Wiedereinsetzung in die Begründungsfrist nach § 222b Abs. 1 Satz 1 StPO nicht explizit für möglich, aber auch nicht für ausgeschlossen gehalten (vgl. BR-Drs. 532/19, S. 14, S. 31 ff.). Mit Blick auf die verfassungsrechtlichen Anforderungen muss in diesen Fällen aber eine Wiedereinsetzungsmöglichkeit gewährt werden, wenn die durch ein Verschulden der Justizverwaltung nicht dargelegten Tatsachen nach Auffassung des Tatgerichts oder des Beschwerdegerichts – entgegen der hier vertretenen Auffassung – für die Zulässigkeit des Besetzungseinwands erforderlich gewesen wären. Erkennt das Beschwerdegericht auch die Wiedereinsetzungsmöglichkeit nicht an, führt spätestens dies zur Begründetheit der Verfassungsbeschwerde gegen seine Entscheidung(en).

III. Zwar ist die Nichtabhilfeentscheidung des Tatgerichts als reines Verfahrensinternum nicht mit der Verfassungsbeschwerde vor dem Landes- oder BVerfG anfechtbar. Wie auch das Landesverfassungsgericht im vorliegenden Fall nicht in Frage stellt, ist jedoch gegen die Beschwerdeentscheidung nach § 222b Abs. 3 Satz 2 StPO die Verfassungsbeschwerde statthaft. Mit Blick auf die Präklusion der Revision nach § 338 Nr. 1 Halbsatz 2 StPO muss der Verfassungsverstoß auch fristgerecht mit einem Angriff gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts geltend gemacht werden (vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 16.12.2021 - 2 BvR 2076/21).

IV. Jedenfalls in einem Fall wie dem hier in Rede stehenden mag die Verteidigung auch eine Individualverfassungsbeschwerde zum BVerfG in Erwägung ziehen, nachdem sie sich mit der Landesverfassungsbeschwerde gegen die Entscheidung des Oberlandesgerichts gewandt hat. Wenn ein Landesverfassungsgericht Vortrag zu in objektiv täuschender Weise geheim gehaltenen Vorgängen verlangt, verletzt es selbst das Willkürverbot. Hierbei handelt es sich um eine Verletzung von Verfassungsrecht, die – zusätzlich zu den bereits vor dem Landesverfassungsgericht gerügten Grundrechtsverletzungen – einer Überprüfung durch das BVerfG zugänglich ist (vgl. BVerfG, Beschl. v. 09.07.1997 - 2 BvR 389/94).

## **Nichtannahmebeschluss: Erfolgreiche Verfassungsbeschwerde gegen Verurteilung wegen Volksverhetzung**

### **Orientierungssätze zur Anmerkung:**

**1. Zur Wahrung der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde kann es geboten sein, eine bestimmte Verfahrensrüge im Revisionsverfahren in zulässiger Weise zu erheben. Um dem BVerfG eine entsprechende Prüfung zu ermöglichen, ist die Revisionsbegründungsschrift vorzulegen oder in ihrem wesentlichen Inhalt mitzuteilen.**

**2. Zur Wahrung der Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde kann es geboten sein, bereits im fachgerichtlichen Verfahren verfassungsrechtliche Argumente vorzutragen. Um dem BVerfG eine entsprechende Prüfung zu ermöglichen, ist die Revisionsbegründungsschrift vorzulegen oder in ihrem wesentlichen Inhalt mitzuteilen.**

**3. Zu den Substantiierungsanforderungen an die Begründung einer Verfassungsbeschwerde gegen eine Verurteilung wegen Volksverhetzung und einer geltend gemachten Verletzung der Meinungs- und Kunstfreiheit.**

Anmerkung zu BVerfG, Beschluss vom 23.05.2023, 1 BvR 2124/21

von **Raoul Beth**, RA und FA für Strafrecht

### **A. Problemstellung**

Gegenstand der Anmerkung ist ein Nichtannahmebeschluss des BVerfG, der sich mit den Zulässigkeitsvoraussetzungen einer Verfassungsbeschwerde gegen eine strafrechtliche Revisionsentscheidung befasst. Der Schwerpunkt liegt hier insbesondere auf den Anforderungen an die Prozessführung im fachgerichtlichen Ausgangsverfahren, die sich aus dem Subsidiaritätsgrundsatz ableiten.

### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

Das BVerfG hatte sich mit einer Verfassungsbeschwerde gegen eine Verurteilung wegen Volksverhetzung zu befassen. Dem lag folgender Sachverhalt und Verfahrensgang zugrunde:

Der Beschwerdeführer hatte Aufkleber entworfen und hergestellt, auf denen er die Gesamtheit der Mitglieder der Partei Bündnis 90/Die Grünen (im Folgenden nur: „die Grünen“) mit Pädophilie und Inzest in Verbindung bringt. Neben verschiedenen Slogans (u.a. „Wir f... Kinder bei jeder Gelegenheit – egal, ob ihr dafür oder dagegen seid.“, „INZEST 90 DIE PÄDOPHILEN“) waren auf den Aufklebern auch zwei unterschiedlich große Strichmännchen zu sehen. Das größere Strichmännchen steht und auf Bauchhöhe liegt vor ihm das kleinere Strichmännchen auf dem Rücken. Diese Aufkleber hat der Beschwerdeführer öffentlich unter anderem an Minderjährige verteilt. Hierfür wurde er durch das AG Hannover wegen Volksverhetzung nach § 130 Abs. 2 Nr. 1 Buchst. c StGB verurteilt. Das Gericht stellte dazu insbesondere fest, dass der Beschwerdeführer sich insoweit nicht auf seine Meinungsfreiheit berufen könne und der Aufkleber auch nicht als Satire der Kunstfreiheit unterliege. Zwar habe der Beschwerdeführer darauf hingewiesen, dass es sein Ziel gewesen sei, auf die nach seiner Ansicht nach unzureichende Debatte über die Pädophilie-Fälle bei den Grünen aufmerksam zu machen und dass die Grünen vor dem Hintergrund der historischen und aktuellen Ereignisse in diesem Kontext in erhöhtem Maße Kritik erdulden müssten. Nach Ansicht des AG Hannover stelle der Aufkleber aber in der Gesamtschau die persönliche Kränkung der Parteimitglieder der Grünen in den Vordergrund, indem bildlich und sprachlich unwahr und in hohem Maße ehrverletzend behauptet werde, dass die Parteimitglieder in einer Vielzahl von Fällen Täter schweren sexuellen Kindesmissbrauchs seien.

Die Berufung sowie die Revision hiergegen blieben erfolglos. Nach Ansicht des AG und des LG stellen die Strichmännchen auf dem Aufkleber die stilisierte Penetration eines Kleinkindes durch einen Erwachsenen dar.

Hiergegen richtet sich die Verfassungsbeschwerde des Beschwerdeführers, mit welcher er die Verletzung seiner Grundrechte aus Art. 5 Abs. 1 (Meinungsfreiheit) und Abs. 3 (Kunstfrei-

heit) GG rügt. Im Wesentlichen trägt er vor, die angegriffenen Entscheidungen hätten den satirischen Charakter des Aufklebers verkannt.

Die 2. Kammer des Ersten Senats hat die Verfassungsbeschwerde nicht zur Entscheidung angenommen, weil sie unzulässig sei. Der Beschwerdeführer habe den Grundsatz der Subsidiarität nicht gewahrt. Darüber hinaus genüge die Verfassungsbeschwerde auch nicht den Substantiationsanforderungen.

Die Subsidiarität der Verfassungsbeschwerde verlange, dass der Beschwerdeführer vor Erhebung einer Verfassungsbeschwerde alle zur Verfügung stehenden und zumutbaren prozessualen Möglichkeiten ergreift, um eine Korrektur der geltend gemachten Verfassungsverletzung zu erwirken oder eine Grundrechtsverletzung zu verhindern (Rn. 10). Das gilt auch, wenn zweifelhaft ist, ob ein entsprechender Rechtsbehelf statthaft und im konkreten Fall in zulässiger Weise eingelegt werden kann. Weiter müsse der Beschwerdeführer das fachgerichtliche Verfahren zwar nicht als „Verfassungsprozess“ führen, aber wenn eine bestimmte Normauslegung angestrebt werde, die ohne verfassungsrechtliche Erwägungen nicht begründbar ist, sei er zur Wahrung des Subsidiaritätsgrundsatzes gehalten, die Fachgerichte in geeigneter Weise mit den verfassungsrechtlichen Fragen zu befassen, bevor er sich an das BVerfG wende (Rn. 11). Diesen Grundsätzen sei der Beschwerdeführer nicht gerecht geworden.

Der Beschwerdeführer habe ausweislich der Entscheidung des OLG eine statthafte Verfahrensrüge nicht zulässig erhoben (Rn. 13). Daher sei das OLG an die Feststellungen des LG, dass auf den in Augenschein genommenen Aufklebern die Penetration eines Kleinkindes zu sehen sei, gebunden gewesen. Weil er die Revisionsbegründungsschrift nicht vorgelegt und deren wesentlichen Inhalt auch nicht mitgeteilt habe, könne die Kammer nicht beurteilen, ob er alle prozessualen Mittel ergriffen hat, um die gerügte Grundrechtsverletzung aus der Welt zu schaffen. Daher könne er nicht mit dem Einwand gehört werden, dass der Aufkleber überhaupt keine Penetration zeige. Darüber hinaus sei offen, ob nicht schon eine zulässig erhobene Verfahrensrüge zur Aufhebung des Urteils des LG und somit zum Wegfall der Beschwerde geführt hätte.

Zudem sei aufgrund der Nichtvorlage der Revisionsbegründungsschrift auch nicht nachprüfbar, ob der Beschwerdeführer vor dem OLG ausreichend zu einem möglichen Einfluss der Kunstfreiheit vorgetragen habe (Rn. 14). Das OLG gehe in der Entscheidung ausführlich auf die Meinungsfreiheit und nur knapp auf die Kunstfreiheit ein, so dass nicht ersichtlich sei, dass der Beschwerdeführer bereits in der Revisionsbegründung die verfassungsrechtlichen Implikationen ausreichend geltend gemacht habe, die er auch in der Verfassungsbeschwerde anführt.

Darüber hinaus genüge die Verfassungsbeschwerde auch nicht den Substantiationsanforderungen aus den §§ 23 Abs. 1 Satz 2, 92 BVerfGG (Rn. 15 ff.). Hiernach müsse der Beschwerdeführer in der Beschwerdebegründung darlegen, inwiefern ihn die angegriffene Entscheidung nach den Maßstäben der Rechtsprechung des BVerfG in seinen Grundrechten verletze. Hier habe der Beschwerdeführer nicht hinreichend dargelegt, inwieweit von Verfassung wegen andere Interpretationen des Sinngehalts der Aufkleber geboten gewesen wären.

### **C. Kontext der Entscheidung**

Die Entscheidung bietet Anlass für eine nähere Betrachtung der Zulässigkeitsanforderungen bei Urteilsverfassungsbeschwerden und befasst sich im Einzelnen mit drei Aspekten der Zulässigkeit: Der Erforderlichkeit einer Verfahrensrüge im Revisionsverfahren (dazu I.) und den Anforderungen an den verfassungsrechtlichen Vortrag im fachgerichtlichen Verfahren (dazu II.) unter dem Gesichtspunkt des Subsidiaritätsgrundsatzes sowie den Substantiationsanforderungen an die Begründung der Verfassungsbeschwerde selbst (dazu III.).

I. Das BVerfG hat bereits früher entschieden, dass es bei Verfassungsbeschwerden gegen strafrechtliche Revisionsentscheidungen für die Zulässigkeit nicht ausreicht, den Rechtsweg durch Einlegung und Durchlaufen der Revision erschöpft zu haben, sondern dass darüber hinaus zur Wahrung des Subsidiaritätsgrundsatzes die zulässige Erhebung einer Verfahrensrüge erforderlich sein kann. So muss beispielsweise eine entsprechende Verfahrensrüge zulässig erhoben werden, wenn mit der Verfassungsbe-

schwerde später die unzureichende Sachverhaltsaufklärung (BVerfG, Beschl. v. 14.01.2004 - 2 BvR 564/95 Rn. 53), die Ablehnung von Beweisansprüchen (BVerfG, Beschl. v. 31.05.2006 - 2 BvR 1693/04 Rn. 6), die Verletzung der Regelungen über die Öffentlichkeit (BVerfG, Beschl. v. 15.03.1999 - 2 BvR 375/99 Rn. 8) oder die rechtswidrige Verwertung von Beweismitteln (jüngst zur Verwertbarkeit von Encro-Daten: BVerfG, Beschl. v. 09.08.2023 - 2 BvR 558/22 Rn. 19 ff.) gerügt werden soll. Die Revision muss also so geführt werden, dass dem Revisionsgericht die sachliche Prüfung des Verfahrensverstößes ermöglicht wird.

Soweit sich die Verfassungsbeschwerde gegen eine Grundrechtsverletzung durch einen bestimmten Verfahrensfehler richtet, ist dies im Grundsatz vertretbar, auch wenn die Durchsetzbarkeit der Grundrechte des Beschwerdeführers aufgrund der hohen Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO damit von den revisionsrechtlichen Fähigkeiten seines anwaltlichen Vertreters abhängt, bzw. bei nicht anwaltlich vertretenen Beschwerdeführern erheblich erschwert wird. Im Einzelfall lassen sich die sehr hohen Anforderungen an die Verfahrensrüge zudem dadurch ausgleichen, dass das BVerfG die Zulässigkeitsvoraussetzungen der Verfassungsbeschwerde in eigener Zuständigkeit prüft und hierbei nicht an die Bewertung der Fachgerichte bezüglich der Zulässigkeit eines Rechtsbehelfs gebunden ist (vgl. hierzu BVerfG, Beschl. v. 23.03.2017 - 1 BvR 631/15 Rn. 5; Niesler in: BeckOK-BVerfGG, 15. Edition Stand 01.06.2023, § 90 Abs. 2 Rn. 149 m.w.N.). Das BVerfG kann also auch bei der Verwerfung einer Verfahrensrüge durch das Revisionsgericht als unzulässig zu dem Ergebnis kommen, dass der Beschwerdeführer dem Subsidiaritätsgrundsatz dennoch Genüge getan hat. Eine solche Prüfung muss das BVerfG auch dann vornehmen, wenn das Revisionsgericht die Zulässigkeit der Verfahrensrüge offengelassen und diese als „jedenfalls unbegründet“ verworfen hat (vgl. beispielsweise BGH, Beschl. v. 05.08.2010 - 4 StR 276/10). Dies setzt aber voraus, dass dem BVerfG alle entsprechenden Schriftsätze und Stellungnahmen vorgelegt oder zumindest ihrem wesentlichen Inhalt nach vorgetragen werden.

Der hiesige Ausgangsfall ist aber anders gelagert, weil überhaupt nicht ersichtlich ist, welche Verfahrensrüge der Beschwerdeführer hät-

te erheben sollen. Ausweislich der angegriffenen Entscheidung hat der Beschwerdeführer keine Verfahrensrüge erhoben, sondern allein die Verletzung materiellen Rechts gerügt (OLG Celle, Beschl. v. 15.07.2021 - 2 Ss 40/21 Rn. 5, 8). Der OLG-Senat hat weiter ausgeführt, dass der Beschwerdeführer im Revisionsverfahren nicht damit gehört werden könne, dass der Aufkleber nicht die Penetration eines Kindes zeige (OLG Celle, Beschl. v. 15.07.2021 - 2 Ss 40/21 Rn. 8). Ein Widerspruch zwischen dem festgestellten und dem tatsächlichen „Inhalt“ eines Augenscheinobjektes könne „allenfalls“ mit einer Verfahrensrüge geltend gemacht werden. Im Übrigen würde die Darstellung aber auch die Annahme einer Penetration rechtfertigen.

Dies ist revisionsrechtlich mindestens fragwürdig: Bei der Frage, ob die stilisierte Darstellung der Strichmännchen die Penetration eines Kindes zeigt, handelt es sich um eine Frage der tatrichterlichen Würdigung eines Augenscheinobjektes, welche aufgrund des Verbots der Rekonstruktion der Beweisaufnahme der Überprüfung durch das Revisionsgericht regelmäßig entzogen ist (vgl. hierzu Löwe-Rosenberg/Sander, StPO, 7. Bd., 27. Auflage 2021, § 261 Rn. 258 m.w.N.). Hier überprüft das Revisionsgericht allein auf die Sachrüge hin, ob die Würdigung des Augenscheinobjektes gegen allgemeine Denkgesetze, Erfahrungssätze oder allgemeine Auslegungsregeln verstößt, oder lückenhaft ist, weil sie andere Deutungsmöglichkeiten außer Acht lässt (vgl. hierzu Meyer-Goßner/Schmitt, StPO, 65. Auflage 2022, § 337 Rn. 32 m.w.N.). Damit ist offen, welche Verfahrensrüge der Beschwerdeführer hier hätte erheben sollen, um dem Subsidiaritätsgrundsatz zu genügen. Da er auch unstreitig keine Verfahrensrüge erhoben hat ist zudem nicht nachvollziehbar, warum er insoweit dem BVerfG die Revisionsbegründungsschrift hätte vorlegen sollen.

Soweit in den Ausführungen der Kammer am Rande anklingt (Rn. 13 a.E.), dass zulässige Verfahrensrügen auch ohne Bezug zur geltend gemachten Grundrechtsverletzung zur Wahrung des Subsidiaritätsgrundsatz zu erheben seien, weil diese bei Erfolg zur Aufhebung der Ausgangsentscheidung und somit zum Wegfall der Beschwer führen können, ist dem vorsorglich entgegenzutreten: Hätte das Revisionsgericht hier die Entscheidung allein auf eine Verfahrensrüge hin aufgehoben, die in keinem Zu-



sammenhang zur Feststellung und Würdigung des Sachverhalts steht (bspw. Verletzung der Urteilsabsetzungsfrist), müsste der Beschwerdeführer noch einmal Berufung und Revision durchlaufen. Zwar besteht hier die theoretische Möglichkeit eines gänzlich anderen Ergebnisses, in der Praxis führt der zweite Rechtsgang nach Aufhebung aufgrund von Verfahrensfehlern aber regelmäßig zu demselben Schuldpruch mit einem Abschlag bei der Strafhöhe. Diesen geringen Erfolgsaussichten stehen die mit einem zweiten Rechtsgang einhergehenden erheblichen psychischen, finanziellen und zeitlichen Belastungen des Beschwerdeführers gegenüber, so dass die Erhebung von Verfahrensrügen ohne Bezug zur geltend gemachten Grundrechtsverletzung zur Wahrung des Subsidiaritätsgrundsatzes nicht zumutbar ist.

Zudem wären dahingehende Anforderungen an die Wahrung des Subsidiaritätsgrundsatzes aber praktisch ohnehin nicht überprüfbar, ohne die Arbeitsfähigkeit des BVerfG zum Erliegen zu bringen: Denn geht man davon aus, dass der Subsidiaritätsgrundsatz nicht gewahrt ist, wenn der Beschwerdeführer eine statthafte Verfahrensrüge in unzulässiger Weise erhebt, dann muss dies erst recht gelten, wenn der Beschwerdeführer eine möglicherweise erfolgsversprechende Verfahrensrüge – aus welchen Gründen auch immer – überhaupt nicht erhebt. Andernfalls würde der Beschwerdeführer schlechtergestellt, der eine Verfahrensrüge im Revisionsverfahren erhebt, aber an den hohen Zulässigkeitsanforderungen scheitert, als der Beschwerdeführer, der von vornherein überhaupt keine Verfahrensrüge erhebt. Denkt man dies konsequent zu Ende, müsste der Verfahrensstoff dem BVerfG in Form und Umfang dahingehend unterbreitet werden, dass das BVerfG in die Lage versetzt wird zu überprüfen, ob alle in Betracht kommenden und nicht gänzlich abwegigen Verfahrensrügen erhoben worden sind. Damit würde das BVerfG über den Subsidiaritätsgrundsatz doch zu einer Art „Superrevisionsinstanz“, allerdings allein zulasten des Beschwerdeführers.

Daher kann die Erhebung einer Verfahrensrüge allenfalls dann zur Wahrung des Subsidiaritätsgrundsatzes erforderlich sein, wenn sich die Verfassungsbeschwerde gegen eine Grundrechtsverletzung durch einen bestimmten Verfahrensfehler richtet und dieser Verfahrensfehler mit einer Verfahrensrüge angegriffen

werden kann. Verfahrensrügen gegen Verfahrensfehler, die in keinem Zusammenhang mit der geltend gemachten Grundrechtsverletzung stehen, müssen nach hier vertretener Auffassung zur Wahrung des Subsidiaritätsgrundsatzes nicht gerügt werden.

II. Soweit die Kammer die Substantiierungsanforderungen an den verfassungsrechtlichen Vortrag im fachgerichtlichen Verfahren referiert, handelt es sich hier im Wesentlichen um die ständige Rechtsprechung seit BVerfGE 112, 50 (BVerfG, Beschl. v. 09.11.2004 - 1 BvR 684/98).

Nach BVerfGE 112, 50 erfordert die Erschöpfung des Rechtswegs nicht, dass der Beschwerdeführer von Beginn des fachgerichtlichen Verfahrens an verfassungsrechtliche Erwägungen und Bedenken vorträgt. Die Rechtsprechung sei durch Art. 1 Abs. 3 GG ohnehin an die Grundrechte gebunden und das fachgerichtliche Verfahren solle nicht überfrachtet werden (BVerfG, Beschl. v. 09.11.2004 - 1 BvR 684/98 Rn. 39 f.). Etwas anderes könne nur dann gelten, wenn bei verständiger Einschätzung der Rechtslage und der jeweiligen verfahrensrechtlichen Situation ein Begehren nur dann Aussicht auf Erfolg haben kann, wenn verfassungsrechtliche Erwägungen in das fachgerichtliche Verfahren eingeführt werden (BVerfG, Beschl. v. 09.11.2004 - 1 BvR 684/98 Rn. 41). Hier sei von dem Beschwerdeführer das Erforderliche zu veranlassen, damit sich die Fachgerichte mit den verfassungsrechtlichen Aspekten des Falles auseinandersetzen. Dieser Rechtsprechung liegt der Gedanke zugrunde, dass die Fachgerichte nicht ins Blaue hinein verfassungsrechtliche Erwägungen anstellen sollen müssen, ohne dass der Beschwerdeführer entsprechend vortragen hat (dahin gehend bezüglich der Verfassungswidrigkeit einer gesetzlichen Eingriffsgrundlage BVerfG, Beschl. v. 15.12.2011 - 2 BvR 2362/11 Rn. 6). Entsprechender Vortrag ist daher nicht erforderlich, wenn sich die verfassungsrechtliche Problematik aufdrängt oder das Fachgericht die verfassungsrechtliche Dimension ohnehin erkannt hat (vgl. BVerfG, Beschl. v. 19.07.2017 - 2 BvR 2003/14 Rn. 23 m.w.N.),

Im hiesigen Verfahren bestehen auch gegen die Anwendung dieser Grundsätze durch die Kammer Bedenken: AG, LG und OLG haben sich in ihren Entscheidungen mit der Meinungs- und der Kunstfreiheit auseinandergesetzt, was zu-

mindest in Teilen auf Ausführungen des Beschwerdeführers beruhte (vgl. Rn. 5, 14). Der Beschwerdeführer hat demnach auf die verfassungsrechtlichen Aspekte des Sachverhalts hingewiesen und diese wurden von den Gerichten – wenn auch knapp – aufgegriffen. Damit war die verfassungsrechtliche Dimension im fachgerichtlichen Verfahren bekannt. Im Übrigen spricht viel dafür, dass sich die Prüfung der Meinungs- und Kunstfreiheit bei Äußerungsdelikten im Zusammenhang mit derartig gestalteten Flugblättern ohnehin aufdrängt, so dass entsprechender Vortrag im fachgerichtlichen Verfahren überhaupt nicht erforderlich gewesen wäre. Wendet man demgegenüber die Maßstäbe der hiesigen Entscheidung konsequent an, ist nicht ersichtlich, in welchen Verfahren man praktisch auf verfassungsrechtlichen Vortrag überhaupt noch verzichten kann. Dies würde das Regel-Ausnahme-Verhältnis der Entscheidung BVerfGE 112, 50 gänzlich aufheben, was den Rechtsschutz vor dem BVerfG zusätzlich verkürzt. Nur zur Klarstellung ist hier festzuhalten, dass es nicht um die Frage geht, ob sich der Beschwerdeführer tatsächlich auf die Kunstfreiheit berufen kann. Dies kann mit guten Gründen verneint werden. Es geht allein um die Frage, ob der Beschwerdeführer bereits im fachgerichtlichen Verfahren vertieft verfassungsrechtlich hätte argumentieren müssen, um seiner Verfassungsbeschwerde nicht verlustig zu gehen.

III. Die Ausführungen zu den Substantiierungsanforderungen an die Begründung der Verfassungsbeschwerde und die Anwendung auf den hiesigen Sachverhalt (Rn. 15 ff.) liegen auf Linie der ständigen Rechtsprechungspraxis der Kammern (vgl. Scheffczyk in: BeckOK-BVerfGG, a.a.O., § 92 Rn. 65 ff. m.w.N.). Hiernach ist erforderlich, dass der Beschwerdeführer nicht nur die verfassungsrechtlichen Maßstäbe des BVerfG abstrakt darlegt, sondern diese auch auf den Sachverhalt anwendet und aufzeigt, inwieweit die angegriffene Entscheidung ihn in seinen Grundrechten verletzt. Hier hätte der Beschwerdeführer nach Ansicht der Kammer insbesondere andere Deutungsmöglichkeiten des Sinngehalts des Aufklebers aufzeigen müssen. Dies ist im Ergebnis vertretbar. Diesbezüglich wäre gegebenenfalls aber zu bedenken gewesen, dass der Beschwerdeführer ausweislich des Rubricums nicht anwaltlich vertreten war, und ob insoweit geringere Anforderungen an die Substantiierung zu stellen sind (kritisch hierzu we-

gen einer Benachteiligung anwaltlich verteilter Beschwerdeführer Scheffczyk in: BeckOK-BVerfGG, a.a.O., Rn. 33 m.w.N.).

#### **D. Auswirkungen für die Praxis**

Die Ausführungen der Kammer bezüglich des Subsidiaritätsgrundsatzes überzeugen nicht und die Entscheidung hinterlässt den Leser insoweit etwas verwundert, weil die fehlende Substantiierung der Verfassungsbeschwerde für die Unzulässigkeit ausgereicht hätte, die Ausführungen also „ohne Not“ erfolgen. Die Entscheidung veranschaulicht aber einmal mehr, wie weit sich der Subsidiaritätsgrundsatz mittelbar auf die Führung des fachgerichtlichen Verfahrens auswirkt, weil dortige „Fehler“ unumkehrbar zum Verlust der Möglichkeit einer Verfassungsbeschwerde führen. Eine mögliche Verfassungsbeschwerde muss somit im fachgerichtlichen Verfahren stets mitgedacht werden. Hier wäre eine Rückbesinnung seitens des BVerfG dahingehend wünschenswert, dass die Überwachung der Einhaltung der Grundrechte nicht allein Aufgabe des Betroffenen ist, sondern dass die Rechtsprechung über Art. 1 Abs. 3 GG ohnehin unmittelbar an die Grundrechte gebunden ist und daher keine überspannten Anforderungen an die prozessualen Bemühungen des Beschwerdeführers zur Wahrung der Grundrechte zu stellen sind. Leider bewegt sich die hiesige Entscheidung eher in die entgegengesetzte Richtung und auch wenn dies zu kritisieren ist, müssen die Ausführungen der Kammer in der Praxis berücksichtigt werden:

Bereits im fachgerichtlichen Verfahren ist daher sicherzustellen, dass zu den in Betracht kommenden verfassungsrechtlichen Problemen qualifiziert vorgetragen wird. Soweit dieser verfassungsrechtliche Vortrag in der Revisionsentscheidung nicht ausreichend aufgegriffen wird, ist zu prüfen, ob dies eine Verletzung der Berücksichtigungspflicht aus Art. 103 Abs. 1 GG darstellt und daher die Erhebung einer Anhöhrungsrüge nach § 356a StPO erforderlich ist (vgl. zur Berücksichtigungspflicht und der identischen Problematik bei § 33a StPO: Beth, StV 2023, 77, 78 ff. m.w.N.). Andernfalls genügt eine spätere Verfassungsbeschwerde unter diesem Gesichtspunkt nicht dem Subsidiaritätsgrundsatz.

Richtet sich die Verfassungsbeschwerde gegen eine Grundrechtsverletzung durch einen Verfahrensverstöß und dieser kann mit einer entsprechenden Verfahrensrüge im Revisionsverfahren geltend gemacht werden, ist diese in zulässiger Weise zu erheben.

Soweit diese Hürden genommen wurden, sollten mit der Verfassungsbeschwerde zunächst alle relevanten Schriftsätze des Verfahrens vorgelegt oder zumindest ihr wesentlicher Inhalt wiedergegeben werden, damit das BVerfG nachprüfen kann, ob im fachgerichtlichen Verfahren ausreichend zu den verfassungsrechtlichen Problemen vorgetragen worden ist. Insbesondere die Revisionsbegründungsschrift sollte vollständig vorgelegt werden. Soweit hierdurch schnell mehrere hundert Seiten an Anlagen zustande kommen, ist zu begrüßen, dass das BVerfG in absehbarer Zeit an den elektronischen Rechtsverkehr angeschlossen werden soll (vgl. Gesetzentwurf BR - Entwurf eines Zehnten Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsgerichtsgesetzes - Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs mit dem Bundesverfassungsgericht), was die Einreichung einer Verfassungsbeschwerde praktisch deutlich erleichtern dürfte.

Soweit die Verfahrensrüge durch das Revisionsgericht als unzulässig verworfen wurde und dennoch eine Verfassungsbeschwerde versucht werden soll, muss dargelegt werden, dass das BVerfG nicht an diese Bewertung gebunden ist und warum dem Subsidiaritätsgrundsatz dennoch Genüge getan ist. Dies dürfte aber allenfalls in Ausnahmefällen erfolgsvorsprechend sein. Soweit eine Überspannung der Anforderungen des § 344 Abs. 2 Satz 2 StPO durch das Revisionsgericht in Betracht kommt, kann hiergegen auch gesondert mit einer Verfassungsbeschwerde wegen einer Verletzung des Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz vorgegangen werden (dies führt bei Erfolg aber allein zur Aufhebung der Revisionsentscheidung und Zurückverweisung an das Revisionsgericht, vgl. BVerfG, Beschl. v. 25.01.2005 - 2 BvR 656/99, u.a.).

In der Verfassungsbeschwerde selbst muss eine Auseinandersetzung mit allen tragenden Argumentationssträngen der angegriffenen Entscheidung erfolgen und dargelegt werden, inwieweit diese nach der bisherigen Rechtspre-

chung des BVerfG im konkreten Einzelfall die Grundrechte des Beschwerdeführers verletzen. Es genügt daher nicht, die Maßstäbe des BVerfG für eine Verletzung des jeweiligen Grundrechts abstrakt darzulegen, vielmehr müssen die konkreten Konsequenzen für die Bewertung des Verfahrensstoffes aufgezeigt werden.

Abschließend lässt sich festhalten, dass aufgrund der mittlerweile sehr hohen - hier teilweise auch überspannten - Anforderungen des BVerfG an die Zulässigkeit zu prüfen ist, ob bei passendem Sachverhalten (zu denen OLG-Entscheidungen gehören) nicht eher Grundrechtsschutz bei den jeweiligen Landesverfassungsgerichten gesucht werden sollte (vgl. hierzu Kleine-Cosack, Verfassungsbeschwerden und Menschenrechtsbeschwerden, 3. Auflage 2013, Rn. 1392 ff. m.w.N.).

### 3

#### **Mindeststandards sind keine bloßen Orientierungssätze - inhaltliche Anforderungen an einen Durchsuchungsbeschluss wegen Steuerhinterziehung**

##### **Leitsatz:**

**Ein Durchsuchungsbeschluss wegen Steuerhinterziehung ist rechtswidrig, wenn er keine Angaben zur tatbestandsmäßigen Erklärungshandlung enthält, also dazu, durch welches Handeln oder pflichtwidriges Unterlassen die Hinterziehung begangen worden sein soll.**

Anmerkung zu LG Nürnberg-Fürth, Beschluss vom 07.06.2023, 12 Qs 24/23

von **Dr. Nikolaus Rixe**, RA, rixe.law / **Jan Niklas Hölter**, Ref. Jur.

#### **A. Problemstellung**

In seiner praxisrelevanten Entscheidung befasst sich das LG Nürnberg-Fürth mit den gleichermaßen bekannten wie regelhaft missachteten Mindestanforderungen an den Inhalt eines Durchsuchungsbeschlusses und den Prüfpflichten des Ermittlungsrichters vor dessen Erlass. Dabei

folgt es stringent der jüngsten Rechtsprechung des BVerfG unter Berücksichtigung der inhaltlichen Voraussetzungen an einen solchen Beschluss, wenn Grundlage der Durchsuchung ein Ermittlungsverfahren wegen des Verdachts der Steuerhinterziehung ist.

## B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung

In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt hat sich der Verteidiger eines von einer Wohnungsdurchsuchung gemäß § 102 StPO Betroffenen mittels Beschwerde gegen den zuvor durch das AG Nürnberg erlassenen Durchsuchungsbeschluss gewendet; der Ermittlungsrichter hatte der Beschwerde nicht abgeholfen (vgl. vorangehend AG Nürnberg, Beschl. v. 31.01.2023 - 57 Gs 1260/23, 1261/23). Der Inhalt des Beschlusses wurde dem Ermittlungsrichter (wie üblich) von der Steuerfahndung vorformuliert und mit folgender Begründung erlassen:

„Der Beschuldigte wird beim Finanzamt unter der Steuernummer ... geführt. Nach Erkenntnissen der Steuerfahndung erzielt der Beschuldigte ausschließlich Einkünfte aus der Beteiligung an der ... oHG und geringe Einkünfte aus Kapitalvermögen. In seinem Eigentum befinden sich zwei Grundstücke. Seine in den Steuerbescheiden zu Grunde gelegte Einkommenslage in den Jahren 2015 bis 2019 entspricht weder seinem Lebensstandard noch den Geldströmen aus seinen Bankkonten. Der Beschuldigte ist daher verdächtig folgende Steuerstraftaten begangen zu haben:

Hinterziehung der Einkommensteuer ... 2015-2019 ... der Gewebesteuer und der Umsatzsteuer ... 2015-2019“.

Am 09.02.2023 wurde die Durchsuchung vollzogen und die Durchsicht der aufgefundenen Unterlagen dauerte bis zum Entscheidungszeitpunkt des LG Nürnberg-Fürth an. Die daraufhin eingelegte Beschwerde beinhaltete den Antrag, „die Rechtswidrigkeit der Durchsuchung festzustellen“.

Das LG Nürnberg-Fürth hat der Beschwerde unter Umdeutung ihres Antrags dahin gehend, dass der Durchsuchungsbeschluss des AG Nürnberg aufgehoben werden solle, abgeholfen, und gleichzeitig die Herausgabe der sicherge-

stellten Asservate angeordnet. Die Aufhebung sei zwingend, da der Durchsuchungsbeschluss den an ihn zu stellenden Mindestanforderungen nicht genüge, die Mängel des Beschlusses im Beschwerdeverfahren nicht heilbar seien und mit dessen Aufhebung die Rechtsgrundlage der vorläufigen Sicherstellung die Rechtsgrundlage entzogen werde.

In der knappen aber gleichwohl erfreulich deutlichen Begründung hat das LG Nürnberg-Fürth mit Kritik an dem ihm vorgelegten amtsrichterlichen Beschluss nicht gespart. Zunächst legt es mit wenigen Sätzen dar, welche Anforderungen an einen rechtmäßigen Durchsuchungsbeschluss zu stellen sind, wobei es sich stringent an der aktuellen verfassungsgerichtlichen Rechtsprechung (BVerfG, Beschl. v. 19.04.2023 - 2 BvR 2180/20) orientiert. Diesen Anforderungen wurde der angegriffene Beschluss, den der Ermittlungsrichter offensichtlich und wie so oft in der Praxis in der Form, in der er von den Ermittlungsbehörden vorformuliert und übermittelt worden ist, „blind“ unterschrieben hat, nicht ansatzweise gerecht. Es fehle bereits an einer hinreichenden Beschreibung der vorgeworfenen Straftaten, deren Begehungsweise (Abgabe unrichtiger Erklärungen vs. pflichtwidriges Unterlassen bei Erlass von Schätzungsbescheiden) unklar sei. Dies sei auch nicht anhand eines Normzitats erkennbar. Sollten steuerlich relevante unrichtige Erklärungen abgegeben worden sein, sei nicht zu erkennen, wann was erklärt wurde und zu welcher Steuerfestsetzung dies geführt habe.

Die Kritik des LG Nürnberg-Fürth ist nach alledem deutlich und gipfelt in dem Hinweis, dass der offenkundige Begründungsmangel („die Dürftigkeit der Beschreibung des Tatvorwurfs“) schon deshalb nicht nachvollziehbar sei, weil die im Zuge der Ermittlungen von der beantragenden Behörde selbst (!) erlangten Erkenntnisse genügend Material beinhaltet hätten, das zu einer tauglichen Begründung hätte herangezogen werden können.

## C. Kontext der Entscheidung

Der Beschluss des LG Nürnberg-Fürth knüpft an bestehende verfassungsgerichtliche und höchstrichterliche Rechtsprechung zur Rechtmäßigkeit von Durchsuchungsbeschlüssen an und trägt damit mittelbar auch der bei den Er-

mittlungsbehörden (offenbar) verschiedentlich in Vergessenheit geratenen hohen Eingriffsinintensität einer solchen Maßnahme Rechnung.

Die Mindeststandards eines Durchsuchungsbeschlusses hat das BVerfG unlängst benannt (BVerfG, Beschl. v. 19.04.2023 - 2 BvR 2180/20) und sich dabei wiederum an vergangener Rechtsprechung orientiert (so u.a.: BVerfG, Beschl. v. 20.04.2004 - 2 BvR 2043/03, 2 BvR 2104/03). Das LG Nürnberg-Fürth hat diese Grundsätze in dem hier verfahrensgegenständlichen Beschluss konsequent umgesetzt.

Das BVerfG leitet seine Mindeststandards aus dem Sinn und Zweck des Durchsuchungsbeschlusses ab. Grundsätzlich sei die Anordnung einer Durchsuchung dem Richter vorbehalten (Art. 13 Abs. 2 GG), was dem Gewicht des Eingriffs und der verfassungsrechtlichen Bedeutung des Schutzes der räumlichen Privatsphäre entspreche und die Durchführung der Maßnahme messbar und kontrollierbar gestalten solle. Vor diesem Hintergrund ist die Forderung des BVerfG, dass ein Ermittlungsrichter in der Pflicht sei, die Eingriffsvoraussetzungen eigenverantwortlich und selbstständig zu prüfen, selbstverständlich. Die aus dieser Prüfung resultierende Begründung habe den Tatvorwurf und die gesuchten Beweismittel so zu beschreiben, dass der äußere Rahmen der Durchführung der Zwangsmaßnahme (zeitlich und sachlich) abgesteckt werde. Nur so sei der Betroffene in die Lage versetzt, die Durchsuchung zu kontrollieren und etwaigen Ausuferungen von vornherein entgegenzutreten. Hierfür müsse ein dem Beschuldigten angelastetes Verhalten geschildert werden, das den Tatbestand eines (bzw. des in Rede stehenden) Straftatbestands erfülle (BVerfG, Beschl. v. 19.04.2023 - 2 BvR 2180/20 Rn. 28).

Die Steuerhinterziehung (§ 370 AO) ist allgemein die vorsätzliche Verletzung steuerlicher Erklärungspflichten zur Erlangung von Vermögensvorteilen bzw. Vermeidung von Vermögensnachteilen (Pflaum in: Wabnitz/Janovsky/Schmitt, Handbuch Wirtschafts- und Strafrecht, 5. Aufl. 2020, 21. Kapitel Rn. 2). Sie ist ein Erklärungsdelikt, so dass die bloße Nichtzahlung einer Steuer den Tatbestand nicht erfüllt (BGH, Beschl. v. 13.10.2005 - 5 StR 368/05 Rn. 7). Insofern muss es zu einer – im Ermittlungsverfahren ausreichenden vergrößernden – Schilderung des Verdachts einer Steuerhinter-

ziehung gehören, dass angegeben wird, durch welche Verletzung einer steuerrechtlichen Verpflichtung welche konkrete Steuerverkürzung oder welcher Steuervorteil bewirkt worden sein soll (vgl. BVerfG, Beschl. v. 04.07.2006 - 2 BvR 950/05 Rn. 16). Anders lässt sich bei diesem Delikt der Tatvorwurf nicht begründen. Es ist daher erforderlich zu beschreiben, ob der Beschuldigte unrichtige Angaben gemacht hat oder ob die ergangenen Steuerbescheide wegen Nichterklärung aufgrund von Schätzungen erlassen wurden – nur auf diese Weise kann eine Differenzierung zwischen § 370 Abs. 1 Nr.1 AO und § 370 Abs. 1 Nr. 2 AO erfolgen. Anderenfalls liegt keine ausreichende Begründung des Durchsuchungsbeschlusses vor.

Eine unzureichende Begründung des Durchsuchungsbeschlusses führt hingegen nicht zwingend zur Rechtswidrigkeit der Durchsuchungsanordnung. Diese ist rechtmäßig, wenn sie in ihrer Gesamtheit in ausreichendem Maße erkennen lässt, dass der Ermittlungsrichter die Voraussetzungen für seinen Erlass eigenständig geprüft hat (vgl. Hauschild in: MünchKomm StPO, 2. Aufl. 2023, § 105 Rn. 17). Das LG führte hierzu im vorliegenden Fall indes ohne weiter gehende Ausführungen aus, dass es angesichts des Mangels in der Begründung des Durchsuchungsbeschlusses nicht zu der („intersubjektiv vermittelbaren“) Überzeugung gelangen konnte, dass der Ermittlungsrichter die Eingriffsvoraussetzungen selbstständig und eigenverantwortlich geprüft habe. Dies war nachvollziehbar, da ohne Umschreibung des Tatvorwurfs bereits jeglichen Überlegungen und Prüfungshandlungen des Ermittlungsrichters die Grundlage entzogen worden war.

Soweit das LG Nürnberg-Fürth im weiteren Tenor des Beschlusses entschieden hat, dass die vorläufig sichergestellten Asservate herauszugeben waren, war dies zwingende Folge der Aufhebung des Beschlusses. Da die Durchsicht der Unterlagen (§ 110 StPO) noch Teil der Durchsuchung ist (Heinrichs/Weingast in: Karlsruher Komm. StPO, § 110 Rn. 1), bedarf es auch hierfür der Voraussetzungen einer rechtmäßigen Durchsuchung. Da diese nach zutreffender Ansicht des Beschwerdegerichts indes gerade nicht vorlagen, waren die Unterlagen an den Betroffenen herauszugeben.

## D. Auswirkungen für die Praxis

Die Entscheidung zeigt die potenziellen Konsequenzen der gerade im Bereich des Wirtschafts- und Steuerstrafrechts weit verbreiteten Praxis auf, wonach von den Ermittlungsbehörden vorformulierte Durchsuchungsbeschlüsse durch den Ermittlungsrichter nur noch ungeprüft unterzeichnet werden (vgl. Klose, NZWiSt 2017, 1). Zeugen derartigen Vorgehens sind nicht selten erhebliche stilistische und/oder orthographische Schwächen des Beschlusses, die Verwechslung oder Kumulierung von Zeugen- und Beschuldigtenstatus für ein- und denselben Adressaten, die Verwendung von (zuweilen sinnentstellenden) Textbausteinen sowie eine maximale Oberflächlichkeit und Weite in der Beschreibung des der Maßnahme zugrunde liegenden Sachverhalts.

Zu berücksichtigen ist dabei, dass diese gängige Praxis nicht zwingend die Annahme begründet, eine Einzelfallprüfung des Ermittlungsrichters habe nicht stattgefunden (BVerfG, Beschl. v. 01.08.2014 - 2 BvR 200/14 Rn. 19). Eine Übernahme der Begründung kann hierfür jedoch eine Indizwirkung entfalten. Weitergehendes Argumentationspotenzial kommt in Betracht, wenn sich die Beschlussbegründung in formelhaften Floskeln ohne Einzelfallbezug oder in der bloßen Benennung des zugrunde liegenden Straftatbestandes erschöpft und wenn sinnentstellende Fehler oder sonstige offenkundige Mängel des Antrags unkorrigiert übernommen werden (BVerfG, Beschl. v. 01.08.2014 - 2 BvR 200/14 Rn. 19).

Die Entscheidung des LG Nürnberg-Fürth zeigt, dass die (durchaus begründete) Zurückhaltung bei der Einlegung von Rechtsmitteln gegen strafprozessuale Zwangsmaßnahmen nicht per se der richtige Weg sein muss. Das Risiko, dass der verfahrensgegenständliche Sachverhalt, der sich zum Stadium der Durchsuchungsmaßnahme „lediglich“ im Bereich des Anfangsverdachts bewegen muss und daher noch vergleichsweise vage sein kann, im Rechtsmittelverfahren festgeschrieben wird, ist zwar real und muss sowohl inhaltlich als auch strategisch berücksichtigt werden. Zudem ist zu berücksichtigen, dass Defizite in der Begründung des zugrunde liegenden Tatverdachts und der Verhältnismäßigkeit der Maßnahme – im Gegensatz zu Mängeln bei der ermittelungsrichterlich zu verantwortenden Umschreibung des Tat-

vorwurfs und der zu suchenden Beweismittel – im Beschwerdeverfahren nachgebessert werden können (vgl. BVerfG, Nichtannahmebeschl. v. 20.04.2004, 2 BvR 2043/03).

Auf der anderen Seite kann ein zügiges Vorgehen gegen offenkundig rechtswidrige Durchsuchungsbeschlüsse abseits einer bloßen Feststellung der Rechtswidrigkeit einer Maßnahme von erheblichem praktischem Vorteil sein. In Wirtschaftsstrafsachen dauert eine Durchsuchung in aller Regel länger an, als der bloße Vollzug der Maßnahme vor Ort, da die Durchsicht von Papieren und elektronischen Speichermedien (§ 110 StPO) als Teil der fortdauernden Durchsuchung anzusehen ist. Richtet sich die Verteidigung mit dem statthaften Rechtsmittel der Beschwerde gemäß § 304 StPO gegen die noch andauernde Durchsuchung, kann die Konsequenz sein, dass die beim Vollzug des Beschlusses vorläufig sichergestellten Asservate an den Beschuldigten herauszugeben sind, da die Aufhebung des Durchsuchungsbeschlusses der vorläufigen Sicherstellung die Grundlage entzieht (BGH, Beschl. v. 18.05.2022 - StB 17/22 Rn. 11).

### 4

## KI-gestützte Verkehrsüberwachung: auch im Probetrieb ohne Rechtsgrundlage rechtswidrig

### Leitsätze:

**1. Die Kontrolle von Handyverstößen mittels des Geräts MonoCcam stellt einen Eingriff in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung der betroffenen Person dar, der einer Rechtsgrundlage bedarf. Dies gilt auch im Probetrieb, jedenfalls dann, wenn auf Grund der Messergebnisse Sanktionen verhängt werden.**

**2. Eine Rechtsgrundlage für die Datenerfassung ergibt sich weder aus § 100h Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1 OWiG noch aus den §§ 9, 29, 30 oder 33 POG des Landes Rheinland-Pfalz noch aus dem allgemeinen Gefahrenabwehrrecht.**

**3. Das aus dem Fehlen der Rechtsgrundlage resultierende Beweiserhebungsverbot führt nicht automatisch zu einem Beweisverwer-**

## **tungsverbot. Dies ist vielmehr im Einzelfall im Wege einer Abwägung der betroffenen Rechtsgüter zu entscheiden.**

Anmerkung zu AG Trier, Urteil vom 02.03.2023, 27c OWi 8041 Js 2838/23

von **Lea Voigt**, RA'in und FA'in für Strafrecht, Joes-ter & Partner Rechtsanwälte und Fachanwälte für Strafrecht PartGmbH

### **A. Problemstellung**

Sog. Künstliche Intelligenz (KI) ist spätestens seit „ChatGPT“ in aller Munde. Es wird diskutiert, ob KI bald Journalist\*innen überflüssig macht, ob Computer gute Songs schreiben können und wie man Schüler\*innen noch dazu bewegen soll, ihre Referate selbst zu schreiben. Auch die Arbeit deutscher Polizeibehörden soll durch KI-Anwendungen erleichtert werden, z.B. durch die „smarte“ Auswertung der Bilder von Überwachungskameras. Bereits im Jahr 2007 hat ein erster Modellversuch des BKA am Mainzer Hauptbahnhof stattgefunden – damals allerdings noch mit bescheidenen Ergebnissen. Seitdem ist die technische Entwicklung rasant vorangeschritten. Es kann kein Zweifel mehr daran bestehen, dass eine automatisierte Auswertung von Videobildern in Echtzeit mit belastbaren Ergebnissen technisch möglich ist oder es in Kürze sein wird. Die mit dem polizeilichen Einsatz von KI verbundenen Rechtsfragen sind vielgestaltig und reichen von grundlegenden verfassungsrechtlichen Problemen (z.B.: Gibt es ein Recht auf Anonymität in der Öffentlichkeit?) bis hin zu verfahrenspraktischen Problemstellungen (z.B.: Unter welchen Voraussetzungen sind KI-„Erkenntnisse“ in Straf- und Ordnungswidrigkeitenverfahren verwertbar?).

### **B. Inhalt und Gegenstand der Entscheidung**

#### **I. Sachverhalt**

Das AG Trier befasst sich im Rahmen eines Bußgeldverfahrens mit dem Einsatz des Systems „MonoCam“ auf einer deutschen Bundesautobahn im Rahmen des deutschlandweit ersten Pilotprojekts. Die in den Niederlanden bereits seit längerer Zeit eingesetzte Technik erfasst mit einer Kamera einen bestimmten Bereich der

Fahrbahn und überträgt in Echtzeit die durch diesen Bereich („Fenster“) fahrenden Fahrzeuge auf einen nicht mit dem Internet oder anderen externen Netzen verbundenen Auswertelaptop. Laptop und (menschliches) Auswertepersonal befinden sich vor Ort bei der Kamera an der überwachten Autobahn. Der von dem System generierte Videolivestream wird auf dem Auswertelaptop von einer Software analysiert. Dabei werden die Kennzeichen der durchfahrenden Fahrzeuge extrahiert und der Bereich der Windschutzscheibe daraufhin untersucht, ob ein elektronisches Gerät (insb. Mobiltelefon oder Tablet) zu sehen ist und ggf. ob es durch die fahrzeugführende Person verwendet wird. Landet die KI einen Treffer, wird das Bild an die menschlichen Auswerter ausgespielt. Der restliche untersuchte Stream wird gelöscht. Kommen auch die Beamt\*innen zu dem Schluss, dass hier ein Verkehrsordnungsverstoß zu sehen ist, wird das von der KI ausgeworfene Bild an die Dienststelle übermittelt und ein Ordnungswidrigkeitenverfahren eingeleitet.

In dem zu entscheidenden Fall hatte der Verteidiger der Betroffenen der Verwertung der MonoCam-Erkenntnisse im Bußgeldverfahren widersprochen. Das Amtsgericht diskutiert daher ausführlich, ob die Datenerhebung rechtmäßig war und ob ggf. ein Verwertungsverbot besteht.

### **II. Rechtmäßigkeit der Datenerhebung**

#### **1. Eingriffsqualität**

Das AG gelangt zu dem Ergebnis, dass die Datenerhebung durch „MonoCam“ rechtswidrig war, da es an einer passenden Rechtsgrundlage fehlt. Ausgangspunkt ist die Feststellung, dass die Erfassung des Kennzeichens und der fahrzeugführenden Person sowie des sie umgebenden Fahrzeuginnenraums einen Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung (Art. 2 Abs. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG) der betroffenen Person darstellt (vgl. dazu auch BVerfG, Beschl. v. 18.12.2018 - 1 BvR 142/15). Dies gelte nicht nur für diejenigen Betroffenen, deren Bild als „Treffer“ eingestuft und daraufhin ausgeleitet wird, sondern auch für diejenigen Kraftfahrer\*innen, deren Bilder analysiert und dann wieder gelöscht werden. Außerdem betont das AG zu Recht, dass ein Eingriff in die informationelle Selbstbestimmung nicht erst dann vorliegt, wenn besonders sensible Daten betroffen sind. Wegen der Verarbeitungs- und Ver-

knüpfungsmöglichkeiten (u.a. durch „intelligente“ Software, die Datenmengen in Sekunden verarbeitet, die mit herkömmlichen Mitteln gar nicht hätten bewältigt werden können) könne auch die Erhebung von Daten mit für sich genommen nur geringem Informationsgehalt erhebliche Auswirkungen auf die Privatheit und Verhaltensfreiheit des Betroffenen haben. Das Gericht stuft daher die Eingriffsintensität hier als nicht nur gering, sondern von „moderater“ Intensität ein.

## 2. Keine Ermächtigungsgrundlage

Um den Eingriff legitimieren zu können, bedürfe es einer hinreichend bestimmten und klaren Rechtsgrundlage für die Datenerhebung. Dies gelte auch für den hier vorliegenden Probebetrieb, da für den Gesetzgeber hier der in Ausnahmefällen anerkannte „Übergangsbonus“ streite. Sorgfältig klopft das Amtsgericht diverse in Betracht kommende einfachgesetzliche Regelungen in Bundes- und Landesgesetzen ab und kommt schließlich zu dem Ergebnis, dass keine passt. Im Einzelnen: Mangels Anfangsverdachts zum Zeitpunkt des Einsatzes von MonoCam scheidet Rechtsgrundlagen aus der StPO (namentlich § 100h Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1 OWiG) aus. Es handle sich um eine verdachtsunabhängige Maßnahme der Gefahrenabwehr. § 33 Abs. 1 Satz 1 POG Rlp komme wiederum nicht in Betracht, da dort nur die anlassbezogene Erhebung von Kennzeichen und nicht die flächendeckende Erhebung von Kennzeichen und Fahrzeuginnenraumaufnahmen vorgesehen sei. Auch § 30 Abs. 1 Satz 1 POG Rlp erlaube keine dauerhafte, flächendeckende und verdachtsunabhängige Videoüberwachungsmaßnahme, wie sie der Einsatz von MonoCam aber darstelle. Die Datenerhebungsgeneralklausel des § 30 Abs. 1 Satz 1 POG Rlp scheidet aus, da sie durch die spezielle (wenn auch nicht erfüllte) Ermächtigungsgrundlage des § 30 Abs. 1 Satz 1 POG Rlp verdrängt werde. Außerdem komme sie nur zur Rechtfertigung von Datenerhebungen mit geringer Eingriffsintensität in Betracht. Schließlich sei auch die polizeiliche Generalklausel des § 9 Abs. 1 Satz 1 POG nicht einschlägig, da sie bereits durch die (ihrerseits verdrängte) Datenverarbeitungsgeneralklausel verdrängt werde und zudem das Vorliegen einer konkreten Gefahr verlange. Beim Start des Videostreams der MonoCam bestehe aber lediglich eine abstrakte Gefahrenlage. Auch die Besonderheiten

des Rechts der Gefahrenabwehr, wegen derer der Gesetzgeber zuweilen in der Lage sein müsse, für bislang unbekanntes Gefahrenlagen offene und anpassungsfähige Ermächtigungsgrundlagen zu schaffen, geböten kein anderes Ergebnis, da lediglich die automatische Auswertung der Lichtbilder als „neue“ Technik anzusehen sei, wobei auch diese in den Niederlanden bereits seit Längerem eingesetzt werde. Die Regelungsbedürftigkeit- und Fähigkeit sei den beteiligten Institutionen hinlänglich bekannt gewesen.

## III. Verwertbarkeit der Daten

Mangels Rechtsgrundlage für die Erhebung der Daten stellt das Amtsgericht fest, dass zwar ein Beweiserhebungsverbot bestand. Dieses gelte aber nur für die Erhebung der Daten aller Kraftfahrzeugführer\*innen in dem überwachten Autobahnabschnitt. Die Speicherung der „Treffer“-Fotos könne hingegen „bei isolierter Betrachtung“ auf § 100h Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO i.V.m. § 46 Abs. 1 OWiG gestützt werden. Gegen die Fahrzeugführer\*innen in den Treffer-Fällen bestehe bereits ab Fertigung der Bildaufnahme ein Anfangsverdacht gemäß § 152 Abs. 2 StPO.

Dies vorangestellt, führt das Amtsgericht im nächsten Schritt unter Bezugnahme auf die herrschende Rechtsprechung und Literatur aus, dass kein Rechtssatz bestehe, nach dem im Fall einer rechtsfehlerhaften Beweiserhebung die Verwertung der gewonnenen Beweise stets unzulässig wäre. Es müsse stattdessen im Einzelfall das staatliche Straf- (bzw. Ordnungswidrigkeiten-)Verfolgungsinteresse mit der Schwere des Rechtsverstoßes abgewogen werden. Diese Abwägung führt das Amtsgericht für den zu entscheidenden Fall durch und gelangt zu dem Ergebnis, dass kein Verwertungsverbot anzunehmen sei. Dabei stellt es – im Widerspruch zu seiner zuvor getroffenen eigenen Einstufung der Eingriffsqualität als nicht nur gering, sondern „moderat“ – in die Überlegungen ein, dass „die Intensität und Reichweite des Eingriffs in das Recht auf informationelle Selbstbestimmung durch die Überwachung des fließenden Verkehrs vorliegend vergleichsweise gering“ gewesen sei. Da in Deutschland im Rahmen des sechsmonatigen Pilotprojekts erstmals KI-Software zur Verkehrsüberwachung zum Einsatz komme, es dementsprechend noch keine Rechtsprechung zum Thema gebe und der Landesdatenschutzbeauftragte seine Zustimmung



erteilt habe, sei die Annahme, die Maßnahme könne auf die Datenerhebungsgeneralklausel aus § 29 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 POG Rlp gestützt werden, zumindest vertretbar, jedenfalls nicht objektiv willkürlich.

### **C. Kontext der Entscheidung**

Wie der Einsatz von sog. KI-Technologie verfassungskonform ausgestaltet werden kann, ist ein brennendes Thema – bei Weitem nicht nur im Zusammenhang mit der Straßenverkehrsüberwachung und der Verfolgung von Verkehrsordnungswidrigkeiten. So hat etwa der Sächsische Landesgesetzgeber mit dem neuen § 59 SächsPVDG eine Rechtsgrundlage geschaffen, die es dem Polizeivollzugsdienst erlaubt, Bildaufnahmen aus dem Grenzgebiet zu Polen und Tschechien automatisiert mit Datenbeständen abzugleichen und so z.B. gezielt nach bestimmten Personen zu suchen. In Hamburg und Hessen wurden Regelungen getroffen, die es der Polizei ermöglichen sollten, automatisierte große Datenbestände abzugleichen und so auch Personenprofile zu erstellen. Die konkreten Ermächtigungsgrundlagen in Hamburg und Hessen wurden vom BVerfG allerdings mit Urteil vom 16.02.2023 (1 BvR 1547/19, 1 BvR 2634/20) weitgehend für verfassungswidrig erklärt. Karlsruhe betont in seiner Entscheidung, dass die softwaregestützte Analyse und Auswertung gespeicherter Daten in die informationelle Selbstbestimmung aller Personen, deren Daten bei diesem Vorgang personenbezogen Verwendung finden, eingreift und bei schwerwiegenden Eingriffen nur unter engen Voraussetzungen überhaupt gerechtfertigt werden kann. Dabei müsse der Gesetzgeber selbst Regelungen zu Art und Umfang der nutzbaren Daten und der Verarbeitungsmethoden durch Gesetz festlegen und dürfe diese grundlegenden Leitlinien nicht an die Verwaltung delegieren.

### **D. Auswirkungen für die Praxis**

In der polizeilichen Praxis werden Anwendungen zur Analyse und Auswertung großer Datenmengen eine immer größere Rolle spielen, wobei der Übergang von herkömmlicher Software zu sog. KI fließend und unscharf ist. Ob die mit solchen Anwendungen gewonnenen Erkenntnisse in gerichtsförmigen Verfahren verwertet

werden dürfen, hängt – wie die Entscheidung des AG Trier zeigt – u.a. davon ab, ob es überhaupt eine einschlägige Rechtsgrundlage gibt. Dies war hier nicht der Fall, half der Betroffenen aber trotzdem nicht. Die herrschende Dogmatik der Beweisverwertungsverbote machte es mit ihrer Abwägungslehre möglich, den Verstoß gegen das Datenerhebungsverbot zu heilen und so eine rechtswidrige polizeiliche Praxis noch zu „retten“. Gleichwohl sollte man in ähnlichen Fällen genau hinsehen. Erfolgt künftig eine vergleichbare rechtsgrundlose Datenerhebung in Kenntnis der Entscheidung des AG Trier und etwaiger weiterer gerichtlicher Entscheidungen, kann die behördliche Praxis u.U. dann als objektiv willkürlich angesehen werden und ggf. ein Verwertungsverbot auslösen. Außerdem sollte auch im Falle existierender Rechtsgrundlagen in den Blick genommen werden, dass diese erheblichen verfassungsrechtlichen Bedenken ausgesetzt sind, was auch im fachgerichtlichen Verfahren Berücksichtigung finden muss.