

Staatsanwalt Stephan Morweiser
Der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof

Karlsruhe, den 18. April 2007

An den
Deutschen Bundestag
Rechtsausschuss
- Sekretariat -
Platz der Republik 1
11011 Berlin

Anhörung zum Gesetzentwurf der Bundesregierung
Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Zollfahndungsdienstgesetzes
und anderer Gesetze
BT 16/4663

A. Allgemeines

I. Präventive Telekommunikationsüberwachung und Strafverfolgung

Den Regelungen der präventiven Telekommunikations- und Postüberwachung kommt im System der Exportkontrolle und der Verhinderung der Verbreitung von Massenvernichtungswaffen eine wichtige Rolle zu. Allerdings wurde der Anwendungsbereich des Zollfahndungsdienstgesetzes (ZFDG) in diesem Bereich im Verhältnis zu den Vorschriften der Strafprozessordnung seit Inkrafttreten des 12. Gesetz zur Änderung des Außenwirtschaftsgesetzes und der Außenwirtschaftsverordnung vom 28. März 2006 eingeschränkt. Durch die Außenwirtschaftsstrafrechts-Novelle wurden Qualifikationstatbestände für besonders schwere Verstöße gegen Export- und Embargobestimmungen eingeführt, die u.a. bei gewerbsmäßigem Handeln eine Mindestfreiheitsstrafe von zwei Jahren vorsehen, mithin als Verbrechenstatbestände ausgestaltet sind. Dies eröffnet den Anwendungsbereich des § 30 Abs. 2 StGB, so dass eine Straftat schon bei der Verabredung eines Verbrechens nach dem Außenwirtschaftsge-

setz (§ 34 Abs. 6 AWG) vorliegen kann. Darüber hinaus kann bei staatlich gesteuerten Beschaffungsmaßnahmen bereits im Vorfeld der Durchführung eines Exportes eine Strafbarkeit nach § 99 StGB (Geheimdienstliche Agententätigkeit) in Betracht kommen. Bei den Initiativmittlungen des Zollkriminalamtes handelt es sich entgegen den Ausführungen in der Entwurfsbegründung zu Nr. 11 und 12 auch dann um Strafverfolgung, wenn sie der Aufdeckung unbekannter Straftaten dienen. Bei Initiativmittlungen liegen häufig die Elemente der Strafverfolgung und der Gefahrenabwehr in Gemengelage vor oder gehen im Verlauf eines Verdichtungs- und Erkenntnisprozesses ineinander über (vgl. Gemeinsame Richtlinien der Justizminister/-senatoren und der Innenminister/-senatoren der Länder über die Zusammenarbeit von Staatsanwaltschaft und Polizei bei der Verfolgung der organisierten Kriminalität, Anlage E zur RiStBV Nr. 6).

Gefahrenabwehr und Strafverfolgung liegen demnach eng beieinander, so dass eine frühzeitige Einbindung der Strafverfolgungsbehörden unerlässlich ist und die Regelungen des ZFDG den Bedürfnissen des Strafverfahrens gerecht werden müssen.

An dem Verfahren der präventiven Telekommunikations- und Postüberwachung ist die Staatsanwaltschaft demnach nicht nur mittelbar beteiligt. Sie ist vor dem Antrag auf Anordnung nach § 23b ZFDG zu unterrichten und von der richterlichen Entscheidung, von einer Entscheidung des Bundesministeriums der Finanzen bei Gefahr im Verzug und von dem Ergebnis der durchgeführten Maßnahme in Kenntnis zu setzen (§ 23a Abs. 7 ZFDG). Unmittelbar betroffen ist die Staatsanwaltschaft auch von den Durchführungsvorschriften des § 23c ZFDG, da sie nach Maßgabe der Regelungen der StPO über den Zeitpunkt der Benachrichtigung von Betroffenen entscheidet, wenn wegen desselben Sachverhaltes ein strafrechtliches Verfahren eingeleitet worden ist (§ 23c Abs. 6 ZFDG). Zuständige Staatsanwaltschaft kann seit Inkrafttreten des 2. Justizmodernisierungsgesetzes am 1. Januar 2007 auch der Generalbundesanwalt beim Bundesgerichtshof sein, wenn es sich um eine Straftat von besonderer Bedeutung handelt, die nach den Umständen geeignet ist, die äußere Sicherheit oder die auswärtigen Beziehungen der Bundesrepublik Deutschland erheblich zu gefährden oder das friedliche Zusammenleben der Völker zu stören (§ 120 Abs. 2 Ziff. 4 des Gerichtsverfassungsgesetzes).

II. Anlass des Entwurfs

Der Gesetzentwurf soll nach seiner Begründung den Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichtes vom 27. Juli 2005 (1 BvR 668/04) zum Schutz des Kernbereichs der privaten Lebensgestaltung und vom 3. März 2004 (1 BvR 2378/98) zur akustischen Überwachung des Wohnraums Rechnung tragen. Bei der Diskussion des vorliegenden Gesetzentwurfes kann es nicht darum gehen, die verfassungsgerichtlichen Vorgaben einer Bewertung zu unterziehen. Gegenstand der Betrachtung kann nur sein, ob der Entwurf sich im Rahmen dieser Vorgaben hält und zu gesetzestechnisch einwandfreien und sachgerechten Regelungen kommt.

III. Die Konzeption des Entwurfs

Der Entwurf trägt den Leitlinien der Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts Rechnung, indem er für Eingriffe in den absolut geschützten Kernbereich privater Lebensgestaltung Schutzbereiche definiert, in welche die Maßnahme nicht oder nur unter einschränkenden Voraussetzungen eingreifen darf (§§ 22a Abs. 2, 23a Abs. 4a ZFDG-E). Er enthält daneben die vom Bundesverfassungsgericht geforderten zusätzlichen verfahrensrechtlichen Absicherungen durch Beweisverwertungsverbote, Löschungspflichten und datenschutzrechtliche Bestimmungen.

Der Gesetzentwurf setzt die Vorgaben des Bundesverfassungsgerichts sowohl materiell als auch verfahrensrechtlich weitestgehend zutreffend um. Gleichwohl geben einige der vorgeschlagenen Regelungen aus Sicht der Strafverfolgungspraxis zu gewissen Bedenken Anlass.

B. Die Regelungen im Einzelnen

I. Eigensicherung (§§ 22, 22a ZFDG-E)

Mit den polizeilichen Maßnahmen zur Eigensicherung (§§ 22, 22a ZFDG-E), welche an die Anforderungen anzupassen sind, die sich aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zur Überwachung des Wohnraums (vgl. Urteil vom 3. März 2004, 1 BvR 2378/98) ergeben, ist die Staatsanwaltschaft

nicht befasst. Auswirkungen auf das Strafverfahren ergeben sich aber aus § 22a Abs. 3 ZFDG-E. Danach dürfen bei der Durchführung einer Eigensicherungsmaßnahme erlangte Daten unter Beachtung des Grundsatzes der Verhältnismäßigkeit nur zur Gefahrenabwehr und zur Strafverfolgung verwendet werden, wenn die Rechtmäßigkeit der Maßnahme durch das Amtsgericht am Sitz des Zollkriminalamtes unter Anwendung der Vorschriften des Gesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FGG) gerichtlich festgestellt wurde.

Hiergegen bestehen insoweit Bedenken, als durch die Entscheidung des Amtsgerichts verbindliche Entscheidungen über die Verwertbarkeit im Strafverfahren getroffen werden. Diese Bindungswirkung würde, ohne dass hierfür eine zwingende Notwendigkeit ersichtlich wäre, zu einer unzulässigen Beschränkung der grundsätzlich allein dem Tatgericht zustehenden Kompetenz führen, über die Verwertbarkeit von Beweismitteln zu entscheiden. Zudem wird die Entscheidung des Amtsgerichts nicht mit der notwendigen Gewährung rechtlichen Gehörs einhergehen können, da hierdurch der Untersuchungszweck des sich anschließenden Strafverfahrens in erheblichem Maße gefährdet würde.

II. Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung (§ 23a Abs. 4a ZFDG-E)

Im Hinblick auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts stellen sich die Regelungen zum Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung als zentrale Bestimmungen des Gesetzentwurfs dar. § 23a Abs. 4a ZFDG-E sieht vor, dass Telekommunikationsüberwachungsmaßnahmen unzulässig sind, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, dass durch sie allein Kommunikationsinhalte aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden. Anders als bei Eingriffen in Art. 13 GG (§ 100c Abs. 4 StPO) handelt es sich dabei nicht um ein Beweiserhebungsverbot, das eine richterliche Prognoseentscheidung erfordert. Dabei weist die Entwurfsbegründung zu Recht darauf hin, dass bei einer Telekommunikationsüberwachungsmaßnahme kaum je vorhersehbar und auszuschließen ist, dass kernbereichsrelevante Inhalte anfallen. Zudem handelt es sich bei Exportkontrollverstößen um Erscheinungsformen der Wirtschaftskriminalität, so dass die Gefahr kernbereichsrelevanter Eingriffe in geringerem Maße besteht als bei anderen Deliktstypen des § 100a StPO. Die Praxis der Strafverfolgung zeigt, dass Verstöße gegen außenwirtschaftsrechtliche Bestimmungen im Rahmen eines nach

außen hin legalen, geschäftlichen Tätigwerdens begangen werden, so dass von den Maßnahmen in erster Linie Firmen, d.h. Einzelhandelsunternehmen oder juristische Personen, betroffen sind. Die Überwachung privater Anschlüsse ist dann erforderlich, wenn der Betroffene als Einzelunternehmer im häuslichen Büro arbeitet und den privaten Telefonanschluss auch als Firmenanschluss verwendet. Es entspricht auch bisher geübter Praxis, dass Maßnahmen, die private Anschlüsse unbeteiligter Dritter - etwa Familienangehöriger - betreffen, nur dann beantragt und angeordnet werden, wenn tatsächliche Anhaltspunkte dafür ersichtlich sind, dass die Zielperson diese Anschlüsse für eigene Zwecke nutzt. Wird der eigene Telefonanschluss einer dritten Person zur Verfügung gestellt, spricht ebenfalls keine Vermutung dafür, dass dieser zur Führung kernbereichsrelevanter Gespräche verwendet wird.

Ausdrücklich zu begrüßen ist darüber hinaus, dass der Entwurf ein Mithören in Echtzeit nicht vorsieht. Dies wäre - wie die Begründung zu Recht ausführt - weder praktisch durchführbar noch mit vertretbarem - auch zusätzlichem - personellen und sonstigen Aufwand zu leisten.

Indes erscheint die nach § 23a Abs. 4a Satz 3 ZFDG-E vorgesehene Pflicht zur unverzüglichen Löschung von Aufzeichnungen aus dem Kernbereich privater Lebensführung nicht zwingend geboten. Es besteht in der Praxis nicht die Gefahr, dass das Unterlassen der unverzüglichen Löschung zu einer relevanten Vertiefung des Eingriffs führen wird, da Erkenntnisse aus dem Kernbereich in aller Regel für das Ermittlungsverfahren gänzlich unbedeutend sind. Solche Erkenntnisse werden daher entweder bereits nicht vertextet oder aber gelangen im Fall ihrer Vertextung nicht oder nur schlagwortartig zur Ermittlungsakte (Beispiel: „12.38 bis 12.50 Uhr: irrelevanter Inhalt“). Werden die Daten aber nicht verwertet, ist eine unverzügliche Löschung im laufenden Ermittlungsverfahren nicht zwingend geboten, zumal die Möglichkeit besteht, die Aufzeichnungspassagen, die Erkenntnisse aus dem Kernbereich enthalten, technisch so zu bearbeiten, dass ihr Inhalt „gesperrt“ ist. Es ist daher ausreichend, wenn die durch die Überwachungsmaßnahme erlangten Daten nach § 23c Abs. 2 ZFDG oder im Strafverfahren nach § 100b Abs. 6 StPO unverzüglich vernichtet werden, sobald die Maßnahme beendet wird und die Daten auch zur Strafverfolgung nicht mehr erforderlich sind.

Demgegenüber wird die ausschnittweise Löschung von Ermittlungsergebnissen sowohl im Ermittlungs- als auch im Hauptverfahren massive Beweisprobleme über den Inhalt der gelöschten Telekommunikation zur Folge haben.

Oftmals wird bereits die Zuordnung einer Aufnahme zum privaten Kernbereich in einem frühen Ermittlungsstadium nicht sicher erfolgen können und bereits auf der Grundlage erster Ermittlungshypothesen be- aber auch entlastende Kommunikationsmitschnitte verfrüht gelöscht werden. Auch den Tatgerichten steht dann infolge der zu einem endgültigen Verlust beweisheblicher Erkenntnisse führenden Löschung der für die Frage des Tatnachweises unter Umständen erforderliche vollständige Inhalt der überwachten Telekommunikation nicht zur Verfügung. Der Inhalt des gelöschten Ausschnitts kann – z.B. auf entsprechendes Verteidigungsvorbringen hin – allenfalls durch Vernehmung der Ermittlungsperson ermittelt werden, die die Aufzeichnung ausgewertet hat. Dies macht deren Vernehmung in der Hauptverhandlung erforderlich. Selbst, wenn sich die Ermittlungsperson nach der bis zur Hauptverhandlung verstrichenen Zeit noch an den Inhalt eines von ihr als unwichtig eingestuften Gesprächs aus einer Vielzahl von Aufzeichnungen erinnern sollte, hat die damit verbundene – gegenüber der unmittelbaren visuellen oder akustischen Wahrnehmung ungenauere – Darlegung des Inhalts der Aufzeichnung in öffentlicher Hauptverhandlung allenfalls geringen Beweiswert. Die sich in diesem Zusammenhang erfahrungsgemäß ergebende eingehende Befragung der Ermittlungsperson – gerade auch zu dem persönlichen Charakter des gelöschten Gesprächs – lässt für den Überwachten einen ungleich schwereren Eingriff in seine Intimsphäre befürchten, als die Einführung der Aufzeichnung in die Hauptverhandlung.

Das Erfordernis der unverzüglichen Löschung im laufenden Ermittlungsverfahren führt zudem zu vermeidbaren Friktionen mit den Grundsätzen der Beurteilungskompetenz über die Verwertbarkeit von Beweismitteln. Die Kompetenz hierfür steht nach dem Gesetzentwurf abschließend dem Zollkriminalamt zu. Dies widerspricht der grundsätzlich bestehenden Kompetenz der Tatgerichte, verbindliche Entscheidungen über die Verwertbarkeit im Ermittlungsverfahren erzielter Beweismittel zu treffen. Die Regelung stellt zudem nicht sicher, dass dem Betroffenen vor der „Vernichtung“ des Beweismittels, das auch ihn entlastende Umstände enthalten kann, das erforderliche rechtliche Gehör gewährt wird. Während die Löschung der Daten zu dem Zeitpunkt, zu dem die Maßnahme nach dem ZFDG beendet ist und die Daten auch zur Strafverfolgung nicht mehr erforderlich sind (§ 100b Abs. 6 StPO), eine den Betroffenen nur begünstigende Maßnahme darstellt, da sie die Folgen der Maßnahme beseitigt, kann die Löschung ihn entlastender Aufzeichnungen eine ihn belastende Maßnahme sein, bezüglich derer er anzuhören ist. Vor der unverzüglichen Löschung nach § 23a Abs. 4a Satz 3 ZFDG-E wird der Betroffene aber in aller

Regel nicht angehört werden können, da dies den Untersuchungszweck gefährden wird. Die Nachholung des rechtlichen Gehörs leidet daran, dass das Beweismittel bereits vernichtet ist.

II. Schutz der Interessen von Zeugnisverweigerungsberechtigten (§ 23a Abs. 5 ZFDG-E)

1. Der Schutz von Zeugnisverweigerungsberechtigten - insbesondere Berufsgeheimnisträgern gemäß § 53 Abs. 1 StPO - wird in der Neuregelung in zwei Stufen umgesetzt. § 23a Abs. 5 Satz 1 ZFDG-E begründet ein durch Löschungs- und Dokumentationspflichten flankiertes Erhebungs- und Verwertungsverbot für Erkenntnisse, die vom Zeugnisverweigerungsrecht der Verteidiger, Abgeordneten und Geistlichen umfasst sind (§ 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2, 4 StPO).

§ 23a Abs. 5 Satz 6 ZFDG-E enthält dagegen ein relatives, am Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu messendes Erhebungs- und Verwertungsverbot für die von Satz 1 nicht erfassten Berufsgeheimnisträger, insbesondere Rechtsanwälte, Steuerberater, Journalisten und Ärzte.

2. § 23a Abs. 5 Satz 1 bis 5 ZFDG-E

Einem absoluten Erhebungs- und Verwertungsverbot im Hinblick auf Maßnahmen gegen Verteidiger und Abgeordnete im Bereich präventiver Überwachungsmaßnahmen nach dem Zollfahndungsdienstgesetz stehen die Bedürfnisse der Strafverfolgungspraxis nicht entgegen - zumal die Befassung eines Verteidigers jedenfalls mit derselben Sache bei präventiver Telekommunikationsüberwachung bereits denknotwendig ausscheidet -, da es seine Grenze in der vorwerfbaren Beteiligung des Betroffenen an der Straftat findet (§ 23a Abs. 5a ZFDG-E). Der Telefonanschluss des Verteidigers darf auch nach bisher geltender Rechtslage im Hinblick auf den vorrangigen Schutz des Vertrauensverhältnisses zwischen Verteidiger und dem Beschuldigten (§ 148 StPO) nicht abgehört werden.

Die Vorschrift wirft jedoch in Bezug auf die Löschungsverpflichtung in § 23a Abs. 5 Satz 3 ZFDG-E Probleme auf. Diese Regelung wird dann

zu gravierenden Beweismittelverlusten führen, wenn der das Erhebungs- und Verwertungsverbot rechtfertigende Schutz von Berufsgeheimnissen überhaupt nicht berührt ist oder sich der Verstrickungsverdacht gemäß § 23a Abs. 5a ZFDG-E erst später ergibt. Die Praxis der Strafverfolgung lehrt, dass die Erkenntnisgrundlage im Zeitpunkt der im Ermittlungsverfahren zu treffenden Maßnahmen oft eine völlig andere als in späteren Abschnitten des Verfahrens ist. So ist denkbar, dass der Betroffene mit dem Berufsgeheimnisträger (auch) privat verkehrt und dabei Mitteilungen macht, die nicht unter das Berufsgeheimnis fallen, ohne dass dies – zumal bei einer in einer fremden Sprache geführten Kommunikation – zunächst für Strafverfolgungsbehörden und Gericht erkennbar ist. Vor allem ergibt sich aber der Verstrickungsverdacht gemäß § 23a Abs. 5a ZFDG-E häufig erst nach weiteren intensiven Ermittlungen. Hier droht nicht nur der Verlust belastender Beweismittel, es können auch Verteidigungsmöglichkeiten empfindlich beeinträchtigt werden, wenn die unerkannt nicht dem Berufsgeheimnis unterfallende Kommunikation entlastender Natur ist. Die so entstehenden Beweisschwierigkeiten werden sich nicht stets durch eine spätere Aussage des vermeintlichen Berufsgeheimnisträgers lösen lassen; so kann dieser unerreichbar sein, seine Erinnerung ist möglicherweise eingeschränkt oder es bestehen (nicht behebbare) Zweifel an seiner Glaubwürdigkeit. Vor diesem Hintergrund überzeugt es nicht, dass nur der umgekehrten Situation – erst später wird erkannt, dass die Erkenntnisse dem Schutz des Berufsgeheimnisses unterfallen – Rechnung getragen werden soll.

3. § 23a Abs. 5 Satz 5 und 6 ZFDG-E

Zuzustimmen ist der Intention des Gesetzesentwurfs, einem absoluten Verwertungsverbot bei Maßnahmen, von denen ein nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 3b, Nr. 5 StPO geschützter Berufsgeheimnisträger betroffen wäre, eine Absage zu erteilen. Ein überzeugender Grund hierfür wäre nicht ersichtlich, zumal der Gesetzgeber strafprozessuale Beweisverwertungsverbote nicht beliebig begründen kann, da sie Ausnahmen von der Pflicht zur umfassenden Aufklärung der materiellen Wahrheit darstellen und die Gefahr bergen, dass die Gerichte ihre Entscheidungen auf mangelhafter Tatsachengrundlage treffen (BVerfGE 77, 65, 76).

Wesentliche Belange einer effektiven Verfolgung von Straftaten erheblicher Bedeutung wären vorliegend berührt, wenn Erkenntnisse, die den Verdacht einer strafrechtlich relevanten Beteiligung eines Rechtsanwaltes, Journalisten, Arztes oder Steuerberaters begründen würden, nicht verwertet werden dürften. Dies betrifft auch den Fall, dass sich aus der Kommunikation der Verdacht einer weiteren Katalogtat im Sinne des § 100a StPO, also einer Straftat von erheblicher Bedeutung, ergibt. Im Bereich des Außenwirtschaftsrechts ist es nicht auszuschließen, dass bei der Überwachung des Anschlusses der Zielperson oder des exportierenden Unternehmens auch Kommunikation mit einem Rechtsberater über exportkontrollrechtliche Fragen erfasst wird. Bei der zu erwartenden rechtstreuen Beratung durch den Anwalt wird sich aus einem derartigen Gespräch eine Entlastung des Betroffenen ergeben, ein strafrechtlich relevantes Verhalten beider Seiten ist aber ebenfalls denkbar. In beiden Fällen hat das Bedürfnis nach einer Verwertbarkeit der erlangten Beweise Vorrang gegenüber dem Schutz der Vertrauensstellung.

Im Übrigen lehrt die Erfahrung, dass Geschäftsführer eines exportierenden Unternehmens auch ein zugelassener Rechtsanwalt sein kann, der damit unmittelbar Betroffener wäre. Auch in derartigen Fällen, in denen die Berufsheimnisträgereigenschaft nach § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 bis 3b, Nr. 5 StPO tatsächlich nicht ausgeübt wird oder in keinerlei Beziehung zu dem Untersuchungszweck steht, überwiegt das öffentliche Interesse an einer wirksamen Gefahrenabwehr.

4. Bedenken bestehen aus redaktionellen Gründen gegen die Formulierung des § 23a Abs. 5 Satz 4 ZFDG-E. Die Vorschrift regelt ein absolutes Verwertungsverbot für Erkenntnisse, die sich aus überwachten Gesprächen vom Anschluss des Betroffenen mit einem Verteidiger, Geistlichen oder Abgeordneten ergeben. Nach dem Wortlaut des Gesetzesentwurfs bezieht sich die Formulierung „von dieser Person“ aber auf eine „nicht in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 oder Nr. 4 genannte Person“ und mithin auf alle anderen Zeugnisverweigerungsberechtigten nach der StPO. Aus redaktionellen Gründen wird folgende Formulierung vorgeschlagen: „Die Sätze 2 bis 4 gelten entsprechend, wenn durch eine nicht gegen sie selbst gerichtete Maßnahme Erkenntnisse von einer in § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, 2 oder Nr. 4, jeweils auch in Verbindung mit § 53a der

Strafprozessordnung, genannten Person erlangt werden, über die sie das Zeugnis verweigern dürfte“.

III. Gegen die weiteren Regelungen sind Einwendungen nicht zu erheben.

Stephan Morweiser
Staatsanwalt