

Universität Bielefeld • Postfach 10 01 31 • 33501 Bielefeld

Raum: T 7-104
Telefon: (0521) 106-4397
Telefax: (0521) 106-154397

E-Mail: christoph.gusy@uni-bielefeld.de

Stellungnahme zum

Entwurf eines Gesetzes zur Neuregelung der Telekommunikationsüberwachung und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG

(BT-Drs. 16/5846)

Gesetzentwurf (Entwurf eines Gesetzes zur Reform der Telekommunikationsüberwachung)

(BT-Drs. 16/3827)

Antrag („Reform der Telefonüberwachung zügig umsetzen“)

(BT-Drs. 16/1421)

...

I.

Die grundlegende Reform der Regelungen des Ermittlungsverfahrens, namentlich der damit verbundenen Grundrechtseingriffe, ist seit geraumer Zeit Desiderat. Den vielfältigen Forderungen und Ankündigungen trägt der vorgelegte Gesetzentwurf der Bundesregierung nunmehr Rechnung. Er enthält nicht nur zahlreiche Neuregelungen umstrittener Einzelfragen, sondern eine große Zahl übergreifender Regelungen, welche es im Ansatz tatsächlich zulassen, von einem neuen „Konzept“ zu reden. Dafür sprechen nicht nur der Umfang der Neuregelungen und ihrer Begründung, sondern auch die vorgeschlagenen Inhalte.

Das Vorhaben ist grundsätzlich zu begrüßen. In der Vergangenheit hat sich nicht nur in der StPO, sondern auch in zahlreichen anderen Gesetzen zur Regelung staatlicher Ermittlungsverfahren ein gewisser normativer Wildwuchs ergeben, welcher dadurch bedingt war, dass jeweils zeit- und anlassbedingte Fragen konkret geregelt wurden, deren Bedeutung später teils zurücktrat, teils aber auch stärker hervortrat. So entwickelte sich die Gesetzgebung in zahlreichen Gesetzen nebeneinanderher gleichsam in Jahresringen, wodurch sich partiell unterschiedliche Ermittlungsbefugnisse unterschiedlicher Behörden auch im Überschneidungsbereich ihrer Zuständigkeiten ergaben. Einzelne Regelungsanläufe fanden ihren Niederschlag dann auch in der StPO, welche – ursprünglich aus dem Jahre 1875 – ihren Anschluss an die verfassungsrechtliche Entwicklung wie auch Terminologie und Systematik paralleler Gesetze teils fand, teils suchte.

Wesentliche Impulse erfuhren und erfahren die Neuregelungsbemühungen nicht zuletzt durch die jüngere Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, welche eine Reihe grundgesetzlicher Anforderungen an staatliches, namentlich polizeiliches und gerichtliches Handeln erheblich präziserte. Aus dieser Rechtsprechung erging partiell zu Strafprozessualregelungen – etwa das berühmte Urteil vom großen Lauschangriff¹ - partiell aber auch zu anderen, mehr oder weniger vergleichbaren Gesetzen.² Hier stellt sich dann nicht

¹ BVerfGE 109, 279.

² Etwa zum früheren AWG (heute: ZFDG), BVerfGE 110, 33; zum (niedersächsischen) Polizeirecht BVerfGE 113, 348.

...



nur die Frage nach der rechtspolitischen Auslegung und Würdigung der einzelnen Entscheidungen und ihrer Begründungen, sondern auch der Übertragbarkeit ihrer Grundsätze auf andere, mehr oder weniger verwandte Rechtsgebiete. Dass hierin eine der Hauptaufgaben der Gesetzgebung liegt und diese auch von der Bundesregierung so gesehen wird, zeigt der vorgelegte Gesetzentwurf, namentlich eine Begründung an zahlreichen Stellen. Leider wird dabei der Meinungsstand jedenfalls in der Literatur nicht immer ganz zutreffend wiedergegeben. Auf S. 52 wird jedenfalls meine Stellungnahme unzutreffend eingeordnet. Weder habe ich zum Verhältnis von Art. 10 GG zu Art. 13 GG eine andere Auffassung geäußert, als das Bundesverfassungsgericht in den dort genannten Entscheidungen (so übrigens auch zutreffend Begründung, S. 107); noch habe ich dort gefordert, die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts zu Art. 13 GG auf das Post- und Fernmeldegeheimnis des Art. 10 GG „pauschal ... zu übertragen“.³

Die nachfolgende Stellungnahme kann nicht auf sämtliche Einzelheiten des Entwurfs eingehen. Sie fokussiert sich auf grundrechtliche bzw. grundrechtsrelevante Aspekte. Dies folgt schon aus den Schwerpunktsetzungen meiner Expertise. Nicht mitbehandelt wird hier namentlich die Vorratsdatenspeicherung im Telekommunikationsrecht, welche auch nicht Gegenstand der heutigen Anhörung sein soll.⁴

II.

³ Eine Untersuchung der Zuordnungen anderer dort genannter Autoren habe ich an dieser Stelle nicht vorgenommen. Dies sollte nicht bedeuten, dass ich deren Zuordnung in allen Fällen für zutreffend oder auch nur berechtigt halte.

⁴ Dazu näher Breyer, *Strafverteidiger* 2007, S. 214; wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages: *Zulässigkeit der Vorratsdatenspeicherung nach europäischem und deutschem Recht*, WD 3-282/06, 2006; Arbeitskreis Vorratsdatenspeicherung: *Stellungnahme zum Regierungsentwurf für ein Gesetz zur Neurege-*

...



Der vorgelegte Gesetzentwurf⁵ berührt in mehrfacher Hinsicht grundrechtliche bzw. grundrechtsrelevante Fragestellungen. Er ist insoweit von hoher Wichtigkeit für Inhalt und Grenzen des Freiheitsstatus des Bürgers in Abgrenzung zu den – ihrerseits gleichfalls berechtigten – Ermittlungsbedürfnissen der Strafverfolgungsbehörden und Sicherheitsbedürfnisse der Bürgerinnen und Bürger.

Zentrales Anliegen des Grundgesetzes ist es dabei, nicht in einen Belang zu Lasten des anderen zu verwirklichen, sondern für eine optimale Umsetzung beider Belange Sorge zu tragen. Dieses Anliegen stellt sich für den Gesetzgeber als Regelungsauftrag dar, der dabei namentlich die Rechtsprechung der Verfassungsgerichte zu berücksichtigen hat. Dies soll im Folgenden näher dargestellt werden.

1.

In diesem Kontext soll hier zunächst der Schutz des **Kernbereichs privater Lebensgestaltung** näher untersucht werden.

a) Das Bundesverfassungsgericht hat dessen Schutz im Falle von Wohnraumüberwachungen als unabdingbare Anforderung der Menschenwürdegarantie qualifiziert.⁶ Die Einzelheiten dieses Schutzes hat es allerdings nicht unmittelbar aus dem Grundgesetz hergeleitet, sondern vielmehr dem Gesetzgeber zur Entscheidung überantwortet. Dieser ist danach verpflichtet, seinerseits alle Vorkehrungen zu treffen, welche für einen wirksamen Schutz des Kernbereichs unabdingbar sind. Ausdrücklich nennt das Bundesverfassungsgericht hierzu nur bestimmte Mindestvorkehrungen. Dazu zählen:

- der Bestimmtheitsgrundsatz: Gesetze, welche Ermächtigungsgrundlagen für Grundrechtseingriffe enthalten, müssen selbst Voraussetzungen und Grenzen des

lung der Kommunikationsüberwachungen anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen sowie zur Umsetzung der Richtlinie 2006/24/EG, Stellungnahme vom 22.8.2007.

⁵ Zu ihm näher J. Wolter, GA 2007, S. 183.

⁶ BVerfGE 109, aaO.

...



Eingriffs regeln. Ein pauschaler Hinweis auf geschriebene oder ungeschriebene Anforderungen des Grundgesetzes (namentlich: das Übermaßverbot) im Gesetz reicht demgegenüber nicht aus.

- verfahrensrechtliche Sicherungen, welche dazu führen, dass der Kernbereich seinerseits hinreichend geschützt ist. Hierzu zählen etwa hinreichende Erhebungs- und Verwertungsverbote.
- eine ausreichende Abwägung aller beteiligten Belange im Gesetz selbst.
- einen ausreichenden Grundrechtsschutz durch Verfahren, namentlich durch Speicherungs-, Übermittlungs- und Verwertungsbeschränkungen bzw. -verbote.
- hinreichende Rechtsschutzmöglichkeiten durch Bekanntgabepflichten bzw. äquivalente Regelungen (Richtervorbehalt, anderweitige Kontrolle).

Diese Anforderungen gelten nach der Rechtsprechung unmittelbar für Lauschangriffe, genauer: optische und akustische Eingriffe in die Wohnung. Doch hat das Bundesverfassungsgericht ausdrücklich klargestellt⁷, dass die genannten Grundsätze auch für Eingriffe in das Post- und Fernmeldegeheimnis anzuwenden sind, sofern derartige Eingriffe in der Lage sind, den Kernbereich privater Lebensgestaltung zu beschränken. Dies bedeutet, dass die Anforderungen an Lauschangriffe im Anwendungsbereich des Art. 10 GG nicht schematisch, sondern sinngemäß anzuwenden sind.⁸ Diese Grundsätze sind gegenwärtig unumstritten und durch eine Reihe weiterer verfassungsgerichtlicher Entscheidungen bestätigt.⁹

⁷ BVerfGE 110, 33 u.ö.

⁸ Näher dazu Gusy, in: Schaar (Hg.), Folgerungen aus dem Urteil des Bundesverfassungsgerichts zur akustischen Wohnraumüberwachung, 2005, S. 35.

⁹ Nachweise bei Gusy, Niedersächsische Verwaltungsblätter 2006, S. 65.

...



Im Unterschied zu jenen Grundsätzen sind allerdings die Einzelheiten noch keineswegs abschließend geklärt. Das gilt namentlich für den Umfang des „Kernbereichs“ privater Lebensgestaltung. Bislang ist keine greifbare Formel gelungen, welche dies in juristisch operationalisierbarer Weise umschreiben könnte. Erkennbar sind allerdings einige Grundelemente. Danach

- ist der Kernbereich nicht primär räumlich („Bereich“) zu verstehen: Es kommt nicht auf die Räume, sondern auf die Kommunikationsinhalte und -bedingungen an.
- bezieht sich der Kernbereich nicht allein auf diejenige Sphäre, in welcher der Einzelne mit sich allein ist. Vielmehr gibt es auch einen „kommunikativen Kernbereich“, in welchem Kommunikation stattfinden kann, die ihrerseits sodann überhaupt erst einer Überwachung zugänglich wird.
- sind die Bedingungen jenes kommunikativen Kernbereichs allerdings wenig klar. Gewiss zählen dazu einzelne rechtlich besonders geschützte Vertrauensbeziehungen (namentlich: Ehe und Familie, Seelsorge, wohl auch Therapie). Darüber hinaus sind die Einzelheiten aber wenig klar. Insbesondere ist nicht jedes gesetzlich besonders geschützte Vertrauensverhältnis ein solches, welches dem Kernbereich zuzurechnen ist.
- dürften die Mindestbedingungen des Kernbereichs aber sein: ein verfassungsrechtlich besonders geschützter Vertrauensbereich; verfassungsrechtlich besonders geschützte Kommunikationsinhalte (Gewissensfragen); kein Ausschluss durch negative Kernbereichsmerkmale (z. B. Gespräche über geplante Straftaten).

b) Jene Grundsätze sind durch einen jüngeren Kammerbeschluss des Bundesverfassungsgerichts teils konkretisiert, teils aber auch relativiert worden.¹⁰ Die Entscheidung betraf einzelne Regelungen des § 100c StPO. Danach sei der „Kernbereich privater Lebensgestal-

...



tung“, der akustischen Wohnraumüberwachung entzogen. Jener „Kernbereich“ wird im Gesetz aber nicht selbst definiert, sondern lediglich durch eine Reihe von Vermutungen und ergänzende Regelungen näher bestimmbar. Danach soll der Kernbereich

- durch die Art der zu überwachenden Räumlichkeiten indiziert werden können,
- durch das Verhältnis der zu überwachenden Person indiziert werden können,
- durch rechtlich besonders geschützte Vertrauensverhältnisse im Sinne des § 53 StPO indiziert werden können,
- durch bestimmte andere Räume kontraindiziert werden können (Geschäfts- und Vertriebsräume),
- durch den (absehbaren) Inhalt der Gespräche (Straftaten) kontraindiziert werden können.

Damit sei ein System von Argumentations-, Vermutungs- und Ausschlussstatbeständen geschaffen, welches den Kernbereich nicht selbst regelt, wohl aber einen rechtlichen Kontext erkennen lässt, welcher auch für die Konkretisierung des Kernbereichs Relevanz erlangen könne.

Jenes System wurde vom Bundesverfassungsgericht in dem soeben genannten Beschluss zur Sicherung der Kernbereichsgarantie für ausreichend angesehen. Danach müsse dieser vom Gesetz nicht selbst vollständig umrissen werden; vielmehr genüge es, dass die Regelung derartig bestimmt sei, dass die Gerichte die getroffene Regelung selbst ausreichend konkretisieren könnten. Dies sei im Kontext des § 100c StPO der Fall. Die Entscheidung, an welcher kein Richter beteiligt war, welcher am weithin bekannten „Lauschangriffsurteil“ mitgewirkt hat, ist geeignet, dessen Grundsätze zum Teil einzuschränken, zum Teil zu rela-

¹⁰ BVerfG, Beschluss der 3. Kammer des 2. Senats vom 11.5.2007, 2 BvR 543/06.

...



tivieren. Insbesondere die eindeutigen Ausführungen des 1. Senats im Lauschangriffsurteil zum gesetzlichen Gestaltungs- und Definitionsauftrag, welcher aus dem Bestimmtheitsgebot folge, wird hier ein Stück zurückgenommen.¹¹

Insgesamt bleibt festzuhalten: Die Anforderungen an den Schutz des Kernbereichs privater Lebensgestaltung nach dem Grundgesetz sind im Grundsatz konsentiert, in den Einzelheiten aber zwischen den Richtern und möglicherweise den Spruchkörpern des Bundesverfassungsgerichts noch nicht vollständig geklärt. Daher ist es nicht geraten, jeden Nebensatz der einen oder anderen Entscheidung zum Nennwert zu nehmen.

c) Vor diesem Hintergrund erscheint es zwar unter dem Aspekt der *Rechtsbestimmtheit und Rechtsklarheit* bedauerlich, dass der Entwurf auf eine eigene Formulierung des „Kernbereichs privaten Lebensgestaltung“ verzichtet. Doch erscheint dies in Anbetracht der insofern unangetastet bleibenden Regelungen des § 100c StPO nicht zwingend als verfassungswidrig.

Gleichfalls nicht verfassungswidrig ist die Unterscheidung des Schutzzumfangs jenes Kernbereichs gegen Lauschangriffe nach § 100c Abs. 4 StPO einerseits und § 100a Abs. 4 StPO andererseits. Ein Verwertungsverbot ist hier in Anbetracht der Unterschiede zwischen den Eingriffe in Art. 13 GG einerseits und Art. 10 GG andererseits grundsätzlich ausreichend.

Wenig sinnvoll, wenn nicht gar irreführend ist demgegenüber der Schutz des Kernbereichs in § 100a Abs. 4 S. 1 StPO-E: Dass bereits im Verdachtsstadium, wenn auch des „hinreichenden Tatverdachts“ (§ 100a Abs. 1 Nr. 1 StPO), „tatsächliche Anhaltspunkte für die Annahme vorliegen, dass durch eine Maßnahme nach Abs. 1 allein (!) Kenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung erlangt würden“, ist praktisch ausgeschlossen. Dies

¹¹ Zugleich ist festzuhalten: Die Verfassungsbeschwerde, welche von der Kammer des 2. Senats entschieden wurde, betraf nicht sämtliche Einzelfragen des § 100c StPO, sondern nur einzelne, der durch diese Vorschrift aufgeworfenen Rechtsfragen.

...



gilt umso mehr, als im Anwendungsbereich der StPO – und damit partiell anders als bei einzelnen Regelungen der Polizeigesetze – regelmäßig nicht nur einzelnes Gespräch überwacht wird, sondern sich sowohl die Anordnung als auch die Durchführung der Maßnahme auf einen gewissen Zeitraum von (demnächst) höchstens 2 Monaten bezieht. Dass innerhalb dieses Zeitraums, in welchem hinsichtlich der Überwachung zwischen den einzelnen Telefonaten regelmäßig nicht weiter unterschieden wird, „allein“ Erkenntnisse aus dem Kernbereich privater Lebensgestaltung ermittelt werden können, ist allenfalls bei einzelnen besonders geschützten Anschlüssen denkbar, deren Schutz allerdings weniger im § 100a Abs. 4 S. 1 StPO-E als vielmehr in § 53b StPO-E geregelt wird. Insoweit ist der 1. Satz des § 100a Abs. 4 eine allein symbolische Regelung ohne Anwendungsbereich. Sollte erwogen werden, sie mit einem eigenständigen Regelungsgehalt zu füllen, so müsste das Wort „allein“ durch das Wort „überwiegend“ oder „im Wesentlichen“ ersetzt werden. Aber auch hier verbleibt – im Rahmen des Verdachtsstadiums – ein erhebliches Maß an Unbestimmtheit.

2.

Das **Post- und Fernmeldegeheimnis** wird durch den vorgelegten Entwurf am meisten betroffen. Dies gilt sowohl auf europäischer Ebene (analog Art. 8 EMRK) als auch auf der Ebene des deutschen Rechts. Hier soll das deutsche Recht im Vordergrund stehen.

Vorab sei im Überschneidungsbereich des europäischen und des nationalen Rechts nur bemerkt: Abs. 1 S. 1 StPO-E, namentlich § 100g Abs. 1 S. 1 Nr. 2 des Entwurfs ist, nicht abgestimmt mit Art. 1 Abs. 1 der Richtlinie 2006/24/EG. Letztere bezieht sich auf „schwere Straftaten“, deren Definitionskompetenz allerdings in der Zuständigkeit der Einzelstaaten verbleibt. Dabei können auch Straftaten unter Einsatz von Telekommunikationseinrichtungen angemessen berücksichtigt werden. Dies heißt aber noch nicht, dass damit bereits jede Straftat mit Telekommunikation (etwa: Beleidigung, Betrugsversuch u.a.) gemeint wäre. Insoweit geht § 100g über die genannte Richtlinie hinaus. Ob im Übrigen alle in § 100a Abs. 2 StPO-E genannten Straftaten als „schwere Straftaten“ im Sinne der genann-

...



ten Richtlinie zu qualifizieren wären, soll hier als europarechtliche Frage dahingestellt bleiben.

a) Der Schutz des Post- und Fernmeldegeheimnis ist insoweit von besonderer Bedeutung, als Eingriffe in dieses Grundrecht ganz überwiegend heimlich erfolgen: Die Betroffenen merken nichts davon, dass ihre Kommunikation kontrolliert wird. Dadurch wird ihre Rechtsstellung erheblich erschwert: Sie können sich gegen solche Maßnahmen nicht wehren, der Rechtsweg bleibt ihnen regelmäßig verschlossen. Die übliche Zuordnung von grundgesetzlich garantierter Freiheit einerseits und staatlich angeordnetem, gerichtlich kontrolliertem Eingriff andererseits ist bei diesem Grundrecht also in vielfältiger Weise gestört. Dies ist in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts²² vielfach hervorgerufen worden, um die Bedeutung grundrechtssichernder Organisations- und Verfahrensbestimmungen hervorzuheben. Dabei hat das Gericht von Anfang an gefordert, aber auch zugelassen, dass nicht stets der volle Rechtsweg im Sinne des Art. 19 Abs. 4 GG gewährleistet sein muss. Wohl aber verlangte das Gericht von Anfang an gleichwertige Kontrollmechanismen, welche nicht notwendig stets gerichtliche sein müssten.

Hierzu enthält der vorgelegte Entwurf eine Vielzahl von Einzelregelungen und Klarstellungen, welche in der jüngeren Diskussion gefordert sind. Dazu zählt insbesondere die Neuordnung des Straftatenkatalogs (§ 100a Abs. 2 StPO-E); die klare Differenzierung zwischen Überwachung der Kommunikationsinhalte einerseits und Überwachung der sogenannten Verbindungsdaten (§§ 100g, h StPO-E – insoweit wie bislang andererseits); die näheren Regelungen des Verfahrens (§ 101 StPO-E), namentlich die

- Kennzeichnungspflicht erhobener Daten (§ 101 Abs. 3 StPO-E),
- Ausgestaltung und Differenzierung der Benachrichtigungspflicht (§ 110 Abs. 4 StPO-E)
- das Verfahren bei unterbleibender Benachrichtigung, welches in der Vergangenheit für über 90 % der Fälle relevant wurde (§ 101 Abs. 6-8 StPO-E),

...



- die Klarstellungen zum Rechtsschutz (§ 101 Abs. 9 StPO-E) sowie schließlich die
- Löschungspflicht hinsichtlich erlangter Daten (§ 101 Abs. 10 StPO-E).

Diese Regelungen fehlten bislang überhaupt oder mit dem hier vorgesehenen Inhalt.

b) Auffällig sind aber auch einige Regelungen, welche den *Grundrechtsschutz des Art. 10 GG verschlechtern* oder aber jedenfalls nicht in den grundgesetzlich gebotenen Umfang verbessern.

Zunächst ist anzumerken, dass der Straftatenkatalog des § 100a Abs. 2 StPO erheblich ausgeweitet wird. Eine Reihe neuer, zusätzlicher Straftaten sind aufgenommen worden, nur vereinzelt einige wenige, praktisch kaum noch relevante Vorschriften gestrichen worden. Insgesamt wird dies zu einer Ausweitung des Anwendungsbereichs der Telekommunikationsüberwachungsregelungen führen. Auch in Zukunft werden also weiterhin steigende Überwachungszahlen programmiert.

Strafprozesssystematisch fällt auf, dass § 100a Abs. 2 StPO-E iVm § 100a Abs. 1 Nr. 1 StPO-E erstmals den Versuch unternehmen, den Begriff der „schweren Straftat“ zu definieren. Dies ist offenbar der genannten EG-Richtlinie geschuldet. Strafprozessrechtssystematisch bleibt allerdings zu klären, ob diese Definition mit sonstigen Einteilungen in Deliktskategorien, wie sie das Strafprozessrecht vorsieht, vereinbar ist. Insbesondere wäre die Abgrenzung zu den „besonders schweren Straftaten“ (Art. 13 Abs. 3 S. 1 GG), aber auch zu den Kategorien von Verbrechen und Vergehen sowie sonstigen strafrechtsprozessualen Einteilungskriterien zu überdenken. Dies gilt umso mehr, als die in § 100a StPO-E vorgenommene Einteilung einer aus dem Europarecht stammenden Systematik geschuldet ist, welche nicht notwendig mit der Systematik des deutschen Strafprozessrechts übereinstimmt. Die Implantierung einzelner Rechtsbegriffe aus einer Rechtsordnung in eine andere Rechtsordnung kann allerdings dort systematisch zu Verwirrungen führen, deren Folgen jedenfalls bedacht werden müssen.

¹² Seit BVerfGE 30, 1.

...



Eine jedenfalls verbal wichtige Einschränkung der Abhörbefugnisse stellt § 100a Abs. 1 Nr. 2 StPO-E dar. Danach soll in Zukunft nicht bei jeder „schweren Straftat“ in das Post- und Fernmeldegeheimnis eingegriffen werden dürfen, sondern nur dann, wenn auch im Einzelfall die Tat „schwer wiegt“. Dabei ist allerdings zu bedenken: Dies alles muss Zeitpunkt des „hinreichenden Tatverdachts“ erkennbar sein. Zu diesem Zeitpunkt ist allerdings die Dimension der Tat im Einzelfall regelmäßig schwer abgrenzbar. Ob die Tat entweder organisiert, gewerbs- oder bandenmäßig fortgesetzt u.ä. oder aber umgekehrt im Zustand eingeschränkter Schuldfähigkeit, mit nur geringem Schaden oder im Konflikt oder Affekt begangen worden ist, lässt sich im Verdachtsstadium regelmäßig schwerlich erkennen. Im Gegenteil: Die Aufklärungsmaßnahmen sollen ja gerade dazu dienen, auch solche Umstände aufzuklären. Daher kann die Schranke des § 100a Abs. 1 Nr. 2 StPO-E regelmäßig eher eine solche sein, welche zur späteren Einstellung der Ermittlungen führen kann, wenn sich keine schweren Umstände herausstellen. Hingegen kann sie als anfängliche Ermittlungsbremse kaum Wirkungen zeigen.

c) Hinsichtlich des *Verfahrens der Anordnung von Überwachungsmaßnahmen* nach § 100b StPO haben sich in der Vergangenheit einige Missstände gezeigt, deren Beseitigung vorrangig erfordern:¹³

- die stärkere Verselbstständigung des ermittelungsrichterlichen Verfahrens, namentlich durch gerichtsorganisatorische Maßnahmen zur Stärkung der Ermittlungsrichter und ihrer Kontrollmöglichkeiten;
- die Verbesserung und Durchsetzung der Darlegungs-, Begründungs- und Dokumentationspflichten sowohl beim staatsanwaltschaftlichen Antrag als auch beim gerichtlichen Beschluss;

¹³ Dazu näher Albrecht u.a., Rechtswirklichkeit und Effizienz der Überwachung der Telekommunikation nach den §§ 100a, b StPO und anderer verdeckter Ermittlungsmaßnahmen, 2003; Backes/Gusy, Wer kontrolliert die Telefonüberwachung, 2003. Zum Folgenden Gusy, ZRP 2003, S. 275.

...



- ferner die Schaffung von Berichtspflichten gegenüber der Öffentlichkeit.

Hinsichtlich dieser Grunddefizite hat der Entwurf lediglich den zuletzt genannten Aspekt ansatzweise berücksichtigt (§ 100b Abs. 5, 6 StPO-E).

Insoweit gegen die Anregungen im Antrag BT-Drs. 16/1421 über den vorgelegten Gesetzesentwurf partiell hinaus und sie sind aus sachverständlicher Sicht zu begrüßen und unterstützenswert.

3.

Der Schutz **verfassungsrechtlich anerkannter Vertrauensverhältnisse** ist in jüngerer Zeit vielfältig, wenn auch überaus kontrovers diskutiert. Neben den grundrechtlich besonders geschützten Privatsphären der Wohnung, der Telekommunikation und der Familie unterliegen auch bestimmte Vertrauensverhältnisse einem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz. Sie sind in §§ 52, 53 StPO genannt und vom Bundesverfassungsgericht als solche ausdrücklich anerkannt worden. Derartige Vertrauensverhältnisse begründen grundsätzlich nicht nur ein Aussage- bzw. Zeugnisverweigerungsrecht, sondern darüber hinaus auch besonderen Schutz gegenüber sonstigen staatlichen Ermittlungsmaßnahmen. Insbesondere darf das Zeugnisverweigerungsrecht nicht mit technischen oder sonstigen Hilfsmitteln umgangen werden. Der Schutz solcher Vertrauensverhältnisse ist vom Bundesverfassungsgericht erst jüngst¹⁴ näher konkretisiert worden. Dies gilt insbesondere für das Vertrauensverhältnis zwischen Journalisten und ihren Informanten, welches in der Vergangenheit zu zahlreichen fach- und verfassungsgerichtlichen Entscheidungen Anlass gegeben hat. Hier hat das Bundesverfassungsgericht entschieden: Es gibt verfassungsrechtlich

¹⁴ BVerfG, Urteil v. 27.2.2007, 1 BvR 538/06 („Cicero“). Dazu früher BVerfGE 107, 299 ff.; zum Ganzen Gusy, in: Wolter/Schenke, Zeugnisverweigerungsrechte bei (verdeckten) Ermittlungsmaßnahmen, 2002, S. 135 ff., 149 ff.

...



anerkannte Vertrauensverhältnisse, welche polizeiliche und sonstige behördliche Ermittlungstätigkeit einschränken können. Diese sind teils durch besondere Grundrechte, teils durch das subsidiäre Auffanggrundrecht des Art. 2 Abs. 1 GG geschützt. Dabei ist deren Schutz allerdings kein schematischer: Er darf vom Gesetzgeber ausgestaltet und gegebenenfalls differenziert werden. Das Bundesverfassungsgericht fordert also nicht, dass jedes dieser Vertrauensverhältnisse gesetzlich geschützt oder gar gesetzlich in einem bestimmten Umfang geschützt sind. Vielmehr ist der Gesetzgeber lediglich gehalten, sich über Art und Umfang des Schutzes der einzelnen Vertrauensverhältnisse Rechenschaft zu geben. Auch grundsätzliche Bedenken hinsichtlich einer im Einzelfall unterschiedlichen gesetzlichen Behandlung unterschiedlicher Vertrauenstatbestände werden vom Bundesverfassungsgericht nicht erhoben.

a) Hinsichtlich des Grundrechts der **Pressefreiheit** gilt danach: Staatliche Maßnahmen, welche in die Pressefreiheit eingreifen, müssen

- das Vertrauensverhältnis der Presse zu ihren Informanten grundsätzlich berücksichtigen,
- unzulässige Ausforschungen gegenüber der Presse vermeiden, und zwar sowohl im Hinblick auf mögliche Straftaten der Presse selbst wie aber auch hinsichtlich möglicher Straftaten Dritter,
- hinreichend bestimmte Eingriffstatbestände aufweisen.

Der hier vorgelegte Entwurf (§ 53b Abs. 2 StPO-E) begründet beschriebene Ungleichbehandlungen hinsichtlich einzelner Vertrauensverhältnisse. Dies geht namentlich zu Lasten von Journalisten; daneben aber auch für die Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter bestimmter staatlicher Beratungsstellen. Sie werden schlechter gestellt als andere Vertrauensverhältnisse, namentlich von Geistlichen, Strafverteidigern und Abgeordneten. Diese Ungleich-

...



behandlung ist an sich kein Verfassungsverstoß; ebenso wenig die Tatsache, dass hier ein deutlich niedrigeres Niveau des Vertraulichkeitsschutzes gewählt worden ist, als bei den besser geschützten Beziehungen. Dies gilt jedenfalls, wenn hierfür ausreichende Gründe hervorgebracht werden können. Immerhin enthält der Regierungsentwurf dafür Gründe (S. 58 ff.). Dabei ist in Einzelfällen auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts Bezug genommen worden. Bislang hat das Bundesverfassungsgericht zwar hinsichtlich der Presse entschieden, dass sich „ein genereller (!) Vorrang der schutzwürdigen Interessen zeugnisverweigerungsrechtsberechtigter Personen gegenüber dem Strafverfolgungsinteresse verfassungsrechtlich nicht begründen lässt“. Doch hat es einen derartigen „generellen Vorrang“ auch für andere Zeugnisverweigerungsrechte nicht angenommen. Die Rechtsprechung ist in dieser Beziehung vielmehr außerordentlich differenziert, vereinzelt sogar disparat.

Dies zeigt: Die in der Gesetzesbegründung genannten Argumente (S. 59) mögen zwar zutreffend sein. Sie sind aber ihrerseits noch nicht geeignet, einen unterschiedlich ausgestalteten Schutz der Vertrauensverhältnisse zu benennen. Dass gerade der Presse hier ein hoher Rang und damit ein wichtiger Schutz zukommt, ist vom Bundesverfassungsgericht jüngst erneut deutlich gemacht worden.¹⁵ Insoweit bedarf es hier meines Erachtens einer Begründung, welche nicht allein auf Rechts-, sondern auch auf Sachgründe Bezug nimmt.

b) Erhebliche Bedenken ergeben sich allerdings gegen die Ausgestaltung des – niedrigeren – Schutzes der Presse in § 53b Abs. 2 StPO-E. Er folgt insbesondere aus dem **Bestimmtheitsgebot**. Unbestimmt ist

- zunächst der Umfang des Vertrauensschutzes: Dieser ist nach dem Entwurf „im Rahmen der Prüfung der Verhältnismäßigkeit unter Würdigung des öffentlichen Interesses an den von dieser Person wahrgenommenen Aufgaben und des Interesses an der Geheimhaltung der dieser Person anvertrauten oder bekannt gewordenen Tatsachen besonders zu berücksichtigen“. Die genannte Vielzahl unbestimmter

...



Rechtsbegriffe lässt nicht nur keinerlei Abwägungskriterien erkennen. Auch der Umfang des Schutzes bleibt letztlich offen: Wie und von wem die Vertrauensbeziehung der Presse zu ihren Informanten „besonders zu berücksichtigen ist“, ist ungeklärt. Insbesondere wird in keiner Weise gesagt, wie hierdurch das Vertrauensverhältnis noch gesichert werden kann. Eine derart allgemeine Abwägungsklausel wird dem Schutz der Presse, wie er namentlich vom Bundesverfassungsgericht jüngst wieder hervorgehoben worden ist, in keiner Weise gerecht. Das gilt umso mehr, als die Presse gerade bei der Kontrolle staatlicher Maßnahmen zur Strafverfolgung und Gefahrenabwehr eine hohe rechtliche und praktische Bedeutung erlangt.

- die Rechtsfolge des Vertrauensschutzes: Nach § 53 Abs. 2 S. 2 StPO-E kommen drei mögliche Rechtsfolgen in Betracht: Das Ermittlungsverbot („Unterlassen“), also ein Beweiserhebungsverbot; die Beschränkung der Ermittlungsmaßnahme, also eine eingeschränkte Beweiserhebung, oder die Beschränkung der Verwertung gewonnener Informationen, also Zulassung der Beweiserhebung bei gleichzeitiger Einschränkung der Verwendung erhobener Informationen. Welche dieser Stufen bei der Informationserhebung im Einzelfall gilt, folgt allerdings regelmäßig erst aus denjenigen Informationen, welche erhoben werden (sollen). Denn jedenfalls die Würdigung der „dieser Person anvertrauten oder bekannt gewordenen Tatsachen“ ist erst dann möglich, wenn diese Tatsachen zumindest umrisshaft erkennbar sind. Erst dann kann auch die in Satz 1 angeordnete Abwägung vorgenommen werden. Anders ausgedrückt: Im vorhinein wird nahezu niemals „geboten“ sein, eine Maßnahme zu unterlassen. Das Ermittlungsverbot läuft demnach faktisch leer. Ähnliches gilt auch für die Beschränkung der Ermittlung, anders ausgedrückt: Regelfall wird die Durchführung der Ermittlungen im Vertrauensschutzbereich sein, wobei erst nachträglich ein Verwertungsverbot zu prüfen ist. Hinsichtlich der Sicherung dieses Verbots ist allerdings zu berücksichtigen, dass keinerlei institutionelle Vorkehrungen getroffen werden, um den Schutz des Vertrauensverhältnisses in angemessener Weise sicherzustellen. Anders ausgedrückt: Im Gegensatz zu § 53 StPO kann in Zukunft kein Presseangehöriger mehr sicher sein, dass seine Tätigkeit nicht

¹⁵ BVerfG, Urteil v. 27.2.2007, aaO.

...



in das Visier staatlicher Ermittlungsbehörden gelangt. Dies wiederum kann und wird dazu führen, dass das Verhältnis der Presse zu ihren Informanten negativ betroffen sein wird.

Die Unbestimmtheit dieser Regelung begründet damit ihre Verfassungswidrigkeit.

III.

Abschließend sei noch auf zwei Fragen hingewiesen:

Nach wie vor steht eine Harmonisierung der §§ 102 f. StPO zur Durchsuchung von Wohnungen mit den Bestimmungen des Grundgesetzes aus. Insbesondere die fehlende Betreuungsermächtigung in der StPO (s. dazu Art. 13 Abs. 7 GG) ist 60 Jahre nach Inkrafttreten des Grundgesetzes nicht mehr zu rechtfertigen.

Seit BVerfGE 96, 27 ist vielfach angemahnt worden, Rechtsschutzbestimmungen der StPO namentlich gegen Ermittlungshandlungen zu vereinfachen und zu harmonisieren. Dies geschieht auch im vorliegenden Entwurf nur ansatzweise, nämlich im § 101 StPO. Somit bleibt auch diese Bestimmung fragmentarisch und wird den Intentionen der Art. 19 Abs. 4, 101 GG nicht gerecht.

Im Zuge der hier intendierten grundsätzlichen Neuregelung wäre es verfassungsrechtlich geboten, diese Frage mitzuregeln.

Bielefeld, den 6.9.2007

Prof. Dr. Christoph Gusy

